

دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة

نواة العشي: أستاذة محاضرة أ
كلية الحقوق - جامعة الجزائر1

ملخص

الآداب العامة هي مجموعة الأسس الخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وقد أكد القانون على احترامها وصرحت نصوص القانون الجنائي والمدني على حمايتها، ورغم عدم تصريح قانون الأسرة بمصطلح الآداب العامة في نصوصه إلا أن معانيها تفهم من خلال أحكامه، وقاضي شؤون الأسرة له دور فعال في حفظ هذه الآداب، ويبرز ذلك من عدة قضايا أهمها - حسب هذه الدراسة - ما يأتي:

- 1 - في القضايا المتعلقة بالزواج العرفي لا يحكم القاضي بإثباته إلا بعد معاناة وتكليف الوقائع المعتمدة في القضية، كما يشترط حضور الشهود للتأكد من شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة.
- 2 - في القضايا المتعلقة بإثبات النسب لا يصدر القاضي الحكم إلا إذا توفرت الأسباب الشرعية لهذا الإثبات، وأي علاقة غير شرعية بين الرجل والمرأة لا تكون سببا للحكم بصحة النسب.
- 3 - في القضايا المتعلقة بحق الحضانة لقاضي شؤون الأسرة سلطة إسقاط هذا الحق عن مستحقه إذا خالف الآداب العامة، حفاظا على تربية المحضون.

في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن قاضي شؤون الأسرة يتكفل بالسهر على حماية الآداب العامة، وبهذا يكون القضاء حارسا أميناً على قيم المجتمع.

الكلمات المفتاحية: - الآداب العامة - قاضي شؤون الأسرة - حفظ الآداب في إثبات الزواج العرفي - حفظ الآداب في إثبات النسب - الشروط الأخلاقية في الحضانة.

Abstract

Public morals are the set of moral foundations on which the system of society is based, and The law has affirmed to respect them, and the Criminal and Civil Code has professed for her protection. Although the Family Law does not professing (permit) the use of the term "public morals" in its texts, its meanings are understood through its provisions. The judge of family affairs has an active role in preserving these morals (literatures), and This is highlighted in several issues, the most important of which - according to this study - is the following :

1/ In cases related to customary marriage, The judge shall not judge prove it until after reviewing and adapting the facts adopted in the case, and The presence of witnesses is also required to ascertain the legality of the relationship between men and women.

2/ In cases related to proof of lineage (the filiation), The judge shall not issue judgment Unless the availability of legitimate reasons for this evidence , and any illegitimate relationship between men and women is not a reason to judge the validity of lineage (the filiation).

3/ In cases related to custody, The Family Affairs judge shall have the power to drop this right from his merited if he contravenes public morals, in order to preserve the rearing of the child.

At the conclusion of this study it can be said that the judge of family affairs is responsible for ensuring the protection of public morals, and thus the judiciary is a safe guard of the values of society.

مقدمة

للقاضي دور فعال في حفظ كيان المجتمع وحماية مبادئه بتثبيت القيم الصالحة بين أفراد، ومنع كل أسباب الفساد والتلاعب بينهم، ومن ثم حفظ كل أفراد المجتمع وحفظ حقوقهم المادية والمعنوية، ومن أهم الحقوق المعنوية حق العرض الذي يتصل بشرف الانسان وسمعته ويتعدى أثره إلى سمعة المجتمع.

إن المبادئ الأخلاقية الرامية إلى حفظ العرض وما يتبعه من معاني الشرف مفعلة في القانون من خلال فكرة الآداب العامة التي تشمل القيم والقواعد الأساسية التي يجب اتباعها من طرف كل الأفراد، ويعد الخروج عنها انحرافا وانحلالا يستنكره المجتمع، وللقضاء دور مهم جدا في حفظ هذه الآداب بإصدار الأحكام التي تدين من أخل بها وتبطل كل اتفاق بمخالفتها.

فالآداب العامة هي مجموعة الأسس الخلقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وهي واجبة الاتباع ولا يباح الاتفاق على مخالفتها نظرا لتعلقها بالناموس الأدبي الذي يسود

الروابط الاجتماعية وتحرص الجماعة عليه في العلاقات بين الأفراد¹، وقوام فكرة الآداب العامة هو ضمير الجماعة وكيانها المعنوي وما يتأثر به من عوامل أخلاقية واجتماعية يبعثها الدين والعرف والتقاليد، وفي حفظ هذه الآداب حماية لكيان المجتمع ومحافظة على توازنه وعدم انحلاله².

وعبارة الآداب العامة تذكر عادة معطوفة على عبارة النظام العام وذلك للارتباط الوثيق بينهما، ومفهوم النظام العام هو مجموعة الأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، ولا يتصور قيام هذا الكيان واستمراره عند تخلفها³، ومن خلال هذا المفهوم يتضح أن الآداب العامة هي الجانب الخلقي في النظام العام، لأن الأسس والقواعد الخلقية المكونة للآداب العامة تدخل ضمن الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي يحملها مفهوم النظام العام⁴.

إن فكرة الآداب العامة فكرة نسبية تختلف من مجتمع إلى آخر، فالعبرة في مضمونها بما تعتبره كل جماعة في زمن محدد من الأصول الأساسية للأخلاق فيها، وهي تخضع في ذلك لما يحيط بها من ظروف خاصة متعلقة بالدين والعادات والتقاليد، ومن ذلك اختلاف المجتمعات في حكم العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج، وحكم إثبات نسب الولد غير الشرعي، وإقامة الملاهي الليلية وغيرها، فهذه الأمور لا تخالف الآداب في المجتمعات الغربية، لكنها في المجتمعات المسلمة تعتبر مخالفة لهذه الآداب.

بل إن الآداب العامة تختلف باختلاف الأزمنة داخل المجتمع نفسه، وهي في الفكر الغربي مرنة وغير ثابتة وتتأثر اتساعا وضيقا وفق المصالح الأساسية للمجتمع، ونتيجة لذلك فإن أمورا كثيرة كانت مخالفة للآداب سابقا ثم أصبحت صحيحة كالوساطة في الزواج (السمسرة)⁵، وعلى العكس من ذلك هناك أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب بعد أن كانت صحيحة كالاسترقاق وإدخال المهرجات من بلاد أجنبية⁶.

في المقابل فإن الآداب العامة في الشريعة الإسلامية لها خاصيتان توافقا مع خصائص الشريعة الإسلامية وهي الثبات والمرونة، فهناك مبادئ عامة ثابتة تتعلق بالقيم والمبادئ العامة الثابتة بالدليل القطعي والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ولا تغيير مثل تحريم العلاقات غير الشرعية، وهناك قيم أخلاقية مرنة وهي تلك التي تقوم على الأحكام الظنية والأعراف والتقاليد مثالها زيارة الخاطب للمخطوبة في بيت أهلها، فقد كانت الأعراف تستكره ثم أصبح مقبولا في حدود معينة.

إن معيار الآداب العامة هو الناموس الأدبي الذي يسود العلاقات في المجتمع، وهذا الناموس هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتوافق عليه الناس، فالدين له أثر كبير في تحديد مجال الآداب العامة، فكلما ارتفع المستوى الديني للمجتمع كلما ارتفع المعيار الخلقي، ويضاف إلى الدين الأعراف والتقاليد والإلهام البشري الذي يميز بين الخير والشر، وكل هذه العوامل تكون الناموس الأدبي الذي يخضع له الناس.⁷

ومعيار الآداب العامة والمتمثل في الناموس الأدبي ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه واضعو التشريع والقضاة لتقديرهم الخاص، بل هو معيار اجتماعي يرجعون فيه إلى ما استقر في ضمير الجماعة وما تواضع عليه الناس من قيم دينية وخلقية، فالمحافظة على الآداب العامة تعتبر غاية من أهم الغايات التي يتوخاها المشرع من سن القوانين لحماية المجتمع من الانحلال والانحراف، ولجهاز القضاء الدور الفعال في تفعيل هذه الحماية فهو في كثير من الحالات يستند إلى فكرة الآداب العامة في أحكامه الأمر الذي يؤدي إلى حماية المجتمع من المفساد وحفظه من الانحرافات.

إن دور القاضي في حفظ الآداب العامة يظهر بجلاء في تطبيق المواد القانونية المصرحة بعبارة الآداب العامة، ولعل من أبرز المواد المصرحة بهذه العبارة ما ورد في قانون العقوبات من المادة 304 إلى المادة 349 بعنوان الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة وفيها تفصيل لهذه الجنايات والجنح والعقوبات المطبقة عليها، من ذلك الإجهاض والفعل العلني المخل بالحياء وهتك العرض وزنا الأزواج⁸ والتحريض على الفسق والدعارة.

ومن المواد المصرحة بمصطلح الآداب العامة في القانون المدني المادة 24 التي تنص على عدم جواز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، وضرورة تطبيق القانون الجزائري محله. إضافة إلى المادتين 93، 97 اللتين يلجأ إليهما القاضي لإبطال أي عقد إذا كان محل الالتزام فيه أو سببه مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، وللقاضي في هذا المجال سلطة تقديرية واسعة في الحكم بمدى مخالفة العقد للآداب العامة، وفي هذا التقدير يرجع القاضي إلى النظام القانوني الذي يحكم المجتمع والأسس والقواعد الأخلاقية التي تنظم السلوك السليم والسوي الذي اتفقت عليه الجماعة دون اعتبار للأفكار والآراء الشخصية والمعتقدات الذاتية.⁹

إنّ الحكم بمخالفة الآداب العامة مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا ولا يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وفي هذا ضمانة كبيرة لإقامة الحكم على أسس موضوعية لا شخصية.

والجدير بالذكر أن من أهم القوانين التي سعى المشرع من خلالها إلى حفظ الآداب العامة في المجتمع قانون الأسرة، فبالرغم من عدم التصريح بمصطلح الآداب العامة في نصوصه إلا أن معاني هذه الآداب ماثورة في مواد هذا القانون، ولقاضي شؤون الأسرة دور فعّال في حفظها، ولكن هذا الدور يحتاج إلى توضيح ودراسة وعليه فالإشكالية المطروحة في هذا الموضوع هي:

كيف يكون دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة ؟

للإجابة على هذه الإشكالية تمّ الرجوع إلى قرارات المحكمة العليا التي كرسّت قدسية عقد الزواج وقدسية آثاره وعملت على حفظ آداب المجتمع وتوازنه وحمايته من الانحلال والانحراف، ويبرز ذلك بشكل كبير وجلي من خلال الأحكام المتعلقة بإثبات الزواج العرفي وأحكام النسب والحضانة، وتوافقا مع هذه الأحكام فقد انتهجت الخطوات الآتية:

المبحث الأول: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال الأحكام المتعلقة بالزواج العرفي.

المطلب الأول: الزواج العرفي عوامل وجوده والمبادئ والشروط القضائية لإثباته.

المطلب الثاني: رفض القاضي إثبات الزواج العرفي المخالف للآداب العامة.

المبحث الثاني: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب والحضانة.

المطلب الأول: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب.

المطلب الثاني: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام الحضانة.

خاتمة

المبحث الأول: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال الأحكام المتعلقة بالزواج العرفي

رغم وجود العديد من النصوص القانونية التي توجب وتنظم تسجيل عقد الزواج فإن هناك حالات لا يتم فيها تسجيل هذا العقد ويكتفى بإبرامه وفقا للصيغة التقليدية للزواج مع قراءة الفاتحة، فيصبح هذا الزواج قائما في العرف ولم يسجل في سجلات الحالات المدنية وهو ما يطلق عليه الزواج العرفي.

ولما يدرك أحد الزوجين أو كلاهما ضرورة تسجيل عقد الزواج العرفي لحفظ الحقوق المترتبة عن هذا الزواج، يجد نفسه ملزما باللجوء إلى القضاء، ومهما تعددت عوامل وجود هذا الزواج فإن الحكم بإثباته خاصة في حالة النزاع لا يكون إلا بناء على تحقيق ووفقا لمبادئ تم استقرار القضاء عليها (المطلب الأول)، وإذا أسفر التحقيق على أن العلاقة مخالفة للآداب العامة حكم القاضي برفض إثبات الزواج العرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الزواج العرفي عوامل وجوده والمبادئ والشروط القضائية لإثباته

يتناول هذا المطلب في فرعه الأول عوامل وجود الزواج العرفي وإجراءات إثباته، وفي فرعه الثاني المبادئ والشروط المستقر عليها قضاء في إثباته.

الفرع الأول: مفهوم الزواج العرفي وعوامل وجوده

للزواج العرفي مفهوم متداول عندنا في الجزائر (أولا)، وله أسباب كثيرة لوجوده منها أسباب تاريخية وأخرى اجتماعية (ثانيا).

أولا: مفهوم الزواج العرفي

الزواج العرفي في بعض البلدان العربية ينصرف إلى الزواج الذي يقع بين الرجل والمرأة دون علم الناس به، علما أن الزواج المتفق على سرية يعتبر من الأنكحة الفاسدة، وهذا المعنى مختلف عن المعنى المتداول في الجزائر لأن عبارة الزواج العرفي عندنا تدل على عقد الزواج الذي أبرم وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولم يسجل في سجلات الحالة المدنية.

فالزواج بهذا المعنى المتداول يعتبر صحيحا إذا استكمل شروطه الشرعية، ولو لم يتم تسجيله بالحالة المدنية، وإغفال هذا التسجيل لا يؤثر على قيامه وانعقاده شرعا ولكنه يؤثر على إثباته، لأن استيفاء العقد للشكل الرسمي مطلوب قانونا حسب المنصوص عليه في قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.

ثانياً: عوامل وجود الزواج العرفي

إن وجود الزواج العرفي في الجزائر له عوامل متعددة لعل أهمها الأسباب المتعلقة بالمبررات التاريخية وأساسها التأثير بالعادات والتقاليد، وقناعة الكثير أن الأصل في عقد الزواج هو إبرامه بطريقة شرعية بحضور جماعة من الكبار، وهذا ما يسمى بالفاتحة، وقد كانت هذه الطريقة هي المعتمدة وقت الاستعمار، يقول الشيخ أحمد حماني رحمه الله: "ولا يضره أي عقد الزواج أنه لم يكن بصفة رسمية، وأنه لم يسجل في الحالة المدنية، لأن ذلك غير مشروط، وكثير من حالات الزواج عندنا كانت لا تسجل في عهد الاستعمار مقاطعة من الشعب لمحاكمه، وفي عهد الثورة كان رجالها ينهون عن الذهاب إليها"¹⁰.

وبعد الاستقلال رغم صدور النصوص القانونية التي توجب تسجيل الزواج إلا أنها لم تؤد دورها في القضاء على الزواج العرفي، لتعلق عدد من الأفراد بالعادات والتقاليد إضافة إلى اعتقادهم بأن الزواج الرسمي لا لزوم له إلا من أجل تسوية الوثائق الإدارية لا غير، واعتبارهم أن الزواج لا يصح إلا إذا أبرم بالطريقة الشرعية أو ما يسمى الفاتحة التي لا تتطلب إجراءات خاصة، إذ يكفي فيها توافر الأركان الشرعية للعقد من رضا وولي الزوجة وصدّق وشاهدي عدل، وبعد قراءة الفاتحة وإتمام الدخول يصبح الزواج وفقاً لهذه الصيغة تاماً وقائماً ومنتجاً لكافة آثاره الشرعية من نفقة ونسب وميراث وغيرها من الحقوق¹¹.

ومن الأسباب التي تبرر استمرار الزواج العرفي رغم تعدد النصوص¹² الموجبة لتسجيله سهولة إجراءات الزواج العرفي مقارنة مع إجراءات الزواج الرسمي، خاصة في حالات الزواج التي يتوجب فيها ترخيص القاضي مثل حالة التعدد وحالة الزواج دون بلوغ سن الرشد أو يتوجب فيها ترخيص جهة العمل لبعض الموظفين، وقد يكون سببه التسرع في إتمام الزواج قبل استلام شهادة الطلاق أو التسرع لأسباب اجتماعية أخرى¹³.

الفرع الثاني: المبادئ والشروط القضائية لإثبات الزواج العرفي

هناك شروط إجرائية لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي (أولاً)، وهناك مبادئ وشروط تم الاستقرار عليها وجرى العمل بها قضاء في الدعاوى الرامية لإثبات هذا الزواج (ثانياً).

أولاً: الشروط الإآرائفة لرفع دعوى إثبات الزواج العرفي

نظرا لاستمرار وجود الزواج العرفي فإن المحاكم مازالت تتلقى طلبات إثباته ، فإذا كان الطلب متعلقا بتسجيل الزواج العرفي غير المتنازع فيه فالإجراء الذي حدده المشرع في المادة 39 من قانون الحالة المدنية يتمثل في صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة التي أبرم فيها العقد ، ويكفي لإصدار الحكم تقديم طلب من الزوج أو الزوجة أو ممن له مصلحة إلى وكيل الدولة مرفقا بشهادة ميلاد الزوجين وشاهدين بالغين عاقلين يشهدان على قيام الزواج ، ثم يحال الطلب إلى رئيس المحكمة للفصل فيه بموجب عريضة مختصرة وبالإستناد إلى كل الوثائق والإثباتات المادية.

أما إذا كان الطلب القضائي يهدف إلى إثبات وتسجيل زواج عرفي متنازع فيه ، فإن الإجراءات لا تكون بالبساطة السابقة بسبب إنكار أحد الزوجين له وعادة يكون الرجل ، أو إنكار ورثة أحد الزوجين لهذا الزواج ، فتصبح العلاقة التي كانت بين الرجل والمرأة -إن وجدت- محل ريب وشك. وهذا ما حدث في كثير من القضايا ، حيث تصبح حقيقة هذا الزواج دائرة بين احتمالين :

الاحتمال الأول: أن الزواج كامل الشروط والأركان ويرجع سبب الإنكار لضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى الزوج ورغبته في إخفاء أمر زواجه لرفض أهله له أو لكونه عدد دون علم زوجته الأولى ، وإذا كان المنكرون هم الورثة بعد موت الزوج فيكون مبررهم في إنكار الزواج العرفي إما عدم العلم به أو ضعف وازعهم الديني برغبتهم في إخراج المرأة المتزوجة عرفيا وما نتج عن زواجها من أولاد من الميراث.

الاحتمال الثاني: أن العلاقة في حقيقتها غير شرعية إما لكونها علاقة زنا أو عقد مختل الأركان والشروط وما دعوى إثبات الزواج العرفي إلا غطاء لفعل مخالف للآداب العامة.

ونظرا لعدم تبين الأمر في الزواج العرفي المتنازع فيه فإنه لا يثبت إلا بحكم ، ووفقا لما جرى به العمل القضائي فإن الحكم لا يصدر إلا فصلا في دعوى قضائية تقام من الزوج أو الزوجة أو ممن له مصلحة في ذلك-ولو كان صاحب المصلحة هو النيابة العامة- إلى المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه حسب المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا تأكد القاضي بعد التحقيق في الأدلة من توفر كل شروط الزواج أصدر حكما بإثباته ، وهذا الحكم يسجل بسعي من النيابة العامة في الحالة المدنية حماية لقواعد النظام العام من جهة وحماية لمصلحة الزوجين والنسب الناتج عن هذا الزواج¹⁴.

ثانياً: المبادئ والشروط المستقر عليها قضاءً لإثبات الزواج العرفي

هناك جملة من المبادئ والشروط التي استقر عليها العمل القضائي في القضايا المتعلقة بإثبات الزواج العرفي وهذه المبادئ تحقق أحد الأمرين، إما الوصول إلى إضفاء الشرعية على الزواج الصحيح والحكم بإثباته وبهذا تتحقق حماية الحقوق وحفظ النظام العام، أو الحكم بعدم إثبات الزواج العرفي الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية وبهذا يتحقق حفظ الآداب العامة في المجتمع، وهذه أهم المبادئ والشروط:

1- من أهم المبادئ المقررة لحماية الزواج الصحيح المبدأ المقرر فقها وقضاء بصحة الزواج العرفي أو الزواج بقراءة الفاتحة، إذا توفرت شروطه وأركانها ولو كان غير مسجل بالحالة المدنية مع الحكم بصحة جميع آثاره¹⁵.

2- استقر القضاء على أن إثبات الزواج العرفي غير محدد بمهلة معينة ولا يشترط فيه بقاء الزوجين على قيد الحياة وهذا لحماية الحقوق المترتبة عن هذا الزواج خاصة النسب والميراث، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المبادئ المستقر عليها قضاء وقانوننا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة"¹⁶، وجاء في القرار السابق وقرارات أخرى على غرارها¹⁷ بأن حياة الزوجين لا تشترط لإثبات الزواج العرفي بل يمكن أن يثبت بعد الموت بشروط خاصة.

3- من المبادئ المؤكدة في عدة قرارات للمحكمة العليا أن إثبات الزواج العرفي أو نفيه يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ومدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق¹⁸.

4- أكدت المحكمة العليا في قراراتها على ضرورة إجراء تحقيق من طرف قضاة الموضوع قبل الحكم بإثبات الزواج العرفي أو رفضه، جاء في قرار للمحكمة العليا: "يتعين على قضاة الموضوع القيام بإجراء تحقيق للوصول إلى الحقيقة"¹⁹.

5- استقر قضاء المحكمة العليا على أن الزواج العرفي لا يثبت إلا بشهادة عدلين على الأقل، يشهدان بمعاينة العقد أو السماع الفاشي به، جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "من القواعد المقررة شرعاً أن التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين"²⁰، وجاء في قرار آخر "من المقرر شرعاً أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو

حضرُوا زفاف الطرفين، أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود ومن غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين²¹.

6- يجب على القاضي الاستماع بنفسه لشهادة كل شاهد ولا يمكن إسناد مهمة السماع لغيره، مع وجوب اتباع إجراءات التحقيق في سماع الشهود المنصوص عليها من المادة 150 إلى المادة 163 في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانوناً أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة كل شاهد، وعلى الانفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم، ويذكر كل شاهد قبل الإدلاء بشهادته اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وعلاقته ودرجة قرابته ومصاهرته أو تبعيته للخصوم، ثم يحلف بأن يقول الحق. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة المجلس أغفلوا توجيه اليمين القانونية للشاهدات وسماعهن على انفراد، والأهم إغفال مناقشة إسناد المهمة لخبير بسماع الشهود، وإن مثل هذه المهمة تعتبر أساساً من اختصاص القضاة وإسنادها لموثق يعتبر تنازلاً منهم عن اختصاصهم، مما يجعل قرارهم عرضة للنقض"²².

7- في حالة وفاة أحد الزوجين فإن الشهادة وحدها لا تكفي لإثبات الزواج العرفي بل لا بد من يمين الطرف المدعي، جاء في قرار للمحكمة العليا: "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت" ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"²³. وأكدت المحكمة في قرار آخر أن شهادة ثلاثة أشخاص لإثبات عقد زواج في حالة وفاة الزوج غير كافية ولا بد من تحليف المدعية²⁴.

المطلب الثاني: رفض القاضي إثبات الزواج العرفي المخالف للآداب العامة

إن المبادئ والشروط التي استقر عليها القضاء تعتبر عاملاً مهماً جداً لحفظ قدسية عقد الزواج وعدم التلاعب به ومن ثم حفظ الآداب العامة في المجتمع، وأي إخلال بهذه الآداب يؤدي إلى رفض إثبات الزواج، وقد يكون الرفض لكون العلاقة بين الرجل والمرأة في أصلها علاقة غير شرعية (الفرع الأول)، أو لكون العقد المبرم فيه خلل لا يمكن معه الحكم بصحة الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رفض إثبات الزواج الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية

الأمر الذي استقر عليه القضاء هو رفض دعوى إثبات الزواج إذا كانت العلاقة بين الرجل والمرأة في حقيقتها علاقة غير شرعية وليست علاقة زواج، جاء في قرار

للمحكمة العليا "إن القضاء برفض دعوى تثبيت الزواج الناتج عن علاقة غير شرعية هو قضاء سليم"²⁵.

وتجدر الإشارة في هذا المقام بأن الحكم على علاقة بكونها غير شرعية لا يمكن أن يكون إلا بناء على إقرار أو بينة قوية من حكم جزائي نهائي أو شهادة أربعة شهود، وأي نقص في وسائل الإثبات يؤدي إلى عدم الحكم على العلاقة بكونها غير شرعية، ذلك أن العرض من أهم الحقوق المعنوية المرتبطة بشرف الإنسان وسمعته ويتعدى أثره إلى سمعة العائلة والمجتمع، وقد اهتمت القوانين بحمايته ووضعت الأحكام التي تمنع الاعتداء عليه وجعلت جهاز القضاء حارسا عليه بإصدار الأحكام التي تزجر كل من اعتدى على عرض وشرف غيره.

وقد تباينت القوانين في درجة حماية العرض تبعا للتباين في المعتقدات والأعراف، وتعد الشريعة الإسلامية النظام الذي بلغ درجة عليا في هذه الحماية، فقد اعتبرت العرض حقا من حقوق الله تعالى فلا يجوز المساس به أو التهاون في حفظه، وأدرجته ضمن الكليات الخمس التي يقوم عليها استقرار المجتمع، لذلك كانت جريمة الزنا لا تثبت إلا بالإقرار أو بأربعة شهود في حين أن الجرائم الأخرى تثبت بشاهدين.

وبهذه الشروط المقررة شرعا تصان الأعراض في المجتمع فلا يتجرأ أحد على النيل أو الإنقاص من عرض الآخر، وعلى هذا المنوال سار القضاء فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا بأن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا أو بشهادة أربعة شهود يشهدون في آن واحد مباشرة الزنا، وبما أن الأمر ليس كذلك في قضية الحال، فالقضاة لما اعتمدوا على شهادة رجل وامرأة لإثبات الزنا كانوا منتهكين لقواعد الإثبات، وبالتالي خالفوا القانون والشرع معا، مما يجعل قرارهم معرضا للنقض"²⁶.

إن رفض القضاء إثبات الزواج العرفي الذي يكون في أصله علاقة غير شرعية يكون مستندا إلى حكم جزائي، أو إلى إقرار أحد الزوجين أو كليهما بأن العلاقة كانت غير شرعية، وقد أبطلت المحكمة العليا حكما لقضاة الاستئناف بتصحيح الزواج وإلحاق نسب الولد لوجود اعتراف من الطرفين بالعلاقة غير الشرعية، جاء في القرار: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثم فلا تعتبر العلاقة غير الشرعية بين الرجل والمرأة زواجا... إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا، فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا

للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه ، وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية²⁷.

كما أيدت المحكمة العليا قضاة الموضوع في رفضهم طلب إثبات الزواج عند وجود اعتراف من المرأة بكون العلاقة غير شرعية ، ورد في القرار: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ، ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلب الطاعنة الرامي إلى إثبات زواجها لم يخالفوا الشريعة ولم ينتهكوا القانون"²⁸.

الفرع الثاني: رفض إثبات الزواج العرفي لخلل في العقد

إذا اختل الزواج العرفي لوجود مانع من الموانع أو لنقص في أركانه وشروطه ، فإن هذا الزواج يعتبر باطلا لأنه مخالف للشرع والقانون ، وبهذا الاختلال والنقص يكون العقد مخالفاً للآداب العامة فيحكم القضاء برفض إثبات هذا الزواج وللمحكمة العليا دور كبير في هذا المجال ، ويمكن إبراز هذا الدور من خلال بعض قراراتها الراضية لإثبات الزواج العرفي لخلل في العقد والتي يمكن تقسيمها حسب نوع الخلل إلى ما يأتي:

أولاً: رفض إثبات الزواج العرفي بسبب وجود مانع من موانع الزواج

أوجبت الشريعة الإسلامية لانعقاد الزواج خلو الزوجين من الموانع الشرعية مؤبدة كانت أو مؤقتة ، وقد بين قانون الأسرة هذا الحكم في فصل موانع الزواج من المادة 23 إلى المادة 30.

والزواج العرفي الذي يفضي التحقيق بشأنه أنه وقع على المرأة والعصمة الزوجية السابقة قائمة أو قبل انتهاء عدتها من طلاق أو وفاة يعتبر زواجا باطلا وترفض المحكمة إثباته ، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا عدم صحة العقد على المرأة وقت عدتها ، ذلك أنه من الموانع المؤقتة المانعة لزواج المرأة هو وجودها في عصمة رجل آخر أو في عدة من طلاق أو في عدة من وفاة"²⁹.

بل ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك عندما اعتبرت زواج المرأة عرفيا قبل صدور الحكم بالطلاق من زوجها السابق علاقة غير شرعية ، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يعتبر زنا حالة الزوجة التي لم تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها ، والتي تزوجت مع شخص آخر بالفاتحة رغم عدم صدور الحكم بالطلاق"³⁰.

وءاء في قرار آئر: "إن اقتران الزوءة بزوء ثان روء ووء الروابط الشرعية مع زوءها الأول فإنها قامت باقتراف جريمة الزنا بكل إرادة ولا مءال لتفسير آئر"³¹.

والإشكال الذي يمكن طرءه في حالة كون الطلاق وقع قبل رفع الدعوى ثم انتهت العءة قبل صدور الحكم القضائي وتزوجت المرأة عرفيا، فهذا الزواج في نظر الشرع يعتبر جائزا لانتفاء العءة، ولكنه في نظر القانون غير جائز، لأن الحكم القضائي بالطلاق لم يصدر بعد، وهذا الأمر يءتاء إلى إعادة نظر.

ثانيا: رفض إثبات الزواج العرفي بسبب انعدام بينة تفيد توفر الشروط.

إذا انعمت في دعوى إثبات الزواج العرفي البينة التي تثبت أن عقد الزواج قد أبرم حقيقة بشروطه اللازمة فإن المحكمة العليا ترفض إثباته سواء كان المدعي هو الزوج أو الزوءة، جاء في قرار للمحكمة العليا: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن لم يأت بأي شهادة المعايين أو شهادة السماع لإثبات زواجه فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العرفي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني"³².

كما قضت المحكمة العليا أن يمين الزوءة دون بينة تفيد توفر الأركان لا يكفي لإثبات الزواج العرفي، وأن في إثباته مع هذا الخلل مخالفة للشرع والقانون.³³

وقد ذهبت المحكمة العليا في حفظها للآداب العامة إلى مستوى أعلى في التحقيق عندما رفضت إثبات زواج عرفي متنازع فيه مع ووء شهود صرحوا بأن الرجل والمرأة كانا يعيشان عيشة الأزواء، واشترطت أن تكون الشهادة تفيد انعقاد الزواج بأركانه وشروطه المعروفة وليس مجرد العيش كأزواء³⁴، وقد عبرت المحكمة العليا في قرار لها من قبل على أن مجرد المعاشرة والعيش المشترك ليس دليلا على إقامة عقد الزواج، جاء في ذلك القرار: "من المقرر قضاء أن العشرة والمساكنة لا تعتبر دليلا على قيام الزوجية، وأن الزوجية لا تثبت إلا إذا توفرت شروطها الأساسية"³⁵.

إن رفض إثبات الزواج العرفي يكون في حالة اختلال الشروط الصحيحة لعقد النكاح، ومن ذلك تعدد الشروط المختلة حسب ما كان منصوفا عليه قبل تعديل 2005م، أما إذا نقص شرط واحد كالولي وءءءءء فإن المحكمة قضت بإثبات الزواج طبقا للمادة 33³⁶. ومن ذلك أيضا أن المحكمة العليا قضت بصحة الزواج العرفي

الذي لم يءءء فيه الصءاق لأنه عند النزاع يقضى للزوءة بصءاق المثل³⁷.

لكن في الحالة التي يختل فيها ركنان فأكثر فإن الزواج يبطل في كل الحالات حسب نص المادة 33 قبل التعديل، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا اختل ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج... ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الشاهد صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما"³⁸.

من خلال هذه الأحكام يتضح أن القضاء لا يحكم برفض إثبات الزوج العريفي إلا إذا اختلت الشروط وانعدمت الأدلة على صحته، وذلك حفظا لمكانة عقد الزواج وقديسيته الأمر الذي يؤدي إلى حفظ الآداب العامة في المجتمع.

ثالثا: رفض إثبات الزواج العريفي لخلل في الإشهاد

إذا كان عدد الشهود غير كامل أو حدث تناقض في الشهادة أو أدين الشهود بجريمة التزوير، فإن الشهادة على الزواج العريفي لا تقبل ويرفض القاضي إثبات هذا الزواج لأن العلاقة بين الرجل والمرأة لم تكن صحيحة، وهي مخالفة للآداب العامة. إن المستقر عليه قضاء وشرعا أن يكون الشهود على الأقل اثنان من الرجال العدول، وعليه فإن شهادة رجل واحد غير كافية، ومن هذا المنطلق أيدت المحكمة العليا قضاة المجلس بعدم إثباتهم صحة الزواج العريفي ورفضهم طلب تسجيله بالحالة المدنية نتيجة عجز الزوجة عن إحضار شاهدين جراء اكتفائها بإحضار شاهد واحد وهو لا يكفي لصحة الزواج³⁹.

كما رفضت المحكمة العليا إثبات زواج عريفي شهدت عليه امرأتان جاء في القرار: "ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون جاء خاليا من أية حجة صحيحة أو بيئة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا، فإن تقريره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة ومخطئا في فهم أنواع الشهادات في الفقه"⁴⁰.

إن استكمال عدد الشهود أمر ضروري لإثبات الزواج العريفي، ولكن في بعض الحالات يتوفر الشاهدان، ولكن عند سماع القاضي لكل شاهد على انفراد يجد تناقضا في شهادتهما الأمر الذي يؤدي إلى رفض إثبات هذا الزواج، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعا أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها... ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن

قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف والقضاء بصحة الزواج يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية⁴¹.

إن الخلل في الإشهاد يؤدي إلى نفي واقعة الزواج، ومن أشكال الخلل في الشهادة إدانة الشهود بجريمة التزوير الأمر الذي يؤدي إلى رفض إثبات الزواج، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود الذين شهدوا لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى الطاعنة الرامية إلى إثبات زواجها بالمتوفى طبقوا صحيح القانون"⁴².

من خلال ما تقدم يلاحظ أن للقضاء دورا فعالا في حفظ قدسية عقد الزواج وحمايته من أي تلاعب أو إنقاص يجعله مخالفا للآداب العامة وفي هذا حماية للأسرة وللنسب وللقيم التي ينشأ عليها الأولاد.

المبحث الثاني: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب والحضانة

من الأحكام التي يبرز فيها دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة الأحكام المتعلقة بالنسب، خاصة منها ما تعلق برفض النسب الناتج عن علاقة غير شرعية (المطلب الأول)، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بالحضانة من خلال إسقاط هذه الأخيرة عن مستحقها إذا كان قد ارتكب فعلا مخلا بالآداب العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام النسب

أحكام النسب تحظى بحماية شرعية وقانونية لما لها من تأثير على تنشئة الأولاد الذين يعتبرون الغاية السامية التي يرمي إليها التشريع من الحياة الزوجية، وهم اللبنة الأساسية التي يقوم عليها الوجود البشري، وأحكام النسب ترتبط مباشرة بالعلاقة القائمة بين الرجل والمرأة والتي كانت سببا في إنشاء هذا النسب.

والقضاء في هذا المجال يخضع لعدة مبادئ حسب نوع العلاقة المنشئة للنسب، فإذا كانت علاقة زواج طبق القاضي مبدأ التيسير في إثباته ومبدأ الاحتياط في نفيه، وإذا كانت علاقة غير شرعية حكم بعدم إثباته عملا بمبدأ سد الذرائع حتى لا تنتشر العلاقات المحرمة وتحفظ الآداب العامة في المجتمع (الفرع الأول) مع العلم أن هذا الحكم الأخير أي عدم إثبات النسب الناتج عن علاقة غير شرعية قد شهد تغيرا من خلال بعض قرارات المحكمة العليا والتي تحتاج لبيان ودراسة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ سد الذرائع في أحكام النسب الناتج عن علاقة غير شرعية

نظرا لكون النسب رابطة إنسانية مقدسة وضرورية لإحياء الولد لما لها من علاقة بأحكام الحضانة والنفقة، فقد عملت الشريعة على حفظها ما أمكن، وجعلت إثبات النسب خاضعا لمبدأ التيسير والتسامح فيثبت بالزواج الصحيح والفساد ونكاح الشبهة، وبالإقرار والبيينة، وهذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة، وعلى هذا المبدأ سار القضاء الجزائري، جاء في قرار للمحكمة العليا: "إثبات النسب يقع فيه التسامح ما أمكن لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشك وفي الأنكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد"⁴³.

إن مبدأ التسامح في إثبات النسب يطبق ما كانت العلاقة بين الرجل والمرأة المنتجة لهذا النسب هي علاقة زواج، أما إذا كانت العلاقة غير شرعية فلا يثبت بها النسب ويطبق بصدها مبدأ سد الذرائع حتى لا تكون الرذائل مدعاة لإثبات هذا الحق، فيحدث التلاعب بالأنساب والتهاون في حفظ الأعراض وينتشر الفساد في المجتمع، ويظهر مبدأ سد الذرائع في عدم إثبات النسب الناتج عن علاقة غير شرعية من خلال أحكام المحكمة العليا والتي تعددت مبرراتها على النحو الآتي:

أولا: رفض إثبات النسب الناتج عن زواج عري غير ثابت

إذا كان الزواج العري مستكملا للأركان والشروط حكم القاضي بصحته وترتيب آثاره وعلى رأسها النسب، أما إذا كان الزواج العري غير ثابت فإن القاضي يحكم بعدم صحته وعدم إثبات النسب الناتج عنه، لكون هذا الزواج مشكوكا في وقوعه ولعله غطاء لعلاقة أخرى نتج الولد في إطارها.

جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن الزواج المزعوم وقع بين الطرفين بالفاتحة في 20 أوت 1965 رغم أن المطعون ضده كان محبوسا بمؤسسة إعادة التربية بالحراش منذ 2 نوفمبر 1963 إلى غاية 5 جويلية 1967، كما أن الطلاق المزعوم وقع بين الطرفين في 1966 وأن الولد المسمى "وحيد" المتنازع عليه ولد في 28 أوت 1966، وأن هذه الوقائع لم تثبت ولم تعرض البيينة لإثبات صحتها، لأن الزواج يثبت فقها وقضاء بقراءة الفاتحة وتحديد الصداق وحضور الشهود والولي، وإن اعتراف المطعون ضده أمام القاضي الأول وقع بالتردد وتراجع عليه"⁴⁴.

ثانيا: رفض إثبات النسب الناتج عن زواج عري في حقيقته علاقة غير شرعي

في حالة تأكد القاضي من كون العلاقة بين الرجل والمرأة غير شرعية لوجود اعتراف أو حكم جزائي بذلك رفض القاضي إثبات الزواج العري والنسب الناتج عنه،

ورد هذا الحكم في عدة قرارات منها قرار سنة 1984 جاء فيه: "إذا كان الثابت في قضية الحال أن العلاقة التي كانت تربط بين الطرفين علاقة غير شرعية، إذ كلاهما اعترف بأنه كان يعاشر صاحبه جنسيا فإن قضاة الاستئناف بإعطائهم إشهادا للمستأنف على اعترافه بالزواج وتصحيحه وإلحاق نسب الولد بأبيه وتقرير حقوق المستأنفة خرقوا أحكام الشريعة الإسلامية"⁴⁵.

وأكدت المحكمة هذا الحكم في قرار سنة 1989 جاء فيه: "إن العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة حتى لو ثبتت لا تفيد الزواج المشروع، وكل ما نتج عنها لا يفيد البتة المشروعة"⁴⁶.

ثالثا: رفض إثبات نسب الولد المولود قبل مدة الحمل الدنيا

إن ولادة المولود قبل ستة أشهر من إتمام الزواج يؤدي إلى الاعتقاد أن الحمل قد تم قبل الزواج، وقد يكون من الزوج بسبب علاقة غير شرعية قبل الزواج، وقد يكون من رجل آخر، وفي الحالتين لا ينسب الولد، وبهذا الحكم جاءت قرارات المحكمة العليا منها قرار بتاريخ 1984 تم فيه تأكيد نفي النسب لأن البنت ولدت بعد أربعة وستين يوما من تاريخ الزواج وكان التسبيب على أساس "أن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا وأن ولد الزنا لا ينسب لأبيه"⁴⁷.

بل ذهبت المحكمة إلى عدم إثبات نسب في قضية كان الشخص قد حكم عليه جزائيا بثلاث سنوات بسبب الفعل المخل بالحياة ضد قاصرة، هذا الفعل الذي نتج عنه ولد اعترف الشخص بأبوته له، وحاول تصحيح الأمر بإبرام عقد الزواج مع هذه القاصرة قبل ولادة الطفل بخمسة أيام، ومع ذلك أيدت المحكمة العليا القرار الصادر عن المحكمة الابتدائية وعن المجلس القضائي بنفي النسب على أساس أن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية"⁴⁸.

كما قضت المحكمة في قرار آخر بصحة القرار المطعون فيه الذي حكم بإثبات زواج عري نظرا لاستيفاء شروطه، وعدم إثبات نسب نتج بعلاقة غير شرعية قبل هذا الزواج العري ونفت التناقض عن هذا القرار"⁴⁹.

الفرع الثاني: تغير القضاء في بعض قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالنسب وأثر ذلك على حفظ الآداب العامة

في مقابل الاتجاه السابق والمتمثل في عدم إثبات النسب الناتج عن علاقة غير شرعية مطلقا وهو الرأي الموافق لمذهب جمهور الفقهاء، فإن هناك قرارات للمحكمة العليا صادرة بعد 2005 تميل إلى اتجاه آخر منها هذه القرارات.

قرار مؤرخ في 2006/03/05 قضى بإلحاق نسب ولد ناتج عن علاقة غير شرعية استنادا إلى تحليل الحمض النووي الذي أكد ذلك⁵⁰.

قرار بتاريخ 2009/07/08 تم فيه إثبات نسب في علاقة اعتداء جنسي بناء على حكم جزائي أدان المتهم بهذا الفعل⁵¹.

قرار بتاريخ 2012/03/15 ملف رقم 734072 ألحق النسب في علاقة غير شرعية تتمثل في اعتداء على قاصرة، وأدين الفاعل بالجريمة، جاء في القرار: "النسب يلحق بالطاعن متى ثبت ارتكابه لجرم هتك العرض على شخص الطاعنة، وأن هذا الفعل يعد من قبيل البيئة طبقا للمادة 40 من قانون الأسرة، خلافا لما ذهب إليه قضاة الموضوع، بحيث أن الأصل هو اللجوء إلى الطرق العلمية في مثل قضية الحال" إن الاتجاه الذي تبنته المحكمة العليا في السنوات الأخيرة هو إلحاق النسب في حالة الاعتداء وذلك من باب الزجر والردع، وهذا المنحى يجعلنا نتساءل عن المستند الفقهي لإلحاق نسب ولد الزنا سواء كان في حالة اغتصاب أو غير ذلك.

للإجابة على هذا التساؤل تم الرجوع إلى كتب الفقه لنجد أن استلحاق ولد الزنا فيه رأي لجمهور الفقهاء ورأي لعدد من الفقهاء الآخرين.

الرأي الأول: لجمهور الفقهاء وهو رأي المالكية والشافعية والحنابلة وبعض الحنفية والظاهرية والزيدية والشيعة، ومفاده أن ابن الزنا لا ينسب لأبيه مطلقا.

الرأي الثاني: ذهب إليه إسحاق بن راهويه وابن سيرين وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار وابن تيمية وابن القيم، ومفاده إلحاق ولد الزنا بأبيه إذا اعترف وتحقق كونه منه وبشرط ألا تكون الزانية ذات زوج⁵²، وقد وصف ابن رشد وابن حجر هذا المذهب بالشذوذ⁵³. وأضاف أبو حنيفة شرطا آخر وهو أن يتزوج الزاني بالزانية قبل وضع الحمل⁵⁴. وتباينت أدلة الفريقين ويمكن ذكر أهمها فيما يأتي:

1- روى البخاري ومسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁵⁵ فذهب جمهور العلماء إلى أن العاهر أي الزاني له الخيبة ولا شيء له

في الولد ، في حين يخصص الفقهاء الآخرون القائلون بإلحاق ولد الزنا أن للعاهر الحجر إذا كان للولد فراش ينسب إليه ، أي أن تكون المرأة متزوجة مثل واقعة الحديث التي روتها عائشة رضي الله عنها.

وتتمثل أحداث هذه الواقعة في أن عتبة بن أبي وقاص زنى في الجاهلية بأمة لزمنة وعهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة منه ، فاختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في الولد ، فقال سعد : هو ابن أخي. وقال عبد ابن زمعة : أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم " هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر " ، ثم قال صلى الله عليه وسلم لزوجته سودة بنت زمعة : " احتجبي منه " ، لما رأى شبه الولد بعتبة ، وعليه فالعاهر لا يلحقه الولد إن كان للمرأة زوج ، وفي حالة ادعاء رجل ولد امرأة متزوجة فلا يؤخذ بقوله ، وينسب الولد إلى الزوج إلا إذا نفاه وقام باللعان حسب شروطه ، حينئذ ينسب الولد لأمه فقط لضرورة الأمومة لكل طفل ، فإن لم يكن للمرأة زوج فلا يوجد الفراش الذي ينسب إليه الولد والحديث لا يتناول هذه الحالة.

2- استدل الجمهور على نفي ولد الزنا بنفي الرسول صلى الله عليه وسلم نسب ولد الملائنة ، وأجاب أصحاب الرأي المخالف بأن الزاني في اللعان ارتكب الفاحشة مع امرأة متزوجة فلا ينسب الولد إليه ، أما في حالة كون المرأة غير متزوجة فالحكم مختلف بدليل ما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه عندما كان يلحق أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام⁵⁶ ، وقيد ذلك إذا لم يكن للأولاد فراش ينسبون إليه ، وقد رد الجمهور على ذلك بأن حكم الإلحاق كان لمن ولد في الجاهلية وليس في الإسلام بعد تحريم الزنا.

3- استدل الجمهور بحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم " من عاهر أمة أو حرة فولده ولد زنى لا يرث ولا يورث "⁵⁷ ، ورد القائلون بإلحاق النسب أن الحديث لم يرق إلى درجة الحديث الصحيح ، وإذا أخذ به فإنه يقتصر على الأمة التي هي فراش لسيدها ، ويقاس عليها أن تكون الحرة متزوجة فلا يثبت النسب في هذه الحالات باتفاق.

4- استدل الجمهور بأدلة عقلية منها أن الزنا فعل محرم وفيه تعد على حدود الله ، وفاعله يجب أن يعاقب لا أن يكافأ بنعمة النسب والأبوة اللتين لا يستحقهما إلا من قدم لهما بالزواج ، زد على هذا أن في إلحاق الولد بالزاني ذريعة لكل متفحش لم يصل إلى المرأة برضاها ورضا أهلها أن يعتدي عليها ويكون الولد له ، فكان لابد أن يعامل بنقيض قصده ، إضافة إلى أن فيه اختلاطا للأنساب فلعل الولد ليس منه. ويرد أصحاب القول بإلحاق ولد الزنا أن تنسب ابن الزنا من الزاني ليس تكريما له بل في

ذلك تحميلة عبء القيام والإنفاق عليه، إعمالاً لقاعدة (الغنم بالغرم) زد على ذلك أن اختلاط الأنساب لا يحدث إذا اشترطت البينة، وفي عصرنا تطورت وسائل التحقيق في هذا المجال باكتشاف البصمة الوراثية⁵⁸.

5- استدل الرافضون لإثبات نسب ولد الزنا بأن في هذا الإثبات أو الإلحاق تشجيعاً للمنحرفين على العلاقات الآثمة تحصيلًا للنسل، كما أنه يؤدي إلى إقدام الناس على دعاوى النسب الباطلة، وسيفتح هذا الأمر صراعاً بين الأطفال الشرعيين وغير الشرعيين وينتج عنه نزاعات لا حد لها في قضايا الميراث⁵⁹. ويرد القائلون بالإلحاق أن ما ذهبوا إليه يساعد على التقليل من ظاهرة التشرد وإلقاء المولودين على قارعة الطرق⁶⁰، كما أنه يؤدي إلى التقليل من فاحشة الاغتصاب لأن الرجل يضع في حسبانته أنه سيلزم بعبء الإنفاق على المولود الذي يمكن أن ينتج عن هذه الفاحشة وأن نسبه سيلحق به، خاصة وأن الرجل عادة ما ينكر نسب من نتج عن ارتكابه الفاحشة تملصاً من المسؤولية، وهذا ما تؤكد بعض القضايا حيث يرفض الجاني إثبات النسب ويجعل من رأي الجمهور سنداً له.

بعد عرض هذين الرأيين هناك رأي يدعو إلى أن يكون الأصل هو عدم إثبات النسب بالعلاقة غير الشرعية عملاً برأي الجمهور، مع فتح مجال للاستثناء عملاً برأي الفقهاء الآخرين القائلين بإلحاق النسب في حالات خاصة، وإدراج ذلك ضمن السلطة التقديرية للقاضي حسب شروط محددة في إطار مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها في حفظ النفس والعرض والنسل، مع مراعاة فقه الموازنات والأولويات بين حماية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج وبين تحقيق الزجر والردع عن العلاقات غير الشرعية، حفظاً للآداب العامة في مجتمعنا الذي لا يوقع العقاب اللازم على ارتكاب الفاحشة.

المطلب الثاني: دور القاضي في حفظ الآداب العامة من خلال أحكام الحضانة

الحضانة مهمة سامية مرتبطة بتكوين النشء الذي يعتبر عماد الأمة، ويستلزم لأدائها توفر شروط في الحاضن أو الحضنة، من أهمها الأمانة والأخلاق (الفرع الأول)، فإذا نقصت هذه الصفات وظهر ممن استحق الحضانة فساداً في الأخلاق أو إخلالاً بالآداب العامة فإن القاضي يحكم بإسقاط الحضانة عن مستحقها ولو كانت أما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الخلقية الواجب توفرها في الحاضن

تنص المادة 62 من قانون الأسرة على أن "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً"، فالحضانة مسؤولية كبيرة تقتضي توفر شروط في الحاضن، وهذه الشروط ذكرت بعبارة مجملة في الفقرة الثانية من المادة السابقة، حيث جاء فيها: "يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك"، وترك المشرع تفصيل شروط الحضانة لأحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة.

وعند الرجوع إلى كتب الفقه نجد من أهم الشروط التي تجعل الحاضن مستأئناً على حفظ المحضون في صحته ودينه وخلقه شرط القدرة والأمانة، وإذا كانت القدرة تنصرف إلى الصفات العقلية والبدنية من عقل وبلوغ وقدرة على القيام بشؤون المحضون فإن صفة الأمانة تنصرف إلى الصفات المعنوية المرتبطة بالأخلاق، والتي لها أثر مباشر على القيم والآداب التي ينشأ عليها المحضون.

إن شرط العفة والأمانة في الحاضن شرط متفق عليه بين الفقهاء فلا حضانة لفاسق أو خائن، جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة أن من شروط الحضانة الأمانة في الدين والخلق فلا تكون فاسقة، فإن ثبت فجورها أو كانت محترفة حرفة دنيئة فإن حقها يسقط، ولا يشترط فيها أن تكون مسلمة، فلا ينزع الولد الصغير من أمه الكتابية بشرط أن يؤمن عليه الكفر والفساد عندها وأن تقيم به في بلد المسلمين، فإذا لم يؤمن عليه ذلك بأن كانت تأخذه إلى الكنيسة أو تطعمه لحم خنزير أو تسقيه خمراً، أو أقامت في غير بلاد المسلمين فإن حضانتها تسقط⁶¹.

وعليه فإن الحضانة أما كانت أو غيرها إذا ثبت فساد أخلاقها وعدم إقامتها للفضائل وزنا كان ذلك مانعاً من موانع الحضانة، لأن الطفل ينطبع في نفسه صور ما يراه في محيطه ويحاكيه فينشأ على تلك الأخلاق السيئة⁶²، لذلك فإن من فسدت أخلاقها وكان سلوكها مخالفاً للآداب العامة لا تكون أهلاً لتحقيق أهداف الحضانة ومقاصدها، والمرأة غير المستأمنة على نفسها لا تكون أمينة على المحضون.

إن رفع دعوى إسقاط الحضانة عن الأم بسبب عدم استقامتها يضع عبئاً كبيراً على القضاء في التحري والتحقيق في مدى توفر شرط عدم الاستقامة، فلا يعقل أن يصدق المدعي في دعواه هذه إلا إذا ثبت فعلاً إخلال الأم بالآداب العامة، فإذا لم يثبت ذلك صدر الحكم ببقاء الحضانة للأم، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعاً بأنه وفقاً لمصلحة المحضون، فإنه لا يمكن التفكير في نزع الولد من أمه، ما

لم يثبت أنها خالفت بسيرتها أو عدم استقرار مواردها الشروط التي تحددها الشريعة الإسلامية⁶³.

كما قضت المحكمة العليا بإبقاء الحضانة لأم صدر في حقها حكم البراءة من الزنا، جاء في القرار: "حيث أنه من الثابت فقها وقضاءً أن الزنا لا يثبت إلا بإقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائياً أو بشهادة أربعة شهود شاهدوا في آن واحد مباشرة الزنا، وبما أن الأمر ليس كذلك - في قضية الحال - لأن الزوجة قد صدر في حقها حكم بالبراءة المؤيد أمام المجلس، ومن ثم فإن الزوجة عند صدور الطلاق هي أولى بحضانة أولادها"⁶⁴.

إن شرط استقامة الحاضنة وأمانتها ضروري لاكتساب حق الحضانة ولا استمراره، والإخلال بهذا الشرط إذا ثبت كان سبباً في إسقاط حق الحضانة، وذلك حماية للمحضون حتى يتربى في جو ملؤه الأخلاق فيكبر محافظاً على الآداب، وفي تعميم هذا الحكم تنتشر في المجتمع قيم الشرف وتعم الفضائل وتتقلص الرذائل ويتحقق بذلك توازن المجتمع واستقراره.

الفرع الثاني: إسقاط القضاء لحق الحضانة عن مستحقها بسبب الإخلال بالآداب العامة

حسب المتفق عليه في الفقه الإسلامي فإن الأصل في الحضانة أن تكون للأم ابتداءً وهذا ما نص عليه قانون الأسرة في المادة 64، وقد أكدته قرارات المحكمة العليا قبل إصدار قانون الأسرة وبعده، بل حكمت به - رغم اعتراض الأب - في حالة بعد موطن الأم بعداً مقبولاً⁶⁵. كما صرحت المحكمة العليا أن الأم أولى بالحضانة ولو كانت كافرة إذا كانت مقيمة في الجزائر ولا يخاف على دين المحضون عندها⁶⁶.

والجدير بالتنبيه أن المحكمة العليا أكدت في قراراتها على أن إسقاط الحضانة عن الأم لا يكون إلا بمبرر شرعي وأسباب جدية تقتضي ذلك، جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر شرعاً أن حضانة الأبناء تسند إلى أهمهم ولا يسقط عنها هذا الحق إلا بموجب مبرر شرعي"⁶⁷. وجاء في قرار آخر: "من المقرر شرعاً أن إسقاط الحضانة لا يكون إلا لأسباب جدية وواضحة ومضرة بالمحضون ومتعارضة مع مصلحته"⁶⁸.

ومن الأسباب الجدية لإسقاط الحضانة عن الأم حسب المقرر في الشرع والقانون اتصاف الأم بسوء الأخلاق، وقد كرّس القضاء هذا الحكم في عدة قرارات منها قرار بتاريخ 1989/05/22 نقضت فيه المحكمة العليا حكم المجلس بإسناد حضانة ثلاث بنات للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها. وفي قرار آخر بتاريخ

2010/10/14 أسقطت المحكمة العليا حق الحضانة عن الأب لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة، وأسندت الحضانة إلى الأم بالرغم من تنازلها عنها في دعوى التخليق⁶⁹، ذلك أن فساد الأخلاق إذا كان سببا لإسقاط الحضانة عن الأم فإنه من باب أولى سبب لإسقاط الحضانة عن غيرها من مستحقي الحضانة أبا كان أو غيره. وفي هذا الإطار وحرصا على الآداب العامة والمحافظة على المحيط الأخلاقي الذي ينشأ فيه المحضون اتجهت المحكمة العليا اتجاهها أبعد عندما أسقطت حق الحضانة عن الجدة (أم الأم) لفساد أخلاق ابنتها أي الأم، جاء في القرار: "متى كان من المقرر شرعا أن سقوط حق الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضا حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما"⁷⁰.

إذا كان سوء الخلق عموما مسقطا للحضانة فإن ارتكاب فاحشة الزنا المخالفة للآداب العامة من أهم مسقطات الحضانة، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا: "إن جريمة الزنا من أهم مسقطات الحضانة شرعا وقانونا إلا بالنسبة للولد الصغير الذي لا يستطيع الاستغناء عن أمه"⁷¹.

إن هذا الاستثناء الأخير المتعلق بإمكانية إبقاء المحضون عند أمه رغم ارتكابها فاحشة الزنا إذا كان صغيرا لا يستطيع الاستغناء عنها قد ورد في بعض كتب الفقه، وحجتهم في ذلك أن المحضون الصغير غير المميز لا يخشى عليه لعدم تمييزه، ولكنه إذا كبر وأصبح مدركا للأمور فإن حضانة الأم تسقط لاستغناء الولد عنها ولحفظ أخلاقه من الفساد"⁷².

وبهذا الاستثناء جاءت بعض قرارات المحكمة العليا منها قرار سنة 2010 أسندت فيه الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا لكون المحضونة صغيرة ولا تستطيع الاستغناء عن أمها، جاء في القرار: "لكن حيث أن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاءها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"⁷³.

إن هذا الاستثناء يؤدي إلى طرح استفهام مفاده ما هو الحد الأقصى للسنة المشترك لكي يحكم القاضي بإبقاء الحضانة للأم في مثل هذه الحالات؟ صحيح أن أحكام الحضانة مخصصة بمراعاة مصلحة المحضون، وهذه المصلحة خاضعة لتقدير القاضي ولكنها مقيدة بالأحكام المنصوص عليها وبما استقر عليه الفقه والقانون، فإذا حدث استثناء اقتضته هذه المصلحة وجب تحديد المقاييس التي يخضع لها هذا الاستثناء والتي تبيح الخروج عن الحكم الأصلي حتى لا توصف الأحكام القضائية بالتناقض والاختلاف.

في الأخير يمكن القول أن القضاء الجزائري حرص على اعتبار الأمانة في الأخلاق شرطاً جوهرياً في الحاضن وكرس ذلك في العديد من أحكامه، فالحاضنة التي لا تقيم وزناً للأخلاق ولا تراعي حرمة الشرف لا تكون أهلاً للحضانة لأنها غير آمنة على نفس الطفل وأدبه، فقد ينشأ على طريقتها ويتخلق بخلقها، وفي هذا خطر على الأخلاق والآداب التي يجب أن تحفظ، ولا يقع الاستثناء إلا نادراً وفي حالات خاصة تتحقق في إطارها مصلحة المحضون بما لا يخل بهذه الآداب.

خاتمة

في ختام هذا الموضوع نستنتج أن لقاضي شؤون الأسرة دوراً أساسياً في حفظ الآداب العامة رغم عدم تصريح قانون الأسرة بهذا المصطلح، إلا أن معانيه ماثلة في جل أحكامه، ويبرز هذا الدور الإيجابي والفعال للقاضي من خلال هذه الدراسة في القضايا الآتية:

1- في القضايا المتعلقة بالزواج العري في لا يحكم القاضي بإثباته إلا بعد معاينة وتكييف الوقائع المعتمدة في القضية، والتأكد من شرعية العلاقة بين الرجل والمرأة اعتماداً على مبادئ وشروط استقر عليها القضاء، ذلك أن عقد الزواج ميثاق مقدس لا يثبت إلا للعلاقات الشرعية.

ومع عمل القضاء على إثبات الزواج العري الذي اكتملت شروطه، فإنه في المقابل يرفض إثبات الزواج الذي اختلت أركانه وشروطه وانعدمت الأدلة على صحته حفظاً لمكانة عقد الزواج وقديسيته، وحمايته من أي تلاعب يجعله مخالفاً للآداب العامة.

2- في القضايا المتعلقة بإثبات النسب يعمل القضاء على تيسير هذا الإثبات والاحتياط في نفيه في إطار الزواج، وفي المقابل إذا تبين أن العلاقة المنشئة لهذا النسب غير الشرعية فإن القضاء يحكم بعدم إثباته عملاً بمبدأ سد الذرائع حتى لا تكون الرذائل سبباً للأنساب.

ومع هذا الاتجاه العام للقضاء إلا أن هناك بعض القرارات التي ألحقت النسب في بعض حالات الاغتصاب من باب الردع والزجر، وتحميل المتسبب في إيجاد الولد عبء القيام عليه، إلا أن هذا الاتجاه لاقى الكثير من الاعتراضات وبقيت أحكامه معزولة، وإن كانت مستنداته تركز على آراء بعض الفقهاء المخالفين لرأي الجمهور، والحقيقة أن رأي هؤلاء الفقهاء يبقى استثنائياً وقد وضعوا له شروطاً وضوابط توافقاً مع مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها في حفظ النفس والعرض والنسل، وعليه فإن اللجوء إلى هذا الرأي لا بد من إخضاعه للسلطة التقديرية للقاضي، ولا يكون إلا في حالات خاصة واستثنائية يجب ضبطها، مع ضرورة الموازنة فيها بين حماية الأطفال المولودين خارج إطار الزواج وبين حماية الأنساب من الاختلاط وحفظ المجتمع من الانحراف وتأكيد معاني العفاف والطهر.

3- في القضايا المتعلقة بحق الحضانة يشترط القانون القدرة والاستقامة والأمانة لاكتساب هذا حق واستمراره، والإخلال بشرط الخلق المستقيم إذا ثبت للقاضي بعد التحري والتحقيق كان سبباً في نزع المحضون من حاضنه، ولا يحدث الاستثناء إلا في حالة الولد الصغير غير المميز الذي لا يستغني عن أمه، وتسقط حضانتها عند تمييزه، لأن فساد أخلاق الحاضن تجعله غير مستأمن على تربية المحضون، وليس أهلاً لتحقيق أهداف الحضانة ومقاصدها في تكوين نشء صالح متخلق.

أخيراً يمكن القول أن القضاء الجزائي كرس مبدأ حفظ الآداب العامة في مجال الأحوال الشخصية، وقد انتهج في ذلك منهجاً زواج فيه بين الصرامة والاحتياط وبين التيسير والمراعاة حفظاً للفرد والمجتمع. وفي هذا المنهج حماية لكيان المجتمع ومحافظة على توازنه وعدم انحلاله، فتنتشر فيه معاني الطهر والفضيلة وتضمحل معاني الفجور والرذيلة، هذا الأمر الذي قصّر فيه القانون في الدول الغربية، الأمر الذي أدى إلى ظهور الكثير من مظاهر الانحلال والانحراف على مستوى العلاقات الأسرية. في المقابل فإن الشريعة الإسلامية تهدف إلى حفظ قدسية الزواج وتشوف إلى استمرار النسب ونقائه، وتعمل على حماية المحضون في أدبه وأخلاقه، وقضاء شؤون الأسرة هو المترجم لهذه المعاني، فيكون بهذا النهج المقرر في الشرع حارساً أميناً على قيم المجتمع، يسعى لنشر خلق الأدب والستر بين أفرادها، ويعمل على حماية عرض الإنسان وصون شرفه وكرامته.

الهوامش

- 1- انظر: توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، بيروت، الطبعة الأولى، 1988م، ص81.
- 2- انظر: فيلالتي علي، مقدمة في القانون، موقف للنشر والتوزيع، الجزائر 2005م، ص107.
- محمدي فريدة زواوي: المدخل للعلوم القانونية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر 2002، ص30.
- 3- انظر: فيلالتي علي، المرجع السابق، ص106.
- 4- انظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص79-82.
- 5- كان القضاء الفرنسي يقضي ببطلان الوساطة بمقابل في عقد الزواج لأنه يجعل للوسيط مصلحة في خداع طالب الزواج خلافا لما يقتضيه واجب الأمانة في التعامل، وفي هذا الوقت تغيرت النظرة إلى الوساطة في الزواج، ولم يعتبره القضاء اتفاقا مخالفا للآداب بل أصبح ينظر إليه على أنه وسيلة للتقريب بين راغبي الزواج، وأصبحت هناك وكالات خاصة لهذا الغرض، انظر: محمد حسن القاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1988، ص122. – فيلالتي علي، المرجع السابق، ص110.
- 6- انظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص81.
- 7- انظر: المرجع السابق، الصفحة نفسها.
- 8- المفروض ان يحرم الزنا بكل أشكاله وتقام العقوبة على كل من فعله سواء كان متزوجا أو غير متزوج، وسواء كان الفعل عن رضا بين الطرفين أو عن غير رضا مع اختلاف مقدار العقوبة حسب اختلاف الحالات.
- 9- انظر: محمدي فريدة، المرجع السابق، ص31.
- 10- انظر: حماني أحمد، فتاوى استشارات شرعية ومباحث فقهية، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992م، 1/355، في قوله "لأن ذلك غير مشروط" يقصد به الشروط الشرعية المعتمدة في الفقه الإسلامي.
- 11- انظر: بلحيرش حسين، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، العدد الأول (عدد خاص)، 2011م، ص135.
- 12- المواد 18 و21 و22 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005م، تؤكد على إثبات عقد الزواج ونصوصها كالآتي: المادة 18: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و9 مكرر من

هذا القانون". المادة 21: "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج"،
المادة 22: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم
قضائي"، كما نظمت المواد 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية إجراءات تسجيل الزواج.

13- انظر: بلحيرش حسين، المرجع السابق، ص 131، 137.

14- انظر: - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر، 2005م، الجزء الأول، ص 143-144. - بلحيرش حسين، المرجع
السابق، ص 139-140.

15- انظر القرارات الآتية الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا - ملف رقم
28784 بتاريخ 1982/11/22 نشرة القضاة، عدد 2 سنة 1986، ص 32. - ملف رقم
34438 بتاريخ 1983/09/24، المجلة القضائية، عدد 01 سنة 1990، ص 64. - ملف رقم
96238 بتاريخ 1993/09/28، مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا
عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، الطبعة الثالثة، 2007، ص 71.

16- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 71732 بتاريخ 04/24 /
1991، المجلة القضائية عدد 2 سنة 1993، ص 51.

17- انظر القرارات الآتية للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 221329
بتاريخ 1999/04/20، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001م
عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ص 60.
- ملف رقم 222579 بتاريخ 18 ماي 1999 غير منشور.

18- انظر: قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) غرفة القانون الخاص، بتاريخ
1967/04/05، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية معهد الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 1
سنة 1968، ص 153. - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046،
بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1990، ص 67.

19- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 262912 بتاريخ 18/04/2001م،
المجلة القضائية، عدد 2، سنة 2002، ص 409.

20- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889 بتاريخ 15/12/1986،
المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1993، ص 37.

- 21- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53272 بتاريخ 1989/03/27،
المجلة القضائية، عدد3، سنة 1990، ص 82.
- 22- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 90683 بتاريخ 1993/05/25،
المجلة القضائية عدد01، سنة 1994، ص 58.
- 23- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 204254 بتاريخ 1998/09/22،
المجلة القضائية عدد 02، سنة 2000، ص 173.
- 24- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 37501 بتاريخ
1985/09/23، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1989، ص 95.
- 25- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 261925 بتاريخ
2002/07/03، المجلة القضائية عدد 02، سنة 2003، ص 271.
- 26- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 20841 بتاريخ 1979/12/24،
نشرة القضاة، سنة 1981، ص 80.
- 27- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34137 بتاريخ
1984/10/08، المجلة القضائية عدد04، سنة 1989، ص 79.
- 28- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 48184 بتاريخ
1988/02/29، المجلة القضائية عدد01، سنة 1991، ص 49.
- 29- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1983/01/03، المجلة
الجزائرية للعلوم القانونية، عدد3، سنة 1984، ص 731.
- 30 - قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، ملف رقم 271 بتاريخ 1986/05/13،
مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص 118.
- 31- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجزائية، ملف رقم 570 بتاريخ 1989/06/06، مشار
إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص 119.
- 32- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 53272 بتاريخ
1989/03/27، المجلة القضائية عدد03، سنة 1990، ص 82.
- 33- انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 248683 بتاريخ
2000/09/19، المجلة القضائية عدد 02، سنة 2003، ص 274.

- 34- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34030 بتاريخ 11/05/1983، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1990، ص21.
- 35- قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا)، غرفة القانون الخاص، ملف رقم 12529 بتاريخ 21/04/1975، مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص55.
- 36- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 232095 بتاريخ 29/06/1999، مشار إليه في كتاب بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الإعلامية، وهران، 2005م، ص 12.
- 37- انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 120422 بتاريخ 17/11/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص53.
- 38- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 51107 بتاريخ 02/01/1989، المجلة القضائية عدد 03، سنة 1992، ص53.
- 39- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 102746 بتاريخ 22/03/1994، نشرة القضاة، عدد 50، سنة 1997، ص 85.
- 40- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 43889 بتاريخ 15/12/1986، المجلة القضائية عدد 02، سنة 1993، ص37.
- 41- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 58788 بتاريخ 19/03/1990، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1991، ص59.
- 42- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75344 بتاريخ 30/04/1990، المجلة القضائية عدد 04، سنة 1992، ص65.
- 43- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 202430 بتاريخ 15/12/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001م، ص77.
- 44- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 40114 بتاريخ 24/02/1986، مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص175.
- 45- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34137 بتاريخ 08/10/1984، المجلة القضائية عدد 04، سنة 1989، ص79.
- 46- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 56707 بتاريخ 11/12/1989، مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص60،

وعلى منوال هذا القرار انظر كذلك ملف رقم 35087 بتاريخ 17/12/1984، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1990، ص 86.

47- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35087 بتاريخ 17/12/1984، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1990، ص 86.

48- انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210478 بتاريخ 17/11/1998، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001م، ص 86.

49- انظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046 بتاريخ 19/11/1984، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1990، ص 67.

50- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 355180 بتاريخ 05/03/2006، المجلة القضائية عدد 01، سنة 2006، ص 469-475.

51- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 504633 بتاريخ 08/07/2009. غير منشور ومطلع عليه في وثائق المحكمة العليا.

52- انظر: ابن قدامة المقدسي عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، 6/126. ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، الفتاوى الكبرى، تحقيق محمد حسنين مخلوف، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، 1386هـ، 32/139.

53- انظر: - ابن رشد محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تصحيح خالد العطار، دار الفكر، بيروت، 2008م، 2/291. - ابن حجر العسقلاني أحمد بن علي: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، 12/40.

54- انظر: الكمال بن الهمام محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، 341/3.

55- انظر: البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع الصحيح مع إرشاد الساري للقسطلاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة، 9/438-439. - مسلم بن الحجاج النيسابوري، الجامع الصحيح بشرح النووي على هامش إرشاد الساري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1403هـ/1983م، كتاب النكاح، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، 6/220.

56- انظر: مالك بن أنس، الموطأ، رواية يحيى بن يحيى الليثي، دار النفائس، بيروت، الطبعة الخامسة، 1401هـ/1981م، كتاب الأقضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ص 525-526.

- 57- ابن ماجة القزويني محمد بن يزيد، السنن، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، باب في ادعاء الولد، حديث رقم 2745، 917/2.
- 58- انظر: حسني محمود عبد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008م، ص756-757.
- 59- انظر: تبوب رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص207-209.
- 60- انظر: حسني عبد الدايم، المرجع السابق، ص765-768.
- 61- انظر: الجزيري عبد الرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 598-597/4.
- 62- انظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق، ص384.
- 63- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1968/11/13، النشرة السنوية، وزارة العدل، سنة 1968، ص129.
- 64- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39473 بتاريخ 1986/02/24، مشار إليه في كتاب بلحاج العربي، قانون الأسرة معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ص371-372.
- 65- انظر: قرار المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، بتاريخ 1968/09/25، النشرة السنوية وزارة العدل، سنة 1969، ص230، وقرار بتاريخ 1970/11/18، نشرة القضاة، عدد 01، سنة 1972، ص67.
- 66- انظر: قرارات المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 52207 بتاريخ 1989/01/02م، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1990، ص73. - ملف رقم 52221 بتاريخ 1989/03/13، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1993، ص48. - ملف رقم 273526، بتاريخ 2001/12/26، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2004، ص264.
- 67- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 32594 بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1989، ص77.
- 68 - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 50270 بتاريخ 1988/11/07، المجلة القضائية عدد 03، سنة 1991، ص48.

- 69- انظر القرارين للمحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية حسب الترتيب - ملف رقم 53578 بتاريخ 1989/05/22، المجلة القضائية عدد 04، سنة 1991، ص 99 - ملف رقم 581222 بتاريخ 2010/10/14 مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق، عدد 01 سنة 2011، ص 248.
- 70- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 31997 بتاريخ 1984/01/09، المجلة القضائية عدد 01، سنة 1989، ص 73.
- 71- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 171684 بتاريخ 1997/09/30، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 169-170.
- 72- انظر: ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين، دراسة وتحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي معوض، دار عالم الكتب، الرياض السعودية، 1423هـ/2003م.
- 73- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 564787 بتاريخ 2010/07/15، المجلة القضائية عدد 02، سنة 2010، ص 266.