

جامعة أبو بكر بلقايد . تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

- تلمسان -

إشكالات انعقاد وانحلال الزواج

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق

تحت إشراف:

إعداد الطالب:

أ.د. / تشوار حميدو زكية

بوجاني عبد الحكيم

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	تشوار جيلالي
مقررة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	تشوار حميدو زكية
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر قسم "أ"	دايم بلقاسم
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر قسم "ب"	نعوم مراد

السنة الجامعية: 2013 - 2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا) (١)

سورة النساء، الآية 01.

كلمة شكر وعرافان

قال الله تعالى: "وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ"¹، و سيرا على هدي النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث عن ابن عمر، أنه قال: "ومن صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئوه، فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه"².

فاعترفا لأهل الفضل بفضلهم، أتقدم بأسمى معاني التقدير وجزيل الشكر إلى أستاذتي الكريمة الدكتورة تشوار حميدو زكية، على تفضلها بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما أولتني به من علم واسع، ونصح صادق، وإرشاد متواصل، وصبر كبير، فكان منها الإرشاد والتوجيه والتصويب، فلم تبخل علي بجهد ولا وقت، أسأل الله عز وجل أن يجعل جهدها في ميزان حسناتها وأن ينفعها بعلمها وبذريتها، ويطيل عمرها ويحسن عملها.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير للأستاذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه الرسالة، حفظهم الله تعالى، وسدد إلى الخير خطاهم ونفعنا بعلمهم.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لكل من ساعدني على إتمام هذا البحث المتواضع.

¹ - سورة لقمان، الآية 12.

² - أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الزكاة، باب عطية من سأل بالله، ح 1762، ج 5-1556.

إهداء

إلى من بلّغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار، إلى من

كانت كلماته وستبقى نجومها أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد، إلى من

دفعني إلى العلم وكان روضة للحب تنبت أزكى الأزهار

والدي العزيز أطل الله في عمره.

إلى ملاكي في الحياة، إلى معنى التفاني والحب والحنان، إلى من كان دعاؤها سر النجاح

أمي الحبيبة أطل الله في عمرها.

إلى رمز الحنان وأم كل الناس

جدتي "حنينة" الغالية بارك الله في عمرها.

إلى من هم أقرب إلي من روحي وبهم أستمد عزتي وإصراري وفرحي إخوتي وأخواتي.

إلى براعم العائلة أبناء أختي حفظهما الله وأنبتَهُم على الصلاح والفلاح والنجاح

ياسين وجبريل.

إلى كل من أنسني في دراستي تذكارا وتقديرا

الأهل والأصدقاء والزملاء والإخوة في الله.

الباحث: عبد الحكيم بوجاني.

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ج: الجزء.

د.س.ن: دون سنة النشر.

د.ع: دون عدد.

د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.أ.ش.م: غرفة الأحوال الشخصية والمواريث.

ف: الفقرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

م: المادة.

م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية.

م.ع: المحكمة العليا.

م.ق: المجلة القضائية.

باللغة الفرنسية:

O.P.U : Office des publications universitaires.

P : Page.

R.T.D : Revue Trimestrielle de Droit.

مقدمة

لقد بأت الشرائع السماوية والوضعية الزواج مكانة بالغة الأهمية، جاعلة منه النظام الوحيد للمعاشرة الجنسية، لكونه نقطة الانطلاق لبناء الأسرة وفضاء السكون والاطمئنان وتربية النشء، وأساس مناعة المجتمع وتماسكه¹.

والزواج في ديننا الحنيف، هو أوثق عقد يربط الذكر والأنثى، وهو الرباط الشرعي الوحيد الذي يجوز من خلاله للجنسين أن يلتقيا و يتوحدا ، و هو المسار الفذ الفريد الذي يلتقي فيه الطهر و العفاف والإحصان في إطار من التكامل والانسجام والمودة والرحمة ، وهو عبادة وقرى لله سبحانه وتعالى بكل ما في الكلمة من معنى، أساسه توحد رجل و امرأة في أسرة نقية زكية، لباسها التقوى و طموحها الأسمى تحقيق الامتداد للحياة والفضيلة معا، وللإيمان والعمران على السواء، و تخريج أجيال تحقق رسالة الوجود، ويتعاون في ظلها الأبوان على تربية ذرية سليمة القلب، عزيزة النفس، حسنة الخلق، موفورة الكرامة، عابدة لربها وملتزمة بشرعه².

ولهذا اعتنى الإسلام أيما عناية بمؤسسة الأسرة، بحيث انه لا وجود لأمر اجتماعي حظي في القرآن الكريم كما حظيت به الأسرة من تنزيل لنصوص قرآنية تولت أدق التفاصيل، وبالخصوص تلك المتعلقة بإقامة العلاقة الزوجية والطلاق والمواريث³.

¹ - أنظر، حسان عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، المغرب، د.س، العدد 150، ص.95؛ عبد العزيز وحشي، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، ص.01، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gove.ma

² - عبد العزيز وحشي، نفس المرجع، ص.01.

³ - أنظر، بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة أمامها، مجلة الثقافة الإسلامية، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى، 1425هـ-2004م، العدد التحريبي، ص.143.

فالله جل شأنه تكفل منذ بدء الخليفة بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة⁴، عن طريق الزواج بصريح القرآن: " وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا"⁵، " وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا"⁶.

وللأهمية البالغة التي عني بها الزواج في الإسلام ، اعتبره البارئ سبحانه وتعالى آية من آياته، إذ قال جل شأنه: " وَ مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"⁷.

وهكذا جعل الإسلام هذه العلاقة من أكرم العلاقات الإنسانية وأسمائها، فقد ذكر الزواج في القرآن الكريم تحت اسم الميثاق الغليظ لما يحظى به من تقدير خاص لبقية التكاليف الاجتماعية⁸ و إذا كان الميثاق يتطلب جملة من جملة ما يتطلب العزم على المحافظة عليه والتصميم على تنفيذه نصا ومضمونا، كان وصفه بكونه غليظا يشعر بأن ما يمكن أن يعترضه من ملابسات لا تبرر تعريضه للتهاون به، أو التخلي عن ثقل التزامه، وذلك لأهمية و خطر دور الأسرة في المجتمع.

⁴ - أنظر، نذير حمادو، الأسباب التي تؤدي إلى إساءة استعمال حق الطلاق، مجلة رسالة المسجد، مجلة محكمة تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، السنة الخامسة، شوال 1428هـ- أكتوبر 2007 م، العدد 04، ص.07.

⁵ - سورة النساء، الآية الأولى.

⁶ - سورة الأعراف، الآية 198.

⁷ - سورة الروم، الآية 20.

⁸ - و لا يوجد في الإسلام عقد سمي ميثاقا، ثم وصفته النصوص بأنه غليظ سوى ميثاق الزواج، وكان كافيا أن يصف القرآن عقد الزواج بأنه ميثاق و عهد، حيث قال تعالى: " وَ إِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِنَّمَا مُبِينًا، وَ كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا"، سورة النساء، الآية 20-21.

هذه الأهمية التي تتجلى لنا اليوم على أرض الواقع بفعل التغيرات التي طرأت على مجتمعنا وهي تغيرات ناتجة عن تأثيرات المد الغربي ونسائم العولمة⁹.

وللأهمية ذاتها، حظي الزواج بالدراسة المفصلة والتحليل الكافي من قبل فقهاءنا قديما وحديثا، وذلك ببيان حكمه وتفصيل القول عن أركانه وشروطه وغير ذلك.

كما حظيت الأسرة ولازالت تحظى بالحماية من طرف الدولة الجزائرية، وذلك بموجب النصوص الدستورية التي تعاقبت على قمة الهرم التشريعي في الجزائر⁹، وآخرها دستور 1996 الذي نص في المادة 58 منه على ما يلي: " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

و هذه القاعدة القانونية هي نتاج حقائق تاريخية ثابتة لعبت فيها الأسرة دورها المثالي في تجسيد هذه المبادئ وتأصيلها في كافة مجالات الحياة¹¹.

إلا أن المجتمع الجزائري قد عرف في السنوات الأخيرة تحولات اقتصادية و ثقافية هامة شملت مختلف الميادين و المجالات، و قد مست هذه التغيرات الكيان الأسري من حيث بنيته وأدائه لوظائفه¹².

الأمر الذي أدى إلى تغيير أحكام العلاقة الزوجية، كلما حدث تغيير في مفهوم هذه العلاقة و من ثم الأسرة في إطار التغيير الإيديولوجي، كذلك كلما تأثرت الأعراف و التقاليد بتأثير سائر العوامل ، تطورا يتصل بالعلاقات القائمة بين الزوج والزوجة، كالحاجة الملحة إلى

⁹ - أنظر، بومزال وهيبية، التفكك الأسري خطر يهدد المجتمع، مجلة العصر الفكرية والثقافية والإسلامية، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المؤسسة الوطنية للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 5 شعبان 1423هـ الموافق ل أكتوبر ونوفمبر 2002، العدد 05، ص.46.

¹⁰ - و لقد نص على هذه الحماية الدستورية في المادة 65 من دستور 1976، والمادة 55 من دستور 1989.

¹¹ - أنظر، حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجيلالي اليابس، معهد العلوم القانونية والإدارية، سيدي بلعباس، سنة 1997-1998، ص.01.

¹² - أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2011، رقم 12، ص.57.

إبرام عقد الزواج دون القصد من ورائه تحقيق أهدافه، أو الاشتراط فيه لحماية حق من حقوق طرفيه، أو انحلاله بالتالي هي أحسن¹³.

وإذا كانت الدول المسلمة تجهد في صيانة تشريعاتها وأخلاقها المتعلقة بالأسرة، فإنها متأثرة مع هذا بواقع التحول العالمي الذي نلمسه على سبيل المثال في إعطاء المرأة فرصة الرقي الثقافي، واكتساب الحق في العمل بالمساواة مع الرجل.

و قد فُرضت على المجتمع ابتكارات قانونية تسعى إلى التوفيق، قدر المستطاع، بين توجهات الشريعة، وبين العلاج القانوني والعملي لمثل هذه الأوضاع الجديدة¹⁴.

إلا أن موضوع الأسرة ليس مجرد موضوع اجتماعي عادي، فهو يمس مؤسسة الإنسان الأول التي تسمو به عما سواه، وإذا كان تنظيم الأسرة يتم بقانون خاص نسميه قانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية، فإنه من الخطأ الاعتقاد بأن هذا القانون هو الذي يقوم بالدور الأساسي في استقرار الأسرة أو تعثرها، وإنما هناك عوامل أكثر تأثيراً¹⁵.

وفي كثير من الأحيان تثير المسائل المرتبطة بقانون الأسرة حساسية كبيرة، وهذا ليس في الجزائر فقط، وإنما في كل البلدان العربية أو المسلمة، نظراً لما يتميز به هذا القانون من خصوصية متعلقة بهوية الفرد والأسرة.

¹³ - أنظر، تشوار جيلالي، حوار حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2007، العدد 02، ص.209.

¹⁴ - أنظر، عبد المجيد مزيان، فقه الاجتهاد وقوانين المراجعة المستمرة في نظام الأسرة وحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، السنة 03، شوال 1420هـ-جانفي 2000م، ص.28-29.

¹⁵ - أنظر، مصطفى عوفي، الأسرة بين التنظير والواقع، مجلة الحقيقة، مجلة علمية فكرية محكمة، جامعة أدرار، المطبعة العربية لغرداية، ربيع الثاني 1426هـ- ماي 2005م، العدد 06، ص.219.

ولقد تجسدت تلك الحساسية اتجاه هذا القانون في الجزائر عند صدوره، حيث تأخر ذلك بفترة طويلة إلى غاية 1984¹⁶، فأثير حوله آنذاك ضجحات و نقاشات كثيرة، وبقي الحال على ذلك إلى غاية 2005 أين أجري عليه أول تعديل مس بعض مواد¹⁷.

غير أن الطريقة التي تم بها التعديل لم تكن في مستوى التطلعات، نعتي بذلك صدور هذا التعديل بأمر رئاسي دون أن يعطي فرصة لممثلي الشعب لمناقشته أو إبداء رأيهم فيه¹⁸.

و عليه، فإن قانون الأسرة كما قلنا خضع لمناقشات واسعة ساهم فيها العام والخاص، و هذا راجع أيضا إلى أن القانون كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص والتي تعد في نظر القانون إشكالات قانونية.

و هذه الإشكالات القانونية منها ما هو شكلي يتعلق بالإجراءات، ومنها ما هو موضوعي يتعلق بمنازعات الأسرة.¹⁹

وإن تطرقنا لهذه الإشكالات واردة من منطلق واقع الإشكال، من جهة، ومنطلق الاعتقاد أن

¹⁶- و هو القانون رقم 84 / 11 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة.

¹⁷- و هو التعديل الذي جرى بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005.

¹⁸- أنظر، حميل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، مجلة علمية فكرية محكمة، جامعة أدرار، المطبعة العربية لغرداية، ربيع الثاني 1426 هـ-ماي 2005م، العدد 06، ص.232.

¹⁹- أنظر، ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية، مركز الدراسات والبحوث القانونية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004، العدد 04، ص.77-78.

الكثير من النقد الموجه لأحكام قانون الأسرة يتعلق أصلا بالقواعد الإجرائية، إلا أنه ينصب على قواعد الموضوع، إما لقلة الإمام بروح بعض هذه القواعد أو لجهل التفرقة بين القواعد الإجرائية و قواعد الموضوع من جهة أخرى، فيخطئ الناقد في هذه الحالة في تحديد منبع الخلل والإشكال²⁰.

فإذا كانت مبادئ بناء الأسرة و حمايتها باعتبارها الخلية الأولى للمجتمع جاءت بها الشريعة الإسلامية منذ قرون خلت، فإنها قد تبقى محنطة في المتاحف في غياب دراسة فكرية علمية تترجم واقعيا في منظومات تشريعية شاملة ومنسجمة ومتكاملة²¹.

و يجب التقرير و الإقرار بحقيقة أن مواضيع و أبواب قانون الأسرة هي من المجالات المحجوزة للسلطة التشريعية في بلادنا بقوة الدستور، و ذلك منذ الاستقلال، فلذلك تملك السلطة التشريعية أن تشرع في أبوابه إثراء و تعديلا و إلغاء وفقا لدواعي المصلحة العامة²².

و مع ذلك، كما قلنا، فإنه عمل بشر يحتاج دوما إلى مراجعة و نقد، و قانون الأسرة أصبح يثير اهتمامات كبيرة لدى الفقهاء والباحثين والمختصين بتطبيقه.

و من هنا تظهر أهمية هذا البحث، ذلك أن قضية الأسرة أصبحت اليوم تصدر معظم الاهتمامات الفكرية بالجزائر، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية.

²⁰- أنظر، الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه، مجلة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.س.ن، العدد 05، ص.94.

²¹- أنظر، الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه، المرجع السابق، ص.94.

²²- أنظر، معروف عرابي محمد، قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، العدد 10، ص.127.

الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل معه خطرا على المجتمع، وأن الخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير فعلي، و ذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

كما تظهر أهمية الموضوع في تجدد الأسرة في فروعها والتي تتصل بنظام المجتمع المتطور الذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة استنادا إلى ما يمليه الاجتهاد القضائي.

و على هذا فإن إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح السؤال الآتي:

هل وُفق المشرع في تعديلاته لبعض مواد قانون الأسرة و المدرجة ضمن مسائل انعقاد و انحلال الزواج، بما يخدم مصلحة الفرد و الأسرة والمجتمع ككل؟

و للإجابة عن هذا السؤال سيكون موضوع بحثنا " إشكالات انعقاد و انحلال الزواج"، عبارة عن دراسة تحليلية و نقدية لأهم المسائل المنصوص عليها قانونا، مع إعطاء بعض الأمثلة عن بعض القوانين العربية والغربية.

بالإضافة إلى السعي و المحاولة إلى إعطاء هذا الموضوع المهتم واقعية أكثر، وذلك بإبراز أهم الإشكالات الموجودة في الواقع العملي والواقع المعيشي، وكذلك السعي لإبراز مواطن التوافق والتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة.

و سيتم التركيز في هذا البحث على أهم المسائل الخاصة بأحكام الزواج والطلاق، وذلك من خلال المواد المعدلة بموجب الأمر 05-02 على الخصوص.

ذلك أن أحكام الزواج و الطلاق هي التي تمثل حقيقة الجدل الدائر في قانون الأسرة الذي يمس الفرد والأسرة والمجتمع.

و لقد تم في هذا البحث الاعتماد على أمهات الكتب في الفقه الإسلامي، وكذا المراجع القانونية المتنوعة، كما تم الإطلاع على العديد من الدراسات والبحوث والمقالات المعاصرة، دون تجاهل الأحكام و القرارات القضائية لما لها من دور في معالجة بعض المسائل الهامة بما يحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

كما أنه من أجل الإجابة على الإشكاليات المطروحة في هذه المقدمة، فإنه يتطلب تقسيم هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: أهم إشكالات انعقاد الزواج و إثباته.

الفصل الثاني: أهم إشكالات انحلال الزواج.

الفصل الأول

إشكالات انعقاد الزواج وإثباته

بما أنّ الزواج هو العقد الغليظ، وهو عقد تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه، فإنّ كل عقد له خطر تسببه مقدمات، وليس من أخطر عقد الزواج ولا أبعد منه أثرا في حياة الإنسان، فكان لابد من مقدمات لهذا العقد، ومقدمات عقد الزواج تسمى شرعا بالخطبة¹.

و لابد من توافر أركان و شروط خاصة لا يمكن أن نجدها في أي عقد آخر، فإذا توفرت جميعها وجد العقد، و من ثمّ يكون صالحا لترتيب آثاره الشرعية قبل طرفيه وفي مواجهة الكافة، كما أنه يستلزم لتحقيق هذه الغايات السامية التي قام من أجلها نظام الزواج، التأكيد على توثيق عقود الزواج، و إلزام المسلمين بذلك، هذا الإلزام إنما هو لحفظ حقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع، وإنكاره إذا ما عقد بدون وثيقة رسمية، ثم أنكر أحد الزوجين و عجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى، لو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره .

و بالرجوع إلى التشريع نجد أنه عالج كل المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وإثباتها في القانون رقم 11/84 الصادر في 09 جوان 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 الصادر في 27 فبراير 2005، و حدد أحكاما و شروطا في عقد الزواج لابد من توافرها في المقدمين عليه، وخصه بمقدمات تتفق مع أهميته.

ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون، جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقبيا وحارسا أميناً لضمان التقيد بمختلف نصوصه، لكن مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته، فإنه ظل عاجزا عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، ذلك أن الواقع العملي أفرز إشكالات عملية عديدة ناتجة إما عن ظروف تطبيق القانون ، وإما عن الثغرات القانونية التي أغفلها المشرع في تعديله الأخير.

¹ - أنظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هومه، الجزائر، سنة 2005، ص.32.

و سنحاول في هذا الفصل تحليل المسائل التي ذكرناها آنفا، أي مقدمات الزواج وتكوينه وإثباته، مبرزين أهم الإشكالات المثارة حولها، وسنسعى إلى الاقتراب قدر المستطاع إلى الواقع العملي، وسنركز على أهم الثغرات القانونية في أهم المسائل المتعلقة بانعقاد الزواج وإثباته والبحث عن البدائل.

و عليه، سيتم تبيان أهم الإشكالات المثارة حول انعقاد الزواج في المبحث الأول، كما سيتم التعرض إلى أبرز إشكالات إثبات الزواج وآثاره في المبحث الثاني.

المبحث الأول

أهم إشكالات انعقاد الزواج

يعرف الزواج على أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، ويحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليهما من واجبات²، وهو من أهم وأخطر العقود في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة، لكونه يتعلق بأعراض الناس"³.

هذا و يمكن القول أنّ الزواج سنّة أرادها الله لعباده لسير سفينة الحياة، وهي سنّة من سنن الله في الخلق و التكوين، فهي الأسلوب الذي اختاره الرحمن للتوالد و التكاثر و استمرار

² - أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008، ص.54.

³ - أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، سنة 2003، ص.35.

الحياة⁴.

و من هنا، فالزواج في الإسلام دين وشرع يقرر تبعة المؤمن في أسرته و واجبه وبيته، والبيت المسلم هو نواة المجتمع المسلم ، وهو الخلية التي يتألف منها.

و نظرا لأهمية الزواج وخطورته في المجتمع، فقد أحاطه الشارع الحكيم بجملة من الضوابط والمقومات لا ينعقد إلا من خلالها⁵.

وتتمثل هذه المقومات في أركان وشروط خاصة يتطلبها الزواج، لا يمكن أن نجدها في أي عقد آخر، فإذا حاولنا مقارنة عقد الزواج بعقد البيع، يتضح لنا بأنّ قياس الزواج على البيع هو قياس غير صحيح، إذ أن البيع عقد من عقود المعاوضة المحضة، بينما الزواج ليس كذلك، لأن فيه تحصين النفس وحفظها من الوقوع في المعصية وفيه حفظ الدين، وكلها مصالح لا يشمل عليها عقد البيع.

كما اعتاد الناس في الغالب أن يرموا في معاملاتهم المالية عقودا دون أن يلجأوا إلى مقدمات تستغرق أمدا معينا، غير أننا نجد أن عقد الزواج ليس كباقي العقود الأخرى، إذ لا يقدم الناس على إبرامه إلا بعد تدبر و قطع مراحل تمهيدية تسبق عقد الزواج، و أول خطوة له تتمثل في الخطبة، لأن أكثر مشاكل الزواج وصعوباته وكذا انحلاله، ناجمة عن التسرع في اختيار شريك أو شريكة الحياة دون بحث أو تدقيق.

⁴ - أنظر، أبو عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط.1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ص.322.

⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.54.

لذلك اعتنى المشرع عناية كبيرة بعقد الزواج وجعل له مقدمة تتمثل في الخطبة لما لهذا العقد الخطير من الأهمية في حياة الرجل والمرأة.

و عليه، نطرح التساؤل التالي: ما هي أهم الإشكالات المثارة حول فترة الخطبة وتحديدًا عند العدول عنها؟ وما هي أهم الإشكالات المتعلقة بتكوين عقد الزواج؟

من خلال هذه التساؤلات، سيتم تقسيم المبحث الأول إلى مطلبين، في المطلب الأول سنعالج إشكالات العدول عن الخطبة، أما المطلب الثاني سنتطرق إلى أهم إشكالات تكوين عقد الزواج.

المطلب الأول

إشكالات العدول عن الخطبة

يعتبر الزواج من أهم العقود، كونه غير معلق على زمان أو فترة معينة، وفيه من التكاليف والالتزامات مالا نجده في غيره من العقود، ولذلك اعتنى به المشرع عناية كبيرة وجعل له مقدمة تتمثل في الخطبة، ولأنّ عقد الزواج هو عقد أبدي يفترض فيه قبل قيامه الاستمرار والدوام، و نظرا لما لهذا العقد الخطير من الأهمية في حياة الرجل والمرأة على حدّ سواء و على الأسرة والمجتمع ككل، لا بد لكل من طرفيه أن يكون على بصيرة و علم بأمر الآخر الذي سيكون له قرينا في حياته، والطريق إلى ذلك كله هو الخطبة⁶.

⁶ - أنظر، الياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، رقم 08، ص.261.

إذ يبين من خلالها كل متعاقد مطالبه ورغباته تمهيدا لإبرام العقد، لأنّ أكثر مشاكل الزواج و صعوباته وكذا انحلاله ناجمة عن التسرع في اختيار شريك أو شريكة الحياة دون بحث أو تدقيق،

و على هذا الأساس تعود الناس على ألاّ يقدموا على إنشائه إلا بعد تفكير و تدبير وحيطة، لأنّه من العقود المهمة⁷، لذلك أقرّ التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى بالخطبة، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة والصفاء والوئام، فتدوم العشرة ويشيع الحب والوفاق⁸.

وفي نفس الوقت أبحاث الشريعة الإسلامية وعلى غرارها التقنيات الحديثة تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة على إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعو إلى ذلك⁹، وهذا ما يسمى بالعدول عن الخطبة.

فهل وفق المشرع في تنظيمه لأحكام العدول عن الخطبة؟ فإذا كانت الإجابة بالنفي، فما هي هذه النقاط التي أغفلها؟

و عليه، سنبرز أهم الإشكالات المتعلقة بكل من التعويض عن الضرر (الفرع الأول)، واسترداد الهدايا والصدقات (الفرع الثاني).

7 - أنظر، مقنّانة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، سنة 2008-2009، ص.04-05.

8 - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، د.م.ج، سنة 1999، الجزائر، ص.43.

9 - الياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء، المرجع السابق، ص.261.

الفرع الأول

إشكالية التعويض عن الضرر

رضائية الخطبة، تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام الزواج، والقول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما، ويجعل الزواج يتم بالإكراه، وكلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية¹⁰.

فيجوز لكل من الخاطبين - الرجل والمرأة - العدول عن الخطبة، وهو ما نصّت عليه معظم التشريعات العربية¹¹.

¹⁰- أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص.47؛ جميل فخري محمد جاسم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط.1، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009، ص.84-85.

¹¹- حيث نصت مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب القانون 03-70 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 05 فبراير 2004 ، في المادة 06 منها على ما يلي : "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها"، أما قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 1953/09/07 فقد نص في المادة 02 منه بأن: "الخطبة و الوعد بالزواج و قراءة الفاتحة و قبض المهر و قبول الهدية لا تكون زواجا، ونصت المادة 03 من نفس القانون أنّ: " لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة"، كما نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق ل 13 أوت 1956م، في الفصل الأول منها على ما يلي : "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"، و نصت المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على أنّ: " الخطبة لا تلزم بالزواج، و مثلها الوعد به، و قبض المهر، و قبول أو تبادل الهدايا"، كما نصّت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنّ: "الخطبة طلب التزوج و الوعد به، ولا يعد ذلك نكاحا"، واضح من خلال هذه النصوص جميعها بأن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم، أي يجوز العدول دون قيد أو شرط؛ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.32.

وواضح من خلال نص الفقرة 1 من المادة 5 المعدلة من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الخطبة وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة"، أن المشرع حدّد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج. من جهة، و اعتبر هذا الوعد غير ملزم، فأجاز لكلا الطرفين العدول عنها، من جهة أخرى¹².

وهذا الموقف التشريعي قد وجد تطبيقات في القضاء، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 25 ديسمبر 1989 بأنه: "من المقرر فقها وقضاءً أنّ الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج و ليست عقداً، و إن تمت بالاتفاق بين الطرفين، و هي لا تبيح لهما أن يختلطا اختلاط الأزواج، و على هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقداً، و لا زوجاً، و لا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد انطلاقاً من مبدأ الرضائية في العقد"¹³.

ويلاحظ أن المشرع لم يتكلم عن المدة التي يجب فيها العدول عن الخطبة، وبالتالي يستوي في العدول طول مدة الخطبة أو قصرها¹⁴، كما أن المشرع لم يضع الأسباب التي يتم بموجبها العدول، إذ أعطى الحرية لكل من الخاطب و المخطوبة في العدول وقت ما يشاء كل منهما.

12 - كما يفهم من هذه المادة أن المشرع اعتبر العدول عن الخطبة رجوعاً من أحد الخطيبين، والتخلي نهائياً عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، لذلك فإذا وقع العدول والتراجع عن الخطبة فإن مشروع الخطبة قد ألغى، و لا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته، ودون إرادته، مع العلم أنّ عقد الزواج عقد رضائي وليس عقد إذعان، وأنّ المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة وإجباره على متابعة إتمام عقد الزواج، تكون قد دمرت أهم ركن لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة والقانون، لذلك و لما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج و لا ترقى إلى درجة العقد، فإنه من الممكن العدول عنها في أي وقت، و لا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب على فسخ عقد الزواج؛ أنظر، سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، منشورات دار طليطلة، الجزائر، سنة 2010؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط.3، دار هوم، الجزائر، سنة 2011، ص.17-18.

13 - أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم 34089، م ق، سنة 1990، عدد04، ص.102.

14 - و قد أشارت إلى ذلك محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها، حيث قالت: "إنّ استطالة أمد الخطبة في الزواج والإحجام عن إتمامه، ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تقيد العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالاً مستقلة بذاتها عن هذا العدول"؛ أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.47.

و يلاحظ في الفقرة 1 من المادة 5 من ق.أ، أنّ المشرع استعمل لفظ "الوعد"، فمن حيث الصياغة القانونية فهذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، من خلال نص المادة 72 من القانون المدني ، ونصها كما يلي :

" إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد". يتضح من خلال نص هذه المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد، و هو على صورتين:

الصورة الأولى: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضاً، و إلا لا يكون له أثر، بمعنى لا يعتد به القانون.

الصورة الثانية: أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية ، في هذه الحالة يكون ملزماً لصاحبه، إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل، فإذا انتهى الأجل و لم يعلن الموعود له في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد، أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع في الوعد بلا موافقة الطرف الموعود له¹⁵ .

أمّا قانون الأسرة فيبدو أنّه خالف هذه القاعدة في القانون المدني، فمن جهة، اعتبر الخطبة وعدا بالزواج. ومن جهة أخرى، اعتبرها غير ملزمة، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها، وتطبيق النصوص القانونية بهذه الحالة يؤدي إلى إشكالية تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأنّ توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة

¹⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.30-31.

من الناحية القضائية والتطبيقية، نرى أنه لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة، وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود.

و الصيغة الجديدة المقترحة هي استبدال لفظ "الوعد" بلفظ "تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي: "الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها"¹⁶.

و يلاحظ الأستاذ بن شويخ الرشيد: " بأنّ استعمال هذا اللفظ يحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد، ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنّه مادامت الخطبة مجرد تمهيد، فإنه لا إلزام ولا التزام، إذ يحق لكل طرف العدول عن الخطبة، وبهذا نتحاشى التناقض الموجود في النص السابق"¹⁷.

و نظرا لأنّ الإيجاب لا يتوافق مع طبيعة الخطبة، فإنه ليس أمام الطرف المتضرر من العدول سوى اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض¹⁸، و دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة

¹⁶ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.31.

¹⁷ - و يضيف الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه: " قد يقال بأنّ النص الموجود في قانون الأسرة هو نص خاص، والنص الموجود في القانون المدني هو نص عام باعتباره الشريعة العامة، وبالتالي فإن النص الخاص يقيد النص العام، ونحن لا نعترض على هذا المفهوم، ولكن في نفس الوقت نرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد، لأنّ المصطلح فيه خلاف فقهي، وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح المعنى؛ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.31.

¹⁸ - فالتعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بعقد، والخطبة ليست عقدا، وبالتالي لا يترتب عليها أي أثر، وكل ما في الأمر أنّها وعد، و النكول عن الوعد و إن كان قبيحا في نظر الشارع، إلا أنه لا يترتب عليه جزاء ما؛ أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010، ص.48؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والإخلاله، ط.7، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، سنة 1417هـ-1997م، ص.60 و ما بعدها؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.20؛ سليمان ولد حسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.33.

هي دعاوى حديثة لم يقل بها أحد من الفقهاء القدامى لجملة من الاعتبارات.¹⁹

و يبدو أنّ المشرع قد وُفق إلى أبعد حدّ لما جمع في التعويض بين الضرر المادي والمعنوي من خلال المادة 3/5 من قانون الأسرة و التي تنصّ على أنّه:

" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

و يلاحظ أن المشرع لم يجعل التعويض واجبا، و إنّما جعله جائزا، لأنّه من غير المعقول أنّ كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر²⁰.

¹⁹ - فهي وليدة هذا العصر، وقد اختلفت آراء الفقهاء المعاصرين بشأنها إلى ثلاثة أقوال: حيث أنّ القول الأول نفى التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية، و ممّن قال بذلك الشيخ محمد نجيت المطيعي، ولعل من أهم الأدلة التي اعتمد عليها، أنّ العدول أمر مباح، و الخطبة وعد بالزواج إذ هي بمثابة فرصة للتريث في أمر العقد، فإذا لاحظ أحد الطرفين بأن هذا الرباط لا يحقق المقاصد المبتغاة منه، فمن حقه العدول، و عليه يكون القول بالتعويض فيه تناقض مع طبيعة الخطبة التي تعتبر وعدا غير ملزم، و من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنّ " الجواز الشرعي يبني الضمان".

أما القول الثاني: أقر أصحابه التعويض عن الضرر ماديا كان أم معنويا، و ممّن قال بذلك الشيخ محمود شلتوت شيخ جامع الأزهر، و قد اعتمدوا في ذلك على مجموعة من الأدلة أبرزها قواعد العدالة في الشريعة الإسلامية و مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، و حديث النبي صلى الله عليه و سلم: "لا ضرر و لا ضرار"، رواه مالك؛ أنظر، الموطأ، للإمام مالك، باب القضاء في المرفق، ج.4، ط.1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، سنة 1425 هـ-2004م، ص.1078.

أما القول الثالث: أقرّوا فيه التعويض و لكن بشروط، فمجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض، أما إذا صاحب العدول أضرارا و كان العادل هو المتسبب فيها، و جب عليه التعويض، أما الأضرار التي لم يتسبب فيها مباشرة و كانت نتيجة العدول فلا تعويض، و ممّن ذهب إلى هذا الشيخ محمد أبو زهرة، و أحمد الغندور، و أدلة هذا الفريق تقوم على الجمع بين أدلة القول الأول والثاني؛ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، سنة 1957، ص.38؛ أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، ج.1، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1985، ص.57؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.60 و ما بعدها، سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.34.

²⁰ - حيث تنص ف 02 من م 05 من ق.أ على أنّه: "...جاز الحكم له بالتعويض".

إلا أنّ الإشكال يكمن في أنّ المشرع لم يبيّن بدقة سبب حدوث الضرر الموجب للتعويض، أهو الضرر الناجم عن مجرد العدول أم هو الضرر الناجم عن تدليس أحد الطرفين؟.

و الإشكال الآخر أنه مادام للسلطة التقديرية للقاضي دور مهم في تقدير حصول الضرر وسببه، وكذلك تقدير التعويض، كان لزاما على المشرع أن يضيف في الفقرة 3 من المادة 05 القول: "وللقاضي تقدير حصول الضرر وسببه والحكم بالتعويض"²¹.

كما أن المشرع لم يبين ما إذا كانت هذه السلطة مطلقة للقاضي أم أنّ هناك ضوابط تحكم هذا التعويض، فهو لم ينص أصلا على الأسباب التي يتم بموجبها التعويض، ولم ينص عن المعيار الذي يعتمد عليه القاضي في تقديره لحكم التعويض.

كل هذه النقاط التي أغفلها المشرع، قد تؤدي إلى إشكالية تضارب مواقف القضاء في الاستناد إلى الأسباب الجدية التي يتم بموجبها الحكم بالتعويض للطرف المتضرر من العدول.

ولأنّ توحيد العمل القضائي مسألة مهمة، نرى أنّه على المشرع أن يعدّل من نص المادة كما هو مبين أعلاه، و عليه أيضا أن يبين الضوابط التي تحكم تقدير هذا التعويض، "مع أنه لا يمكن نكران حق الخاطب في العدول، ولكن عليه أن يستعمل هذا الحق بعناية وحرص، حتى لا يسبب لمخطوبته ضررا، أو أن يستعمله بمجرد الإضرار بها، أو على الأقل بأن تكون الفائدة المرجوة من هذا العدول بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بمخطوبته، إذ أنّ الشرائع لا تحمي عدولا طائشا لا يبرره مسوّغ يقتضيه"²².

²¹ - أنظر، لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 13، سنة 2002-2005، ص.25.

²² - أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، سنة 1983، ص.86-87.

وغالبا ما يكون التعويض المعنوي مرتبطا بالآلام النفسية التي تلحق بهذا المعدول عنه أو المساس بالشرف أو السمعة، و ذلك أنّ الخطبة في طبيعتها ليست بالأمر السري، بل هي محل إشهار بين المحيطين بالخطيبين، ولهذا من شأن العدول عنها أن يترك آثارا في نفسية المعدول عنه، إلا أنّ الإشكال يكمن في صعوبة تقدير القاضي للضرر المعنوي والتعويض عليه وتقرير التعويض²³.

و يرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأنّ: "تقدير التعويض يكون مقيدا بنصف المهر، لأنه يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تمّ العقد بينهما و طلق زوجته قبل الدخول، لأنّ الزوج إذا طلق زوجته قبل أن يدخل بها يترتب عليه أن يدفع لها نصف المهر وضرورة تحديد التعويض بما لا يتجاوز نصف المهر هو خشية التعسف في تقدير هذا التعويض"²⁴.

إلا أنّ هذا الرأي مردود عليه إذ قد يكون المهر مبالغ، وأنّ نصف المهر يجاوز بكثير حجم الضرر اللاحق بأحد الطرفين عن العدول، خصوصا ما يجري به العمل اليوم في مجتمعنا من مغالاة للمهور. هذا من جهة، و أن نصف المهر الذي يُدفع في الطلاق قبل الدخول ليس تعويضا بل هو حق للمطلقة، من جهة أخرى.

²³ - إذ يجب على القاضي أن يبحث أولا عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأ يستوجب التعويض عن العدول عن الخطبة، وفي ذلك يرى جمهور الفقهاء أنّ المعيار المعول عليه في هذا المجال هو المعيار الموضوعي الذي يقدر فيه بمعيار السلوك المألوف للشخص العادي إذا وُجد في نفس الظروف وأدى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولا عن تعويض هذا الضرر، كما أنّ القاضي لا بد أن يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور، و المعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي؛ أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، ص.68.

²⁴ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، سنة 1979، ص.31.

و على العموم، فإنّ الإشكال العملي الأكبر في الحقيقة هو في إثبات وقوع الضرر، لاسيما الضرر المعنوي - كما أشرنا أعلاه- ، لأنه من الأمور النفسية والشخصية التي تختلف من فئة إلى أخرى ومن شخص إلى آخر، ولذلك فإن مسألة تحديد التعويض هي مسألة مرتبطة بوقائع الدعوى، ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا لرقابة المحكمة العليا عليه ، وسواء قلّ مقدار هذا التعويض أو زاد فإن القاضي رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبب، وهذا ما كرّسته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 24 ماي 1994 و الذي جاء فيه : " حيث أنّه من المبادئ العامة أنّ التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف، و حيث أنه تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدّمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"²⁵.

يتضح من خلال هذا القرار أنّ للمحكمة العليا رقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتماد بعناصر تقدير التعويض وليس لقاضي الموضوع أن يختار ما يريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، وهذا هو المبدأ في تقدير التعويض.

غير أنّه يجب أن نفرق بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ أو نصاب معين، وبين عناصر تقدير التعويض، فالأولى هي مسألة وقائع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة للمحكمة العليا عليه، أمّا الثانية فتتمثل في كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الوقائع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا، و تنصبّ هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر، و لا يتبين مدى هذا

²⁵ - أنظر، م ع، غ.م، 1994/05/24، ملف رقم 86501، م ق، سنة 1997، عدد 01، ص.123.

التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض، إذ يجب على قاضي الموضوع أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، و ذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحّة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض²⁶.

وإذا كان الثبوت من وقوع الضرر و مداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، ولأنّ هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للواقع²⁷.

لهذا يجب على القاضي عند الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة أن يبين في حكمه ما إذا كان هذا الضرر ماسا بحق أو بمصلحة مشروعة، وتكليفه بأنه ضرر محقق حال أو احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو معنوي²⁸.

و في الأخير، فإن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في حياة الإنسان²⁹، غير أنّ التعويض عن هذا الضرر تحوطه مجموعة من الاعتبارات

²⁶ - الياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء، المرجع السابق، ص.279.

²⁷ - أنظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.2، ط.5، دار الكتاب العربي الحديث، لبنان، سنة 1992، ص.184.

²⁸ - الياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص.279.

²⁹ - فحشية الأمل تكون كبيرة من جراء سوء الحظ، و ما تتركه في النفس من الألم والمرارة والمعاناة، خاصة بالنسبة لسمعة المرأة وشكوك حول أخلاقياتها جراء إثارة الألسنة بالتشهير والتجريح، فتكثر الإشاعات ويزداد القيل والقال للكثير من الناس، فتتأذى في كرامتها وسمعتها ونفسيته، وهي من الأضرار المعنوية المعتبرة شرعا وقانونا، وما أكثرها في الواقع المعاش، كما أنّ أكثر الحالات التي يطالب أصحابها بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة إنما هي الحالات التي تخلى فيها أحد الطرفين عن الآخر بعد طول مدة الخطبة، فمثلا الفتى الذي يخطب الفتاة و يذهب لأداء الخدمة الوطنية، أو لإتمام الدراسة، وبعد مضي عدة سنوات يعود الفتى ويعدل عن الخطبة، ونفس الكلام ينطبق على المخطوبة التي تعدل عن الزواج بخطبتها بعد إتمام الدراسة، حيث يجرم كلا الطرفين من فرص عديدة للزواج؛ أنظر، بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، رقم 08، ص.19-20؛ ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق، المرجع السابق، ص.80.

و التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، وسبب ذلك أنّ العدول في حدّ ذاته لا يجوز أن يقتصر بما يمس حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه، ولذلك على المشرع أن ينظم هذا الأمر بنصوص خاصة تناوله من الجانب الموضوعي وكذا الإجرائي³⁰.

فإذا كانت هذه هي إشكالات التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة، فما هي الإشكالات المثارة حول استرداد كل من الهدايا والصدّاق؟ وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

الإشكالات المثارة حول استرداد الهدايا والصدّاق

إذا كان العدول حقا مقرا لكل من الخاطب والمخطوبة، وقد يعدل أحد الطرفين عن الخطبة أو كلاهما، فإن فترة الخطبة قد تتخللها جملة من التصرفات التي قد تصدر من الخاطب أو المخطوبة أو من كليهما تمهيدا لإبرام العقد، كأن يقوم الخاطب بتقديم هدايا وهبات تقوية للصلات و تأكيدا للعلاقات الجديدة، وهذا ما جرى به العمل بين الناس في تقديم هدايا متنوعة سواء من الخاطب للمخطوبة أو العكس أي من المخطوبة للخاطب، والغرض منه هو توطيد أواصر المودّة والتعارف.

³⁰ - الياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 280.

كما جرى العرف أيضا على تقديم الصداق كله أو بعضه، كأن يقوم الخاطب بتعجيل تقديم الصداق كله أو جزء منه أثناء الخطبة سواء قبل أو بعد الفاتحة³¹.

و المخطوبان لا يزالان على الوعد الذي اتفقا عليه لإبرام العقد، و إذا كانت الخطبة مرحلة تتسم بطابع التفكير والتروي وتدبير خلفيات الأمور، جاز لكل من الطرفين العدول عن تنفيذها، و بعد أن تطرقنا إلى إشكالات التعويض، فإن مشكلة العدول عن الخطبة تستوجب أيضا البحث في المسائل التالية:

الإشكالات المثارة حول استرداد الهدايا (أولا)، وكذلك الإشكالات بالنسبة للصداق (ثانيا).

أولا- بالنسبة لمسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة:

عالج المشرع في المادة 05 من قانون الأسرة والتي تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05، مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما، فجاء في نصها كما يلي: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته"³².

³¹- أنظر، محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط.1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، سنة 1957، ص.39.

³²- و هو نفس المبدأ الذي تضمنته م 08 من م.أ المغربية والتي جاء فيها: " لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها بحسب الأحوال"، أما ق.أ.ش السوري نص في ف 3 من م 4 على أنه: "تجري على الهدايا أحكام الهبة"، كما نصت م 5 من ق.أ.ش الكويتي: "إن كان العدول بمقتضى، استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا"؛ أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص.25.

ما يلاحظ أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي³³، و الغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، و هذا الرأي هو للأحناف حيث يعدّ من موانع الرجوع في الهبة³⁴، و من المستحسن لو أخذ المشرع برأي المالكية على إطلاقه، لأنه رأي وجيه، لكونه يحمّل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعات خسارة الهدايا المقدمة، و أما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية، إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا حتى و إن استهلكت.

³³ - إذ أن فقهاء المالكية يفرقون بين أمرين وهما: أولا- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وقالوا حتى لا يجتمع عليها المان، ألم الإعراض و ألم الاسترداد.

ثانيا- أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات؛ أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 1430هـ-2009م، ص.14.

³⁴ - الحنفية اعتبروا هدايا الخطبة بمثابة هبة، و للواهب أن يرجع في هبته إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة كهلاك الشيء أو استهلاكه، فإذا كان ما أهداه الخاطب موجودا فله استرداده، وإذا كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، أو أكل الطعام، أو وضع القماش ثوبا، فلا يحق للخاطب استرداد بدله، أما الشافعية والحنابلة فيرون أنه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء أكانت موجودة أم هالكة، لأن للهدية حكم الهبة، ولا يجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته بعد قبضها إلا الوالد فيما أعطى ولده.

والراجح عند الدكتور وهبة زحيلي أن المرأة تستحق جميع ما قدم لها من قبل العقد من هدايا، بدليل ما رواه الخمسة إلا الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أيا امرأة نكحت على صداق أو حياء أو عدة قبل عصمة النكاح، فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه، وقد ذهب إلى هذا عمر بن عبد العزيز والثوري و أبو عبيد ومالك، والهادوية من الزيدية؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، سنة 1405هـ-1985م، ص.26-27؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1997، ص.71-72؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.59؛ محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.51؛ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.14.

و هذه العبارة "ما لم يستهلك" في الحقيقة تثير الكثير من الغموض، إذ توحي بأن الطرف العادل إذا استهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، فإنه لا يردها لأنه لم يعد لها وجود، بالإضافة إلى أنّ لفظ "الاستهلاك" هو مصطلح اقتصادي، ولا يشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة، و قد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتما من الذهب استعمال مدة معينة، فطبيعي أن قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء بل تنقص بمجرد خروجه من المتجر، أو جهازا معيننا استعمال، و بالتالي فإن قيمته نقصت، لذلك فقد أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية³⁵.

و الإشكال هو أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة، ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية وبشكل صوري كالهبة الصورية أو البيع الصوري، ثم تعدل عن الخطبة، فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدّعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت، والنص يقول: " فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك"، أي أنها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط، أما إذا استهلكته فلا ترده، كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية وبعقد حقيقي كالبيع، فرمما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن، كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى.

كما يلاحظ الأستاذ يوسف دلاندة: "أنّ المشرع لم يفرّق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من أهل و أقارب الخاطب إلى المخطوبة ولا بين ما إذا كانت مقدمة من أهل وأقارب المخطوبة إلى الخاطب، إذ جعلها فقط مقتصرة بين الخاطب والمخطوبة دون ذكر أهلها، مما يجعلنا نعتقد أنّ مثل هذه الهدايا تأخذ أحكام الهبة"³⁶.

³⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.42.

³⁶ - أنظر، يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط.2، دار هوم، الجزائر، سنة 2008، ص.12-13.

و يلاحظ أن المشرع قد أغفل نقطة في غاية الأهمية، ألا وهي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة، فقد يدفع الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة و ربما تكون بطلب من المخطوبة، و بعدها تلجأ إلى التحايل بأن تقوم بتصرفات لا ترضي خطيبها أو تتعمد الخصام فتدفعه إلى العدول عن الخطبة³⁷، أو يمكن أن يكون عدولا اضطراريا كأن يكتشف أحدهما عيبا أو نقصا أو مرضا في جانب الطرف الآخر، وبالتالي يجب على القاضي قبل الحكم في مسألة كهذه أن يبحث عن المتسبب في العدول بأن قام بتدليس الطرف الآخر ما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز أن يقضي على الطرف المتسبب في العدول بإرجاع الهدايا، ولو أنّ العدول كان من الآخر، "إذ أنّ من المتعارف عليه أن التعرير يوجب الضمان في أحكام الشريعة الإسلامية"³⁸.

وعلى العموم، فإن استرجاع الهدايا بعد العدول عن الخطبة هو في الحقيقة أمر صعب التطبيق في الواقع الجزائري، إذ أنّ العدول عن الخطبة لا يتم بدون سبب إلا نادرا، فغالبا ما يقترن العدول سبب معين، لذلك وجب التنقيب عن السبب لتحديد الأحق بامتلاك الهدايا³⁹.

و هناك أمر آخر لم يتحدث عنه النص، و هو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة، فنرى عدم استرداد الهدايا، لأنّ الوفاة لا دخل لإرادة الإنسان فيها.

و تبقى مسألة أخيرة كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها النص، وهي حالة العدول عن الخطبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا، فنعتقد أنّ كل واحد له الحقّ في استرجاع هداياه، لأنّ النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين دون الطرف الآخر و أعطى حُكما معينا للهدايا، أما الحالة هذه فلم يتحدث عنها،

³⁷ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.20.

³⁸ - أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، سنة 2006، ص.13.

³⁹ - أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج.1، الخطبة والزواج، ط.2، الجزائر، سنة 1994، ص.63؛ لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.18.

"و بالتالي نقترح إضافة فقرة لنص المادة 05 حتى يشمل النص القانوني أغلب الحالات التي تحدث في الحياة العملية"⁴⁰.

"و لذلك نرى ضرورة إعادة صياغة فقرات النص بصورة عامة تشمل الطرفين معا، وتتضمن الحالات التالية: - لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه، وان كان العدول من الطرف الآخر، فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة .

يسترد كل طرف هداياه في حالة العدول بالاتفاق بينهما، أو قيمتها في حالة التعذر، ما لم يقضي الاتفاق بينهما على خلاف ذلك.

إذا تسبب أحد الطرفين بخطئه في العدول لا يسترد هداياه ولو كان العدول من الطرف الآخر.
لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين"⁴¹ .

هذا جل ما يمكن قوله بالنسبة لمسألة الهدايا وإشكالاتها المثارة بعد العدول عن الخطبة، فما هي الإشكالات التي يمكن طرحها بالنسبة لمسألة الصداق في حالة ما إذا تم تقديمه في فترة الخطبة وتمت المطالبة باسترداده بعد العدول عنها.

⁴⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.45.

⁴¹ - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص.45.

ثانياً- بالنسبة لمسألة الصداق المقدم إلى المخطوبة:

لا خلاف بين الفقهاء أنّ الخطبة إذا انتهت بالعدول وكان الخاطب قد سلم الصداق أو جزء منه إلى المخطوبة، فإن له الحق في استرداد عين ما أداه إن كان قائماً أو بدله مثلاً أو قيمة إن هلك أو استهلك⁴²، لأنّها لا تستحق الصداق إلا بعقد الزواج، وحيث لم يتم عقد الزواج فإنه يبقى حقا خالصا للخاطب فكان له استرداده، و يستوي في ذلك أن يكون العدول منه أو منها⁴³.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنه لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة⁴⁴ لا في القانون رقم 11/84 ولا الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم له، "والأغرب من ذلك أنّ المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 16 مارس 1999 قد كيفت ما قدم بين الطرفين على أنّه هدايا و ليس صداقا، بدعوى اعتبارها أنّ ما وقع هو خطبة نكاح ونقضت بذلك قرار المجلس"⁴⁵، حيث جاء في ملخص القرار ما يلي: " من المقرر قانوناً أنّه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهدها إذا كان العدول منه. و متى تبين - في قضية الحال- أنّ الطرفين جرت بينهما خطبة زواج، ثمّ وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب، فإنّ القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف و القاضي برفض إتمام الزواج و إلزام المدعى عليها بردها إلى المدعى ما قدمه لها من

⁴² - أنظر، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط.1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006، ص.34-35؛ صوفي أبو طالب، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرايع الأخرى المقارنة، ج.1، ط.1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، سنة 1420هـ-2000م، ص.152؛ عبد الفتاح كباره، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1994م، ص.240.

⁴³ - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.71.

⁴⁴ - سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.32-33.

⁴⁵ - سليمان ولد خصال، نفس المرجع، ص.32، الهامش رقم 02.

الهدايا وحلي ونقود واعتبروها صداقا دون الرد على دفع الطاعنة، أخطئوا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁴⁶.

هذا فيما يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، أما مدونة الأسرة المغربية فهي أيضا لم تتعرض لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة، و هذا على عكس قانون الأحوال الشخصية السوري الذي ينص في الفقرة 01 من المادة 04 على أنه: " إذا دفع الخاطب المهر نقدا واشترت المرأة به جهازا ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة النقود أو تسليم الجهاز"، ونص أيضا في الفقرة 02 على أنه: " إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته"، و هو أيضا نفس المعنى الذي تضمنته المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي⁴⁷، و المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي⁴⁸.

و بالنظر إلى الواقع المعاش في المجتمع الجزائري، فإن مسألة تقديم الصداق للمخطوبة خلال فترة الخطوبة و قبل إبرام عقد الزواج شائعة الحدوث في الكثير من ربوع الوطن الجزائري، مما

⁴⁶ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 16/03/1999، ملف رقم 219313، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص.39؛ باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ج.1، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012، ص.12؛ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.1، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، سنة 2005، ص.26.

⁴⁷ - حيث نصت المادة 04 من ق.أ.ش الكويتي على ما يلي: "أ- إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة فللخاطب أن يسترد المهر الذي أداه أو قيمته يوم قبضه إن تعذر رد عينه.

ب- يعتبر من المهر الهدايا التي جرى العرف باعتبارها منه.

ج- إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه كلاً أو بعضاً من الجهاز وقت الشراء".

⁴⁸ - تنص المادة 18 من ق.أ.ش الإماراتي على أنه: "...من المهر الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها مهراً وفي حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة أو وفاته يسترد الرجل المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا وفي حالة شراء المخطوبة بمقدار المهر أو ببعضه جهازا فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه وقت الشراء".

يطرح إشكالية مدى إمكانية استرداد ما قدمه الرجل من صداق، وما هو الحل إذا اشترت المخطوبة بمقدار صداقها أو بعضه جهازا من ثياب أو أثاث وغير ذلك؟⁴⁹

من خلال الواقع العملي نجد أن ذلك صعب التطبيق، لأنه من عاداتنا أنّ المخطوبة عندما تتسلم الصداق فإنها تتصرف فيه لتحضير جهازها وما يلزم من فراش ولباس وحلي، وقد يتم العدول من أحدهما - سواء منها أو من الخاطب - فيستحيل عليها إرجاعه، و بالتالي يبقى هذا الإشكال العملي مطروحا أمام القضاء، طالما أنّ المشرع لم يتكلم على هذه المسألة، ولم يحدّد الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها صداقا لدى أوساط المجتمع، بل أنّه لم يتطرق إلى الصداق أصلا عندما نص على جواز العدول عن الخطبة، وهذا ما دعا القضاة إلى محاولة إيجاد حلول لهذه المسألة، فذهب البعض منهم إلى إلزام المخطوبة بإرجاع قيمة الصداق كاملا على أساس العدول عن الخطبة، إلا أنّ قضاة المحكمة العليا اعتبروا ذلك خطأ في تطبيق القانون لأنّ الأمر متعلق بعقد الزواج الذي تمّ بين الطرفين⁵⁰، مما يجعلنا نقول أنّه بمفهوم المخالفة أنّ الصداق الذي يدفع في فترة الخطوبة دون أن يتم عقد الزواج بين الطرفين يلزم المخطوبة بإرجاع قيمة الصداق.

و بالتالي فإنّ القضاة يلجأون إلى أعمال سلطتهم التقديرية، وذلك بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة⁵¹ التي سمحت بالرجوع لأحكام

⁴⁹ - أنظر، مسمودي مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج والخلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، سنة 2005-2008، ص.08.

⁵⁰ - حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 16/10/1993 ما يلي: "ولما تبين أن قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء وقضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس العدول عن الخطبة قد أخطئوا في تطبيق القانون لأنّ الأمر متعلق بعقد الزواج الذي تم بين الطرفين"؛ أنظر، م ع، غ.أ.ش، 16/10/1993، ملف رقم 96801، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ص.266.

⁵¹ - تنص المادة 222 من ق.أ. على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه، وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب و المخطوبة مدعيا و منكرا، فأيهما أقام بينة على دعواه، و أقنع القاضي حكم له وفقا لتقديره قوة حجته وبينته حسب الأدلة المقدمة⁵².

و يلاحظ أيضا أنّ المشرع لم يتكلم أو بمعنى آخر لم ينص على مسألة مهمة غالبا ما تُحدث إشكالات عملية من حيث التطبيق، ألا و هي اختلاف كل من الخاطب و المخطوبة في كون المرسل أهو هدية أم هو صداق، فما هو الحل؟

يرى الدكتور أحمد فراج حسين: " أنّ الخاطب إذا ادعى أن المرسل الذي قدمه هو عبارة عن صداق ليثبت له حق استرداده في جميع الأحوال، وأنّ المخطوبة إذا ادعت أنه هدية حتى لا يثبت للخطاب حق الاسترداد فيما لو هلك أو استهلك أو أصابه أي مانع من موانع الرجوع في الهبة، فأيهما يثبت ما يدعيه يحكم لصالحه تطبيقا لقاعدة البينة على من ادعى، فإذا قدم الخاطب بينة على أنّ ما قدمه كان جزءاً من الصداق قبلت دعواه وثبت له حق استرداده، أمّا إذا أقام كل منهما بينة على ما يدعيه كانت بينة المخطوبة هي الراجحة لأنها تثبت خلاف الظاهر، و البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر معه لا معها، إذ هو يسعى لإسقاط ما في ذمته من الصداق، و إذا لم يكن لأحدهما بينة فينظر إلى العرف، فإذا كان المتعارف عليه بين الناس أنّ ما يهديه في مثل هذه الحالة من الصداق كان القول قول الخاطب مع يمينه.

وإذا كان العرف يقضي بأنها هدية فالقول قول المخطوبة مع يمينها لأنّ الظاهر يشهد لها، أما لو كان العرف مشتركا، بأن يسوغ أن يكون صداقا أو يكون هدية، فالقول قول الخاطب مع يمينه، أما لو كان العرف يستنكر أن يكون ما أهدي من الصداق كالطعام المهياً للأكل، وكل ما يفسد ببقائه، فلا يكون القول قوله، بل قولها لأنّ الظاهر يكذبه، والقول لمن يشهد له الظاهر"⁵³.

⁵² - مصمودي مراد، غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص.8.

⁵³ -

أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.75-76.

و صفوة القول، أنه كان الأولى و الأجدر بالمشرع أن ينظم هذه المسألة المهمة بنص قانوني يضاف إلى النصوص المنظمة لحكم الصداق عند العدول، وأن يضع حلا لها تفاديا لما يمكن أن يحدث من اضطرابات في العلاقات الاجتماعية بين الناس، آخذا في ذلك بما اتفق عليه الفقهاء في استرداد الصداق عند العدول عن الخطبة و منوها إلى أهمية التفريق في الحكم بإعادة أصل الصداق كما دفع، و بين إعادة الأشياء التي اشترتها المخطوبة، مع ضرورة مراعاة أنّ حكم العدول من قبل المخطوبة يجب أن يقيد بما إذا كان العدول بسبب منها لا من الخاطب، و حكم العدول من قبل الخاطب يجب أن يقيد بما إذا كان العدول بسبب منه لا من المخطوبة.

و نقتح أن يصاغ النص المنظم لاسترداد الصداق عند العدول عن الخطبة على النحو التالي:

"في حالة العدول عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد الصداق الذي أداه، فإذا دفع الخاطب الصداق نقدا واشترت المخطوبة به جهازها، أو بعضه، ثم عدل الخاطب لأسباب لا تعود إليها، فلها الخيار بين رد الصداق نقدا، أو تسليم ما يساويه من الجهاز وقت الشراء، وإذا عدلت المخطوبة لأسباب لا تعود إلى الخاطب فعليها رد الصداق نقدا أو عينا، أو قيمته يوم القبض إن تعذر رد عينه.

و من الصداق الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها صداقا، وفي حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة، فإن نفس الأحكام تطبق على هذا الصداق كما هو مبين أعلاه."

و أخيرا، نقول أنه يوجد قلة في عدد النصوص القانونية المنظمة لموضوع الخطبة في القانون الجزائري، لذلك نوصي المشرع بضرورة تنظيم ما لم يتم تنظيمه من مسائل متعلقة بخطبة الزواج في نصوص واضحة ومفصلة، حتى يسهل معرفة أحكام تلك المسائل وتوحيد أحكامها، وإيجاد حلول موحدة لإشكالاتها، و هذا من أجل استقرار العمل القضائي وعدم تضاربه في أحكامه القضائية.

فإذا كانت هذه هي أهم الإشكالات المثارة حول العدول عن الخطبة، فما هي أبرز الإشكالات المتعلقة بتكوين عقد الزواج؟.

المطلب الثاني

أبرز إشكالات تكوين عقد الزواج

بما أنّ الزواج هو السبيل الوحيد المشروع لاستمتاع الرجل والمرأة ببعضهما البعض، وهو عقد تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه، فإنه يتطلب لتكوينه وجوب توافر أركان وشروط خاصة لا يمكن أن نجدها في أي عقد آخر، فإذا توفرت جميعها وجد العقد، ويرتب آثاره قبل طرفيه وفي مواجهة الكافة.

و يعتبر الركن أحد الجوانب القوية التي يستند إليها الشيء ويقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء بحيث يكون جزءاً من حقيقته، وبعده ينتفي كيانه⁵⁴.

هذا و يتفق الركن مع الشرط في أن تخلف الأركان مثل تخلف جميع الشروط يترتب عليه عدم وجود العقد كلية، فيكون العقد والعدم سواء، وعقد الزواج على غرار غيره من العقود يتطلب لوجوده أركاناً وشروطاً⁵⁵.

⁵⁴ - أنظر، محمد رأفت عثمان، عقد الزواج، أركانه وشروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.س.ن، ص.101-102.

⁵⁵ - أنظر، عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1420-2000، ص.32.

و من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة، أصبح عقد الزواج في نظر المشرع يقوم على ركن واحد فقط وهو الرضا، وهذا طبقاً لما جاء في المادة 09 المعدلة.⁵⁶

أما بالنسبة للأهلية، والصداق، والولي، وانعدام الموانع الشرعية للزواج، فقد اعتبرها المشرع شروطاً لعقد الزواج، وهذا ما نص عليه في المادة 09 مكرر من ق.أ. 57.

وتعتبر الأهلية و الولاية إلى جانب التعدد، من أهم المسائل التي أثّرت بشأنها ضجة كبرى و حضيت بنقاش حاد 58 .

فما هي هذه الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج؟ وما هو أثر الزيجات التي تتم خارج الدوائر الرسمية – الزواج غير المسجل أو الزواج العرفي⁵⁹ – على كل من الأهلية والولاية و قيود تعدد الزوجات؟.

56- تنص م 9 المعدلة من ق.أ على ما يلي: " يعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

57- تنص م 9 مكرر ق. أ: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

58- معروف عرابي محمد، قانون الأسرة ماله وما عليه، المرجع السابق، ص.128.

59- علينا أن نفرق بين ما هو زواج عرفي شرعي و ما هو غير شرعي، فالزواج العرفي الشرعي يعرفه رجال الدين والقانون، بأنه الزواج الذي تمّ وفقاً لما تقتضيه قواعد الشريعة الإسلامية من أسس وأركان وشروط، لكن دون أن يُقدّم طرفاه على توثيقه لدى السلطات الرسمية والمختصة لذلك، وهو ما يعرف في الجزائر "بزواج الفاتحة"، أما الزواج العرفي غير الشرعي، هو ذلك الزواج الذي تفقد فيه معظم أركان وشروط الزواج الشرعي الصحيح، و ما أكثر صورته، خاصة مع تقدم الزمن الذي صاحبه فساد الدم، لهذا كان من اللازم الاتجاه إلى توثيق الزواج، حتى لا يكون محلاً للإنكار، و من ثم ضياع الحقوق؛ أنظر، أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه وشروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2002، ص.04؛

« Le mariage orfi – appelé mariage d'al Fatiha en Algérie » ; Voir , Selma HERRAZ, Le mariage orfi : Epouses en suspens et enfants sans papiers d'identité, Le 12-2009 Article publié sur le site Web: www.zawaya.magharebia.com.

من خلال هذه التساؤلات، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول سنبرز الإشكالات التي تتعلق بكل من الأهلية والولاية في الزواج، بينما في الفرع الثاني، سنقف عند إشكالات قيود تعدد الزوجات.

الفرع الأول

إشكالات الأهلية والولاية في الزواج

سبق و أن قلنا أن الأهلية و الولاية في الزواج هي من المسائل التي أثارت جدلا واسعا و حضيت بنقاشات حادة، نظرا لاحتواء النصوص القانونية التي نظمت أحكام كل من الأهلية والولاية على ثغرات و عيوب، خلقت إشكالات عملية لدى القضاء من حيث التطبيق، والسبب الأول في ذلك يرجع إلى قصور المشرع في تنظيمه لهذه المسائل، و استمراره على الاعتراف بالزواج العربي وإصراره على موقفه، كل ذلك أدى إلى ضرب الشروط التي وضعها في الأهلية و الولاية عرض الحائط.

فما هي هذه الثغرات القانونية التي أغفلها المشرع؟ وما هي الإشكالات التي خلقتها هذه الثغرات؟ وما هي الحلول البديلة لذلك؟

أولا- إشكالات الأهلية في عقد الزواج:

لإبراز إشكالات الأهلية، نرى ضرورة تناول النقطتين التاليتين: تحديد سن الزواج طبقا لما نصت عليه المادة 07 من قانون الأسرة (أ)، ثم الشهادة الطبية طبقا لما نصت عليه المادة 07 مكرر من نفس القانون (ب).

أ- تحديد سن الزواج (المادة 07 من قانون الأسرة):

لم يكن تحديد سن الزواج معروفا لدى المسلمين، نظرا لعدم وجود النص الشرعي لهذه المسألة⁶⁰، و هذا بخلاف النصوص القانونية الوضعية التي حددت أهلية الزواج وأناطتها بسن

معينة، وهذا ما فعله المشرع واضعاً في عين الاعتبار ما يرتبه عقد الزواج من مسؤولية على قدر كبير من الأهمية اجتماعياً و قانونياً، ونص المادة 07 المطبق حالياً لم يأت بالصدفة، وإنما سبقته نصوص مختلفة باختلاف زمانها ومكان صدورها⁶¹.

⁶⁰ - إذ لم يورد القرآن الكريم و لا السنة النبوية الشريفة نصاً يحدد سن الزواج، كما لم ينعقد إجماع الأئمة بشأن هذا الخصوص، فكان الزواج يعقد صحيحاً، بغض النظر عن سن التعاقد، وعندما أدرك الفقه عدم تحقق الغرض المقصود من الزواج المنعقد مع القاصر، منع البناء إلى حين البلوغ الذي يتأتى من خلال ظهور علاماته لدى كل من الجنسين، فهم لم يأخذوا كأصل عام بفكرة السن في الزواج، ولكن بالبلوغ الجنسي الفعلي، و من ثم يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص، ذلك أن وقت ظهور أمارات البلوغ تختلف من شخص إلى آخر بحسب نموهم، ومع ذلك نجد أنّ الفقه الإسلامي ربط أهلية الزواج بسن معينة كاستثناء عند عدم ظهور أمارات البلوغ، و لقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه السن، فحددها أبو حنيفة بـ 18 سنة للفتى و 17 سنة للفتاة، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في المشهور عندهم بـ 15 سنة لكل من الذكر والأنثى، أما المالكية فحددها بـ 18 سنة لكل من الجنسين؛ أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، سنة 2001، الجزائر، ص.49؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1982، ص.242؛ موفق الدين ابن قدامة و شمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني و الشرح الكبير، ج.7، دار الغد العربي، سنة 1995، ص.460.

⁶¹ - النص الأول: كان قد صدر في أوائل شهر ماي من عام 1930، وكانت م 01 منه تنص على أن الأهالي والقبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام سن 15 من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام، استناداً إلى أسباب خطيرة و بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح وطبيب". ما يلاحظ على هذا التشريع أنه ساوى بين الفتى و الفتاة من حيث سن أهلية الزواج، ومن حيث الإعفاء منه؛ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.23.

النص الثاني: يتعلق بتحديد سن الزواج، و هو الم 5 من الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 04/02/1959 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والساورة والوحدات، حيث جاء فيها أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا المرأة التي لم تبلغ سن 15 سنة أن يعقدا زواجا، إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيها من شرط السن إذا رأى أنّ هناك أسباباً خطيرة؛ أنظر، عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص.24؛ سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.45.

الم 01 و ما بعدها من القانون رقم 224-63 المؤرخ في 29/06/1963 الصادر بعد استرجاع السيادة الوطنية، جاء فيها أنّ سن أهلية ا لزواج للفتى 18 سنة، وللفتاة 16 سنة، ولرئيس المحكمة المطلقة في أن يعفيها أو يعفي أحدهما ويرخص لهما بالزواج قبل بلوغ هذا السن إذا رأى أن هناك أسباباً خطيرة تتطلب إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذه السن، أما المادة 02 فقد نصت على

و قد كانت أهلية الزواج في القانون رقم 11/84 محددة بسن 21 سنة للرجل و سن 18 سنة للمرأة، غير أنّه و أمام الانتقادات التي وجهت لهذا القانون، تم تعديل النص القانوني بموجب الأمر رقم 05 / 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين

بتمام سن الرشد المدني⁶²، أي 19 سنة كاملة، حيث جاء في نص المادة 07 المعدلة من ق.أ ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

لكننا نتساءل عن جدوى هذا التوحيد، بل أكثر من هذا نتساءل عن جدوى مساواة الرجل بالمرأة، لا سيما إذا علمنا أنه فيما يتعلق بمساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج، فإن ذلك لا يخدم مصلحة المرأة، حيث من الثابت علمياً أنّ المرأة تبلغ قبل الرجل، و من ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله، و فيما يخص توحيد سن الزواج مع سن الرشد المدني، فإنّه يعتبر مبالغاً فيه، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود، حيث يفترض فيه البلوغ والعقل أكثر من الرشد، ذلك أنه يقوم على اعتبارات شخصية بالدرجة الأولى، لا يمكن أن يقوم عليها أي عقد آخر، ومن ثم فإنّ الرشد في عقد الزواج لا يمكن ضبطه وفقاً لما تقتضيه التصرفات ذات الصبغة المالية⁶³.

معاينة الأشخاص الذين يعقدون أو يساهمون في عقد زواج مخالف لهذا القانون بالحبس من 15 يوماً إلى 3 أشهر وغرامة مالية من 400 إلى 1.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ انظر، عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006، ص.95؛ سليمان ولد خسال، ص.45؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص.24؛ أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.85.

⁶² - تنص الم 40 من ق.م.ج: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

⁶³ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.39.

كما أنّ الملاحظ على نص المادة 7 من ق.أ أنها جعلت من الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، و هو ما يجعل إشكالية اختلاف سن الرشد عن سن الزواج غير قائمة، حيث أنه يصبح راشداً بقوة القانون في حدود عقد زواجه وما يترتب من آثار.

و يرى الأستاذ يوسف دلاندة أنه: " لماذا لم يعط القانون نفس الحق للزوجة القاصرة ما دام الأمر يقتصر على الآثار المترتبة على عقد الزواج؟ كما أنه يطرح إشكالا عمليا على مستوى القضاء، فحين ترفع الدعوى من قبل الزوج القاصر المتمتع قانونا بأهلية التقاضي ضد زوجته القاصرة، فهل أنّ هذه الأخيرة تحضر إجراءات المرافعة بصفقتها زوجة قاصرة أم أنّ وليها يتولى الحضور والمرافعة عنها بهذه الصفة؟ خاصة إذا علمنا أنّ قضايا شؤون الأسرة، وخاصة الزواج والطلاق من القضايا المعقدة جدا والتي تحتاج إلى إجراءات و شروحات خاصة ، و هل يمكن لولي الزوجة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا؟ و في حالة الإجابة بالنفي، هل يجوز أن يسمع القاضي الزوجة القاصرة الحدث دون حضور وليها؟"⁶⁴

" كما أن تحديد سن الزواج بـ 19 سنة بالنسبة للرجل يطرح إشكالية تحمل أعباء الحياة، خاصة و أنّ الواقع المعاش في المجتمع الجزائري غالبا ما يكون فيه الرجل غير متحصل على عمل في هذا السن، بحيث أنّ هناك من النصوص القانونية التي لا تسمح بتبوء مناصب عمل وامتهان مهنة حرة للشباب أقل من 23 سنة".⁶⁵

⁶⁴ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.15.

⁶⁵ - أنظر، يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، سنة 2011، ص.12.

و ما يمكن قوله أنّ المشرع لم يكن ملزما بأن يساوي بين الرجل و المرأة من حيث سن الزواج، ولم يكن مجبرا بأن يساوي بين أهلية الزواج و سن الرشد المدني.

و عليه، فإن تحديد سن الزواج يفترض فيه أن يخضع لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائرية، يشترك فيها كل من علماء الاجتماع، و أطباء، و رجال دين و قانون، و ذلك للوصول إلى

الأفضل و تفادي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية، ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة لأبناء هؤلاء⁶⁶.

هذا و نجد إشكالا آخرًا يتمثل في عدم تحديد المشرع للجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج⁶⁷، الأمر الذي يدفع الكثير من الأشخاص ممن يدركون عدم وجود مصلحة أو ضرورة في زواج الصغار إلى إبرام الزواج قبل بلوغ السن المطلوبة قانونًا⁶⁸، ومن ثم تسجيله فيما بعد بحكم قضائي مادام الزواج العربي معترفًا به بموجب المادة 22 ق.أ، و يجوز إثباته بحكم قضائي، فلا صعوبة تذكر في تجاهل السن القانونية، و من ثم ضرب الإذن بالزواج بعرض الحائط.

و بالتالي يمكن القول بأن الزواج العربي أو زواج الفاتحة الذي يتم خارج الدوائر الرسمية، و اعتراف المشرع يعتبر طريقًا سهلاً لتجاهل الإذن بالزواج و من ثم عدم جدوى الجزاء على مخالفة السن.

⁶⁶ - أنظر، نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية و الإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2009-2010، ص.177.

⁶⁷ - فالمشرع لم يضع جزاء مترتبًا على مخالفة هذه السن، لا في المادة 07 من قانون رقم 11/84، ولا في تعديله لهذا النص بموجب الأمر رقم 02/05.

⁶⁸ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.27.

و رغم أنّ المشرع قد راعى مصلحة الفرد والمجتمع في تحديده لسن الزواج، إلا أنّه لم يضمن الأرضية اللازمة لاحترامها، من خلال إغفال الجزاء المترتب على مخالفتها⁶⁹، وإقراره للزواج العربي و الذي يكون من أسبابه مخالفة السن نظرًا لتسرع الأولياء في تزويج أبنائهم قبل بلوغ سن الرشد القانوني، الذي هو نفسه سن الزواج الذي حدده المشرع، مما يجعلهم يرون في الحصول على الإذن عبئًا ثقيلًا على عاتقهم، من شأنه أن يؤخر هذا الاستعجال⁷⁰.

و لعلّ السبب في عدم تنظيم المشرع من خلال المادة 7 من ق.أ. لجزء مخالفة السن، يعود إلى الطبيعة القانونية التي أضفاها على هذا الشرط، ضمن شروط عقد الزواج التي أدرجها في المادة 9 مكرّر من نفس القانون، والتي تقضي بأنّه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، و مع ذلك، فإنّ اعتبار هذه المسائل شروطاً لتكوين الزواج، لم يمنعه من تنظيم حكم العقد المبرم مع مخالفة هذه الشروط جميعاً بمقتضى المواد من 32 إلى 35 من ق.أ. 71، باستثناء شرط الأهلية، مما يوحي بأنّ هذا الأخير ليس إلا تكليفاً فرضه المشرع على الزوجين، في إطار الإجراءات التنظيمية الإدارية.

69- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، بن عكنون، الجزائر، سنة 2000، ص.19؛ عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات قرطبة، الجزائر، سنة 1428 هـ - 2007 م ، ص.08؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.183.

70- فإن كان كلا الزوجين أقل من السن القانونية التي حددها المشرع الجزائري ب19 سنة وفقاً لمقتضيات الم07 من ق.أ، فإنّ زواجهما الرسمي لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة موطن طالب الترخيص، و هو ترخيص كثيراً ما يتجنب الزوجان استصداره، وحتى لو تمّ تقديم طلب للحصول عليه، فقد يرفض لعدم استيفاء شروط منحه، فيلجأ الزوجان إلى الصيغة التقليدية للزواج (زواج بالفاتحة أو بما يسمى بالزواج العربي)؛ أنظر، حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العربي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، بليدة، 2009، العدد 01 ، ص. 132-133.

71- حيث تنص م 32 ق.أ: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناقض ومقتضيات العقد"، و تنص م 33: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بعد صداق المثل"، و تنص م 34 ق.أ: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده وترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء"، و تنص م 35 ق.أ: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً".

إذن الملاحظ مبدئياً على قانون الأسرة أنّه لم يرد فيه نص صريح بشأن الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج، و إنما استخلصناه من قراءتنا للقواعد العامة والمتمثل في قابلية عقد الزواج للإبطال، يحوله الزواج العربي إلى جزء عديم الجدوى، وحتى وإن تصورنا بأن المشرع سيتدارك عدم مراعاته مصلحة الفرد و المجتمع بوضع نص خاص يتكلم فيه صراحة عن جزاء خاص بمخالفة السن المحددة قانوناً للزواج، ومن ثمّ إعطائها القيمة القانونية اللازمة لها، فإن ذلك لن يجدي نفعاً

مع بقاء ما تقضي به المادة 22 من ق.أ من إمكانية إثبات و تسجيل عقد الزواج العرفي بحكم قضائي، لاسيما و أنّ المشرع لم يضع أي شرط خاص لإثبات مثل هذا الزواج⁷²، و الأغرب من ذلك أنه حذف شرط الإثبات بحكم إذا توافرت أركان وشروط هذا الزواج في تعديله للمادة 22، وربط حالة عدم تسجيل الزواج بتثبته بحكم قضائي فقط⁷³.

وفي سياق آخر، يرى الأستاذ تشوار جيلالي: " أنّ الاعتراف للقاضي بمنح الإذن في الشرط الثاني من المادة 7 من قانون الأسرة لا يثير في حد ذاته أي إشكال يذكر طالما نصت على مبدئه النصوص القانونية، فالإشكال يثور في عدم تحديد القاضي المختص بذلك"⁷⁴.

⁷²- إنّ المادة 7 من ق.أ أثارت الخلاف بين الشراح على الجزء المترتب عن مخالفتها، حيث رأى الأستاذ محمد محدة في كتابه: الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، بأنّ المشرع لا يعط لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة، وأنّ ذلك لا يجدي نفعاً، خاصة عند علمهم بما تنص م 22، فقد يتم العقد شرعاً قبل بلوغ الفتى والفتاة السن القانونية، وبعد فترة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائياً أمام المحكمة بعد اكتمال السن القانونية، وهناك من ذهب على النقيض مما تقدّم، كالأستاذ عبد العزيز سعد و الدكتور بلحاج العربي، إلى أنّ المشرع قد أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية اللازمة وذلك بواسطة قانون 29 جوان 1963 المحدث لسن الزواج وإضافته لعقوبة؛ أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.130؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.24؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.62.

⁷³- حيث كانت تنص م 22 قبل تعديلها على ما يلي: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون و يتم تسجيله بالحالة المدنية"، إلا أن م 22 بعد تعديلها أصبحت تنص على ما يلي: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

⁷⁴- و بهذا الخصوص تجب الملاحظة أنّ هذه السلطة كانت تمنح بمقتضى الأمر الصادر في 1959/02/04 إلى رئيس محكمة المرافعة الكبرى، أما قانون 1963/06/25 كان يمنحها لرئيس المحكمة و لكن بعد استشارة وكيل الجمهورية. أما في فرنسا ومقتضى قانون 1970/12/23 أصبح وكيل الدولة الموجود بالمكان الذي سيرم فيه الزواج هو المختص إقليمياً لمنح الإذن الذي نحن بصددده هنا، بعدما

و عليه، يؤخذ على هذه الفقرة أنّها عبرت عن حق القاضي في منح الإذن عند عدم اكتمال المقبل على الزواج السن المحددة في الشرط الأول، دون تحديد صراحة القاضي المختص بسلطة الترخيص، أيرجع الاختصاص هنا إلى قاضي شؤون الأسرة أم إلى رئيس المحكمة؟.

للإجابة على هذه الأسئلة، نقول إن الواقع العملي يوكل هذا الاختصاص لرئيس المحكمة ضمن ما يعرف بالسلطة أو الأوامر الولائية، و أنّ المنطق والمصلحة الفعلية يقضيان بأن يوكل

الأمر لقاضي شؤون الأسرة، لدرايته وخبرته في هذا المجال، مستعينا في ذلك بآراء المختصين من الأطباء المؤكدة على قدرة المأذون له على تحمل الأعباء الجسمانية والنفسية للزواج وكذا قدرته على التصرف في الأمور⁷⁵، و هذا ما نصت عليه المادة 425 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة".

و فوق هذا و ذلك، كان بإمكان القول أنّ القاضي الذي قصده المشرع في المادة 07 من قانون الأسرة هو قاضي شؤون الأسرة، وهذا ما نفهمه عند تصفحنا للمواد 40، و 49، و 52، و 53، و 54، و 55، و 56، و 57، و 79، و 3/87 المعدلة من قانون الأسرة،

كان الأمر قبل ذلك يرجع إلى رئيس الدولة؛ أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، رقم 10، الهامش رقم 01، ص.106.

⁷⁵ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.105-106.

و نص المادة 424 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷⁶، إذا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص، و ذلك خلافاً للفقرة 3 من المادة 8 المعدلة من ق.أ التي أشارت صراحة إلى القاضي المختص بشأن التعدد وهو رئيس المحكمة⁷⁷.

أما النقطة الثانية التي يمكن ملاحظتها على نص م 07 من ق.أ، أنّ المشرع لم يحدد السن الأدنى للزواج في حالة الترخيص بزواج القاصر، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى حالة زواج الصغار، لأنّ م 222 من ق.أ تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام

الشرعية الإسلامية، و أنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحة زواج الصغار مّن دون سن البلوغ ودليلهم في ذلك قوله تعالى: " وَ اللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ "78.

ويقصد هنا بـ " اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ "، حسب المفسرين، الفتاة الصغيرة79.

و لذلك كان حريا بالشارع الجزائري أن يسلك- بالنسبة لأفراد هذه الفئة- عين الطريق الذي سلكه من قبله المشرع السوري من حيث المبدأ فقط، و أن يراعي فيما

76- تنص المادة 424 من ق.إ.م.إ على ما يلي: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهرة على حماية مصالح القصر".

77- تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص.106.

78- سورة الطلاق، الآية الرابعة.

79- و ذلك خلافا لما يراه عدد قليل من الفقهاء، منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي و أبو بكر الأصبم، الذين قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا يترتب على مخالفته البطلان، إذ أنّ القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى: " وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"، سورة النساء، الآية السادسة؛ و يتضح من هنا أنّ الله سبحانه و تعالى جعل بلوغ سن النكاح علامة على انتهاء الصغر؛ أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، الهامش رقم 03، ص.106-107؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 1983، ص.145؛ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.5، ص.57-59.

يقرره من حلول ما ألقى على أطراف العقد من واجبات والتزامات وعواقب الزوج، إذ أننا ولو كنا نقرّ المشرع السوري على مبدئه من تحديد السن الأدنى في حالة الترخيص بالزواج، إلا أننا لا نستطيع مجاراته في السن المحددة من قبله وهي 15 سنة للفتى و13 سنة للفتاة⁸⁰، بحيث أنّ هذا التحديد ينطوي على الشيء الكثير من التجاوز من حيث تطبيقه في الوقت الحاضر، فمصلحة الأطراف أنفسهم والمجتمع، تقضي بعدم تحويل القاصر حق الزواج إلا عند بلوغه سنا

معينة يتأكد من خلالها قدرته الجسمية على تحمل التبعات التي يفرضها عقد الزواج وتمتعه بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب هو مقبل عليها.

و من المستحسن، لو جعل المشرع الحد الأدنى لسن الفتاة 17 سنة كاملة ولفتي 18 سنة، و أنه يمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك⁸¹.

كما أنّ الملاحظ على نص م 07 ق.أ، أنها تكلمت عن حالة الضرورة والتي بموجبها يمنح القاضي الإذن بالزواج للقاصر، إلا أنّ المشرع لم يحدّد مفهوم حالة الضرورة، وترك للقاضي بماله من سلطة تقديرية واسعة، على اعتبار أنه من أولي الأمر المختصين بتفسير القانون والبحث عن نوايا ومقاصد المشرع في النصوص القانونية سعياً لإزالة الإبهام وحل النزاع⁸².

⁸⁰ - إذ تنص المادة 18 من ق.أ.ش السوري على أنه: " إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله 15 سنة أو المراهقة بعد إكمالها 13 سنة و طلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسديهما"، ويلاحظ أن المشرع السوري قد أبقى على نفس صياغة هذا النص في المادة 45 من مشروع ق.أ.ش السوري الذي أعدته اللجنة المكلفة بموجب قرار السيد رئيس مجلس الوزراء، رقم 2437 المؤرخ في 2007/6/7.

⁸¹ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص. 106-107.

⁸² - نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، المرجع السابق، ص. 21.

و ما يمكن قوله أنّ تقدير المصلحة و الضرورة التي هي مناط الترخيص تعتبر معياراً نسبياً يتغير بتغير الزمان و المكان والأشخاص⁸³، وعلى القاضي أن يدرس الطلبات المعروضة حالة بحالة، وأن يكون حذراً في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وألا يعطي الترخيص إلا إذا كانت دواعي المصلحة والضرورة ثابتة، كما لا يصحّ له في المقابل أن يتعسف في استعمال سلطته مادام الإذن لا يمس بصالح المجتمع و مصالح الأطراف أنفسهم، و بذلك يكون المشرع قد منح

القاضي ثقة كاملة وصلاحيه واسعة لرفض قبول طلبات الإعفاء من السن المحددة قانونا للزواج، دون إلزامه بتسبيب رفضه أو قبوله، كما أنّ القرار الذي يتخذه لا يقبل أي وجه من وجوه الطعن أو المراجعة⁸⁴.

و بذلك فإنّ ضابط المصلحة والضرورة ليس بالمسألة الهينة، لاختلاف وجهات النظر وعدم توحيدها بشأنها، و لسنا بصدد ترجيح وجهة نظر عن أخرى، إلا أنّه يمكن الاستعانة بظروف طالبي الإعفاء، كأن تكون الفتاة في حاجة إلى من يعولها، مما قد يجعلها عرضة للاستغلال أو الانحراف، أو تكون يتيمة ذات مال فتكون مطمعا للغير وعلى رأسهم وصيها.

أما إذا تعلق الأمر بفعل هتك العرض، أو الاغتصاب الواقع على القاصر حسب مقتضيات المادة **336** من قانون العقوبات⁸⁵، فإنّ الترخيص في هذه الحالة لا يعدو أن يكون زواجا

⁸³ - أنظر، عبد الرحمن بن سعد الشترى، حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة وتحديد سن الزواج، ط.2، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، سنة 1431-2010، ص.17.

⁸⁴ - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة.1996، ص.103.

⁸⁵ - تنص المادة **336** من ق.ع على ما يلي: " كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات و إذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

صوريا غايته الأولى والأخيرة ستر الفضيحة الأخلاقية، وإفلات الفاعل من العقوبة، فهو بهذا بعيد عن الأهداف الحقيقية للزواج والتي أهمّها السكينة والطمأنينة فكيف لهذه الغايات أن تتحقق في رابطة بين الجاني والمجني عليه⁸⁶.

كما أنّ الإشكال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المبعدة، حيث أنّه ورد في الفقرة الأولى من المادة 326 من قانون العقوبات على أن : " كل من خطف أو أبعده، أو حاول اختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة و ذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2,000 دينار.

و إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله".

فالمشرع بعد أن جرّم فعل الاختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراثة بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة، ذلك أنّه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تُتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ثم تراجع خطوة ثانية وقال : " لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"، وكأن إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما، عمل يزيل الصفة الجرمية⁸⁷.

⁸⁶ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 47-48؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 181.

⁸⁷ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 67-68.

والواقع أنّ رضا الطرفين نجده معيبا، فالزوج الخاطف يعلن إجابته بالزواج بالمخطوفة تهربا من المتابعة الجزائية، أو ربما قصد إبرام زواج مؤقت، والزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد التستر على نفسها.

هذا إضافة إلى إشكالية الضرورة والمصلحة التي تقدر لمنح الترخيص، والتي يختلف تقديرها من قاضٍ إلى آخر، فما يعتبر ضرورة عند أحدهم، قد لا يعد كذلك عند الآخر، ناهيك عن اختلاف المصلحة والضرورة من منطقة إلى أخرى، على اعتبار أنّ الأعراف والتقاليد والعادات تختلف في ربوع الوطن الجزائري من منطقة لأخرى، وبهذا نكون في مواجهة إشكالية التفاوت في منح التراخيص حتى لا نقول تناقض⁸⁸.

لكننا نقول في الأخير، أنّ كل هذه الملاحظات والتي كان الهدف منها تفعيل المادة 07، لا فائدة منها، لأنّه في ظل وجود م 22 من ق.أ، يمكن تخطي وتجاهل هذا الإذن بما يحمله من ضوابط تحكمه، أو يفترض فيها أن تحكمه عن طريق إبرام زواج الفاتحة (الزواج العرفي)، ثم بعد فترة يتم تثبيته قضائيا دون أية مشاكل، ومن ثم العبث بمصلحة القصر، التي قد ينتج عنها في الكثير من الأحيان مطلقات قبل بلوغهنّ سن الزواج، لاسيما وأنّه في الكثير من الحالات يكون عدم التكافؤ صارخا بين الرجل والقاصرة ويصر الولي على تزويجها له، ليس لسبب إلا لكونه ثريا، كما قد يجمع الأمر بين الإذن بالزواج للقاصرة و رخصة التعدد إذا كان متزوجا، فيجد في الزواج العرفي ملاذا من كل هذه القيود.

هذه بصفة عامة الإشكالات المثارة حول المادة 07 و المتعلقة بتحديد سن الزواج، فما هي أهم الإشكالات المتعلقة بالشهادة الطبية قبل الزواج طبقا لما نصت عليه المادة 07 مكرر من قانون الأسرة؟.

⁸⁸ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.42؛ نزار كريمة، المرجع السابق، ص.181-182.

ب- الشهادة الطبية قبل الزواج (المادة 07 مكرر من قانون الأسرة):

نظرا إلى التقدم العلمي في مجالات كثيرة، ومنها الطب و علم الوراثة وهندسة الجينات وما نتج عن ذلك من القدرة على الكشف المبكر عن الأمراض المعدية المختلفة، و معرفة الأشخاص

الحاملين لجينات الأمراض الوراثية، ومنه حفظ النسل من انتقال تلك الأمراض إليه، أو حمايته من التشوهات الخلقية و الإعاقة العقلية و الجسدية، وذلك من أجل تحقيق الهدف الأسمى وهو المحافظة على تماسك الأسر ودوامها واستقرارها، لأن الزواج عبارة عن بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة الزوجية⁸⁹.

ويعرف الفحص الطبي لغة : بأنه البحث الدقيق عن الأمراض و العيوب الخفية من أجل مداواتها ومعالجتها.

أما الفحص الطبي في اصطلاح أهل الطب هو: "معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة والكشف المبكر للأمراض و هي في أطوارها الأولى"⁹⁰.

أما مصطلح الفحص الطبي قبل الزواج فيعني في علم الطب: "تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية للخطابين المقبلين على الزواج، تستند إلى فحوصات مخبرية⁹¹ أو سريرية⁹² تجرى لهم قبل عقد الزواج".

89- أنظر، أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج و الفحوص الطبية المطلوبة، المجلد الثاني، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة و القانون، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بفندق هلتون العين، 22-23 صفر 1423هـ/05-07 ماي 2002م، ص.867.

90- أنظر، صفوان محمد رضا علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص الفقه، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، 03 رجب 1425هـ- 19/08/2004م، ص.28.

91- الفحوص المخبرية تجرى للكشف عن : - الأمراض المعدية والأمراض الوراثية، والمزمنة وتناثر الزمر الدموية، وفحص السائل المنوي للكشف عن بعض حالات العقم عند الرجال؛ أنظر، أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، المرجع السابق، ص.869.

كما يمكن تعريفه بأنه عبارة عن: "فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، و يتم إجراؤها قبل عقد الزواج لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج

وحتى لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الخاطبين عالما بما هو مقبل عليه ومقتنعا به تماما"93.

و في تعريف آخر هو: "دراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الزوجين والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك، ويقتصر الفحص قبل الزواج عادة على الكشف عن الأمراض المعدية أو الوراثية المنتشرة"94.

و لقد فرضت بعض الدول⁹⁵ منذ نصف قرن أو أكثر وجوب الفحص الطبي قبل

⁹² - الفحوص السريرية: للكشف عن التشوهات الخلقية و لا سيما تشوهات الجهاز التناسلي التي تؤثر على العلاقة الجنسية بين الزوجين ، كما يمكن الكشف عن بعض حالات العقم أيضا؛ أنظر، أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي...، المرجع السابق، ص.869.

⁹³ - صفوان محمد رضا علي عضيبيات، الفحص الطبي قبل الزواج، المرجع السابق، ص.29.

⁹⁴ - أنظر، كمال طه مسلم، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2006، ص.557.

⁹⁵ - كانت البلدان الإسكندنافية أول من أصدرت عدة قوانين، تفرض على الراغبين في الزواج أن يخضعوا قبل كل شيء لفحص طبي، و أن يتبادلوا فيما بينهم نتائج هذا الفحص، كالقانون النرويجي الصادر في 1918/05/31، والقانون السويدي الصادر في 1920/06/11، والقانون الدنماركي المؤرخ في 1922/06/30؛ أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 01، ص.103. كما أن القانون النازي الألماني الصادر بتاريخ 1935/10/18، فرض الشهادة الطبية قبل الزواج لتحسين النسل ومنع الزواج على المصابين بالأمراض المعدية والعاهات العقلية، لأسباب عنصرية لا غير، وفي هذا الاتجاه سارت قوانين دول أمريكا اللاتينية، حيث منعت الزواج إذا كانت الأطراف المقبلة عليه بأمراض جنسية، أو السل، أو الجذام، أو السرطان؛ أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.104.

أما في فرنسا، فلقد تقدم الكثير من النواب باقتراحات لإحداث الشهادة الطبية قبل الزواج على البرلمان، فتقدمت بالاقتراح الأول الأستاذة بينار PINARD بتاريخ 1926/11/24 مقتضاه أنه يجب على كل مواطن فرنسي أراد الزواج أن يخضع للفحوصات الطبية، ولا يمكن تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية بالبلدية إلا بعد تقديم شهادة طبية تثبت خلوه من أي مرض خطير أو معدني لقرينه ونسله في المستقبل.

أما الاقتراح الثاني، فتقدم به النائب السيد دوفال أرنو DUVAL-ARNOULD سنة 1927، مضمون هذا الاقتراح: أنه على كل راغب في الزواج أن يقدم شهادة طبية تثبت أنه خضع للفحص الطبي، و يكون قرينه على علم بنتيجة الفحص الذي أجره الطرف الآخر، وبالتالي يقرر إتمام الزواج أو العدول عنه.

الزواج⁹⁶، و قد أخذت بهذا الإجراء بعض الدول العربية، حيث تعرض المشرع المغربي إلى الشهادة الطبية قبل الزواج، و ذلك في المادة 4/65 من المدونة الجديدة للأسرة التي تنص على ما يلي: " شهادة طبية لكل واحد من الخاطبين، يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزير العدل والصحة".

كما تعرض المشرع التونسي إلى الشهادة الطبية قبل الزواج في القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964 المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، حيث نص في الفصل الأول من هذا القانون على أنه: "لا يمكن لضابط الحالة المدنية أو العدول الذين وقع اختيارهم لتحرير عقود الزواج، أن يقوم بإبرام عقد الزواج إلا بعد أن يتسلموا من كلا الشخصين العازمين على الزواج شهادة طبية لا يزيد تاريخها على الشهرين تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج بدون أن تذكر بها إشارة أخرى".

أما المشرع السوري، فقد تعرض إلى الشهادة الطبية قبل الزواج في المادة 1/40 فقرة ج التي تنص على أنه: "يقدم طالب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق التالية، شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج".

وتقدم السيد كودار GODART باقتراح ثالث سنة 1931، يتضمن تقديم شهادة طبية يكون تاريخها أقل من شهر إلى ضابط الحالة المدنية بأن المعني بالأمر قد تم فحصه قصد الزواج؛ أنظر، مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، منشورات المركز الجامعي مصطفى اسطمبولي، معسكر، فيفري 2008، العدد 01، ص.66-67.

ولأول مرة، اعتمد المشرع الفرنسي رسمياً إحداث الشهادة الطبية قبل الزواج بتاريخ 1945/11/02 في الفقرة الثانية للمادة 63 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بموجب الأمر رقم 45-2720 التي تنص على أنه: "لا يمكن لضابط الحالة المدنية الشروع في إعلان الزواج، حتى في حالة الإعفاء من هذا النشر، إلا بعد تسلمه من طرف كل زوج شهادة طبية تثبت بأنهما فحصا من أجل الزواج، لا يزيد تاريخها عن الشهرين؛ أنظر، مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، المرجع السابق، ص.67-68؛ بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج...، المرجع السابق، ص.104.

⁹⁶ - أنظر، محمد علي البار، الفحص الطبي قبل الزواج والاستشارة الوراثية، نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية، المجلد الرابع، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، فندق هلتون العين، 22-23 صفر 1423هـ/05-07 ماي 2002م، ص.1539.

أما في السعودية، فقد قرر مجلس الوزراء بتاريخ 14 محرم 1422 هـ-2002 على ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج لمن يرغب في ذلك، وتوصي بالسرية التامة في توثيق هذه المعلومات وحفظها وتداولها⁹⁷.

و يلاحظ أن قوانين الأحوال الشخصية العربية اكتفت بالنص على أنه لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذا وجد بالآخر مرضا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكن المقام معه إلا بضرر، سواء كان المرض أو العيب موجودا قبل العقد أم حدث بعده، و يسقط حق كل منهما في التفريق أو الفسخ إذا علم بالمرض أو العيب قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده⁹⁸.

و لقد حذا المشرع الجزائري حذو الدول العربية التي سبقته إلى تقنين الفحص الطبي قبل الزواج، وقام بمقتضى تعديل قانون الأسرة إلى إدراج مادة جديدة تلزم الخاطبين بتقديم الشهادة الطبية قبل إبرام عقد الزواج.

حيث نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج. ويؤشر بذلك في عقد الزواج. تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم⁹⁹.

⁹⁷ - بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.106-107.

⁹⁸ - محمد علي البار، الفحص قبل الزواج والاستشارة الوراثية، المرجع السابق، ص.1539.

⁹⁹ - وهو المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، المتضمن الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

فمن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع جعل شرط تقديم الشهادة الطبية إجراء إلزاميا لكل من العروسين لإتمام إبرام عقد الزواج من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وعلى هؤلاء واجب قانوني يتمثل في التأكد من إجراء الفحوص الطبية من طرف المقبلين على الزواج، ومن علم كل طرف منهما بنتائج تلك الفحوصات، وبعد إبرام عقد الزواج يتم التأشير عن ذلك في العقد¹⁰⁰.

و لكن إذا تقدم المخطوبان إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج ولم يقدم أحدهما أو كلاهما الشهادة الطبية التي تثبت فحصهما وخلو كل واحد منهما من أي مرض، فإن جزاء عدم تقديم الشهادة الطبية هو أنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن تحرير مثل هذا العقد، ويحيط الزوجين علما بأنه لا يجوز له تحرير عقد مع تخلف أو إغفال شرط اشترطه القانون، وهو شرط تقديم الشهادة الطبية¹⁰¹.

"وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط، وقام بتحرير عقد الزواج فإنه يتحمل مسؤوليته عن مخالفة القانون¹⁰²، ويمكن أن يعرض نفسه للعقاب الإداري والجزائي"¹⁰³.

و مع ذلك فإنه إذا لم يمتثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون، وقام بتحرير عقد الزواج دون تقديم الشهادة الطبية، فإن العقد يكون صحيحا شرعا، ولا يمكن اعتباره

¹⁰⁰ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 52-53.

¹⁰¹ - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص. 53؛ بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 70.

¹⁰² - نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 على أنه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

¹⁰³ - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص. 59.

عقدا باطلا أو فاسدا قانونا¹⁰⁴، لعدم النص على ذلك في المرسوم التنفيذي المذكور.

كما نصّ المرسوم التنفيذي في مادته السابعة في فقرتها الأولى على أنه: " يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما و بالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج".

فمن خلال نص هذه الفقرة، فإنه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج أو الرجوع عنه طبقا للفقرة الثانية من المادة السابعة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

و ما ذهب إليه المشرع إنما كان بسبب ضعف الوازع الديني و الأخلاقي للمجتمع ونقص في الأمانة و الصدق. من جهة، و ما يشهده العصر من انتشار للأمراض الخطيرة والتي تكون سببا في تعطيل مقاصد الزواج وإلحاق الضرر بأحد طرفي العقد، من جهة أخرى¹⁰⁵.

¹⁰⁴ - و يرى الدكتور بلحاج العربي في هذه الحالة: " أنه يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب أو الأمراض (المادة 48 من قانون الأسرة)، أو التخليق للعيوب أو الأمراض (المادة 2/53 من قانون الأسرة)، كما أنه يجوز له طلب فسخ الزواج بسبب غلط في صفة جوهرية من صفات الشخص (المادة 9 و 33 من قانون الأسرة والمادة 82 من القانون المدني)، وهذا على اعتبار أن القدرة على العلاقات الجنسية هي الصفة أو السبب الرئيسي للتعاقد في عقد الزواج، كما أنه إخفاء عيوب وتشوهات وأمراض الأجهزة التناسلية كالعجز الجنسي، تحول للزوجة حق التخليق ويستجاب لطلبها دون تأجيل (المواد 4 و 53 من قانون الأسرة)؛ أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.118.

¹⁰⁵ - أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 1429-1430هـ الموافق ل2008-2009م، ص.432.

لكن الإشكال الذي يطرح هنا، هو أنّ المشرع في الفقرة 02 من المادة 07 من هذا المرسوم عندما ترك كامل الحرية للطرفين في إتمام عقد الزواج أو الرجوع عنه بعد علمهما بنتائج الفحوصات الطبية، يكون قد سمح لأحد الطرفين الذي تثبت الفحوصات بأنّه مصاب بمرض فتاك و معدي بالزواج رغم المرض، و هذا يتعارض مع مبدأ حماية واستقرار الأسرة، وحماية النسل التي تعتبر من مقاصد وأهداف الزواج.

وعليه، نقترح تعديل الفقرة 02 من المادة 07 من هذا المرسوم على النحو الآتي: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين، غير أنه يجوز تأجيل إبرام العقد إذا ثبت له أنّ المرض فتاك و قابل للانتقال يقينا إلى الطرف السليم، ويشكل خطرا مؤكدا على الذرية، و يكون التأجيل لفترة مؤقتة بمناسبة العلاج ولو أراد إبرام العقد في الحال".

كما أنّ المشرع من خلال الفقرة 01 من المادة 07 مكرر من قانون الأسرة والفقرة الأولى من المادة 02 جعل تقديم الشهادة الطبية في مدة 3 أشهر، إلا أن الإشكال هو أنّ هذه المدة تعتبر طويلة جدا، إذ قد يحصل فيها علاقة جنسية غير شرعية قد ينتج عنها أمراض عديدة، وعليه فمن المستحسن لو حدد المشرع تقديم الشهادة الطبية في مدة لا يزيد تاريخها عن أسبوع أو أسبوعين.

كما نصت الفقرة 02 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي المذكور على أنه: "يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم"، يلاحظ أنّ المشرع لم يحدّد من هو الطبيب المختص بإجراءات الفحص الطبي، هل هو من القطاع العام أم الخاص، مما يفهم منه أن الراغبين في الزواج لهم الاختيار في التوجه نحو القطاع العام المتمثل في المستشفى أو التوجه إلى العيادات الخاصة، ويمكن لكل واحد اختيار طبيبه الخاص، مما يفتح المجال للتلاعب بنتائج الفحص عن طريق التدليس والمحاباة والرشوة وغيرها، مما يلحق أضرار بالطرف الآخر

الذي قد تزوج بقرينه استنادا واستئناسا لنتائج الفحص الإيجابية، ورغم أن حق طلب الانفصال يبقى مكفولا له إلا أنّ ذلك لا يجبر ما لحقه من أضرار جسيمة سواء جسمية أو نفسية.

و في هذه المسألة كان من الأفضل إعداد وتجهيز مراكز طبية تابعة للدولة تختص بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج¹⁰⁶.

كما يلاحظ في الفقرة 02 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي أنّ المشرع فرض على الطبيب تسليم الشهادة الطبية حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم¹⁰⁷، إلا أنّ ما يلاحظ على هذا النموذج عدم اشتماله على رأي الطبيب في إمكانية زوال المرض ومدة العلاج.

كما أنه من خلال استقراء المادة 04 من المرسوم، نجد أنّ المشرع ترك اقتراح إجراء فحوص طبية بشأن الأمراض الوراثية للطبيب¹⁰⁸، كما لم يؤكد المشرع على بقاء الفحص الطبي سرياً، مع أنّ من أخلاقيات الطب وواجبات الطبيب حفظ أسرار زبائنه، لهذا كان على المشرع أن ينص صراحة على بقاء نتائج الفحص الطبي سرية.

¹⁰⁶ - "لما كانت مهنة الطب شريفة، وكان الاحتراز الطبي لا يمكن إجراؤه إلا على يد طبيب مجرب وذو خبرة واسعة لا بد إذن من توفير هذا الأخير، والعمل ما أمكن على الاستفادة من حكمته وتجربته في هذا المجال، وإلا حصرنا نتائج غير التي نتوخاها أو نتوقعها من هذا الفحص"؛ أنظر، ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2001، العدد 01، ص.284.

¹⁰⁷ - لقد وضع المشرع نموذجاً للشهادة الطبية ما قبل الزواج معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة؛ للإطلاع على هذا النموذج أنظر الملحق رقم 01 من هذه المذكرة.

¹⁰⁸ - تنص المادة 04 من المرسوم رقم 06-154 على أنه: "يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض. و زيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

أما المادة 05 من المرسوم نصت على أنه: "يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته و نتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقا للمادة 3 أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني".

من خلال هذه المادة، نلاحظ أنّ المشرع أزم الطبيب بتبليغ الشخص الذي خضع للفحص الطبي بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقا للمادة 3 من المرسوم إلا أنّ الإشكال هو أن المادة 3 تقتصر إجباريتها على نتائج الفحص الخارجي أو العيادي الشامل، وعلى تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus)¹⁰⁹.

وعليه، نقترح إضافة مادة جديدة تكون بعد المادة 05 من المرسوم، ويكون نصها كما يلي: " تتضمن الشهادة الطبية التي يحررها الطبيب المعني بفحص الخطيين بيانا وافيا على الأمراض الخطيرة و مدى انتقالها بالعدوى إلى الطرف السليم وتأثيرها في النسل وقابليتها للعلاج واقتراح الطبيب بالمدة المناسبة للمعالجة في حالة قابليتها للعلاج".

هذا و تجدر الإشارة إلى إشكالية عدم وجود الانسجام بين المادة 07 مكرر من قانون الأسرة مع المواد 2/6 و 18 و 22 من نفس القانون، ذلك أنه وفقا لمضمون المادة 2/6 من قانون الأسرة، إذا صاحب إعلان الخطبة و قراءة الفاتحة و وجود إيجاب و قبول بحضور الشاهدين والولي وذكر أو تحديد الصداق، فإن الزواج قد تم شرعا وإن لم يسجل قانونا.

و هنا طرح التساؤل، كيف يمكن تقنين الشهادة الطبية و إلزام المقبلين على الزواج بالامتثال للفحص الطبي حسبما جاء في قانون الأسرة والمرسوم التنفيذي المذكور سابقا، مع أنّ ظاهرة الزواج غير المسجل أو الزواج العربي ما زالت منتشرة في المجتمع الجزائري، و ما زال المشرع

¹⁰⁹-تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 على أنه: "لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه،

إلا بناء على نتائج:

فحص عيادي شامل،

- تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus) ."

يعترف بهذا الزواج و الذي يتم بالتأكيد دون وجود الشهادة الطبية، ذلك ما يخالف السياسة الشرعية للدولة في مجال إلزام الفحص الطبي قبل الزواج ويبدد من إيجابيات هذا الإجراء¹¹⁰.

و في الأخير نقول، أنه رغم ما للفحص الطبي قبل الزواج من فوائد جمة تعود بالنفع على الزوجين وذريتهما، إلا أنه لا يخلو من بعض السلبيات، يمكن التطرق إليها كالاتي:

1- إن كانت العلوم الطبية قد تطورت مع تطور واختراع الأجهزة الكاشفة للأمراض، إلا أنه رغم ذلك يبقى احتمال الخطأ في نتائج الفحص وارد مما يجعل وجود ضحايا للفحص قد تلحقهم أضرارا لا يمكن جبرها لاحقا.

2- " الفحص الطبي المطلوب قبل الزواج لا يبحث عن جميع الأمراض الوراثية وإنما يكون الفحص من مرضين أو ثلاثة إلى خمسة أمراض معروفة ومنتشرة في المنطقة التي يفحص بها، خاصة أنّ عدد الأمراض الوراثية يزيد عن 8000 مرض، وينتشر 03 % إلى 05 % من مجموع هذه الأمراض في أي مجتمع، ومن المستحيل إجراء فحص لهذه الأمراض"¹¹¹.

3- قد يؤدي هذا الفحص إلى الإحباط الاجتماعي، و يجعل حياة بعض الناس قلقة ومكتئبة و يائسة إذا ما تم إعلام الشخص بأنه سيصاب هو أو ذريته بمرض لا شفاء له من الناحية الطبية¹¹².

¹¹⁰ - إنّ من أهم إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج، أنه وسيلة وقائية فعالة للحد من الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة، و الذي يشكل حماية للأسرة والمجتمع من حيث أنه يضمن إنجاب أطفال أصحاء عقليا وجسديا، مما يجدد من نسبة المعاقين في المجتمع، كما يحدد قابلية الزوجين للإنجاب من عدمه، و معرفة الأسباب المحتملة للعقم حتى يطمئن الخاطبين، فيكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج من عدمه؛ أنظر، فاروق بدران، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، ط.3، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، سنة 1994، ص.84 وما بعدها.

¹¹¹ - صفوان محمد رضا علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، المرجع السابق، ص.21.

¹¹² - أنظر، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، والأحكام الفقهية المتعلقة به في منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية طبية قانونية معاصرة، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2012، ص.290.

4- تتعذر المحافظة على سرية المعلومات في مثل هذا الفحص نظرا لطبيعة ارتباطه بالعلاقات الاجتماعية و سهولة نشر نتائجه من قبل أقارب ومعارف الطرفين، وبخاصة عندما يتزامن مع فك الارتباط أو فسخ الخطوبة¹¹³.

5- تكاليف الفحص قبل الزواج باهظة إذا أردنا له أن يشمل طيفا واسعا من التحاليل المخبرية، مما قد يشجع على الغش فيه باللجوء إلى مختبرات خاصة تعطي شهادات غير صحيحة مقابل أجور زهيدة، لهذا يفضل أن يوكل للجهات الحكومية وأن يكون مجانا، مما يكفل حدا أكبر من النزاهة فيه¹¹⁴.

و رغم كل هذه السلبيات التي تم ذكرها، إلا أنّ ذلك لا يمنعنا من القول بأنّ الفكرة التي توخاها المشرع في فرض الشهادة الطبية على المقبلين على الزواج كانت طيبة، إلا أنّه وللوصول إلى النتائج المرجوة من ذلك يتعين على الدولة استخدام جميع الوسائل المادية والبشرية لنشر الوعي الصحي والمعلومة الصحية عن طريق وسائل الإعلام المختلفة¹¹⁵ و عن طريق المحاضرات و الندوات و المؤتمرات العلمية للتعريف بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج، حتى نكون مستعدين للإلزام بالفحص الطبي، ولا بد من إعداد الأجهزة الحديثة اللازمة لذلك.

كما أنّ ما ذهب إليه المشرع، يعد نظرة استصلاحية ملائمة للقواعد المقاصدية المرعية في الشريعة الإسلامية¹¹⁶، و تماشيا في ذلك مع ما تتطلبه ضرورة الحياة العصرية و ما تشهده من

¹¹³ - أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، المرجع السابق، ص.872.

¹¹⁴ - أنظر، أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص الطبية المطلوبة، المرجع السابق، ص.872؛ أسماء عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1420هـ-2000م، ص.88.

¹¹⁵ - أنظر، فائق البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010، ص.202.

¹¹⁶ - لقد كان للفقه المالكي السابق في التأكيد على هذا الشرط عندما جعله من شروط صحة الزواج، وذلك لما نص عليه فقهاء المالكية باشتراط أن لا يكون أحد الزوجين مريضا مرضا مخوفا؛ أنظر، الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج.1، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، سنة 2001، ص.548.

تطورات علمية على الخصوص، و يتأكد القول بالإلزام في حالة زواج المرأة بأجنبي، أو زواج الرجل بأجنبية من بلد غير بلديهما¹¹⁷.

هذه بصفة عامة أهم الإشكالات المثارة حول الأهلية في عقد الزواج، سواء من حيث تحديد السن القانونية للزواج (المادة 7 من قانون الأسرة)، وتقديم الشهادة الطبية قبل الزواج (المادة 7 مكرر من قانون الأسرة)، و لنا أن نتساءل عن أهم الإشكالات المتعلقة بالولاية في الزواج؟

¹¹⁷ - أنظر، عبد الحميد قضاة، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط.1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، سنة 1414 هـ - 1993 م، ص.45.

ثانيا- الإشكالات المتعلقة بالولاية في عقد الزواج:

نبين في هذه النقطة إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة (أ)، و إشكالية الولاية في الحضانة (ب).

أ- إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة:

تعتبر الولاية¹¹⁸ من بين أهم المسائل التي حظيت بنقاش حاد¹¹⁹، و لم يثر الجدل

¹¹⁸ - الولاية بكسر الواو هي الخطة والإمارة والسلطان، والولاية بفتح الواو هي النصرة، وقال سبويه: الولاية (أي بالفتح) المصدر، والولاية (أي بالكسر) الإمارة و البقابة ، أما الولاية شرعا: هي سلطة شرعية يملك بها القادر على التصرف رعاية شؤون غيره، فيدخل في هذا التعريف ولاية السلطان على الأمة، و ولاية الرجل على أولاده لتربيتهم، وتزويجهم، وحفظ أموالهم؛ أنظر، عوض رجاء العوني ، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، د.د.ن، سنة 2002، ص.25-26. وقسم الفقهاء الولاية إلى 3 أنواع: الولاية على النفس، وعلى المال، وعليهما معا، و لهذا رأى بعض الفقهاء المسلمين أنّ ولاية الاختيار في الزواج تثبت للولي على القاصرة وعلى البالغة الراشدة، لأنّ زواجها لا ينعقد بالإرادة المنفردة للفتاة، في حين يرى آخرون أنّ الفتاة البالغة وهي راشدة عاقلة يمكن أن تعقد زواجها بنفسها ولو في غياب وليها، تماشيا مع المذهب الحنفي؛ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.39؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 62 ؛ محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص.107؛ عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ص.164.

¹¹⁹ - أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011، رقم 12، ص.58.

على الساحة الاجتماعية والقانونية بخصوص قانون الأسرة بقدر ما ثار حول إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة¹²⁰، مما أدى إلى ضجة كبيرة حول هذه المسألة بين مؤيد ومعارض له¹²¹.

حيث أنّ المشرع كان ينص في م 11 قبل تعديلها على أن يتولى عقد زواج المرأة وليها، و هو أبوها فأحد أقاربها الأولين، و أنّ القاضي ولي من لا ولي له، ونص في الفقرة الأولى من المادة 11 بعد تعديلها بموجب الأمر رقم 05-02 لسنة 2005 على أنّ المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها، أو أي شخص آخر تختاره، ونص في الفقرة الثانية منها على أنّه "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له"¹²².

و مقارنة هذا النص المعدل مع النص السابق، فإنه يتبين أنّ المشرع غير عبارة "يتولى زواج المرأة وليها..." بعبارة "تعقد المرأة الراشدة زواجها..."، و بهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى صفة عاقدة، بحيث ينبغي أن تدي على موافقتها في الزواج شخصيا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق¹²³.

و بالتالي أعطت هذه المادة للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدها بنفسها، ولكن بحضور وليها الذي هو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره¹²⁴.

¹²⁰ - أنظر، زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل و بعد تعديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب، د.ع، د.س، ص.1-2، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.majalah.new.ma

¹²¹ - معروف عرابي محمد، قانون الأسرة ماله وما عليه، المرجع السابق، ص.128.

¹²² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.39.

¹²³ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.59.

¹²⁴ - أنظر، العربي شحط عبد القادر، قدور إبراهيم عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، دار الأديب للنشر والتوزيع، د.س.ن، الجزائر، ص.20.

غير أنّ المتأمل في نصوص قانون الأسرة، يستشف منها أنّ المشرع اعتمد موقفين متناقضين، بحيث من جهة، لم يستغن عن الولاية في الزواج كركن فيه، إذ رتب هذا "الشرط" تحت عنوان "أركان الزواج" بصيغة الجمع، بالرغم من أنه خصّ المادة 9 المعدلة من ق.أ بركن وحيد و هو رضا الزوجين؛ و من جهة أخرى، لم يرتب بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه الراشدة دون وليها، وهذا يستنتج من روح المادة 33 المعدلة¹²⁵ من ذات القانون التي ترتب بطلان الزواج إذا احتل ركن الرضا (فقرة أولى) أو غاب شرطان اثنان (فقرة ثانية)¹²⁶. هذا من جهة،

كما أنّ المشرع وقف من شرط الولي في إبرام عقد زواج المرأة الراشدة موقفا متذبذبا، فلا هو قرّر إلغاءه صراحة ولا هو قرر اشتراطه صراحة، مما يدل دلالة قاطعة على أنه قد تعرض إلى ضغوط متزايدة و من جهات مختلفة، و أنّه لم يستطع أو لم يحاول مقاومة هذه الضغوط¹²⁷ و اختار أن يقف هذا الموقف الغامض، من جهة أخرى.

هذا الموقف، والذي يجعلنا نطرح العديد من التساؤلات: هل هذا الولي غير معتبر قانونا؟ و أنّه إذا غاب لا يشترط حضوره و إذا حضر لا يستشار؟ ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته؟

¹²⁵-تنص م 33 المعدلة على أنّه: " يبطل الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

¹²⁶- تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.59.

¹²⁷- و من بين هذه الضغوطات، كضغط منظمات حقوق الإنسان على المشرع الجزائري، وتحديدًا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة - م 16 منها-، و الضغط أيضا من التجمعات النسوية التي تطالب بالمساواة بين الرجل و المرأة و كذلك العوالة و ما تلعبه من دور في فرض ثقافة واحدة و استبعاد ثقافات الأمم، و ما تطفي عليه اصطلاح حقوق الإنسان وإلزام الدول على تغيير قوانينها البدائية الهامضة لحقوق الإنسان بزعمهم؛ أنظر، زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، المرجع السابق، ص.20-21.

فما معنى أن تنصّ المادة 11 المعدلة على أنّ المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثمّ تقول بحضور ثمّ تضيف أو أي شخص آخر تختاره، فما هي الفائدة من حضور وليها مجلس عقد الزواج إذا لم يكن له تأثير في إبرام العقد؟ فهل يحضر ليكون شاهداً على عقد زواج ابنته و لو مع شخص لا يرضيه؟ ثم ما معنى عبارة أو أي شخص آخر تختاره؟ و هل يجوز للمرأة الراشدة أن تختار صديقاً أو أب خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها؟! و هل تشمل عبارة " أو أي شخص آخر تختاره" الذكر والأنثى وبالتالي قد يساء تطبيقها لعمومها؟

إنّ هذه المادة وإن كانت من الممكن أن تنسجم مع التشريعات الفرنسية في مجال عقد الزواج عندما تنص على أنّ عقد الزواج عقد مدني ينشأ عن اتفاق إرادتين اتفاقاً شخصياً حضورياً، فإنّها لا تنسجم مع واقع وتقاليد وموروثات شعبنا كشعب مسلم متمسك بثقافته الإسلامية¹²⁸.

قد يقول البعض أنّ المشرع ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، فيما يخص ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها، باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها، ولها حرية تفويض هذا الأمر لآبائها وأقربائها، ونحن نقول أنّ المشرع لم يأخذ بموقف الحنفية على إطلاقه، لأنّه تغاضى عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج إذا لم يكن المتعاقد معها كفوّاً، أو أنّ المهر ليس بمهر المثل، فالحنفية يجيزون للولي حق الاعتراض في هذه الحالة¹²⁹.

وهذا ما تبناه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 منه ما يلي: " إذا زوّجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفوّاً لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح"¹³⁰.

¹²⁸ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.42.

¹²⁹ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.60.

¹³⁰ - بقيت صياغة النص كما هي في مشروع تعديل ق.أ.ش السوري لسنة 2007، وأصبحت هذه المادة تحت رقم 53.

فالأصل أنّ أي تعديل يجب أن يتدارك سلبيات قانون سابق له، غير أنّ ما يلاحظ على تعديل المشرع الجزائري أنّه زاد الأمر تعقيدا، ذلك أنّ هذا النص بعيد كل البعد عن روح مجتمعنا بكل ثقافته و تقاليده وقيمه الدينية والتي سارت منذ زمن بعيد على اعتبار أنّ المرأة لا تزوج نفسها، و أنّ وليها هو الذي يزوجها و تحديدا "أبوها"، لذلك يمكن القول إنّ استناد المشرع على اختلاف المذاهب الفقهية يكون قد خالف آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين ولا سيما المالكيين منهم، و أنّه يكون قد عمل على تدمير قواعد التماسك العائلي و توليد الشقاق داخل الأسرة الواحدة، و على إيقاع فتنة العداوة بين الفتيات و آبائهم، إذ من المفروض أنّ أي تشريع يستمد من وحي مجتمعه بتقاليده وأعرافه، لكن هذه المادة بعيدة كل البعد عن واقع المجتمع الجزائري¹³¹.

وحبذا لو أنّ المشرعين الذين لا يعجبهم تزويج الولي لمن هي في ولايته أن منحوا هذا الولي المتعثر حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها كلما ظهر أنّها خرجت عن الطاعة وأبرمت عقد زواج مع غير كفء¹³²، أو أنه عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له ولها، مع العلم أنّ أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها في الأمر الواقع بقدر ما يهم أسرتها وأقاربها أيضا ، وأنّ ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر¹³³.

كذلك الإشكالات التي تطرحها الفقرة 01 من المادة 11 هي مشكلة الزواج العرفي و إثباته وخاصة في غياب الأهل والولي، على خلاف الزواج العرفي في ظل القانون القديم، فلو خيرنا بين إشكالات الزواج العرفي في ظل المادة 11 قبل التعديل، وبين المادة 11 بعد

¹³¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص.42-43.

¹³² - " نحن لانكر أنّ الفتاة هي صاحبة الشأن الأول في زواجها و أنّه لا يجوز لأبيها أو وليها أن يهمل رأيها أو يغفل رضاها أو يؤخر زواجها إذا خطبها كفء ذو دين وخلق ، إلا أنه في نفس الوقت يجب عليها أن تحترم رأي أبيها و أن يكون له حق الاعتراض إذا ثبت فعلا أنّ الرجل الذي تقدّم لخطبتها ويريد الزواج بها غير كفء؛ أنظر، يوسف القرزاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط. 11، مكتبة وهبة ، القاهرة، مصر، سنة 1977-1979، ص.147-148.

¹³³ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.43.

التعديل في غياب الولي، لاخترنا الأولى على الثانية، ذلك أنه في الأولى تكون المرأة برعاية الأب واحترامه لها واحترام الزوج، و بالتالي سهولة إثباته حتى في غياب الزوج ووفاته، بعكس نص المادة 11 بعد التعديل الذي تنفرد فيه المرأة بتزويج نفسها وغياب وليها وأهلها واحتمال هروب الزوج، و بالتالي يصعب إثباته حتى في وجوده -أي الولي- فما هو الحال في غيابه أو وفاته؟!، مما يترتب على ذلك عواقب وخيمة تكون فيه المرأة المتضرر الوحيد، فتصبح كالمعلقة، فهي لا متزوجة ولا مطلقة، وتصبح بين مشاكل إثبات زواجها وبين مشاكل الحصول على الطلاق من شخص أنكرك حتى وجود هذا الزواج، و بالتالي فإن هذه المادة لها أثر بليغ في إعطاء مفهوم آخر لبعض النساء تحت ستار حرية اختيار المرأة لشريك حياتها بمنأى عن أهلها و خصوصا يجعل سن الرشد في الزواج للمرأة 19 سنة، في ظل مجتمع يكثر فيه عبث شهواتهم¹³⁴.

وخلاصة القول بالنسبة لشرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، يظهر أنّ المشرعين واضعي تعديل 02-05 لا يريدون أن يكون للولي أي تأثير على عقد زواج المرأة الراشدة، ويستنتج ذلك من عبارة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها، بحضور وليها" في الفقرة الأولى من المادة 11 المعدلة، حيث لا معنى لحضوره إذا لم يكن له أي تأثير في زواجها، كما أن غيابه أو تغييبه عن مجلس عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا ولا فاسدا ولا موقوفا على موافقته!¹³⁵

و قد اختتم المشرع المادة بجعل القاضي ولي من لا ولي له، وهذا خاصة فيما يتعلق باليتامى وعديمي النسب، و لكن الإشكال الذي يطرح بقوة في ما يخص المناطق النائية التي تبعد عن المحاكم بمئات الكيلومترات كما هو الحال في صحرائنا الشاسعة، حيث يتعذر على الأشخاص التنقل إلى أقرب محكمة، فما هو الحل؟¹³⁶.

¹³⁴ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.97.

¹³⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.43.

¹³⁶ - لعناني سميرة، المرجع السابق، ص.82.

و في سياق آخر، لابد أن نشير بالأمر الذي استحدثه المشرع في قانونه الأسري والذي لم يعرف له مثيل¹³⁷، حيث منح الولاية لمن تسند له حضانة الأولاد، مما يطرح إشكالية تولي المرأة الحاضنة مباشرة عقد زواج محضونها، وهذا ما سنبينه في النقطة الموالية.

ب- إشكالية الولاية في الحضانة:

تنص المادة 87 المعدلة على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. و في حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد".

فالمشرع استعمل في الفقرة الثانية من هذه المادة لفظ الولاية على عمومها، حيث قال: "...يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، ولم يبين لنا المقصود بها، فهل أراد بها الولاية على النفس أم على المال أم كليهما معا؟.

فإذا كان المقصود بها الولاية على المال فالأمر لا يطرح إشكالا، أما إذا كان المقصود بها الولاية على النفس، فهنا قمة الإشكال وخصوصا إذا آلت الحضانة إلى الأم فكيف للمرأة أن تتولى مباشرة عقد زواج محضونها خصوصا إذا كان المشرع قد جعل الولاية للقصر بيد الولي، و هو الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، فإنه إعمالا بالمادة 222 ق.أ، لا يجوز لها أن تكون وليا في عقد زواج محضونها¹³⁸، لأنها هي ذاتها أو شخصا لا يمكن أن تتزوج ولو كانت مطلقة أو أرملة إلا بحضور شخص ذكر، وهذا عملا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم: " لا تزوج المرأة المرأة، و لا تزوج المرأة نفسها، فإنّ الزانية هي التي تزوج نفسها"¹³⁹، فأبي المادتين نطبق؟ أنطبق المادة 11 المعدلة أم نطبق

¹³⁷ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل، المرجع السابق، ص.60.

¹³⁸ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.84.

¹³⁹ - أخرجه ابن ماجة وابن خزيمة في صحيحه، وروي موقوفا من كلام أبي هريرة رضي الله عنه، ورجح وقفه ابن عبد الهادي .

يرى الأستاذ تشوار جيلالي بأن: "نص المادة 11 المعدلة هو نص خاص، أما نص المادة 87 المعدلة هو نص عام، ومنه الخاص يقيد العام¹⁴⁰."

لكن الإشكال سيقى مطروحا، لأنّ نص المادة 87 يسند الولاية لمن آلت إليه الحضانة، و في حالة الطلاق فإنّ الحضانة ستؤول إلى الأم، والمرأة لا يمكن لها في أي حال من الأحوال أن تكون وليا في عقد الزواج، لأنّه يشترط في الولي الذكورة وهذا باتفاق جمهور الفقهاء، وبالتالي فإنّ هذا النص - أي المادة 87- جاء مخالفا تماما لأحكام الشريعة الإسلامية، و من المستحسن لو أنّ المشرع وضع القاضي في مكان ولي المحضون، فالمصلحة العامة تقتضي تعيين القاضي كولي على المحضون وخاصة في مثل هذه الحالات.

وما يمكن قوله في الأخير، أنّ المشرع لم يُوفق في تنظيمه لأحكام الولاية في الزواج، ولم يراع تماما عادات و تقاليد المجتمع الجزائري المتشعبة بتعاليم الإسلام، كما أنه زاد الأمر تعقيدا بخلقه إشكالات عديدة ، منها:

-زواج المرأة بلا وليها سيني حتما العداوة بين المرأة وأهلها، فالأهل يحبون أن تشاورهم المرأة في موضوع زواجها، لأنهم يخشون أن تصيهم معرّة من ذلك خاصة إن وضعت عند غير كفاء.

- كما أنّ الواقع يبين بأنّ المرأة إذا تصرفت بهذا الشكل لن تجد من يقف إلى جانبها في حالة تعرضها للظلم و قد لا يقبلها أهلها إذا عادت إليهم، فهم لم يشاركوا في اختيار الزوج ولم يستشاروا في الموضوع.¹⁴¹

¹⁴⁰ -أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، أقيت على طلبة السنة الرابعة كلاسيكي، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الدراسية 2010-2011.

¹⁴¹ - أنظر، شمس الدين بوروي، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط.1، شركة دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، جانفي 2003، ص.95.

- و الأسوأ من ذلك أن بعض الرجال سيجدون أكبر فرصة للتلاعب بينات الناس، فالرجل يسهل عليه استغلال المرأة و الإيقاع بها، وسينشأ بهذا التلاعب الكثير من المشاكل العائلية والاجتماعية.

- كما سيؤدي عدم إشراك الأولياء في زواج بناتهم إلى الإضرار بالأطفال، فمن المعلوم أنّ هذا الزواج سينشأ عنه أبناء وبنات، ومن استقرارهم النفسي والعاطفي سلامة علاقتهم بالجد والجدّة والأخوال، فزواج المرأة بنفسها يؤدي إلى عدم الترحيب بمؤلاء الأطفال.

- كما سيؤدي عدم إشراك الأولياء إلى ارتفاع نسبة الطلاق، فغالبا ما تُحل الخصومة ما بين الأزواج بتدخل أوليائهم و عائلاتهم و تحكيمهم، وغالبا ما يؤدي هذا التدخل إلى الصلح بين الزوج والزوجة.

هذه بصفة عامة الإشكالات التي خلقتها المادة 11 المعدلة المتعلقة بالولاية في الزواج، فإذا كانت هذه هي إشكالات الولاية، فما هي إشكالات قيود تعدد الزوجات ؟

الفرع الثاني

إشكالات قيود تعدد الزوجات

سنتعرض في هذا الموضوع إلى إباحة التعدد في الشريعة الإسلامية (أولا)، ثم إلى الإشكالات المتعلقة بقيود تعدد الزوجات (ثانيا).

أولا- إباحة التعدد في الشريعة الإسلامية:

إنّ الإسلام ليس أول من شرّع تعدد الزوجات، فقد كان موجودا في الأمم القديمة عند اليونانيين و الصينيين و الهنود و البابليين و قدماء المصريين، و قد أباحته الديانة اليهودية دون حد، و أنبياء التوراة قد أكثروا من تعدد الزوجات، كسيدنا داود و سيدنا سليمان و سيدنا إبراهيم عليهم السلام،

و لم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح يُجرّم تعدد الزوجات، و كان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد¹⁴².

و عندما جاء الإسلام الحنيف كان لا بد من أن يعالج هذه المسألة، ولذلك فإنّ الإسلام لم يُنشئ هذا النظام، وإتّما هذبه وعدّله ونظّمه، ونزل به إلى أربع زوجات كحد أقصى، وفضّل عليه الاكتفاء بزوجة واحدة، كما أوجب العدل بين الزوجات عند التعدد، منعا للظلم والتعدي، حيث قال تعالى في سورة النساء: " وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ، ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا"¹⁴³، و على ذلك فالآية دالة على منع الزيادة فوق أربع نسوة كحد أقصى، وقد جاءت السنة النبوية الشريفة موافقة لهذا النص، فقد روي أنّ غيلان الثقفي أسلم، و تحته عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سِوَاهُنَّ"¹⁴⁴.

و لم نجد في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا بعده إلى يومنا هذا أحدا قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في زواج صحيح، فكان هذا بمثابة إجماع عملي على عدم جواز الزيادة فوق أربع زوجات رغم أنّ بعض الفقهاء أجازوا ذلك استنادا إلى فحوى النص القرآني المذكور¹⁴⁵.

¹⁴² - أنظر، محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص.192؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.106.

¹⁴³ - سورة النساء، الآية الثالثة.

¹⁴⁴ - أنظر، سنن الترمذي، حديث رقم 1140، ج.3، دار الكتب العلمية، د.س.ن، لبنان، ص.435؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.2، دار الفكر العربي، سنة 1987 ص.306؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.144-145.

¹⁴⁵ - أنظر، سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، بيروت، لبنان، سنة 1985، ص.122؛ بن شويخ الرشيد، ص.107.

وأما زواج الرسول عليه الصلاة والسلام بأكثر من أربع نساء، فهو أمر يختص به وحده ولا تشاركه فيه الأمة، حيث أن الله تعالى قد أباح له ذلك إلى أن وصل به إلى الحد الذي منعه فيه، حيث قال الله تعالى: "وَلَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ... " 146.

و قد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يتزوج لأغراض عديدة، منها التأليف بين القبائل المتخاصمة، ونشر الدين¹⁴⁷، و تشريع الأحكام كزواجه من مطلقة زيد بن حارثة الذي تبناه الرسول صلى الله عليه وسلم، و ذلك لكي يبطل قضية التبني وعدم اعتبارها من المحرمات، والله تعالى هو الذي زوجة إياها، ولم يتزوج هو من عنده، حيث يقول الله تعالى: " فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا " 148.

و عندما أباح الله تعالى التعدد في الزواج، اشترط فقط العدل بين الزوجات، لقوله تعالى: " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ... "، ثم يعود القرآن الكريم فينفي هذه الاستطاعة في العدل، حيث يقول الله تعالى: " وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدَرُّوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ " 149، إنَّ هذا الأمر قد دفع بالبعض إلى القول بأنَّ موضوع التعدد غير جائز، لأنَّ هناك تعارض في حكم الآية الأولى مع الثانية، و هو ما يدل على أنَّ الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الاستطاعة وضدها، وهو ما يعني أنَّ الله تعالى لم يبيح تعدد الزوجات.

146- سورة الأحزاب، الآية: 52.

147- أنظر، عبد الحميد شاكر، أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وأولاده، ط. 1، جروس برس، سنة 1996، ص. 91.

148- سورة الأحزاب، الآية: 37.

149- سورة النساء، الآية: 129.

لكن لو سلمنا بهذا الكلام فلن يستطيع أحد من المسلمين الزواج، لأنّ العدل مفروض حتى و لو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط، والحقيقة أنّه لا يوجد تعارض بين النصين، فالأول يشير إلى العدل المادي بين الزوجات في المبيت و المأكل و الملبس وكل ما يمكن للزوج أن يوفره لزوجاته بالتساوي، و هذا أمر يستطيع كل زوج أن يوفره لو أراد ذلك، كما أنّه مطالب به و يحاسب على ذلك، أما الآية الثانية التي تنفي استطاعة العدل بين الزوجات¹⁵⁰، فهو العدل القلبي وليس العدل المادي، ففطرة الإنسان دائما ميالة إلى الجمال والمحاسن ونحو ذلك¹⁵¹، و هذه الأمور قد لا تتوفر في الزوجات الأربع فرمما تتوفر لواحدة دون الأخرى وبالتالي تجد الرجل يميل أكثر إلى أحدهن دون الأخريات¹⁵².

و بهذا أباحت الشريعة الإسلامية تعدّد الزوجات، فالزواج كما شرعه الله تعالى فيه سكينة للنفس، وراحة للضمير والقلب، واستقرار للحياة، لكن قد تعترضه بعض العقبات على نطاق الأفراد والجماعات، فقد تصاب الزوجة بعقم أو مرض مزمن، أو تبتلى الأمم بكوارث ونكبات تفقد فيها شبابها، فيزيد عدد الإناث على الذكور¹⁵³، فما هو الحل؟

¹⁵⁰ -أنظر، سعيد حوى، الأساس في تفسير القرآن، ج.2، ط.5، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1999، ص.991؛ أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير، ج.1، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، سنة 1995، ص.551؛ أبي فرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد الميسر في علم التفسير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994، ص.132.

¹⁵¹ - و هذا ما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم : " تنكح المرأة لأربع، لما لها ولحسبها و لجمالها ولدينها، فاطفر بذات الدين"؛ أنظر، الإمام البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، رقم 4700، دار القلم، سنة 1987؛ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن ورد، صحيح مسلم، كتاب الرضاع رقم 2661، دار إحياء التراث العربي، سنة 1983.

¹⁵² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.107-108.

¹⁵³ - أنظر، صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص.538؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.138؛ عبد الحكيم خراب، تعدد الزوجات بين الشرع والتشريع، مجلة المنهاج، سنة 2007، العدد.1، ص.03.

إنّ الأمم الأجنبية وجدت الحل الرخيص، و ذلك حين أباحت المعاشرة الحرة بين النساء و الرجال دون قيد أو شرط، فسدت باب التعدد وفتحت أبوابا أخرى كالزنا¹⁵⁴، و كمثال على ذلك نجد أنّ المشرع الفرنسي نص في المادة 147 من تقنينه المدني على أنّه: "لا يمكن إبرام زواج ثاني قبل انحلال الأول"¹⁵⁵، و هذا المنع يشمل حتى رعايا البلدان العربية بحيث لا يحق لهم إبرام مثل هذا الزواج المتعدد فوق التراب الفرنسي لتصادمه مع النظام العام¹⁵⁶، و هذا ما نشرته مؤخرا وزارة العدل الفرنسية في موقعها الإلكتروني الرسمي، حيث قالت - باللغة الانجليزية- :

«The legal age of consent in France is 18 ;girls aged between 15 and 18 can married with the consent of at least one parent , but the government is planning to abolish this concession, non french citizens are entitled to be married in France, but divorcees and widows must wait 300 days after their divorce or the death of their spouses before being allowed to remarry»¹⁵⁷.

و هذا الحظر يشمل حتى الرعايا الفرنسيين ولو وجدوا في الخارج، فبالرغم من أنّ تعدد الزوجات صحيح في الجزائر و منتج لآثاره طالما تمّ بطريقة شرعية و بدون تحايل على القانون، لكنّ القضاء الفرنسي يرى غير ذلك إذا تعلق الأمر بطرف فرنسي أو أنّ العقد قد تمّ في فرنسا، إذ يعتبره مخالفا للنظام العام مما يفرض استبعاد القانون الأجنبي المختص ليحل محله قانون القاضي

¹⁵⁴ - أنظر، علي لين، الزواج العرفي شرعا وقانونا، المشكلة والحل، دار النهضة العربية، سنة 2007، ص40.

¹⁵⁵ - c.c.f. : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier »..

¹⁵⁶ - أنظر، شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، 2009، العدد 01، ص.48.

¹⁵⁷ - " إنّ السن القانونية المطلوبة للموافقة على الزواج في فرنسا هي 18 سنة، والفتيات التي تتراوح أعمارهن بين 15 و 18 سنة يمكن أن يتزوجن بموافقة أحد الوالدين على الأقل، و لكن الحكومة تخطط لإلغاء هذا الامتياز، و يحق للمواطنين غير الفرنسيين أن يتزوجوا في فرنسا، لكن بشرط أن يكون الزوجين في حالة طلاق أو يكون الزواج الأول قد انحل بالوفاة، و هذا الزواج الثاني لا يتم و لا يسمح به إلا بعد تحقق الشروط المذكورة"؛

المتمثل في القانون الفرنسي من أجل عدم الخروج عن الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع الفرنسي¹⁵⁸، والأمثلة عديدة في هذا الشأن نذكر على سبيل المثال¹⁵⁹ لا الحصر قرارا صادرا عن محكمة النقض في المسائل المدنية بتاريخ 06 جويلية 1988 في قضية "بعزيز" أين تقرر فيه أنّ: "المبادئ الفرنسية المتعلقة بالنظام العام تمنع تعدد الزوجات لشخص متزوج من فرنسية حتى ولو تمّ الزواج في الخارج"، إذ يفهم من هذا الموقف أن الجنسية الفرنسية عائق يمنع قبول تعدد الزوجات في فرنسا¹⁶⁰.

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنّها أباحَت تعدد الزوجات دون أن تجعل ذلك أمرا واجبا ولم تجعله مستحبا، وإثما ربطته بشرط الضرورة، كما أن حكمه ليس التحريم أو الكراهية، بمعنى أنّه لا يثاب على فعله ولا يذم على تركه¹⁶¹، مع أنّ الزواج الأمثل هو المفرد، لذلك لم يترك التعدد للممارسة العشوائية حيث وجدت القيود الشرعية الثلاث وهي: حصر العدد بأربع زوجات، العدل بين الزوجات، القدرة على الإنفاق والاستمرار فيها طوال الحياة الزوجية¹⁶².

¹⁵⁸-Voir, Andre -CHAPELLE, les fonctions de l'ordre public en droit international privé, these, Paris, 1979, p.305.

¹⁵⁹- لمزيد من التفاصيل حول موقف القضاء الفرنسي من تعدد الزوجات راجع :

Pierre MAYER , Droit international privé, 6^{ème} édition, Montchrestien, 1998, N°207- 209 -572-574-550-551 -575.

¹⁶⁰- " Il est vrai cependant que l'on a pu comparer la polygamie à la situation d'hommes divorcés et mariés ("polygamie successive"), d'autant que le droit français admet le partage de la pension de réversion après décès du mari entre l'épouse et l'ex-épouse si celle-ci ne s'est pas remariée après le divorce. (cf.y. liquette, revue critique de droit international privé, 1989, p.73, note sous cass. civ. 1ère, 6/7/1988, aff.B). cette solution. si elle est équitable au regard des droits acquis par première. Epouse sur la retraite de son mari pendant le temps qu'a duré le premier mariage, n'en aboutit pas moins à une répartition de la pension qui s'apparente à celle opérée entre les deux épouses d'un homme polygame. Par ailleurs, les ressortissant français de mayotte pouvaient jusqu'à loi du 21 juillet 2003 être polygames s'ils n'avaient pas renoncé à leur statut local musulman.

¹⁶¹- علي لبن، الزواج العربي شرعا وقانونا، المشكلة والحل، المرجع السابق، ص.40.

¹⁶²- إذ لا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج وتكاليفه، والاستمرار في أداء النفقة الواجبة للزوجة، لقوله صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج..." و الباءة مؤنة النكاح؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.168.

و من ثم يمكن القول أنّ التعدد في الإسلام ليس واجبا، ولا مندوبا، إنّما هو أمر أباحه الإسلام لمقتضيات ومبررات¹⁶³.

و تطبيقا لأحكام الشرع الإسلامي، فقد تبنت معظم الدول العربية نظام التعدد، و نجدها انقسمت في ذلك، إذ نجد غالبية دول الخليج تأخذ به دون قيد أو شرط¹⁶⁴، بينما نجد دول أخرى أخذت به مع التقييد منها الجزائر، المغرب، سوريا، العراق، بينما نجد أنّ تونس قد منعت التعدد¹⁶⁵.

فما هي هذه القيود التي وضعها المشرع الجزائري في تعدد الزوجات؟ وما هي الإشكالات التي تثيرها هذه القيود المنصوص عليها في المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة؟

ثانيا- الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات:

تنصّ المادة 8 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل. يجب على الزوج إجبار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

¹⁶³ - فالتعدد في التشريع الإسلامي علاج ووقاية، و هو مسلك وسط و قويم يتناسب مع الطبيعة البشرية و الفطرة الإنسانية؛ أنظر، أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.146-147.

¹⁶⁴ - أنظر، عبد الملك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، سنة 1427-2006، ص.108.

¹⁶⁵ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.189.

و قبل الخوض في إشكالات المادة 08 المعدلة ، أردنا أن ننوه إلى ملاحظة الأستاذ تشوار جيلالي حول هذه المادة، حيث عاتب على هذا النص أنه أراد تقييد التعدد بطريقة غير مباشرة في الزوجة الثانية فقط، و خير دليل على ذلك أنه يتحدث دائما عن الزوجة السابقة واللاحقة ولم يذكر الزوجات السابقات، حيث نصّ المشرع الجزائري في ف02 من المادة 08 : " أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها"¹⁶⁶.

و من بين هذه القيود التي فرضها المشرع لإمكانية التعدد أن يكون للمقبل عليه المبرر الشرعي¹⁶⁷، لكنّ الإشكال الذي يطرح هنا: ما هو نوع هذا المبرر الشرعي وما هو شكله؟ لاسيما و أنّ الشريعة الإسلامية لم تفرض أو توجب وجود المبرر الشرعي لإباحة التعدد¹⁶⁸، و من ثم لا يمكن أن نجد الحل بالإحالة إلى نصّ المادة 222 ق.أ، مع أننا نجد في هذا الشرط ضابطا لعشوائية التعدد، إلا أنّ المشرع لم يبين المقصود منه، حتى عند تعديله للمادة 08 ، ولم يحدّد المعيار الذي ينبغي أن يقتضي به القاضي في هذا المجال، تاركا بذلك لرئيس المحكمة الحرية التامة في ممارسة سلطته لتقدير المبرر الشرعي من عدمه¹⁶⁹.

و نظرا لكثرة التساؤل و الغموض الذي اكتنف شرط المبرر الشرعي عند صدور قانون الأسرة، أصدرت وزارة العدل منشورين لمعالجة هذا الإشكال، فصدر المنشور رقم 102/84 في 23 ديسمبر 1984 كتفسير للمادة 08، حيث وضح بأنّه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج بزوجة ثانية، أن يتحقق من توفر المبرر الشرعي، إذ يكتفي في

¹⁶⁶ - أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، ألفت على طلبة سنة أولى ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص معمق، سنة 2011-2012.

¹⁶⁷ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، المرجع السابق، ص.114.

¹⁶⁸ - أنظر، عبد الرحمن هرنان ، الأسرة الجزائرية بين الأصالة و المعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، سنة 1990، العدد رقم 02، ص.403؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضين في قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.28-29.

¹⁶⁹ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.114.

إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى، أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد¹⁷⁰.

و يلاحظ أنّ هذا المنشور الوزاري تجاهل مبررات أخرى كقصد العفة مثلا¹⁷⁰، و أضاف المنشور الوزاري الثاني تحت رقم 14/85 المؤرخ في 22 أوت 1985، أنّه خارج حالة مرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني، لاسيما في حالة رفض الزوجة الأولى، وللقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج الثاني أو رفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابلة للطعن، و أضاف هذا المنشور مبررا آخر لتعدد الزوجات، و هو إثبات وجود دعوى طلاق مرفوعة أمام القضاء بتقديم شهادة من كتابة الضبط¹⁷¹، إلا أنّ هذا يؤدي إلى إشكالية التحايل، فقد يقوم الزوج برفع دعوى طلاق، ثم يتركها بعد تسجيل عقد الزواج الثاني¹⁷².

و مع هذا نجد أنّ هذين المنشورين بقيا طيّ النسيان، ولا يتم العمل بهما، و بالتالي ما نخلص إليه، هو أنّ مسألة تقدير المبرر الشرعي ليست بالأمر الهين، فمهمة القاضي في هذا المجال تبدو عسيرة¹⁷³، لذا وجب على القاضي أن يكون حكيما واسع الأفق لمعرفة الدوافع التي أدت بالزوج إلى تقرير الزواج بامرأة أخرى خاصة وأنّ المشرع جعل الأمر بيده عندما قيّد التعدد بترخيص منه مبني على تقدير الشروط الواجب توافرها، فقد يكون السبب نزاع عابر بين الزوجين، و هنا يحاول بحكمته إصلاح ذات البين، بدلا من منح ترخيص بالزواج على أساس دوافع واهية، أما إذا تأكد القاضي من جدية دوافع الزوج كمرض الزوجة الذي يحول دون

¹⁷⁰ - تشوار جيلالي، نفس المرجع، ص. 114.

¹⁷⁰ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 192.

¹⁷¹ - أنظر، مجلة الموثق، سنة 2002، العدد 08، ص. 18.

¹⁷² - نزار كريمة، المرجع السابق، ص. 192.

¹⁷³ - أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص. 114.

قيامها بواجباتها الزوجية لفترة طويلة، أو عقمها بعد اليأس من العلاج، فمن الأفضل أن يمنح له الترخيص بالزواج بدلا من أن يدفعه إلى طلاق زوجته.

و بصفة عامة فإنّ نظرة القضاء في الجزائر تتجسد حول هذا المبرر الشرعي في كونه ذلك الأمر العام والمرن والداخل تحت حالات لا حصر لها، وهي خاضعة لتقديرات القاضي ورقابته فيها يخص شرعيتها أو عددهما¹⁷⁴، و ذلك يتماشى و محتوى قانون الأسرة، لأنه ما من إشارة حتى لمفهوم أو مضمون المبرر الشرعي¹⁷⁵.

و من بين القيود التي اشترطها المشرع على الزوج المقبل على الزواج من امرأة أخرى، إثبات قدرته على تحقيق العدل بين زوجاته، و واضح جلي من القرارات القضائية الصادرة خاصة عن المحكمة العليا أنّ العدل بين الزوجات من الأمور الضرورية التي لا يمكن الاستغناء عنها¹⁷⁶، كما أنّ المادة 08 تنصّ في جزء منها على إلزام توفر شروط العدل، وحكم الإلزام هذا إنما يستشف من صيغة الشرط التي جاءت بها المادة : "متى وجد...وتوفرت شروط ونية العدل"، فالمادة جاءت بهذه الصيغة لإضفاء الطابع الإلزامي، والإلزام قانونا يقابله الالتزام وهو: "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل"¹⁷⁷.

و مع ذلك لم يبين المشرع الإجراءات الكفيلة لتحقيق القاضي من هذا الشرط، كما أنّه لم يفسّر معنى شروط العدل من جهة؛ ولم يبين مشتملاتها، من جهة أخرى، ما يجعل الالتجاء لبعض

¹⁷⁴ -أنظر، العربي بلحاج، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، د.م.ج، الجزائر، سنة 2002، ص.93.

¹⁷⁵ - أنظر، جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2004-2005، ص.64.

¹⁷⁶ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.114.

¹⁷⁷ - أنظر، ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليلة، سنة 1998، ص.202.

الآراء الفقهية المفسرة اجتهادا للفظ القانوني لا غنى عنه، والذي بحسب بعضها العدل المادي¹⁷⁸ المستطاع الذي يتكون من ثلاث: و هي القدرة على الإنفاق¹⁷⁹ في المأكل والملبس والمسكن المناسب و المبيت ، فضلا عن المكوث في البيت¹⁸⁰ الذي قالت بإلزامه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " حيث أنّ الزوج لم يقيم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإنّ الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية..."¹⁸¹.

كما أنّ الإنفاق في وقتنا الحاضر لا يشمل هذه الأمور التي ذكرناها فحسب، بل يشمل كذلك التعليم و متطلبات حاجيات العصر الأخرى التي أصبحت من مستلزمات الحياة الاجتماعية عامة و الأسرية خاصة، و لكن، فأمام أزمة السكن التي تعيشها الجزائر منذ فترة طويلة، فإنّه من الصعب جدا أن يوفر الرجل العادي للزوجة الثانية ما يتطلبه الشرط الضروري والأول لإقامة التعدد والممثل في السكن المنفرد البعيد عن الضرة¹⁸².

178- أنظر، محمد عطوي، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، سنة 1987، العدد 12، ص.28.

179- و هو نفس المبدأ الذي فرضه المشرع المغربي، و هذا ما قالت به محكمة الاستئناف ب"الحسيمة" في قرار لها جاء فيه : "...وحيث انه بالرجوع إلى البحث الاجتماعي الذي أجري من طرف درك امزون بتاريخ 11/7/2005 تحت رقم 6928/2 والموجود ضمن أوراق الملف ، يتضح أنّ الحالة المادية للطالب تعتمد بالأساس على الميدان الفلاحي إضافة إلى مزاولته النشاط التجاري في بيع الخضرة و نقل البضائع عبر الأسواق الأسبوعية. وحيث ثبت للمحكمة من خلال البحث المشار إليه أعلاه أنّ الطالب (المستأنف) قادر على الإنفاق على أسرته..."؛ راجع قرار محكمة الاستئناف الحسيمة، الصادر بتاريخ 2006/6/6 ، رقم 294 ، العدد 2006/7/61 ؛ لمراجعة القرار بأكمله أنظر الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma

180- أنظر، عبد الرحمن البناء، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج.16، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.231.

181- م ع، غ.أ.ش، 1986/05/05، رقم 41445، غير منشور، مقتبس عن جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات، ص.54.

182- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.115.

"حيث تبين الإحصائيات في هذا الإطار، أنّ النقص في الشقق كان يقدر سنة 1976 بـ 552.000 وحدة سكنية، وبهذا انتقلت نسبة شغل الشقة من 1,6 أشخاص سنة 1966 إلى 1,7 أشخاص سنة 1977، وأن شغل الحجرة الواحدة انتقل في نفس الفترة من 2.6 إلى 3.2 أشخاص، و في سنة 1994 قدّرت وزارة السكن أنّ الجزائر بحاجة إلى 1.2 مليون وحدة سكنية وأنّ 21 مليون جزائري يعيشون في حالة اكتضاض داخل الوحدات السكنية، مما نتج عنه سنة 2000 أن معدل شغل الشقة أصبح من 7 أشخاص"¹⁸³.

و بناء على هذا الفهم الذي يتماشى مع واقع الأمور، فإنّ السلطة التقديرية التي يمتلكها القاضي في هذا الصدد تدفعه إلى البحث عن مجال قدرة المقبل على التعدد واستطاعته وملكه، هو توافره على الماديات التي ذكرناها، أي الشروط الضرورية للحياة الزوجية¹⁸⁴.

و ربما تكون رقابة القاضي على هذه الماديات أمرا سهلا، كالإطلاع على دخل الزوج من خلال شهادة كشف الراتب إن كان موظفا، أو من خلال رقم أعماله التجاري إن كان تاجرا، مع أنّ المشرع لم يحدّد المعايير التي يستند إليها القاضي لتقدير شرط توفير الشروط الضرورية للحياة، الأمر الذي يجعل القاضي يستعمل سلطته الواسعة في ذلك، مما يجعل هذه المعايير تختلف من محكمة إلى أخرى بل من قاض إلى آخر.

و نلاحظ أنّ المشرع نص على وجوب توفر نية العدل وليس العدل، ذلك أن النية تدخل في باطن النفس، أمّا العدل فيشتق من المظاهر الخارجية المادية، حيث أن الأول مستحيل التأكد منه، أمّا الثاني فيمكن للقاضي أن يتحراه.

كما يلاحظ أنّ القانون لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، هل تتم شفويا أم

¹⁸³ - أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص. 182-183.

¹⁸⁴ - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص. 115.

أم لا بد من إفراغها في قالب مكتوب؟

و في هذا الصدد يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: "أنه من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى و ترفق بالملف مع الوثائق الأخرى"185.

لكنّ الواقع أنّ العدل لا يمكن أن يتحقق القاضي منه إلا بعد الزواج وليس قبله، ويبقى تحري العدل لإباحة التعدد مسألة بين العبد وره¹⁸⁶، و لا مجال للرقابة القبلية عليه، ذلك أنّه أمر مستقبلي، و هو ما يصعب من مهمة القاضي إن لم يجعلها مستحيلة. و مع ذلك يمكن أن نتصور بأنّ القاضي يمكن له أن ينبّه الزوج بضرورة الالتزام بالعدل بين زوجاته، والعواقب الناتجة عن اللاعدل بينهن، لاسيما فيما يتعلق بإمكانية طلب الزوجة للتطيق، وكذا التعويضات عن كل الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بها، إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل بين الزوجات¹⁸⁷.

وحسب ما قضت به المادة 08 من قانون الأسرة أنّه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة بأنه يرغب في الزواج من امرأة أخرى، وإعلام المرأة التي يقبل على الزواج بها بأن في عصمته زوجة أو أكثر. إنّ المشرع تغاضى عن كيفية الإعلام وكذا المكلف بها، كما يلاحظ أنّه جعل من موافقة كل من الزوجة السابقة و المراد التزوج بها سببا لمنح رئيس المحكمة للرخصة بعد التأكد من قدرة الزوج على توفير نية العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، و هنا نتساءل عن سبب وجود عبارة "و أثبت الزوج المبرر الشرعي" ما هو محلها من الإعراب القانوني؟

فمادام المشرع قد ذكر في الفقرة الثانية من المادة 08، أنّ القاضي يمنح الترخيص بعد إخبار

¹⁸⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.112.

¹⁸⁶ - أنظر، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، المجلد الثاني، ج.3، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص.1064.

¹⁸⁷ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.194.

وليس موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، والتأكد من المبرر الشرعي وباقي الشروط، ثم ذكر أنه في حالة موافقة وليس إخبار الزوجة السابقة واللاحقة يمنح القاضي رخصة بالزواج، فهذا يعني أنّ الموافقة تحل محل المبرر الشرعي، ولا يتأكد القاضي سوى من باقي الشروط¹⁸⁸.

كما أنّ السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ماذا لو تعسّفت الزوجة في استعمال حقها وأبدت رفضها بدون مبرر شرعي سوى الإضرار بالزوج والغيرة العمياء، وأثبت الزوج المبرر الشرعي و قدرته المالية و كل الشروط الضرورية و اللازمة للتعدد، فهل يمتنع رئيس المحكمة عن منحه الترخيص بالزواج أم لا؟

من خلال اتصالنا ببعض القضاة، أكدوا لنا أنهم يمنحون الترخيص بالزواج في هذه الحالة، وهو رأي صائب، لأنّ القاضي يجب أن يكون دقيقاً ويحسن التقدير إذا رفضت إحداهما الزواج عليها خاصة الزوجة الأولى و مدى مطابقتها لرفضها لأحكام العدل والمصلحة العامة للمجتمع، فعلى القاضي أن يوازن بين قيمة المبرر الشرعي والقدرة على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، و بين موافقة الزوجة حتى يكون قراره عادلاً ومحققاً للغاية التي أباح القانون و الشرع لأجلها التعدد¹⁸⁹.

و مع ذلك رفعا لهذا اللبس، نقترح على المشرع أن يتدارك الأمر إما بالنص في المادة 08 أو مادة إضافية على كيفية الإعلام، أو يشير إلى أنّ التطبيق يحدده تنظيم لاحق ليضفي عليه طابع القوة ولا يحتج أحد بجهل وجوده¹⁹⁰.

¹⁸⁸ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.62.

¹⁸⁹ - مسمودي مراد وغريبي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص.12؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.195

¹⁹⁰ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.63.

ومن الأمور المستجدة في المادة 08، والتي أضافها التعديل الذي جاء في قانون الأسرة، شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد، واعتد بموافقة الزوجتين لمنح الترخيص، وهي كلها تعتبر قيوداً على حق الزوج في التعدد، كما أضاف التعديل ضمانات للزوجة السابقة، أين رتب على عدم استصدار الزوج لرخصة من القاضي وفق الشروط المحددة في المادة 8 من ق.أ عقوبة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول¹⁹¹.

لكن إذا كان المشرع قد وضع التعدد بيد القاضي أو قيده بترخيص منه يمنح وفقاً لتقديره ضوابط ذكرناها، فإننا في مقابل ذلك نتساءل عن الآثار المترتبة على مخالفة شرط الترخيص بالتعدد؟ وهل من شأن هذا الترخيص أن يضبط فعلاً عشوائية التعدد، ويقف سدّاً أمام جهلة نظام التعدد في الشريعة الإسلامية؟ أم أنه يمكن تجاوزه وتجاهله بطريق آخر ومن ثمّ ضرب كل القيود التي وضعها المشرع عرض الحائط؟ وهل رتب المشرع فعلاً جزاءً على مخالفة هذا الترخيص؟ أم أنه عبّد الطريق أمام المتحايين على القانون لتجاهل هذا القيد؟

لقد حاول المشرع الموازنة بين الرجل والمرأة من حيث منح هذه الأخيرة ضمانات كحق لها مقابل حقه في التعدد، فمنحها حق التطليق، وهو حق كان مقيداً في المادة 08 قبل تعديلها بعدم الرضا وليس بالتدليس كما هو الحال بعد التعديل بموجب المادة 8 مكرر¹⁹²، كما أنه يفهم من نص المادة 8 مكرر 1 بأنّ المشرع نص على ضرورة فسخ الزواج قبل الدخول، إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناءً على الشروط الواردة في المادة 8، بمفهوم المخالفة أنه إذا حصل دخول، فإن هذا الأخير يكون بمثابة إجازة لهذا الزواج الجديد، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إلا أن ترضخ للأمر الواقع أو تكتفي بطلب التطليق، هذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل حول قيمة هذا الترخيص الذي وضع له الكثير من الشروط والضوابط أمام نص المادة

¹⁹¹ - تنص المادة 08 مكرر 1 على ما يلي: " يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصاً من القاضي وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه. "

¹⁹² - تنص المادة 8 مكرر من ق.أ على ما يلي: " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق. "

8 مكرر 1 التي تعتبر بمثابة المنفذ لمن يريدون التعدد دون مبرر شرعي، أو الثغرة التي يتخذها هؤلاء متنفسا وملاذا من القيود التي وضعها المشرع للتعدد، لذلك نقول للمشرع ما فائدة كل هذه القيود مع وجود نص المادة **8 مكرر 1** التي يعمل بها بالتكامل مع نص قانوني آخر وهو ما نصّت المادة **22**، لأنه بدون هذا الأخير، لا يمكن تفعيل المادة **8 مكرر 1** من ذات القانون¹⁹³.

كما نجد أنّ المشرع اكتفى بحق التطليق دون أن يرتب أي جزاء على الزوج في حالة مخالفة مضمون المادة **8**، و أنّه علق التطليق على التدليس بدلا من عدم الرضا الذي كان يعلق عليه التطليق في المادة **8** قبل تعديلها، متناسيا بهذا أن يرتب على مخالفة شروط وقيود المادة **8** أية عقوبة جزائية أو حتى مدنية¹⁹⁴.

كما يلاحظ على المشرع عند منحه الزوجة حق طلب التطليق، لم يبين الأجل الذي يسقط به هذا الحق، و متى يتم احتسابه، على خلاف المشرع المصري الذي نص في المادة **11** من قانون الأحوال الشخصية على أنّه : " فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلقه بائنة، و يسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى... " ¹⁹⁵.

من هنا يمكن أن نفهم بأن المشرع ترك الأجل مفتوحا للزوجة لطلب التطليق، لاسيما وأنّه كرّس هذا الحق في نص المادة **6/53** من قانون الأسرة¹⁹⁶، دون أن يحدد فيها أجلا لذلك.

¹⁹³ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.198.

¹⁹⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.110.

¹⁹⁵ - أخذ عن، محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص. 207 .

¹⁹⁶ - تنص م **53** ف **6** : " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: .مخالفة الأحكام الواردة في م **8** أعلاه".

و ما يمكن قوله في الأخير، أنّ ما جاء به التعديل يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، لأنّه مادام المشرع يُبقي على الزواج العرفي، ويعترف بتسجيله قضائياً فإنّ الزوج الذي يريد الزواج بامرأة أخرى، و بكل بساطة يقوم بتجاهل كل القيود المفروضة بموجب المادة 08، فيبرم زواجه عن طريق الفاتحة، لأنّه لا مانع من ذلك بموجب قانون الأسرة، ثم يدخل بهذه الزوجة الجديدة، و من ثم يكون قد نبأ من كل القيود التي جاء بها قانون الأسرة، لأنّ المشرع أعطاه مفتاح التلاعب و حرق القانون وتجاهل كل الشروط المفروضة، عن طريق المادة 22 من قانون الأسرة.

ولهذا، فإذا أردنا تفعيل نص المادة 08 والمادة 8 مكرر 1، لا بد من إلغاء المادة 22، لأنّها تؤدي إلى تجاهل القيود القانونية التي فرضها المشرع في حالات الزواج الخاصة وتجعل منها بلا فائدة وجودها مثل عدمها.

فإذا كان الزواج العرفي يؤدي إلى كل هذه الإشكالات، فإنّ الأمر يستلزم علينا بالبحث في الإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج وآثارها السلبية، والتي ساهمت في انتشاره، مما زاد الأمر تعقيدا أكثر فأكثر، وهذا ما سنحاول معالجته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

أبرز الإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج وآثاره

إنّ الأسرة الجزائرية، قد تعوّدت منذ القدم على إضفاء الطقوس الدينية على عقود الزواج، فيتمّ إبرامها بحضور جماعة من أهل وأصدقاء العروسين و من كبار الجماعة في العائلتين بحضور أحد رجال الدين من حفظة القرآن الكريم.

فبعد أن يتمّ الإيجاب والقبول من أولياء الطرفين، يتم الاتفاق على مقدار الصداق و تحديد نوعه و يقرأ الإمام الفاتحة بحضور الجميع، و يسمى هذا الزواج بالزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة¹⁹⁷.

و هناك الزواج الرسمي الذي يعقد أمام الموثق أو أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية أو أمام موظف القنصلية إذا كان الزوجان يقيمان في بلد أجنبي ويتم بحضور العروسين شخصيا وولي العروسة وشاهدين¹⁹⁸.

فإذا كان الزواج الرسمي من الناحية الشكلية لا يطرح أي مشكلة لكونه يسجل تلقائيا في سجلات الحالة المدنية بالبلدية التي انعقد فيها، فإنّ الزواج العرفي على العكس من ذلك، تنشأ عنه مشاكل كثيرة للزوجين أثناء حياتهما، ويخلق مشاكل أكثر تعقيدا لأبنائهما ولورثتهما بعد وفاتهما¹⁹⁹، ممّا يجعلنا نتساءل عن سبب بقاء هذه العقود سائدة في مجتمعنا إلى يومنا هذا، فإذا

¹⁹⁷ -أنظر، زعنون مصايحي فتيحة، مشكلة الزواج بالفاتحة، ملتقى دولي حول: القانون الوضعي ومدى فاعليته في مجال الزواج، أشكال الزوجية وأشكال النسب، كلية الحقوق، جامعة وهران، بتاريخ 21 و 22 فبراير 2010، ص.27.

¹⁹⁸ -أنظر، عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا، بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بباريس، قسم الدراسات العليا، شعبة الفقه وأصوله، باريس، فرنسا، سنة 2010-2011، ص.103؛ بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد 02، ص.27.

¹⁹⁹ - أنظر، سمير عبد

السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم (1) لسنة 2000، ط.1، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص.53.

كانت هذه الظاهرة مقبولة قبل الاستقلال لأسباب معروفة²⁰⁰، فإنها تعتبر اليوم، وبعد مرور أكثر من 50 سنة على الاستقلال تعتبر ظاهرة غير عادية تهدد كيان الأسرة الجزائرية واستقرارها.

²⁰⁰- إن من أهم الأسباب التي دفعت بالمشرع الجزائري إلى الاعتراف بهذا النوع من الزواج لها صلة وثيقة بمرحلة في تاريخ الجزائر، وهي الاستعمار، فقبل سنة 1882 لم يصدر عن المشرع الفرنسي أي نص يفرض على الجزائريين إثبات الزواج عن طريق الكتابة. Voir, Ghaouti BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, o.p.u, Alger, 1993,p.107
و ذلك لأن المجتمع الجزائري كان يطبق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، ومن ثم لم يعتمد الاحتلال الفرنسي مباشرة إلى إلغاء هذه الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية، وكذلك الأعراف المحلية لعلمه بمدى تعلق الشعب الجزائري بها، لكنه لم يبق مكتوف الأيدي تجاهها بل عمد إلى إلغائها عبر مراحل تمثلت أولها في تعويضها بقضاء مدني أوروبي، مع استمرار مجلس القضاء الشرعي بالجامع الكبير بالعاصمة فقط، واستبدال قوانين المحاكم الشرعية بنظام الجماعات الأهلية التي تتبنى أحكام العرف والتقاليد مقصية بذلك أحكام الفقه الإسلامي، وبهذا راهنت فرنسا على سياسة الخطوة خطوة، وترتبت أولوياتها حسب نظرية التنصير ثم التغيير من خلال إصدارها لمجموعة من القوانين والمراسيم تتعلق بحالة الأشخاص وأهليته؛ أنظر، حسين بلحيرش ، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع السابق، ص.136.
وفي تاريخ 1882/03/23 أنشأ الاحتلال الفرنسي أول نظام للحالة المدنية في الجزائر، حيث نصت م 02/16 منه على تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، وذلك بإتباع إجراءات تتمثل في تصريح يقدمه الزوج إلى رئيس البلدية، أو إلى الحاكم العسكري بمجرد إبرام العقد، تحت طائلة الخضوع لعقوبة جزائية ، تتراوح ما بين 6 أيام إلى شهر حبس، وغرامة تتراوح ما بين 16 إلى 330 فرنك فرنسي؛ أنظر، بوطيش وهيبية، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، سنة 2009، ص.49.

و في تاريخ 1957/07/11: أصدرت قانون يتعلق بإثبات عقود الزواج المبرمة قبل صدوره، حيث أنّ المادتين 3 و 4 منه، نصتا على وجوب تسجيل عقود الزواج في سجلات الحالة المدنية، بحكم صادر من رئيس المحكمة وبناء على طلب الزوجين أو أحدهما. ثم صدر قانون آخر في 1959/02/04: وهو قانون تم وضعه للتنفيذ بالمرسوم المؤرخ في 1959/09/1، و تعلق بتنظيم عقود الزواج العرفية، حيث نصت م 02 منه على أركان الزواج، فيما نصت م 3 منه على إجراءات تسجيله وعلى إثبات مكانه وزمانه بالوثائق والشهود، و يسجل بالحالة المدنية، بتقديم طلب لرئيس المحكمة ليصدر أمرا بتسجيله، وهو حكم يقوم مقام عقد الزواج، وتكون له حجة الإثبات أمام الهيئات الإدارية؛ أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط.1، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995، ص.04.
و مع كل هذه المحاولات للمشروع الفرنسي لم يصل هذا الأخير لما كان يصبو إليه، وهذا إن دلّ إنما يدلّ على عدم تقبل الشعب الجزائري للاحتلال الفرنسي، بكل سبل الرضا الموجودة سواء سياسيا وتشريعيا واجتماعيا وغيرها من أساليب الرضا معبرا عن مقاطعته للإدارة الفرنسية وذلك عن طريق تمسكه بتعاليم الشرع الإسلامي؛ أنظر، حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة جيلالي ليايس ، سيدي بلعباس، سنة 1997 - 1998، ص.156-157.

و رغم ما سنّه المشرع من نصوص قانونية عديدة لمعالجة عقود الزواج العرفية²⁰¹، فإنّ عدد قضايا إثبات الزواج العرفي قد تضاءل في السنوات الأخيرة بشكل ملفت للانتباه، و هذا ما يؤكده رجال القانون بقولهم أنّ هذه الظاهرة في تزايد مستمر، فعلى سبيل المثال: عالج مجلس قضاء وهران في عام 2012 أكثر من 4000 قضية تمّ طرحها على مختلف محاكم الولاية،

²⁰¹ - حيث أنّه بعد استرجاع الجزائر لحريتها، وفي الفترة الممتدة ما بين 1962 و 1984 لم تكن الظروف تسمح بإعادة النظر بطريقة شاملة في كل القوانين و التشريعات التي صدرت في عهد الاحتلال مرّة واحدة، مما حمل المشرع على الاستمرار في العمل بالتشريع الذي كان ساريا قبل الاستقلال، في انتظار أن تسمح الظروف بتغييره أو تعديله على الفور؛ أنظر، نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.138؛ مقتبسة عن: غوثي بن ملحّة، مكانة قانون الأسرة من التقسيمات التقليدية للقواعد القانونية وخصوصياته، مداخلة أقيمت بالملتقى المغربي حول قوانين الأسرة وتحولات المجتمع المغربي، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 07 و 08 جوان 1999. و كانت أول خطوة تشريعية سنة 1962 وبالضبط بموجب المرسوم رقم 62/26 المؤرخ في 13-12-1962 خاص بالحالة المدنية، ثم تلاه المرسوم رقم 62/126 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 و قد حدّد لمعالجة بعض حالات الزواج و الوفاة الواقعة بين 01/11/1954 إلى 05/07/1962، وقد حدّد لهذه المعالجة مهلة أقصاها سنة واحدة، تسري ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. ثمّ صدر القانون في 29/06/1963: وهو يتضمّن تحديد سن الزواج وتسجيله، حيث المادة 05/01 منه نصّت على أنّه: " لا يجوز لأحد أن يدعي بأنه زوج، وأن يطالب بما يترتب على ذلك من آثار ما لم يقدم زواج مسجل بسجلات الحالة المدنية"، فيما نصّت المادة 05/02 على أنّه: "يجب تسجيل عقود الزواج المبرمة قبل صدور هذا القانون خلال ثلاث سنوات". وأمام عدم بيان هذا النصّ الكيفية التي يتم بواسطتها هذا التسجيل، فقد استمرت المحاكم في تطبيق القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 11/07/1957 بمقتضى م 01 من المرسوم الصادر بتاريخ 31/12/1962، الذي نص على تمديد العمل بالقانون الفرنسي القديم، فيما عدا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية، و ذلك إلى غاية صدور

صدر
قانون
جزائري
جديد.

ثمّ صدر الأمر رقم 72/96 المؤرخ في 16/09/1969: و هو يتعلق بمعالجة عقود الزواج العرفية غير المسجلة، حيث أشار إلى أنّ جميع عقود الزواج المبرمة وفقا للتشريعة الإسلامية تسجل عن طريق تقديم طلب إلى رئيس المحكمة التي يأمر بتسجيلها في سجلات الحالة المدنية. ثمّ صدر الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 19/02/1970: وهو يتضمّن قانون الحالة المدنية، وقد عالج جميع عقود الحالة المدنية، بما فيها عقود الزواج العرفية أي المغفلة، بمقتضى المواد 39 إلى 41 منه.

القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09/06/1984: و هو المتعلق بقانون الأسرة، حيث نصّت م 22 على تسجيل الزواج بالحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله بما، يسجل بحكم قضائي متى كانت أركانه مستوفية؛ أنظر، مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر 2004، العدد 01، ص.26؛ عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.21 و ما بعدها؛ حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع السابق، ص.136.

و التي تخص النساء اللواتي تتقربن من الهيئات القضائية من أجل إثبات الزواج حفاظا على مستقبل أطفالهنّ بينما عرفت قضايا إثبات النسب المتعلقة بالزواج العربي انتشارا واسعا في المحاكم، حيث أحصت وزارة العدل الجزائرية، أكثر من 4 آلاف حالة خلال 5 أشهر الأولى من سنة 2011.²⁰³ أمّا على مستوى الجزائر العاصمة، تمّ إحصاء في 5 أشهر الأولى من سنة 2010، ما يفوق 200 دعوى إثبات زواج عربي أمام محكمة الحراش، وهذا فقط بالنسبة للنساء اللواتي تزوّجن عرفيا والقاطنات في التجمعات السكنية المهشمة، كما تم إحصاء ما يقارب 120 دعوى في محكمة حسين داي، طالباتها من البيوت القصديرية لكل من وادي قريش، والسمار، و وادي أوشايح، حي الجزيرة بباب الزوار، كما كشفت إحصائيات أخرى لسلك القضاء، أنّ دعاوي إثبات الزواج و اثبات النسب فاقت 500 قضية في البيوت المهشمة بالعاصمة²⁰⁴.

و أمام هذه الملفات المتراكمة أمام القضاء، والتي تنطوي على طلبات إثبات الزواج العربي، أصبح ملفتا للانتباه بالشكل الذي يعكس استبعاد نسبة الزواج العربي إلى فكرة تأثر المجتمع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية، و من ثمّ فإنّ كاهل المحاكم الجزائرية، والذي أصبح مثقلا بملفات كثيرة جدا تخص إثبات الزواج العربي، يفسّر بأنّ الزواج العربي أصبح في الحقيقة ملاذا للعابثين بالقانون من الشروط والقيود المفروضة قانونا، من جهة، و وسيلة سهلة لتحويل العلاقات الآثمة إلى زواج، من جهة أخرى.

²⁰³ - أنظر، ت. إيناس، رجال القانون يؤكدون أنّ الظاهرة في تزايد مستمر، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: بوابة دراسات إنسانية واجتماعية وقانونية، بتاريخ 19-07-2012. www.djazairess.com

²⁰⁴ - أنظر، بلقاسم الهام، مختصون يطالبون بتعديل قانون الأسرة وإطلاق حرية تعدد الزوجات، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com ، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ: 31-05-2011؛ أنظر، وهيبة سليمان، 500 دعوى قضائية لإثبات زواج قاطنات في بيوت قصديرية بالعاصمة، بتاريخ 21-07-2010؛ سعيدة، بسبب عدم إشراك مختصين في تعديل قانون الأسرة، بتاريخ 08-03-2009؛ عصام بوربيع، الظاهرة منتشرة بكثرة في أوساط البدو والرحل، بتاريخ 24-03-2009؛ سمية، الزواج العربي تحت عدة أغطية ومسميات، بتاريخ 11-02-2009، كلها منشورة على الموقع السابق: بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية : www.djazairess.com

فالسؤال المطروح هنا هو: هل المشرّع لم يدرك بعد أنّ الغرض من اللجوء إلى الزواج العرفي هو التحايل على القانون؟ و إذا كانت تبريرات إقرار المشرع للزواج العرفي تعتمد على السبب التاريخي الذي أشرنا إليه، فلماذا الاستمرار في الاعتراف به رغم زوال هذا السبب؟ و لماذا يلجأ الأشخاص إلى الزواج غير المسجل بصفة شرعية، أو بمعنى أصح الادعاء بأنهم أبرموه بصفة شرعية، ثم اللجوء إلى منازعات ومخاصمات قضائية لإثباته، و لماذا اختيار هذا الطريق الصعب، خاصة إذا اصطدم مدعي الزواج بإنكار الطرف الآخر، مع أنّ السبيل لحماية الحقوق سهل و هيّن؟

إنّ من أهمّ محاذير الزواج العرفي²⁰⁵، و التي تبرر بأنّ من يختارون اللجوء إلى القضاء لتثبيت الزواج ما هم إلا أولئك الأشخاص الراغبون في خرق القانون أو تصحيح أوضاع مخالفة للشرع والقانون، كتحويل علاقات الزنا إلى زواج و تنسيب ابن الزنا الناتج عن هذه العلاقة، كما أنّ من أوّل محاذير الزواج العرفي هو احتمال جحوده و نكرانه و من ثمّ جحود نسب الأبناء، وهي قضايا تعامل معها القضاء بمواقف غير مستقرة ومتضاربة.

من خلال ذلك، ارتأينا أن نقسّم المبحث الثاني إلى مطلبين، في المطلب الأول سنتكلم عن أبرز الإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج، أما المطلب الثاني سنبرز فيه الآثار السلبية المترتبة عن توسيع المشرع لدائرة إثبات الزواج العرفي.

²⁰⁵ - أنظر، محاذير الزواج العرفي في قانون العقوبات السوري، مقال منشور على نفس الموقع المشار إليه أعلاه، بتاريخ 15-10-2009.

المطلب الأول

أبرز إشكالات إثبات الزواج

تعدّ مشكلة إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العربي، من أخطر المشاكل في العصر الحاضر، بل من أدها و أعمقها، وذلك لأنه يعقد في كثير من حالاته لأغراض معينة، وبمجرد أن تطفو الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى عقد الزواج العربي²⁰⁶، فأفراد المجتمع أصبحوا يلجأون إلى إبرام زواجهم عن طريق الفاتحة قصد تحقيق غايات أخرى، وذلك نظرا لعدة أسباب أدت إلى انتشار هذا الزواج .

وقد انقسمت التشريعات العربية في نظرتها إلى الزواج العربي إلى أربعة اتجاهات، منها القوانين التي تلزم بتسجيل العقد مكتفية بذلك دون ترتيب أية عقوبة على مخالفة ذلك، ومثال ذلك المشرع الجزائري في المادة 22 ق.أ ، والمشرع المغربي من خلال المادة 16 م.أ.م، بينما هناك اتجاه آخر رفض سماع الدعوى في الزواج العربي في حالة الإنكار، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 99 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، و المعدلة بالقانون رقم 78 لسنة 1931، بينما رأت تشريعات أخرى بوجوب وضع الجزاء على مثل هذا النوع من الزواج، مع تفاوت الجزاء من قانون إلى آخر، كالتشريع الأردني للأحوال الشخصية في المادة 17 منه²⁰⁷ ، و أخيرا هناك تشريعات رأت ببطلان الزواج العربي وعدم قابليته للإثبات، وهو اتجاه المشرع التونسي الذي ينص في الفصل 4 من الأحكام التي تتعلق بالزواج على أنه: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص".

²⁰⁶ - أنظر، فارس محمد عمران، الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2000، ص.40؛ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العربي، المشكلة والحل، و الزواج السري ونكاح المتعة، والزواج العربي عند المسيحية وزواج المسبار، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن، ص.104.

²⁰⁷ - أنظر، عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص.70.

و ما يمكن قوله أن مختلف التشريعات ومهما كانت انتماءاتها، أكدت على مسألة توثيق عقد الزواج²⁰⁸، حيث أنها وسيلة لحفظ الزواج وحماية طرفيه والآثار المترتبة عنه بمجرد انعقاده صحيحا، تكتسي من الأهمية بمكان أن سعت إلى تأكيدها هذه التشريعات، وذلك لما تقتضيه متطلبات التطورات الاجتماعية التي أسفرت عن إشكالات يصعب حلها نتيجة توسيع دائرة إثبات الزواج العربي خاصة في الجزائر.

فما هي هذه الإشكالات؟ وما مدى تأثيرها على انتشار الزواج العربي؟ و ما هي الحلول البديلة والتي يمكن أن تضع حدا لهذه الإشكالات؟ و بالتالي إيقاف هذا المد الهائل لظاهرة الزواج العربي؟ من خلال ذلك، سنعالج في الفرع الأول: إشكالية تعدد الجهات التي تتولى إبرام الزواج، أما في الفرع الثاني سنتناول فيه سلبية دور النيابة العامة في قضايا إثبات الزواج، والفرع الثالث سنبين تضارب مواقف القضاء في أدلة إثبات الزواج العربي، والتي خلقت بدورها صعوبات أخرى لإثبات هذا الزواج.

الفرع الأول

إشكالية تعدد الجهات التي تتولى إبرام الزواج

حدّد قانون الأسرة الجهات المختصة في إبرام عقود الزواج في المادة 18 المعدلة، حيث نصّت على ما يلي: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرّر من هذا القانون".

²⁰⁸ - أنظر، سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، صدرت بتاريخ 2009/02/23، العدد 01، ص 219.

واضح من خلال هذا النص أنه حدد جهتين رسميتين من خلالهما يتم إبرام عقود الزواج، وهما الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية.

أما إجراءات تسجيل الزواج، فنصت المادة 21 على أنها تخضع لأحكام قانون الحالة المدنية في المواد من 71 إلى 77.

أما المادة 7 مكرّر فقد أوجبت على كل متزوج و متزوجة تقديم بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد عن 3 أشهر تثبت خلو الطرفين من أي مرض أو أي عائق يشكل خطراً على الحياة الزوجية، كما أوجبت على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج، و يجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطراً على الزواج، و ليس هذا فحسب، بل عليه أن يؤشر على ذلك في عقد الزواج، و هذا الأمر لم يكن موجوداً قبل التعديل.

و هناك جهة ثالثة وهي الأهم في اعتقادنا يبرم أمامها عقد الزواج الشرعي، أي ما يعبر عنه بالزواج بالفاتححة أو الزواج العرفي، إذ جرت العادة والعرف أن يبرم الزواج بهذه الكيفية، ثم بعد ذلك يوثق أمام الجهات الرسمية، وقد تطول المدة بعد الانعقاد والتسجيل وتحدث مشاكل عديدة بين الطرفين²⁰⁹.

و الإشكال هنا يكمن في عدم وجود جهة معتمدة من طرف الدولة تتولى الفاتححة، أو عقد الزواج الشرعي أو ما يعرف بمصطلح الزواج العرفي، كما أن هناك إشكالا آخر، وهو أنّ مهمة إجراء أو إبرام الزواج الشرعي أو الفاتححة أصبحت في الحقيقة غير مقصورة على أئمة المساجد فقط، ذلك لأنّ الأسر الجزائرية لا تلجأ في كل الأحوال إلى الأئمة، إذ قد يتولى مجلس

²⁰⁹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.119.

العقد، أي إبرام الزواج الشرعي واحد من مقربي أحد الزوجين، مَن يفترض فيهم الالتزام والتدين، كما يفترض فيهم الدراية الكافية بالإجراءات أو الطقوس التي تتم في هذه المجالس، و هي المسألة التي زادت من مشاكل إثبات هذا الزواج، إذ يمكن أن يكون هذا الشخص الذي تولى الفاتحة متحايلا مع أحد أطراف الزواج الذي يريد تحقيق غاية غير شرعية، كالزواج فقط لمدة محدودة ثم إنكار هذا الزواج بعد التمتع أو إشباع الغريزة، مما يترتب عليه ضياع الحقوق الشرعية للمرأة المتزوجة عرفيا، إذ غالبا ما تكون هي الطرف الضعيف في الزواج العرفي، وتبعا لها تعاني أسرتها كالوالدين والإخوة، ومن ثم الأولاد إن وجدوا، وغير ذلك من السلبيات²¹⁰.

و بالتالي يمكن القول، أنه لو كانت هذه المهمة قد كلفت بها جهة رسمية، كأن تقتصر الفاتحة على أئمة المساجد دون غيرهم، أو بمعنى آخر توحيد عقد الزواج أمام جهة واحدة مؤهلة شرعا وقانونا²¹¹، لما كثر المتلاعبون بالقانون.

هذا و لقد حاولت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف إيجاد حل لهذه المشكلة، لكنها في الحقيقة أوجدت ما قد يصلح تسميته بنصف الحل إن لم نقل ربع الحل، و ذلك بإصدار تعليمة وُجِّهت شفاهة إلى أئمة المساجد في إطار اجتماع بينهم وبين مدير الشؤون الدينية لكل ولاية عبر الوطن²¹²، تقضي بامتناع أئمة المساجد عن إبرام عقد الزواج بالفاتحة قبل التأكد من توثيق العقد أمام الجهات الموكلة قانونا بتوثيقه، ويكون تطبيق هذه التعليمة²¹³ بأن يطلب الإمام من المعنيين بالأمر إظهار العقد الموثق قبل إبرام العقد الشرعي، و حسب مُصدري هذه التعليمة

²¹⁰ - محاذير الزواج العرفي في قانون العقوبات السوري، المقال السابق، بتاريخ 15-10-2009: موقع بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية : www.djazairess.com

²¹¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.120.

²¹² - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.160-161.

²¹³ - والتي أصلها التعليمة رقم 60 التي صدرت عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في 12/04/2000، والمتعلقة بتنظيم عمل المسجد. أنظر، الملحق رقم (02).

فإنّ الغرض منها هو الحد من حالات الزواج غير الموثق الذي أضحي بشكل عبثا كبيرا على القضاة عند إثباته²¹⁴.

غير أنّ المثير للاستغراب في هذا المقام هو الازدواجية التي تركزها هذه التعليمات، والتفريق بين العقد الرسمي والعقد الشرعي من حيث الزمن، الأمر الذي قد يزيد في تعقيد المسألة أكثر فأكثر، فبعد أن كان العقد الشرعي يسبق العقد الإداري الرسمي، انقلبت المسألة بأن أصبح الثاني أسبق من الأول في حين كان من المنتظر من الجهات المختصة إصدار نصوص قانونية تجمع بين الإجراءين، بأن يتمّ توحيد العقد الشرعي والإداري الرسمي في وقت واحد، و أن يتم منح الاختصاص إلى جهة واحدة تتولى إبرام و توثيق عقود الزواج، و هو ما نرجو حدوثه وبالحاح²¹⁵.

هذا و تأرجحت المواقف من هذه التعليمات بين مؤيد ومعارض، ولعل المؤيدين يرون فيها خطوة تهدف لمنع الزواج العرفي، و لقد أكدّ الناطق الرسمي باسم وزارة الشؤون الدينية السيد عبد الله بوطمين أنّ وزير الشؤون الدينية بوعبد الله غلام الله، قام بهذه المبادرة، لأنّه في حالات كثيرة يربط الشباب الذكور علاقات مع فتيات، و يلجأون إلى الأئمة لعقد القران الشرعي بشهود مزيفين وغالبا ما يتم ذلك بضغط من الفتاة التي تبحث لدواع اجتماعية وأخلاقية، عن غطاء شرعي للعلاقة، وثبت أنّ كثيرا من الشباب يهتدون بهذه الطريقة من أجل ممارسة الجنس، وفي كثير من الأحيان ينتج عن هذه العلاقة حمل غير شرعي، وتعجز الفتاة عن إثبات المسؤول عن الحمل أمام القاضي²¹⁶.

²¹⁴ - سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، المرجع السابق، ص.233.

²¹⁵ - سارة بن شويخ، نفس المرجع، ص.233.

²¹⁶ - أنظر، رمضان بلعمري، القيود على تعدد الزوجات يفتح شهية الجزائريين للزواج العرفي، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

كما أنه من الدوافع والحجج التي قدّمتها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف لهذه التعلّية، أنّ سلسلة من التحقيقات أثبتت أنّ نسبة من الشباب يحضرون غرباء معهم إلى المساجد، و يقدّمونهم على أهمّ أولياء من العائلة، لإيهام الإمام بجديّة العلاقة التي يريد إقامتها مع من يريد الارتباط بها²¹⁷، كما أنّ مثل هذه الظواهر تسيء إلى قدسية المسجد،

و الأئمة مهمّتهم حماية المجتمع من المحتالين، فهذا حسب وزارة الشؤون الدينية حل عادل يفترض فيه أنه يرضي الجميع، ما عدا أولئك الذين يبحثون عن إطار غير شرعي للعلاقة بين الرجل والمرأة.

لكن ما يلاحظ أنّ هذه التعلّية رغم أنّ الهدف من صدورها هو إحاطة المرأة بحماية قانونية تكفل لها ضمان التمتع بكافة حقوقها الشرعية بعيدا عن العناء، فإنّ الواقع يثبت عكس ذلك، إذ أنّ الأغلبية تسعى للعمل وفقا لما يتناسب وتلبية أغراضه الشخصية²¹⁸، هذا من جهة. و أنّ هذه التعلّية غير مقترنة بجزاء، من جهة أخرى. والأهمّ من ذلك كما سبق وأن نوهنا بأنّ العائلات الجزائرية لا تلجأ دائما إلى أئمة المساجد في مجالس العقود الشرعية²¹⁹.

كما أنّ الأئمة في حد ذاتهم لا تتوفر لديهم القناعة التامة والكاملة بهذا الإجراء الجديد، بدليل عدم التزام البعض منهم بتطبيق هذه التعلّية، لأنّ الأصل عندهم هو توفر عناصر إبرام العقد الشرعي من ولي وشهود وتحديد للمهر والصيغة اللفظية...، لذا لا يتم تطبيق التعلّية كما جاءت، بحيث يكفي أن تعرف الإمام وتطلب منه أن "يفتح" للمعني بالأمر، دون أن يشترط

²¹⁷ - أنظر، سلمى حراز، جزائريون يقبلون على الزواج العربي لمراوغة القانون، بتاريخ 3-09-2012؛ بلقاسم حوام، المحاكم تسجل 4 آلاف قضية سنويا والمختصون يحدرون من الظاهرة، وجزائريات من زواج الفاتحة إلى "التبهديلة" في الحاكم، بتاريخ 21-04-2009، مقالات منشورة على بوابة الدراسات الإنسانية والاجتماعية والقانونية، للموقع الإلكتروني: www.djazairess.com

²¹⁸ - أنظر، رشيدة بلال، التعلّية لم تقض على ظاهرة الزواج العربي، العقد قبل الفاتحة بين البحث عن المصلحة والخوف من القيد، بتاريخ 21-11-2008، مقال منشور على موقع: www.socioAlger.com

²¹⁹ - أنظر، نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 162.

وجوب توفر العقد سواء أكانت هنالك مصلحة أولا²²⁰.

لهذا لا بد أولاً أن يتمّ من جهة توعية أفراد المجتمع بمدى أهمية هذا الإجراء الأولي وإقناع الإمام بمدى فعالية العقد الإداري لما يوفره من حماية قانونية للمرأة، وللتخلص بشكل نهائي من مشاكل إثبات العقود العرفية التي تشهدها المحاكم يوماً من جهة أخرى.

و ما يمكن قوله أنّه من الناحية العملية لا وجود لتجسيد فعلي لهذه التعلّيمية، رغم أنّها قللت بصورة بسيطة من ظاهرة انتشار العقود العرفية لدى بعض الفئات التي تتوفر لديها نوع من الوعي²²¹، ونحن نرى أنّ الحل ليس في هذه التعلّيمية، لما أوردناه من أسباب أحاطت بها، جعلتها غير ناجحة في القضاء على التلاعب في إثبات الزواج العرفي، وإنّما الحل حسب ما نراه، هو إلغاء نظام إثبات الزواج العرفي بحكم قضائي، والاعتداد بوثيقة الزواج الرسمية دون غيرها، و تجاوزاً مع تقاليد المجتمع الجزائري، نرى بتزويد أئمة المساجد دون غيرهم بصلاحيّة إبرام عقود الزواج، وذلك عن طريق تسليمهم سجلات خاصّة بالزواج يسجلون فيها كل عقود الزواج الشرعية التي يتولونها في إطار ما يسمّى بالفاتحة، مع الأخذ بعين الاعتبار الاختصاص المحلي لكل مسجد، على أن يتمّ تسجيل العقود في السجلات الأصلية للحالة المدنية، مع تولى البلدية تسليم الدفاتر العائلية بناء على هذه السجلات، على اعتبار أنّ أئمة المساجد هم موظفون عامون، ويكتسبون من المؤهّلات الشرعية ما يكفي لإبرام عقود الزواج، وليس هناك ما يمنع المشرع من ترسيم هذه الصلاحيّة لأئمة المساجد المرسمين، وبذلك نكون قد قطعنا الطريق على مستغلي الثغرات التشريعية في التحايل على القانون، من جهة. وحصرتنا مهمّة تولى الفاتحة على جهة رسمية من شأنها مراعاة تقاليد المجتمع الجزائري، من جهة أخرى²²².

²²⁰ - رشيدة بلال، التعلّيمية لم تقض على ظاهرة الزواج العرفي، المقال السابق.

²²¹ - رشيدة بلال، نفس المقال.

²²² - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 163.

ومع هذه الحلول التي قدمناها، كان من المفروض على المشرع الجزائري - كما سبق القول - توحيد عقد الزواج أمام جهة واحدة تكون مؤهلة شرعا وقانونا للحد من حالات الزواج غير الموثق و الذي أصبح يشكل عبئا كبيرا على القضاة عند إثباته، فالازدواجية في عقد الزواج بين كل من الجهة التي تتولى الفاتحة و المتمثلة غالبا في أئمة المساجد²²³ و بين الجهات الرسمية والمتمثلة حتما في الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أصبحت مشكلة حقيقية تصعب من مهمة القاضي في مجال إثبات الزواج.

لهذه الأسباب، يستلزم الأمر إيجاد جهة واحدة شرعية ورسمية في نفس الوقت، تتولى مهمة إبرام العقود مرة واحدة، حيث تراعى فيها كل الضوابط المنصوص عليها في القانون تحقيقا لمصلحة الأسرة، و بالمقابل حظر كل زواج يقع خارج هذه الجهة الرسمية، و ليس هذا من باب التضيق على الناس²²⁴، بل هو لضبط الأمور بشكل جيد، منعا للتحايل و التضليل كما هو الحال في الزواج دون السن القانونية، و الزواج بأكثر من واحدة.

فالزواج الذي يقع خارج الدوائر الرسمية قد لا يتفطن صاحبه - أي الإمام - إلى هذه المسائل، فيبرم عقدا شرعيا وهو لا يدري بأن الرجل قد تزوج مرة ثانية، لأنه لم يصرح بذلك، في حين أنّ القانون قد تطلب جملة من الضوابط لهذا الزواج الثاني.

أما إذا كان الزواج أمام هذه الجهة الشرعية والرسمية في آن واحد، فإنّ طلب الزواج يتحتّم عليه التصريح بوضعيته بملء استمارة يصرّح فيها بحالته المدنية و العائلية قبل الزواج²²⁵.

²²³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.120.

²²⁴ - عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.26.

²²⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص.120-121.

كما أنّ هذا الموظف يكون حريصا على تطبيق الضوابط التي نص عليها القانون من حيث توافر الأهلية وشروط صحة الزواج، كما أنّ الشروط التي يشترطها كل من الزوجين في عقد الزواج والمنصوص عليها في المادة 19 من ق.أ²²⁶، يستطيع هذا الموظف المختص تدوينها في العقد للاحتجاج بها عند الضرورة.

ومن خلال ذلك نؤكد مرة أخرى أنه يجب أن يتم توحيد العقد الشرعي و الإداري الرسمي في وقت واحد، و أن يتم منح الاختصاص إلى جهة واحدة تتولى إبرام و توثيق عقود الزواج، وهذا ما نرجو حدوثه وبإلحاح.

وأمام هذه الإشكالية المتمثلة في عدم توحيد الجهة التي تتولى إبرام الزواج، فإننا نعتبرها من أهمّ العوامل التي ساهمت في انتشار الزواج العربي في المجتمع الجزائري، كما أنّ هناك عاملا آخر عقّد من مسألة إثبات الزواج العربي، وهو الدور السلبي للنيابة العامة في هذا الموضوع، وهو ما سنبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

سلبية دور النيابة العامة في قضايا إثبات الزواج

مما لا شك فيه أنّ القضاء بوجه عام، يعدّ إحدى الأعمدة والركائز الأساسية لضمان الحقوق والحريات و الحماية من التجاوزات التي قد تطالها، و السهر على احترام القوانين والتشريعات من طرف الجميع دونما أي تمييز.

²²⁶ - تنص المادة 19 على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يراها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وتعتبر هذه المهام الجسيمة من مقومات الدولة الحديثة، ومرتكزات البناء الديمقراطي ومدخلا لا محيد عنه لتحقيق التنمية.

والنيابة العامة باعتبارها جزءا لا يتجزأ من النظام القضائي، تعتبر بدورها الركيزة الأساسية والأداة الفعالة للسهر على احترام و سيادة القانون، وصون الحريات العامة وحماية النظام العام والدفاع عن حقوق المجتمع .

و أنّ مواجهة مثل هذه المهام الجسيمة، تقتضي أن تكون النيابة العامة على أعلى درجات من الوعي بمسئولياتها ، و على قدر كبير من الحزم في مباشرة أعمالها، مسلحة في ذلك بأسلوب عمل واضح وفعال²²⁷.

و بالنظر لهذا المركز الذي تحتله النيابة العامة، فقد سعى المشرع إلى تقوية و تعزيز دورها في مختلف الميادين، و خاصة قضايا شؤون الأسرة، سعيا منه إلى تطبيق القانون واحترام بنوده، ترسيخا لدولة الحق والقانون.

و لعل هذا ما انتهجته أغلب البلدان العربية بشكل جلي في قطاع حيوي يعد بحق قطب المجتمع ورحاه ألا وهو قطاع الأسرة، التي هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع²²⁸.

و قد جعلها المشرع سلطة الادعاء العامة التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على حسن تطبيق القوانين والدفاع عن المجتمع وحقوقه، و باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون، وهكذا فإنه بالإضافة إلى الاختصاص الأساسي للنيابة العامة، و هو تحريك الدعوى

²²⁷ - أنظر، عمر عزيمان، دليل قاضي النيابة العامة، سلسلة الدلائل و الشروح القانونية، ط.1، منشورات وزارة العدل المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، المغرب ، سنة 2000، ص.05.

²²⁸ - أنظر، محمد عبد المحسن البقالي الحسني، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، بحث منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma ، بدون تاريخ، ص.02.

العمومية و مباشرتها وفقا للمادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية²²⁹، فإنها تمثل أمام كل جهة قضائية وذلك وفقا لما نصت المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية²³⁰، كما أنها تشرف على وظائف الضبط القضائي طبقا لنص المادة 12 ق.إ.ج²³¹، بالإضافة إلى اختصاصات أخرى في المجال الجزائي.

و كاستثناء على ذلك تمارس النيابة العامة مهامها في بعض القضايا المدنية على وجهين، إما كطرف منضم أو إضافي أي تحضر المحاكمة فقط لإبداء الرأي، فالأصل في عمل النيابة العامة أمام القضاء المدني، أن تكون طرفاً منضمّاً، وهي بهذه الصفة لا تكون خصماً لأحد، وإنما تتدخل في الدعوى لتبدي رأيها لمصلحة القانون والعدالة²³²، و هو الأمر الذي كانت عليه النيابة قبل تعديل قانون الأسرة الأخير، وقد تكون طرفاً أصلياً بصفتها مُدّعي أو مدعى عليه، و تكون لها في هذه الحالة جميع الحقوق والضمانات التي أقرها القانون للخصوم، وهو ما نص عليه قانون الأسرة بعد تعديله بموجب المادة 03 مكرر منه²³³، و هو نفس الأمر الذي نصت عليه المادة 3 من مدونة الأسرة المغربية²³⁴، و بالتالي تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً في كل الدعاوي لها

²²⁹ - تنص م 01/01 ق.إ.ج : "الدعوى العمومية لتطبيق العقوبات يحركها و يباشرها رجال القضاء أو الموظفون المعهود إليهم بما بمقتضى القانون".

²³⁰ - تنص م 29 ق.إ.ج: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي تمثل أمام كل جهة قضائية، ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم. ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره كما تتولى العمل على تنفيذ أحكام القضاء، ولها في سبيل مباشرة وظيفتها أن تلجأ إلى القوة العمومية، كما تستعين بضباط وأعاون الشرطة القضائية".

²³¹ - تنص م 12 ق.إ.ج: "يقوم بمهمة الضبط القضائي رجال القضاء و الضباط و الأعاون و الموظفون المبينون في هذا الفصل. و يتولى وكيل الجمهورية إدارة الضبط القضائي و يشرف النائب العام على الضبط القضائي بدائرة اختصاص كل مجلس قضائي، وذلك تحت رقابة غرفة الاتهام بذلك المجلس...".

²³² - أنظر، نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات ، ط.1، مكتبة عين شمس، القاهرة ، مصر، سنة 1984، ص.379-380 ؛ عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، تخصص العقود و العقار، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، سنة 2009-2010، ص.04.

²³³ - تنص المادة 3 مكرر ق.أ: " تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

²³⁴ - تنص المادة 3 من م.أ.م على ما يلي: " تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة".

ما للخصم وعليها ما عليه، و هذه النتيجة تترتب منطقيا وآليا عند قراءة كل من نص المادة 3 مكرر من ق.أ.الجزائري²³⁵، ونص المادة 3 من م.أ.المغربية.

و من ضمن المسائل المتعلقة بالأسرة، هي إثبات الزواج بحكم قضائي، فكيف يتجسد دور النيابة في مثل هذه القضايا الشائكة على اعتبار أنها طرف أصلي؟ وهل يخدم حضور النيابة العامة في قضايا الأسرة عموما و في إثبات الزواج خصوصا، المجتمع فعلا على حل مشاكل إثبات الزواج العربي والحرص على عدم التحايل على القانون؟ أم أنّ حضورها شكلي لا يسمن و لا يغني من جوع وبالتالي إهدار للوقت والمال معا؟.

إنّ الوظيفة الأساسية للنيابة العامة تمارسها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا في تحريك و مباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء الجزائري، و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي تم تعديله، نجد كما سبق القول قد نص على إجراء إلزامي جديد وهو وجوب أن تكون النيابة العامة طرفا أصليا، لكن في الواقع أن التطبيق العملي لهذا النص واجه اختلافا وتناقضا كبيرين من حيث تبليغ النيابة من طرف الخصوم و من حيث كونه عبئا على المتقاضين، دون أن تؤدي النيابة العامة الغرض المنشود في كونها طرفا أصليا من حيث الحرص على التطبيق السالم والصارم للقانون²³⁶.

و رغم الانتقادات الشديدة التي وجهت للمشروع من حيث اعتبار وجود النيابة العامة إلى جانب القاضي الذي ينظر القضية يعني عدم الثقة في القضاء، إضافة إلى أنه للدولة كما لباقي

²³⁵ - وقد ورد في عرض الأسباب المرفقة بنص الأمر الرئاسي المتضمن تعديل قانون الأسرة، أن هذه المادة ذات الطابع الإجرائي اقترحت تطبيقا لتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة وأن هذه المادة تنص على أن النيابة العامة طرف رئيسي في كل قضايا الأسرة باعتبار أن قضايا الأسرة هي قضايا من النظام العام، وهو ما يتعين معه ضمان حماية الأسرة؛ أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، سنة 2005، ص.58.

²³⁶ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.158.

الأفراد نوابهم الذين يمثلونهم في الدعوى ووجودها إلى جانب أحد الخصوم يخل بمبدأ المساواة في الدعوى، كما قيل أنّ وجود النيابة العامة في الخصومة المتعلقة بالأسرة وسيلة في يد السلطة التنفيذية للتدخل في شؤون القضاء.

إلا أن البعض يرى بأن هذه الانتقادات لم تؤثر في النيابة العامة في قضايا الأسرة، فهي لا تهدف إلى تحقيق منفعة مادية أو مصلحة خاصة، وإنما تهدف إلى تحقيق الدفاع الاجتماعي بحماية القانون، و مهمتها الوصول إلى الحقيقة وحسن سير العدالة، وتطبيقا لذلك قيل أن النيابة العامة لا تكسب و لا تخسر الدعوى²³⁷، فهي ترجع الحقوق إلى أصحابها باعتبارها ممثلة للحق العام، لكن الواقع العملي يتناقض تماما مع هذا القول، فالحقيقة أن حضور النيابة العامة في قضايا الأسرة عموما وقضايا إثبات الزواج على الوجه الخاص هو حضور شكلي ومكلف للمتقاضين والدولة، ويهدر طاقة وكلاء الجمهورية دون فائدة²³⁸، ودون التحقق خاصة من صحة ادعاءات أطراف الدعوى المراد من خلالها إثبات الزواج العرفي في الحقة الزمنية الحالية، أي بعد أن أصبح المجتمع يعي ضرورة و فائدة تسجيل الزواج لدى الموظف المختص بذلك.

و إذا كان البعض يرى أن في اعتبار النيابة العامة طرفا أصليا من شأنه العمل على تطبيق القانون تطبيقا سليما، فنحن نقول هل يتحقق ذلك بتريد وكلاء الجمهورية عبارة "يرجى تطبيق القانون" طيلة الجلسة.

وعلى الرغم من أن دور وكلاء الجمهورية في جلسات الأحوال الشخصية لا يزيد عن ترديد عبارة "نطلب بتطبيق القانون"، فإنهم مجبورون على حضور جلسات مئات القضايا يوميا يلتزمون فيها الصمت، وهذا على الرغم من أن عدد وكلاء الجمهورية في المحاكم الجزائرية لا يلبى، كما

²³⁷ -أنظر، الشيخ إسماعيل، دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، سنة 2005-2006، ص.34-35.

²³⁸ -أنظر، عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول... دور النيابة العامة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011، ص.174.

يُجمع العديد من المحامين الذين عالجوا الكثير من قضايا الأسرة قبل وبعد تعديل قانون الأسرة على أنّ حضور وكيل الجمهورية شكلي ولا يجني منه المتقاضون سوى تضييع الوقت و المال²³⁹.

و يا ليت الأمر يتوقف هنا، بل أنه أصبح بعد اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً، الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم لا يتم إلا بعد تبليغ وكيل الجمهورية والحصول على شهادة عدم الاستئناف أو المعارضة، لتمكين المتقاضي من التنفيذ، وهو مشوار طويل مقارنة بما كان معمول به قبل تعديل قانون الأسرة.

بهذا نقول أن المشرع عندما يضع قاعدة قانونية إنما يهدف من خلالها إلى تحقيق غاية معينة، إذ أن علة كل نص تدور وجوداً وِعَدَمًا من الغاية التي يريد المشرع تحقيقها، والمشرع عندما نص على اعتبار أن النيابة العامة طرفاً أصلياً في مسائل الأسرة في المادة 03 مكرر من ق.أ.ج، فإنه مما لا ريب فيه يسعى إلى تحقيق غاية معينة تتمثل في الحرص على عدم خرق القانون وتطبيقه تطبيقاً سليماً²⁴⁰.

إلا أنّ الواقع يعكس نقيض ذلك، بل يلاحظ أن الهدف المسطر من خلال تعديل قانون الأسرة لما نص على أن تكون النيابة العامة طرفاً أصلياً في النزاع، هو تمكين هذه الأخيرة من تنفيذ الحكم، وليس الاعتراض أو الموافقة، أو تقصي الحقيقة من عدمها، لاسيما و أن التحايل على القانون يحدث يوميا أمام دور القضاء من خلال إثبات زيجات لم تحدث أصلاً أو وقعت لتصحيح أوضاع غير سوية، مما يجعلنا نقول أن الدور السلبي للنيابة العامة في مسائل إثبات الزواج العرفي يعتبر من أهم العوامل التي زادت الأمر تعقيداً والتي ساهمت بشكل كبير في

²³⁹ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.159.

²⁴⁰ - أنظر، الشيخ اسماعيل، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، المرجع السابق، ص.34.

التحايل على القانون، و من ثم خلقت مشاكل أثقلت كاهل القضاة في مجال إثبات الزواج العرفي.

إذ من غير المعقول أن تكتفي النيابة العامة بعد إحالة القضية إليها بمجرد الإشارة على ظهر الملف بالتماس تطبيق القانون، رغم أنها طرف أصلي في الدعوى²⁴¹، و مع أن المشرع أعطى لها هذا المركز المهم لاعتبارات تتعلق بالنظام العام و المصلحة العامة، إلا أن مجال تطبيق أحكام المادة 03 مكرر من ق.أ على مستوى المحاكم و المجالس مازال غامضا وناقصا جدا²⁴²، بالإضافة إلى أنه غير موحد، إذ أن بعض المحاكم تعتبر دور النيابة العامة دورا شكليا لا يترتب عليه أي بطلان، إذ أنها لا تبلغ بملف القضية، ويتم الإشارة فقط على ظهر الملف بعبارة "بمحضر النيابة العامة"، وكذلك في العريضة الافتتاحية للمدعي يذكر عبارة "بمحضر"²⁴³، و في بعض المحاكم من يشترط تبليغ القضية إلى النيابة العامة بواسطة المحضر القضائي و سواء حضرت أم لم تحضر، و سواء قدمت مذكرة جوابية أم لم تقدم فإنه لا يترتب عليه أي أثر، والغريب من ذلك أنه يتم الفصل في القضية دون الأخذ برأي النيابة العامة مع أنها طرف أصلي في القضية، فأين هذا الدور الذي من المفروض أن النيابة العامة تعتبر بموجبه ممثلة و حامية لمصالح المجتمع؟ كما أن هناك بعض المحاكم من تحيل الملف إلى النيابة لإبداء رأيها وهي ترد فقط بأنها

²⁴¹ - "كما أننا لم نعثر على أن النيابة العامة طعنت ذات مرة بالاستئناف في حكم صدر بإثبات الزواج أو بالطلاق أو بالرجوع أو بالنفقة أو بالحضانة، لهذا يمكن القول أنّ وضع المشرع الجزائري للنيابة العامة في موضع الطرف الأصلي في قضايا شؤون الأسرة هو وضع غريب وغير مستساغ لا من القضاة ولا من المحامين"؛ أنظر، عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول... دور النيابة العامة، المرجع السابق، ص.173.

²⁴² - ففي بداية تطبيق هذه المادة على الواقع العملي وجد القضاة أنفسهم مرتبكين ومختلفين بين من يرى أنّ النيابة العامة كطرف أصلي يجب أن يكون لها ما لأي طرف من الأطراف وعليها ما عليهم من حقوق وواجبات في كل ما يتعلق برفع الدعوى و حضور الجلسات، و بين من يرى أن الأمر ليس كذلك، و أن مهمتها تنحصر فقط في حضور شكلي؛ أنظر، عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول... دور النيابة العامة، المرجع السابق، ص.174.

²⁴³ - أنظر، الطيب زروقي، الكامل في العرائض القضائية طبقا للقانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، ج.1، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، ط.1، مطبعة الفسيحة، الجزائر، سنة 2010، ص.20-21.

تلتمس تطبيق القانون!.

و بجمل القول أن إعطاء المشرع للنيابة صلاحيات واسعة في مجال الأسرة يأتي تجسيدا لاعتبارها جهازا يعول عليه في التفعيل الحسن لمقتضيات القانون والحرص على حماية مصالح الأفراد، لذا فإنه يتعين على النيابة العامة أن تكون على وعي تام بمدى جسامة المسؤولية الملقاة على عاتقها في كل ما يتعلق بالسهر على استقرار كيان الأسرة، كما يجب عليها عدم التشبث بدورها التقليدي المتمثل في التماس تطبيق القانون أو إسناد النظر للمحكمة²⁴⁴، لأن ذلك ينطوي على تقصير في أداء مهمتها و ينتفي مع الغرض المقصود من طرف المشرع في تحميله مسؤولية تفعيل القانون و تجسيده²⁴⁵.

وفي الأخير نشير إلى أن تحقيق كل الغايات المنشودة من إدخال النيابة العامة في القضايا المتعلقة بالأسرة عامة و إثبات الزواج العرفي خاصة، يبقى أيضا رهين بضرورة تدخل المشرع لتدارك بعض السلبيات، و وضع حد لبعض الإشكالات التي أفرزها الواقع العملي، خاصة فيما يتعلق بتدخل النيابة العامة في مشاكل إثبات الزواج العرفي.

لكن و مع ذلك فإنه ليس من العدل تحميل النيابة العامة ما لا طاقة لها به من الكم الهائل لقضايا إثبات الزواج العرفي ومشاكله المتركمة على القضاء، وجعلها وحدها المسؤولة على حسن تطبيق القانون، بل إن الأمر عكس ذلك، فالمسؤولية تتقاسمها أطراف عدة تتمثل في المشرع بحد ذاته و القضاة الموزعين عبر كل المحاكم والمجالس القضائية الموجودة عبر القطر الوطني

²⁴⁴ -أنظر، عبد الخالق أحمدون، قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي و قوانين دول المغرب العربي، ج.1، ط.1، سنة 2005، ص.80؛ محمد نجاري، بعض الإشكالات التي تطرحها مدونة الأسرة على المستوى التطبيقي، مجلة المحكمة، نونبر.2004، العدد 4، المغرب، ص.76.

²⁴⁵ - أنظر، عبد الكريم الطالب، النيابة العامة في مدونة الأسرة، الاختصاصات والإشكاليات، مجلة المنتدى، يونيو 2005، المغرب، ص.30؛ عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، المرجع السابق، ص.54.

الجزائري والتي هي في حد ذاتها لم تتوحد في القرارات و الأحكام الصادرة بشأن أدلة إثبات الزواج العربي، وهذا إشكال آخر يزيد من تعقيد مسألة إثبات الزواج العربي.

الفرع الثالث

تضارب مواقف القضاء في الأدلة التي تثبت الزواج

طالما أن الدليل هو الوسيلة التي يهتدي بها القاضي إلى سواء السبيل قبل النطق بحكمه و قراره، و هو حجة أو قرينة المتقاضي كي يصل إلى إثبات واقعة ما، كواقعة الزواج العربي، ومادامت أنّ هذه الأخيرة واقعة مادية فيجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات²⁴⁶.

و إن كانت بعض الأنظمة قد وضعت قانون خاص بالإثبات يتضمن القواعد الموضوعية والشكلية، كما فعل القانون السوري والانجليزي²⁴⁷ والمصري²⁴⁸، إلا أن المشرع لم يصدر قانونا خاصا بذلك، و إنما نظّم قواعد الإثبات في القانون المدني في الباب السادس من الكتاب الثاني المتعلق بالالتزامات والعقود، و ذلك تحت عنوان "إثبات الالتزام"، و يكون الإثبات بالكتابة، و الشهود، و القرائن ، و الإقرار، واليمين²⁴⁹،

²⁴⁶ - أنظر، كريم زينب، الزواج العربي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الجليلي اليباس ، سيدي بلعباس، سنة 2003، ص.141.

²⁴⁷ - أنظر، يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزائر، سنة 1981، ص.32.

²⁴⁸ - خاصة القانون الصادر سنة 1968 تحت رقم 125، و المتضمن قانون الإثبات المصري؛ أنظر، عادل حسين علي، أحكام الإثبات، مصر، سنة 1998، ص.08؛ بطيمى حسين ، ماهية الإثبات، برهان القاضي والمتقاضي، مجلة الموثق، سنة 2001، العدد 04، ص.08.

²⁴⁹ - أنظر، ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومو، الجزائر ، سنة 2008، ص.124-125.

وكذا الأوراق العرفية والرسائل وغيرها²⁵⁰.

وأمام هذا التنظيم فكان على المشرع أن يسير على منوال تلك الأنظمة ويصدر تقنيناً خاصاً بالإثبات، حتى يتمكن ليس فحسب القاضي من الاقتداء به، بل يسمح كذلك للخصوم من إمكانية الإطلاع أكثر على الوسائل للاستعانة بها أمام الجهات القضائية²⁵¹.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع اكتفى بإقرار قاعدة إمكانية إثبات الزواج في حالة عدم تسجيله بحكم قضائي، حيث نصت المادة 22 على ما يلي: "...وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي...".

و الإشكال هنا يكمن في عدم تبيان المشرع لكيفية إثبات الزواج العرفي أمام المحاكم، لا في حالة التصادق بين الزوجين، و لا في حالة إنكاره، الأمر الذي أدى إلى التضارب في الأحكام والقرارات القضائية، وإشكالية عدم استقرار رأي القضاة على رأي واحد في هذه المسألة، وكما هو ثابت في النظام القضائي الجزائري، فإن المحكمة العليا هي أعلى هيئة لدرجات التقاضي فهي محكمة رقابة على قضاة الموضوع بالنظر في مدى تطبيقهم للقانون، فقراراتها وتوجيهاتها القانونية ملزمة لهم.

²⁵⁰ - يصنف بعض رجال القانون طرق الإثبات إلى أدلة الإثبات الأصلية كالكتابة وشهادة الشهود، و تقابلها أدلة احتياطية وهي الإقرار و اليمين؛ أنظر، الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2001، ص.31.

أما النظام الإسلامي، فانفق جمهور الفقهاء على تحديد طرق الإثبات في الشهادة والإقرار و اليمين و النكول عنها، غير أن هناك جانب من الفقه الإسلامي يحدد طرق للإثبات ويحصرها في سبعة: البينة، الشهادة، الإقرار، اليمين، النكول، القياسية، و علم القاضي، و القرينة الفاصلة؛ أنظر، نبيلة سيلان، الإثبات، مطبعة الحبي، طنجة، سنة 1998، ص.75؛ ابن حزم الأندلسي، المحلى، ج.10، دار الأفاق الحديثة، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.564.

²⁵¹ - كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.142.

إلا أن الإشكال الأكبر يكمن على مستوى هذه المحكمة العليا في حد ذاتها، التي يفترض فيها العمل على توحيد القرارات وإقرار مبادئ مستقرة قضائياً، إلا أن الواقع يبين بأن قراراتها التي تصدرها فيما يتعلق بمسائل أدلة إثبات الزواج العربي، هي أيضاً متضاربة و غامضة في نفس الوقت.

والسؤال الذي نطرحه هو: كيف تعامل القضاء مع مسألة الأدلة المعتمدة في إثبات الزواج العربي؟ وهل ساهم في حل مشاكل إثبات هذا النوع من الزواج؟ أم خلق مشاكل أخرى زادت الأمر تعقيداً خاصة على المتقاضين و تحديداً ضحايا الاحتيال الذين غالباً ما يكونون من فئة النساء والأطفال؟ .

إن من أهم الإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج العربي تتمثل في عدم توحيد العمل القضائي في هذه المسألة، حيث نجد أن العديد من الأحكام والقرارات لم تستقر على أدلة محددة لإثبات الزواج العربي، سواء قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005 (أولاً)، أو بعده (ثانياً).

أولاً- تضارب مواقف القضاء قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005:

من مظاهر تضارب مواقف القضاء في مجال إثبات الزواج قبل التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة سنة 2005-وما أكثرها-²⁵²، نجد أن المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 05 سبتمبر 1984 قضت بأنه: " من المقرر شرعاً أنه يجوز إثبات عقد الزواج بشهادة شهود تفيد وجوده الشرعي، ومن ثم فإن القضاء بإثبات عقد زواج اعتماداً على شهادة لا تفيد انعقاده شرعاً يعد خرقاً لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

ولما كان قضاة الاستئناف اكتفوا في قراراتهم بالقول أن الزوج تارة ينكر الزواج و تارة يطلب التصريح بعدم الاختصاص، وأن شهود المطعون ضدها صرحوا أمام القاضي الأول بأن الطرفين كانا متزوجين، و عاشا عيشة الأزواج، فإنهم بقضائهم بإثبات عقد الزواج بين الطرفين خالفوا

²⁵² - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.150.

أحكام الشريعة باعتبار أن هذه التصريحات، لا تكون كافية لإثبات عقد الزواج الشرعي.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة أحكام هذا المبدأ²⁵³.

و قد جاء هذا القرار نقضا للقرار الصادر عن مجلس قضاء وهران الصادر في 03 ماي 1982 و الذي قضى بإلغاء الحكم المعاد الصادر يوم 26 ماي 1980 عن محكمة وهران وبالفصل من جديد بتأييد الحكم الصادر يوم 06 فبراير 1979 كذلك عن محكمة وهران، والذي قضى بإثبات الزواج بين طرفي الطعن و إلحاق نسب الطفل الناتج عن هذه العلاقة للمدعى عليه²⁵⁴.

و قد اعتمد قضاة الموضوع لإثبات الزواج محل النزاع على تسجيل ميلاد البنت بالحالة المدنية باسم الطاعن، و لم يذكروا أن الزواج كان متوفرا على جميع أركانه أم لا،²⁵⁵ كما استندوا على ما أخذ به القاضي الأول في حكم 06 فبراير 1979 الذي لم يشر إلى وجوب توفر الأركان الشرعية للزواج و اكتفى بقوله أن الزوج تارة ينكر الزواج، و تارة يطلب عدم الاختصاص، و أنّ الطرفين كانا متزوجين وعاشا عيشة الأزواج²⁵⁶، ومن ثم لا يمكن الاعتماد على تصريحات لا تكون كافية لإثبات الزواج الشرعي، لاسيما وأن الزوج كان ينكر هذا

²⁵³ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 05-11-1984، ملف رقم 34030، م ق، سنة 1990، عدد 02، ص.82؛ عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص.12-13؛ نبيل صقر و قمراري عز الدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008، ص.19.

²⁵⁴ - أنظر، م ق، سنة 1990، العدد 02، ص.82؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ج.1، ط.3، د.م.ج، الجزائر، سنة 2004، الهامش رقم 03، ص.132.

²⁵⁵ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.151.

²⁵⁶ - أنظر، م ق، سنة 1990، العدد 02، ص.83؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، الهامش رقم 03، ص.132.

الزواج، فكان لابد من توجيه اليمين إلى الزوجة لتدعيم هذه الشهادة، لتكون يمينا متممة تكمل اقتناع القاضي بوجود هذا الزواج، ومن ثم القضاء بإثباته وإلحاق نسب الطفلة إلى الزوج (أيها).

ويعاب على المحكمة العليا أنها أخذت في قرار لها صدر بتاريخ 27 مارس 1989 بشهادة السماع، والعيب ليس هنا، إنما العيب في أن قضاة المحكمة العليا ساووا في ذلك بين الذين حضروا الفاتحة (أي العقد الشرعي) والذين حضروا الزفاف، وهذا خطأ، لأن وجود الزفاف لا يعني بالضرورة وجود عقد الزواج، فشهادة الشهود الذين حضروا الفاتحة - رأوا وسمعوا - أي العقد الشرعي المكتمل بأركانه وشروطه، أقوى من شهادة الشهود الذين حضروا الزفاف، لأنه ليس شرطا إذا وُجد الزفاف معناه أن الزواج قد تم بطريقة شرعية، و المحكمة العليا قالت في قرارها الأول الصادر بتاريخ 05 سبتمبر 1984 بأن: " القضاء بإثبات عقد زواج اعتمادا على شهادة لا تفيد انعقاده شرعا يعد خرقا لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية"²⁵⁷.

وقبل أن نخوض في مناقشة القرار الصادر في 27 مارس 1989، لا بأس من عرض محتواه إذ يقضي بأنه : "من المقرر شرعا أنّ الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة، أو حضروا زفاف الطرفين، أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني، ومخالفة قواعد الإجراءات، في غير محله يستوجب الرفض، و لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الطاعن لم يأت بأي من شهادة العيان، أو شهادة السماع لإثبات زواجه، فإن قضاة الموضوع برفضهم دعوى إثبات الزواج العربي أعطوا لقرارهم الأساس القانوني"²⁵⁸.

²⁵⁷ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 05-11-1984، ملف رقم 34030، م ق، سنة 1990، عدد 02، ص.82.

²⁵⁸ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم 532772، م ق، سنة 1990، العدد 3، ص.82.

يتضح من خلال هذا القرار أنه يمكن إثبات الزواج سواء بشهادة العيان أو بشهادة السماع، وأن الزوج ادعى الزواج دون أن يقيم أي نوع من هذه الشهادات لإثبات الزواج العرفي، ومن ثم رفض طلبه من قبل قضاة الموضوع، وهذا ما ذهب إليه قضاة المحكمة العليا.

والغريب في هذا القرار ليس في رفض المحكمة العليا وقضاة الموضوع طلب الطاعن الرامي إلى إثبات الزواج العرفي، إنما في قابلية إثبات الزواج العرفي بأي نوع من الشهادة كانت، وتستوي في ذلك حسب القرار، شهادة من حضروا الفاتحة مع من حضروا الزفاف، والأمر لا يقف عند هذا الحد، بل يتعداه إلى شهادة من سمعوا بهذا الزواج²⁵⁹.

و من ثم فإن المحكمة العليا قد وسّعت من دائرة إثبات الزواج أمام القضاء، إذ سمحت بإثباته حتى بشهادة السماع وجعلتها في نفس مرتبة أو درجة شهادة العيان.

وحول ما إذا كانت شهادة الأقارب، تعد جائزة لإثبات وتسجيل الزواج العرفي²⁶⁰، فإن اتجاه المحكمة العليا في هذه النقطة كان متذبذباً، فكانت في قرار لها ترفض شهادة الأقارب في الزواج والنسب، وفي قرار آخر لها سلكت عكس الاتجاه الأول، حيث أصدرت المحكمة العليا قراراً قضت فيه: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهارهم على عمود النسب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون"²⁶¹.

إلا أنه وفي نفس المسألة صدر قرار آخر عن المحكمة العليا بتاريخ 28 أكتوبر 1997 يقضي بأنه: "يجوز في الدعوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق استدعاء إخوة الخصوم للشهادة لإثبات الزواج و ليس سماعهم على سبيل الاستدلال فقط"²⁶²، وهو ما ذهبت إليه في قرار آخر لها

²⁵⁹ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 152.

²⁶⁰ - حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات و تسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، المرجع السابق، ص. 144.

²⁶¹ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1986/12/15، ملف رقم 43889، م ق، سنة 1993، العدد 02، ص. 37.

²⁶² - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1997/10/28، ملف رقم 174102، ن ق، سنة 1999، العدد 55، ص. 175.

جاء فيه: "يجوز سماع شهادة الأقارب سواء في قضايا إثبات الزواج أو الطلاق العرفي. و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج، مبينين في شهادتهم أركان الزواج من ولي، وشهود، و صدق، فالقضاء بإثبات الزواج العرفي، يعد تطبيقاً سليماً للقانون"²⁶³.

وإضافة إلى أخذ القضاء بالبينة كوسيلة لإثبات الزواج، فإنه قد يلجأ إلى اليمين أيضاً كدليل إثبات في الزواج، و ذلك كون البينة المقدمة لا تحقق اقتناع القاضي باعتبار أن إثبات الزواج يخضع للسلطة التقديرية للقضاة، إلا أنه من الحالات الصعبة التي تعترض القاضي في مجاله العملي، هي وفاة الزوجين أو أحدهما قبل تثبيت عقد الزواج، مما يعرض الزوج الحي منهما إلى السعي وحده لإثبات زواجه و قد يعترضه مشكل عدم كفاية الشهود أو بمعنى آخر ضعف البينة، وفي هذا صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات من بينها القرار الذي أصدرته بتاريخ 22 سبتمبر 1998 و الذي جاء فيه: "يثبت عقد الزواج بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين. وهذا طبقاً لقول خليل في باب أحكام الشهادة: "لا نكاح بعد الموت"، و من ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك إضافة إلى سماع شهادة الشهود، يعد من قبيل التطبيق السليم للقانون"²⁶⁴.

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها بما يلي: "إذا كان من المبادئ الشرعية و السائدة فقها و قضاء أن إثبات عقد زواج في حالة وفاة أحد الزوجين يكون مؤسساً على شهادة شهود يؤكّدون صحة انعقاده وفقاً لتعاليم الشريعة الإسلامية، وأن الاكتفاء بشهادة ثلاثة أشخاص كان أفضل منهم أنه حضر الفاتحة، فهي شهادة في غاية الإجمال، وليست مما يثبت بها عقد الزواج، إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها، فإن الإثبات بالبينة على هذا النحو، لا يكفي وحده إلا مع يمين المدعية، لذلك يستوجب نقض القرار القاضي بإثبات عقد زواج

²⁶³ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1998/03/17، ملف رقم 188707، م ق، سنة 2001، عدد خاص، ص.50؛ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.68-69.

²⁶⁴ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1988/02/22، ملف رقم 204254، م ق، سنة 2000، العدد 02، ص.173.

المدعية بشخص متوفى تأسيسا على شهادة أشخاص ليست كافية لهذا الإثبات، ودون تحليف المدعية اليمين²⁶⁵.

و تعود وقائع هذه القضية إلى أن السيدة (ب.ز)، أقامت في حقها و في حق أبنائها القصر طعنا يرمي إلى نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 25 أبريل 1983 المؤيد للحكم الصادر عن محكمة غليزان بتاريخ 05 ديسمبر 1979، و القاضي بالاعتراف بالزواج الواقع حسب التقاليد لسنة 1960 بين السيدة (ق.ع) المطعون ضدها والمرحوم (ب.ع)، والذي نتج عنه ولد واحد²⁶⁶.

فقد أيد مجلس قضاء مستغانم حكم محكمة غليزان ، الذي قضى بوجود الزواج بعد 19 سنة من القول به و مرور 9 سنوات على وفاة الزوج معتمدا على وثائق قدمت من طرف الزوجة الثانية (ق.ع) دون أن يعطي القاضي الأول رأيه فيها أو يشير إلى محتواها²⁶⁷، كما أنه اعتمد على شهادة شهود لم يشهد إلا واحد منهم بأنه حضر الفاتحة، و لكنه لم يذكر بقية شروط الزواج من صداق و رضا وولاية، أما الشاهدان الآخران فقد اكتفيا بالقول، أن الزوج المتوفى كانت له علاقة زوجية مع الزوجة الثانية (ق.ع) وهذا لا يمكن أن يعد دليلا على شرعية الزواج.

إذ أن النكاح لا يعتمد في إثباته إلا على البينة القاطعة، التي تشهد بمعاينة العقد بين الزوجين، والمعاينة تقتضي أن يشهد الحاضرون مجلس العقد شهادة قاطعة تفصيلية، تحدد من خلالها قيمة الصداق المسمى، وتعجيله، أو تأجيل بعض منه، ومن تولى العقد وبذلك فالشهادة المحملة لا يثبت بها الزواج، هذا في حال التنازع في الزوجية و الزوجان معا على قيد الحياة.

²⁶⁵ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1985/09/23، ملف رقم 37501، م ق، سنة. 1990، عدد. 01، ص. 95.

²⁶⁶ - أنظر، نفس المجلة، ص. 95-96.

²⁶⁷ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 154.

أما إذا توفي أحدهما، وادعى الحي منهما الزوجية وليس له إلا شاهد واحد يشهد له بالزوجية شهادة مفصلة قطعية كما هو الوضع في قضية الحال، فإن الزواج يثبت لكن مع يمين المدعي.

و بهذا فإن قضاة مجلس قضاء مستغانم بتأييدهم للحكم القاضي بإثبات الزواج بناء على قرائن بسيطة مأخوذة من وجود علاقة جنسية في إطار غير شرعي، منتهكين بذلك الأحكام الشرعية مما حتم على قضاة المحكمة العليا نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء مستغانم.

ما يلاحظ على قرار المحكمة العليا هذا أنه أخذ بعين الاعتبار خطورة عقد الزواج، ومن ثم استلزم حال ضعف البينة - بأن كان أفضلها واحد ممن حضروا الفاتحة - أن تدعم يمين من يدعي الزواج، و بذلك كرس قضاة المحكمة العليا دور اليمين في إثبات الزواج²⁶⁸.

ومع ذلك يؤخذ عليهم أنهم من ناحية صنفوا كل من شهادة العيان، سواء من حضروا الفاتحة أو الرفاف فقط، وكذا شهادة السماع في مرتبة واحدة من حيث القوة الثبوتية لها، كما أن هذا القرار يفرق بين هذه الشهادات من حيث مدى حجيتها في إثبات الزواج، وهذا يتبين من خلال ما جاء فيه: "... كان أفضل من شهد منهم أنه حضر الفاتحة... إذا ما كانت شهادة الآخرين أضعف منها...". هذا من جهة، و ما دامت المحكمة العليا قد ساوت بين الشهادات من حيث قوة إثباتها فما الفائدة من إلزام الطرف المدعي بتأدية اليمين، من جهة أخرى²⁶⁹.

فإذا كان التضارب واضحا من حيث إثبات الزواج العرفي، في معظم الأحكام والقرارات التي قمنا بإبرازها، والصادرة قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005، فإن ذلك يدفعنا إلى إبراز مدى التضارب بين الأحكام والقرارات الصادرة في هذه المسألة، بعد التعديل المذكور، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

²⁶⁸ - أنظر، نزار كريمة، اليمين في الأحوال الشخصية، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليباس، سيدي بلعباس، سنة 2001، ص.38.

²⁶⁹ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.156.

ثانيا- تضارب مواقف القضاء بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005:

رغم تعديل قانون الأسرة سنة 2005، إلا أن المشرع مازال مصرا على إبقائه لقاعدة إمكانية إثبات الزواج في حالة عدم تسجيله بحكم قضائي، كما أنه لم يبين كيفية إثبات هذا الزواج أمام المحاكم، لا في حالة التصادق بين الزوجين، ولا في حالة إنكاره، الأمر الذي أدى إلى استمرارية تضارب مواقف القضاء في مجال إثبات الزواج العربي بعد تعديل قانون الأسرة.

ومن مظاهر هذا التضارب، نجد المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر 2005 جاء فيه ما يلي: "حيث أن القرار فعلا جاء مشوبا بالقصور ومخالفة القانون وبالتالي منعدم الأساس القانوني، وذلك لأن المطعون ضدها لما أقامت دعواها أمام محكمة أولى درجة صرحت بأنها و الطاعن قد وقعت بينهما خطبة مقرونة بفاتحة (أي عقد زواج) بتاريخ 2000/09/11 بحضور جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق بأربعين ألف دينار وخاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة (حقيقية تشتمل على عدة أشياء سار عليها عرف الجهة) وحرر قاضي أول درجة أقوالها هاته في محضر مؤرخ في 2002/09/08، وأن المدعى عليه - الطاعن حاليا- دعاها لترك وظيفتها في التعليم إلا أن طلبه هذا رفضته وبناء عليه تنشر دعوى الحال و تطالب فسخ خطوبتها مع منحها تعويضا بسبب الضرر اللاحق بها، وحيث يتضح من أقوال المدعية، والتي أيدها الطاعن أن ما يربط طرفي النزاع هو عقد زواج تتوفر جميع أركانه و بالتالي يتعين إصدار حكم إما بالتطليق أو بالطلاق...و عليه فكان المفروض على قضاة الموضوع القضاء في قضية الحال بالتطليق إذا رأوا أن المدعية محقة في طلبها لكون ما يربطها بالطاعن هو زواج عرفي تام الأركان بإقرار الزوجين وواقع القضية"²⁷⁰.

يلاحظ بأن هذا القرار قام بإبطال ما جاء في القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء تبسة

في 20 جويلية 2003 الذي أيد الحكم الصادر عن محكمة الشريعة يوم 22 سبتمبر 2002

²⁷⁰ - أنظر، م ع، غ.أ.ش.م، 2005/10/12، ملف رقم 340671، م.م.ع، سنة 2005، العدد 02، ص.399-340.

الذي قضى بفسخ الخطوبة بين الطرفين.

و الغريب في الأمر أن كل من مجلس قضاء تبسة ومحكمة الشريعة اعتبرا أن ما يربط طرفي النزاع هو مجرد خطوبة و قضا بفسخها، رغم أن المطعون ضدها صرحت أمام محكمة أولى درجة بأنها و الطاعن قد وقعت بينهما خطبة مقرونة بفاحة، بحضور جماعة من المسلمين أين تم تحديد الصداق وخاتم الحنة إلى جانب توابع هذه الأخيرة.

كما أن الطاعن - أي الزوج - قد أيد قول المطعون ضدها - أي الزوجة - على أن ما يربطهما هو عقد زواج تتوفر فيه جميع أركانه.

وعليه، فإن المحكمة العليا قررت نقض هذا القرار بقولها: " كان من المفروض على قضاة الموضوع القضاء في قضية الحال بالتطبيق إذا رأوا أن المدعية محقة في طلبها، لكون ما يربطها بالطاعن هو زواج عرفي تام الأركان بإقرار الزوجين وواقع القضية " 271 .

و في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 13 جوان 2007 قضت بأنه: " يعاب على القرار المطعون فيه انعدام الأساس القانوني ومخالفته لأحكام المادة 9 من قانون الأسرة التي تنص على أن يتم الزواج برضا الزوجين و بولي وشاهدين وصداق والقرار المطعون فيه لم يبين في حيثياته الأركان المذكورة أعلاه والمادة 15 من نفس القانون تنص على أنه يجب تحديد الصداق في العقد إلا أن ذلك لم يأخذه القرار بعين الاعتبار" 272 .

وقد جاء هذا القرار نقضا للقرار الصادر عن مجلس قضاء غليزان بتاريخ 12 جانفي 2005 القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وادي ارهيو بتاريخ 17 جانفي 2004 والذي قضى بتثبيت الزواج العرفي الواقع خلال سنة 2002.

²⁷¹- أنظر، م ع، 2005/10/12، ملف رقم 340671، م.م.ع، 2005، العدد 02، ص.400.

²⁷²- أنظر، م ع، غ.أ.ش.م، 2007/06/13، ملف رقم 396339، م.م.ع، 2008، العدد 01، ص.255.

إلا أن قضاة الموضوع اعتمدوا على إثبات هذا الزواج دون تبيان ما إذا كان قد تم بتوافر جميع أركانه و شروطه أم لا، كما استندوا على ما أخذ به القاضي الأول في حكمه الصادر بتاريخ 17 جانفي 2004 الذي لم يبين في حثياته توفر الأركان والشروط الخاصة بالزواج، كما أنه لم يأخذ بعين الاعتبار ما جاء في المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يجب تحديد الصداق في العقد²⁷³.

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 13 فيفري 2008 جاء فيه ما يلي: "أن قضاة الموضوع خالفوا المادتين 9، 10 من قانون الأسرة بحيث لم يتحققوا من وجود أركان الزواج، الرضا، الولي، و الشهود واكتفوا باليمين بالرغم من أنها لا تؤخذ كدليل لإثبات الزواج، والمطعون ضدها لم تحضر الشاهدين والأشخاص الذين أخذ قضاة الموضوع بشهادتهم كبداية الدليل لم يشهدوا بمجلس العقد و تكون شهادتهم باطلة"²⁷⁴.

وجاء هذا القرار نقضا للقرار الصادر عن مجلس قضاء المسيلة بتاريخ 07 نوفمبر 2005، الذي أثبت الزواج العرفي باليمين فقط دون أن يتحقق من وجود أركان الزواج، الرضا، والولي، والشهود، كما أن المحكمة العليا بينت بأن قضاة الموضوع اعتمدوا على شهادة الشهود الذين لم يشهدوا بمجلس العقد، ومن ثم فإن شهادتهم تكون باطلة.

ويعاب على المحكمة العليا أنها أخذت في قرار لها صدر بتاريخ 11 مارس 2009 بشهادة الشهود الذين حضروا مراسيم الزواج العرفي، أي بالذين حضروا الزفاف ولم يشهدوا ما إذا كان هذا الزواج متوفرا على جميع أركانه وشروطه أم لا، لا سيما و أن الزوجة تنكر هذا الزواج وتؤكد عدم انعقاده، حيث جاء في هذا القرار: "أنه بالرجوع إلى محضر التحقيق المجري أمام البلدية نجد أن الشهود أكدوا بأن الذي حضروا مراسيم الزواج العرفي هو أب المطعون

²⁷³ - تنص المادة 15 من ق.أ على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

²⁷⁴ - أنظر، م ع، غ.أ.ش.م، 2008/02/13، ملف رقم 424799، م.م.ع، سنة 2008، العدد 02، ص.308-309.

ضدها، بينما محضر التحقيق المجرى بنفس الشهود وكما تؤكد المطعون ضدها أخوها (ر)، وهو خير دليل على عدم صحته وعدم انعقاده... لكن حيث إن اقتصار قضاة المجلس على شهود الإثبات الذين استمعت إليهم المحكمة، لتأييد الحكم المستأنف، و التسبب الذي أسسوا عليه قرارهم، كاف لإثبات الزواج العرفي الواقع بين المطعون ضدها وبين المرحوم (ع ع)...²⁷⁵.

وتجدر الإشارة إلى القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء الشلف بتاريخ 08 مارس 2008 تحت رقم 08/1020 و الذي جاء مخالفا لأحكام المادة 9 من قانون الأسرة التي تستوجب في عقد الزواج رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصادق، حيث اعتبر قضاة الموضوع أن تصريحات ولي الزوجة هي شهادة ثانية تضاف إلى شهادة خالها، مع أن نص المادة المذكورة يستوجب بالإضافة إلى ولي الزوجة، شاهدين، وهو الشيء الذي لم يتحقق في هذه القضية.

و على هذا الأساس أبطلت المحكمة العليا هذا القرار المثبت للزواج العرفي، حيث بينت في قرارها الصادر بتاريخ 10 فيفري 2011 بأن: "المادة 09 من قانون الأسرة في صياغتها القديمة تنص بأن عقد الزواج يتم برضا الزوجين و بولي الزوجة وشاهدين وصادق، كما أن المادة 9 مكرر من نفس القانون طبقا للأمر 05-02 تنص على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها الشاهدين والولي.

وحيث إنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس وبعد التحقيق الذي أجره، أسسوا قرارهم المذكور على أنه وقع فعلا زواج عرفي بين الطاعن وبين المطعون ضدها...

وحيث إن هذا التسبب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورهما مجلس العقد، وقضاة المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أن أحدهما وهو الولي وأب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج وإلا اعتبر ذلك مخالفا

²⁷⁵ - أنظر، م ع، غ.أ.ش.م، 2009/03/11، ملف رقم 479392، م.م.ع، سنة 2009، العدد 02، ص.290.

لنص المادتين المذكورتين مادام أن عقد الزواج لم يبين فيه تاريخ الزواج العرفي حتى يمكن تطبيق القانون الواجب، لأنه إذا كان الزواج المطالب بإثباته قد تم قبل سريان الأمر 05-02 المعدل والمتمم لقانون الأسرة، فإن أحكام المادة 9 من ذلك القانون هي التي تطبق، وإذا كان بعد ذلك فإن أحكام المادة 9 مكرر هي التي تطبق، وخصوصا وأن الشاهد (م م) صرح بأن الإمام الثاني الذي التجأوا إليه و هو (ب.ع) قام بقراءة الفاتحة، لذلك كان بإمكان قضاة المجلس سماعه كشاهد²⁷⁶.

يلاحظ في هذا القرار أن المحكمة العليا قضت بعدم جواز إثبات الزواج العرفي بشهادة الولي لأنه لا يمكن اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج، وبذلك تكون المحكمة العليا قد أبطلت القرار الصادر عن مجلس قضاء الشلف لإثباته الزواج العرفي اعتمادا على الشهادة الثانية المبنية على تصريحات الولي.

و من هنا نلاحظ مدى التضارب بين الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الجزائرية على مختلف درجاتها.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد كان صريحا وواضحا عندما اعتبر في الفقرة الأولى من المادة 16 وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثباته، لكنه مع ذلك أبقى الباب مفتوحة عندما تحول ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج، فمنح للمحاكم صلاحية إجراء البحث عن الظروف والقرائن المؤكدة لقيام العلاقة الزوجية والاعتماد على جميع وسائل الإثبات و كذا الخبرة، إلا أن ما يلاحظ على المشرع المغربي أنه فتح الباب على مصراعيه استنادا للمادة ذاتها²⁷⁷ لاعتماد

²⁷⁶ - أنظر، م ع، غ.أ.ش.م، 2011/02/10، ملف رقم 600991، م.م.ع، سنة 2011، العدد 02، ص. 275-276.

²⁷⁷ - تنص م 16 من م.أ.م: "تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت في حياة الزوجين، يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

جميع وسائل الإثبات في سماع دعوى الزوجية، وكأنه يريد القول بأن جميع هذه الوسائل كفيلة بإبراز كافة مكونات العقد، إلا أن الوسيلة التي تبقى أكثر شيوعا هي شهادة الشهود، الذين يجب على المحكمة عند استماعها إليهم، أن تعمل قدر الإمكان على إخراج كل ما لديهم خصوصا ما تعلق بأركان العقد و شروطه للتأكد فعلا من أن ما يربط الطرفين هو عقد صحيح كامل الأركان والشروط²⁷⁸.

إلا أن الملاحظ على العمل القضائي في المغرب هو تقريبا نفس ما يجري به العمل لدى القضاء الجزائري في اعتبار أن شهود السماع هم في نفس مرتبة شهود العيان²⁷⁹، و يستوي كذلك شهادة من حضروا الفاتحة مع من حضروا الزفاف، والقرارات في هذا الشأن عديدة، ومثالها ما أصدرته غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى المغربي يوم 13 سبتمبر 2006 قرارها عدد 511 في الملف الشرعي رقم 2005/2/581 أيدت فيه قرار استئنافية مراكش رقم 478 الصادر بتاريخ 17 ماي 2005 في الملف رقم 2005/8/285 المؤيد بدوره لحكم ابتدائية ابن جرير المؤرخ في 06 ديسمبر 2004 بعلّة: " أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين و استفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف وعللت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصدّاق و ولي و هو والدها، وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج ، كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف، وأن كتابة عقد الزواج هو لإثبات تحقّقه وليس ركنا في العقد، وأنه إن تعذر الإشهاد في حينه اعتمدت المحكمة سائر وسائل الإثبات للتأكد من تحقّقه ومن ذلك شهادة الشهود المزكاة باليمين، و بذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها في الشرع

²⁷⁸ - أنظر، مجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، المغرب، يوليوز 2005، العدد 15، ص. 11-12.

²⁷⁹ - أنظر، عبد العزيز وحشي، سماع الدعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، بحث منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma، ص. 13.

يتضح من خلال هذا القرار أن الجهات القضائية على اختلاف درجاتها اعتمدت على شهود العيان، بينما في قرار آخر للمجلس الأعلى اعتمد على إثبات الزواج فقط بقريئة اشتها هذا النكاح بين الناس و فشو خبره، رغم عدم وجود شاهدين وقت انعقاده، حيث جاء فيه : "...إن محكمة الموضوع أقامت قضاءها على ما اطمأنت إليه من أدلة منتجة في الدعوى و منها البحث الذي أجرته المحكمة الابتدائية في القضية و عللت قرارها بأن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين بإقرارها حسب المستفاد من بينة الزوجة عدد 235 المقامة بطلب منها في 13 جانفي 2000 و التي يفيد شهودها بأن الطرفين مرتبطان بعلاقة زوجية منذ عشرين سنة سلفت عن تاريخها بولي معروف هو صهرها...و على صداق مسمى قدره: 200.00 درهم قبضته الزوجة وباستمرار هذه العلاقة بدون انفصام إلى الآن...مما يعني من جهة أخرى أن النكاح قد اشتهر بين الناس وفشا خبره، مما يكفي لثبوته وإن لم يحصل إسهاد من عدلين وقت انعقاده".²⁸¹

وهو نفس المنوال الذي ذهبت إليه محكمة الاستئناف "سطات"، إذ لم تبين المستند الخاص لعلم الشهود وفق ما ذهب إليه المجلس الأعلى، حيث استندت شهادتهم فقط لعلاقة الجوار مع الطرفين للقول بأنهما مرتبطان برباط الزواج الشرعي، فحاء في معرض بسط وقائع قرارها رقم 06/835 الصادر بتاريخ 01 نوفمبر 2006 في الملف عدد 2/1960 أن "شهادة الشهود المستمع إليهم بجلسات البحث أفادت أن العلاقة التي كانت بين الطرفين بحكم الجوار هي علاقة زواج"، ومع ذلك سمعت دعوى الزوجية ورتبت عليها حيث أيدت ما قضى به الحكم الابتدائي

²⁸⁰ -أنظر، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص.128-129-130؛ مقتبس عن عبد العزيز وحشي، المرجع السابق، ص.13-14.

²⁸¹ -أنظر، قرار المجلس الأعلى لمملكة المغرب، المؤرخ في 29 نونبر 2005، في الملف الشرعي عدد 1/19/2004، عدد505، وهو قرار غير منشور؛ أشار إليه الدكتور الكبشور بالهامش 67 من مرجعه، شرح مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2006-1427، ص.286-287؛ عبد العزيز وحشي، المرجع السابق، ص.14.

من نفقة للزوجة ومولودتها".²⁸² .

هذه الأمثلة من القرارات وغيرها تجعلنا نقول أن الإشكال في تسوية شهود السماع مع شهود العيان لا يقتصر فقط لدى القضاء الجزائري وإنما يشمل أيضا المغربي.²⁸³

و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن كلا التشريعين السابقين - أي التشريع الجزائري والمغربي- يبحثان عن تسهيل إثبات الزواج العرفي، وهذا الأمر له انعكاس خطير على المجتمعات، لأن هذا التضارب في القرارات و التي تحمل في طياتها تسهيل لإثبات هذا النوع من الزيجات سيؤدي لفتح الباب لكل زانيين أرادا تحويل علاقتهما الآثمة وغير الشرعية إلى زواج شرعي مع أنها ليست كذلك.

كما أنه من المستحيل أن يكون شهود العيان و شهود السماع في مرتبة واحدة، فشهادة العيان هي الأصل²⁸⁴، كما أنها تسمى شهادة القطع، و في ذلك روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال عليه الصلاة والسلام: "هل ترى الشمس، قال نعم، قال على مثلها فاشهد أو دَع"²⁸⁵.

282 - أنظر، مجلة محكمة، مجلة فصلية متخصصة تعني بالدراسات القانونية، أكتوبر- دجنبر، رقم الإيداع القانوني: 2006/0016، العدد 03، ص. 227-228-229.

283- لمزيد من الإيضاح حول موقف القضاء المغربي في التعامل مع أدلة إثبات الزواج؛ أنظر، مجموعة من القرارات القضائية الاستثنائية خاصة بثبوت الزوجية موجودة في الملحق رقم (05)، كذلك يوجد في الملحق رقم (06) قرارات قضائية خاصة بتطبيق المادة 183 من مدونة الأسرة المغربية.
-284

أنظر، عادل محمد سليم، الزواج العرفي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، سنة 2002، ص.55.

285- أنظر، فخري أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، ص.84 و ما بعدها إلى 89؛ هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية و القانونية، شرح وتعليق وصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1999، ص.42؛ عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، المرجع السابق، ص.106.

من هنا نقول أن المحكمة العليا أهملت التدقيق في قراراتها، كما أن هذه الأخيرة غلب عليها طابع التناقض، وهو عكس ما يفترض في دور القضاء العالي التي تعرف بآخر درجات التقاضي، والتي من المفروض أن محاكم قانون تعمل على توحيد المبادئ المعمول بها قضائياً.

و مجمل الأحكام و القرارات التي قمنا بإبراز اتجاهاتها واضح منها أن شهادة الشهود تبقى الوسيلة الأساسية التي تعتمد للتأكد من توفر العقد على أركانه و شروطه، لكن يبقى الكثير من التساؤلات مطروحة على دور القضاء خاصة في حالة عدم توفر الشهود، إذ هل يكفي الأخذ بالقرائن كفضو النكاح و اشتهاره في إثبات الزواج العربي، خاصة بعد وفاة أحد الزوجين أو كلاهما قبل إثبات زواجهما، وحتى لو توفر الشهود يبقى الإشكال العملي المطروح هو أنه ، إذا كان من المفترض توفر عنصر العدالة و حسن السيرة و الأخلاق لدى الشاهد، فكيف يتأكد القاضي من توفر هذه العناصر في كل شاهد خاصة بالنظر إلى كثافة الملفات المعروضة أمامه؟

بالإضافة إلى ذلك، فإنه حسب الشريعة الإسلامية يجوز للشاهد أن يرجع عن شهادته²⁸⁶، و رجوعه صحيح و مقبول بشرط أن يكون في مجلس القضاء، فإذا سلطنا الضوء في هذه النقطة - رجوع الشاهد عن شهادته- على مسألة الزواج العربي، و افترضنا أن القاضي أثبت الزواج بين فلان و فلانة بناء على شهادة سماعية، و صدر الحكم واستوفى طرق الطعن وأصبح نهائياً، ثم أتى نفس الشاهد الذي شهد بواقعة الزواج العربي ورجع عن شهادته، مبرراً ذلك أنه قد تم إيهامه أنّ فلانة هي حقاً زوجة فلان، فما هو موقف القاضي هنا؟ وكيف سيكون موقف القاضي حيال الشاهد الذي تراجع عن شهادته كونه وقع ضحية إيهام من الغير على أن فلانة زوجة فلان، فهل تتابع النيابة هذا الأخير جزائياً بتهمة شهادة الزور؟ وكيف يكون ذلك ونحن

²⁸⁶ - وتبرير ذلك أن رجوع الشاهد عما أدلى به ان كان كذبا هو عودة إلى الحق، وقد استدل بعض من الفقهاء بذلك عن رواية حدثت مع علي رضي الله عنه، أين شهد عنده رجلين خطأ على رجل بالسرقة فقطعت يده ثم عادا وتراجعا عن أقوالهما متهمين رجلا آخر وليس الرجل الأول فقال لهما علي رضي الله عنه: " لا أصدقكما على هذا الأخير وأضمنكما يد الأول ولو أي أعلمكما فقتلتما ذلك عمدا قطعت أيديكما"، ففي هذه الرواية دليل أن الرجوع عن الشهادة صحيح في حق الشاهد؛ أنظر، عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1992، ص.428.

نعلم حسب الشريعة الإسلامية و القواعد العامة للإثبات أن الشهادة السماعية لا تحمّل صاحبها المسؤولية الشخصية عما أدلى به، لأنه نقل الكلام عن غيره من الناس، ولم ينقل واقعة عاينها بسمعه وبصره هو شخصيا؟

هذه و غيرها أسئلة تطرح و بإلحاح، ليس لأجل الترف الفكري، و إنما لكون الأمر من الأهمية بمكان، خصوصا و أن هذا التضارب القضائي في قرارات المحكمة العليا وسّع من دائرة إثبات الزواج العربي بحكم قضائي و زاد من خلق مشاكل أخرى في إثبات هذا الزواج دون حلها، و السبب أنه فتح الباب على مصراعيه بالسماح لإثبات الزواج بحكم ليُستغل أسوأ استغلال في تثبيت ما يعرف بالزواج المزيف، أو الزواج الذي لا أصل لوجوده.

و في الأخير، نقول أن كل هذه الإشكالات التي ذكرناها، ابتداء من إشكالية تعدد الجهات التي تتولى إبرام عقد الزواج و إشكالية سلبية دور النيابة العامة في التعامل مع قضايا إثبات الزواج، و إشكالية تضارب مواقف القضاء في الاعتماد على أدلة إثبات الزواج العربي، كلها زادت من تعقيد هذه المسألة أي إثبات الزواج العربي.

كما أنها في نظرنا تعتبر من أهم العوامل التي ساعدت على انتشار هذا الزواج دون أن تحد منه، والعامل الأكبر هو استمرار المشرع بالاعتراف بهذا الزواج، كل هذه الأمور أدت و ستؤدي حتما إلى آثار و عواقب وخيمة، خاصة على الأولاد و الزوجين في حد ذاتهما، وعلى المجتمع ككل.

فهذا الأمر ليس هينا بتاتا، ومادام أنّ المشرع والقضاء عملا على تيسير وتسهيل كل سبل إثبات الزواج العربي، فإنّ ذلك سيكون له أبعاد و مخاطر على كل الفئات التي ذكرناها، وهذا ما سنحاول تبيانه في المطلب الموالي، الذي سنسعى فيه إلى إبراز الآثار المترتبة عن توسيع دائرة إثبات الزواج العربي والوقوف على أهم إشكالاتها ووقوعها على الزوجين والأولاد والمجتمع بصفة عامة.

المطلب الثاني

أهم الآثار المترتبة عن توسيع دائرة إثبات الزواج العرفي

كان من المفروض أن لا ينتج عن عقد الزواج العرفي آثار سلبية، أنه زواج شرعي لا يختلف عن الزواج الذي كان يجري عليه العمل في ديار الإسلام²⁸⁷ ولكن الواقع يدل على أن العابثين المعتدين وإن لم يجدوا في الشريعة الإسلامية ذريعة للعبث و تحويل علاقات الزنا إلى زواج، وتثبيت نسب ابن الزنا، فإنهم قد وجدوا ذلك بين نصوص قانون الأسرة، وعلى وجه التحديد نص المادة 22، كما وجدوا سهولة التحايل على القضاء طالما أن هذا الأخير يسهل إثبات الزواج العرفي بأي طريقة كانت.

فالوضع الذي نعيشه في المجتمع الجزائري، هو استغلال رخصة إمكانية إثبات الزواج العرفي بحكم قضائي في حالات الزنا، لاسيما تلك التي تسفر عن حمل، في الادعاء زورا بأنه عقد قران طرفي الزنا بتاريخ سابق و أنه نتج عن هذا القران المزعوم حمل، ولأن التحايل سهل، ومتوقف على ما يدلي به أطراف العلاقة من تصريحات، بحكم إثبات الزواج لم يبرم أصلا؛ ولأن إثبات الزواج يكون بأثر رجعي وليس من تاريخ رفع الدعوى فهو يحول ابن الزنا إلى ابن شرعي.

و من هنا تتضح أبعاد و مخاطر توسيع دائرة إثبات الزواج العرفي في التشريع، وهو الأمر الذي يجب أن نقف عنده، من حيث تحويل علاقات الزنا إلى زواج (الفرع الأول) ، ثم نقف عند البعد الأكثر خطورة وهو أن الأثر الرجعي للزواج العرفي قد ينسب ابن الزنا(الفرع الثاني).

²⁸⁷ - أنظر، عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1420 - 2000، ص.150

الفرع الأول

إثبات الزواج العرفي قد يحول علاقات الزنا إلى زواج

لقد مرت المجتمعات الإسلامية بمراحل تاريخية عديدة أعقبتها رواسب من الغزو الفكري الذي كانت له آثار خطيرة على الأوضاع الاجتماعية في الأمة، مما أفرز عوامل ثقافية واقتصادية ونفسية؛ أورثت أمراض مستعصية لدى هذه المجتمعات.

و أفادت الكثير من الدراسات أن الأسر غير الملتزمة بالتعاليم الدينية، أو التي توجد في مجتمع لا يهتم بتعاليم الدين، سواء في المدارس أو المعاهد، مالت إلى إقامة علاقات غير سوية خارج نطاق الأسرة و الزواج، وهو ما أدى إلى انهيار هذه المجتمعات، و تفسخ الأبناء، وانقطاع عرى المودة والرحمة فيما بينهم²⁸⁸.

وبانخفاض الوازع الديني و انتشار الرذيلة والفاحشة، أصبحت نفس الشخص تذهب وراء التمتع بالنساء²⁸⁹، كما أن طبيعة الإنسان هي النقص و الخطأ، لذا قد ينحرف عن منهج الله القويم، فتنشأ علاقة بين الرجل و المرأة على نحو يخالف تعاليم الشريعة الإسلامية، فيتورط في ارتكاب جريمة الزنا، وقد يترتب على تلك الجريمة أن تحمل الزانية حملا يفضي إلى إنجاب ولد الزنا، وتلك مشكلة من المشكلات الاجتماعية و القانونية الصعبة التي تعاني منها المجتمعات²⁹⁰، و الشريعة الإسلامية قد قررت الكثير من الأحكام المتعلقة بهذا الموضوع، سواء أكانت بمحاربة الزنا نفسه، أم بمعالجة الآثار المترتبة عليه بما في ذلك موضوع النسب.

²⁸⁸ -أنظر، أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشريعة و المشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج و الطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة 1430-2010، ص.171؛ فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، المرجع السابق، ص.35.
²⁸⁹ -تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، المرجع السابق، ص.113؛ مقتبساً عن عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2004، ص.92.
²⁹⁰ -أنظر، مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالصمة الوراثية، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد.17، سلسلة الدراسات الإسلامية، يناير 2009، العدد 01، ص.02.

فدعت إلى الزواج الشرعي الصحيح وحببت فيه لأنه أسلم طريق لتصريف الغريزة الجنسية، و هو الوسيلة المثلى لإخراج سلالة يقوم على تبريرها الزوجان و يتعهدانها بالرعاية و غرس الود والرحمة،

و عاقبت الشريعة الإسلامية كل من يخالف هذه الأسس القومية عقوبة الحد على الزاني سواء كان محصنا أم غير ذلك، كما أنها اعتبرت هذه الجريمة من الكبائر العظام بأدلة كثيرة منها: قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا"²⁹¹، فالله تعالى لم يكتف بالنهي عن فعل الزنا، وإنما نهى عن قربانه، ليشمل النهي جميع مقدماته و دواعيه، لأن من حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه، ثم وصف الله تعالى الزنا وقبحه بأنه كان فاحشة، والفاحش هو القبيح الذي تنهى قبحه، حتى استقر فحشه في نصوص الشرع والعقول، والفطر السليمة، ثم أخبر سبحانه وتعالى عن عاقبة الزنا بأنه بئس السبيل، لأنه سبيل هلكة و بوار وافتقار في الدنيا، وعذاب و خزي و نكال في الآخرة²⁹².

و من أدلة تحريم الزنا قوله تعالى في الوصف الذي خص به عباد الرحمن: " وَ الَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ، وَ مَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا"²⁹³

و الآيتان ظاهرتان في الدلالة على حرمة الزنا، إذ أن الله تعالى قرنه فيهما بأبشع الجرائم، وهي الشرك بالله و قتل النفس، وجعل جزاء ذلك الخلود في العذاب المضاعف ما لم يبادر العبد إلى التوبة الصادقة والإيمان بالله الواحد الكبير المتعال²⁹⁴.

²⁹¹ - سورة الإسراء، الآية: 32.

²⁹² - أنظر، إبراهيم علواني، مدى مشروعية تنسب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، دارالكتاب القانوني، جامعة طنطا، مصر، سنة 2009، ص. 20-21.

²⁹³ - سورة الفرقان، الآيتان: 67-68.

²⁹⁴ - إبراهيم علواني، مدى مشروعية تنسب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، المرجع السابق، ص. 21.

و منه نخلص إلى أن الزنا علاقة آثمة حرمها الشرع الإسلامي، كما أنه حرص على تطهير المجتمع منها، فقبح فعلها وعاقب فاعليها بعقوبات رادعة.

أما المشرع الجزائري لم تكن له الرؤية التي وجدناها في أحكام الشريعة الإسلامية، ذلك أن هذه الأخيرة تعاقب على الزنا في كل الأحوال، سواء كان الزاني محصنا أو غير محصن، ولعل الاختلاف في الرؤية ليس هنا، وإنما في العقوبة المقررة لها، حيث تنص المادة 339 من قانون العقوبات بما يلي: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته، ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".

وتضيف المادة 340 من ذات القانون بأنه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يجره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

ما يلاحظ على هذين النصين، أن المشرع لم يأخذ من أحكام الشريعة الإسلامية سوى المبدأ وهو تجريم زنا الزوجين، أما عدا ذلك فلم يأخذ منها شيء.²⁹⁵

هذا وإن قلنا بأن المشرع لم يبيح الزنا صراحة، إلا أنه من خلال نص المادة 339 من ق.ع. نجد أنه تساهل نوعا ما في جريمة الزنا بين الزوجين، إذ نجده علق متابعة إجراءات الدعوى على شكوى الزوج المضرور، وبمفهوم المخالفة، إذا تنازل هذا الأخير عن الشكوى، انقضت الدعوى

²⁹⁵ -أنظر، جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج.2، ط.1، سنة 2002، ص.135، 133-136؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.209-210.

العمومية، و نفذ الزوج الزاني من العقاب المقرر قانونا، و في ذلك استباحة غير مباشرة لزنا الأزواج²⁹⁶.

كما أن المشرع علق معاقبة الشريك الذي ارتكب فعل الزنا مع امرأة متزوجة على علمه بأنها كذلك، فإن أثبت عدم علمه بذلك سقطت عنه المتابعة القضائية، وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال قراراتها، و مثال ذلك القرار الذي أصدرته في 12 جوان 1984، والذي جاء فيه : "... لا تنطبق المادة 339 على الشريك الذي ارتكب جريمة الزنا مع امرأة إلا إذا كان يعلم أنها متزوجة..."²⁹⁷.

و من ثم فإن المشرع أسقط عن الشريك الذي زنى بامرأة متزوجة، إذا أثبت أنه يجهل زواجها، و من ثم لا عقوبة عليه، الأمر الذي يمكن أن نفهم من ورائه إباحة زناه بامرأة غير متزوجة، وهو الأمر الذي يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

و منه يمكن القول بأن المشرع، لم يتعامل مع فعل الزنا بنفس الصرامة التي تعاملت بها الشريعة الإسلامية معه، لاسيما زنا الزوجين، إلا أنه من حيث المبدأ يجرم هذا الفعل ويضع له عقوبات تختلف باختلاف الفعل المنتهك للآداب، و لم ييح ذلك صراحة، والأهم من ذلك أنه لم يورد نصا يساوي بين الزنا و الزواج، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن كل من الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، لا يساويان بين الزنا والزواج، ولا يسمحان بتحويل العلاقات الآثمة إلى زواج²⁹⁸.

لكن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي بمقتضى نص المادة 22 من قانون الأسرة يسمح بذلك، فإمكانية إثبات الزواج بحكم قضائي لم تتوقف أبعادها عند تخطي أو تجاهل القيود

²⁹⁶ - أنظر، فودة عبد الحكيم، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، توزيع دار الفكر العربي، مصر، سنة 1994، ص. 724؛ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج.، سنة 2002، ص. 137.

²⁹⁷ - أنظر، م ع، الغرفة الجنائية، 1984/06/12، ملف رقم 28837، م ق، 1990، عدد. 01، ص. 279.

²⁹⁸ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 213.

والشروط التي وضعها المشرع لضبط عشوائية تعدد الزوجات، لما يترتب عنها من ظلم للزوجات و حتى الأبناء، أو تلك التي أساس تشريعها حماية ناقصي الأهلية أو القصر من الزواج الذي

يلحق الضرر بهم، ومع ذلك بفضل هذه الرخصة التي أقرها المشرع ، باعتبارها من مخلفات الاستعمار الفرنسي، وما يزال مصرا على منحها لأولئك الذين يصرون على خرق القانون وتجاوزه لضربها بعرض الحائط، ومن ثم تزويج الصغار رغم ما قد ينجم عن ذلك من مضار ورغم إدراك الولي لذلك.

هذا كله لا يشكل إلا جانباً من السلبيات والمخاطر التي نجنيها من وراء بقاء هذه المادة -22- على حالها، لأن الأخطر هو أن تنشأ علاقة آثمة بين الرجل والمرأة وإذا بهذه العلاقة غير الشرعية تنتج آثارها، بأن ينشأ حمل في أحشاء هذه المرأة الزانية، وإذا بالحل لتدارك كل هذا موجود في المادة 22 دائماً، ولأن الأمر لا يزيد عن مجرد ادعاءات أو تصريحات يدلي بها هذين الزانيين أمام القاضي رفقة ولي و شاهدين زور، وما أكثر شهود الزور في هذا الزمان.

التصريحات هذه لا تتعدى القول بأنه تم إبرام زواج عرفي -مع أنه لم يحصل أصلاً- بتاريخ سابق وأنه تم إغفال تسجيله، وإذا بهم تفتنوا فجأة لضرورة تسجيله لما للتوثيق من منافع، ولعل هذه الفئات من الأشخاص أضحوا محترفين في هذه المسائل، ثم يصرح شاهدا الزور بأنهما حضرا مجلس عقد زواج شرعي بالتاريخ المعلن عنه من طرف الزوجين المزعومين، وقد يكونا لأول مرة يريا فيها هذين الزانيين، وأخيراً تصريح الولي الذي أكيد من مصلحته تحويل الخطيئة إلى أمر مشرف (الزواج)²⁹⁹.

فما أسهل اللجوء إلى هذه الرخصة الممنوحة قانوناً لمثل هؤلاء، والتي تحول الحرام إلى حلال، وتساوي بين الزنا والزواج، وشتان بين هذا وذلك.

²⁹⁹- نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 205 .

من هنا يتضح البعد الخطير لاستمرارية الزواج العرفي في الجزائر، الذي يضعنا في صدام مع أحكام شرعية ثابتة الأصل فيها نصوص الوحي، لأن الزنا محرم شرعا بأقوى الأدلة الشرعية التي لم تساوي بأية حال من الأحوال بين الزنا والزواج.

كما أن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي بمقتضى المادة 22 وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية وتحويلها إلى زواج رسمي، يجعلنا نقول أن كل ذلك سيجلب على المشرع وعلى الزوجين والأبناء والمجتمع كماً هائلاً من المفاسد، و ما يتبعها من استحلال حرمانات و فوات حقوق ووقوع مظالم واختلاط الأنساب³⁰⁰، وربما أفضى الأمر إلى القتل، فإن المرأة إذا زنت أدخلت العار على زوجها وأهلها، ونكست رؤوسهم، وإن حملت من الزنا، فإن قتلت ولدها جمعت بين الزنا والقتل، وإن حملته على الزوج أدخلت على أهله وأهلها أجنبياً ليس منهم، كما أن أهل المزيبي بما لن يهدأ لهم بال إلا إذا انتقموا ممن دنس عرضهم و أهان شرفهم وقد يفضي هذا إلى قتله.

ومن أضرار الزنا على المجتمع تفشي الأمراض المستعصية وانتشارها، وانتشار البغاء والتكسب بالحرام و تفكك الأسر، و الانصراف عن الزواج الذي هو الطريق القويم لبناء المجتمع السليم، ومن آثاره أيضاً كثرة اللقطاء وأولاد الزنا الذين لا يجدون في الغالب رعاية كافية وتربية سليمة؛ مما يجعلهم بيئة خصبة للجرائم والانحراف السلوكي.

هذا ما جنيناه و نجنيه لحد الساعة من إمكانية إثبات الزواج بحكم، فإذا كان له بعد خطير يتمثل في تحويل العلاقات الآثمة إلى زواج كنتيجة حتمية مترتبة عن توسيع دائرة إثبات الزواج العرفي، فإنَّ له بعداً آخر أكثر خطورة، ألا وهو تحويل ابن الزنا إلى ابن شرعي.

³⁰⁰ - ابراهيم علواني ، مدى مشروعية تنسيب ولد الزنا في ضوء الأحكام العامة للنسب، المرجع السابق، ص. 37-38.

الفرع الثاني

إثبات الزواج العرفي قد ينسب ابن الزنا

إن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالأعراض والأنساب غاية الاهتمام، فجعلت حفظ النسل والعرض، مقصدا من مقاصدها الكلية الضرورية، وذلك لما لهذا الأمر من أهمية في انضباط الحياة الإنسانية واستقامتها، فشأن الضروريات كما قال عنها الشاطبي: "لا بد منها في قيام مصالح الدين و الدنيا، بحيث إذا فقدت، لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد و تهاجر، ورجوع بالخسران المبين"³⁰¹.

و رعاية لهذا المقصد، فقد رسمت الشريعة منهجا قويمًا: فأباححت النكاح، وحرمت السفاح، ووضعت الحدود والحرمات، واهتمت بإثبات الأنساب³⁰².

إن ثبوت نسب المولود حق من حقوقه، فالنسب هو الذي يرسم معالم المجتمع من خلال ضبط اللبنة الأولى فيه، ألا وهي الأسرة، ومن مظاهر حرص الإسلام على صحة الأنساب، قوله تعالى: "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ"³⁰³.

حيث دعت الآية الكريمة إلى وجوب نسبة الأبناء إلى آبائهم، حيث أتت في سياق تحريم نسبة الأبناء إلى غير الآباء، وهو ما يعرف بالتبني³⁰⁴.

³⁰¹ - مازن إسماعيل هنية، إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية، المرجع السابق، ص.04.

³⁰² - أنظر، محمد أحمد صالح الصالح، إثبات نسب أولاد الزنا، الحكم-الضوابط-الشروط- وعناية الإسلام باللقطاء، الدورة العشرون للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، من 19-23 محرم 1432 - يوافق 25-29 ديسمبر 2010، ص.07.

³⁰³ - سورة الأحزاب، الآية:05.

³⁰⁴ - أنظر، عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة فقهية وتشريعية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية دارالعلوم، قسم الشريعة الإسلامية، سنة 1421-2000، ص.02.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول حين نزلت آية الملاعنة: "أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ رَجُلًا لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَا يُدْخِلُهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ"³⁰⁵. كل ذلك يدل على خطورة الأنساب، والحرص على حفظها و إثباتها.

و من حيث الجملة، فإن النسب في الشريعة الإسلامية يثبت بنكاح صحيح، و نكاح فاسد، و وطء بالشبهة، كما أن طريق إثباته الإقرار والبينة والقيافة...³⁰⁶.

و من باب حفظ الأنساب، فإن جمهور العلماء لم يعتبر الزنا سببا للنسب بالنسبة للرجل، هذا و يعرف ابن الزنا بأنه المولود الذي تأتي به أمه نتيجة ارتكابها الفاحشة ذكرا كان هذا المولود أو أنثى.

أما اللقيط هو المولود الذي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك³⁰⁷، ومع أن اللقيط مجهول النسب، ولم يعلم أحد أبويه، إلا أن الأصل فيه السلامة، وأنه ابن شرعي، ما لم يُثبِت أنه ابن زنا³⁰⁸.

و اتفق العلماء على نسبة ولد الزنا لأمه وهذه النسبة تثبت بالولادة، واتفقوا على نسبة من ولد على فراش شرعي لصاحب الفراش بمجرد الولادة دون استلحاق للولد منه، وهو قول الحنفية والشافعية والمالكية والظاهرية وبعض الحنابلة والإمام الشوكاني.

و دليلهم من السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، وما رواه

³⁰⁵ - أنظر، سنن النسائي، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، كتاب الطلاق، باب التغليظ في الانتفاء من الولد، المجلد 3، ج 6، ط 1، سنة 1348هـ-1930 م، ح 3481 واللفظ له، ص 179.

³⁰⁶ - أنظر، عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنانية، جامعة أم القرى، ط 1، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، سنة 1423هـ-2002 م، ص 17.

³⁰⁷ - أنظر، كمال صالح البناء، الزواج العرفي و منازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 45.

³⁰⁸ - أنظر، محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة العلمية، سنة 1402هـ-1982 م، ص 391.

أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا مساعاة في الإسلام، و من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته، ومن ادعى ولدا من غير رشده فلا يرث ولا يورث، و ما أخرجاه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: "من عاهر أمة أو حرة فولده ولد زنى لا يرث ولا يورث"³⁰⁹.

و هناك قول آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه الفقيه الحنبلي ابن القيم، حيث قالاً بأنه إذا استلحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش، فإنه يلحق به.³¹⁰

ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، فجعل الولد للفراش دون العاهر، فالمرأة تحت الزوج فراش، فإذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشا، ولم يكن للعاهر الحجر حيثئذ بل إذا استلحق ولده لحقه³¹¹.

إلا أن الراجح في هذه المسألة، هو حجة الجمهور فهي صحيحة و مقبولة.

و دليلهم أن التأويل وقع في مورد النص، من أن الزاني لا يلحق به الولد نظرا لدلالة النص الصريح في قوله صلى الله عليه وسلم: "وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، أي ليس له من زناه إلا الخيبة والخسارة والحرمان نتيجة فعله الشنيع وارتكابه أكبر الفواحش³¹².

³⁰⁹ - أنظر، خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط. 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1426-2006، ص. 285-286.

³¹⁰ - أنظر، علاء الدين أبو الحسن البعلبي، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، ج. 5، مطبعة كردستان العلمية، مصر، سنة 1329 هجري، ص. 165؛ ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج. 3، سنة 1997، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص. 112.

³¹¹ - أنظر، بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، بحث محكم، مجلة العدل، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، السعودية، محرم 1429 هجري، العدد 37، ص. 117.

³¹² - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص. 290.

و بالنظر إلى الأدلة التي استدلت عليها جمهور الفقهاء، ظهر لنا أن عدم تنسيب ولد الزنا من الزاني، ليس راجعا إلى أن الإسلام يؤاخذ المولود بجريرة غيره، وإنما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين، مفسدة عدم تنسيب الولد، ومفسدة إشاعة الفاحشة في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة، التي هي عدم التنسيب في سبيل دفع المفسدة الأعظم التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب.

وبالرجوع إلى موقف المشرع، فإنه لم ينص صراحة في قانون الأسرة على أن الزنا يثبت به النسب، بحيث أن أسباب ثبوت النسب هي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والنكاح بشبهة، إلا أن ما جرى العمل به قضاء عند الحكم في دعاوى إثبات الزواج العرفي، أنه يثبت بأثر رجعي، أي اعتبارا من التاريخ الذي يصرح به طرفا الدعوى أنهما تزوجا فيه عرفيا -الإدعاء بأنهما تزوجا بطريقة شرعية- ، وليس من تاريخ رفع الدعوى، والذي في مثل حالات الزنا التي ينشأ عنها حمل يكون في إطار عملية حسابية مضبوطة يضمن بها الطرفان ثبوت نسب الحمل وفقا لما يقتضيه القانون، ومن ثم إضفاء الشرعية على هذا النسب الذي هو في الأصل نتاج علاقة غير شرعية.

هذا الواقع الذي أضحى بمقتضاه الزنا سببا من أسباب ثبوت النسب، فرضته المادة 22 من قانون الأسرة، الأمر الذي يشكل دافعا آخرًا لإلغائها بدون تردد ولا نقاش³¹³.

و بالتالي فإن علاج هذه الظاهرة يجب أن ينبع من ديننا الحنيف و قرآنا وسنة نبينا صلى الله عليه وسلم، بإشاعة تعاليم الإسلام وقيمه.

و في الأخير، نقول للمشرع أنه يجب إعادة النظر بشكل جدي إلى هذه المشاكل التي يصر على تفشيها و انتشارها في المجتمع الجزائري، و من ثم تفشي مخاطرها من خلال الإصرار على إمكانية إثبات الزواج بحكم، و التي انعكست سلبيا على مصلحة المجتمع قبل الفرد، وهذا ما

³¹³ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 221-222.

يؤكدده علماء النفس و الاجتماع بقولهم أن الزواج العربي يؤدي إلى إشاعة الفاحشة في المجتمع³¹⁴، وارتكاب المحرمات، إذ قد ينتج عن الزواج العربي أبناء وبنات، وبمرور السنوات قد يلتقي الأبناء والبنات بأخواتهم وإخوانهم من الأب بعد موته وهم لا يعلمون، خاصة عندما يكون الزواج سرياً، فيتزوج بعضهم ببعض، وهو زواج بين المحارم، وهو منهي عنه لقوله تعالى: "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ"³¹⁵ و هو ما يعبر عنها بموانع النكاح المؤبدة في المادة 24 من قانون الأسرة، والتي صنفها المادة 25 بالمحرمات بالقرابة، ويترتب على انتشار هذه الظاهرة صعوبة تأقلم الأطفال في المجتمع، مما يعرقل اندماجهم داخل نطاق الحياة الجماعية.

ويبقى السؤال مطروحا حول الحلول الموضوعية أو بالأحرى القانونية التي من شأنها القضاء على الزواج العربي، الذي بدى واقعا وميدانيا يهدد الأسرة والمجتمع أكثر مما يحافظ على تقاليد وديانة المجتمع.

فأولا وقبل كل شيء يجب أن نفهم أن عصر الأمية والجهل قد ولى بنسبة كبيرة عما كان عليه في السابق، كما أن عهد الأوامر و القوانين التي تمنح للأزواج المتزوجين عرفيا آجالا لتسجيل عقودهم كذلك قد مر ومضى، فمن العار أن نبقى في أماكننا دون أن نفعل شيئا أو نحرك ساكنا، إذ لا بد من وضع حد لمثل هذه الظواهر التي تجاوزها الزمن وأصبحت لا تذر على الأمة سوى الخزي و العار، و على الأسر و العائلات سوى الشقاق والأضرار التي تسيء لأحلاقنا وقيمنا الإسلامية³¹⁶، و هذه الأضرار لم تعد مقتصرة فقط على الفترة ما قبل تسجيل الزواج العربي و إثباته، وإنما تتعدها حتى بعد الإثبات بتحويل علاقات مشبوهة وأخرى غير شرعية وتنسيب لأبناء الزنا.

³¹⁴ - فارس محمد عمران، الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، المرجع السابق، ص.35.

³¹⁵ - سورة النساء، الآية 23.

³¹⁶ - حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.162.

فلهذه الأسباب وغيرها، ندعو مشرعنا إلى إلغاء المادة 22 من قانون الأسرة، خاصة بعد التنامي المذهل لظاهرة الزواج العرفي في صورته السرية والتي لم تكن موجودة من قبل لدى الشعب الجزائري.

كما نطلب من المشرع وضع قواعد قانونية صارمة تقف حاجزا أمام هذا المد الجارف الذي أصبح ينهش الأسر ويهدد كيانها.

واقترحنا على المشرع مبني على ما كانت تنص عليه مواد القانون رقم 777-57 المتعلق بإثبات و حجية عقود الزواج، و الذي أوجب في نصوصه ضرورة تسجيل عقود الزواج فور انعقاده و بعد خمسة أيام على الأكثر بعد البناء، و إلا تعرض مخالفوه للعقوبات المالية والبدنية المنصوص عليها في هذا القانون.

كما أننا نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور بلحاج العربي الذي دعا إلى مواصلة حركة التوعية و برامج الإعلام والشرح لأهمية وأهداف عقد الزواج المسجل في سجلات الحالة المدنية، و نشرها في الأوساط الشعبية الواسعة و سكان القرى والأرياف، وإشعارهم بضرورة هذه الإجراءات³¹⁷، مع أن عوامل انتشار هذا الزواج إذا رأيناها من عدة زوايا نخرج بنتيجة خاتمها أنه مهما بلغت درجة الوعي لدى الجماهير فإن الظروف بمختلف أنواعها تقف حجر عثرة في وجه هذه الحركة وتشمل كل الجهودات والبرامج التوعوية³¹⁸.

فمشاكل الزواج العرفي تفاقمت بشكل يصعب حصره، وخاصة منها المضرة بالمرأة التي كثيرا ما تكون ضحية تحايل أو خداع من الرجل الذي يوهمها في الكثير من الأحيان بأشياء تهتز لها عواطفها الرقيقة، ناهيك عن مشاكل إثبات مثل هذه الدعاوى في حالة الإنكار أو النزاع،

³¹⁷ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، سنة 1999، المرجع السابق، ص.145.

³¹⁸ - و من أمثلة هذه الظروف وبعض قضاياها، زواج من تكون مكانته عالية ممن هي دونه في المستوى المعيشي والاجتماعي كزواج الطبيب من المريضة وزواج المدير من السكرتيرة، أو كمن يريد الزواج بأخرى دون تركه لزوجته الأولى... الخ.

أو دعاوى الزنا، وإنكار النسب، ودعاوى الميراث بعد وفاة أحد الزوجين ووفاة الشهود، إلى غير ذلك من المشاكل³¹⁹.

هذا و يرى الأستاذ مامون عبد الكريم: "أن القضاء على ظاهرة الزواج العرفي يقتضي بداية إلغاء هذا النظام و عدم الاعتراف سوى بالزواج الرسمي"³²⁰، ونحن نشاطره الرأي، ذلك لأن ظاهرة الزواج العرفي أثقلت كاهل المحاكم في كل ولايات الوطن، كما نتفق مع معظم الباحثين، في ضرورة سن نص يوحد الجهة التي تتولى تحرير عقد الزواج، وتوحيد العقد الشرعي والإداري في الوقت ذاته ، وتجاوبا مع تقاليد المجتمع الجزائري لا بد من تزويد أئمة المساجد بصلاحيات واسعة وعدم قوقعة وظيفتهم في المسجد فقط، وإنما تكليفهم بمهمة مسك دفاتر يتم فيها تدوين الزواج الشرعي الذي تتم مراسيمه في مجلس العقد، مع قصر هذه المهمة على الأئمة دون غيرهم، ثم تسليم هذه الدفاتر لمصالح الحالة المدنية لتسجيل هذا الزواج في سجلات البلدية³²¹، كما يجب السعي وراء حل مشكل الزواج غير المسجل بعدم الاعتراف القانوني بالزواج بالفاتحة بتقرير فترة انتقالية يتم خلالها السماع القضائي لدعوى إثبات الزوجية على غرار المشرع المغربي، وتقرير جزاءات رادعة لكل من يبرم عقد زواجه خارج الدائرة الرسمية التي سيتم تحديدها بعناية.

و بدورنا نضيف حلا آخرًا، يتمثل في قيام الأئمة بتوعية المواطنين وتحسيسهم بأهمية كتابة

³¹⁹ - أنظر، عبد الله محمد خليل ابراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، سنة 2010، ص.99.

³²⁰ - عبد الكريم مامون، نظام الزواج العرفي، المرجع السابق، ص.29.

³²¹ - أنظر، ناسلي حميدة، محاضرة بعنوان: عقود الزواج العرفية، أقيمت بمحكمة حمام ضلعة، بتاريخ 2008/01/02، ص.13؛ بدوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون ومتطلبات المجتمع، المرجع السابق، ص.40؛ مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، المرجع السابق، ص.29-30؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.225؛ بن شويخ سارة، نظم توثيق الزواج في دول المغرب العربي، المرجع السابق، ص.236.

الزواج، و أن عدم تسجيله سيسبب حتما أضرارا للزوجين و الأبناء وحرمانهم من حقوقهم القانونية و الشرعية والاجتماعية، و قد ركزنا على الأئمة لما لهم من دور حساس وفعال في المجتمع، فطالما أن هيبة الإمام مازالت موجودة، و قدسية المسجد مازالت راسخة لدى الفرد، فإن هذا الأخير ستؤثر فيه حتما كل دروس ومواعظ الإمام التي يلقيها عليه في المسجد.

و ما نستخلصه في هذا الفصل، أن إشكالات انعقاد الزواج و إثباته عديدة ومنتشعة يصعب تحديدها وحصنها، ولقد حاولت في هذا الفصل إبراز أهم هذه الإشكالات المثارة حول هذا الموضوع الحساس، و سعينا قدر المستطاع أن نسلط الضوء عليها في الواقع العملي والمعيشي، وأن نبين مخاطرها على المجتمع الجزائري، والسبب الأول الذي أدى إلى كل هذه الإشكالات هو الثغرات التي يصر المشرع على إبقائها، ومستحيل أنه غافل عنها ولا يعرفها.

و أخيرا، إذا كان هذا هو واقع الحال بالنسبة لانعقاد وإثبات الزواج، فما هو الحال بالنسبة لانحلال الزواج وآثاره؟ .

الفصل الثاني

أهم إشكالات انحلال الزواج

قلنا فيما سبق، أنّ الزواج ميثاق ترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام والإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين معا.

غير أنّ الغاية من هذا الميثاق قد يتباها نوع من الفتور، فتتنافر القلوب و تستحکم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبل المودة بين الزوجين، وفي هذه الحالة يصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها¹، مما يفسح المجال أمام خيار حل عقدة النكاح كضرورة لا غنى عنها.

و كما هو معلوم، أن هناك سببين هاميين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، و أما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية²، و لا يهم إن كان الإنهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين، أو بطلب من الزوجة.

وقد نصت المادة 47 من قانون الأسرة على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"³، و نصت المادة 71 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطلق أو الخلع".

و لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان باعتباره سببا من الأسباب التي تنحل الرابطة الزوجية بواسطتها، "لكونه يختلف عن الطلاق من حيث الآثار وإن كان القانون يعتبره يدخل ضمن الطلاق"⁴.

¹ -أنظر، يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70-03، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004، ص.23.

² -أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2011، رقم 12، ص.84.

³ - لقد حدد المشرع أسباب انحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان: "انحلال الزواج".

⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.172.

ويلاحظ أن المشرع قد حصر اهتمامه في توضيح انحلال الرابطة عن طريق الطلاق، باعتبار أن الوفاة لا تثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى التي تنحل بها الرابطة الزوجية، ذلك أن عقد الزواج سينحل تلقائيا من نفسه ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانقضائه، لذا سوف لن نتناول هذا السبب بالدراسة والتحليل.

من خلال ذلك، سيتم تسليط الضوء على أهم الإشكالات التي يثيرها السبب الأول لانحلال الزواج، ألا وهو الطلاق.

و يعتبر الطلاق من أهم المشكلات التي عنيت بها القوانين عناية متباينة الاتجاه، مختلفة الحلول، و قد شرعه الله تعالى علاجا للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه.

" فهو من الناحية الاجتماعية أهم إشكال للتفكك الأسري في جميع المجتمعات بلا استثناء، و هو بدون شك حادث مشؤوم للأشخاص الذين يشملهم، مما يعتبر مؤشرا واضحا لفشل نسق الأسرة"⁵.

فالطلاق هو هدم لكيان الأسرة الذي يبينه الزواج، فهو ضرر لكنه ضروري لدفع ضرر أعظم منه، و قانون الأسرة سمح للزوج أن يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق، كما سمح للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق الخلع أو التطلق⁶، و جعل القاضي حارسا ورقيا أمينا على ذلك، حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه.

و على هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي: ما مدى كفاية تشريع قانون الأسرة في تنظيم أحكام انحلال عقد الزواج بواسطة الطلاق؟ و ما مدى انسجام النصوص القانونية للطلاق مع أحكام الشريعة الإسلامية؟

⁵- أنظر، تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، سنة 2005-2006، ص.05.

⁶- تنص المادة 48 المعدلة من ق. أ على مايلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون".

من خلال ذلك، سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سنعالج أهم الإشكالات التي تثيرها صور فك الرابطة الزوجية، أما المبحث الثاني سنبرز فيه أهم الإشكالات المتعلقة بالآثار المترتبة عن انحلال الزواج بواسطة الطلاق.

المبحث الأول

أهم إشكالات صور فك الرابطة الزوجية

قبل الخوض في إبراز أهم إشكالات أنواع الطلاق، لا بد أن نعطي تعريفاً عن الطلاق، حيث يعرف على أنه عبارة عن سبب من أسباب إنهاء الرابطة الزوجية ويكون ذلك بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمناً، و يعرفه أبو زهرة على أنه: "رفع قيد النكاح في الحال، و المآل بلفظ مشتق في مادة الطلاق، أو معناها"⁷، و هذا التعريف يسمح باستيعاب ما جاء به المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة.

أما من حيث مشروعية الطلاق، فهو مشروع بالكتاب و السنة والإجماع، فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"⁸، و قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ"⁹.

و من السنة النبوية نجد أحاديث كثيرة، منها ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق امرأته وهي حائض، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك، فقال رسول الله: "مره فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض،

⁷ - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 17.

⁸ - سورة البقرة، الآية 229.

⁹ - سورة الطلاق، الآية 01.

ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعده، و إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء" ¹⁰.

و من الإجماع: فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، و لم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي ¹¹.

و بالتالي فإن حق الطلاق هو حق مقرر شرعا و قانونا لكل من الزوجين، غير أن للزوج أن يوقعه بمحض إرادته و دون وساطة من أحد، وأما المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها.

و بالرجوع إلى المادة 48 من قانون الأسرة نجد أنها تضمنت ثلاثة طرق لوقوع الطلاق: و هي الطلاق بإرادة الزوج، و الطلاق بالتراضي بين الزوجين، و الطلاق بطلب من الزوجة بناء على جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها، وهذه المبررات نصت عليها المادة 53 المتعلقة بالتطبيق، كما أنه يمكن للزوجة طلب الطلاق بواسطة الخلع طبقا لما نصت عليه المادة 54 من نفس القانون.

من خلال ذلك، نطرح الإشكال الآتي: هل وُفق المشرع في تنظيمه لأحكام صور الطلاق المذكورة أعلاه؟ أم أن الواقع يبين أن هناك الكثير من الثغرات التي أغفل عنها المشرع في تنظيمه لأحكام الطلاق؟ و إذا كان الأمر كذلك، فما هي الحلول و المقترحات البديلة التي يمكن أن تغطي هذه النقائص؟

¹⁰ -أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1398 هـ-1978م، ص.348؛ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1998، ص.218.

¹¹ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.215.

و عليه ، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتكلم في المطلب الأول عن أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أما المطلب الثاني سنبين أهم إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة.

المطلب الأول

إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إن الباحث في مسائل الأسرة في الجزائر، كثيرا ما يصطدم بالتعارض الناتج عن مخالفة قانون الأسرة لأحكام الفقه الإسلامي في بعض المسائل، فيجد الفرد الجزائري نفسه حائرا بين نص القانون الذي يتضمن حكما يختلف تماما عن الحكم الوارد في الفقه الإسلامي، ولعل ما يعقد هذه المشكلة أكثر أن المجتمع الجزائري في الواقع المعاش يظني على الزواج والطلاق الصبغة الدينية¹².

و أبرز مثال على المسائل التي أعطاها المشرع حكما مخالفا لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فإذا تلفظ الزوج بالطلاق، فإن الفقه الإسلامي يلزمه بهذا الطلاق و يترتب عليه آثاره، في حين نجد قانون الأسرة لا يلزمه بهذا الطلاق إلا من تاريخ صدور الحكم به¹³.

إن تحديد تاريخ نفاذ الطلاق من الأهمية بمكان بحيث يترتب عليه معرفة تاريخ سريان آثار الطلاق كالعدة والتوارث بين الزوجين والنفقة والنسب بالنسبة للأطفال... الخ.

¹² - أنظر، فرجي بن سنونسي، إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.س، رقم 301، ص.83.

¹³ - فرجي بن سنونسي، نفس المرجع، ص.83.

كما تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية حرصت على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، حيث شرعت وبينت وسائل ذلك، و التي يعتبر الصلح أحد أهم هذه الوسائل، كما يعتبر التحكيم أنجح وسيلة للصلح بين الزوجين، حيث قال الله سبحانه و تعالى: " وَ إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"¹⁴.

و قد نص المشرع على مبدأ الصلح بين الزوجين في الطلاق عندما جعل هذا الأخير لا يثبت بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي، كما أقر ونص على التحكيم للتوفيق بين الزوجين.

إلا أن الواقع المعاش و الواقع العملي يشيران الكثير من المخاوف بخصوص تطبيق الأحكام الشرعية والقانونية للصلح، ذلك أن الكثير من القضاة لا يعيرون أهمية خاصة للصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية، مما يضعف فعالية القاعدة الشرعية والقانونية في الكثير من الأحيان.

ولأجل ذلك، ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول سنبين بأن إجراء عدة محاولات صلح تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيًا، أما في الفرع الثاني سنبرز عدم انسجام النص القانوني مع النص الشرعي من حيث ثبوت الطلاق .

الفرع الأول

إجراء عدة محاولات صلح، تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيًا

نص المشرع في المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى.

¹⁴ - سورة النساء، الآية 35.

يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

و الجديد في التعديل هو أنه أقر بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق.

و ما يمكن ملاحظته من هذا النص أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من طرف القاضي، وأن محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق.

وعليه، فإنه يجب على القاضي المختص بالنظر في موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة¹⁵ وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين، و ينبغي على القاضي القيام بمعالجة خلاف الطرفين بالحكمة¹⁶، و أن يحاول الصلح بينهما بإظهاره لمساوى النزاع ومضار الفرقة و بيان محاسن الألفة والانسجام والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما و صالح أطفالهما، و لصالح استمرار علاقة القرابة والمصاهرة بين عائلي الزوجين¹⁷، فالقاضي وفي سبيل إنهاء النزاع بين الزوجين عن طريق الصلح بينهما يتخذ كل السبل الممكنة في ذلك لغرض تفادي حل عقدة النكاح¹⁸، و ليس الغرض من ذلك مجرد عرض شكلي فقط، قصد إتمام واستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم¹⁹.

¹⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.120.

¹⁶ - أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2010، رقم 10، ص.129.

¹⁷ - أنظر، الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص.52.

¹⁸ - أنظر، بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1990، العدد 03، ص.609.

¹⁹ - أنظر، أحمد إبراهيم بك و واصل عطاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط.5، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص.438.

فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى محاولة الصلح، فإذا فشل مرة ثانية و رأى أن هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة و رابعة، لأن القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات صلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، " و سواء نجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنه يجرى محضرا بما توصل إليه من نتائج ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين ، وهذا حسب نص المادة 49 المعدلة في فقرتها الثانية، و أن يجيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه²⁰.

وبصفة عامة فإن إجراء عدة محاولات صلح من طرف القاضي يعد أحد العناصر الجوهرية²¹ لصحة العمل القضائي²².

²⁰ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.120-121.

²¹ - كان المشرع ينص في الحلة الأصلية للمادة 49 من قانون الأسرة على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي...، وعليه كان السؤال قائما بخصوص إلزامية إجراء محاولة الصلح من عدمها، وتطبيقا لذلك، قضى المجلس الأعلى في قرارها الصادر في 1989/12/25 على أنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي...، ومن ثم فإن القاضي بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون... و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد 49... يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه...". أنظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 25/12/1989، ملف رقم 57812، م ق، سنة 1991، عدد 03، ص.71. وكذلك في قرارها الصادر في 1991/06/18، حكمت المحكمة العليا بأنه: " من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القاضي بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون... و لما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون". أنظر، م ق، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م ق، سنة 1993، عدد 01، ص.65. هذا الموقف يجلي بوضوح أن محاولة الصلح إجراء جوهرى على القضاة اتباعه و إلا عرض قرارهم للطعن، وبمعنى أدق، أن الاستفادة من هذه القرارات أن الحكم بالطلاق يرتكز أولا على إجراء محاولة الصلح وأن تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي الأساس الذي ينبغي عليه القيام بها؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.129-130.

²² - أنظر، محمد فتحى نجيب و محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002، ص.230؛ عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الأحوال الشخصية، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1997، ص.116-117.

ذلك أن المشرع - كما سبق القول - عندما قام بتعديل المادة 49 من قانون الأسرة أراد من جعل تعدد محاولات الصلح سببا يحد نوعا ما من الطلاق الذي أضحي ظاهرة اجتماعية منتشرة، و هذا ما يؤكد الواقع الاجتماعي الجزائري، وذلك يتجلى لنا من خلال الإحصائيات المبرزة لتفكك الأسري، حيث أن نسبة هذه الظاهرة بلغت سنة 1992، 15,653 حالة مقابل 159,380 عقد زواج، و وصلت سنة 2004، حسب مركز الدراسات التحليلية والتخطيط الجزائري، إلى 25,000 حالة²³.

"و الواقع، فإننا لا نعرف كيف يمكن للقاضي الجزائري القيام وفقا لنص المادة 49 المعدلة على الأقل بثلاث محاولات صلح، وينبغي عليه أن يبذل مزيد من الجهد للتوصل إلى الصلح بين الطرفين، و كثيرا ما يجد نفسه، لا سيما في هذا المجال، تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، و ذلك سيعيقه عن بذل الجهد الحقيقي و تخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي جاء بها النص القانوني.

و يبرهن الواقع المعاش بأن هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أن المتخاصمين من الزوجين لا يلجأ إلى القضاة إلا بعد أن تبوء بالفشل كل محاولات الصلح التي قام بها أقارب الزوجين، وذلك ممكن أن يكون في مدة زمنية شبه طويلة أكثر من ستة أشهر في بعض الحالات"²⁴.

هذا و نجد أن المشرع نص في المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: " إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر و جب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكّمين،

²³- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق...، المرجع السابق، ص.131؛ الديوان الوطني للإحصائيات، المجموعة الإحصائية السنوية للجزائر، ديسمبر 1996، عدد 17، ص.140؛ مركز الدراسات التحليلية و التخطيط الجزائري، مقتبس من العرب أولين، 2005/03/08، موقع الانترنت، www.alaraboline.org

²⁴- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.131-132.

حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

من خلال استقراء نص هذه المادة، يتضح أن المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكمين، وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها²⁵.

والثابت في نص هذه المادة أن التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق²⁶، إلا أن بعض القضاة في الواقع العملي لا يقومون بتعيين الحكمين ويكتفون بجلسات الصلح فقط، ومرد ذلك إلى الغموض الكبير الموجود في المادة 56 من قانون الأسرة، حيث أن المشرع لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الحكمين، ولا في طريقة تعيين الحكمين و كيفية استدعائهما، وكذا الحل في حالة رفض أحد الزوجين أو كلاهما للتحكيم.

كل هذا يدفعنا إلى القول بوجوب تدخل المشرع لإزالة الغموض عن المادة 56 من قانون الأسرة.

فأمام المحاولات الصلحية الأسرية و تلك التي يفرضها القانون على القاضي، والمدة المحددة للنطق بالحكم بالطلاق و هي ثلاث أشهر من يوم رفع الدعوى، لنا أن نتساءل عن الفائدة المتوخاة من التعديل الذي أدخله المشرع على المادة 49 من قانون الأسرة، فلا جدوى لها، بل ستضحي منبعا للزيادة في الخصام ولشدة كراهية الطرف الآخر باستحكام الخصام، وكان بود القاضي أن يسأل الطرفين عما إذا قام أهلها بتلك المحاولات للتحكيم

²⁵ - أنظر، عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي والقانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، سنة 2004، العدد 09، ص.194.

²⁶ - أنظر، العوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، د.م.ج، سنة 1995، الجزائر، ص.380.

بينهما حتى لا يغوص في إجراء لا جدوى منه²⁷، والله تعالى يقول: "فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ"²⁸.

فالواقع - كما سبق الذكر - أثبت أن تمديد محاولات الصلح لا فائدة منها، وأنها أصبحت عبارة على إجراء بلا نتيجة، أمام كثرة القضايا المطروحة على القاضي، والضغط المتواصل عليه من كثرة الملفات.

لذلك نجد أن الكثير من القضاة لا يعطون جلسة الصلح الأهمية البالغة، ويعتبرونها مجرد إجراء شكلي فقط، يستلزم استيفاءه للحكم بالطلاق، و لهذا كان مصير الكثير من دعاوى الطلاق الوصول فعلا للطلاق.

ولا مانع من إنشاء محاكم خاصة بقضاء الأحوال الشخصية عامة، حتى تتفرغ لحلها ودراستها بشكل كافي، فيسهل عمل القاضي، و من ثم يمكن له التفرغ للصلح بين الزوجين في مسائل الطلاق.

كما أن المشرع أهمل مسألة هامة تتمثل في الطلاق العرفي ومدى وقوعه شرعا، لأنه جعل الطلاق لا يثبت إلا أمام القضاء وبعد استصدار حكم قضائي به، مما يثير إشكاليات عديدة سببها عدم مراعاته للنصوص الشرعية الخاصة بالطلاق، مما أدى إلى عدم الانسجام بين النصوص الشرعية والنصوص القانونية، وهذا ما سنراه في الفرع الموالي.

²⁷ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص. 132-133.

²⁸ - سورة البقرة، الآية 229.

الفرع الثاني

عدم انسجام النص القانوني مع النص الشرعي من حيث ثبوت الطلاق

نصت المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى...".

ما يلاحظ على هذا النص أنه استعمل عبارة " لا يثبت الطلاق"²⁹، دون أن يشير إلى طبيعة الحكم، هل هو حكم منشئ للطلاق، أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج؟
و نعتقد بأن حكم القاضي يكون منشئاً للطلاق، لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم و خلال ثلاثة أشهر قبل الحكم، و استعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق و خلال الخصام بين الزوجين.

أما إذا كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة خارج المحكمة فيصبح الصلح بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعياً، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق و ليس تجنباً لحدوث الطلاق، ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة، و ليس منشئاً له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، بمعنى على القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من يوم تلفظ الزوج به خارج المحكمة، هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة خارج المحكمة³⁰.

²⁹ - أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، انسيكلوبيديا للنشر، سنة 2003، بن عكنون، الجزائر، ص. 31.

³⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 180.

أما إذا كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة خارج المحكمة، فلا بد من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض، " وتعديل نص المادتين 48 و 49 يكون حسب الحالتين التاليتين:

إذا كان المشرع يبقي حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة قائما فعليه تعديل نص المادة 49 وإبقاء المادة 48 كما هي، و تعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي: لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر.

و إذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق فإنه يثبت من تاريخ وقوعه.

على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.³¹

"و السبب الذي جعلنا نقترح هذه الصيغة هو أنه ما دام المشرع قد اعترف وكرس حق الزوج في أن يوقع الطلاق بالإرادة المنفردة، فلا بد أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود، وطلاق الزوج بالإرادة المنفردة يتحدد بصورتين:

الصورة الأولى: ألا يتلفظ بالطلاق وإنما يتجه في حالة الرغبة في الطلاق إلى المحكمة لرفع دعوى الطلاق، وهنا لا توجد أية صعوبة فنطبق على هذه الحالة أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، فإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما قضى بالطلاق بناء على رغبة الزوج أو الزوجة، وهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق، ويبيّن نتائج الطلاق على هذا الحكم.³²

³¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق. ص. 181.

³² - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع.

الصورة الثانية: أن يتلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق، وهنا سيختلف الوضع عن الحالة الأولى، لأن الطلاق قد وقع شرعا من الزوج، ولم يبق سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية والقضائية.

و هنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلفظ بالطلاق لكي يبيح حكمه عليه.

و حتى لا تطول المدة اقترحنا أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع، حتى لا يتقاعس عن الإبلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، بالقيام بتسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة، لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأن هذا التاريخ هو المعتمد في حساب العدة شرعا.

أما إذا كان المشرع لا يعطي للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة خارج المحكمة، فلا بد "من إعادة صياغة نص المادة 48 بحذف عبارة: "ويتم بإرادة الزوج"، لأنه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية القضائية، لأن إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما يفهم من خلال مضمون نص المادة 49، حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم"³³.

والإشكال هو أن المشرع عندما جعل الطلاق يقع بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم به، يكون قد خالف بذلك ما هو ثابت في الفقه الإسلامي، ذلك أن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقع في الفقه الإسلامي من يوم تلفظ الزوج به و تترتب عليه آثار من هذا التاريخ، فالإسلام لم يجعل الطلاق في يد القاضي إلا إذا كان بطلب من المرأة وجعله بيد الزوج³⁴، و قد احتاط لكي لا يقع تحت تأثير غضب جامع فقيد الطلاق المشروع بطلاق السنة³⁵.

³³- بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص. 181-182.

³⁴- أنظر، مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، سنة 1409هـ-1988م، ص.17؛ أحمد محمد شاكرا، نظام الطلاق في الإسلام، ط.2، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص.87.

³⁵- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.282.

كما خالف المشرع أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية، ما عدا المشرع التونسي الذي نص في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"³⁶.

و بالرجوع إلى نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري فإن الاستفادة منه هو أن الطلاق الذي يتلفظ به الزوج لا يكون ثابتاً ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا إذا صدر به حكم قضائي، فالحكم الصادر بالطلاق هو الوسيلة الوحيدة لإثباته، و عليه فإن جميع الألفاظ التي تصدر عن الزوج بقصد إنهاء الرابطة الزوجية، لا أثر لها من الناحية القانونية ما لم يصدر بها حكم قضائي.

و نشير بأن المشرع لا يعترف بالطلاق العربي³⁷، منذ صدور قانون الأسرة في 09 جوان سنة 1984، فمن أراد أن يطلق زوجته عليه أن يتوجه إلى قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية، ويقدم عريضة افتتاح دعوى الطلاق، ولا تعتبر هذه الزوجة مطلقة إلا من تاريخ صدور الحكم في هذه الدعوى.

لكن الإشكال أن جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ الحكم، سيؤدي إلى نتائج غير منطقية لا تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما سنتولى بيانه في الفرع الموالي.

³⁶ - في حين نجد أن المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية تفرض على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالأشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة، أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب.

³⁷ - إن مصطلح الطلاق العربي يقصد به الطلاق الشفهي الذي يتلفظ به الزوج بدون اللجوء إلى المحكمة، سواء كان ذلك في حضور جماعة من المسلمين وإمام المسجد أو كان في مواجهة الزوجة وحدها دون حضور أي شخص آخر، فالطلاق الشفهي لا توجد أي وثيقة رسمية تثبته بخلاف الطلاق الرسمي الذي يصدر به حكم قضائي؛ أنظر، عبد الله محمد خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2010، ص. 47؛ هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العربي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، المرجع السابق، ص. 96.

الفرع الثالث

نتائج غير منطقية تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم

نظرا لأن المشرع جعل آثار الطلاق لا تسري إلا من تاريخ صدور الحكم به فإنه بذلك قد وصل إلى نتائج لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية، منها مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق (أولا)، وأن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن (ثانيا)، والغريب أن المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن (ثالثا)، كما ألزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا (رابعا)، أما من حيث تبيين النسب فهناك تعارض ملحوظ بين النص القانوني والنص الشرعي (خامسا)، وستتولى بيان كل ذلك فيما يلي:

أولا- مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق:

إن الطلاق ينفذ على الزوج و تسري آثاره في الفقه الإسلامي من تاريخ تلفظ الزوج به³⁸، أما في قانون الأسرة فإن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع إلا بحكم ولا يترتب آثاره إلا ابتداء من تاريخ صدور هذا الحكم.

و الإشكال هنا هو أننا سنقع أمام نظرة مزدوجة للعلاقة بين الزوجين، فقد تكون هذه العلاقة في نظر الفقه الإسلامي غير شرعية وتعتبر محرمة، بينما تكييف في نظر قانون الأسرة على أنها علاقة شرعية، وقد يحدث العكس³⁹.

لو فرضنا أن الزوج طلق زوجته بألفاظ صريحة ومضى على هذا الطلاق الشفهي زمن طويل

³⁸- أنظر، رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، سنة 2001، ص.262.

³⁹- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

تكون العدة الشرعية قد انتهت دون أن يتوجه الأطراف إلى المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، ودون أن يفترقا بعد هذا الطلاق العرفي، فإن العلاقة بعد انتهاء العدة العرفية في الشرع تعتبر غير شرعية، لأن الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة في حين نجد قانون الأسرة لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي، و يقضي طبقا للمادة 49 بأن هذه الرابطة الزوجية لا زالت قائمة و منتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة بين الزوجين ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق⁴⁰.

كما أنه يمكن أن تتزوج المرأة زواجا عرفيا بعد انتهاء عدتها العرفية من طلاق عرفي، وفي هذه الحالة نجد أنفسنا أمام تعدد الأزواج بالنسبة لهذه المرأة.

فمن الناحية الرسمية ما زالت في عصمة الزوج الذي طلقها طلاقا شفهيًا وكل الوثائق الرسمية تثبت هذه الزوجية، و من الناحية العرفية هي في عصمة زوج آخر غير الزوج المسجل في سجلات الحالة المدنية، فإذا قمنا بتكليف العلاقة الثانية - الزواج العرفي - طبقا لما هو ثابت في الفقه الإسلامي فإنها تعتبر علاقة شرعية، لأن المرأة تزوجت بعد انتهاء عدتها العرفية من الزوج الأول الذي طلقها عرفيا.

غير أن هذا الزواج العرفي الذي تلا الطلاق العرفي يعتبر في نظر قانون الأسرة علاقة غير شرعية، لأن هذه المرأة مرتبطة بعقد زواج رسمي وبالتالي تعتبر في نظر القانون محصنة و لا يجوز العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي.

ثانيا- الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن:

إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية يقسمون الطلاق إلى طلاق رجعي وهو الذي يملك الزوج فيه مراجعة زوجته دون الحاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة، وطلاق بائن لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد⁴¹، فإن المشرع قد خرج على هذه القواعد وذلك واضح

⁴⁰ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.89.

⁴¹ - فالطلاق في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين: أولاً- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة و هي لا

من خلال المقارنة بين المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة.

فالمادة 49 المعدلة تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، وعليه فإنه ما لم يصدر الحكم بالطلاق فإن الزوجية تكون قائمة حقيقة و لا مجال للحديث عن الطلاق الرجعي والباين⁴².

أما المادة 50 من نفس القانون فتتص على أن: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فالطلاق لا يكون إلا بحكم ومع ذلك بعد صدور الحكم لا يستطيع الزوج أن يراجع زوجته إلا بعقد

زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد جديد، والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعيا، وهذا في الطلقة الأولى و الثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها، لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان". سورة البقرة، الآية 229، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، حتى ولو لم تكن الزوجة راضية، فباستعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة؛ أنظر، بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، سنة 1961، ص.241.

أما إذا انتهت العدة ولم يراجعها، أو راجعها بعد انتهائها، فإننا نخرج من الطلاق الرجعي إلى القسم الثاني من الطلاق وهو الطلاق البائن؛ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.177.

ثانيا- الطلاق البائن: وهذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى: - الطلاق البائن بينونة صغرى: وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد، لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، ولذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط؛ أنظر، أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأوضاع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة 1430هـ - 2010م، ص.228؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.221.

2- الطلاق البائن بينونة كبرى: وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث، أي طلقها للمرة الثالثة، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلا آخر بعده، ويدخل بها، فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول و انتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد، وذلك لقوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون"؛ سورة البقرة، الآية 230. وهذا النوع من الطلاق يسمى الطلاق المكمل للثلاث؛ أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.221؛ أحمد محمد المومني وسماعيل أمين نواضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1430هـ-2009م، ص.34؛ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، سنة 1428هـ-2007م، ص.238؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون... المرجع السابق، ص.178.

⁴² - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.87.

جديد وهذا هو الطلاق البائن.

كما نلمس تناقض المشرع في تنظيمه لموضوع الرجعة، حيث نجده لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم، وهذا يعني أنه في مرحلة الصلح السابقة على صدور الحكم تكون الزوجية قائمة ولا مجال للحديث عن المراجعة، لأن المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، و مع ذلك ينص المشرع على أن من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد جديد فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة⁴³.

كل هذه الإشكالات تدفعنا إلى القول بأن نص المادة 50 من قانون الأسرة معيب في الصياغة لتناقضه مع المقتضيات الشرعية.

كذلك إن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقدا جديدا، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية.

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائنا، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية، والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة، أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن، حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لازالت زوجته شرعا⁴⁴.

⁴³ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 87.

⁴⁴ - لقد اعتبر العديد من القانونيين أن المشرع لا يعترف بالطلاق الرجعي وإنما يعترف فقط بالطلاق البائن، الذي يتولد مباشرة عقب صدور الحكم المثبت للطلاق، و بالتالي فإن الطلاق لا يقع إلا أمام المحكمة، فعلى سبيل المثال يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أن المشرع الجزائري لا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي هو طلاق بائن؛ أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 316.

كما يرى الأستاذ بلحاج العربي: "أن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحكمة وبالتالي لا مجال للحديث عن الطلاق مالم يصدر الحكم القاضي بذلك؛ أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، سنة 1994، المرجع السابق، ص. 239.

ولذلك فلا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معاً، و الصياغة التي نقترحها لنص المادة 50 هي كما يلي: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة"، و بهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعاً وقانوناً.

ودائماً في إطار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد نص المادة 51 من قانون الأسرة الذي يقضي بأنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". هذا النص استمد من النص القرآني، لقوله تعالى: "فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ" 45.

و لكن لا بد من توضيح النص بشكل يرفع اللبس، لأن الفقهاء اختلفوا في مدلول النص ما إذا كان الأمر يتطلب ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات لترتيب الحكم السابق، و الأئمة الأربعة متفقون على أن اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقاً بائناً بينونة كبرى، بينما نجد ابن تيمية خالف المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث

ويرى الأستاذ فضيل سعد: "أن القانون لا يعترف بالطلاق إلا بوجود حكم يقضي به طبقاً لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"؛ أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.326.

كما يرى الأستاذ عمر زودة: "أن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية، وأنه لا يمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي"؛ أنظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص.33-34.

45 - سورة البقرة، الآية 230.

مرات لا يقع إلا طلقة واحدة⁴⁶.

و من هذا المنطلق لا بد على المشرع أن يحدد المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى.

و نعتقد بأن القانون لا يعتد إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها، والسبب في ذلك هو أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائناً بينونة كبرى.

إلا أن الإشكال يكمن من الناحية الشرعية، و هذا في حالة ما إذا تبين بأن الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا شرعاً بائناً بينونة كبرى، لأنه صدر من الزوج للمرة الثالثة.

و هنا لا بد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وحتماً سيتعامل معه القانون و القاضي على أنه طلاق للمرة الأولى، لأنه لا توجد أحكام لحالات الطلاق السابقة التي وقعت بالإرادة المنفردة، وبالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة 50 من قانون الأسرة باستعمال المراجعة في حالة نجاح الصلح، أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق.

في حين أن الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائناً بينونة كبرى، فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعياً صحيحاً، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد⁴⁷.

و الإشكال أن القاضي إذا كان غير متخصص في الموضوع، فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور،

⁴⁶ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.220؛ عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانوناً، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر، د.س.ن.ص.95، محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.319-320.

⁴⁷ - أنظر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج.4، ط.1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، سنة 1423هـ-2002م، ص.38.

وبالتالي كان على المشرع توضيح الأمر بصورة دقيقة.

ولن يتحقق هذا إلا بإلزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة و تواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة، وهي مسألة صعبة.

و لذلك، فلا بد للمشرع من إضافة فقرات أخرى للمادة 51، و هذه الفقرات هي:
فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلاقة واحدة".

فقرة 03: "الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي"⁴⁸.

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أن الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

و الحقيقة أنه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأن الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع و قرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة⁴⁹، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعا بكافة الطرق.

و مهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع

⁴⁸ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 186-187.

⁴⁹ - فعن أبي هريرة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لعن الله المحلل والمحلل له". رواه أحمد بسند حسن، وعن عبد الله بن مسعود قال: "لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له". رواه الترمذي، وقال هذا حديث حسن صحيح، وقد روي هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم من غير وجه، وعن قبة بن عامر: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار"، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: "هو المحلل، لعن الله المحلل و المحلل له". رواه ابن ماجة والحكام، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "طلق رجل امرأته ثلاثا، فتزوجها رجل، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فأراد زوجها الأول أن يتزوجها، فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فقال: "لا، حتى يذوق"

بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

ثالثاً- المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق

البائن :

إذا كنا قد توصلنا من خلال التحليل السابق إلى أن الطلاق في قانون الأسرة هو دائماً طلاق بائن، ذلك لأنه لا يقع إلا بحكم قضائي وبعد صدور الحكم لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، ومع ذلك فإن المشرع ينص في المادة 132 من قانون الأسرة على أنه: " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

فالعدة حسب المشرع لا تبدأ في الاحتساب إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وإذا كان صدور هذا الحكم يرفع الزوجية في الحال بحيث لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، فكيف يتم التوارث بين شخصين مع انعدام سبب الميراث؟

لأن ما ذهب إليه المشرع مخالف تماماً لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، فالثابت عند فقهاء الشريعة الإسلامية أن من شروط التوارث بين الزوجين أن تكون الزوجية الصحيحة قائمة وقت الوفاة إما حقيقة أو حكماً⁵⁰.

فالزوجية تكون قائمة حقيقة إذا لم يطرأ عليها ما يزيلها ويرفع قيد النكاح، وتكون قائمة حكماً و ذلك في أثناء العدة من طلاق رجعي، حيث يستطيع الزوج مراجعة زوجته في العدة بدون عقد جديد.

الآخر من عُسَلتْها ما ذاق الأول". متفق عليه واللفظ لمسلم؛ أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين، المرجع السابق، ص.354.

⁵⁰ - أنظر، أحمد بن يوسف بن أحمد الدرويش، الزواج العربي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1426 هـ - 2005 م، ص.180.

لكن إذا طلق الزوج زوجته طلاقاً بائناً فلا توارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، لأن الطلاق البائن ينهي العلاقة الزوجية في الحال، إذ لا يملك الزوج مراجعة زوجته ولو في العدة إلا بعقد جديد بجميع أركانه.⁵¹

ولهذا نقترح تعديل المادة 132 من قانون الأسرة بحيث تكون صياغتها على النحو الآتي: "يتوارث الزوجان مادامت الزوجية قائمة حقيقة أو حكماً"، ويجب الإشهاد على الطلاق ليكون وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وعليه فإن العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداءً من هذا التاريخ، و من ثم فإن ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإن الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، وما دام أن الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، وبهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة.

رابعا - إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا:

إذا وقع الطلاق العرفي و انتهت العدة الشرعية، بانت الزوجة المطلقة من مطلقها ولم تعد زوجته في نظر الشرع، و عليه لا يصبح ملزماً بالإنفاق عليها، لأن سبب وجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح قد انحل وانتهى بهذا الطلاق العرفي في نظر الشرع.⁵²

⁵¹ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

⁵² - فرجي بن سنوسي، نفس المرجع، ص.90.

بيد أن قانون الأسرة يقضي بوجوب النفقة الشرعية للزوجة على زوجها، ويستمر وجوب إنفاق الزوج على زوجته حتى بعد صدور الحكم بالطلاق إلى أن تنته العدة، و هذا مستفاد من خلال الجمع بين نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تجعل الطلاق بيد القاضي، ونصوص المواد 58-59-60 التي تقضي بالبداة في حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق⁵³، و المادة 61 التي تلزم المطلق بالإنفاق على مطلقته في خلال مدة العدة⁵⁴.

إن الاختلاف بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي واضح في هذه الجزئية، حيث أن قانون الأسرة يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته في نظر الشرع لأن زوجيتها انتهت بانتهاء العدة من الطلاق العربي، بينما في نظر القانون لازالت زوجته نظرا لعدم صدور حكم بالطلاق⁵⁵.

خامسا- تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب:

إن تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأن المشرع حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري⁵⁶، يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

⁵³- تنص المادة 58 من قانون الأسرة على مايلي: "تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، والباثس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، و تنص المادة 59 من نفس القانون على ما يلي: "تعتد المتوفي عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده"، وتنص المادة 60 من نفس القانون على ما يلي: "عدة الحامل وضع حملها، و أقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

⁵⁴- تنص المادة 61 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها من المسكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

⁵⁵- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العربي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.90.

⁵⁶- تنص المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر(10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

و بناء عليه و مادامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإن نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى و لو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقاً عرفياً ومضى على ذلك أكثر من سنة مادام لم يصدر الحكم بالطلاق، لأن القاعدة التي تتمسك بها الزوجة من أجل ثبوت نسب الحمل إلى الزوج هي قاعدة الولد للفراش، و الفراش هنا هو الزوجية الصحيحة الثابتة بالعقد الرسمي والتي لم يطرأ عليها في نظر القانون ما يزيلها⁵⁷.

وعلى الزوج إذا أراد أن ينفي نسب الطفل الذي أنجبته زوجته بعد الطلاق العرفي بمدة طويلة أن يثبت أمام القاضي عدم الاتصال بينه وبين زوجته، وإذا عجز عن ذلك لم يبق أمامه إلا طريق اللعان لنفي النسب إذا توافرت شروطه.

وفي الأخير، فإن كل الإشكالات القانونية التي أشرنا إليها أعلاه، نتجت في الواقع عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق من أجل تحقيق الاستقرار في المراكز القانونية خاصة إذا تعلق الأمر بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، فالحكم القضائي الصادر بالطلاق يعتبر منشأ له وليس كاشفاً عنه، ومن هنا بدأت الإشكالات.

فكان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية التي يسعى إليها المشرع و مراعاة أحكام الشريعة في نفس الوقت دون الوقوع في التعقيدات السابقة، و ذلك بأن يحدو حدو المشرع المغربي في وجوب الاشهاد على الطلاق⁵⁸، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، إلا أن هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق في حضور الزوجين و الشاهدين و أن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق، كما يجب إثبات الطلاق بحكم من تاريخ تلفظ الزوج به، وأن وثيقة الاشهاد على الطلاق التي يمنحها الموثق للزوجين أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائي كاشفاً وليس

⁵⁷ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 89-90.

⁵⁸ -تنص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالاشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك، بدائرة نفوذ المحكمة التي يوجد بها بيت الزوجية، أو موطن الزوجة أو محل إقامتها أو التي أبرم فيها عقد الزواج حسب الترتيب".

منشأ.

كما يجب تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، لأن قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والطلاق البائن، بل أننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أن الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن.

و لذلك فلا بد من تعديل هذه النصوص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا.

هذا ما يتعلق بإشكالات الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزوج، فما هي الإشكالات المثارة حول الطلاق الواقع بطلب من الزوجة؟

المطلب الثاني

إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة

لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق، فإذا كانت الصورة الأولى الأبرز من الناحية الشرعية، فإن الفقه ابتدع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها والآثار المتوخاة منها⁵⁹.

فإرادة الزوج في إحداث الطلاق يبق على طلاقته، إذ جوبه عن طريق الفقه والقانون بصورة أخرى تتمثل في الطلاق عن طريق القاضي وذلك سواء بالتطليق أو الخلع الذي يكون بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة.

و بناء على ذلك، يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة وإنما عن طريق القاضي،

⁵⁹ - أنظر، باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، سنة 2007، ص.30؛ يوسف

دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.51.

فالمشرع الجزائري لم يهدر حقها في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها إما بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها وتضررها من ذلك⁶⁰، مما فتح لها باب التطليق على مصراعيه (الفرع الأول)، كما فتح لها باب الخلع بسبب كراهيتها ونفورها من زوجها وذلك لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي (الفرع الثاني).

وهما الموضوعان اللذان سيكونان محل دراستنا في هذا المطلب، باعتبارهما طريقتين استثنائيتين من الأصل العام لحل الرابطة الزوجية.

الفرع الأول

عدم صيانة الأسرة بتشعب أسباب التطليق

إن المشرع اتبع فلسفة غير مجدية في مجال حق المرأة في طلب انحلال الرابطة الزوجية، وذلك نظرا للعدد المتشعب الذي تبناه من الأسباب المفدية إلى التطليق، بحيث أجاز للزوجة بمقتضى المادة 53 من قانون الأسرة أن تطلب التطليق⁶¹ بسبب عدم الإنفاق، أو بوجود العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، أو بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، أو مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 المتعلقة بتعدد الزوجات، أو للغيبة، أو للشقاق المستمر بين الزوجين، أو مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو بسبب الضرر المعتبر شرعا⁶².

⁶⁰ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

⁶¹ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.70.

⁶² - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.124-125.

و أمام هذا التنوع في الأسباب⁶³ و التشتت في الوسائل التي تجيز للزوجة طلب التطليق، سنحاول إبراز و معالجة الثغرات التي أغفل عنها المشرع عند وضعه لهذه الأسباب، و ذلك حسب الترتيب الموجود في قانون الأسرة المعدل:

أولاً- التطليق لعدم الإنفاق:

لقد نص المشرع على هذا السبب في الفقرة الأولى من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة و التي جاء فيها: "1 - عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

⁶³- إن هذه المكنة التي منحها المشرع للزوجة والتي تلجأ من خلالها للقضاء بطلب الفرقة بينها وبين زوجها استناداً لأسباب محددة، تستدعي البحث حول طبيعة التطليق، هل هو فسخ أم طلاق؟

اتفق الفقهاء على أن الحياة الزوجية تنتهي بالطلاق أو الفسخ ولكنهم اختلفوا حول ما يندرج ضمن كل منهما، كما تختلف الآثار المترتبة عنهما، فالطلاق يعد إنهاء لعقد الزواج الصحيح، في حين الفسخ هو نقض له لخلل رافق نشوئه أو عارض طراً على الزواج منع بقاءه بعد نشوئه صحيحاً أو لحادث أصاب أحد الزوجين، فأعطى للآخر حق طلب الفسخ، هذا من حيث الماهية، أما من حيث الأسباب فالطلاق لا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم وهو من حقوق الزوج يوقعه بإرادته المنفردة، أما الفسخ فيما أن يكون بتراضي الزوجين أو بواسطة القاضي، و من حيث الآثار المترتبة عنه، فالفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الطلاق يحدث هذا الأثر، كما أن الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئاً من المهر أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر، وإن لم يكن استحققت المتعة؛ أنظر، رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002، ص. 226-227.

ويرى الأحناف أن كل فرقة من جانب الزوج هي طلاق كالفرقة بسبب الإيلاء مثلاً، وكل فرقة من قبل الزوجة هي فسخ كالفرقة بسبب عدم كفاءة الزوج لزوجته، في حين يرى الحنابلة والشافعية أن الفرق التي تقع بين الزوجين تعتبر طلاقاً إذا وقعها الزوج أو نائبه وما عدا ذلك تعتبر فسخاً، بينما ذهب المالكية إلى أن الفرق بين الطلاق والفسخ يكمن في السبب الموجب للفرقة، فإن كانت فرقة من زواج صحيح وكان سببها لا يوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء كانت من الزوج أو من يقوم مقامه، أو من قبل الزوجة أو من قبل القاضي عدت طلاقاً، و أما إذا كانت ناتجة عن زواج فاسد فيعد ذلك فسخاً؛ أنظر، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط. 3، مكتبة الفلاح، بيروت، لبنان، سنة 1982، ص. 279؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج. 1، ط. 2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1968، ص. 74.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجدده عرف الطلاق في المادة 48 منه: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، مما يدل على أن المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطليق طلاقاً لا فسخاً.

و طبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة، كما أن هذه الفقرة اشترطت ألا تكون الزوجة عاملة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا وكانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق⁶⁴.

والسؤال المطروح هنا: على من يقع عبء إثبات الإعسار، فهل يقع على الزوج أم على الزوجة؟

إن الأصل أن "البينة على من ادعى"، و تبعا لذلك فإنه يقع عبء الإثبات على الزوجة أن زوجها أصبح معسرا وعلى الزوج أن يثبت أنه كان وقت إبرام العقد معسرا و كانت الزوجة وقتئذ عاملة بإعساره، و الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة.

و تجدر الإشارة هنا أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته وموارد رزقه، وذلك ما حددته كل من المادتين 78⁶⁵ و 79⁶⁶ من قانون الأسرة، و بذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها⁶⁷.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج عليها؟ أم يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

⁶⁴ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.52.

⁶⁵ - تنص المادة 78 من قانون الأسرة على ما يلي: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

⁶⁶ - تنص المادة 79 من قانون الأسرة على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

⁶⁷ - مضمودي مراد و غربي عدلان، السلطة التقديرية في شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، المرجع السابق، ص.17.

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة⁶⁸، وفي هذا يرى الدكتور بلحاج العربي "أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة في الوهلة الأولى، لأن الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالماً حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها"⁶⁹.

فإذا ثبت للقاضي أن الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأن الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيماً فمن الأفضل أن يمهله مدة معينة بدلاً من أن يحطم حياته الزوجية وما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة والأبناء.

و قال الإمام مالك رضي الله عنه: "أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعاً، و يسقط حقها في طلب التطلاق"⁷⁰، وهذا رأي صائب، ذلك أن المرأة الفاضلة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء، وأن الفقر ليس عاراً في الشريعة الإسلامية، و إنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب مادية فانية، وأن المال من عند الله يغني من يشاء، و إن كانت هناك مسؤولية يقول الدكتور الصابوني: "فإنها تقع على كاهل المجتمع الذي لم يهيئ لأفراده العيش الكريم"⁷¹.

و بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 53 التي أشارت إلى أنه إذا كانت الزوجة عاملة

⁶⁸- و في هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فجعلها الإمامان "الشافعي" و "أحمد" تتراوح ما بين 3 أيام وشهر بدءاً من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة، على خلاف "مالك" الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين، و مصدر عيشهما والظروف المحيطة بهما، على ألا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال؛ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 352-353، و نعتقد أن المشرع أخذ بالرأي المالكي من حيث مراعاة مقتضى حال الزوجين، حيث نص في المادة 451 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يعاين القاضي وكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلاق طبقاً لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذاً بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها...".

⁶⁹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، سنة 1999، المرجع السابق، ص. 277.

⁷⁰- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 413.

⁷¹- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، المرجع السابق، ص. 81.

بإعسار زوجها قبل الزواج، فلا يجوز لها طلب التطلاق لأنها رضيت به زوجها و هو معسر. غير أننا نود الإشارة إلى بعض المعطيات صارت تفرض نفسها في الواقع المعاش بسبب تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، فلو سلمنا بما هو منصوص عليه في القانون بصورة مطلقة لعاقب القانون الكثير من الزوجات بسبب اختيارهن، فلو فرضنا أن زوجة ما رغبت في الزواج من رجل ليس لاعتبارات مالية و إنما لاعتبار آخر كالشهادة العلمية كونه خريج جامعي، و لكنه لم يحصل على وظيفة بعد، ظنا منها بأن المسألة عابرة ووقتية، وبعد الزواج طال انتظارها ولم يجد الزوج الوظيفة، ولم يتمكن من توفير النفقة لها، ألا يحق لها أن تطلب التطلاق إذا أرادت؟ بل قد تكتشف بعد الزواج بأن الزوج يتقاعس عن البحث عن عمل يمكنه من الإنفاق عليها⁷².

إن التمسك بحرفية النص السابق يؤدي إلى القول بأنه لا يحق لها طلب التطلاق، لكن إذا أخذنا بروح النص نقول بأن لها الحق في طلب التطلاق. و لذلك كان على المشرع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يُطبَّق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ و الاستثناء و خصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب التطلاق⁷³.

كما أننا نتساءل عما إذا كان يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة إذا ما وقع الاتفاق بينها وبين زوجها على أن تشاركه في تحمل الأعباء المالية الخاصة بالأسرة مقابل عملها؟ وما هو حكم هذا الاتفاق شرعا و تشريعيا؟⁷⁴.

⁷² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.189.

⁷³ - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص.190.

⁷⁴ - تشوار حميدو ركية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.125.

إن ما يعاتب على المشرع عدم وضعه لنصوص خاصة يعالج بموجبها الحالة التي تكون فيها الزوجة عاملة، و هذا بالنظر إلى مقتضيات العصر واقتحام المرأة عالم الشغل إلى جانب الرجل، و بالنظر إلى كون أن حق المرأة في العمل وتولي المناصب العليا أصبح حقا دستوريا، و بالنتيجة، ينظم حقها في العمل باعتبارها كزوجة وليس كامرأة، كما فعل ذلك في قانون الأسرة أو قانون الوظيف العمومي⁷⁵.

هذا ما يتعلق بالنقائص المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق، فما هي أهم النقائص التي تطرح بصدد التطليق للعيوب؟

ثانيا- التطليق للعيوب:

نص المشرع على هذا السبب في الفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج."

إن الملاحظة الأولى على هذه الفقرة هي أن المشرع لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل اشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أما الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، و إذا استند إلى واحد من تلك الأسباب فإنه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق⁷⁶.

كما يعاتب على المشرع أنه استعمل الجمع فيما يتعلق بكلمة العيوب⁷⁷ بقوله: "العيوب التي

⁷⁵ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.125.

⁷⁶ - أنظر، اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2002-2003، ص.84.

⁷⁷ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة...، المرجع السابق، ص.126.

تحول..."، و لم يبين المقصود بالعيوب ولم يبين أنواعها، أهي من العيوب الجنسية أم غير ذلك، و اعتمد بذلك عبارة فضفاضة و عامة دون أن يذكر أي عيب من العيوب و لو على سبيل المثال، و اكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديدها و هو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج⁷⁸.

كما يعاتب على المشرع أنه لم يفرق بين ما إذا كانت الزوجة عاملة بالعيوب قبل إبرام العقد و بين ما إذا لم تكن عاملة به، و من ثم لنا أن نتساءل عما إذا كان يجب القضاء لها بالتطليق في كلتا الحالتين؟ أم يجب القضاء بالتطليق حتى و لو كانت الزوجة عاملة بالعيوب قبل الزواج ورضيت بزوجها على هذه الصفة؟⁷⁹

كما يعاتب على المشرع أنه لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب و هل على القاضي الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهّل الزوج مدة للعلاج؟

و نرى هنا أنه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة لإثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج، أما بالنسبة لوقت إصدار القاضي للحكم بالتطليق بعد ثبوت العيب، لم يبين لنا المشرع ذلك، إلا أننا وجدنا قرارا للمحكمة العليا صدر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 قضى بتأجيل الحكم بتطليق الزوجة مدة سنة نظرا لعجز الزوج عن مباشرتها و قد جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة بجانب بعلمها و بعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"⁸⁰.

⁷⁸ - أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986 م، ص.275-276؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.53.

⁷⁹ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة...، المرجع السابق، ص.126.

⁸⁰ - أنظر، مجلس أعلى، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م ق، سنة 1989، العدد 03، ص.73.

من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنه لم يوضح سبب عجز الزوج عن مباشرة زوجته، فهل كل العيوب التي تحول دون المباشرة الجنسية يؤجل الحكم فيها لمدة سنة؟ وماذا عن باقي العيوب؟

إن الفقهاء فرقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه والعيب الذي لا يرجى شفاؤه، فإذا ثبت أن العيب يستحيل شفاؤه أو أن الشفاء سيستغرق زمنا طويلا فإن القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أن العيب يمكن شفاؤه فإنه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرق بين الزوجين ومثال ذلك العنة⁸¹، فإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصررت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك، أما الجب⁸² فهو من العلل التي لا يرجى شفاؤها و القاضي يحكم بالتطليق فورا دون منح الرجل أجل السنة لأنه ميؤوس منه ولا معنى للانتظار⁸³.

هذا ما يتعلق بالنقائص المتعلقة بالتطليق للعيوب، فما هي أهم النقائص التي تطرح حول التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؟

ثالثا- التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

و هو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة، والمقصود بالهجر في المضجع (Refus de Partager la couche) ، هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع.

⁸¹ - العنة: صغر الذكر بحيث يتأني منه الجماع ولا يقدر على المباشرة الجنسية؛ أنظر، بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 436 .

⁸² - الجب: هو استئصال عضو التناسل للرجل؛ أنظر، بدران أبو العينين، نفس المرجع، ص. 436 وما بعدها.

⁸³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 516؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، دار الكتاب العربية، القاهرة، مصر، سنة 1325 هـ، ص. 54.

"و الهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها و إرجاعها إلى طاعته⁸⁴، و لقد أوجب الشرع الإسلامي على الزوجة طاعة زوجها (في غير ما نهي الله عنه)، ولم يبيح لها النشوز والعصيان"⁸⁵.

و اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد و بدون سبب شرعي⁸⁶، وكذا الهجر لمدة تزيد عن أربعة شهور كاملة، فإذا أساء الزوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع، فلزوجته أن ترفع أمرها إلى القاضي، وطلب التطليق للضرر الذي يلحقها من الزوج من جراء هجره إياها.

و ما يمكن ملاحظته أن الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة يتفق مع الإيلاء المعروف في الفقه الإسلامي، فكليهما يتفقان في ترك وطء الزوجة وعدم الاقتراب منها لمدة أربعة أشهر فأكثر، إلا أنهما يختلفان في جوانب عدة منها:

أن الإيلاء يمين أو قسم الزوج على عدم الاقتراب من زوجته وترك وطئها وجماعها، بينما الهجر في المضجع لا يفيد هذا المعنى صراحة بالقدر الذي يفيد مع الإيلاء الذي يشترط أن يكون الهدف من ورائه الإضرار بها، على خلاف الهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر الذي لا يشترط فيه نية الإضرار بالزوجة⁸⁷.

⁸⁴ - عبد الفتاح تقي، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، المرجع السابق، ص. 87-88.

⁸⁵ - حيث قال الله تعالى: "وَاللَّائِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرَبُوهُنَّ فَإِنَ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا"؛ سورة النساء، الآية 34.

⁸⁶ - و في هذا يقول الدكتور فتحي الدريني: "هكذا ينص الفقهاء، على أن الحق وسيلة شرعية لغاية معينة فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، و مناقضة الشرع باطلا؛ أنظر، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط. 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1981، ص. 254.

⁸⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص. 540.

والتساؤل الذي يثور هنا هو ما سبب إغفال المشرع في قانون الأسرة عن ذكر الإيلاء رغم كثرة حدوثه بين الناس لدواعيه المتعددة؟⁸⁸

هل أهمل المشرع هذه القاعدة لأنه رآها يمينا معلقة على شرط فأبعدها ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع؟⁸⁹، و مهما كان الأمر فذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه و تعالى تعالج أحوالا خاصة، وبالتالي فإن إهمالها لا يعني عدم حصولها، كما أن ذكرها بنص تشريعي لا يعني حدوثها باستمرار.

وكان من المستحسن على المشرع أن يضيف لفظ "الإيلاء" بفقرة جديدة في المادة 53 من قانون الأسرة، أي المهجر المصحوب بالقسم و الذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة⁹⁰.

كما أن السؤال الذي يجب طرحه هو كيفية إثبات الزوجة هجرها في المضجع؟⁹¹ إن مسألة الإثبات و الخوض فيها تعد في الحقيقة أمرا من الصعوبة بمكان⁹²، فكيف يمكن للزوجة أن تثبت نية الزوج في الهجر العمدي قصد الإضرار بها، كذلك كيف يمكن إثبات مدة أربعة أشهر متتالية غير متقطعة، فإذا عجزت الزوجة عن إثبات كل هذه العناصر فكيف للقاضي أن يحكم بتطليق الزوجة في غياب الدليل⁹³.

⁸⁸ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.272.

⁸⁹ - فضيل سعد، نفس المرجع، ص.279.

⁹⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.197.

⁹¹ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

⁹² - باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.41.

⁹³ - لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.133.

و يرى الأستاذ يوسف دلاندة: "أنه يمكن للزوجة الإتيان ببينة، كأن تقدم شهود على أن زوجها غادرها منذ أربعة أشهر، أو أن تشكوه للعدالة بجرم ترك الأسرة و تثبت إدانته، ويصبح الحكم الصادر ضده نهائياً"⁹⁴.

ومع ذلك تبقى مسألة تقدير هجر الزوج لزوجته مسألة موضوعية يختص بها القاضي الفاصل في الدعوى المطروحة أمامه.

هذا ما يتعلق بالنقائص المتعلقة بالتطليق بسبب الهجر في المضع فوق أربعة أشهر، فما هي أهم النقائص التي تطرح حول التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية؟، وهذا ما سنبينه في النقطة الموالية.

رابعاً- التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

كانت الفقرة الرابعة من المادة 53 قبل التعديل من أكثر الفقرات صعوبة في تفسيرها، لأنها جاءت عامة و بمصطلحات غير دقيقة، حيث جاء فيها مايلي: "4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية". واعتباراً لكون هذه الفقرة شامها الكثير من الغموض وعدم الوضوح بداية من صعوبة تفسير العقوبة أو الجريمة الشائنة وصولاً إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة من غيرها، لذلك جاء التعديل أكثر وضوحاً عندما عدل المشرع الفقرة الرابعة من هذه المادة بقوله: " الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"⁹⁵.

⁹⁴ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

⁹⁵ - باديس ذياي، صور فك الرابطة...، المرجع السابق، ص.42.

فالمشرع في هذا التعديل صحح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة⁹⁶.

كما يلاحظ أيضا " أنه خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقا، إذ أنه ألغى الشرط القائل بالعقوبة التي يتعدى مداها أكثر من سنة، واكتفى بالقول أنه على الزوجة المطالبة بالتطليق أن تقدم ما يثبت إدانة زوجها بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة دون الالتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، وفي ذلك تيسير أكثر تستفيد منه الزوجة في تأسيسها طلب التطليق على هذا الوجه"⁹⁷.

أما بالنسبة للجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة، فلعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية و الماسة بالسمعة و الشرف و جرائم السرقة والاختلاس والرشوة ونحوها من الجرائم التي يستهجنها المجتمع الجزائري خاصة جريمة الزنا أو هتك العرض، وعليه إذا حكم على الزوج في جريمة القتل غير العمدي مثلا، فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق.

هذا ويقع الإشكال في على من يقع عبء إثبات أن الجريمة تمس بالسمعة العائلية هل الزوجة أم القاضي، و في جميع الأحوال فلا يحكم القاضي بالطلاق بمجرد عقوبة الحبس، بل لابد أن تتمسك الزوجة بطلب التطليق بالإضافة إلى إثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف⁹⁸.

هذا و لقد وضع المشرع سببا آخرًا للتطليق يتمثل في غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

⁹⁶ - باديس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.45.

⁹⁷ - باديس ذيايي، نفس المرجع.

⁹⁸ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص.199.

خامسا- التطليق بسبب غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة:

نص المشرع على هذا السبب في الفقرة الخامسة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة، و التي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة، وأن يكون هذا الغياب غير المبرر مصحوب بعدم الإنفاق.

ولكن نتساءل متى يبدأ حساب هذه المدة؟ مع العلم أن الغيبة تعد من الوقائع المادية، وبالتالي هل يعتد بإثباتها بكافة الوسائل؟ أم يجب القضاء بما جاءت به المادة 109 من قانون الأسرة¹⁰⁰، و تقييد إثباتها بحكم يقضي بالغيبة قياسا في ذلك على الفقدان، ونتيجة لذلك لا يعتبر الشخص غائبا إلا بحكم قضائي؟ غير أنه يمكن حصر الإشكال بهذا الصدد بوقت حساب بدء السنة، و ليس إثبات الغيبة التي يمكن لزوجة الغائب أن تثبتها بكافة الوسائل، ولا يسوغ تطبيق ما جاء به المشرع في المادة 109 الخاصة بالمفقود، وعليه فمن الواجب عليها إثبات الغيبة، وإن عجزت في ذلك فالقاضي هو الذي يقدره، إلا أنه إذا أردنا تطبيق ما جاء به المشرع في المادة 110 من قانون الأسرة¹⁰¹، نرى أنه يعتبر فيها الغائب كالمفقود، ولكن يلاحظ قصره لهذا التشبيه فيما يتعلق بأموال الغائب، ولا يمكن تمديد هذه الحالة لتشمل حالته الشخصية¹⁰².

هذا وتنص المادة 112 من قانون الأسرة على أنه: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"، ويستفاد من هذا النص أنه إذا كان الزوج مفقودا و لم يظهر عليه أي خبر، فيحق للزوجة بعد مرور سنة من الفقدان أن تطلب الطلاق، وهذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأنه في الغالب قد يكون معذورا،

¹⁰⁰ - تنص المادة 109 من قانون الأسرة على ما يلي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

¹⁰¹ - تنص المادة 110 من ق.أ على أنه: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود".

¹⁰² - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق...، المرجع السابق، ص.127.

فرمما فُقد في حرب أو زلزال، أو فقد عقله أو ذاكرته فلم يتمكن من العودة إلى أهله.

ومن الناحية القانونية لا يعتبر الزوج مفقودا إلا بعد صدور حكم بالفقدان، ولا يصدر الحكم إلا بعد مرور سنة على الأقل على فقدانه بعد التحري عنه بكافة الوسائل¹⁰³.

ولذلك كان على المشرع ألا يحيل إلى الفقرة 05 من المادة 53 سالفه الذكر، بل كان عليه تمديد مدة أطول لسنتين على الأقل لكون المفقود لا تعلم حياته من موته، وذلك زيادة في التحري و البحث عن الزوج، علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد أربع سنوات من تاريخ الفقدان¹⁰⁴.

ويعاب أيضا على المشرع تعليقه حق المرأة في طلب التطليق بعدم ترك مال لها في حال الغيبة، فكان عليه الاستغناء عن هذا الشرط والاكتفاء بالمدة وانعدام العذر، فلماذا ربط المشرع الإنفاق بالغيبة؟ وكأن للزوجة أن تستغني عن زوجها عند وجود المال¹⁰⁵، وهو ما يدعو للتساؤل حول مدى جواز طلب الطلاق إذا وجدت الحالة الأولى دون الثانية، أي الغياب غير المبرر فقط بدون الامتناع عن النفقة.

هذا ولقد وضع المشرع سببا آخرًا تطلب بموجبه الزوجة التطليق من زوجها، وذلك عند مخالفة هذا الأخير الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

سادسا- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة:

اعتبر المشرع أن مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة و المتعلقة بتعدد

¹⁰³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.201.

¹⁰⁴ - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص.202.

¹⁰⁵ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة...، المرجع السابق، ص.127.

الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق و ذلك في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة.

و قد عاجلنا الإشكالات المتعلقة بقيود تعدد الزوجات في الفصل الأول من هذه المذكرة، فعدم وجود المبرر الشرعي أو عدم العدل بين الزوجات أو عدم إخبار إحدى الزوجات بالزواج مرة أخرى أو عدم الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة، كلها تعتبر أسبابا تبيح للزوجة المتضررة رفع دعوى للمطالبة بالتطليق.

و السؤال الذي يطرح نفسه، هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطليق؟ كما أننا نتساءل عن كيفية تمكن الزوجة من إثبات زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني عرفيا لم يثبت بحكم قضائي؟.

هذا فيما يتعلق بالتطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، فما هي أهم النقائص التي يمن طرحها بصدد تطليق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة؟.

سابعاً- تطليق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة:

لم تحدد الفقرة السابعة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة المقصود بالفاحشة، "وما تجدر الإشارة إليه أن قانون العقوبات لم يصنف بعض الجرائم أو الأفعال التي تعتبرها الشريعة الإسلامية فواحشا كجريمة الزنا مثلا، فهل تعتبر هذه الأفعال سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق؟"¹⁰⁶

"كما أن النص لم يتحدث عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم الإدانة أم يكفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة؟ خصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات"¹⁰⁷.

¹⁰⁶ - باديس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.47.

¹⁰⁷ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.205.

هذا و نتساءل عن السبب الثامن للتطليق، و الذي أضافه المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة؟ .

ثامنا- الشقاق المستمر بين الزوجين:

إن الجديد الذي جاء به التعديل الخاص بقانون الأسرة، هو أنه أجاز للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين زوجها، و هي حالة لم يشر إليها النص الأصلي، بل كان المعمول بها قضاء¹⁰⁸ و قننها المشرع في تعديل 27 فبراير 2005، ويبدو أن الاجتهاد القضائي قد حظي بعناية المشرع و ارتقى لمرتبة القاعدة القانونية¹⁰⁹، خاصة في هذه المسألة المهمة التي يكون فيها النزاع والخلاف بين الزوجين قد اشتد وتفاقم، بحيث يتحول الحب إلى كره والتعاون إلى مكائد و الرحمة إلى حقد، و تتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق، و لم يبق من علاج لهذه المعضلة إلا دواء و هو انحلال الرابطة الزوجية¹¹⁰، و بالتالي يكون اقتراح الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطلاق صائب.

إلا أن المشكل المطروح، كيف يمكن إثبات هذا الشقاق المستمر بين الزوجين؟ لأنه قد يقع القاضي في ثغرة الفرقة بين الزوجين بظلم من الزوجة بناء على ادعاءات ومزاعم كاذبة للتطلاق من الزوج.

¹⁰⁸- مصدر هذه الفقرة المستحدثة في تعديل قانون الأسرة لسنة 2005 كان قضائيا، حيث أن المحكمة العليا جسدت ذلك فعليا في بعض قراراتها، منها القرار الذي أصدرته في 1996/09/24 و الذي جاء فيه: "إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، و أنه لما ثبت أن المطعون ضدها تضررت جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة ما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما فإن قضاة الموضوع عندما قضا بتطلاق الزوجة لهذا السبب طبقوا صحيح القانون؛ أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م ق، سنة 1997، العدد 02، ص.96. و نلاحظ من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا قد أخذت بسبب لم يكن منصوبا عليه في المادة 53 قبل تعديل 2005 و هو الخصام الشديد و الطويل الذي يسبب ضرا للزوجة، بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بين الزوجين، وبالتالي يمكن القول أن المحكمة العليا وفق هذا القرار قد عرفت الشقاق المستمر بين الزوجين بذلك الخصام المستفحل بين الزوجين والذي دام لمدة طويلة ترتب عليه ضرر شرعي جعل الحياة الزوجية مستحيلة الاستمرار.

¹⁰⁹- باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.51.

¹¹⁰- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجدي، المرجع السابق، ص.242.

كما أن المشرع لم يعرف الشقاق¹¹¹ بل اكتفى بالنص عليه في المادتين 53 و 56 من قانون الأسرة¹¹².

و نلاحظ أن المادة 56 قد عرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر، إلا أننا نتساءل عن مفهوم الشقاق الذي نصت عليه المادة 53؟ و ما هو الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56 السالفة الذكر؟ و الشقاق يأخذ مظهرين، إما أن يكون نزاعا متبادلا بين الزوجين دون أن يثبت الضرر، و إما أن يكون شقاقا صادرا عن أحد الزوجين ويسمى حينئذ نشوزا، وذلك بعد اكتشافه من طرف الحكّمين وكلاهما له أحكام خاصة¹¹³.

إذن كان من الأجدر على المشرع أن يضع تعريفا للشقاق في المادة 53 ويبين شروطه حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينه وبين الشقاق المنصوص عليه في المادة 56.

هذا ما يتعلق بالنسبة للتطبيق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين، فما هو الحال بالنسبة للتطبيق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج؟

تاسعا- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد، و مصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى¹¹⁴.

¹¹¹ - أنظر، عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، 2009، العدد الأول، ص.155.

¹¹² - تنص المادة 56 من ق.أ على أنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما".

¹¹³ - عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطبيق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.155.

¹¹⁴ - تنص المادة 19 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناقى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

و ما يؤخذ على هذا التعديل أنه كان غير دقيق في محاولة الربط والانسجام بين المادة 19 وكذا الفقرة التاسعة المستحدثة في المادة 53 المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها.

فالمادة 19 المعدلة تحدثت عن الشروط التي يمكن إدراجها في عقد الزواج أو في عقد رسمي و ليس عرفيا، أي أمام ضابط عمومي هو الموثق، فالمسألة اختيارية في هذه المادة إما أن الشروط يتم الاتفاق عليها في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق.

غير أن ذلك لم يراع بدقة في المادة 53 و تحديدا في الفقرة التاسعة التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط¹¹⁵ دون أن يتم ذكر عبارة "أو في العقد الرسمي اللاحق".

فهل يأخذ القاضي بمخالفة الشروط الواردة في العقد الرسمي اللاحق؟، أم يعزف عن ذلك تطبيقا لمبدأ حرفية النص التي تقضي الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق؟.

هذا ولقد وضع المشرع سببا آخرًا تطلب بموجبه الزوجة التطلق من زوجها، وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة، و التي أعطت للزوجة حق التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا، فما هي أهم النقائص التي يمكن طرحها حول هذه الفقرة؟ وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

عاشرا- التطلق بسبب كل ضرر معتبر شرعا:

إن ما يؤخذ على واضعي قانون الأسرة أنهم إلى جانب الأسباب الأخرى التي أوردوها، اعتبروا سببا من أسباب التطلق الأفعال التي تسبب ضررا للزوجة و ذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 التي جاء فيها: "10- كل ضرر معتبر شرعا"، و من ثم أدرجوا في ذات المادة عبارة عامة جمعاء، كون أنهم لم يتقيدوا بضرر معين.

¹¹⁵ - باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص. 52-53.

قد يفهم من هذا و كأن الأسباب الأخرى التي تم التنصيص عليها في هذه المادة لا تسبب ضررا للزوجة عندما تتوفر شروطها، فلماذا أعادوا هذه الفقرة؟ ولماذا لم يكتفوا بها دون سرد الأسباب السالفة؟¹¹⁶.

وما هو جدير بالذكر في هذا المقام، أن المشرع لم يحدد معيارا للتمييز بين ما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا، و نحن نرى أن المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات والظروف الاجتماعية و الثقافية الخاصة بكل زوجة، لأن ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون ضارا بالنسبة لزوجة أخرى، ومن ثم فإن مسألة تقدير ذلك متروكة للقاضي المختص الناظر في دعوى طلب التطلاق للضرر المعترف شرعا¹¹⁷.

وفي الأخير، نقول أنه إزاء هذا التنوع في الأسباب¹¹⁸ والتشتت في الوسائل الموجودة في المادة 53 من قانون الأسرة، يعاب على المشرع أن حتمية الاستجابة للزوجة في طلب التطلاق ستؤدي إلى مضاعفة حالات فك الرابطة الزوجية التي نشكو من كثرتها في الجزائر خاصة في الوقت الراهن¹¹⁹.

¹¹⁶ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.128.

¹¹⁷ - أنظر، دليلة براف، التطلاق للضرر المعترف شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، 2009، العدد الأول، ص.214.

¹¹⁸ - "كما أن المادة 48 من قانون الأسرة حددت حالات الطلاق دون الإحالة إلى المادة 55 التي تتحدث عن نشوز أحد الزوجين كسبب من أسباب الطلاق بالنسبة للزوجين، بل والأكثر من ذلك لنا أن نتساءل عن الحكمة التي توخاها المشرع من تخصيص مادة لسبب واحد للطلاق متمثل في النشوز، و عشرة أسباب للتطلاق خصص لهما أيضا مادة واحدة؟"؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.124.

¹¹⁹ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.73-74.

حيث كشفت الأرقام المستقاة من وزارة العدل عن الارتفاع الكبير لحالات الطلاق المسجلة خلال السنوات الأخيرة، و التي وصلت إلى 125183 حالة طلاق، و ارتفاع طلبات فك الرابطة الزوجية التي تتقدم بها الزوجات، حيث بلغت 10000 قضية عند انتهاء سنة 2011، مقابل 56670 طلب لفك الرابطة الزوجية من قبل الزوج، كما تفيد الإحصائيات المستقاة من قبل وزارة العدل عن تسجيل 56670 حالة طلاق بالتراضي خلال السنوات الثلاث الماضية قبل سنة 2011.¹²⁰

الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه ليس في كثرة أسباب التطلاق وتنوعها يكون العلاج للمشاكل الأسرية، و إنما هو خلق لمشاكل عديدة، و خلق لثغرات قانونية قد يستفيد منها من لا يبالي بأي حق من حقوق الغير¹²¹.

هكذا و بعد أن تطرقنا إلى أهم الإشكالات الموجودة في المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة التي حددت الأسباب التي ينبغي إثباتها لتطبيق الزوجة لزوجها إذا أرادت هي فك الرابطة الزوجية، فإننا سنعالج في الفرع الموالي أهم الإشكالات الموجودة في الخلع الذي يعتبر طريقا آخرا تلجأ إليه الزوجة لفك الرابطة الزوجية طبقا لما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني

عدم كفاية مادة واحدة لتنظيم كل أحكام الخلع

من بين قضايا الأسرة المهمة بين الزوج والزوجة في انحلال الرابطة الزوجية، نجد الطلاق بالخلع الذي كان محل اجتهادات قضائية متغيرة و مضطربة غير مستقرة¹²²، نتيجة لعدم وضوح نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديله حيث لم يبين موافقة و رضا الزوج من

¹²⁰ - نشرت هذه الإحصائيات في موقع الجزائر نيوز، يوم 28-02-2011، www.djazairess.com.

¹²¹ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، المرجع السابق، ص.74.

عدمه، وأيضا ما يتعلق برضاها حول مقابل الخلع الذي تقدمه الزوجة للزوج ومدى موافقتها عليه، على أن يتدخل القاضي بالحكم بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم في حالة عدم الاتفاق.

و قد نصت المادة 54 قبل تعديلها على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم"، و لكن مع تطور الأمور تراجعت المحكمة العليا عن هذه القرارات غير المستقرة بصدد مدى رضا الزوج على مبدأ الخلع و قضت في قرارها الصادر في 21 جويلية 1992 بأن "المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا"¹²³.

و في هذا الاتجاه، قد سار المشرع في تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه وذلك تنويفا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، و التي صبت جلها في خانة

¹²² - "إن من أهم الاجتهادات القضائية التي كانت غير مستقرة بصدد مدى رضا الزوج على مبدأ الخلع: 1- اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1988/11/21، ملف رقم 51728 يقضي بأنه من المقرر شرعا و قانونا أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي و أن ليس للقاضي مخالفة رضا الزوجين دون رضا الزوج. 2- كما يوجد اجتهاد قضائي للمحكمة العليا، غ.أ.ش بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 73885 يقضي بأن المادة 54 من قانون الأسرة تشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن للقاضي فرضه عليه. 3- بينما يوجد اجتهاد قضائي آخر للمحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1996/07/30، ملف رقم 141262 يقضي بأن الخلع حق خولته الشريعة الإسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا.

4- كما يوجد اجتهاد آخر للمحكمة العليا، غ.أ.ش، بتاريخ 1994/04/19، ملف رقم 115118 يقضي أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية و كرسه قانون الأسرة و سواء رضي به الزوج أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة إلى موافقة الزوج؛ أنظر، صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، بتاريخ 2009، العدد الأول، ص. 167-168.

¹²³ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، سنة 2001، عدد خاص، ص. 134.

الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة وهو حق لها تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبسية التزكية والموافقة من الزوج¹²⁴.

ومن أجل ذلك تم توضيح و تحديد أن الطلاق بالخلع يتم دون موافقة الزوج طبقاً للفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة التي تنص على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها مقابل مبلغ مالي".

و تقضي الفقرة الثانية منها على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

و لكن، رغم تدخل المشرع من خلال هذا التعديل، إلا أن مادة واحدة حول الموضوع ليست كافية، كونها صورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية، لأن الأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.

و على هذا الأساس كان يتعين على المشرع أن يخصص عدة مواد بشأن هذه الصورة¹²⁵ و أن يحدو حدو الكثير من التشريعات العربية التي نظمت الخلع في عدة مواد، منها على سبيل المثال: قانون الأحوال الشخصية السوري من المادة 95 إلى المادة 104، و قانون الأحوال الشخصية الكويتي من المادة 111 إلى المادة 119، و قانون الأحوال الشخصية الأردني من المادة 102 إلى المادة 113.

لأن المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري جاءت ناقصة جداً، إذ أنها لم تقنن أحكام الخلع كما هو مدون في كتب الفقهاء، و من ثم تركت أسئلة كثيرة دون جواب، منها على

¹²⁴ - أنظر، نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقهاء الإسلامي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، 2009، العدد الأول، ص.198.

¹²⁵ - باديس ذبابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.81.

سبيل المثال: ماهي شروط صحة الخلع؟ و هل يسقط الخلع حقوق الزوجية؟¹²⁶ وهل الخلع معاوضة أم يمين؟ و هل على المختلعة عدة أم استبراء؟ وما حكم الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق كالخلع على الرضاع والحضانة ونفقة الصغير؟.

وللأسف الشديد، لم يتطرق تعديل 2005 للمسائل المذكورة أعلاه، وبقي الخلع منظما بمادة واحدة كما كان الحال سابقا، واقتصر التعديل على تقرير حق الزوجة في الخلع من زوجها دون موافقته، وهو ما يعرف بالخلع غير الرضائي، حيث يلزم فيه الزوج بإجابة طلب زوجته بمخالعة نفسها. هذا الخلع الإلزامي سبقتنا إليه بعض التشريعات العربية كالقانون المصري والقانون الأردني، أثار هناك ضجة فقهية كبيرة بين مؤيد ومعارض، و خاض في هذا الموضوع فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون والسياسة وممثلات الجمعيات النسوية¹²⁷.

فبعدها كان الخلع عقدا رضائيا في البلاد المسلمة¹²⁸، تغير هذا الموقف في بعض البلاد مع

¹²⁶ -أنظر، شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، العاصمة، الجزائر، سنة 2008، العدد 04، ص.07.

¹²⁷ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.07.

¹²⁸ - فقوانين الأحوال الشخصية في أغلب البلاد المسلمة تستنبط أحكامها من الشريعة الإسلامية، و رضائية الزوجين للخلع أمر قد أجمع عليه جمهور الفقهاء من المذاهب السنية الخمسة، حيث اعتبر الحنفية أن الخلع هو إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها (أي الزوجة) بلفظ الخلع أو ما في معناه؛ أنظر، محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج.5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1987، ص.83. بينما اعتبر المالكية أن الخلع عقد معاوضة على البضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض؛ أنظر، أبو عبد الله محمد الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأحناف و الظاهر المعموري، ج.1، دار الغرب الإسلامي، سنة 1993، ص.275. بينما يرى الشافعية أن الخلع في الشرع فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع؛ أنظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج.4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994، ص.430. بينما يرى الحنابلة أن الخلع فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو غيرها بألفاظ مخصوصة؛ أنظر، منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، تحقيق أبو عبد الله محسن محمد حسن اسماعيل الشافعي، ج.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1997، ص.241-242.

بينما يرى الظاهرية أن الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألا توفيه حقه، أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه، فلها أن تفتدي منه و يطلقها إن رضي هو؛ أنظر، أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج.9، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.511.

مطلع سنة 2000، حيث تدخلت الإرادة التشريعية استجابة لبعض الأصوات المرتفعة المنادية برفع الظلم عن المرأة، و أحدثت نوعاً آخر من الخلع وهو الخلع القضائي الذي يوقعه القاضي جبراً على الزوج، و هكذا أصبحنا أمام تنظيمين للخلع، فبعض البلاد حافظت على مذهب الجمهور و تبنت قول المالكية، في حين مالت بعض البلاد الأخرى إلى تقنين الخلع القضائي¹²⁹.

و من أوضح القوانين التي اعتبرت الخلع عقداً رضائياً مع تبني مذهب المالكية هو قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصت المادة 111 منه في الفقرة "أ" على أن: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضياً عليه، بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المساواة، أو ما في معناها".

و في نفس الاتجاه سار قانون الأحوال الشخصية السوري و المغربي و غيرهما من القوانين في البلاد المسلمة.

و مما هو جدير بالذكر أن أكثر القوانين التي تمسكت باعتبار الخلع عقداً رضائياً أجازت رغم ذلك الخلع غير الرضائي أو ما يسمى بالخلع الإلزامي عند تنظيمها لدعوى التطليق للضرر و الشقاق، حيث أخذت بقول السادة المالكية القاضي بتعيين حكيم للإصلاح بين الزوجين، و عند عجزهما عن هذه المهمة جاز لهما - إذا ثبت لديهما أن الإساءة كلها من الزوجة - التفريق بين الزوجين مع إلزام الزوجة برد ما قبضته من المهر و بسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق، و هذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي¹³⁰.

أما بالنسبة لأبرز القوانين التي أوجدت الخلع القضائي بعد العجز عن الصلح بين الزوجين، القانون المصري، حيث تنص المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 الخاص بتنظيم

¹²⁹ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.31.

¹³⁰ - شوقي بناسي، نفس المرجع، ص.32.

بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، على أنه: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه و أقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها و خالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية و ردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكمين لموالاتة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 و الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 19 من هذا القانون، و بعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية مع زوجها و أنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما و تحشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، و لا يصح أن يكون مقابل الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. و يقع بالخلع في جميع الأحوال طلاق بائن، و يكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن"¹³¹.

واضح أن القانون المصري قد وضع جملة من الضوابط الموضوعية و الإجرائية لكي تتم من خلالها المخالعة¹³².

و من خلال استعراضنا لأحكام الخلع المنظمة في بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية، يمكننا أن نبدي جملة من الملاحظات بخصوص صياغة المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري بعد تعديلها، على أن نتبع ذلك ببعض الاقتراحات:

1- إن اعتبار الخلع تصرفا انفراديا من الزوجة، تكييف مخالف لاتفاق فقهاء المذاهب السنية، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الخلع عقد رضائي بين الزوجين، لا يتم إلا بإيجاب و قبول، و حتى بالنسبة للفقهاء الذين أجازوا للقاضي إلزام الزوج بالخلع اعترفوا بمبدأ الرضائية،

¹³¹ - أنظر، الجريدة الرسمية، العدد 04 (مكرر) في 29 يناير 2000، قانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلق بإصدار تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية، للإطلاع على هذه الجريدة الرسمية، أنظر، الملحق رقم (03)، ص. 14-15.

¹³² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 213.

و لكنهم منحوا القاضي سلطة إيقاع الخلع جبراً على الزوج بصورة استثنائية وفق شروط معينة¹³³.

2- إن صياغة المادة 54 جاءت مخالفة لقوانين الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية، فهذه التشريعات - كما رأينا- اعترفت بالأصل بعبارات واضحة، و هو رضائية الخلع، لكن بعضها استثناء من الأصل قطن الخلع القضائي، وأجاز للقاضي إيقاع الخلع جبراً على الزوج إما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وإما بعد تأكد القاضي من تعنت الزوج¹³⁴.

3- إن الصياغة الحالية للمادة 54 سلبت القاضي كل سلطته في النظر في القضية المعروضة أمامه، حيث جعلته مجبراً على الاستجابة لرغبة الزوجة في الخلع، وأصبح دوره يقتصر على تقدير بدل الخلع إذا لم يتفق عليه الزوجان، و هذا ما قاله صراحة أنصار الخلع الإرادي حيث يقول الأستاذ عمر زودة: "لا يملك القاضي حق رفض طلب التفريق بالخلع، وليس له أية سلطة تقديرية في ذلك، لأن الأمر يتعلق بممارسة الحق الإرادي طبقاً للشكل المقرر قانوناً، ويقتصر دور القاضي في التحقيق من إرادة الزوجة وردها المهر الذي ساقه إليها الزوج"¹³⁵.

ولا شك أن هذا التوجه محل نظر، فهو مخالف لمجريات واقعة الخلع التي حدثت زمن النبي صلى الله عليه وسلم، فقد استمع عليه الصلاة والسلام لزوجة ثابت بن قيس رضي الله عنه ثم عرض عليه الأمر و طلب منه بعد ذلك أن يخلي سبيلها¹³⁶. من جهة؛ وهو حكم في غير مصلحة المرأة نفسها، فقد تطلب الزوجة الخلع لسبب غير جدي يهدم الأسرة، وقد يدفعها الزوج لذلك

¹³³ - صديق سعوداوي، تغيرات الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، المرجع السابق، ص.168.

¹³⁴ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.41.

¹³⁵ - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.60.

¹³⁶ - أخرجه البخاري في الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، وأخرجه مالك في الموطأ في الطلاق، باب ما جاء في الخلع، و أبو داود في الطلاق، باب ما جاء في الخلع، و النسائي في الطلاق، باب ما جاء في الخلع؛ أنظر، الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص.07؛ عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، المرجع السابق، ص.350.

بعد أن يذللها ويطمع في أموالها، من جهة أخرى.

لذا كان من الواجب منح القاضي حق التحري عن أسباب طلب الخلع، إذ من غير المعقول إنهاء الرابطة الزوجية دون أسباب تذكر و لا بينات تسمع و لا قناعات تؤخذ، و هنا بالذات تظهر لنا حكمة المشرع المصري عندما اشترط قبل إيقاع الخلع الاستماع للزوجين و محاولة إقامة الصلح بينهما.

4- إن المادة 54 في صياغتها الحالية ستفتح شهية النساء في المطالبة بالخلع والدليل على ذلك تجربة من سبقنا، فقد ارتفعت نسبة حل الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في مصر و الأردن ارتفاعا كبيرا، و هذا هو واقع الحال لدى المحاكم الجزائرية خلال السنوات الأخيرة، حيث تضاعف هذا النوع من القضايا بشكل ملفت للانتباه، وما ساعد على ذلك سهولة الإجراءات القضائية المتبعة، بالرغم من أن الخلع ظاهرة جديدة في المجتمع، إلا أن تناميها المتسارع أصبح يهدد بزعزعة استقرار الأسر الجزائرية، حيث كشفت الأرقام المستقاة من وزارة العدل عن الارتفاع الكبير لحالات الطلاق بواسطة الخلع خلال السنوات الثلاث الماضية قبل سنة 2011 التي وصلت إلى 10128 حالة خلع¹³⁷.

5- إن المشرع أهمل في نص المادة 54 ذكر شروط الخلع الواجب توافرها في كل من الزوجة المختلعة و الزوج المخالعة، مكتفيا فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال¹³⁸.

6- أن المشرع لم يتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في صيغة الخلع، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لا سيما المادة 60 منه، فكل فعل أو قول متداول بين الناس و متعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع

¹³⁷ - هذه الإحصائيات منشورة على موقع الجزائر نيوز، يوم 28-02-2011، www.djazairess.com

¹³⁸ - أنظر، عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الأمر 05-02، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، تلمسان، أكتوبر 2011، العدد 02، ص.61.

يصح صيغة لهذا الطلاق.

7- أن المشرع لم يورد شروط خاصة يجب توافرها في عوض الخلع¹³⁹، الذي يعتبر المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق على الخلع، ونص المشرع على أنه في حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، إلا أن التسليم بهذا القول قد يضر بالزوج، فنجد الزوجة هي التي طلبت الخلع من جهة، ولا تدفع إلا قيمة صداق المثل من جهة أخرى، فماذا لو تبين بأن الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة؟¹⁴⁰

و هنا يتضرر الزوج مجرد أنهما لم يتفقا على المبلغ و ربما لم يبالغ الزوج فيه و إنما طالب برد ما دفعه لها، كما يؤدي بالزوجة إلى أن تتعمد عدم الموافقة، لأنها ترى بأن دفع قيمة صداق المثل بحكم القاضي خير لها من أن ترد الصداق إذا كانت قيمته تتجاوز بكثير صداق المثل.

و النص بهذه الصورة يفتح باب التحايل بأن تطلب المرأة صداقا كبيرا إذا رأت بأن الزوج ثري، ثم تلجأ إلى المخالعة للتخلص من الزوج، فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته فإنها لا توافق على ذلك.

و بالمقابل " قد يستغل الزوج أيضا هذا الوضع، فيطلب مقابلا ماليا لا تقوى عليه الزوجة، و هنا تنتقل المسألة للقاضي للفصل فيها فلا يجد أمامه سوى تطبيق النص، وهو أن يفرض عليها دفع صداق المثل وقت الحكم"¹⁴¹.

و عليه يمكن للمشرع إضافة فقرة ثانية للنص في الأخير على النحو التالي: " إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي

¹³⁹ - و نشير على سبيل المثال قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010 في المادة 105 منه نصت على أنه: "كل ما صح شرعا صلح أن يكون عوضا للخلع".

¹⁴⁰ - صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، المرجع السابق، ص.169.

¹⁴¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.211.

باستكمال الفرق بينهما¹⁴²، و يرى الأستاذ بن شويخ: "أن هذا الاقتراح لا يمكن أن يكون إجحافاً في حق الزوجة، لأن المخالعة جاءت من طرفها، بالتالي تتحمل نتائجها، وفي المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكراهية أيضاً يتحمل الزوج نتائجه من دفع مؤخر الصداق إن وجد، النفقة، والسكن في العدة، نفقة المتعة، وعليه تم اقتراح هذا الحل لإيجاد التوازن بين مصلحة كل من الزوجين"¹⁴³.

و من خلال كل هذه الملاحظات المذكورة أعلاه، نرى ضرورة تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، بأن نعتبر الخلع كأصل عام عقداً رضائياً، لكن استثناءً من هذا الأصل نجيز للقاضي جبر الزوج على الخلع إذا تبين له أنه مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل.

و إجمالاً، نقترح تعديل المادة 54 على النحو الآتي:

"الخلع عقد رضائي بين الزوجين تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض. إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واختلفا في قيمة العوض، حكم القاضي للزوج بصداق المثل وقت صدور الحكم.¹⁴⁴

إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي باستكمال الفرق بينهما.¹⁴⁵

استثناءً من أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة إذا تبين للقاضي أن الزوج مقصر في واجباته نحو زوجته أو مضر لها بغير حق من قول أو فعل، جاز الحكم بالخلع جبراً على هذا الزوج مقابل رد الزوجة للصداق الذي قبضته"¹⁴⁶.

¹⁴² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 211-212.

¹⁴³ - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص. 212.

¹⁴⁴ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 44.

¹⁴⁵ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 211-212.

¹⁴⁶ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 44.

من خلال ذلك نقول، يا حبذا لو يعيد المشرع النظر في صياغة المادة 54، فلا ينحاز للرجل، ولا ينحاز للمرأة، بل يعمل على رعاية مصالح الطرفين.

كما نقول في الأخير، أن المشرع لم يعط هذا الموضوع أهميته اللازمة مكتفياً بمادة واحدة من قانون الأسرة تميز للمرأة حق اللجوء إلى القضاء لتخالف نفسها، كما جاءت المادة 54 ضعيفة من حيث الكم، و تجلى هذا في عدم كفاية النص لاحتواء كل موضوع الخلع¹⁴⁷، فكان الأجدر على المشرع لو وضع الكثير من الأمور المتعلقة بهذا الموضوع المهم، حتى نجنب القضاء في الوقوع في إشكالات جديدة.

هكذا و بعد أن عاجلنا أهم وأبرز الإشكالات الموجودة في صور فك الرابطة الزوجية، فإنه يستلزم علينا التطرق في المبحث الموالي إلى أبرز إشكالات توابع انحلال الرابطة الزوجية.

¹⁴⁷ - فالمشرع لم يتطرق للأمور التي لا ينبغي أن تكون بدلا للخلع، كما أنه لم يتكلم عن كل شروط الخلع خاصة فيما يتعلق بأهلية الزوجة للوفاء ببدل الخلع، وغير ذلك من الأحكام الشرعية المتعلقة بالخلع.

المبحث الثاني

أبرز إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية

اعتبر الإسلام الحياة الزوجية ذات أهمية كبيرة كون القرآن الكريم وصفها بالميثاق الغليظ، وأن هدمها له من الآثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته.

و رغم ذلك، " فالطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية و اقتصادية و أضحي - مع الأسف - ممارسة يومية في عالمنا الإسلامي على غرار باقي العوالم"¹⁴⁸.

وحفاظا على حقوق الأزواج و الأولاد، رتبت الشريعة الإسلامية آثارا تنجم عن حدوثه بالشكل الذي يحفظ الحقوق وينشئ الالتزامات.

تتجسد هذه الآثار أساسا في إلزام المطلق بدفعه لمطلقاته تعويضات جراء الطلاق، فيوجد ما يسمى بالتعويض الذي يكون نتاج استعمال الزوج لحقه في الطلاق دون أن يكون مبررا تبريرا شرعيا والمتعارف عليه قانونا بالتعويض عن الطلاق التعسفي¹⁴⁹.

و ينشأ عن الطلاق أيضا عدة تعتدها المطلقة، يلزم فيها المطلق بالدفع لها مقابل اعتدادها وهو ما يسمى بنفقة العدة.

و يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أن أهم و أخطر أثر من آثار الطلاق تعقيدا، وأشدّها خصاما بين المطلقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية وما يشمله من أثاث ومفروشات، وهو أثر لا بد من الفصل فيه إن ثار النزاع بشأنه بين المطلقين"¹⁵⁰.

¹⁴⁸ - أنظر، باديس دباي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008، ص.4-5.

¹⁴⁹ - أنظر، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، الجزائر، سنة 1428هـ-2007م، ص.119.

¹⁵⁰ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.147.

و مادام الطلاق يرتب عادة هذه النتائج الخاصة بالزوجين - كالعدة والنفقة والتعويض عند التعسف في الطلاق و النزاع في متاع البيت - فإنه يرتب أيضا نتائج أخرى تتعلق بالأولاد كالنسب والحضانة.

و الإشكال الذي نطرحه يتلخص في مدى مسaire المشرع على ما نص عليه الشارع الحكيم و ما أقرته السنة النبوية الشريفة، و هل كان موفقا في تحديدها بدقة والتفصيل فيما بينها لا سيما في ظل المواد المختصرة للقانون والآراء المتعددة والمتنوعة للفقهاء والمذاهب؟ من خلال ذلك، سنعالج أبرز الإشكالات المتعلقة بالآثار الخاصة بالزوجين في المطلب الأول، ثم سنتطرق إلى أبرز الإشكالات التي تثيرها الآثار المتعلقة بالأولاد بعد انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالزوجين

قلنا أنه من المعلوم أن الطلاق يرتب عادة جملة من النتائج منها ما هو خاص بالزوجين كالعدة والنفقة والتعويض عند التعسف في الطلاق والنزاع في متاع البيت، ومنها ما هو خاص بنتائج الولادة كالنسب والحضانة.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى أبرز توابع الطلاق المتعلقة بالزوجين وما تثيره من إشكالات، خاصة تلك التي تتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، والإشكالات القانونية التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع القائم بين الزوجين حول متاع البيت (الفرع الثاني).

الفرع الأول

إشكالات التعويض عند التعسف في الطلاق

تنص المادة 52 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

وعليه، إذا كان الطلاق بيد الرجل في الشرع و القانون، فإنه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه، فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع أو سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه وفقاً لسلطته التقديرية بتعويض عادل¹⁵¹.

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته¹⁵²، كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول¹⁵³.

¹⁵¹ - مسمودي مراد و غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، المرجع السابق، ص.27.

¹⁵² - كما يعرف التعسف أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل؛ أنظر، زهو أحمد النجدي، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1991، ص.27.

¹⁵³ - كما أن للطلاق التعسفي تطبيقات و صوراً عديدة، و من أشهرها تلك التي نص عليها الفقهاء وأسهبوا في ذكر أحكامها وهي:
1- الطلاق في الحيض: وصوره التعسف فيه تتمثل في رغبة الزوج بتطويل العدة على المرأة، فتكون الحيضة التي حصل فيها الطلاق غير محسوبة من مدة العدة؛ أنظر، علي أحمد الجرجاوي، حكمة التشريع وفلسفته، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1997، ص.38.
2- طلاق الثلاث بلفظ واحد: ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلاقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك، فإنها شرعت ليتدارك المفرط ويعتبر؛ أنظر، بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.124.

3- طلاق الهازل والسكران: ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بأهمية عقد الزواج، بحيث لا يعرف قصد الهازل في وقوع الطلاق، والسكران إذا كان متعدياً بسكره، متناولاً إياه بكامل إرادته، وجمهور الفقهاء يوقعون طلاق الهازل والسكران إذا كان سكره محرماً؛ أنظر، الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، ط.1، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، سنة 1989، ص.195؛ أبو الوليد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.82.

4- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث: وهو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته ليحرمها من ارثها منه، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه

و يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أن للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك ، و لكن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعه إرادته و مسؤوليتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك، و أن مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه، وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق¹⁵⁴.

إلا أن المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة بصياغتها العامة تحمل الكثير من الغموض، فقد كثرت التأويلات بشأنها وحول أساسها خاصة.

فالمشرع يبدو أنه لم ينص على معايير هذا الطلاق التعسفي، وحتى اللجنة التي قامت بوضع مشروع التعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد¹⁵⁵.

و لعل أن هذا المعيار يقوم على أساسين، أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث وثانيهما موضوعي و هو الموازنة بين الحقوق و الظروف التي أحاطت باستعمال الحق، فالمعيار هو ضمان حالة التوازن طبقا للقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذا حتى لا تحس المرأة المطلقة أن هناك إجحافا في حقها وأن مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما يشاء.

الله و تأباه المروءة؛ أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.1، دار السلام، القاهرة، مصر، سنة 1998، ص.100؛ محمد المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 1978، ص.78.

154- و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه: "...إن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته لذلك تجنباً للحرج أو تحطيا لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وأن القضاء بالطلاق بالإرادة المنفردة دون تبرير تطبيق صحيح للقانون"؛ أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص.104.

155- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.120.

و يشير الأستاذ باديس ذيابي: " أن الواقع السائد في محاكم الجزائر أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية، لاسيما الطاعة و حسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية"¹⁵⁶.

وعليه فإننا نتساءل عن مصدر التعويض عن الضرر الذي نص عليه المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة، هل هو نفقة المتعة التي شرعها المولى عز وجل للمطلقات، أم هو التعويض الذي يستند لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي كما يفهم من عموم نص المادة؟ وهل أن التعويض و نفقة المتعة شيان مختلفان أم لهما نفس الدلالة؟

الإجابة عن هذا السؤال ليست واحدة عند الفقهاء والمشرع والقضاء، فكل واحد أدلى بدلوه في هذه المسألة بالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده.

فالفقهاء قالوا أنه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقا وجب عليه المتعة¹⁵⁷ تعويضا لها عما فاتها وهو نوع من التسريح الجميل والتسريح بإحسان، مصداقا لقوله تعالى: " فإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"¹⁵⁸، وأجمع الفقهاء على أن التي لم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة¹⁵⁹، مصداقا لقوله تعالى: " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ"¹⁶⁰.

¹⁵⁶ - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.14.

¹⁵⁷ - المراد بنفقة المتعة شرعا ما تمتع به الزوجة و تعطاه تعويضا لها عن الفرقة بينها وبين زوجها من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض، ولذا قال الفقهاء: "المتعة الثياب التي تكسي بها المرأة عند الخروج حسب العرف وقد تكون المتعة هي الشيء الذي يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال في الدنيا"؛ أنظر، أحمد فنجي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الشروق، بيروت، لبنان، سنة 1408هـ-1988م، ص.25-26؛ السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص.225.

¹⁵⁸ - سورة البقرة، الآية 229.

¹⁵⁹ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.98.

¹⁶⁰ - سورة البقرة، الآية 236.

أما على مستوى التشريع، فإن قانون الأسرة لم يتطرق إلى نفقة المتعة ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول، فالباب الثاني المعنون بالتحلال الزواج لم يذكر فيه ما يسمى بنفقة المتعة.

أما على مستوى القضاء، فيبدو أنه لم يحسم المسألة بعد، واختلطت عليه الأمور ولم يتبنَّ موقفاً واحداً، و لعل اجتهاده تطبيقاً للمادة 222 من قانون الأسرة جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد.

فالموقف الأول من القضاء اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة و معنى واحد، مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا اشتمل على ما يلي: "من المقرر شرعاً و قضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

و لما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة.
و متى كان كذلك استوجب النقض جزئياً فيما يخص المتعة"¹⁶¹.

واضح من هذا القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضاً عن طلاق غير مبرر وهو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بتظلم المطلق، وذلك مؤكداً بتأسيس القرار الذي خلص إلى أن نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر، و بما أن القرار المطعون فيه ظلّم الزوجين معاً فلا سبيل لتعويض أحدهما وأن منح المطلقة التعويض يعرض القرار للنقض.

و تأكيداً على نفس الاتجاه، صدر قرار آخر يؤكد أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، وأن منح المطلقة التعويض رغم أنها هي من طالبت بالطلاق يعد خرقاً للقانون، هذا ما

¹⁶¹-أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م ق، سنة 1993، العدد 04، ص.61.

أكده القرار الذي جاء فيه ما يلي: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها و ليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها و وافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية"¹⁶².

القرار هذا يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه مادام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتطليق، فإن ذلك يعد عقابا للزوج ولا يزداد عليه غيره، ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة.

و هو نفس المبدأ الذي يتحدث فيه عن التعويض الذي لا تستفيد منه المطلقة كونها هي من طالبت بفك الرابطة الزوجية، وليس هناك ما يؤكد وجود تعسف في طلب الطلاق¹⁶³.

وفي تأكيد آخر على نفس الاتجاه صدر قرار آخر جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن و الحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"¹⁶⁴.

¹⁶² - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 29/12/1986، ملف رقم 43860، م ق، سنة 1993، العدد 02، ص.41.

¹⁶³ - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.25.

¹⁶⁴ - أنظر، م ع، 21/11/1988، ملف رقم 51614، م ق، سنة 1990، العدد 04، ص.67.

والقرار الأخير يؤكد أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي¹⁶⁵.

لكن و رغم وجود الموقف الأول الذي سلكه جانب من القضاء والقائل بأن المتعة أحكامها هي أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي، فإن جانباً من القضاء سلك مسلكاً آخر باعتماده على الفصل بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي، فكلّ مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به.

ذلك ما جسده قضاء المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، و ينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل، و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي¹⁶⁶"

و في معرض تأسيسه خلص القرار إلى أن الشريعة الإسلامية تقر قانوناً للزوجة عدة نفقات هي نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة وحتى مبلغ على سبيل التعويض.

فالقرار جاء متبنياً لاتجاه آخر يقول فيه أن نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول و ليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وأن ذلك يعكس ما جاء في القرارات المشار إليها سابقاً قبل هذا الأخير.

¹⁶⁵ - و في نفس الاتجاه صدر حكم من محكمة عين تموشنت جاء فيه: "...حيث أن القانون يمنح في حالة الطلاق التعسفي تعويضاً لجبر الضرر والذي يراعى في تقديره ظلم الزوج و كذا مدة الزواج وسن الزوجة... الخ، في حين أن القانون لم ينص على نفقة المتعة وإنما هذا المصطلح مصطلح فقهي يقصد به التعويض عن الطلاق التعسفي؛ أنظر، حكم صادر عن محكمة عين تموشنت، قسم شؤون الأسرة، بتاريخ 2012/03/28، رقم الجدول 11/02132، رقم الفهرس 12/0068704، غير منشور. للإطلاع على كل تفاصيل الحكم أنظر الملحق رقم (07)، ص.4.

¹⁶⁶ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م ق، سنة 1989، العدد 02، ص.69.

و هذا القرار لم يفصل الأمر تفصيلا دقيقا و لم يحدد الاتجاه الذي بنى عليه موقفه، و رغم أنه عاصر القرارات المعاكسة في الاتجاه إلا أنه تبنى لوحده موقفا لم يدعمه لا التشريع ولا آراء الفقهاء ليبقى القرار معزول ودون أساس.

و رغم غياب الإجماع حول الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الطلاق التعسفي¹⁶⁷ المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة، فهو نفقة متعة المطلقة أم الجزاء القانوني للتعسف أي التعويض، إلا أن الرأي الراجح يخلص إلى أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو نظرية التعسف في استعمال الحق، ممثلة فيما ينتج عنها من أثر وهو الجزاء التعويضي، ولا يمكن أن يكون هذا التعويض متعة بالمفهوم القانوني وتطبيقاته القضائية وذلك للأسباب التالية:

1- علة المتعة: " إذا كان الطلاق قبل الدخول يوجب رفع النكاح من الأصل، فكان القياس ألا يجب الضمان، لأنه عاد المبدل بكماله إلى ملك المرأة فينبغي أن يعود البديل إلى ملك الزوج، إلا أن الشرع حكم على الزوج بنصف الصداق متعة و دفعا لوحشة الزوج، فكانت العلة في الحقيقة إنما هي الطلاق"¹⁶⁸.

و من هذا الطرح نفهم علة المتعة هي مجرد الطلاق، أما نص المادة 52 من قانون الأسرة فبين أن علة التعويض هي وجود التعسف في الطلاق، ومعاناة المطلقة من الضرر من جراء ذلك

¹⁶⁷ - اعتبر الدكتور بلحاج العربي أن المتعة هي تعويض عن الطلاق التعسفي مستدلا بكيفية ورودها في الفقه الإسلامي، مؤكداً أن فرضها في مدونة الأسرة المغربية يتفق مع ندهما لدى المالكية؛ أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.233.

و يرى الدكتور وهبة الزحيلي و الدكتور عبد الرحمن الصابوني: "أن مصدر المادة 117 من القانون السوري هو ما ورد من إيجاب المتعة في الفقه، وأن التعويض يستند لمبدأ السياسة الشرعية العادلة المانعة لظلم المرأة تعريضها للفقر بسبب تعنت الزوج، و أنه ربما استند هذا الحكم إلى المتعة المعطاة للمطلقة والتي جعلها القرآن الكريم بالمعروف؛" أنظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص.52؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.532.

و يرى الدكتور مصطفى السباعي: "بأن التعويض عن الطلاق التعسفي مبدأ جديد في القوانين العربية مستندة نفقة المتعة، و أنه تشريع جميل بلا ريب من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطلاق؛" أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.101.

¹⁶⁸ - أنظر، حسام الدين السنغاني، الوافي في أصول الفقه، تحقيق أحمد محمود اليماني، ج.4، دار القاهرة، مصر، سنة 2003، ص.1574.

التعسف، وعليه فلا يمكن إحلال المتعة محل التعويض.

2- إذا كان التعويض يستند إلى المتعة ففي مفهوم المادة 52 من قانون الأسرة أن الزوجة التي لم يتعسف في طلاقها لا تستحق التعويض، وهو مخالف للرأي الراجح الذي يقتضي وجوب المتعة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول رسميا، وهذا تناقض أول.

أما إن قلنا بأنّ المشرع أخذ بمشهور رأي المالكية من أنه لا يُجبر على أداء المتعة، فكيف يجبر القاضي المطلق على أداء التعويض، وهذا تناقض ثان ما كنا لنقع فيه لو أننا فصلنا بين المسميين، وفي هذا الشأن لم يفرق قانون الأسرة بين المطلقة قبل الدخول وبعده، فيوجب التعويض لكليهما إذا طلقتا تعسفا، وهذا لا يتوافق مع ما قرر للمطلقة قبل الدخول من نصف المسمى¹⁶⁹.

3- إن سياق المادة 52 من قانون الأسرة يدل على لحاق الضرر بالمطلقة لا محالة، لأنه لا يحكم بالتعويض إلا إذا تبين تعسف الزوج، فربط التعويض بالتعسف و لم يربطه بالضرر اللاحق بالمطلقة، أما المتعة فهي واجبة للمطلقة سواء أكانت ضحية تعسف أم لا، ومناطق وجوبها هو الألم الذي يلحقها من الطلاق، فالمتعة مرتبطة بالضرر وليس بالتعسف¹⁷⁰ أضف إلى ذلك اضطراب الأحكام القضائية في الجزائر، فتارة يتم الحكم بالمتعة وتارة بالتعويض على أنه متعة، وتارة أخرى يحكم بهما معا، فهذا دليل على عدم استقرار القضاء على أساس المادة 52 من قانون الأسرة.

وبهذا يتبين لنا أن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي المقرر في المادة 52 من قانون الأسرة هو الجزاء التعويضي المترتب عن تطبيق قواعد نظرية التعسف في استعمال الحق وليس المتعة.

وفي الأخير، نقول أن المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة تحمل الكثير من الغموض والنقائص، و أن المشرع عند تقنينه لهذه المادة لم يبين مجموعة من النقاط تسهل على القضاء تطبيق مضمون هذه المادة بالشكل الصحيح والموحد.

¹⁶⁹ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.174.

¹⁷⁰ - بن زيطة عبد الهادي، نفس المرجع.

و تتجلى هذه النقائص فيما يلي: - أن المشرع لم يبين حالات الطلاق التعسفي بخلاف الفقه الإسلامي الذي رتب أحكاما فقهية خاصة ببعض أضرب الطلاق التي يمكن اعتبارها تعسفيا، كالطلاق البدعي أو طلاق السكران أو الهازل، ويتجلى هذا الخلاف في محدودية تعويض الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي بالنسبة لقانون الأسرة.

- أن تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي يعضده إيجاب المتعة للمطلقة، بالإضافة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فدعائه التشريعية قوية بخلاف القانون الذي يرتب التعويض على أساس التعسف فقط.

و يظهر الأثر في أنه في حالة غموض التعسف في الطلاق أو رفض أحد الزوجين التفصيل في حيثيات الطلاق قد يحرم الزوجة من التعويض و يكتفي لها بالمتعة، التي لا يمكن أن تصل قيمتها إلى مرتبة التعويض عن المسؤولية، لأن ضوابط تقديرها محددة شرعا و أن القضاء بما كتعويض قد يصرف عنها وصف المتعة، و ينصرف إلى إرهاق الزوج بما لا يطيق، لأن الشارع حينما أوجب المتعة كان تشريعه لها يتميز باللطف في ذلك¹⁷¹.

- إن التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسياته، ودعائه التشريعية تتضمن نظرية التعسف في استعمال الحق وإيجاب المتعة للمطلقة، بخلاف القانون الذي يستند على نظرية التعسف فحسب، و هو ما مجرد حكم المادة 52 من الطابع الإنساني القيمي الذي تحمله نفقة المتعة في الفقه الإسلامي، و القانون لم ينص على هذه النفقة غير أن القضاة درجوا على تضمين نفقة المتعة في التعويض القانوني الممنوح بمقتضى المادة 52 من قانون الأسرة.

وعليه، نطلب من المشرع تعديل قانون الأسرة بالنص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن تعويض الطلاق التعسفي، والنص كذلك على تعويض الضرر المعنوي في كل الآثار المترتبة عن الروابط التي تنظمها أحكام هذا القانون، دون التفرقة بين الرجل والمرأة في هذا الشأن، لأن

¹⁷¹ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 106-107.

الرجل عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر.

و طلبنا في تعديل هذه المادة، سببه خطورة هذا الموضوع، " لأنّ المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل من يقبل عودتها، ولم يكن لها دخل مالي لكونها لا تعمل، وهي أكبر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية"¹⁷².

فمن الوجهة الشرعية لا نستطيع إلزام الزوج بعد الطلاق بالإنفاق عليها إلا في خلال العدة، كما أن بقاءها في بيت الزوجية لا يكون إلا في خلال العدة أيضا.

و أما مسألة التعويضات التي يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي، فلا ندري إلى أي حد يمكن أن تصل، فقد لا تغطي شيئا بالنسبة لوضعها الاجتماعي.

و يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: "أنه لا بد من تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، و يقضي لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، و لو بالتقسيط حسب حال الزوج، كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها، و ليس هذا بدعة من المشرع إذا عدل النص بهذا الشكل، فقد عاجلت عدة تشريعات عربية هذا الموضوع، ومنها المشرع السوري في المادة 117 منه، حيث نصت على أنه: إذا طلق الرجل زوجته و تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس و فاقة، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة، أو شهريا بحسب مقتضى الحال"¹⁷³.

هذا بصفة عامة جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات التي تثيرها المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة، فما هي الإشكالات التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة المتعلقة بإثبات بيت الزوجية

¹⁷² - بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، المرجع السابق، ص.108.

¹⁷³ - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص.109.

من عدمه، عند قيام النزاع بين الزوجين بشأنه.

الفرع الثاني

إشكالات النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية

إن من أكثر آثار الطلاق خصاما بين المتطالقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية، وما يشملها من أثاث و مفروشات قد يكون الزوج جهز بها بيت الزوجية، وقد تكون الزوجة جلبتها معها يوم زفافها، وعند الطلاق والفراق يصبح كل واحد من الزوجين المتطالقين يزعم أن بعضا من أثاث بيت الزوجية ملك له، و في الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما أو كليهما دليل أو بيان قاطع يقنع بأن الشيء محل النزاع ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة.

وعليه فإن أهم مشكلة تشغل محاكمنا اليوم في مجال الأحوال الشخصية هي الاختلاف و النزاع الذي ينشأ بين الزوجين عند طلاقهما، أو بين أحد الزوجين وورثة المتوفي منهما بسبب الاختلاف حول ملكية البيت وليس لأحدهما بينة¹⁷⁴.

لذلك فإننا من خلال قراءة المادة 73 من قانون الأسرة¹⁷⁵ نجد أن الحكم الوارد فيها جاء في صيغة غير موفقة، نظرا لعموميتها وشمولها، وهذا ما يزيد في تعقيد التعامل مع نفس الحكم¹⁷⁶.

¹⁷⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.147.

¹⁷⁵ - تنص م 73 من ق.أ على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشاركات بينهما يقتسمانها مع اليمين".

¹⁷⁶ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص.125.

و عليه، فإنه يجب على المشرع أن يوضح أكثر مضمون هذه المادة، و ذلك من أجل تطبيقها تطبيقاً سليماً، إذ يجب أن تتوفر على عدة شروط تتعلق بمعنى متاع البيت (أولاً)، كما تتعلق بمكان و كيفية حلف اليمين (ثانياً)، و هذه نقاط أغفل عن ذكرها المشرع في المادة 73 من قانون الأسرة، وهو ما نفضل أن نتحدث عنه وفقاً للترتيب التالي:

أولاً - عدم تحديد المشرع تعريفاً لمتاع البيت وشروطه:

إنّ المشرع لم يضع في قانون الأسرة تعريفاً صريحاً و واضحاً لمتاع البيت، وأنّ قرارات المحكمة العليا ما تزال شحيحة و غير مستقرة في هذا المجال¹⁷⁷.

و مع ذلك فإن هذا لا يمنعنا من محاولة وضع تعريف مناسب مقتبس من مجموع الأفكار التي تضمنتها بعض قرارات المحكمة العليا، فمتاع البيت هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية، و المخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين و باقي أفراد الأسرة، مثل: الأفرشة و الأغطية و جهاز التلفزيون و البراد، و الكراسي والأرائك، و غيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل و قاعة الجلوس، و غرفة النوم، و غيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك.

أما ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، " و يخص الزوجة وحدها مثل المصوغات و الملابس الشخصية، و أدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل: الكتب والأدوات المستعملة لممارسة المهنة كالتطب و الهندسة...، و مثل: بندقية الصيد و السيارة فإنه لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى و لو كانت موجودة في بيت الزوجية، و بالتالي فإنه لا يجوز تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة بشأنها، و إنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 148.

¹⁷⁸ - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص. 149.

و في هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 19 ماي 1982 نقضت بموجبه قرارا صادرا عن مجلس وهران، جاء فيه أن النزاع القائم بين الزوجين حول المصوغ الذي عجزت الزوجة عن إثبات ملكيته بالكتابة يجوز حسمه بأية وسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة، والقضاة اللذين استبعدوا طلب الزوجة الرامي إلى إثبات ادعائها بالشهود يكونون قد خالفوا القانون... مما يتعين نقضه.¹⁷⁹

كما أن مسألة التفريق بين ما هو ملك للزوج عادة وعرفا، وبين ما هو ملك للزوجة عادة وعرفا، مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدد ومتفق عليه، وإنما هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، استنادا إلى التقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين.

لهذا يجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة، و ما هو للرجال عادة، و لا يجوز له أن يعتمد اعتمادا كلياً على مضمون القائمة المقدمة إليه من الزوجة، أو من الزوج دون حجة أو دليل من أحدهما، و يكفي بتوجيه اليمين طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة، ثم يعطي الحق لمن يحلف، ويمنعه عن ينكر.

و في هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 04 جانفي 1988 قضى بنقض قرار صادر عن مجلس الجزائر بسبب عدم قدرة قضاة المجلس على التفريق بين ما هو للرجال من متاع البيت وبين ما هو للنساء، وجاء في حيثياته: "...حيث يظهر من القائمة التي قدمتها الزوجة أن أغلبية الأثاث ينسب إلى الزوج الذي اشتراه كرت أسرة. حيث حقا أننا نجد أن قضاة الموضوع لم يفرقوا بين ما هو ملك للزوج، وما هو ملك للزوجة، إذ نجد ضمن قائمة الأثاث غرفة النوم، ودراوات، وأنه كان عليهم أن يفرقوا بين ما هو ملك للزوج، ويطبقوا أحكام المادة 73، ولما قضوا للزوجة بكل ما في القائمة مع يمينها يكون قرارهم

¹⁷⁹ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1982/05/19، ملف رقم 22117، م ق، العدد 01، سنة 1989؛ مقتبس عن عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 149.

غير مسبب¹⁸⁰.

وعليه فإنه يمكن القول أنه لا يجوز تطبيق المادة 73 في مجال النزاع حول متاع البيت إلا إذا توفرت ثلاثة شروط مجتمعة هي:

1- أن يكون موضوع النزاع القائم بين الزوجين هو شيء من متاع البيت حقيقة؛

2- أن يكون سبب النزاع منصبا على حق أحدهما في ملكية ما يدعيه ملكية خالصة له؛

3- لا يكون للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية لإثبات ما يدعيه.

لكن إذا تخلف شرط من هذه الشروط وظهر مثلا أن النزاع و إن كان يتعلق بمتاع البيت إلا أنه منصب على وجوده أو عدم وجوده في بيت الزوجية، وذلك مثل أن يدعي الزوج أن ما تطالب به المدعية قد أخذته وقت أو قبل خروجها من محل الزوجية و تقول هي بعكس ذلك، أو ظهر أن للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية أو قرينة قوية فإنه في مثل هذه الحالات لا مجال و لا لزوم لتطبيق المادة 73 من قانون الأسرة، بل يجب عندئذ الرجوع إلى تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني ضمن إطار قاعدة: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"¹⁸¹.

و في هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 19 جويلية 1988 جاء فيه: " أنه إذا كان محور النزاع يتعلق بمتاع البيت، ويدور حول من هو أحق بملكيته ولا حجة لأحدهما تطبق أحكام المادة 73 و ذلك إذا كان متاع البيت موجودا ببيت الزوجية، وغير مختلف ولا متنازع على وجوده، فإن لم يكن كذلك بأن ادعى الزوج أن الزوجة المرشحة للطلاق قد أخذت أشياءها، و هي تنفي ذلك، فإنه لا سبيل للفصل في النزاع إلا باللجوء إلى تطبيق القاعدة العامة

¹⁸⁰ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1988/01/04، ملف رقم 47456، م ق، العدد 03، سنة 1991، ص.54.

¹⁸¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.151.

قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولما كان الزوج يدعي أن زوجته قد أخذت مصوغاتها و أثائها الموجودة في القائمة المقدمة إلى القضاء فإنه سيكون مكلفا بإثبات ذلك بالحجة والدليل، و إن عجز تحلف الزوجة اليمين المتممة ويحكم لها بما طلبت¹⁸².

و بصفة عامة، نقول أنه يجب على المشرع أن يضع تعريفا واضحا لمتاع البيت وأن يحدد شروطه التي أغفل عن ذكرها في قانون الأسرة، كما أنه يجب أن ينص على مكان وكيفية أداء اليمين، لأن سكوته عن ذلك أدى إلى اختلاف في مواقف القضاء.

ثانيا- سكوت المشرع عن مكان حلف اليمين وكيفية أدائها:

إن المشرع قد اكتفى بإعطاء ما للنساء عادة للنساء مع اليمين، وأعطى ما للرجال عادة للرجال مع اليمين كلما وقع نزاع بين الزوجين حول ملكية ما هو متاع البيت وليس لأحدهما حجة لإثبات ما يدعيه اتجاه الآخر.

و لكنه سكت و لم ينص في قانون الأسرة على المكان الذي يجب أن تؤدى فيه هذه اليمين، ولا على الكيفية أو الإجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين في المادة 73.

وأمام هذا السكوت وعدم بيان مكان وكيفية أداء هذه اليمين، سلك القضاء طرقا مختلفة، و اتجه اتجاهات متباينة، فمن ذلك مثلا: نجد من القضاة من يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع يوصف أحيانا بأنه حكم تمهيدي و يوصف أحيانا بأنه حكم تحضيري يقررون بموجبه إلزام الزوج أو الزوجة بحلف هذه اليمين مساء يوم الجمعة بعد صلاة العصر، بمسجد فلان، وتحت إشراف المحضر القضائي أو أمين ضبط المحكمة، وكثيرا ما يصدر هذا الحكم خاليا من الإشارة

¹⁸²- أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1988/07/18، ملف رقم 50075، م ق، سنة 1990، العدد 04؛ مقتبس عن طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.160؛ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.100.

إلى حضور الخصم الآخر، و خاليا من صيغة اليمين و خاليا أحيانا حتى من الإشارة إلى أداء اليمين بحضور نفس القاضي الذي قضى باليمين¹⁸³.

و بناء على ما تقدم يمكن القول أنه رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان وكيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المواد 73، فكان على المشرع أن يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المواد من 198 إلى 193 المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بإجراءات اليمين¹⁸⁴.

وفي هذا المعنى أصدرت المحكمة العليا قرارا بتاريخ 02 أكتوبر 1985 نقضت بمقتضاه قرارا صادرا عن مجلس تيزي وزو جاء فيه: "حيث يستفاد من وقائع القضية أن جهة الاستئناف أجازت للأطراف تأدية اليمين بمسجد ذراع الميزان، خارج المحكمة و تمت تأديتها بهذا الشكل فعلا، و حرر الموثق محضرا بذلك، و هذا خلافا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 432-433 من قانون الإجراءات المدنية، و بخزقه للإجراءات المذكورة يكون قد أساء تطبيق القانون و عرض قراره للنقض"¹⁸⁵.

و عليه نقول أن مسألة أداء اليمين، هي مسألة مرتبطة بالتربية الأخلاقية داخل الأسرة، و مدى قوة الوازع الديني عند الفرد الواحد، فمكان أدائها لا يؤثر إذا كان الفرد خلوا من جوانب الارتباط المذكور أعلاه.

ويرى الأستاذ تقيّة عبد الفتاح: "أنه من المستحسن أن تؤدي أمام القضاء، الذي يأمر بأدائها، لأن جهاز العدالة أيضا جهاز قداسة، ولأنه مكان تحقيق العدالة و المساواة بين الناس، ومنه أيضا ضمانا لسير الإجراءات بكيفية أسرع دون تأجيل القضية لمدة طويلة، أو إلى إصدار حكم تحضيري قبل صدور الحكم النهائي، و في نفس الوقت تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين،

¹⁸³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.152.

¹⁸⁴ - أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، 1430-2009، الجزائر، ص.161.

¹⁸⁵ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1985/10/02، ملف رقم 33851، م ق، سنة 1989، العدد 01، ص.66.

لأنه ما ثبت في الواقع أن الأطراف المتنازعة تدفع مبالغ باهضة في هذا الصدد مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد وتحريره لمحضر عن هذا الإجراء¹⁸⁶.

و هناك إشكال مهم تجدر الإشارة إليه، و هو أن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها خلال سنوات مضت فإنها لم تعد اليوم كذلك، لاسيما بعد اندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديات الحياة، و بعد ضعف الوازع الديني، وانعدام التربية الأخلاقية عند الأسرة، فإذا كان الجزائري فيما مضى يخجل أن يحلف اليمين لتدعيم حقه الواضح، فإن هناك كثير من الناس -وليس كلهم طبعاً- من يحلف اليوم عشرات الأيمان كذبا و زورا وبهتانا، من أجل الحصول على ثمن بخس، أو منفعة تافهة ورخيصة دنيئة.¹⁸⁷

و إجمالا نقول أن المشرع لم يكن موفقا عند تطرقه لموضوع النزاع حول متاع بيت الزوجية، و ذلك باقتضاره على مادة واحدة ووحيدة، فالمادة **73** من قانون الأسرة التي تتحدث عن النزاع حول متاع بيت الزوجية لا تجيب عن كل الأسئلة و الاستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جديدة، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله.

و تترك باب الاجتهاد مفتوحا خلق ممارسة قضائية ليست سليمة، و جعلت من الشراح والمفسرين يثيرون الموضوع تحت تسمية الإشكاليات التي تثيرها المادة **73** من قانون الأسرة، فكان على المشرع أن يتدخل بأكثر من مادة لإعطاء جميع الحلول التي يمكن أن يثيرها النزاع ولا يكفي التعليل بأن ما لم ينص عليه في قانون الأسرة نعود فيه إلى القواعد الشرعية، لأن هذه الأخيرة ليست واضحة عند الكثير من القانونيين.

¹⁸⁶ - تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص. 387.

¹⁸⁷ - تقيّة عبد الفتاح، نفس المرجع، ص. 386.

و يظل تدخل المشرع ضروريا في الآثار المتعلقة بالزوجين، خاصة التعويض عن الطلاق التعسفي، و النزاع القائم حول متاع البيت، حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن وليس أمام اجتهاد قضائي مضطرب وغير منسجم.

هذه بصفة عامة أهم الإشكالات المتعلقة بالآثار الخاصة بالزوجين، فما هي أهم الإشكالات التي تثيرها الآثار المتعلقة بالأولاد؟.

المطلب الثاني

أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالأولاد

سبق و أن أشرنا بأن الطلاق يرتب نتائج منها ما هو خاص بالزوجين، و منها ما ينصرف إلى الأولاد.

و النسب يعتبر من أهم الآثار التي تترتب على الزواج و الطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، كما أنه من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية وتفوقت بها على غيرها من الشرائع، وهذا الحق له أهمية كبيرة، إذ يتفرع منه العديد من الحقوق الخاصة بالطفل، مثل حقه في النفقة والميراث... و يتقدم كل هذه الحقوق، حقه في الرعاية و التربية، أي ما اصطلح على تسميته بالحضانة في قانون الأسرة.

إذ تعتبر الحضانة من أهم و أبرز النتائج المترتبة على انحلال عقد الزواج، كما أنها تعتبر مظهرا من مظاهر العناية التي توليها الشريعة الإسلامية للطفولة، فهناك أحكام شرعية تحفظ للأولاد حقوقهم وتكفل رعايتهم من لحظة الولادة إلى غاية البلوغ.

هذه الأحكام اتخذها الفقهاء سندا لوضع نصوص تشريعية تثبت حضانة الأولاد و التكفل بهم، و قد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغير من الضياع، وإسناد مهمة القيام بذلك إلى من هو أجدر وأقدر بها.

فالحضانة هي حفظ الصغير و رعايته والقيام بتربيته في سن معينة يكون فيها عاجزا عن القيام بجاراته بنفسه¹⁸⁸، " وهي ليست إلا ضربا من ضروب الولاية على النفس إذ هي في الحقيقة مقتطعة منها"¹⁸⁹.

و إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا و بشكل مباشر على تنشئة و تربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير¹⁹⁰.

و في حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بحدة و كثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير¹⁹¹.

و قد نظم قانون الأسرة موضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72، حيث عرّف الحضانة في المادة 62 على أنها: "رعاية الولد و تعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً"، فهذه الوظائف لا يستهان بها ولها آثار على نشأة الطفل وتوازنه النفسي

¹⁸⁸ - "الحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لصغر سنه وحكمها الوجوب لأن المحضون يهلك بتركها و اتفق الفقهاء على أن الحضانة تبتدئ من الولادة و يختلفوا في بقائها إلى سن التمييز؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 717 وما بعدها.

¹⁸⁹ - « La garde n'est rien d'autre qu'une des modalités de la tutelle sur la personne, dont elle constitue, en réalité, un démembrement ». Voir, Rachid SABBAGH, L'évolution de Droit de Garde dans les pays du Maghreb, R.T.D.69-70, p.50.

¹⁹⁰ - أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، مركز الدراسات القانونية والقضائية، د.د.ن، تونس، سنة 2006، ص.73.

¹⁹¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.253.

والصحي.

ومن خلال ذلك، نطرح التساؤل التالي، هل وُفق المشرع في تنظيمه لأحكام الحضانة؟ وإذا كانت بالنفي، فما هي أهم الثغرات التي أغفلها المشرع عند تقنينه لهذه الأحكام؟ وما هي الإشكالات التي خلقتها هذه الثغرات القانونية؟

و عليه، سنتكلم في هذا المطلب عن قصور المشرع في تحديد شروط ممارسة الحضانة (الفرع الأول)، وعن أبرز الإشكالات التي تثيرها ممارسة الحضانة (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى إشكالية الزواج المختلط وأثره على الحضانة (الفرع الثالث)، كما سنتطرق إلى إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة (الفرع الرابع).

الفرع الأول

قصور المشرع في تحديده لشروط ممارسة الحضانة

كان المشرع مقتضبا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوافر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: "...ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

و يثور التساؤل عن ماهية الأهلية التي يقصد بها المشرع، و هل تتحدد مع الأهلية المنصوص عليها في التشريع المدني والإجراءات المدنية؟

يبدو أن ما يقصده المشرع بالأهلية المنوه عنها في المادة 62، إنما تلك المتعلقة بالقدرة والاستطاعة على تربية الصغير و القيام بشؤونه، ولا يمكن لهذه المهمة أن تؤدي على أكمل وجه إلا بتوافر العديد من الشروط التي أجمع عليها الفقهاء .

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال و النساء على حد سواء، وشروط أخرى تخص النساء

بمفردهن¹⁹²، وشروط تخص الرجال لوحدهم¹⁹³.

192- إضافة إلى الشروط العامة التي ينبغي توفرها في المرأة حتى تسند لها الحضانة و المتمثلة في العقل و البلوغ و الأمانة في الأخلاق و القدرة على التربية، نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوا بعض الشروط جانب النساء حتى تعطى لهن الحضانة، ونوردها فيما يلي:

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو ب قريب غير محرم منه، وهو ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: "يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون".

2- أن تقيم الحاضنة في بيت لا يبغضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحاضنة في بيت يبغضه الصغير يعرضه للأذى و الهلاك، فشرط السكن الملائم و اللائق ضروري لكي يتربى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلقه، ذلك ما نوه عنه المشرع في المادة 72 من قانون الأسرة عندما نص على أنه: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكناً ملائماً للحاضنة و إن تعذر ذلك فعليه بدل الإيجار"، وتنص المادة 70 من نفس القانون على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، و الملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 و ما جاءت به المادة 70 تفسر تكريساً لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدة عن كل ما من شأنه التأثير سلباً على أخلاقه و مستقبله؛ أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 268-269؛ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 63-64.

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضائنه مجاناً و الأب معسراً: امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجاناً عند إعسار الأب يعد مسقطاً لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطاً من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسراً لا يستطيع دفع أجرة الحضانة و قبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجاناً، سقط حق الأولى في الحضانة؛ أنظر، باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 67.

193- زيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل، الأمانة والاستقامة، فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطاً خاصة به، يتعلق الشرط الأول: في أن يكون الحاضن محرماً للمحضون إذا كانت أنثى، حيث أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنتى ينبغي أن يكون محرماً لها، وقال الأحناف و الحنابلة أن سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفادياً أو حذراً من الخلوة بما لانتهاه المحرمية، أما في حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضائنها، لأنه في حال البلوغ لا يكون لابن العم حضانة ابنة عمه البالغة، غير أن الحنفية أجازوا حضانة ابن العم لبنت عمه إذا لم يكن لها أحد؛ أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 270-271؛ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 68.

أما الشرط الثاني: يتعلق باتحاد الدين بين الحاضن و المحضون، فالمبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين مسلم و غير المسلم، و ذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلماً فليس له حق الحضانة، بل حضائته إلى ذوي رحمه من أهل دينه، وإذا كان المحضون مسلماً و ذا رحمه دون ذلك، فلا حضانة إليه، لأنه لا توارث بينهما، لأن مناط الحضانة بالنسبة للرجال هو التعصيب، واختلاف الدين يمنع من التعصيب كما الإرث، فلو كان الطفل مسيحياً و له أخوان أحدهما مسلم و الآخر مسيحي، كان حق الحضانة لأخيه المسيحي؛ أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص. 272-273؛ باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 68.

و قد قدّم الشرع و القانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجياته.

و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أنه فصل في شروط الحاضن و نذكر منها: شرط العقل (أولا)، و شرط البلوغ (ثانيا)، و شرط القدرة على الحضانة (ثالثا)، و شرط الأمانة على الأخلاق (رابعا)، و شرط الإسلام (خامسا).

أولا- شرط العقل:

و هذا الشرط يتمشى و المنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل، لأنه في حد ذاته بحاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره¹⁹⁴.

وعليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن التي تجعله مدركا لحجم المسؤولية الملقاة على عاتقه فيما يتعلق بحضانة الصغير ومُلِمًا بكل المخاطر والتحديات التي تعرقه بمناسبة أدائه لهذه المهمة¹⁹⁵.

و يرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون، سواء جنونا متوصلا أو متقطعا، فكلاهما يعد من موانع الحضانة¹⁹⁶، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون و لو جنونا متقطعا يحمل الضرر الكبير للمحضون على اعتبار أن الهدف من الحضانة المتلخص في توفير الحماية بشموليتها ينعدم لدى المجنون، و يتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه، و بالتالي فعجزه منطقي على تدبيره شؤون غيره¹⁹⁷.

¹⁹⁴ - مصمودي مراد و غربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص.49.

¹⁹⁵ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.55.

¹⁹⁶ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.383، الهامش رقم 02.

¹⁹⁷ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المرجع السابق، ص.215.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة فإن ما يعاتب على المشرع أنه لم يتكلم عن شروط ممارسة الحضانة بصيغة واضحة، و اكتفى بتخصيص فقرة واحدة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة تشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك.

وبالإضافة إلى شرط العقل، فإن لممارسة الحضانة شرط آخر يتمثل في البلوغ، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانيا- شرط البلوغ:

الحضانة مهمة كبيرة وصعبة و شاقة لا يتحمل مسؤوليتها وتبعاتها إلا الكبار، فالصغير ولو كان مميزا يبقى بحاجة إلى من يتولى أمره، وبالتالي فليس بمقدوره أن يتولى شؤون غيره، " و تدق التفرقة هنا بين البالغ بلوغا طبيعيا من حيث السن والعلامات المميزة لذلك وبين البالغ بلوغا حكما، كأن تدعي المراهقة مثلا البلوغ فتظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية، فلبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك و يصدق ادعاءها"¹⁹⁸.

و المشرع سار على هذا المنوال في تعديله الأخير لقانون الأسرة، فالمادة 07 منه نصت على ما يلي: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

والمشرع أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره، أو بالطلاق أو ما ينجم عنه.

لكن المشرع أكد في المادة 87 من قانون الأسرة وفيما يتعلق بالولاية كما يلي: "وفي

¹⁹⁸- باديس ذيايي، نفس المرجع، ص.56.

حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". من هنا نقول أن المشرع حاول أن يعالج إشكالا عمليا متمثلا في بقاء ولاية الأب على الطفل المحضون ولاية شاملة رغم تواجده مع أمه في إطار الحضانة و ما سبب ذلك من معاناة للحاضنة في التعامل مع صاحب الولاية الذي عادة ما يكون المطلق¹⁹⁹، وذلك ما كان مجسدا في المادة 63 من قانون الأسرة ، والتي كانت تنص على ما يلي: " في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب".

غير أن هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون وتتمارس في ذلك كافة الآثار المنجزة عنها.

و لكن المعالجة خلقت إشكالا عمليا آخر يتمثل في سؤال، كيف نولي قاصرا على قاصر؟. وبالإضافة إلى شرط البلوغ، فإن هناك شرطا آخر لممارسة الحضانة يتمثل في القدرة على الحضانة.

ثالثا- شرط القدرة على الحضانة:

لا حضانة لمن عجز عن القيام بها لكبر في السن أو مرض أو عدم إيجاد الوقت للتفرغ لممارسة الحضانة، ذلك أن من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا.

¹⁹⁹- باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 57.

فلا تثبت الحضانة لأعمى أو لعاجز بمرض و أمثالها في الضعف، لأن الحضانة لا تحقق مقصودها بأمثال هؤلاء²⁰⁰.

كما لا يعقل أن تثبت الحضانة للذي لا يملك وقتا لممارستها، والدليل أنه يوجد من الفقهاء من يعتبر أن عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها²⁰¹.

ولكن هل كل أعمال الحواضن تتضارب ومصلحة المحضون؟

إن مسألة عمل المرأة لا يمكن الإغفال عنها، لأن خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها، لم يعد دخيلا عليه، بل ضروريا في مشاركتها في تنميته، و هذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنه بالأحرى ينطبق على الحاضنة العاملة أيضا.

²⁰⁰ - أحمد المومني وسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، المرجع السابق، ص. 171.

²⁰¹ - ويمكن أن يقال أنه يوجد في هذا الشأن ثلاث آراء مختلفة، وأن فحوى هذا الخلاف بين الفقهاء يتجلى في مضمون العمل أو نوعية العمل الذي تسمح به الشريعة الإسلامية للمرأة، حاضنة كانت أم غير حاضنة، و ان كان اتفاقهم ينصب على أن الواجب يدعوننا إلى اعتبار "بناء الأسرة" الوظيفة الأساسية للمرأة، لكي تتمكن من أداء دورها في تربية الأطفال و العناية بهم عناية تامة، و هذا هو الدور الذي قضى به النبي صلى الله عليه وسلم بين علي رضي الله عنه و فاطمة رضي الله عنها، فقضى على ابنته بخدمة البيت ورعايته، وعلى زوجها بما كان خارجا عن البيت من عمل؛ أنظر، محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، ط. 8، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 1421 هـ - 2001 م، المرجع السابق، ص. 156.

و عليه ذهب أنصار الاتجاه الأول إلى القول أن للمرأة أن تعمل خارج المنزل، وأن لها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، و لكن دون الإخلال بواجباتها الأساسية؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص. 493.

غير أن الاتجاه الثاني يرى، خلافا للرأي الأول أن دور المرأة الأساسي هو رعاية الأسرة والأطفال، ولا يحق لها الخروج للعمل إلا استثناء محضا و في حالة الضرورة القصوى التي تقدر بقدرها لما في ذلك من إخلال بواجبها الجوهري ودورها الطبيعي في الحياة.

ويذهب أصحاب الرأي الثالث إلى القول بأن الشريعة الإسلامية قد أقرت صراحة العمل للمرأة على أساس المساواة مع الرجل دون تمييز كما يستدل من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تخاطب العامة دون تفريق وتحت على العمل و الإنتاج حتى آخر رمق في الإنسان، وعليه يقرر الإسلام المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات في قوله تعالى: "وَلَهُنَّ ۖ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ"، سورة البقرة، الآية 228؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص. 494-495.

و مع ذلك، فحتى ولو أقرت الدولة فعلا هذا المبدأ -مبدأ عمل المرأة-، فإن ذلك لا يكفي لاستئصال العوامل المضرة بمصلحة الطفل، إذ أن هذه العوامل قد يكون سببها لانتشار عمل النساء الحواضن في الدولة فحسب، بل اختلاف الأعمال المؤدية منهن فيها أيضا²⁰².

و من ثم، فإنّ الأسئلة الأساسية في هذا المجال تطرح على هذا المنوال: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحزون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ وما هي البواعث التي دفعتها لسلوك هذا المسلك؟ و ما هي القيود القانونية لحماية مصلحة المحزون؟ و متى يعد عمل المرأة مسقطا للحضانة؟²⁰³.

عالج المشرع مسألة عمل الحاضنة في نص المادة 67 المعدلة من قانون الأسرة في الفقرة 02 منها والتي جاء فيها: "و لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة".

وعليه، اعتبر المشرع عمل الحاضنة ليس من الأسباب المسقطه لحقها بحضانة أولادها إذا كانت تؤمن رعايتهم و العناية بهم، و لهذا نص في الفقرة 03 من ذات المادة بصياغة واضحة و هي على النحو التالي: " غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحزون"، و بهذا فإن عمل الحاضنة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل.

و عليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة.

و من ثم، فمن الناحية العملية، فكثرة هذا الخروج و وقته يقدره القاضي فيما إذا كان يعيق فعلا ممارسة الحضانة، أما إذا كان نادرا لا يتضرر منه المحزون، لا مجال لإسقاط الحضانة

²⁰² - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحزون...، المرجع السابق، ص. 495-496.

²⁰³ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص. 496.

عنها²⁰⁴.

و مع ذلك فقد اعتبر القضاء أن عمل الحاضنة الماس بمصلحة المحضون يثبت عدم جدارتها في ممارسة الحضانة، و ذلك عندما قضى المجلس الأعلى الجزائري في قراره الصادر في 29 ماي 1969 بأنه: "من المقرر شرعا و قضاء أن ابتعاد الأم عن أولادها المحضون وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى سقوط الحضانة عنها و إنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط"²⁰⁵.

و الواقع، إزاء هذا الحل الذي لا يستطيع أن يقف على قدميه في الوقت الحاضر، يحق لنا أن نتساءل: فكيف تكون الحاضنة غير جديرة بالحضانة و في نفس الوقت لا تسقط عنها الحضانة؟ ما هو الفرق بين إسقاط الحضانة و عدم القدرة لممارسة الحق؟ بل اعتبر عدم الجدارة في ممارسة الحضانة سببا تافها ليس إلا، لا يصل إلى حد سبب جاد لإسقاط الحضانة عن الأم، و كل هذا منسوب إلى الشرع! و هل الشرع يقي الحضانة لشخص غير جدير بها؟ فما فائدة القواعد التي وضعها إذن؟ أليست معيارا لإثبات الجدارة أو نفيها؟ وكيف لا يكون انشغال الأم عن المحضون طيلة النهار غير معرض الأولاد للضياع؟ فأين مصلحة المحضون التي يجب على القاضي مراعاتها؟²⁰⁶

فكان على القاضي أن يتخذ موقفا غير هذا، و يبحث عن التسبيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة إذ لاحظ أن مصلحة المحضون بعيدة عن الخطر في الحالة المعروضة عليه، يجب أن تكون هناك جدية في إسقاط الحضانة وإثباتها، لأن مصلحة المحضون وضعت لجدية أمر الأطفال.

²⁰⁴ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون ...، المرجع السابق، ص.498.

²⁰⁵ - أنظر، مجلس أعلى، غ.ق.خ، 1969/05/29، نشرة القضاة، سنة 1970، العدد 04، ص.50؛ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون ...، المرجع السابق، ص.498.

²⁰⁶ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.498.

ومهما يكن من أمر، فإننا نجد في منح القاضي سلطات واسعة في تقدير مصلحة الطفل أمراً ضرورياً تحتّمه طبيعة هذا الموضوع، فقد تكون هناك حاضنة موظفة و لا تمنعها وظيفتها من الاهتمام بطفلها، و معنى ذلك، هناك وظائف تناسب المرأة لكونها كذلك، من جهة، و لا تعرقل ممارسة الحضّانة، من جهة أخرى، كالتدريس أو التطبيب أو أمثالهما.²⁰⁷

فمادامت الوظائف مشروعة، والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتاً كبيراً إلى حد فقدان الحنان والرعاية، فإن حقها في الحضّانة لا يسقط إذا ما توافرت فيها الشروط الأخرى، فالمرأة العاملة تساهم في تحقيق مصلحة المحضون عن طريق توفير له الحماية المادية التي تقف بجانب الحماية المعنوية و لا سيما إذا لم يكن للمحضون مورداً آخر غير نفقة والده ذو الدخل الضعيف.

خاصة وأنه من الناحية العملية، فالنفقة التي يحكم بها على الأب غير كافية لتغطية كافة التكاليف التي تتطلبها نفقة الطفل و تربيته، و يعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقة الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر²⁰⁸.

و يتضح مما تقدم جميعه، أنه إذا كنا لا نستطيع وضع حد لتزايد تشغيل النساء، و على الرغم من ذلك ننظر إلى مهمة المرأة الأساسية في "أمومتها"، و أردنا التوفيق بين هذين الفرضين المتعارضين، فإنه يجب أن نعمل ما بوسعنا من أجل تجنب الأضرار الصحية و الأخطار الاجتماعية.

و على القاضي أن يبحث عما إذا كان عمل الحاضنة يتنافى و يتعارض مع مصلحة الطفل أم لا، و بمعنى أدق، ينبغي عليه أن يبحث عما إذا كانت الحاضنة بسبب عملها ستهدر حق

²⁰⁷ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.499.

²⁰⁸ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.500.

المحضون في الصيانة وعدم الإهمال، لأن المدار في ذلك ترك المحضون ضائعا، علما أن هذا الأخير في حكم الأمانة عندها، ومضيع الأمانة لا يستأمن، وهذه هي علة سقوط الحق في الحضانة²⁰⁹.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن شرط القدرة على التربية سواء بالنسبة للرجل أو المرأة، و ما دمنا نتكلم عن الأمانة، فإن هذه الأخيرة لا تتعلق فقط بتوفير الأمور المادية لتغطية كل التكاليف التي تتطلبها الحضانة، وإنما تشمل أيضا الأمانة على أخلاق المحضون من أجل تربيته تربية حسنة بعيدة عن كل انحراف.

رابعا- شرط الأمانة على الأخلاق:

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، إذ يجب أن يكون أمينا على المحضون من أجل رعايته رعاية حسنة بعيدا عن كل انحراف - كما قلنا- من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر والضياع²¹⁰.

إذ تسقط الحضانة إذا ألقى بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلبا و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناطق في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الإهمال والضياع، حتى قال بعض الفقهاء: "إن الحضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى و خوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها وسقطت الحضانة عنها"²¹¹.

و عليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل

²⁰⁹ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص. 500.

²¹⁰ - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 59.

²¹¹ - محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التعرض لأحكام القضاء وبيان ما عليه العمل اليوم، ج. 1، دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1378هـ-1958م، ص. 394.

تسقط عنه الحضانة، و على ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقاً سيئة وهمّ من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفاً على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون.

و من بين عديد القرارات التي خاضت في هذا المجال، نجد ذلك القرار المؤرخ في 30 سبتمبر 1997 و الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعاً و قانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مراعاة لمصلحة المحضون و أن قضاة الموضوع عندما قضوا بإسناد حضانة الأبناء للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون"²¹².

فالقرار إذن اعتبر أن جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحاضنة في ممارسة الحضانة، لكن استطرد القرار و خص المبدأ باستثناء عام أولى له أهمية قصوى و هو مصلحة المحضون، لأن هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإن ذلك يقف حائلاً أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أن الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضرباً من المحال.

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19 جويلية 2010 والذي تضمن ما يلي: " حيث أن الطاعن يعيب على قضاة المجلس مخالفتهم لأحكام المادة 62 من قانون الأسرة، وذلك بقضائهم بإسناد حضانة البنت (س) إلى والدتها المطعون ضدها بالرغم من ارتكابها لجريمة الزنا.

لكن حيث إن الحضانة، وإن كانت فعلاً، تسقط، طبقاً لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب، في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، و أن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنّها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على

²¹² - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، الاجتهاد القضائي، ص.169؛ باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.60.

الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً²¹³.

وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أن الحضانة تسقط عن الجدة لأم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح جماح ابنتها لفساد أخلاقها، وخلص إلى أنه لا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك لفقدان الثقة والأمانة فيهما معاً²¹⁴.

و بالإضافة إلى هذا الشرط المهم المتمثل في الأمانة على الأخلاق، فإنّ هناك شرطاً آخر لا يقل أهمية عنه، ألا وهو شرط الإسلام.

خامساً- شرط الإسلام:

أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يرى المحضون على دين أبيه، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يشترط أن يكون الحاضن مسلماً؟

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية، لأن الحضانة ولاية، ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز مستشهدين بقوله تعالى: "وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا"²¹⁵.

أما المالكية والأحناف فلا يرون أن إسلام الحاضنة شرطاً لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أم أو غيرها، و تبريرهم في ذلك كون الحاضنة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته، وذلك يجوز للمسلمة ولغيرها، و مناطها الشفقة²¹⁶، والشفقة

²¹³ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، مجلة المحكمة العليا، سنة 2010، العدد 02، ص.266.

²¹⁴ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1984/01/09، ملف رقم 31997، م ق، سنة 1989، العدد 01، ص.73.

²¹⁵ - سورة النساء، الآية 141.

²¹⁶ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.272.

لا يؤثر فيها اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل و لذلك ينزع الطفل من يدها إذا خيف على الطفل إفساد دينه²¹⁷.

و نحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، و هذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، ومثال ذلك، القرار الصادر بتاريخ 13 مارس 1989 و الذي جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه و أن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"²¹⁸.

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك أسقط الحضانة عنها، وإن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطيه الحضانة و لو كانت كافرة.

و إجمالا، نقول أن المشرع لم يعط شروط ممارسة الحضانة أهميتها اللازمة، إذ لم يخص هذا الموضوع المهم إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: "...و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا لذلك".

و لا شك أن هذه الفقرة غير كافية لاحتواء كل شروط ممارسة الحضانة، فكان الأجدر على المشرع لو وضع على الأقل مادة واحدة تفصل كل الشروط اللازمة لممارسة هذا الحق المهم و الحساس، ألا و هو حق الحضانة، مراعيًا في كل ذلك مصلحة المحضون بالدرجة الأولى.

و أمام هذا القصور في تحديد شروط ممارسة الحضانة من طرف المشرع، إلا أن هناك إشكالات أخرى خاصة بممارسة الحضانة، وهو ما سنتولى بيانه في الفرع الموالي.

²¹⁷ - أنظر، محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط.3، د.م.ج، عنابة، الجزائر، سنة 1992، ص.34.

²¹⁸ - أنظر، م ع ، غ.أ.ش، 13/03/1989، ملف رقم 52221، م ق، سنة 1993، العدد 01، ص.48.

الفرع الثاني

أبرز الإشكالات التي تثيرها ممارسة الحضانة

رتب المشرع و قبله الفقه الإسلامي آثارا لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في رعاية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، و يظل السؤال مطروحا فيما يتعلق بأجرة الحضانة كون الحاضنة تبذل جهدا في سبيل ذلك²¹⁹.

إضافة إلى حق الزيارة التي يكلفها الشرع والقانون لأحد الوالدين الذي ابتعد عن ابنه بسبب الحضانة، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت، ينمو في دفعه المحضون، تحت رعاية الحاضن له.

و عليه، يمكن أن نطرح السؤال التالي: ما هي الإشكالات التي تثيرها أهم الأمور المتعلقة بممارسة الحضانة؟

من خلال هذا السؤال، سنبين في هذا الفرع عدم توسع المشرع في مفهوم زيارة المحضون (أولا)، و إشكالية سكنى المطلقة الحاضنة (ثانيا).

أولا- عدم توسع المشرع في مفهوم زيارة المحضون:

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه.

²¹⁹- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.83.

إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.

فإذا أسندت الحضانة للأم نجدتها كثيرا ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب²²⁰.

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه: "بالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد، إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير، وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما"²²¹.

كما أن المشرع لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأن المسألة رضائية وقد يتفق الأطراف على تحديدها زمانا ومكانا .

فالمشرع لم يخص في مسألة الزيارة من حيث مدتها وعددها، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

إن ما استقر عليه القضاء في الجزائر أن حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية²²².

و مسألة العطل تحديدا يقصد بها الأسبوعية والموسمية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحضون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع، أي خلال العطلة الأسبوعية، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبنى من طرف القضاء.

²²⁰ - أنظر، عبير رجي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، عمان، الأردن، سنة 2007، ص.174.

²²¹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.259.

²²² - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.92.

فقرار للمحكمة العليا اعتبر القرار المطعون فيه القاضي بترتيب حق زيارة الأب مرتين كل شهر يكون قد خرق القانون، فقد جاء فيه ما يلي:

"متى أوجبت أحكام المادة 64 من قانون الأسرة على أن القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنه من الواجب أن يكون ترتيب هذا الحق ترتيبا مرنا وفقا لما تقتضيه حالة الصغار، فمن حق الأب أن يرى أبنائه على الأقل مرة في الأسبوع لتعهدهم بما يحتاجون إليه والتعاطف معهم.

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه²²³.

إلا أن جل الأحكام القضائية التي اطلعنا عليها لم نجد الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، مما يؤدي إلى إشكالية كثرة النزاع بين الزوجين المنفصلين.

زيادة على أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع، بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين، و بالتالي يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الإطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه²²⁴.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجو لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين و الصغار معا ماديا و معنويا، ليصبح النص في المادة 64 من قانون الأسرة يشمل عبارة حق

²²³ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 16/04/1990، ملف رقم 59784، م ق، سنة 1991، العدد 04، ص.126.

²²⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.259.

الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصريح، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن حق زيارة المحضون، ولنا أن نتساءل عن موقف المشرع من مسألة توفير السكن الملائم للمطلقة الحاضنة؟

ثانيا- إشكالية سُكنى المطلقة الحاضنة:

حسم المشرع في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، حيث جاءت بصيغة الوجوب²²⁵، وذلك ما جاء في المادة 72 المعدلة من قانون الأسرة و التي نصت على ما يلي: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل.

وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

المادة المعدلة جاءت أكثر وضوحا وصرامة من سابقتها التي وإن نصت هي الأخرى على السكن لكن أسلوبها لم يكن صارما، إذ جاءت على النحو التالي:

"نفقة المحضون و سكناه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته".

الألفاظ و المفردات التي خطت هذه المادة جعلت القضاة يجيدون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره، مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به²²⁶.

²²⁵- يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أنه إذا كانت كل من العدة والحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق، فإن إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا من أهم آثار الطلاق"؛ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.145.

²²⁶- باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.87.

و ذلك ما دفع بقضاة المحكمة العليا بالتأكيد على ضرورة تخصيص مسكن ملائم لمزاولة الحضانة أو بدل الإيجار، فقد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي:

"السكن حق للمحضون حتى ولو كان المحضون وحيدا لأنه من عناصر النفقة...و أن القرار خرق فعلا نص المادة 72 من قانون الأسرة، و ذلك لكون القرار المطعون فيه اعتبر الحاضنة لا يحق لها أن تطالب بتوفير مسكن أو أجرته لممارسة الحضانة فيه، إلا إذا كانت حاضنة لأكثر من ولدين، وأنه لا يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه و لا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة، و أن النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرته هو نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقا إلى عدد المحضونين"²²⁷.

و في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: " لا يعفى الوالد من توفير السكن أو دفع بدل الإيجار باعتبارها من مشمولات النفقة حتى ولو كان للحاضنة سكن.

و تأسيسا له اعتبرت المحكمة العليا أن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأن توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقا للمادتين 52 و 72 من قانون الأسرة، و بما أن السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، فإن امتلاك الزوجة لسكن لا يُعفي الأب من هذا الواجب"²²⁸.

جدير بالذكر أن القرارين المذكورين صدرا قبل التعديل (في سنة 2002) وكانا "بمثابة الحفز للمشروع كي يعدل المادة 72 باختيار الألفاظ المناسبة، والتأكد على وجوب توفير السكن

²²⁷ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م ق، سنة 2004، العدد 01، ص.274.

²²⁸ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 2002/07/31، ملف رقم 288072، م ق، سنة 2004، العدد 01، ص.285.

الملائم من طرف الأب أو بدل الإيجار"²²⁹.

غير أن المادة 72 من قانون الأسرة المعدلة لم تسلم من النقد الموجه لها، خاصة بشأن الفقرة الثانية منها التي نصت: "... و تبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القضائي المتعلق بالسكن"

يلاحظ هنا بأن هذه الفقرة سمحت للحاضنة أن تبقى في مسكن الزوجية و لا تغادره لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، و الذي إما أن يقضي على الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار²³⁰.

من الناحية النظرية، نجد بأن هذا النص في صالح الحاضنة، لكن من الجهة العملية نجده لم يأت بجديد من جهتين:

الجهة الأولى: و تتمثل في كون العرف المطبق في المجتمع الجزائري، يجعلنا نلاحظ بأنه قبل رفع دعوى الطلاق من طرف أحد الزوجين، فإن الزوجة تكون قد غادرت مسكن الزوجية إلى بيت أهلها و معها الأطفال المحضونين، و بعد دعوى الطلاق أو التطليق، فإنه لغاية صدور الحكم بالطلاق تمر فترة زمنية تتجاوز الثلاثة أشهر و هي مدة العدة إن كان الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، وبالتالي تكون الزوجة أجنبية عن الزوج بحكم الطلاق، فكيف يطلب منها البقاء في المسكن الزوجي؟ وأن زوجها ما يزال مقيما فيه؟²³¹.

الجهة الثانية: غالبا ما تكون أجرة السكن المحكوم بها مجرد أجرة رمزية لا تكفي لاستئجار مسكن من طرف الحاضنة، وقد تكون كافية لاستئجار مسكن غير لائق لممارسة الحضانة، كأن

²²⁹ - باديس ذيايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.88.

²³⁰ - لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، رمضان 1429 هـ - سبتمبر 2008 م، العدد 02، ص.78.

²³¹ - لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع السابق، ص.78.

يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.

كما أن الزوج قد يوفر لمطلقاته الحاضنة مسكناً لا يليق لممارسة الحضانة، و تنطبق عليه المواصفات أعلاه²³².

و تبعا لذلك، فإن الفقرة الثانية من المادة 72 الجديدة غير قابلة للتطبيق من الناحية العملية²³³.

مع الإشارة بأن عبارة "بدل الإيجار" المنصوص عليها في المادة 01/72 يقصد منها أجره السكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأن المسكن إضافة إلى الإيجار الشهري تلحق به عدة أعباء هي:

1- الرسوم والضرائب المختلفة، والتأمين على المسكن.

2- مصاريف استهلاك المياه والكهرباء والغاز.

3- مصاريف ترميم المنزل الخاصة بالمستأجر.

و على ذلك كان من الواجب أن ينص المشرع على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن ووجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه، خاصة وأن الفقهاء اشترطوا ذلك، وتبعا لذلك إذا حكم لصالح الحضانة بالبقاء في مسكن الزوجية، فعلى الزوج أن يلتزم بما يلي:

1- عدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة للعيش و المتواجدة فيه، و التي تعتبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ و الفراش، والثلاجة، وكذا ما يوجد بالمسكن من خزانات و أفرشة وأغطية، وكراسي وطاولات.

²³² - لحسن بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، ص.78.

²³³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.146.

2- إن كان مسكن الزوجية مستأجرا، فعلى الأب التكفل ببديل الإيجار، وليس على الحاضنة القيام بذلك، وكذا الأمر بخصوص المستحقات الأخرى، من ضرائب و رسوم، وكذا فواتير استهلاك المياه والغاز والكهرباء.

3- القيام بالترميمات الضرورية للمسكن، حتى يبقى صالحا لإيواء الحاضنة والمحضونين وأيضا يتفادى كل تأثير ناتج عن الظروف الطبيعية، كالبرودة و الحرارة، بتوفير وسائل التدفئة والتبريد²³⁴.

و يلاحظ بأن الأمر رقم 02/05 قد عدل المادة 52 من قانون الأسرة²³⁵، بأن حذف الفقرات من الثانية إلى الرابعة المتعلقة بسكن ممارسة الحضانة، وتبعاً لذلك لم يبق حالياً إلا نص المادة 72 في صيغته الجديدة.

و إجمالاً، نقول أن المشرع لم يكون موفقاً في هذه الفقرة عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، وذلك لعدة اعتبارات أهمها :

1- في معنى الفقرة، قرّم المشرع الحاضنة في الأم المطلقة، رغم علمنا بأن الحاضنة قد تكون أماً أو أي حاضنة أخرى، فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

²³⁴- لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع السابق، ص.79.

²³⁵- كانت تنص المادة 52 من قانون الأسرة قبل تعديلها على ما يلي: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيواها، يضمن حقها في السكن مع محضونها حسب وسع الزوج.

ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً.

تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

2- لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية، رغم أن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن، أي أن المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم بيت صار أجنبيا عنها في الوقت الذي يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها؟²³⁶

لذلك فإن المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة وأن المشرع لم يكن موفقا في محاولته الرامية لإعطاء المطلقة حق السكن، وعدم الخروج منه، لكون الصياغة بالشكل الذي جاءت به المادة ليست سليمة ومجانبة للصواب.

و الثابت أيضا أن قرار المحكمة العليا قبل هذا التعديل فصل في مثل هذا الموضوع، واعتبر أن الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنه يصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون"²³⁷.

وأمام هذه الإشكالات المثارة أثناء ممارسة الحضانة، فإن هناك مشكلا آخر يثور في موضوع الحضانة، وهو الزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي، وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول، وهذا ما سنبينه في الفرع الموالي.

²³⁶ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.89.

²³⁷ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 2005/12/14، ملف رقم 3448644، نشرة القضاة، العدد 59، ص.244.

الفرع الثالث

الزواج المختلط وأثره على الحضانة

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة.

و لا شك أن قضايا المسكن والنفقة وحق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول²³⁸.

و عليه، فإنه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها²³⁹.

لذلك سعت أغلب التشريعات بما فيها التشريع الجزائري إلى محاولة وضع حلول لبعض المشاكل التي قد تعترى الزواج المختلط، خاصة بعد الانفصال، لذلك حرصت بعض الدول على تحقيق أحسن حماية لأطفال الزواج المختلط بعد انفصال أبويهم، فتم إبرام اتفاقيات ثنائية بين الدول لمعالجة هذا الإشكال.

و من أبرز الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر "اتفاقية الزواج المختلط بين فرنسا و الجزائر"، و الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 يونيو 1988 و المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي 88-144 سنة 1988، وهذه الاتفاقية صادرة في إطار معالجة الآثار السيئة لأطفال الزواج المختلط الذي يكون بين الجزائريين والفرنسيين²⁴⁰.

²³⁸ - راجع المواد 9 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، أما القانون المغربي فقد نص على الموضوع في مدونة الأسرة في المادة 02 منه.

²³⁹ - أنظر، زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000، ص.127.

²⁴⁰ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.159.

و ذلك من أجل العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعياً لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتا العدل لكلا البلدين، سلطتين مركزيتين مكلفتين بالوفاء بالتزامات المحددة في الاتفاقية²⁴¹.

و قد نصت الفقرة الأولى من المادة 06 على أن: "يتعهد المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة للأزواج الذين هم في حالة انفصال (طلاق) داخل حدود أحد البلدين، وفيما بين حدودهما".

و نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: " كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة لأحد المتعاقدين، و يتضمن حضانة طفل يتعين أن يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة".

غير أن هذه الأحكام القضائية عند صدورها من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية قد تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، ومن بين هذه المشاكل التي قد نتصادف معها هي إسناد الحضانة إلى الأم - لكونها أولى بحضانة الطفل - من طرف قاضي فرنسي، وهذا على أساس أن تتم ممارسة الحضانة في فرنسا.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو: هل يمكن للأم ممارسة الحضانة على النحو المحدد في المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، و هذا بتربية الولد على دين أبيه؟ خاصة إذا كانت الأم كاتبة؟

والإشكال الآخر، أنه عند تصفح بنود هذه الاتفاقية لا نجد لها نص على حل لذلك، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري.

²⁴¹- المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ، الموافق لـ 26 يونيو سنة 1988م، المنظم المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر و فرنسا، والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الجريدة رقم 30.

ثم جاءت المادة السابعة من مواد الاتفاقية ونصت على أن "الحاضن الذي يرفض حق ممارسة الزيارة يتعرض إلى العقاب الخاص بجريمة عدم تسليم الأطفال وفقا للتشريعات الجزائرية في الدولتين"، و رغم معالجة هذه الاتفاقية الشائبة لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنه قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين حق الزيارة، فلا يُرد الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن، و رغم ما نوهت عليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة²⁴²، لأنه حتى و إن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية من أجل التنفيذ الإجباري، فإن كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق، لا شيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها، و هو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، وبالنتيجة مشكلة كبيرة وهي ضياع مصلحة الطفل المحضون²⁴³.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى و لو أنها أشارت في المادة 05 على ما يلي: "إذا كانت هناك ظروف استثنائية تعرض صحة الطفل الجسمية أو المعنوية لخطر مباشر، فعلى القاضي أن يكيف طرق ممارسة هذا الحق وفقا لمصلحة هذا الطفل"، و من ثم يتبادر إلى الإشكال التالي: هل يمكن للأب أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر من قاضي فرنسي أسند الحضانة إلى الأم، وهذا أمام نفس القاضي حتى يكون له الحق في تربية أبنائه على دينه؟ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه، و دون أن ننسى بالإضافة إلى ما ناشدت به المواثيق الدولية ومن بينها الإعلان

²⁴²-تنص المادة 11 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "يعرض الوالد الحاضن للطفل المسألة على السلطة المركزية أو مباشرة على وكيل الجمهورية الذي يتبعه المكان الذي تمارس فيه الحضانة عادة، من أجل تطبيق المادة 08.

يلتمس وكيل الجمهورية المختص بدون تأخير استعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري بضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره".

²⁴³- أنظر، مصطفى معوان، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، الجزائر، رقم 01، سنة 2000، ص.134.

العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 في المادة 03/26 منه و التي جاء فيها: " للآباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم".

فإذا كانت الإجابة بنعم، فهنا يطرح الإشكال من جديد: هل يحكم لصالحه؟ ومنه، وبطبيعة الحال فإن إشكالية عدم إمكانية المراجعة تطرح نفسها بنفسها دون حل لها.

وعليه يمكن القول أن هذه الإشكالات ترجع إلى عدم الاهتمام الكافي بالاتفاقية²⁴⁴.

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية، و العكس صحيح إن تم عرض القضية في فرنسا.

و قد يكون هناك زواج بين جزائريين و أجنب لا تكون بين دولتهم و بين الجزائر معاهدة، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني الجزائري.

وإذا رجعنا إلى نص المادة 12 المعدلة من القانون المدني الجزائري²⁴⁵، في فقرتها الثانية، نجد أنها قد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى، في حين أن الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري²⁴⁶، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرامه، بمعنى أنه ربطهما بحالة وحيدة و هو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري²⁴⁷.

²⁴⁴-Voir, Nadia AIT ZAI, Les droits de l'enfant en Algérie, rapport alternatif, 40 ème Pré-session du comité des droits de l'enfant , Nations-Unis Genève, Alger, 08 juin 2005, p.27.

²⁴⁵- تنص المادة 12 المعدلة من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج.

ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".²⁴⁶

تنص المادة 13 من القانون المدني على أنه: " يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

²⁴⁷- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.171.

لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنه لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي، وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيل التطبيق من طرف قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية و أسندت لها الحضانة، مما يؤدي حتما إلى عدم تربية الولد على دين أبيه، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري، مع العلم أن المبدأ السائد في القضاء الجزائري هو أنه لا يجوز أن تسند حضانة أبناء الوالد المسلم إلى الأم غير المسلمة المقيمة في بلد أجنبي.

و مثال ذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا و المؤرخ في 19 فيفري 1990 و الذي جاء فيه ما يلي: " متى كان من المقرر شرعا و قانونا أن إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثم فإن القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون"²⁴⁸.

وإجمالا، نقول أن الزواج المختلط يعتبر فعلا من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وخاصة نص المادة 62 المتعلق (بالتربية على دين أبيه) في حالة الزواج المختلط إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب، أو زواج الأجنبي غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية، ثم أسلمت الزوجة و بقي الزوج على ملته فوقع الطلاق، فلن تسند الحضانة؟ و عند إسنادها للأم فكيف تربي الطفل على دين أبيه وهو غير مسلم؟

لا شك أن هذه المسائل وغيرها من قضايا المسكن و النفقة و حق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط، وذلك بسبب مشكل اختلاف قوانين الدول.

²⁴⁸ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، 1992/02/19، ملف رقم 59013، م ق، سنة 1991، العدد 04، ص.117.

هذا فيما يخص إشكالات الحضانة إذا تم الانفصال في زواج مختلط يشمل على عنصر أجنبي، و أمام الإشكالات المثارة أثناء ممارسة الحضانة سواء إذا تم الانفصال من جزائريين أو في زواج مختلط يشمل على عنصر أجنبي، فإن المشرع أغفل عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة حضنته.

الفرع الرابع

إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة

قلنا أنّ المشرع حدد مدة معينة تنتهي فيها الحضانة، حيث نصت المادة 65 من قانون الأسرة على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج، أي 19 سنة، كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون.

إلا أنّ هذا النص لم يشير إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهي رغبته في الانتقال.

فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش و الانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة²⁴⁹.

و هنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

- إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم و بالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه.

- و إما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته.

²⁴⁹- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 257-258.

خاتمة

تعتبر مسائل انعقاد وإحلال الزواج من المسائل ذات الاتصال الوثيق بالحقائق الاجتماعية، وأن تنظيم هذه المسائل على خير الوجوه هو أمر يتفق تماما مع حسن صياغة النصوص القانونية و مدى حسن تطبيقها قضائيا، مما يبرز الدور الفعال الذي ينبغي أن يلعبه المشرع في هذا المجال الحساس، خاصة وأن قانون الأسرة ما زال بعيدا عن تلبية حاجة الناس إلى الحماية القانونية.

ذلك أن التعديل الذي جاء به المشرع سنة 2005 لم يكن مركزا ودقيقا وشاملا، كما أنه جاء غامضا في بعض نصوصه، وهذا ما استنتجناه في كل من انعقاد الزواج (أولا)، وإحلاله (ثانيا).

أولا- بالنسبة لانعقاد الزواج:

- ظهر لنا خلال تطرقنا لإشكالات العدول عن الخطبة أنه يوجد قلة في عدد النصوص القانونية المنظمة لموضوع الخطبة، لذلك نوصي المشرع بضرورة تنظيم ما لم يتم تنظيمه في نصوص واضحة ومفصلة، حتى يسهل معرفة أحكام تلك المسائل وتوحيد أحكامها.

- بالنسبة لحضور الولي في زواج المرأة الراشدة، فإن موقف المشرع كان متذبذبا فلا هو قرر إلغاءه صراحة، ولا هو قرر اشتراطه صراحة، مما يدل دلالة قاطعة أنه تعرض إلى ضغوط متزايدة من جهات مختلفة¹، واختار أن يقف هذا الموقف الغامض.

- أما بالنسبة للأهلية في الزواج و قيود تعدد الزوجات، فإن المشرع لم يوفق في تنظيمه لهذه المسائل، لاحتواء النصوص القانونية التي نظمت ذلك على ثغرات وعيوب، و أن التعديل الذي جاء به المشرع يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، لأنه مادام يُبقي على نظام الزواج العربي ويعترف بتسجيله قضائيا، فإنه يمكن تحطيطه وتجاهل الإذن بالزواج للقصر بما يحمله من ضوابط

¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.42.

تحكمه عن طريق إبرام الزواج بالفاتحة(العربي)، ثم بعد فترة تثبته قضائيا دون أية مشاكل، ومن ثم العث بمصلحة القصر التي قد ينتج عنها في الكثير من الأحيان مطلقات قبل بلوغهن سن الزواج.

كما أن الزوج الذي يريد الزواج بامرأة أخرى، و بكل بساطة يمكنه تجاهل كل القيود المفروضة بموجب المادة 08 من قانون الأسرة، فيبرم زواجه عن طريق الفاتحة (العربي) ، لأن المشرع أعطاه مفتاح التلاعب وخرق القانون وتجاهل كل الشروط المفروضة عن طريق المادة 22 من قانون الأسرة.

لهذا طلبنا من المشرع إلغاء المادة 22 لأنها تؤدي إلى تجاهل القيود القانونية وتجعل منها بلا فائدة، ووجودها مثل عدمها.

- كما أن إثبات العلاقة الزوجية في الزواج العربي تعد من أخطر المشاكل في العصر الحاضر، وذلك لأنه يعقد في كثير من حالاته لأغراض معينة²، وبمجرد أن تطفوا الخلافات يتهرب البعض من الالتزامات المفروضة عليه بمقتضى عقد الزواج العربي.

- و للحد من هذه المشاكل الناتجة عن الزواج العربي، اقترحنا على المشرع إسناد مهمة إبرام عقود الزواج لجهة شرعية ورسمية في نفس الوقت تبرمه مرة واحدة، وبالمقابل حظر كل زواج يقع خارج هذه الجهة الرسمية.

- كما أنه يجب على النيابة العامة عند تعاملها مع قضايا إثبات الزواج العربي عدم تشبثها بدورها التقليدي المتمثل في التماس تطبيق القانون أو إسناد النظر للمحكمة، لأن ذلك ينطوي على تقصير في أداء مهمتها.

²- فارس محمد عمران، الزواج العربي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، المرجع السابق، ص.40.

- كما أن استمرار المشرع في تبني الزواج العرفي وسهولة تحايل العابثين على القضاء في إثبات علاقات غير شرعية و تحويلها إلى زواج رسمي، يجعلنا نقول أن كل ذلك سيجلب على المجتمع كماً هائلاً من المفساد وما يتبعها من استحلال الحرمات واختلاط للأنساب.

لهذا ندعو مشرعنا إلى وضع قواعد قانونية صارمة تقف حاجزاً أمام هذا المد الجارف لظاهرة الزواج العرفي الذي أصبح ينهش الأسر ويهدد كيانها، واقتراحنا على المشرع مبني على ما كانت تنص عليه مواد القانون رقم 777-57 المتعلق بإثبات وحجية عقود الزواج، والذي أوجب في نصوصه ضرورة تسجيل عقود الزواج فور انعقاده وبعد خمسة أيام على الأكثر بعد البناء، و إلا تعرض مخالفوه للعقوبات المالية و البدنية المنصوص عليها في هذا القانون.

ثانياً- بالنسبة لانحلال الزواج:

- استنتجنا أن إجراء عدة محاولات صلح هو تعديل تشريعي لا فائدة له واقعياً، إذ كيف يمكن للقاضي القيام على الأقل بثلاث محاولات صلح، الذي كثيراً ما يجد نفسه تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، مما يعيقه عن بذل الجهد الحقيقي وتخصيص الوقت المتطلب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي نصت بها المادة 49 المعدلة من ق.أ .

- بالنسبة لمسألة ثبوت الطلاق، فإن أكبر إشكال يتمثل في عدم انسجام النص القانوني مع النص الشرعي، مما نتج عنه إشكالات أخرى، سببها في الواقع كان ناتجاً عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق، إلا أنه كان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية ومراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في نفس الوقت، وذلك بالأشهاد على الطلاق، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، وبذلك يحقق استقرار الأوضاع القانونية التي يسعى إليها المشرع.

- أما بالنسبة لنص المادة 53 من ق.أ، فإنه يعاب على المشرع إتباعه فلسفة غير مجدية، و ذلك نظرا للعدد المتشعب الذي تبناه من الأسباب المفدية إلى التطليق³، فعلاج المشاكل الأسرية لا يكون في كثرة أسباب التطليق وتنوعها، وإنما هو خلق لمشاكل عديدة جديدة.

- كما أن المشرع لم يعط لموضوع الخلع أهميته اللازمة، مكتفيا بمادة واحدة جاءت ضعيفة من حيث الكم لاحتواء كل موضوع الخلع، فكان الأجدر على المشرع لو وضع الكثير من الأمور المتعلقة بهذا الموضوع المهم، حتى نجنب القضاة الوقوع في الإشكالات.

- أما بالنسبة للتعويض عن الطلاق التعسفي، فإن المادة 52 المعدلة من ق.أ تحمل الكثير من الغموض و النقائص، فالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسياته، و دعائمه التشريعية تتضمن نظرية التعسف في استعمال الحق وإيجاب المتعة للمطلقة، بخلاف القانون الذي يستند على نظرية التعسف فحسب، كما أن القانون لم ينص على نفقة المتعة، وعليه نطلب من المشرع النص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن تعويض الطلاق التعسفي.

- كما أن المشرع لم يكن موفقا عند تطرقه لموضوع النزاع حول متاع بيت الزوجية، و ذلك باقتصاره على مادة واحدة و وحيدة، فالمادة 73 من ق.أ لا تجيب عن كل الأسئلة والاستفسارات، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله.

- أما فيما يتعلق بالحضانة، فإن المشرع لم يعط شروط ممارسة الحضانة أهميتها اللازمة، إذ لم يخص هذا الموضوع المهم إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من ق.أ بقوله: "ويشترط أن يكون أهلا لذلك"، فكان الأجدر على المشرع لو وضع على الأقل مادة واحدة تفصل كل الشروط لممارسة الحضانة.

³- أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

- كما أن المشرع لم يوسع من مفهوم الزيارة، فهو لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، فهل تكون يوميا، أسبوعيا أم شهريا؟

- أما بالنسبة لسكنى المطلقة الحاضنة، فإن المشرع لم يكن موفقا في تعديله للفقرة 02 من المادة 72 من ق.أ عندما نص على بقاء الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، فصياغة المادة جاءت مجانبة للصواب، لأنه لم يوضح الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أن الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن.

- كما أن الزواج المختلط يعتبر فعلا من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية، بحيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة وخاصة نص المادة 62 المتعلق بالتربية على دين الأب.

- كما أن المشرع أغفل مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون، وهي انتهاء مدة الحضانة ورفض الطفل الانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة.

و على هذا يبقى قانون الأسرة مشوبا بالقصور شكلا وموضوعا، مما يتطلب إعادة النظر في بعض مواده بالتعديل و الإلغاء و الإثراء و الإضافة، على أن هذا لا يعتبر انتقاصا من الجهد المبذول من قبل المشرعين، وإنما لا يتعدى كونه عملا بشريا يعتره النقص.

و في الختام، ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة إعادة النظر مرة أخرى في قانون الأسرة، و أن يكون ذلك وفقا لدراسة متبصرة و دقيقة و شاملة ومنسجمة مع غيرها من النصوص القانونية المرتبطة بها ، مع الأخذ بعين الاعتبار التحولات والمتغيرات الجديدة في إطار التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية كمرجع وضابط أساسي لأي تعديل.

قائمة الملحق

الملحق رقم 01: يتضمن نموذج للشهادة الطبية ما قبل الزواج معدة تطبيقا لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

الملحق رقم 02: يتضمن التعليم رقم 60 الصادرة عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف في 12/04/2000 والمتعلقة بتنظيم عمل المسجد.

الملحق رقم 03: يتضمن القانون رقم 01 لسنة 2000 المتعلق بإصدار تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية، الجريدة الرسمية، العدد 04 (مكرر) في 29 يناير 2000.

الملحق رقم 04: يتضمن حكم صادر عن محكمة عين تموشنت، قسم شؤون الأسرة، 28/03/2012، رقم الجدول 11/02132، رقم الفهرس 12/0068704.

الملحق رقم 05: يتضمن مجموعة من القرارات القضائية الإستئنافية الصادرة عن القضاء المغربي، والخاصة بثبوت الزوجية.

الملحق رقم 06: يتضمن مجموعة من القرارات القضائية الصادرة عن القضاء المغربي، والخاصة بتطبيق المادة 183 من مدونة الأسرة المغربية.

قائمة المراجع

أولا - المراجع العامة.

ثانيا - المراجع الخاصة.

ثالثا - أطروحات الدكتوراه والمذكرات.

رابعا - المقالات والتعليق.

خامسا - النصوص القانونية.

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع، وبرواية حفص عن عاصم.

أولاً- المراجع العامة:

* باللغة العربية:

- 1- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، سنة 1998 .
- 2- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1998 .
- 3- ابن حزم الأندلسي، المحلى، ج.10، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 4- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، دار الكتاب العربية، القاهرة، سنة 1325 هـ.
- 5- أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن ورد، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، سنة 1983 .
- 6- أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير، ج.1، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، سنة 1995 .
- 7- أبو عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط.1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، د.س.ن.
- 8- أبو عبد الله محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجنان والظاهر المعموري، ج.1، دار الغرب الإسلامي، سنة 1993 .
- 9- أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج.9، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.

- 10- أبو فرج جمال الدين عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد الميسر في علم التفسير، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994.
- 11- الإمام البخاري، صحيح البخاري، دار القلم، سنة 1987 .
- 12- الإمام مالك، الموطأ، باب القضاء في المرفق، ج.4، ط.1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، سنة 1425 هـ - 2004 م.
- 13- الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، سنة 2001.
- 14- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج.4، ط.1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، سنة 1423 هـ - 2002 م.
- 15- الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج.2، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، سنة 2001 .
- 16- الغوثي بن ملححة، القانون القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، سنة 1995.
- 17- الغوثي بن ملححة، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001 .
- 18- حسام الدين السنغاني، الوافي في أصول الفقه، تحقيق أحمد محمود اليماني، ج.4، دار القاهرة، مصر، سنة 2003 .
- 19- زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية، ج.1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، سنة 2000.

- 20- زهو أحمد النجدي، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1991.
- 21- سعيد حوى، الأساس في تفسير القرآن، ج.2، ط.5، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1999.
- 22- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.2، ط.5، دار الكتاب العربي الحديث، لبنان، سنة 1992.
- 23- سنن الترمذي، ج.3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 24- سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، بيروت، لبنان، سنة 1985.
- 25- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود، ج.4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994 .
- 26- عادل حسين علي، أحكام الإثبات، مصر، سنة 1998.
- 27- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1992.
- 28- عبد الحميد شاكر، أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وأولاده، ط.1، جروس برس، سنة 1996 .
- 29- عبد الرحمن البناء، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج.16، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.

- 30- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2011 .
- 31- عبد العزيز سعد، ظام الحالة المدنية في الجزائر، ط.1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1995.
- 32- عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، سنة 1420 هـ - 2000 م.
- 33- عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1398 هـ - 1978 م.
- 34- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1982.
- 35- عمر عزيمان، دليل قاضي النيابة العامة، سلسلة الدلائل والشروح القانونية، ط.1، منشورات وزارة العدل المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، سنة 2000 .
- 36- علي أحمد الجرجاوي، حكمة التشريع و فلسفته، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1997 .
- 37- فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دُولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، مركز الدراسات القانونية والقضائية، د.د.ن، تونس، سنة 2006 .
- 38- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1981 .
- 39- فخري أبو صافية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، د.س.ن.

- 40- محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج.5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1987.
- 41- محمد المواق، التاج و الإكليل لمختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، القاهرة، مصر، سنة 1978 .
- 42- محمد بن إسماعيل أمير الصنعاني، سبل السلام، المجلد الثاني، ج.3، دار الحديث، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 43- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.2، دار الفكر العربي، سنة 1987 .
- 44- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، ط.8، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 1421 هـ - 2001 م .
- 45- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، تحقيق أبو عبد الله محسن محمد حسين اسماعيل الشافعي، ج.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1997 .
- 46- موفق الدين ابن قدامة و شمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج.7، دار الغد العربي، سنة 1995 .
- 47- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، سنة 2008 .
- 48- نبيلة سيلان، الإثبات، مطبعة الحي، طنجة، سنة 1998 .
- 49- نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات، ط.1، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 1984 .

50- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزائر، سنة 1981 .

51- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، ط.11، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، سنة 1397 هـ - 1977 م.

* باللغة الفرنسية:

1- André-CHAPELLE, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, these, Paris, 1979.

2- Pierre MAYER , Droit international privé , 6 ème edition, Montchrestien, 1998.

ثانيا- المراجع الخاصة

أ- المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية:

* باللغة العربية:

1- أحمد إبراهيم بك وواصل عطاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، سنة 2003 .

2- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، ج.1، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1985 .

3- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط.3، مكتبة الفلاح، بيروت، لبنان، سنة 1982 .

4- أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العربي، حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1426 هـ - 2005 م.

5- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1997 .

6- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006 .

7- العربي شحط عبد القادر و قدور ابراهيم عمار المهاجي، قانون الأسرة مدعم بمبادئ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا، دار الأديب للنشر والتوزيع، الجزائر، د.س.ن.

8- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.1، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، سنة 2005 .

9- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ج.1، دار الهدى، الجزائر، سنة 2012 .

10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، د.م.ج، الجزائر، سنة 1999 .

11- بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، د.م.ج، الجزائر، سنة 2002 .

12- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، سنة 2005 .

- 13- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، الجزائر، سنة 1428 هـ - 2007م.
- 14- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008 .
- 15- تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، ألفت على طلبة السنة الرابعة كلاسيكي، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الدراسية 2010-2011 .
- 16- تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، ألفت على طلبة سنة أولى ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص معمق، سنة 2011-2012.
- 17- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2002 .
- 18- زروقي الطيب، الكامل في العرائض القضائية طبقا للقانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، ج.1، العرائض القضائية في شؤون الأسرة، ط.1، مطبعة الفسييلة، الجزائر، سنة 2010 .
- 19- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، منشورات دار طليطلة، الجزائر، سنة 2010 .
- 20- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العربي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم(1) لسنة 2000، الإسكندرية، مصر، سنة 2001 .
- 21- شمس الدين بوروي، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، ط.1، شركة الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، جانفي 2003 .

- 22- صوفي أبو طالب، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج.1، ط.1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، سنة 1420 هـ - 2000 م.
- 23- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 1430 هـ - 2009 م.
- 24- عبد الخالق أحمدون، قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي، ج.1، ط.1، سنة 2005 .
- 25- عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 26- عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالة، بن عكنون، الجزائر، سنة 2000 .
- 27- عبد الفتاح كبارة، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، سنة 1414 هـ - 1994 م.
- 28- عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات قرطبة، الجزائر، سنة 1428 هـ 2007 م.
- 29- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2010 .
- 30- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الأحوال الشخصية، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1997 .

- 31- عبد الملك بن يوسف المطلق، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية و خارجها، دراسة فقهية و اجتماعية نقدية، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع،السعودية،سنة 1427 هـ - 2006 م.
- 32- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري و نکاح المتعة،والزواج العرفي عند المسيحية و زواج المسيار،دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن.
- 33-عبير ربحي شاکر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، عمان، الأردن، سنة 2007 .
- 34- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، د.س.ن.
- 35-علي لبن، الزواج العرفي شرعا و قانونا، المشكل والحل، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2007 .
- 36- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن.
- 37- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2000 .
- 38- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هومه، الجزائر، سنة 2005 .
- 39- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1957 .

- 40- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 1427 هـ - 2006 م.
- 41- محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط.1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، سنة 1957 .
- 42- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط.1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2006 .
- 43- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط.3، د.م.ج، عنابة، الجزائر، سنة 1992 .
- 44- محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1983.
- 45- محمد فتحي نجيب و محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الشروق، القاهرة، مصر، سنة 2002 .
- 46- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التعرض لأحكام القضاء و بيان ما عليه العمل اليوم، ج.1، دار الكتاب العربي، مصر، سنة 1378 هـ - 1958 م.
- 47- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.1، دار السلام، القاهرة، مصر، سنة 1998 .
- 48- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، سنة 2006 .
- 49- نبيل صقر و قماروي عز الدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008 .

50- هلال يوسف ابراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية و القانونية، شرح و تعليق و صيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1999 .

51- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، سنة 1405 هـ - 1985 م.

52- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هوم، الجزائر، سنة 2011 .

*باللغة الفرنسية:

1- Ghaouti BENMELHA, Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993 .

ب- المراجع الخاصة بانعقاد وانحلال الزواج:

1- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الشروق، بيروت، لبنان، سنة 1408 هـ - 1988 م.

2- أحمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1430 هـ - 2009 م.

3- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ط.2، مكتبة السنّة، القاهرة، مصر، سنة 1998 .

4- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العرفي، أركانه و شروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2002 .

- 5- الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، ط.1، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، سنة 1989 .
- 6- أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، سنة 1430 هـ -2010 م.
- 7- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2008 .
- 8- باديس ديابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، سنة 2007 .
- 9- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، سنة 1961 .
- 10- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، ط.3، د.م.ج، الجزائر، سنة 2004 .
- 11- تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، الجزائر، سنة 2001 .
- 12- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2008 .
- 13- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط.1، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2009 .
- 14- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، سنة 2001 .

- 15- عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، سنة 1979 .
- 16- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج.1، ط.2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1968 .
- 17- عبد الرحمن بن سعد الشترى، حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة و تحديد سن الزواج، ط.2، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، سنة 1431 هـ - 2010 م.
- 18- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1996 .
- 19- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط..3، دار هومه، الجزائر، سنة 2011 .
- 20- عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، والأحكام الفقهية المتعلقة به في منظور الفقه الإسلامي، دراسة فقهية طبية قانونية، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2012 .
- 21- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 1428 هـ - 2007 م .
- 22- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر، سنة 2003 .
- 23- عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1420 هـ - 2000 م.

- 24- عوض رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، د.د.ن، سنة 2002 .
- 25- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006 .
- 26- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدها و مقاصدها، دراسة مقارنة، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010 .
- 27- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1986 .
- 28- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 29- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج، أركانه و شروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.س.ن.
- 30- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 31- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، سنة 2003 .
- 32- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج.1، الخطبة والزواج، ط.2، الجزائر، سنة 1994 .
- 33- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والطلاق، ط.7، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، سنة 1417 هـ - 1997 م .

34- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، سنة 1409 هـ - 1988 م.

35- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط.2، دار هومه، الجزائر، سنة 2008 .

ثالثا- أطروحات الدكتوراه والمذكرات :

أ - أطروحات الدكتوراه:

1- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، سنة 2005-2006 .

2- كمال طه مسلم، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2006 .

3- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 1429-1430هـ/ 2008-2009 م.

4- نزار كريمة، أبعاد و مخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، سنة 2009 - 2010 .

ب- مذكرات الماجستير:

1- اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2002-2003 .

2- بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009 .

3- جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2004-2005 .

4- حمليل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، سنة 1997-1998 .

5- صفوان محمد رضا محمد علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، دراسة شرعية قانونية تطبيقية، مذكرة ماجستير، تخصص الفقه، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، 03 رجب 1425 هـ - 2004/08/09م.

6- عبد القادر بوقزولة، توثيق الزواج بين الشريعة والقانون، توثيق عقد الزواج لمسلمي فرنسا، مذكرة ماجستير، المعهد الأوروبي للعلوم الإنسانية بباريس، قسم الدراسات العليا، شعبة الفقه وأصوله، باريس، فرنسا، سنة 2010-2011 .

7- عبد الله محمد خليل ابراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010 .

8- عبد الواحد مطيع، دور النيابة العامة في قضايا الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، تخصص العقود و العقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، سنة 2009-2010 .

9- كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، سنة 2003 .

10- مقنانة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، سنة 2008-2009 .

11- نزار كريمة، اليمين في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سنة 2001 .

ج- مذكرات إجازة القضاء:

1- الشيخ إسماعيل، دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة إجازة القضاء، سنة 2005-2006 .

2- لعناني سميرة، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، مذكرة إجازة القضاء، سنة 2002-2005 .

3- مصمودي مراد وغربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانهلاله، مذكرة القضاء، سنة 2005-2008 .

رابعا- المقالات والتعليق:

* باللغة العربية:

1- أحمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج و الفحوص الطبية المطلوبة، المجلد الثاني، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بفندق هلتون العين، 22-23 صفر 1423 هـ / 05-07 ماي 2002م.

2- إلياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، رقم 08.

3- الطيب لوح، إشكالية تطبيق بعض أحكام قانون الأسرة في غياب القواعد الإجرائية الخاصة بتطبيقها والحماية الجزائية لبعض مبادئه، مجلة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.س.ن، العدد 05.

4- الغوثي بن ملح، مكانة قانون الأسرة من التقسيمات التقليدية للقواعد القانونية وخصوصياته، مداخلة أقيمت بالملتقى المغاربي حول قوانين الأسرة وتحولات المجتمع المغاربي، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 07 و 08 جوان 1999.

5- بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد 02.

6- بطيمي حسين، ماهية الإثبات، برهان القاضي والمتقاضي، مجلة الموثق، سنة 2001، العدد 04.

7- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 01.

8- بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2009، رقم 08.

- 9- بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، العدد 03 .
- 10- بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، رقم 12 .
- 11- بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة أمامها، مجلة الثقافة الإسلامية، مجلة نصف سنوية تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، حيدرة، الجزائر، السنة الأولى، 1425 هـ-2004م، العدد التحريبي.
- 12- بومزال وهيبية، التفكك الأسري خطر يهدد المجتمع، مجلة العصر الفكرية و الثقافية والإسلامية، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المؤسسة الوطنية للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 5 شعبان 1423هـ/ أكتوبر و نوفمبر 2002، العدد 05 .
- 13- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، رقم 10 .
- 14- تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الإتفاقية في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، العدد 02 .
- 15- تشوار حميدو زكية، استماع الطفل بعد الطلاق في القوانين المغاربية بين النقص التشريعي والاجتهاد، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2005، رقم 03 .

16- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر رقم 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011، رقم 12 .

17- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي؟، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2010، رقم 10 .

18- حسان عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، د.س، العدد 150 .

19- حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .

20- حميل صالح، قراءة في بعض التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقيقة، مجلة علمية فكرية محكمة، جامعة أدرار، المطبعة العربية لغرداية، ربيع الثاني 1426 هـ - ماي 2005 م، العدد 06 .

21- دليلة براف، التطليق للضرر المعتبر شرعا في الإجتهد القضائي الجزائري، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .

22- زعنون مصايحي فتيحة، مشكلة الزواج بالفاحة، ملتقى دولي حول: القانون الوضعي و مدى فاعليته في مجال الزواج، أشكال الزوجية وأشكال النسب، كلية الحقوق، جامعة وهران، بتاريخ 21 و 22 فبراير 2010 .

- 23- سارة بن شويخ، نظم توثيق عقد الزواج في دول المغرب العربي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 24- شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 25- شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2008، العدد 04 .
- 26- صديق سعوداوي، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 27- عادل محمد سليم، الزواج العربي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، سنة 2002 .
- 28- عبد الحكيم خراب، تعدد الزوجات بين الشرع والتشريع، مجلة المنهاج، سنة 2007، العدد 01 .
- 29- عبد الحميد قضاة، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط.1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، سنة 1414 هـ -1993 م .
- 30- عبد الرحمن هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، سنة 1990، العدد 02 .
- 31- عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الأمر 05-02، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، تلمسان، أكتوبر 2011، العدد 02 .

- 32- عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي و القانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، سنة 2004، العدد 09 .
- 33- عبد الكريم الطالب، النيابة العامة في مدونة الأسرة، الاختصاصات والإشكاليات، مجلة المنتدى، المغرب، يونيو 2005 .
- 34- عبد المجيد مزيان، فقه الاجتهاد و قوانين المراجعة المستمرة في نظام الأسرة وحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، شوال 1420 هـ - جانفي 2000 م ، السنة 03 .
- 35- عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 36- فاروق بدران، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، ط.3، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، سنة 1994 .
- 37- فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، مجلة فصلية محكمة تصدرها كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.س، رقم 301 .
- 38- حسين بن الشيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث و الاستشارات و الخدمات التعليمية، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، رمضان 1429 هـ - سبتمبر 2008 م ، العدد 02 .
- 39- مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، ديسمبر 2004، العدد 01 .

- 40- مجلة الموثق، سنة 2002، العدد 08 .
- 41- مجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، المغرب، يوليوز 2005، العدد 15 .
- 42- مجلة محكمة، مجلة فصلية متخصصة تعني بالدراسات القانونية، أكتوبر- دجنبر، رقم الإيداع القانوني 2006/0016، العدد 03 .
- 43- محمد عطوى، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، سنة 1987، العدد 12 .
- 44- محمد علي البار، الفحص الطبي قبل الزواج والاستشارة الوراثية، نظرة فاحصة للفحوصات الطبية الجينية، المجلد الرابع، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، بفندق هلتون العين، 22-23 صفر 1423 هـ / 05-07 ماي 2002 م .
- 45- محمد نجاري، بعض الإشكالات التي تطرحها مدونة الأسرة على المستوى التطبيقي، مجلة المحكمة، المغرب، نونبر 2004، العدد 04 .
- 46- مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، المركز الجامعي مصطفى اسطمبولي، معسكر، فيفري 2008، العدد 01 .
- 47- مصطفى عوفي، الأسرة بين التنظير والواقع، مجلة الحقيقة، مجلة علمية فكرية محكمة، جامعة أدرار، المطبعة العربية لغرداية، ربيع الثاني 1426 هـ - ماي 2005م، العدد 06 .
- 48- مصطفى معوان، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2000، رقم 01 .

49- معروف عرايبي محمد، قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، العدد 10 .

50- ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية، مركز الدراسات والبحوث القانونية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، سنة 2004، العدد 04 .

51- نذير حمادو، الأسباب التي تؤدي إلى إساءة استعمال حق الطلاق، مجلة رسالة المسجد، مجلة محكمة، تصدر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، شوال 1428 هـ / أكتوبر 2007 م، السنة الخامسة.

52- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقہ الإسلامي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2009، العدد 01 .

53- ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2001، العدد 01 .

54- يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70-03، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004 .

* باللغة الفرنسية:

1- Nadia AIT ZAI, Les droit de l'enfant en Algérie, Rapport alternatif, 40 éme Pré-session du comité des droit de l'enfant, Nations-Unis Genève, Alger, 08 juin 2005 .

مقالات من مواقع الأنترنت:

* باللغة العربية:

- 1- بلقاسم إلهام، مختصون يطالبون بتعديل قانون الأسرة وإطلاق حرية تعدد الزوجات، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ 31-05-2011، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 2- بلقاسم حوام، المحاكم تسجل 4 آلاف قضية سنويا والمختصون يجردون من الظاهرة، و جزائريات من زواج الفاتحة إلى "التبهديلة" في المحاكم، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية وقانونية، بتاريخ 21-04-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 3- ت. إيناس، رجال القانون يؤكدون أن الظاهرة في تزايد مستمر، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ 19-07-2012، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 4- رشيدة بلال، التعلية لم تقض على ظاهرة الزواج العرفي، العقد قبل الفاتحة بين البحث عن المصلحة والخوف من القيد، بتاريخ 21-11-2008، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.SocioAlger.com
- 5- رمضان بلعمري، القيود على تعدد الزوجات يفتح شهية الجزائريين للزواج العرفي، بدون تاريخ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.alarabia.net
- 6- زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مجلة الفقه و القانون، المغرب، د.س، د.ع، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.majalah.new.ma

- 7- سعيدة، بسبب عدم إشراك مختصين في تعديل قانون الأسرة، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية، بتاريخ 24-03-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 8- سلمى حراز، جزائريون يقبلون على الزواج العرفي لمراوغة القانون، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ 03-09-2012، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 9- سمية، الزواج العرفي تحت عدة أغطية ومسميات، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية وقانونية، بتاريخ 11-02-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 10- عبد العزيز وحشي، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، بدون تاريخ، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma
- 11- عصام بوربيع، الظاهرة منتشرة بكثرة في أوساط البدو والرحّل، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ 24-03-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 12- محاذير الزواج العرفي في قانون العقوبات السوري، بوابة دراسات إنسانية و اجتماعية و قانونية، بتاريخ 15-10-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 13- محمد عبد المحسن البقالي الحسني، دور النيابة العامة أمام قضاء الأسرة، بدون تاريخ، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gov.ma
- 14- وهيبة سليمان، 500 دعوى قضائية لإثبات زواج قاطنات في بيوت قصديرية بالعاصمة، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية، بتاريخ 21-07-2010، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com

* باللغة الفرنسية:

1- Selma HERRAZ , Le mariage orfi : Epouses en suspens et enfants sans papaiers d'identité, le 12-2009, Article publié sur le site Web : www.zawaya.magharebia.com

* باللغة الإنجليزية :

1-« Mariage and Divorce in France, Procédures , Statistics and Tips» , posté sur le Site : www.justice.gouv.fr

خامسا- النصوص القانونية:

1- المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408 هـ، الموافق لـ 26 يونيو سنة 1988 م ، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا، والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الجريدة رقم 30.

2- القانون التونسي، عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج.

3- القانون رقم 51 الصادر في سنة 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

4- القانون رقم 11/84 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005.

5- القانون رقم 03-70 و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 05 فبراير 2004، والمتضمن مدونة الأسرة المغربية.

6- القانون رقم 28 الصادر سنة 2005، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

7- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

8- الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 م، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

9- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، المتضمن قانون العقوبات.

10- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 29/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، المتضمن القانون المدني.

11- المرسوم التشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 07/09/1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

12- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006، المحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، المتضمن الشهادة الطبية ما قبل الزواج.

فهرس المحتويات

07.....مقدمة

الفصل الأول

16.....إشكالات انعقاد الزواج وإثباته

18.....المبحث الأول: أهم إشكالات انعقاد الزواج

20.....المطلب الأول: إشكالات العدول عن الخطبة

22.....الفرع الأول: إشكالية التعويض عن الضرر

31.....الفرع الثاني: الإشكالات المثارة حول استرداد الهدايا والصداق

32.....أولاً: بالنسبة لمسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة

37.....ثانياً: بالنسبة لمسألة الصداق المقدم إلى المخطوبة

42.....المطلب الثاني: أبرز إشكالات تكوين عقد الزواج

44.....الفرع الأول: إشكالات الأهلية والولاية في عقد الزواج

44.....أولاً: إشكالات الأهلية في عقد الزواج

45.....أ- تحديد سن الزواج (المادة 7 من قانون الأسرة)

57.....ب- الشهادة الطبية قبل الزواج (المادة 7 مكرر من قانون الأسرة)

68.....ثانياً: الإشكالات المتعلقة بالولاية في عقد الزواج

68.....أ- إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة

74.....ب- إشكالية الولاية في الحضانة

76.....	الفرع الثاني: إشكالات قيود تعدد الزوجات
76.....	أولا: إباحة التعدد في الشريعة الإسلامية
82.....	ثانيا: الإشكالات القانونية المتعلقة بقيود تعدد الزوجات
93.....	المبحث الثاني: أبرز الإشكالات المتعلقة بإثبات الزواج وآثاره
98.....	المطلب الأول: أبرز إشكالات إثبات الزواج
99.....	الفرع الأول: إشكالية تعدد الجهات التي تتولى إبرام الزواج
106.....	الفرع الثاني: سلبية دور النيابة العامة في قضايا إثبات الزواج
114.....	الفرع الثالث: تضارب مواقف القضاء في الأدلة التي تثبت الزواج
116.....	أولا: تضارب مواقف القضاء قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005
123.....	ثانيا: تضارب مواقف القضاء بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005
133.....	المطلب الثاني: أهم الآثار المترتبة عن توسيع دائرة إثبات الزواج العرفي
134.....	الفرع الأول: إثبات الزواج العرفي قد يحول علاقات الزنا إلى زواج
140.....	الفرع الثاني: إثبات الزواج العرفي قد ينسب ابن الزنا

الفصل الثاني

148.....	أهم إشكالات انحلال الزواج
151.....	المبحث الأول: أهم إشكالات صور فك الرابطة الزوجية

- المطلب الأول: إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....153
- الفرع الأول: إجراء عدة محاولات صلح تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيًا.....154
- الفرع الثاني: عدم انسجام النص القانوني مع النص الشرعي من حيث
ثبوت الطلاق.....160
- الفرع الثالث: نتائج غير منطقية تترتب على جعل الطلاق لا يسري
إلا من تاريخ صدور الحكم.....164
- أولاً: مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد
الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق.....164
- ثانياً: الطلاق في قانون الأسرة هو دائماً طلاق بائن.....165
- ثالثاً: المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت
الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن.....171
- رابعاً: إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعاً.....172
- خامساً: تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب.....173
- المطلب الثاني: إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة.....175
- الفرع الأول: عدم صيانة الأسرة بتشعب أسباب التطليق.....176
- أولاً: التطليق لعدم الإنفاق.....177
- ثانياً: التطليق للعيوب.....181
- ثالثاً: التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.....183

	رابعاً: التطلاق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس
186.....	بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.....
188.....	خامساً: التطلاق بسبب غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة.....
189.....	سادساً: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة.....
190.....	سابعاً: تطلاق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة.....
191.....	ثامناً: الشقاق المستمر بين الزوجين.....
192.....	تاسعاً: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....
193.....	عاشراً: التطلاق بسبب كل ضرر معتبر شرعاً.....
195.....	الفرع الثاني: عدم كفاية مادة واحدة لتنظيم كل أحكام الخلع.....
206.....	المبحث الثاني: أبرز إشكالات توابع فك الرابطة الزوجية.....
207.....	المطلب الأول: أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالزوجين.....
208.....	الفرع الأول: إشكالات التعويض عند التعسف في الطلاق.....
218.....	الفرع الثاني: إشكالات النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية.....
219.....	أولاً: عدم تحديد المشرع تعريفاً لمتاع البيت وشروطه.....
222.....	ثانياً: سكوت المشرع عن مكان حلف اليمين وكيفية أدائها.....
	المطلب الثاني: أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة
	بالأولاد.....225

227.....	الفرع الأول: قصور المشرع في تحديده لشروط ممارسة الحضانة.
229.....	أولاً: شرط العقل.
230.....	ثانياً: شرط البلوغ.
231.....	ثالثاً: شرط القدرة على الحضانة.
236.....	رابعاً: شرط الأمانة على الأخلاق.
238.....	خامساً: شرط الإسلام.
240.....	الفرع الثاني: أبرز الإشكالات التي تثيرها ممارسة الحضانة.
240.....	أولاً: عدم توسع المشرع في مفهوم زيارة المحضون.
243.....	ثانياً: إشكالية سكنى المطلقة الحاضنة.
249.....	الفرع الثالث: الزواج المختلط وأثره على الحضانة.
254.....	الفرع الرابع: إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة.
255.....	خاتمة.
260.....	الملاحق.
320.....	المراجع.
	فهرس
349.....	المحتويات.

ملخص

إن قانون الأسرة خضع لمناقشات واسعة، وهذا راجع إلى أن هذا القانون كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص والتي تعدّ في نظر القانون إشكالات قانونية، رتبت وسيترتب عنها حتما انعكاسات سلبية على العمل القضائي ومن ثم الأسرة والمجتمع.

لذا فإنه يتعين على المشرع أن يكون على وعي تام بمدى جسامة المسؤولية الملقاة على عاتقه في كل ما يتعلق بالسهر على استقرار كيان الأسرة، وذلك بإعادة النظر في بعض مواد قانون الأسرة إما بالتعديل والإلغاء و الإثراء، مع ضرورة الإدراك بأن مسائل انعقاد و انحلال الزواج هي من المسائل التي تتصل اتصالا وثيقا بالحقوق الاجتماعية، و تحتاج إلى إتقان كبير في صياغة النصوص القانونية المنظمة لها، و ضرورة حسن تطبيقها قضائيا.

الكلمات المفتاحية: إشكالات - ثغرات - زواج - انعقاد - انحلال.

Résumé

Le droit de la famille a fait l'objet d'une grande polémique doctrinale du fait que cette matière, à l'instar de toute autre œuvre humaine, se caractérise par son extrême concision et peu explicite dans ses dispositions, voire contradictoires dans certains cas. Ceci a entraîné un impact négatif tant sur le plan jurisprudentiel que sur le plan social et familial.

Pour mettre un terme à ces insuffisances législatives, il serait souhaitable que le législateur soit complètement conscient de la grande responsabilité que lui incombe à cet égard et par là, de veiller sur la stabilité de la famille par le biais de revoir certaines dispositions du code de la famille tout en abrogeant certaines et en complétant d'autres. Ceci se justifie par le fait que les questions se rapportant à la formation et à la dissolution du mariage se sont des questions liées vigoureusement aux réalités sociales et dont les dispositions les régissant requièrent une rédaction législative indéniable et une application jurisprudentielle parfaite.

Mots clés : mariage, dissolution, jurisprudence, loi, polémique.

Summary

The family Law was the object of a huge debate, because as the other human works it comports a set of gaps and a lacks that are considered at the sight of law as a judicial questions, from which it outcome and will outcome without a doubt a negative reversion over the judicial work, the family and society.

It bellows to the legislator to be in current of the extnet of his responsibility concerning the watch over the family life stability, and this by the revision of some articles of the family law , by the abrogation or add , knowing that the question of

contracting or dissolving marriage are facts straightly related to the social reality, they need a big master in the redaction of judicial texts and in their application.

Key words : questions – marriage – contract – dissolution.

تم بحمد الله ورحمته وقدرته وجبروته، لا اله إلا الله ولا نعبد إلا إياه

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

الصالح والفلاح والنجاح.

الباحث: عبد الحكيم بوجاني، أرجو من كل باحث مستفيد من هذا

البحث أن يحترم الأمانة العلمية وشكرا.