

الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج وآثاره

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة

إشراف الأستاذ الدكتور:

تشوار جيلالي

اعداد الطالب :

حسين مهداوي

أعضاء لجنة المناقشة

أ.د/قلفاط شكري.....جامعة تلمسان.رئيسا

أ.د/ تشوار جيلالي.....أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مقررا

د/ تشوار حميدو زكية.....أستاذة محاضرة جامعة تلمسان.

مناقشا

السنة الجامعية : 2009-2010

شكر و عرفان

من محاسن القدر أن تكون بداية دراستي في مسقط رأسي تلمسان و أن تكون رسالة تخرجني في الدراسات العليا أيضا بتلك المدينة المباركة و التي أشرف عليها أستاذي المحترم تشوار جيلالي الذي تكبد معي عناء البحث و شملني بعطف الأب لأبنائه منذ أن كانت رسالتي مجرد حلم إلى أن أصبحت في أهبتها الأخيرة فجزاه الله عني خير ما يجزي عباده الصالحين المقربين .

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى والدي العزيزين

إلى زوجتي الكريمة

إلى أبنائي

إلى إخوتي

إلى شيخي مسعود

إلى كل الأصدقاء و من يعرفني و من له الفضل علي .

ترجع نشأة القانون إلى تطور المجتمع ، بفعل مجموعة من العوامل و ذلك وفق سنة التقدم ، فكلما تجدد الواقع استحدثت قوانين مسايرة لهذا التطور و التنوع بغية ضبط و تقويم سلوك الأفراد داخل الجماعة ، و تكون قواعد هذه القوانين مرتبطة دائما ببيئة اجتماعية معينة ، سواء انحصرت في نطاق ضيق كالأسرة أو شملت نطاقاً أوسع كالدولة ، لينعكس هذا كله لاحقاً على الأنظمة و القوانين فينالها التعديل والتغيير.

إن البنية الأساسية لتكوين المجتمع الحضاري هي الأسرة الصالحة، فالكل يدرك أهميتها ودورها في رقي الجماعة أو تخلفها، فلا غرابة من حرص المشرع على تنظيمها وحمايتها لها الحماية القانونية.

ولما كان الزواج أساس تكوينها حظي بدوره بذات العناية، لتبدأ من مرحلة إنشاء عقد الزواج، وتمتد لتشمل المراحل السابقة واللاحقة لنشوئه، تقديراً لما له من أهمية اجتماعية خاصة.

وحماية للزواج وحفاظاً على تميزه وخصوصيته حرص المشرع على تحديد نقاطه تحديداً كاملاً من جهة كيلا يلتبس بغيره من الأشكال الأخرى للعلاقات الجنسية التي تجمع المرأة والرجل¹.

ومن جهة أخرى، يعد الزواج من الحريات العامة للشخص، لذا نظمت أحكامه في شكل قواعد عامة آمرة متعلقة بالنظام العام، فمفاد الحرية في الزواج يتجلى في كون الشخص حراً في أن يتزوج وفي أن يختار مع من يتزوج وأخيراً ممن يرفض أن يتزوج².

¹ - أنظر، د.توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، 1980، ص 174.

² - «La liberté de nuptiale se compose de trois attributs : La liberté de se marier, la liberté refuser le mariage et enfin de choisir son conjoint », C.f PATRICK COURBE, droit de la famille, 1997, ARMAND COLIN, p 22.

وفي هذا الصدد جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، للقضاء على ما كان يعيشه الغرب، من تفرقة عنصرية وانحطاط لوضعية المرأة، فنص في مادته 16 على أن الزواج وتكوين أسرة حق لكل شخص ابتداء من سن البلوغ، بصرف النظر عن العرق أو الجنسية أو الدين، دون قيد أو شرط، مع تمتع كل من المرأة والرجل بنفس الحقوق على قدم المساواة، إن الزواج لا ينشأ إلا بكامل رضا وحرية طرفيه³.

وقبل هذا الإعلان، كان القرآن الكريم ومنذ أربعة عشر قرناً خلت، قد تناول تنظيم العلاقة الزوجية تنظيماً دقيقاً، يكفل للزوجين العيش في أسرة هادئة تسودها المودة والرحمة⁴.

وقد اعتبر الإسلام الزواج فطرة من طرف الكون كله ، فليس هناك شيء إلا وله زوج ، إلا وله مكمل ، سواء أكان هذا في الحيوانات أم في النباتات أم حتى في الجمادات، في الكهرباء نرى الموجب والسالب ، بل في الذرة العلم يقول لنا فيها شحنة موجبة وشحنة سالبة وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ﴾⁵

وإذا كان هذا هو نظام الكون ، فلا يبقى للإنسان أن يشدّ عن النظام الكون وعن فطرة الطبيعة فلا بد أن يبحث عن زوجه .

³ - أحمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، دار الفكر العربي، 1964، ص 120.

⁴ - القرآن الكريم حافل بالآيات التي تطرقت للحق في الزواج وتكوين أسرة منها على سبيل المثال "ومن آياته أن خلق من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون" الآية 21 من سورة الروم.

⁵ - سورة الذريات 1، الآية 49 .

الزواج كذلك أساس لتكوين الأسرة ، تلك التي تترى فيها المشاعر الطيبة ، العواطف الإنسانية النبيلة ، عواطف الأبوة والأمومة والبنوة والأخوة والرحم، عواطف المحبة والتعاون الإيثار والرحمة والتعاطف ، في ظل الأسرة تتكون هذه المشاعر والذي يكون الأسرة هو الزواج قال تعالى:

﴿وَالزَّوْجَاطُ كَالْبُنْيَانِ الَّذِي عَلَىٰ أَعْنَاقِهِمْ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْأَعْنَاقُ وَالزَّوْجَاطُ كَالْبُنْيَانِ الَّذِي عَلَىٰ أَعْنَاقِهِمْ وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْأَعْنَاقُ﴾⁶

في ظل الأسرة يوجد السكون والمودة والرحمة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾⁷، أية من آيات الله مثل خلق السماوات والأرض مثل الآيات الكبرى في هذا الكون ، أن ينضم رجل إلى امرأة وتنضم امرأة إلى رجل ويتكون منهما النواة الخلية الأولى للمجتمع ، ثم بعد ذلك تتسع الدائرة ، دائرة المودة والتلاحم ، ودائرة الألفة والتناصر والمصاهرة قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾⁸

⁶ - سورة النساء ، الآية 01 .
⁷ -سورة الروم، آية 21 .
⁸ -سورة الفرقان ، آية 54

وبدوره حرص المشرع الجزائري على تكوين الأسرة على أسس متينة، فأكد على ضرورة التراضي صراحة، باعتبارها الركن الوحيد لقيام الزواج صحيحا، طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة، غير أن مجرد النص على التراضي لا يكفي، إلا إذا تمت معالجته بما يكفل الحياة المستقرة الهادئة للشباب المقبل على الزواج.

لقد كان اهتمام المشرع الجزائري بقانون الأسرة اهتماماً بالغاً ، و ذلك بسبب أن هذا القانون يمس بكيان الأسرة عموماً و ما يترتب عليه من آثار خصوصاً ، والملاحظ أن ذلك القانون يوم صدوره كان في أغلبيته مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، غير أن هذا الأخير قد اضطر للتدخل من جديد بمقتضى الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27. و قد عدل و احدث فقرات جديدة لمواد سابقة وألغى بعضها.⁹

و أضحى موضوع التعديل الطارئ على قانون الأسرة مثار جدل فقهي وقانوني ، أحدث بلبلة فكرية بين رجال الدين و القانون من جهة و المدافعين عن هذا التعديل من جهة أخرى ، و في خضم هذه الزوبعة فمذ أعلن عن مشروع التعديل ، قامت أقلام و ألسنة تطال أحكام التعديل ما بين مدافع عن هذا الجديد الذي يواكب تطور المجتمع و ما بين مهاجم يريد إضفاء القدسية و العصمة لأحكام قانون الأسرة ، لهذا فكرت في دراسة هذا الموضوع وفق منهجية علمية هادئة بعيدة عز الأفكار السياسية و الانتماءات الحزبية الضيقة.

و قبل صدور هذا التعديل كانت ثمة انتقادات و دراسات قانونية موجهة لأحكام قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09/يونيو/1981. و ساهم في ذلك جمع من

⁹ أنظر : تشوار جيلالي ، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة ، و القانون المدني ، مجلة العلوم التكنولوجية و التطور، عدد1، ANDRU، 2007، -ص28.

الأساتذة الجزائريين أمثال الأستاذ عبد العزيز سعد و الأستاذ الغوثي بن ملححة والأستاذ العربي بلحاج و الأستاذ محمد محدة و الأستاذ تشوار الجيلالي الذي درس وأتقن و أجاد في نقد أحكام قانون الأسرة من خلال محاضراته لطلبة السنة الرابعة حقوق و طلبة الماجستير و كذلك من خلال مقالاته المنشورة و كتاباته ظهر ذلك في كتاب " الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية " و المقالات المنشورة في مجلة العلوم القانونية و الإدارة لجامعة تلمسان.

لقد حددت موضوع دراستي لمناقشة التعديل في إطار أحكام الزواج و الآثار المترتبة عنه وهذا راجع لتشعب و كثرة المسائل المثارة و لتسليط الضوء على جانب من جوانب أحكام المواد المعدلة لكي لا اطلبي في عرض الدراسة من جهة و لتعلق الموضوع برسالة الماجستير من جهة أخرى .

تجدر الإشارة إلى أن دراسة التعديل دراسة فقهية و قانونية هي وضع رجال القانون والفكر في الصورة و اطلاعهم على النظريات و الآراء التي اعتمد عليها المشرع الجزائري و كذلك لمعرفة أهداف و مرامي التعديل كما يظهر ذلك جليا في إسقاط الولي و مسألة تعدد الزوجات.

كما تمكن هذه الدراسة من تسهيل المهمة على المحامين و القضاة في تفسير كثير من المواد التي مصدرها رأي فقهي و ذلك لتطبيقها تطبيقا سليما على الخصومات ، كما تمهد الطريق للقاضي كيلا يتوسع في سلطته التقديرية خاصة انه في نظام القضاء الجزائري لا يوجد قضاة متخصصون ، فالذي يحكم في المنازعات المدنية اليوم تواجهه غدا منازعات أسرية.

و الإشكالية التي أريد طرحها في صورة أسئلة هي:

-هل وفق المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل ؟

-ما هي الأسس القانونية و الفقهية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تعديل

مواده ؟

-هل كانت صياغة مواد التعديل سليمة؟

-هل استدرك المشرع الجزائري النقائص التي كانت موجودة في ظل القانون

القديم؟

-ما هي الدوافع وراء هذا التعديل .؟

-و في الأخير هل نحتاج إلى تعديل آخر يتماشى مع الواقع الحقيقي للمجتمع

الجزائري ولطبيعة المنازعات الناشئة عن عقد الزواج ؟

لهذا أعلن عن الخطة التي أسير عليها من خلال هذه الدراسة و تكون في فصلين

رئيسيين ، وهما على النحو التالي:

الفصل الأول: الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

الفصل الأول

الإطار القانوني المستحدث
لعقد الزواج

المبحث الأول:

إعادة بناء العقد

لقد كانت العقود في أوروبا قبل لقرن الثالث عشر ميلادي شكلية في جملتها، بمعنى أن العقد لم يقتصر في وجوده على إرادة العاقدين ورضاهما، بل كان يعتمد على رسوم وأشكال يلزم القانون بها.

فلما جاء القرن الثالث عشر وجاء ما سمي بعنصر النهضة، نهضت الإرادة الإنسانية تفرض وجودها في العقد، فأخذت العقود في التحول من عقود شكلية إلى عقود رضائية، حتى صارت الإرادة هي الأساس الأول لتكوين العقد، مع ذلك بقيت بعض الرسوم والأشكال ضرورية لاعتراض القانون بآثار بعض العقود، وذلك كإشترط التسجيل لنقل الملكية في العقود الناقلة للملكية إذا كان المحل عقارا¹.

اتفق الفقهاء على أن الرضا في عقد الزواج لا يكفي لصحة الانعقاد، بل لابد لكي يكون العقد صحيحا من الإعلام، وإكتفى بعض الأئمة بشهادة شاهدين لهذا الإعلام، وأمام هذا الموقف الفقهي، لنا أن نتساءل عما إذا اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج عقدا رضائيا أم شكليا؟

المطلب الأول:

الركن والشروط الموضوعية

يعتبر عقد الزواج كباقي العقود التي تقوم على أساس أركان وشروط ولقد تعددت النظريات الفقهية حول تأصيل بناء العقد، كما اختلفت التشريعات القانونية فيما بينها حول تحديد الأركان والشروط المتعلقة بعقد الزواج بحيث يعتبر البعض

¹ - أنظر، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 198.

الولاية ركن، والبعض الآخر يرى المهر شرط من شروط الصحة. وهكذا نحاول من خلال هذه الدراسة إبراز أهم النقاط المنتقدة الموجهة إلى تعديل المشرع الجزائري لهذا العقد.

الفرع الأول:

ركن الرضا في الزواج

الأکید أن هناك التباس في موضوع الرضا عند الاستعمال، وعند الفهم، وبالتالي نرى أنه لا بد من إجلاء الغموض الذي يحيط بهذا المفهوم، وذلك بالتعرض إلى تأصيله عند الفقهاء (أ) ثم وروده لدى المشرع الحديث (ب).

أ- تأصيل المفهوم عند الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء أن عقد الزواج شكلي، بحيث لا يكتفي في تكوينه برضا الطرفين، ولكن لا بد مع هذا الرضا من إعلان وشهرة أو شهادة شهود. أما مذهب الحنفية يقول إن الشهود شرط لصحة النكاح وليسوا بشرط لانعقاده، وقرر الأستاذ السنهوري في نظرية العقد أن عقد الزواج عقد شكلي ويقول الإمام أبو زهرة: "والرأي عندي أن عقد الزواج عند أبي حنيفة وأصحابه ينطبق على اسم العقد الشكلي"².

لا ينقص كون عقد الزواج شكليا من قيمته، بل هو دليل على إهتمام ورعاية الشارع للعلاقة الزوجية، وضرورة تمييزها عن باقي العلاقات المحرمة. فلا يتصور أن يتم عقد الزواج بتوافق الطرفين دون أن يعلم به أحد، وإلا كيف يتم التفرقة بين النكاح والسفاح، فالشهرة كما يقرر فقهاء المالكية، والإعلان وشهادة الشهود وهي كلها شكليات لا بد من اقترائها بإرادة العاقدین.

² - أنظر، محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 202.

اتفقت المذاهب الأربعة على أن الشهادة شرط في صحة الزواج، فلا يصح بلا شهادة اثنين غير الولي، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما روته عائشة: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"³، وروى الدارقطني حديثاً عن عائشة أيضاً: "لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين". وروى الترمذي عن ابن عباس من قوله عليه الصلاة والسلام: "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"⁴.

تتجلى أهمية الشهادة في أنها وسيلة للحفاظ على حقوق الزوجة والولد، وفيها إبعاد التهمة عن الزوجين، ولهذا قالت المالكية يفسخ نكاح السر⁵ (وهو الذي يوحي فيه الزوج الشهود بكتمه عن امرأته، أو عن جماعة ولو أهل منزل) بطلقة بائنة إن دخل الزوجان، كما يتعين فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا إشهاد، ويحدان معاً حد الزنا جلداً أو رجماً إن حدث وأقرا به، وأثبت الوطاء بأربعة شهود كالزنا، ولا يعذران بجهل. وقال الحنابلة: "لا يبطل العقد بنواص بكتمانه، فلو كتبه ولي وشهود وزوجان صح وكره"⁶.

ويعتبرون الحنفية الزواج خاصاً إذا فقد شرط من شروط الصحة ومن أنواعه الزواج بغير شهود، وليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول، فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة، ولا تجب فيه العدة ولا تثبت به حرمة المصاهرة ولا

³ - رواه الدارقطني وابن حبان في صحيحه، ذكره ابن حجر العسقلاني في فتح الباري شرح البخاري، ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت، ص320.

⁴ - أنظر: الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1980، ص 125.

⁵ - أنظر: الدسوقي، الشرح الكبير، ج 02، دار المعارف المصرية، ط2، ص 236.

⁶ - أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 09، دار الفكر ط2، 1984، ص 6560.

يثبت به النسب ولا التوارث، ويجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما⁷.

ب- المفهوم لدى المشرع الجزائري:

لقد كانت المادة الرابعة من قانون الأسرة في النص الأصلي تنص على أن "الزواج هو عقد" دون النص صراحة أنه عقد رضائي أو شكلي. ولما وقع التعديل أصبحت المادة الرابعة تنص على أن "الزواج هو عقد رضائي". وبالتالي يتضح لنا من هذا التعديل أن المشرع الجزائري قد خالف جمهور الفقهاء بل الأغلبية منهم في تكييف عقد الزواج، وأنه بذلك قد شذ على فئة كبيرة من الفقهاء القدامى والمحدثين.

فهل أراد المشرع من ذلك أن الرضا هو ركن أساسي في عقد الزواج أم أراد الحط من كافة الأركان والشروط الأخرى؟

بالنظر إلى المواد 09 مكرر من قانون الأسرة نستخلص بأنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدين، إنعدام الموانع الشرعية. كما جاء في المادة 11 من ذات القانون على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره.

نستنتج أن المشرع إعتبر ضمناً عقد الزواج عقداً شكلياً، لاشتراطه الولي والشاهدين فكيف بهي ينص في المادة الرابعة على أنه عقد رضائي.

أما التعبير عن الرضا، فيشترط لانعقاد الزواج صحيحاً، وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج. ومن ثم لا يعتد إلا بالإرادة الواضحة من حيث اللفظ، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين. فالإرادة

⁷ - أنظر: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 09، ص 6603.

الباطنة ليس لها أي أثر قانوني، وعليه فإنه لا بد من التعبير على وجود الإرادة، وأن المشرع قد بين في المادة 10 من قانون الأسرة كيفية التعبير عن الإرادة بحيث نص على: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع قد ركز على وجوب توفر رضا الزوجين كركن لانعقاد الزواج، ولكنه سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضائهما بالزواج.

ومن وجهة أخرى، يتضح من قراءة المادة 10 ذاتها أن المشرع لم يجعل في نفس الدرجة طرق التعبير عن الإرادة بل أعطى الأولوية للكلام، فإذا كان الشخص المقبل على الزواج قادرا على أن يعبر عن إرادته بالكلام فله ذلك، ويجب أن يحترم هذه الطريقة من طرق التعبير عن الإرادة. أما إذا كان عاجزا عن الكلام، فله أن يعبر عن نفس إرادته بالكتابة أو بالإشارة. ولكن ما يؤخذ على المشرع هو أنه جعل في نفس المرتبة الإشارة والكتابة، بل كان عليه أن يعطي الأولوية مثل ما فعله بالنسبة للطريق الأول للكتابة عن الإشارة⁸.

وكان عليه أيضا توضيح الشروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة، مثل النص على كون الرضا حالا، إذ أنه لا يصح أن يعلق الزواج على شرط أو يقترن بأجل⁹. وينبغي كذلك أن يصدر رضا الزوجين خاليا مما يعيبه. ولقد أغفل المشرع الكلام على هذا الجانب المهم في خلو الرضا من عيوبه التي تؤدي إما لإبطال العقد بطلانا مطلقا، أو نسبيا. وهذا ما يمكن طرفي العقد من

⁸ - أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة ألفت على طلبة السنة الرابعة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، غير مطبوعة، 2000-2001.

⁹ - أجمع السلف والخلف على تحريم المتعة إلا من لا يلتفت إليه من الروافض. أنظر: بكر إسماعيل، الفقه الواضح، ج 2، دار المنار المصرية، 2001، ص 86.

إستعمال هذه الطرق في إنهاء العقد بطرق مغايرة مخالفة للطلاق أو التطليق أو الخلع، وكل هذا يجنب الطرفين من التعسف ومن ثم التعويض.

الفرع الثاني:

الأهلية

تتصرف الأشخاص الطبيعية التصرفات القانونية وفق شروط تتعلق بأهليتهم، فمتى كانت الأهلية كاملة وغير مشوبة بنقص كانت التصرفات صحيحة والعكس. ويشترط في طرفي وعقد الزواج كباقي العقود الأهلية التامة وإلا كان العقد معرضا للبطلان. ولذلك لنا أن نتساءل فيما إذا كان المشرع الجزائري موقفا في تحديد السن القانونية للزواج؟

أ- مفهوم الأهلية لدى الفقه:

يقصد بالأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص للإلزام أو الالتزام، بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره. فإذا الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له، وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لأن يلتزم بحقوق ينشئ أسبابها القولية، كانت عنده الأهلية بجزأئها، أو كانت عنده ما يسمى في عرف الفقه أهلية الأداء¹⁰.

وإذا كان للشخص صلاحية لثبوت الحقوق له ووجوب الواجبات عليه كإنتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير إن لم يكن له مال، تسمى أهلية الوجوب¹¹.

¹⁰ - انظر، الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 261.

¹¹ - د. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبع سعد سمك، بدون سنة الطبع، ص 64.

أهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه، أما ناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ولكن لم يكن عنده كمال العقل، يرى ابن شرمة وأبو بكر الأصم وعثمان البتي رحمهم الله أنه لا يتزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا، لقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا [النساء : 6]. ﴾¹²

فلو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لها فائدة، ولأنه لا حاجة بهما إلى النكاح. ورأى ابن حزم أن يجوز تزويج الصغيرة عملا بالآثار المروية في ذلك، أما تزويج الصغير فباطل حتى يبلغ وإذا وقع فهو مفسوخ.

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وقالوا بصحة الزواج الصغير والمجنون¹².

لقد كان آراء الفقهاء واضحة، فلم يعينوا للرشد سنا خاصة وإن عينوا للبلوغ سنا، إذ جعل أبو حنيفة جعل نهاية لسن الحجر، ونقص الأهلية، فحددهما بخمس وعشرون سنة، ولكن وجهة نظره، ليس تعيين سن الرشد، بل لأنه يرى هو وزفر والنخعي أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغه الخامسة والعشرون، ولو كان أفسق الفساق، وأشدهم تبذيرا للمال، مادام عاقلا ليست عنده لوثة جنون. ولكن جمهور الفقهاء خالفوهم، وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده ويستطيع القيام على ماله¹³.

¹² - د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 6682.

¹³ - الشوكاني، نيل الأوطار، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980، ص 60.

ب- المفهوم القانوني للأهلية:

حرصت معظم تشريعات الأحوال الشخصية، على تحديد أهلية الزواج وتعيين سن محددة لها، بالنظر إلى آثار عقد الزواج من مسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد لما لها كذلك من آثار اجتماعية واقتصادية.

ولقد حددها قانون الأسرة في مادته السابعة بـ 21 سنة للفتى و18 سنة للفتاة بموجب القانون رقم 84-11¹⁴، ليخفضها إلى 19 سنة للفتى، وهي نفس السن المتطلبة في الفتاة، بعد تعديل المادة بنصها على أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

إن موقف المشرع الجزائري في الأمر 05-09 بخصوص هذا الموضوع، يعد مبدئياً موافقاً لطبيعة الأحكام المنظمة لسن الزواج، لأنه ليس هناك مانع من تعديلها، بإعتبارها أحكام متغيرة، إلا أن تقييم هذا الموقف إجمالاً يحتاج إلى بعض من التفصيل، بالنظر إلى الأهداف المرجوة من وراء إحداث مراكز قانونية جديدة، أو إلغاء أخرى قديمة.

الشيء الجديد الذي جاءت به المادة السابعة من قانون الأسرة هو رفع السن لكل من الجنسين عكس المادة الأولى من قانون 29 جوان 1963 والخاصة بتحديد السن، وإن كانت رفعت للمرأة والرجل وجعلته نفس السن الواردة في المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

وبهذا يمكن القول أن المادة الأولى قد ألغيت ضمناً لما اشتملت عليه المادة السابعة، والسؤال المطروح هل ما تضمنته المادة السابعة من إلغاء

¹⁴ - تنص المادة 07 من القانون رقم 84-11 على "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".

ضمني للمادة الأولى من قانون 1963، يقتصر عليها وحدها أو يمتد إلى بقية النصوص التالية لها، والتي قد اشتملت على أحكام تتعلق بتنظيم قواعد لم يتعرض لها قانون الأسرة ضمن مواده¹⁵.

الجديد في المادة السابعة بعد تعديلها، أن الاستثناء الخاص بالزواج قبل بلوغ سن الأهلية أصبح يشتمل على كل من المرأة والرجل بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط.

ويلاحظ أيضا أن المشرع بقي متوسعا في عملية الاستثناء، وهذا ما يجرنا حتما إلى القول أنه يمكن للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج لشاب أو شابة لم يبلغا 16 سنة، وهذا لكون القاضي يتمتع بامتياز منح الإذن، ولا توجد أي رقابة عليه.

ولهذا فقد يتحول الاستثناء إلى قاعدة، والأجدر بالمشرع الجزائري تحديد الاستثناء بسنة أو سنتين قبل بلوغ أهلية الزواج.

لقد ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج، وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، خاصة إذا علمنا جميعا من جهة أن المشكلة التي يشكو أكثر منها المجتمع الجزائري ليس هي مشكلة الزواج المبكر، بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، ومشكلة العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للشباب. ومن جهة أخرى، فإننا نلاحظ أن تعديل المادة السابعة قد جاء بشرط ثالث لإمكانية منح الإعفاء من سن أهلية الزواج، وهو أنه بالإضافة إلى إلزام القاضي مراعاة المصلحة والضرورة عند الترخيص بالإعفاء من سن أهلية الزواج، يجب عليه مراعاة إن كان المرخص لهما يتمتعان بالقدرة الكافية على الزواج أم لا يتمتعان.

¹⁵ - أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة-2006، ص 95.

لقد وسع المشرع من سلطة القاضي في التقدير، ومنحه عناوين عريضة للإجتihad. فما هو الحد للقدرة الكافية وماذا يقصد بها؟ هل يقصد تحمل تبعات الزواج من نفقة أو قدرة الطرفين فسيولوجيا على الارتباط والإنجاب؟. تساؤلات نطرحها على المشرع الذي وسع كثيرا في هذا التعديل من سلطة تدخل القاضي.

وأما ما أتى به من جديد في هذه المادة هو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة والتي منحت الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة، وإثبات النسب وحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك¹⁶. هذه جملة الانتقادات الموجهة للمشرع الجزائري فيما يخص الركن الشروط الموضوعية لعقد الزواج وثمة انتقادات أخرى تخص التعديلات التي طالت شرط الولي وكذا الإضافات الجديدة التي تخص تقديم الفحوصات الطبية وبالتالي جعلت هذا المطلب تحت تسمية الشروط الشكلية.

المطلب الثاني:

الشروط الشكلية

لقد كانت المادة التاسعة من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أن يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، شاهدين، وصادق، ولما وقع التعديل قسمت هذه المادة إلى ثلاثة مواد هي المادة 9، ونصت على أن ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين، والمادة 9 مكرر، ونصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج، الصداق، الولي،

¹⁶ - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هوم، 2007، ص 25.

الفصل الأول:

الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج

الشاهدين، انعدام الموانع الشرعية، والمادة 11 التي جاء فيها أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو بحضور أي شخص تختاره.

وبالرغم من أن المشرع ذكر هذه الشروط ضمن عنوان أركان الزواج، إلا أنه يتضح من خلال الدراسة والتحليل أن عقد الزواج أعيد بناؤه من جديد وهذا ما نتعرض إليه في هذه النقطة.

الفرع الأول:

شرط الولي

اختلف الفقهاء قديماً في تكييف هذا الشرط، هل هو من شروط الصحة أو هو ركن أم غير ذلك؟ وما هو موقف القانون من ذلك .

أ- الولاية عند الفقهاء:

"الولاية بفتح الواو وبكسرهما حضور، فيقال ولي عليه ولاية إذا أمكن أمره وقام به"¹⁷. ومن معاني الولي أيضا النصير ومنه قوله تعالى: ﴿مَالِكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾¹⁸.

¹⁷ - محمد سلام مذکور، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص 63

¹⁸ - سورة البقرة، الآية 107.

والولاية في اصطلاح الفقهاء "سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات، وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع، إمتداد أو مستمد من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة"¹⁹.

والولاية قسمان: ولاية على المال، وولاية على النفس. والولاية على المال هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالأموال وتنفيذها، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد²⁰.

والولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين: ولاية إجبار، وولاية إختيار. والولاية الأولى هي التي يستمد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج، أما الولاية الثانية فتشرك المرأة البالغة مع وليها في إنشاء العقد.

والولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباهاً، أو وصياً عليها، أو وكيلاً لها، أو قريباً عاصباً، أو حاكماً.

والولاية على المرأة في النكاح هي مظهر تكريم للمرأة وتشريف، حيث نصب لها الشارع مُمثلاً يدافع عنها ويحامي عن حقوقها، في عقد لو هي حولته بنفسها لغلبها الحياء فأسقطت كثيراً من حقوقها، هذا في الجانب المادي من العقد. أما في الجانب الآخر الأهم، وهو إختيار الزوج المناسب، صاحب الخلق والدين، الذي يُسعد المرأة ويحافظ على حقوقها. فإن الولي أقدر على ذلك، لأنه في الغالب أكثر تجربة من المرأة التي تريد الزواج، فتتعلق بالشاب الذي يطلبها لمظهره دون روية، حيث يغلبها الهدي ورهافة الحس

¹⁹ - أنظر، عيسى حداد، المرجع السابق، ص 114.

²⁰ - أنظر، الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 107.

عن رؤية مصلحتها الحقيقية من خلال المظهر الذي قد يكون مخادعا. ولذلك إحتاجت المرأة إلى من يقف بجانبها، فينبهها إلى الإختيار المناسب، الذي يضع في حسابه كل المقومات لزواج سعيد ناجح²¹.

ثم إن مبدأ الولاية في عقد الزواج يقوم على أساس التضامن في تحمل مسؤوليات هذا العقد الخطير، فهو عقد لا تعود آثاره على الزوجين فحسب، بل يصيب الأهل والأولياء كذلك شيء من آثاره، تكريما أو إهانة.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف، ينفذ نكاح حرة مكلفة (بالغة عاقلة) على رضا ولي، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها وزواج غيرها، لكن إذا تولت عقد زواجها، وكان لها ولي، اشترط لصحة زواجها أن يكون الزوج كفئا، وألا يقل المهر عن مهر المثل²². بينما ذهب مالك إلى أنه لا يتم النكاح إلا بولي وأنه شرط في الصحة وبه قال الشافعي وأحمد²³، ورأي يجيزه من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري²⁴. وقد استند هذا الرأي إلى قوله تعالى: "فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف"²⁵ وهذا دليل على أن جواز تصرفها في العقد على نفسها. وقوله تعالى أيضا: ﴿إِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ

²¹ - صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلتها، ج 2، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2001، ص 557.

²² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6698.

²³ - الإمام ابن شرد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، الطبعة العاشرة، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 1988، ص 08.

²⁴ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6699.

²⁵ - سورة البقرة، الآية 232.

طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتَلَكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿26﴾.

أما من السنة فاحتجوا لحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "الأيام أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها". وبهذا الحديث إحتج أبو داود الظاهري في الفرق بين الثيب والبكر في هذا المعنى.

قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾²⁷ وقوله: ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ زَكَاةٌ لَّكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾²⁸. وهنا الخطاب موجه للأولياء، ولو لم يكن لهم حق الولاية لما نهبوا عن العضل (المنع). ومن الأحاديث ما رواه الزهري عن عائشة حيث قالت: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات، وإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له".

وفي هذا يقول أبو الوليد ابن رشد: "إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال، والذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء، وأوصافهم

²⁶ - سورة البقرة، الآية 228.

²⁷ - سورة البقرة، الآية 230.

²⁸ - سورة البقرة، الآية 219.

ومراتبهم. فيجب أن يعتقد أمرين: ليس الولاية شرطا في صحة النكاح وإنما للأولياء أكسبه في ذلك، وأما إن كانت الولاية شرطا فليس في صحتها"²⁹.

ب- ترجمة الموقف في الفكر القانوني الوضعي:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن: "يتولى عقد زواج المرأة وليها...". غير أنه نص في الفقرة الأولى من ذات المادة بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 02-05 على أن "المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره". وينص في الفقرة الثانية منها على أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القاصرين أولياؤهم...". وأمام هذه النصوص القانونية، لنا أن نطرح السؤال التالي: فهل شرط الولاية كشرط جوهري أم شرط شكلي؟

من خلال تحليل النصوص سالفه الذكر ومقارنتها بأحكام المذاهب الإسلامية نستنتج ما يلي:

أن المشرع الجزائري إختار أن يجمع بين المتناقضين ونص على أن المرأة الراشدة يجوز لها أن تبرم عقد زواجها، ولكن فقط بحضور وليها أو أي شخص تختاره"³⁰.

ومن جانب آخر ومن خلال قراءة المادة 13 المعدلة من قانون الأسرة نجد أنها تنص على أنه لا يجوز للولي سواء كان أبا أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجه دون موافقتها. ويتضح أن

²⁹ - ابن رشد، المرجع السابق، ص 14.

³⁰ - راجع في ذلك، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، دار هوم، ط 2007، ص 40.

المشرع قد تحول عن مذهبه وهو المذهب المالكي وأخذ برأي بعض الآراء الفقهية التي لا تقول بولاية الإيجابار إلا على الصغار³¹.

إذا كانت المادة 09 مكرر من قانون الأسرة تضع الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم شروط عقد الزواج، فهل يعني ذلك أن تغييب الولي عن مجلس إبرام العقد سيؤدي إلى بطلان العقد أو فساده؟

ثم يطرح التساؤل الآتي: ما الهدف من النص في الفقرة الثانية من المادة 33 المعدلة على أن "عقد الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده". والواقع يصبح أن يقال أن المشرع الجزائري وقف من شرط الولي موقفا متذبذبا، فلا هو قرر إلغاءه نهائيا، ولا هو قرر اشتراطه طرحه، مما يدل ولاية قاطعة أن المشرعين الجزائريين قد تعرضوا إلى ضغوط متزايدة ومن وجهات مختلفة واختاروا أن يقفوا هذا الموقف الغامض³².

وإذا لم يكن الكلام صحيحا، فما معنى أن تنص المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثم تقول بحضور وليها وبعد هنيهة تضيف أو أي شخص آخر تختاره؟ ثم ما فائدة حضور الولي مجلس العقد إذا لم يكن له رأي مؤثر؟ إن هذه المادة تبين كيف أن المشرع الجزائري جعل من شرط الولي شرطا شكليا وأنه بهذا الحكم خالف جميع المذاهب الإسلامية، علما أنه اتضح لنا من قبل أن الحنفية يستحسنون شرط الولي، مع أنهم يجعلون له حق الاعتراض على الزواج من في ولايته من غير الكفاءة أو أن المهر المقدم لا يمثل قيمة من تشابها أي مهر المثل.

³¹ - وهو رأي أغلبية الأحناف، أنظر ابن رشد، ج2 المرجع السابق، ص 37.

³² - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 42.

ويتضح لنا أن المشرع قد تأثر بأحكام المادة 146 من القانون المدني الفرنسي، وأنه بهذا الحكم الشكلي للولي سيزرع الفتنة والتفرقة والتقاطع داخل العائلات. وحبذا لو أنه منح للولي حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها، كلما ظهر أنها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواجها مع غير الكفاء، أو مع فاسق أو فاجر أو عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية وتبعاتها. ومع العلم أن أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها بقدر ما يهم الأسرة والأقارب أيضا، والذي يصيبها من ضرر يمكن أن يصيب العائلة بأكملها.

وخلاصة القول أن المشرع لا يريد أن يكون الشرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة أي تأثير على العقد، ويظهر ذلك جليا في آثار تخلف الولي فلا يترتب عليه لا بطلان العقد ولا الفسخ على عكس ما ورد في الفقرة الثانية من المادة 07 مكرر والفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة.

ولذلك أرى أن المشرع أراد تهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد، بغية تجسيد تعاليم حقوق الإنسان، بمنح المرأة نفس المركز القانوني في عقد الزواج، ولكن أخفق في ذلك، لأن العدل والقسط لا يتحقق بالمساواة أحيانا وخاصة إذا علمنا أن طبيعة المرأة تختلف اختلافا بينا مع طبيعة الرجل خلقا وفسولوجيا وكل له تأثيره ومؤثراته.

الفرع الثاني:

تقديم الفحوصات والوثائق الطلبية

يحرص الإسلام على سلامة الولد من العيوب الخلقية والخلقية التي قد تنقل إليه من والديه أو أحدهما، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس"³³. وقوله عليه الصلاة والسلام: "إياكم وحضراء الدمن، فإنها تلد مثل أبيها وعمها وخالتها"³⁴، ولما قيل من هي يا رسول الله قال: "المرأة الحسناء في المنبت السوء". وفي هذا بيان بأن مصلحة الأبوين ومصلحة الأمة منع إنتقال العيوب والأمراض إلى النسل، إما بسبب عالم القرابة بين الوالدين. كما قال عمر -رضي الله عنه- لآل السائب: "قد أضويتم فانكحوا في النوابع"³⁵ أي تزوجوا الغرائب، وإنما بسبب عيب في الوالدين أو أحدهما يؤدي إنتقال الأمراض منه إلى ذريتهم.

والأصل في الوقاية من هذه الأمراض كتاب الله وسنة رسوله محمد صلى الله عليه وسلم، أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾³⁶.

وعندما تحدث الفقهاء عن الأمراض وتأثيرها في العلاقة بين الزوجين لم يكن قد تم اكتشاف العديد من هذه الأمراض. وفي هذا العصر اكتشف الطب أن ثمة أمراض خطيرة يمكن انتقالها من شخص إلى آخر بطريق العدوى، وقد كان للتقدم التقني والطبي أثر في معرفة العديد من الأمراض المعدية مثل نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)، والتهاب الكبد الفيروسي، والزهري وغيرها. ومن مصلحة الفرد والأمة تجنب هذه الأمراض بإتخاذ الوسائل المانعة لها، وذلك من خلال الفحص المختبري لراغبي الزواج قبل

³³ - رواه ابن ماجه، ج 1، دار الفكر العربي، رقم الحديث 1968، ص 633.

³⁴ - أخرجه الترمذي في كتاب النكاح، ج 3، رقم الحديث 1084، ص 394.

³⁵ - أنظر أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 2005، ص 447.

³⁶ - سورة آل عمران، الآية 38.

زواجهما. فمن خلال هذا الفحص يمكن معرفة الأمراض المعدية، كما يمكن معرفة التشوهات التي تؤثر في سلامة الجنين والأمراض الجنسية الأخرى كالعقم.

والأصل الشرعي في مشروعية الفحص واضح من الكتاب والسنة. أما الكتاب فقولته تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾³⁷ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾³⁸.

وواضح من الآيتين وجوب اجتناب ما يؤدي إلى الضرر. أما السنة فقول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "لا يوردن ممرض على مصح"³⁹.

للإنسان أن يتصور ما يحدث من عدم الفحص قبل الزواج من مخاطر، حين يتزوج حامل الإيدز من امرأة عفيفة طاهرة أو العكس.

لقد أفرد المشرع الجزائري بعد التعديل نصا خاص بموجبه يكون ملزما للراغبين في الزواج أن يقدموا شهادة طبية لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، مع إلزام الموثق أو ضابط الحالة المدنية بالتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية حسب المادة 07 مكرر من قانون الأسرة.

ومن محاولة تحليل أحكام هذه المادة يتضح لنا أن شرط تقديم شهادة طبية بقصد خلو الزوجان من الأمراض المعدية، ومن العوامل التي يمكن أن

³⁷ - سورة البقرة، الآية 195.

³⁸ - سورة النساء، الآية 29.

³⁹ - رواه البخاري في كتاب الطب: فتح الباري، ج 10، رقم الحديث 5771، ص 251.

تشكل خطرا يتعارض مع الأغراض الأساسية من الزواج كأعراض السيدا وغيرها من الأمراض. وفي حالة مخالفة الزوجين لهذا الإجراء يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية الإمتناع عن تحرير مثل هذا العقد. لكن تجدر الإشارة إلى أن العقد إذا استوفى ركن واحد والشروط السابقة يبقى صحيحا ولا يترتب عليه البطلان لمخالفة هذا الإجراء القانوني، ويمكن القول بأن العقد يكون موقوفا، حتى تقديم الوثائق الطبية⁴⁰.

غير أن الانتقاد الموجه للمشرع الجزائري في هذا الإجراء هو عدم وضع محاذير، ومنها على سبيل المثال الآثار النفسية لمن تدل خريبتهم الوراثية على وجود أمراض لديهم في الحال أو المآل. فالرجل إذا إكتشف أنه مصاب بالعقم سيضره هذا الإكتشاف، ويصاب بأمراض نفسية وعضوية. والمرأة كذلك إذا إكتشفت أنها ستصاب مستقبلا بمرض الرحم يؤدي بها إلى أمراض نفسية خطيرة، وهذا الحل ينعكس على الإقبال على الزواج سلبا⁴¹.

لهذا يجب على المشرع مراعاة هذا الجانب والموازنة بين الفحص الطبي عن الأمراض المعدية الذي يكون ملزما وبين الفحص الجيني الذي يسبب الكشف عن معلومات تؤدي إلى عدد من الأمراض النفسية والعضوية وبالتالي بعد الشباب عن الزواج خوف الكشف عن خرائطهم الوراثية.

ولقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11، ليحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام مادة 07 مكرر من القانون رقم 84 - 11. ولقد تضمن هذا المرسوم ضرورة توفير شهادة طبية لكل طالب الزواج

⁴⁰ - لقد ترك المشرع الجزائري من خلال الفقرة الأخيرة من المادة السابعة كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم، وفي إنتظار ما

سيفسر عنه من إجراءات جديدة قد تغير من طبيعة العقد الصحيح.

⁴¹ - عبد الرحمان بن الحسن، الاكتشافات الطبية وأثرها على عقد الزواج، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، التاريخ

تثبت خضوعهم للفحوصات الطبية، وألزم القانون الموثق وضابط الحالة المدنية بعدم تحرير عقد الزواج إلا بعد تقديم تلك الشهادات الطبية المنصوص عليها في المرسوم، كما منع القانون الموثق وضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين⁴².

مما سبق تبين لنا أن المشرع الجزائري أعاد بناء عقد الزواج من جديد وأضفى عليه طبيعة قانونية مستحدثة مما يرتب آثارا قانونية مغايرة على السابق، وبالتالي في المبحث الآتي سأحاول البحث عن هذه الآثار التي تطرأ على العقد.

المبحث الثاني:

الآثار المترتبة عن تخلف الركن والشروط

ينبغي أن يصدر رضا الزوجين خاليا مما يعيبه، ونظرية عيب الرضا مترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وعيوب الإرادة في القانون الفرنسي هي الغلط والإكراه⁴³. أما القانونان المصري والجزائري فقد أضافا إليهما الاستغلال. لكن هذه العيوب لا يمكن أن نأخذ بها كلها في عقد الزواج، ومن ثم الاستغلال لا يعد عيب من عيوب الإرادة في عقد الزواج لأن طبيعته تختلف عن باقي العقود المالية الأخرى، ولهذا يستبعد منه الاستغلال لأن الأصل فيه هو بناء أسرة وليس بناء تجارة أو تحصيل ربح مالي.

المطلب الأول:

البطلان

⁴² - أنظر، عن مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2006،

صص 51-52.

⁴³ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام، ط 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 42.

على الرغم من أن المشرع الجزائري أحجم عن وضع نص يتعلق بعيوب الرضا في عقد الزواج عكس ما هو في القواعد العامة وسببا لبطلان العقد، إلا أنه أعطى الحق لكل من وقع في غلط في طلب إبطال العقد، غير أن هذا النص لم يكن له أثرا في تعديل قانون الأسرة⁴⁴.

الفرع الأول:

آثار الغلط

يعرف الفقه الغلط بأنه "وهم يقوم في الذهن فيصور الأمر على خلاف الراجع"⁴⁵.

إذا وقع الغلط في ماهية العقد وطبيعته أو في شرط من شروط إنعقاده أو في ذات المعقود عليه، فإن هذا التعامل يحكم ببطلانه في رأي جمهور الفقهاء، وهو ما أخذت به القوانين العربية⁴⁶.

ومثال الغلط في ماهية العقد أن يصدر إيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد معين كالقرض مثلا فيخطئ الآخر في فهمه ويعتقد أن المقصود منه هو إنشاء عقد هبة فيوافق عليه، ولا ينعقد لا الأول ولا الثاني بمثل هذا الإيجاب والقبول.

أما الغلط في طبيعة محل العقد وذاته فيوضحه ما جاء في المادة 208 من المجلة العدلية، ولفظها: "إذا باع شيئا وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجا على أنه ألماس بطل البيع"⁴⁷.

⁴⁴ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 71.

⁴⁵ - أنظر، محمد حسن قاسم، الالتزامات، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 274.

⁴⁶ - محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنسخ والطباعة، الإسكندرية، دون سنة الطبع، ص 82.

⁴⁷ - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 05، دار الكتب العلمية، لبنان، ص 139.

النظرية التقليدية في الغلط تقول بثلاثة أنواع هي:

- 1- غلط يبطل العقد بطلانا مطلقا، وهو الذي يعدم الرضا ويكون في ماهية العقد أو في ذاتية محل الالتزام أو في سبب الالتزام.
- 2- غلط يبطل العقد بطلانا نسبيا ويكون في حالتين هما غلط في مادة الشيء والغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار.
- 3- غلط لا أثر له في صحة العقد، وهو الغلط في صفة غير جوهرية⁴⁸.

وفي هذا السياق، نصّ المشرع الجزائري في المادة 82 من القانون المدني على أن يكون "الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"...

يفهم من هذا الغلط الذي أخذ به المشرع الجزائري هو معيار ذاتي شخصي قوامه الصفة الجوهرية في نظر المتعاقدين.

وبالنظر إلى عقد الزواج نلاحظ أن شخصية الزوج أو الزوجة مسألة جوهرية وبالتالي إذا كان الغلط في الشخص يترتب عليه بطلان العقد، كأن يتزوج شخص بفتاة على أساس أنها ليلي، ثم يتبين له بعد ذلك أنها هند. [أما إذا كان الغلط في صفة من صفات المتعاقد لا يمكن بطلان العقد⁴⁹ كأن يتزوج رجل فتاة معتقدا أنها بنت فلان الغني ثم يتبين له أنها بنت فلان أنه الزواج صحيح.

وجاء في أقوال الفقهاء في هذه المسألة: حسب المذاهب التالية

1- مذهب الحنابلة:

⁴⁸ - محمد حسنين: المرجع السابق، ص 43.

⁴⁹ - أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق. المجتمع العربي الإسلامي، منشورات محمد الدايدة، بيروت، 1953، ص

قالوا: "فإن تزوج رجل امرأة على أنها مسلمة فبانت كتابية، أو تزوجها يظنها مسلمة ولم تعرف بتقدم كفر فبانت كافرة- كتابية-، فله الخيار في فسخ النكاح؛ لأنه شرط صفة مقصودة فبانت بخلافها، فأشبه ما لو شرطها حرّة فبانت أمة. وبالعكس بأن شرطها أو ظنها كافرة - كتابية - فبانت مسلمة لا خيار له؛ إن ذلك زيادة خير فيها. وإن شرطها بكرا فبانت ثيبا فله الخيار. أو شرطها بيضاء، أو طويلة، أو شرط نفي العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالعمى، والحرس، والصمم، والشلل ونحوه كالعرج، والعمور، فبانت الزوجة بخلافه، أي بخلاف ما شرطه فله الخيار نصّا؛ لأنه شرط وصفا مقصودا، فبانت بخلافه"⁵⁰

2- مذهب الشافعية:

جاء في "المهذب" للإمام النووي: إذا تزوجت امرأة رجلا على أنه على صفة معينة، فخرج، فخرج بخلافها أو على نسب فخرج بخلافه، ففيه وجهان:

الأول: أن العقد باطل؛ لأن الصفة المشترطة مقصودة كالعين، واختلاف العين يبطل العقد، فكذلك اختلاف الصفة. ولأن المرأة لم ترض بنكاح الرجل على هذه الصفة، فإذا فاتت لم يصح العقد كما لو أدنت في نكاح رجل على صفة، فزوجت ممن هو على غير تلك الصفة.

الثاني: والوجه الثاني في مذهب الشافعية يصح العقد، وهذا هو الصحيح؛ لأن ما لا يفتقر العقد إلى ذكره إذا ذكره العاقد وخرج بخلافه، لم يبطل العقد كالمهر. فعلى هذا إن خرج أعلى من المشروط لم يثبت الخيار؛ لأن الخيار يثبت للنقصان لا للزيادة، فإن خرج دونها فإن كان عليها في

ذلك نقص بأن شرطت بأنه حرٌّ فخرج عبداً، أو نه جميل فخرج قبيحاً، أو أنه عربي فخرج أعجمياً، يثبت لها الخيار؛ لأنه نقص لم ترض به. وإن لم يكن عليها نقص بأن شرطت أنه عربي فخرج أعجمياً وهي أعجمية، ففيه وجهان: (أحدهما): لها الخيار؛ لأنها ما رضيت أن يكون مثلها و(ثاني): لا خيار لها؛ لأنه لا نقص عليها في صفة ولا كفاءة⁵¹.

هذا عن الغلط ودونه في ترتيب الآثار على العقد من الصحة والبطلان ، التدليس والإكراه، فما هي إذا الآثار المترتبة على العقد الذي شابه العيب والتدليس ، هذا ما أجيب عنه في الفرع الآتي .

الفرع الثاني:

آثار التدليس

يعد التدليس عيب من عيوب الرضا خصوصاً إذا توفر السبب للشخص الذي تعاقد بسبب ما دلس عليه بحيث يمكن إنهاء العقد، لأنه لولا الرسائل التي استعملت لما أقدم على إبرام هذا العقد، ولهذا يجب معرفة التدليس في عقد الزواج بإعتباره عيباً من عيوب الرضا.

يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح التغيير أو الضرر بدل التدليس، وقد وصل هذا الفقه في تقرير نظرية التدليس -طبقاً لما ذكره السنهوري- إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه الغربي. فهو يعرف التغيير باستعمال طرق احتيالية، ويعرفه عن طريق الكذب، بل يعرفه عن طريق محض الكتمان، ثم هو كالفقه الغربي يعتد بالتدليس الصادر من الغير⁵². تنص المادة 86 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز إبطال

⁵¹ - أنظر ، عبد الكريم زيدان، المفصل، ص 142 .

⁵² - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 149.

العقد للتدليس إذا كان الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

مع غياب نص قانوني في قانون الأسرة حول التدليس في العقد فيمكن تطبيق هذه المادة على عقد الزواج فيكون الزواج في هذه الحالة قابلاً للإبطال. وللتدليس صوراً عديدة في عقد الزواج، البعض منها مغتفر كما يذكر الفقهاء بالنسبة للضرر اليسير فإذا تظاهر الرجل بالكرم والترف لحمل المرأة على قبول الزواج منه، وتظاهرت المرأة بالحياء والتربية والأخلاق الفاضلة، لا يمكن اعتبار هذا من التدليس المعيب للرضا. بينما إذا ادعى شخص عدم التزوج وتبين للمرأة خلاف ذلك فلها أن تبطل العقد لوقوعها في التدليس. ومما يجب الإشارة إليه هو أن نظرية التدليس لا يمكن قبولها كلية في إبطال عقد الزواج، حيث الأخذ بذلك يؤدي أم بطلان نسبة كبيرة من العقود وخاصة بعد الدخول حيث تظهر الحقيقة لكل طرف من أطراف العقد، ويصعب رجوع كل شيء على ما كان عليه قبل الدخول، وهذا عكس العقود الأخرى، لأن بعد الدخول سينهلك عقد الزواج.

والتدليس الذي يكون عيباً من عيوب الرضا في عقد الزواج هو الذي أخذ شكلاً من الجسامة في الكذب والإحتيال، فالمعيار المحمول به في هذه الحالة هو موضوعي لمعرفة ضخامة الضرر أو يساره.

إذن من شروط لزوم⁵³ العقد أن يكون خالياً من التغير، وعلى هذا إذا غرّ الزوج الولي أو موليته التي تزوجها بأنه كفو لها، أو ادّعى نسباً غير نسبه فظهر نسبه دون ما ادّعاه لنفسه من نسب، وكان ذلك مخلاً في الكفاءة فحق الفسخ ثابت للمرأة ولأوليائها؛ لأن العقد في حقهم في هذه الحالة غير

53 - يراد بالعقد اللازم ما لا ينفرد أحد عقديه ولا غيرها بحق فسخه .

لازم للتغيير بهم ، ولكن إن كان ما ظهر من ظهر من نسبه الحقيقي فوق ما ادعاه وأخبر به، فلا حق لأحد في الفسخ؛ لأن العقد هنا يعتبر لازما في حقهم جميعا لعدم الضرر عليهم بما ادّعاه لنفسه⁵⁴

بعد معرفة آثار التدليس على العقد تجدر الإشارة إلى بيان آثار الإكراه الذي يعد هو الآخر عيبا من عيوب الإرادة التي تغير من طبيعة العقد .

المطلب الثاني:الفسخ

الفسخ هو الجزاء الذي يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته ، أي هو انحلال الرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزام إعمالا للمادة 119 من التقنين المدني ، مخالفا بذلك ما تقضي به المادة 106 من نفس التقنين من أن : "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون "⁵⁵.

ويترتب على تطبيق كل من البطلان والفسخ كقاعدة عامة زوال العقد بأثر رجعي استنادا إلى وقت إبرامه (المادتين 103 و122 من التقنين المدني الجزائري)

يختلف الفسخ عن البطلان من حيث السبب والنطاق ، وكذا من حيث سلطة القاضي التقديرية إزاء كل منهما وهذه خلاصة هذا الاختلاف:

أ- من حيث السبب :يرد الفسخ على العقد بعد أن يكون قد نشأ نشأة صحيحة بينما يرد البطلان على عقد لم ينشأ نشأة صحيحة ، ففي الفسخ يفترض وجود عقد

⁵⁴ - أنظر، عبد الكريم زيدان ، المفضل ،ص 127 .

⁵⁵ -أنظر، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومة، ط3 ،

صحيح ولكن واقعة لاحقة على نشوئه هي التي أجازت طلب فسخه وتتمثل هذه الواقعة في تخلف أحد طرفي العقد عن تنفيذ ما يفرضه عليه العقد من التزامات⁵⁶.

ب- من حيث النطاق: نظرية البطلان أوسع نطاقا من نظرية الفسخ ، ذلك ان الفسخ لا يكون إلا في العقود التي تولد التزامات متبادلة أما البطلان فيمكن تطبيقه بغض النظر عن كون العقد ملزما لجانب واحد أو لجانبين لأن سبب البطلان يتمثل في عدم مراعاة أحكام القانون في مرحلة تكوين العقد .⁵⁷

ج- من حيث السلطة التقديرية للقاضي: القاضي ليس مجبرا على الحكم دائما للفسخ لصالح طالب ، فله سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو بعدمه ، وهذا طبقا لما جاء في المادة 02/119 من التقنين المدني التي تنص على أنه: " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات ". أما في البطلان فتتعدم هذه السلطة التقديرية ، فمتى تحققت شروطه ، فلا يكون في وسع القاضي إلا الحكم به

58

الفرع الأول:

آثار الإكراه

من العيوب التي تؤثر في الرضا تأثيرا كبيرا عيب الإكراه الذي يصيب الرضا عند الإنسان.

⁵⁶ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 47 .

⁵⁷ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقهاء الإسلامي ص 47.

⁵⁸ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 48 .

والإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست الوسائل، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد⁵⁹.

الأصل في نظرية الإكراه ما ورد في القرآن الكريم من آيات منها قوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾⁶⁰ وقوله: ﴿وَلَا تُكْرَهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَعُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهِنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁶¹.

كما ورد في السنة الشريفة قول المصطفى صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان واستكروها عليه"⁶².

إنطاقاً من هذه النصوص يعد الإكراه من الأعذار الشرعية. تعددت الآراء في تكيف نظرية الإكراه فذهب الحنفية إلى تقسيمه قسمين:

أ- إكراه ملجئ:

وهو الذي يعرض الشخص أو المال لتلف شديد كالتهديد بالقتل، أو تلف عضو من أعضاء الجسم أو الضرب الشديد الذي قد يؤدي عادة إلى الهلاك⁶³.

ب- الإكراه غير الملجئ:

هذا الإكراه خفيف عن الأول بحيث يكون أقل خطورة بحيث يعرض النفس لإصابات طفيفة كالتهديد بإتلاف جزء من المال أو بالضرب

⁵⁹ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 334.

⁶⁰ - سورة البقرة، الآية 256.

⁶¹ - سورة النور، الآية 33.

⁶² - حديث حسن رواه ابن ماجه والبيهقي عن عبد الله بن عباس رضي الله أنظر السخاوي ، المقاصد الحسنة، ج8، دار الفكر

العربي ، بيروت ، 1982 ، ص 250 .

⁶³ - عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة-2006 ص 58.

الذي لا يؤدي إلى الهلاك. أما جمهور الفقهاء ذهب إلى ضرورة أن يغلب على ظن المكره جديده المكره حتى يكون هناك معيار للجديده على التهديد، وبعث الخوف، والرهبه في النفس⁶⁴.

أما في القانون يعرف الفقهاء الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. والذي يعيب إرادة المتعاقد هنا ليست هي الوسائل المستعملة في الإكراه، بل هي الحالة النفسية التي أدت إليها وهي: الرغبة التي تولدت في نفس الشخص فدفعتة إلى التعاقد، فإرادة المكره تكون على هذا النحو إرادة معيبة تعوزها حرية الإختيار⁶⁵.

إذا كان الزواج عقدا يتم بإيجاب وقبول، فما هو تأثير الإكراه عليه؟ ذهب جمهور الفقهاء فيما ذكره الإمام الشوكاني "إلى بطلان عقد الزواج في حالة إكراه أحد طرفيه واستدل بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «يبطال الزواج بالإكراه» رواه ابن ماجه. وقد ذكر أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «نستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فقد أذنت وإن أبت لم تكره» رواه أحمد وقد علق الشوكاني⁶⁶ عليه بقوله: "يستدل بحديث موسى الأشعري على اعتبار الرضا من المرأة التي يراد تزويجها، وأنه لا بد من صريح الإذن من الثيب، ويكفي السكوت من البكر".

⁶⁴ - أنظر، فخري أبو صفية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، ط 1، مطابع المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1982، ص

⁶⁵ - محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون والالتزامات، ط 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 281.

⁶⁶ - الشوكاني المرجع السابق، ص 287

كما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرأت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباهما زوجها، وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم.

فهذه الأحاديث صريحة في إبطال الزواج، لا فرق بين الرجل والمرأة إذا كانت تحت تأثير الإكراه لانعدام الرضا عندها وهو أحد عيوب الإرادة التي يترتب عليها بطلان العقد.

إن الإكراه هو التهديد أو بعث الرهبة في نفس المكره، أو جسمه أو شرفه أو ماله، لذلك تشترط المادة 2/88 من الشريعة العامة أن يكون التهديد بخطر جسيم محققا يتعلق بشخص المتعاقد أو أحد أفراد عائلته في الجسم، أو النفس أو الشرف أو المال والمعيار في تقدير الجسامة بالنسبة للخطر مرتبطين بنفس المكره، ويكون له الوصف مت بعث في نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد ولو كانت الوسائل غير جدية مع مراعاة جنس من وقع عليه الإكراه⁶⁷

إن الخوف هو الذي يجب أن يكون حالا في نفسه لا الخطر الذي يحدثه في نفس العاقد كما لا يمكن أن يتلافاه بسهولة لأن الأمر إذا كان كذلك وأهمل في هذا الشأن فلن يقبل منه الإدعاء بانعدام الرضا.

وعلى هذا الأساس العام دون بيان نوع الخطر الذي يصيب المكره لا يعتبر غكراها معدما للرضا.

لذا فإنه يشترط في التهديد بالخطر ما يلي:

1- أن يكون جسيما وحلا في النفس، لن لأن العبرة في جسامة الخطر النازل بحالة المكره النفسية وسنة وليس كالشباب، كما أن

67 - علي علي سليمان النظرية العامة لالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، ص 64.

الإكراه الواقع في الليل ليس كالواقع في النهار ، والتهديد الواقع على الشخص بالمكان المزدهم بالسكان ليس كالمكان الخالي من الإزدحام، ومن هنا يمكن القول أن العبرة ليست بوسائل التهديد غير الجدية وهي مسألة من صلاحيات قاضي الموضوع وإنما العبرة بما وضحنا من قبل .

2- أن يكون وشيك الوقوع أي أن يكون الخطر حالا في النفس ، لأنه يولد الرهبة في المتعاقد عكس التهديد بخطر في المستقبل فقد لا يولدها لاحتمال تجنبه في برهة من الزمن . غير أن هذه القاعدة لا يأخذ بها على الاطلاق ، لأن العبرة هي تقدير الخطر بما يولده من رهبة حالة لا بكونه حالا في المستقبل .

وبهذا فلا يشترط القانون الجزائري ، أن يكون انعدام الرضا خاصا بشخص متعاقد ، بل قد يمتد إلى شخص عزيز عليه ممن تربطه به رابطة القرابة ، أو النسب أو الصداقة وهذا عامل من عوامل الرهبة الدافعة إلى التعاقد . وإذا توافرت هذه الحالات الناتجة عن التهديد وإبرام الشخص المكره العقل فهذا التصرف لا يعتد به ولا يترتب عليه أي التزام تجاه المتعاقد الآخر .

الإكراه في حد ذاته لا يعيب الرضا ، وإنما يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة تحمله على إبرام العقد ، والرهبة أو الخوف تنبعث عادة من التهديد بالإلحاق الأذى في أية صورة من الصور التي سبق بيانها ، فالخوف الذي يدفع إلى إبرام العقد هنا هو النتيجة المنطقية للإكراه بحيث يصير المتعاقد مسلوب الحرية فيما أراد .

وهذه المسألة المتعلقة بالإكراه جوهرية ، لأن وسيلة الإكراه يجب أن تؤثر في نفس المتعاقد ، وتبعث فيها رهبة ، أو خوفا يدفعه إلى التعاقد

وللقاضي تقدير مدى تأثير الإكراه في نفس المتعاقد وهل بلغ هذا الحد من الجسامة أو لم يبلغها مع مراعاة جنس من وقع عليه الإكراه ، وسنه ، وحالته الاجتماعية وحالته الصحية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3/88 .⁶⁸

ويجب التنبيه إلى تفرقة إكراه المعيب للرضا والإكراه الأدبي وصورة الآخر طاعة الفتاة لأبيها بدافع الإحترام والحشمة فتقبل بالعقد، فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تدفع بأنها وقعت في إكراه.

الفرع الثاني:

جزاء مخالفة السن:

لقد استحدثت معظم قوانين الأحوال الشخصية، بما فيها قانون الأسرة الجزائري، شرط السن المحدد لأهلية الزواج، تماشياً ومقتضيات العصر، وذلك بدافع اجتناب الأضرار الصحية والاجتماعية التي تترتب على الزواج المبكر، بسبب صغر سن طرفي العقد، ذلك لأن هذه السن لا تسمح بتكوين أسرة قادرة على تحمل الأعباء الكبيرة والمسؤوليات الناجمة عن الزواج.

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم صحة زواج الصغار مطلقاً وترتيب البطلان المطلق للعقد الذي يبرمه الصغار سواء بأنفسهم أو بواسطة الأولياء. وقال بهذا الرأي ابن شبرمة والنبي⁶⁹ وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا

⁶⁸ - أنظر ، عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة ، منشورات جامعة باجي مختار ، عنابة-2006 ، ص 61-64 .

⁶⁹ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 9، ص 6654.

دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيباً ﴿٧٠﴾ ، قالوا بأن الله جعل في هذه الآية النكاح علامة على إنتهاء مرحلة الصغر.

ويرى جمهور الفقهاء بجواز زواج الصغار وحجته في ذلك قوله تعالى: ﴿ وَاللَّائِي يَيْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنَّ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾⁷¹.

والمقصود باللائي لم يحضن هن الصغيرات ومادامت هذه عدتها ثلاثة أشهر كذلك، فالعدة لا تكون إلا من طلاق سبقه زواج صحيح. ولقد أخذ بالرأي الأول قانون الأحوال الشخصية السوري أي بمبدأ عدم صحة زواج الصغار، والمنهج نفسه سار عليه قانون الأحوال الشخصية في مصر حيث منع سماع دعوى الزوجية قبل السن المحددة، واعتبر هذه خطوة نحو وقف عقود تزويج الصغار⁷² ، والأمر نفسه في قانون الأسرة الجزائري بحيث اشترط الأهلية كشرط جوهرى لصحة العقد.

لكن الذي يجب ملاحظته هو عدم ترتيب المشرع الجزائري جزاء لمن يخالف القانون ويعقد زواجه وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادتين التاسعة والتاسعة مكرر ويكون قد أبرم عقد زواجه خارج مكتب الموثق وضابط الحالة المدنية، وبعد مدة من الزمن يتوجه إلى المحكمة، ويسجل عقد زواجه بموجب حكم قضائي كما تنص على ذلك المادتين 21، 22 من قانون الأسرة.

وخلاصة القول في هذا المجال هو أن باب التحايل على تطبيق القانون بشأن المادتين 7 و8 ما يزال مفتوحاً، وأن الناس ما يزالون يبرمون عقود الزواج دون الرخصة المطلوبة، وبعدها يضعون غيرهم أمام الأمر الواقع، وبعد مرور

⁷⁰ - سورة النساء، الآية 6.

⁷¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁷² - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 86.

مدة من الزمن، وولادة الأولاد يطلبون من رئيس المحكمة إصدار حكم قضائي بتسجيل العقد، ومادامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم، على عكس ما نصت عليه المادة 02 من قانون رقم 224-63 لعام 1963، والتي كانت تقرر عقوبة للزوجين ولمثليهما والشركاء كلما وقع خرق القانون بالنسبة إلى أهلية الزواج⁷³.

فإذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما بالبلوغ أي البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور أماراته الطبيعية، وهي اثنان يشترك الذكر والأنثى كالإنزال وإنبات شعر العانة وتنفرد الأنثى بزيادة الأمور التالية: الحيض، الحمل والشديين. ومن ثم يصعب تحديد سنا معينة تنطبق على جميع الأشخاص، ومع ذلك فيلاحظ أن الفقه الإسلامي قد جعل اكتمال أهلية الزواج بسن كحالة استثنائية حين تتأخر تلك الأمارات الطبيعية في الظهور. وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه السن، فحددها الإمام أبو حنيفة بثمانية عشر سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بخمس عشرة سنة للفتاة والفتى معا. وحددها أخيرا الفقه المالكي بثمانية عشر سنة لكلا الجنسين.⁷⁴

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء فإننا نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222، والقول الراجح هو صحة هذا الزواج على الرغم من ترتيبه لمسؤوليات على عاتق الطرفين.

⁷³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 61.

⁷⁴ - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية بن

عكنون، الجزائر، 2001، ص 48-49.

ولا يوجد نص صريح يبطل عقد زواج الصغار، لا في الكتاب ولا في السنة. ومادام المشرع الجزائري قد فتح المجال بصفة زواج الصغار بالإذن والرخصة من القاضي، وسمح بتسجيل الزواج العرفي ضمناً رتب الصحة على عقد زواج الصغار.

ولا يمكن ترتيب جزاء البطلان على مخالفة سن الزواج بحجة الرجوع إلى أحكام قانون 1963 وبحجة أن ما لم ينص عليه القانون الجديد، فأحكام القانون القديم تبقى قائمة. وهذا الرأي الذي تبناه الأستاذ عبد العزيز سعد يكون صائباً في حال إذا لم يكن قانون الأسرة يحتوي على نصوص أخرى، إذ أنه من أحكام إلغاء القاعدة القانونية، ما نصت عليه المادة 02/02 من القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعنا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم⁷⁵.

ولقد جاء في الاجتهاد القضائي الجزائري مايلي: من المقرر شرعاً أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه، ومن المقرر أيضاً أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلاناً مطلقاً، ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.⁷⁶

- إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون.⁷⁷

⁷⁵ - تشوار جيلالي، محاضرات السنة الرابعة، قانون الأسرة، 2001، دون طبع.

⁷⁶ - أنظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة

1966-2006، ص 49. /قرار صادر في 7-12-1966 أنظر المحلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج1، ص139

⁷⁷ - أنظر، بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 50.

فكما طرأت التعديلات على آثار العقد من حيث الصحة والبطالان ، طالت كذلك أنواع وأصناف الزواج المتفشية في المجتمع الجزائري، لهذا سيكون الكلام حول تغييرات القانونية التي مست الزواج بالفاتحة ومسألة تعدد الزوجات .

المبحث الثالث:

موقف المشرع الجزائري من أصناف الزواج

سبق تقرير عقد الزواج أنه من العقود الشكلية التي لا يعترف بها القانون، ولا تترتب أحكامها بمجرد التراضي عليها، بل يشترط فيها شروط أخرى كالرسمية والإشهاد والتسجيل لترتيب الآثار القانونية وحمايتها. ولقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج⁷⁸ . وبالمقابل نظم المشرع أيضا مسألة مثار حولها جدل فقهي كبير وهي مسألة تعدد الزوجات، وضبط حرية التعاقد في ذلك. فهل وفق المشرع في ذلك؟

المطلب الأول:

الزواج العرفي

إن الزواج باعتباره رباطا مقدسا بين الرجل والمرأة، اعتاد الناس على أن يكون غير مدون أو موثق، ولكن بعد أن تغيرت أنفسهم وضعف الوازع الديني بينهم، فقد ينكر البعض الزواج وقد يدعونه إدعاء باطلا معتمدين على شهود زور لينقلب الحق باطلا والباطل حقا. لذا كان لابد من

⁷⁸ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 134.

وضع ضوابط للزواج وقيودا قانونية حفظا للحقوق وصيانة للأنساب ودرءًا للشبهات⁷⁹.

إن مصطلح الزواج العربي، مصطلح غير صحيح وغريب عن المجتمع الجزائري، وأن عقد الزواج لا يستمد أحكامه من العرف وإنما من الشريعة الإسلامية، ومسألة تسمية الزواج العربي تسمية مأخوذة من المشرق العربي، خاصة مصر⁸⁰.

وشرعا لا يوجد زواج عربي، وإنما يتم الزواج وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الذي هو الزواج بالفاتحة كما هو معروف في تقاليد المغرب العربي وخاصة الجزائر. فما هو الأساس القانوني للفاتحة؟ وهل تعتبر عقدا أم مجرد وعد بالزواج؟.

الفرع الأول:

الطبيعة القانونية للفاتحة

نص المشرع في المادة السادسة المعدلة من قانون الأسرة "إن إقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن إقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

ما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع راعى التقاليد الجزائرية والعادات التي تجعل الفاتحة عقدا شرعيا غير موثق متى توافر على جميع

⁷⁹ - سمي عبد السميع الأودن، الزواج العربي، ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 1998، ص 05.

⁸⁰ - إجراءات التسجيل والتوثيق لعقد الزواج من أركان العقد في التشريع المصري، وعدم خضوعها لعقد هذه الإجراءات: يجعله عقدا عرفيا استنادا إلى الورقة العرفية التي كتب فيه.

الأركان، وتدارك المشرع ما كان سائدا قبل التعديل بأن الخطبة والفاثحة في مركز قانوني واحد.

والفاثحة في العرف الجزائري ما هي إلا عقد زواج شرعي وهذا ما استوحته الاجتهادات القضائية بتقرير المحكمة العليا ما يلي: "من المقرر فقها وقضاء بأن الزواج بقراءة الفاثحة وتحديد الصداق وحضور الشهود، هو زواج صحيح"⁸¹. وفي قرار آخر في 1990/03/27 "من المقرر شرعا بأن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان الذي يشهد أصحابها بأنهم حضروا قراءة الفاثحة أو حضروا زفاف الطرفين".

وجاء كذلك عن المحكمة العليا قرار لاحق للأول ينص على : من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد ، أو على الأقل الفاثحة ، إذا كانت مشتملة على أركانه أو شهادة السماع، ومن ثم فإن النعي على قرار المطعون فيه بخرق القانون ومخالفة القواعد الشرعية غير مؤسس يستوجب الرفض.⁸²

و الزواج عن طريق الفاثحة هو عقد شفهي، خلافا للخطبة التي لا تسمو إلى ذلك الوصف، فلا يطلب فيها رضا الزوجين ولا يحضرها شهود، ولا يتم فيها تحديد الصداق، وإنما هي مجرد إجراءات تحضيرية وإعلان رغبة الخاطبين في التزواج.

وحسنا فعل المشرع عندما فرق بين أسلوبين إثنيين وذلك من معطيات العادات الجزائرية على حسب المناطق. فالبعض يقرأن الفاثحة قراءة

⁸¹ - أنظر، محكمة عليا ، غ.أ.ش.م ، 1984/06/24 ، مقتبس عن ، تشوار جيلالي: محاضرات في قانون الأسرة، السنة الرابعة ليسانس سيدي بلعباس، 2001، غير مدونة.

⁸² - أنظر، بلحاج لعربي، قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006 ، ص 29 .

عند الخطبة شرعا، فهذا لا يعد زواجا، ولكن أغلبية المناطق وخاصة الغربية تقرأ الفاتحة فيها عند مجلس العقد ويتولى إبرام هذا العقد الإمام.

وبالتالي الزواج صحيح ولكن كل ما في الأمر أنه في حالة الخلاف أو موت الزوج، فإن الآثار المترتبة على هذا العقد لا يعتد بها قانونا وبالتالي يمكننا القول أن المانع في هذه الحالة هو مانع تشريعي، فقط حماية طرفي العقد لتستقر الأوضاع الإجتماعية الأسرية⁸³.

إن تعديل المادة السادسة من قانون الأسرة متماشيا مع المادة 22 من ذات القانون التي تسمح بتسجيل عقد الزواج العرفي بمقتضى حكم قضائي ومن ثم قضى المشرع على التناقض الذي كان قائما بين الفقرة 02 من المادة 06 قبل تعديلها والمادة 22. وهذا ما هو صالح ومتوافق مع روح الشريعة الإسلامية ومنسجما مع العادات والتقاليد الجزائرية.

وعلى الرغم من تنظيم المشرع للشكلية في الزواج، بفرض كتابة العقد وتسجيله، لدى الضابط المختص⁸⁴، شريطة أن يقدم المتعاقدان هذا الإجراء قبل الدخول. غير أن عددا لا يستهان به من الأشخاص يتزوجون بدون حيازتهم للوثيقة الرسمية التي تثبت قيام الرابطة الزوجية بينهم. مما يجعل هذا العقد غير موجود في مواجهة القانون، إلى أن يقوم الزوجان أو أحدهما بإثباته. وقبل هذا الإجراء يظل هذا الزواج، الذي يطلق عليه تسمية الزواج العرفي، من أكبر المشاكل التي تواجه المجتمع، كما يفرزه من مشاكل بالنسبة للزوجين ذاتهما، نظرا لصعوبة المطالبة بالحقوق المترتبة عن هذا العقد خاصة في حالة النزاع.

⁸³ - عيسى حداد، المرجع السابق، ص 259.

⁸⁴ - المادة 18 من قانون الأسرة المعدل في المادة 21، 22.

إلا أن الأمر لا يقف عند الزوجين، بل يتجاوزهما إلى الأبناء والأقارب، عند المطالبة بإلحاق النسب، أو تعيين الورثة الشرعيين عند وفاة الزوجين أو أحدهما، باعتبار أن الزواج سبب لإثبات النسب⁸⁵، وباعتباره كذلك سببا من أسباب استحقاق الميراث⁸⁶.

ولهذا فالمشعر لم يكثر بالتفصيل لهذا النوع من الزواج، وترك فراغا قانونيا كبيرا. ورغم أنه أقر بشرعيته وسمح بتسجيله، إلا أنه في كثير من الحالات يستحيل التسجيل وتضييع الحقوق.

وما يمكن ملاحظته أيضا أن التعديل الجديد لقانون الأسرة لم يأت بأي جديد بخصوص القضاء على هذه الظاهرة، ومع حرص المشعر على الشكلية لإبرام عقد الزواج وذلك مراعاة لمصالح الأفراد، إلا أن الكثير يخرق هذه الشكلية بفعل ظروف وأسباب قد تفوق المقاصد التي حرص المشعر على رعايتها، عندما اشترط الكتابة للإثبات. هذه العوامل التي يمكن إجمالها في عنصرين: التهرب من الأحكام القانونية، كشرط السن، أو تقييد تعدد الزوجات، تأثرا بالعادات مع الإطمئنان لصحة هذا الزواج شرعا، لذا لا يأبه الفرد مخالفة هذه الشروط التشريعية والتي قد يراها عبئا ثقيلا عليه.

يشكل انتقاء شرط السن عاملا من عوامل ذيوع الزواج العرفي، ذلك أن الزواج قبل بلوغ السن وإن كان جائزا طبقا للمادة السابعة من قانون الأسرة، فإنه غير متاح على إطلاقه للجميع، لخضوعه للسلطة التقديرية للقاضي، في إطار قيد المصلحة والضرورة، مما يؤدي إلى استغناء الأفراد عن هذا الإذن في حالة الرفض مع علمهم بإمكانية تسجيله لاحقا.

⁸⁵ - تنص المادة 40 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح.....".

⁸⁶ - تنص المادة 126 من قانون الأسرة على أنه: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية".

وينطبق القول أيضا على تقييد تعدد الزوجات بالمبرر الشرعي وبعد الحصول على موافقة الزوجة السابقة واللاحقة حسب ما قضت به المادة 08 من قانون الأسرة، وإن كان موضوع تعدد الزوجات يعد من أهم أسباب الزواج العرفي، نظرا لإسهام التقييد التشريعي له في تحايل الأشخاص عليه.

وبصفة عامة، فإن أسباب الزواج العرفي تتمثل في الحالات التي يتطلب القانون فيها، حصول بعض الفئات من موظفي الدولة على ترخيصات بالزواج، نظرا لطول الإجراءات وصرامتها أو تعسف السلطة المانحة للإذن. الأمر الذي يدفع بالبعض إلى الزواج بعيدا عن أعين السلطة العامة، كما أن هذه الترخيصات لا تخص المواطنين فقط، بل الأجانب أيضا ملزمون بالحصول على الترخيص من السلطات.

الفرع الثاني:

آثار الزواج العرفي

رابطة الزواج التي تمت بدون خضوع للرسمية تلحق بالمرأة عدة آثار، حيث تكون عرضة للإنكار، كما قد تؤدي إلى ضياع حقوقها بإعتبارها زوجة. كما قد يفتح منافذ الظن السيئ حول العلاقة القائمة بينهما وبين الطرف الآخر. وإذا ارتبطت بزواج عرفي، فهل يحق لها أن تفك الرابطة الزوجية بنفس الضمانات الممنوحة للزواج الرسمي؟.

قد تظن خطأ المرأة عند زواجها عرفيا أنها يمكن إثبات تلك الزوجية أمام المحكمة، ليكون زواجها رسميا بعد ذلك. لكن الواقع يجدها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فقد يثبتها وقد يرفض الدعوى شكلا وموضوعا. ومن زاوية القضاء المقارن، ترفض المحاكم المصرية الدعوى في هذه

الحالة، لأنها لا تعترف بورقة الزواج العرفي إذا أنكرها أحد الطرفين⁸⁷. وإذن قد يكون مصير تلك العلاقة عند تمامها عرفيا، أمام المحاكم عرضة للإنكار ومن ثم عدم إثبات تلك الواقعة، والمرأة هي الضحية أمام هذا الوضع.

لم ينظم المشرع الجزائري هذه الآثار المترتبة عن الزواج غير الرسمي وخاصة إذا لم يرسم بحكم قضائي، وتجدر الإشارة إلى أن مشرعنا من خلال المادة 06 من قانون الأسرة إعترف بأن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا... ولكن الفراغ القانوني في حالة نشوب خلاف بين الزوجين قبل الترسيم، هل يحق للزوجة طلب التطليق أو الخلع؟ وهل تثبت حقوقها قانونيا؟ وهل يستطيع القضاء ضمان حقوقها؟ وبالمقابل إذا غاب عنها هذا الزوج دون أي خبر فتبقى هذه الزوجة معلقة، لا هي حرة تستطيع أن ترتبط بآخر ولا هي متزوجة، وهذا ما يقع كثيرا. لهذا اجتهد وزير الشؤون الدينية والأوقاف في إصدار تعليمية للأئمة بعدم عقد القران دون عقد مدني لتجنب الأئمة المساءلة أمام القضاء⁸⁸.

وعندما ننظر للمشرع المصري مثلا، نجده أنقذ المرأة من هذا المأزق، وفتح لها طريق الطلاق الرسمي لما تكون زوجة عرفيا، حيث تنص المادة 17 فقرة 03 من قانون رقم 01 لسنة 2000 بقولها: "تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة". فنجدها لم تشترط بهذا النص، ثبوت العلاقة الزوجية بوثيقة رسمية لقولها أمام القضاء، وإنما اكتفت أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة، بخلاف

⁸⁷ - كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير، 2003، سيدي بلعباس، ص 93.

⁸⁸ - وإن كانت هذه التعليمات الوزارية مخالفة لصريح القانون، وكان الأولى معالجة الموضوع عن طريق مشروع قانون تتقدم به الوزارة الوصية.

الفصل الأول:

الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج

المشروع الجزائري الذي لا يعترف بالطلاق اللفظي وإنما يعتد فقط بالطلاق الحكمي الصادر من المحكمة طبقاً لنص المادة 49 من قانون الأسرة.

ولعل أبشع الآثار السيئة التي تنجم عن الزواج العرفي هو ضياع إنساب الأطفال. فغالبية من يتزوج عرفياً يترك الزوجة بعد فترة، خاصة إذا علم أنها حامل، وهنا تلجأ الزوجة إلى المحكمة لرفع دعوى إثبات النسب المولود لأبيه، وتعتبر الحالة الوحيدة التي تقبل منها المحكمة النظر في دعوى الزواج العرفي من أجل إثبات نسب الأبناء لآبائهم استناداً للقاعدة الفقهية "الولد للفراش". ولكن الأمر ليس باليسير بالنسبة للزوجة وخاصة في حالة إنكار الزوج ونفي النسب. هذه من أكبر وأكثر القضايا المطروحة أمام القضاء. وللأسف فالمشروع الجزائري في التعديل الأخير لم يستطع تنظيم ذلك الباب الذي فتحه من قبل وهو الزواج بالفاثحة ثم ما مصير الأبناء إن تعسف الزوج في ذلك؟.

وتزداد الصعوبات تعقيداً في حالة إعتراف الزوج بالنسب، حيث بمجرد علمه بحمل الزوجة يسارع إلى البلدية ويصرح بزواجه. لكن ضابط الحالة المدنية مقيد برقم تسلسلي لسجل الزواج، فإنه يمنع قانوناً أن يقيده في تاريخ سابق، ومن ثم يصبح تاريخ الزواج الرسمي غير تاريخ الزواج بالفاثحة، وبعد وضع الزوجة حملها يرفض ضابط الحالة المدنية تسجيله بإسم أبيه في سجلات الحالة المدنية، فيلجأ الزوجان إلى القضاء لإثبات الزواج العرفي وفي هذه الحالة يختلف موقف القضاة من قاضي إلى آخر. فمنهم من يرفض مطلقاً تطبيق الزواج العرفي مع وجود عقد رسمي، والدليل على ذلك أن عقد الزواج محرر من طرف ضابط الحالة المدنية، وبالتالي يرفض الدعوى القضائية لعدم التأسيس.

المطلب الثاني:

نظام تعدد الزوجات

ثار جدل كبير بين المسلمين وغيرهم حول موضوع تعدد الزوجات، واختلفت آراء العلماء والفقهاء ما بين مؤيد للتعدد وما بين مضيق له في حدود ما يسمى بالضرورة. لهذا سنحاول التطرق لهذا الموضوع من منظور فقهي شرعي في الفرع الأول ونخصص الفرع الثاني التحدث عن تطرق المشرع الجزائري للتعدد. وهل سعى من خلال التعديل الأخير إلى توسيع أو تضيق نظام التعدد.

الفرع الأول:

موقف الشريعة الإسلامية من تعدد الزوجات

الحقيقة أن هذا النظام كان سائدا قبل ظهور الإسلام في شعوب كثيرة منها "العبريون" و"العرب" في الجاهلية وشعوب "السلافيون" وهي التي ينتمي إليها معظم أهل البلاد التي نسميها الآن "روسيا، لتوانيا، بولونيا".

وعند بعض الشعوب الجرمانية، فليس بصحيح إذن ما يدعونه من أن الإسلام هو الذي دق أتى بهذا النظام⁸⁹.

التعدد يقره الإسلام مصداقا لقوله تعالى: "فأنحكوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"⁹⁰.

⁸⁹ - انظر سيد سابق، المرجع السابق، ص 122.

⁹⁰ - سورة النساء، الآية 03.

وقد تزوج عدد من أنبياء الله ورسله أكثر من واحدة، منهم إبراهيم ويعقوب وداوود وسليمان وآخرهم نبينا محمد صلوات الله وسلامه عليهم جميعا.

وجاء الإسلام والناس يعددون الزوجات من غير قيد ولا حد، والتعدد من غير ضبط ينجم عنه دون شك ظلم وجور، وخلل في وضع الأسرة والمجتمع. ولذلك أقر الله تعالى في القرآن أصل التعدد، لوجود الأسباب التي تدعوا إليه في كل مجتمع، وقيده بثلاثة قيود يرتفع معها بالضرر والظلم، ويحصل بها الاستقرار للأسرة والمجتمع ويأتي بقيام هذه القيود بعد ذكر الأسباب التي تبرر التعدد.

لتعدد الزوجات مبررات مقبولة، وإن كان ظاهرها تلبية لمطالب الرجل، فإنها في واقع الأمر تعود آثارها الإيجابية بالدرجة الأولى على المرأة، وعلى المجتمع بصفة عامة، ذلك أن الرجل في الغالب يفكر في الزواج بإمرأة أخرى عند وجود سبب من الأسباب الآتية:

1. مرض الزوجة الأولى: [وفي معناه مرضها مرضا مزمنا أو وجود عيب جنسي يمنعها من القيام بواجب الفراش والزوجية، وهنا طلب الرجل الزواج من امرأة أخرى طلب عادل ومشروع، لأنه يريد الولد، وزوجته غير قادرة على ذلك. وطلب الولد من المقاصد الأصلية للنكاح، ولأنه يريد أن يعف نفسه ويقضي شهوته من حلال، وزوجته عاجزة عن تلبية هذا المطلب. وهنا يكون من مصلحة الزوجة الأولى أن يباح التعدد للرجل، لأن بقاءها معه وتحت رعايته خير لها من الفراق والطلاق سواء من الناحية النفسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية⁹¹.

⁹¹ - أنظر، صادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص 538.

2. المبررات الأخرى للتعدد: ما فيه من مصالح إجتماعية، وذلك من عدة جوانب منها مثلاً إحتياج بعض الأرمال القربيات إلى رعاية زوج بعد فقد زوجها الأول، فيتزوجها أحد الأقارب، حتى لا يكون عليه حرج في رعايته لها ولأولادها. وأحياناً تحتم ظروف قاسية تمر بالمجتمع مبدأً التعدد، مثل زيادة عدد الأرمال زيادة كبيرة بسبب الحروب، أو زيادة عدد المطلقات بسبب تعقد الحياة وزيادة متطلباتها، أو زيادة عدد العوانس في المجتمع بسبب عدم قدرة الشباب على تكاليف الزواج المبكر.

كما نشاهد في هذه الأيام بالإضافة إلى ما تقرره الإحصائيات دائماً من زيادة عدد الإناث اللائي في سن الزواج على عدد الذكور. إذا أخذنا في حسابنا هذه العوامل مجتمعة، فإننا لا نجد حلاً صحيحاً لكل مشكلة الزيادة الكبيرة في عدد النساء اللائي يطلبن الزواج على الرجال عبر تعدد الزوجات، لأنه الحل الذي يكرم المرأة ويرعى حقوقها في شرف وعزة نفس، ويحميها من الانحراف وإحتراف الرذيلة. ويحمي المجتمع من الأطفال اللقطاء والمشردين، ومن وباء الأمراض التناسلية الفتاكة، التي بدأت بأمراض الزهري وانتهت في العصر الحديث بمرض فقدان المناعة، الذي يهدد شبحة عالم فاقد الأخلاق، بالفناء والدمار.

قيود تعدد الزوجات:

قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾⁹².

كان الناس قبل نزول هذه الآية يتزوجون بأكثر من واحدة دون تحديد، وكانوا لا يلتزمون بالعدل بينهن، ولا يرون في ظلم المرأة بئسا، ومع ذلك كانوا يعظمون شأن اليتيم ولا يقبلون الولاية عليه، ولا رعايته بحجة الخوف من ظلمه، فتفقدوا من دينهم شأن اليتيم، ولم يهتموا بظلم النساء، فنبههم الله، وأرشدهم أن يلتزموا العدل في النساء أيضا. فكلما خافوا من ظلم اليتامى، عليهم أن يتقوا الله في ظلم النساء، ولا يتجاوزوا الحد الذي حده الله في الزواج بمن وهو مثنى وثلاث ورباع⁹³. فالآية على هذا تنهى عن ظلم التعدد الجاوز للحد.

فالأربع هي الحد الأعلى للإباحة، وهذا ما أجمع عليه السلف وجمهور العلماء، وعلى هذا النحو دلت سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي المبينة للقرآن. جاء عن ابن عمر: "أن غيلان الثقفي أسلم وله عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه، فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخير أربعاً منهن"⁹⁴.

ثم إن العدل شرط جعله الله مبيحا للتعدد، العدل الذي يكون في قدرة الإنسان واستطاعته، وذلك في الأمور الظاهرة كالتسوية بينهن في المبيت، ومسألة النفقة. أما قوله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم"⁹⁵ فهي خاصة بالميل القلبي وهو غير ملام في دليل بديل قوله تعالى: "فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة، وإن تصلحوا وتتقوا فإن الله كان غفورا رحيما"⁹⁶.

⁹³ - أنظر ابن كثير: تفسير القرآن.

⁹⁴ - أنظر سنن الترمذي، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ، ص 435.

⁹⁵ - سورة النساء، الآية 129.

⁹⁶ - سورة النساء، الآية 139.

ومما تقدم يعلم أنه لا تعارض بين قوله تعالى: "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة" وبين قوله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء"، لأن العدل الذي يجعل شرطاً لإباحة التعدد في الآية الأولى هو العدل الظاهري في المبيت والمعاملة والإنفاق. والعدل غير المستطاع في الآية الثانية، هو العدل بين النساء في الميل القلبي، وهذا لم يطلبه الله سبحانه من الأزواج وهو أجر عنه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"⁹⁷.

فإذا كانت هذه نظرة الشريعة الإسلامية لتعدد الزوجات فلنا النظر فيما أخذ به المشرع الجزائري من أحكام تخص التعدد أم أنه أتى بشيء جديد يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية ويتمشى مع متطلبات التطور والمدنية كما يدعي البعض، هذا الذي سيعالج في الفرع الآتي.

الفرع الثاني:

موقف المشرع الجزائري من التعدد في التعديل الجديد

من خلال قراءة المادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يكن له أن يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ولا أن ينهج نهج التحول لبعض التشريعات العربية لمنع التعدد وتجريمه ومن ثم معاقب مقترفيه.⁹⁸

⁹⁷ - أنظر، سنن الترمذي، حديث رقم 1140.

⁹⁸ - لذلك جاء النص في الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون الأسرة المعدل على أنه "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية وذلك متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية التعديل. ونص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة، والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لكان مسكن الزوجية". ونص في الفقرة الثالثة من ذات المادة على أنه "يجوز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم. وأثبت الزوج المبرر الشرعي قدرته على توفير العدل، والشروط الضرورية للحياة الزوجية". ثم أتم هذا المعنى بالمادة الثامنة مكرر التي جاء فيها أنه "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطويق".

يمكننا تحليل هذه المادة واستنتاج جميع الشروط التي يرضها قانون الأسرة الجزائري لإمكانية ممارسة نظام تعدد الزوجات. وهو على النحو التالي:

أ. أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية:

وهو يقصد به بدهة العدد أي يجوز للرجل أن يتزوج اثنين أو ثلاثة أو أربع نساء وهو الحد الأقصى المسموح به شرعا، وهو العدد المنصوص عليه في القرآن والسنة وإجماع العلماء ولا يلتفت لمخالفة بعض الشيعة.

ب. إثبات وجود المبرر الشرعي:

لقد اشترط المشرع لإمكانية تعدد الزوجات وجوب وجود المبرر الشرعي، إلا أن ما يعاب عليه هو عدم تحديد ماهية المبرر الشرعي. ولم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي، وترك للقضاة مرة أخرى الحرية ليمارسوا سلطتهم التقديرية المطلقة لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بثنائية⁹⁹. ويقع الاعتراض على هذا التقييد بأنه اجتهاد مع وجود مبررات خاصة إذا علمنا أن معظم المقبلين على زواج التعدد لا يتوفرون على هذه المبررات وبالتالي يدفعه المشرع لممارسة التزوير هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فالقاضي لا يستطيع إدراك كل ملابسات التعدد الحقيقية، وإشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر عبث، إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي ويخفي الناس عادة عنه ذلك السبب. فإن إطلع على الحقائق، كان إطلاعه فضحا لأسرار الحياة الزوجية وتدخلها في حريات الأفراد، وإهدارا لإرادة الإنسان، وخوضا في قضايا ينبغي توفير وقت القضاة لغيرها، ومنعا وأمرا في غير محله. فالزواج أمر شخصي بحت، يتفق فيه الزوجان مع أولياء

المرأة لا يستطيع أحد تغيير وجهته، وتبديل قيمه، وإن أسرار البيت المغلقة لا يعلم بها أحد غير الزوجين¹⁰⁰.

ج. شروط ونية العدل:

هكذا وردت الصياغة لهذا الشرط في المادة، ويأخذ عليه أولاً سواء الصياغة التي توصل إلى الإبهام والغموض في الفهم والتطبيق.

هذا الاشتراط لا يصلح أن يكون شرطاً للتعدد لأنه أمر داخلي مخفي، لأن نية العدل في نفس الإنسان لا يطلع عليها إلا الله تعالى وضعها كشرط إنما هو ديني بحت ويتعلق بالخوف من الله. ونية العدل يمكن تشبيهها بمسألة التأقيت عند عقد الزواج، فكون الزوج في نيته الزواج بإمرأة مدة معينة ولا يظهر هذه النية للوجود لا يستطيع لا القاضي ولا غيره الإطلاع عليها، وبالتالي إبطال العقد.

ثم أن مسألة العدل تصرف مادي يظهر بعد التعدد يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت. وهذا ما يجعلنا نقول أن شرط توفير نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير مكانه ولا نستطيع التسليم به، كقيد على الزواج الثاني، لأن ما لا يمكن إثبات وجوده مادياً قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لإبرام العقد¹⁰¹.

د. شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج:

¹⁰⁰ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6674.

¹⁰¹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

هذا الإجراء مقرر لمصلحة الزوجين السابقة واللاحقة، ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الكيفية التي تصلح بإخبار أو تبليغ أو إخطار الزوجة السابقة واللاحقة، ولم ينص على الطريقة التي تكون مقبولة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي سيتولى تحرير وتوثيق الزواج أو القاضي عندما يتصدى للفصل في مدى صحة أو عدم صحة الإخبار. فهل يكفي أن يخبرها شفها بحضور الشهود، أو يمكن إخبارها بكتاب مرسل عن طريق الأهل أو عن طريق البريد المضمون، أو عن طريق المحضر القضائي مقابل محضر تبليغ يحرره وفقا لإجراءات التبليغ المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية¹⁰².

ومن جهة أخرى، هذا الشرط ليس له قيمة قانونية مادام الباب مفتوح أمام الزوج للتحايل على عدم الإخبار بأن يعقد على الثانية بالفاحة (زواج عرفي) ثم يضع القاضي أمام الأمر الواقع ويطلب استصدار حكم قضائي بغية التسجيل وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 06 والمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

يستجيب القاضي لهذه الدعوى وخاصة إذا تم استهلال عقد الزواج أي تم الدخول بالزوجة و أصبحت حاملا من الزوج .

هـ. شرط الحصول على رخصة من القاضي:

ظهرت دعوات جديدة في عصرنا تمنع تعدد الزوجات إلا بإذن القاضي، ليتأكد من تحقق ما شرطه الشرع لإباحة التعدد، وهو العدل بين الزوجات والقدرة على الإنفاق، لأن الناس خصوصا الجهلة أساؤوا إستعمال

¹⁰² - وإنما حالات شكلية إثباتية في حال النزاع.

رخصة التعدد المأذون بها شرعا لغايات إنسانية كريمة. لكن تولى المخلصون دحض مثل هذه الشبهات لأسباب معقولة هي ما يأتي¹⁰³:

1. إن الله سبحانه وتعالى أناط بالراغب في الزواج وحده تحقيق شرطي التعدد، فهو الذي يقدر الخوف من عدم العدل لقوله تعالى: "فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة"، فإن الخطاب فيه لنفس الراغب في الزواج، لا لأحد سواه، كقاضي أو غيره. فيكون تقدير الخوف من قبل غير الزوج مخالفا لهذا النص القرآني الصريح. وكذلك البحث في توافر القدرة على الإنفاق فإنه منوط بالراغب في الزواج، لقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج...." فهو خطاب للأزواج، لا لغيرهم.

2. تدخل القاضي في المسائل الشخصية يحد من الحرية الشخصية للإنسان المضمونة والمنصوص عليها في الدستور. ويعتبر هذا خرقا للحريات، وتعد صراح على حق الإنسان في التعاقد.

إن علاج مساوئ التعدد يكون بأمرين:

أولا: تربية الجيل تربية دينية وخلقية حصينة، بحيث يدرك الزوجان خطورة رابطة الزوجية المقدسة، وارتكازها على أساس الود والرحمة.

ثانيا: معاقبة من يظلم زوجته، أو يقصر في حقوقها، أو يهمل تربية أحد أولاده، سواء كان ذلك ناتجا عن زوجة واحدة أو عدة زوجات.

إذا تبين لنا الإجراءات القانونية الواجب توفرها في حالة تعدد الزوجات، فما هي إذا الضمانات أو العقوبات القانونية المسلطة على الزوج في حالة المخالفة؟

الفرع الثالث:

الآثار المترتبة على مخالفة إجراءات التعدد

جاء في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". وفي المادة 08 مكرر 01 من ذات القانون: "يفسخ الزوج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

من خلال تحليل هاتين المادتين، يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد فرض جزاءا صريحا على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم إخبار الزوجة الأولى بأنه مقبل على الزواج بإمرأة ثانية، وبعد إخبار المرأة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج مع غيرها زواجا مازال قائما لم ينحل بعد. ويتمثل هذا الجزاء في معاقبة الزوج المخالف عقوبة تتمثل في تأهيل كلا الزوجتين السابقتين واللاحقة الحق في رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد موطن الزوج ضمن دائرة اختصاصها لتطلب الحكم بالتطليق، إذا كان الزوج لم يخبر كليهما بوضعيته الحقيقية.

لكن في حالة مرور مدة من الزمن هل يسمح القانون لإحدى الزوجتين رفع الدعوى؟ ما نلاحظه هو وجود فراغ قانوني يتمثل أولا في عدم وجود المدة الزمنية المتاحة لرفع الدعوى وثانيا في حلة الرضا ابتداء ثم النكول عن ذلك، هل يعتبر الرضا الأولي مسقط لحق في رفع الدعوى القضائية؟

وأما يتعلق بوجود الحصول على رخصة من رئيس المحكمة، فإن الجزاء الذي يفرضه القانون في مثل هذه الحالة سيكون هو فسخ عقد الزواج

الفصل الأول:

الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج

الثاني الذي يكون قد وقع إبرامه وعقده بدون رخصة في حالة ما قبل الدخول.

وما يعاب على هذا الجزاء هو سكوته عن "حالة بعد الدخول".
وبما أن الأغلبية من الأزواج المقبلين على التعدد، يتم فيه استهلاك الزواج الثاني وهذا ما يجعل أمر مخالفة الرخصة القضائية دون جدوى، وبالتالي الفسخ المقرر للقاضي يمكن تجاهله تماما وذلك بمجر الدخول بالزوجة الثانية.

ومن جهة أخرى، منح المشرع للقاضي الحق في فسخ عقد لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ولكن يعتبر تعديا على الحريات الشخصية فيما يتعلق بحقوق الأفراد المقررة لصالحهم وخذشا لسلطان الإرادة في إبرام العقود وخاصة إذا كانت هذه العقود لا تخالف الآداب العام والنظام العام.
وبما أن هذين المفهومين مستمدين من الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية، فلا مجال لإقحام القاضي في أمور مشروعة ومباحة.

ثم هناك مسألة أخرى تتعلق بموافقة الزوجين على إبرام عقد الزواج الثاني، فالمشرع الجزائري لم يعط الكيفية أو الطريقة التي يستطيع الزوج بواسطتها أن يثبت لرئيس المحكمة بما هو مقبل على فعله وأنها قد رضيتا بذلك. وما تجدر ملاحظته في حالة رضا إحدى الزوجتين ورفض أخرى، هل يمكن لرئيس المحكمة منح الرخصة للزوج دون الالتفات لرفض لزوجته أولى مثلا وبالتالي ثمة فراغات قانونية وإجرائية في الموضوع.

الفصل الثاني

آثار عقد الزواج

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

المقصود بآثار عقد الزواج هي النتائج القانونية التي تترتب على عقد بمجرد انعقاده ، والأصل في هذه الآثار أن تكون بحكم الشارع بما رتبته القانون والشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين ، غير أنه يجوز لكلا الطرفين العقد إشراط شروط لا تنافي طبيعة العقد وأحكامه قانون الأسرة .¹

وعلى هذا فإن آثار عقد الزواج هي الحقوق والواجبات ونفقة الزوجة والأولاد وإثبات النسب .

وما دام المشرع الجزائري عدل من أحكام تتعلق بالحقوق والواجبات وأضاف شيئاً جديداً بالنسبة فثبات النسب ، فيستمر الفصل الثاني من هذه الدراسة بنقد التعديل الطارئ على الحقوق والواجبات وكذا نقد المادة المتعلقة بإثبات النسب والتلقيح الاصطناعي .

المبحث الأول:

حقوق الزوجين وواجباتهما

لقد كانت المواد 36 وما بعدها من قانون الأسرة قبل تعديلها تميز بين حقوق وواجبات الزوج ، وبين واجبات و حقوق الزوجة ن لكن المشرع الجزائري سلك مسلكاً مغايراً في التعديل حيث جمع كل الحقوق والواجبات معا في المادة 36 .

وأخضع العلاقات المالية بين الزوجين إلى ما تضمنته ثم قرر إلغاء المادتين 38-39 .

فهل وفق المشرع الجزائري في تحقيق مبدأ التوازن والتساوي بين الطرفين العقد وهل حقق مفهوم الآية الكريمة ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾²

¹ - أنظر ، العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ، ص 157 .

² - سورة البقرة الآية ، 228 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

المطلب الأول:

الحقوق والواجبات المعنوية

يرتب الشارع الإسلامي بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين مشتركة ، وحقوقاً للزوج على زوجته ، وحقوقاً للزوجة على زوجها .

فأما الحقوق المشتركة بينهما ، فالحق الأصل فيها حل العشرة الزوجية بينهما ، وحل ما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج ، لقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾³

وفي الجملة أول ما يفيد الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين ، وربط المودة بينهما⁴ .

لقد تنبه المشرع إلى النقص الذي كان في المواد 36 وما بعدها بعدم احتواء النص على حق أساسي هو التعاشر بالمعروف وبناء حياة زوجية قوامها الاحترام المتبادل ولبها المودة والرحمة ، استحوى المشرع من خلال النص على معاشرة بالمعروف من القرآن الكريم وضمنها في الحقوق الجديدة ، إذا فما هو بيان المعاشرة بالمعروف وما المقصود به شرعاً وما هو حكمه ؟ هذا ما سأطرق إليه في الفرع الآتي.

الفرع الأول:

المعاشرة بالمعروف .

قال الله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾⁵ والمقصود بالمعاشرة ، المخالطة والمصاحبة ، فينبغي أن تكون هذه المعاشرة بالمعروف فما هو المقصود " بالمعروف "

³ - سورة المؤمنون الآية ، 7 .

⁴ - أنظر: محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 162

⁵ - سورة النساء ، الآية 19 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

وما هي أحكامه الشرعية ؟ والجواب يتبين من عرض أقوال المفسرين في هذه الآية الكريمة ، فمن أقوالهم ما يأتي :

جاء في تفسير ابن كثير قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ أي طيبوا أقوالهم لهن وحسنوا أفعالهم وهيئاتكم بحسب قدرتكم كما تحبون ذلك منه فافعلوا أنتم بهن مثله .⁶

وقال القرطبي في قوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ أي : عاشروهن على أمر الله به من حسن المعاشرة ، وذلك بتوفية حقها من المهر والنفقة ، وأن لا يعبس في وجهها بغير ذنب ، وأن يكون منطلقا في القول لافظاً وخليطاً ، ولا مظهرها ميلا على غيرها . فأمر الله تعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن لتكون أدمة - أي خلطة - ما بينهم وصحبتهم على الكمال ، فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش ...⁷

وقال الأستاذ محمد رشيد رضا : " أي تجب عليكم أيها المؤمنون أن تحسنوا عشرة نساءكم ، بأن تكون مصاحبتهم ومخالطتكم لهن بالمعروف الذي تعرفه وتألفه طباعهن ، ولا يستنكر شرعا ولا عرفا ولا مروءة فالتضييق في النفقة والإيذاء بالقول والفعل وكثرة عبوس الوجه وتقطيعه عند اللقاء ، كل ذلك ينافي العشرة بالمعروف ... والغرض أن يكون كل منهما مدعاة سرور للآخر وسبب هنائه في معيشته وجعل الإمام محمد عبده المدار في المعروف على ما تعرفه المرأة ولا تستنكره ، وما يليق به وبها بحسب طبقتها في الناس ..."⁸

وإن حكم المعاشرة بالمعروف هو الوجوب وبهذا قال علماء أصول الفقه ، إن الأمر يفيد الوجوب غلا إذا قام الدليل على صرفه عن الوجوب إلى الاستحباب⁹ بأن عن الأدلة متضافرة على وجوب المعاشرة بالمعروف وتأكيدها قول الرسول صلى

⁶ - أنظر محمد علي الصابري، مختصر تفسير ابن كثير ، ج1 ، دار القرآن الكريم ، 1987 ، ص 368 .

⁷ - أنظر القرطبي ، أحكام القرآن ، ج05 ، ص 97 .

⁸ - أنظر : محمد رشيد رضا ، تفسير المنار ، ج4 ، ، دار المعرفة بيروت ، -لبنان - دت، ص 456.

⁹ - قاعدة من قواعد أصول الفقه ، في طريقة الاستنباط، أنظر أبو زهرة أصول الفقه ، ص ..

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

الله عليه وسلم : " استوصوا بالنساء خيرا " ¹⁰ . وجاء في شرحه الاستيضاء قبول النصيحة والمعنى أوصيكم بهن خيرا فاقبلوا وصيتي فيهن .

ومع الأمر الشرعي الصريح في القرآن والسنة بمعاشرة الأزواج زوجاتهم بالمعروف فإن الإسلام حثّ على الإلتزام بهذا الأمر والقيام بهذا الواجب بإخبار المسلمين بأن خيارهم هم خيارهم لنسائهم . فقد جاء في الحديث النبوي الشريف قوله صلى الله عليه وسلم : " أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا ، وخياركم خياركم لنسائهم " ¹¹ . وفي هذا الحديث تنبيه على أن خير الناس من كان خيرا لهم لأهله ، لأن الأهل هم أحق من غيرهم بالبشر وحسن الخلق وحسن المعاشرة . فإذا كان الرجل مع أهله كذلك ، فهو خير الناس ، وإن على عكس من ذلك فهو في الجانب الآخر من الشر . ¹²

تترتب على عقد الزواج الصحيح آثار معينة: يجعل من الشارع وحكمه وهذه الآثار بجملتها التي تكون لكل من طرفي عقد الزواج وهما الزوج والزوجة ، مع حقوق مشتركة بينهما.

ومّا يلاحظ على المشرع الجزائري في التعديل أنه توسع أكثر في حقوق الزوجة بينما أغفل وأنقص من حقوق الزوج ، ومما أراه نقدا موجها للمشرع إبطال حق الطاعة الزوج وما يترتب عليها من حق التأديب في حالة نشوز الزوجة والتهوين من اعتبار الزوج رئيسا للعائلة. هذا ما سأتطرق إليه في هذا المطلب .

¹⁰ - الإمام مسلم ، صحيح مسلم شرح النووي ، ج10 ، ص 58 ، دار ابن الهيثم القاهرة، سنة 2003 .

¹¹ - الإمام الترمذي ، جامع الترمذي ، ج04 ، ص 325 .

¹² - أنظر الشوكاني ، نيل الأوطار ج03 ، دار الفكر لبنان - بيروت - 2005 ، ص 332 .

الفرع الأول:

قوامية الزوج على زوجته

قال تعالى : ﴿ الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾ [النساء : 34]¹³

قال الإمام الرازي: القوام اسم لمن يكون مبالغا في القيام بالأمر يقال هذا قيم المرأة وقوامها للذي يقوم بأمرها ويهتم بحفظهما¹⁴ والمقصود بقوامية الزوج على زوجته قيامه عليها بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة¹⁵.

وقد جعل الله تعالى القوامية للرجل على امراته لسببين ذكرهما الله بقوله : ﴿ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾¹⁶.

-السبب الأول:

فضّل الله الرجال على النساء في أصل الخلقة و أعطاهم من الحول والقوة ما لم يعطهن ، فكان من أجل ذلك التفاوت في التكاليف والأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات مترتبا على هذا التفاوت في فطرتهم وأصل خلقتهم وجبلتهم واستعدادهم .

-السبب الثاني:

لقوامية الرجل على امرأته هو بما أنفقه وينفقه الرجال من مهر ونفقة وتكاليف أخرى ألزمه الشرع بها¹⁷.

13 - سور النساء، الآية 34 .

14 - الإمام الرازي، التفسير الكبير ج10، ط3، دار التراث العربي، بيروت، دت ، ص 88.

15 - أنظر إمام أبي بكر الجصاص، أحكام القرآن ، ج2، دار الإحياء التراث العربي، بيروت ، دت، ص 188 .

16 - سورة النساء الآية 34.

17 - أنظر عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج7، ط3 ،مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ،

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

قوامية الرجل على امرأته والتي قامت على أساس ما خلقه الله عليه وما ترتب على خلقته من أحكام وتكاليف تيسر للزوجة القيام بوظيفتها الفطرية وهي الحمل والولادة ، تربية أطفالها وهي آمنة في بيتها مكفية ما يهتمها من أمر رزقها. أضف إلى ذلك أن الرسول (ص) أمر الزوجة بطاعة زوجها والخضوع له في الرأي ما لم يكن محرماً أو قطيعة رحم قال : " لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن تسجد لأزوجهن لما جعل الله لهم عليهن من الحق " أن يفقه الغرض من هذه القوامية التي يقررها له والأساس الذي قامت عليه ، حتى لا يسيئ استعمالها أو يتعسف في استعمال ما يخوله هذه القوامية من سلطة.

الفرع الثاني :

حق التأديب

وينتج عن قوامية الرجل على زوجته حق التأديب إذا قصرت في أداء حقوقه التي أوجبها الشرع له عليها . ومشروعية التأديب نص الله عليها في القرآن الكريم حين قال " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ¹⁸ " أمر الله الأزواج بتأديب نساءهم عند نشوزهن ، أي عند خروجهن عن طاعة أزواجهن وعدم قيامهن بحقوقهم .

ويجب على الزوج التدرج في استعمال وسائل التأديب فيبدأ بوعظ زوجته إذا نشزت، فإن لم ينفع معها الوعظ تحول إلى وسيلة الأخرى وهي هجرها في المضجع ، فإن لم ينفع معها الهجر تحول إلى الوسيلة الأخرى وهي الضرب ¹⁹

18 - الآية 34 ، سورة النساء .

19 - أخرج الترميذي أن النبي ص قال في خطبة له في حجة الوداع: " ألا واستوصوا بالنساء خيراً ، لأنما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، فإن فعلن فاهجروهن في المضجع ، واضربوهن ضرباً غير

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

ومن أقوال المفسرين في التدرج في التأديب ووسائله:

قال الإمام الرازي: " الذي يدل عليه نص الآية أنه تعالى ابتداء بالوعظ، ثم ترقى منه إلى المهجران في المضاجع، ثم ترقى منه إلى الضرب وذلك تنبيه يجري مجرى التصريح في أنه مهما حصل الغرض بالطريق الأخص وجب الاكتفاء به، ولم يجز الإقدام على الطريق الأشق" ²⁰

وقال الإمام القرطبي: " أمر الله أن يبدأ النساء بالموعظة أولاً ثم بالمهجران، فإن لم ينجعاً فالضرب فإنه هو الذي يصلحها له ويحملها على توفية حقه، والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح، وهو الذي يكسر عظما ولا يشين جارحة" ²¹

ومن أقوال الفقهاء في التدرج في التأديب ووسائله:

قال الامام الخرقى الحنبلي: وإذا ظهر منها ما يخاف نشوزها - أي معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته - وعظها، فإن أظهرت نشوزا هجرها، فإن أردعها وإلاّ فله أن يضربها ضربا لا يكون مبرحا" ²².

وقال الامام علاء الدين الكاساني: وهو بعدد حقوق الزوج على زوجته: ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته بأن كانت ناشزة، فله أن يؤدبها لكن على الترتيب فيعظها أولاً على الرفق واللين... فلعلها تقبل الموعظة وتترك النشوز... وإلاّ هجرها... فإن تركت النشوز وإلاّ ضربها... ²³.

مبرح، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا " جامع الترمذي، ج4، ص 326. في هذا الحديث إباحة الضرب غير المبرح أي غير الشديد حيث قال الفقهاء يضربها بالسواك وغيره. ومع أرشد الرسول ص إلا أنه لا يضرب الخيار حيث قال: " ولن يضرب خياركم " أحكام القرآن لابن العربي، ج1 ص 420.

²⁰ - الإمام الرازي المرجع السابق ج 10 ص 90

²¹ - الإمام القرطبي الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ج5، بيروت، 1965، ص 172.

²² - أنظر ابن قدامة المغني، ج8 دار الفكر للطباعة بيروت، لبنان 1984، ص 129

²³ - الكاساني، بدائع الصنائع ج2، دار الفكر بيروت، بيروت لبنان ط1، ص 494.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

وعلى هذا ، فعلى الزوج أن لا يستعمل اللجوء إلى وسيلة الضرب ، بل يصبر على زوجته ويتحمل شططها وتقصيرها في حقه ويكرر المحاولة في إصلاحها بالوعظ وإلا فبالهجر . فإذا عيل صبره ولم يعد يتحمل شططها ورأى أن الضرب قد يأتي بالإصلاح المطلوب ، باشر وسيلة الضرب كعلاج لها وليس كانتقام منها ، لأن بعض النساء قد لا ينفع معهن إلا الضرب²⁴ . ومما يوجه نقدا للمشرع الجزائري إسقاطه للمادة 38 السابقة والتي تنص خاصة في الفقرة الأولى على أنه " يجب على الزوج نحو زوجته : النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها " فألغى المشرع هذه المادة التي كانت تنص على النفقة واكتفى بذكرها في المواد 74 وما بعدها فقط لسقوط حق الزوج على زوجته في الطاعة ، لأنه كان ينص صراحة على وجوب طاعة الزوجة للزوج وإلا كانت ناشزا .

وعندما نراجع تراثنا الفقهي نجد مايلي :

النشوز أصله في اللغة الارتفاع والعلو ، ويراد به ترفع المرأة وعصيانها وسوء عشرتها للزوج ، والخروج عن الطاعة الواجبة في التفريط في حقوقه²⁵ . فالناشز لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا ، لأن حقوق الزوجة التي منها النفقة مشروطة بالطاعة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ﴾²⁶ .

وقد جعل الله تعالى لكل من الزوجين حقا على الآخر فإذا أحل أحدهما بحق الآخر كان للآخر بالمقابل عدم أداء ما عليه ، فإذا امتنع الزوج مثلا من تسليم الصداق للزوجة كان لها الحق في منعي نفسها من الدخول عليها والبناء بها ، وإذا

24 - أنظر عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ج 7 ، ص 318 .

25 - أنظر الصادق عبد الرحمن العرياني ، المرجع السابق ، ج 2 ص 657 .

26 - الآية 34 سورة النساء .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

امتنع عن الإنفاق عليها ، كان لها أن تطلق نفسها منه ، وإذا امتنعت هي عن طاعته وظهر منها النشوز والعصيان سقطت نفقتها عنه ²⁷ .

قال ابن قدامة: " فمتى امتنعت من فراشه ، أو خرجت من منزله بغير إذنه أو امتنعت من الانتقال معه إلى مسكن مثلها، أو من السفر معه فلا نفقة لها ولا سكن في قول عامة أهل العلم ²⁸

المطلب الثاني : الحقوق والواجبات المادية

من جملة ما يترتب على عقد الزواج الصحيح آثار معينة و ذلك بحكم الشرع و من جملتها تلك الحقوق والواجبات المتعلقة بالجانب المادي فهذا الأخير له خصوصية على الجانب المعنوي من الحقوق . حيث يتميز الجانب المادي بالثقة والضبط لأنه ينصب على حقوق محسوسة وملموسة لكلا طرفي العقد ولهذا لنا أن نتساءل حول تعديل المشرع الجزائري للمواد التي تتعلق بهذا الموضوع هل ضبط المشرع الحقوق والواجبات المادية من خلال التعديل ؟

أول مسألة يجب أن تأخذ حيزا كبيرا من الإيضاح هي مسألة الذمة المالية المستقلة وكيف عاجلتها الشريعة الإسلامية من جهة والمشرع الجزائري من جهة أخرى.

الفرع الأول:

الذمة المالية المستقلة

²⁷ - أنظر ، الصادق عبد الرحمن العرياني ، المرجع السابق ، ج2 ص 645 .

²⁸ - أنظر، عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق، ج7، ص 348 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

لا يؤثر الزواج على أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية إذ فيحق للزوجة الرشيدة التصرف في مالها كله . سواء بعوض أو بغير عوض و لا تحتاج في ذلك إلى ترخيص أو إذن من زوجها .²⁹

الواقع أن الفقهاء المسلمين لم يروا حاجة للنص في كل عقد أو تصرف مالي على أن المرأة كالرجل في أهلية إجراء هذا العقد او التصرف اكتفاء منهم بان المرأة تتمتع بأهلية الوجوب والأداء كالرجل تماما . فتكون لها أهلية إجراء التصرفات المالية كالرجل .

فمثلا يقول الكاساني "واما المرتدة فتصح مزارعتها قولاً واحداً بالإجماع . لئلا تصرفاتها نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة . فتصبح المزارعة منها بمنزلة مزارعة المسلمة"³⁰ و عقد المزارعة من التصرفات المالية . فإذا صح من المرأة المسلمة صح منها التصرفات المالية الأخرى . و الكماي ذكر موضوع المزارعة وصحة وقوعها من المسلمة بمناسبة ذكرها بالنسبة للمرتدة ولنا أن نتساءل: هل يشترط إذن الزوج لصحة هبة زوجته ؟ هبة المرأة شيئاً من مالها أو كل مالها هو نوع من أنواع التصرفات الشرعية .

والمرأة تملك أهلية أداء كاملة كالرجل ما دامت عاقلة رشيدة . و معنى ذلك صحة تصرفاتها المالية المتعلقة بمالها . وان تصرفاتها هذه نافذة دون حاجة إلى إذن احد ما دامت غير محجور عليها . إلا انه ورد بعض الخلاف في ذلك أولاً قول الجمهور قال الإمام البخاري في صحيح"باب هبة المرأة لغير زوجها وعنتها إذا كان لها زوج فهو حائز إذا لم تكن سفيهة . فإذا كانت سفيهة لم يجز قال الله تعالى ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ ﴾

²⁹ - أنظر ، مسعودي رشيد النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق تلمسان ، ص

³⁰ - أنظر ، الكسائي ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 177 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

قال العسقلاني تعليقا على قول البخاري و بهذا الحكم قال الجمهور و قال ابن الحزم الظاهري " لا يجوز الحجر أيضا على المرأة ذات زوج ولا بكر ذات أب ولا عز ذات أب . وصدقتهما وهبتهما نافذة كل ذلك من رأس المال و إذا حاضت . كالرجل سواء بسواء وهو قول سفيان الثوري . و أبي حنيفة والشافعي . وأبي ثور . و أبي سليمان و أصحابهم .

بينما يرى الاتجاه الثاني وهو رأي المخالفين للجمهور :

"قول الإمام طاووس لا يجوز للمرأة إن تهب أو تتصدق بشيء من مالها إلا بإذن زوجها وبهذا يرى الإمام الليث لا يجوز للمرأة المسلمة ان تتصدق بشيء من مالها أو تهبه إلا بإذن زوجها إلا في شيء التافه. فلها أن تتصدق به دون إذن زوجها، كما يرى الإمام مالك بأنه لا يجوز للزوجة إن تعطي من مالها بغير إذن زوجها ولو كانت رشيدة إلا في حدود الثلث مالها . اما ما زاد على الثلث فلا يجوز التصديق به أو هبته إلا بإذن زوجها"³¹

استدل جمهور الفقهاء جملة من الأدلة نذكر منها مايلي :

أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال : قام النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفطر فصلى ، فبدأ بالصلاة ثم خطب ، فلما فرغ نزل ، فأتى النساء فذكرهن وهو يتوكأ على يد بلال باسط ثوبه يلقي فيه النساء الصدقة قلت (أي أحد الرواة) زكاة يوم فطر ؟ قال : لا ولكن صدقة يتصدقن حينئذ " قال ابن حجر : استدل بهذا الحديث على جواز صدقة المرأة من مالها بغير توقف على إذن زوجها أو على مقدار معين من مالها كالثلث خلافا لبعض المالكية³² . وقال الإمام القرطبي : " ولا يقال في هذا إن أزواجهن كانوا حضورا ، لأن ذلك لم ينقل ولو نقل

³¹ - أنظر ابن حجر ، الفتح الباري، ج5 ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ط1 ، 1987 ، ص 217

³² - أنظر، ابن حجر ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 466 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

فليس فيه تسليم أزواجهن لهن ذلك أو رضائهم على ما يتصدقن به ، لأن من يثبت له الحق فالأصل بقاءه حتى يصرح بإسقاطه ولم ينقل أن الأزواج صرّح بذلك "33 .

أخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا يجوز لامرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها " وقد جاء في شرحه لا يجوز لامرأة أمر أي عطية من العطايا في مالها ، فلا ينبغي لها أن تتصرف في مالها إلا بمشورة زوجها أدبا واستحبابا ، فالنهي للتنزيه "34 .

وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا يجوز لامرأة عطية غلا بإذن زوجها " قال الإمام الخطابي: عند أكثر العلماء " .

هذا على معنى حسن العشرة واستطابة النفس الزوج بذلك ، إلا أن مالك بن انس قال : تردّ ما فعلت من ذلك حتى يأذن الزوج "35

ومن مناقشة هذه الأدلة (ادلة المخالفين) حديث عمرو بن شعيب قال: الإمام الشافعي عنه : هذا حديث سمعناه وليس بثابت فيلزمنا القول به ، والقرآن يدل على خلافه ، وقيل المراد بالقرآن في قول الشافعي قول تعالى: ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ ﴾ "36 وقوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ "37

فدلّت هذه الآيات وأمثالها على تفرد تصرفها في مالها بالصدقة والهبة دون إذن زوجها "38

33 - أنظر ، ابن حجر ، المصدر السابق ، ج2 ، ص 468 .

34 - أنظر، المبارك فوري، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ج9 ، ص 310 .

35 - انظر، مبارك فوري، المرجع السابق ، ج9 ، ص 463 .

36 - سورة النساء ، الآية 12 .

37 - سورة البقرة، الآية 229 .

38 - أنظر عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ج10 ، ص 342 .

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

وبناء على ما تقدم ، فالراجح هو قول الجمهور ، فيجوز للمرأة أن تهب أو تتصدق بما لها دون توقف على إذن زوجها وموافقته . ومن المستحب ومتطلبات المعاشرة بالمعروف أن تستأذن ، لأن هذا ما يطيب خاطر الزوج ويجعل العشرة الزوجين بالتي هي أحسن وتجنبهما المخاصمة والمنازعة .

وهذا ما يحملنا بالقول على أن المشرع اصاب حيث قرّر استقلالية بين الزوج وزوجته، ولكن كان عليه أن يضيق من باب المعاشرة بالمعروف استئذان الزوجة لزوجها عن التصرف في مالها مراعاة للخلاف بين فقهاء من جهة ومن جهة أخرى تجنّب الأسرة الشجار المفضي إلى الفرقة والتنافر.

إن التطور الذي عرفته العلاقات المالية بين الزوجين نتيجة ما يسمى بالأسرة الحديثة التي تقوم على أساس التعاون بينهما أدى إلى اختلاط أموالهما عن طريق الاتفاق بوثيقة عقد الزواج أو عن طريق عقود أخرى ، وطبقا للأحكام الشرعية الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ، لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الأخرى، غير أن التعديل الجديد لقانون الأسرة أجاز للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك³⁹ وهذا طبقا لنص المادة 37 فقرة 02 من قانون الأسرة " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، حول الأموال المشتركة بينهما ، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما "

ولهذا يقتضي منا البحث في شروط المتفق عليها من طرف الزوجين في الشريعة الإسلامية في مسألة تتجلى في معرفة عما إذا كان هل الأصل في الشروط الحِلّ أو الحرمة؟⁴⁰

39 - أنظر ، مسعودي رشيد ، المرجع السابق ، ص 266 .

40 - أنظر ، عبد الكريم زيدان ، المرجع ، ج6 ص 130 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

للإجابة على ذلك ، يرى أنصار الرأي الأول أن الأصل في العقود والشروط ولا يباح منها إلا ما أذن الشرع في إباحته وحلّه . وهذا ما ذهب الظاهرية . بينما يرى أصحاب الرأي الثاني بأن الأصل في العقود والشروط الحلّ ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً . وأصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل أكثرها يجري على هذا القول ، و الإمام مالك قريب منه لكن الإمام أحمد أكثر تصحيحاً للشروط من الإمام مالك وغيره ، فليس في الفقهاء أكثر تصحيحاً للشروط من الإمام أحمد وقد رجّح الإمام ابن تيمية هذا القول ⁴¹ وساق أدلة كثيرة على الرجحان منها ما أخرجه البخاري في صحيحه عن عقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أحق ما أرفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج . " وجاء في شرحه " : معنى الحديث الشريف أن أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح مختلفة ، فمنها ما يجب الوفاء به اتفاقاً ، وهو ما أمر الله به من إمساك ، بمعروف أو تسريح بإحسان ، وعليه حمل بعضهم هذا الحديث ، ومنها ما لا يوفى به اتفاقاً كسؤال طلاق أختها ، ومنها ما اختلف فيه كاشتراط أن يتزوج عليها أو لا ينقلها من منزلها إلى منزله وسياق الحديث يقتضي أن يكون بعض الشروط الوفاء بها ، وبعضها أشد اقتضاءً " ⁴² .

يقول الدكتور عبد الكريم زيدان : أرجح ان الشروط الواجب الوفاء بها غير مقصورة على ما يقتضيه عقد النكاح ، بل تشمل أيضاً ما لا يقتضيه العقد في إطلاقه لأن ما يقتضيه العقد في إطلاقه واجب الوفاء به ، بموجب العقد ، فلا حاجة على اشتراطه ، وإنما الحاجة إلى ما لا يجب الوفاء به بالشرط وبذلك نبّه الحديث الشريف

41 - أنظر، ابن تيمية مجموع الفتاوى ج 29 ، مكتبة المعارف ، الرباط ، المغرب ، ص 126

42 - أنظر ، ابن حجر ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 217 - 218 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

، وحث على وجوب الوفاء بما يشترط في عقد النكاح ، لكن يجب أن تخلق الشروط مقصود عقد النكاح " 43 .

وأما الشروط المالية في القانون الجزائري فقد نص القانون الأسرة في المادة 19 على انه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون "

وبهذا يكون المشرع الجزائري برأي الحنابلة الذي يقضي بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة .

وقد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ في الكثير من أحكامه : " حيث أنه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة ، بشرط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تناقض روح العقد " 44 .

هذا من ناحية مشروعية اقتزان عقد الزواج بالشروط أما من الناحية العملية وخاصة عندما يقع النزاع على الأموال المشتركة المشرع الجزائري لم يعدل المادة 73 رغم أنه تعرض إلى نوع جديد من أموال الأسرة والمتمثلة في تلك الأموال التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية 45

لذلك يجب صياغة المادة 73 سالفه الذكر صياغة جديدة لا تدع مجالاً للشك والتأويل وذلك على الشكل التالي 46 إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيّنة ، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء ، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجل .

43 - أنظر، عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ج6 ، ص 133 .

44 - مجلس الأعلى ، خ.ق.ج ، 1971/03/03 ، مقتبس عن العربي بلحاج المرجع السابق ص 94 .

45 - المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري .

46 - أنظر، مسعودي رشيد ، المرجع السابق، ص 280 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

- يحكم للزوجين مناصقة بيمينها في المعتاد للرجال والنساء .
- يحق للزوجين الاتفاق على جعل ملكية متاع البيت مشتركة بينهما ، بغض النظر عن مصدرها ويلحق هذا الاتفاق بعقد الزواج طبقاً للمادة 19 من هذا القانون ويكون ملزماً للزوجين ، ويعمل بموجبه في حالة حدوث نزاع بينهما على ملكية متاع البيت .

- وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول الممتلكات المنقولة الأخرى والعقارات يتم اقتسامها حسب مساهمة كل من الزوجين .

- يتم الاثبات بكل وسائل الاثبات ويقوم الحكم القضائي محل سند الملكية "

هذا ما يمكن قوله في مسألة الذمة المالية المستقلة ، أما عن جانب مادي آخر مترتب على عقد الزواج هو مسألة العدل المادي بين الزوجات في حالة التعدد ، هذا ما سيبحث في الفرع الآتي.

الفرع الثاني :

العدل بين الزوجين في حالة التعدد

لفظ العدل يقتضي المساواة ، وعلى هذا فالعدل بين الزوجات يعني التسوية فيما بينهما في الحقوق الزوجية فيما تمكن المساواة فيه حيث قال الله تعالى : ﴿ وَكُنْ تَسْتَبِيْعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصَلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُوراً رَحِيماً ﴾⁴⁷ وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من كانت له امرأتان يميل لإحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطاً أو مائلاً " ⁴⁸ قال الإمام

47 - سورة النساء ، الآية 129 .

48 - أنظر، الشوكاني ، المرجع السابق ج6 ، ص 216

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

الشوكاني في شرح الحديث هذا الحديث : فيه دليل على تحريم الميل إلى إحدى الزوجين دون الأخرى إذا كان ذلك في أمر يملكه الزوج كالقسمة .

أي القسم في المبيت - والطعام والكسوة⁴⁹

والمراد بالعدل بين الزوجات العدل في حقوقهن من القسم والنفقة والكسوة وفي هذا قال الإمام ابن قدامة الحنبلي: ليس للرجال أن يجمع بين امرأته في مسكن واحد بغير رضا هذا... وإن أسكنهما في دار واحدة ، كل واحدة في بيت جاز إذا كان ذلك مسكن مثلهما ، فإن رضيت امرأته بالسكن سوية في مسكن واحد جاز ذلك لأن الحق لهما ، فلهما المساحة في تركه⁵⁰ .

وما يملكه الزوج أي لا يستطيع فعله من معاني المساواة بين الزوجات كالميل القلبي والمحبة ، فلا يطالب الزوج بالتسوية فيما بينهما . وفي هذا قال الشوكاني: ولا يجب على الزوج التسوية بين الزوجات فيما لا يملكه كالمحبة ونحوها⁵¹ والواقع وقول الشوكاني مبني على ما جاء في السنة النبوية فقد روي عن عائشة رضي الله عنه - قولها : كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه - أي في المبيت - فيعدل ويقول " اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك "⁵²

ولهذا ينحصر العدل والمساواة في الأمور المادية بين الزوجات ، والأصل في وجوب العدل هو قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾⁵³ جاء هذا عقب قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾⁵⁴ أي إن خفتم أن لا تعدلوا في القسم والنفقة في النكاح المثنى والثلاث والرابع

49 - أنظر، الشوكاني ، المرجع السابق ج 7 ، ص 218

50 - أنظر ، ابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 7 صص، 26-27 .

51 - أنظر، الشوكاني ، المرجع السابق ج 6 ، ص 218 .

52 - أنظر، الترمذي، الجامع ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ج 7 ، ص 34 .

53 - سورة النساء ، الآية 3 .

54 - سورة النساء ، الآية 3 .

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

فواحدة ، سبحانه وتعالى إلى النكاح الواحدة عند توقع والتعدي على حقوق الغير ولهذا قال: ﴿ ذَلِكْ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾ أي يجور أو تظلموا .

ومن زاوية القانون ، إن المشرع الجزائري رغم إقراره لمشروعية التعدد في المادة الثامنة من قانون الأسرة ، مع ذكر الشروط في ذلك حق الزوجات في العدل بعدما كان منصوص عليه في المادة 37 السابقة ، فهذا الإسقاط ينبئ عن نية المشرع في محاولة التقليل من ظاهرة تعدد الزوجات أو الحظ من شأن معالجة المسائل التي تخص التعدد مع أن في مجتمعنا شريحة كبيرة من الأشخاص لهم هذا الواقع . وكأن بالمشرع الجزائري أراد أن يتملص من تنظيم مسائل التعدد لكي لا يهتم في نظر ناquديه من قبل - بأنه يشجع على هذه الظاهرة. إن تدخل المشرع الجزائري بقواعد قانونية هو الذي يحدّ من ظاهرة هضم الحقوق في مسألة التعدد وهو الذي يقضي على تعسف الأزواج في استعمال هذا الأمر المشروع شرعا وقانونا ، ولا يمكن لإهمال تنظيم تعدد الزوجات من إعطاء نتائج سليمة مادام أن هذه الظاهرة في المجتمع الجزائري ما زالت قائمة وخصوصا المناطق البدوية والصحراوية .

إذا كان هناك آثار مادية عن عقد الزواج ثمة آثار أخرى لا تقل أهمية عن الجانب المادي وهو ما يتعلق بالشخصية وأهم ما فيها ما تعلق بالنسب الشخص للإنسان وهو أثر له الأهمية المعبرة في العلاقة الزوجية إذا الفرع الآتي مخصص لثبوت النسب.

المبحث الثاني:

ثبوت النسب

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

ولقد وضع الفقه الإسلامي، نظرا لخطورة مسألة النسب، من الأحكام ما يكفل حماية الولد من الضياع، ويحظر من اختلاط الأنساب، ويصون الأعراض. وتطبيقا لذلك يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجة، ويلحق بالزواج الصحيح الزواج الفاسد، حيث أن هذا الأخير يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب. ويطبق عين الحكم بشأن الوطاء بشبهة من حيث أن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها. هذه المبادئ تبناها المشرع الجزائري من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 40 المعدلة بقوله "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

باعتبار النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها برباط دائم من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية. فالولد جزء من أبيه، والأب بعض من ولده⁵⁵، ورابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، ولذا فقد إهتم بها الإسلام اهتماما بالغا، فهي الآباء أن يدعوا أبناءهم غيرهم وينسبوهم إليهم⁵⁶. كما نهاهم عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، وحرم على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي⁵⁷، وكذلك نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم⁵⁸.

هذا وقد أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية سببا لثبوت الأولى، فالزواج يعد أداة تحليل مخالطة الرجل بالمرأة، فإذا أثمرت

⁵⁵ - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 10، ص 7247.

⁵⁶ - قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ﴾، سورة

الأحزاب، الآية 04.

⁵⁷ - قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أبما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأبما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله تعالى منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة" رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وهو صحيح.

⁵⁸ - يقول صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام" رواه البخاري ومسلم.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

هذه المخالطة نسلا فإنه ينتسب للزوج⁵⁹. ومن هنا يتقرر في الشريعة الإسلامية القاعدة المعروفة الولد للفراش⁶⁰، ويراد بالفراش علاقة الزوجية التي بين الرجل وزوجته حين ابتداء حملها به، بالفراش مرجع بثبوت النسب الشرعي.

المطلب الأول:

النظام الشرعي والقانوني لثبوت النسب بالفراش

ثبوت النسب بالفراش، وفقا لنظامه الشرعي، يقوم على أساس الزواج الصحيح، الذي يحلل للرجل مخالطته بالمرأة ويقتصرها عليه وحده، فهو الذي به تعتبر المرأة فراشا. ولذا يسمى بالفراش الصحيح. ومن ثم فإن جاءت بولد فهو منه، واحتمال أنه من غيره أمر مرفوض لأن الأصل حمل أحوال الناس على الصلاح إلى أن يثبت العكس وعليه يثبت نسب الولد من الزوج دون حاجة إلى إقراره، أو بينة تقيمها الزوجة⁶¹.

ويلحق بالفراش الصحيح - كما فرع فقهاء الشريعة الإسلامية - الفراش الفاسد، فالزواج الفاسد⁶² يأخذ حكم الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءاً للولد، ونفس الحكم بالنسبة لمخالطة الرجل للمرأة بناء على شبهة العقد أو شبهة المحل، فإن الولد الذي تأتي به المرأة ينسب للرجل الذي خالطها⁶³.

⁵⁹ - أنظر، محمد أبو زيد، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، ص 225.

⁶⁰ - هو حديث شريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر" رواه أصحاب الكتب الستة إلا الترمذي.

⁶¹ - أنظر، محمد أبو زيد، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، ص 231.

⁶² - الزواج الفاسد هو ما توافرت فيه أركان الانعقاد وشروطه ولكنه تخلف فيه شرط من شروط الصحة، كالزواج بغير

شهود، الزواج المؤقت، جمع الرجل خمسة في عصمته، والجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها.

أنظر في ذلك: محمد محجوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، سنة 1983، ص 135.

⁶³ - الشبهة أن يقارب الرجل امرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم وهي قسمان: شبهة عقد، وشبهة فعل. وشبهة العقد أن

يجري رجل عقد زواجه على امرأة، ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد وشبهة الفعل أن يقارب رجل

الفرع الأول:

نسب الطفل الشرعي على ضوء المستجدات التشريعية

نصت المادة 40 المنقحة من قانون الأسرة على ما يأتي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

والملاحظة الأولى في هذا الصدد حاجة هذا نص المادة 40 من قانون الأسرة إلى إعادة النظر فيما يتعلق بالصياغة التي جاء بها، فهو معيب شكلاً. ومما لاشك فيه فإن عنصر الشكل يتحقق عن طريق الصياغة القانونية، على أنه كلما كانت الصياغة موفقة وملائمة زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق.

وما يعاب على هذا النص أنه أقر بثبوت النسب بنكاح الشبهة وبكل زواج فاسد في آن واحد⁶⁴. والحقيقة أن المشرع الجزائري كان يتكلم عن الوطاء بشبهة بدلاً من النكاح بشبهة مادام أنه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد في النص ذاته. وأمام هذه الملاحظة، لا بد من إعادة صياغة المادة 40 من قانون الأسرة بحيث تصبح على النحو التالي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالزواج الفاسد وبالإقرار وبالبينة وبالوطء بشبهة". ولا داعي لإعادة تفصيل للنكاح الفاسد مادامت المواد 32، 33، 34 قد تولت تفصيل البعض منه.⁶⁵

يضاف إلى النقائص التشريعية، أن المشرع من خلال المادة 40 من قانون الأسرة حصر ترتيب النسب بالزواج الفاسد على الزيجات التي تم فسخها بعد الدخول وفقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، علماً أن الحصر في مثل هذه المسائل غير

إمراً من غير أن يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد، بل يقاربا غير منته إلى شيء أبداً، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين له العكس. أنظر، محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 232.

⁶⁴ - أنظر، تشوار جيلالي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، -2005، رقم 3 ص 06.

⁶⁵ - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 07.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

موفق، لأنه يتعارض أتم التعارض مع مصلحة الطفل، بل مع صياغة أحد حقوقه السامية وهو نسبه لأبيه .لذلك، وحتى تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص، كان عليه ، أن يكتفي بالتخصيص على ثبوت النسب بالزواج الفاسد بدون الإشارة إلى المواد المتعلقة به⁶⁶.

ومن المآخذ الموضوعية على نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري التنصيص على التساوي من حيث ثبوت النسب بين الزواج الصحيح والزواج الباطل، كنكاح المرأة المتزوجة والعكس أو المعتدة أو زواج المسلمة بغير المسلم الذي كان فيه المتعاقد عالما بالحرمة وبين الذي لم يكن فيه عالما بها. ومع العلم اعتبر جمهور الفقهاء الوطاء في الزواج الباطل ووجب الحد، ولا يثبت النسب إلا إذا كان الرجل غير عالما بالتحريم.

هذا ما يقال على الطريقة الكلاسيكية في إثبات النسب فما هي الطريقة الحديثة التي يمكن الاعتماد عليها في ثبوت النسب مع ظهور هذا التطور البيولوجي وما أثر ذلك على التشريع القانوني؟

الفرع الثاني:

الطرق العلمية لإثبات النسب

لمواجهة ضياع الأنساب واختلاطها، فضلا عن ضياع الشرف، ظهرت لنا ضرورة الأخذ بالفحص الحديث للدم وخاصة في حالات النزاع والمواقف التي يمكن ترجيح طرف على آخر، وإذ يظهر واضحا ضرورة الاعتماد على الفحص الحديث

⁶⁶ - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 07.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

للدّم لترجيح أحد الموقفين على الآخر. فإن الأمل يبقى معقودًا على القيمة العلمية لهذا الفحص، والتغلب على الصعوبات التي يمكن أن تعترض سبيل استخدامه كدليل في مجال النسب.

على إثر إكتشاف حمض معين في جسم الإنسان، أمكن إكتشاف جزء معين في تركيب هذا الحمض. ويتميز هذا الجزء بأنه يحمل الصفات الوراثية الخاصة بكل فرد والتي تبقى ملازمة له مدى حياته، ولقد سُميت هذه الصفات بالبصمة الوراثية⁶⁷. ومعرفة البصمة الوراثية⁶⁸ لشخص ما يتم عن طريق فحص الحمض النووي لأحد المواد السائلة في جسمه (كالدّم، المنّي، اللعاب)، أو لأحد أنسجة الدّم (اللحم أو الجلد) أو مواد أخرى (الشعر، العظام)⁶⁹. وهكذا أمكن الاستفادة من هذا الكشف العلمي في التوصل إلى ما إذا كان الأثر الآدمي الخاضع للفحص يخص شخصًا معينًا أم لا، وبمعنى آخر أمكن اعتبار هذا الفحص دليل نفي أو إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات.⁷⁰

⁶⁷ - أنظر، محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996، ص 279.

⁶⁸ - إن أول من أطلق اصطلاح البصمة الوراثية هو البروفسور الإنجليزي "إليك جيفري" في جامعة ليستر بالإنجلترا سنة 1985 عندما أجرى فحوصًا روتينية لجينات الإنسان، فاكتشف ذلك الحمض النووي الذي يطلق عليه (ADN) وهو المميز لكل شخص مثل بصمات الأصابع فأسماه بالبصمة الوراثية أو بصمة الحمض النووي ورمز (ADN) هو اختصار للمصطلح العلمي بالفرنسية (Acide.désyribo.nucleique). ولقد عد العلماء "البصمة الوراثية" ففزة علمية كبيرة، لما لها من أهمية في عالم الطب الشرعي، وعالم الحياة بشكل عام. أنظر، أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 22.

⁶⁹ - أنظر، محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 279.

⁷⁰ - أنظر، محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 279.

La toute nouvelle technique des empreintes génétiques est bien plus performante, car sa fiabilité est quasiment de l'ordre de 100%, son principe repose sur le fait des polymorphismes de l'ADN (support des caractères héréditaires) ont récemment été mis en évidence. Il s'agit de séquences d'ADN qui comprennent un nombre variable de petites séries répétitives. Ces séquences variables se transmettent selon les lois mendéliennes de l'hérédité. Des sondes moléculaires permettent de détecter

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

ولقد وجد هذا الكشف تطبيقاته السريعة والقوية في مجال علم الجريمة حيث تستخدم في قضايا السرقة، القتل، والاعتصاب، ويتم رفع الآثار الموجودة لإثبات أنها مخلفات آمية ثم تقارن بدم المتهم أو المجني عليه.

إن الاعتماد على هذا الدليل العلمي لحسم كثير من مشكلات النسب ملمح بارز للقضاء الفرنسي، ولقد أوصت اللجنة القومية للأخلاقيات في فرنسا بقصر استخدامه على بعض المعامل المتخصصة والمعتمدة رسمياً.⁷¹

يتم للمتبع لأحكام القضاء الفرنسي، بخصوص دعاوى النسب، مدى الترحاب الذي قوبلت به النتائج الحديثة لأنظمة فحص الدم باعتبارها وسيلة نفي أو اثبات، بطريقة لا تقبل الشك، أو بالأحرى، بطريقة تقترب من اليقين وهو ما يتأكد من خلال استعراض لعدد من المنازعات التي عرضت على القضاء وذلك على النحو التالي:

إن المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر في 1986/11/24 قضى بما يلي:
"حيث أن الطاعن أثبت خلال مراحل النزاع أن زوجته كانت في عصمة زوج آخر بموجب عقد مؤرخ في 1981/22/02، ولم تطلق منه وكان جاهلاً هذه الحالة، حيث إعتمادا على أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على أن المحصنة تحرم على الزوج الثاني وأن هذا الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب...".
وكما قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 1986/05/13 بأنه: "يعتبر زنا حالة الزوجة

ces variations produisant la réalisation des empreintes de restriction qui donne un profil ressemblant aux codes barres utilisés dans le commerce. Cette technique, qui n'est donc pas spécifique des actions en recherche de paternité (ou de maternité), peuvent être pratiquées sur n'importe quel échantillon humain, sang, sperme, cheveux, etc...

⁷¹ - محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 281.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

التي لم تنتظر الفصل في القضية المثورة بينها وبين زوجها والتي زوجت مع شخص آخر بالفاتحة".

فكيف يسوع إذن التوفيق بين تلك النصوص وهذه القرارات ونص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الذي يحيل القاضي إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية عند انتفاء النص التشريعي، ولذلك نعتقد من جهة أخرى أنه يراد بنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري أن يقال "يثبت النسب بالزواج الباطل والزواج الفاسد مهما كانت نية الزوج".⁷²

ومن العيوب الموضوعية الواردة على قانون الأسرة وبخصوص ثبوت النسب عدم تماشي أحكام نص المادة 40 مع نص المادة 41 من نفس القانون، ذلك أن هذه الأخرى تنص على "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" فالتعارض قائم بين النصين السابقين وإذ يقضي نص المادة 41 صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه إلا إذا كان الزواج شرعياً أي صحيحاً في حين تنص المادة 40 على ثبوت نسبه حتى ولو كان الزواج فاسداً أو جاء نتيجة لوطء بشبهة أي حتى إذا كان غير شرعي وبالتالي مفهوم المخالفة لنص المادة 41 أن الطفل لا ينسب لأبيه إلا إذا كان الزواج صحيحاً.⁷³

إذا كان ثبوت النسب للطفل نتيجة حتمية عن عقد الزواج وإمكانية اتصال الزوج بالزوجة، فما هو الحال لثبوت النسب في حال استخدام الطرق العلمية المستحدثة؟

المطلب الثاني:

التلقيح الاصطناعي

⁷² - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 10.

⁷³ - أنظر، تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 11.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

لقد توصل علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث إلى النجاح في عملية الإخصاب الصناعي كبديل للإخصاب الطبيعي وذلك في حالة إصابة أحد الزوجين بالعقم أو الضعف في الخصوبة يحول دون إتمام الحمل بالطريقة الطبيعية كما تعددت وسائل الإخصاب وازدادت دقة وتعقيدا ونجحت في تحقق آمال الكثير من الأزواج في الإنجاب، حيث زاد عدد الأطفال المولودين بهذه الطرق الحديثة بصفة مطردة في مختلف البقاع⁷⁴.

قد تحمل المرأة بغير جماع أي بلا وطء من قبل الرجل، ثم تضع حملها فما نسب هذا الذي وضعتة؟ وقد يحصل جمع ماء الرجل وماء المرأة فينشأ منهما ولد، فما نسب هذا الولد وأمثاله الذين وجدوا بهذه الطريقة المسماة "التلقيح الصناعي" ويسمونها بـ "أطفال وأولاد الأنابيب"، هذا ما أريد بيانه في هذا المطلب، وعلى هذا سأقسمه إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع

الفرع الثاني: الإطار الشرعي للإنجاب الصناعي

الفرع الثالث: رضا الزوجين على التلقيح الصناعي

الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع

الجماع، أي وطء الرجل زوجته وما يترتب على ذلك من قذف الرجل مأؤه في رحم زوجته واختلاطه بمائها، هو الوسيلة لتكوين الجنين وخلقه في بطن أمه بمشيئة الله وقدرته، ويبقى هذا الجنين في بطن أمه مدة الحمل التي قدرها الله تعالى ثم تضعه ولدا سويا ذكرا أو أنثى كما شاء الله تعالى وقدر وعلى هذا دل القرآن الكريم في آيات

⁷⁴ - أنظر، مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنجاب الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان،

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

بجزء منها قوله تعالى "فلينظر الإنسان مما خلق، خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب"⁷⁵ ومنها قوله تعالى "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه"⁷⁶.

هذا وقد يحصل حمل عن المرأة من غير جماع، وقد ذكر فقهاء الإسلام ذلك وبينوا ما يترتب عليه من أحكام، كما بينوا كيفية حصول الحمل من غير الطريق المألوف ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

جاء في "مغني المحتاج" في فقه الشافعية: "وإنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة بعد وطء...أو الفرقة بعد استدخال منية، أي مني الزوج، لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج، ولا بد أن يكون المنى محترماً حال الإنزال، وحال الإدخال، فقد حكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط ووجوب العدة بالإستدخال أن يوجد الإنزال أو الاستدخال معا في حال الزوجية"⁷⁷.

وجاء في "الدر المختار" في فقه الحنفية: "أدخلت منية في فرجها، هل تعتد؟ نعم لإحتياجها لتعرف براءة الرحم، قال ابن عابدين تعليقا: أي أدخلت مني زوجها في فرجها من غير خلوة ولا دخول، وعن "البحر": إذا عالج الرجل زوجته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الزوجة ماءه واستدخلته فرجها فحملت وولدت فالولد ينسب إليه"⁷⁸.

⁷⁵ - سورى الطارق، الآية 09، وجاء في تفسير هذه الآية "من ماء دافق" أي مصبوب في رحم المرأة والمقصود بالماء: المنى ويراد به مائتين: ماء الرجل وماء المرأة، لأن الإنسان مخلوق منهما ولكن جعلهما ماء واحدا لا متزاجهما، وهذا الماء يخرج من بين الصلب أي الظهر والترائب أي الصدر، والصلب هنا صلب الرجل، والترائب صدر المرأة. أنظر الصابوني، صفوة التفاسير، ج 03، ط 04، دار القرآن الكريم، بيروت، سنة 1981، ص 546.

⁷⁶ - سورة الإنسان، الآية 02. "أمشاج" أي أخلاط وهو ماء الرجل وماء المرأة إذا اجتماعا واختلطا. أنظر الصابوني، المرجع السابق، ص 491.

⁷⁷ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نقلا عن مغني المحتاج، ج

19، ص 120.

⁷⁸ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، نقلا عن "الدر المختار ورد المختار" ج 03، ص 528.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

وجاء في "كشاف القناع": "وقال في "المبدع" فيما يلحق من النسب: إذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه"⁷⁹.

أما عن حكم إدخال المرأة ماء يخر زوجها في فرجها، فهذا الإدخال حرام، لأنه مني أجنبي عنها، جاء في "كشاف القناع": "فإن كان الماء حراما أي الماء الذي تحمته كماء الأجنبي فلا نسب".

وفي فقه الشافعية: "شرط وجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معا في حال الزوجية... ثم أبانها واستدخلته، ثم لم تجب العدة ولو يلحقه الولد"⁸⁰. أي أنه لو طلق زوجته بائنا ثم أدخلت هذه المطلقة بائنا زوجها الذي طلقها، التلقيح الإصطناعي هو إلتقاط بويضة المرأة وإلقاها مع مني الرجل خارج الرحم ثم غرسها داخل الرحم. وهناك طريقة أخرى تقضي بتخزين البويضة في سائل الآزت لإخصابها لاحقا.

وهذه وسائل تسمح للنساء اللاتي عجزت ميكانكيا عن الإخصاب بالإنجاب، فالمسألة تتعلق بحالة مرضية للمرأة وليس للرجل، وتتم العملية عبر عدة مراحل، المرحلة الأولى هي مرحلة التقاط البويضة بشرط أن تكون هذه الأخيرة قابلة للإستعمال، ومما هو معروف أن كل امرأة تحمل عددا معيناً من البويضات، تستعملها طيلة حياتها، وفي كل شهر تتبلور بويضة واحدة، بيد أنه قد تستعمل الهرمونات من أجل تسهيل صنع البويضات ومعرفة الوقت المحدد الذي ينبغي التقاط فيه البويضة، ذلك بعد تحذير المرأة كليا، ثم ينسق ثاني أكسيد الكربون داخل الرحم حتى تنفصل البويضة عن الأمعاء ثم يدخل أنبوب خاص لإستخراج البويضة.

⁷⁹ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، نقلا عن كشاف القناع، ج 03، ص 257.

⁸⁰ - أنظر، المرجع السابق، ج 03، ص 384.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة الإخصاب داخل الأنبوب بعد تحضير المني، ثم تجري عملية التلقيح الإصطناعي بعد فرز الحيوانات الذكرية وبواسطة آلة تسمى "Cathèter" تقذف الحيوانات داخل عنق الرحم، فإذا لم تحض المرأة بعد 12 يوماً فإن ذلك علامة من علامات نجاح العملية.

أما التلقيح خارج الرحم Extracorporelle أو FIV فإنه يتم بواسطة تقليد نفس العمليات التي تجري داخل الرحم، غير أن المرحلة الثالثة وهي الأعدق فتتم بإحياء البويضة المعلقة لبضعة أيام داخل الأنبوب، ومعروف أنه في الإنجاب الطبيعي تنتظر البويضة المني خارج الرحم في عنق "فالوب" لتعود ملقحة إلى الداخل في مسلك طبيعي ينتهي داخل الرحم، وحتى ترتب الأمور اصطناعياً بشكل قريب إلى الوضع الطبيعي، ينجز الأطباء محيطاً يشبه رحم المرأة، وتأتي أجزاء المرحلة الرابعة التي تتنامى فيها البويضة طيلة تسعة أشهر بعد أن تظهر أولى إشارات الحمل.

ثم حملت من هذا الماء، فالولد الذي تضعه لا يلحق به، أي لا يثبت نسبه لأن الولد تكون من ماء أجنبي عن المرأة.

أما عن نسب المولود بالتلقيح الصناعي، فجاء فيه، قرر مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث في عمان من 08-12 صفر سنة 1407 الموافق لـ 1986: "رأى المجلس المجمع أنه لا حرج من اللجوء إلى التلقيح الصناعي عند الحاجة في حالتين هما:

أن تؤخذ نطفة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها لتلقح تلقيحاً داخلياً.

أن تؤخذ نطفة من الزوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً، ثم تزرع اللقحة في رحم الزوجة.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الإحتياطات اللازمة والله أعلم".

أما المولود بالطرق الأخرى للتلقيح الصناعي، فلا يثبت بها نسبه، لأنه تكون من ماء أجنبي ولم يتكون بماء الزوج وماء زوجته، فلا يلحق نسبه به، فيكون حكمه من جهة النسب حكم ولد الزنا⁸¹.

الفرع الثاني:

الإطار الشرعي للإنجاب الصناعي

لقد اعتنى فقهاء الشريعة الإسلامية بدراسة المسائل الفقهية التي ظهرت نتيجة استعمال وسائل الإنجاب الصناعي الحديثة باعتبارها تحسن إحدى الضروريات الخمس التي دلت القواعد الشرعية على حمايتها وهي النسل⁸².

ويدخل الإنجاب الصناعي بتقنياته الحديثة ضمن القضايا الحديثة التي لم يتعرض لها الفقه الإسلامي قديماً، من ثم يصعب العثور على الأحكام الفقهية لهذه المسائل في كتب المذاهب الإسلامية المختلفة، باستثناء بعض الجزئيات التي يمكن الاستعانة بها لاستنباط الأحكام الشرعية بشأن المسائل الحديثة ومثالها ما عالجها الفقه الإسلامي قديماً ضمن ما عرف بـ "الاستدخال" أي عملية إدخال الزوجة نطف زوجها في رحمها بيدها أو بغيره دون الطريق الطبيعي⁸³.

غير أن احتياج الناس للتقنيات الحديثة في الإنجاب، واستفتاء الأفراد للعلماء أُلزم الجهات الإسلامية بضرورة دراسة هذه التقنيات والبحث عن حكمها الشرعي.

⁸¹ - أنظر، عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 09، ص 392.

⁸² - أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 72.

⁸³ - أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 78.

الفصل الثاني: آثار عقد الزواج

ومن أولى هذه الجهات الرسمية التي تناولت الموضوع دار الإفتاء المصرية بتاريخ 23 مارس 1980 من خلال إصدارها للفتوى 63، حيث تناولت المشكلة برمتها في إطار أحكام الشريعة الإسلامية موضحة شروط الاستفادة من الوسائل الحديثة في الإنجاب في مختلف البقاع الإسلامية.

وعقدت كذلك في نفس الفترة بالكويت سلسلة ندوات تحت إشراف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت عنوان "الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة" وكانت وسائل الإنجاب الصناعي الحديثة من بين أهم المواضيع التي تداولتها الندوات المتتالية. كما اهتم مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة العالم الإسلامي، وكذا المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بالمملكة العربية السعودية بهذه المواضيع وصدرت عنهما قرارات متعددة، يضاف إلى ذلك سلسلة مؤتمرات الأزهر الشريف السنوية عن المسائل الطبية والأحكام الشرعية الخاصة بها وكذا الآراء الفقهية الفردية لعلماء الأمة بهذا الشأن⁸⁴.

الفرع الثالث:

رضا الزوجين على التلقيح الصناعي

يلجأ إلى التلقيح الصناعي للتغلب على مشكلة عويصة تؤرق الزوجين وخاصة عندما يستعصي عليهما التداوي بالطرق العادية للعلاج، وبعد مرور مدة زمنية معتبرة للزواج.

لكن لا بد من توافر ركن أساسي لمباشرة التلقيح وهو رضا الزوجين، أقرت كل التشريعات على ضرورة موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، لأن

⁸⁴ - أنظر، مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 79.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي ينبغي أن يحظى بأحكام قانونية واضحة غير مبهمه. وأمام هذه الأهمية البالغة التي يكتسبها رضا الزوجين، فإنه يشترط إخراعه في شكل معين لتتفطن الأطراف المعنية بخطورة عملية التلقيح، وللإطلاع على محتواها وإدراك نتائجها⁸⁵.

ولما كان التلقيح الإصطناعي يتركز على الرضا فلكي يكون هذا الأخير نافذا لا بد أن يصدر من شخص ذي أهلية وهي التي حددها المشرع في المادة 7 الفقرة 1 المعدلة من قانون الأسرة ببلوغ الزوجين 19 سنة وقت إبرام عقد الزواج، بيد أن المشرع للأشخاص إبرام عقد الزواج دون بلوغ هذا السن شريطة الحصول على الإذن القضائي بالزواج.

والجدير بالملاحظة أن المشرع نص في الفقرة الثانية من المادة السابعة المعدلة من قانون الأسرة على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات أي بالفرنسية " La capacité d'ester en justice" علما أن حصول الزوج القاصر على هذه الأهلية غير كافي لإبداء موافقته على التلقيح الإصطناعي، إذ أن السكوت التشريعي حول هذه النقطة لا يمكن أن يدعو إلى التأويل والاجتهاد⁸⁶.

ومن زاوية أخرى يجب أن يكون رضا الزوج على قدم المساواة مع رضا الزوجة، من حيث صحته والتراجع عنه في حالة ما إذا لم يشرع في عملية التلقيح، غير أن المشكل يثار بعد الشروع في تلك العملية، بحيث يؤدي ذلك إلى الإجهاض الذي هو محرم شرعا وقانونا وذلك ما نصت عليه المادة 304 من قانون العقوبات.

⁸⁵ - أنظر تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الإصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006،

04، ص 56.

⁸⁶ - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 57.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج

وكذلك أن رضا الزوجين لا يكون صحيحا إلا إذا انصب اتفاقهما على أن يتم التلقيح بمائهما، ومن ثم فالتلقيح بماء غير الزوجين غير مشروع أيا كانت صورته، وهذا ما توصلت إليه الفتاوى المعاصرة، حيث قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة بمكة المكرمة سنة 1404هـ بأن "الأسلوب الخامس أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجة له، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

وحكم هذه الحالة من أساليب التلقيح الصناعي في الطريقتين الداخلي والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرم في الشرع لا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكرية والأنثوية ليستا من زوجين....." ⁸⁷.

ولهذا اشترط المشرع في الفقرة الخامسة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على "أن يتم التلقيح الإصطناعي بمبي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها".

وكذلك لا يعتد برضا الزوج إلا إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح، أما إذا وافق على التلقيح ثم توفي مباشرة وقبل البدء فإنه يمنع التلقيح في هذه الحالة، لأن المادة كانت صريحة في ذلك حيث نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بقولها: "أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما" وذلك لأن المادة 41 من ذات القانون تشترط من أجل انتساب الولد لأبيه على إمكانية الإتصال بين الزوجين، بحيث إذا وقع التلقيح الإصطناعي بعد وفاة الزوج فلا صلة ولا تلاقي بينهما كون أن العلاقة الزوجية قد انتهت مثلما هو عليه في حالة الطلاق" ⁸⁸.

⁸⁷ - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 59.

⁸⁸ - أنظر، تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 63.

صدر قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضين معرفة الأحكام الخاصة بالنزاع ، وأصبح كل فرد في الأسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات ، ووفر على المشتغلين في الحقل القانوني من الخوض في أمهات الكتب الفقهية المتناثرة والتي لا حصر لها .
وهذه كلها ميزات تحسب للمشرع الجزائري. ولكن بعد صدور قانون الأسرة توالى ردود الفعل وتوالى الانتقادات عليه.

كما أظهرت الجوانب التطبيقية النقائص والثغرات القانونية إلى جانب سوء صياغة المواد القانونية . ومن ثم استجاب المشرع لضرورة التعديل من خلال الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق 27-02-2005 م، لكن من خلال دراسة التعديل وخاصة ما تعلق بموضوع البحث هذا المنصب حول الزواج وآثاره ظهر أن المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج يقوم على ركن واحد وهو الرضا مع إغفاله لموضوع مهم جدا هو مسألة عيوب الرضا وما يترتب عليها من آثار .

أما فيما يتعلق بالسن القانونية للزواج 19 سنة فهو منطقي تماشيا مع التقنين المدني ، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية لأن النص لم يحدد السن الأدنى .

وثارت الضجة من خلال مسألة الولاية في الزواج، فالمشرع الجزائري تناقض في كثير من الأحكام الخاصة بها ، فلا هو ألغى الولي ولا هو اعتبره مشاركا للزوجة في العقد وبالتالي احدث شرخا واسعا داخل الأسرة .

والمسألة الثانية التي كثر حولها الجدل هي مسألة تعدد الزوجات ، ووقع المشرع كذلك في جملة من التناقضات ، فقيد التعدد من جهة و ترك المجال مفتوحا من خلال الزواج بفاحة ثم الدخول بالزوجة من جهة أخرى .

ويلاحظ أن القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها اثبات نية العدل في حالة التعدد ، واعتقد أنه من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج

بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى . وعليه أن ما جاء به التعديل الجديد يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية على التعدد خصوصا مسألة حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين وهي مسألة نادرة جدا، بل إن هذه الموافقة تعد مستحيلة في كثير من الأحيان . وهذا الأسلوب يؤدي في النهاية إلى انتشار واسع في الزواج العرفي . ولقد أغفل المشرع في التعديل حق الزوج في الطاعة وألغى القوامية على الزوجة وبالتالي استجاب إلى طلبات المساواة بين الجنسين .

وفي الأخير فالتعديل الجديد سيدخل الأسرة الجزائرية في متاهات ونزاعات لا حصر لها ، كما تجدر الإشارة إلى ضرورة تعديل آخر من جديد ولكن بإشراك المختصين في القانون والدين وعلماء النفس والاجتماع والأطباء ، مع التركيز على المسائل التي يكثر حولها النزاع والخلاف.

-القرآن الكريم

1. أحمد حافظ نجم، حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، دارالفكرالعربي، 1964.
2. أبو بكر الرازي، التفسير الكبير ج10، ط3، دار التراث العربي، بيروت، دت .
3. ابن تيمية مجموع الفتاوى ج29، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب .
4. أشرف عبد الرزاق، موقع البصمة الوراثية من وسائل النسب الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
5. أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، ج2، دار الإحياء التراث العربي، بيروت، دت.
6. بكر إسماعيل، الفقه الواضح، ط2، دار المنار المصرية، 1998
7. أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 2005.
8. ابن حجر العسقلاني في فتح الباري شرح البخاري، ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت .
9. الدسوقي، الشرح الكبير، ج02، دار المعارف المصرية، ط2،
10. الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج05، دار الكتب العلمية، لبنان.
11. كريم زينب، الزواج العربي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماجستير، 2003.
12. محمد محبوب، الأسرة وأحكامها في الشريعة الإسلامية، سنة 1983.
13. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
14. محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ج4، دار المعرفة بيروت، -لبنان، الطبعة الثانية، دون سنة الطبع.
15. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.

16. محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج 1، دار القرآن الكريم، 1987
17. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الاخبار دار الفكر بيروت لبنان، 2005 .
18. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج 06، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1980 .
19. محمد حسن قاسم، الالتزامات، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
20. محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبع سعد سمك، بدون سنة الطبع.
21. محمد سلام مذكور، أحكام الأسرة في الإسلام، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958.
22. مولود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2006 .
23. صادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 2، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2001 .
24. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، 2007.
25. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق. المجتمع العربي الإسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، 1953.
26. علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 5
27. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة- 2006 .
28. السخاوي، المقاصد الحسنة، ج 8، دار الفكر العربي، بيروت، 1982 .
29. سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي، ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 1998.

30. تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة أقيمت على طلبة السنة الرابعة ليسانس، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، غير مطبوعة، 2000-2001.
31. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، الطبعة العاشرة، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 1988.
32. فخري أبو صافية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، ط 1، مطابع المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1982.
33. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2001.
34. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية.
35. سنن الترمذي، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ، ص 435.
36. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
37. محمد علي الصابوني، مختصر تفسير ابن كثير، ج 1، دار القرآن الكريم، 1987.
38. الإمام مسلم، صحيح مسلم شرح النووي، ج 10، دار ابن الهيثم القاهرة، سنة 2003.
39. - أنظر عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج 7، ط 3، مؤسّسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2000.
40. الإمام القرطبي الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ج 5، بيروت، 1965.
41. ابن قدامة المغني، ج 8 دار الفكر للطباعة بيروت، لبنان 1984.
42. الكاساني، بدائع الصنائع ج 2، دار الفكر بيروت، بيروت لبنان ط 1.

43. مسعودي رشيد النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري ، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق تلمسان .
44. ابن حجر ، الفتح الباري، ج5 ، دار الريان للتراث، القاهرة ، ط1، 1987.
45. المبارك فوري، عون المعبود شرح سنن أبي داود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، ج9 .
46. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، 1980.
47. السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ط3، 1977 .

المجلات والدورية:

1. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006 ، ص 49./قرار صادر في 7-12-1966 أنظر المجلة الجزائرية ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، ج1 .
2. محمد أبو زيد، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996.
3. مامون عبد الكريم، الإطار الشرعي والقانوني للإنتاج الصناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006-4.
4. عبد الرحمان بن الحسن، الاكتشافات الطبية وأثرها على عقد الزواج، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، التاريخ 2005/11/15، الإصدار 13.
5. محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، مارس 1996.
6. تشوار جيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006، 04.

قائمة المصادر والمراجع

الفهرس

01	مقدمة
08	المطلب الأول: الإطار القانوني للمستحدثات لعقد الزواج
10	المبحث الأول: إعادة بناء العقد
10	المطلب الأول: الركن والشروط للوجودية
11	الفرع الأول: ركن الزواج
15	الفرع الثاني: الأثار
20	المطلب الثاني: الشروط
20	الفرع الأول: شرط الولد
27	الفرع الثاني: تقديم المهرضات والولائي
30	المبحث الثاني: الأثار المترتبة عن خالف الركن والشروط
31	المطلب الأول: الطلاق
31	الفرع الأول: آثار الطلاق
31	الفرع الثاني: آثار الطلاق
34	المطلب الثاني: النسخ
34	الفرع الأول: آثار الإكراه
42	الفرع الثاني: جراه مخالفة السن
46	المبحث الثالث: موقف المشرع العراقي من أهداف الزواج
47	المطلب الأول: الزواج العربي
48	الفرع الأول: طبيعة القابلية للتأخر
52	الفرع الثاني: أثر الزواج العربي
54	المطلب الثاني: أهداف عقد الزوجات
55	الفرع الأول: موقف الشرع الإسلامي من عقد الزوجات

01	مقدمة:
08	الفصل الأول: الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج
10	المبحث الأول: إعادة بناء العقد
10	المطلب الأول: الركن والشروط الموضوعية
11	الفرع الأول: ركن رضا في الزواج
15	الفرع الثاني: الأهلية
20	المطلب الثاني: الشروط الشكلية
20	الفرع الأول: شرط الولي
27	الفرع الثاني: تقديم الفحوصات والوثائق الطبية
30	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف الركن والشروط
31	المطلب الأول: البطلان
31	الفرع الأول: آثار الغلط
31	الفرع الثاني: آثار التدليس
31	المطلب الثاني: الفسخ
34	الفرع الأول: آثار الإكراه
42	الفرع الثاني: جزاء مخالفة السن
46	المبحث الثالث: موقف المشرع الجزائري من أصناف الزواج
47	المطلب الأول: الزواج العرفي
48	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للفتحة
52	الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي
54	المطلب الثاني: نظام تعدد الزوجات
55	الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من تعدد الزوجات

59	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعدد في التعديل الجديد.
63	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على مخالفة إجراءات التعدد .
67	الفصل الثاني: آثار عقد الزواج
67	المبحث الأول: حقوق الزوجين ووجباتهما
68	المطلب الأول: الحقوق والوجبات المعنوية
68	الفرع الأول: المعاشرة بالمعروف
71	الفرع الثاني: قوامية الزوج على زوجته
72	الفرع الثالث: حق التأديب
75	المطلب الثاني: الحقوق والوجبات المادية
76	الفرع الأول: الذمة المالية المستقلة
82	الفرع الثاني: العدل بين الزوجات في حالة التعدد
85	المبحث الثاني: ثبوت النسب
86	المطلب الأول: النظام الشرعي والقانوني لثبوت النسب بالفراش
87	الفرع الأول: نسب الطفل الشرعي على ضوء المستجدات التشريعية
89	الفرع الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب
92	المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي
93	الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع
96	الفرع الثاني: الإطار الشرعي للإنجاب الاصطناعي
98	الفرع الثالث: رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي .
102	خاتمة:
105	قائمة المصادر والمراجع:
	الفهرس: