

جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في قانون الأسرة الجزائري
أحكام الزواج والطلاق في ضوء قانون الأسرة الجزائري

لفائدة طلبة السنة الثانية حقوق-ل.م.د-

الدكتورة علاء أمال

السنة الجامعية: 2022-2023

قانون الأسرة الجزائري أحكام الزواج والطلاق في ضوء قانون الأسرة الجزائري

د. علاء أمال

أستاذة محاضرة "أ"،

جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

berallal@yahoo.fr

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين،
والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد.

منذ ظهور الإسلام كانت أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية مرجعا لأحكام الأحوال الشخصية فكان القاضي يرجع إلى هذين المصدرين، وإذا لم يجد الحكم فيهما اجتهد رأيه أو استشارة الخليفة، وكان على ذلك يلجأ القاضي إلى فتاوى فقهاء الصحابة المتفق عليها، وعند اختلافهم فكان يأخذ الرأي الأقرب إلى القرآن الكريم أو السنة وإلا اجتهد هو بدوره، لكن لما تولى "أبو يوسف" القضاء في بغداد أيام "هارون الرشيد"، فكان أهم ما يميّز هذا العهد هو اللجوء إلى المذهب الحنفي ذلك ما فرض على الراغبين في تولي القضاء أن يتخلوا عن مذهبه ويطبقون ما جاء به "أبو حنيفة"، فهذا المذهب كان هو السائد بل هو الرسمي في الدولة العباسية، كما هو الشأن في الدولة العثمانية. فيما عدا ما كان القضاء في الأندلس إذ كان على مذهب الإمام "مالك". وفي الشام على مذهب الإمام "الأوزاعي". وهذا ما كان عليه الأمر في الجزائر قبل سيطرة الاستعمار الفرنسي، حيث كانت الشريعة الإسلامية هي المسقط الأساسي في كل المسائل وكانت أغلبية الأشخاص على مذهب الإمام "مالك" فيما عدا سكان مدينة الجزائر فكان قضاؤها بمذهب "أبو حنيفة" على الجالية التركية، وأحكام المذهب الإباضي على الطائفة "الإبائية". ولكن القبائل كانوا يخضعون إلى الأعراف السائدة بينهم.

ومن ناحية أخرى، عمد المشرع الفرنسي عن طريق سلسلة من التشريعات الاستعمارية، التدخل في قانون الأسرة الإسلامي، والتي نذكر منها: القانون الصادر في 02 ماي 1930 فيما يتعلق بالخطبة وسنّ الزواج، والمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931 المتعلق بالطلاق والميراث¹، كما عمد إلى ترسيخ الأعراف والعادات والتقاليد، بصورة استكبارية وانتهازية، فأعطى لها قوة القاعدة القانونية الملزمة².

حاول المستعمر الفرنسي أن يأتي بقانون ينظم بمقتضاه كلّ المسائل الأسرية، وأول مشروع تمهيدي فيما يتعلق بهذه المادة قام بوضعه الفقيه الاستعماري "مارسال موران" (Marcel Morand) سنة 1916 وهو عبارة عن تقنين كامل ومتكامل وجامع لكلّ أحكام الأسرة من زواج وطلاق وأثرهما (مادة 263) وهبة وأوقاف وموارث ووصايا (226 مادة) وإثبات (79 مادة).

واستمرّ الأمر على هذه الوضعية إلى أن اندلعت حرب التحرير وقامت أيامها الإدارة الفرنسية بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم يهتم بالأحوال الشخصية وهو قانون 778/57 الصادر بـ 11 جويلية 1957 المتعلق بأحكام المفقود والغائب والوصاية والولاية على القُصّر والحجر. ولكن لما كان هذا القانون غير كافٍ لتنظيم كلّ مسائل الأحوال الشخصية فأصدرت تلك الإدارة الأمر رقم 274/59 في 04 فبراير 1959 لتنظيم الزواج والطلاق³، ثم المرسوم رقم 1082/59 الصادر في 17 سبتمبر 1959⁴، ثم يليه قرار وزير العدل الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1959 الذي بيّن الوثائق الواجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية أو القاضي عند إبرام عقد الزواج.

بعد الاستقلال، استمرّ القضاء وفق قواعد النظام الفرنسي⁵، وذلك سدًا للفراغ التشريعي والقانوني⁶، حتى صدور قانون 29 جوان 1963 المتعلق بتنظيم سنّ الزواج وإثبات العلاقة الزوجية، والأوامر الصادرة في 23 جوان 1966، و16 سبتمبر 1969⁷.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.25.

² نصر الدين مروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلة الفكر القانوني، العدد الرابع، 2004، ص.76؛ محمد تقيّة، تطوّر المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، العدد الأول، الجزائر، 1984، ص.19 وما يليها.

³ الأمر الفرنسي رقم 274/59 المتضمن أحكام الزواج والطلاق في الجزائر.

⁴ المرسوم الفرنسي رقم 1082/59 الذي حدّد شروط تطبيق الأمر 574/59.

⁵ القانون الجزائري رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي نصّ في مادته الثانية على ضرورة استمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الاستعمارية أو العنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

⁶ القانون رقم 1963/224 المتضمن الحدّ الأدنى لسنّ الزواج.

⁷ الأمر رقم 172/69 المتضمن استثناءات للمادة 5 من القانون رقم 224/63.

وقد ألغى المشرع الجزائري بمقتضى الأمر الصادر في 5 جويلية 1973 القوانين الفرنسية ابتداء من 01 جويلية 1975¹.

ومن هنا جاء الأمر رقم 75/58 الصادر في 26 سبتمبر 1975، المعدل بالقانون 10/05 في 2005/06/20 والمتضمن للقانون المدني الجزائري، والذي يجعل في مادته الأولى الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للقانون الوضعي الجزائري.

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية كمصدر للقاعدة القانونية، فاعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية، ومصدرا احتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية². وفي هذا الصدد، وتفاديا لاستغلال وضعية المرأة، ومنعا للمزايدات السياسية والأيدولوجية، ونظرا للمستجدات الوطنية والتحديات المعاصرة، وجمعا لأبجهاث الرأي المتباينة، تجاه تفسير الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة وقضايا المرأة المختلفة؛ قرّر الرئيس عبد العزيز بوتفليقة (رحمه الله) تأسيس اللجنة الوطنية المكلفة بمراجعة قانون الأسرة³. وبمقتضى الأمر الرئاسي رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، تم إدخال التعديلات التشريعية الجديدة التي مستت قانون الأسرة الجزائري الجديد⁴.

أولا: مضمون التعديل الجديد طبقا للأمر رقم 02/05

ويتعلق التعديل الجديد الوارد على قانون الأسرة بـ 42 مادة بين الإلغاء والإضافة والتعديل الجزئي،: منها إلغاء 5 مواد (وهي 12، 20، 38، 39 و63)⁵؛ وإضافة 8 مواد جديدة (وهي 3مكرر، 7مكرر، 8مكرر، 1، 9مكرر، 45مكرر، 53مكرر و57مكرر)؛ وتعديل 29 مادة (وهي 4، 5، 6، 7، 8، 9، 11، 13، 15، 18، 19، 22، 30، 31، 32، 33، 36، 37، 40، 48، 49، 52، 53، 54، 57، 64، 67، 72 و87)⁶.

¹ الأمر رقم 29/73 الصادر في 1973/07/05 ألغى القانون رقم 157/62 وأقر بمبدأ القضاء على التبعية التشريعية والقانونية، الجريدة الرسمية، 1973، ص.678.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.29.

³ وهي اللجنة الوطنية، المكونة من بعض رجال الفقه والقانون والسياسة والاجتماع، تحت رئاسة السيد بورتان محمد (الرئيس الأول للمحكمة العليا).

⁴ الجريدة الرسمية المؤرخة في 2005/02/27، العدد 15، ص.19 وما يليها.

⁵ وهي المواد المتعلقة: بإلغاء ولاية الإجماع على المرأة في الزواج (م12)، وإلغاء الوكالة في الزواج (م20)، وإلغاء المادتين 38 و39 المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجة، وكذا إلغاء المادة 63 الخاصة بإهمال العائلة من طرف الأب.

⁶ بلحاج العربي، قانون الأسرة الجديد معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة (2010/1966)، د.م.ج، الطبعة الرابعة، 2010؛ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، 2006، ص.50 وما يليها.

وبعد فحص مجموع المواد المعدلة بالأمر رقم 02/05، يتبين لنا أنّ المشرّع الجزائري قد أدخل فعلا بعض التعديلات المهمة، يغلب عليها طابع التوسّط، وكان من الممكن حقًا أن تكون هذه التعديلات أكثر جرأة، وأكثر استجابة لمطامح المرأة والطفل داخل الأسرة الجزائرية.

و ظاهر من خلال مواطن النقص الذي اعترى التعديلات الجديدة، شكلا ومضمونا، وكذا من حيث الصنعة القانونية الفقهية، أنّها تمّت بسرعة، بعيدا عن الأسلوب المتين والدقيق. وهذه الثغرات تُضاف إلى الجوانب السلبية أو النقصات التشريعية لقانون الأسرة برؤيته، القديم منه و الجديد¹.

كما أنّ بعض موادّه مازلت تكتسي طابع الغموض الذي يتعدّر معه معرفة المقصود منه، والذي يستوجب إعادة النظر فيها. و بالإضافة إلى هذا، فإنّ بعض الاختيارات التي تبناها قانون الأسرة الجديد غير صائبة، ويستحسن مراجعتها، في ضوء انعدام شروح القانون ومدكراته التوضيحية.

ومن أهمّ الجوانب الإيجابية التي أدخلها المشرّع الجزائري طبقا للتعديلات الجديدة الواردة بالأمر 02/05، فإنّنا نذكر على سبيل المثال ما يلي:

- 1- جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة (م3 مكرّر).
- 2- ضرورة حضور الزوجين عند إبرام العقد (م4، 9، 10، و 20 الملغاة).
- 3- ساوى قانون الأسرة الجديد سنّ الزواج، وجعله 19 سنة بالنسبة لكلّ من الزوج والزوجة (م7 المعدلة).
- 4- الإدلاء بشهادة طبيّة للراغبين في الزواج (م7 مكرّر).
- 5- ترخيص من القاضي لمن أراد التعدّد (م8 المعدلة)، وفي حالة التدليس يجوز للزوجة طبل التّطليق (م8 مكرّر وم6/53 المعدلة)، ويفسخ الزواج الجديد قبل الدّخول عند انعدام التّرخيص (م8 مكرّر1).
- 6- إلغاء ولاية الإجماع على المرأة (م12 الملغاة وم13 المعدلة).
- 7- حقّ المرأة في اشتراط عدم الزواج، وكذا حقّها في اشتراط العمل (م19 المعدلة).
- 8- إلغاء الوكالة في إبرام عقد الزواج (م20 الملغاة).
- 9- تكريس الرضا في أركان الزواج (م9 وم1/33 المعدلتين).
- 10- إحداث النظام المالي للزوجين (م37 المعدلة).

¹مراجعة اللّجنة ومناقشتها اتّصفت بالاستعجال، ممّا أثر بشكل مباشر على صياغة ومحتوى وقيمة التعديلات ذاتها.

- 11- جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب (م 2/40 المعدلة).
- 12- يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروط معينة (م 45 مكرر).
- 13- إلزام القاضي قبل الحكم بالطلاق بالقيام بعدة محاولات صلح بين الزوجين بكل الوسائل التي يراها ملائمة (م 49 المعدلة).
- 14- مراعاة ضرر المرأة عند الطلاق (م 52 و 53 المعدلتين وم 53 مكرر).
- 15- التوسع في أسباب التطليق (م 53 المعدلة).
- 16- يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي (م 54 المعدلة).
- 17- أحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف¹، فيما عدا في جوانبها المادية، وتكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف (م 57 المعدلة).
- 18- يجوز للقاضي الفصل استعجالياً في جميع التدابير المؤقتة المتعلقة بالتفقة والحضانة والزيارة والسكن (م 57 مكرر).
- 19- تحويل الحضانة للأب بعد الأم (م 64 المعدلة).
- 20- لا يمكن لعمل المرأة أن يُشكّل سبباً من أسباب سقوط الحقّ عنها في الحضانة (م 2/67 المعدلة).
- 21- إلزام الزوج في حالة الطلاق أن يُوفّر سكناً ملائماً لممارسة الحضانة، وإن تعذر ذلك، فعليه دفع بدل الإيجار (م 72 المعدلة).
- 22- تحويل الولاية للأمّ بعد موت الأب أو فقده للأهلية أو حصول مانع له (م 87 المعدلة).

ونلاحظ في هذا الشأن، بأنه فيما يتعلّق بالكتاب الثاني، والخاصّ بالنيابة الشرعية، فقد تمّ تعديل مادة واحدة فقط، وهي المادة 87 من ق.أ، التي تقضي بتحويل الولاية للأمّ بعد موت الأب أو فقده للأهلية أو حصول مانع له. وأمّا فيما يتعلّق بالكتاب الثالث (والخاصّ بالميراث، وهي المواد من 126 إلى 183)؛ وكذا الكتاب الرابع (والخاصّ بالتبرعات، وهي المواد من 184 إلى 220)، فإنّ التعديل الجديد الصادر بموجب الأمر رقم 02/05 في 2005/02/27 لم يدخل أية إضافة أو تعديل أو إلغاء عليها².

¹ ومن ثمّ فإنّها تقبل الطعن بالتقضى أمام المحكمة العليا، والطعن بالمعارضة في الأحكام النهائية.

² بلحاج العربي، أحكام الموارث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، الجزائر، الطبعة 4، مزينة ومنقّحة، 2010، ص.45.

وعلى الرغم من الجوانب الإيجابية المشار إليها، فإنه مع ذلك ينبغي أن نلاحظ على قانون الأسرة الجزائري، ورغم تعديلات 2005، بعض السلبات أو الثغرات، والتي نذكر منها على الخصوص:

1- إغفال معالجة موضوعات ذات أهمية بالغة في عقد الزواج (كعيوب الإرادة؛ والخلو من أي جزاء عند مخالفة أحكام التعدد، وعدم كتابة العقد، وتزويج الفتاة قبل السن القانوني، وعدم تنظيم دعوى البطلان بصفة عامة وغيرها...).

2- التضارب الحاصل بين مواد قانون الأسرة وبعض مواد القوانين الأخرى (وخاصة القانون المدني): قارن مثلا بين المادتين 84 ق.أ و 38 ق.م، وبين 85 ق.أ و 43 ق.م، وبين المادة 83 ق.أ و المادتين 100 و 101 ق.م، وبين المادتين 128 و 173 ق.أ و المادة 25 ق.م، وبين المادة 185 ق.أ و المادة 408 ق.م، وبين المادة 99 ق.م و المادة 89 ق.أ، وبين المادة 87 ق.أ و المادتين 134 ق.أ وغيرها.

3- تعارض وعدم انسجام بعض مواد قانون الأسرة نفسه (قارن مثلا بين المادتين 2/6 و 18، و المادتين 32 و 35، وبين المادتين 32 و 138، وكذا بين المواد 128 و 134 و 173، و المادتين 113 و 115، و المواد 65 و 75 و 87، و المادتين 211 و 212 وغيرها...).

4- لم يتضمن قانون الأسرة المواد الإجرائية التي تقتضيه، وخاصة من حيث الشكل، باعتباره قانونا خاصا، مما يستوجب وضع قانون إجراءات خاص بالأحوال الشخصية، وإن كانت المواد 423 إلى 499 من ق.إ.م.إ الجديد الصادر عام 2008، قد حوّلت من حدة هذه الثغرة التشريعية الكبيرة.

5- لم يوضح القانون حدود ولا كيفية تدخل النيابة العامة، كطرف أصلي في قضايا الأسرة لدى المحاكم، وفقا للمادة 3 مكرّر التي جاءت مطلقة وعامة، ودون تنظيم ولا صلاحيات جديدة محدّدة مسبقا.

6- عدم انسجام المادة 2/6 ق.أ المعدلتين عام 2005، ذلك أنّ الزواج المنصوص عليه في المادة 2/6 المعدلة هو زواج ينقصه الجانب الرسمي التوثيقي (أي الشكلية)، طبقا للنظام العام الذي وضعته الدولة في المادة 18 ق.أ، وفي مواد قانون الحالة المدنية (م71 وما يليها).

7- إغفال (المادة 7 ق.أ المعدلة) الإشارة إلى الآثار القانونية المترتبة عن إبرام الزواج قبل السن القانوني المحدد، ولا إلى موافقة الولي (لأنّ الأمر يتعلّق بزواج القاصر). كما أنّها لم توضح الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه، عند تقرير الترخيص للزوجين أو أحدهما. وبالإضافة إلى هذا، فإنّ القانون لم يتعرّض لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج دون السن القانوني من عدمه.

8- لم يحدّد القانون الجديد في المادّة 7 مكرّر الأمراض المعدية أو الخطيرة التي يلزم الطّبيب الكشف عنها، ولم يُحدّد بالضبط طبييا خاصًا. كما أنه أغفل تبيان إلى أنه يبقى الفحص الطّبي قبل الزّواج سرّيًا وفقا لأحكام القانون الطّبي.

9- إغفال التعرّض إلى أهم صور بطلان الزّواج النّاتجة عن الغلط في الشّخص أو الإكراه (م9 و10 و32 و33 ق.أ).

10- حصرت المادّة 57 مكرّر التدابير المستعجلة في التّفقة والحضانة والمسكن والزّيارة: وكان يستحسن تركها مطلقة، وفقا للأوضاع الاستعجالية والإجراءات المنصوص عليها في المادّة 298 و423 من ق.إ.م.إ. وما يليها من القانون رقم 09/08 المؤرّخ في 2008/02/25، والمتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

11- عدم النص في المادّة 57 ق.أ المعدّلة على وقت اكتساب الطلاق والتّطليق والخلع للصفة النّهائية، هل بمجرد صدور الحكم الابتدائي أم حتى يكتسب الحكم قوّة الشّيء المحكوم به؟ مع العلم بأنّ التّطليق للغيبة (م5/53 المعدّلة) يفصل الزّوجية حالا، رغم أنّ الحكم يُعتبر غيبيًا حسب بقانون الإجراءات المدنية.

12- إنّ القانون تأثّر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الفاسد والباطل في الفصل الثالث (م32 إلى 35 ق.أ)، ولكنه عبّر عنها في المحتوى بما يدلّ على أنه تأثّر بقواعد القانون المدني، ومن ثمّ ما يزال القصور واضحا رغم التّعديلات الجزئية.

13- استعمال القانون عدّة مصطلحات مشتركة في اللفظ ومختلفة في المعنى، كلفظ الولاية الذي تختلف دلالاته في باب الزّواج (م11 و12)، عنه في باب النّيابة الشّرعية (م81 و83 و87 ما يليها)، على أنّ انتهاء التّفقة والحضانة مرتبط بانتهاء الولاية على شخص القاصر (م65 و72 و75).

14- لم يوضّح القانون الجديد (رغم التّعديل الجزئي) مفهوم وحدود المبرّر الشّرعي الذي يوجب التعدّد (م8 ق.أ المعدّلة)، كما أنه لم يُبيّن إجراءات الحصول على التّرخيص بالتعدّد. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يُحدّد الجزاء الذي قد يترتّب عن مخالفة أحكام التعدّد. ومن ثمّ، ما تزال مسألة التعدّد أخلاقية واجتماعية، متروكة لضمير الزّوج وحكمته.

15- إغفال توضيح معيار التّشوز، الذي يوجب التّفريق والذي لا يوجب التّفريق، وفقا للمادّة 55 من ق.إ.

16- إغفال النصّ في المادّة 31 ق.أ المعدّلة على أنه لا يجوز زواج المسلم بغير ذات الدّين.

- 17-** اكتفى القانون بالنصّ على بطلان الزواج إذا اختلّ ركن الرضا (م33 المعدّلة)، باعتباره ركيزة عقد الزواج (م4م) و9 المعدلتين)، ولكن ما هو مصير بقية الأركان الواردة في المادة 9 مكرّر ق.أ. ممّا قد يفهم من ذلك، أنه الركن الأساسي الوحيد الذي يؤدي تخلفه بمفرده إلى الحكم بالبطلان (Nullité) على عقد الزواج، وهو ما كرّسه اجتهاد المحكمة العليا في قرار حديث لها، من أنّ عقد الزواج بصفة عامّة مبني أساساً على الرضا¹.
- 18-** عدم الإشارة إلى حكم طلاق المكره والسكران ومن في حكمهما (م48 المعدّلة)، وعدم تبيان في المادة 49 من ق.أ المعدّلة بأنه لا يثبت الطلاق إلّا بحكم، بعد محاولة الصّح من قبل القاضي خلال فترة العدة الشرعية.
- 19-** تعديل نصّ المادة 83 ق.أ حتى يصبح منسجماً مع مواد القانون المدني (ومنها المواد 99، 100، 101، 103، 105 و106 ق.م)، وإزالة التناقض بل التعارض بين المادة 87 ق.أ أو المادة 134 ق.م فيما يتعلّق بالوليّ عن القاصر.
- 20-** ساوى المشرّع بين حكم تصرّفات الجنون والمعتوه والسّفية، فجعله البطلان في كلّ الحالات (م85 ق.أ)، في حين أنّ كلاً من (السّفية وذوي الغفلة) ناقص الأهلية فقط، ونقص الأهلية لا يترتّب عليه البطلان وإنما القابلية للإبطال فقط (م43 ق.م المعدّلة بالقانون رقم 10/05).
- 21-** استعمل القانون اصطلاح "التقدّم" و"المقدّم" في المادتين 99 و100 ق.أ، في حين أنّ القوامة أو القيم هو الأكثر استعمالاً في الفقه الإسلامي وفي قوانين الأحوال الشّخصية العربية والإسلامية.
- 22-** تبقى الآجال المنصوص عليها قانوناً طويلة للحصول على الحكم بوفاة المفقود في الحالات الاستثنائية التي يغلب فيها الهلاك، وفقاً للمادة 113 ق.أ²، وقد جعلها المشرّع المغربي سنة من تاريخ اليأس (م222 من المدونة)، أمّا المشرّع التّونسي فقد ضرب أجلاً لا يتجاوز العامين في الحالات الاستثنائية (م82 من المحلّة).
- 23-** عدم إشارة إلى اختلاف الدين، كمانع من موانع الميراث، في المادتين 135 و138 ق.أ.
- 24-** إغفال التعرّض إلى الأصناف الأخرى من ذوي الأرحام في نصّ المادة 168 ق.أ، التي اقتصر على ذكر الصّنف الأول منهم فقط، وهذا قصور تشريعي يجب تداركه بإعادة صياغتها.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2008/03/12، ملف رقم 415123، م.م.ع، العدد1، ص.275. لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة ما على إتمام مراسيم الزواج أي الدخول بها، رغم معارضتها له أو عدم رضاها به (م4م و9 من ق.أ)، ص.277.

² بلحاج العربي، تعليق على قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2002/04/10، ملف رقم 290808، م.م.ع، 2006، العدد 01، ص.103 وما يليها؛ عبد الحميد زعلاني، تعليق على الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 2002/02/25، المتعلّق بمفقودي فيضانات 2001/11/10، م.ج، 1999، العدد4، ص.199 وما يليها.

25- عدم الدقة والتحري في الصياغة القانونية لبعض مواد قانون الأسرة، سواء في القانون القلم رقم 11/84، أو حتى في التعديل الجزئي الجديد بالأمر 02/05، والتي أقيمت فيه، دون أن تكون منسجمة شكلا وموضوعا مع باقي المواد من الناحية التقنية والفنية¹.

ثانيا: علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى

ينظّم قانون الأسرة العلاقات الأسرية، ومنازعات الأحوال الشخصية انطلاقا من أحكام الشريعة الإسلامية، مع الاعتماد على قواعد القانون المدني لسدّ الفراغ العالق ببعض مواده (باعتباره شريعة عامة يلجأ إليها القاضي لسدّ ثغرات فروع القانون الخاص الأخرى)².

وهو ما أشارت إليه المادة 221 ق.أ، بأنه يطبق قانون الأسرة على كلّ المواطنين الجزائريين، وعلى غيرهم المقيمين بالجزائر، مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني.

1- العلاقة بين قانون الأسرة والقانون المدني:

القانون المدني هو الشريعة العامة للقوانين، له علاقة وثيقة بقانون الأسرة، فهي علاقة تكاملية، معناه أن قانون الأسرة يكمل المبادئ الموجودة في القانون المدني. كالمادة 31 ق.م تشير إلى المفقود والغائب تقابلها المادتين 109 و 110 من قانون الأسرة، والمادة 44 ق.م تخصّ أحكام الولاية، والمادة 408 ق.م تتعلق بتصرّف الشّخص في التركة وهو في مرض الموت، والمادة 467 ق.م خاصّة بكيفية الانتفاع بحقّ الإيجار بعد حالة الطلاق،

¹ دنوبي هجرة، مركز المرأة في التشريع العائلي الجزائري، مجلّة الشّربة، 1989، العدد40، ص.24؛ عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية في القانون رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة، م.ج، 2003، العدد2، ص.83؛ سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ماله وما عليه، مجلّة البصيرة، الجزائر، 2000، العدد5، ص.189؛ محمد جعفرور، التناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م.ج، 2001، العدد3، ص.31، بن شويخ رشيد، الأحكام الثابتة والمتغيّرة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه المشار إليها، فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغيّر، م.ج، 1996، العدد4، ص.642.

(M) Salah Bey, Le Droit de la famille et le dualisme juridique, Rev.Alg, 1997, p.923.

² القانون المدني الجزائري الصّادر بالأمر 58/75 المؤرخ في 1975/05/26، والمعدّل بالقانون رقم 07/80، والقانون رقم 01/83، والقانون رقم 21/84، والقانون رقم 14/88، والقانون رقم 01/89، وأخيرا الأمر 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، وقد نجح المشرّع الجزائري كقاعدة عامة في التوفيق بين مبادئ الفقه الإسلامي ومختلف المبادئ المتضمّنة في بعض القوانين الغربية. علي علي سليمان، ضرورة إعادة التّظر في القانون المدني الجزائري، 1992، ص.8 وما يليها.

والمادة 774 ق.م. تتعلق بالميراث، كما أنّ المادة 775 ق.م. تشير إلى الوصية، وغيرها من المواد التي تحيل صراحة إلى ضرورة الرجوع إلى قانون الأسرة والنصوص القانونية المتعلقة بها¹.

ونلاحظ بأنّ قانون الأسرة يعتبر نصّاً خاصّاً، مقدّماً على النصّ المتضمّن في القانون المدني، فإذا تعارض نصّان من نصوصهما في حكم يتعلّق بمسائل الأسرة والأحوال الشخصية (م1 و221 ق.أ). غير أنه يعتبر القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية مكملين لقانون الأسرة، في أي واقعة لم ينظّمها القانون أو الإجراءات الخاصة بهذه القضايا. وهذا كلّه شريطة أن يكون الحكم المأخوذ من أحدهما، لا يتعارض مع المبادئ والأسس التي يقوم عليها قانون الأسرة برمته (م222 و223 من ق.أ)².

2- العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية:

كما أنّ العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية الصّادر في 19 فبراير 1970³، تبدو علاقة حقيقية وذات ارتباط وثيق وقوي وخاصة فيما يتعلّق ببيانات عقد الزّواج، وإثبات وتقييد عقد الزّواج، والموظف المختصّ بتحرير هذا العقد، وكذا فيما يتعلّق بشهود عقد الزّواج، ومسائل إثبات الحالة المدنية للفرد لمعرفة أصوله وفروعه، وكذا حدود أهليته من حيث السنّ بالخصوص. ويتّصل قانون الحالة المدنية بقواعد النّظام العامّ، وهو تحت إشراف النيابة العامّة⁴.

ولتدعيم العلاقة الموجودة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية، نصّ المشرّع في المادة 2/22 ق.أ المعدّلة عام 2005، على أنه يسجّل حكم تثبيت الزّواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامّة، كما أنّ المادة 3/49 ق.أ المعدّلة أيضاً في نفس السنة، تقضي في فقرتها الأخيرة بأنه تسجّل أحكام الطّلاق وجوباً في الحالة المدنية تحت إشراف النيابة.

إنّ نظام الحالة المدنية السّائد حالياً في الجزائر، والمقتبس في أفكاره الرّئيسة من القانون المدني الفرنسي، لا يتضمّن عملياً ما من شأنه أن يتعارض ومبادئ الشريعة الإسلامية؛ فيما عدا المرسوم التنفيذي رقم 24/92 المؤرّخ

¹ وفي هذه المسائل يطبق قانون الأسرة قانوناً، لأنّ الخاصّ يقيد العامّ، المحكّمة العليا، غ.أ.ش، 13/03/1998، ملف رقم 179724، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاصّ، ص.277.

² علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، م.ج، 1986، العدد2، ص.444 وما بعدها؛ محمد جعفر، التناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م.ج، 2001، العدد3، ص.31.

³ وهو الأمر رقم 20/70 الصّادر 1970/02/19.

⁴ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة2، 1995؛ بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها ف التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.

في 13/01/1992 المتعلق بتغيير اللقب¹، والذي يستوجب إعادة النظر فيه وفقا لأحكام الفقه الإسلامي (قواعد قانون الأسرة م120 ق.أ)².

ونلاحظ أنّ المادة 10 ق.م (المعدّلة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005) نصّت على أنه: يسري على الحالة المدنية للأشخاص، وأهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

3-العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية:

على الرغم من عدم إشارة قانون الأسرة إلى الإحالة على قانون الإجراءات المدنية، في كلّ ما يتعلّق بقواعد رفع الدّعوى والتّنفيد وطرق الطّعن، ممّا يتّصل بتطبيق أحكام الأحوال الشخصية، فإنّ هناك علاقة وثيقة بين التّشريعيّن.

فإنّ المادة 3 مكرّر المضافة بالأمر 02/05 من قانون الأسرة الجديد، تجعل النّياة العامّة طرفا أصليا في جميع القضايا الرّامية إلى تطبيق قانون الأسرة، كما أنّ المادة 49 من ق.أ المعدّلة، توجب على القاضي القيام بإجراء عدّة محاولات صلح بين الزّوجين قبل الحكم بالطلاق.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ المادة 57 من ق.أ المعدّلة، نصّت على أنّ أحكام الطّلاق والتّطليق والخلع لا تقبل الطّعن بالاستئناف، ما عدا في جوانبها المادّية؛ ومن هنا تفرقت مع أحكام قانون الإجراءات المدنية³، كما أنّ المادة 57 مكرّر (المضافة بالأمر 02/05) تجيز للقاضي الفصل استعجالا بموجب أمر في جميع التّدابير المؤقتة، ولاسيما المتعلّقة بالنّفقة والحضانة والزيارة والمسكن، كما أنّ المادة 183 ق.أ تنصّ على أنه يجب أن تتّبع الإجراءات المستعجلة في قسمة التّركات والموارث، فيما يتعلّق بالمواعيد وسرعة الفصل وطرق الطّعن في أحكامها.

ومن المعلوم أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008)، قد نصّ على الإجراءات الخاصّة المطبّقة في قسم شؤون الأسرة: من صلاحيّات، واختصاص إقليميّ، وإجراءات الطّلاق والصلح، والولاية بأنواعها، والتّسبب، والكفالة، والتّركة: وذلك في المواد من 423 إلى

¹ المعدّل للمرسوم رقم 157/71 المؤرخ في 03/06/1971، الجريدة الرسمية، العدد 5/1992.

² زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التّنفذي رقم 24/92 المتعلّق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية، م.ق، العدد 2، ص.69 وما يليها؛ تشوار جيلالي، تغيير اللقب تجاه الصّلاحيات الدستورية للسلطتين التشريعية والتّنفذية، م.ق.إ، جامعة تلمسان، 2004، العدد 2، ص.10 وما يليها.

(N) AIT ZAL, La Kafala en droit Algérien, R.A, 1993, N°4 P 793 et s.

³ غير أنّ الأحكام المتعلّقة بالحضانة قابلة للاستئناف (م2/57 ق.أ المعدّلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005).

499 من هذا القانون. وهو ما يعتبر إضافة مهمة لسدّ الثغرات الإجرائية المتعلقة بخصومة الأحوال الشخصية، والدعاوى المرتبطة بها.

4-العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الجنائي (قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية):

حماية قانون العقوبات للأسرة في النظام الجنائي الجزائري واضحة من خلال دراسة مواد التشريع الجنائي. فالمادة 330 ق.ع، تعاقب جريمة هجر الأسرة، والمادة 331 ق.ع، تعاقب كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن أداء النفقة، والمادة 363 ق.ع، تعاقب كل من استولى بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء منه قبل القسمة الشرعية.

والمواد 368 و 373 و 377 و 389 من قانون العقوبات تقرّر بأنه لا عقاب على جرائم الاستيلاء على المال بين أفراد الأسرة الواحدة؛ كما أنّ المواد 1/10 و 196 و 342 و 382 تقرّر الحماية الجنائية للأحداث وغيرها¹.

ولقد أقرّ المشرّع الجزائري في الكتاب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية، من المادة 442 إلى 494، أي 52 مادة تخصّ إجراءات التحقيق مع الأحداث، وكيفية معاملتهم ومحاكمتهم².

5-العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص:

هذا، ولا يجب نسيان العلاقة المهمة بين قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص، الذي يُنظّم زواج الأجانب والزواج المختلط، ونطاق تطبيق قانون الأسرة الجزائري، وتنازع القوانين من حيث نظام الأسرة³.

كما أنّ قانون الجنسية الجزائرية (الصادر بالأمر 86/70 المؤرخ في 15/12/1970 المعدّل والمتّمم بالأمر 01/05 المؤرخ في 27/02/2005)، قد نصّ على نطاق تطبيق مقتضياتها، وكذا على أثر الزواج المختلط في اكتساب الجنسية أو فقدانها (م9 مكرّر، م3/18 من ق.ج)، على أنه يمكن اكتساب الجنسية

¹ كجرائم الحياة الزوجية (م339 ق.ع)، والامتناع عن تقديم الطفل لمن له الحقّ في حضنته (م328 ق.ع)، والاعتداء على حقوق الأبناء (م314 وما يليها ق.ع)، أو على الجنين (م304 ق.ع) وغيرها؛ بلحاج العربي، الحماية الجنائية للأسرة في التشريع الجزائري، جريدة المساء، 16 و 23 و 30 نوفمبر 1988؛ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.و.أ.ت، الجزائر، الطبعة 2، 2000.

² بلحاج العربي، مشكلة إجرام الأحداث بين الوقاية والإصلاح في القانون الجزائري، مجلّة الشرطة، الأعداد: 37 و 38 و 39.

³ عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري، ج1، دار هومو، الجزائر، ص.210 وما يليها.

الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توافرت الشروط القانونية الواردة في المادة 9 مكرر المضافة بالأمر 101/05¹.

ومن هنا، يتساوى قانون الأسرة مع باقي فروع القانون من حيث الأهمية، في الوظيفة القانونية والتربوية والحضارية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، باعتباره يهتم بتنظيم الأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، فهو يتعلّق أيضا بمسائل علم الاجتماع القانوني، ولارتباطه بالأشخاص فهو قانون يتأثر بالمتغيرات الاقتصادية وبالمتغيرات السياسية.

الباب الأول الزواج و حالة الزوجين

إنّ قانون الأسرة الجزائري كما ذكرنا، قد تضمّن في بابه الأول عقد الزواج، بما يحتوي عليه من أحكام الخِطبة أو الوعد بالزواج من خلال المادتين 5 و 6 من ق.أ المعدلة عام 2005، وكذا الأحكام المتعلقة بعقد الزواج من أركان وشروط من المادة 7 إلى 35 من ق.أ المعدل، وما يترتب عليه من آثار الزوجية من المادة 36 إلى 46 من ق.أ المعدل.

وعلى هذا الأساس، نقسّم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين بالإضافة إلى فصل تمهيدي نعرّف فيه الزواج وحكمه، ويكون كالآتي:

الفصل التمهيدي: تكوين عقد الزواج
الفصل الأول: الخِطبة أو الوعد بالزواج
الفصل الثاني: أحكام عقد الزواج وآثاره

¹ أ. محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية، 2006، ص. 37 و 38.

الفصل التمهيدي: تكوين عقد الزواج

سوف نتعرّض في هذا الفصل التمهيدي إلى المعنى اللغوي والشّرعي للزّواج، ومن ثمّ بيان أنّ الزّواج هو فطرة الله التي فطر النّاس عليها، ولذا سوف يتمّ توضيح من خلاله طبيعة عقد الزّواج، أدلّة مشروعيتها، وأخيرا حكمة مشروعيتها.

1- مفهوم الزّواج:

قبل أن نبيّن معنى لفظ الزّواج، لا بد أن نقول أنّ الزّواج ورد بلفظين اثنين في القرآن والسنة ولم يرد بسواهما وهما لفظا الزّواج والنكاح.

فالمعنى اللغوي للزّواج هو الاختلاط والاقتران، أي اختلاط أحد الشّيئين بالآخر وارتباطهما بعدما كان كلّ منهما منفرد عن الآخر، وبهذا المعنى ورد عقد الزّواج في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾¹ أي اقترنت بأعمالها وأبدانها، وقوله عزّ وجلّ: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾² أي قرناءهم الذين كانوا يحضنونهم على الظلم ويغرّونهم به³. ومن هنا شاع استعمال لفظ الزّواج، في اقتران الرّجل بالمرأة على سبيل الدّوام والاستقرار لتكوين الأسرة.

¹ سورة التكوير، الآية 07.

² سورة الصافات، الآية 29.

³ تفسير ابن كثير، الجزء الرابع، ص. 04، مقتبس من بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 72.

أما بالنسبة للنكاح فهو الضم والجمع¹، فهو أكثر شيوعاً في الشريعة والفقهاء، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَنَّ ۚ﴾² وقوله جلّ جلاله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾³.

استعمل المشرع الجزائري لفظ الزواج في الباب الأول من قانون الأسرة، غير أنه استخدم لفظ النكاح في بعض الفصول كما هو الشأن في الفصل الثالث المتعلق بالنكاح الفاسد والباطل (المادة 10 والمواد 32 إلى 35 من قانون الأسرة). ومن ثم، فإنّ مدلولهما في الاصطلاح الفقهي والقانوني واحد.

أما اصطلاحاً: فقد تعددت بشأنه التعاريف الفقهية والقانونية بحيث يختلف باختلاف المفاهيم الفلسفية في الزمان والمكان، وقد عرّفه الفقهاء القدامى بأنه: "عقد يُفيد الاستمتاع كلّ من العاقدین بالآخر على الوجه المشروع"⁴، وعرّفه البعض الآخر: "بأنه عقد وُضع لتمليك المتعة بالأنتى قصداً". وما يُلاحظ على هذين التعريفين أنّهما متقاربان في المعنى، وإن كان يُؤخذ على الثاني أنه يُفيد أنّ الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل مع أنه ثابت للمرأة أيضاً.

جُلُّ تعريفات الزواج متقاربة، تنتهي إلى أنّ القصد من عقد الزواج هو ملك المتعة أو حلّها دون الجانب الأسري، ممّا جعلها تعريفات مبهمة وغير مانعة ولا جامعة أحياناً⁵.

ولذلك عرّفه الإمام أبو زهرة بأنه: "عقد يُفيد حلّ العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدّد مالكيهما من حقوق وما عليه من واجبات وهو تناسل وحفظ النوع الإنساني"⁶، وهو أفضل من التعاريف الأخرى، أي أنّ عقد الزواج هو الذي يحدّد الحقوق المشتركة بينهما وما هو للزوج وما هو حقّ للزوجة. وقد عرّف قانون الأسرة⁷ الزواج في مادته 04 إذ تنصّ على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتمّ بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودّة والرّحمة والتّعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

¹ له معنيان: ضمّ الألفاظ وتداخلها وهو العقد، وضمّ الأجسام واقتراحها وهو المخالطة الجنسية.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ سورة النساء، الآية 03.

⁴ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1429هـ/2008م، ص.29.

⁵ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص.01.

⁶ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، 1971، ص.18 وما يليها.

⁷ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدّل والمنتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، عدد 15، صادرة بتاريخ 2005.

يلاحظ في هذا التعريف القانوني، أنّ المشرّع صرّح بالطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، كما أنه نصّ على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الغاية من عقد الزواج¹.

ومن هنا، ما يُعاتب عليه المشرّع هو أنّ:

- التعريف بموضوع ما ليس من اختصاص السلطة التشريعية وإمّا هو من اختصاص فقهي، إذ مهما كان التعريف الذي يتبناه المشرّع بشأن الزواج فيكون دائماً ناقصاً بحيث يؤخذ عليه أنه عزّف الزواج بالاستعانة بذكر أهدافه وهذا غير صحيح لأنّ تعريف الزواج شيء وتبيان أهدافه شيء آخر.
- جعل المشرّع عقد الزواج بقوله: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي" كسائر العقود الأخرى، حيث لا فرق بينه وبين عقد البيع أو الشراء أو الرهن...، لأنّ كلّ هذه العقود يمكن أن تتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي.
- قوله أيضاً: "على الوجه الشرعي" بدل أن يقول "على الوجه القانوني"، فالواقع أنّ الزواج إذا عرف أنه عقد فينبغي أن يدخل في الاعتبار أنه ليس عقد كسائر العقود فهو عقد من نوع خاصّ يدخل التشريع بل القانون في استثنائه وفي تنظيم آثاره وفي انحلاله ومن هنا نعرّفه على أنه: "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً وبمقتضاه تنشأ بينهما علاقة أسرية يُحدّد القانون أركانها وشروطها وآثارها وانحلالها".

وفي نفس المنوال، نقول أنّ عقد الزواج لا يمكن اعتباره عقد ديني بحث بل هو عقد مدني، إذ يمكن إتمام إبرامه في المسجد أو خارجه، وذلك خلافاً لما هو عليه في القانون المنظمّ للأمور الأسرية المسيحية، الذي يعتبر عقد الزواج عقد ديني بحث لا يتمّ إبرامه إلاّ في الكنيسة.

2- أهداف الزواج:

يمكن استخلاصها من نص المادة 4 من قانون الأسرة:

إحصان الرجل و المرأة

تكوين أسرة

المحافظة على الأنساب

السلامة من الانحلال الخلقي

السلامة من الأمراض

¹ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد - وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م، ص.74.

3- خصائص الزواج:

- انطلاقا من التعريف الوارد في المادة 4 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05 نستنتج الخصائص التالية:
- (1) **الزواج عقد من العقود:** هو عقد رضائي ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الآخر في مجلس واحد، وهو أيضا من العقود الفورية حيث تسري آثاره على الطرفين بمجرد انعقاده أمام موظف مؤهل قانونا أو الموثق¹. كما أنه يقوم على أركان وشروط، وتترتب عليه آثار قانونية.
 - (2) **لا يتم الزواج إلا بين رجل وامرأة:** وهما طرفا العقد²، كما أن القانون يمنع اللواط والسحاق والزنا والعلاقات الجنسية الحرة³، وعاقب عليها في قانون العقوبات بصرامة، صيانة للأسرة والمجتمع⁴.
 - (3) **أن يكون الزواج على سبيل الدوام والاستقرار لتكوين أسرة:** لما يترتب عليه من آثار مهمة تتعلق بالزوجين.
 - (4) **عقد قائم على المودة والرحمة والتعاون:** أي على الاحترام المتبادل، وليس على القهر والظلم.
 - (5) **الغاية من عقد الزواج هو الإحصان وابتغاء الأولاد:** لامتداد النوع البشري.
 - (6) **إنشاء عقد الزواج معتبر شرعا وقانونا:** إذ تعدّ القواعد المنظمة للزواج قواعد أمر، وأي اتفاق على إنشاء علاقة غير مشروعة (خارج نطاق الزواج) تكون باطلة لمخالفة الشرع والقانون والآداب العامة. فهي لا تُعتبر زواجا في نظر القانون الجزائري، حتى ولو ثبتت، ولا تفيدهم النكاح الشرعي، وكل ما نتج عنها لا يُفيد النبوة المشروعة⁵.

4- حكم الزواج:

المقصود هو الوصف الشرعي له، أي متى يكون الزواج فرضا أو واجبا أو حراما أو مندوبا أو مكروها. فإن أصل الشريعة الإسلامية هو التحسيس على الزواج وقد تزوج عليه الصلاة والسلام وأنكر على من أراد الترهيب من صحابته لأنه اعتبر الزواج من سنته ونصف الدين ويقول جلّ جلاله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ حِفْظُهُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾⁶، وقوله أيضا: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾⁷.

¹ المادة 9-10-18-36 من قانون الأسرة الجزائري.

² م.ع.غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم 249128، م.ق، 2003، العدد 2، ص.267.

³ م.ع.غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م.ق، 1989، العدد 4، ص.79.

⁴ تشوار جيلالي، الجنس-الزواج والقانون، م.ج، 1995، العدد 4، ص.828.

⁵ م.ع.غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، العدد 2، ص.272 و 273؛ مقتبس من، بلحاج العربي، أحكام الزواج،

... المرجع السابق، ص.77.

⁶ سورة النساء، الآية 03.

⁷ سورة النور، الآية 32.

ويقول عليه الصلوة والسلام: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج"¹، وقال أيضا: "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة"².

الحكم الشرعي للزواج يختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، وقد ذكر الفقهاء أنّ الزواج تنظمه الأحكام الخمسة: الفرضية، الوجوب، الكراهة، التحريم والتدب.

1- يكون الزواج فرضا: إذا كان الشخص المكلف يتأكد الوقوع في المعصية لو لم يتزوج، وقادرا على تكاليف الزواج المالية ووثقا على إقامة العدل على من يتزوجها.

2- يكون الزواج واجبا: إذا خاف الشخص الوقوع في الزنا إن لم يتزوج ويغلب على ظنه ذلك³، وله القدرة على تحمّل تكاليف الزواج المادية والمعنوية.

3- يكون الزواج مكروها: إذا خشي الشخص على نفسه من ظلم الزوجة في المعاشرة إن تزوج، أو عدم قيامه بحقوقها، فإنه يُجرّم عليه الزواج.

4- يكون الزواج حراما: إذا لم تكن للشخص القدرة الكافية على تكاليف الزواج المالية وغيرها، أو تيقن من أضراره بالزوجة وتأكد من ظلمها إن تزوج، لأنّ كلّ ما يفضي إلى الحرام يكون حراما، والظلم حرام فيكون الزواج حراما إذا ما أفضى إليه⁴.

5- يكون الزواج مندوبا: إذا كان المكلف (الشخص) في حال اعتدال لا يقع في الزنا ولا يخشاه إن لم يتزوج، وكانت له رغبة الزواج، لهذا قرّر الأحناف أنّ الأصل في الزواج سنّة أو مندوب أو مُستحبّ، وكلّها بمعنى واحد.

- إذا تيقن الشخص من الوقوع في الفاحشة بتركه للزواج وهو أيضا متيقن من ظلمه للمرأة بدون زواج يوجد تعارض: الأوّل يفرض عليه الزواج، أمّا الثاني يجرّم عليه الزواج، اختلف آراء الفقهاء بشأن هذه المسألة حيث ترى طائفة من الفقه بأنه لا يجوز للشخص أن يدفع محرّما بارتكاب محرّم آخر، بينما ذهب رأي ثاني بقوله رفض هذه الفكرة ويرى أنّ هذا لا يحلّ المشكلة وغالبا ما يكون الرجل بعد الزواج أحسن أخلاقا وألين طباعا منه بعد الزواج.

¹ أخرجه البخاري ومسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه. الباءة: التكاليف اللازمة للزواج (القدرة على الإنفاق، إعداد البيت الزوجي).

² أخرجه أبو داود والتسائي وغيرهما عن معقل بن يسار رضي الله عنه.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 100.

⁴ ابن جزري، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، فاس، د.ت، ص. 193.

الفصل الأول: الخطبة أو الوعد بالزواج

إذا كان الزواج يُعتبر أساس تكوين الأسرة التي تُعتبر بدورها الخلية الأولى للمجتمع، حيث يُعتبر نظاما من أهم النظم الاجتماعية وأخطرها شأنًا وأثرًا في حياة الأفراد والمجتمع، وكثير التكاليف. ولقد جرت العادة إلى القيام بمقدمات تمهيدية لهذا العقد حتى يكون بعد ذلك مُحققًا للراحة والسعادة الزوجية.

وإنَّ مشروعية الخطبة ودليل حُكمها جاء في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾¹. وفي قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".
سوف نتعرض في المبحث الأول الى ماهية الخطبة، أمّا في المبحث الثاني سوف نتطرق إلى آثار العدول عن الخطبة.

المبحث الأول: ماهية الخطبة

اعتاد الناس في الغالب أن يعقدوا في معاملاتهم المالية عقودا دون أن يلجئوا إلى مقدمات، تستغرق أمدا طويلا أو تتطلب تكاليف كبيرة؛ ولما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يُجرىها الإنسان في حياته، ومن أهم

¹ سورة البقرة، الآية 235.

التصرفات ذات الشأن الكبير، لما يشتمل عليه من حقوق وما يربّته من التزامات عديدة، عظيمة الأثر وطويلة الأمد¹.

هذه الأهمية التي يكتسبها عقد الزواج، تجعل الإنسان لا يُقدّم على إبرامه إلا بعد تروّ وتدبّر وقطع مراحل تمهيدية تُعرف بالخطبة.

وتمثّل الخطبة في تقاليدنا إجراء أوليًا يسبق إبرام عقد الزواج، ويُشكّل فرصة لعائلي العروسين للتعارف والتّقارب، وذلك حتى تنشأ رابطة الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قويّة، تُحقّق الرّاحة والسّعادة، والصّفاء والوئام، فتدوم العشرة، ويشيع الحبّ والوفاء والمودّة والرّحمة². وهي مرحلة سابقة على التّعاقد النهائي³.

ومن هنا، الخطبة ليست إلاّ تمهيدا لعقد الزواج، ويجوز لكلّ من الخاطبين العدول عنها طبقا لنصّ المادّة 5 الفقرة 1 المعدّلة. فهي ليست ركنا من أركان العقد، كما أنّها ليست شرطا من شروط صحّته، فإذا تمّ عقد الزواج بدونها كان العقد صحيحا.

وعلى هذا الأساس، سوف نتناول في هذا المبحث، التّعريف بالخطبة ومشروعيتها (المطلب الأوّل)، ثم نتحدّث عن أحكام الخطبة (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: مفهوم الخطبة ومشروعيتها

سوف نتعرّض من خلال هذا المطلب إلى التّعريف اللّغوي القانوني للخطبة ثم نذكر مشروعيتها.

1- تعريف الخطبة:

الخطبة في اللّغة: من خطب يخطب خطبا والخطب والشّان والأمر الصّغير أو العظيم، وقيل الخطب سبب الأمر⁴، تقول العرب: من خطبك، أي: ما أمرك، وهذا خطيب جليل أو يسير، قال الله تعالى: ﴿فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ﴾⁵.

وجمعه: خطوب، والفاعل: الخاطب والخطيب والخطب.

واختطب القوم فلانا: إذا دهمه لخطبة صاحبتهم للزّواج منها

¹ أحمد الخليلي، من مدوّنة الأحوال الشّخصية إلى مدوّنة الأسرة، الجزء الأوّل: الزواج، دار المعرفة، طبعة 2012، الرباط، المغرب، ص.77.

² إلياس نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، م.ع.ق.أ، جامعة تلمسان، 2009، العدد8، ص.261 وما يليها؛ الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة، مجلّة الحقوق، الكويت، 2001، العدد1، ص.339.

³ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السّابقة على التّعاقد، دار حافظ، جدّة، السعودية، 2011، ص.12 و13.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، ط3، 1994، ص.362.

⁵ سورة الحجر، الآية 97.

وأما الخطبة - بالضم - فهي في القول والكلام.

فالخطبة هي التماس النكاح من المرأة المراد تزوجها، فهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها بيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه¹.
الخطبة كما يُعرفها الفقهاء هي طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية².

وقد يكون هذا الطلب مباشرة منه، كما قد يكون ممن يبعثهم من قريب أو أجنبي، كما تكون الخطبة صريحة، أو تكون بالتعريض. فالطريقة تكون بطلب التزوج بامرأة وإظهار الرغبة في ذلك مباشرة بقول المخطوب لمن يريد خطبتها: "إني أريد أن أتزوجك"، أو غيرها من الجمل الصريحة. وأم الخطبة بالتعريض تكون باستعمال الجمل التي يفهم من ورائها قصد الخطبة، كأن يقول الخاطب لمن يخطبها: "إني أرغب فيك، إنك جميلة وأتمنى الحلال...".

ولقد عرّف المشرع الجزائري الخطبة في المادة 5 من قانون الأسرة المعدل، كما نصّ على أنه يمكن أن تقتزن الخطبة بالفاخرة أو تسبقها بمدة غير محددة (المادة 6 الفقرة 1 من قانون الأسرة المعدل). لكن لا يُعدّ زواجا، وعليه فإنه يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاخرة من طرف مجلس الرجال، وكذا ما جرت به العادة والغرف من تبادل الهدايا (المادة 2/6 من قانون الأسرة المعدل).

ولا يجب الخلط بين الخطبة والزواج (المادة 5 والمادة 9 مكرّر من قانون الأسرة المعدل)، وأنه يمكن أن تقتزن الخطبة مع الفاخرة أو تسبقها بمدة غير محدودة، غير أنّ اقتزان الخطبة بالفاخرة بمجلس العقد، تعتبر زواجا متى توافرت أركان و الشروط المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرّر من قانون الأسرة طبقا لنصّ المادة 2/6 المعدلة بالأمر 02/05.

وعليه، فإنّ الخطبة هي وعد من نوع خاصّ، يخضع لأحكام خاصّة من حيث الشروط والآثار (الموادّ 5 و6 من قانون الأسرة المعدل).

2- مشروعية الخطبة:

الخطبة مشروعية بالكتاب والسنة، ففي القرآن نجد قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ﴾³.

ومن السنة النبوية قول الرسول عليه الصلاة والسلام: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه".

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص.30.

² بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.26.

³ سورة البقرة، الآية 235.

وقوله أيضا: "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليُفعل"¹.
وهناك أحاديث كثيرة كلّها تدور حول مشروعية الخطبة².

أما الحكمة من مشروعية الخطبة، فتظهر في كونها وسيلة للتعارف فيحدث من بداية الأمر الاطمئنان أو الإعراض قبل إبرام العقد بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قويّة بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرّض الزواج للانحلال والقلوب للتنافر والضّمائر للتعارض والتنازع³.

كما قد تمّ بطريقة مباشرة أي تخطب إلى نفسها، هكذا خطب النبيّ صلى الله عليه وسلّم أمّ سلمة رضي الله عنها.

ثم إن شاء الخاطب تقدّم بنفسه، وإن شاء أناب من يخطبها له قريبا كان أو غريبا⁴.

3-أهمّية الخطبة القانونية والاجتماعية وعبر الإنترنت

أما أهمّية الخطبة فتظهر في كونها وسيلة للتعرف والتعارف، لكي يطمئنّ الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كلّ منهما، وهذا بهدف إقامة الحياة الزوجية على أسس سليمة ودعائم قويّة، بعيدا عن المفاجأة التي كثيرا ما تعرّض الزواج للانحلال والقلوب للتنافر، والضّمائر للتعارض والتنازع، وطريق التعرف سهل ويسير، ويكون بالتحريّ والبحث، فالرجل، يسأل عنه المخالطون له في السكّن أو الحيّ أو العمل، والمرأة يبحث الزوج من نساء قرابته كأخته أو أمّه أو عمّته من تكشف سيرتها وتخلّقها، وكذا من مزاياها الجسمية والفكرية⁵.

هذا ويتّسع مجال التعرف الاجتماعي في المدن الكبرى، ويضيف لدى سكّان القرى والريف، وذلك لما يوجد في المدن الكبرى من أسباب ووسائل الاختلاط بين الجنسين⁶.

ولأهمّية هذه الخطبة أعطاهها فقهاء الإسلام نفس حكم الزواج، فذهب الجمهور بأنّها مستحبّة كالزواج ذاته، وقال الظاهرية أنّها واجبة، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة⁷.

¹ رواه أحمد وأبو داود.

² ابن شويب الرشيد، المرجع السابق، ص.26.

³ نسرين شريقي، كمال بوفورّة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 01، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2013، ص.13.

⁴ سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.31-32.

⁵ محمد شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.50؛ بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق، دار الجامعة، الإسكندرية، 1974، ص.44.

⁶ العربي بلحاج، بحث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص.17-18.

⁷ المرجع نفسه، ص.19-20.

مسألة الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية:

ونلاحظ هنا أنه يُمكن للخاطبين التّعارف عن طريق وسائل الاتّصال الحديثة، باستعمال الحاسوب الآلي (الكمبيوتر)، الموصول بشبكة المعلومات العالمية أو "الإنترنت"، أي على شبكة المواقع أو "الويب" "Web Site"، وكذا عن طريق الهاتف المحمول (في حالة الخطوبة عن بعد)، وقد طُوّر حديثاً هاتف يُمكن كل واحد من المتحدّثين رؤية الآخر والتحدّث معه بالمحادثة والمشاهدة عبر شاشات الحاسب الآلي والمسّمى بالشات "CHAT"، عن طريق نقل التّلفاز صورة وصوت كل منهما، وقد يتمّ ذلك أيضاً عن طريق البريد الإلكتروني¹.

بالإضافة إلى هذا، فإنّ نظامي "Messenger" و"facebook" يلعبان دوراً إيجابياً فعلاً كوسيلتين من وسائل التّعارف الفوري، والتي تتمّ بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال، كما أنّ الدّخول مباشرة إلى شبكة الويب العالمية، تُمكن من ولوج مواقع تعنى بالترويج، وتوفير الرّواج للعُزاب والعوانس، وتعارف الخطاب تحت إشراف خبراء في علم الاجتماع العائلي².

والجدير بالتّنويه أنّ مُجمّع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورة مؤتمره السّادس المنعقدة بـ "السّعودية" قد منعت عقد الرّواج عبر الإنترنت، كتابة ومشاهدة لسدّ أبواب الفتنة، ولما يترتّب عليه من الأضرار والمفاسد التي تُخالف مقتضى عقد النّكاح ومقاصده التي شرّع من أجلها، ذلك لأنّ هذا الطّريق قد يدخل أحد الأطراف في التّغيير والخداع والتزوير لتحقيق الغرض المطلوب، وانتحال شخصيّات غير المعيّنين، ومن ثمّ فإنّ عقد الرّواج يجب أن يُحتاط فيه، ما لا يُحتاط في غيره من عقود المعاملات لحفظ الفروج والأعراض.

المطلب الثاني: أحكام الخطبة

1- شروط الخطبة:

ليس كلّ امرأة يجوز الإقدام على خطبتها، بل لابد من انتفاء عدّة موانع، فبالإضافة إلى المحرّمات من التّساء مؤبّداً أو مؤقتاً اللّواتي تحرّم خطبتهنّ، هناك موانع خاصّة بالخطبة فقط وهي كون المرأة مخطوبة للغير أو كونها معتدّة من طلاق أو وفاة³.

الشرط 01: ألا تكون مخطوبة من غيره:

يُشترط في المرأة التي تجوز خطبتها ألا تكون مخطوبة من قبل الغير لنهييه صلى الله عليه وسلم الوارد في حديث ابن عمر رضي الله عنهما، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه،

¹ عبد الله التّاصر، العقود الإلكترونية، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، 2007، العدد 73، ص.290.

² المصدر نفسه، ص.290.

³ عبد القادر داودي، المرجع السّابق، ص.32.

حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"، لأنّ خطبتها بهذه الصّورة اعتداء على حقّ الخاطب الأوّل وإيذاء له، ومخطوبة الغير كما هو معلوم إذا تقدّم إلى خطبتها وهو يعلم أنّها مخطوبة من الغير، وإن رفضت الخطبة صراحة جاز لأيّ خاطب أن يتقدّم لخطبتها لزوال المانع بالرفض.

وإذا سكتت ولم يوجد ما يدلّ على صريح القبول، ولا صريح الرفض. فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فأباح الشافعية في قول لهم جواز خطبتها، لأنّ السكوت يُعتبر رفضاً ضمناً ولأنه مع ترددها لم يثبت للخاطب الأوّل حقّ حتى تعتبر الخطبة الثانية إيذاء له¹.

ويرى المالكية والحنفية إلى أنه لا يجوز للخاطب الثاني أن يتقدّم لخطبتها، لأنّ سكوتها لا يدلّ على الرفض، وربما كانت تتحرّى عن الخاطب الأوّل وتقدّم الخاطب الثاني قد يمنعها من استمرارها في التحرّي فيكون في هذا التقدّم اعتداء وتشويش على حقّ الخاطب الأوّل.

وإذا حصلت الخطبة على الخطبة فإنّ مذهب الجمهور هو جواز العقد، لأنّ المنع هو منع ديني وليس قضائي أي يكون الإثم على صاحبه².

أمّا في القانون المغربي لم يتعرّض لها المشرّع ولكنها مسألة فقهية دينية صرفة، فقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخاطب الرجل عن خطبة أخيه، فعن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المؤمن أخو المؤمن فلا يحلّ أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخاطب على خطبة أخيه حتى يذر".

والحكمة من ذلك تلاقي الشّحناء والبغضاء بين الخاطبين، وقد يترتب عن ذلك حكم بالتعويض للطرف المدني المتضرّر ولو أنّ المسألة دينية وفقهية.

وإذا كانت المرأة قد رفضت خطبتها الأوّل أو عدل هو نفسه عن تلك الخطبة صحّ لغيره أن يخاطبها لنفسه.

الشّروط 02: ألا تكون معتدّة

لا يجوز خطبة امرأة معتدّة (أي أثناء عدّتها) خطبة صريحة، ولكن تجوز خطبتها تعريضاً فقط، كما تجوز مهارتها، فيمنع التصريح للمرأة التي ما زالت في عدّتها بخلاف التعريض أو التلميح لها بالرغبة في الخطبة لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَسْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ ۖ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 28.

² المرجع نفسه، ص. 19.

وَلَكِنَّ لَا تُوعِدُوهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا ۚ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ ۚ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ حَلِيمٌ¹.

فقد دلّت الآية على جواز التعريض للمرأة المعتدّة بالخطبة دون التصريح لها بها، وهذا في عدّة الوفاة أو الطلاق البائن عند الجمهور، بينما منع الحنفية خطبة المعتدّة من الطلاق مطلقا وقصروا التعريض على الوفاة فقط، لأنّ حقّ الزوج المطلق لم ينقطع وله أن يتزوّجها من جديد ولو في عدتها منه بعقد جديد وذلك لأنّ المطلقة ولو كانت بائنا لا يجوز لها الخروج من بينها، فلا يتمكّن من التعريض لها على وجه لا يخفى على الناس ولا فضائه إلى عداوة المطلق.

أما المطلقة طلاقا رجعيًا: فلا يجوز خطبتها تصريحًا ولا تعريضًا، لأنها زوجة شرعية ما زالت تحت عصمة من طلقها ما لم تنقض عدتها².

تنصّ المادة 49 من قانون الأسرة: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم"، وتنصّ المادة 50 من نفس القانون على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". ومن خلال استقراء المادتين نستنتج أن المشرّع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي وإنّا يعترف إلاّ بالطلاق البائن.

ما هو حكم خطبة المرأة المطلقة طلاقا بائنا³؟

هذه تُحرم خطبتها بأيّ شكل كان عند الحنفية، أما جمهور الفقهاء أجاز خطبتها تعريضًا لانقطاع الزوجية بالطلاق، وإن كان بعض آثار الزواج قائمة.

2- الطّبيعة القانونيّة للخطبة:

كثّفت المادة 05 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري الخطبة على أنّها وعد بالزواج ونصّها كما يلي: "الخطبة وعد بالزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة" واضح من خلال استقراء المادة أنّ المشرّع حدّد الطّبيعة القانونيّة للخطبة بأنّها وعد بالزواج من جهة ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

وأول ملاحظة على هذه الفقرة هي استعمال لفظ "الوعد" من حيث الصياغة القانونية، فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية العامة للعقد في القانون المدني، باعتباره الشريعة العامة من خلال نصّ المادة 72 ق.م¹.

¹ سورة البقرة، الآية 235.

² ابن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 28.

³ طلاقا بائنا نوعان: بينونة كبرى ومعناه أنّ المرأة مطلقة ثلاثا، أما بينونة الصغرى يمكن للشخص أن يُراجع زوجته بعقد جديد.

الصورة الثانية: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية لا يتطلّب الرسمية. في هذه الحالة يكون ملزم لصاحبه، إذ يتوجّب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعد له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد. أمّا قبل انتهاء المدّة فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلاّ بموافقة الطرف الموعد له.

أمّا قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني، فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة أي أجاز لكلّ من الطرفين العدول عنها.

وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصّفة يؤدّي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأنّ توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمّة من الناحية القضائية والتطبيقية لذا نرى أنه لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

ونقترح صياغة جديدة في لفظ "تمهيد" بدل لفظ "الوعد" ليصبح النصّ كالآتي: "الخطبة تمهيد للزواج ولكلّ طرف العدول عنها".

قد يُقال بأنّ النصّ الموجود في قانون الأسرة هو نصّ خاصّ والنصّ الموجود في القانون المدني هو نصّ عامّ باعتباره الشريعة العامّة. وبالتالي فإنّ النصّ الخاصّ يُقيّد النصّ العامّ، ونحن لا نعترض على هذا المفهوم، ولكن هناك حاجة في تغيير الاسم في الخطبة بالوعد لأنّ فيه خلاف فقهي. وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتّضح المعنى².

3- اقتران الخطبة بالفاتحة:

نصّت المادة 06 من قا.أ. ج على ما يلي: "إنّ اقتران الخطبة بالفاتحة لا يُعدّ زواجا غير أنّ اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرّر من هذا القانون". لم يُحدّد النصّ القانوني المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة، أم أنّ المقصود بها هو إبرام عقد الزواج؟ وبالتالي فإنّ الأحكام المترتبة عنها ستختلف بالضرورة.

¹ تنصّ المادة 72 من القانون المدني على أنه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالب تنفيذ الوعد، وكانت الشّروط اللازمة لتمام العقد خاصّة ما يتعلّق منها بالشّكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 30-31.

فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقتن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة فإنها لا تؤثر في الحقيقة لا على الخطبة ولا على العقد، وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء. فالتناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد، ولكن عدم قراءتها لا يُغيّر شيئاً بالموضوع¹.

وإذا كان المقصود من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج، فإن أحكام الزواج تخضع للمادة 09 وما بعدها.

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت، فأحيانا تُعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة، وأحيانا تقول على أنها عقد زواج، ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81129، ومما جاء فيه ما يلي: "... حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة، أنّ المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 ق.أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 ق.أ. بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين...".

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1992/04/14 اعتبرت اقتتان الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوفر جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد ومما جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقتن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها لمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا.

ومتى تبين في قضية الحال أنّ أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد وأنه تمّ اقتتان الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها².

وإنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفع الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

ومن خلال هذين القرارين لاحظنا اقتتان الخطبة بالفاتحة، غير أنه في القضية الأولى اعتبرت الفاتحة مجرد خطبة، في حين القضية الثانية لما توفرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا.

¹ المرجع نفسه، ص.33.

² بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.51.

وحسب رأينا فإنّ حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة؟ وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد، وهنا لا بد من حذفها من النص.

أما إذا كان المقصود منها هو عقد زواج المنصوص عليها في المادة 09، فهنا لا بد من معرفة قصد المتعاقدين.

4- التّكييف القانوني للخطبة:

يستوجب عدم الخلط بين الخطبة وعقد الزّواج¹، كما أنّ الخطبة شرعا وقانونا لا تعتبر عقدا ولا زواجا، وهي لا تنشئ التزاما بالزّواج وفقا لنصّ المادة 5 من قانون الأسرة، ولا يُغيّر من هذه الحقيقة ما جرت به أعراف وعادات النّاس من قراءة الفاتحة وتبادل الهدايا، أو لبس الخاتم، أو دفع الصّدق وغيرها.

ومن ثمّ، فإنه يكون لكلّ من الطرفين حقّ التّراجع عنها ورفض إبرام عقد الزّواج. وبمقتضى التّعديل الجزئي للمادتين 5 و6 من قانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرّخ في 2005/02/27، قام المشرّع الجزائري بإعادة ترتيب أحكام الخطبة بالفصل بين تعريفها (المادة 1/5)، وحقّ العدول عنها (المادة 2/5)، مع تباين آثار العدول عن الخطبة بصورة واضحة، سواء كان العدول من قبيل الخاطب (المادة 3/5) أو المخطوبة (المادة 4/5).

كما أنه أكّد في المادة 1/6 على أنّ الفاتحة التي تقتنن بالخطبة ليست زواجا، ما لم تقتنن بركن الرّضا وشروط عقد الزّواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرّر (المادة 2/6)؛ أي ما لم تقتنن بركن الرّضا وشروط عقد الزّواج بمجلس العقد (المواد 9، 9 مكرّر، 10 و22 المعدّلة من قانون الأسرة).

وهو تكريس للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي أشارت في أكثر من قرار إلى أنّ الخطبة ليست إلّا تمهيدا لعقد الزّواج²، وليست بزواج³، إلّا إذا اقتننت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشّهود والويّ وتحديد الصّدق، وتوافر الرّضا الكامل بأنّجاه طرفي الخطبة، فإنه في هذه الحالة تُعتبر الخطبة زواجا صحيحا من النّاحية الشرّعية⁴، لكنّه غير مُسجّل من النّاحية القانونية⁵.

¹ م.ع.غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، مشار إليه: 1992/04/14، ملف رقم 81877، مشار إليه، 1993/10/16، ملف رقم 96801، ص.266.

² م.ع.غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046، مشار إليه: 1992/03/17، ملف رقم 81129.

³ الخطبة مرحلة سابقة على الزّواج تُتمهد له فقط، ومن ثمّ يستوجب على قضاة الموضوع عدم الخلط بين الخطبة والزّواج، م.ع.غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، مشار إليه.

⁴ م.ع.غ.أ.ش، 1995/04/04، ملف رقم 111876، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص.36، يُعتبر كلّ زواج صحيحا إذا توافرت أركانه وشروطه ولو كان غير مُسجّل بالحالة المدنية.

⁵ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال، وهران، 2004، ص.67، بدوي علي، عقود الزّواج العرفية، مجلة قضائية، محكمة عليا، الجزائر، 2002، العدد 2، ص.158 وما يليها.

ومن ثم، يمكن اعتبارها عقداً شرعياً يستحقّ بعد ذلك إثباته وتصحيحه قانوناً بموجب حكم قضائي وفقاً لأحكام المادة 22 المعدلة بالأمر 02/05.

المبحث الثاني: آثار العدول عن الخطبة

الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معاً. وهذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين العدول عنها¹، فهما غير ملزمين بإتمام الزواج.

غير أنّ الخطبة التي تنتهي من غير زواج، قد تطرح بعض المشاكل القانونية تتعلق أساساً بمصير الصداق (المهر)، والهدايا التي قدّمها الخاطب إلى مخطوبته (والعكس صحيح)، فضلاً عن الأضرار المادية أو المعنوية التي يمكن أن تنجم عن العدول (التعويض) وتتناول هذه المسائل كالاتي:

المطلب الأول: جواز العدول عن الخطبة

يُقصد بالعدول عن الخطبة تراجع أحد الخطيبين وتخليه نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، بقطع الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام عقد الزواج، كما كان مُحطّطاً له في بادئ الأمر بعد إتمام الخطبة، لذا إذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاة الحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام العقد دون إرادته، لأنّ الزواج يبني على الرغبة والإرادة المتبادلة للخطيبين.

والمعلوم أنّ الخطبة من مقدمات الزواج ولا يمكن أن تُعتبر زواجا شرعياً، بل هي مجرد وعد بالزواج لا يرقى إلى درجة العقد، ولا يترتب عنها أي أثر من آثار الزواج²، وعليه فإنه يجوز العدول والرجوع فيها، في أي مرحلة من مراحلها، وفي أي وقت يريده أحد طرفي الخطبة، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 2/5 من قانون الأسرة بقوله: "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..."، وهو ما ذهب إليه المشرع الموريتاني في نصّ المادة 1/4 من مدونة الأحوال الشخصية بقوله: "لا يترتب على الخطبة أثر قانوني، ولكلّ من الخاطب والمخطوبة الرجوع فيها". وهو المبدأ الذي سار عليه المشرع المغربي في نصّ المادة 6 من مدونة الأسرة بالقول: "... ولكلّ من الطرفين حقّ العدول عنها". وهو ما يستشف من الفصلين 1 و2 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية.

مسألة الاتصال الجنسي بين الخطيبين:

إنّ المرأة في فترة الخطبة أجنبية عمّن تقدّم بطلب الزواج منها، ولهذا يُحرم عليه أن يختلي بها، لأنّ الخلوة من الآثار المترتبة على عقد الزواج³. وإنّما يجوز له النظر إلى المخطوبة في الحدود التي تتناسب مع الآداب وفي

¹ و.ع.غ.أ.ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129، م.ق، 1994، العدد 3، ص.62.

² نسرين شريقي وكمال بوفور، المرجع السابق، ص.17.

³ ناصر النشوي، الخلوة والآثار الشرعية المترتبة عليها، دار الجامعة، الإسكندرية، 2004، ص.149 وما يليها.

حضرة أحد من محارم المخطوبة، ودليل النهي عن الخلوة بالأجنبية ما رواه ابن عباس رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"¹، وقوله عليه الصلاة والسلام: "ما اختلى رجل بامرأة إلا كان الشيطان ثالثهما". وعلى هذا الأساس، فإن كل علاقة جنسية بين الخاطب ومخطوبته تعتبر علاقة غير شرعية، ولا تلحق نس بالولد الناتج منها بأبيه، وهو ما قررت المحكمة العليا بأن الولد للفراش الصحيح، وأن النسب لا يثبت إلا بالفراش الصحيح، ما لم يتم الإنكار بالطرق المشروعة، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر. ولا يُعتبر دخولا من الناحية الشرعية ما يقع بين المخطوبين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد². ومن ثم فإن الاتصال الجنسي بين الخطيبين قبل العقد يُعدّ زنا، وإن ابن الرّنا لا يُنسب إلى أبيه شرعا، وإن مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على جريمة الواقعة.

هذا هو حكم الاتصال الجنسي خلال فترة الخطبة في التشريع الجزائري، وهو حكم ناقضه المشرع المغربي، وناقض الشريعة الإسلامية ككل، عندما نصّ في المادة 156 من مدونة الأسرة، على نسب الحمل للخطيب بشرط لم يأت بها أيّ فقيه من فقهاء المذاهب، هذا ما يظهر من القراءة السطحية لنصّ المادة 156 من المدونة، إلا أنّ تحقق هذه الشروط ليس بالأمر الهين، وفي هذا قضى المجلس الأعلى -المغرب- في قراره الصادر في 26 أبريل 2006 أنه: "بمقتضى المادة 156 من مدونة الأسرة، فإنه من ضمن شروط إلحاق النسب بالخطاب للشبهة ثبوت الخطبة الناتج عنها حمل والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه علّلت قرارها المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض طلب إلحاق النسب بالمطلوب بعلّة أنه لا مجال لتطبيق مقتضيات المادة المذكورة أعلاه، بما في ذلك إجراء خبرة، لما ثبت لها عدم حصول خطبة بين الطرفين، وأنّ العلاقة المزعومة الناتج عنها حمل موضوع النزاع مجرد علاقة فساد، حسبما أثبتته وقائع القرار الجنحي رقم... ملف... وحسبما استخلصته في إطار سلطتها من استماع الشهود في المرحلة الابتدائية، وبذلك تكون قد أسست قضاءها على أساس قانوني صحيح...". وهذا النص لم يجز فهمه بالشكل الصحيح وهذا ما يؤكده تضارب أحكام المحاكم المغربية بهذا الشأن³.

المطلب الثاني: حكم الصداق (المهر) والهدايا عند العدول عن الخطبة

1- حكم الصداق عند العدول عن الخطبة:

إنّ الصداق شرط في عقد الزواج وللعاقدين أن يُقدّمه مع العقد أو مع الدخول، لكن قد يقدم الخاطب الصداق بمجرد الخطبة دلالة على الرّغبة الصادقة في إتمام الزواج ثم يحدث بعد ذلك عدول، الحقيقة أنّ المشرع الجزائري لم يورد نصّا بخصوص هذه المسألة، إلا أنّ المتفق عليه وإعمالا بنصّ المادة 222 من قانون الأسرة هو أنّ

¹ رواه البخاري ومسلم، فتح الباري، ج9، ص.272-273.

² بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.143.

³ محمد الكشور، الوسيط ف يشرح مدونة الأسرة، الطبعة 2، دار التّحاج، الدار البيضاء، 2009، ص.116.

الصّداق يرجع للخاطب في كلّ الأحوال سواء كان العدول منه أو من المخطوبة لأنّ ملكيته مازالت قائمة للرجل، باستثناء حالة تصرّف المخطوبة في الصّداق، هنا يرى الفقه الإسلاميّ أنه إذا كان المهر مثليّاً استردّ الخاطب مثله، وإذا كان قيمياً استردّ قيمته¹.

لكن ما يُعاب على المشرّع الجزائري، أنه كان لابد عليه أن يُفرّق في هذا الصّدّد بين حالتين استجابة لما تقتضي به مبادئ الشريعة الإسلامية من حيث العدالة.

الحالة (1): إذا كان العدول من جهة المخطوبة

فيجب عليها ردّ المهر كلّه وإن كانت قد بدأت بإعداد جهازها لأنها راضية بالخسارة

الحالة (2): إذا كان العدول من جهة الخاطب

فمن الظلم أن تُلزم المرأة برّد مثل التّقدر أو قيمته، وهي في الغالب تتصرّف في المهر بعد الخطبة فتشتري جهازها. لذلك من العدل أن يكون لها الخيار بين ردّ المهر للخاطب وبين تسليم الجهاز التي اشترته إلى الخاطب.

- كما يجب أيضاً أن تُفرّق بين العدول بسبب الخاطب أو المخطوبة.

ففي الحالة (1): يأخذ حكم العدول من جانب المخطوبة.

أمّا الحالة (2): يأخذ حكم العدول من جانب الخاطب.

وفي الأخير يرجع تقدير الأسباب إلى القاضي، إذ لا يمكن حصرها في قانون، لأنّها تخضع لاعتبارات وتقديرات كبيرة.

2- حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة:

لم يتفق الفقه الإسلاميّ على رأيٍ مُوحّد بشأن مسألة حكم الهدايا عند العدول. فيرى الحنفية أنّ الهدايا تأخذ حكم الهبة ومن ثمّ يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من موانع استردادها كالمهلك والاستهلاك والخروج عن الملك.

بينما يرى الرأى الثاني إلى أنه لا يجوز للخاطبين الرجوع في الهدايا (وهو رأي الحنابلة) سواء كانت قائمة أو استهلكت.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها، المرجع السابق، ص.158.

ويرى الشافعية بوجوب الردّ مطلقا ولا فرق في هذا الصّدّد أن يكون العدول بالتّراضي أو بأيّ جانب منهما.

وتمسّك المذهب المالكي بالتّفريق بين حالة العدول من جانب الخاطب وفيها لا يحقّ له أن يستردّ الهدايا ولو كانت قائمة ما لم يوجد شرط بينهما أو عرف يقضي بخلاف ذلك، وفي حالة العدول من جهة المخطوبة عليها أن تردّ الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إذا استهلكت.

أمام هذه الآراء المتضاربة بعضها البعض، ما هو موقف المشرّع الجزائري؟

تنصّ الفقرتين 4 و5 من المادّة 5 من قانون الأسرة على أنه: "لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يُستهلك ممّا أهدته له أو قيمته.

— وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته".
المشرّع قد تأثر شيئا ما من المذهب المالكي لكن لم يكن التأثير كلّ بل نسبي. لأنّ خلافا لما ذهب إليه المذهب المالكي، فقد اشترط على المخطوبة العادلة عن الخطيب أن تردّ فقط الهدايا الغير مستهلكة، أمّا التي استهلكت فهي غير ملزمة بردها إلى خطيبها.

لكن، هل الحكم هذا يتماشى مع العدالة الإسلامية؟

هذا الحكم ناقص لأنه لا يستقيم مع مبدأ العدالة الذي تميّز به الشريعة الإسلامية. فالمشرّع الجزائري لم يُفرّق في الواقع بين العدول إن كان من جهة الخاطب من غير أن يكون للمخطوبة دخل فيه وهي حالة لا حقّ له في الرجوع لما قدّمه من هدايا سواء كانت قائمة بذاتها أو استهلكت أو هلكت.

بينما إذا كان العدول من جانب المخطوبة أو بسببها ففي هذه الحالة يجب الأخذ بما ذهب به الإمام مالك أي يُفرض عليها أن تردّ كلّ شيء قدّمه لها الخاطب.

المطلب الثالث: التّعويض في حالة العدول عن الخطبة

الأمر يتعلّق بحكم التّعويض في حالة العدول، فالفقه القديم لم يتعرّض لهذه المسألة نظرا للحياة الاجتماعية السائدة في عصره. وهي تختلف عن حياة اليوم، إذ كان يسود المجتمع آنذاك أسس وتقاليد اجتماعية، ممّا لا يمكن أن نتصوّر حالة التّعويض في العدول عن الخطبة. أمّا الفقه الحديث فقد انقسمت آراؤه على النحو التالي:

1- الرّأي الأوّل: هو ما ذهب إليه الشّيخ محمد بختيار رحمه الله (مفتي الديار المصريّة سابقا) إلى أنّه لا تعويض في حال العدول عن الخطبة، لأنّ الخطبة ليست بعقد بل وعد بالعقد، ولا إلزام في هذا الوعد. ومن عدل عن خطوبته إنّما يُمارس حقّ من حقوقه الشرعيّة¹.

2- الرّأي الثّاني: وقال به الشّيخ محمود شلتوت رحمه الله (شيخ الأزهر السّابق)، أنّ العدول عن الخطبة يستوجب التّعويض للطّرف الآخر، من غير تفصيل في ماهية الضّرر².

3- الرّأي الثّالث: وذهب إليه العلامة الشّيخ أبو زهرة رحمه الله، وهو أنّ العدول إذا ترتّب عليه ضرر مادّي، استوجب التّعويض. أمّا إذا لم يترتّب على العدول ضرر مادّي، أو ترتّب ضرر معنوي فلا تعويض³.

أمّا إذا كان العدول عن الخطبة عند بدايتها، ولم يمض زمن يتصوّر معه حصول الضّرر فلا تعويض، وآلّا يزيد التّعويض عن الضّرر المادّي عن نصف الصّدق المسمّى، ولا يمنع أن يزيد عن الصّدق كلّ في الضّرر المعنوي. قال بهذا القول بعض الفقهاء المحدثين، والحكم دائما يدور مع الأعمّ والأغلب، ولا يلتفت فيه إلى القليل النادر، مع ضرورة عدم تعسّف القاضي في تقدير التّعويض.

4- الرّأي الرّابع: وهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين، وهو أنّ التّعويض يترتّب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادّي أو معنوي. فإذا كان لأحد الطّرفين دخل في الضّرر الذي أصاب الطّرف الآخر، بسبب عدوله عن الخطبة، وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتّعويض عن الضّرر الحاصل، لأنّه لا ضرر ولا ضرار وأنّ الضّرر يُزال⁴.

أمّا إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار النّاتجة عن العدول عن الخطبة، فهذا لا يلزمه شيء من التّعويض لأنّه لم يكن متسببا بوقوعه⁵.

1- إمكانية التّعويض عن الضّرر المادّي أو المعنوي:

وهو ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في المادّة 5/3 ق.أ، المعدّلة بالأمر 02/05، بقوله: "إذا ترتّب عن العدول عن الخطبة ضرر مادّي أو معنوي لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض". وقد جاء هذا النصّ

¹ عمر الأشقر، شرح قانون الأحوال الشّخصية الأردني، مجلّة المحاماة الشرعيّة، السنة 2، العدد 1، ص.39.

² محمود شلتوت، الفتاوى، ص.260، وقال به أيضا عبد الرحمن الصّابوني، أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص.81؛ مصطفى السّباعي، شرح قانون الأحوال الشّخصية، ج1، ص.67 و68؛ نايف الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، 239 وما يليها.

³ الشّيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشّخصية، ص.23؛ عقد الزواج وآثاره، ص.64، وقال بهذا الرّأي ولكن دون التفريق بين الضّرر المادّي والمعنوي؛ فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج2، ص.522؛ عثمان أحمد، آثار عقد الزواج، ص.460، محمد عمرو، العدول عن الخطبة وآثاره، مجلّة دراسات، جامعة الأردن، 1989، العدد 10، ص.31.

⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج7، ص.27؛ محمد الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، ج3، ص.63 وما يليها؛ عبد الناصر العطار، خطبة النّساء، ص.111 وما يليها؛ محمد إسماعيل، خطبة النّساء في الإسلام، مجلّة البحوث الفقهيّة المعاصرة، 2002، العدد 55، ص.92 وما يليها.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج1، ص.827 وما بعدها.

عاما ومطلقا، مُعتبراً التّعويض ليس عن العُدول، وإثماً عن الضّرر (Le dommage) النّاجم عن العُدول، على أساس المسؤولية التّقصيرية، لا المسؤولية العقديّة لأنّ الخِطبة ليست بعقد¹.

وقد حسم المشرّع الجزائري مسألة تعويض الضّرر المعنوي (Dommage moral) النّاجم عن العُدول عن الخِطبة، وذلك بإقرار جواز الحكم به، إذا ظهرت للقاضي المبرّرات المقنعة (م 2/5 المعدّلة عام 2005). وهو ما انتهى إليه المشرّع أيضا في المادّة 182 مكرّر ق.م، المضافة بالقانون رقم 01/05 المعدّل للقانون المدني، والتي تنصّ على أنه: **يشمل التّعويض عن الضّرر المعنوي كلّ مساس بالحرّيّة أو الشّرف أو السّمتة.**

ومن المعلوم معرفة فقهاء الإسلام للضّرر المعنوي، كالفقهاء المعاصرين مع اختلاف الألفاظ، خلافا لما ذهب إليه بعض الفقه، أمّا لفظ الضّرر المعنوي (أو الأدبي) فهو بالطّبع لفظ حديث.

فإنّ العُدول عن الخِطبة حقّ، لكن لا يجب التعسّف في استعمال هذا الحقّ (م 124 مكرّر ق.م المعدّلة بالأمر 10/05)². كما أنّ الخِطبة ليست بعقد ملزم (م 1/5 و 1/6 ق.أ)، وإنّ مجرّد العُدول عن الخِطبة لا يكون سببا موجبا للتّعويض (م 2/5 ق.أ)³، غير أنه إذا اقترن بالعُدول عن الخِطبة أفعالا خاطئة في ذاتها ومستقلّة استقلالاً تامّا، ومنسوبة لأحد الطّرفين، ألحقت ضررا مادّيا أو أدبيا (أي معنويّا) للطّرف الآخر، جاز الحكم بالتّعويض⁴.

¹ بلحاج العربي، التّظيرة العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، ص.23 و24؛ على أساس نصّ المادّة 5 ق.أ، لأنّ المحكمة العليا سبق أن قرّرت عدم تطبيق المادّة 124 على قضايا الأحوال الشّخصية، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م.ق، 2001، العدد 1، ص.75؛ إلياس نعيمة، تعويض الضّرر النّاجم عن العُدول الخِطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، المقال المشار إليه سابقا، ص.273 وما بعدها.

² الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص.24؛ بلحاج العربي، التعسّف في استعمال الحقّ في القانون المدني الجزائري، م.ج، 1992، العدد 2، ص.694؛ نقض تونسسي 1959/03/03، ملف رقم 1556، م.ق.ت، 1959، العدد 2، ص.30؛ د. مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق الزوجية، رسالة، جامعة القاهرة، 1936، ص.82 و117.

³ وذلك احتراماً لحرّيّة اختيار الإنسان للشّخص الذي يرغب في الزواج منه مستقبلا، ومن ثمّ كان للتّعويض عن الضّرر النّاتج عن العُدول عن الخِطبة مجموعة من الاعتبارات التي تجعل منه ذو طبيعة متميّزة ومضمون خاصّ من النّاحية القانونيّة، راجع أ. إلياس نعيمة، تعويض العُدول عن الخِطبة، المقال المذكور، ص.280.

⁴ بن شويخ التّرشيد، المرجع السّابق، ص.37؛ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ص.105؛ علي فيلاي، الالتزامات، الفعل الضارّ، ص.289 وما يليها؛ نقض مصري، 1939/12/14، م.ع.ج3، ص.30؛ 1962/11/15، رقم 174، الفكهاني، موسوعة القضاء، ج9، ص.18.

وهنا يشترط أن يكون هذا الضّرر على صلة مباشرة وحالة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب الذي عدل عن الخطوبة؛ أما إذا كان الضّرر ناجما عن فعل المتضرّر نفسه، هنا في هذه الحالة إما أن تنتفي المسؤولية كلياً عن العادل، أو توزع المسؤولية بين طرفي الخطبة¹.

إنّ مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به، غير أنّ الوفاء به هو من مكارم الأخلاق عند المالكية² فإنّ الإسلام يوجب الضّمان، ويحرم كلّ ما فيه غرر³؛ فإذا ما حدث ضرر بسبب العدول عن الخطبة، أو كان العدول بدون مبرّر شرعي، أو دون سبب (وهو تعسّف في استعمال الحقّ)⁴، وجب على من تسبّب (وهو المعتدي) أن يضمن الفعل الضارّ بإزالته أو التّعويض عنه⁵.

ومن الأضرار المعترية قانونا الاستغواء (séduction) أو الاستهواء (captation) للتّغريب بالطرف الآخر⁶، والتّماطل عن إتمام الزّواج بالدّخول⁷، أو استعمال الخديعة والغش⁸، وكذا العدول التعسّفي بدون مبرّر شرعيّ أو قانوني⁹، وعدول الخاطب عن الخطبة بعد مُضي زمن طويل على الخطبة¹⁰، ومطالبة الطّرف الآخر بمطالب معيّنة ممّا ينجزّ عنه الخسارة الواضحة¹¹. كما أنّ خيبة الأمل (déception) والمساس بسمعتها وكرامتها

¹(ph) Le tourneau, la responsabilité civile, n° 1481 ets, éd 2003, par (L) Cadiet, Cass. Civ 26/01/1982, Bull. Civ, 1, 41, (ph) Malaurie. La famille, p.60 et S ; (J) Carbonnier, op. cit, n°8.

²الخطّاب، مواهب الجليل، ج4، ص.374؛ القراني، الفروق، ج4، ص.51 وما يليها؛ محمد عليش، فتاوي، ج1، ص.255؛ محمد الشّفقة، الفقه المالكي، ج3، ص.65.

³الإمام مالك، المدوّنة الكبرى، ج11، ص.430.

⁴محمد رياض، التعسّف في استعمال الحقّ في ضوء المذهب المالكي، ص.117.

⁵وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج7، ص.27.

⁶نقض مدني مصري، 1961/04/28، ق.أ.ش، ص.117 و118.

⁷المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، مذكور سابقاً؛ 1999/03/16، ملف رقم 216865، مذكور سابقاً، إنّ عدم إتمام الزّواج بالدّخول يلحق ضرراً معنوياً بالخطوبة إذا طالت المدّة، وكذا تفويت فرصة الزّواج عليها، 2006/11/15، ملف رقم 372290، م.م.ع، 2007، العدد1، ص.487.

⁸المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1985/12/30، ملف رقم 39065، غير منشور، محكمة قسنطينة، 1981/09/28، رقم 81/241، ن.ق، العدد 43، ص.115 (الغشّ في السنّ والوضعية الاجتماعية).

⁹المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/07/13، ملف رقم 92714، مذكور سابقاً؛ مجلس قضاء مستغانم، 1966/11/03، م.ج، 1968، العدد 4، ص.1200.

¹⁰المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 135435، م.ق، 1998، العدد 1، ص.130؛ 1999/03/16، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، العدد 1، ص.54 (العدول بعد 4 سنوات).

¹¹المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/07/13، ملف رقم 92714، المشار إليه (خسائر وأضرار).

نتيجة مخالطته لها هي من الأضرار المعنوية¹؛ دون نسيان مطالبة المخطوبة بترك عملها أو وظيفتها²، أو العدول بمجرّد التهوّز أو الطّيش وما ينجّر عنه من سوء الحظّ (malchance)³.

ونلاحظ في هذا الصّدّد، أنّ محكمة النّقض الفرنسية في قرار مشهور لها، قرّرت ضرورة دفع تعويضات للمخطوبة من جرّاء وفاة خطيبها في حادث مرور، على أساس ضياع فرصة الزواج وفقدان شخص عزيز، باعتبارها من الأضرار المعنوية الجديرة بالتّعويض، لما تركته في النّفس من المرارة⁴.

كما استقرّ اجتهاد المحكمة العليا على أنه يجوز للزوجة طلب التعريض، لوجود الضّرر المعتبر شرعا (وخاصة عند طول أمد الخطبة)⁵. وذلك لأنه إذا وقع العدول بعد مضي زمن طويل على الخطبة، أو وقع الطّلاق قبل الدّخول بدون سبب، فإنه يتوقّع معه حدوث الضّرر، وبالأخصّ المعنوي بتأخير مشروع الزواج وإثارة الألسنة، بالتشهير والتّجريح، فيكون التّعويض لا محالة، إذا كان العادل عن الخطبة هو المتسبّب في الضّرر.

ومن المعلوم أنّ أحكام الشريعة الإسلامية تجيز للمرأة العدول عن إتمام إجراءات الدّخول (أي التّطبيق قبل البناء) شريطة تحميلها مسؤولية ذلك، وفقا للمادّة 6/53 من ق.أ. وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار حديث لها بتاريخ 2006/02/07 ملف رقم 369494⁶.

ونلاحظ، أنّ تقدير الضّرر مسألة موضوعية، من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع⁷، بأن يتناسب مقدار التّعويض والضّرر الذي لحق بالمضروب. فلا يجوز الحكم بالتّعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر ممّا يدفعه المطلق، فيما لو تمّ العقد بينهما وطلق زوجته قبل الدّخول، لأنّ الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها، يترتّب عليه دفع نصف الصّداق لزوجته (م16 من ق.أ.)⁸.

¹Cass. Civ, 2^e, 02/07/1970, D, 1970, 178.

²Cass. Civ, 2e, 02/07/1970, D, 1970, 178.

Cf. Antonini-Cochin (L) et Courtin (CH). L'essentiel de la Jurisprudence civile en matière de la famille, 60 grandes decisions commentées, éd. Gualino, Paris, 2010, p.24 et 25.

³Paris, 03/12/1976, D, 1978, 339; TGI Belfort, 25/07/1995.

⁴نقض مدني فرنسي، غ.ج، 1956/01/05، دالوز، 1956، ص.216؛ نقض جنائي فرنسي، 1975/06/19؛ 1985/01/08؛ 2001/05/29؛ استئناف روان (Rouen)، 1952/07/09، دالوز، 1953، قضاء، ص.13، محكمة أميان (Amiens)، 1979/03/02، G.P، 1980، مختصر، 182.

⁵المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/04/23، ملف رقم 135435، م.ق، 1998، العدد1، ص.130؛ 1999/03/16، ملف رقم 217179، إ.ق.غ.أ.ش، ص.122، 1994/05/24، ملف رقم 109568، م.ق، 1997، العدد1، ص.123، 2006/11/15، ملف رقم 372290، م.م.ع، 2007، العدد1، ص.487.

⁶مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد2، ص.454.

⁷المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1996/03/16، ملف رقم 216865، إ.ق.غ.أ.ش، ص.256؛ غ.م، 1989/02/28، ملف رقم 58012، م.ق، 1992، العدد2، ص.14.

⁸المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/10/16، ملف رقم 96801، مذكور سابقا.

ثم إنّ الخطبة بحكم طبيعتها، تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المألوفة، لأنّ العدول عنها هو حقّ شرعي، وهو أمر ينبغي أن يكون في الحسبان ومتوقّعا من الخاطبين عند إبرامها. ومن الطبيعي أن ينجم عن العدول شيء من الآلام والمعاناة وشيء من القيل والقال¹.

2- شروط التعويض عن تفويت فرصة الزواج:

وتجدر الإشارة في هذا الشأن، أنّ المحكمة العليا قرّرت بتاريخ 2006/11/15، ملف رقم 372290، أنه يحقّ للمطلّقة في حالة الطّلاق قبل الدّخول بها الحصول على تعويض، من جرّاء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها (La perte d'une chance)، وفقا لنصّ المادّة 52 من ق.أ².

وهذا اجتهاد في محلّه، لأنّ تفويت فرصة الزواج على المخطوبة المعقود عليها، وخاصّة إذا طالّت المدّة بين العقد والطلاق قبل الدّخول، كتفويت فرصة الزواج من شاب آخر، وضياع مشروع الزواج بالكلّية وفوات "القطار" والسنين، دون أيّ شكّ، هو ضرر حاصل يجب التعويض عنه. فإنّ الفرصة وإن كانت أمرا احتماليّا، إلّا أنّ الحرمان منها، أي تفويتها هو ضرر محقّق وأكيد؛ إذا كانت الفرصة تقوم على أسباب معقولة.

¹ عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة، المرجع المذكور، ص. 374 و 375.

² مجلّة المحكمة العليا، 2007، العدد 1، ص. 487.

الفصل الثاني: أحكام عقد الزواج وآثاره

سوف نتطرق من خلال هذا الفصل إلى أحكام عقد الزواج طبقا للمواد من 7 إلى 46 من قانون الأسرة الجزائري المعدل ومن خلاله سوف نتعرض إلى أركان وشروط عقد الزواج (المبحث الأول)، ثم إلى آثار عقد الزواج (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أركان وشروط عقد الزواج

يُعرّف الزواج بأنه ذلك العقد الذي يفيد تحليل العشرة بين الزوجين بما يُحقّق ما يقتضيه الطّبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويوجد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات، ولهذا العقد أركان خاصّة ولكلّ ركن شروط، وقد وقع خلاف حول الأركان والشّروط ما الذي يعتبر أساسي أكثر من الآخر.

فالركن عند جمهور الفقهاء هو ما به قوام الشّيء ووجوده لا يتحقّق إلّا به، أمّا الشّروط فهو ما يتوقّف عليه وجود الشّيء وليس جزء من ماهيته.

وعليه فقد اعتبر الأحناف ركن العقد هو الذي يُعدّ جزءا من حقيقته وأخذوا بالرضا كركن وحيد في الزواج واعتبر الوليّ والصدّاق والشّاهدين شروط صحّة، وأضاف جمهور الفقهاء الطّرفين ومحلّ العقد كأركان لهذا العقد.

فضلا عن أهميّة ركن الرضا، هناك ركن أهمّ وسابق عنه وهو ما يُعرف بالركن البيولوجي، ويُقصد به تحديد جنس الزوجين هذا وإن لم تنصّ عليه صراحة جُلّ التشريعات، إلّا أنه ما يمكن استنتاجه من خلال النصوص القانونية، وله أهميّة بالغة في تكوين عقد الزواج خاصّة بعد ظهور ما يُعرف بالزواج المثلي أو المثلية.

بالإضافة إلى هذا الركن الأساسي الذي لا وجود للعقد بدونه، إلّا أنّه هناك شروط موضوعية فرض القانون وجودها في عقد الزواج الصّحيح وهذا ما سوف نبينه من خلال هذا الفصل.

فسوف نتعرض إلى أركان عقد الزواج في المطلب الأوّل، ثم إلى الشّروط الموضوعية والشّكلية في المطلب الثاني.

المطلب الأوّل: أركان عقد الزواج

لقد نصّ المشرّع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة المعدّلة على ركن واحد في عقد الزواج وهو الرضا، لكن يمكن استنتاج ركن أساسي بدونه لا يُمكن انعقاد عقد الزواج وهو الركن البيولوجي، وعليه سوف نتعرض إلى هذا الركن (فرع أوّل) ثم إلى ركن الرضا (فرع ثاني).

فرع أول: الركن البيولوجي في عقد الزواج

يعتبر الاختلاف في الجنس ركنا أساسيًا في عقد الزواج إذ بدونه لا تقوم قائمة للعقد كما أنه لا يمكن أن يحلّ محله أي نوع آخر، إذ أنّ الاختلاف في الجنس هي مسألة جوهرية عند المشرّع الجزائري ومن ثمّ فخلافًا لما هو عليه في بعض الدول الغربية، فالمشرّع لا يعترف إلاّ بالزواج التام بين شخصين من جنسين مختلفين¹، هنا ندرس نقطتين هما: اختلاف في الجنس بمعناه الفعلي، واختلاف في الجنس بمعناه البيولوجي أو الوهمي.

أولًا: اختلاف في الجنس بمعناه الفعلي

مسألة الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي تقتضي التوضيح في نقطة أولى وهي حالة الأشخاص العاديين، ونقطة ثانية حالة الخنثى.

1) حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي:

يعتبر الاختلاف في الجنس بين المقبلين على الزواج ركنا أساسيًا في هذا العقد بحيث لا يمكن أن يقوم بدونه كما لا يمكن أن يحلّ محله أي نوع آخر إذ أنّ المشرّع الجزائري وطبقًا للم 4 ق.أ لا يتعرف إلاّ بالزواج القائم بين الشخصين من جنس مختلف أي بين رجل وامرأة، وأنّ إثبات جنس الشخص يتمّ أصلاً بواسطة عقد الميلاد الذي يبيّن فيه إلى جانب يوم الولادة والساعة والمكان والأسماء التي أعطيت للطفل، جنسه، وهو العقد الذي يُقدّمه المقبلان على الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق (م74 قانون الحالة المدنية).

ومن ثمّ، فإنه لا يجوز الزواج بين المثاليين أي بين المرأتين أو الرجلين فهذه العلاقة لا تكون منعومة فحسب بل يُعاقب عليها قانون العقوبات، لأنّ السّحاق كاللواط طريق منحرف لتصرف الطاقة الجنسية لما يؤدّي لانهيار الأسر والمجتمعات وانتشار الأمراض² (م338 قانون العقوبات).

ومنه لم يعترف المشرّع الجزائري بزواج المثليين بل واعتبر العلاقة بين المثليين "شذوذا جنسيًا" ويُعاقب عليها قانون العقوبات بمقتضى المادة 338.

2) حالة الشخص المختلط الجنس (الخنثى):

إذا كان معظم الأشخاص يكتسبون أعضاء تناسلية عادية بحيث إمّا أن يكونوا رجال أو نساء، غير أنّ هناك طائفة من الأشخاص أفرزت الطبيعة لديهم أعضاء تناسلية غير واضحة، إذ قد يكون للشخص الواحد

¹ تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطّبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص.20.

² المرجع نفسه، ص.22.

أعضاء الذكورة وأعضاء الأنوثة في آن واحد ومن ثم لنا أن نتساءل عن حالة هذا الشخص اتجاه الزواج، هل له الحق في ذلك وعلى أي أساس؟ أم ينبغي حرمانه من ذلك؟

فيسمى هذا الشخص في الفقه الإسلامي بالخنثى ولكن نظرا لحث الشريعة الإسلامية الأشخاص على الزواج فإنه من غير الطبيعي أن يبقى هذا الشخص منعزلا عن المجتمع، بل أباحت له هذه الأخيرة الزواج ولكن على أساس تباين الأعضاء التناسلية لديه، فإذا كانت أعضاء الذكورة هي الغالبة فإنه لا يتسنى له الزواج إلا بامرأة والعكس صحيح.

والأعضاء التناسلية محلّ التقدير هي الأعضاء الداخلية، لكن أمام التطور العلمي الطبي فإن تحديد جنس الشخص في هذه الحالة لا يكون على أساس الخبرة الطبية وإن كان بحاجة إلى إجراء عملية جراحية لتوطيد هذه الأعضاء وتحديد جنسه فإن هذه العملية تُعدّ مشروعة شرعا وقانونا، وعليه فإنّ المشرّع طبقا للم04 ق.أ وبعد إجراء العملية الجراحية وتحديد جنس الشخص فإنّ هذا الأخير إذا ظهر بأنه أنثى فإنه لا يجوز له الزواج إلا برجل وإلا كان عقدا باطلا بطلانا مُطلقا¹.

ثانيا: الاختلاف في الجنس بمعناه البيكولوجي

إلى جانب الطائفتين السابقتين قد ظهرت في عالمنا الحاضر طائفة أخرى التي تطلب بتغيير جنسها على أساس أنها ضحية الطبيعة وهي تختلف عما هو عليه بالنسبة للخنثى لأنّ هذه الطائفة من الأشخاص لم تكن ضحية الطبيعة وإنما ضحية ميولهم الشخصي بحيث يكون الشخص فيها مظهرًا رجل إلا أنه يعتقد بأنه امرأة والعكس، وهذا ما يدفع به إلى اللجوء إلى إجراء عملية جراحية جدّ خطيرة من أجل أن يُصبح ما كان يعتقد أنه ذنبيًا.

ومن ثمّ، فإنّ هذه الحالة تختلف عن التخنث ولا يمكن أن نجعلها في نفس الدرجة بل هناك من الفقه من يرى بأنّ في حالة زواج أحد الأشخاص المنتمين إلى هذه الطائفة سيكون زواجه باطلا بطلانا مطلقا بسبب الاختلاف في الجنس، ولكن أمام هذه المسألة الجادة لنا أن نتساءل عما إذا كان يجوز لهذه الطائفة من الأشخاص القيام بتغيير أعضائه التناسلية؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي و القانون الجزائري من ذلك؟².

1) موقف الفقه الإسلامي من التغيير الجنسي:

هو موقف صارم بحيث تعتبر الشريعة الإسلامية ذلك التصرف انحرافا عن أحكام الطبيعة وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى: ﴿أَلَمْ يَكْ نُطْفَعَةً مِنْ مَنِيِّ تُمْنِي * ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّى * فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ

¹تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.24.

²تشوار الجيلالي، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.19.

وَالْأُنثَى¹، ويقول أيضا: ﴿فَطَرَتَ اللَّهُ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا ۚ لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾²، كما جاءت الأحاديث النبوية صريحة بهذا المضمار حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"، وكانت كذلك الأحاديث النبوية جد صارمة حول تشبيه الرجال بالنساء فما بالك بالتغيير حيث يقول صلى الله عليه وسلم: "لعن الله المختئين من الرجال والمسترجلات من النساء"³.

وهذا التحريم يشمل من تُجرى له العملية من الجنسين والطبيب الجراح وكل من يُساعد ويُرجع لمثل هذه العمليات الجراحية ويقول د. محمد الطيب النجار رئيس جامعة الأزهر السابق: "تغيير الجنس من ذكر إلى أنثى ومن أنثى إلى ذكر أمر يعتبر جريمة ومحرمًا في الإسلام، إذ أنه اعتراض على ما قدره الله سبحانه وتعالى ومحاولة للتدخل في قضاء الله وقدره ولا يصح إجراء مثل هذه العمليات شرعًا إلا في حالة واحدة هي أن يكون الشخص مُشْتَبَهًا فيه (حالات الخنثى الكاذبة)، وفي هذه الحالة يُمكن للأطباء أن يفحصوا هذا الشخص ويعرفوا ما يغلب عليه وعلى ما يمكن أن يكون عليه".

وتُعتبر الجراحة في هذه الحالة إنقاذًا للمريض وإخراجه من حالة انعدام النوع إلى الرجولة أو الأنوثة، وفي حالة الخنثى المشكل "الخنثى الحقيقية" وهي حالة نادرة جدًا جدًا، وكما ذكرنا الذي يحتوي جسده على القدرة التناسلية الذكورية "خصية" وغدة تناسلية أنثوية "مبيض" وهو لا يعرف إن كان ذكرا أو أنثى تجرى له الجراحة ليكون شخصا مكتمل الرجولة أو فتاة مكتملة الأنوثة.

وعن حكم تغيير الجنس، لا يجوز للرجل أن يتمنى شيئا من خصائص المرأة، حتى لو أراد ذلك فقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ ۚ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لَهُمْ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لَهُنَّ مِنْ فَضْلِهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا﴾⁴.

وتشير الآية الكريمة إلى أن الله خص الرجال بصفات معينة والنساء أيضا بصفات معينة ويأمر الله سبحانه وتعالى الرجال والنساء بأن يقنعوا بما خصهم ويؤدوه كاملا ولا يجوز للرجل أن يُعَيَّرَ من خلق الله في نفسه ولا يجوز أن يشتهه بأي من مظاهر سلوك المرأة.

ويقول فضيلة الشيخ محمد سيد طنطاوي شيخ الجامع الأزهر: "إن من يرغب من الرجال والنساء في تغيير جنسه (بكامل إرادته) له عقاب الخالق".

¹ سورة القيامة، الآية 39.

² سورة الروم، الآية 30.

³ منتدى الرأي، مقال حول حكم الشرع الإسلامي في عمليات تغيير الجنس، أكتوبر 2008، منشور على موقع www.alraimedea.com

⁴ سورة النساء، الآية 32.

ويؤكد الشيخ محمد الغزالي "رحمه الله" أنّ الجراحة لا تُجرى إلاّ في حالات الخنثى لتصحيح الوضع بعد الفحوصات الطبيّة الدقيقة.

وأكد نائب رئيس الأتحاد العالمي لعلماء المسلمين فضيلة الشيخ عبد الله بن بيه أنه لا يجوز تغيير خلق الله بالإجماع وفق نصوص صريحة وواضحة في القرآن الكريم¹.

2) موقف قانون الأسرة من التّغيير الجنسي:

قانون الأسرة لم ينصّ صراحة على هذه الحالة وإنّما اكتفى بالتّصنيف في م4 قا.أ عند تعريفه لعقد الزّواج أنّ هذا العقد لا يتمّ إلاّ بين رجل وامرأة، وفي حكم المشرّع فالمرأة هي التي ولدت على أساس جنس أنثى والرجل هو الذي ولد على أساس جنس ذكر ومن ثمّ فما على المرأة إلاّ أن تتحمّل أنوثتها وما على الرجل إلاّ أن يتحمّل ذكورته وأيّ تغيير يطرأ بعد ذلك على جنس الشّخص إثر إجراء عمليّات جراحية فيعتبر جريمة يُعاقب عليها القانون² ومن أمثلة ذلك ما نصّت عليه المادة 264 قانون العقوبات الجزائري التي جاء في مضمونها: "أيّ إجراء أحدث جروحا للغير... وترتّب عليه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو حرمان من استعماله... يُعرّض مُرتكبوه لعقوبة السّجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات"، وكما أضافت المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري: "كلّ من ارتكب جناية الخضاء يعاقب بالسّجن المؤبد ويعاقب الجاني بالإعدام إذا أدّت إلى الوفاة". (المشرّع الجزائري لا يعترف بالتّغيير الجنسي ولا يجوز لأيّ ضابط الحالة المدنية بإبرام عقد الزّواج لرجل أو امرأة قاما بالتّغيير الجنسي).

فرع ثاني: ركن الرّضا في عقد الزّواج

يعتبر الرّضا من أهمّ أركان عقد الزّواج، وقد اعتبرته أغلبية التّشريعات الرّكن الأساسي للزّواج، بحيث إذا انعدم أو شابّه عيب من عيوب الإرادة ينقلب العقد باطلا.

أولا: موقف الفقه والقانون من ركن الرّضا

لقد اتّفق كلّ من فقهاء الشّريعة الإسلاميّة وفقهاء القانون ومختلف التّشريعات وكذا الاتّفاقيّات الدوليّة على أنّ الرّضا هو الرّكن الأساسي في عقد الزّواج، وهو القائم الذي يقوم عليه ويتوقّف وجوده عليه، واختلف في تسميته فهناك من يطلق عليه تسمية الإيجاب والقبول، وهناك من يُسمّيه الصّيغة، وهناك من يُسمّيه العنصر التّفسي في عقد الزّواج، وهذا الاختلاف هو لفظي فقط أمّا المعنى فهو واحد.

¹ متندى الرّأي، المرجع السابق.

² تشوار الجليلي، الزواج والطلاق...، المرجع السابق، ص. 32-33.

1) طرق التعبير عن الإرادة:

لكي ينعقد الزواج انعقادا صحيحا لا بد من وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ومن ثم لا ينعقد العقد إلا إذا كانت الإرادة واضحة اللفظ الدالة على الزواج ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإيجاب والقبول من الطرفين لأن الإرادة الباطنة هي غير كافية للتعبير عما يريده صاحبها.

غير أنّ طرق التعبير عن الإرادة لم يجعلها المشرّع في مرتبة واحدة بحيث تنصّ المادة 1/10 ق.أ: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكلّ لفظ يفيد معنى النكاح شرعا"، ومن ثمّ يكون المشرّع قد جعل في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته أن يكون ذلك عن طريق الكلام، بينما إذا كان عاجزا عن التلقظ فيمكن أن يعبر عن إرادته بكلّ ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة، ومما ينبغي ملاحظته هو أنّ المشرّع لم يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللّغة العربية مثل ما ذهب إليه الشافعية، بل قد صرّح بأنّ هذا التعبير قد يكون بكلّ ما يفيد معنى النكاح من الناحية الشرعية والمهمّ أن يكون هذا التعبير مفهوم من قبل ضابط الحالة المدنية أو الموثّق والشاهدين والولي¹.

2) الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة:

يشترط في صحّة عقد الزواج أن تكون الصيغة مؤبّدة غير مؤقتة بمدة، والمؤقتة تكون على وجهين: اقتران العقد بوقت معيّن طال أو قصر، كما يمكن أن تكون بلفظ المتعة بأجل محدّد، والحقيقة أنه لا فرق بينهما لأنّ النكاح لأجل هو نكاح متعة.

ولقد اختلف الفقهاء حول هذا النوع من الزواج ولقد استقرّ موقف المذاهب السنية على أنّ هذا الزواج باطل سواء دخل بها أو لم يدخل بها بحيث قد نهى الرسول صلّى الله عليه وسلّم عن نكاح المتعة زمن خيبر وكما يقول صلّى الله عليه وسلّم: "يا أيّها النّاس إني كنت أذنت لكم في الاستماع بالنّساء وأنّ الله قد حرّم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهم شيء فليخلّ سبيله ولا تأخذوا ممّا أتيموهنّ شيئا".

بينما يرى الشيعة الجعفرية بصحّة مثل هذا الزواج على أساس أنّ تحريمه قد نطق به عمر رضي الله عنه وليس الرسول صلّى الله عليه وسلّم، بل أكثر من ذلك فقد استندوا على قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، ويستشفون من هذه الآية أنّ الله تعالى قد استعمل كلمة الاستمتاع أي المتعة ولقد استعمل كذلك الأجر وهو مقابل استمتاع الرجل بالمرأة وأنّ الرسول صلّى الله عليه وسلّم قد أباح زواج المتعة في غزوة الفتح ولم يثبت نسخ هذا الحكم، وعلى هذا الأساس فإنّ شروط وآثار عقد الزواج هي كما يلي: يشترط فيه المهر (الأجر) ولا يشترط فيه حضور الشاهدين، ويشترط تحديد الأجل لكن يمكن تمديده وأنّ كلّ الشّروط جائزة

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، الجزائر، 1994، ص.72.

في مثل هذا الزواج فينتهي بانتهاء المدّة المتفق عليها، عدم التوارث بين الزوجين فعده المرأة بعد حلّ الزواج حيزين وإذا مات 4 أشهر و10 أيام والغالب في الأمر هو عدم حصر عدد النساء، ومن حيث النسب يلحق الطفل بأبيه وأمه فإذا أنكر أبوه ينسب لأمه¹.

ولكن بالرغم من ذلك فإنّ المشرّع قد أجاز للطرفين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشروط التي رأيناها ضرورية وقد أضاف التعديل لنصّ م19 ق.أ لاسيما شرط عدم تعدّد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتناقض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأنّ هذه الشروط المتفق عليها يمكن أن تكون صحيحة كما يمكن أن تكون متنافية مع عقد الزواج ولذلك حتى يتسنى معرفة الشروط التي يجوز للزوجين الاتفاق عليها هي تلك الشروط التي يقتضيها عقد الزواج أي الشروط التي تتلاءم معه وتؤكد مقتضاه وهي على سبيل المثال:

- اشتراط الزوجة السفر إلى بلد أجنبي بمبرر شرعيّ.
- اشتراط الزوجة على زوجها مواصلة الدراسة شرط صحيح.
- اشتراط الزوجة على زوجها أن يكون لها الحقّ على تطبيق نفسها.

ثانيا: عيوب الرضا ونظام الوكالة في عقد الزواج

1) عيوب الرضا:

نظرية عيوب الرضا لا يمكن أن نأخذها بعين الاعتبار بكاملها في إطار عقد الزواج، ومن ثمّ لا يمكن اعتبار الاستغلال بنوعيه عيبا من عيوب الإرادة بل إنّ هذه العيوب تنحصر في: الغلط، التّديس والإكراه، غير أنّ ما يُعاب على المشرّع الجزائري عند ذكره لأحكام الرضا أنه لم يشير إلى هذه العيوب فيما عدا ما ورد في المادّة 13 المعدّلة من قانون الأسرة والتي نصّت على مايلي:

"لا يجوز للوليّ أبّا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوّجها بدون موافقتها"، وأمام هذا السّكوت فيقتضي الأمر أن نطبّق ما جاء تبعا للتّريعة الإسلامية بمقتضى المادّة 222 من قانون الأسرة، وعليه تكون الإرادة معيبة بالعيوب التّالية:

العيب الأوّل: الغلط

إنّ هذا النوع من عيوب الإرادة يكون في عقد الزواج في حالتين:

(1) الغلط المانع للإرادة: يتمّ بالأمرين التّاليين:

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.80.

أ- **الغلط في ماهية العقد:** في طبيعته وهذا يتحقق في حالة ما إذا كانت إرادة الطرفين لا تتجه إلى إبرام نفس العقد كمن كان يريد الزواج عن طريق إيجابه بينما كان القبول يتجه نحو العلاقة الحرة ومن ثم يكون عدم تطابق الإرادتين وهذا ما يجعل من العقد باطلا بطلانا مطلقا.

ب- **الغلط في ذاتية الشخص المراد التزوج به:** بمعنى أنّ عقد الزواج يُعدّ من العقود التي تكون فيها ذاتية الشخص محلّ اعتبار فإنه لا يتمّ صحيحا إلاّ إذا كان مُتّجها إلى الشخص المراد التزوج به ولا لشخص آخر (الزواج عن طريق الوكالة).

(2) **الغلط المفسد للإرادة:** إنّ هذا الغلط غالبا ما يحدث في إحدى الصّفات الجوهرية للشخص المتعاقد والواقع من المفروض أنّ هذا الغلط لا يُؤثّر على صحّة العقد ولكن بالرغم من ذلك فالقانون يدخله مع عيوب الإرادة في بعض الحالات التي لا يمكن حصرها.

العيب الثاني: الإكراه

يعتبر الإكراه بصنفيه عيب من عيوب الإرادة وهو أن يُيدي أحد الطرفين قبوله على أساس الضّغط الممارس عليه ومن ثمّ لا يعتبر الزواج صحيحا إذا تمّ إبرامه تحت تأثير الإكراه سواء كان ماديا أو معنويا.

أمّا الإكراه المادّي لا يمكن تصوّره في العقد الرسمي كون أنّ المشرّع قد اشترط حضور الطرفين أمام ضابط الحالة المدنية اللهم إلاّ إذا كان هذا الأخير هو شريك في هذا.

الإكراه هو عيب من عيوب الإرادة ولا يعدهما وبالتالي يجعل العقد قابل للإبطال لأنّ الشخص محلّ الإكراه يكون له حقّ الاختيار بين أمرين، إمّا الموافقة أو الجزاء، وتعتبر جسامة الخوف الناتج عن الضّغط أو الإكراه من المسائل النسبية أي ينظر فيها إلى السنّ والجنس وحالة الأشخاص في الحقيقة فعلا، فالإكراه يختلف من شخص لآخر (الذكر يختلف عن الأنثى)، ومن جهة أخرى فالنّفوذ الأدبي لا يُؤثّر على صحّة الزواج إذ أنّ هذا الأخير يعتبر صحيحا في حالة ما إذا مثلا: أنّ الشخص وافق على الزواج احتراماً للوالدين بينما لو صاحب النّفوذ الأدبي تصرفات دفعت بالفتاة للقبول وذلك كسوء التصرف نحوها فهنا يتحوّل النّفوذ الأدبي إلى ضغط ومن ثمّ إلى إكراه.

العيب الثالث: التّديس أو التّغريب

يُقصد به استعمال الطّرق الاحتيالية لإيقاع الطّرف الآخر في الغلط ويدفعه إلى الموافقة، والتّديس بهذا التّعريف يعتبر عيبا من عيوب الإرادة ويجعل العقد قابلا للإبطال ومن أمثلته: ادّعاء الشخص نسبيا وهو دون ذلك، وكذلك من ادّعى العزوبة وهو متزوج، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نرى أنّ المشرّع ينصّ في المادة 08 مكرّر قا.أعلى أنه: "في حالة التّديس يجوز لكلّ زوجة رفع دعوى قضائية ضدّ الزوج للمطالبة بالتّطليق".

والواقع أنّ ما نصّ عليه المشرّع في هذه المادة لا يتماشى مع المبادئ القانونية بشأن التّزوجة الثانية إذ لو كان يجوز للتّزوجة الأولى طلب التّطليق على أساس أنّ زواجها كان صحيحا فالتّزوجة الثانية زواجها لم يكن كذلك إذ أنّ إرادتها كانت معيبة بعيب التّدليس الذي يسمح لها بطلب إبطال العقد.

بينما لو ادّعى الشّخص أنه غني ووجدته على خلاف ذلك فهذا يؤدّي إلى عيب الإرادة ولا يجوز لها طلب إبطال التّزواج لأنّ عقد التّزواج ليس من العقود المالية.

(2) الوكالة في عقد التّزواج:

المشرّع كان ينصّ في المادة 20 قانون الأسرة قبل إلغائها على أنه: "يصحّ أن ينوب عن التّزوج واكله في إبرام عقد التّزواج بوكالة خاصّة"، من خلال تحليل المادة نرى أن التّزوجة لم يكن لديها هذا الحقّ لأنّ الذي كان يتولّى زواجها هو وليّها طبقا للمادة 11 قانون الأسرة قبل تعديلها، ولكن بعد إدخاله بعض التّعديلات على المادة 11 قانون الأسرة وإلغاء المادة 20 قانون الأسرة بمقتضى الأمر الصادر في 2005/02/27، أصبح المشرّع لا يعترف بالوكالة في عقد التّزواج وبمعنى أدقّ فإنه لا يجوز لا للتّزوجة ولا للتّزوج أن ينوب عنه أو عنها شخص بوكالة ولو كانت خاصّة من أجل إبرام عقد التّزواج بل يشترط حضورهما، لذلك أكّد المشرّع في المادتين 4 و9 قانون الأسرة المعدّلتين على أنّ التّزواج لا يتمّ إلاّ برضا التّزوجين وأنّ هذا التّبادل لا يتمّ إلاّ أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثّق وهذا ما أكّده التّعليمية الصّادرة عن وزارة العدل التي منعت الأئمّة من إبرام عقد التّزواج في المساجد قبل إبرامه أمام الهيئات المختصّة¹.

المطلب الثّاني: الشّروط الموضوعية والشّكلية لعقد التّزواج

اكتفى قانون الأسرة تحت عنوان "أركان التّزواج" ضمن القسم الثّاني المتعلّق بالتّزواج بالإشارة إلى أنّ التّزواج ينعقد بالرضا (طبقا لنصّ المادة 9 من ق.أ. المعدّلة)، أي بتبادل الإيجاب والقبول (طبقا لنصّ المادة 10 من ق.أ.)، والتّعديل ل 2005 هو المادة 9 مكرّر احتوت على الشّروط التي لا بد أن تتوفّر في عقد التّزواج والتي كانت تعتبر أركان قبل تعديل قانون الأسرة ل 2005 والتي تتمثّل في أهلية التّزواج (المادتين 7 و9 مكرّر)، وتحديد الصّدق (المادتين 9 مكرّر و15 من ق.أ.)، ووجود الوليّ (المادتين 9 مكرّر و11 من ق.أ.)، حضور شاهدين (المادة 9 مكرّر)، الفحص الطّبي (المادة 7 مكرّر من ق.أ.) وأخيرا انعدام الموانع الشّرعية للتّزواج (المادتين 9 مكرّر و23 من ق.أ.) سوف نفصّل في كلّ نقطة.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.66.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية في عقد الزواج

أولاً: أهلية الزواج والصداق و الولاية

1. أهلية الزواج:

تنقسم الأهلية إلى قسمين، أهلية وجوب وأهلية أداء. فالأولى هي التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات وهي تثبت للشخص بولادته حياً وتكون ناقصة بالنسبة للجنين.

أما أهلية الأداء هي صلاحية الشخص للقيام بالتصرفات القانونية وفي هذا الإطار تدخل أهلية الزواج أي أن يكون الشخص أهلاً لإبرام عقد الزواج، ولكن أمام الثغرات القانونية الواردة في قانون الأسرة ينبغي أولاً معرفة موقف الفقه الإسلامي من أهلية الزواج، إذ تنص المادة 40 من القانون المدني على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية بمباشرة حقوقه المدنية و سنّ الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة"¹.

تنص المادة 07 من قانون الأسرة على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة مئة تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. ويكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات". فهنا أصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين على عكس القانون قبل التعديل التي كانت محددة بسنّ 21 سنة للرجل و 18 سنة للمرأة"².

1 آراء الفقه الإسلامي لسنّ الزواج:

لقد اعتمد الفقه الإسلامي من حيث تحديده لسنّ الزواج بفكرة البلوغ الطبيعي وهذا كقاعدة عامة ويكون هذا البلوغ بظهور أمّرات طبيعية، ومن ثمّ فإنه من الصّعب تحديد سنّاً معيّناً تنطبق على جميع الأشخاص لأنّ وقت ظهور هذه الأمّرات يختلف باختلاف الأشخاص ونموّه من حيث المكان والزّمان وهذه كقاعدة عامة.

ولكن في حالة ما إذا تأخّرت هذه الأمّرات في الظهور لقد لجأ فقهاء الشريعة الإسلامية وبصفة استثنائية إلى تحديد أهلية الزواج بسنّ معيّنة بحيث حدّدها الإمام أبو حنيفة بـ 18 سنة للفتى و 17 سنة للفتاة ثم إنّ الشافعية والحنابلة قد حدّدها على منوال الأحناف بـ 15 سنة للفتى والفتاة معاً، أمّا المذهب المالكي فقد حدّدها بـ 18 سنة لكلا الجنسين.

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008، ص.60.

² بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص.60.

2) موقف القانون الجزائري من الأهلية في عقد الزواج:

تنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

من خلال دراسة المادة، نرى أنّ المشرع الجزائري اعتبر الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية والواجبات الاجتماعية والعائلية ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامّة السّماح لكلّ فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري وقدرة مالية ومعرفة شؤون الحياة والأعباء الزوجية وهذا ما نصّت عليه القوانين التالية قبل تعديل 2005¹.

قانون سنة 1959: 15 سنة للمرأة و18 سنة للرجل.

قانون سنة 1963: 16 سنة للمرأة و18 سنة للرجل.

قانون سنة 1984: 18 سنة للمرأة و21 سنة للرجل.

أمّا قانون 2005 وهو آخر تعديل فحدّدها بـ19 سنة للرجل والمرأة وبذلك نرى أنّ المشرع الجزائري عند تحديده لسنّ الزواج رجع إلى عدّة أسباب منها خاصّة النموّ الديموغرافي الذي كانت تعيشه الجزائر وأنه أيضا تأثر بما جاءت به اتفاقية نيويورك والتي صادقت عليها الجزائر وأيضا أراد المشرع الجزائري أن يقوم بتوحيد أهلية الزواج بالأهلية المدنية، غير أنّ المشرع لم يساير كلّ الأشخاص على أحكام موحّدة بشأن سنّ الزواج إذ أنه طبقا لاتفاقية نيويورك التي سمحت للدول أن تأخذ بعين الاعتبار مصلحة الطرفين عند عدم بلوغ السنّ بحيث نصّ المشرع الجزائري في السّطر الثّاني من المادة 07 المعدّلة: "... وللقاضي أن يُرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج".

• الشّروط المتعلقة بمنح الإذن:

لقد علّق المشرع الإذن القضائي بوجود مصلحة أو ضرورة وأنّ هذين الشّرتين ليسا متلازمين بل يكفي وجود شرط واحد، المصلحة أو الضّرورة ومن ثمّ ينبغي على القاضي أن يستمع لأقوال الطرفين من أجل تحديد الدّافع إلى الزواج.

¹العيش فضيل، قانون الأسرة مدعّم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، الطبعة الثّانية، السّاحة المركزيّة، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص.21.

أما بالنسبة لتحديد بلوغ السنّ الأدنى بالنسبة للرخصة فلم يتطرق له المشرع الجزائري، فهل يعتبر هذا التسيان نقص وارد في التشريع ومن ثمّ الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، كذلك ما ينبغي الإشارة إليه أنه في تعديل 2005 قد نصّ المشرع بأنه ينبغي على القاضي أن يتأكد من قدرة الطرفين على الزواج أي يمكن في هذه الحالة على القاضي أن يستعين بخبير.

أما بخصوص تقديم طلب الإذن يكون من الوليّ الشرعي للقاصر أي الأب.

• الجزء المترتب على مخالفة سنّ الزواج:

بالرجوع إلى قانون الأسرة المواد 32 و33 و34 نجد أنّ المشرع الجزائري لم ينظّم صراحة حكم الجزء في حالة ما إذا انتفى شرط أهلية الزواج ومع العلم أنه قد رتب أهلية الزواج ضمن شروط صحة العقد في المادة 09 مكرّر المعدلة¹.

3) المهر أو الصّدق:

"يُعرّف الصّدق في الفقه على أنه المال الذي يدفعه الرّجل للمرأة عربونا ورمزا لرغبته في الاقتران بها"².

"أما المشرع الجزائري: فقد عرّف الصّدق وعبر عنه بكونه هدية أو نحلة تُدفع للزوجة فقد نصّت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: الصّدق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كلّ ما هو مُباح شرعا وهو ملك لها تتصرّف فيه كما تشاء"³.

"لقد نصّ قانون الأسرة الجزائري على أحكام المهر في المواد 14 إلى 17 فقد أوجبت المادة 15 المعدلة تحديد وتسمية المهر في العقد يجب تحديد الصّدق في العقد سوا كان معجّلا أو مؤجّلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصّدق، تستحقّ الزوجة صداق المثل".

"إنّ الصّدق واجب على الزوج وحقّ للزوجة لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁴ والمراد بالأجور هنا المهور"⁵.

والمهر نوعان: مهر المسمّى ومهر المثل.

¹ تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق...، المرجع السابق، ص.60.

² عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار الهومة، الجزائر، 2009، ص.46.

³ بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء...، المرجع السابق، ص.267.

⁴ سورة النساء، الآية 24.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح...، المرجع السابق، ص.101.

المهر المسمّى: وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

المهر المثل: وهو امرأة من قوم أبيها، فأختها أو من تماثلها فيما يعتد به من صفات النساء من السنّ، والجمال، والمال نحو ذلك من الصفات.

أمّا فيما يخصّ مقدار المهر، اتفق فقهاء المسلمين على أنّ المهر لأحد لأكثره، لعدم ورود النصّ من الشارع في ذلك، والشريعة لم نجد فيها ما يمنع أحدا من أن يمهر زوجته ما شاء من مال مهما بلغ قدره، لكن يُستحبّ للرجل والمرأة على السواء أن لا يبالغ في مقدار المهر بالزيادة لما روي أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إنّ أعظم النكاح بركة أيسره متونة".

والتشديد على الأزواج بالمغالاة في المهور، كما هو شائع بين الناس اليوم يؤدّي في غالب الأحيان إلى الإعراض عن الزواج، أمّا الحدّ الأدنى فقد اختلف الفقهاء وحاول بعضهم تقديره لكن هذه التقديرات مختلفة ولا نستطيع مقارنتها بالتقود الحالية¹.

4) شروط الصّداق ومقداره:

(1) شروط الصّداق:

- أن يكون المهر لا متقوماً شرعاً: ويُقصد به أنه لا يجوز أن يكون كلّ ما ليس بمال أو كان مالا غير متقدّم شرعاً كالخمر وهذا ما أكدته المادة 14 ق.أ، وبالتالي يجوز أن يكون زرعت الأرض مثلاً لمدة معيّنة.
- أن يكون مقدوراً على تسليمه عند العقد: لا يجوز تسمية عين متنازع عليها وإن كان تحميلها ممكناً فقد فرّق الفقه بين أمرين: فإن كان يعلمان أنه هذا المال مالا مغصوباً يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده بمهر المثل (المالكية) – يرى الشافعية والحنابلة أنّ العقد الصحيح ويجب مهر المثل.
- أن يكون المهر معلوماً: لا يجوز أن يكون مجهولاً وذلك بأن يقول الزوج لزوجته مهر دارا أو حيوانا ولم يُحدّد نوع الدار أو الحيوان في هذه الحالة إذا كان المهر مجهولاً جهالة فاحشة فسخ العقد قبل الدخول وثبت بعده بمهر المثل، أمّا إذا كان مهرها معلوم وغير مُحدّد الوصل كخمس من الغنم ففي هذه الحالة تأخذ من الوسط.

(2) مقدار الصّداق:

اتفق الفقهاء على أنه ليس هنا كحدّ أقصى يقدمه المهر لانتفاء النصّ القرآني والحديث النبوي لذلك يجوز أن يكون المهر كلّ ما اتفق عليه الطرفان في القيمة، أمّا الحدّ الأدنى لقد تضاربت الآراء، قال الإمام مالك: لا يجوز أن يقلّ المهر عن ربع دينار من الذهب الخالص أو 3 دراهم من الفضة الخالصة أمّا إذا كان أقلّ من ذلك

¹ بن شويخ الرشيد، شرح قانون...، المرجع السابق، ص.75-76.

يوم العقد واتّضح أمره قبل الدّخول كان عليه إكماله إلى الحدّ الأدنى أو فسخ النّكاح بالطلاق، فإذا اختار الطّلاق فعليه نصف المهر المسمّى وإذا تمّ الدّخول فلها مهر المثل.

أمّا الأحناف يرون الحدّ الأدنى للمهر هو 10 دراهم أو ما يُساويها فلو اتّفق على أقلّ من ذلك تلزم 10 دراهم لأنّ يد السّارق لا تقطع بأقلّ من ذلك ولأنه رُوي عن عليّ وعبد الله بن عمر لا يكون المهر أقلّ من 10 دراهم.

يرى الشّافعية والحنابلة أنّ كلّ مال شرعي واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مِمَّا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾¹.

5) النزاع في الصّدق وأثر تخلفه:

(1) النزاع في الصّدق:

تناول فقهاء الشّريعة الإسلامية المنازعة التي تنور حول الصّدق وقسموها إلى منازعات حول التّسمية وأخرى حول المقدار وأخرى حول نوعه وجنسه وصفته.

نصّ المشرّع الجزائري في المادة 17 من قانون الأسرة على النزاع الذي يتمّ قبل الدّخول والذي يتمّ بعد الدّخول ويمكن التعرّض لمسألة المنازعة في الصّدق في نقطتين أساسيتين هما:

6) المنازعة في الصّدق وفقا للشّريعة الإسلامية:

- الاختلاف حول تسمية المهر: ويُقصد بهذه المنازعة هي أن يقع نزاع بين الرّوجين بأن يدّعي أحدهما بأنّ الصّدق قد سمي في العقد ويدّعي الآخر بأنّ العقد خالي من التّسمية ففي هذه المنازعة ذهب الأحناف إلى تطبيق قاعدة البيّنة على من أدّى واليمين على من أنكر وتنطبق أيضا هذه القاعدة في حالة وفاة الرّوجين أو أحدهما.
- الاختلاف في مقدار أو نوع أو صفة الصّدق: وهو أن يختلف الرّوجان في مقدار المهر كأن يقول تزوّجتما بـ 20 رأس غنم وتقول هي بـ 30 رأس غنم، فحسب المذهب الحنفي والحنبلي فالقول لمن شهد له مهر المثل يمينه، أمّا إذا أقاما البيّنة قدّمت بيّنة الرّوجة أمّا من حيث الاختلاف حول جنس أو نوع أو صفة المهر فيقضي بقدر قيمته، أمّا المالكية فقد فرّقت بين إذا ما كان هناك دخول أم لا فإذا لم يكن هناك دخول يؤدّيان اليمين ويقضي لمن قوله أشبه بالمعارف والمعتاد بين أهل بلديهما، أمّا بعد الدّخول فالقول قول الرّوج مع يمينه.

¹ سورة النساء، الآية 24.

- **الاختلاف حول قبض المهر:** وهو أن يختلف الزوجان حول القبض المعجل للصدّاق كقول الزوج بتقديمه المعجل من الصدّاق ثم تنكر الزوجة ذلك في مثل هذه المنازعة ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا ثار نزاع قبل الدخول فالقول للزوجة بيمينها وعلى الزوج إثبات عكس ذلك بالبيّنة أمّا إذا كان النزاع بعد الدخول فالقول قول الزوجة مع يمينها هذا إن لم يكن عرف يقضي بخلاف ذلك في قبض بعد مؤجّل المهر فهناك القول للزوجة مع يمينها أمّا عند المالية فقبل الدخول فالقول للمرأة أمّا بعد الدخول فالقول للرجل ويذهب نفر من الحنفية إلى مراعاة في حلّ مثل هذا الخلافات عرف المنطقة.

7) المنازعة في الصدّاق وفقا لقانون الأسرة:

إنّ المنازعة في الصدّاق تناوله المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 17 من قانون الأسرة والتي قسمت النزاعات على الصدّاق إلى نزاعات قبل الدخول وأخرى بعد الدخول دون أن تحدّد ما هي الخلافات المتعلقة بالصدّاق التي تطبّق عليها قاعدة الإثبات المنصوص عليها في نصّ المادّة 17 وبالتالي هذه القاعدة المذكورة تطبّق على جميع حالات النزاع سواء كانت متعلّقة بالتسمية أو المقدار أو صنفه أو نوعه أو في القبض ويمكن تقسيمها إلى حالتين:

- **حالة الخلاف في الصدّاق قبل الدخول:** لقد نصّ المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 17 على أنه: "في حالة النزاع في الصدّاق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين..." وما يمكن استخلاصه من هذه المادّة أنه إذا لم يكن هناك دخول وثار نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بيّنة للمدعي أو المدعى عليه فالقول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين ولد جسّد هذا في التطبيقات القضائية منها القرار الصادر عن المحكمة العليا المؤرّخ في 18/06/1991 تحت رقم 73515 الذي جاء فيه: "من المقرّر قانونا أنه في حالة النزاع على الصدّاق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بيّنة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين..."

- **حالة الخلاف في الصدّاق بعد الدخول:** لقد نصّ المشرّع الجزائري أيضا على هذه الحالة في نصّ المادّة 17 من قانون الأسرة "... وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين" ويعني هذا أنه إذا كان نزاع حول الصدّاق بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن لأحدهما بيّنة فهنا القول للزوج أو ورثته مع اليمين.

8) أثر تخلف شرط الصدّاق:

إنّ اختلاف الفقهاء المسلمين حول تكييف الصدّاق أدّى بطبيعة الحال أي إلى الاختلاف من حيث الآثار التي يربّتها ونجد أنّ المشرّع الجزائري في نصّ المادتين 32 و33 قا.أ. ربّب آثار أخرى غير التي ذهب إليها جمهور الفقهاء وعليه يمكن التطرّق لأثر تخلف شرط الصدّاق في النقاط التالية:

(1) أثر تخلف شرط الصّداق في الشريعة الإسلامية:

إنّ جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة يذهبون إلى أنّ الصّداق هو حكم من أحكام الزّواج: وبالتالي إذا لم يسمّى الصّداق أثناء إبرام العقد أو اتّفق على إسقاطه فهنا يكون العقد صحيح وتستحقّ الزّوجة مهر المثل، أمّا المالكية والتي تعتبر كما سبق ذكره الصّداق ركن من أركان عقد الزّواج وبالتالي فتخلفه بعد تسميته أو الاتّفاق على إسقاطه فلا يكون العقد صحيح، وهناك من يقول بأنه رُوي عن الإمام مالك أنه يقول: "من نكح بغير صّداق فإن كان إسقاط فسخ قبل الدّخول وثبت بعده ولها صّداق المثل وهذا الذي استحسّن".

(2) أثر تخلف شرط الصّداق وفقا لقانون الأسرة:

كما سبق ذكره فإنّ المشرّع الجزائري تناول أثر تخلف شرط الصّداق في المادتين 32 و33 ق.أ ورّتب على ذلك التخلف أثر يمكن التعرّض له في ثلاث حالات هي كالآتي:

- **حالة فسخ عقد الزّواج:** تعرّض المشرّع الجزائري لهذه الحالة في نصّ المادّة 32 والتي جاءت بقاعدة عامّة وهي فسخ عقد الزّواج لعدم توفّر ركن من أركان عقد الزّواج ثم جاءت بقاعدة المادّة 33 التي حدّدت على الخصوص حالة تخلف ركن الصّداق قبل الدّخول بأنه يترتب عليها فسخ عقد الزّواج وذلك بنصّها على "إذا تمّ الزّواج بدون... أو صّداق يفسخ قبل الدّخول ولا صّداق فيه..." وما يستتج من هذه المادّة أنّ المشرّع رتب الفسخ على تخلف ركن الصّداق قبل الدّخول كما أنه فصل في مسألة وهي عدم استحقاق الزّوجة للصّداق في هذه الحالة وهو ما جسّد في قرار المحكمة العليا الصّادر 1987/03/09 تحت رقم 45301 جاء فيه: "أنه من المقرّر شرعا أنّ الزّوجة تستحقّ كامل الصّداق إذا تُوفي زوجها قبل الدّخول بها ولم يكن قد وقع حكم بفسخ العقد أو بالطلاق".
- **حالة بطلان عقد الزّواج:** نصّ المشرّع الجزائري على هذه الحالة في نصّ المادّة 33 ق.أ وهي حالة اقتران تخلف ركن الصّداق بتخلف ركن آخر يؤدّي إلى بطلان عقد الزّواج سواء تمّ ذلك قبل الدّخول أم بعده وهذا ما ذهب إليه اليمين وهذا ما جسّد في قرار المحكمة العليا الصّادر بتاريخ: 1991/06/18 رقم 73515 قضى: "... وإذا كان بعد البناء فالقول للزّوج أو ورثته مع اليمين ومن ثمّ فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون".

2. الولاية في الزّواج:

الولاية بكسر الواو لغة هي المحبّة والنصرة ومنه قوله سبحانه وتعالى: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ

آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾¹.

¹ سورة المائدة، الآية 56.

أما في الاصطلاح الشرعي هي: تنفيذ القول على الغير والإشراف على شؤونهم، أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد.

أما في المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة ل 2005 تنص على ما يلي: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون".

وتنقسم الولاية إلى 3 أقسام: الولاية على النفس والتي بدورها تنقسم إلى قسمين: ولاية الاختيار وولاية الإيجار، والولاية على المال، ثم الولاية على النفس والمال.

لترتيب الأولياء لابد من توفر شروط وهي كالتالي:

- الأهلية الكاملة: أن يكون الولي بالغاً سن الرشد ومتمتعاً بكل قواه العقلية.
- اتحاد الدين: وذلك بين المولى عليه والولي بمعنى أنه لا تثبت الولاية لغير المسلم على المسلم أو المسلمة والعكس صحيح.
- الذكورة: يشترط في الولي أن يكون ذكراً لأن المرأة لا تستطيع أن تتولى زواج نفسها.

ومن خلال هذا الملخص سنقوم بالإجابة على السؤال التالي: هل يجوز للمرأة البالغة العاقلة أن تنفرد في عقد زواجها أم ينبغي أن يشاطرها في ذلك وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها؟

1) آراء الفقه الإسلامي لولاية الزواج:

لقد تضاربت آراء الفقه الإسلامي بحيث يرى جمهور الفقهاء أنّ المرأة البالغة الراشدة العاقلة عليها ولاية إيجار ومن ثمّ ليس لها أن تنفرد بعقد زواجها بل لوليها سلطان معها فهما شريكان في زواجها وهو الذي يتولّى الصّفة ومن ثمّ في حالة إذا أوكلت شخصاً آخر ليمثلها في عقد زواجها فإنّ هذا الإجراء غير صحيح بحيث لا تمتلك تزويج نفسها فأولى أن لا تستطيع تمليك غيرها، ولقد استدلل جمهور الفقهاء بالقرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾¹ وبقوله تعالى أيضاً: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾². وفي هاتين الآيتين الخطاب موجّه إلى الأولياء ممّا يدلّ أنّ الزّواج إليهم لا إلى النساء، وقد استدلل كذلك بالسنة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام: "أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل"، وأخيراً قد استدللوا بالمعقول بحيث يرى جمهور الفقهاء بأنّ الزّواج يُعدّ من المسائل الخطيرة في حياة الإنسان

¹ سورة النور، الآية 32.

² سورة البقرة، الآية 221.

فليس من مصلحتها أن تنفرد بزواجها نظرا لجهلها ببعض الأمور التي لا يطّلع عليها إلا الرجال ممّا ينبغي أن يشاطرها في ذلك وليّها.

وقد خالف هذا الموقف جانب من الفقه الإسلامي بحيث يرى الأحناف أنّ المرأة البالغة العاقلة لا ولاية لأحد عليها في زواجها بل إنّ زواجها بدون وليّ يُعدّ صحيحا وقد استدلّ هذا الجانب من الفقه بقوله تعالى: (حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) فيرى بأنّ الخطاب مُوجّه إلى المرأة وليس إلى الوليّ.

وقد استدلّوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "الأيّم أحقّ من وليّها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها وسكوّتها".

ومن المعقول فإنه لا يمكن أن تتصوّر أنّ للمرأة حقّ في إبرام جميع العقود (مدنية، إدارية، تجارية) وتمنعها أن تنفرد بعقد زواجها بل لها الأهلية الكاملة بل من أجل إبرام التّزوج وما على وليّها إلى حقّ المراقبة بحيث إذا أساءت الاختيار فله حقّ طلب فسخ وهو ما أخذ به فعلا قانون الأحوال الشّخصية السّوري المادّة 27 منه.

2) موقف القانون الجزائري من الولاية في عقد التّزوج:

فأمّام آراء الفقه الإسلامي كان المشرّع الجزائري ينصّ في المادّة 11 قبل تعديلها: "يتولّى زواج المرأة وليّها وهو أبوها..." كان الوليّ ركن من أركان عقد التّزوج (المادّة 09 قبل التّعديل).

فبناء على هاذين النصّين يتّضح لنا بأنّ المشرّع الجزائري قد أخذ برأي جمهور الفقهاء بحيث قد نصّ صراحة بأنّ الوليّ هو الذي يتولّى الصّفة ولا المرأة التي هي في ولايته، وكانت المادّة 33 قبل تعديلها تنصّ على أنّ: "التّزوج يُفسخ قبل الدّخول إذا تمّ بدون وليّ"، أمّا إذا اتّبعه دخول فيصبح صحيحا، أمّا إذا انتفى ركن الوليّ مع ركن آخر (الصّداق أو الشّهادة) فيكون التّزوج باطل حتى ولو اتّبعه دخول.

قبل 27 فبراير 2005 كان ترتيب الأولياء إجباري، أمّا بعد التّعديل أصبحت المادّة 11 المعدّلة "تعقد المرأة الرّاشدة زواجها بحضور وليّها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص آخر تختاره".

يُستثنى من هذا النصّ أنّ المشرّع الجزائري قد خرج عن موقف جمهور الفقهاء بحيث قد منح للمرأة الحقّ في اختيار وليّها بل أكثر من ذلك فإنه لم يأخذ كذلك برأي الأحناف إذ أنه لم يسمح للوليّ الشرعيّ بحقّ المعارضة في حالة عدم وجود زوج كفاء.

المشرّع في المادّة 09 المعدّلة كيف الولاية بأنّها شرط صحّة بدلا من ركن وبالإضافة إلى ذلك تنصّ المادّة 33 بعد تعديلها على أنه: "... إذا تمّ التّزوج... وليّ في حالة وجوبه يفسخ قبل الدّخول ولا صدق فيه ويثبت بعد الدّخول بصدق المثل".

الجدل الفقهي يثور في حالة وجوبه هل يعني زواج القاصرة أو زواج البالغة الرّاشدة، إذا اعتمدنا على النصّ فيكون بالنسبة للبالغة الرّاشدة التي بلغت (19 سنة) ولكن المشرّع لم يُفكّر في المصطلح الذي استعمله وهو الرّاشدة ولم يتكلّم عن كاملة الأهلية.

زواج القُصّر ومُختلّي العقل:

لقد اتّفق الفقه الإسلامي على أنّ ولاية الإجماع تثبت على الصّغير الغير ممّيّز والمميّز والبكر الصّغيرة وبالعتيه والمجانين ذكورا وإناثا إذا وُجدت في تزويجهم مصلحة، وبرجوعنا إلى النّصوص القانونية جاءت المادّة 11 المعدّلة تنصّ على: "... دون الإخلال بأحكام المادّة 07 من هذا القانون يتولّى زواج القُصّر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأوّلين والقاضي وليّ من لا وليّ له"، وتُضيف المادّة 13 المعدّلة أنه: "لا يجوز للوليّ أبا كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الرّواج ولا يجوز له أن يُرّوجها بدون مُوافقتها".

نستحب من هذين النّصين المشرّع قد حدّد أحكام الولاية الخاصّة بالقُصّر سواء كان ذكرا أو أنثى وفي الوقت ذاته تجاهل الأحكام المتعلّقة بناقص أو فاقد الأهلية كالمجانين والمعاتيه والسّفهاء فبالنسبة للقاصر فزواجه صحيح شريطة حصوله على الإذن من القاضي، بينما يتعلّق بمختلّي العقل فإنه يجوز للوليّ أن يتولّى زواجهم شريطة أن يكون لهم في ذلك مصلحة.

ثانيا: الشّهادة والشروط الاجتماعي أو الخلقي و الشّهادة الطيبية

1- الشّهادة:

"طبقا للمادّة 9 مكرّر فإنّ الشّاهدان شرط من شروط صحّة عقد الرّواج في تعديل قانون الأسرة أمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، وعليه فإنّه يشترط في الشّهود حملة من الشّروط وهي:

- العقل - البلوغ - الحرّيّة: فلا يصحّ الرّواج بحضور المجانين والأطفال الصّغار ونحو ذلك ممّن تكون إرادتهم ناقصة لكون الشّهادة من باب الولاية، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم، فمن باب أولى لا تثبت لهم الشّهادة على غيرهم"¹.

- وقت الشّهادة:

"وقت شّهادة الشّهود هو وقت وجود ركن العقد الأساسي، وهو تبادل الإيجاب والقبول، أي سماع صيغة العقد وكلام المتعاقدين، إذ تفهم كلام المتعاقدين هو الأهمّ، لأنّ الحكمة من الشّهادة فهم ما يدور في العقد من كلام وشروط، حتى يُمكن بعد ذلك أداء الشّهادة عن الاختلاف، ويسجّل الموظّف المؤهل قانونا اسم وعمر وموطن كلّ من الشّاهدين في عقد الرّواج.

¹ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 81.

ولقد ذهب الفقه المالكي إلى أنّ شرط الإعلان واجب حين العقد، والإشهاد واجب حين الدّخول وإذا لم يشهد الزّوجان على الدّخول كان العقد غير صحيح، فالمالكية في كتبها تشترط الإشهاد على عقد الزّواج ولكنها تضيف إلى جانب ذلك العلانية والإشهار¹.

"كما شرعت الشّهادة لإثبات عقد الزّواج في حالة جحود أحد الزّوجين وإنكاره للعلاقة الزّوجية الصّحيحة"².

"لم يتعرّض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة، فاكتمى في المادّة التاسعة مكرّر المعدّلة بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذّكور فقط، أم يصحّ من الذّكور والإناث ولعله أغفل هذا الكون الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النّساء في عقود الزّواج.

2- شروطها:

بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية، اتفقوا على بعض الشّروط ولم يتفقوا على أخرى وهي كالآتي:

1) الشّروط المتفق عليها:

- **العقل:** يجب أن يكون الشّاهد عاقلًا باعتبار أنّ الغاية من الشّهادة الإعلان والإثبات في حالة الجحود وهذا ما لا يستطيع القيام به المجنون والقاصر الغير ممّيز.
- **البلوغ:** وجد هذا الشّروط لأنّ حضور الصبيّ الغير البالغ في عقد الزّواج لا يتناسب مع تكريم عقد الزّواج وخطورته وهو ليس أهلا للولاية على نفسه وبالتالي من الأجدر أن لا يكون وليًا على غيره بالشّهادة.
- **التعدّد:** اتفق الفقهاء على عدم صحّة تقدّم الزّواج بشاهد واحد واستنادا إلى الحديث الشّريف: "لا نكاح إلاّ بولي وشاهدين عدل".
- **الإسلام:** اتفق الفقهاء على أنه إذا كان الزّوجين مسلمين يجب أن يكون الشّهود مسلمين لكن اختلفوا في حالة ما إذا كانت الزّوجة كتابية فجمهور الفقهاء اشتراطوا أن يكون الشّاهدين مسلمين بخلاف الحنفية أجازت أن يكون الشّاهدين كتابيين من ديانة الزّوجية.
- **سماع الشّهود:** كلام العاقدين وفهم المراد منه: أي لا تصحّ شهادة نائمين أو أصمّين أو مثلا من لا يفهم اللّغة العربية إذا تمّ العقد باللّغة العربية.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح ... المرجع السابق، ص. 130.

² المرجع نفسه، ص. 127.

2) شروط الشهود في الزواج الغير المتفق عليها:

- **ذكورة الشهود:** اعتبرها جمهور الفقهاء المسلمين شرط صحة عقد الزواج، لا تصح شهادة الأثني مستدلين على رأيهم هذا أنه جرت السنة على أنه لا يجوز شهادة النساء في الحدود والنكاح والطلاق في حين الحنفية أجازت شهادة رجل وامرأتين، أما فيما يخص التطبيقات القضائية، فإنّ القضاء الجزائري أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في اشتراطهم الذكورة في الشهود وهو ما حسد في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15 ديسمبر 1988 تحت رقم 43889 الذي جاء فيه: "... والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية".
- **العدالة:** ذهب جمهور الفقهاء المسلمين إلى أنه يشترط في الشهود العدالة حتى ولو كانت ظاهرة فقط في حين أبو حنيفة لم يشترطها والقضاء الجزائري من خلال القرار 43889 المذكور أعلاه قد أخذ بما ذهب إليه الجمهور.
- **الحرية:** اشتراط جمهور الفقهاء المسلمين الحرية في الشهود واعتبروا أنّ شهادة العبد غير صحيحة وخالفهم في ذلك الحنابلة وأجازوا شهادة العبد مستدلين في ذلك بأنه لم يثبت في الكتابة والسنة والإجماع نفيها خصوصا إذا ما كان العبد عدلا وثقة وهذا الشرط لم يعد له محلّ في وقتنا الحالي باعتبار العبودية قد زالت.
- **البصر:** هذا الشرط اشترطه الشافعية، أمّا جمهور الفقهاء فلم يأخذوا به وتصحّ عندهم شهادة الأعمى لأنه ما يشترط له يهّم فقط سماع كلام العاقلين وتمييز حوارهما.

3) أثر تخلف شرط الإشهاد في عقد الزواج:

تناول المشرّع الجزائري في نصّ المادتين 32 و 33 ق.أ أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج ونجد كذلك فقهاء الشريعة الإسلامية قد ربّوا أثر عن تخلف الإشهاد في الزواج حسب ما كيّفوه ولهذا يمكن التّطرّق لهذه المسألة في التّقطتين التّاليتين:

● أثر تخلف شرط الإشهاد في الزواج وفقا لما ذهب إليه الفقهاء المسلمين:

إنّ الاختلاف الموجود بين الفقهاء المسلمين الذين اعتبروا شرط الإشهاد في الزواج شرط صحة والمشهور على المذهب المالكي الذي اعتبره شرط التفاد وبالتالي إنّ أثر تخلف الإشهاد في الزواج وفقا لجمهور الفقهاء هو أنّ العقد يكون غير صحيح وبالتالي يبطل مثل ما قال عبد الرحمن الجزائري: "اتفق الثلاثة على ضرورة وجود الشهود عند العقد، فإذا لم يشهد شاهدان عند الإيجاب والقبول بطل. ويرتّب المذهب المالكي على تخلف ركن

الإشهار في الزّواج البطلان وهذا البطلان لا يكون إذا تخلّف الإشهار أثناء الإبرام وإمّا إذا تخلّف أثناء الدّخول وبالتالي يجب فسخ عقد الزّواج بطلقة بائنة ولا حدّ على التّوجين.

• أثر تخلّف شرط الإشهاد وفقا لقانون الأسرة:

تناول المشرّع الجزائري أثر تخلّف شرط الإشهاد في عقد الزّواج في نصّ المادّتين 32 و 33 ق.أ كما أنّ القضاء في هذه المسألة أخذ بموقف معيّن وبالتّالي يمكن تقسيم أثر التخلّف لشرط الإشهاد في عقد الزّواج إلى 3 حالات:

- حالة فسخ الزّواج لتخلّف شرط الإشهاد: تتوقّف هذه الحالة إذا ما تخلّف شرط الإشهاد وتمّ اكتشافه قبل الدّخول فهنا يُفسخ عقد الزّواج ولا تستحقّ الزّوجة الصّدق.
- حالة إثبات عقد الزّواج رغم تخلّف شرط الإشهاد: هذه الحالة نصّت عليها المادّة 33 ق.أ وتتوافر هذه الحالة إذا ما تمّ عقد الزّواج بدون شهود وتمّ الدّخول فهنا الزّواج يثبتّ بصدّق المثل وفي هذه الحالة المشرّع تناقض مع نفسه إذ اعتبر الإشهاد في الزّواج ركن ثمّ ينصّ على إثبات عقد الزّواج وصحّته بالدّخول رغم تخلّف ركن من أركانه.
- حالة بطلان عقد الزّواج: نصّ المشرّع الجزائري على هذه الحالة في المادّة 33 ق.أ. ويكون عقد الزّواج باطلا في حالة ما تخلّف ركن الإشهاد في عقد الزّواج مع ركن آخر من الأركان الثلاث: الرّضا، الصّدق، الولي، وهذا سواء اكتشف ذلك قبل الدّخول أو بعد الدّخول وكترس القضاء هذه القاعدة في عدّة قرارات منها القرار المؤرّخ في 08 أكتوبر 1984 تحت رقم 34137 الصّادر عن المحكمة العليا: "... ومن المقرّر شرعا أنّ الزّواج الذي لا يتوافر على الأركان المقرّرة شرعا يكون باطلا..."

1- الشرط الاجتماعي أو الخُلقي (انعدام الموانع الشرعية للزّواج):

إنّ هذا الشرط يتعلّق بما سمّاه الفقه الإسلاميّ بالحرّمات من النّساء، غير أنّ المشرّع الجزائري قد خالفه في ذلك من حيث التّسمية وسمّاه موانع الزّواج ويكون بذلك أحسن التّسمية، لأنّ القول بالحرّمات من النّساء يؤدّي بنا إلى القول بأنّ التّحريم ينصبّ فقط على المرأة دون الرّجل ومع العلم في بعض الحالات أنه لا دخل لها في ذلك التّحريم وفي بعض الحالات الأخرى الحرمة تتعلّق بالرّجل دون المرأة وفي حالات أخرى فهي مشتركة بين الطّرفين.

وتنقسم الموانع إلى قسمين: الموانع المؤبّدة (الدائمة)، والموانع المؤقتة (وقتية).

أ- الموانع المؤبّدة:

وهي التي لا تنزل، إذ أنّها قائمة على أسباب ثابتة طبقا لنصّ المادّة 24 من قانون الأسرة وهي: القرابة، المصاهرة والرّضاع.

(1) قرابة الدّم:

وهي الرّابطة التي تجمع بين شخصين ينحدران من أصل واحد مشترك أو يتفرّع أحدهما عن الآخر. ومن ثمّ قرابة الدّم قد تكون مباشرة وهي الصّلة بين الأصول والفروع. وقد تنشأ من تلقاء الطّرفين في أصل مشترك من أصولهما دون أن يكون أحدهما فرع للآخر وهي تُسمّى قرابة الحواشي.

ولقد ورد تحريمها في الآية الكريمة بعد قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾¹. ومن خلال الآية، يُحرم على الشّخص بالقرابة أربعة أنواع:

- أصوله وإن علون: كالأمّ والجدّة من جهة الأب والأمّ.
 - فروع وفروع فروع: وإن نزلن كالبنات وبنات البنات...²
 - فروع الأبوين وفروع فروعهم الأجداد والجدّات: وهنّ العمّات والخالات، أمّا الطبقة الثانية فلا ذوّنها من هذه الفروع فلا تحرم (كبنات العمّ أو العمّة، أو بنات الخال أو الخالة).
- وهذا ما نصّت عليه المادّة 25 من ق.أ: "المحرّمات بالقرابة هي: الأمّهات، والبنات، والأخوات، والعمّات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت".

(2) قرابة المصاهرة:

التّحريم في هذا النوع معناه التّحريم بسبب الزّواج والمصاهرة تربط كلّ من التّزوجين بجميع أقارب الدّم للطّرف الآخر، وهي تعتبر مانعا من موانع الزّواج، ويمكن حصرها في أربع حالات طبقا لنصّ المادّة 26 من ق.أ. ولقد حصرتها الشّريعة الإسلامية وبعدها المشرّع الجزائري.

ب- أصول الزّوجة بمجرد العقد عليها:

وفقا للقاعدة الفقهية: "العقد على البنات يحرم الأمّهات"³. والمقصود بالأمّهات هنا: الأمّ والجدّة مطلقا مهما كان نوعها سواء كانت أبوية أم أمية. وذلك استنادا لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمْ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾⁴. والمنصوص عليها في المادّة 26 من ق.أ، وبمجرد العقد ولا يُشترط الدّخول بها حتى تحرم أصول الزّوجة.

¹ سورة النساء، الآية 23.

² كما يُحرم الفقهاء على الشّخص أن يتزوّج من المرأة التي زنى بها، وترحم عليه وابنته من الزّنا، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1988، ص. 237؛ ابن جزّي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 237.

³ حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، د.س.ن، ص. 240؛ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني والشّرح الكبير، ج2، ص. 569.

⁴ سورة النساء، الآية 23.

أ- فروع الزوجة إن حصل الدخول بها: ويعني ذلك أنه يحرم على الشخص التزوج بفروع زوجته بالدخول ولا بمجرد العقد، والمقصود بالفروع البنت الصلبية وبنت بنتها وبنت ابنتها مهما نزلت مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾¹. والمقصود بالدخول هنا لا يعني به الدخول الفعلي بل يكفي في ذلك التلذذ. وأما في حالة إذا ما طُلقت المرأة المعقود عليها قبل الدخول فإنه بإمكانية الشخص (المطلق) أن يتزوج بابنتها، وهنا تطبيق للقاعدة الفقهية: الدخول بالأمهات يُحرم البنات². والمشرع الجزائري جاء بذلك في الم 26 ق.أ.ج: "فروعها إن حصل الدخول بها".

ب- أرامل ومطلقات أصول الزوج وإن علوا: بمجرد العقد: أي من كُنَّ زوجات للأب أو زوجات للجدّ مهما علا يقع بهنّ التحريم بمجرد العقد مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۚ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾³. والمشرع الجزائري نصّ على ذلك في الم 26 ق.أ.ج. ولكنني هذه الحالة هل يمكن لهذا الرجل أو الفتى أن يتزوج بابنتها التي جاءت بها من فراش آخر؟ بمعنى لدينا شخصين رجل وامرأة، الرجل متزوج وجاء طفل والمرأة متزوجة وأنجبت بنت والمرأة تُوفي عنها زوجها فابن الرجل يجوز له التزوج ببنت المرأة المتوفى عنها زوجها.

ج- أرامل ومطلقات الفروع وإن نزلوا بمجرد العقد: ويعني بذلك من كُنَّ حلالا للفروع أي لابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا وذلك مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَحَالَاتُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾⁴. نرى من هنا أنّ التحريم يقع على زوجة الابن ومطلقة الابن أو أرملة، والمشرع الجزائري نصّ عليه في الم 26 ق.أ.ج القرآن الكريم نصّ صراحة في الآية السابقة بمعنى الطفل الذي يكون محلّ التبني أو الكفالة فإذا تزوج وطلق زوجته فهذه الأخيرة تحلّ لمن قام بتربيته. الم 46 ق.أ.ج نصّ على التبني الممنوع شرعا وقانونا.

- إذا كان التحريم بشأن قرابة المصاهرة يحصل بمجرد العقد فما هو حكم المانع إذا كان العقد فاسدا أو باطلا؟ الإجابة تكون بالتبني شريطة أن لا يكون قد دخل بها لأنه لو دخل بها يصبح التحريم قائم بالدخول.

- إذا حصل الدخول بامرأة من غير عقد عليها هل ذلك يقوم من يحرمه العقد ويحرم من يحرمه الدخول في عقد صحيح.

¹ سورة النساء، الآية 23.

² حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، نفس المرجع، ص.569.

³ سورة النساء، الآية 22.

⁴ سورة النساء، الآية 23.

شخص تعرّف على فتاة ودخل بها دون عقد أي علاقة زنا هل يمكن لابنه أن يتزوَّج بها؟ لقد اختلفت كلمة الفقه الإسلامي بشأن هذه القضية.

- الشافعية والمالكية: قالوا أنّ الزّنا لا تثبت بها حرمة المصاهرة من زنى بامرأة لا يقوم عليه الزّواج بأتمّها أو أحد بناتها. ولا تحرم هذه المرأة على أصوله ولا فروع... ولو زنى الرّجل بأمّ زوجته لا تحرم عليه ابنتها.
- الحنفية وأحمد ابن حنبل: الزّنا تثبت بها حرمة المصاهرة بجميع أنواعها، فلو زنى رجل بامرأة حرمت هذه المرأة على أصوله وفروعه، وكذا الشّأن بالنّسبة للرّجل فيما يتعلّق بأصول المرأة وفروعها تحريماً أبدياً.
- والحجج بالنّسبة للقول الأوّل كالتالي: لقوله عليه الصلاة والسّلام: "لا يُحرّم الحرام الحلال، إنّما يحرم ما كان من نكاح". وكذلك أنّ حرمة المصاهرة نعمة، لأنّها تلحق الأجنبي بالأقارب والزّنا محظوراً شرعاً لا يُمكن أن يكون سبباً للنّعمة.
- في حين استدلّ أصحاب الرّأي التّالي أنّ رجلاً قال يا رسول الله إنّني زني بامرأة في الجاهلية فانكح ابنتها، قال رسول الله: لا أرى ذلك ولا يصحّ أن تنكح امرأة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها.

إنّ المخالطة بطريقة الزّنا سبب للولد يثبت التّحرّم بالقياس على المخالطة التي لا تعتبر زناً لأنّ عليهما سبباً للولد.

- الرّأي الرّاجح هو الرّأي الأوّل وذلك يتأكّد بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ لَكُمْ مِمَّا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾¹. الله عزّ وجلّ في سورة النّساء لما ذكر المحرّمات من النّساء ذكر الآية السّابقة ولم يذكر ابن الزّنا، فهو لا يعتبر علاقة زّناً سبباً من أسباب موانع الزّواج.

(3) الرّضاعة:

وقد عرّف المشرّع الجزائري نوعاً آخر من القرابة النّاشئة عن الرّضاعة وهذا ما نصّت عليه الم 27 ق.أ.ج: "يحرم من الرّضاع ما يحرم من النّسب" ولكن أنّ الرّضاعة لا تكون مانعاً من موانع الزّواج إلّا إذا توافرت فيه الشّروط التّالية:

- شروط الرّضاعة:

- 1- يُشترط أن تكون المرضعة امرأة سواء كانت حيّة أو ميّتة: أمّا لبن غير امرأة فلا يعتدّ به، أمّا الحنثي فإنه لبنة ينشر الحرمة شأنه لبن المرأة المحقّقة الأنوثة.
- 2- أن يكون الرّضاع في حولين وقبل الفطام: وعلى ذلك فإنه لا يكفي مثلاً أن ينشأ المانع لو أرضع بعد الحولين ولو لشهر أو بعد فطم الصّغير من الرّضاعة وصار يعتمد على الطّعام وهذا ما يتّضح من الم 29

¹ سورة النّساء، الآية 24.

ق.أ.ج التي نصّت على: "لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن كثيرا أو قليلا". الرضاعة بعد حولين تُصبح ممنوعة شرعا عند الفقهاء، أما أبا حنيفة يُحدّدها بحولين ونصف.

3- وقد فرّق بعض من الفقه الإسلامي بين الرضعة أو الرضعتان و5 رضعات بحيث يقول بأنّ التّحريم لا يقع إلا في الحالة التالية: أي أنّ التّحريم لا يقع إلا إذا أُرضع 5 رضعات.

إلا أنّ المشرّع الجزائري وخلافا لهذا الرّأي نصّ في الم29 ق.أ.ج أن يُحرّم الرضاع: "... سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا".

وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنفية مستندين في ذلك إلى عموم الآية الكريمة في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾¹. واستنادا لقوله عليه الصلاة والسلام: "إنّ الله حرّم من الرضاع ما حرّم من النّسب"²، فإذا اجتمعت هذه الشّروط الثلاثة يُصبح الرضاع مانع من موانع التّزواج. أمّا إذا انتفى منها شرط واحد لا يقع المانع بسببه، ولا يُشترط أن تكون الأمّ هي من أرضعت طفلها فاطمة أرضعت ابنها وابن جميلة فيقع التّحريم بينهما نفس الشّيء إذا أرضعت ولدها وولد جارّتها.

- حالات الموانع القائمة على الرضاعة:

1- أصول الشّخص من الرضاعة: وهنّ أمّه رضاعا وأمّها وإن علت وأمّ أبيه رضاعا وأمّها وإن علت وكذلك أمّ أبيه من الرضاعة.

2- فروع الشّخص من الرضاعة: وهنّ ابنة رضاعا وابنتها وإن نزلت وابنة ابنته رضاعا وابنتها وابنة ابنه رضاعا وإن نزلت.

3- الإخوة من الرضاعة: وهنّ الأخوات رضاعا وبنات إخوته وأخواته رضاعا مهما نزلنا سواء اتّخذ زمان الرضاعة أو لم يتّخذ، خلافا لما هو عليه بالنّسبة للنّسب التّحريم يقع فقط بالنّسبة للطفّل التي قامت بإرضاعه لأنّ أخواته الأشقاء لم تكن هي التي أرضعتهم فيجوز لهم التّزواج.

ولكن يُمكن التّزواج بين أخواته الأشقاء وإخوته بالرضاعة أو إخوته من الرضاعة وأخواته الشّقيقات وهذا ما نصّ عليه المشرّع في الم28 ق.أ: "يُعدّ الطّفّل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدًا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التّحريم عليه وعلى فروع".

4- فروع الجدّ والجدّة من الرضاعة بشرط انفصالهما بدرجة واحدة: وهنّ عمّاته وخالته رضاعا (الم27 من ق.أ) لا يمكن التّزواج للطفّل بعمّته أو خالته.

¹ سورة النساء، الآية 23.

² أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود، التّحريم بين ابنة التي أرضعت وأبناء المرضعة.

- المحرّمات بالمصاهرة من الرّضاع:

1- أصول زوجة الشّخص من الرّضاعة (بمجرّد العقد): في هذه الحالة قد تُرضع امرأة طفلة وهي بذاتها أصبحت امرأة وتكون زوجة أحد الأشخاص وتحرم عليه أن يتزوَّج أمّها بالرّضاعة وجدّها وإن علت (العقد على البنات يُحرّم الأمّهات).

2- بنت الزّوجة من الرّضاعة (بالدّخول): وهي حالة فاطمة تُوفي زوجها وتزوَّجت عمر إذا دخل بها لا يجوز الزّواج بابنتها.

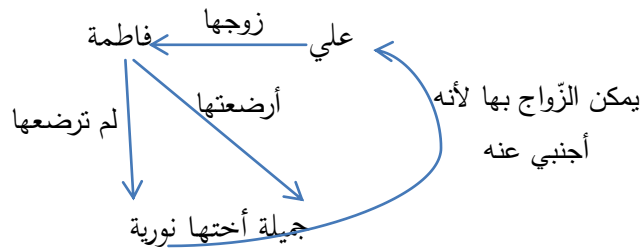
3- زوجات الأب والجدّ من الرّضاعة: وهي حالة (بمجرّد العقد)

4- زوجات أحد فروع الشّخص من الرّضاعة: وهمّ زوجة الابن وابن الابن وابن البنت بالرّضاعة وإن نزل (الم 27 ق.أ) (بمجرّد العقد).

شخص تزوّج مع امرأة وتبيّن أنّ العقد فاسد ولم يدخل بها يُمكن لابنه أن يتزوَّج بها لأنه لم يتمّ الدّخول وإن تزوّج شخص امرأة بعقد فاسد ودخل بها لا يمكن للابن الزّواج بها. الاستثناءات الواردة على موانع الزّواج القائمة على الرّضاعة:

1- الم 28 ق.أ. أمّ الأخ أو الأخت من الرّضاعة فالإخوة الأشقاء همّ أجناب لإخوة أخيهم من الرّضاعة وعليهم يجوز الزّواج بين أبناء المرضعة وأمّ أخيهم من الرّضاعة أو أمّ أختهم من الرّضاعة لانقطاع الصّلة بين هذا وذلك.

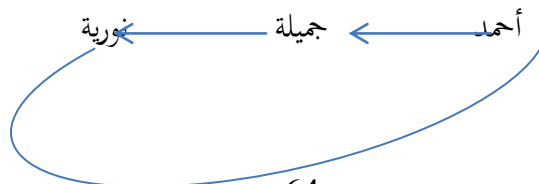
2- أخت الابن أو البنت من الرّضاعة: يجوز للأب رضاعاً أن يتزوَّج بها.



التّحريم يقع على ابن المرضعة وفروعه فقط أصوله لا علاقة له.

3- جدّة ابنه أو ابنته من الرّضاعة: كما يجوز له أن يتزوَّج بأمّ ابنه يجوز له كذلك أن يتزوَّج بأمّها وإن علت.

4- أخت الأخ رضاعاً: هي حالة:



يجوز الزّواج بها

- الموانع تبقى قائمة ما دام الشّخص على قيد الحياة.
- الزّواج ينحلّ "لكن حفاظا على الطّفّل ينسب الطّفّل لأبيه عملا بما جاء به المشرّع في الم 40 ق.أ.

ب- الموانع المؤقتة:

1) المحصنة: وهي من كانت زوجة للغير فتعلّق حقّ الغير بها فيمنع الزّواج بها والعقد عليها مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾¹. المادة 30/ف1 قانون الأسرة، المرأة التي كانت متزوّج مع شخص لا يمكن الزّواج بها وإن كانت في متابعة إجراءات قضائية من أجل الطّلاق فإن تمّ ذلك يكون زنا.

2) العدة كمانع من موانع الزّواج: يكون في عدم إبرام زواج ثاني طالما لم تنقض فترة معيّنة بعض انحلال الرابطة الزوجية الأولى هذه الفترة تسمّى في الفقه الإسلامي العدة الحكمة منها التأكد من براءة الرّحم حفاظا على الأنساب. تعتبر كذلك في حالة أخرى فترة حداد للزّوج السابق في حالة وفاته، وكذلك فترة لإعطاء الزّوج في الشريعة الإسلامية فرصة الرجوع إلى مُطلقته بدون كلفة.

وقد عالج المشرّع الجزائري في المواد 58، 59، 60 ق.أ. أسرة. وإنّ العدة تختلف فترتها باختلاف نوعية حلّ الرابطة الزوجية وكذلك باختلاف الحالة الفيزيولوجية للزّوج، هناك عدّة حالات:

الحالة (1): بالنسبة للمرأة الحامل إن عدّتها تتعدّد بوضع الحمل بعد بطلان العقد أو انحلاله بوفاة الزّوج أو الطّلاق أو التّطويق. وقد حدّدت الم 60 (وكذلك الم 42، 43) المدة اللاّزمة للحمل بـ 10 أشهر من تاريخ انقضاء الزوجية بالوفاة أو الطّلاق ويقول بذلك سبحانه وتعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾² (بمجرد أن تضع حملها تنقضي عدّتها) إذا انقضت مدّة العمل أي 11 أو 12 أشهر يكون ابن زنا (حملت من مائي من علاقة غير شرعية).

الحالة (2): عدة المطلقة التي تحيض: وهي 3 أقرأ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾³. الم 58 ق.أ. فإذا طلّقت المرأة في طهرٍ ثم حاضت ثم قهرت فإذا حاضت انقضت عدّتها (رأي الجمهور) وهنا المراد بالثّهر = الطّهر أمّا إذا قلنا المراد بالقهر = الحيضة (رأي الحنابلة والحنفية) فإنها تنقضي عدّتها بدخولها في الإفهار الرّابع مع ملاحظة أنّها إذا طلّقت في حين لا يُعتبر لها حيضة تعتدّ بها.

¹ سورة النساء، الآية 24.

² سورة الطلاق، الآية 04.

³ سورة البقرة، الآية 228.

الفرق بينهما هو أنه من قال أنّ القهر هو الطهر الرأى (1) العدة تنتهي بمجرد دخولها في الحيضة أما الرأى (2) يجب على المرأة أن تنتظر أقهار الرابع والمشرع يأخذ برأى الجمهور.

الحالة (3): عدة المطلقة التي لا تحيض: وذلك لكبر سنّها وأنّ عدّتها هي 3 أشهر أما الصغيرة غير الحائض لم يتحدّث عنها قا. الأسرة وذلك أنه قد حدّد سنّ الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة يُفترض فيها أن تكون من ذوات الحيض ومن ثمّ فإنه قد منع زواج الصغار (3 أشهر = 90 يوم). أما الرأى (2) (الجمهور) يرى بأنّ هذه المدة تحسب على أساس نُضيف في الشهر الرابع ما نُقصَ في الشهر الأول.

الحالة (4): عدة من غاب عنها زوجها (عدة زوجة المفقود) عدّتها عدة وفاة 4 أشهر و10 من تاريخ صدور الحكم المعلن لفقده الم. 59 من قا. الأسرة هذا إذا لم تطلب التّطليق في هذه الحالة ترث لأنّ عدّتها عدة المتوفي عنها زوجها (4 سنوات متوفي).

الحالة (5): عدة المتوفي عنها زوجها وهي طبقاً للم. 59 من قا. الأسرة 4 أشهر و10 سواء تمّ الدخول بها أو لم يتمّ، في هذه الحالة ترثه - هناك حالات أخرى لم ينصّ عليها المشرع ربما من باب النسيان وهي:

- حالات تداخل العدد:

1- مطلقة اعتدت بالحيض فحاضت حيضة أو حيضين ثم يئست من الحيض أي أنّها لم تحض الحيضة 3 فإنها تنتقل إلى الاعتداد بالأشهر، فتعتدّ من جديد 3 أشهر.

2- مطلقة يئست من المحيض اعتدت بالأشهر: فلما مُضي شهر أو شهرين من عدّتها رأت دم الحيض فإنها تنتقل إلى للاعتداد بالحيض، أي أنّها تعتدّ 3 قروء من جديد ما لم تكن عدة الأشهر قد انتهت.

3- مطلقة شرعت في العدة بالأشهر: أو الأقرء أثناء ذلك ظهر لها حمل فإنها تنتقل إلى الاعتداء بوضع الحمل.

4- مُطلقة طلاقاً رجعيّاً: على أن طلقها أثناء عدّتها فإنها تنتقل من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ومن ثمّ تعتدّ 4 أشهر و10 من يوم وفاة مُطلقها. - هل المشرع الجزائري أخذ بالطلاق الرجعي؟ (أخذ بالطلاق البائن) لا لم يأخذ به لكن المشرع في هذه النقطة قد ربّ آثار الطلاق الرجعي على الطلاق البائن وذلك بمقتضى الم. 132 من قا. الأسرة: "إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق، أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحقّ الحيّ منهما الإرث". (إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق ونطق القاضي بالطلاق وتوفي في فترة وتنتقل من عدة الطلاق إلى عدة المتوفي زوجها).

- في حالة تداخل العدد إذا اعتدت عدة الطلاق وتوفي الزوج تنتقل عدة الطلاق إلى عدة الوفاة.

- في الفقه الإسلامي إذا طَلقت المرأة طلاقاً بائناً تصبح الزوجة أجنبية عن زوجها ويردّها بعقد جديد.

- المرة الحامل التي تُوفي عنها زوجها: أقصى (أبعد) الأجل: في الشهر الثالث بعد الوفاة أنجبت...

هناك رأي من الفقه أنّ عدّتها تنقضي بوضع حملها، الرّأي الرّاجح هو أبعده الأجلين.

هذه الحالة تُقسّم إلى قسمين:

المدة (1) إبعاد اختلاط الأنساب 3 أشهر
4 أشهر و 10
المدة (2): 40 يوماً فهي للحداد

1- المطلقة ثلاثاً: الشخص الذي طلق زوجته 3 مرّات 3 مرّات متتالية = 3 أحكام قضائية (ليس إلّا باللفظ لا بد أن يكون بالحكم). (الم 51 ق.أ) فإنها لا تحلّ له حتى تنكح غيره ويُشترط في الرّواج الثاني أن يكون صحيحاً، أمّا إذا كان فاسداً فإنه لا يرفع المانع كزواج المحلل.

وُشترط كذلك أن يكون الرّوج الثاني قد دخل بها دخولاً حقيقياً بمعنى أنه إذا طلقها أو تُوفي عنها قبل الدخول فتبقى دائماً محرّمة على زوجها الأوّل.

2- الجمع بين المرأة وأختها وعمّتها أو خالتها: فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد أباحت التعدّد ومن بعدها المشرّع الجزائري إلّا أنّها قيّداً هذا التعدّد ببعض الشروط منها: - إنه لا يجوز للشخص الجمع بين المرأة وأختها، أو المرأة وخالتها أو المرأة وعمّتها. في حالة ما إذا أراد التزوّج بإحدى منهما يشترط أن يكون يطلق زوجته وانقضت عدّتها. هنا الرّوج كأنه يعتدّ يجب أن يحترم عدّة زوجته (الم 30/ف 5 من ق.أ).

3- الخامسة فوق الرابعة: وهو يكون أمام ما يُسمّى بتعدّد الرّوجات كما سبق الإشارة إليه أنّ الشريعة الإسلامية قد نظّمت مسألة تعدّد الرّوجات تنظيمًا مدقّقاً ومن ثمّ لا يُمكن للشخص أن يتزوّج أكثر من 4 نسوة في آن واحد. وإذا أراد أن يتزوّج بـ 5 يُشترط أن تكون 4 أو إحدى منهما قد تُوفيت أو طلقها وأنّ هذه المسألة قد نظّمها المشرّع الجزائري في الـ 8 ق.أ وقد اشترط في شأنها الشروط التالية:

(1) أن يكون العدد بما حدّدته الشريعة الإسلامية: فمنهم من رأى أنه لا يجوز للشخص أن يتزوّج أكثر من 4 في حين يرى جانب آخر من الفقه يرى أنه يجوز للشخص أن يتزوّج بـ 9 لأنّ الله سبحانه وتعالى

قد فُرق بين مثنى وثلاث وأربع بأداة وصل (و) والتي تعني عادة الجمع مثنى + ثلاثة + أربعة = 9 (تسعة).

الرأي الرَّاجح أنه لا يُمكن أن يكون للشخص في عصمته أكثر من 4 نسوة وهذا ما يدلّ في نص الم 8 ق.أ.

(2) ينبغي أن يكون لدى الشخص مبرر شرعي: يتمثل في مرض الزّوجة أو في عُقمها [المرض - المرض الذي أوقعها في عدم القيام بالأعمال الزّوجية] وهذان هما المبرران المعتمد عليهما في المحاكم لإجازة التعدّد وفق لمنشور وزارة العدل الصّادر بتاريخ 23 ديسمبر 1984 تحت رقم 84/102 لتفسير الم 8 من ق.أ. والتي جاء فيه أيضا على أنه: "يجب على الموثّق أو ضابط الحالة المدنية التأكّد من وجود المبرر الشرعي ولا يكفي فيه بالمشاهدة أو الإقرار بل لابد من شهادة طبيّة صادرة من طبيب اختصاصي".

على أساس هذا النصّ المشرع الجزائري قد قيد التعدّد. لكن كان من الأولى أن يترك الأمر للقاضي يُحدّد فيه ما يُبرّر فيه التعدّد وما لا يُبرّر ذلك وهو يتولّى بتبرير المبرر وقت الفصل في النزاع الذي يعرض عليه مُستهديا في تقريره بالحقائق الاجتماعية والاقتصادية في البلاد دون التقييد بأرائه ومُيوله الشخصيّة.

- ولأجل سدّ هذا الفراغ القانوني صدر منشور 22 أوت 1985 وأضاف حالة أخرى وهي حال الرضا والعلم من الزّوجين لكن دائما تحت سلطات القاضي وصلاحيّاته

(3) توفر نيّة العدل لدى الزّوج: ونية العدل في هذه الحالة هي في المسائل المادّية فقط كالمبيت والتّفقة ولا الرّوحية لأنّ العدل في المحبّة القبليّة والميل فليس شرط في العدل ذلك لا يستطيع القيام به أحد وهذا كان حتى للرسول صلى الله عليه وسلم لأنه كان لديه ميل لعائشة رضي الله عنها أكثر من زوجاته الأخرى قوله: "اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك".

(4) استغفرّ الزّوجة اللاحقة والسابقة بالتعدّد: يُشترط أن تكون كلا الزّوجين على علم بذلك ويبقى التعدّد طالما لم يتمّ هذا الإعلام. ولكن إذا وقع غشّ في الحالة المدينة للزّوج كأنه ادعى العزوبة فإذا به متزوّج هنا سمح المشرّع للمرأة طلب التّطليق (هنا دكّس عليها - دعوى التّدليس).

(5) اختلاف الدّين: مانع من موانع الزّواج من لا تدّين بدين سماوي، وقد اتّفق الفقه الإسلامي على أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوّج بمن لا تدّين بدين سماوي استنادا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ﴾¹. بينما يجوز له أن ينكح من تدّين بدين سماوي أعلى من أهل الكتاب، سواء كانت مسيحية أو يهودية أمّا المشركة أو الملحدة فلا يجوز الزواج بها.

¹ سورة البقرة، الآية 221.

- **زواج المسلمة:** اتفقت آراء الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير مسلم سواء كان كتابيًا أو مشركًا. وجاء هذا التحريم بنص القرآن والسنة والإجماع لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ﴾¹. وقوله أيضا: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۗ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۗ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ۗ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۗ﴾².

- **وأما السنة النبوية:** فقد وردت آثار الصحابة من السلف الصالح أنهم كانوا يفرقون بين النصارى وزوجته إذا أسلمت وقد انعقد إجماعه على ذلك فكان ذلك تامًا بالإجماع نظرًا لصراحة النص القرآني والحكمة من ذلك ترجع إلى أن طبقًا للشريعة، فرب الأسرة هو الزوج، فلا مجال للتصور أن تكون المسلمة خاضعة لأوامر غير المسلم لأنها أعلى منه شأنًا عبدا لله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام: "الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه" المادة 31 من قانون الأسرة: "لا يجوز زواج المسلمة بغير مسلم" الم 34.

- **الزوج الذي يتزوج مع غير المسلمة:** وهو عالم بأن ذلك محرم عليه، لأنه سيء النية، ويعتبر ذلك زنا يجب أن يجلد 20 جلدة، أما الإمام مالك فقال أنه يجب عليه أن يقتل لأنه يريد التحسس على الدين الإسلامي، فإذا لم يكن سيء النية فيثبت التسبب.

- **زواج الجزائريين:** الشخص الجزائري الراغب بالزواج بأجنبية، يجب الحصول على رخصة لا يمنحها إلا الوالي بالزواج بأجنبية.

- **أول إجراء يقوم به هو اللجوء إلى الوالي للحصول على رخصة المادة 40 ق. أ. المشرع الجزائري لم يفرق بين حسن النية وسوء النية، وإنما أثبت التسبب في كلتا الحالتين.**

- **الملحدة:** لا دين لها ولا ملّة.

3- الشهادة الطبية قبل الزواج:

تعتبر الشهادة الطبية من الإضافات التي جاء بها المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة لـ 2005 وكذا المرسوم التنفيذي³ بمقتضى نص المادة 7 مكرر⁴ المضافة عام 2005، أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إلزاميًا بالنسبة لكل من أراد أن يتزوج. لكن الحالة الصحية للزوجين لا تعتبر شرطًا من شروط صحة الزواج وفقا لمضمون المادة 9 مكرر من ق. أ. المعدل.

¹ سورة البقرة، الآية 221.

² سورة الممتحنة، الآية 10.

³ المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11 ماي 2006 والذي يُحدّد شروط و كميّات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.

⁴ نصّ المادة 7 مكرر من قانون رقم 05-09 على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يُقدّمًا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكّل خطرا يتعارض مع الزواج".

ومن هذا المعنى يمكن القول أنّ المشرّع قد اشترط لإبرام عقد الزواج شهادة طبيّة تُوضّح الحالة الصحيّة لكلّ من الزوجين¹، وذلك من باب اتّخاذ الاحتياطات الطبيّة اللاّزمة والتأكّد من سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثّر مستقبلا على صحّة الأطفال عند الإنجاب أو صحتهم إذا لم يكن هناك تطابق بينهما.

تعتبر هذه الإضافة إجبارية للمقبلين على الزواج، وهو إجراء وقائي رغم أنه حاليا يعتبر كإجراء شكلي فقط، وهناك تحايل من طرف المقبلين على الزواج.

أ) فوائد الفحص الطبيّ:

للفحص الطبيّ عدّة فوائد نذكر منها:

- تمكين المقبلين على الزواج من التعرّف على صحّة كلّ طرف، لتفادي الأمراض المعدية والخطرة.
- التأكّد من سلامة الطّرفان المقبلان على الزواج من الأمراض الجنسية السّارية والمعدية، وتحديد قابليتهما للإنجاب من عدمه، وبالتالي ضمان إنجاب أطفال أصحاب عقليا وجسديا².
- التحقّق من وجود أمراض مزمنة ومؤثّرة على مواصلة الحياة الزوجية واستقرارها بعد الزواج كمرض السرطان، والضّغط الدّموي، السّيّدا أو السّل أو الالتهاب الكبدي...

نستخلص من خلال دراستنا للشّهادة الطبيّة وفقا للمادّة 7 مكرّر من قانون الأسرة، وكذا مواد المرسوم التّنفيذي رقم 154/06 المؤرّخ في 11 ماي 2006 أنّ:

- أحكام القانون لم تحدّد الأمراض المعدية أو الخطرة التي يلزم الطّبيب الكشف عنها³، والتي جاءت في صيغة عامّة ومطلقة.
- لم يُحدّد المرسوم طبيبا مختصّا (معينا) يتولّى فحص الرّاعبين في الزواج، بل تركها في يد طبيب عامّ أي حرّية الرّوجان في اختيار الطّبيب.
- لا يتضمّن القانون أيّ عقوبة في حالة إخلال الطّبيب بالتزاماته بل تبقى المسألة متعلّقة بضمير الطّبيب.

ب) الجهة المختصة بإبرام عقد الزواج:

بالنسبة للجهات المختصة بإبرام عقد الزواج يوجد ضابط الحالة المدنية والموثّق¹، فضابط الحالة المدنية هو الموظّف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج وتسجيله². ولقد نصّ المشرّع الجزائري في المادّة 1 من (ق.ح.م) أنه

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.212.

² عبد الرحمن النفسية، الفحص الطبيّ قبل الزواج ومدى مشروعته، الرياض، 2005، ص.10.

³ وفقا لنصّ المادّة 2/4 من المرسوم التّنفيذي رقم 154/06 والمادّة 7 مكرّر في فقرتها الثانية.

يتمتع بصفة ضابط الحالة المدنية كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه داخل الوطن، كما أنه نصّ في المادة 2 منه أنه يجوز لرئيس المجلس الشعبي البلدي تفويض عون بلدي أو أعوان قائمين بالوظائف الدائمة لممارسة مهنة ضابط الحالة المدنية بشرط بلوغهم 21 سنة وحوّلت المادة 3/ف2 منه لضابط الحالة المدنية الحقّ في تحرير عقود الزواج والاختصاص المكاني لضابط الحالة المدنية طبقاً لنصّ المادة 71 من قانون الحالة المدنية (ق.ح.م) يكون في نطاق دائرته محلّ إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقلّ إلى تاريخ الزواج.

وكيفية تسجيل ضابط الحالة المدنية لعقود الزواج تكون بعد التأكد من صحّة تطبيق المادة 9 و9مكرّر من (ق.أ.ج) [من أركان وشروط صحّة عقد الزواج] وكذلك يجب أن يتضمّن عقد الزواج البيانات التالية:

- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحلّ ولادة الزوجين وصدور الإيجاب والقبول منهما.
- ويكونا متمتعين بالأهلية والتمييز والاختيار.
- مهنة الأزواج وموافقتهما وتوقيعهم.
- اسم الوليّ وتوقيعه عند الاقتضاء.
- الترخيص بالزواج عند الاقتضاء.
- تحديد معجل الصّدق أو مؤجّل طبقاً للمادتين 9مكرّر و15 من (ق.أ.ج).
- الشّهادة الطّبية طبقاً للمادة 7مكرّر من قانون الأسرة.
- بيان حالة الزّوجة إمّا بكر أو ثيب أي مطلّقة أو أرملة.
- ذكر اشتراطان الزوجين إن وُجدت لاسيما عدم التعدّد، عمل الزّوجة، المسكن المنفرد...

وبعد ذلك يقوم بتسجيل عقد الزواج في سجلّاته ويُسَلّم إلى الزوجين دفترًا عائليّ مثبتّ للزواج وهذا طبقاً للمادة 72/ف1 و117 من (ق.ح.م).

وأما فيما يخصّ الجزاء المترتب على إخلال ضابط الحالة المدنية بالتزاماته: فسلطة تحرير ضابط الحالة المدنية لعقود الزواج تحكمها نصوص قانونية ولقد نصّت المادة 46 من (ق.ح.م) "تبطل العقود عندما

¹ طبقاً لنصّ المادة 7مكرّر/ف2 التي تنصّ على أنه: "يتعيّن على الموثّق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكّد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطّرفين للفحوصات الطّبية... في عقد الزواج".

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور، المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2007، ص.136؛ موقع: .downArt.www.asjp.cerist.dz

تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو أنّ العقد في حد ذاته كان صحيحا شكلا. كما يجوز أيضا إبطال عقد الزواج عندما يكون محررا بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة" ولقد جاء في نصّ المادة 77 أنه: "يعاقب ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون حصوله على رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد زواج أحد الزوجين المنصوص عليها في المادة 441/1 من ق.ع.ج: "يعاقب إذا لم يتم بالإجراءات القانونية بغرامة لا تتجاوز 200 دج وتعتبر هذه العقوبة عقوبة رمزية"¹.

وجاء في المادة 441/1 من (ق.ع.ج): "يعاقب على هذه الأفعال بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين (2) على الأكثر وبغرامة من 100 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"².

أما بالنسبة للموثق: الذي يعتبر موظف عمومي يتولّى إبرام العقود الرسمية بشكل عام³؛ ولقد حوّل له القانون إبرام عقود الزواج وهذا طبقا للمادة 71/1 من (ق.ح.م) وهو نفس الاختصاص المخوّل لضابط الحالة المدنية والمادة 18 ق.أ. ويكون ذلك بدائرة اختصاصاته موطن الزوجين أو محل إقامة أحد الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. وكيفية تسجيل الموثق لعقود الزواج: تكون = بعد تأكده من شروط صحة عقد الزواج وأركانه طبقا للمادتين 9 و9 مكرر من ق.أ.ج فطبقا للمادة 72/2 من (ق.ح.م) يحرر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويُسلم إلى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل 3 أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجلّ الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين". وجزء إخلال الموثق بالتزاماته هي نفس العقوبات المقررة لضابط الحالة المدنية المنصوص عليها في المادة 77/2 من (ق.ح.م) والمادة 441/1 من ق.ع.ج.

الفرع الثاني: الشّروط الشّكلية في عقد الزواج

معنى الشّكلية هي توثيق الزواج وتسجيله ضمانا للحقوق الشّرعية⁴، وهي المسائل المتعلّقة بضرورة اتباع إجراءات الزواج الإدارية، والتنظيمية (المادة 31 ق.أ (معدّلة) والمواد من 71 إلى 77 ق.ح.م) وتوثيقه رسميا صونا للحقوق النّاتجة عنه وتسهيلا لإثباته (المادة 18 و22 ق.أ؛ و71 و72 ق.ح.م)

أولا: إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية

¹ العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.346 وما يليها.

² المادة 441/1 من قانون العقوبات الجزائري.

³ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، ط.1429/هـ/2008م، ص.118؛ انظر: موقع: www.aspj.cerist.dz.

⁴ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.445.

إنّ التّوّاج إذا استكمل أركانه وشروطه (المادّتان 9 و9مكرّر ق.أ) وجب قانونا لمباشرة عقد التّوّاج رسمياً ضرورة مراعاة الإجراءات السّابقة على العقد أي التّرتيبات الإدارية التي تسبق العقد بهدف تسجيله وإشهاره¹، كتقديم الوثائق المطلوبة قانونا المحدّدة في المواد 74 و75 و76 من ق.ح.م (كشهادة ميلاد التّوّاج والتّوّجة، شهادة الإقامة، وثيقة طبّية، نسخة من رخصة رئيس المحكمة لمن يكمل سنّ أهلية التّوّاج (القاصر)؛ نسخة من رخصة رئيس المحكمة لمن يرغب التّوّاج بامرأة ثانية، وبالنّسبة للمطلّقة، نسخة من حكم الطّلاق أو التّطليق أو الخلع) وأخيراً إشهاره أمام الموثّق أو موظّف الحالة المدنية.

ثانياً: إثبات التّوّاج

نصّت المادة 1/22 من ق.أ المعدّلة بالأمر رقم 02/05 لسنة 2005 على أنّ: "يثبت التّوّاج بمستخرج من سجلّ الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". ثم نصّت الفقرة الثّانية من نفس المادة، على أنه: "يجب تسجيل حكم تثبيت التّوّاج في الحالة المدنية بسعي من النّياية العامّة".

وعليه فإنّ عقد التّوّاج الذي يقوم بتحريره وتسجيله الموثّق أو ضابط الحالة المدنية (المواد 18 و21 من ق.أ، ومن 71 إلى 77 من ق.ح.م)، هو الوثيقة الرّسمية أو الوسيلة الأصليّة الأساسيّة لإثبات التّوّاج². فإنّ عقد التّوّاج (أي الكتابة)، وفق الشّكل الذي حدّده القانون له صفة المحرّر الرّسمي، يعدّ الأداة الرّسمية ذات حجّة إثباتية قاطعة على الكافّة، ولا يمكن الطّعن فيها إلّا بالتزوير³.

أمّا إذا كان قد سبق لشخص أن أبرم عقد زواجه "بالفاتحة" على يد "إمام" وبحضور جماعة من المسلمين، وفقاً لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، ما دام أنّ التّوّاج "بالفاتحة" ما يزال معمولاً به عرفاً في الحياة العمليّة، فإنه ليس أمام هذا الشّخص من سبيل لإثبات هذا التّوّاج إلّا باللّجوء إلى المحكمة المختصّة (م2/426 من ق.أ.م.إ. الجديد)⁴. ويكون هذا بكتابة طلب إلى وكيل الجمهوريّة يلتزم فيه تسجيل عقد زواجه، وثم تقوم النّياية العامّة

¹ راجع المواد 18، 21، 22 و31 منق.أ، والمادة 71 وما يليها منق.ح.م؛ والمادة 5 وما بعدها من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 والمتضمّن تنظيم مهنة التّوثيق.

² لا يجوز لأحد أن يدعي التّوّاج، أو يطالب بآثارها، ما لم يُقدّم نسخة من عقد التّوّاج مسجل في سجلّات الحالة المدنية (المادة 5 من القانون رقم 224/63 المؤرخ في 23/06/1963)؛ وهي مأخوذة من نصّ المادة 194 من ق.م.ف. وهو ما استقرّ عليه اجتهاد المحكمة العليا منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، 1968/12/02، ن.س، 1968، ص.137؛ 1975/04/21، ملف رقم 12529، غير منشور؛ 2002/07/03، ملف رقم 261925، مذكور سابقاً.

³ وهو مهمّ لمعرفة مقدار الصّدق، وتحقّق رضا التّوّجين، وموافقة الوليّ، وحضور الشّهود، وكذا معرفة الشّروط المقترنة بعقد التّوّاج للوقوف على مدى الالتزام بالوفاء بها وغيرها...

⁴ المادة 2 من الأمر رقم 65/71 المؤرخ في 22/09/1971، يمكن لكل معني بالأمر أن يُقدّم طلباً لرئيس المحكمة بالدائرة التي تمّ فيها التّوّاج من أجل تثبيته قضائياً.

بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتحري صحّة ما يراد تسجيله، وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة إصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلّة والحجج، والتأكد من توافر أركان وشروط المادتين 9 و9مكرر من قانون الأسرة¹.

وبعد استصدار هذا الحكم القضائي يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج، ليقوم هذا الأخير بتسجيل وقيّد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية. وبعد إتباع هذه الإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية، يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية، ويثبت قانوناً قيام هذا الزواج.

المبحث الثاني: آثار عقد الزواج

المقصود بآثار الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد انعقاده صحيحاً وهي: حقوق وواجبات الزوجين التي تثبت بمجرد العقد (الفصل الرابع، المادتين 36 و37 من ق.أ المعدلتان بالأمر رقم 02/05)؛ ونفقة الزوجة والأولاد (المواد 74 إلى 80 من ق.أ)، وكذا إثبات النسب الشرعي (المواد من 40 إلى 46 من ق.أ).

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين

كان قانون الأسرة (القانون رقم 11/84) يميّز بين واجبات الزوج، وبين حقوق وواجبات الزوجة (المواد 37، 38 و39 القديمة)².

فتمّ إلغاء هذا التقسيم بمقتضى تعديلات الأمر رقم 02/05، بإلغاء المادتين 38 و39 من ق.أ؛ كما تمّ الاستدراك في تعديل المادة 36 من ق.أ، بتحديد الواجبات المشتركة للزوجين³. وبالإضافة إلى هذا، تضمّنت المادة 37 ق.أ المعدلة أحكام النظام المالي للزوجين، إذ يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق،

¹ لا بد من إطلاع النيابة العامة على الملفّات المتعلقة بالأحوال الشخصية، هذا إجراء جوهري من النظام العام (المادة 3 مكرر ق.أ المضافة بالأمر رقم 02/05؛ والمادة 260 من ق.أ.م.ج المقرّر بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25). المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39775، م.ق، 1989، العدد1، ص.109، تعليق أ/عبد العزيز سعد، م.ق، 1999، العدد1، ص.22؛ وكذا تعليق أ/عمر زودة، م.ق، 2001، العدد1، ص.54.

² في سياق المساواة بين الزوج والزوجة، حدّدت المادة 36 من ق.أ المعدلة عام 2005، جملة من الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين.

³ وهي الحقوق المشتركة بين الزوجين، والتي تترتب على عقد الزواج الصحيح وهذا بخلاف الزواج الفاسد والباطل، والذي لا تترتب عليه هذه الآثار القانونية.

حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تقول إلى لكل واحد منهما¹.

ولهذا سنتكلم في الفرع الأول عن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين، ثم في الفرع الثاني سوف نعالج النظام المالي للزوجين.

الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين

لقد نصّ المشرّع على هذه الحقوق في المادة 36 من ق.أ المعدّل وهي كالآتي:

1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة:

المقصود به أنه يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتها ليجعلا الحياة الزوجية سعيدة، يسودها الاحترام والمودة، كما يجب حقّ استمتاع كلّ زوج بالآخر ما لم يكن هناك عذر شرعي كالمرض، الحيض²، التفاس... ويشمل أيضا هذا الحقّ حسن المعاملة، ويكون مبنيا أيضا بالإخلاص والتسامح والقول الحسن.

2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة:

من أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، طبقا لنصّ المادة 4 من ق.أ. ولا بد أن تكون العلاقة بين الزوجين على أساس الاحترام المتبادل، وقيام كلّ منهما بأداء ما عليه من واجبات ومساهمات إيجابية في بناء الأسرة وتربية الأولاد، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ﴾³.

3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم:

يُقصد بها أنه يجب على الزوجين المحافظة على أفراد العائلة وهم: الأولاد أولا خاصة فيما يتعلّق بعلاقاتهم بالأبوين. ومن ثمة ينبغي على الزوجين تحقيق سعادة الأولاد وضمان الاستقرار والطمأنينة، يجب عليهم تربية ورعاية الأولاد، يُقصد بها كذلك التعليم.

أيضا حقّ النسب للطفل، إذ أنه حقّ ثابت للأب في الاعتراف بالطفل وهو أيضا واجب على الزوجة ويدخل في إطار المحافظة على الأولاد.

¹ تعتبر المادة 37 ق.أ المعدلة عام 2005 خطوة أولى مهمّة لتنظيم علاقة كلّ من الزوجين بأمواله، وبأموال الزوج الآخر، وكذا علاقتهما مع بالأموال المشتركة المكتسبة خلال الحياة الزوجية.

² لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ ۗ قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاغْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ۗ﴾ سورة البقرة، الآية 222.

³ سورة النساء، الآية 19 و34.

4- التّشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات:

معناه التّشاور في اتّخاذ القرارات المتعلّقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النّسل لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ۗ﴾¹. وقوله جلّ جلاله: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ۖ فَإِذَا عَزَمْتَ فَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَوَكِّلِينَ ۗ﴾².

5- حسن معاملة كلّ منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم:

من الحقوق والواجبات المشتركة احترام كلّ منهما لأبوي الآخر وأهله وزيارتهم فلقد حتّ الله عزّ وجلّ والسنة النبوية على صلة الرّحم لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يدخل الجنّة قاطع رحم"³.

6- المحافظة على روابط القرابة والتّعامل مع الوالدين والأقربين وبالحسن والمعروف:

ويعنى بها المشرّع القرابة بالمعنى الواسع، إذ أنّ هذه القرابة تثبت بالدمّ والمصاهرة والرّضاعة، ومن ثمّ فعلى كلا الزوجين احترام وتقدير أقارب الزوج الآخر بالحسن والمعروف.

7- زيادة كلّ منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف:

لابدّ من زيارة الأقارب والدّهاب إليهم في مساكنهم، واستقبالهم في البيت الزوجي، وعليه زيارة الزّوجة لأهلها حقّ لها، طالما أنّها لا تتعسّف في استعماله ولا يستطيع الزوج منعها من ذلك.

الفرع الثاني: النّظام المالي للزوجين

من أهمّ الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين هي الحقوق المالية التي تستحقّها الزّوجة على زوجها كالصّدق والتّفقة وغيرها.

ونظرا للتحوّل الذي عرفته المجتمعات العربية، ودخول المرأة عالم الشّغل والكسب، حيث أصبحت تساهم بشكل كبير في نفقات العائلة، هذا لتغطية المصروفات الإضافية والتي غالبا ما يعجز الزوج عن تغطيتها، فأدى كلّ هذا اختلاط أموال الزوجين ببعضها، ويترتّب عن هذا إثارة نزاعات كثيرة في المحاكم، ممّا دفع بالتشريعات العربية إلى نظام مالي يتمثّل في استقلالية الدّمة المالية للزّوجة عن ذمّة زوجها، إذ أنّ الإسلام مبني على المساواة في تمام الأهلية بين الرّجل والمرأة، فالمرأة لها أن تكسب المال بأسباب الكسب الشّرعية، كما لها كامل الأهلية في التصرّف فيه كما تشاء.

¹ سورة المائدة، الآية 02.

² سورة آل عمران، الآية 159.

³ صحيح البخاري، ج 6، ص 245.

وبعد أن أثبت الشّرع الذّمة المالية المستقلّة لكلا الزوجين، أباح لهما التّعاون والتّشارك في استثمار أموالهما بصفة مشتركة مع الحرّية في الإنفاق على طريقة استثمارها وتوزيعها، إمّا مناصفة أو بنسب متفاوتة.

أولاً- نظام الاستقلال المالي للزوجين:

يترتّب على انتهاج نظام الاستقلال المالي بين الزوجين، انفصال ذمهم المالية، فيكون لكلّ زوج ذمّة مالية مستقلّة عن الزوج الآخر كما هو الحال في التشريع الجزائري والتشريعات العربية والتي ترجع إلى الشريعة الإسلامية التي يبقى فيها كلّ زوج محتفظاً بأمواله الخاصّة والتصرّف فيها دون إشراك زوجته، ويبقى مسؤولاً عن ديونه سواء قبل أو بعد الزّواج.

فالذّمة هي وعاء اعتباري قدرته الشّريعة في الإنسان حتى يكون قادراً على اكتساب الحقوق وتحملّ الالتزامات، ويترتّب على ربط الذّمة المالية بالإنسان، أن يكون لكلّ إنسان ذمّة مالية لا تنفصل عنه، وما دام الإنسان واحداً لا يتعدّد فإنّ الذّمة كذلك وحدة لا تتجزّأ، وعليه استلزم ذلك أن يكون لكلّ واحد من الزوجين ذمّة مالية مستقلّة.

واستقلالية الذّمة بين الزوجين ما هو إلّا نظام يتمّ اختياره من الطرفين الذين أرادوا الاحتفاظ بأموالهما الخاصّة خلال الحياة الزوجية والتصرّف فيها على انفراد دون اشتراك الزوج الآخر فكلّ واحد من الزوجين يظلّ أجنبياً على الآخر من الناحية المالية ويبقى مسؤولاً عن ديونه سواء قبل الزّواج أو بعد الزّواج، باستثناء الدّيون التّاجمة عن تكاليف الحياة الزوجية أو عن تربية الأولاد حيث يتحمّل كلّ واحد من الزوجين نصيبه في هذه التكاليف طبقاً للاتّفاقات الخاصّة بهما¹.

وهو الأمر الذي أقرته المادّة 37 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنصّ: "لكلّ واحد من الزوجين ذمّة مالية مستقلّة عن ذمّة الآخر"². فيكون المشرّع بهذا قد اعترف باستقلال الذّمة المالية للمرأة.

1- سلطات كلّ من الزوجين على أمواله الخاصّة:

إذا اتّفق الزوجين على اعتماد نظام الاستقلال المالي فبذلك يكون لكلّ من الزوجين ذمّة مالية مستقلّة عن ذمّة الآخر وبالتالي لكلّ واحد منهم كامل السّلطات على أمواله من تصرّف واستعمال واستغلال. فالإسلام أقرّ مبدأ استقلالية الذّمة المالية للمرأة بصفة عامّة وليس للمتزوّجة فقط، وفي هذا الشّأن يقول المفتي فضيلة الشّيخ جاد الحقّ عليّ: "للرّاة المتزوّجة في الإسلام شخصيّتها المدنية الكاملة، وثروتها الخاصّة المستقلّة عن شخصيّة

¹ خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشّرعي، الطّبعة الأولى، دائر التفانس للنشر، الأردن، سنة 2010، ص.57.
² المادّة 37 من الأمر رقم 05-02 المؤرّخ في 27 فبراير 2005 المتضمّن قانون الأسرة الجزائري المعدّل، الجريدة الرّسمية، العدد 15 بتاريخ 27 فبراير 2005، ص.21.

زوجها و ثروته ولكلّ منهما ذمته المالية، فعقد الزّواج لا يرتّب أيّ حقّ لكلّ منهما في الملكية أو الدّخل، ولكنه رتّب للزّوجة حقوقاً على الزّوج بمحملها العدل في المعاملة والمهر والنّفقة طالما كان عقد الزّواج قائماً.

كما تتساوى المرأة مع الرّجل وفق أحكام الشّريعة الإسلامية بأنّ لها أهلية وجوب وأهلية أداء التصرفات ذات الطّابع المالي فتحمّل الحقوق بنفسها وتحمل الحقوق لغيرها ما دامت لها أهلية كاملة¹.

أ- حقّ تصرف كلّ زوج بأمواله الخاصّة:

ويكون التصرف مادّياً وهو ما يردّ على مادّة المال فلكلّ من الزّوجين القيام بالأعمال التي تؤدّي استهلاكه أو تغييره، وهنا يختلط التصرف بالاستعمال أي أن يستهلك بمجرد الاستعمال مثل المواد الغذائية. وقد يكون التصرف قانوني وهو ما يرد على حقّ المالك ذاته فلكلّ من الزّوجين القيام بالأعمال القانونية التي تؤدّي إلى زوال حقّه في ماله الخاصّ كالبيع أو الهبة أو غيرها. فليس للزّوج ولاية على أموال زوجته القاصر أو فاقدة الأهلية، فالولاية على مالها لأبيها إذا كان موجوداً أو لوصي أبيها إن لم يكن موجوداً أو لمن يأذن له القاضي².

وإذا استولى الزّوج على مال زوجته دون إذنها فهو غاصب وعليه ردّ ما استولى، وكما يُجرم عليه أن يأخذ شيئاً ممّا أعطاه دون رضاها، ومن باب أولى يُجرم على الزّوج أن يأخذ ملكاً الأصل دون رضاها وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا﴾³.

ولقد تعرّض قانون الأسرة الجزائري من خلال المادّة 37 والتي تفيد أنّ كلا الزّوجين يمتلك أمواله الخاصّة ويتصرف فيها بكلّ حرّية إلا إذا كان هناك اتّفاق في عقد الزّواج أو عقد لاحق له يقضي بغير ذلك.

ب- حقّ الانتفاع كلّ زوج بأمواله الخاصّة:

أمّا انتفاع كلّ من الزّوجين بماله الخاصّ من خلال استعماله واستغلاله في جميع أوجه الاستعمال يتفق وطبيعة المال بغية الحصول على منافعه كأن يسكن داره، ويُعدّ من قبيل الاستعمال أعمال الحفظ والصّيانة. أمّا الاستغلال فللزّوجين القيام بالأعمال اللاّزمة للحصول على ثمار الشّيء وغلّته، كما يمكن أن يتنازل أي من الزّوجين عن سلطتي الاستعمال والاستغلال ممّا تبقى له سلطة التصرف فقط ويكون للغير حقّ الانتفاع⁴.

1- مبدأ استقلالية الذمّة المالية للزّوجين بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري:

¹ معمرى مرزاق، التّظام المالي للزّوجين، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والقانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، تحت إشراف صالحى سمية، قسم الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2014/2013، ص.12.

² معمرى مرزاق، المرجع السابق، ص.13.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ معمرى مرزاق، المرجع نفسه، ص.14.

لقد أقرّ الفقه الإسلامي مبدأ استقلال الذمة المالية واستدلّ في ذلك ببعض النصوص القرآنية، وكذا الأحاديث النبوية وأكد على استقلال ذمة كلّ من الزوجين.

كما أكد المشرّع الجزائري هو الآخر بصريح عباراته على استقلال الذمة المالية لكلّ من الزوجين.

أ- موقف الفقه الإسلامي:

تعرف الشريعة الإسلامية بوجه عام نظاما ماليًا واحدا يحكم أموال الزوجين وحقوقهما وعلاقتهم المالية وهو نظام استقلال الأموال، ويظهر ذلك من خلال مجمل الأحكام التي تتناول العلاقات المالية بين الزوجين والقواعد التي تخضع لها حقوقهما المالية كنظام النفقات وقواعد التصرف والانتفاع بالأموال العائد لكلّ منهما، كما يستشف هذا المبدأ من أحكام الكتاب والسنة.

- الأدلة من الكتاب:

لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾¹.

وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾².

فالآية الأولى تدلّ على أنّ للمرأة ذمتها المالية المستقلة، يورث عنها بعد وفاتها وتنقذ وصيتها كما يمكن أن تتدين نتيجة معاملات تجارية أو غيرها، أما بالنسبة للآية الثانية فلم يميّز بين الذكر والأنثى في دفع أموالهم، بذلك يمكن أن يكون اليتيم أنثى وتكون لها ذمة مالية، بالتالي فإنّ للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص، فلها أن تدخره أو تتصدّق به أو بجزء منه، ولها أن توصي به أو تهبه إلى الغير³.

- الدليل من السنة:

قد روي عن الليث عن ابن عجلان عن سعيد المقبري عن أبي هريرة قيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم: أيّ النساء خير؟ قال: "الذي تسره إذا نظر وتُعطيّه إذا أمر لا تُخالفه في نفسها ومالها بما يكره".

¹ سورة النساء، الآية 12.

² سورة النساء، الآية 06.

³ أحمد طيبي، الذمة المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تحت إشراف عطاء الله فشار، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الحلفة، الجزائر، 2017-2018، ص.09.

كما أنّ جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في التّواية الرّاجحة عندهم يشتون للمرأة الرّشيّدة ذمتها المالية المستقلّة فتملك بذلك حقّ التصرف في مالها كلّ بالتبرّع والمعاوضة كيفما شاءت، بالتّالي للمرأة ذمة مالية مستقلّة تكتسبها بكلّ الطّرق الشّرعية للاكتساب وتتصرف فيها كما تشاء، لأنّ عقد الرّوجية لا يُبرّر لأيّ ضغط على الرّوجة في مالها أو فيما تراه أو تعتقده، وقد اتّفق الفقهاء على أهلية المرأة الرّاشدة للملك والتّعاقّد كالرجل وساء كانت متزوّجة أو غير متزوّجة إذ تتمتع بنفس الحرّية وبنفس السّلطات على أموالها¹.

ب- موقف التشريع الجزائري:

لقد نصّ المشرّع الجزائري بصريح العبارة على أنّ الذمة المالية للرّوجين مستقلّة أي لكلّ طرف ذمة خاصّة به ومستقلّة عن ذمة الآخر، وهو النّظام الذي أخذت به معظم الدّول العربية أن يُحقّق هذا مبدأ المساواة التي تُناهض من أجلها الجمعيات والمنظّمات بهدف تحقيق العدل بين الرّجل والمرأة، فقد جاء في المادّة 37 من قانون الأسرة: "لكلّ واحد من الرّوجين ذمة مالية مستقلّة عن ذمة الآخر..."، وبذلك فكلّ من الرّوجين الحرّية في التصرف في ممتلكاتها عقارية كانت أم منقولة بالبيع والإيجار أو شراء ممتلكات دون تدخّل الطّرف الآخر حيث يبقى الرّواج لا تأثير له على أموال الرّوجين التي تكتسب سواء قبل أو بعد الرّواج، فكلّ زوج له حرّية إدارة أمواله والتصرف فيها مع بقاء الرّواج ملزما قانونا وشرعا بواجب التّفقّة على الأسرة.

وتبرز أهمّية إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلّة لكلّ واحد من الرّوجين في الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الذمة المالية للآخر، أو السّعي إلى ركوب مطية الرّواج بهدف الاغتناء بعيدا عن القيم والغايات السّامية لعقد الرّواج، كما أنّ إقرار هذا المبدأ من شأنه أن يحوّل لكلّ واحد من الرّوجين الحفاظ على ثروته المكتسبة قبل الرّواج، وتنميتها في استقلال تامّ عن الذمة المالية للرّواج الآخر مع تبعات ذلك وآثاره، سواء بشكل إيجابي أو سلبي².

ثانيا- نظام الاشتراك المالي للرّوجين:

لقد استحدثت التّشريعات العربية عموما نظاما ماليّا بين الرّوجين بطابع التّعاون والتّضامن بينهما، هذا النّظام الذي ألزمت دخوله الطّروف الاجتماعية والاقتصادية التي تعيشها الأسرة العربية من مساهمة الرّوجة في الحياة المالية خلال الفترة الرّوجية.

1- تعريف الأموال المشتركة للرّوجين:

¹أحمد طيبي، المرجع نفسه، ص.10.

²أحمد طيبي، المرجع السابق، ص.12.

هناك عدّة تعريفات صيغت حول تعريف نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، نذكر منها تعريف الدكتور خليفة علي الكعبي بقوله: "هو القواعد التي تُنظّم المصالح المالية بين الزوجين وتحديد الشروط التي تكفل لهما الحفاظ على الأموال المكتسبة قبل الزواج والأموال المكتسبة بعد الزواج وطريقة التّصفية والقسمة بينهما على التّساوي"¹.

كما عرّفه الفقيه الفرنسي Pierre Sipitevi: "أنه النظام الذي يتم بمقتضاه التّحديد المسبق لمسار العلاقات المالية بمناسبة عقد الزواج، فكلّ طرف يُساهم بماله في تكوين الثروة العائلية يكون على دراية بما يملك منها ويملكه الطرف الآخر، وفي حالة النزاع أو انحلال الزواج تكون أموال الزوجين مملوكة على الشّيع بيتهما بنية التّصف"².

أمّا بالرجوع إلى التّشريعات العربية، نجد أنّها لم تتطرّق إلى تعريف نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين، ما عدا القانون التّونسي في الفصل الأوّل من قانون 91 لسنة 1998 المنظّم لقانون الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، حيث جاء بقوله: "نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلّقات العائلة"³.

إذ نجد أنّ المشرّع التّونسي قد تبنّى نظام الاشتراك في الأموال المكتسبة بين الزوجين وهذا مسابقة للمنظومة الاجتماعية التّونسية، فتحديد التّعريف على المستوى التّشريعي كان اجتهاد منه وقد وفّذ فيه مقارنة بقانون الأسرة الجزائري ومدوّنة الأسرة المغربية، اللذان لم يتطرّقا إلى تحديد تعريف لنظام الاشتراك في الأموال التي يكتسبها الزوجان خلال الحياة الزوجية تاركين ذلك إلى الجانب الفقهي.

2- موقف الفقه والقانون الجزائري من الأموال المشتركة للزوجين:

1) موقف الفقه الإسلامي:

رغم أنّ التّصوص الشرعية صريحة في إقرار مبدأ استقلال الدّمة المالية لكلّ شخص مطلقا إلا أنّ مبدأ الاشتراك كذلك تشهد له عموم التّصوص والقواعد في باب المعاملات وغيرها منها:

أ- الأصل في المعاملات الإباحة.

ب- المسلمون عند شروطهم.

¹ خليفة علي الكعبي، المرجع السابق، ص.78.

² رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدّولي الخاصّ، رسالة ماجستير في القانون الدّولي الخاصّ، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص.49-50.

³ الفصل الأوّل من القانون عدد 91 لسنة 1998، المؤرّج في نوفمبر 1998، المتضمّن نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين.

ج- العقد شريعة المتعاقدين.

د- اتفاقا تجوز الشركة بين المرأة وزوجها كأبي شريكين أجنبيين عن البعض أيا كان نوعها بشرط استيفاء الشروط المطلوبة شرعا¹.

2) موقف المشرع الجزائري:

إنّ التطوّر الحاصل في العلاقات المالية بين الزوجين في المجتمع الجزائري أدى إلى حتمية اختلاط أموالهما والانتفاء التدريجي لمبدأ انفصال الذمم المالية المقرّر قانونا وذلك من خلال مساهمة الزوجة في أموال الأسرة نتيجة عملها، وإقرار ما يُسمّى بمبدأ مشاركة الزوجة في مصاريف العائلة.

فطبقا لقانون الأسرة وأحكام الشريعة الإسلامية، لكلّ أحد من الزوجين ذمّة مالية مستقلة عن ذمّة الآخر، غير أنّ التعديل الجديد الذي طرأ على قانون الأسرة الجزائري²، أجاز لطرفي العلاقة الزوجية الاتفاق حول الاشتراك في مكتسباتهما خلال الحياة الزوجية، ويتمّ ذلك أثناء إبرام عقد الزواج سواء في عقد الزواج نفسه أو في عقد رسمي مستقلّ عنه، كما يجوز الاتفاق لاحقا بعد تحرير عقد الزواج وفي ظلّ زوجية قائمة على كيفية تسيير ممتلكاتهما وعلى الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية، حيث جاءت الفقرة الثانية من نصّ المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كلّ واحد منهما".

ويستشف هذا المبدأ أيضا في تقرير الشرع لمشروعية الاشتراط في عقد الزواج بصفة عامّة والاشتراط حول المكتسبات المالية المشتركة بصفة خاصّة، والتي تندرج ضمن الشروط المالية الواردة ضمّنًا في نصّ المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنصّ على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق على كلّ الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم تعدّد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

ثالثا- مكونات الأموال بين الزوجين وكيفية التعامل معها:

حتى يتفق الزوجان على الاشتراك في تكاليف الحياة الزوجية فهما بذلك متّفقان على نظام الاشتراك المالي ومن خلال ذلك يتعيّن علينا أن نتعرّف على ماهية هذه الأموال، ثم كيفية التعامل معها.

1) الأموال المتحصّل عليها بطرق غير الزواج:

¹ أحمد طيبي، المرجع السابق، ص.15.

² أمر 02/05، المتضمّن تعديل قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

أ- الأموال المتحصّل عليها من الرّاتب:

قد يكون للرّوجة راتب شهري من وظيفة رسمية أو تجارة، وهي بذلك لا تخضع لأيّ نوع من أنواع الوصاية في إدارة هذا النوع من الأموال. لها كامل الحرّية في التصرّف في مالها قبل أو بعد زواجها فمن ثم فإنّ مطالبة الرّجل زوجته براتبها الشهري يُعدّ خرقاً للقانون إذ تبقى مالكة لجميع الأموال التي جاءت بها قبل الرّواج أو أثناء قيام الحياة الرّوجية.

ويمكن الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية أقرّوا للمرأة حقّ ممارسة العمل إذا أُذن لها الرّواج، أمّا إذا منع الرّواج زوجته من الخروج لوجب نفقتها عليه فله ذلك.

ب- عن طريق الإرث والتبرّعات:

قد فصل القرآن الكريم تفصيلاً دقيقاً في الحقوق المالية في سورة النساء، كما قد نصّت المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أنّ أسباب الإرث القرابة والرّوجية، والقرابة هي صلة الرّحم والرّوجية هي الرّابطة بين الرّجل والمرأة بعقد صحيح.

والأموال التي يكتسبها الرّوجين عن طريق الميراث لا تدخل أيضاً ضمن الممتلكات المشتركة إذ أنّها متعلّقة بالشخص الوارث.

كما أنّ الشّرع والقانون قد منح كذلك حقّ قبول التبرّعات التي تكون عن طريق الهبة والوصية وكذا الوقف وتملّك الشّيء المتبرّع به¹.

1) الأموال المكتسبة بطريق الرّواج:

أعطت الشريعة الإسلامية والقانون للرّوجة حقوقاً مالية بمجرد عقد الرّواج، وقد يحصل الرّواج أيضاً على أموال بمناسبة عقد الرّواج كالهدايا أو قد يتعدّى الأمر لبعض الهدايا التي يقدمها أقارب الرّوجين بمناسبة الرّواج.

1) الأموال التي يقدمها الرّواج:

أ- الصّدق: وهو ركن في الرّواج ومصدر مالي للرّوجة لها كامل الحقّ فيه ولا يحقّ لوليّها أو لزوجها التصرّف فيه ولا يمكن إجبارها على تجهيز نفسها بل لها أن تفعل به ما تشاء. تستحقّه كاملاً بالدخول، وتستحقّ نصفه في حالة الطّلاق قبل الدّخول، ويشكّل أهمّ عناصر العلاقة المالية بين الرّوجين.

¹أحمد طيبي، المرجع السابق، ص.22.

ب- **النفقة:** إنّ إلزام الزوج وحده بالاتّفاق يعتبر وكأنه إضافة إلى أموال الزّوجة وهو حقّها من الحقوق الثّابتة ولو كانت الزّوجة غنيّة ويكفي شرط الزّواج الصّحيح سببا لوجوب النّفقة على الزّوجة بحيث تنصّ المادّة 74 من قانون الأسرة الجزائري: "تجب نفقة الزّوجة على زوجها للدّخول بها أو دعوتها إليه".

وعمل المرأة لا يسقط حقّ النّفقة، وتشمل النّفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسّكن، كما جاء في نصّ المادّة 78 من قانون الأسرة الجزائري.

2) الأموال المقدّمة بمناسبة الزّواج:

سار العُرف في المجتمع الجزائري على مساهمة الأسرة بتجهيز المرأة وذلك بكلّ ما تحتاج إليه الحياة الزّوجية من متاع تأخذه معها إلى السّكن العائلي، فيمكن للأب أو ولي المرأة أن يجهّز لها من صداقها أو من ماله الخاصّ فيبقى ملكا للزّوجة ولا يجوز للزوج التصرّف فيه دون إذنها كما ينفرد الزوج بملكيتها للهدايا المقدّمة له. وبالتالي فإنّ كلا الزوجين يتمتّعان بأهلية قانونية فيتصرّف كلّ في أمواله بكافّة أنواع التصرّفات المالية كما أنّهما يلتزمان بوفاء الدّيون المترتّبة بذمتّهما دون أن يُؤثّر الزّواج في ذلك.

1- تسيير الأموال المكتسبة:

لما كان العقد هو المظهر الحقيقي للحريّة الإنسانية، فقد اعتبر مبدأ التعاقد حول تدبير الأموال المكتسبة خلال حياة الزوجين وينظّم علاقتهما المالية، ويكون شاهدا على حقوقهما وواجباتهما التي ارتضيا قبولها والالتزام بها في هذا العقد المالي المرتبط بعقد الزّواج.

- إبرام العقد المالي بين الزوجين:

لقد منح الفقه الإسلامي للمرأة الحقّ في أن تشتري لنفسها ما يحفظ حقوقها وكرامتها ويطمئنّها على مصيرها ومصير أولادها مستقبلا.

ولقد أشار المشرع الجزائري في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري¹ إلى إمكانية اشتراط الزوجين في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي تناسبهما، وقد خصّ بالذكر شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، بحيث جاءت هذه المادة بصورة مطلقة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر.

إنّ اشتراط العقد المالي بين الزوجين كغيره من الشروط الأخرى المتعلقة بعقد الزواج كشرط العمل ومزاولة الدراسة، إذ يمكن أن يتم إدراجها في محرر عقد الزواج، أو في وثيقة رسمية أخرى مستقلة عنه.

أمّا عن شكل ومضمون العقد المالي فعلى خلاف التشريعات التي كانت سبّاقة إلى إدخال مبدأ سلطان الإرادة كآلية لتنظيم الأموال المكتسبة من طرف الزوجين، جاء المشرع الجزائري بنظام تعاقدي ذو مقتضيات هامة دون تحديد لمضمون وطبيعة هذا العقد إذ اكتفى في الفقرة الثانية من المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري بالنصّ على أنه: "... غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا ف يعقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما..."، فهذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل.

- تنفيذ العقد المالي بين الزوجين:

يتم إبرام العقد المالي بمحض إرادة الزوجين فهو عقد اختياري، إذ لا يوجد أيّ التزام قانوني يُجبر الزوجين على إبرامه، غير أنه بمجرد الاتفاق على إبرام العقد المالي يكتسي الصيغة الإلزامية فيكون لكل طرف الوفاء بما عليه من التزامات وتنفيذ بنود العقد المالي.

ومن مبادئ العقيدة الإسلامية أنّ الوفاء بالعهد قاعدة أصلية إذ يجب الوفاء بالشروط سواء تلك التي تكون بين المسلم وعامة الناس أو بين الزوج وزوجته، لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾².

وإذا كان هذا موقف الشريعة الإسلامية، فإنّ المشرع الجزائري لم يُشر في المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري على مدى إلزامية العقد المالي الذي يبرمه الزوجان، لكن بالرجوع لنصّ المادة 53 من نفس القانون نجد أنّ المشرع قد حدّد الجزاء القانوني الذي يترتب عن عدم الوفاء بالشروط المتفق عليه في الزواج، وذلك في فقرتها التاسعة، المتعلقة بأسباب التّطليق من طرف الزوجة حيث نصّت على:

- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

- كلّ ضرر معتبر شرعا.

¹ تنصّ المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشروط التي يراها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناقض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

² سورة النحل، الآية 91.

المطلب الثاني: النفقة الزوجية

وهو ما يصرفه الزوج على زوجته، وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة وعلاج، وكل ما يلزم للمعيشة¹.

ولقد فرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة والأولاد طبقاً للنصوص التالية (36، 74، 77، 78، 79، 80 ق.أ)²، وفي حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم، إذا كانت قادرة على ذلك³.

الفرع الأول: شروط استحقاق النفقة

نستخلص شروط استحقاق النفقة من نص المادة 74 من ق.أ:

أولاً: الدخول بالزوجة

بمعنى الخلوة الصحيحة بالزوجة، وفي حالة نشوز الزوجة يسقط حقها في النفقة، ولا يثبت النشوز إلا بحكم قضائي. كذلك النفقة لا توجب بالعقد وإنما بالدخول.

ثانياً: العقد الصحيح

يجب أن يكون الزواج صحيحاً شرعاً، استوفى أركانه طبقاً للمادة 9 و9 مكرر من قانون الأسرة. إذ أن في العقد الفاسد أو الباطل لا يمثل الزوج بشيء (المادة 32 و33 من ق.أ).

- في العقد الفاسد، إلا إذا حكم القاضي بحله وكانت حامل فيلتزم الزوج هنا بالنفقة إلى حين الولادة (نفقة العدة) لأن في هذه الحالة الطفل يُنسب إلى أبيه.
- ويقصد المشرع بالنفقة حسب وسعه وهو أن تبلغ قدر الكفاية وحسب الظروف المادية والاجتماعية للزوج. وتنص المادة 80 من ق.أ.ج على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بيّنة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى" السنوات الأخرى ليس لها الحق في النفقة.

وفي نفس الإطار تنص المادة 79 ق.أ.ج على أن: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم". المقصود بهذه الما وهو أن القاضي عند تقديره للنفقة يجب أن

¹ لم يعرف قانون الأسرة النفقة غير أنه حدّد ما يعتبر من مشتملاتها في المادة 78 من ق.أ.

² من آثار عقد الزواج الصحيح وجوب النفقة للزوجة ما دامت غير ناشز.

³ طبقاً لنص المادة 76 من ق.أ.

يُراعي تقدير النّفقة طبقاً لظروف المعاش وفي حالة تقديره للنّفقة لا يُمكن أن يُطالب بمراجعة التّقدير إلاّ بعد مُضيّ سنة من الحكم، ولكن يجب علينا في هذا الصّدّد أن نُفرّق بين أمرين:

2- يجوز للزّوجة أن تستأنف في الحكم المقدّر للنّفقة، بينما لا يجوز لها طلب مراجعة لتقدير قبل مُضيّ سنة من الحكم.

3- المراجعة (بعد مُضيّ سنة من يوم الحكم) تكون أمام المحكمة التي أصدرت التّقدير، أمّا الطّعن بالاستئناف يكون أمام غرفة الأحوال الشّخصية في المجلس بمضيّ شهر من يوم التّبليغ (شهرين بالنّسبة للطّعن بالنّقض أو الالتماس لإعادة النّظر)

الفرع الثاني: أسباب سقوط النّفقة

تسقط على الزّوج بالأداء وكذلك بالإبراء وكذلك في الحالات التالية:

أولاً: المعقود عليها بعقد فاسد أو باطل

إذا تمّ العقد على امرأة وتبيّن فساد العقد، تسقط النّفقة عن الزّوج ولا يتمّ إلاّ بعد حكم القاضي بقاء العقد أو البطلان المراجعة يُقصد بها تعيينه مثلاً في 92 كان مقدار النّفقة 1.000 دج أمّا في 93 يطلب تغييرها لتصبح 2.000 دج لكن لا يحصل ذلك إلاّ بعد مُضيّ سنة. أمّا فيما ذلك يبقى على عاتقه كما يمكن للقاضي أن يحكم فسخه إذا كان مخالف للنّظام العامّ معناه إذا انتفى ركن من أركان الزّواج وذلك قبل الدّخول.

هل يُمكن للزّوجة إلزام الزّوج قبل الدّخول بالنّفقة؟

لا يمكن إلاّ إذا ألزمته على ذلك (الدّخول) ولها إثبات ذلك فالنّفقة تتحقّق بالدّخول كما يمكن أن يفسخه إذا كانت المرأة من المحرّمات كالرضاع ولا نفقة وإذا تعلّق بعييب من عيوب الإرادة فهي حماية خاصّة يرى أنّ القاضي أنّ الزّواج فيه إكراه فإنّ القاضي في هذه الحالة لا يُمكن أن يحكم بفسخه من تلقاء نفسه لأنه غير مُخالف للنّظام العامّ بالتّالي يلزم الزّوج بالنّفقة.

ثانياً: الزّوج النّاشز في مدّة نشوزها

إذا رجعت إلى زوجها استحقّت النّفقة من حين رجوعها لا يمكن اعتبارها ناشز بمجرد القول وعليه يطلب من الزّوج أن يرفع حكمه إلى القاضي يلزم فيها الزّوجة بالرجوع إلى الزّوجية وكذلك يبلغ الحكم عن طريق محضر قضائيّ.

المشكلة في قانون الأسرة لم يُحدّد لنا المدّة حتى تكون الزّوجة في حكم النّاشز؟ إذا بلغ لها حكم المحكمة فقط فهي في الحقيقة ناشز من يوم صدور الحكم إلاّ إذا استأنفت في الحكم ولها مدّة شهر للاستئناف. إذا

رجعت بعد صدور الحكم وطالت مدّة الخصام لمدة 6 أشهر فلا يُمكن للزّوجة لأن تُطالب بالتّفقة لكن الرّجل يبقى يُنفق عليها من يوم رجوعها.

ثالثا: الزّوجة المرتدّة

الردّة تكون سببا في فسخ الزّواج، قياسا على ما جاء في الما.138 ق.أ: "يُمنع من الإرث اللّعان والردّة" تنصب على الطّرفين لا يُمكن للزّوجة المطالبة بالتّفقة إذا كانت مسلمة أصبحت مسيحية وبالتالي يُفسخ عقد الزّواج.

رابعا: الزّوجة المحبوسة في جريمة من الجرائم

وذلك لفوات الاحتباس الموجب للتّفقة لأنّ بعض الفقهاء يرون بأنّ التّفقة مصحوب بالمكوث بالبيت وعليه فإنّ الاحتباس لا يمكن أن يكون للزّوج حتى التّفقة على الزّوجة وعليه إذا كانت بريئة تعود على الدّولة وتعوّض.

خامسا: الزّوجة العاملة

الشّغل الذي يتطلّب الخروج من البيت الزوجية ومنعها الزّوج عن ذلك هنا خرجت عن طاعة الزّوج تأخذ حكم النّاشز ولا نفقة عليها ولكن لا تسقط التّفقة في حالة ما إذا اشترطته الزّوجة في عقد الزّواج العمل خارج البيت أو استمرارها فيه ورضي الزّوج بذلك.

المطلب الثالث: إثبات النّسب

من أهمّ آثار الزّواج بعد التّفقة إثبات نسب الأولاد وإحاقه بأبيه بعد انعقاد الزّواج والدّخول الشّرعي للزّوجة طبقا للمادّة 40 من قانون الأسرة.

فالنّسب الشّرعي يعتبر حقّ من حقوق الأولاد، لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"¹، وهو الذي يتّبع فيه الولد أباه في الدّين والقانون والحضارة، وينبني عليه الميراث وينتج عنه موانع الزّواج ويتربّب عليه حقوق وواجبات الأبوة والبنوة، أمّا النّسب الغير الشّرعي فلا يتربّب عليه شيء من ذلك إطلاقا، وكانت الشّريعة الإسلامية السّباقية في تأكيد هذا الحقّ، فأقرته منذ أزيد من أربعة وعشرين قرن، منعا لاختلاط النّسب وحفظها من الفساد والاضطراب، وإرساء قواعد البنوة على أساس سليم حتى تقوم الأسرة على وحدة الدّم الذي يعتبر من

¹ أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقّي الشبهات، حديث رقم 1457، ص.154؛ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرّة كانت أو أمّة، ج13، دار الفكر، بيروت، 1991، ص.520.

أقوى الروابط بين أفرادها، وفي هذا يقول عزّ من قائل: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ﴾¹ وَكَانَ رُبُّكَ قَدِيرًا²، وأبطلت آيات الذكر الحكيم ما كان من الطّرق الغير مشروعة لإثبات النّسب في الجاهلية، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ۚ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (4) ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ ۚ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۗ﴾³، وتوعد الله من ينكر لهذه الصّلة بالوعيد الشّديد حيث قال المصطفى صلى الله عليه وسلم: "من ادعى وليًا غير أبيه أو اتّمى إلى غير مواليه، فعليه لعنة الله والملائكة والنّاس أجمعين لا يقبل منه صرفًا ولا عدلاً"⁴، وقال أيضا: "أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه إلاّ احتجب الله عنده وفضحه على رؤوس الخلائق"⁴.

ومن هنا اتّفق الفقهاء على أنّ نسب الولد من أمّه ثابت في كلّ حالات الولادة الشّرعية منها والغير الشّرعية، أمّا نسب الولد لأبيه فبسببه الشّرعي هو الرّواج في العقد الصّحيح أو الفاسد، والوطء بشبهة والإقرار، ومع التطوّرات الطّبيّة ظهرت طرق علمية لإثبات النّسب منها ما هي قاطعة ومنها ما هي نسبية إلاّ أنّ العمل ساري بها في العديد من الدّول العربيّة التي جعلت من الشّريعة الإسلاميّة مصدرا أساسيا لها على الرّغم من عدم وجود حكم شرعيّ لدى الفقهاء الأربعة.

ومن هنا سوف نعالج الطّرق التّقليدية لإثبات النّسب (الفرع الأوّل)، ثمّ الطّرق الحديثة لإثبات النّسب (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الطّرق التّقليدية لإثبات النّسب

جعلها فقهاء الشّريعة الإسلاميّة في أربعة مواضع والمتمثّلة في الفراش، الإقرار، البيّنة والخبرة، والتي أكّد من خلالها المشرّع الجزائري أحكام الشّريعة الإسلاميّة سواء قبل أو بعد التّعديل في نصّ المادّة 40 حيث جعل إثبات النّسب بالرّواج الصّحيح وما يلحقه من زواج فاسد ووطء بشبه أو الإقرار أو البيّنة، وبموجب تعديل قانون الأسرة 05-02 المؤرّخ في 2005/02/28 فإنه لم يمس سوى حرف الفصل (واو) الذي استبدل بحرف الوصل (أو)⁵.

¹ سورة الفرقان، الآية 54.

² سورة الأحزاب، الآيتين 4 و5.

³ رواه مسلم.

⁴ أخرجه التّسائي وابن حبان.

⁵ بوقندورة سليمان، التّوابع الفقهيّة في الأحوال الشّخصية، الباب الأوّل: الرّواج والحلاله، دار الأملية للتّشريع والتّوزيع، الطّبعة الأولى، الجزائر، 2015، ص.219.

أولاً: الطرق المرتبطة بالفراش

إنَّ أهمَّ قاعدة في إثبات النسب هو قيام العلاقة الزوجية هو ما يُعرف بالنسب الشرعي الذي هو في الأصل مرتبط بعقد الزواج الصحيح أو كما يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالفراش، والذي حرص عليها الشارع الحكيم وبعده التشريعات الوضعية بما فيها التشريعات المغاربية ومنها المشرع الجزائري والمغربي والتونسي، ويثبت أيضا بما ألحق بالفراش من البيئة والإقرار.

1- إثبات النسب بالزواج الصحيح (الفراش):

في بادئ الأمر ينبغي التطرق إلى مفهوم الفراش باعتباره القاعدة التي يقوم عليها النسب.

أ- **الفراش في اللغة:** يُقصد بالفراش من الناحية اللغوية ما ييسط عادة للنوم أو الجلوس عليه ومنه جاء في لسان العرب لابن منظور "فرش الشيء يفرشه وفرشه فافترشه أي بسطه، والفرش مصدر فرش يفرش وهو بسط الفراش، وجمعه أفرشة أو فُرُش" ويحكى عن الفراش والفراش المرأة وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿إِنَّا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً (35) فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَارًا (36) غُرُبًا أَتْرَابًا﴾¹، حيث كُتِبَ سبحانه وتعالى بالفُرُش -مفردا فراش- عن النساء وهنَّ الحور العين اللواتي رُفِعن بالجمال الفاتن عن نساء الدنيا، وجاء في الأثر أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في معناه عن الحور العين "لو اطلعت إحداهنَّ إلى الأرض، لحرقت الأرض بنورها"².

ب- **الفراش في الاصطلاح:** يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة، أو كون المرأة معدة للولادة من رجل معين، ولا يكون ذلك عادة إلاَّ الزواج الصحيح أو ما ألحقه به الشرع، وعليه متى أنجبت المرأة بعد زواجها بشروط سنذكرها بعد حين ثبت نسب ذلك المولود من الزوج دون حاجة منه إلى إقرار أو بيّنة تقيمها الزوجة بعد ذلك، تطبيقا لحديث الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" أي أن الولد ثمرة الفراش ونتيجة الزوجية وقد اختلف في تفسير معنى الفراش فذهب الأكثر إلى القول بأنه المرأة وقد يعبر به حال الافتراش وقيل أنه اسم للزوج، روي ذلك عن أبي حنيفة وأنشد ابن الأعرابي مستدلاً على هذا المعنى قول جريج باتت تعانقه وبات فراشها³، وقوله "للعاهر الحجر" أي العاهر الزاني، ويقال عهر أي زنى، قيل ويختص ذلك بالليل، وعهر المرأة كمنع عهرا ويكسر ويحرك، وعهارة بالفتح وعهوره، وعاهرها عهارة: أتاها ليلا للفجور أو نهارا، فلا ثمرة له ولا ينسب إليه مولود وله الحجر، لأنه يقال عند العرب لمن خاب ولم يكن ثمرة أي بيده التراب أو أن له الحجر، وقيل المواد بالحجر أن يرجم بالحجارة إذا زنى، لكن لا يرجم بالحجارة كلَّ زاني بل المحصن منهم فقط⁴.

¹ سورة الواقعة، الآيتين 34-36.

² ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة الأعلی للمطبوعات، الجزء الثاني، بيروت، ص.3896.

³ بوقندورة سليمان، التواضع الفقهية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.224.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.3912.

وثبوت النسب بالفراش دون حاجة إلى أي دليل آخر مؤداه أنّ الزوجة متى أنجبت بعد الزواج وفي الظروف المألوفة، فالمولود من الزوج يقينا، واحتما لأنه من غيره مرفوضا، لأنّ الأصل اعتبار أحوال الناس على الصّلاح، حتى يثبت العكس بالطرق المحددة حصرا في هذا الشأن.

ج- السند الشرعي لقاعدة الولد للفراش: روى الإمامان بخاري ومسلم في صحيحهما، عن ابن شهاب الزهري عن عروة أنّ السيّد عائشة أمّ المؤمنين قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص زعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه، انظر إلى شبهه...، وقال ابن زمعة يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه فرأى شبها بيّنا بعتبة، فقال هو لك يا ابن زمهة، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجني منه يا سودة بين زمعة، قالت عائشة رضي الله عنها فلم ير مودّة قطّ".

هذا الحديث يعتبر أصلا في ثبوت النسب بواسطة الفراش أي عقد الزواج المبرم بين الطرفين، وهو حديث إضافة إلى رواية الشيخين، فقد ورد عن بضع وعشرين صحابيّا -والله أعلم- المهمّ أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية وعلى مرّ العصور فقد أجمعوا على أنّ النسب يثبت بالفراش وأنّ الفراش يثبت بالزواج¹، وهو تأكيدا للقاعدة الفقهية المشتركة بين أغلب الفقهاء الولد يتبع أباه في النسب والولاء ويتبع أمّه والحرية والرق².

د- تأكيد قاعدة الفراش في التشريع الجزائري: في بادئ الأمر ينبغي الإشارة أنّ التشريع الجزائري أخذ بما سبق ذكره في أنّ أهمّ ما يثبت به النسب هو الزواج الصّحيح أو الفراش ما يلحقه، والزواج الصّحيح من منظور القانون يختلف عمّا هي موجود في الشريعة الإسلامية، وهذا الاختلاف هو عصاراة المجهودات الغربية في إفراغ عقد الزواج من محتواه تحت عنوان الاتفاقيات الدولية في هذا الإطار والتي صادقت عليها الجزائر.

وعليه حتى يعتبر العقد صحيحا بالنسبة للمشرّع الجزائري وجب أن يتعقد وفقا لأحكام المواد 4 و9 و9 مكرّر 32 و33 و34 من قانون الأسرة.

نصّ المشرّع الجزائري في نصّ المادة 41 من نفس القانون على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيّا وأمكن الاتّصال ولم ينغه بالطرق المشروعة".

والمادّة 42 من نفس القانون: "أقلّ من الحمل ستة أشهر، وأكثرها عشرة أشهر".

¹ ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص. 3912.

² محمد بن عبد الله بن عابد الصّواط، القواعد والضوابط الفقهية لابن تيمية في فقه الأسرة، دار البيان الحديث، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، ص. 404: "ثمّ التنصيص على هذه القاعدة لأجل تأكيد قاعدة الولد للفراش".

والمادة 43: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة"¹.

أ- إمكانية الاتصال بين الزوجين:

إنّ العقد الصّحيح غير كاف لثبوت النسب فيشترط التّلاقي بين الزوجين، وهو رأي جمهور الفقهاء ما عدا الحنفية الذين قالوا إنّ مجرّد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال².

المشرّع الجزائري في المادة 41 من قانون الأسرة اشترط إمكانية الاتصال بين الزوجين لثبوت النسب لأنّ هذا الأمر يتفق مع قواعد التشريع الإسلامي - جمهور الفقهاء - والمنطق والمعقول.

ب- الولادة بين أقصى وأدنى مدّة للحمل:

اتّفق الفقهاء الأربعة على أنّ أقلّ مدّة للحمل هي 6 أشهر أي 180 يوم من تاريخ التّوابع، وهو ما أخذ به المشرّع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة.

بالنسبة لأقصى مدّة الحمل فلم يردّ نصّ لا في القرآن ولا السنّة النبوية، وقد اختلف الفقهاء في تحديدها على عدّة أقوال:

سنتان بالنسبة للمذهب الحنفي مستندا في هذا الرّأي من قول عائشة رضي الله عنها أنّها قالت: "لا تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحوّل ضلّ عمود المغزل"، أي أنّ الجنين لا يبقى في بطن أمّه أكثر من سنتين³.

أما بالنسبة للشافعية والمالكية قالوا في المشهور عندهم أنّ أقصى مدّة الحمل أربع سنوات وفي قول آخر أنّها خمس سنوات وهناك من يزيد عن ذلك.

بالنسبة للقوانين الوضعية فنصّ المشرّع الجزائري على أنّ أقصى مدّة للحمل هي عشر أشهر من تاريخ إبرام عقد التّوابع وثبوت إمكانية الاتصال بين الزوجين وهذا بموجب المادة 42 من قانون الأسرة بقولها: "أقلّ مدّة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر أشهر"، والواضح في هذا الأمر أنّ المشرّع الجزائري أخذ بهذه المدّة التي فيها خروج عن أحكام الفقه الإسلامي على أساس التطوّرات العلمية في هذا المجال إذا أثبتت أنّ الجنين لا يمكث في بطن أمّه لأكثر من تسعة أشهر إلّا نادرا بنسبة 0,01%.

¹ المواد 41، 42، 43 من القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، المعدّل والمتّمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

² أحمد فراج حسين، أدلّة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.194.

³ باديس ذيابي، حجية الطّرق الشّرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء ق.أ.س، دار الهدى، عين ميله، الجزائر، 2010، ص.122.

ج-عدم نفيه بالطرق المشروعة:

الأصل أنه متى تمّ الزواج صحيحا وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومضت المدّة المطلوبة عند الشّرع والقانون في ولادة الولد، بين أدنى وأقصى مدّة الحمل، ثبت نسب المولود من الأبوين معا. ولا يجوز للزوج نفي المولود إلاّ بالطرق الشرعية أو المشروعة، كما عبّر عنها المشرّع في نصّ المادّة 41 من ق.أ: "... ولم ينفه بالطرق المشروعة...". لكن المشرّع لم يورد عبارة "اللّعان" صراحة في هذه المادّة، ومنه تحتل عدّة معان. وتوحي بأنّ هناك عدّة طرق، لم يذكرها المشرّع على سبيل الحصر، لكنه استدرك الأمر في المادّة 138 من نفس القانون حينما أورد عبارة "اللّعان" بقوله: "يُمنع من الإرث اللّعان والردّة"، وبتطبيق أحكام المادّة 222 من قانون الأسرة التي نُحِيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، نستنتج أنّ اللّعان، وبصفة ضمنية، هو الطّريق الشّرعي لنفي النّسب"¹.

ويأخذ اللّعان صورتين تتمثّل الأولى في: أن يرمي الرّجل امرأته بالزنا ولم يكن له أربع شهود يشهدون عليها بما رماها به، أمّا الصّورة الثانية هي الأوضح في أروقة المحاكم وهي ما عالجتها غرفة الأقسام وغرف شؤون الأسرة والمحكمة العليا بشكل كبير جدّا، كذلك الصّورة الأولى فهي الجسّدة بشكل واسع فيما يعرف في القانون والبحث ومكافحة الجريمة والتي يحكمها قانون العقوبات وأحاطها بكثير من الإثبات والدلائل التي لا بد من توافرها للقول بقيام جريمة الزنا.

آثار اللّعان:

1. الفرقة بين المتلاعنين:

أجمع الفقهاء على أنه إذا تلاعن الزوجان وقعت الفرقة بينهما بشكل مؤكّد ولا حديث عن رفع التّحريم بينهما بأيّ حال من الأحوال، فعن ابن عبّاس أنّ النبيّ صلى الله عليه وسلم قال: "المتلاعنان إذا تفرّقا لا يجتمعان أبدا"، وعن عليّ ابن مسعود رضي الله عنه قال: "مضت السنّة ألاّ يجتمعا المتلاعنان"، وأساس هذه التّفرقة أنه قد وقع من الاضطراب والكرهية في العلاقة إلى حدّ مسّ عقّة وشرف المتلاعنين، وهو ما يعني هدم كامل لكيان الحياة الزوجية من مودّة ورحمة.

والتّساؤل يطرح حول ما إذا تراجع الزوج عن ملامعته لزوجته وأقرّ بأنّ الحمل أو الولد منه؟

الجواب ليس واحدا عند الفقهاء حيث قال الجمهور بأنّ ذلك لا يغيّر من الأمر شيئا وأنّ الفرقة تظلّ أبدية واستندوا على ما سبق من أحاديث.

¹علالّ بزروق أمال، أحكام النّسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاصّ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2016، ص.40.

أما الحنفية قالوا بأنه إذا كتب الزوج نفسه بطل حكم اللعان، كما يلحق به الولد فكذلك تردّ له زوجته بعدما يجلد جلد الحدّ، ويجوز بعدها مراجعة زوجته بعقد جديد كون السبب الموجب للتّحريم إنّما كذبه وبانكشافه يرفع التّحريم.

ويثور التّساؤل أيضا عن خاصية الفرقة الحاصلة بين الزوجين باللّعان، هل يعني طلاقا أم فسخا؟

حسب رأي الجمهور في هذه المسألة تعدّ الفرقة الواقعة باللّعان فسخا ودليلهم على ذلك تأييد التّحريم وأنّ هذا الفسخ يمنع المرأة من مستحقّاتها كنفقة العدة والمسكن وهما حقان ثابتان في الطّلاق دون الفسخ، واستشهدوا في ذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "قضى أنّ لا قوت لها ولا سكن، من أجل أنّهما يتصرّفان من غير طلاق ولا متوفى عنها" رواه أحمد وأبو داود.

في حين يرى الحنفية أنه طلاق بائن لأنّ سببها من جانب الرّجل، إذ لا يمكن تصوّرها من المرأة.

2. إلحاق نسب الولد بأمه:

يعدّ من أهمّ أثر يترتّب على اللّعان، فمتى نفى الرّجل نسب ابنه وحكم له بذلك انتفى نسبه من أبيه وزالت كلّ الآثار المترتبة عن هذا التّسبب من سقوط للتّفقة والتوارث فيما بينهما ويلحق بأمه، وله أن يرثها وترثه.

وجاء فيما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه قال: "وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين أنه يرث من أمّه وترثه أمّه ومن رماها به جلد ثمانين" وهو الحديث الذي يدعّم قاعدة الولد للفراش¹.

ومن سكوت المشرّع الجزائري في ق.أ.س عن طبيعة الفرقة الحاصلة نتيجة اللّعان، يظهر الاتجاه في اعتباره طلاقا، لعدم ذكر اللّعان ضمن الأنكحة الفاسدة في المواد 32 و35 ق.أ.

وعليه متى تراجع الزوجان عن الملاعنة أمكنه ردّ الزّوجة لأنّ حكم اللّعان صار باطلا، وهو رأي الحنفية، وهو الأمر الذي اتّخذت فيه المحكمة العليا موقفا صارما في عدّة قرارات من اعتبار أنّ أجل رفع اللّعان في ظرف أسبوع من العلم بالحمل (باستثناء بعض الظروف الخاصّة).

3. إثبات التّسبب بالإقرار والبيّنة:

في كلتا الحالتين تتطلّب وجود عقد زواج.

¹ باديس ذيابي، حجية الطّرق الشّرعية والعلمية في دعاوى التّسبب على ضوء ق.أ.س، المرجع السابق، ص.131.

- الإقرار بما يتفرّع على أصل النسب: كالعمومة أو الأخوة وغيرها، وهذا الإقرار فيه تحميل النسب على غير المقرّ، لأنّ من أقرّ بأنّ فلان أخوه اقتضى أن يكون المقرّ له ابنا لوالد المقرّ أولا، فإذا صحّ الإقرار، صحّ أن يكون المقرّ أبا للمقرّ له¹.

المشرّع الجزائري اعتبر الإقرار كطريق من طرق إثبات النسب في المادة 40 ق.أس، وقد نصّ في المادة 44 من نفس القانون على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدّقه العقل أو العادة" وهذا يندرج ضمن نوع الإقرار بأصل النسب ويشترط فيه:

- أن يكون المقرّ له بالبنوة مجهول النسب: وبالتالي لا يمكن الإقرار بشخص له نسب معلوم، كطلك ولد الملاعنة لا يثبت نسبه بالإقرار للزوج الملاعن²؛

- ألا يكون لمقرّ له مولود من خلال علاقة جنسية غير شرعية؛

- أن يصدق هذا الإقرار العقل والعادة: حيث لا يثبت النسب لشخص بإقرار شخص آخر من نفس سنّه أو بينهما فارق ضئيل لا يمكن أن يلد أحدهما الآخر؛

- يجب أن يصدق المقرّ له إذا كان مميّزا أهلا للمصادقة، وإذا كان غير مميّز يثبت النسب دون الحاجة إلى تصديق.

أما في حالة إقرار الشخص بالنسب على غير البنوة فنصّت المادة 45 من قانون الأسرة على أنّ: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقرّ إلاّ بتصديقه".

من خلال هذا النصّ نستنتج أنه يثبت النسب كذلك بالإقرار لما يتفرّع على أصل النسب فبالإضافة إلى الشّروط السّالفة الذّكر يلزم أن يصدق المقرّ عليه بالنسب ولا يكون لإقرار المقرّ أيّ أثر بثبوت النسب، وأن يقيم المقرّ بيّنة على دعواه أن يصدق ورثة المقرّ في حالة وفاته، ويرى بعض الفقهاء على أنّ تصديق الورثة دعوة المقرّ بيّنة، يصبح إثباتا بالبيّنة لا بالإقرار³.

- البيّنة:

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.193.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصيّة، دار الفكر العربي، ص.369.

³ إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء، من إعداد شروقي محترف، الدفعة 2005-2008، ص.24-25.

البينة هي حجية متعددة بخلاف الإقرار، وهي شهادة رجلين أو أكثر، أو شهادة رجل وامرأتين، أما البينات التي يمكن استعمالها اليوم فتتمثل في الوثائق الرسمية المستخرجة من سجلات الحالة المدنية كشهادة الميلاد والوفاة وشهادة الجنسية والحالة العائلية، بل هي اليوم أوثق وأقوى من سائر البيانات الأخرى. إلا أنه وجد قديما ما في هذا الإطار ما يعرف بالقافة أو القيافة، فعن عائشة رضي الله عنها قالت: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليّ مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: ألم تري أنّ مجززا نظر آنفا إلى زيد بن الحارثة وأسامة بن زيد فقال هذه الأقدام من تلك أو بعضها من بعض.

وهذه الوسيلة اعتمدت لإثبات النسب أو لنفيه أحيانا، وكلمة قاف وجمعها قائف والقائف هو من يتبع الآثار ويعرف من سلك الطريق بمعرفة الآثار ويعرف سببه الرجل بأبيه أو بأخيه.

والقيافة اسم لنوع من أنواع الفراسة وهي من العلوم القديمة عند العرب، واشتهر بها بنو مدلج وهم بطن من بطون كنانة، وشاعت أيضا عند بني أسد...، وتعرف كفاءة القائف بالتجربة.

وبالرجوع للحديث المذكور، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن يشكّ في نسب أسامة من زيد، بل الناس كانوا يشكّون في ذلك لأنّ زيد كان أبيض البشرة وأسامة كان أسود، أما سرور الرسول صلى الله عليه وسلم لما قال القائف، فهو سرور لتأكيد القائف الحقيقة حتى يكف الناس عن ادّعاءاتهم.

وبالنسبة للشكّ في النسب فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، "فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال أنّ رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله، إنّ امرأتي ولدت غلاما أسودا، قال هل لك من من إبل؟ قال: نعم، قال فما لمونها؟ قال: حمر، فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل فيها من أورك: قال: نعم، قال: فأنت ذلك؟ قال: لعله نزع عرق، فقال صلى الله عليه وسلم لعلّ ابنك نزع عرق" ¹ متفق عليه.

ثانيا: إثبات النسب في غير الفراش

نتطرق إلى دراسة طرق إثبات النسب في غير الفراش، أي في غير وجود العلاقة الزوجية أو الزواج الصحيح ويتمثل في نكاح الشبهة، أو كان متعلق بوجود زواج من قبل وحكم بطلانه أو فساده.

1- نكاح الشبهة:

الشبهة لغة مشتقة من الفعل شبه، ويقال الشبه والشبيهة معناه المثل وجمعه أشباه، وفي المثل من شبه أباه فما ظلم، وشبهه عليه أي خلط عليه الأمر حتى اشتبه بغيره، واشتبه الأمر إذا اختلط ².

¹ باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء ق.أ.س، المرجع السابق، ص.101.

² ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص.769.

أما اصطلاحاً هي كل ما لم يتيقن منه هل هو حلال أم حرام، ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس"، وفي حديث آخر يقول صلى الله عليه وسلم: "ادروا الحدود بالشبهات ما استطعتم".

والوطء بشبهة هو الاتصال الجنسي غير الزنا الذي يقع بسبب غلط يقع فيه الشخص وقيل هو وطء حرام، والشبهة تقع في الفعل كالذي يطأ من طلقها ثلاث ولازالت في فترة العدة، أما شبهة المحل هي عكس الأولى وتمثل في وجود دليل ينفي حرمة المحل ودليل آخر يجرمه كمن يطأ أمة ابنه بالاستناد إلى قوله صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك"، أما النوع الثالث فيتمثل في شبهة العقد وهي الشائعة في هذا الزمان كالعقد أو الوطء بامرأة ثم يتبين أنها من المحرمات، وهنا يختلف الأمر في علم الشخص بمحرمتها من عدم علمه، فإذا كان عالماً بأنها محرمة عليه يُطبق عليه حدّ الزنا أما إذا لم يعلم فيسقط عنه الحد¹.

إذ تنصّ المادة 42 من ق.أس، وفي هذا الصدد فقد صنّفت المحكمة العليا الاغتصاب باعتباره نكاح شبهة من خلال قرار غرفة شؤون الأسرة والمواريث بتاريخ 2011/05/12 "حيث أنه وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين وأنّ قضاة الموضوع أسقطوا نسب البنت عن المطعون ضده اعتماداً على أنّ البنت ولدت بعد شهر وثلاث أيام من انعقاد الزواج واستنتجوا من ذلك أنه كان نتيجة علاقة غير شرعية.

حيث أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 40 ق.أ فإنّ النسب كما يثبت بالزواج الصحيح فإنه يثبت بالإقرار والبيّنة وبنكاح الشبهة وبالتالي فإنه كان على قضاة الموضوع التحقق بما دفعت به الطاعنة من أنّ المطعون ضده هو من قام بتسجيل البنت باسمه بعد تعرّضها للاغتصاب منه وإبرامه لعقد الزواج اللاحق على الحمل في محاولة للتهرب من المتابعة الجزائية لأنه في حالة ثبوت الاغتصاب بحكم قضائي يعدّ وطء بالإكراه ويكيف بأنه نكاح شبهة يثبت به النسب وفقاً لنصّ المادة المذكورة فضلاً عن أنه في حالة ثبوت أن المطعون ضده هو من قام بالتصريح لضابط الحالة المدنية وهو موظف عمومي بمقتضى وظيفته بتسجيل البنت باسمه في سجلات الحالة المدنية فإنّ ذلك يُعدّ إقراراً منه بنسب البنت وفقاً لنصّ المادة 40 المشار إليها وأنّ المقرّر شرعاً أنّ الإقرار بالبنوة المجرد والذي ليس فيه تحميل النسب على الغير يثبت به النسب متى كان إقراراً مباشراً فيه تحميل النسب على النفس وأنّ الإقرار بذلك يعدّ حجّة في ثبوت النسب من المقرّر ولو ثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النفي من المقرّر لما في ذلك من حقّ البنت في النسب ولا يصدق المقر في التراجع عنه والمطالبة بإسقاطه ممّا يجعل الوجه سديد ويعرض للقرار للنقض".

¹ إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء، من إعداد شروقي محترف، الدفعة 2005-2008، ص.22.

من خلال هذا القرار نستنتج أنّ له أصل في الفقه لدى الشافعية حيث قالوا أنه إذا استكره الرجل المرأة على الزنا، أقيم عليه الحد ولا يقام عليها، لأنها مستكرهة مغلوبة على أمرها ولها مهر مثلها، حرّة كانت أم أمة، ويثبت النسب منه إذا حملت المرأة وعليها العدة¹.

2- الزواج الفاسد:

يعتبر الزواج الفاسد كاستثناء من قاعدة الفراش على أساس أنه عقد الزواج يصبح كأن لم يكن بعد ثبوت فساد، إلا أنّ هذه القاعدة لم تؤخذ على إطلاقها إذ أنه على الرغم من الحكم بفساد الزواج إلا أنه لا يمنع من ترتب بعض الآثار أهمّها النسب.

فمثلا إذا تزوّج رجل بامرأة وقد انتفى في هذا العقد شرط من شروطه أو ركن من أركانه يؤثّر على صحّة النكاح، فإنّ هذا النكاح يحكم بفسخه ولو بعد الدخول².

إلا أن الفقه الإسلامي اختلف حول تحديد الأنكحة الفاسدة والباطلة فمنهم من يعتبرها مترادفة وهو رأي جمهور الفقهاء، ومنهم من يميّز بينهما وهو رأي الحنفية.

- رأي الجمهور: اعتبر أنّ الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروطه، وهو على قسمين:

زواج متفق على فساد: وهو ما يكون فساد مؤبّد لا يتغيّر بتغيّر الأحوال، وهذا النوع متفق على تحريمه بين جميع الفقهاء، كالزواج من الحرّات بالنسب أو المصاهرة.

زواج غير متفق على فساد: وهو ما يكون فسادا مؤقتا إذا زال سبب فساده أصبح صحيحا، ولذلك نجد بعض الفقهاء يعتبرونه صحيحا والبعض الآخر يعتبره باطلا كنكاح المحرم ونكاح المريض، فإذا وقع العقد فاسدا فلا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، أمّا إذا حدث دخول بعد العقد دون العلم بفساده وتحريمه، فإنه يترتب عليه بعض الآثار المحدودة كحرمة المصاهرة ووجوب المهر وثبوت النسب.

- رأي الحنفية: عرفوا كلّ نوع على حدة:

الزواج الفاسد: وهو ما حصل خلل في أوصافه بأن كان فيه شرط خارج عن ماهيته وأركانه كعدم حضور الشهود أو أن يتزوّد الرجل بمن تحرم عليه دون علمهما وقت العقد بالحرمة، والزواج الفاسد قبل الدخول لا يترتب عليه

¹ بوقندورة سليمان، الزواجر الفقهية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 252-253.

² عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص. 192.

أي أثر من آثار الزواج، أما بعد الدخول فيترتب عليه وجوب المهر لوجود شبهة في العقد وهي كافية لدرد الحد، وإذا سقط الحد وجب المهر وهو مهر المثل، ويثبت به نسب الولد استنادا لمبدأ الاحتياط، ولا تجب طاعة ولا نفقة بعد التفريق بينهما وعدة التفرقة لفساد الزواج نفسها عدّة المطلقة من زواج صحيح.

الزواج الباطل: ما كان خلل في ركن من أركانه أو في أهلية المتعاقدين أو فقد شرطا من شروط انعقاده ولا يترتب عليه أي أثر شرعي ويعتبر وجوده كعدمه ولا يثبت فيه سوى حرمة المصاهرة¹.

المشروع الجزائري أخذ برأي الحنفية حيث نصّ في المادة 32 على الزواج الباطل والمادة 34 على الزواج الفاسد، وهو نفس الحكم الذي أخذ به المشروع المغربي في نصّ المواد 60 و61 من المدونة بالنسبة للزواج الفاسد، والمادة 57 بالنسبة للزواج الباطل.

أما فيما يخصّ الزواج الفاسد فقد اعترف المشروع الجزائري بنسب المولود من نكاح فاسد وجعل له قرينة تتمثل في الدخول الحقيقي وحصول الحمل خلال المدد المنصوص عليها في المادة 42 ق.أ، والمدّة تحسب من يوم الدخول الحقيقي لا من يوم العقد، لأنّ سبب النسب هو الدخول مع الشبهة².

الفرع الثاني: دور الطرق العلمية والتلقيح الاصطناعي لإثبات النسب

إنّ النسب باعتباره أهمّ أثر يترتب على عقد الزواج، فقد جعل الشارع الحكيم جميع الوسائل المتاحة للوصول إلى حقيقة نسب الطفل المولود ولم يبلغ أيّ وسيلة ممكنة ممّا عرفه الناس وخبروه في حياتهم كالقيافة التي عرفها المجتمع العربي، والطرق التي سبق وتطرقتنا إليها ليست هي فقط ما يمكن الاستعانة بها في الوصول إلى حقيقة نسب الطفل وإثباته من أهداف الشريعة الإسلامية هي الوصول إلى معرفة الحق وإحقاقه وبالتالي فإنّ كلّ ما يمكنه إيصالنا لمعرفة الحقيقة تعتبر مشروعة³. والطرق العلمية لإثبات النسب إذ وعلى الرغم من عدم تطرّق الفقهاء إلى حكمها على اعتبار أنّها وسائل مستحدثة، إلاّ أنه لا يوجد ما يمنع من استعمالها في إثبات النسب مع مجموعة من الضوابط وهذا ما سنتطرّق إليه.

أولا: الطرق العلمية لإثبات النسب

تنوّعت هذه الطرق العلمية وتطوّرت بموجب الاكتشافات الطبيّة الحديثة إذ كان العلم في زمن مضي يخضع لطريقة واحدة للدلالات الوراثية في مجال البحث الجنائي، وذلك حتى أواخر الستينيات وهي الطريقة التي تُعرف بخلايا الدم الحمراء (ABO) إلاّ أنّ هذا النظام لا يُجدي نفعاً خاصّة إذا ما تعلّق الأمر بالزواج العائلي، أكثر من ذلك

¹ عبد الرؤوف دباش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة، مجلّة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، ص.70-71.

² الغوي بن ملحّة، أحكام قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2015، ص.147.

³ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.200.

فإنّ إمكانية نجاحها في إثبات النسب لا تتجاوز 40% بينما في نفيه فإنّ حجيتها 100%، تلا هذا الاكتشاف تحليل الحامض النووي أو ما يُسمّى بالبصمة الوراثية (ADN) إضافة إلى أنظمة أخرى قيد الاكتشاف¹.

1- نظام البصمة الوراثية:

في ظلّ الاكتشافات العلمية الحديثة، ظهرت منذ سنوات قضية البصمة الوراثية أو محتوى الحمض النووي، والذي يعني أنّ لكلّ إنسان بصمة خاصّة به لا تتكرّر، يرث أحد شقيقه عن أبيه والآخر عن أمّه. وتُعتبر هذه المسألة من القضايا المستحدّة التي اختلف فيها فقهاء العصر، وتعتبر حجّة يُعتمد عليها كلياً أو جزئياً².

في تعريف المشرّع لم نعتز على تحديد مدلول المصطلح، سوى ما جاء في التعديل الأخير لقانون الأسرة في المادة 40/2، وهذا غير كاف.

أمّا من منظور الطبّ والبيولوجيا تتعلّق بالشخصيات الوراثية، وتُستخدم في الطبّ الشرعي، كما هو الحال في إثبات الهوية وإثبات النسب وإثبات الجريمة.

ويمكن تعريف البصمة الوراثية على أنّها: "البنية الجينية التفصيلية التي تدلّ على هويّة كلّ فرد بعينه، وتحدّد طبيعته الصحيّة بالتحليل الوراثي لجزء أو أكثر من الحمض النووي (ADN) بطريقة شبه يقينية"³.

2- العمل بالبصمة الوراثية في إثبات النسب بالنسبة للتشريعات:

في الحقيقة لم يتوانى كلّ من المشرّع الجزائري والمغربي والتونسي في التّصنيف على إمكانية اللّجوء إلى البصمة الوراثية في النسب.

فبالنسبة للمشرّع الجزائري فقد عرف مرحلتين، الأولى تتمثّل في ما قبل صدور التّعديل حيث لم يكن لهذه الطّريقة وجود في النّصّ القديم الذي كان يقيد سلطة القاضي في هذا الشّأن، إلّا أنه من خلال تعديل 2005 في المادة 40/2 ق.أس: "يجوز اللّجوء إلى الطّرق العلمية لإثبات النسب"، وفي هذا الصّدّد قضت المحكمة العليا في قرارها الصّادر في 2006/03/05 أنه: "حيث بالاطّلاع على القرار المطعون فيه الذي تبنيّ الحكم المستأنف فيه، يتبيّن منه أنّ قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطّاعنة الرّامي إلى إلحاق نسب المولود (س-م) للمطعون ضده باعتباره أباً له، كما أثبتته الخبرة الطّبيّة (ADN) في ذلك على المادة 40/2 ق.أس، رغم أنّ هذه الأخيرة تفيد أنه يثبت النسب بعدّة طرق منها البيّنة ولما كانت الخبرة العلمية (ADN) أثبتت أنّ هذا الطّفل ابن المطعون ضده ومن صلبه

¹ شروقي محترف، إثبات النسب ونفيه وفقاً لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2005-2008، ص.41.

² علّال برزوق أمال، مرجع سابق، ص.288.

³ عبد الرحمن أحمد الرّفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 2005، ص.37.

بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطّاعنة، وبالتالي كان عليهم إلحاق نسب هذا الولد بأبيه وهو الطّاعن، ولا أن يختلط عليهم الأمر بين التّوابع الشّرعي الذي تناولته المادّة 41 ق.أس وبين إلحاق النّسب الذي جاء نتيجة لعلاقة غير شرعية، خاصّة وأنّ كلاهما يختلف عن الآخر ولكلّ واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أنّ الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطّاعنة فإنه يلحق به، الأمر الذي يتعيّن معه نقض القرار المطعون فيه".

2- التّنازع بين الفراش والخبرة الطّيبية:

أجمع الفقهاء على أنّ الفراش من أقوى الأدلّة ولا يعلوا عليه شيء من الأدلّة سوى اللّعان، ولا يلجأ إلى البصمة الوراثية إلّا في حالة التّنازع في الإثبات، وفي هذا الصّد يقول أحد الفقهاء: "وعلى ذلك فإنّ أدلّة ثبوت النّسب من الفراش والبيئة والشّهادة والإقرار إذا وجدت كلّها أو بعضها فإنّها تقدّم على البصمة الوراثية"، وعليه فتبعاً لقاعدة إحياء الولد وعدم تضييعه فإنّ النّسب يلحق بالفراش صحيحاً أو فاسداً أو بوطء شبهة ولا داعي لإدخال البصمة الوراثية إلّا عند الضّرورة القصوى.

المشرّع الجزائري لم يوضّح الطّرق المشروعة لنفي النّسب وبالتالي فبموجب المادّة 222 من ق.أس التي تحيل إلى أحكام الشّريعة الإسلامية، حيث نصّت هذه الأخيرة على طريق واحد لنفي النّسب ألا وهو اللّعان.

ثانياً: التّلقيح الاصطناعي ودوره في إثبات النّسب

التّلقيح الاصطناعي هو طريق حديث وسبيل لتحقيق حلم الأمومة والأبوة لدى الأزواج، فمع التطوّر العلمي الحاصل في هذا المجال، لم يعد الإنجاب منحصرًا في فقط بالمفهوم الطّبيعي، إذ ظهر الإنجاب الصّناعي ومعه تحمل بواسطة التّلقيح عندما تتعدّد إمكانيّة الإنجاب الطّبيعي.

1- مفهوم التّلقيح الاصطناعي:

هو إدخال مني الرّجل في رحم المرأة بطريقة آلية دون أن يتمّ اتّصال بينهما، وأوّل ما عرف كان سنة 1799 حيث قام به HUNTER إذا تعلق الأمر بزوجين عقيمين بسبب وجود عاهة وراثية بالتّزوج وتمّت العملية بمني هذا الأخير، وتتمّ عملية التّلقيح الاصطناعي إمّا بطريقة داخلية وهو ما يعرف بالتّلقيح الدّاخلي، أو بطريقة خارجية وهو بطبيعة الحال التّلقيح الخارجيّ أي الذي يكون خارج رحم المرأة، وقد أجمع الجمع الفقهي الإسلامي بمكّة المكرّمة على أنّ الطّريقة الأولى هو الأسلوب الجائز شرعا بين التّوجين.

2- مشروعية التلقيح الاصطناعي

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول:

تحريم الإخصاب خارج الجسم بين الزوجين، قبل من العلماء المعاصرين منهم الشيخ رجب التميمي والصدیق الضرير وهارون خلف جيلي. استدلل أصحاب القول الأول، القائل بتحريم الإخصاب خارج الجسم بما يلي:

- إنَّ إنجاب الولد يكون بالمعاشرة الطبيعيّة بين الزوجين بدون وجود طرف ثالث، والمعلوم أنّ التلقيح خارج الجسم فيه طرف ثالث وهو الطّبيب الذي يأخذ الحيوان المنوي من الرّوج والبويضة من الرّوجة ويضعهما في "طبق بيتري"، ثم يضعهما بعد مدّة معيّنة في رحم الرّوجة.
- فيه انتهاك لحرمة الإنسانية وحرمة الزوجين، باعتبار أنّ العلاقة الزوجية لا بد أن تتمّ في إطار سرّي.
- أنّ فيه فتح لباب الفتنة، وذلك أنّ الطّبيب كغيره من البشر غير معصوم، فقد يعتريه بعض الهوى فيلجأ لإنجاح عملياته باستخدام حيوانات منوية أو بويضات من غير أحد الزوجين.
- احتمال الخطأ في العملية ممكن، وذلك أنّ الطّبيب قد يخطئ في وضع البويضة مع حيوان منوي لزوج آخر أو العكس أو وضع الأجنّة في رحم غير الرّوجة، ممّا يعتريه الشكّ والظنّ في الأنساب، فيحرم بناء على القاعدة الشرعية "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح".
- إنّ المادّة التي تساعد البويضة على الانشطار والحيوان المنوي على التفاعل غير معروفة، ممّا يعني احتمال وجود مواد محرّمة وغير شرعية.
- ما ينتج عنه من تشوّهات وأعراض مرضية تنتهي بالمولود إلى الموت إلّا نادرا، وحكم التّادر لا قيمة له.

القول الثاني:

إباحة الإخصاب خارج الجسم بين الزوجين، وأنه واقع في دائرة القانون والشّرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية، وهو عمل مشروع لا إثم فيه ولا حرج، وهذا ما توصل إليه مجتمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة بمكّة وأكثر العلماء المعاصرين منهم محمود شلتوت. أصحاب القوم الثّاني: استدلل أصحاب القول الثّاني، القائل (بإباحة الإخصاب خارج الجسم بين الزوجين) بما يلي:

- إباحة الفقهاء القدامى للإدخال بين الزوجين دليل على أنه لا يشترط الاتّصال المباشر بين الزوجين لينتج الولد، فقد ينتج عن طريق إدخال الحيوان منوي إلى رحم المرأة بغير اتّصال في حدود علاقة زوجية بينهما كالإدخال، ويمكن سحب ذلك الحكم على الإخصاب خارج الجسم بالتقاء النّطفة من الزوجين في "طبق بيتري" ضمن ظروف وأحوال تضمن لها البقاء والنموّ بشكل سليم دون وجود مؤثّرات خارجية.

- إنَّ هذه العملية تتمّ وفق السنّة الطبيعيّة لتكوين الجنين، وذلك أنّ النّطفة تتكوّن من مني الرّوج وبويضة الرّوجة حيث يتمّ تلقيحهما في أنبوب اختبار، ومن ثمّ توضع اللّقحة في رحم الرّوجة، فيمرّ الجنين بجميع مراحل التطوّر ويأخذ دورته الطبيعيّة، كالإخصاب الطبيعيّ، فيدخل ذلك ضمن العلاج الحديث الذي يساهم في الحصول على الذريّة الشرعيّة التي تدخل الطّمأنينة في نفس الأسر التي تعاني من العقم، وتكتمل سعادة الرّوجين الاجتماعيّة والتّفسيّة¹.

1- موقف المشرّع من التلقيح الاصطناعي:

المشرّع الجزائري أقرّ هذا النوع من التلقيح في تعديل 2005 من خلال المادة 45 مكرّر/1: "يجوز اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وحسب النصّ فإنّ الأمر جوازي، إلّا أنّ هذا لم يمنع المشرّع بإحاطة هذه المسألة بإطار قانوني وضوابط من شأنها تنظيم اللّجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى مع الإطار الشرعي لأحكام الشريعة الإسلاميّة، وذلك بتحريم أيّ عملية تستدعي تدخل طرف أجنبي عن العلاقة الشرعيّة، وكترّس المشرّع كلّ هذا عندما نصّ في الفقرة الثانية من نفس المادة على خضوع التلقيح الاصطناعي للشروط التّالية:

- أن يكون الرّواج شرعيّاً؛
- أن يكون التلقيح برضا الرّوجين وأثناء حياتهما؛
- أن يتمّ بمني الرّوج وبويضة رحم الرّوجة دون غيرها.

وعليه فلا يجوز اللّجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة، حتى لا تتحوّل الأمومة إلى سلعة تبايع أو تؤجّر أو تستأجر، لأنّ الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية، بل إنّ معنى الأمومة هو في الحمل أساساً وذلك لقوله تعالى: ﴿حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ﴾ فربط القرآن الكريم بين الحمل والأمومة فالتّي تحمل هي الأمّ وليس من تمنح البويضة لغيرها لقاء أجر، فتعيّن من باب سدّ الدّرائع درأ المفسدة بمنع الأمّ البديلة مهما كان في هذه الطّريقة من مصلحة ولقد أفتى بهذه العملية كبار علماء الجزائر وعلى رأسهم الشّيخ أحمد حيماني سنة 1973، وقرّر مجلس جمّع الفقه الإسلامي المنعقد في مؤتمره الثّالث بالأردن سنة 1986 بموجب قراره رقم 16 المادة 03/04 بجواز التلقيح الاصطناعي².

¹ الأحكام المتعلّقة بالإخصاب خارج الجسم، مدكّرة ماجستير من إعداد الطّالبة لبني محمد جبر تحت إشراف الأستاذ ماهر حامد الحولي، الجامعة الإسلاميّة، غزّة، 2007، ص. 31 وما يليها.

² زبيدة أرفوفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.

الأثر المترتب على تخلف أحد هذه الشروط:

ما يُعاب على المشرع الجزائري رغم ما أولاه من مسألة التلقيح الاصطناعي من أهمية، إلا أنه لم يُحدّد الجزاء المترتب على تخلف أحد الشروط أو جزاء مخالفتها.

فلو تصوّرنا أنّ عملية التلقيح تمتّ بغير مني التّزوج أو دون وجود عقد زواج شرعي، أو دون موافقة التّزوج أو بعد وفاته، فما أثر ذلك وما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟

لم يُجب المشرع الجزائري على هذه الإشكاليات، ومما لا شكّ فيه أن انتفاء أيّ شرط من شروط التلقيح الاصطناعي سوف يؤديّ إلى نفي النسب والقول بعدم شرعيته، وبمفهوم المخالفة رغم أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ صراحة على ذلك.

الباب الثاني انحلال الزواج

قدّم الإسلام للأسرة منهجاً للإصلاح الداخلي يبدأ بالوعظ ثم المجرثم الضرب الغير المبرح ثم الإصلاح الخارجي، فإن فشلت كل هذه الوسائل ذهب إلى الطلاق، إذ أورد المشرع الجزائري في نصّ المادة 47 من قانون الأسرة على أنه تنحلّ الرابطة الزوجية إمّا بالطلاق أو بالوفاة، وأنّ عقد الزواج طبقاً لنصّ المادة 48 من نفس القانون يُحلّ بالصور الأربعة وهي: بالطلاق الذي يتمّ بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة (الخلع و التطلق) في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون.

الفصل الأول: انحلال الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين و بإرادة المنفردة للزوج

المبحث الأول: الطلاق بالتراضي و الطلاق

الطلاق بالتراضي ما هو إلا صورة من صور الطلاق، يقتضي تعريفه دراسة الطلاق و تعريفه
المطلب الأول: تعريف الطلاق، حكمه، دليل مشروعيته

1- تعريف الطلاق:

لغة: الحلّ والتّرك.

شرعاً: عرّفه المالكية بأنه حلّ الرابطة الزوجية في الحال أو المال بلفظ مخصوص يفيد ذلك صراحة أو دلالة، وعرّفته المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "حلّ لعقد الزواج بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".

1- حكمه:

الأصل فيه الإباحة لكن يكون حراماً إن خيف من ارتكابه وقوعه في كبيرة وقد يكون مستحباً إذا كانت بذيئة اللسان ويكون مكروهاً إذا كان فيه تضييع حقّ صاحبه ويجب إذا كانت تاركة للصلاة.

2- دليل مشروعيته:

قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فِيمَا سَأَلَكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾، ومن السنّة قوله صلّى الله عليه وسلّم: "أبغض الحلال عند الله الطلاق" وقد أجمعت الأمة على مشروعيته.

3- الحكمة من مشروعيته:

شرع الله الزواج كوسيلة للاستقرار والتناسل ولهذا جعله أبدياً تستقرّ فيه نفس كلّ من الزوجين ولذا كان كلّ توقيت فيه يفسده، وقد قال تعالى: ﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودةً ورحمةً﴾.

وقد ضمن الإسلام لهذا العقد المقدّس الرضائية التامة فلا زواج بإكراه أحد الزوجين على من لا يختاره بمحض إرادته، وجعل للوليّ حقّ الاعتراض إذا تمّ الزواج بين الفتاة والشاب بشكل لا ينبئ عن استقرار وتوافق ليضمن للزواج الدوام والاستمرار.

هذا الزواج الذي شرع لأغراض معينة ومقاصد بينها الشارح الحكيم، قد يعترض بعض ما يحول دون تحقيق أهدافه، فقد يكون أحد الزوجين عقيماً فلا يحقّق الزواج هدفه من التناسل والتوالد.

وقد يكون أحد الزوجين مريضاً مرضاً جنسياً يحول دون الاتصال الجنسي فلا يحقّق الزواج هدفه الغريزي.

وقد تتباين طبائع الزوجين وتختلف أخلاقهما فلا ينشأ التوافق والانسجام بين الزوجين الذي حرص الإسلام على توافره بينهما.

وقد تتضرّر الزوجة أو الزوج من أذى يلحقه أحدهما بالآخر أو تتضرّر الزوجة لغياب زوجها في سجن أو غيره.

وكذلك فإنّ رفع الظلم واجب والضّرر حرام، وبصورة عامّة قد لا تتحقّق المحبة والمودة بين الزوجين فلا ينشأ عن هذا الزواج الهدف الذي لأجله شرع بل لأجله تمّ الرضا بين الزوجين في هذا العقد المقدّس.

فما هو علاج هذه الحالات التي تتعرّض لها كلّ زوجية لم يكتب لها القدر النّجاح؟

لعلاج هذه الحالات لا نجد أمامنا إلاّ حالاً من ثلاثة حلول:

1- استمرار الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وتفكّك وأضرار وعدم جواز التفريق بين الزوجين مهما طرأ على هذه الحياة من أمور.

2- وإما أن نعطي القاضي حقّ التفريق بين الزوجين إذا ما شكّا أحد الزوجين إضرار الآخر أو تعدّر استمرار الحياة بينهما.

3- والحلّ الأخير هو أن تجيز لكلّ من الزوجين حقّ التفريق إذا ما رأى أحدهما أنّ الحياة الزوجية لم تعد تلك الحياة التي كان يأمل فيها من رخاء وسعادة واستقرار فيفارق زوجته بطلاق أو فسخ بإرادته المنفردة دون حاجة إلى حكم القاضي وبيان السبب في ذلك.

ونلاحظ في الحلّ الأوّل من عدم الانفصال الزوجي أنّ ذلك أصبح الآن غير ذي موضوع وقد أخذت جميع أمم الأرض بنظام التفريق بين الزوجين.

والحلّ الثاني هو النظام المعمول به في أكثر البلاد في العام حيث تنصّ قوانينها على أسباب معيّنة للتطليق يتقدّم أحد الزوجين بطلب إلى القضاء شارحا الأسباب التي دعت له مثل هذا الطلب فينظر القاضي الدعوى فإن رأى ذلك حقًا حكم بالتفريق.

وهذا الحلّ عدا عن أنه يعرض أسرار البيوت للفضائح أمام القضاء، وعدا عن أنّ كثيرا من الأمور لا يتورّع أحد الطرفين عن ذكرها أمام القضاء، فإنّ هذا يُسيء إلى الزوجة التي تطلق أمام القضاء لأسباب جوهرية قد لا تساعد على الزواج بزواج آخر بعد أن يعلم الزوج الثاني أنّ هذه الزوجة لم تُطلق إلاّ لأمر هامّ كان السبب في انفصال الحياة الزوجية فقد يتكرّر منها إذا ما تزوّجها فيعزف عن الزواج بها.

وفضلا عن هذا فإننا نلاحظ أنّ القضاء يتساهل كثيرا في التفريق بين الزوجين، إذ أنّ جميع القوانين الأجنبية تجعل من الأسباب الرئيسية للتفريق: تعذر أو استحالة الحياة الزوجية، أو وجود شقاق بين الزوجين يحول دون الاستقرار الزوجي، ولا يخفى ما في هذه المواد من مرونة يتصرّف بتطبيقها القاضي كما يجب ويشاء.

وأما الحلّ الثالث وهو نعطي كلا من الزوجين الحقّ في التفريق بإرادته المنفردة دون رجوع إلى القضاء.

فما هو موقف الإسلام من هذه الحلول الثلاثة؟

لا بد لنا ونحن نبحت هذه الحلول وموقف الإسلام منها أن نسير بإيجاز إلى نظرة الإسلام إلى الطلاق.

لقد اعتبر الإسلام الزواج أبديا كما ذكرنا ولكنه لم يرض أن يجعل منه سجنا لا يخرج منه الزوجان إلاّ بالقليل أو الوفاة، فشرع الطلاق وبغض فيه فقال عليه الصلاة والسلام: "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

وقد أمر الله تعالى الزوجين بالإبقاء على الحياة الزوجية والصبر على ما يصيب أحد الزوجين خلالها ما أمكن إلى ذلك سبيلا.

ثم شرع الإسلام علاجاً للحالات التي ينشأ عنها شقاق ونزاع بين الزوجين، فأوجد نظام التّحكيم بين الزوجين وهو أن يختار الزوج شخصاً من أهله ويختار الزوجة شخصاً من أهلها ويحاول الحكمان التوفيق والإصلاح بين الزوجين حرصاً على استمرار الحياة الزوجية بينهما.

أما إذا لم تجد هذه المحاولات فقد جعل الإسلام الطّلاق بيد الرجل وبيد المرأة أحياناً وبيد القاضي في حالات عدّة، وحتى إذا وقع الطّلاق فقد جعله الشّارع طلاقاً رجعيّاً تمكث فيه الزوجية مدّة من الزمن في بيت الزوجية يجرب كلّ منهما حياة الفرقة، وأعطى للزوج حقّ مراجعة زوجته ما دامت في العدّة.

والإسلام وقد أعطى الزوج حقّ الطّلاق لم يحرم الزوجية منه فلكلّ زوجة الإسلام أن تشتترط أثناء عقد الزّواج أن يكون طلاقها بيدها تطلق نفسها متى تشاء فإذا رضى الزوج بذلك فقد تساوت الزّوجة مع زوجها في حقّ الطّلاق.

كما أنّ للزّوجة أن تطلب التّفريق من القاضي إذا ما أساء الزوج عشرتها أو قصر في واجباته نحوها وذلك حقّ له ولو لم تشتترط الطّلاق على زوجها.

وهناك حالة رابعة وهي ما إذا تمّ الاتّفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما فيجوز ذلك وفائدة هذا الاتّفاق تبدو بالتّبعات المالية المتربّبة على التّفريق بالاتّفاق وهو ما يُسمّى بالمخالعة.

والخلاصة فإنّ نظام الطّلاق في الإسلام علاج لكلّ أسرة تقدر راب الصّدق بينها فنشأ الشّقاق والخلاف بينهما، وهو لرفع الضّرر عن أحد الزوجين الذي قد يصيبه من جرّاء عدم التّوافق والانسجام أو حال غياب زوجه أو سجنه فرفعاً للضّرر ومنعاً للظلم شرع نظام الطّلاق. ففيه دفع مفسدة كبرى وهي أنّ العلاقة بين الطّرفين صارت جحيماً لا يُطاق بمفسدة صغرى وهي الفراق وأن يتفرّقاً يغني الله كلّ من سعته.

الطلاق بالتراضي لم يعرفه المشرع الجزائري في قانون الأسرة و ذكره ضمن مادة واحدة دون أن يحدد له شروطاً، لكن بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فلقد نص على الطلاق بالتراضي و حدد الإجراءات الخاصة به من خلال المواد من 427 الى 435، لقد عرفت المادة 427 من ق. ا.م. ا الطلاق بالتراضي على أنه إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة، و المادة 428 حددت شكل عريضة أنها تتم بناء على طلب مشترك في عريضة وحيدة موقعة من الزوجين.

المطلب الثاني: أركان الطلاق وأنواعه

الفرع الأول: أركان الطلاق

للطلاق أركان يمكن إجمالها في:

أولاً: الزوج

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلّق بشروط المطلق، ممّا يوجب الرجوع لنصّ المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، وهو نفس الحال بالنسبة للتشريعين المغربي والتونسي، في حين نصّت مدوّنة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 85 منه على أنه: "لا يأخذ القاضي بعين الاعتبار الطلاق الذي يصرّح به الزوج إلاّ إذا اشتمل الشّروط التالية: 1- أن يكون المطلق مسلماً بالغاً عاقلاً غير مكره، 2- أن تكون المطلّقة في عصمة المطلق أو في عدّته من طلاق رجعي، 3- أن يقع الطلاق باللفظ المفهم له أو بالكتابة ويقع مع العاجز عنهما بإشارته المعلومة.

اشتراط المالكية:

أ- الإسلام: قالوا لا يصحّ الطلاق من كافر، أمّا الجمهور: قالوا يقع منه لأنه مخاطب بفروع الشريعة.

ب- البلوغ: حدّده المشرع بسنّ 19 سنة وأن يكون زوجاً.

ج- العقل: لا يصحّ من المجنون ولا المريض في هذيان.

د- الطوع: أي مختاراً ليس مكرهاً وبذلك لا يقع طلاق المكره عند الجمهور خلاف للحنفية.

- طلاق السفّيه: المادة 85 ق.أ اعتبرته عديم الأهلية وهذا يخالف المادة 43 ق.م التي تعتبره ناقص الأهلية: "كلّ من بلغ سنّ التّمييز ولم يبلغ سنّ الرّشد وكان سفليها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرّره القانون"، وحسب المادّي 85 لا يقع.

أمّا عند الجمهور يملك حقّ الطلاق والرأي السّديد أنه إذا كان في أمواله لا تعتبر تصرفاته ففي مجال الطلاق من باب أولى.

وطلاق الغضبان اعتبره المشرع المغربي أنه لا يقع مدونة الأسرة المغربية المادة 90: "لا يقبل طلب الإذن بطلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان إذا كان مطبقاً"، فإنه وهذا اختيار خاطئ لأنه لا يتصوّر الطلاق إلاّ في حالة الغضب والرّاجح ما ذهب إليه ابن القيم في زاد المعاد فقد قسّم الغضب إلى 3 أنواع:

1- إذا كان في بداية الغضب ويعني ما يقوله فطلاقه يقع.

2- أما إذا كان في الدرجة الثانية فهذا محلّ نظر والرّاجح الوقوع.

3- ما يزيل العقل كليّة فر يشعر صاحبه ما قال وهذا يقع طلاقه بلا نزاع لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق".

طلاق المدهوش: فهو ملحق بالمجنون بالاتّفاق

طلاق السكران:

الجمهور: قالوا لا يقع واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين ءامنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون﴾. فجعل قول السكران غير معتبر لأنه لا يعلم ما يقول واستدلّوا من السنّة عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: "ليس للمجنون وللسكرت طلاق" وهذا ما اختارته المدوّنة المغربية في المادّة 90 وهو يقع وهو الرّأي الرّاجح.

أما المالكية: فقالوا يقع إذا كان السكر طافح عقوبة له. ولا يمكن إضافة عقوبة من عندنا غير منصوص عليها على عقوبة نصّ عليها المشرّع زيادة أنّ العقوبة هذه لا يتحمّلها هو فقط بل يتحمّلها الأطفال والزّوجة وقد قال الله سبحانه تعالى: ﴿الآن تزرّ وازرة وزر أخرى﴾.

- طلاق الهازل:

يقول النبيّ صلى الله عليه وسلّم: "ثلاث جدّهنّ جدّ وهزلهنّ جدّ الزّواج والطلاق والعتق"، هذا الحديث في إسناده عبد الرحمان بين حبيب وهو مختلف فيه حيث قال النّسائي منكر للحديث ومن تمّ هذا الحديث ضعيف وهو الذي استند إليه الجمهور في رأيهم بوقوعه ونعلم لا يمكن تفريق رابطة بُنيته على اليقين بحديث ضعيف لا يفيد حتى الظنّ أمّا رأي ابن القيم فقال لا يقع واستدلّ بقوله تعالى: ﴿فإن عزموا الطّلاق﴾ فدلت على اعتبار العزم والهازل لا عزم له واستدلّوا كذلك ما روي في البخاري عن ابن العباس أنه قال: "إنّما الطّلاق عن وطر" أي عن قصد وغرض وهو ما يفيد بأنّ طلاق الهازل غير معتمد به لأنه لا غرض فيه واستدلّوا بقوله عليه الصلاة والسلام: "إنّما الأعمال بالنيّات" فالعمل بالنيّة وهو المعتمد والمعتد به فإذا كان بلا نيّة فلا يعتدّ به.

- طلاق النّاسي:

لا يقع عند الشافعية وهو الرّأي الرّاجح للحديث: "رفع عن أمّتي الخطأ والنّسيان وما استكرهوا عليه" وقال الحنفية أنه يقع.

- طلاق المخطئ:

المالكية:

قالوا يقع أمّا الحنفية فقالوا لا يقع وهو رأي الحنابلة وابن القيّم وهو الرّاجح لخلوّ العزم عند المطلق.

- طلاق المريض مرض الموت:

تعريفه: هو المرض الذي اتّصل به الموت وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ويقعد صاحبه في الفراش ويجول دون قيامه بواجباته، فمن طلق زوجته في مرض الموت يريد أن يفترّ منها ويعاقبها بحرمانها من الميراث فطلاقه يقع ولها تعويض حسب المادة 52 و53 مكرّر سواء مات في العدة أو خارج العدة والدليل في ذلك قضاء عثمان رضي الله عنه في امرأة طلقها زوجها في مرض الموت وهو رأي المالكية.

المالكية: يقولون الرّكن الثّاني هو القصد.

ثانيا: القصد

لا يتوهم اختلال قصده.

1- سبق اللسان لا عبرة به مثال: قال امرأتي طالق البتة وقصد فلان قال كذا.

2- الهزل والجدّ وقد مرّ معنا والجهل وقد مرّ معنا.

3- الإكراه وقد مرّ معنا.

ثالثا: الرّوجة

أن تكون زوجة بعقد صحيح والمالكية وضعوا صور:

• إذا قال إن تزوجتك فأنت طالق أو إن تزوجتك بعد 40 سنة فأنت طالق أو كلّ امرأة أتزوجها في حياتك فهي طالق لازمه في الحياة.

• أمّا الذين قالوا أنّ هذا النوع لا يقع فنظروا إلى القصد وإذا كان القصد لا تشوبه عيوب الإرادة فهو يقع وإذا كان العكس لا يقع.

رابعا: اللفظ

قسّمه الفقهاء إلى صريح وكتابة:

أ- **اللفظ الصريح**: كانت طالق والحقّ ولفظ التّسريح وفراق وحرام ولكن بعض الفقهاء في لفظ الحرام أي تحريم الزّوجة قالوا بأنه لا يقع الطّلاق ففيه كفّارة أيّمان وهذا رأي أهل الظّاهر وجماعة من أهل الحديث إلى ذلك وهناك قول آخر أنّ الحلف بالطّلاق هو لغو واختار شيخ الإسلام أنّ لفظ أنت حرام عليّ هو ظهار على الزّوج إذا أراد أن يرجع إلى زوجته أن يكفر وهي تحرير رقبة فإن لم يوجد فصيام شهرين متتابعين فإذا لم يستطع فإطعام 60 مسكينا فإذا لم يتب عن جرمه أرجأه القاضي إلى أربعة أشهر فإن عاد وإلا طلق القاضي.

1- أمّا لفظ "إن خنتني فأنت طالق" أي معلّق على شرط فالجمهور قالوا يقع وطائفة من الظّاهرية قالوا لا يقع.

2- أمّا قوله "إن سرفقتني فأنت طالق" بقصد زجرها وتخويفها باليمين فهنا لا يقع الطّلاق لأنّ هنا كفّارة اليمين.

3- لفظ الكناية:

المالكية قسّموها إلى قسمين: ظاهر ومحمّل.

الظّاهر: مثل حبلك على غاربك هذه كناية عن فكّ قيدها أي معرفة بكناية ظاهرة.

المحمّل: كاذمي إلى أهلك وانصرتني عتيّ واغربي عتيّ فهنا ننظر إلى القصد وإلى العرف لأنّ ما ثبت بيقين لا يرفع إلاّ بيقين.

المالكية قالوا إنّ الطّلاق بالإشارة يقوم مقام اللفظ من الأخرس وغيره وإرسال به مع رسول وبكتابة مع عزم عليه.

ملاحظة: طلاق الحامل جائز وهذا مذهب الشّافعي ومالك وأحمد.

قيود إيقاع الطّلاق شرعا:

1- أن يكون لحاجة مقبولة شرعا وعقلا وعرفا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنّما الطّلاق للوطر" وقد جعل المشرّع الجزائري في المادّة 52 والمادّة 53 مكرّر التعويض في حالة الفراق التعسّفي.

2- أن يكون في طهر لم يجامعها فيه لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾.

3- أن يكون مفترقا على مراحل لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فِيمَا سَكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾. نصيّ المادّتين 50 و51.

4- الإشهاد على الطلاق والرجعة ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا باشتراط الرسمية بحكم الطلاق المادة 49 قانون أسرة.

الفرع الثاني: أنواع الطلاق

1- من حيث السنية:

ينقسم إلى قسمين:

أ- الطلاق السنّي: وهو ما توقّرت فيه الشّروط الآتية وهي أربعة (04) عند المالكية: 1- أن يكون في طهر، 2- أن لا يمستها فيه، 3- أن يكون طليقة واحدة، 4- أن لا يتبعها طلاق آخر حتى تنقضي عدتها.

ب- الطلاق البدعي: وهو ما اختلّ فيه أحد الشّروط السابقة.

هل يقع الطلاق بالثلاث في مجلس واحد؟

- الرّأي 1: يقع به الطلاق ثلاثة وهو رأي المذاهب الأربعة.

- الرّأي 2: هو رأي ابن تيمية يقع الطلاق طليقة واحدة.

- الرّأي 3: رأي الشيعة الإمامية لا يقع.

وقد أخذت القوانين العربية بالرّأي الثاني حفاظ على كيان الأسرة المادة 51 قانون الأسرة الجزائري.

2- من حيث إمكانية الرجوع:

أ- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الرّجل فيه مراجعة زوجته في العدة لقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحقّ بردهنّ في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾.

وقوله صلى الله عليه وسلم على لسان جبريل: "أرجع حفصة إنها صوّامة قوّامة"، والمادة 50 ق. أسرة جزائري: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصّلح لا يحتاج إلى عقد جديد". في حين أكّد المشرع المغربي في نصّ المادة 86 من المدوّنة على أنه إذا لم يودع الرّوج المبلغ الذي حدّدته المحكمة بكتابة الصّبط، داخل الأجل المحدّد له، اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق، ويتمّ الإشهاد على ذلك من طرف المحكمة، وبالتالي يمكن اعتبار أنّ المشرع ورغبة

منه في الحفاظ على كيان الأسرة قد اعتبر عدم دفع المبالغ المحددة قرينة على تراجعها عن الطلاق ولكن هذا يعتبر من قبيل إكراه التزوج على الاستمرار في الحياة الزوجية.

ويجب الأَشهاد في الرجعة سواء كانت بالقول أو الفعل ومن أثارها ينقص من عدد الطلقات.

ب- الطلاق البائن: وهو نوعان:

طلاق بائن بينونة صغرى: مثاله حينما تخرج المرأة من العدة وحكم القاضي بالطلاق المادة 50 فقرة 2 ق.أ والطلاق بطلب من الزوجة عند القاضي طبقاً للمادة 53 ق.أسرة.

طلاق بائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي أكمل الرجل الطلقات الثلاث المادة 51 ق.أسرة: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرّات متتالية إلاّ بعد أن تتزوّج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

ومن آثاره: أنه يزيل الملك والحلّ ويوجب دفع مؤخّر الصّدق ويمنع الثّروات.

3- حسب تعلّقه وعدمه:

أ- الطلاق المنجز: وهو الذي يقع في الحال كقوله أنت طالق.

ب- الطلاق المعلق: يقع عند جمهور الفقهاء بشروط: - أن يكون معدوماً على تصوّر الوجود - أن يكون في العصمة.

4- النيابة في الطلاق:

وهي تنقسم إلى وكالة وتمليك وتخيير.

الوكالة: فالطلاق يكون في حدود الوكالة لا يتجاوز صلاحياته وهذا ما اختاره المشرّع الموريتاني في وكالته المادة 95، أمّا الظاهرية فلا يجوز.

التمليك: كأن يقول ملكتك نفسك يقع طليقة واحدة عند المالكية .

التخيير: كأن يقول خيّرتك بين البقاء أو مفارقتي فتختار الفراق.

الفرع الثالث: الفرق بين الطلاق والبطلان

1- لا يكون الطلاق إلاّ في عقد الزواج الصّحيح أمّا البطلان يكون في عقد الزواج الغير صحيح.

2- حلّ الرّابطة التّوجية بواسطة الطّلاق ينقص من عدد الطّلاقات الثّلاث، أمّا البطلان فلا يعدّ من الطّلاقات الثّلاث أي لا ينقص العدد.

3- بطلان عقد التّوابع بقطع الرّابطة التّوجية في الحال ولا يترتّب عليه أيّ أثر إذا لم يدخل بها ولا توارث بينهما ولا ينشأ الموانع القائمة على العقد أمّا الطّلاق على خلاف ذلك فالمرأة تعتدّ ولها المهر بل ولها نصفه إذا لم يدخل بها وكلّه بعد الدّخول ويكفي أن تكون هناك خلوة ويتوارثان التّوابع وهي في العدة.

4- رفع دعوى البطلان تختلف حسب نوع البطلان، فإذا كان نسبيّ يمكن أن يرفعها كلّ من قرّر البطلان لمصلحته أمّا إذا كان مطلقاً فيجوز لكلّ من له مصلحة في ذلك وكذلك للقاضي من تلقاء نفسه أن يحكم بالبطلان بل يجوز حتى للنيابة العامّة رفع دعوى البطلان، أمّا الطّلاق فدعواه تقتصر فقط على التّوجين.

5- وفي الشريعة الإسلامية وإلى جانب ذلك ففي الطّلاق الرجعي يجوز للتّوابع مراجعة زوجته ما دامت زوجته إلّا بعقد جديد وشريطة ألاّ يكون المانع الذي اقتضى بسببه ببطلان العقد ماساً بالنّظام العامّ أي من الموانع المؤبّدة.

الفرع الرّابع: الفرق بين الطّلاق والفسخ

1- الطّلاق هو إنهاء العقد بلفظ خاصّ ويترتّب عليه زوال الملك وبقاء الحلّ أو زوالهما معا في حالة الطّلاق البائن بينونة كبرى، أمّا الفسخ فهو نقض العقد وإزالة الحلّ الذي كان به، وذلك بسبب خلل مقارن للعقد مثل خيار البلوغ، أو طارئا للعقد أو ردّة التّوابع.

والفسخ تنحلّ به عقدة التّوابع في الحال عكس الطّلاق الذي يتنوّع إلى بائن ورجعي.

2- الفسخ لا ينقص عدد الطّلاقات على زوجته، فإذا فسخ التّوابع ثمّ عادت إلى زوجها فإنه يملك عليها ثلاث طلاقات الطّلاق، عكس الطّلاق، فمن طلق واحدة ثمّ عادت إليه التّوابع بقت طلقان فقط.

3- الطّلاق ليس له أثر رجعيّ وهو إنهاء التّوابع، أمّا الفسخ فله أثر من رجعيّ لكونه يهدّم عقد التّوابع من أساسه.

المبحث الثاني: إشكالات الطّلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأوّل: إشكالات العدة والميراث

إنّ العدة والميراث من أهمّ الإشكالات التي يطرحها الطّلاق في قانون الأسرة الجزائري وبالتالي سنحاول إعطاء مفاهيم بسيطة لكلّ من العدة والميراث قبل التطرّق إلى إشكالاتهما.

الفرع الأوّل: مفهوم العدة والميراث

أوّلاً: تعريف العدة

هي الفترة الزّمنية التي تمتع فيها المطلّقة والمتوقّ عنها زوجها الزّواج ثانية: أو هي الأجل الذي أوجبه الشّارع على الزّوجة التي طلّقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي أو حدثت الوفاة، إذ يتوجّب عليها مراعاة العدة الشّرعية، من أجل التأكّد من براءة الرّحم منعا من اختلاط الأنساب وإعطاء فرصة للزّوجين لمراجعة نفسيهما وهي كذلك مهلة للحداد لمن توقّ زوجها¹.

ثانياً: تعريف الميراث

وهو انتقال الملكية من الميّت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقّارا أو حقّ من الحقوق الشّرعية التي قبل الميراث.

الفرع الثاني: إشكالات العدة والميراث

سنتناول إشكالات العدة والميراث من خلال التعلّيق على الموادّ التالية:

أوّلاً: المادّتين 49 و50 يفهم من هذه المادّة حصر وسيلة إثبات الطّلاق في الحكم الصّادر من الجهة القضائية، ممّا يفهم منه تجريد الطّلاق الذي قد يلفظ به الزّوج من كلّ قيمة قانونية وهذا ما يناقض نصّ المادّة 50 من ق.أ. 02-05 فلفظ "رجع" يفهم منه اعتبار الطّلاق الذي تلقّظ به الزّوج قبل صدور الحكم طلاقاً رجعيّاً.

وينتج عن تطبيق المادّتين بروز ظاهر إزدواجية العدة، عدّة شرعية تبدأ من تاريخ تلقّظ الزّوج بالطّلاق وعدّة قانونية تبدأ من تاريخ صدور الحكم بالطّلاق، وهذا يؤدّي إلى عدّة إشكالات.

فإذا فرضنا وقع الطّلاق من قبل الزّوج بتاريخ 2016/01/01 وتمّ رفع دعوى قضائية لاستصدار حكم الطّلاق بتاريخ 2016/04/25 "أي بعد فوات المدّة الشّرعية" فالقانون يُبيح مجالاً للصّح في أجل أقصاه ثلاثة أشهر

¹ بن شويخ الرميّد، المرجع السابق، ص.224.

بعد رفع الدّعى، فإذا عقد القاضي جلسة الصّح يوم 2016/05/25 وتمّ الصّح بينهما فإنّ الرّجعة تتمّ بدون عقد جديد طبقاً للمادّة 50 ق.أ 02/05/ وهذا ما لا يتفق والشّريعة الإسلامية لبيّنونة الطّلاق بعد انقضاء العدّة الشّرعية، فيحتاج الزوج في هذه الحالة إلى إبرام عقد شرعيّ جديد¹، كما يُمكن تصوّر تناقضات أخرى حسب الافتراض السّابق منها:

- 1- يجوز خطبة المطلّقة بعد فوات عدّتها الشّرعية ولا يجوز ذلك قانوناً.
- 2- يجوز زواجها بعد ذلك شرعاً لا يجوز ذلك قانوناً لقيام العلاقة الزّوجية بل يجوز لزواجها متابعتها جزئياً.
- 3- يحلّ مؤخّر صداقها شرعاً لا قانوناً.
- 4- الحكم بالطلاق في دعوى الطّلاق بالإرادة المنفردة للزوج حكم كاشف وليس منسئ وبالذّلي التّقليص من وظيفة القاضي.
- 5- إذا توفّي زوجها المطلّق بعد فوات العدّة الشّرعية فلا ميراث لمطلّقتها شرعاً ولكنّها ترثه قانوناً لعدم انفكاك الزّابطة الزّوجية قضائياً، والعكس توفّي زوجها بعد فوات العدّة القانونية ولم يرجعها في جلسات الصّح وصدر حكم الطّلاق قانوناً وما زالت في العدّة الدّرعية كتأخّر العادة الشّهريّة فلها حقّ الميراث شرعاً وليس لها حقّ الميراث قانوناً.
- 6- إذا حصل الطّلاق بحكم قضائي ولم تكن العدّة الشّرعية قد انقضت ثم راجع الزوج زوجته دون توثق عقد الزّواج من جديد، فإنّ هذا الزّواج لا يحتجّ به قانوناً أبّجاه الغير من حيث ترتيب الآثار القانونية عليه وهذا مخالف لما هو مقرّر في الشّريعة الإسلامية من حيث ترتيب الآثار الشّرعية.
- 7- يمكن لزواج أن يتلقّف بالطلاق، وتطول إجراءات الحكم به طبقاً للمادّة 49 ق.أ 02-05 أو قد تتعقد جلسة الصّح بعد نهاية العدّة الشّرعية التي يبدأ حسابها من وقت تلقّف الزوج بالطلاق فإذا نجحت هذه الجلسة ورجع المطلّق مطلقته بلا عقد جديد طبقاً للمادّة 50 ق.أ 02-05.
- 8- تحديد محاولات الصّح بثلاثة (03) أشهر قانوناً بينما هناك أنواع للعدّة شرعاً وهي عدّة الأشهر والقروء والحمل بالنّسبة للبيّنونة انتهى أمرها فلا جدوى من الصّح لأنّ الطّلاق هنا طلاق بائناً بينونة كبرى.
- 9- ازدواجية المهنة بالنّسبة للقاضي الذي يجري الصّح فالقاضي هو الذي يفصل في الدّعى فكيف يمكن لشخص واحد أن يكون قاضي ومحكم في نفس الوقت ويقترح الحلول مع أنّ القاضي يجب أن يكون حياديّاً وقد أثبتت الإحصائيات فشل جلسات الصّح الذي يقوم بها القاضي من خلال إحصائيات

المجلس القضائي سنة 2016 حيث أنّ عدد القضايا 1749 في دعاوى طلاق تمّ الصّح في 45 قضية فقط أي أنّ الصّح بنح بنسبة 2,7% وفشلت 97,3% محاولة صلح.

10- إنّ المشرّع الجزائري قد خالف الشرع في ميراث المطلقة التي يتوفّى عنها زوجها فنصّت المادّة 132 من ق.أ أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدّة الطلاق استحقّ الحيّ منهما الإرث، حيث أنّ وفاة الزوج قبل صدور الحكم بالطلاق وهي الفترة التي اعتبرها المشرّع الجزائريّ فترة المرجعة م50 من ق.أ 02-05 فإنّ الزوجين يستحقّ الحيّ منهما الإرث، كذلك في حال وفاة الزوج في عدّة الطلاق بعد صدور حكم الطلاق وهو طلاق بائنا وبالتالي لا يستحقّ الحيّ منهما الإرث وهذا ما يجعل القانون الجزائري يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، نظرا لعدم تفرقة المشرّع بين الطلاق الرجعي و البائن والطلاق السني و البدعي وما يترتب عنهما.

11- لزوم المطلقة لببب الزوجية قانونا لا شرعا، إذا انقضت العدة الشرعية ولم تنقض العدة القانونية طبقا لنصّ الم61 ق.أ.

ثانيا: المادّتين 52-58

تنصّ المادّة 52 إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض من الضّرر اللاحق بها، غير أنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد حيث تطرّق الفقهاء للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم هل هناك تعسفا في الطلاق أم لا؟ على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أو الإباحة إلى مذهبين:

- **المذهب الأوّل:** ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك بناء على أنّ الأصل في طلاق الإباحة، وأنّ الله تعالى ملك الزوج حقّ الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حرّ التصرف فيه.

- **المذهب الثاني:** ذهب علماء المحدثين أنّ هناك تعسفا في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مصوغ شرعيّ مستدلّين على ذلك بأنّ الأصل في الطلاق الحضر.

ومن خلال ما سبق فإنّ الطلاق بإرادة الزوج ليس فيه تعسفا شرعا، والتعويض لا يكون من الطلاق التعسفي بل يمثّل نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية لأنّ الطلاق حقّ مشروع للزوج بينما في القانون حسب م52 ق.أ 02-05 فإنّ للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيّا نفقة عدّة ونفقة إهمال ونفقة متعة، كذلك التعويض الذي قد يحكم به من جرّاء الطلاق التعسفي وأنه عند الحكم ينبغي تحديد المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أيّ إطار تدخل، ويجب أن يرمى في التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضّرر الذي أصاب المطلقة وكذا الأسعار وتغييرها

وارتفاعها وهي أمور تخضع لسلطة قاضي الموضوع ولا يخضع لرقابة المحكمة العليا فيها، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين.

فالمشرع الجزائري أوجب التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يوجب أن يتوافر فيه شرطان أساسيان مجتمعين ومتلازمين وهما:

أ- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق كأن يطلق زوجته لغير سبب معقول أو إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية بأن تنازلت الزوجة عن حقها في التعويض وتشبت بالعودة إلى الحياة الزوجية وتمادى الزوج في تمسك بطلب الطلاق.

ب- أن يتحقق القاضي من لحاق الضرر بالمطلقة كأن يطلق الزوج زوجته في مرض موته حرمانها من الميراث.

وبناء على ما سبق بيانه يمكن القول بأن النظرة الشرعية في تكييف التعسف وصوره في الطلاق تختلف عن نظرة القانون، فمعيار التعسف في نظر الإسلام إنما يرجع إلى مدى المخالفة الشرعية في إيقاع الطلاق، وفيه يفقد وجه الحكمة في تشريعه كما لا يرتب الطلاق هنا أيّ تعويض لأنه حقّ الزوج وأما معياره بالنظر القانوني فيكون يقدر الضرر الذي ينتجه الطلاق ويترتب عليه التعويض.

المادة 58 ق.أ 05-02، ذكرت نوعين من العدة عدّة بالإقراء، وعدّة بالأشهر كما نصّ على حسابها من تاريخ التصريح وبالطلاق، وهذا غير معقول لأنّ صدور الطلاق وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أمّا إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح، وأمّا تحسب العدة من تاريخ صدور الحكم وإذا لم يوقعه الزوج أمام المحكمة فحساب العدة يكون من تاريخ التلقظ به، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء بالإضافة إلى أنّ المشرع الجزائري لم يبيّن المقصود بالقرء ممّا يأتّر في حساب العدة والخطأ في حسابها قد يؤدي إلى الوقوع في المحذور.

المطلب الثاني: إشكالات الطلاق العرفي

قبل التطرّق إلى إشكالات الطلاق العرفي نتطرّق أولا إلى مفهومه ثم معرفة مدى إقرار الشريعة الإسلامية والقانون له.

الفرع الأوّل: مفهوم الطلاق العرفي و مدى إقرار الشرع والقانون له

أولا: تعريف الطلاق العرفي

"وهو الطّلاق الذي يقع من التّزوج على زوجته بمجرد حصوله دون وثيقة"، "وهو الطّلاق الذي يقع شفهيًا ضمن قواعد الفقه الإسلامي ولا يعتدّ به قانونا ولا يحتجّ به اتجاه الغير".

ويمكن لنا القول أنّ: "الطّلاق العرفي هو الطّلاق الشّفوي المستوفي أركانه وشروطه والصّادر من التّزوج عن أهلية زردة واعية وبالألفاظ الشّرعية الدالّة على الطّلاق، وهو ما استقرّ عليه المسلمون منذ عهد الرّسول صلّى الله عليه وسلّم دون اشتراط إشهاد توثيق سواء كان هذا الطّلاق ناتج عن زواج عرفي أو رسمي".

إذن فالطّلاق العرفي هو كلّ طلاق يقع دون الحصول على مستند رسمي يثبتّه أو ما يعرق بوثيقة طلاق سواء كان ناجما عن زواج رسمي أو عرفي.

ثانيا: مدى إقرار الشّرع والقانون بالطّلاق العرفي

الطّلاق العرفي يُقرّه الشّرع كما هو الحال في التّزوج العرفي وهو الذي لم يسجّل في المحكمة، وهو صحيح ويسجّل في المحكمة لصيانة الحقوق لكلا الزوجين وثبوت النّسب ورفع الظلم وإثبات، ولكن القانون لا يعترف به ولا يقرّ ما لم يكن موثقا، ومن ثمّ يفقد آثار وتوابعه من حقوق وواجبات. وبالتالي فإنّ الشّرع يقرّ بالتّزوج والطّلاق العرفي وما يترتّب عليهما من آثار وإن تمّ دون توثيق، إلّا أنّ القانون لا يعترف بغير التّوثيق، فمن النّاحية القانونية لا حقوق للمطلّقة من زواج رسمي على مطلقها ما لم يتمّ توثيق الطّلاق والحصول على شهادة رسمية بذلك، كما لا يسمح للمرأة المطلّقة طلاقا بائنا غير موثّق بأن تتزوّج أو تسافر دون إذنه، أو أن تتخلّى عن شيء من الحقوق التي كفلها القانون للتّزوج على زوجته، ما لم تحصل على شهادة رسمية تثبت أنّها مطلّقة، أمّا المطلّقة من التّزوج العرفي فالقانون لا يقرّ إلّا بالقواعد الرسمية والأوراق الموثّقة ولا يعترف بالتّزوج العرفي أصلا.

الفرع الثّاني: إشكالات الطّلاق العرفي

أولا: حالة عدم تسجيل عقد التّزوج وإثبات الطّلاق العرفي بأثر رجعي

تنصّ المادّة 22 من ق.أ05-02 على أنه: "يثبت التّزوج يستخرج من سجّل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".

وقد نصّت المادة 9 من ق.أ05-02: "ينعقد الزّواج بتبادل رضا الزّوجين يتّضح لنا من خلال المادّتين أنّ المشرّع يعرّق بوجود الزّواج العربي ويرقب آثار وفي حالة الطّلاق العربي لا يمكن إثباته بدعوى ما لم يكن الزّواج العربي قد تمّ تسجيله بدعوى.

ورغم عدم وجود نصّي قانوني يسمح بإثبات الطّلاق العربي بأثر رجعي إلاّ أنّ التّطبيقات القضائية تذهب في جميع الأحوال إلى إثباته بأثر رجعي وهذا ما أيدته القرارات التّالية: "من المقرّر شرعا أنه يثبت الطّلاق العربي بشهادة الشّهود أمام القضاء ومتى تبين في قضية الحال.

أنّ الطّلاق وقع بين الطّرفين أمام جماعة من المسلمين وأنّ المجلس أجرى تحقيقا وسمح الشّهود الذين أكّدوا بأنّ الزّوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، وبالتالي فلا يحقّ له أن يتراجع عن هذا الطّلاق، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم بإثبات الطّلاق العربي طبّقوا صحيح القانون". والمعمول به في المجال القضائي هو رفع دعوى إثبات الزّواج والطّلاق العربي في نفس الوقت وبحكم واحد على أنّ الحكم بإثبات الزّواج يكون ابتدائيًا وأمّا الحكم بالطلاق يكون نهائيًا ومن ثمة يمكن استئناف الحكم بإثبات الزّواج وقد يتمّ إلغاؤه من المجلس وهنا نكون أمام حالة وجود طلاق دون وجود زواج.

1- حالة إعادة الزّوج الزّواج:

وهذه الحالة لا تطرح إشكالا إلاّ في حالة تزوّج الزّوج بإحدى المحرّمات حرمة مؤقتة كأخت الزّوجة مثلا أو الزّواج بأكثر من أربعة، فهنا من التّاحية الشّرعية فإنّ طلاقه واقع طالما تمّ وفقا للشّروط الواردة في السّنة النبوية، إلاّ أنه من التّاحية القانونية يطرح إشكالا كبير، فإذا ذهبنا إلى عدم إمكان إثبات الطّلاق العربي بأثر رجعي فإنّ الزّواج الذي تمّ فيها بعد يكون زواجا فاسدا، يترتب عليه الفسخ قبل الدّخول ووجوب الاستبراء لذلك كان إثبات الطّلاق العربي بأثر رجعي حتى يبقى الزّواج الثّاني صحيحا وتتعدّد المسألة أكثر بوجود أولاد منه.

2- حالة إعادة الزّوجة الزّواج:

وهذه الحالة تطرح إشكالات كثيرة على الصّعدين القضائي والشّرعي وهنا ينبغي علينا أن نفرّق بين حالتين:

أ- حالة المطلّقة عرفيا من زواج عرفي: لا يشكّل الطّلاق العربي من زواج عرفي أي اتّكال طالما أنه ليس من مصلحة الطّرفين تسجيل عقد الزّواج ثم المطالبة بإثبات وقوع الطّلاق، لكن تنير إشكالا عند وجود الأولاد إذ ينبغي إلحاق تسبهم للزّوج الأوّل، ممّا يتعيّن معه رفع دعوى تسجيل عقد الزّواج الأوّل وإلحاق نسب الأولاد، مع الإشارة إلى أنّ الزّوجة على ذمّة زوج آخر، ثم رفع دعوى إثبات الطّلاق العربي وهنا حتى وإن كان القانون لا يعترف بالطّلاق العربي فإنّ المصلحة الاجتماعية تقتضي الاعتراف به.

ب- حالة المطلقة عرفياً من زواج مسجل: وتكون بصدد هذه الحالة عندما تعيد المطلقة الزواج عرفياً، حيث تعتبر في حكم الشرع مطلقة وإعادة الزواج ثانية ومن ناحية القانون فهي لا تنزل زوجة للرجل الأول، وتجدر الملاحظة أنه يمكن في هذه الحالة حسب القانون الجزائري، متابعة الزوجة بجرمة الزنا، وذلك لكون أنّ المشرع لا يعترف بواقعة الطلاق خارج ساحة القضاء ومن ثمّة فإنّ علاقة الزواج لم تنقطع بعد وبالتالي يحقّ للزوج تقديم شكوى إلى السيّد وكيل الجمهورية عن ذلك.

3- احتساب العدة:

تثار إشكالية احتساب العدة عند إثبات الطلاق العرفي ذلك أنّ القواعد العامة المستمدة في الشريعة الإسلامية تقتضي أن تعتد المطلقة من تاريخ وقوع الطلاق لكن بالعودة إلى قانون الأسرة 02/05 نجده ينصّ على تاريخ التصريح بالطلاق إلّا أنّ هذا النصّ المقصود به الطلاق بالإرادة المنفردة أمام القضاء، وليس مسألة الطلاق العرفي ومن ثمّة لا يمكن اعتبار أنّ العدة تبدأ من تاريخ الحكم بالطلاق في هذه الحالة الأخيرة ينبغي على القاضي أن يحكم بما من تاريخ واقعة الطلاق المثبتة.

كما أنّ المرأة إذا انقضت عدتها، فمن التّاحية الشرعية يجوز لها الزواج إن أرادت ومن التّاحية القانونية لا يسمح لها القانون بالزواج إلّا إذا كان الطلاق موثقاً، ناهيك عن استهانة بعض الأزواج بالأمر فيطلق ويرجع ولا يعبأ بعدد الطّلاقات وبالعدة وما إذا كانت العشرة بينه وبين زوجته حلال أو حرام.

ونجد أنّ الإشكال يثور بصفة خاصّة في نفقة العدة، وقد درج القضاء الجزائري على منح الزوجة نفقة العدة إذا ما طالبت بما وأمکن إثباتها.

وخلاصة القول أنّ المشرع الجزائري ومن خلال نصوص ق.أ 05-02 يتبيّن لنا أنه لا يعترف بالطلاق العرفي إلّا أنه لم يصرح صراحة على ذلك ولم ينظّم هذه المسألة وهذا ما جعل القضاء يذهب إلى إثبات الطلاق العرفي، والذي فرضته ضرورة الحياة بأثر رجعي استناداً إلى الشريعة الإسلامية والتي ورد النصّ بالإحالة عليها في كلّ ما لم يوجد نصاً فيه حسب م222 ق.أ 05-02.

الفصل الثاني: انحلال الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة

المبحث الأول: فكّ الرابطة الزوجية بالخلع

يعدّ الخلع وسيلة من وسائل فكّ الرابطة الزوجية يستمدّ مشروعيتها من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقياس، ولم تكن إباحة الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري للزوجة حلّ رباط الزوجية مقابل عوض تدفعه للزوج متى كرهته وبغضت العيش معه جزافاً أو نوعاً من العيب، بل ترمي الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة إلى تحقيق غايات وأهداف من شأنها وضع لمعانة الزوجة التي لا تجد منفذاً ولا خلاصاً من حياة بائسة إلاّ عن طريق الخلع.

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الخلع وطبيعته القانونية في (المطلب الأول) وعن أحكام وآثار الخلع في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الخلع وطبيعته القانونية

ستحدّث في هذا المطلب عن تعريف الخلع في (الفرع الأول) وطبيعته القانونية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الخلع

لقد تباينت تعريفات أهل اللغة وأهل الاصطلاح للخلع، وبالتالي نذكر البعض منها:
الخلع لغة الإزالة، يقال خلع فلان ثوبه إذا أزاله، ويُخلع الوالي خلعاً¹، وخالع الزوج زوجته إذا أزال زواجها، وخالعت الزوجة زوجها أي إفتدت نفسها منه بشيء تبذله فهي خالعة²، وقد جرى العرف على تسمية الإزالة لغير الزواج بفتح الحاء، وعلى تسمية الإزالة للزواج بضمها، وقد سُميت إزالة الزوجية بذلك، لأنّ كلّ من الزوجين لباساً للآخر لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾³.

¹ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، د.س.ن، ص.315.

² محمد البشير الشقفة، الفقه المالكي في ثوبه الجديد، "فقه الأحوال الشخصية"، ج04، ط02، دار القلم، سوريا، 2007، ص.260.

³ سورة البقرة، الآية 187.

فالخلع بفتح الحاء مصدر خَلَع يخلعُ خَلْعًا و مصدره قياسي، و يستعمل في الأمور الحسية، فيقال خَلَع ثوبه أي أزاله عن بدنه¹، والاسم الخُلْع بضم الحاء²، يأتي بمعنى التّزع³ والتّجريد⁴. وخلعت المرأة زوجها مخالعة إذا افتدت منه⁵.

وعموما استقرّ الفقهاء بخصوص الخُلْع لغة حول التّفريق بين الخَلْع بفتح الحاء الذي يكون في غير إزالة الرّوجية، والخُلْع بضم الحاء الذي يُراد به إزالة الرّوجية⁶.

أمّا اصطلاحا، فقد تعدّدت تعريفات الخُلْع، فقد عرّفه المالكية بأنه: "الطلاق بعوض"⁷، و"إزالة العصمة بعوض من الرّوجة أو غيرها"⁸. بينما عرّفه الشّافعية بأنه: "فُرْقَةٌ بعوض مقصود يحصّل للرّوج أو لسيّدِهِ"⁹. أمّا الحنفية فقد عرّفه بأنه: "إزالة ملك النّكاح المتوقّفة على قبُولها بلفظ الخُلْع أو ما في معناه"¹⁰. في حين عرّفه الحنابلة على أنه: "فراق الرّوج امرأته بعوض يأخذه الرّوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة"¹¹.

بعد قراءة هذه التعاريف كلّها، نلاحظ أنّها تصبّ في قالب واحد وهو ضرورة وجود الرّوجين، العوض والألفاظ المخصوصة التي هي صيغة الخلع.

وعلى هذا الأساس، فالخلع تصرّف مشروع والهدف منه إنهاء الرّابطة الرّوجية في حال تعدّر استمرارها، فقد تبنيّ المشرّع الجزائري الخلع كطريق لحلّ الرّابطة الرّوجية، لكن كانت محلّ تغيّرات نظرا لكيفية تكييفها من طرف القضاة لغموض ونقص النصّ القانوني لسنة 1984. لكنّ المشرّع الجزائري استدرك الأمر بفضل الاجتهادات القضائية وقام بتعديل نصّ المادّة 54/الفقرة 1 من قانون الأسرة المعدّل بالأمر رقم 02/05.

¹ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، لبنان، ط1، 01، 1997، ص.47.

² محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام التّواج والطلاق والوصية، دار البازوري العلمية، الأردن، 2010، ص.209.

³ عبد القادر عبد السلام، جديد الخلع في الأمر 05-02، مجلّة الحجة، منظمة الحامين لناحية تلمسان، 2011، العدد 02، ص.19.

⁴ عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال أحكام الفقه الإسلامي، دار تالة للتّشريع والطّبع والتّوزيع، الجزائر، 2000، ص.208.

⁵ مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السّنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية للطّباعة والتّشريع، د.س.ن، ص.552.

⁶ نور الدّين عمّاري، الخلع من رخصة إلى حقّ أصيل للرّوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري، دفاثر السّياسة والقانون، جامعة ورقلة، 2015، العدد 13، ص.105.

⁷ منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشّخصية، دار الثقافة، الأردن، ط1، 01، 2008، ص.39.

⁸ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته "الأحوال الشّخصية"، ج07، دار الفكر، الجزائر، 1992، ص.480.

⁹ رمضان علي السيد الشربنصافي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصّة بالرّواج والفرقة وحقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 01، 2006، ص.107.

¹⁰ الحسين بن شيخ آت ملويا، رسالة في طلاق الخلع، دار هومة، الجزائر، 2015، ص.14.

¹¹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرّجل والمرأة في الأحوال الشّخصية، دار التّفائس، الأردن، 2011، ص.257.

الفرع الثاني: الطّبيعة القانونية للخلع

تكيف الخلع في القانون الجزائري كان محلّ اختلاف وتضارب بين اعتباره طلاقاً بالاتّفاق، أو طلاقاً بالإرادة المنفردة للزّوجة، فمن رأى بأنّه طلاق بالاتّفاق ذهب إلى القول أنه مجرد رخصة للزّوجة لفكّ رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها، ويشترط لإيقاعه موافقة الزّوج.

أمّا الرّأي الثاني اعتبروا أنه طلاقاً بالإرادة المنفردة للزّوجة وأنه حقّ منحتة الشريعة الإسلامية للزّوجة لفكّ الرابطة الزوجية دون موافقة الزّوج، إذ يجوز لها أن تخلع نفسها مقابل مال بدون موافقة الزّوج.

نصّت المادّة 54 من قانون الأسرة لسنة 1984¹ على أنه: "يجوز للزّوجة إن تخلع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتّفاق عليه فإن لم يتّفقا على الشّيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". باستقراء نصّ المادّة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يحسم موقفه بوضوح فيما يتعلّق أحقية الزّوجة في مخالعة نفسها دون اعتبار لرضائية الزّوج. وبذلك سكت المشرّع الجزائري عن تحديد طبيعة الخلع فيما إذا كان حقّاً بيد الزّوجة متوقّف على إرادتها المنفردة، أو أنه عقد رضائي يستلزم موافقة الزّوج².

مما انعكس على قرارات المحكمة العليا، إذ جاءت اجتهاداتها تقرّر مبدأ رضائية الخلع، بمعنى أنّ الخلع يعتبر عقداً رضائياً يعتبر فيه رضا الزّوج. وقد تمّ تفسير النصّ القانوني وشرحه من طرف الفقه والقضاء.

وقد تبوّى شرّاح قانون الأسرة واعتبروا الخلع عقد رضائي ثنائي الأطراف لا يتمّ إلاّ بإيجاب وقبول مقابل مال معلوم تدفعه الزّوجة، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالخلع بمجرد طلب من الزّوجة دون رضا الزّوج وموافقته. ففيل هذه المرحلة، لم يكن يعتبر الخلع حقّاً أصيلاً للزّوجة بل كان يشترط رضا وموافقة الزّوج عليه ويتجلّى هذا في العديد من القرارات للمجلس الأعلى والمحكمة العليا، ومن أمثلة ذلك:

أهمّ القرارات التي تتحدّث عن ذلك قرار المجلس الأعلى المشهور الصّادر في 12 مارس 1969م والذي أوضح أنّ الخلع لا يتمّ إلاّ بإيجاب وقبول بين الزّوجين وأنه يشترط اتّفاقيهما على المبلغ الذي تقدّمه الزّوجة لزوجها لقاء طلاقها وأنّ عدم موافقة الزّوج على المخالعة لا يؤثّر على بقاء العلاقة الزوجية³.

وقرار آخر بتاريخ 19 فيفري 1969م، والذي نصّ على أنه: "من المقرّر فقها وقضاء أنّ قبول الزّوج للخلع أمر وجوبي وأنّ ليس للقاضي سلطة مخالعة الزّوجين دون رضا الزّوج"⁴.

¹ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمّن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 24، سنة 1984، المؤرخ في 12 يونيو 1984.

² دليّة آيت شاوش، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزّوجة "دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية"، أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014، ص.349.

³ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1969/03/12، مقتبس عن: باديس ذياي، صور وآثار فكّ الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.76.

⁴ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 1969/02/19، مقتبس عن: أمينة بن ناجي، دور القاضي في الخلع "دراسة في الفقه والقانون والاجتهاد القضائي"، مذكرة ماجستير، كلّية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، 2014، ص.87.

وقرّر في نفس السياق المجلس الأعلى بتاريخ 11/06/1984م والذي جاء فيه: "متى كان المقرّر شرعا أنّ الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع".

شكل اشتراط قبول الزوج للخلع مشاكل كثيرة، ففي حالة رفض الزوج طلب الخلع فإنّ الزوجة قد تبقى معلّقة سنين طويلة لا هي متزوجة ولا هي مطلّقة. ومن المعروف أنه، لا يوجد رجل يقبل أن تخالعه زوجته مهما كان الثمن الذي تعرّضه له. ممّا أدّى إلى تغيير المحكمة العليا لموقفها نظرا لتضارب الأحكام القضائية التي ظهرت غير مستقرّة، وأصبح القاضي يكتفي بإرادة الزوجة دون موافقة الزوج إذا أصبحت الزوجة لا تستطيع العيش مع زوجها بحيث يُخشى عليها التّشوز عن طاعته في حقوقه الواجبة عليها¹.

وهذا ما جاء به الاجتهاد القضائي بعد سنة 1992، حيث قضى القرار الصادر في 21 جويلية 1992 أنه: "من المقرّر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتفق على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره، وفي حالة عدم اتّفاقيهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإنّ قضاة الموضوع -في قضية الحال- لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون². وقد علّلت المحكمة العليا قرارها أنّ أصل مشروعية الخلع قد وُضعت كعلاج ومخرج أخير للزوجة التي أصبحت لا تطيق معاشرّة زوجها وهي لا تملك المبرر الشرعي للفراق وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة³.

كذلك القرار المؤرّخ في 30/07/1996 والذي جاء فيه: "من المقرّر قانونا وشرعا أنّ الخلع حقّ خوّلته الشريعة الإسلامية للزوجة لفكّ الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا ومن ثمّ فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا في قضية الحال بفكّ الرابطة الزوجية خلعا وحفظ حقّ الزوج في التعويض رغم تمسّكهم بالرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا مبادئ الشريعة الإسلامية ولم يخالفوا أحكام المادة 54 من قانون الأسرة ومتى كان

¹ زكية حميدو تشوار، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلّة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص.76.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1992/07/21، ملف رقم 83606، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.134.

³ زكية حميدو تشوار، الدّور الإيجابي للقضاء في تفسير المادة 54 من قانون الأسرة، المجلّة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، 2003، العدد 02، ص.12.

كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه". وقررت في قرار آخر: "... أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج وعند الاختلاف في مبلغ التعويض يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل"¹.

وفي قرار آخر أقرت أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الأسرة وسواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة لموافقة الزوج..."².

وأیضا القرار المؤرخ في 16/03/1999 والذي جاء نصه كآتي: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإنّ قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبّقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"³.

فالظاهر من استقراء هذه القرارات، ان الخلع هنا غير متوقّف على رضائية الزوج فهو حق أصيل للزوجة وليس رخصة تستعمله وتنتظر موافقة زوجها، وبالتالي وجب على القاضي الاستجابة لطلب الزوجة إذا أصرت على الخلع وتعدّ إعادة الوفاق بين الطرفين ويبقى دور القاضي هنا مقتصرًا فقط في تقدير بدل الخلع عند عدم الاتفاق عليه من قبل المتخالفين⁴.

بفضل هذه الاجتهادات القضائية، وتماشيا مع مبدأ المساواة المنصوص عليها في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لاسيما البند "ج" من المادة 16 من الاتفاقية⁵ فُرض على المشرع الجزائري تعديل المادة 54 من قانون الأسرة في 2005 إلى الآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

والمشرع الجزائري بهذا التعديل يكون قد وافق بعض التشريعات العربية التي أقرت الخلع وأسقطت رضائية الزوج.

المطلب الثاني: أحكام الخلع وآثاره

في هذا المطلب سنتناول كل من شروط الخلع (الفرع الأول) وعن مقابل الخلع (الفرع الثاني) أما آثاره في (الفرع الثالث).

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/04/1994، ملف رقم 103793، نشرة القضاة، العدد 51، مقتبس عن الرشيد بن شويخ، وضعية حقوق المرأة المطلقة بين النصوص القانونية والواقع المعيشي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2011، العدد 12، ص.59.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 19/04/1994، ملف رقم 115118، نشرة القضاة، 2007، العدد 52، ص.106.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16/03/1999، ملف رقم 216239، مجلة قضائية، 2001، عدد خاص، ص.138.

⁴ نظيرة عتيق، المرجع السابق، ص.92.

⁵ نصّ المادة 16 من الاتفاقية على أنه: "تضمن الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على أيّ تمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية ... والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه".

الفرع الأول: شروط الخلع

1- المرأة المخالعة: شرطها الرشد، فلا يصحّ من سفينة أو صغيرة.

2- العوض: وشرطه أن يكون متموّلاً، فيجوز بكلّ ما يجوز به المهر ويزيد عليه بأنه يصحّ بما فيه غرر أو جهالة، إذ ليس سبيل الخلع سبيل المعاوضات المحضة كالمبيعات التي تبتغى فيها الأثمان، إنّما المبتغى والقصد فيها هو تخلّص الزوجة من الزوج وملكها لنفسها¹.

وليس العوض شرطاً في الخلع عند المالكية، بل كلّ فرقة بين الزوجين إذا كانت بلفظ الخلع أو ما في معناه كالصلح والعداء والمبارأة فإنّها تسمّى خلعاً ولو كانت بدون عوض، ويقع به عندهم طلاق بائن.

يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق أي أن يكون بالغاً، عاقلاً مختاراً، يملك أهلية التصرف في ماله وأن تكون الزوجة محلاً للطلاق، أي أن تكون زوجة شرعية حقيقية أو حكماً.

وبما أنّ الخلع طلاق على مال، فإنه يشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة للزوج وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما وعليه فإنه يشترط في الزوج أن يكون بالغاً 21 سنة م7 ق.أ وأن يكون متمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه م85 ق.أ وفي حالة غياب الأهلية التصرف في ماله ينوب عنه وليّه م210 ف2 ق.أ.

أما بالنسبة للزوجة فالفقه الإسلامي يشترط فيها في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع م203 ق.أ، وعليه إذا كانت الزوجة التي خالفها زوجها على مال لم تبلغ سنّ الرشد المنصوص عليه في م40 ق.أ لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليّها على ذلك والوليّ هاهنا هو من له الولاية على نفسها وأما التي هي دون سنّ الرشد القانوني إذا حولت وتمّ الطلاق ولا تلتزم ببذل المال إلا بموافقة وليّ المال.

الم.الج لم يتعرّض للشروط التي يجب توافرها لصحة الخلع واكتفى فقط بالإشارة إلى ضرورة وجود الاتفاق بين الزوجين حول مبدأ الطلاق بالمخالعة في م54 ق.أ وهي م.الوحيدة التي تعرّضت لمسألة الخلع ممّا يتوجّب الرجوع إلى مبادئ الفقه الإسلامي طبقاً لأحكام م222 ق.أ غير أنّ م.ع ف يقرارها المشهور الصادر بتاريخ 12 مارس 1969 أوضحت بأنّ الخلع لا يتمّ إلا بالإيجاب والقبول بين الزوجين².

ويشترط اتّفاقيهما على المبلغ الذي تقدّمه الزوجة إلى زوجها لقاء طلاقها، وأنّ عدم موافقة الزوج على المخالعة لا يؤثّر على بقاء العلاقة الزوجية، كما أنه في قرارها الصادر في 22 مارس 1968 قرّرت بأنه عندما يتفق الزوجان

¹ عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.318-319.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.265-266-267.

على مبدأ الطّلاق بالمخالعة ويختلفان في بذل الخلع، فإنه يمكن للقاضي بصفة مطلقة القيام بمهمّة التّحكيم، وتحديد مقابل الخلع انطلاقاً من مقدار الصّداق المقدم للزّوجة والأضرار الواقعة¹.

الفرع الثّاني: مقابل الخلع

هو ما تلتزم به الزّوجة لزواجها في مقابل طلاقها، وخلاص نفسها منه، ويجوز أن يكون مقابل الخلع بكلّ ما صحّ أن يكون صداقاً، أي مالا مقبولاً، وقد قدمنا أنّ الصّداق ويجوز بكلّ ما يصحّ التزامه شرعاً م14 ق.أ².

وقابل الخلع ما أن يكون صريحاً في المخالعة أو مسكوتاً عنه أو ينفي الزّوجان أي مقابل في المخالعة، فالحالات إذن فيما يتعلّق بمقابل الخلع ثلاث:

1- إذا سمي الزّوجان بدلا للخلع غير الصّداق واتفقا عليه، حصلت الفرقة ولزم المبلغ على الزّوجة، وتطالبه ببقية الحقوق كالصّداق والتّفقة الزّوجية.

2- إذا لم يسمي الزّوجان بدلا للخلع بأن قال لها: "خالعتك فقالت قبلت"، يرى كلّ منهما من حقوق الآخر بالصّداق والتّفقة الزّوجية.

3- أمّا إذا كان مقابل الخلع منفيًا صراحة كما لو قال لها "خالعتك دون عوض فقالت قبلت" كانت المخالعة في حكم الطّلاق المحض ووقع بها طليقة رجعية، ولا يُطالب الزّوج زوجته بشيء، ولا يسقط شيء من حقوق الزّوجية التي في ذمّة أحدهما للآخر.

ونصّ المشروع الجزائري في الم54 الفقرة 2 من ق.أ بأنه يجوز للزّوجة أن يخالع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم وعليه فإنّ الخلع هو مقابل ما تدفعه الزّوجة للزّوج يتّفقان على مقداره في جلسة الحكم أو يحدّده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم ولا يجوز الرّجوع عنه.

وتحدر الإشارة أن لا يسقط مقابل الخلع التّفقة الواجبة على الزّوج في حالة العدة، ولا يتبرأ الزّوج من هذه التّفقة إلاّ إذا نصّ صراحة في العقد على إسقاطها.

¹ نفس المرجع، ص.266-267.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.267-268.

غير أنه لا يجوز الخلع على أن تتنازل الزوجة عن حضانة ولدها لأبيه لأنّ هذا حقّ للولد وبقاءه عند أمه أنفع له. وأخيراً فإنّ حقّ الولد في النفقة من الديون الممتازة فلا تسقط نفقته المستحقّة على أبيه لقاء دين على حاضنته التي خالعه وهذا كي لا يضيع حقوق الولد فإنه لا يجوز الخلع بشيء تعلّق به حقّ الأولاد إذا كانت المرأة معسرة¹.

الفرع الثالث: آثار الخلع

إذا تمّ الاتفاق على الخلع ترتّب عليه ما يلي:

- 1- يقع به طلاق بائن عند جمهور الفقهاء.
- 2- لزوم المال المسمى لوجوبه بالتزامها ما لم تكن محجورة بالسفه، فلا يلزمها شيء، وإذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت وخالعها زوجها على مال في أثناء مرضها وقبلت وقع عليها طلاق بائن ويستحقّ الزوج إذا توفيت الزوجة وهي في عدّة مرض الموت المبلغ المتفق عليه مقابل الخلع، أو ميراثه أو ثلث تركتها ولو كانت وصية.
- 3- يسقط الخلع كما نشأ قبله من حقوق الزوجين مثل الصّدق المؤجّل والنفقة الواجبة إلّا حقّ النفقة المتعلّق بالعدّة لأنه حقّ يكون قد نشأ بعد حدوث الطلاق فهو حقّ يبقى في ذمّة الزوج كما أنه لا يجوز أن تكون الحضانة هي مقابل الخلع وأنّ التنازل عنها يكون باطلاً.

- ولم يورد القا.الج أيّ نصّ بشأن هذا ممّا يوجب الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي والتي تقضي بأنّ الخلع طلاق بائن يقع بمجرد توافق الإيجاب والقبول ويكون المال ديناً في ذمتها يجب أدؤه وأنّ الخلع لا يسقط من الحقوق والديون التي لأحد الزوجين على الآخر إلّا ما اتفق عليه. ومن هنا، فالخلع يتمّ باتّفاق الزوجين، أي بتلاقي الإيجاب والقبول حول مبدأ المخالعة وهو لا يستدعي تدخّل القاضي إلّا لإثباته بحكم قضائي بعد أن يتأكد من توافر شروطه، وضمان حقوق الأولاد².

المبحث الثاني: فكّ الرابطة الزوجية بالتطليق

في هذا المبحث سنتحدّث عن التطليق بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية (المطلب الأوّل) والتطليق بسبب الضرر والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: التطليق بسبب الإخلال بالتزامات الزوجين

سنتناول في هذا المطلب الأسباب المؤدّية للتطليق والتي تكون بسبب الإخلال بالالتزامات الزوجية.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 268-269-270.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 268-269-270.

الفرع الأول: التّطليق لعدم الإنفاق

ذهب الأئمة الثلاثة: مالك والشافعي وأحمد إلى جواز التّفريق لعدم الإنفاق في جميع الحالات التي يمنع فيها الرّوج عن الإنفاق وإنّ إمساكه لها مع الامتناع هو ضرر بالغ بما لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾¹ وقوله سبحانه: ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ وليس من الإمساك بالمعروف أن يمتنع على الإنفاق عليها فوجب التّسريح بإحسان بأن يطلقها في المحكمة أمام القاضي.

الم.الج أخذ برأي الأئمة الثلاثة في التّفريق لعدم الإنفاق م53/ف1 ق.أ التي تنصّ على أنه يجوز للرّوجة أن تطلب الحكم لها بتطليقها من زوجها استنادا إلى إرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الرّواج مع مراعاة المواد 78، 79، 80 ق.أ (المعلّقة بمشمولات التّفقة وتقديرها وتاريخ استحقاقها. وعليه فإنّ شروط التّطليق لعدم الإنفاق هي كالآتي:

- 1- امتناع الرّوج عن التّفقة الرّوجية عمدا وقصدا.
- 2- أن لا يكون امتناع الرّوج عن التّفقة بسبب عسره لأنّ الرّوج لا يخلو من أن يكون موسرا أو معسرا.
- 3- ألا تكون عاملة بإعساره وفقره وقت الرّواج¹.

والمقصود من الأحكام الواردة في م53 ف1 ق.أ هو عدم الإنفاق العمدي وانقطاع الرّوج نهائيا عن أدائها بكلّ مشمولاتها حسب نصّ م78 ق.أ (من لباس أو غذاء أو سكن أو علاج) وعليه فإنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للرّوجة، والتي يحقّ لهذا طلب التّطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، لأنه لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها.

- الم.الج لم ينصّ في ق.أ على المدّة التي تنتظرها الرّوج بعد الحكم لها بالتّفقة والتي يمكنها بعدها تقديم طلب التّطليق إلى المحكمة ومراجعة الأحكام الواردة في م331 ق.ع تبيّن أنه كلّ من امتنع عمدا ومدّة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقرّرة قضاء الإعالة أسرته وعن أداء التّفقة الشرعية يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة مالية من 500 إلى 5000.

- الفقه المالكي جعل المدّة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي يحدّها حسب مقتضيات الأحوال.

والتّطليق من أجل الإنفاق يقع رجعيًا وللرّوج أن يراجع زوجته في العدّة بشرط أن يثبت يسره ويظهر استعداداه للإنفاق إذا تمّ يتحقّق الشرطان ليس له أن يراجعها في العدّة.

¹المرجع نفسه.

ويلاحظ من المادة 53 ف1 ق.أ أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين حالة امتناع الرّوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك وحالة امتناعه مع عدم قدرته أو إعساره، كما لم يفرق بين الرّوجة الغنيّة والرّوجة الفقيرة ولم يحدّد مقدار التّفقة التي أعسر الرّوج بها أو امتنع عنها¹.

الفرع الثّاني: التّطبيق للهجر في المضجع

الهجر في المضجع وسيلة يملكها الرّوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته لقوله سبحانه تعالى: ﴿ وَاللّٰتِي تَخَافُوْنَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ ۗ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبِعُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيْلًا ۗ ﴾. والهجر في المضجع كنوع من التّأديب هو هجر الرّوج فراش الرّوجيّة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الرّوجين وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها، في حدود الشّرع لقوله سبحانه: ﴿ وَاهْجُرُوهُمْ هَجْرًا جَمِيْلًا ۗ ﴾.

ولقد نصّ المشرع الجزائري انطلاقاً من المبادئ الفقهيّة في م53 ف3 أنه يجوز للرّوجة أن تطلب التّطبيق عند الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر وعليه يشترط في هذا الأخير كعبور قانوني يتحوّل للرّوجة حقّ طلب التّطبيق ثلاثة شروط:

- 1- هجر الرّوج للرّوجة في المبيت معها في فراش الرّوجيّة وعدم قربانها.
- 2- أن يكون الهجر عمدياً ومقصوداً لذاته وليس له ما يبرّره من النّاحية الشّرعية والقانونية.
- 3- أن يتجاوز الهجر لعذر شرعي أو مبرّر قانوني كوجود الرّوج في المستشفى أو الخدمة العسكريّة أو مكان آخر للقيام بوظيفته، كذلك إذا كان الهجر لا يتجاوز 4 أشهر ولو يوم واحد أو كان لعدّة مرّات وفي أوقات مختلفة، لا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطبيقها في مثل هذه الحالات، لأنّ الهجر شرعيّ ولأسباب معقولة. وانطلاقاً ممّا سبق، فإنّ للرّوجة إذا رفعت دعوى تطليق للهجر، فإنّ القاضي لا يجب عليه سماعها ولا الاستجابة لها إلّا بعد أن يتأكّد من وجود واقعة الهجر الحقيقي بدون سبب شرعي مقبول وأن يتجاوز الهجر 4 أشهر.

المشرع الجزائري لم يورد نصّ يتعلّق بالإيلاء الذي يرفق في الأحكام مع الهجر في المضجع أي في ترك قربان الرّوجة وترك جماعها ولمدّة 4 أشهر فأكثر.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 277-278-279.

الطلاق بالإبلاء رجعيّ سواء كان من الزوج أو من القاضي فالأصل في كلّ طلاق وقع بالشرع يجب حمله على أنه رجعيّ وعليه كذلك فالطلاق بالإبلاء لا يقع بمجرد مضي المدة بل لابد من دفع دعوى ترفعها الزوجة للقاضي حيث يأمر الزوج بالعودة لزوجته فإن أبي طلقت عليه بمقتضى م53 ف3 ق.أ التي جاءت عامة ومطلقة.

كما سكت المشرع الجزائري عن الظهار واللّعان لنذرة استعمالهم في الحياة الواقعية المعاصرة واكتفى بالنصّ على ما يؤثر على الحياة الزوجية عن طريق أسباب محدّدة¹.

الفرع الثالث: التّطليق للغيبة

جاء في الم53 ف5 ق.أ أنه يجوز لزوجة أن تطلب التّطليق من زوجها في حالة الغياب بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة وعليه فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان لها أن تطلب التّطليق بينها وبينه، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول لأنّها تتضرّر من الغيب ضرراً قد يدفعها إلى الانحراف ويشترط حينئذ:

- أن تمضي سنة فأكثر على الغياب ابتداء من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدّعوى عليه.
- أن يكون الغياب غير عذر مقبول ودون سبب شرعي بحيث يكون بذلك متعمّداً إضرارها، أمّا إذا كان الغياب لعذر مقبول كما لو كان الزوج غائبا لطلب العيش أو طلب العلم، مثلاً فلا تجوز المطالبة بالتّطليق.
- أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة ولم يترك لها مالا تستطيع الإنفاق منه على نفسها وأولادها وفي حالة العكس لا يجوز لها طلب التّطليق.

- وتجدر الإشارة إلى أنّ التّطليق للغيباء يفهم على أساس الضّرر الواقع وليس الضّرر المتوقّع فقط ومن هنا يشترط قصد الزوج الإضرار بزوجه والإيذاء بتعنّت. فيجب معاقبته بإيقاع الطّلاق وعليه فإن لم يتم به قام القاضي مقامه فيه والغائب الذي يقصده الم.الج هو الذي نصّ عليه في م110 ق.أ "الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محلّ إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدّة سنة وتسبّب غيابه في ضرر الغير..."².

فتكون الم110 ق.أ حدّدت مفهوم الغائب، وم112 و53 ف5 ق.أ حوّلت الحقّ للزوجة في طلب التّطليق للغيباء من جرّاء الضّرر الذي لحقها إذا توفّرت الشّروط القانونية للغيباء.

بالإضافة إلى أنه لو تزوّجت الزوجة المطلّقة بعد انقضاء عدّتها، ثم ظهر زوجها الأوّل، لا يفسخ هذا الزواج الثّاني لأنّ الزواج الأوّل انتهى بالطلاق الذي أوقعه القاضي.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.288-289-290-291-292.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.297-298-299.

أما لو حكم بوفاته ثم تزوجت بآخر، ثم تحققت حياة زوجها الأول انتهى بوفاة الأول وظهر أنّ هذا الأساس غير صحيح وأنّ الزواج الأول لازال باقياً¹.

الفرع الرابع: التّطليق بسبب مخالفة الشّروط المتّفق عليها في عقد الزّواج

هذا ما نصّت عليه م53 ف9 ق.أ وأهمّية هذا السّبب المبرّر لطلب التّطليق في أنّ الإخلال بشرط متّفق عليه ابتداء في عقد الزّواج قد يؤدّي إلى ضرر بليغ بالزّوجة، ويستند التّطليق بسبب مخالفة الشّروط إلى مبدأ حرّية التّعاقد والاشتراط.

ويأتي نصّ م53 ف3 ق.أ خاصّ للمادّة 19 منه التي نصّت على أنه "للزّوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسميّ لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضرورية وليس شرط عدم تعدّد الزّوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون".

وقد نصّت المحكمة العليا في قرار سابق بأنّ إصرار الزّوج على إخراج زوجته من بلدها يعتبر إخلالا بأحد الشّروط التي تضمّنها عقد الزّواج والتي التزم بها الزّوج بما يترتّب عليه فكّ العصمة. وبهذا يتبيّن أنّ التّعديل الأخير لقانون الأسرة بخصوص التّطليق لعدم الوفاء بالشّروط جاء مؤكّدا لهذا الاتجاه الاجتهادي للمحكمة العليا والذي بدوره يكون موافقا لما سار عليه فقهاء المالكية والحنابلة من ثبوت حقّ التّطليق للزّوجة إذا لم يوفّ زوجها بالشّروط التي لا تنافي مقتضى العقد².

المطلب الثاني: التّطليق بسبب الضّرر والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج

الفرع الأوّل: التّطليق للحكم على الزّوج في جريمة ماسّة بشرف الأسرة

أجاز القانون للزّوجة طلب التّفريق من القاضي إذا حكم على زوجها في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية.

ويتجلّى وجه الضّرر في هذا السّبب المسوغ للتّطليق من ناحيتين:

الناحية الأولى: تتجلّى في الضّرر المعنوي الذي يخلقه الحكم على الزّوج من آثار ماسّة بشرف الأسرة وسمعتها، ويؤثّر على مستقبل الزّوجة والأولاد.

¹ نفس المرجع، ص.299-300.

² بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الخلدونية للنشر والتّوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، ص.137.

التاحية الثانية: الضّرر المادّي المتمثّل في استحالة مواصلة الحياة الزوجية وهذا لأنّ جريمة بهذا الشأن لا تقلّ عقوبتها عن الحبس وهو ما يسبّب غيابه عن أسرته التي تبقى بدون عائل ولا رقيب وهنا يتجلّى الضّرر المعنوي كذلك.

والمالكية يجيزون طلب التفريق لغيبة الزوج التي تكون هنا ناتجة عن حبسه كما أنّ الزوجة تتضرّر بحبس النفقة عنها بالغياب وتكون الطّلبة التي يوقعها القاضي لغياب الزوج أو حسبه طليقة بائنة¹.

الفرع الثاني: التّطبيق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة

تنصّ على أنه: "يسمح بالتّزوج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وُجد المبرّر الشرعي وتوفّرت شروط ونية العدل". يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على التّزوج بها وأن يُقدّم طلب التّرخيص بالتّزوج إلى ر.م لكان مسكن الزوجية. ويمكن ل.ر.م أن يرخّص بالتّزوج إذا تأكّد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرّر وقدرته على العدل وتوفير الشروط الضّرورية.

فهم من نصّ الم 53 ف6 ق.أ أنه سمح للزوجة طلب التّطبيق إذا لم يحقّق الزوج الشروط التي التزم بها عند لجوءه للتّزوج بثانية لأنه ضرر معنوي².

وقضت المحكمة العليا بتطبيق الزوجة نتيجة الضّرر الذي لحقها من زواج زوجها مرّة أخرى دون علمها، استناداً لنصّ م8 ق.أ.

الفرع الثالث: التّطبيق للضرر المعترف شرعا

ورد النصّ في ق.أ على الضّرر المعترف شرعا كمبرّر لطلب التّطبيق بعبارة شاملة، تفتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي لتقدير الضّرر بالرجوع إلى أقوال الفقهاء والضّرر بأنواعه بكثرة في العلاقات الزوجية نظرا لتردّي الوازع الدّيني لدى الأزواج وعدم التزامهم التّهج الشرعي في العيش وتعدّد صوره في الضّرب المبرح والشتم المقذع والسبّ والتّحقير والإهانة والإساءة إلى السّمتة بأفعال يأتيها الزوج أو بما يرتكبه من فواحش إلى جانب الشّقاق المستمرّ بين الزوجين³.

الفرع الرابع: التّطبيق لارتكاب فاحشة ميّنة

فالفاحشة الميّنة من زنا أو سكر أو كلّ خروج عن سلوك الرّجل السويّ يشكّل إخلالا خطيرا بسيرة الأسرة وتربية ونشأتها فيكون من الأصلح للأولاد الابتعاد عن هذا الوالد الذي يشكّل قدوة سيّئة لهم وعليه في حالة ارتكاب

¹ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.141-142.

² المرجع نفسه، ص.142.

³ بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.144.

الزّوج فاحشة مبينة كالزّنا أو الشّرك بالله أو الرّدة أو الاعتداء على قاصرة فإنه يجوز للزّوجة أن ترفع الأمر للقضاء وتطلب التّطليق وحينئذ يطلّقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة وكان الفعل إخلالا جسيما يؤدّي إلى استحالة المعيشة المشتركة بين الزّوجين وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن¹.

الفرع الخامس: التّطليق للشّقاق المستمرّ بين الزّوجين

فإنّ طلب الطّلاق يكون مبرّرا والذي غالبا ما يأتي بعد استنفاد وسائل الإصلاح التي بيّنها الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَإِنْ حِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ النساء 35.

الفرع السّادس: التّطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج

نصّت م53 ف2 ق.أ بأنّ العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج تكون سبب للتّطليق وتنقسم العيوب من حيث المنع من البناء بالزّوجة إلى قسمين:

1- عيوب جنسية كالجب والعتت والخصاء في الرّجل، والرّتق والقرن في المرأة.

2- عيوب لا تمنع الدّخول ولكنها أمراض منفردة بحيث لا يمكن المقام معها إلاّ بضّرر كالجذام والجنون والبرص والسلّ والزّهري.

والقانون لم يحدّد العيوب التي يقصدها بقوله "تحول دون تحقيق الهدف من الزّواج" ولعلّ المعنى ينصرف إلى العيوب التي تمنع التّكاثر لأنه هدف الزّواج أو يجعل عملياته منفردة للزّوجين².

وقد اختلف الفقهاء إلى رأيين:

- رأي الظاهرية: قالوا بعدم جواز التّفريق بأيّ عيب كان سواء أكان في الزّوج أو الزّوجة ولا مانع من تطليق الزّوج لزّوجته.

- ورأي الجمهور: أجازوا التّفريق بسبب العيوب واختلفوا فيمن يثبت له الحقّ إذ قصره الحنفية على الزّوجة فقط لأنها لا يمكنها دفع الضّرر عنها إلاّ باللّجوء للقاضي وأنّ الزّوج يمكنه دفع الضّرر بالطلاق، أمّا الأئمّة الثلاث فأثبوا الحقّ لكلا الزّوجين وهذا لأنّ الضّرر يجوز في حقّهما.

ويشترط من أجل رفع دعوى التّطليق للعيوب شرطان:

¹ المرجع نفسه، ص.144.

² بن زينة عبد الهادي، المرجع السابق، ص.147-148.

1- عدم علم الزوجة بعيب الزوج قبل الزواج.

2- عدم رغبة الزوجة بمواصلة الحياة مع زوجها المعيب.

وقضت المحكمة العليا بسقوط حقّ الزوجة في طلب التّطليق بسبب العيوب إذا علمت بما قبل العقد ورضيت به، كما أنّ سكوت الزوج عن عيوبه أو إخفائه لها، تجعل القاضي يستجيب لطلبها دون تأجيل. كما سنّ القضاء أنه في حالة النزاع يلجأ القاضي إلى أية تحسنات فيحكم عندها بالطلاق، ويعتبر الطلاق الذي يوقعه القاضي للعيب أو للمرض الضارّ بائناً عند مالك وأبي حنيفة بينهما يعتبره أحمد والشافعي بأنه فسخ وليس طلاق وقد ذهب ق.أ. مذهب المالكية باعتبار الطلاق الذي يوقعه القاضي نتيجة العيب طلاقاً بائناً¹.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

المراجع باللغة العربية

1- الكتب الشرعية و القانونية

- 1) ابن جزري، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، فاس، د.ت.
- 2) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب الولد للفراش حرّة كانت أو أمة، ج13، دار الفكر، بيروت، 1991.
- 3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1988.
- 4) ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمود، المغني والشرح الكبير، ج2.
- 5) ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، ط3، 1994.
- 6) ابن منظور، لسان العرب، مؤسّسة الأعلى للمطبوعات، الجزء الثاني، بيروت.
- 7) أبو الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب الوضاع، باب الولد للفراش وتوقّي الشّبّهات، حديث رقم 1457.
- 8) أحمد الخليلشي، من مدوّنة الأحوال الشّخصية إلى مدوّنة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، دار المعرفة، الرّباط، المغرب 2012 .
- 9) أحمد فراج حسين، أدلّة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2004.

¹ المرجع نفسه، ص. 148-149-150.

- 10) باديس ذيابي، حجية الطّرق الشّرعية والعلمية في دعاوى النّسب على ضوء قانون الأسرة ، دار الهدى، عين ميللة، الجزائر، 2010.
- 11) بدران أبو العينين بدران، التّزوج والطلاق، دار الجامعة، الإسكندرية، 1974.
- 12) بلحاج العربي، أحكام التّزوج في ضوء قانون الأسرة الجديد - وفق آخر التّعدّلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار الثقافة، الطّبعة الأولى، 1433هـ/2012م.
- 13) بلحاج العربي، أحكام التّوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2013.
- 14) بلحاج العربي، أحكام الموارث في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، د.م.ج، الجزائر، الطّبعة 4، مزبدة ومنقّحة، 2010.
- 15) بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التّعاقد، دار حافظ، جدّة، السعودية، 2011.
- 16) بلحاج العربي، التّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2.
- 17) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، جزء1، ديوان المطبوعات الجامعية، ب.ط، الجزائر، 1994.
- 18) بلحاج العربي، قانون الأسرة الجديد معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة، د.م.ج، الطّبعة الرّابعة، 2010.
- 19) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، 2006.
- 20) بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الهلال، وهران، 2004.
- 21) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضّرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الخلدونية للنّشر والتّوزيع، الجزائر، الطّبعة الأولى، 1428هـ/2007م.
- 22) بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة ببعض التّشريعات العربية، الطّبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008.
- 23) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، الطّبعة 01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 24) بن عبيدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التّشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 25) بوقندورة سليمان، الرّوائع الفقهية في الأحوال الشّخصية، الباب الأوّل: التّزوج وانحلاله، دار الأملية للنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى، الجزائر، 2015.
- 26) تشوار الجيلالي، التّزوج والطلاق اتّجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطّبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعة، ب.ط، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- 27) حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، د.س.ن.

- 28) خليفة علي الكعبي، نظام الاشتراك المالي بين الزوجين وتكييفه الشرعي، الطبعة الأولى، دائر التفائس للنشر، الأردن، سنة 2010.
- 29) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل: دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبّة، الجزائر، ط. 1429هـ/2008م
- 30) زبيدة أفرودة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 31) سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 32) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن.
- 33) عبد الرحمن النفسية، الفحص الطبي قبل الزواج ومدى مشروعيته، الرياض، 2005.
- 34) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 1.
- 35) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، د.و.أ.ت، الجزائر، الطبعة 2، 2000.
- 36) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، الطبعة الثانية، دار الهومة، الجزائر، 2009.
- 37) عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة 2، 1995.
- 38) عبد القادر الداودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 39) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، دار البصائر، الجزائر، 2010.
- 40) العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، الطبعة 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
- 41) عليوش كمال، القانون الدولي الخاصّ الجزائري، ج 1، دار هومه، الجزائر، د.س.ن.
- 42) العيش فضيل، قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاء المحكمة العليا مع تعديلات 2005، الطبعة الثانية، السّاحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
- 43) الغوتي بن ملحّة، أحكام قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2015.
- 44) الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، 2005.
- 45) فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، ج 2، د.د.ن، د.س.ن.
- 46) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د.ت.ن.
- 47) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، 1971.

- 48) محمد الكشور، الوسيط ف يشرح مدونة الأسرة، الطبعة 2، دار النّجاح، الدار البيضاء، 2009.
- 49) محمد بن عبد الله بن عابد الصّواط، القواعد والصّوابط الفقهيّة لابن تيمية في فقه الأسرة، دار البيان الحديث، الجزء الأوّل، الطبعة الأولى، المملكة العربيّة السعوديّة.
- 50) محمد سمارة، أحكام وآثار التّوجية، شرح مقارن لقانون الأحوال الشّخصية، دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمّان، 1429هـ/2008م.
- 51) محمد شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 52) مصطفى السعيد، مدى استعمال الحقوق التّوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1936.
- 53) ناصر النّشوي، الحلوة والآثار الشّرعية المترتبة عليها، دار الجامعة، الإسكندرية، 2004.
- 54) نسرين شريقي، كمال بوفوروة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 01، دار بلقيس للنّشر، الجزائر، 2013.

2-المقالات العلميّة

- 1) إلياس نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، م.ع.ق.أ، جامعة تلمسان، 2009، العدد 8.
- 2) بدوي علي، عقود الزّواج العرفية، مجلة قضائية، محكمة عليا، الجزائر، 2002، العدد 2.
- 3) بلحاج العربي، التعسّف في استعمال الحقّ في القانون المدني الجزائري، م.ج، 1992، العدد 2.
- 4) بلحاج العربي، الحماية الجنائية للأسرة في التّشريع الجزائري، جريدة المساء، 16 و 23 و 30 نوفمبر 1988.
- 5) بلحاج العربي، مشكلة إجرام الأحداث بين الوقاية والإصلاح في القانون الجزائري، مجلّة الشّربة، الأعداد: 37 و 38 و 39.
- 6) تشوار جيلالي، الجنس-الزّواج والقانون، م.ج، 1995، العدد 4.
- 7) تشوار جيلالي، تغيير اللّقب تجاه الصّلاحيات الدستورية للسلطتين التّشريعية والتنفيذية، م.ق.إ، جامعة تلمسان، 2004، العدد 2.
- 8) دنوبي هجيرة، مركز المرأة في التّشريع العائلي الجزائري، مجلّة الشّربة، 1989، العدد 40.
- 9) الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة، مجلّة الحقوق، الكويت، 2001، العدد 1.
- 10) زاوي فريدة، مدى تعارض المرسوم التّنفيذي رقم 24/92 المتعلّق بتغيير اللّقب مع مبادئ الشّريعة الإسلاميّة، م.ق، 2000، العدد 2.
- 11) سعيد بويصري، قانون الأسرة الجزائري ماله وما عليه، مجلّة البصيرة، الجزائر، 2000، العدد 5.

- 12) عبد الرؤوف دباش، ثبوت النسب في الأنكحة الفاسدة والباطلة، مجلّة الاجتهاد القضائي، العدد السابع.
- 13) عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية في القانون رقم 11/84 المتضمّن قانون الأسرة، م.ج، 2003، العدد2.
- 14) عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، 2007، العدد 73.
- 15) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مقال منشور، المحكمة العليا، العدد 1، لسنة 2007.
- 16) علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، م.ج، 1986، العدد2.
- 17) علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، 1992.
- 18) عمر الأشقر، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلّة المحاماة الشرعية، السنة 2، العدد1.
- 19) محمد إسماعيل، خطبة النساء في الإسلام، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، 2002، العدد 55.
- 20) محمد تقية، تطوّر المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال قانون الأحوال الشخصية، مجلّة الفكر القانوني، العدد الأوّل، الجزائر، 1984.
- 21) محمد جعفرور، التناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، م.ج، 2001، العدد3.
- 22) محمد عمرو، العدول عن الخطبة وآثاره، مجلّة دراسات، جامعة الأردن، 1989، العدد 10.
- 23) نصر الدين مروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، مجلّة الفكر القانوني، العدد الرابع، 2004.

3-الرسائل الجامعية

- 1) رحاوي أمينة، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011.
- 2) شروقي محترف، إثبات النسب ونفيه وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 2005-2008.
- 3) عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة، جامعة الأزهر، 2005.
- 4) علاّل بزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2016.
- 5) لبني محمد جبر، الأحكام المتعلقة بالإخصاب خارج الجسم، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2007.

4-النصوص القانونية

- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتّم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر، عدد 15، صادرة بتاريخ 2005.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/05/1975، والمعدل بالقانون رقم 07/80، والقانون رقم 01/83، والقانون رقم 21/84، والقانون رقم 14/88، والقانون رقم 01/89، وأخيرا الأمر 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، المتضمن القانون المدني.
- القانون رقم 1963/224 المتضمن الحد الأدنى لسنّ الزواج.

المراجع باللغة الفرنسية

- 1) AIT ZAL (N), La Kafala en droit Algérien, R.A, 1993, N°4
- 2) Antonini-Cochin (L) et Courtin (CH). L'essentiel de la Jurisprudence civile en matière de la famille, 60 grandes décisions commentées, éd. Gualino, Paris, 2010.
- 3) Benjaballah.S, La problématique d'une définition du mariage dans le code de la famille Algérien, R.A, 2001, N°03
- 4) Salah Bey, Le Droit de la famille et le dualisme juridique, Rev.Alg, 1997.

الفهرس

- 1..... مقدمة:
- 3..... أولاً: مضمون التّعديل الجديد طبقاً للأمر رقم 02/05
- 9..... ثانياً: علاقة قانون الأسرة بالقوانين الأخرى
- 9..... 1-العلاقة بين قانون الأسرة والقانون المدني:
- 10..... 2-العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية:
- 11..... 3-العلاقة بين قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية:
- 12..... 4-العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الجنائي (قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية):
- 12..... 5-العلاقة بين قانون الأسرة والقانون الدولي الخاص:
- 13..... الباب الأوّل: الزواج و حالة الزوجين
- 14..... الفصل التّمهيدي: تكوين عقد الزّواج
- 14..... 1- مفهوم الزّواج:
- 16..... 2- أهداف الزّواج:
- 17..... 3- خصائص الزّواج:
- 17..... 4- حكم الزّواج:
- 19..... الفصل الأوّل: الخطبة أو الوعد بالزواج

19	المبحث الأول: ماهية الخطبة.....
20	المطلب الأول: مفهوم الخطبة ومشروعيتها.....
20	1-تعريف الخطبة:.....
21	2-مشروعية الخطبة:.....
22	3-أهمية الخطبة القانونية والاجتماعية وعبر الإنترنت.....
23	مسألة الخطبة عبر الوسائل الإلكترونية:.....
23	المطلب الثاني: أحكام الخطبة.....
23	1-شروط الخطبة:.....
25	2-الطبيعة القانونية للخطبة:.....
26	3-اقتران الخطبة بالفاتحة:.....
28	4-التكييف القانوني للخطبة:.....
29	المبحث الثاني: آثار العدول عن الخطبة.....
29	المطلب الأول: جواز العدول عن الخطبة.....
29	مسألة الاتصال الجنسي بين الخطيبين:.....
30	المطلب الثاني: حكم الصداق (المهر) والهدايا عند العدول عن الخطبة.....
30	1-حكم الصّداق عند العدول عن الخطبة:.....
31	2-حكم الهدايا عند العدول عن الخطبة:.....
32	المطلب الثالث: التّعويض في حالة العدول عن الخطبة.....
33	1-إمكانية التّعويض عن الضّرر المادّي أو المعنوي:.....
37	2-شروط التّعويض عن تفويت فرصة الزّواج:.....
38	الفصل الثاني: أحكام عقد الزّواج وآثاره.....
38	المبحث الأوّل: أركان وشروط عقد الزّواج.....
38	المطلب الأوّل: أركان عقد الزّواج.....
39	فرع أوّل: الرّكن البيولوجي في عقد الزّواج.....

- أولاً: اختلاف في الجنس بمعناه الفعلي..... 39
- 39 (1) حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي:
- 39 (2) حالة الشخص المختلط الجنس (الخنثى):
- ثانياً: الاختلاف في الجنس بمعناه البسيكولوجي 40
- 40 (1) موقف الفقه الإسلامي من التغيير الجنسي:
- 42 (2) موقف قانون الأسرة من التغيير الجنسي:
- فرع ثاني: ركن الرضا في عقد الزواج 42
- أولاً: موقف الفقه والقانون من ركن الرضا..... 42
- 43 (1) طرق التعبير عن الإرادة:
- 43 (2) الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة:
- ثانياً: عيوب الرضا ونظام الوكالة في عقد الزواج 44
- 44 (1) عيوب الرضا:
- 46 (2) الوكالة في عقد الزواج:
- المطلب الثاني: الشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج 46
- الفرع الأول: الشروط الموضوعية في عقد الزواج 47
- أولاً: أهلية الزواج والصدّاق و الولاية 47
1. أهلية الزواج: 47
- (1) آراء الفقه الإسلامي لسنّ الزواج: 47
- (2) موقف القانون الجزائري من الأهلية في عقد الزواج: 48
- (3) المهر أو الصّدّاق: 49
- (4) شروط الصّدّاق ومقداره: 50
- (5) النزاع في الصّدّاق وأثر تخلفه: 51
- (6) المنازعة في الصّدّاق وفقاً للشريعة الإسلامية: 51
- (7) المنازعة في الصّدّاق وفقاً لقانون الأسرة: 52

- 8) أثر تخلف ركن الصداق: 52
2. الولاية في الزواج: 53
- 1) آراء الفقه الإسلامي لولاية الزواج: 54
- 2) موقف القانون الجزائري من الولاية في عقد الزواج: 55
- ثانيا: الشهادة والركن الاجتماعي أو الخلقي و الشهادة الطبية..... 56
- 1- الشهادة: 56
- 2- شروطها: 57
- 1) الشروط المتفق عليها: 57
- 2) شروط الشهود في الزواج الغير المتفق عليها: 58
- 3) أثر تخلف ركن الإشهاد في عقد الزواج: 58
- 1- الركن الاجتماعي أو الخلقي (انعدام الموانع الشرعية للزواج): 59
- أ- الموانع المؤبدة: 59
- ب- أصول الزوجة بمجرد العقد عليها: 60
- شروط الرضاعة: 62
- حالات الموانع القائمة على الرضاعة: 63
- المحرمات بالمصاهرة من الرضاع: 64
- الاستثناءات الواردة على موانع الزواج القائمة على الرضاعة: 64
- حالات تداخل العدد: 66
- الفرع الثاني: الشروط الشكلية في عقد الزواج 72
- أولا: إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية 72
- ثانيا: إثبات الزواج 73
- المبحث الثاني: آثار عقد الزواج 74
- المطلب الأول: الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين 74
- الفرع الأول: الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين 75

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة: 75
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والموودة والرحمة: 75
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم: 75
- 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات: 76
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم: 76
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين وبالحسنى والمعروف: 76
- 7- زيادة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف: 76
- الفرع الثاني: النظام المالي للزوجين 76
- أولا- نظام الاستقلال المالي للزوجين: 77
- 1- سلطات كل من الزوجين على أمواله الخاصة: 77
- أ- حق تصرف كل زوج بأمواله الخاصة: 78
- ب- حق الانتفاع كل زوج بأمواله الخاصة: 78
- 1- مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري: 78
- ثانيا- نظام الاشتراك المالي للزوجين: 80
- 1- تعريف الأموال المشتركة للزوجين: 80
- 2- موقف الفقه والقانون الجزائري من الأموال المشتركة للزوجين: 81
- 1) موقف الفقه الإسلامي: 81
- 2) موقف المشرع الجزائري: 82
- ثالثا- مكونات الأموال بين الزوجين وكيفية التعامل معها: 82
- 1) الأموال المتحصّل عليها بطرق غير الزواج: 82
- أ- الأموال المتحصّل عليها من الراتب: 83
- ب- عن طريق الإرث والتبرعات: 83
- 1) الأموال المكتسبة بطرق الزواج: 83
- المطلب الثاني: التفقة الزوجية 86

86	الفرع الأول: شروط استحقاق التّفقة
86	أولاً: الدّخول بالزّوجة
86	ثانياً: العقد الصّحيح
87	الفرع الثاني: أسباب سقوط التّفقة
87	أولاً: المعقود عليها بعقد فاسد أو باطل
87	ثانياً: الرّوج النّاشز في مدّة نشوزها
88	ثالثاً: الزّوجة المرتدّة
88	رابعاً: الزّوجة المحبوسة في جريمة من الجرائم
88	خامساً: الزّوجة العاملة
88	المطلب الثالث: إثبات التّسب
89	الفرع الأول: الطّرق التّقليدية لإثبات التّسب
90	أولاً: الطّرق المرتبطة بالفراش
90	1- إثبات التّسب بالزّواج الصّحيح (الفراش):
93	آثار اللّعان:
93	1. الفرقة بين المتلاعنين:
94	2. إلحاق نسب الولد بأمه:
94	3. إثبات التّسب بالإقرار والبيّنة:
96	ثانياً: إثبات التّسب في غير الفراش
96	1- نكاح الشّبهة:
98	2- الزّواج الفاسد:
99	الفرع الثاني: دور الطّرق العلمية والتّلقيح الاصطناعي لإثبات التّسب
99	أولاً: الطّرق العلمية لإثبات التّسب
100	1- نظام البصمة الوراثية:
100	2- العمل بالبصمة الوراثية في إثبات التّسب بالتّسبة للتّشريعات:

101	2- التنازع بين الفراش والخبرة الطيبة:
101	ثانيا: التلقيح الاصطناعي ودوره في إثبات النسب
101	1- مفهوم التلقيح الاصطناعي:
102	2- مشروعية التلقيح الاصطناعي
103	1- موقف المشرع من التلقيح الاصطناعي:
105	الباب الثاني: انحلال الزواج
106	الفصل الأول: انحلال الرابطة الزوجية بتراضي الزوجين و بالإرادة المنفردة للزوج
106	المبحث الأول: الطلاق بالتراضي و الطلاق
106	المطلب الأول: تعريف الطلاق، حكمه، دليل مشروعيته
106	1- تعريف الطلاق:
106	1- حكمه:
106	2- دليل مشروعيته:
107	3- الحكمة من مشروعيته:
110	المطلب الثاني: أركان الطلاق وأنواعه
110	الفرع الأول: أركان الطلاق
110	أولا: الزوج
112	ثانيا: القصد
112	ثالثا: الزوجة
112	رابعا: اللفظ
114	الفرع الثاني: أنواع الطلاق
114	1- من حيث السنية:
114	2- من حيث إمكانية الرجوع:
115	3- حسب تعلّقه وعدمه:
115	4- النيابة في الطلاق:

115	الفرع الثالث: الفرق بين الطّلاق والبطلان
116	الفرع الرابع: الفرق بين الطّلاق والفسخ
117	المبحث الثاني: إشكالات الطّلاق من خلال قانون الأسرة الجزائري
117	المطلب الأوّل: إشكالات العدّة والميراث
117	الفرع الأوّل: مفهوم العدة والميراث
117	أوّلاً: تعريف العدّة
117	ثانياً: تعريف الميراث
117	الفرع الثاني: إشكالات العدّة والميراث
120	المطلب الثاني: إشكالات الطّلاق العربي
120	الفرع الأوّل: مفهوم الطّلاق العربي و مدى إقرار الشّرع والقانون له
120	أوّلاً: تعريف الطّلاق العربي
121	ثانياً: مدى إقرار الشّرع والقانون بالطّلاق العربي
121	الفرع الثاني: إشكالات الطّلاق العربي
121	أوّلاً: حالة عدم تسجيل عقد الزّواج وإثبات الطّلاق العربي بأثر رجعي
122	1- حالة إعادة التّزوج الزّواج:
122	2- حالة إعادة التّوجة الزّواج:
123	3- احتساب العدّة:
124	الفصل الثاني: انحلال الرّابطة التّرجية بالإرادة المنفردة للتّوجة
124	المبحث الأوّل: فكّ الرّابطة التّرجية بالخلع
124	المطلب الأوّل: مفهوم الخلع وطبيعته القانونية
124	الفرع الأوّل: تعرف الخلع
126	الفرع الثاني: الطّبيعة القانونية للخلع
128	المطلب الثاني: أحكام الخلع وآثاره
129	الفرع الأوّل: شروط الخلع

130	الفرع الثاني: مقابل الخلع.....
131	الفرع الثالث: آثار الخلع.....
131	المبحث الثاني: فكّ الرابطة الزوجية بالتطليق.....
131	المطلب الأول: التطليق بسبب الإحلال بالتزامات الزوجين.....
132	الفرع الأول: التطليق لعدم الإنفاق.....
133	الفرع الثاني: التطليق للهجر في المضجع.....
134	الفرع الثالث: التطليق للغيبة.....
135	الفرع الرابع: التطليق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
135	المطلب الثاني: التطليق بسبب الضرر والعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....
135	الفرع الأول: التطليق للحكم على الزوج في جريمة ماسة بشرف الأسرة.....
136	الفرع الثاني: التطليق لمخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة.....
136	الفرع الثالث: التطليق للضرر المعتبر شرعا.....
136	الفرع الرابع: التطليق لارتكاب فاحشة مبيّنة.....
137	الفرع الخامس: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.....
137	الفرع السادس: التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.....
138	قائمة المصادر والمراجع.....