

جامعة أبو بكر بلقايد

- تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري

- دراسة تحليلية ونقدية -

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. / حميدو زكية

إعداد الطالب:

محمد بوجاني عبد الحكيم

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د./تشوار جيلالي
مقررة	جامعة تلمسان	أستاذة التعليم العالي	أ.د./ حميدو زكية
مناقشا	جامعة وهران 02	أستاذ التعليم العالي	أ.د./يقاش فراس
مناقشة	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة قسم "أ"	د/ نزار كريمة

الموسم الجامعي: 2018 - 2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾

سورة الروم، الآية: 20.

كلمة شكر و عرفان

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 تكافئوا به، فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه"².

فاعترافا 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.ر. 1762، ج. 5-1556.

إهداء

إلى نبي الرحمة ونور العالمين

سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى والدي ووالدي الغاليين العزيزين أطال الله وبارك في عمرهما

إلى جدتي "حنينة" أطال الله وبارك في عمرها

إلى زوجتي حفظها الله تعالى وعائلتها الكريمة.

إلى قرة عيني و فلذة كبدي: المعتصم بالله.

إلى إخوتي وأخواتي.

إلى كل من أنساني في دراستي تذكارا وتقديرا

الأهل والأصدقاء والزملاء والإخوة في الله.

إلى كل هؤلاء أهدي هذه الدراسة.

عبد الحكيم بوجاني.

قائمة أهم المختصرات

باللغة العربية:

ج: الجزء.

د.ت.ن: دون تاريخ 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 والموارث.

ف: الفقرة.

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية.

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

ق.ع: قانون العقوبات.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ق.م.م: القانون المدني المصري.

ق.و.م.م: قانون الولاية على المال المصري.

م: المادة.

م.أ.م: مدونة الأسرة المغربية.

م.ع: المحكمة العليا.

م.ق: المجلة القضائية.

م.م.ع: مجلة المحكمة العليا.

م: التاريخ الميلادي.

هـ: التاريخ الهجري.

باللغة الفرنسية:

art: article.

C.c.f: Code civil français.

N: Numéro.

op.cit: ouvrage précédemment cité.

O.P.U : Office des publications universitaires.

p : Page.

R.T.D : Revue Tunisienne de Droit.

مقدمة

لا يوجد في الإسلام عقد سمي ميثاقا ثم وصفته النصوص بأنه غليظ سوى ميثاق الزواج، وكان كافيا أن يصف القرآن عقد الزواج بأنه ميثاق وعهد، حيث قال تعالى: ﴿وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِمَاءً مُبِينًا، وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾¹.

وعليه، يعتبر الزواج في ديننا الحنيف ميثاقا غليظا² يربط الرجل والمرأة، وهو عبادة وقرى لله سبحانه و تعالى بكل ما تحمله الكلمة من معنى، أساسه توحد رجل وامرأة في أسرة نقية زكية، لباسهما التقوى وطموحها الأسمى تحقيق الامتداد للحياة و الفضيلة معا، و للإيمان و العمران على السواء، وتخرج أجيال تحقق رسالة الوجود، ويتعاون في ظلها الأبناء على تربية ذرية سليمة القلب، عزيزة النفس، حسنة الخلق، موفورة الكرامة، عابدة لربها وملزمة بشرعه.³

وقد بين الله سبحانه وتعالى هذا المقصد بقوله: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ هُنَّ﴾⁴.

ولا يتحقق هذا الميثاق إلا إذا كان كل من الزوجين مضطلعا بحقوقه وواجباته، وملتزمًا في ذلك بالضوابط و الشروط المتعلقة بالزواج، و الأهم من ذلك أن يكون كل منهما عارفا ومدركا لمقاصد الزواج، وذلك لكي يحافظ على هذه العلاقة المشروعة و يتحمل في سبيلها المشقة وعنت الحياة، ويتغاضى عن اللّم حتى لا يضر بتلك المقاصد، ولا يكون مصير هذه الأسرة التفكك والانحلال.⁵ فهو عقد تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه، وبالتالي لابد من توافر أركان وشروط خاصة لهذا الزواج

¹ - سورة النساء، الآيتان 20-21.

² - أنظر، لحسن بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هوم، الجزائر، 2005، ص.32.

³ - أنظر، حساين بن عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء و القانون، المغرب، د.س، العدد 15، ص. 95؛ عبد العزيز وحشي، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، ص. 01، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للملكة المغربية: www.justice.gove.ma

⁴ - سورة البقرة، الآية 187.

⁵ - أنظر، طاري سعيد، التعسف في فُرُق الزواج و آثاره، دراسة مقارنة، مذكرة شهادة الماجستير، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، السانية، سنة 1433-1434 هـ / 2012-2013م، ص. 05.

لا يمكن أن نجدها في أي عقد آخر، فإذا توفرت جميعها وُجِدَ العقد، ومن ثم يكون صالحا لترتيب آثاره الشرعية قِبَل طرفيه و في مواجهة الكافة⁶.

كما أنه يستلزم لتحقيق الغايات السامية التي قام من أجلها نظام الزواج، التأكيد على توثيق عقود الزواج وإلزام المسلمين بذلك، هذا الإلزام إنما هو لحفظ حقوق الزوجية الناشئة عن عقد الزواج بصيانة هذا العقد من العبث والضياع، وإنكاره إذا ما عُقِدَ بدون وثيقة رسمية ثم أنكر أحد الزوجين وعجز مدعيه عن إثباته بالطرق الأخرى، ولو كان بيده وثيقة رسمية ما استطاع أحد إنكاره⁷.

وهكذا، تشكل الأسرة اللبنة الأولى لأساس بناء المجتمع⁸. وإذا نظم هذا الأساس وبني على أسس وقواعد سليمة ومبادئ وقيم رفيعة ظل هذا البناء شامخا متماسكا لا تؤثر فيه عوامل التعرية، يحمي كل من يأوي بداخله من كل تيارات متطرفة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق المستقيم⁹.

ومن هنا فإنّ العناية بتقوية الأسرة تعد من أهم ما ينبغي على واضعي القانون رعايتها وأخذ الطريق إليها، ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن بقاءها ونموها وتقديس أصلها المتمثل في الزواج الذي يكتسي أهمية اجتماعية بالغة، باعتباره يقي المجتمع من الظواهر والآفات الخطيرة ويهدف إلى صيانة المجتمع والفرد من الوقوع في الرذائل والمنكرات، ويصونه من عواقب هذه الأمراض الاجتماعية¹⁰، وذلك بدليل قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا

⁶ - أنظر، بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر، سنة 2013-2014 ، ص 17.

⁷ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه.

⁸ - نص المادة الثانية من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/9 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 على أن: " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

⁹ - أنظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، د.ج، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص.05؛ رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1999، ص.10.

¹⁰ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.05.

وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبَالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ¹¹.

ولهذا اعتنى الإسلام أياً عناية بمؤسسة الأسرة، بحيث أنه 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 والمواثيق¹².

فإنه جل شأنه تكفل منذ بدء الخليقة بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة¹³، عن طريق الزواج بصريح القرآن: ﴿وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا¹⁴﴾، ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا¹⁵﴾.

وللأهمية البالغة التي عني بها الزواج في الإسلام، اعتبره الباري سبحانه وتعالى آية من آياته، إذ قال جل شأنه: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ¹⁶﴾.

وإذا كان الميثاق يتطلب جملة من جملة ما يتطلب العزم على المحافظة عليه والتصميم على تنفيذه نصاً ومضموناً، كان وصفه بكونه غليظاً يشعر بأن ما يمكن أن يعترضه من ملابسات لا تبرر تعريضه للتهاون به، أو التخلي عن ثقل التزامه، وذلك لأهمية وخطر دور الأسرة في المجتمع¹⁷.

هذه الأهمية التي تتجلى لنا اليوم على أرض الواقع بفعل التغيرات التي طرأت على مجتمعنا

11- سورة النحل، الآية رقم 72.

12- 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 التجريبي، ص.143.

13- 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.

14- سورة النساء، الآية الأولى.

15- سورة الأعراف، الآية 198.

16- سورة الروم، الآية 20.

17- بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.09.

وهي تغيرات ناتجة عن تأثيرات المد الغربي والعملة¹⁸.

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

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 توجيهات الشريعة، وبين العلاج القانوني والعملي لمثل هذه الأوضاع الجديدة¹⁹.

فقد عرف المجتمع الجزائري في السنوات الأخيرة تحولات اقتصادية وثقافية هامة شملت مختلف الميادين و المجالات، و قد مست هذه التغيرات الكيان الأسري من حيث بنيته وأدائه لوظائفه²⁰.

الأمر الذي أدى إلى تغيير أحكام العلاقة الزوجية، كلما حدث تغيير في مفهوم هذه العلاقة ومن 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 إبرام عقد الزواج دون القصد من ورائه تحقيق أهدافه، أو الاشتراط فيه لحماية حق من حقوق طرفيه، أو انحلاله بالتي هي أحسن²¹.

¹⁸ - أنظر، بومزال وهيب، 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.

¹⁹ - 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.

²⁰ - أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، سنة 2011، رقم 12، ص.57.

²¹ - أنظر، تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2007، العدد 02، ص.209.

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

ولقد تجسدت تلك الحساسية اتجاه هذا القانون في الجزائر عند صدوره، حيث تأخر ذلك بفترة طويلة إلى غاية 1984، فأثير حوله آنذاك ضججات ونقاشات كثيرة. مع أنّ جمع الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة في نص تشريعي واحد يعد في حد ذاته عملا قانونيا إصلاحيا هاما، إلا أنه مع ذلك لم يمحض على الشروع العملي في تطبيق هذا القانون (1984) أكثر من عشر سنوات، حتى بدأت المطالبات والاقتراحات بالتعديل الجزئي لقانون الأسرة الجزائري²². وبقي الحال على ذلك إلى غاية 2005 أين أجري عليه أول تعديل مس بعض مواده²³.

غير أن الطريقة التي تم بها التعديل لم تكن في مستوى التطلعات، نعني بذلك صدور هذا التعديل بأمر دون أن يعطي فرصة لممثلي الشعب لمناقشته أو إبداء رأيهم فيه²⁴.

و عليه، فإنّ قانون الأسرة خضع لمناقشات واسعة، وهذا بسبب غموض بعض نصوص قانون الأسرة، وإشكالات تنفيذ بعضها الآخر، وإغفاله معالجة مسائل هامة، وكذا التضارب الحاصل بين نصوصه ونصوص القوانين الأخرى، وخاصة القانون المدني، وقانون الجنسية، وقانون الحالة المدنية، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالإضافة إلى تعارض وعدم انسجام بعض مواد قانون الأسرة نفسه²⁵.

²² - أنظر، علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة الشرطة، 1990، العدد 04، ص.09؛ أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.34.

²³ - وهو القانون رقم 11/84 الصادر في 09 رمضان سنة 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان سنة 1984 م المتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 15 بتاريخ 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم سنة 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005.

²⁴ - 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.

²⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.34.

ومن هنا تظهر أهمية هذا البحث ، ذلك أن قضية الأسرة أصبحت اليوم تتصدر معظم الاهتمامات الفكرية بالجزائر²⁶، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية.

ونظرا لحاجات المجتمع المتجددة، ولظروف العصر المتطورة، وآثار العولمة على القوانين الداخلية، وانطلاقا من التطور الهائل الذي عرفته مكانة المرأة في المجتمع الجزائري، ازدادت حدة المطالبة بضرورة تغيير قانون الأسرة من طرف بعض الهيئات والأحزاب السياسية والجمعيات النسائية، وهذا كله في سياق وطني ودولي (ومنه مقتضيات العولمة، ومصادقة الجزائر على مجموعة من الاتفاقيات...)، ولأسباب سياسية واقتصادية واجتماعية، أضحت فيها الديمقراطية وحقوق الإنسان وحقوق المرأة مطلبا مركزيا، الأمر الذي أدى إلى تعدد الاتجاهات والاقتراحات والمطالب، والاختلاف في الرأي والتفسير²⁷.

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

وعليه، نظمّ المشرع الجزائري مسائل الزواج في قانون الأسرة، مراعيًا في ذلك مستجدات العصر وتطور المجتمع، فحدد أحكاما وشروطا في عقد الزواج لا بد من توافرها في المقدمين عليه، وخصّه بمقدمات تتفق مع أهميته.

²⁶ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد 2، ص. 83.

²⁷ - أنظر، فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996، العدد 04، ص. 642؛ 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.ت.ن، العدد 05، ص. 53؛ تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد 01، ص. 09؛ بن داود عبد القادر، مشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مجلة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، العدد 04، ص. 98؛ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط. 2، دار هوم، الجزائر، 2014، 10-11؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 34-35.

كما نظم المشرع أحكاما تتعلق بمسائل الطلاق، ذلك أنّ ميثاق الزواج قد ينتابه نوع من الفتور، فتتنافر القلوب وتستحكم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبل المودة بين الزوجين، وفي هذه الحالة قد يصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها²⁸، مما يفسح المجال أمام خيار حل عقدة الزواج كضرورة لا غنى عنها. لأنه لا ينبغي أن تكون هناك زوجية قائمة على أساس القهر والإجبار²⁹. فالزواج عقد وهو تعايش، والتعايش لا يمكن أن يتم بغير المودة وحسن المعاشرة، ومن ثم إذا تباينت طبائع الزوجين واختلفت أخلاقهما فلا يتم الترابط والانسجام بينهما³⁰، ومن هنا فلا مصلحة للمجتمع في الإبقاء على مثل هذه الزوجية المضطربة، وهذه هي الحكمة من تشريع الطلاق، فهو "علاج ووقاية وليس بعقوبة"³¹.

ولقد وضع المشرع لهذا الطلاق عدة إجراءات لا بد من توافرها، كما منح للزوج حق فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، كما أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق والخلع³².

ولضمان التقيد بأحكام هذا القانون، جعل المشرع قاضي شؤون الأسرة رقيباً وحارساً أميناً لضمان التقيد بمختلف نصوصه، إلا أنّه مهما بلغت حيطة المشرع وحسن صياغته، فإنّه ظلّ عاجزاً عن معالجة كل الحالات المعروضة على القضاء، ذلك أن الواقع العلمي أفرز إشكالات عملية عديدة ناتجة إمّا عن ظروف تطبيق القانون، وإمّا عن الثغرات القانونية التي أغفلها المشرع في تعديله لقانون الأسرة³³.

²⁸ - أنظر، يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70-03، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004، ص.23.

²⁹ - أنظر، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص.282 وما بعدها.

³⁰ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج.2، الطلاق وآثاره، ط.8، منشورات جامعة دمشق، 2001/2000، ص.9 وما بعدها.

³¹ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، 2001، ص.120؛ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.06.

³² - أنظر، شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2013-2014، ص.02.

³³ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.17.

كما نظم المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 86 وأدرجها في الكتاب الثاني من تقنين الأسرة، وخصّ الأحكام العامة بها في الفصل الأول أين ذكر المواد أعلاه، ومنه ما تعلق بولاية القاصر فقد أدرجها في الفصل الثاني من نفس الكتاب، ونظمها من المواد 87 إلى 91، كما نظم الوصاية من المواد 92 إلى 98، والكفالة في المواد من 116 إلى 125.

كما تحتل أحكام التركات وقواعد الفرائض والميراث في الفقه الإسلامي والقوانين حيزا متميزا عن باقي أبواب الفقه الأخرى. ولذلك فلا عجب إن عده بعض العلماء والباحثين علما مستقلا بذاته له قواعده وأصوله وأحكامه³⁴.

هذا وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الميراث والتبرعات في الكتاب الثالث والرابع من قانون الأسرة، حيث نظم أحكام الوصية في هذا الأخير في الفصل الأول منه، وذلك في المواد من 184 إلى 201، ونظم أحكام الهبة في الفصل الثاني من نفس الكتاب الرابع في المواد من 202 إلى 212، أما بالنسبة للوقف فنظمه المشرع في الفصل الثالث تحت عنوان "الوقف" في المواد من 213 إلى 220، من قانون الأسرة.

إلا أنّ تقنين هذه الأحكام في قانون الأسرة الجزائري، وتطبيقاتها العملية أفرز عدة إشكالات نظرية وعملية، وكشف عن ثغرات ونقائص شكلت عقبة أمام التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية³⁵.

وعلى هذا فإنّ إشكالية البحث تتمحور حول ما يلي: ما هي أبرز الإشكالات التي يثيرها قانون الأسرة الجزائري؟

³⁴ - أنظر، عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.4، دار هوم، الجزائر، 2015، ص.09.

³⁵ - أنظر، زبيدة إقروفة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، ديسمبر 2017، المجلد 04، العدد 03، ص.01.

ومن خلال ذلك سنحاول في هذه الأطروحة المعنونة بـ: "أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري -دراسة تحليلية ونقدية-"، تسليط الضوء ومعالجة أهم هذه الإشكالات المثارة حول الزواج والطلاق والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات.

معتمدين في دراستنا على المنهج التحليلي والمنهج النقدي لأهم المسائل المنصوص عليها قانونا المتعلقة بموضوع بحثنا، مع إعطاء بعض الأمثلة عن بعض القوانين العربية والغربية.

وسنركز حسب رأينا على أهم الثغرات والنقائص القانونية، والتي نراها تشكل عقبة حقيقية للباحثين أو الممارسين في تطبيقهم للنصوص القانونية المتعلقة بالتقنين الأسري، وسنحاول إعطاء الحلول البديلة لذلك. بالإضافة إلى السعي والمحاولة إلى إعطاء هذا الموضوع المهم 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.

وسيتيم 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 والقرارات القضائية لما لها من دور في معالجة بعض المسائل الهامة بما يحقق الأهداف المرجوة من هذا البحث.

وعليه، سنعتمد في هذه الدراسة خطة مقسمة إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول: أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثاني: أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الثالث: أبرز إشكالات النيابة الشرعية والميراث والتبرعات في قانون الأسرة الجزائري.

الفصل الأول

أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة

الجزائري

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

"إنّ عقد الزواج كغيره من العقود له أركان³⁶ (Eléments constitutifs) وشروط (Conditions)، يقوم عليها و يتحقّق بها"³⁷، إلا أنّ هذه الأركان و الشروط لها طبيعة خاصة، لا يمكن أن نجدّها في أي عقد آخر، وذلك نظرا لأهمية الزواج و خطورته في المجتمع³⁸. فإذا حاولنا مقارنة عقد الزواج بعقد البيع ، يتضح لنا بأنّ قياس الزواج على البيع هو قياس غير صحيح، ذلك أنّ عقد البيع من عقود المعاوضة المحضة، بينما الزواج ليس كذلك، لأنّ فيه تحصين النفس وحفظها من الوقوع في المعصية وفيه حفظ الدين، و كلها مصالح لا يشمل عليها عقد البيع.

فالزواج أسلوب اختاره الله سبحانه و تعالى للتوالد و التكاثر و استمرار الحياة³⁹، و لما كان عقد الزواج من أخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته⁴⁰، ومن أهم التصرفات ذات الشأن الكبير، لما اشتمل عليه من حقوق و التزامات عديدة عظيمة الأثر وطويلة الأمد، فقد اختص المشرع الجزائري عقد الزواج من بين العقود بمقدمات تمهيدية تمهد لإبرام العقد، و هي ما يسمى بالخطبة أو بالوعد بالزواج ، حيث درج الناس على ألا يقدموا على إنشاء هذا العقد إلا بعد التمهيد له بهذا الإجراء ، أو هذه الوسيلة، أي بمرحلة سابقة على التعاقد النهائي⁴¹، بعد تفكير وروية وتدبير، حتى تنشأ الرابطة

³⁶- ويرى الدكتور بلحاج العربي : " أنّ أركان عقد الزواج هي أجزاؤه التي يتحقق بها وجوده وانعقاده ، أما الأمور الخارجية عن حقيقة الزواج و التي تتوقف عليه صحة العقد تسمى شروطا "؛ أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر ، 2013، ص. 187، الهامش رقم 01.

³⁷ -بلحاج العربي ، المرجع نفسه.

³⁸ أنظر، بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008، ص. 54.

³⁹- أنظر، أبو عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، ط.1 ، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع، الرياض ، السعودية ، ص.322.

⁴⁰ - أنظر، محمود على السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط. 3، دار الفكر ناشرون و موزعون، عمان، الأردن، 2010، ص. 16.

⁴¹ - أنظر، بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2011 ، ص. 15 ؛ بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار الحفظ، جدة ، السعودية ، 2011 ، ص. 12-13.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الزوجية على أسس ثابتة ودعائم قوية⁴².

و لذلك اعتنى المشرع بعقد الزواج عناية كبيرة فجعل له مقدمة تتمثل في الخطبة، و جعل له أركانا وشروطا لما لهذا العقد الخطير من الأهمية في حياة الرجل و المرأة.

وعليه، فإنّ أركان وشروط عقد الزواج وفق منهج قانون الأسرة وانطلاقا من نصوص المواد من 7 إلى 35 منه، فإن منها ما هو موضوعي أو أساسي: كالرضا والأهلية والفحص الطبي والخلو من الموانع الشرعية، وتحديد الصداق، ووجود ولي الزوجة، وحضور شاهدين. ومنها ما هو شكلي: كإبرام العقد بواسطة موثق أو موظف مؤهل قانونا⁴³، والخضوع لإجراءات إدارية تنظيمية (المادة 31 ق.أ.، ومن 71 إلى 77 من قانون الحالة المدنية⁴⁴)، كما أن القانون حدد كيفية إثبات الزواج في المادة 22 ق.أ.

ويلاحظ في هذا الشأن أنّ قانون الحالة المدنية الجزائري قد أشار إلى الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، و ذلك خلافا لقانون الأسرة الذي أغفل التفريق بين هذه الشروط رغم أهميتها.

و عليه، سنحاول في هذا الفصل تحليل المسائل التي ذكرناها آنفا، أي مقدمات الزواج وتكوينه، وسنبرز أهم الإشكالات المثارة حولها، وذلك بطرح التساؤلات الآتية : ما هي أهم الإشكالات المثارة حول فترة الخطبة وخاصة عند العدول عنها ؟ و ما هي الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج ؟

⁴² - بلحاج العربي، أحكام الزوجة و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص. 111.

⁴³ - تنص المادة 18 المعدلة من قانون الأسرة على أنه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

⁴⁴ - الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر رقم 21 المؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 غشت 2014، ج.ر رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014، والقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 يناير 2017، ج.ر رقم 54 المؤرخة في 11 يناير 2017.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ومن خلال هذه التساؤلات المذكورة أعلاه، سنحاول إبراز أهم الإشكالات المثارة حول الخطبة في قانون الأسرة الجزائري (المبحث الأول)، وكذلك أهم الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإشكالات المثارة حول الخطبة في قانون الأسرة الجزائري

يعرف الزواج على أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، و تعاونهما مدى الحياة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني، ويحدّد ما لكليهما من حقوق و ما عليهما من واجبات"⁴⁵، "وهو من أهم وأخطر العقود في حياة الإنسان والمجتمع بصفة عامة، لكونه يتعلق بأعراض الناس"⁴⁶.

وعليه ، فإنّ الزواج هو عقد أبدي يفيد حل الاستمتاع بين الرجل و المرأة، وهو من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته، لذلك نظّمه الإسلام بأحكام غاية في العدل و الإنصاف، وحدّد العلاقات بين الزوجين ووضع حقوق كل منهما قبل الآخر من ناحية، واتجاه الأولاد والمجتمع من ناحية أخرى، حتى تستمر الحياة الزوجية، وتتحقّق أسباب السكينة و المودة و الرحمة ، ويستقيم بناء هذه الأسرة و المجتمع بأسره⁴⁷.

ولذلك يجب أن يكون كل من طرفي عقد الزواج على قدر معين من البصيرة وعلم بأمر الآخر الذي سيكون له قرينا في حياته، والطريق إلى ذلك كله هو الخطبة⁴⁸.

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

46 - أنظر، محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية بالزواج و الفرقة وحقوق الأولاد في الفقه و القانون والقضاء، منشورات الحلبي، 2003، ص. 35.

47 - أنظر، نزار كريمة، أبعاد و مخاطر مشكل الإنجاب في مجال الزواج، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2009-2010، ص. 35.

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

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إذ يبيّن من خلالها كل متعاقد مطالبه و رغباته تمهيدا لإبرام عقد الزواج، لأنّ أكثر مشاكل الزواج وصعوباته وكذا انحلاله ناجمة عن التسرّع في اختيار شريك أو شريكة الحياة دون بحث أو تدقيق.⁴⁹

ولذلك أقرّ التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج ، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على دعائم قوية وأسس ثابتة تحقق الراحة والسعادة والصفاء والوثام.⁵⁰

ومن خلال ذلك نطرح الإشكال الآتي: ما هي أبرز الإشكالات المثارة حول الخطبة في قانون الأسرة الجزائري؟

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنبين قلة النصوص القانونية المنظمة لمسائل الخطبة، أما في المطلب الثاني سنوضح قصور المشرع في تنظيمه لأحكام العدول عن الخطبة.

المطلب الأول

قلة النصوص القانونية المنظمة لمسائل الخطبة

تتجلى أهمية الخطبة⁵¹ في كونها وسيلة للتعرف و التعارف، لكي يطمئن الطرفان على سلوك وأخلاق وعادات كل منهما⁵²، فالزواج عقد العمر و له آثاره العديدة فيما بين الزوجين، والصلات

⁴⁹ - أنظر، مقننة مبروكة، الخطبة و آثار العدول عنها، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، يوسف بن خدة ، كلية الحقوق ، الجزائر العاصمة، 2008-2009 ، ص. 04-05.

⁵⁰ - أنظر، بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ج.1، د.م.ج ، 1999، الجزائر، ص. 43.

⁵¹ - عرّف الفقهاء الخطبة (بكسر الخاء) بأنها : طلب الرجل المرأة ليتزوجها ، و الخطبة تكون بالتصريح و بالتعريض، فالتصريح بالخطبة هو : الإفصاح عما في النفس مجاهرة، وهو ما يقطع بالرغبة في النكاح كقول الخاطب : " أريد أن أتزوجك أو تزوجيني، أو إذا انقضت عدتك تزوجتك"، والتعريض: ضد التصريح ، وهو إفهام المعنى بالشيء المحتمل له ولغيره ، وهو من عرض الشيء ، وهو جانبه ، كأنه يحوم به على الشيء و لا يظهره ، فالعرض بالكلام يوصل إلى صاحبه كلاما يفهم معناه، ومن أمثلته : " إنك مهذبة ، إنك تقيّة صالحة ، إني عزمت على الزواج ، أريد أن أتزوج امرأة صالحة وصفها كذا وكذا ، أريد الاتصال بكم أو الدخول في زمركم و ما أشبه " ؛ أحمد فراج حسين ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، د.ج ، د.ط، الإسكندرية ، مصر ، 1997 ، ص. 48-49؛ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.1، دار صادر، لبنان، 1988، ص. 362.

⁵² - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 116.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الناشئة عنه لا تدور في فلك أسرتيهما فحسب ، بل تتعداهما إلى كل من يتصل بهما من قريب أو بعيد⁵³.

ولهذه الأهمية البالغة تجرى قبل هذا الزواج مقدمات تعارفها الناس ورسم حدودها الشرع، حتى تتم العشرة على بينة، ويستظل كل منهما بالعيشة الراضية ، و من ثم كان على الرجل أن يسعى لاختيار شريكة لحياته اختيارا هادئا مُتَّزِنًا متعقلا مسترشدا بهدى الإسلام ونصائحه، غير متأثر بعاطفة هوجاء، أو مصلحة مؤقتة ، أو لذة عاجلة⁵⁴.

ولو نظرنا إلى مشاكل الحياة الزوجية فإننا نراها في الغالب تعود إلى سوء اختيار المرء لزوجته وسوء اختيار المرأة لزوجها⁵⁵.

لذلك أقرّ التشريع الإسلامي القيام بمقدمات تمهيدية للزواج أو ما يسمى بالخطبة، وقد أعطى فقهاء الإسلام الخطبة نفس حكم الزواج، فذهب الجمهور بأنها مستحبة كالزواج ذاته، وقال الظاهرية أنها واجبة⁵⁶.

إلا أنّه في نفس الوقت أباحّت الشريعة الإسلامية وكذلك التشريعات الحديثة تراجع كل من الخاطب أو المخطوبة على إتمام عقد الزواج إذا لم يجد في الطرف الآخر ما يدعوه إلى ذلك⁵⁷، و هذا ما يسمى بالعدول عن الخطبة⁵⁸.

53 - أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص. 26.

54 - فإنّ ذلك كله لا بد أن يؤدي بعد حين من الزواج إلى انطفاء جذوة الحب و برودة العاصفة وزوال المنفعة، فينبغي على المرء ألا يندفع في اختياره لشريكة الحياة...؛ أحمد فراج حسين ، المرجع نفسه.

55 - أحمد فراج حسين ، ص. 26-27.

56 - ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ص. 03؛ ابن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج. 10 ، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، د.س.ج، ص . 34.

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

58 - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق ، ص. 21.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

فالخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا، ولو طالّت فترة الخطبة. و هذا معناه أنه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالعدول عن الخطبة، فالخاطب والمخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج⁵⁹.

و عليه سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، في الفرع الأول سنتكلم عن عدم تعرض المشرع الجزائري لشروط الخطبة، أما الفرع الثاني سنبيّن عدم وضع المشرع الجزائري لقاعدة إسناد تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي، أما في الفرع الثالث سنبرز خلط القرارات القضائية بين المخطوبة والمعقود عليها.

الفرع الأول

عدم تعرّض المشرع الجزائري لشروط الخطبة

الخطبة مقدمة للزواج ووسيلة إليه، وليست مقصودة لذاتها، بل المقصود منها الزواج، حتى أنّ عقد الزواج لو تمّ بغير خطبة كان عقدا صحيحا شرعا لا تشوبه شائبة، "و على ذلك لا يحل للشخص أن يخطب امرأة إلا إذا كان يجوز له العقد عليها في الحال، لأنّ ما يمنع انعقاد الزواج يمنع انعقاد الخطبة، والزواج لن ينعقد مع وجود مانع من موانعه، فكذاك الخطبة التي هي وسيلته إليه."⁶⁰.

و عليه فقد وضعت الشريعة الإسلامية شروطا لصحة الخطبة مستحسنة⁶¹ و أخرى واجبة

59 - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 155.

60 - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 52؛ محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة والزواج، دار الإعتصام ، القاهرة ، مصر ، د.س.ص ، 17-16.

61 - فالشروط المستحسنة: يندب لمريد الزواج مراعاتها و تحصيلها، ولكنه إن أهملها و لم يحققها لا يؤثر ذلك في صحة الخطبة، ومن الشروط المستحسنة أن تكون المخطوبة من غير القريبات للخاطب، لأن التزوج بالقريبة غالبا ما يكون النسل فيه ضعيفا؛ أنظر، سالم نجم، زواج الأقارب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، 1998، العدد 11، ص. 171 ؛ بلحاج العربي أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 124-125. و كذلك أن تكون المخطوبة بكرًا ولودا، فالولد هو زهرة البيت الزوجي، و موضع الأنس و المحبة المتبادلة ، و رباط قوي يجمع بين الزوجين، و سبيل العشرة و استقرار الحياة الزوجية ؛ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص. 125.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أو لازمة.⁶²

وما يهمنا هو الشروط الواجبة شرعا ، فهي تلك التي لا بد من تحققها، ولا تصح الخطبة بدونها، وتتمثل في شرطين أساسيين هما: أن تكون المخطوبة خالية من الموانع الشرعية، و ألا تكون مخطوبة للغير .

إلا أنّ الإشكال هو أن المشرع الجزائري لم يدرج في التعديل الجزئي لسنة 2005 ، في المادة 05 منه، أو في مادة مستقلة توضح شروط المخطوبة، وقد اقترح الدكتور بلحاج العربي على أن تكون صياغتها كالآتي : " يمنع خطبة المرأة المحرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا، غير أنه يجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة"⁶³.

فالمخطوبة يجب أن تكون ممن تحل شرعا للخاطب، لأنّ الخطبة مقدمة للزواج، فمن لا يصح زواجها لا تصح خطوبتها ، و عليه فإنّه يشترط لجواز الخطبة أن لا تكون المرأة من المحارم المحرمة مؤبدا طبقا لنص المادة 24 من ق.أ.ج⁶⁴ ، أو تحريما مؤقتا طبقا لنص المادة 30 من قانون الأسرة⁶⁵.

أما المعتدة من وفاة، فإنه تباح خطبتها تعريضا فقط و لا تباح بالتصريح⁶⁶ لمفهوم قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ

⁶² - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 124.

⁶³ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 126.

⁶⁴ تنص المادة 24 من ق.أ.ج على ما يلي : " موانع النكاح المؤبدة هي : القرابة ، المصاهرة ، الرضاع".

⁶⁵ تنص المادة 30 من ق.أ.ج على مايلي : " يحرم من النساء مؤقتا :- المحصنة ،

- المعتدة من طلاق أو وفاة،

- المطلقة ثلاثا،

كما يحرم مؤقتا: - الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها وخالتها، سواء كانت

شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع،

- زواج المسلمة مع غير المسلم."

⁶⁶ - أنظر، عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 1428هـ-2007 م، ص. 37-38 و ما يليها؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 126.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

سَتَذْكُرُوهُنَّ وَلَكِنْ لَا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا فِي أَنْفُسِكُمْ فَاحْذَرُوهُ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ⁶⁷.

و من ثم يجوز الخطبة بطريق التعريض⁶⁸ إذا كان سبب العدة وفاة الزوج ، لانتهاء الزوجية بالوفاة، فلا يكون في خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا إضرار به⁶⁹.

أما إذا كان سبب العدة هو الطلاق، فإن كان الطلاق رجعيا حرمت الخطبة باتفاق الفقهاء، لأن لمن طلقها الحق في مراجعتها أثناء العدة فتكون خطبتها اعتداء على حقه فهي زوجة أو في معنى الزوجة.⁷⁰ و عليه لا يجوز خطبتها لا تصريحاً و لا تعريضاً ، وحكمة هذا التحريم أنّ الزوج لا يزال له حق إرجاع زوجته إليه مادامت في العدة، و هو أولى بها من غيره⁷¹.

أما إن كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى ، ففي خطبة المعتدة منه بالتعريض رأيان:

رأي الجمهور: بجواز الخطبة لعموم الآية الكريمة المذكورة : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾⁷² وقوله سبحانه وتعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾⁷³، أي لا تواعدوهن إلا

67 - سورة البقرة ، الآية 235.

68 - و الفرق بين التصريح و التعريض، أنّ التصريح يتم بذكر لفظ يدل صراحة على معنى الخطبة من غير احتمال لسواها، أما التعريض فهو ذكر ألفاظ تحمل الخطبة و غيرها ... ؛ أنظر بلحاج العربي المرجع نفسه، ص. 127.

69 - عبد القادر بن حرز الله ، المرجع نفسه ، ص. 38 ؛ أنظر ، مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج و انحلاله ، ج.1 ، ط.7 ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1417 هـ الموافق ل 1997 م ، ص. 54.

70 - عبد القادر بن حزر الله ، المرجع السابق ، ص. 40.

71 - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 52-53 ؛ أنظر محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج.1، ط.1، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، 1984 ، ص. 15.

72 - سورة البقرة، جزء من الآية 235.

73 - سورة البقرة، جزء من الآية 235.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بالتعريض دون التصريح ، ولانقطاع سلطنة الزوج عن البائن⁷⁴، فالطلاق البائن بنوعيه يقطع رابطة الزوجية، فلا يكون في خطبتها تعريضا اعتداء على حق المطلق، فتشبه بذلك المعتدة بسبب الوفاة⁷⁵.

أما رأي الحنفية: فهو تحريم الخطبة في البينونة الصغرى، لأنّ لمطلقها في حالة البينونة الصغرى أن يعقد عليها مرة أخرى قبل انقضاء العدة كما بعدها، فلو أبيضت خطبتها لكان في ذلك اعتداء على حقوقه، و منع له من العودة إلى زوجته مرة أخرى، كالمطلقة الرجعية و أما في حالة البينونة الكبرى فتمنع الخطبة في العدة بطريق التعريض، وذلك لكيلا تكذب المرأة في الإخبار بانتهاء عدتها⁷⁶.

وقد رجّح مذهب الجمهور في البينونة الكبرى، إذ لا ضغينة في نفس الزوج و قد أكمل الطلاق، ورجّح مذهب الحنفية في البينونة الصغرى⁷⁷.

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض في قانون الأسرة لمسألة كثيرا ما تحدث في الواقع الجزائري وهي الخطبة على الخطبة و اكتفى بالنص على أحكام الخطبة في مادة واحدة أي المادة 5 من قانون الأسرة ، كما يرى الدكتور بلحاج العربي بأنّ المشرع اكتفى بالنص العام الوارد في المادة 34 من ق.أ.ج التي تنص على أنّ: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده..." و يرى الدكتور بلحاج العربي بأنّه: "يكون عقد الزواج الناتج عن الخطبة على الخطبة فاسدا ويتعين فسخه بطلاق..."⁷⁸.

74 - مصطفى السباعي، ص 53؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 55.

75 - أنظر، سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، بيروت، لبنان، سنة 1985، ص. 25.

76 - أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الخليل لشرح مختصر الخليل، ج.3، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، 1328 هـ، ص. 411.

77 - و إذا عقد على المعتدة في زواج العدة، ودخل بها الزوج، فسخ الزواج بالاتفاق لنهي الله سبحانه وتعالى عنه، وتأبد تحريمها عليه عند مالك وأحمد، وقال الحنفية و الشافعية أنه يفسخ النكاح، فإذا انتهت العدة جاز لهذا الزوج أن يخاطبها مرة أخرى و يتزوجها، ولم يتأبد التحريم، لأنّ الأصل أنّها لا تحرم إلا أن يقوم دليل على الحرمة من كتاب أو سنة أو إجماع، ولا دليل من هذا؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص. 39.

78 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 136.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أننا نرى بأنّ نص المادة 34 من قانون الأسرة يتعلق بالزواج و ليس بالخطبة، وعليه كان من المستحسن لو أنّ المشرع الجزائري لو وضع نصا صريحا يوضح لنا حكم الخطبة على الخطبة، لأنّ الفقه الإسلامي فرّق بين ثلاث حالات بالرغم من إجماع العلماء على تحريم الخطبة الثانية على الخطبة الأولى إذا كان قد تمّ التصريح بالإجابة، وذلك طبقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلّم: "لا يبيع أحدكم على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب"⁷⁹.

وهذه الحالات الثلاث هي إما أن توافق مخطوبة الغير على الخطبة، وإما أن ترفض، وإما أن تسكت⁸⁰.

فإذا وافقت على خطبتها، فلا يجوز لخطب آخر أن يتقدم لخطبتها، آخذا بظاهر قول الرسول صلى الله عليه و سلّم في النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه.

و إن رفضت الخطبة صراحة جاز لأي خاطب أن يخطبها لزوال المانع، أما إذا سكّت عن الرد ولم يوجد منها صريح القول ولا صريح الرفض، فقد أباح الشافعية جواز خطبتها لاعتبار السكوت رفضا ضمنيا، بينما حرّم المالكية والحنفية خطبتها، لأنّ سكوتها لا يدل على الرفض⁸¹، فربما كانت تتحرى عن الخاطب الأول و تقدّم الخاطب الثاني قد يمنعه من استمرارها في التحري، فيكون في تصرفه اعتداء على غيره الذي يتوقع قبول خطبته⁸².

79 - رواه أحمد و البخاري و النسائي، عن ابن عمر رضي الله عنهما؛ أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.6، دار الفكر العربي، 1987، ص. 114.

80 - أنظر، سيد سابق، المرجع السابق، ص. 26-27.

81 - السيد سابق، المرجع السابق، ص. 27؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص. 135.

82 - أنظر، أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني، المرجع السابق، ص. 410؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.

35؛ أحمد فراح حسين، المرجع السابق، ص. 60-61.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذا و لقد اتفق جمهور الفقهاء على أنّه لو خطب الرجل على خطبة أخيه⁸³ وعقد عليها، كان العقد صحيحا، لكنه آثم أمام الله، وذهب بعض المالكية على أنّ العقد يفسخ قبل الدخول فقط ولا يفسخ بعده⁸⁴.

هذا وينبغي التنبيه إلى أمر جلل، يتمثل في إشكالية إتمام الخطبة الأولى بالفاثحة أي بعقد عرفي مكتمل الأركان و الشروط، ثم يأتي شخص فيخطب عليه، وتتم الموافقة من طرف المرأة أو أهلها على الخاطب الثاني، ففي هذه الحالة لا يصح زواج الخاطب الثاني، إلا إذا طلق الخاطب الأول (الزوج)⁸⁵.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فكما سبق الذكر أن المشرع لم يتعرض لمسألة الخطبة على الخطبة مع أنها تحدث كثيرا في الواقع المعيشي الجزائري.

إلا أنّ الأستاذ تشوار جيلالي يرى بأن موقف المشرع الجزائري في مسألة الخطبة على الخطبة يمكن استدلاله من نص المادة 05 المعدلة من ق.أ بحيث تنصّ بأنّ: "الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة...". و بالتالي فإنّ المشرع قد سمح بالنكول (العدول) عن الخطبة لكلا الطرفين، ومن ثم فإذا وافقت المرأة بالتزوج بشخص آخر غير خاطبها الأول تكون في الوقت ذاته قد نكلت (عدلت) عن خطبتها الأولى⁸⁶.

⁸³ - وقد ذكر ابن القاسم من المالكية، أنه إنما تحرم خطبة الثاني على الأول إذا كانا متساويين في الصلح و الاستقامة، أما إذا كان الأول غير صالح والثاني صالحا، أو كان الأول غير أهل لخطبة الفتاة، و الثاني أهلا لها، فلا يمتنع على الثاني أن يخطبها، ورأي ابن القاسم هو الراجح في المذهب المالكي؛ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ص. 3.

⁸⁴ - أنظر، محمد أبو الزهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971، ص. 54-55.

⁸⁵ - أنظر، سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار طليطلة، الجزائر، 1432هـ-2010م، ص. 30.

⁸⁶ - أنظر، تشوار جلال، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، ألفت على طلبه الحقوق، مستوى سنة رابعة كلاسيكي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2010/2011.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أننا نرى بأنّ المشرع قد جاء بنص عام في المادة 05 و خاصة في الفقرة 1 و 2 منها، حيث سمح لكل خاطب بالعدول عن الخطبة، ولكن لم يفصّل في أحكام العدول كما هو مقررّ في الشريعة الإسلامية، لأنّ الفقهاء أجمعوا على تحريم الخطبة الثانية على الخطبة الأولى خاصة إذا كان قد تمّ التصريح الواضح بالإجابة بالموافقة على الخاطب الأول.

وعليه نرى بأنّ إقرار المشرع بالعدول على إطلاقه دون التفصيل في شروطه وأحكامه أمر غير صائب، لأنّ الإسلام دعا إلى الوحدة والوثام والمحبة والوداد، ونهى عن كل ما يوجد حقدا أو ضغينة، ولا شك أنّه إذا فتحنا باب العدول دون وضع شروطه و آدابه، أوجد ذلك نفرة شديدة بين الخاطب الأول و الثاني، وبالتالي إشاعة الفتنة وقيام النزاعات التي تؤدي إلى ما لا يحمد عقباه، لأنّ هناك فرق بين العدول من طرف المخطوبة عن الخاطب دون وجود أي خاطب آخر، وبين عدولها عن الخاطب الأول بسبب تقدم الخاطب الثاني بخطبتها .

ولهذا كانت الحكمة من تحريم السنّة للخطبة الثانية على الخطبة الأولى عند التصريح بالموافقة على الخاطب الأول، وعليه من المستحسن لو نظم المشرع شروط الخطبة في نصوص واضحة على الأقل تطبيقا لأحكام القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية⁸⁷، الذي عرّف الخطبة وجعل من شروطها الموضوعية ألا تكون المرأة محرمة ولو كان التحريم مؤقتا، لأنّ قانون الأسرة الجزائري يوجد فيه قلة في عدد النصوص القانونية المنظمة لموضوع الخطبة بصفة عامة، لأنّ المادة 05 من ق.أ جاءت ناقصة جدا ، ولا يمكن أن تكفي وحدها لاحتواء كل الأحكام الفقهية للخطبة .

⁸⁷ - راجع في ذلك القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية - وثيقة الكويت- اعتمده مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105-د 6، المؤرخ في 1408/08/17 هـ الموافق لـ 1988/04/04م الذي تنص مواده على مايلي: المادة 01 : " الخطبة طلب التزويج والوعد به"، أما المادة 02 منه فتتص على ما يلي: " تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتا ."، أما المادة 03 منه فتتص على ما يلي: " أ- لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة. ب- يرد من عدل عن الخطبة دون مقتض الهدايا بعينها، إن كانت قائمة وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض ما لم يقض العرف بغير ذلك أو كانت مما تستهلك بطبيعتها. ج- إذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا"، أما المادة 04 من نفس القانون فتتص على أنه: "إذا كان العدول عن الخطبة بغير مقتض وترتب عليه ضرر تحمل المتسبب التعويض".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذا جل ما يمكن أن يقال في إشكالية عدم تعرض المشرع الجزائري لشروط الخطبة، ولنا أن نتساءل عن مدى تنظيم المشرع الجزائري لقواعد تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي؟ وما هي الإشكالات الناتجة عن ذلك؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

عدم وضع المشرع الجزائري لقاعدة إسناد تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي

لا شك أنّ موضوع الزواج يقع في دائرة الروابط العائلية التي تدخل في نطاق الأحوال الشخصية، حيث يعتبر المجال الخصب لقيام حالات تنازع القوانين⁸⁸ إذا اشتمل هذا الزواج على عنصر أجنبي.

وهذا راجع إلى أنّ مفهوم الزواج يختلف من نظام قانوني إلى آخر، خاصة بالنسبة للأنظمة التي تختلف في النمط الديني المتبع، باعتبار أنّ هذا الموضوع يرتبط ارتباطا وثيقا بالدين⁸⁹.

ومن المعلوم أنّ الزواج يتطلب شروطا عديدة لانعقاده، سواء كانت شروطا موضوعية أو شكلية، وهذه الشروط حتما ستختلف من دولة لأخرى، بحكم اختلاف الأنظمة القانونية و العقائد الدينية كما أشرنا أعلاه.

و ما دام أنّ الخطبة مقدمة للزواج ووسيلة سابقة إليه⁹⁰، فإنها إذا اشتملت على عنصر أجنبي تثير العديد من الإشكالات، فقد تباينت التشريعات في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، فاختلف تكييفها من قانون لآخر، وهو ما يؤثر على قواعد الإسناد التي تحكمها إن وجدت.

⁸⁸ - أنظر، بومرو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص. 106.

⁸⁹ - بومرو سفيان، المرجع نفسه.

⁹⁰ - أحمد فراج حسن، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 52.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى القانون الجزائري، فإننا نلاحظ عند تفحصنا لقواعد الإسناد الموجودة في القانون المدني⁹¹، انعدام وجود أي قاعدة إسناد تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي، وعليه يبقى الإشكال المطروح في كيفية تعامل القاضي الجزائري في حالة ما إذا عرض عليه نزاع متعلق بالخطبة؟ وبعبارة أخرى : ما هي قاعدة الإسناد التي يطبقها القاضي الجزائري في حالة ما إذا كان أمامه نزاع يتمثل في عدول أحد الخاطبين عن الخطبة ؟⁹²

فالإشكال يتمثل في عدم قدرة القاضي الجزائري على إعمال قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني على مسألة العدول عن الخطبة، والسبب في ذلك هو أنّ العدول عن الخطبة كما هو منصوص عليه في المادة 05 الفقرة 02 من قانون الأسرة، لا يولد أي مسؤولية عقدية، بحيث يجوز لكلا الطرفين العدول عنها⁹³ ، فبما أنّها لا تدخل ضمن الشروط المطلوبة لإبرام عقد الزواج فلا يمكن للقاضي أن يطبق عليها قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة 11 المعدلة من القانون المدني والمتمثلة بتطبيق القانون الوطني لكل من الزوجين⁹⁴.

كما لا يمكن للقاضي أن يطبق على نزاع العدول عن الخطبة قاعدة الإسناد المتعلقة بالقانون الذي

⁹¹ - وهو القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007.

⁹² - بومرو سفيان ، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج ، المرجع السابق ، ص. 108.

⁹³ - فالمشرع الجزائري فرض على القاضي الجزائري تكييف العلاقات عند تنازع القوانين طبقاً للقانون الجزائري ، وهو ما نص عليه في المادة 09 من القانون المدني و التي جاء فيها ما يلي : " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه." ، إلا أن هذه المادة انتقدت، حيث اعتبرها البعض غير كافية، " إذ لا بد من منع إمكانية الاستعانة في التكييف بالقانون، وذلك لتحقيق فكرة التعايش بين النظم القانونية المختلفة" ؛ أنظر، بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، نظرية التكييف ، دراسة تحليلية و نقدية ، دار هومو ، الجزائر ، 2008 ، ص. 286 إلى 288.

⁹⁴ - تنص المادة 11 المعدلة من القانون المدني الجزائري على انه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يحكم الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في المادة 18 من القانون المدني⁹⁵ مادام أن الخطبة لا ترتقي إلى مرتبة العقد في القانون الجزائري⁹⁶.

وعليه فإنّ المشرع الجزائري قد تناسى معالجة مسألة الخطبة بحيث أنه لم يضع لنا قاعدة إسناد تحكم التنازع الذي يمكن أن يثار حول الشروط الواجبة لتمام هذه الخطبة والآثار المترتبة عن العدول عنها، وهو الأمر الذي يمكن أن يضع القاضي الجزائري في موقف حرج⁹⁷.

هذا وقد حاول الفقه تحديد القانون الذي يحكم الخطبة و آثارها. فمنهم من جعل القانون المشترك للخطابين هو الذي يطبق، و قد وجد الفقه صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على الخطبة و آثارها عند اختلاف الجنسيّتين⁹⁸، و قد تعددت الاقتراحات التي يمكن حصرها في :

-تطبيق القانون الوطني للمدين: فيما يتعلق بالتعويض الناجم عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة وإعادة الهدايا، أما إذا كانت الهدايا متبادلة فيطبق قانونهما معا⁹⁹.

-تطبيق قانون الرجل الخاطب: وذلك تطبيقا لقاعدة تطبيق قانون الزوج على عقد الزواج عند اختلاف جنسية الزوجين، ولكنّ الإشكال هنا أنّ الخطبة ليست زواجا ليتم تطبيق نفس القاعدة¹⁰⁰.

-تطبيق القانون المحلي: و ذلك تطبيقا للقاعدة الخاصة بتحديد القانون الذي يحكم الفعل الضار وهو

⁹⁵ - تنص المادة 18 المعدلة من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد. و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة. وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسرى على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

⁹⁶ - بومراو سفيان، المرجع السابق، ص. 108.

⁹⁷ - بومراو سفيان، المرجع نفسه.

⁹⁸ - أنظر، كريم كريمة، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي سنة 2014، ص. 69؛ غالب علي الداوي وحسين محمد المهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي، ج. 1، العراق، ص. 99-100.

⁹⁹ - كريم كريمة، المرجع نفسه، ص. 76.

¹⁰⁰ - غالب علي الداوي وحسين محمد المهداوي، نفس المرجع، ص 99-100.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

قانون محل وقوعه.¹⁰¹

و عليه نرى بأنّ القاضي الجزائري يمكن له أن يطبق بشأن آثار العدول عن الخطبة قاعدة الإسناد التي تحكم الالتزامات غير التعاقدية في المادة 20 من القانون المدني¹⁰² ، لأن المسؤولية التقصيرية تبقى ممكنة التحقق إذا توفرت شروطها، بمعنى إذا صاحب العدول عن الخطوبة تحقق الفعل الضار، فيمكن مساءلة المتسبب في ذلك تقصيرا¹⁰³.

هذا وقد تباين موقف قوانين الدول حول مسألة الخطبة بصفة عامة، ففي بعض التشريعات العربية هناك من سكت أيضا عن تحديد القانون الذي يحكم الخطبة عند وجود عنصر أجنبي كالتشريع المصري و الأردني¹⁰⁴.

غير أنّ الفقه الراجح في مصر يميل إلى إمكانية قياس الخطبة على الزواج في هذا الخصوص، رغم أنّ الخطبة في مصر ليست عقدا ملزما¹⁰⁵ ، بمعنى أنّه يجب إخضاع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الخاطب والمخطوبة وقت الخطبة، أما آثارها فتخضع لقانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، وبالنسبة للعدول عن الخطبة فيتم تطبيق قانون جنسية الخاطب وقت العدول¹⁰⁶.

101 - غالب علي الداودي وحسين محمد المهداوي ، المرجع السابق، ص. 99-100.

102 - تنص المادة 20 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " يسري على الالتزامات غير التعاقدية، قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام. غير أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الجزائر وإن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.".

103 - بومراو سفيان ، المرجع السابق، ص. 108.

104 - كريم كريمة، المرجع السابق، ص. 70.

105 - أنظر، جابر جاد عبر الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 1956، ص. 293-294 ؛ عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2002 ، ص. 711-712 ؛ بومراو سفيان ، المرجع السابق، ص. 109.

106 - فهذه الأحكام تطبق قياسا على المواد 12 و 13 من القانون رقم 131 ، المؤرخ في 16 جويلية سنة 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري، الوقائع المصرية ، العدد 108 مكرر (أ) ، الصادر بتاريخ 29 جويلية سنة 1948 ، المعدل و المتمم ، الطبعة الرابعة عشر ، 2011.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بالانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أنه يوجد بعض التشريعات العربية الأخرى تدخلت صراحة لتحديد القانون الذي يحكم الخطبة عند وجود العنصر الأجنبي، كالقانون الكويتي الذي ميّز صراحة بين شروط الصحة وآثار والعدول عن الخطوبة، وذلك بموجب القانون 05 لسنة 1961 المتعلق بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي، وخاصة في المادة 35 منه والتي جاء فيها ما يلي : "تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، و من حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ".

و يوجد أيضا القانون القطري الذي قام بتنظيم تنازع القوانين المثارة حول الخطبة، فالمادة 18 من القانون 22 لسنة 2004 المتضمن القانون المدني القطري تنص على أنه: "تسري على الخطبة الأحكام المبينة في المواد السابقة بشأن الزواج، شروط الصحة و الشروط الموضوعية تخضع لقانون جنسية الزوجين وقت الانعقاد أو القانون القطري إذا كان أحدهما قطريا، أما الأوضاع الشكلية من توثيق و مراسيم دينية إلى قانون بلد الزواج، أو قانون جنسيتها أو الموطن المشترك، أما بالنسبة للآثار فتخضع لجنسية الزوج وقت الانعقاد أو القانون القطري عند اتحاد الجنسية".

أما بالنسبة لبعض التشريعات العربية، فالقانون الفرنسي لم يتناول إطلاقا مسألة الخطبة، وهو ما دفع بالفقه الفرنسي إلى الاستعانة بالحلول التي يقضي بها القانون الداخلي، لذلك فقد اتجه الفقه الفرنسي إلى تكييفها على أنها مجرد وعد بالزواج¹⁰⁷. وفي حالة ما إذا حدث هناك فسخ للخطوبة

¹⁰⁷ - أنظر ، ماير بيار-هوزيه فانسان، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، 2008، ص. 507-508 ؛ الطيب زروقي ، القانون الدولي الخاص، ج. 1، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: " التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص . 159.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بإرادة أحد الخاطبين دون أي سبب مبرر فإنّ الفسخ في هذه الحالة سيكون مصدرا لقيام المسؤولية التقصيرية متى تبث الخطأ من الفاسخ وحدث ضرر¹⁰⁸.

أما بالنسبة للقانون السويسري فقد نص على الخطبة و اعتبرها بمثابة عقد، وهذا بصريح نص المادة 90 الفقرة A من القانون المدني السويسري الصادر في 10 ديسمبر 1907 الساري المفعول¹⁰⁹. حيث يسرى على الخطبة من حيث شروطها الأصلية و الأضرار المتولدة عنها قانون الدولة التي يتمتع كل خاطب بجنسيتها، لا على أساس الفعل الضار بل على أساس أنها من الحقوق العائلية¹¹⁰.

و صفوة القول، أنّه من المستحسن لو حدّد المشرع الجزائري قاعدة إسناد تحكم الخطبة التي تشمل العنصر الأجنبي و تحكم آثارها من عدول و تعويض و غير ذلك، و أن يحذو حذو القانون الكويتي أو القطري.

هذا جلّ ما يمكن أن يقال بالنسبة لإشكالات الخطبة ذات العنصر الأجنبي، ولنا أن نبحت عن سبب خلط القرارات القضائية بين المخطوبة والمعقود عليها، وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

¹⁰⁸– Dans ce cas, le juge français est obligé d'appliquer l'article 1382 du code civil français : www.Ligifrance.fr ;

بومراو سفيان، المرجع السابق، ص.109؛ كريم كريمة، المرجع السابق، ص.70. وتجدر الإشارة إلى أنّ القانون المدني الفرنسي قد تمّ تعديله بالأمر رقم 131-2016 المؤرخ في 10 فيفري 2016 المتعلق بالعقود والأحكام العامة والالتزامات.

¹⁰⁹– Code Civil suisse de 10 décembre 1907, en vigueur : Art 90 : « A-contrat de fiançailles : 1- Les fiançailles se forment par la promesse de mariage... la loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse... ».

¹¹⁰ – كريم كريمة، المرجع السابق، ص. 70.

الفرع الثالث

خلط القرارات القضائية بين المخطوبة والمعقود عليها

من خلال قراءة نماذج لقرارات مشهورة صادرة عن المحكمة العليا، نلاحظ أنّ اجتهادها لم يستقر على تفسير واضح المعالم، فيما يتعلق بالمصطلح المقبول بشأن الفراق بين المخطوبين المتعاقدين¹¹¹، و المسؤولية المترتبة على ذلك، هل نطبق المادة 5 من ق.أ؟ أم المادتين 52¹¹² أو 53¹¹³ من نفس القانون؟ رغم أننا ما زلنا في مرحلة الخطبة و أنّ البناء أو الدخول بين الطرفين لم يتم بعد؟ .

فإنّ موقف القضاء الجزائري بخصوص هذه المسألة، مازال يعمّه عدم الوضوح بصفة عامّة¹¹⁴.

و الإشكال هو أنّ هذا الأمر كثير الوقوع في الواقع العملي، لأنّ أكثر الحالات التي يطالب أصحابها بالتعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، أو الطلاق أو التطلق قبل الدخول¹¹⁵، إنما هي الحالات التي تخلى فيها أحد الطرفين عن الآخر بعد طول مدة الخطبة، أو بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد¹¹⁶.

111 - فالعدول هو طلاق قبل البناء شرعا وقانونا، لكون المخطوبة معقودا عليها، وإن سميت عرفا بالمخطوبة لتأخر الدخول، و عدم التحاق هذه الأخيرة ببيت الزوجية لسبب أو لآخر، من أحد الزوجين أو كليهما؛ أنظر، بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، رقم 08، ص. 26.

112 - حيث تنص المادة 52 المعدلة من ق.أ.ج على ما يلي : " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" ..

113 - و تنص المادة 53 المعدلة من ق.أ.ج على ما يلي : "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية: 1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و 80 من هذا القانون، 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، 3- الحجر في المضجع فوق أربعة أشهر، 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، 6- مخالفة الأحكام الوادة في المادة 8 أعلاه، 7- ارتكاب فاحشة مبينة، 8- الشقاق المستمر بين الزوجين، 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، 10- كل ضرر معتبر شرعا." .

114 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 150؛ بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، المرجع السابق، ص. 27.

115 - بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، المرجع السابق، ص. 19.

116 - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 20.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وعليه فقد قرّرت المحكمة العليا بأنّ التعبير السليم لمثل هذه الحالات هو فسخ الزواج لعدم إتمام الزواج الحقيقي بالدخول بين الطرفين، ومن بين أبرز هذه القرارات ذلك الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 15 نوفمبر 2006، والذي جاء فيه ما يلي: "الوجه الوحيد: مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ولاسيما مخالفة أحكام المادة 6 من قانون الأسرة. حيث إنّ العارض قد دفع أمام محكمة الدرجة الثانية بأحكام المادة 16 من قانون الأسرة التي تنص (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج و تستحق نصفه قبل الدخول) ، إلا أنّ قاضي الدرجة الثانية عند حيثياته للقرار قد أسس حكمه على أنّ العارض لا يستند إلى أي سند قانوني فيما يتعلق بطلبه الرامي إلى تمكينه من نصف مبلغ الصداق مخالفا بذلك أحكام المادة 16 من قانون الأسرة... لكن يتّضح من خلال القرار المنتقد بأنّ مبلغ التعويض المحكوم به على الطاعن و المقدّر بمبلغ 100.000 دينار هو تعويض للمطعون ضدها جبرا للضرر الذي أصابها من جراء تفويت فرصة الزواج عليها، باعتبار أنّ الطاعن طلب بفسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار التي انتظرتها المطعون ضدها أثناء فترة الخطوبة، ولم تحقق هدفها في الزواج بالطاعن، وبالتالي فإنّ ما قضى به قضاة الموضوع من تعويض يتماشى والقانون.

و لكن من جانب آخر فإنّ قضاة الموضوع أساءوا تطبيق القانون وخاصة المادة 16 من قانون الأسرة باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن باعتبار أنّ الطلاق وقع بينه و بين المطعون ضدها قبل الدخول، مما يتعين نقض القرار جزئيا في هذا الشأن. حيث تتحمل المطعون ضدها المصاريف القضائية..."¹¹⁷.

ويلاحظ بأنّ المحكمة العليا في قرارها الحالي، بحكمها بأنّ للمعقود عليها حق طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن حرمانها من فرصة الزواج، لم تتطرق للشروط و التفاصيل لمواجهة ما تظهره الحياة

¹¹⁷ - م ع ، غ.أ.ش.م ، 2006/11/15 ، ملف رقم 372290 ، م.م. ع. ، 2007 ، العدد 1 ، ص. 487 ؛ أنظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج. 3 ، ط. 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 ، ص. 1393 ؛ أنظر، بلحاج العربي ، تفويت فرصة الزواج، المرجع السابق، ص. 22-23؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 150.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

العملية بصفة عامة من فروض ووقائع. و من ثم فإنّ الأخذ بهذا الاجتهاد بدون تأصيل و لا ضوابط قد يعمّق المشكلة و لا يحلها في المجتمع.¹¹⁸

و بالإضافة إلى هذا، فإنّ الأخذ بالتعويض في تفويت الفرصة بصفة عامة، على الرغم من كونه ضررا مستقبلا، سيفتح الباب لا محالة لكلا الطرفين للمنازعات و الخصومات، ليقع كل واحد أكبر الخسائر بالطرف الآخر، مما سيرهق المحاكم، وهو الأمر الذي سيجعل المسألة أكثر صعوبة و تعقيدا من الناحية العملية، لأنّ ضرر تفويت فرصة الزواج في مسائل الطلاق قبل الدخول يقع كثيرا في المجتمع .

هذا و نلاحظ في قضية الحال، أنّ قضاة المحكمة العليا قد استعملوا عبارة " فسخ الزواج بعد مدة طويلة من الانتظار" و هم يناقشون الوجه الوحيد الذي تقدم به الطاعن في هذا القرار¹¹⁹، إلا أنّ الإشكال هو أنّ المحكمة العليا قد أصدرت قرارات أخرى حكمت فيها بأنّ التعبير الصحيح المقبول هو الطلاق قبل الدخول لوجود عقد الزواج بين الطرفين¹²⁰.

كالقرار الصادر عنها -أي المحكمة العليا- بتاريخ 23 أبريل 1996 والذي جاء فيه: "...ولما ثبت -في قضية الحال- أنّ القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أنّ الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة الدخول بزواجه لمدة 5 سنوات، فإنّه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض الممنوح لها. مما يتعين رفض الطعن.

...عن الوجه الوحيد بفرعيه: إنّ ما يثيره الطاعن بشأن التعويض الذي يدعي أنّ المطعون ضدها لا تستحقه باعتبارها مخطوبة وأنّ تصرفها بطلب التخليق عدول، لكن بمراجعة القرار المطعون فيه فإنّ

118 - بلحاج العربي ، تفويت فرصة الزواج، المرجع السابق، ص. 25.

119 - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 27-28.

120 -بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 150.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الطرفين زوجان بموجب عقد رسمي و أنّ الطاعن تماطل في الدخول، مما سبب ضررا للزوجة و أنّ انتظار هذه المدة ألحق بها ضررا معنويا تستحق بموجبه التعويض طبقا للقانون.

وعن الفرع الثاني: بدعوى أنّ القرار عدل مبلغ التعويض و الصداق و كذا المتاع و الثابت أنّ الزواج لم يتم و لا يعقل وجود متاع، لكن بمراجعة القرار المطعون فيه يتبين أنه حكم للمطعون ضدها بنصف صداقها المتفق عليه طبقا لنص المادة 16 من ق.أ (وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول) و هو مصداقا لقوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن و لقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾، و ليس المتاع موضوع النزاع من أساسه بالإضافة إلى تقدير التعويض هو مسألة تقديرية تخضع لقضاة الموضوع و عليه يرفض الوجه¹²¹.

وكذلك يوجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16 أكتوبر 1993 حكمت فيه بأنّ التعبير الصحيح و المقبول هو **الطلاق قبل البناء** لوجود العقد بين الطرفين حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه عند الطلاق قبل البناء تستحق الزوجة نصف الصداق. و لما كان ثابتا- في قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء و قضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس أنّ العدول عن الخطبة كان من طرف الطاعنة رغم أنّ عقد الزواج قد تمّ بين الطرفين، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون. مما استوجب نقض القرار المطعون فيه".¹²².

و تأسيسا على ما تقدّم، فإنّه ينبغي عدم الخلط بين المخطوبة و المعقود عليها، لأنّه مازال واضحا من خلال دراسة بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجا و ما

¹²¹ - م ع ، غ.أ.ش، 1996/04/23 ، ملف رقم 135435 ، م ق ، 1998 ، العدد 01 ، ص. 129 ؛ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج. 02، ط. 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص. 899-900.

¹²² - م ع ، غ.أ.ش، 1993/10/16 ، ملف رقم 96801 ، إ.ق.غ.أ.ش، 2001، عدد خاص ، ص. 266؛ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج. 3 ، ط. 1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص. 1133.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يعد مجرد خطبة، فكان يستحسن على قضاة المحكمة العليا توضيح هذه المصطلحات، وتحديدتها وحسم الاختلاف بينها باجتهاد متين و دقيق.¹²³

كما أنه بالرجوع إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا في 15 نوفمبر 2006 الذي تم ذكره سابقا في الملف رقم 372290، فقد اكتفت المحكمة العليا في الحثية الثانية بالإشارة إلى: " أنّ قضاة الموضوع أساءوا تطبيق القانون، وخاصة المادة 16 من قانون الأسرة باعتبارهم لم يفصلوا في نصف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن، على أساس أن الطلاق وقع بينه و بين المطعون ضدها قبل الدخول، مما يتعين معه نقض القرار جزئيا في هذا الشأن"¹²⁴.

وهذا اجتهاد صائب يسائر الفقه الإسلامي، الذي يقضي بأنّه تستحق الزوجة نصف الصداق عند الطلاق قبل الدخول، لقوله تبارك و تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾¹²⁵.

وعلى هذا الأساس ، يرى الدكتور بلحاج العربي أنّه: " و من باب سد الثغرات التشريعية، فإنّه يستوجب تكملة صياغة المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري الناقصة منذ صدور القانون القديم 11/84 ، ورغم تعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، و هذا يكون بإضافة الفقرة التالية: " و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول، إن طلقها زوجها قبيل الدخول بها اختياريا"¹²⁶.

¹²³ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، ص. 150-151 ؛ نفس المؤلف ، تفويت فرصة الزواج ، ص. 28.

¹²⁴ - م ع ، غ .أ ش .م ، 2006/11/15 ، ملف رقم 372290 ، م.م.ع ، 2007 ، العدد 01 ، ص. 487 و ما بعدها ؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 152. ؛ نفس المؤلف، تفويت فرصة الزواج ، المرجع السابق، ص. 29 .

¹²⁵ -سورة البقرة، الآية 237.

¹²⁶ -بلحاج العربي ، أحكام الزوجية، ص. 153.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ويضيف بلحاج العربي في قوله: "و نلاحظ أنّه إذا حازت المخطوبة المعقود عليها الصداق المسمى كله، ثم طلقت قبل الدخول باختيار من الزوج، فإنّها ترد له نصفه، و تكون ضامنة له إذا تصرفت فيه"¹²⁷.

وخلاصة القول أنّه يستحسن على المحكمة العليا الموقرة، اختيار مصطلح الطلاق قبل الدخول، والتركيز على أحكام هذا الأخير في مثل هذه القضايا، بدلا من الالتفات إلى تعبير فسخ الزواج، بما يدل أنه تأثر بأفكار القانون المدني.¹²⁸

فإنّ الفسخ لا يرد إلا على عقد و لو كان صحيحا، لكنّه اختل فيه شرط من شروط الصحة أو شابه عيب من عيوب الإرادة، أو اشتمل على شرط يتناقى و مقتضيات العقد ، أو تزوج أحد الزوجين في مرض الموت، و كذا إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا (م32¹²⁹ و33¹³⁰ و 35¹³¹ و 222¹³² من ق.أ.ج). في حين أننا بصدد حقوق الطرفين المطلقين قبل البناء، عما أصابهما من ضرر مادي أو معنوي، وعلى الأخص بعد طول المدة بين العقد والطلاق.¹³³

هذا جل ما يمكن أن يقال حول خلط القرارات القضائية بين المخطوبة والمعقود عليها، وبعد ما أبرزنا أيضا في هذا المطلب قلة النصوص القانونية المنظمة لمسائل الخطبة، من عدم تعرّض المشرع لشروط الخطبة، وعدم وضعه لقاعدة إسناد تحكم الخطبة ذات العنصر الأجنبي، فلنا أن نبرز قصور المشرع في تنظيمه لأحكام العدول عن الخطبة، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الآتي.

127 -بلحاج العربي ، أحكام الزوجية...، ص. 153.

128 -بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، ص. 32.

129 -تنص المادة 32 من قانون الأسرة على ما يلي: "يطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتناقى ومقتضيات العقد."

130 -تنص المادة 33 من قانون الأسرة على ما يلي: "يطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

131 -تنص المادة 35 من قانون الأسرة على ما يلي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافية كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

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

133 -بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص. 155؛ نفس المؤلف، تفويت فرصة الزواج، ص. 32-33.

المطلب الثاني

قصور المشرع في تنظيمه لأحكام العدول عن الخطبة

إنّ الخطبة لا تتمتع بأية قوة إلزامية بالنسبة للطرفين معا، و لو طالت فترة الخطبة، وهذا معناه أنّه يجوز لكل من الخاطبين التخلي نهائيا عن مشروع الزواج، بالعدول عن الخطبة، فالخاطب و المخطوبة غير ملزمين بإتمام الزواج.¹³⁴

و عليه فإنّ رضائية الخطبة تجعل العدول أمرا طبعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام و الزواج ، و القول بغير ذلك يجعل الخطبة عقدا ملزما، و يجعل الزواج يتم بالإكراه ، و كلاهما لا يصح باتفاق المذاهب الإسلامية.¹³⁵

فيجوز لكل طرف العدول عن الخطبة، وهو ما نص عليه معظم التشريعات العربية.¹³⁶ و هو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري عندما نص في الفقرة الأولى من المادة 5 المعدلة من قانون الأسرة و التي جاء فيها: " أنّ الخطبة وعد بالزواج، ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة "¹³⁷.

134 - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص. 155.

135 - أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص. 47؛ جميل فخري محمد جاني، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون ، ط.1، دار حامد للنشر و التوزيع ، عمان، الأردن، 2009 ، ص. 84-85؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، 1983، بيروت ، لبنان ، ص. 82.

136 - حيث نصت مدونة الأسرة المغربية الصادرة بموجب القانون 03-70 و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 05 فبراير سنة 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 مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نصت بموجب الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 م ، في الفصل الأول منها على ما يلي : " كل من الوعد بالزواج و المواعدة به لا يعتبر زواجا و لا يقضى به "، أما قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 فقد نص في المادة 02 منه بأنّ: " الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة و قبض المهر و قبول الهدية لا تكون زواجا "، ونصت المادة 03 من نفس القانون أنّ: " لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة"، كما نصت المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005 على أنّ: " الخطبة طلب التزوج و الوعد به، و لا يعد ذلك نكاحا "، ونصت المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 على أنّ: " الخطبة لا تلزم بالزواج ، و مثلها الوعد به ، وقبض المهر، وقبول أو تبادل الهدايا "، كما نص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لعام 2010 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 5061 بتاريخ 2010/10/17 في المادة 03 منه على أنّه : " لا ينعقد الزواج بالخطبة و لا بقراءة الفاتحة و لا بقبض أي شيء على حساب المهر و لا بقبول الهدية "، أما المادة 04 منه فهي تمنح : "أ- لكل من الخاطب و المخطوبة العدول

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

عن الخطبة " ، أما القانون رقم 2006/22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري ، فقد نص في المادة 07 منه على ما يلي : " لكل من طرفي الخطبة العدول عنها. وإذا سلم الخاطب لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه مهر ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة ، أو مات أثناءها ، فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما و إلا فمثله أو قيمته يوم القبض و إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر ، أو تسليم ما يساويه من الجهاز كله أو بعضه وقت الشراء مع الباقي من المهر . " ، كما نصت المادة 08 من نفس القانون على أنه : "يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها إذا كانت قائمة و إلا فمثله أو قيمتها يوم القبض، و إذا عدل بمقتضى استرد ما أهده بعينه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض، ما لم تكن الهدايا مما تستهلك بطبيعتها أو كان العرف يقضي بخلاف ذلك، وإذا انتهت الخطبة بالوفاة ، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا " ، كما نص القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية - وثيقة الكويت- و الذي اعتمدته مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بالقرار رقم 105-د 6 المؤرخ في 1408/08/17 هـ ، الموافق ل 1988/04/04م في المادة منه 03 الفقرة أ على أن : " أ- لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة".

137 - و عليه فإنّ المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات العربية، حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة ، واعتبر هذا الوعد غير ملزم، فأجاز لكلا الطرفين العدول عنها، من جهة أخرى، كما يفهم من هذه المادة أن المشرع اعتبر العدول عن الخطبة رجوعا من أحد الخطيبين، والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، لذلك فإذا وقع العدول و التراجع عن الخطبة فإنّ مشروع الخطبة قد ألغي، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل و لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة و بمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته و دون إرادته، مع العلم أنّ عقد الزواج هو عقد رضائي و ليس عقد إذعان، وأنّ المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة و إجباره على متابعة إتمام عقد الزواج، تكون قد دمرت أهم ركن لإبرام عقد الزواج ، و تكون قد خرقت أحكام الشريعة و القانون، لذلك و لما كانت الخطبة مجرد وعد بالزواج و لا ترقى إلى درجة العقد، فإنه من الممكن العدول عنها في أي وقت ، ولا يترتب على العدول عن الخطبة ما يمكن أن يترتب على فسخ عقد الزواج ؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص. 69؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص. 82 ؛ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط.3 ، دار الفكر العربي ، 1957 ، ص. 156 ؛عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل ، ط.3 ، دار هومو ، الجزائر ، سنة 2011 ، ص. 17-18 ؛ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.32 ؛ عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص. 42 ؛ إلياس مسعود نعيمة ، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء ، المرجع السابق ، ص. 271. كما أنّ موقف المشرع الجزائري في اعتبار الخطبة وعد بالزواج، وأنّ هذا الوعد غير ملزم، ومن ثم جواز العدول لكلا الطرفين عنها، وجد تطبيقات في القضاء، حيث أكدت المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 1992/03/17 : " أن الخطبة هي وعد بالزواج ، ولكل من الطرفين العدول عنها " ؛ م ع ، غ. أ. ش، 1992/03/17، ملف رقم 81129 ، م. ق، 1994، العدد 03، ص. 62. كما يوجد قرار صادر عن المحكمة العليا في 1989/02/25 سابق عن القرار المذكور أعلاه يؤكد على أنه لا يمكن إلزام الخاطبين بإتمام عقد الزواج، حيث جاء في القرار ما يلي: " من المقرر فقها وقضاء أنّ الخطبة في الشريعة الإسلامية هي وعد بالزواج وليست عقدا، و إن تمت بالاتفاق بين الطرفين، وهي لا تبين لهما أن يحتلطا اختلاط الأزواج، وعلى هذا فالخطبة بعد تمامها لا تعتبر عقدا، ولا زواجا، ولا يترتب عليها شيء من الالتزام بإتمام العقد انطلاقا من مبدأ الرضائية"؛ م ع ، غ. أ.ش ، 1989/12/25 ، ملف رقم 34089، م ق ، 1990 ، عدد 04 ، ص. 102 . كما يوجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في 2008/03/12 يؤكد على أنه إذا وقع العدول انقضت الخطبة، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف الآخر بالاستمرار في الخطبة وإبرام عقد الزواج، أو إتمام مراسيم الدخول رغم معارضته أو عدم رضاه؛ م ع ، غ. أ.ش ، 2008/03/12 ، ملف رقم 415123 ، م.م.ع ، 2008 ، العدد 01، ص. 275؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري المرجع السابق، ص.156.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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

إلا أنّ الخطبة التي تنتهي من غير زواج ، قد تطرح العديد من الإشكالات القانونية و التي تتعلق أساسا بالأضرار المادية و المعنوية التي يمكن أن تنجم عن العدول (الفرع الأول) ، و الهدايا التي قدمها الخاطب إلى مخطوبته أو الهدايا المتبادلة بين الخطيبين (الفرع الثاني)، فضلا عن مصير الصداق كله أو جزاء منه و الذي يقدم في الفترة الخطبة (الفرع الثالث) وعليه نطرح الإشكال الآتي : ما هي

أبرز إشكالات العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائري؟

الفرع الأول

عدم تبيان المشرع أسباب حدوث الضرر الموجبة للتعويض عند العدول عن الخطبة

قد يترتب على العدول عن الخطبة ضرر يلحق أحد الطرفين ماديا أو معنويا¹³⁸، وخاصة إذا استمرت الخطبة لفترة طويلة¹³⁹.

ونظرا لأنّ الإيجار لا يتوافق مع طبيعة الخطبة، فإنّه ليس أمام الطرف المتضرر من العدول سوى اللجوء إلى القاضي لطلب التعويض¹⁴⁰، و دعاوى التعويض المتعلقة بالعدول عن الخطبة هي دعاوى

138 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.165.

139 - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.166 .

140 - 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 وإن كان قبيحا في نظر الشارع ، إلا أنه لا يترتب عليه جزاء ما، وعلى الرغم من حق كلا الطرفين في العدول، فإنّ الشريعة الإسلامية تنص على ضرورة الوفاء بالوعد، لقوله تعالى : ﴿وَأوفوا بالعهد إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾، الآية 34 من سورة الإسراء، فإذا عدل الخاطب عن خطبته من غير سبب معقول كان آثما عند الله تعالى؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في ق الأسرة الجزائري، ص. 156-157؛ سليمان ولد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 33 ؛ مصطفى السباعي ؛ شرح قانون الأحوال الشخصية ، ص. 60 ؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص. 20؛ عبد القادر داودي ، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ؛ دار البصائر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص. 48.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

حديثاً لم يتعرض لها الفقهاء القدامى¹⁴¹، وذلك راجع لعدة أسباب¹⁴²، حيث لا نجد في كتب الفقه الفقه الإسلامي القديم من تعرض لهذا الموضوع¹⁴³.

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وُفِّقَ إلى أبعد حد لما جمع في التعويض بين الضرر المادي والمعنوي من خلال الفقرة 03 من المادة 05 من قانون الأسرة و التي جاء فيها ما يلي: " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض".

141 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 36.

142 - و أهم هذه الأسباب هو اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات في عصر الفقهاء القدامى عن عصرنا الحالي، وكذا لاعتبارهم بأنّ الزواج لا يتم إلا بالرضا الكامل، وأنّ التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام، و ما دام أنّ الخطبة ليست بعقد، فلا يترتب عليها أي أثر ؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص. 167.

أما في الفقه الإسلامي الحديث فنجد في هذه المسألة أربعة آراء : **1- الرأي الأول**: ذهب إلى نفي التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية ، و ممن قال بذلك الشيخ محمد بن حنبل المطيعي رحمه الله مفتي الديار المصرية سابقاً، و لعل 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 بأنّ هذا الرباط لا يحقق المقاصد المبتغاة منه، فمن حقه العدول، وعليه يكون القول بالتعويض فيه تناقض مع طبيعة الخطبة التي تعتبر وعداً غير ملزم ، ومن القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أنّ : " الجواز الشرعي ينافي الضمان "؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 167.

أما الرأي الثاني: فقد أقر أصحابه التعويض عن الضرر مادياً كان أم معنوياً، و ممن قال بذلك الشيخ محمد شلتوت شيخ جامع الأزهر، وقد 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 وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " رواه مالك؛ أنظر، الموطأ للإمام مالك، باب القضاء في المرفق، ج. 4، ط. 1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، 1425 هـ - 2004 م، ص. 1078؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 67-68؛ عبد المجيد مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، ط . 1994 ، ص. 28-29.

أما الرأي الثالث: فقد أقر أصحابه التعويض ولكن بشروط، فمجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض، أما إذا صاحب العدول أضراراً و كان العادل هو المتسبب فيها، وجب عليه التعويض، أما الأضرار التي لم يتسبب فيها مباشرة و كانت نتيجة العدول فلا تعويض هنا، و ممن ذهب إلى القول بذلك هو الشيخ محمد أبو زهرة ، وأحمد الغندور ، وأدلة هذا الفريق تقوم على الجمع بين أدلة القول الأول و الثاني؛ أنظر، أحمد الغندور، الأحوال الشخصية ، ج. 1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1985، ص. 57؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص. 60 و ما بعدها؛ محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، ط. 3، دار الفكر العربي، 1957، ص. 38؛ محمد أبو الزهرة، محاضرة في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص. 64.

أما الرأي الرابع: فهو ما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين، وهو أنّ التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي، فإذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر، بسبب عدوله عن الخطبة، وفي هذه الحالة يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الحاصل، لأنه لا ضرر ولا ضرار و أنّ الضرر يزال؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص. 27؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 168؛ أما إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار الناتجة عن العدول عن الخطبة، فهذا لا يلزمه شيء من التعويض لأنه لم يكن متسبباً في وقوعه؛ أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام ، ج. 1 ، دار إحياء التراث العربي ، دار النشر للجامعات المصرية ، مصر ، 1952 ، ص. 830.

143 - أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 36-37 ؛ بلحاج العربي ، أحكام...، المرجع السابق، ص. 166.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ولقد جاء هذا النص عاما ومطلقا ، حيث اعتبر أنّ التعويض لا يترتب عن العدول، وإنما عن الضرر الناجم عن العدول،" على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، لأنّ الخطبة ليست بعقد.¹⁴⁴

و بالرجوع إلى القضاء فإننا نجد المحكمة العليا تؤكد في قرار صادر لها على حق المتضرر ماديا أو معنويا من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض، حيث جاء فيه أنّه: "...من المقرر أيضا أنّه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون..."¹⁴⁵.

وعليه فإنّ المشرع لم يجعل التعويض واجبا ، وإنما جعله جائزا ؛ لأنّه من غير المعقول أنّ كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، وهو ما تؤكدته الفقرة 02 من المادة 05 من قانون الأسرة بقولها: "...جاز الحكم له بالتعويض"، وهذا ما ذهب إليه أيضا المشرع المغربي في المادة 07 من مدونة الأسرة المغربية¹⁴⁶ ، والتي جاء فيها ما يلي: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض غير أنّه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض."

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

و الإشكال الآخر: أنّه مادام للسلطة التقديرية للقاضي دور مهم في تقدير حصول الضرر وسببه، وكذلك تقدير التعويض، كان من المستحسن لو أضاف المشرع فقرة 03 في المادة 05 تقضي بأنّه:

¹⁴⁴ -أنظر ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج.2، د.م.ج ، الجزائر ، 2008 ، ص.33.

¹⁴⁵ - م ع ، غ . أ . ش ، 1998/12/25 ، ملف رقم 56097 ، م ق ، 1991 ، عدد 4 ، ص. 102.

¹⁴⁶-أنظر، الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة المغربية الجديدة، دار النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2004، ص. 12؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 50.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

"و للقاضي تقدير حصول الضرر و سببه و الحكم بالتعويض"¹⁴⁷.

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

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

ولأنّ توحيد العمل القضائي مسألة في غاية الأهمية، نرى بأنّه من الأحسن لو يعدل المشرع من نص المادة 05 في الفقرة الثالثة، كما سبق الذكر، و من الأفضل أن يبين الضوابط التي تحكم تقدير هذا التعويض.¹⁴⁸

كما أنّ الإشكال الآخر يكمن في صعوبة تقدير القاضي للضرر المعنوي والتعويض عليه وتقرير التعويض، إذ يجب على القاضي أن يبحث أولاً عن المعيار الذي يعتبر معه الفعل خطأً 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 وأدّى هذا الانحراف إلى الإضرار بالطرف المعدول عنه كان مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر،

¹⁴⁷ - أنظر، لعناني سميرة، كياس حنيفة، بوجمان حنان، بن سلامة دنيا، عجيبة أمال، بويكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعامرة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري و التعديلات المقترحة، (الزواج - الطلاق)، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 13، الجزائر، 2002-2005، ص. 18.

¹⁴⁸ - " مع أنّه لا يمكن نكران حق الخاطب في العدول، ولكن عليه أن يستعمل هذا الحق بعناية وحرص، حتى لا يسبب لمخطوبته ضرراً، أو أن يستعمله مجرد الإضرار بها، أو على الأقل بأن تكون الفائدة المرجوة من هذا العدول بما يتناسب وحجم الضرر اللاحق بمخطوبته، إذ أنّ الشرائع لا تحمي عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه"؛ أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة و النشر، 1983، ص. 86-87.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّ القاضي لابد أن يراعي في تقديره للتعويض شخص المضرور، والمعيار المعتمد هنا هو المعيار الشخصي¹⁴⁹.

هذا ويرى الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأنّ: "تقدير التعويض يكون مقيدا بنصف المهر، لأنّه يجوز الحكم بالتعويض عن العدول عن الخطبة بأكثر مما يدفعه المطلق فيما لو تمّ العقد بينهما وطلق 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"¹⁵⁰.

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، وأنّ نصف المهر الذي يدفع في الطلاق قبل الدخول ليس تعويضا بل هو حق للمطلقة، من جهة أخرى¹⁵¹.

وعلى العموم فإنّ الإشكال العملي الأكبر في الحقيقة هو في إثبات وقوع الضرر، لا سيما الضرر المعنوي¹⁵²، لأنّه من الأمور النفسية والشخصية التي تختلف من فئة إلى أخرى ومن شخص إلى آخر. و في جميع الأحوال، فإنّ التعويض هاهنا، أساسه الفعل الضار لا العقد، فيجوز إثباته بجميع

¹⁴⁹ - أنظر ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج و آثاره ، المرجع السابق ، ص. 68.

¹⁵⁰ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج و الطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979، ص. 31.

¹⁵¹ - أنظر ، إلياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء ، المرجع السابق ، ص. 278.

¹⁵² - فغالبا ما يكون التعويض المعنوي مرتبطا بالآلام النفسية والتي تلحق بهذا المعدول عنه أو المساس بالشرف أو السمعة، وذلك أنّ الخطبة في طبيعتها ليست بالأمر السري، بل هي محل إشهار بين المحيطين بالخطيبين، ولهذا من شأن العدول عنها أن يترك أثارا في نفسية المعدول عنه ؛ إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 278؛ بلحاج العربي ، تفويت فرصة الزواج، المرجع السابق ، ص. 19-20.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الوسائل، لأنّه واقعة قانونية¹⁵³، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر ماديا أو معنويا¹⁵⁴، غير أنّه يجب أن يكون هذا الضرر على صلة مباشرة مع ذلك الخطأ الذي ارتكبه الخاطب العادل¹⁵⁵.

هذا ويقع إثبات الضرر على الطرف المضروب الذي يدعي الفعل الضار الموجب للتعويض، ويجب على قضاة الموضوع التحقيق في إدعاءات الطرفين، والنظر في جميع الأوجه والدفع لقبولها أو رفضها، ومناقشة الوثائق والأشياء المقدمة وأسعارها ومجموعها، وتحديد مسؤولية كل طرف، وكذا التحقق في حالة المطالبة بالتعويض، من أنّ الضرر المادي أو المعنوي الذي أصاب الطرف الآخر هو ضرر أكيد ترتّب عن فعل يكون خط¹⁵⁶.

وعليه، فإنّ مسألة تحديد التعويض هي مسألة مرتبطة بوقائع الدعوى، ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، سواء قلّ مقدار هذا التعويض أو زاد فإنّ القاضي رغم ماله من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب¹⁵⁷، وهذا ما كرسته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر في 24 ماي 1994 والذي جاء فيه : " حيث أنّه من المبادئ العامة أنّ التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل و لا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الأطراف، وحيث أنّه تكريسا لهذه القاعدة فإنّه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"¹⁵⁸

يتضح من خلال هذا القرار أنّ للمحكمة العليا رقابة على ما يقوم به قاضي الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض، وليس لقاضي الموضوع أن يختار ما يريد اختياره أو إغفاله من بين

¹⁵³ - أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 169، 23؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 181؛ علي فيلاي، الالتزامات، م. و. ف. م، الجزائر، ط. 2، 2008، ص. 279 و ما بعدها.

¹⁵⁴ - فالمادة 3/5 ق.أ.ج تجيز امتداد التعويض ليشمل الضرر الأدبي أو المعنوي، إضافة إلى التعويض عن الضرر المادي، وكذا التعويض عن تفويت فرصة الزواج إذا مضى زمن طويل على الخطبة مما يتوقع معه حصول الضرر؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها ...، المرجع السابق، ص. 181.

¹⁵⁵ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 181.

¹⁵⁶ - بلحاج العربي، المرجع نفسه.

¹⁵⁷ - إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 278.

¹⁵⁸ - م ع، غ م، 1994/05/24، ملف رقم 86501، م ق، سنة 1997، عدد 01، ص. 123.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذه العناصر، وهذا هو المبدأ في تقدير التعويض¹⁵⁹.

غير أنه 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 تَوَضَّحَ له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة للمحكمة العليا عليه، أما الثانية فتتمثل في كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الوقائع هو الذي يكون لحل رقابة المحكمة العليا، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط 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، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض¹⁶⁰.

و إذا كان التثبت من وقوع الضرر و مداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإنّ تعيين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانونا و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا، ولأنّ هذا التعيين من قبيل التكييف القانوني للوقائع¹⁶¹.

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، وتكييفه بأنّه ضرر محقق حال أو احتمالي ووصفه بأنّه ضرر مادي أو معنوي.

¹⁵⁹ - إلياس مسعودة نعيمة ، المرجع السابق، ص. 279.

¹⁶⁰ - إلياس مسعودة نعيمة ، المرجع نفسه.

¹⁶¹ - أنظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج. 2، ط. 5، دار الكتاب العربي الحديث ، لبنان، 1992، ص. 184 ؛ إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 279.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى الفقرة 01 من المادة 05 من ق.أ، نلاحظ بأنّ 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، و التي تنصّ على أنّه: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد".

يتضح من خلال نص هذه المادة أنّ الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد¹⁶²، إلا أنّ المشرع خالف هذه القاعدة في قانون الأسرة، 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 من الناحية القضائية، نرى أنّه من المستحسن العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة، و إيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الفرض المقصود.

ونؤيد ما اقترحه الأستاذ بن شويخ الرشيد بإعطاء صياغة جديدة تتمثل في استبدال لفظ "الوعد" بلفظ "تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي: "الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها"¹⁶³. ويرى بأنّ "استعمال هذا اللفظ يحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد، ومن جهة أخرى فإنّ استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنّه ما دامت الخطبة مجرد

¹⁶² - وهذا الإلزام يكون على صورتين ؛ الصورة الأولى : أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية ، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكلي أيضا ، و إلا لا يكون له أثر ، بمعنى لا يعتد به القانون ، أما الصورة الثانية : هي أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الرضائية لا يتطلب الرسمية ، في هذه الحالة يكون ملزما 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 له؛ أنظر، بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص. 30-31.

¹⁶³ - بن شويخ الرشيد ، المرجع نفسه، ص. 31.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد، فإنه لا إلزام ولا التزام، إذ يحق لكل طرف العدول عن الخطبة، وبهذا نتحاشى التناقض الموجود في النص السابق.¹⁶⁴.

ويضيف الأستاذ بن شويخ الرشيد أنه: "قد يقال بأن 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 المفهوم، ولكن في نفس الوقت نرى بأن لا حاجة في تسمية الخطبة بالوعد، لأن المصطلح فيه خلاف فقهي، وبالتالي استعمال مصطلح بديل أفضل كي يتضح المعنى"¹⁶⁵.

وفي الأخير، فإن تقدير التعويض هو مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع، غير أنه يجب إخضاعه إلى ضوابط موضوعية، بعيدا عن كل مغالاة أو تعسف، وهذا يعني أنه لا يجوز التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي إلا إذا بلغ حدا من الجسامة، بحيث لا يمكن للشخص العادي الذي مرّ بالظروف والمواقف ذاتها، ويتمتع بالإمكانات والقدرات الخلقية والنفسية ذاتها، أن يتحمل مثل ذلك الضرر الذي نجم عن العدول عن الخطبة¹⁶⁶، لأن الخطبة بحكم طبيعتها تفرض عدم إمكانية التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية المألوفة، لأن التعويض شبه إكراه على الزواج¹⁶⁷، وهذا لا ينسجم مع مبادئ الرضا و الحرية التي تقوم عليها الخطبة¹⁶⁸.

¹⁶⁴ - بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص. 31.

¹⁶⁵ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه.

¹⁶⁶ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص. 182.

¹⁶⁷ - فالتعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة يعتبر واحدا من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في حياة الإنسان، غير أن التعويض عن هذا الضرر تحوطه مجموعة من الاعتبارات و التي تجعل له طبيعة متميزة ومضمونا خاصا، وسبب ذلك أن العدول في حد ذاته لا يجوز أن يقتصر بما يسمى حرية اختيار الإنسان لمن يرغب في الزواج منه؛ إلياس مسعودة نعيمة، المرجع السابق، ص. 280.

¹⁶⁸ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، التهميش رقم 04، ص. 182.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذا جل من يمكن أن يقال عن التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول عن الخطبة، وإشكالية عدم تبيان المشرع أسباب حدوث الضرر الموجبة للتعويض عن العدول، بالإضافة إلى وجود ثغرات قانونية في تنظيم مسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، وهو ما سيتم تبيانها في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

وجود ثغرات قانونية في تنظيم مسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة

الخطبة في صورتها الاجتماعية، يترتب عليها تواصل بين الطرفين، وتقديم هدايا ثمينة عند إعلان الخطبة، و تبادل للهدايا¹⁶⁹ بين الطرفين في كثير من المناسبات التي تعارف عليها الناس¹⁷⁰. إلا أنّ مشكلة العدول عن الخطبة تستوجب البحث عن مصير هذه الهدايا، خاصة وأنّ الفقه الإسلامي لم يجمع على حكم موحد بشأن وجوب رد الهدايا في حالة العدول عن الخطبة¹⁷¹.

¹⁶⁹ - تشمل الهدايا ما يقدمه المهدى إلى المهدى إليه من النقود والحلي والأمتعة والأواني والسيارات والملابس وغير ذلك، تعبيرا عن المودة، و الهدية بصفة عامة مستحبة، لا خلاف بين المسلمين على ذلك، ويزداد استحباب الهدية بمناسبة الخطبة، والهدية عادة ما تكون متبادلة بين الخاطبين، فليست مقصورة على طرف واحد، و على كل منهما أن يقبل هدية الآخر مهما كانت قيمتها ضئيلة ولا يردّها، لما في الرد من الإهانة وغلظة المعاشرة، و كما تستحب الهدية للمخطوبة، تستحب لأهلها من أب وأم و غيرها، لأنّ إهداءهم من شأنه حصول الألفة بين الخاطب و أهل مخطوبته؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 71-72.

¹⁷⁰ - محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 50.

¹⁷¹ - فمذهب الأحناف: اعتبر أنّ الهدايا تأخذ حكم الهبة، فلا ترد إذا هلكت أو استهلك، كالمطعمات من لحوم و فواكه و حلوى و مشروبات، وما يصرف في الاجتماعات العائلية المشروعة للخطيبين. أما إذا كانت الهدايا تقبل الاستعمال طويل المدى كقمماش لم يتحول إلى ثوب، والخاتم، وأدوات الزينة بالنسبة للمرأة، وأدوات المكتب بالنسبة للرجل، وغير ذلك مما يكون باقيا بعينه. فهذه الهدايا ترد لمن أهداها، فإذا انتهت الخطبة بالعدول وطالب طرفاها بالهدايا، فهذا رجوع عن الهبة يجوز للواهب إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع المقررة في المذهب الحنفي. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنّ: "الخطبة وإن كانت تهيئ للزواج، وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أنّ الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر -ومنها الشبكة- إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل، لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطا من شروطه، إذ يتم الزواج صحيحا بدونهما، ولا يتوقف عليها، ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج، و ما هو متعلق به، و يخرج بذلك من مسائل الأحوال الشخصية، وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني المصري، وقد أورد هذا القانون أحكام الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود واستمد أحكامها الموضوعية من الشريعة الإسلامية، و من ثم فإنّ المعول عليه في حق الخاطب في استرداد الهدايا هو أحكام الرجوع في الهبة الواردة في القانون المدني المادة 500 و ما بعدها؛ هذا هو مذهب الأحناف و موقف القضاء المصري؛ أنظر، محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 50-51؛ أنظر، محمد الأمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على در المختار، ج. 2، المطبعة الأميرية بولاق، 1323 هـ، ص. 375؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، المرجع السابق، ص. 59 و 60. أما الشافعية وبعض الحنابلة، فإنهم يرون أنّه ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه و لو كان موجودا في يد المخطوبة وإن كان العدول من جانبها، لأنّ الهدية تأخذ حكم الهبة عندهم وهي

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، فقد نص المشرع في المادة 05 منه والتي تم تعديلها بموجب الأمر رقم 02/05، مصير الهدايا المقدمة من أحد الخطيبين بعد العدول عن الخطبة من أحدهما¹⁷²، فجاء في نصها كما يلي: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". و هو نفس المبدأ الذي تضمنته المادة 08 من مدونة الأسرة 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 قانون الأحوال الشخصية السوري¹⁷³ فقد نص في المادة 04 الفقرة 03 منه على أنه: "تجري على الهدايا أحكام

كما لا يجوز الرجوع فيه إلا ما وهبه الوالد لولده؛ أنظر، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج. 3، ط. 1، طبعة عالم الكتب، 1414 هـ - 1993 م، ص. 512 و ما يليها؛ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 51.

وأما الحنابلة فيرون أنّ الخاطب إنما يتبرع بالهدايا ليتقرب من مخطوبته، وذلك لأنّ الإهداء على أساس تمام الزواج، فإذا زال السبب الذي حمل على الإهداء كان له الاسترداد؛ محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص. 51؛ أنظر، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مع تكملة نجيب المطبعي، المجموع شرح المذهب، ج. 16، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.س.ن، ص. 329.

وأما المالكية، فالأصل عندهم أنّ من أهدى إلى المخطوبة ثم تزوجت غيره، فإنه لا يرجع عليها بشيء مطلقاً، و لكن الرأي الأوجه عند المالكية هو الذي نقل عن المتأخرين، وفحواه أنهم يفرقون بين ما إذا كان العدول من جهة الخاطب أو من جهة المخطوبة، فلا يرجع الخاطب بشيء مما أهداه لمخطوبته إن كان فسخ الخطوبة والرجوع عنها من جهته، حتى ولو كانت الهدايا قائمة بين يديها، إلا إذا وجد شرط بينهما ينص على إعادة ما أخذته منه، أو كان هناك عرف قائم تعارف الناس عليه، فيحتكم عندئذ إلى الشرط أو العرف، لأنّ العرف في حكم الشرط - إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً - و إذا عدلت المخطوبة للخطاب أن يرجع عليها بما أهداه لها، لأنه في نظير شيء لم يتم؛ أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن، ص. 223؛ أنظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج. 2، مؤسسة الريان للنشر والتوزيع؛ لبنان، 2002، ص. 503-504؛ أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 1430 هـ - 2009 م، ص. 14.

والراجح عند الدكتور وهبة الزحيلي أنّ 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: أنّ رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: "أما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة نكاح، 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، المرجع السابق، ص. 26-27، محمد كمال الدين إمام، ص. 51؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، ص. 71-72؛ أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، ألفت على طلبة سنة رابعة كلاسيك، تخصص حقوق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011.

¹⁷² - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 18-19.

¹⁷³ - وهو القانون الصادر بمرسوم تشريعي رقم 59 الصادر بتاريخ 1953/09/07، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري. المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الهبة"، كما نصت المادة 05 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يلي: "إن كان العدول بمقتض، استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمته يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا"¹⁷⁴.

وبالرجوع إلى المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري، فإنه يلاحظ بأنّ الفقرة التي تعالج مصير الهدايا قد أخذت من رأي المالكية على العموم مع بعض التعديل في هذا الرأي، فالمالكية يفرقون أمرين وهما: أولا- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا، وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض و ألم الاسترداد¹⁷⁵.

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 القيميات¹⁷⁶.

والإشكال هو أنّ النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع الرد في حالة الاستهلاك، وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجوع في الهبة¹⁷⁷، ومن المستحسن لو أخذ المشرع برأي المالكية على إطلاقه، لأنّه رأي وجيه، لكونه يحلّل 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 وإن استهلك.

¹⁷⁴ - أنظر، أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 25.

¹⁷⁵ - أنظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص. 503-504 ؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 161-162 .

¹⁷⁶ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 162 ؛ طاهري حسين ، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 14 ؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 40-41؛ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 51.

¹⁷⁷ - أحمد شامي، المرجع نفسه، ص. 42 ؛ لعناني سميرة....، المرجع السابق، ص. 12.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّ الإشكال الآخر، هو أنّ المشرع لم يبين هل المخطوبة عندما تعدل تسترجع الهدايا التي قدمتها هي للخاطب، بما أنّها تلزم برد الهدايا التي قدمها لها ؟ أم نطبق عليها نفس حكم الخاطب، الذي يعدل، وبذلك لا تسترد الهدايا التي قدمتها للخاطب إذا عدلت ؟¹⁷⁸.

كما أنّه يوجد إشكال آخر يتعلق بعبارة " ما لم يستهلك " الموجودة في الفقرة 3 من المادة 05 من ق.أ، إذ توحى بأنّ الطرف العادل إذا استهلك الهدايا أو تصرف فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية، فإنّه 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 أنّه صار من الأشياء المستعملة، وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا، وإنما يطالب بقيمتها، كأن يكون خاتما من الذهب استعمل مدة معينة، فطبيعي أنّ قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء، أو جهازا معيناً استعمل، وبالتالي فإنّ قيمته نقصت، لذلك فقد أجاز النص المعدل لكل طرف أن يطالب بقيمة الهدية¹⁷⁹.

و الإشكال هو أنّ بقاء النص على هذه الصورة قد تؤدي 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 بأنّ الهدايا قد استهلك، والنص يقول: "فعلينا أن ترد للخاطب ما لم يستهلك"، أي أنّها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط، أما إذا استهلكته فلا ترده، كما أنّها قد تتصرف في الهدايا

¹⁷⁸ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجمان حنان، بن سلامة دنيا، عجبنة أمال، بوبكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية،

إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري و التعديلات المقترحة ، المرجع السابق ، ص. 13.

¹⁷⁹ - بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، المرجع السابق ، ص. 42.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بحسن نية و بعقد حقيقي كالبيع، فرمما كانت بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول على الثمن، كأن تبيع الذهب الذي قُدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى¹⁸⁰.

كما أنّ الإشكال الآخر، هو أنّ المشرع لم يفرق بين ما إذا كانت الهدايا مقدمة من أهل وأقارب 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 الهبة¹⁸¹.

كما أنّ المشرع قد أغفل نقطة مهمة، ألا وهي حكم المتسبب في العدول عن الخطبة، فقد يدفع الخاطب هدايا ذات قيمة معتبرة و ربما تكون بطلب من المخطوبة، وبعدها تلجأ إلى التحايل بأن تقوم بتصرفات لا ترضي خطيبها أو تعتمد الخصام ، فتدفعه إلى العدول عن الخطبة¹⁸²، 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 الآخر¹⁸³.

كما أنّ الإشكال هو أنّ 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 يقتزن العدول بسبب معين ، لذلك وجب التنقيب عن السبب لتحديد الأحق بامتلاك الهدايا¹⁸⁴.

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

181 - أنظر ، يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة ، الزواج و الطلاق ، ط.2 ، دار هومة ، الجزائر ، 2008 ، ص. 12-13.

182 - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في توجيه الجديد، المرجع السابق، ص. 20.

183 - " إذا أنّ المتعارف عليه أنّ التغيرير يوجب الضمان في أحكام الشريعة الإسلامية "؛ أنظر، محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، ج . 1 ، ط.2 ، الجزائر ، 1999 ، ص. 63؛ نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى الجزائر، 2006، ص.

13؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 45.

184 - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص. 63 ؛ أحمد شامي ، المرجع السابق، ص. 45 ؛ بوجاني عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص. 35.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ومن ثم كان من المستحسن على المشرع التحري عن سبب العدول قبل البحث عن أعلن العدول أولا ، لأنه أحيانا نجد الراغب في العدول يملئ شروطا صعبة التحقيق تضطر بالطرف الآخر إلى الانسحاب و العدول، وغالبا ما تكون هذه الشروط مفتعلة ليستأثر لنفسه بالهدايا، وحسنا فعل المشرع عندما استعمل لفظي الخاطب و المخطوبة في المادة 05 من ق.أ ، ولم يقل الزوج و الزوجة ، ذلك لأنه بعد العقد يصبحان زوجا وزوجة، وهنا لا نتكلم عن الهدايا بل على الصداق، فلو طلقت الممنوحة هدايا وصداقا قبل الدخول، فلا كلام عن الهدايا ولو عظمت قيمتها، بل لها زيادة على ذلك نصف الصداق إن كان مقدرا ، و سميت بذلك مطلقة لا معدولا عنها¹⁸⁵.

كما أنه يوجد مسألة أخرى كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها المشرع، و هي حالة العدول عن الخطبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا، فنعتقد أن كل واحد له الحق في استرجاع هداياه ، لأن النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين دون الطرف الآخر و أعطى حكما معينا للهدايا ، أما الحالة هذه فلم يتحدث عنها¹⁸⁶.

وهناك أمر آخر لم يتعرض له النص، وهو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة، فنرى عدم استرداد الهدايا ، لأن الوفاة لا دخل لإرادة الإنسان فيها.

" وبالتالي نقترح إضافة فقرة لنص المادة 05 من قانون الأسرة، حتى يشتمل النص القانوني أغلب الحالات التي تحدث في الحياة العملية"¹⁸⁷.

" ولذلك 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، و إن كان العدول من الطرف الآخر، فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة.

185 - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 45.

186 - بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص. 45 ؛ عبد الحكيم بوجاني ، المرجع السابق، ص. 35 .

187 - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص. 45.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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 و لو كان العدول من الطرف الآخر.
لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين.¹⁸⁸

وخلاصة القول، فالعدول عن الخطبة حق لكل من الطرفين، ولكن لا يجوز استعماله بطريقة تعسفية، و الخطبة التزام لا يجب نقضه دون سبب موجب لذلك شرعا، وكل ضرر موجب للضمان، وكل ضرر يلزم من تسبب فيه بالتعويض كمبدأ عادل يقره العقل و الشرع و القانون¹⁸⁹.

ونظرا لأهمية موضوع استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة، فإننا نرى بضرورة تعديل نص، الفقرة 03 من المادة 05 من ق.أ. ، لأنه يشوبها الكثير من النقص، بالإضافة إلى وجود العديد من الثغرات القانونية التي ثم ذكرها، و ذلك لكي يكون النص القانوني أكثر فعالية وملاءمة للفصل في أغلب الإشكالات المطروحة في مسألة استرداد الهدايا عند العدول عن الخطبة.

كما أنه في فترة الخطبة قد يتم تقديم الصداق كله أو بعضه و هو ما جرى عليه العرف، كأن يقوم الخاطب بتعجيل تقديم الصداق أثناء الخطبة¹⁹⁰، إلا أنّ المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، و هو ما سيتم تبياناه في الفرع الآتي.

¹⁸⁸ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 45؛ بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 36.

¹⁸⁹ - أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، دار الهلال للخدمات الإعلامية، موسوعة الفكر القانوني، 2005، ص. 65؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 44-45.

¹⁹⁰ - أنظر، محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط.1، شركة الطبع و النشر و الأهلية، بغداد، العراق، 1957، ص. 39.

الفرع الثالث

عدم تعرض المشرع لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة

إنّ الصداق شرط من شروط صحة الزواج، وهذا ما أكدّه المشرع في قانون الأسرة في المواد 09 مكرر¹⁹¹، 14¹⁹²، 15¹⁹³، 16¹⁹⁴، 17¹⁹⁵، وقد أشارت إلى ذلك المحكمة العليا في العديد من قراراتها¹⁹⁶.

¹⁹¹ - تنص المادة 9 مكرر من ق.أ.ج على ما يلي: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

¹⁹² - تنص المادة 14 من ق.أ.ج على ما يلي: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

¹⁹³ - تنص المادة 15 المعدلة من ق.أ.ج على ما يلي: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا. في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

¹⁹⁴ - تنص المادة 16 من ق.أ.ج على ما يلي: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

¹⁹⁵ - تنص المادة 17 من ق.أ.ج على ما يلي: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

¹⁹⁶ - ومثاله القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/01/02 والذي جاء فيه: "لما كان من الثابت في قضية الحال - أنّ الشاهد الأول صرح أنّه لا يوجد ولي ولا صداق، وأنّ الشاهد الثاني صرح أنّه استدعي لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوج والزوجة، فإنّ قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج هما الولي والصداق، فإنّهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا قواعد الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما؛ م ع، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 51107، م ق، 1992، العدد 03، ص.53؛ أنظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج.2، ط.1، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.602-603. كما أنه يوجد قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2001/10/17 تؤكد فيه على أنّ الصداق شرط من شروط صحة الزواج، حيث جاء فيه ما يلي: "إنّ مؤخر الصداق الثابت بعقد رسمي حق للزوجة وعلى الزوج يقع عبء إثبات الوفاء به...؛ م ع، غ.أ.ش، 2001/10/17، ملف رقم 264555، م ق، 2003، العدد 02، ص.288؛ أنظر، باديس ديايي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ج.1، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.20. كما يوجد قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 يؤكد على أنه للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها متى أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، وهو ما جاء في مضمون القرار: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا أبرم عقد زواج صحيح وتأكدت الخلوة بين الزوجين، أصبح للزوجة الحق في جميع توابع العصمة وكامل صداقها حتى ولو لم يقع احتفال بالدخول؛ م ع، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 74375، م ق، 1993، العدد 01، ص.61. وتوجد العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا تؤكد على أنّ الصداق هو شرط من شروط صحة الزواج، كالقرار الصادر بتاريخ 1995/04/04، ملف رقم 111876، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص.36. وقرار آخر صادر بتاريخ 2002/05/08، ملف رقم 289545، م ق، 2004، العدد 02، ص.373. وقرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/06/14، ملف رقم 357345، م ق، 2007، العدد 01، ص.461؛ وقرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17، ملف رقم 188707، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص.50؛ قرار آخر من المحكمة العليا، صادر بتاريخ 201/02/10، ملف رقم 600991، م ق، 2011، العدد 02، ص.274.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أنّ الخاطب قد يبادر بدفعه في فترة الخطبة سعيا منه لإبراز نيته واستعداده لإبرام عقد الزواج. غير أنّه إذا تم فسخ الخطبة بطلب من أحد الطرفين، أو اتفاقهما معا، يثار التساؤل حول مصير ما تم دفعه من صداق و مدى حق الطالب في استرداده؟¹⁹⁷

والإشكال هو أنّ المشرع لم يتعرض في قانون الأسرة لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة، لا في القانون 11/84 و لا الأمر رقم 02/05 المعدل و المتمم له¹⁹⁸.

وهذا على عكس ما تضمنته المادة 09 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: "إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه. إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه".

وعليه فإنّ المشرع المغربي يرى أنّ للخاطب حق استرداد ما قدمه الخاطب من الصداق في حال العدول عن الخطبة، أو استرداد قيمته أو مثله في حال الهلاك و الاستهلاك، لأنّه دفعه لغاية الزواج، فلما تعذرت الغاية استحق استرداد الوسيلة، لأنّ الصداق إنما يشترط وجوبه بالعقد، ويكمل بالدخول، فلا تستحق المرأة شيئا منه دون العقد والدخول، سواء صدر العدول من الطرفين أو من أحدهما¹⁹⁹.

وهو تقريبا نفس ما تضمنته المادة 07 من القانون 2006/22 المتضمن قانون الأحوال الشخصية القطري التي تنص على أنّه: " لكل من طرفي الخطبة العدول عنها.و إذا سلم الخاطب

¹⁹⁷ - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 37.

¹⁹⁸ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 32-33؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات العدول عن الخطبة بين النص التشريعي وضرورة التعديل، مجلة الفقه و القانون المغربية، المملكة المغربية، يونيو 2014، العدد 20، ص. 77.

¹⁹⁹ - أنظر، عبد الله لوسي التناي، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المملكة المغربية، 2005، ص. 49؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 38-39.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

لمخطوبته قبل العقد مالا على أنه مهر ثم عدل أحد الطرفين عن الخطبة. أو مات أثناءها. فيحق له أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما و إلا فمثله أو قيمته يوم القبض و إذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا ثم عدل الخاطب فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه من الجهاز كله أو بعضه وقت الشراء مع الباقي من المهر".

وهو نفس المعنى الذي تضمنته المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي²⁰⁰، والمادة 18 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي²⁰¹، والفقرة 1 و 2 من المادة 04 من قانون الأحوال الشخصية السوري²⁰².

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، فإننا لا نجد خلافا بين الفقهاء على أنّ الخطبة إذا انتهت بالعدول، و كان الخاطب قد سلم الصداق كله أو جزء منه إلى المخطوبة، فإنّ له الحق في استرداد عين ما أداه إن كان قائما أو بدله مثلا أو قيمته إن هلك أو استهلك²⁰³، لأنّ دفع الصداق من آثار عقد الزواج، فإذا لم يوجد العقد عاد الصداق إلى الخاطب ولا تستحق المرأة منه شيئا، أيا كان سبب العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة²⁰⁴.

²⁰⁰ - تنص المادة 04 من ق.أ.ش الكويتي على أنه: "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 كلا أو بعضا من الجهاز وقت الشراء".

²⁰¹ - تنص المادة 18 من ق.أ.ش الإماراتي على أنه: "... من المهر الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها مهرا و في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة أو وفاته يسترد الرجل المهر الذي أداه عينا أو قيمته يوم القبض إن تعذر رده عينا و في حالة شراء المخطوبة بمقدار المهر أو ببعضه جهازا فلها الخيار بين إعادة المهر أو تسليم ما يساويه وقت الشراء".

²⁰² - تنص المادة 04 من فقرتها 01 من ق.أ.ش السوري على ما يلي: "إذا دفع الخاطب المهر نقدا و اشترت المرأة به جهازا ثم عدل الخاطب فللمرأة الخيار بين إعادة النقود أو تسليم الجهاز". وتنص الفقرة 02 من نفس القانون على أنه: "إذا عدلت المرأة فعليها إعادة المهر أو قيمته".

²⁰³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص. 26؛ أنظر، أبو طالب، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج.1، ط. 1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1420 هـ-2000 م، ص. 152؛ عبد الفتاح كبراء، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط. 1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1414 هـ-1994 م، ص. 240؛ محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط. 1، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 34-35؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، د.م.ج، ط. 5، ج.1، 2007، ص. 53.

²⁰⁴ - وهذا ما أشار إليه أيضا: "ابن عابدين" من الحنفية، على أنه إذا خطب رجل امرأة وبعث إليها أشياء، ولم يزوجه أبوها، فما بُعث على أنه مهر يسترد عينه، وإذا تغير بالاستعمال، فإنه لم يتمكن من رد عينه، ترد قيمته لأنه معاوضة عن حق استمتاع بالبضع، ولم تتم المعاوضة فجاز الاسترداد،

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وهذا ما أقره القضاء الجزائري حيث اعتبرت المحكمة العليا في قرار صادر لها بتاريخ 13 جويلية سنة 1993 على أنه ما دام الزواج لم يتم فعلا، فلا حق للمخطوبة في الاحتفاظ به، و ذلك تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع. حيث جاء في هذا القرار ما يلي: "...والحال أنّ الزوجة في هذه القضية هي التي عدلت عن إتمام الزواج وحالت دون وقوعه فلا يعقل أن تطالب بنصف الصداق أو يكون لها الحق فيه"²⁰⁵.

كما اعتبرت المحكمة العليا في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 18 جوان 1991 على أنّ المخطوبة ملزمة برد الصداق للخاطب أو لورثته إذا كان قد توفي قبل الإشهاد على الزواج، والأمر نفسه إذا توفيت المخطوبة، فيحق له أو لورثته استرداده بعينه إن كان قائما، وإلا فمثله و قيمته يوم القبض²⁰⁶. إلا أنّه بالنظر إلى الواقع المعاش في المجتمع الجزائري، فإنّ مسألة تقديم الصداق للمخطوبة خلال فترة الخطوبة وقبل إبرام عقد الزواج شائعة الحدوث في الكثير من ربوع الوطن، مما يطرح إشكالية مدى إمكانية استرداد ما قدمه الرجل من صداق، وما هو الحل لو اشترت المخطوبة بمقدار صداقها أو بعضه جهازا من ثياب أو أثاث و غير ذلك؟²⁰⁷.

وشرح ابن عابدين ذلك فقال: "أنه ما بعث للمهر، أي مما اتفقا على أنه من المهر قيد في عينه، أي أن يسترد عينه، وإن تغير في الاستعمال، و لآته سلب عليه من قبل المالك، فلا يلزم في مقابلة ما انتقص باستعماله شيء، فإذا لم يسترد عينه استرد قيمته، أو بدله ليشمل المثل، لأنه في معنى الهبة، إلا المانع من موانع الرجوع فيها كالهلاك و الاستهلاك، فهو مانع من الرجوع كما لو كان ثوبا فصبغته أو خاطته أو لبسته؛ أنظر، محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، ج.2، المطبعة الأميرية بولاق، 1323هـ، ص. 374؛ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 37-38.

²⁰⁵ - م ع، غ.أ.ش، 13/07/1993، ملف رقم 92714، م ق، سنة 1995، العدد 01، ص. 128؛ باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص. 2؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، التهميش رقم 02، ص. 158.

²⁰⁶ - م ع، غ.أ.ش، 18/06/1991، ملف رقم 73515، م ق، 1992، العدد 04، ص. 69، جمال ساسي، الاجتهاد الجزائري في مادة الاحوال الشخصية، ج. 2، ص. 630-631، بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 158.

²⁰⁷ - أنظر، مصمودي مراد وغري عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و انحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2005-2008، ص. 08؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي و ضرورة التعديل، المرجع السابق، ص. 78.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

والإشكال أنّه من خلال الواقع العملي نجد أنّ ذلك صعب التطبيق، لأنّه من عاداتنا أنّ المخطوبة عندما تتسلم الصداق فإنّها تتصرف فيه لتحضير جهازها و ما يلزم من فراش ولباس وحلي، وقد يتم العدول من الخاطب أو من المخطوبة فيستحيل عليها إرجاعه²⁰⁸.

وبالتالي يبقى هذا الإشكال العملي مطروحا أمام القضاء، طالما أنّ المشرع الجزائري لم يتكلم عن هذه المسألة، و هذا ما دعا القضاء 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 تم بين الطرفين²⁰⁹.

حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 16 أكتوبر سنة 1993 على أنّه: "و لما تبين أنّ قضاة الموضوع طبقوا المادة 05 من قانون الأسرة على الطلاق قبل البناء و قضوا بإرجاع الصداق كاملا على أساس العدول عن الخطبة قد أخطأوا في تطبيق القانون لأنّ الأمر متعلق بعقد الزواج الذي تم بين الطرفين"²¹⁰.

وعليه، فإنّه بمفهوم المخالفة لما جاء به القرار المذكور أعلاه، يجعلنا نقول أنّ الصداق الذي يدفع في فترة الخطبة دون أن يتم عقد الزواج بين الطرفين يلزم المخطوبة بإرجاع قيمة الصداق²¹¹.

وبالتالي فإنّ القضاة يلجأون إلى أعمال سلطتهم التقديرية، و ذلك بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية اعتمادا على نص المادة 222 من قانون الأسرة التي سمحت بالرجوع لأحكام الشريعة في كل ما لم يرد النص عليه²¹²، وفي هذه الحالة يعتبر كل من الخاطب و المخطوبة مدعيا ومنكرا،

²⁰⁸ - مسمودي مراد و غربي عدلان، المرجع السابق، ص. 08؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، المرجع السابق، ص. 79.

²⁰⁹ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 158-159.

²¹⁰ - م ع، غ.أ.ش، 1993/10/16، ملف رقم 96801، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص. 266.

²¹¹ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي و ضرورة التعديل، المرجع السابق، ص. 79.

²¹² - نص المادة 222 من ق.أ.ج على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

فأيهما أقام بينه على دعواه، وأقنع القاضي حكم له وفقا لتقديره قوة حجته وبينته حسب الأدلة المقدمة²¹³.

و يرى الدكتور بلحاج العربي في هذه الحالة: "أنّ الخسارة الناتجة عن قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه يجب أن يتحملها من تسبب في العدول عن الخطبة؛ فإذا كان العدول من الخاطب فإنّ للمخطوبة الخيار بين مثل النقد أو تسليم الجهاز، وأما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد مثل الصداق أو قيمته"²¹⁴.

و يرى بأنّ هذا: "حكم عادل، إذ لا يقبل أن يلحق الرجل الأذى بالمرأة بالعدول، ثم نضيف إلى ذلك إلحاق خسارة مادية بأن تتحمل جهازا ومصاريف ونفقات لم تعد بحاجة إليها. ومن هنا قال المالكية بأن يقسم ما اشترته إلى نصفين، تأخذ هي نصفه ويأخذ هو النصف الآخر، و لا ترغم على الاحتفاظ بالجهاز كله و إرجاع نصف قيمة الصداق نقدا للزوج"²¹⁵.

هذا ويوجد إشكال آخر يتمثل في أنّ المشرع لم ينص على مسألة مهمة غالبا ما تحدث إشكالات عملية من حيث التطبيق، ألا وهي اختلاف كل من الخاطب و المخطوبة في كون المرسل أهو هدية أم هو صداق؟ و الإشكال هو أنّ المشرع لم يحدد الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها صداقا لدى أوساط المجتمع.

يرى الدكتور أحمد فراج حسين: "أنّ الخاطب إذا ادعى أنّ المرسل الذي قدمه هو عبارة عن صداق ليثبت له حق استرداده في جميع الأحوال، و أنّ المخطوبة إذا ادّعت أنّه هدية حتى لا يثبت للخاطب حق الاسترداد فيما لو هلك أو استهلك أو أصابه أي مانع من موانع الرجوع في الهبة، فأيهما يثبت ما يدعيه يحكم لصالحه تطبيقا لقاعدة البنية على من ادعى، فإذا قدم الخاطب بينة على

²¹³ - مصمودي مراد و غربي عدلان، المرجع السابق، ص. 08.

²¹⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 159-160.

²¹⁵ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، التهميش رقم 01، ص. 160.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أنّ ما قدمه كان جزءاً من الصداق قبلت دعواه و ثبت له حق استرداده²¹⁶.

ويضيف الدكتور القول أنّه: "أما إذا أقام كل منهما بينة على ما يدعيه كانت بينة المخطوبة هي الراجحة لأنها تثبت خلاف الظاهر، والبيّنات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر معه لا معها، إذ هو يسعى لإسقاط ما في ذمته من الصداق"²¹⁷.

أما في الحالة التي لا يكون لأحدهما بينة فيرى بأنّه: "ينظر 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 مشتركاً، بأن يسوغ أن يكون صداقاً أو يكون هدية، فالقول قول الخاطب مع يمينه، أما لو كان العرف يستتكر أن يكون ما أهدي من الصداق كالطعام المهيأ للأكل، و كل ما يفسد ببقائه، فلا يكون القول قوله، بل قولها لأنّ الظاهر يكذبه، و القول لمن يشهد له الظاهر"²¹⁸.

و عليه، فكان من المستحسن بالمشروع أن ينظم هذه المسألة المهمة بنص قانوني، وأن يضع حلاً لها تفادياً لما يمكن أن يحدث من اضطرابات في العلاقات الاجتماعية بين الناس، آخذاً في ذلك بما اتفق عليه الفقهاء في استرداد الصداق عند العدول عن الخطبة، ومنوهاً إلى أهمية التفريق في الحكم بإعادة أصل الصداق كما دفع، وبين إعادة الأشياء التي اشترتها المخطوبة²¹⁹. مع ضرورة مراعاة أنّ حكم العدول من قبل المخطوبة يجب أن يقيد بما إذا كان العدول بسبب منها لا من الخاطب، وحكم العدول من قبل الخاطب يجب أن يقيد بما إذا كان العدول بسبب منه لا بد من المخطوبة²²⁰.

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

217 - أحمد فراج حسين ، المرجع نفسه.

218 - أحمد فراج حسين ، ص. 76.

219 - بوجاني عبد الحكيم ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج ، المرجع السابق ، ص. 41.

220 - وهذا على أساس مبدأ تحميل التبعة لمن صدر منه العدول من الطرفين ، وتقدير السبب أو الأسباب التي اعتمدها العادل في عدوله والتي هي من اختصاص قضاة الموضوع، وقد أشارت المحكمة العليا إلى ذلك في أحد قراراتها، حيث جاء فيه ما يلي: "إنه بالفعل فقد جاء في القرار المنتقد بأنّ الطاعن لم يرر تأخره في الدخول بالمطعون ضدها، وأنّ العدول عن الخطبة لم يكن من جانبها حتى ترد الهدايا و الجهاز ... و أنه كان عليها أن تدعو

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

و نقترح أن يصاغ النص في تنظيم استرداد الصداق عند العدول عن الخطبة على النحو التالي: "في حالة العدول عن الخطبة، فللخاطب أن يسترد الصداق الذي أدّاه، 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.

و إذا عدلت المخطوبة لأسباب لا تعود إلى الخاطب فعليها رد الصداق نقدا أو عينا، أو قيمته يوم القبض إن تعذر رد عينه ²²¹.

ومن الصداق الهدايا التي جرى العرف على اعتبارها صداقا، و في حالة عدول أحد الطرفين عن الخطبة، فإنّ نفس الأحكام تطبق على هذا الصداق كما هو مبين أعلاه" ²²².

و في الأخير، نقول أنّه توجد إشكالات عديدة تتعلق بأحكام الخطبة، سواء كانت هذه الإشكالات قانونية أو قضائية، و هذا ناتج عن قلة عدد النصوص القانونية، فالمرجع كان مقتضبا جدا في تنظيمه 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 و توحيد أحكامها، و إيجاد حلول موحدة لإشكالاتها، وهذا من أجل استقرار العمل القضائي عدم تضاربه في أحكامه القضائية. ²²³

إذ لا بد من ضرورة الاهتمام بالخطبة نتيجة لأهميتها باعتبارها تمهيد لعقد الزواج، و ذلك بوضع نصوص قانونية تنظم شروط الخطبة، ووضع قاعدة إسناد تحكمها و تحكم آثارها مثل القانون القطري أو الكويتي، ووضع نصوص قانونية واضحة تضع حدا للإشكالات المترتبة عن العدول عن الخطبة

الطاعن قضائيا للبناء بها حتى يعرف الطرف المماثل الأمر الذي لم تفعله"؛ م ع، غ، أ.ش، ، 2001/01/23، ملف رقم 256857، م ق، 2001، العدد 02، ص. 294؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 160.

²²¹ -عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 41.

²²² -عبد الحكيم بوجاني، المرجع نفسه.

²²³ -عبد الحكيم بوجاني، إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، المرجع السابق، ص. 80.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وضرورة توحيد العمل القضائي، وعدم الخلط بين المصطلحات وتوضيح الفرق بين المخطوبة والمطلقة قبل الدخول، في اجتهاد قضائي دقيق و مفصل.

هذا بصفة عامة ما تعلق بإشكالات الخطبة، و لنا أن نتساءل عن أبرز الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج؟ و هو ما سنبينه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

أبرز الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة

ذكرنا سابقا بأنّ عقد الزواج كغيره من العقود له أركان و شروط، يقوم عليها ويتحقق بها²²⁴. إلا أنّ هذه الأركان و الشروط هي ذات طبيعة خاصة، لا يمكن أن نجدها في أي عقد آخر، وذلك نظرا لأهمية الزواج و خطورته في المجتمع²²⁵.

فالزواج من أهم العقود والتصرفات التي يجريها الإنسان في حياته²²⁶، لما اشتمل عليه من حقوق والتزامات عديدة، عظيمة الأثر وطويلة الأمد، و الذي تمتد آثاره إلى ما بعد رحيل طرفيه.

ولذلك أقرّ التشريع الإسلامي لتكوين عقد الزواج وجوب توافر أركان وشروط إذا توفرت جميعها وُجدَ العقد.

ويعتبر الركن أحد الجوانب القوية التي يستند إليها الشيء ويقوم به، وهو أقوى جوانب الشيء بحيث يكون جزءا من حقيقته، وبعدهم ينتفي كيانه.²²⁷

²²⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 187.

²²⁵ - فلو حاولنا مقارنة عقد الزواج بعقد البيع مثلا، فإنّه يتضح لنا بأنّ قياس الزواج على البيع هو قياس غير صحيح، ذلك أنّ عقد البيع من عقود المعاوضة المحضة، بينما الزواج ليس كذلك، لأنّ فيه تحصين النفس وحفظها من الوقوع في المعصية، وفيه حفظ الدين، و كلها مصالح لا يشملها عقد البيع؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 54.

²²⁶ - محمود علي السراطوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 16.

²²⁷ - أنظر، محمد رأفت عثمان، عقد الزواج، أركانه و شروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.س.ن، ص. 101-102.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ويعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنّ: "الركن ما كان جزءا من حقيقة الشيء- ماهيته- ، أو ما يتوقف عليه الشيء ، أو كان جزءا من ماهيته، أو هو ما به قوام الشيء ووجوده، فلا يتحقق إلا به، أو لا بد منه، فلا توجد الماهية الشرعية إلا به"²²⁸.

هذا ويتفق الركن مع الشرط في أنّ 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 أركانا و شروطا²²⁹.

هذا وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد أركان و شروط عقد الزواج، فمنهم من اعتبر الزواج يقوم على ركن واحد²³⁰ ، ومنهم من اعتبره قائما على أكثر من ركن²³¹، والأمر نفسه بالنسبة للشروط، إذ اختلفوا في الشرط الواحد من حيث اعتباره شرط صحة أو نفاذ أو غير ذلك...²³²

وقد انعكس هذا الاختلاف الفقهي على التشريعات والقوانين العربية بصفة عامة، والقانون الجزائري بصفة خاصة، فقد كان في قانون الأسرة الجزائري قبل تعديله سنة 2005 خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، وما يعتبر شرطا فيه، وهو ما حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد بالأمر رقم 02/05، إذ جعل لعقد الزواج ركنا واحدا فقط يتمثل في الرضا، وهذا

²²⁸ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص. 36؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 50.

²²⁹ - أنظر، عثمان بن حنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، المرجع السابق، ص. 32 ؛ عبد الحكيم بوجاني ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 42.

²³⁰ - وهو ما ذهب إليه الحنفية إلى أنّ الزواج يتمثل في الصيغة التي يستلزم وجودها العقد بين العاقدین وهو الاستمتاع الذي يقصده الزوجان من عقد الزواج، وعلى هذا الأساس اقتصر أكثر الفقهاء في تحديد أركان الزواج في الإيجاب و القبول "...؛ أنظر علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.3 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1982 ، ص. 1327؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 187.

²³¹ - وهو ما قال به أغلب الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث يرون بأن الصيغة وحدها لا تكفي و يقولون بأن أركان العقد ثلاث وهي : العاقدان، الصيغة والمعقود عليه؛ أنظر، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، دار الكتاب العربية، القاهرة، مصر، 1325 هـ، ص. 393-394.

²³² - نزار كريمة، المرجع السابق، ص. 36، 37.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

طبقا لما جاء في نص المادة 09 المعدلة²³³، و اعتبر الباقي شروطا لعقد الزواج ، و هذا ما نص عليه في المادة 9 مكرر من ق.أ و التي أوجبت توافر كل من شرط الأهلية و الصداق، والولي، والشاهدان، و انعدام الموانع الشرعية للزواج²³⁴. ليضع بذلك حدا فاصلا بين ما يعد ركنا وما يعد شرطا في عقد الزواج²³⁵.

وعليه فإنّ أركان وشروط عقد الزواج وفق منهج قانون الأسرة وانطلاقا من نصوص المادة من 7 إلى 35 منه، فإنّ منها ما هو موضوعي أساسي، كالرضا و الأهلية و الفحص الطبي ، و الخلو من الموانع الشرعية ، و تحديد الصداق ، ووجود ولي الزوجة ، و حضور شاهدين و منها ما هو شكلي: كإبرام العقد بواسطة موثق أو موظف مؤهل قانونا، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 18 المعدلة من قانون الأسرة²³⁶، والخضوع لإجراءات إدارية تنظيمية منصوص عليها في قانون الحالة المدنية في مواده 31، ومن 7 إلى 77 منه، كما أنّ قانون الأسرة في المادة 22 المعدلة²³⁷ منه نص على كيفية إثبات الزواج.

و يلاحظ في هذا الشأن أنّ قانون الحالة المدنية الجزائري قد أشار إلى الشروط الموضوعية والشروط الشكلية لعقد الزواج، وذلك خلافا لقانون الأسرة الذي أغفل التفريق بين هذه الشروط رغم أهميتها²³⁸.

233 - تنص المادة 09 المعدلة من ق.أ على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

234 - ليضع بذلك المشرع حدا فاصلا بين ما يعد ركنا و ما يعد شرطا في عقد الزواج، فقد كان في قانون الأسرة قبل تعديله سنة 2005 خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، و ما يعتبر شرطا فيه ؛ حيث كانت تنص المادة 09 قبل تعديلها على أنه: " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، و بولي الزوجة ، و شاهدين، و صداق " ؛ أحمد شامي ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 51.

235 - أنظر، أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، ماجستير في الحقوق كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2010، ص. 50 - 51.

236 - تنص المادة 18 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون."

237 - تنص المادة 22 المعدلة من ق.أ على أنه: "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".

238 - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 189-190.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وتعتبر الأهلية و الولاية إلى جانب التعدد، من أهم المسائل التي أثّرت بشأها ضجة كبرى وحضيت بنقاش حاد²³⁹.

ذلك أنّ الطريقة التي تمّ بها التعديل لهذه المسائل بصفة خاصة و لقانون الأسرة بصفة عامة، لم تكن في مستوى التطلعات، و نغني بذلك صدور هذا التعديل بأمر رئاسي دون أن يعطي فرصة لممثلي الشعب لمناقشة أو إبداء رأيهم فيه²⁴⁰.

و على هذا الأساس، نطرح التساؤل التالي: ما هي أبرز الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري؟

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنبرز الإشكالات المثارة حول الرضا والاشتراط والأهلية في عقد الزواج، أما في المطلب الثاني فنسلط الضوء حول الإشكالات المتعلقة بالشهادة الطبية والصدّاق والولي في عقد الزواج.

المطلب الأول

إشكالات الرضا والاشتراط والأهلية في عقد الزواج

سنعالج في هذا المطلب، إشكالية عدم تعرض المشرع الجزائري لعيوب الرضا في عقد الزواج (الفرع الأول)، كما سنتطرق إلى إشكالات الاشتراط في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري (الفرع الثاني)، كما سنسلط الضوء حول الإشكالات المتعلقة بالأهلية في عقد الزواج (الفرع الثالث).

²³⁹ - أنظر، معروف عرابي محمد، قانون الأسرة ماله و ما عليه، مجلة الفكر البرلماني ، مجلة متخصصة في القضايا و الوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، العدد 10، ص. 127-128.

²⁴⁰ - 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 2005 م، العدد 06 ، ص. 232.

الفرع الأول

عدم تعرض المشرع الجزائري لعيوب الرضا في عقد الزواج

من المعلوم أنّ المشرع يعتبر الرضا ركنا في جميع العقود و التصرفات و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري²⁴¹.

و اعتبر المشرع الرضا ركنا أساسيا وحيدا لانعقاد الزواج وفقا لنص المادة 09 المعدلة من قانون الأسرة. بقوله: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"²⁴².

و لما كان الرضا شيئا كامنا من النفس لا يظهر إلا بالتعبير عنه بالصيغة التي تدل عليه، جعل الفقهاء هذه الصيغة ركنا من أركان العقد الأساسية، و هي كل ما يدل على الإيجاب و القبول²⁴³.

و من ثم، تقضي المادة 10 من ق. أ في فقرتها الأولى على ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول²⁴⁴.

هذا ويرى جمهور الفقهاء أنّه يشترط في الصيغة أن تكون دالة على إرادة الزواج دون لبس أو غموض، و أن يصدر التعبيران في صيغة الماضي لأنّ الغرض من الصيغة هو التعبير على حصول رضا الطرفين و تطابق إرادتهما باقتران القبول²⁴⁵ بالإيجاب²⁴⁶ و الذي يدل على حصول هذا فعلا²⁴⁷.

²⁴¹ - حيث تنص المادة 59 من ق. م. ج على أنّه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

²⁴² - فقد كانت المادة 09 من ق. أ قبل تعديلها على ما يلي: " يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، و بولي الزوجة و شاهدين، و صدق".

²⁴³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 236.

²⁴⁴ - حيث تنص المادة 10 من ق. أ ج على أنّه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. و يصبح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة".

²⁴⁵ - فالقبول: " هو الموافقة على العرض (الإيجاب) الصادر من الطرف الآخر ؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 237.

²⁴⁶ - أما الإيجاب: " فهو العرض الصادر من أحد الأطراف لإنشاء العلاقة الزوجية"؛ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 237.

²⁴⁷ - أنظر، عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار العلم، الكويت، 1990، ص. 23؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 238؛ أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص. 82 - 83؛ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 66 و ما بعده.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وقد نصت المادة 10 من ق.أ على هذه المعطيات بقولها: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا..."، وعليه فلا يشترط إذا في الإيجاب أن يصدر من جانب معين²⁴⁸.

وعليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد، وبحضور شاهدين، وتسمية صداق الزوجة. أما إذا تخلف ركن الإيجاب و القبول فإنّ الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا²⁴⁹، وذلك لاختلال ركنه الأساسي، إذ لا يوجد زواج بدون رضا سليم²⁵⁰، و هذا ما تؤكدته المادة 33 في فقرتها الأولى على أنّه: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا...".

و قد أخذ المشرع الجزائري برأي الحنفية بالنسبة للركن، وفقا للمادة 09 المعدلة من طرف ق.أ التي تنص على أنّه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، بمعنى أنّه ينعقد الزواج بإيجاب وقبول من هما أهل لذلك . وقال المالكية أنّه ينعقد بذلك بشرط أن يذكر الصداق²⁵¹.

كما يظهر أيضا من نص المادة 10 في فقرتها 01 من ق.أ.ج أنّ المشرع لم يحدد لفظا ولا صيغة مخصوصة، و إنما نص على أن يكون الرضا بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا²⁵².

لأنّ العبرة في العقود للمقاصد و المعاني، و من تم انعقاد الزواج بكل لفظ يدل عليه شرعا أو عرفا

²⁴⁸ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.238؛ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص.53.

²⁴⁹ - وهذا ما تؤكدته المواد 4 و 9 و 10 ف 01 المعدلة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، على أنّ الإيجاب و القبول (أي رضا الزوجين) يعتبر الركن الأساسي لعقد الزواج، فإذا تخلف أحدهما أو كلاهما انعدم وجود العقد نحائيا ؛ أنظر، الغوثي بن ملحّة ، قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه و القضاء، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص. 32؛ بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، المرجع السابق، ص. 57؛ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 38 - 39 ؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية ، المرجع السابق، ص. 240.

²⁵⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، نفس المرجع، ص. 238-239.

²⁵¹ - أنظر، ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت، 1988، ص. 84 ؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، ص. 239.

²⁵² - أحمد شامي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 60.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

من غير اشتراط أن يكون ذلك باللغة العربية.²⁵³

و يلاحظ بأنّ المشرع لم يجعل طرق التعبير عن الإرادة في نفس المرتبة، فقد أعطى الأولوية للفظ، و ذلك باستعماله لمصطلح: " بكل لفظ..." في الفقرة 01 من المادة 10 من ق.أ، إلا أنّه في الفقرة 02 من المادة 10 قد جعل كلا من الكتابة و الإشارة وسيلة للعاجز عن الكلام للتعبير عن إرادته لإبرام عقد الزواج، حيث نص على ما يلي: "...ويصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة أو الإشارة".

إلا أنّ الإشكال في هذا النص، يتمثل في أنّ المشرع قد جعل كلا من الكتابة و الإشارة في نفس المرتبة باستعماله لمصطلح "أو"، فكان من المستحسن أن يعطي الأولوية للكتابة ثم الإشارة. حيث يرى الأستاذ تشوار الجليلي بأنّ الكتابة أقوى و أوضح من حيث الفهم و الدلالة عن الإشارة²⁵⁴.

و أنّ هذا الإشكال موجود أيضا في نص المادة 60 من القانون المدني في فقرتها الأولى والتي جاء فيها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه..."²⁵⁵.

و نرى بأنه يستحسن على المشرع أن يعدل من نص المادة 10 ف 02 من ق.أ و المادة 60 من ق.م، بالنص على أنّه لا يصح العقد بالإشارة ممن يحسن الكتابة، و ذلك لأنّ الكتابة أبين دلالة

²⁵³ - و من ثم، خالف القانون بعض فقهاء الشافعية، الذين لا يجيزون انعقاد الزواج بغير اللغة العربية إذا كان العاقدان يفهماها، و هذا على خلاف الفقهاء الذين لم يشترطوا أن تكون ألفاظ العقد باللغة العربية لأنّ العبرة في العقود للمعاني، و أنّ المقصود هو التعبير عن الإرادة، و يجوز ذلك بكل لغة يمكن التفاهم بها بالألفاظ التي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا ؛ ابن قدامة ، المغني ، ج.6 ، ص. 534. وعليه يجوز في الجزائر قبول إبرام زواج من لا يعرف اللغة العربية بواسطة لغته، و إذا تعذر على الموثق أو ضابط الحالة المدنية فهم تلك اللغة تمت الاستعانة بمترجم ؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 239.

²⁵⁴ - أنظر ، تشوار الجليلي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، ألفت على طلبة سنة أولى ماجستير ، تخصص قانون خاص معمق، 2011-2012.

²⁵⁵ - تنص المادة 60 من ق.م على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

من الإشارة، و أنه من يستطيع الكتابة لا يقبل منه الإشارة²⁵⁶.

وعليه فإنه لا بد لانعقاد الزواج من إرادة واعية و جدية في جو من الاطمئنان و الحرية الكاملة بمحض إرادة الطرفين في تقبل العقد و آثاره كلها، وهذا هو المقصود من المواد 9 و 9 مكرر و 10 من قانون الأسرة الجزائري.

إلا أنّ الإشكال، هو أنّ هذه المواد لم تنص صراحة على حكم عقد الزواج الذي كان الإيجاب فيه أو القبول أو هما معا مشوبا بغلط أو تدليس أو إكراه، كما أنّ التعديل الجزئي لقانون الأسرة الجزائري عام 2005 لم يتعرض نهائيا لهذه العيوب، وهو قصور تشريعي يستحسن العمل على تفاديه.

كما أنّ مبادئ الشريعة الإسلامية التي تكمل قانون الأسرة في حالة عدم وجود نصوص قانونية (طبقا لنص المادة 222 منه)، لا نجد فيها بحثا مستقلة لعيوب الإرادة، و إنما جزئيات متفرقة هنا أو هناك، ما يصعب على القاضي دراستها و الإلمام بها بسرعة²⁵⁷.

و من ثم كان يستوجب على قانون الأسرة تدارك هذا النقص التشريعي الواضح بخصوص عيوب الرضا في عقد الزواج، و القائم أصلا منذ صدور القانون 84-11؛ خاصة مع كثرة انتشار الحيل والخديعة و الكذب و التضليل و إخفاء الحقيقة، من جراء ضعف الوازع الأخلاقي لدى الأشخاص في وقتنا الحاضر²⁵⁸.

ومن المستحسن لو حذى المشرع الجزائري حذو المشرع المغربي، حيث أشار هذا الأخير في مدونة الأسرة (المعدلة بالقانون رقم 07/03 بتاريخ 2004/02/03) في المواد 12²⁵⁹ و 63²⁶⁰

²⁵⁶ - تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، المرجع السابق؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 241.

²⁵⁷ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 269، التهميش رقم 01.

²⁵⁸ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 274-275.

²⁵⁹ - تنص المادة 12 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و 66 بعده".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

و 66²⁶¹ منها إلى حكم التدليس و الإكراه في مجال عقد الزواج ، كما أنّ المواد من 107 إلى 111 منه تعرضت لخيار العيب في الكتاب الخاص بالطلاق.²⁶²

كما أنّ الإشكال يتمثل في أنّ المحكمة العليا هي محكمة قانون، أي تراقب المسائل القانونية في حدود ما يمليه القانون ، مما يستوجب وجود هذه النصوص القانونية ، حتى يتسنى لها ممارسة هذه الرقابة وفقا لأحكام القانون، فما هو الحل في ظل إغفال المشرع معالجة موضوعات ذات أهمية بالغة في عقد الزواج كعيوب الإرادة؟

و عليه، كما سبق القول، فإنّ ما ينبغي أن يتعرض له المشرع في قانون الأسرة هي عيوب الإرادة في مجال الزواج، و أن لا يكتفي دائما بالإشارة إلى نص المادة 222 من ق.أ، و التي تدخل القاضي في جزئيات خيار العيب و خيار الشرط، ومسائل الفسخ المتعلقة بهما، وغيرها من الأحكام والتفريعات المتناثرة هنا و هناك في بطون كتب الفقه الإسلامي المتشعبة، مما يصعب على القاضي القيام بكل ذلك في خضم مهامه القضائية و الاجتهادية الصعبة²⁶³.

هذا ونلاحظ بأنّ القانون المدني الجزائري قد أطل كثيرا في مدة تقادم دعاوى الإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه، ورفعها إلى 5 سنوات من يوم اكتشاف الغلط أو انقطاع الإكراه، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 101 من القانون المدني الجزائري²⁶⁴.

²⁶⁰– تنص المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض".

²⁶¹– تنص المادة 66 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و 6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر. يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر".

²⁶²– أنظر، محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة المغربية، ج.1، ص. 22 و 108 و 113، بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص.275.

²⁶³– بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 275.

²⁶⁴– تنص المادة 101 من ق.م.ج على ما يلي: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (05) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

فهذه الإطالة تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع، إذ كيف يتصور أن يظل من تعاقد مع الغالط مهتدا بإبطال عقد لمدة خمس (5) سنوات، و قد تمتد إلى ما يقرب (10) سنوات من يوم تمام العقد ، و هذا طبقا لما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 101 من القانون المدني.²⁶⁵

و نرى في هذا الخصوص بأنّ عقد الزواج يكون قابلا للإبطال للغلط أو التدليس أو الإكراه، وإن لم يكن خاضعا لسائر أحكام العقد القابل للإبطال، فإنّ المدد الواردة في المادة 101 المعدلة من الق.م طويلة ويظل العقد خلالها مهتدا غير مستقر²⁶⁶. و عليه يقترح الدكتور بلحاج العربي: "بأن يكون للطرف المتضرر من عيوب الإرادة في مجال عقد الزواج، الحق في طلب فسخ العقد قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى (6) ستة أشهر من تاريخ العلم بالغلط أو بالتدليس أو من زوال الإكراه، مع حقه في طلب التعويض"²⁶⁷.

فهو نقص تشريعي يستحسن على المشرع الجزائري تداركه، أما المشرع المغربي فقد نص على قابلية الزواج للإبطال للغلط أو الإكراه أو التدليس في المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها أنّه: "يجوز للمكره أو المدلس عليه من الزوجين طلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده، خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه و من تاريخ العلم بالتدليس".

يوم انقطاعه، غير أنّه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد". و تقابلها في القانون المدني الفرنسي المادة 1304 و التي تنص :

« Dans tous les cas ou l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans ce temps ne court dans le cas de violence que du jour ou elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour ou ils ont été découverts.

le temps ne cours à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation. ». ²⁶⁵ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 279؛ انظر، محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2002، ص. 45.

²⁶⁶ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هوم للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2000، ص. 84-85؛ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في قانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص. 63؛ غربي صورية ، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، قانون خاص معمم ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص. 200.

²⁶⁷ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص. 279.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أنه يلاحظ بأنّ المشرع المغربي لم يتكلم في هذه المادة عن الغلط في شخص الزوج أو الزوجة المتعاقد معها أو في صفة من صفاته الأساسية، إلا أننا نرى بأنّ التدليس لا يتحقق إلا حيث يكون الغلط قائماً²⁶⁸.

هذا ونضيف إشكالا آخر في مسألة الرضا في عقد الزواج، إذا تعلق الأمر بفعل هتك العرض، أو الاغتصاب الواقع على القاصر حسب مقتضيات المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري²⁶⁹، فإنّ الزواج في هذه الحالة لا يعدو أن يكون صوريا، غايته الأولى و الأخيرة ستر الفضيحة الأخلاقية، و إفلات الفاعل من العقوبة، فهو بهذا بعيد عن الأهداف الحقيقية للزواج والتي أهمها السكينة والطمأنينة، فكيف لهذه الغايات أن تتحقق في رابطة تجمع بين الجاني و المجني عليه²⁷⁰.

كما أنّ نفس الإشكال يطرح بالنسبة لزواج المخطوفة أو المعبدة، حيث أنّه ورد في المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري على أنّ: "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 و بغرامة من 500 إلى 2000 دينار.

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

²⁶⁸ - أنظر، محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج.1، رقم 175، ص. 189. فالتدليس هو غلط مدبر (erreur provoquée)، باستعمال الخيل والخداع والغش والإخفاء، مما يؤثر على إرادة المتعاقد ودفعه لإبرام عقد الزواج، و من ثم فإنّ التدليس هو خطأ عمدي، و المدلس عليه يملك الخيار في فسخ الزواج، و طلب التعويض العادل، بشرط ألا يكون عالما به من قبل؛ أنظر، بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.1، ص. 109 إلى 114؛ علي فيلاي، الالتزامات، المرجع السابق، ص. 127 و ما بعدها.

²⁶⁹ - حيث تنص المادة 336 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، على أنّه: "كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات. إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم تكمل الثامنة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

²⁷⁰ - أنظر، سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص. 47-48؛ نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 181؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 54-55.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

فالإشكال هو أنّ المشرع بعد أن جرّم فعل الاختلاط أو الإبعاد، تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المعبدة، ذلك أنّه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى ممن لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج. ثم تراجع خطوة ثانية و قال: "لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"، و كأنّ إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها و إبرام عقد الزواج بينهما، عمل يزيل الصفة الجرمية²⁷¹.

و الإشكال أنّ رضا الطرفين في الواقع نجده معييا، فالزوج الخاطف يعلن إجابته بالزواج بالمخطوفة تهربا من المتابعة الجزائية، أو ربما قصد إبرام الزواج بصفة مؤقتة، كما أنّ الزوجة المخطوفة تعلن قبولها قصد التستر على نفسها.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن عدم تعرض المشرع لعيوب الرضا في عقد الزواج، و لنا أن نتساءل عن الإشكالات التي يثيرها الاشتراط في عقد الزواج و مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم أحكامه؟ و هو ما سيتم تبياناه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

إشكالات الاشتراط في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري

يعتبر موضوع الاشتراط²⁷² في عقد الزواج ذو أهمية بالغة ، كونه يرتبط بمبدأ هام في القانون

²⁷¹ - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 3، دار هومو للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص.67-68.

²⁷² - يعرف الشرط لغة: بأنّه: "إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه"؛ أنظر، بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة ناشرون، لبنان، 1979، ص.460. والشرط جمعه شروط وهو القيد أو الحكم؛ أنظر، روجي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين، 2004، ص. 1007. والشرطة هي الشيء المشروط. والشرط هو العلامة، و منه أطلق الشرط في اللغة على ما يشترطه المتعاقد في عقوده و التزاماته اتجاه نفسه أو غيره، فهو كالعلامة التي تميز العقد عن أمثاله باشتراط أحكام إضافية يتفق عليها الطرفان؛ أنظر، محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، لبنان، 2000، ص.305؛ رشدي شحاتة، الاشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص. 27-28؛ مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أسرة، المركز الجامعي لبشار، بشار، 2006-2007، ص. 13-14.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وهو مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود²⁷³، خاصة وأن حاجات الناس متجددة تبعا لتطور المجتمعات، مما يقتضي معه مشارطات جديدة لم يتولّ الشارع تنظيمها وترتيب آثارها من قبل²⁷⁴.

و بالتالي يكون وضع الشروط هو السبيل الوحيد أمام الزوجين لتحقيق منافع و مصالح ضرورية لا يمكن تحقيقها بمجرد إبرام عقد الزواج، بل لا بد من اشتراطها مسبقا و النص عليها في العقد.²⁷⁵

أما الشرط اصطلاحا: فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، بأن يوجد عند وجوده وينعدم بانعدام الشرط. كقول الرجل لامرأته: إن خرجت من الدار فأنت طالق، فإن وقوع الطلاق يتوقف على خروج المرأة، وقيل أنّ الشرط هو: "ما يتوقف عليه الحكم و ليس بعلّة الحكم، أي ما يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود المشروط"؛ أنظر، نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، العدد 04، ص. 352؛ كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، دار بوسلامة للطباعة و النشر والتوزيع، تونس، 1983، ص. 36. و يعرف الشرط على أنه: "التزام أمر لم يوجد في أمر قد وجد بصيغة مخصوصة، عن طريق اقتران التصرف بالتزام أحد العاقدين بالوفاء بأمر زائد عن أصل العقد و غير موجود وقت التعاقد و باستعمال عبارة بشرط كذا أو على أن يكون كذا"؛ أنظر، علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 10.

وما يهمننا من هذه التعاريف المتعددة للشرط هو التعريف الذي يخص الشرط المقترن بالعقد أي الشرط الذي يكون داخل ماهية العقد، و يمكن تعريف الشرط المقترن بالعقد بأنه: "التزام العاقد في عقده أمرا زائدا على أصل العقد، سواء كان مما يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكدا له، أو كان منافيا له، أو يحقق منفعة لمن اشتراط لصالحه الشرط؛ أنظر، رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص. 32؛ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 14. وحسب الشيخ منصور البهوتي فإنّ المعتبر من الشروط هو ما يرد في صلب العقد كأن يقول فلان زوجتك بنتي بشرط ألا تحرجها من بلدها ويقبل الزواج بذلك؛ علي محمد قاسم، المرجع السابق، ص. 11؛ أما تعريف الشرط في اصطلاح فقه القانون الأجنبي فهو ربط نشوء الالتزام أو زواله بحادث مستقبل محتمل الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله، فإما أن يكون شرطا واقفا أو شرطا فاسخا؛ أنظر، مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ألف باء، الطبعة 09، سوريا، 1967، ص. 521. وهذا التعريف يتفق مع مضمون الشرط التعليقي في اصطلاح الفقه الإسلامي، فهو الشرط الذي يعلق فيه العاقد تصرفه على حصول أمر من الأمور، بحيث لا يوجد أثر للعقد إلا إذا تحقق الشرط، وهذا ما يتنافى ومقتضى عقد الزواج باعتباره من العقود المنجزة غير المتراضية التنفيذ، و لهذا يكون حكم الزواج المعلق على شرط هو البطلان؛ أنظر، عدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الشروق، 1991، ص. 244؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 102، أما الشرط التقييدي: "فهو التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن أصل مقتضاه"؛ أنظر، محمد علوشيش الورتلائي، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 45. أما الأستاذ الدبريني فقد عرف الشرط التقييدي على أنه: "التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعا"؛ أنظر، محمد فتحي الدبريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، ج. 2، ط. 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994، ص. 414؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 116. ونخلص من هذه التعاريف المختلفة إلى نتيجة مفادها: أنّ لفظ الشرط يطلق للدلالة على معاني مختلفة كمعنى الالتزام الموصوف بأن يكون شرطا واقفا أو فاسخا، وقد يستعمل الشرط للدلالة على أركان العقد وشروط صحته، فيسمى بالشرط الشرعي أو القانوني، وما يهمننا هنا هو لفظ الشرط الذي يطلق للدلالة على حكم من الأحكام التي يتفق عليها المتعاقدان في عقدهما؛ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 15.

²⁷³ - أنظر، محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص. 09؛ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 12.

²⁷⁴ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 06.

²⁷⁵ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 155؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 115.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

و عليه فإذا كانت القاعدة هي أنّ تعليق الزواج على شرط مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا، طبقا لما نصت عليه المادة 32 المعدلة من ق.أ.ج.²⁷⁶، فإنه لا مانع يمنع الزوجين من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط التي لا تتنافى مع أحكام العقد و مقاصده الشرعية، و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 19 المعدلة من ق.أ.ج و التي جاء فيما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فالاشرط جائز طبقا لاتفاق الطرفين، لأنّ عقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين، بشرط أن لا تتعارض هذه الشروط مع نظام الزواج و مقاصده الشرعية²⁷⁷.

بهذا سائر قانون الأسرة الجزائري ما قال به فقهاء المالكية والحنابلة، من أنّه يجوز للزوجين حرية الاشتراط في عقد الزواج²⁷⁸ بما يحقق مصالحها التقاعدية، مالم تتناف هذه الشروط مع أحكام الشرع

²⁷⁶ - حيث تنص المادة 32 المعدلة من ق.أ. على أنه: " يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد".

²⁷⁷ - بلحاج بلعربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 253.

²⁷⁸ - لقد اختلف الفقهاء بشأن الاشتراط في عقد الزواج. فمنهم مضيّق و آخر موسّع، فالظاهرية يتجهون إلى القول بأنّ الأصل في الشروط المقيدة المقرنة بالعقد الحظر والمنع، ولا يجوز للمتعاقدين تقييد العقد بالشرط إلا إذا نص الشارع على جوازه أو قام الإجماع على ذلك؛ أنظر، ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج. 4، دار الكتب العلمية، ص. 77. و يترتب على هذا الأمر أنّ الإرادة لا سلطان لها في إنشاء العقود و لا في تحديد آثارها، فهي لا تستطيع أن تنشئ عقدا أو تشترط شرطا لم يرد به نص، و هي مقيدة بعدد من الشروط التي أوجبها الشرع؛ أنظر، محمد على المحارقي، الإغفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996 م، ص. 415؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 118؛ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط. 6، مؤسسة الرسالة، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 393. و من الفقه من اعتبر أنّ الأصل في الاشتراط هو الحظر، فقالوا بمنع الإرادة من الاتصال بآثار العقد، ولكنهم استثنوا من هذا الأصل عدة شروط، أي الشروط المعتبرة التي تكون متفقة مع مقتضى العقد، كتقديم ضمان للمهر، أو ضمان للنفقة، وصححوها وفق ضوابط معينة، و يتمثل هذا الاتجاه الحنفية والشافعية وأكثر المالكية؛ أنظر، الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط. 2، د.س، القاهرة، مصر، ص. 156. إلا أنّ الشافعية والحنفية كانوا أكثر تضييقا وتشديدا في باب الاشتراطات مقارنة بالمالكية والحنابلة، فالمالكية كانوا أكثر توسعا في أخذهم بقاعدة مقتضى العقد، فاقترحوا من مذهب الحنابلة، و إن كان أصلها يختلف؛ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج. 4، المرجع السابق، ص. 77.

أما الفقه الحنبلي فقد توسع بقبول المشتراطات العقدية في عقد الزواج، وذلك ضمن حدود وقواعد تضمن بها مصالح العقد، و لا تنافي مقاصد الشارع؛ أنظر، منصور بن يوسف البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج. 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص. 94؛ أحمد حامي، فتاوى الشيخ أحمد حامي، ج. 1، منشورات قصر الكتاب، د.س.ن، ص. 359؛ مصطفى الزرقاء، المرجع السابق، ص. 488؛ الشوكاني، فتح القدير، ج. 2، دار الأرقم، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص. 06؛ زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقرنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 83.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أو مقتضيات عقد الزواج ومقاصده العظمى²⁷⁹. و تماشيا مع قول الرسول صلى الله عليه و سلم :
"المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"²⁸⁰ .

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أطلق السلطان لإرادة الزوجين في اشتراط الشروط التي تحقق مصالحها، ما لم تتعارض هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة، وقد ذهبت إلى هذا الموقف مدونة الأسرة المغربية²⁸¹.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري قد وضع أحكاما في المادة 19 المعدلة غير محددة ، حيث جاء بقاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد أي شرط من الشروط التي تكون فيها مصلحة لهما أو لأحدهما ، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، وأنّ الجزء الثاني جاء في صيغة الاستثناء، يقيد العموم السابق، أي حصر هذه الشروط فقط في الشروط التي لا تخالف ولا تتعارض مع ما ورد في قانون الأسرة²⁸² .

و الإشكال هو أنّ تحديد ماهية الأحكام التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري، والتي يتعين على الزوجين عدم مخالفتها عند وضع الشروط الإرادية في عقد الزواج تكتنفه بعض الصعوبات. فعلى سبيل المثال: قد يعتبر البعض أنّ هناك تعارض بين إباحة المشرع لشرط عدم تعدد الزوجات وما تقضي به المادة 8 المعدلة في فقرتها الأولى التي تسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة²⁸³.

²⁷⁹ - أنظر، رباحي أحمد، حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2010، العدد 7، ص. 19 و ما بعدها؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 253.

²⁸⁰ - أخرجه الترمذي في الجامع الكبير، بهذا اللفظ بزيادة الجملة الأولى وهي "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"، كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين المسلمين ، رقم 1353 ، ج.3 ، ص. 27؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک عن كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة بلفظ (المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حرام و الصلح جائز بين المسلمين)، في كتاب البيوع، باب المسلمون والصلح جائز ، ج.2 ، ص. 49.

²⁸¹ - حيث تنص المادة 47 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا و العقد صحيحا".

²⁸² - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 169؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 129.

²⁸³ - حيث تنص المادة 8 المعدلة من ق.أ.ج على أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

و الإشكال الثاني يتمثل في تضمين عقد الزواج بعض الشروط التي قد تخالف أحكام قانون الأسرة، كاشتراط الزوجة على زوجها بعدم الزواج عليها، وحول ما إذا كان هذا الاشتراط يعد في مضمونه تحريماً لشيء محلل شرعاً²⁸⁴.

و هنا يرى الدكتور عبد العزيز سعد: "بأنّ هذا الشرط يعتبر باطلاً لتنافيه مع نص المادة 08 التي تسمح بتعدد الزوجات، لذلك فإنّ الزوج لا يلزم بالوفاء بأي شرط ورد في العقد وكان مخالفاً لأحكام قانون الأسرة، ولا يجوز مطالبته بالوفاء بذلك أمام القضاء و ليس للزوجة أن تطلب التطليق اعتماداً على عدم الوفاء بهذا الشرط"²⁸⁵. وعليه فإنّ هذا الإشكال تزداد أهميته في ظل التعديل الأخير لقانون الأسرة، حيث خصّت المادة 19 المعدلة منه بالذكر شرط عدم تعدد الزوجات إلى جانب شرط عمل المرأة باعتبارها شرطين ضروريين، لتأثيرهما الهام على حياة الأسرة²⁸⁶.

وعليه يصبح التعارض والتناقض بين نص المادتين 19 المعدلة و 8 المعدلة من قانون الأسرة أكثر وضوحاً وبروزاً من السابق، و خاصة من حيث صياغة المادتين²⁸⁷.

وعليه، فمن المستحسن لو يتفادى المشرع الجزائري هذا التعارض، فكان بوسعه النص على هذا الشرط في المادة 08 كقيد من القيود الواردة على تعدد الزوجات، كما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المغربي، حيث نص في المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

لمكان مسكن الزوجية. يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد، إذا تأكد من موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

²⁸⁴ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 58.

²⁸⁵ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 172، مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 58.

²⁸⁶ - أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديدة، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، ص. 102 - 103.

²⁸⁷ - حيث كانت تنص المادة 19 قبل تعديلها على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون". وكانت تنص المادة 08 قبل تعديلها على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

فالموضع الصحيح لإدراج شرط عدم تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري تكون في نص المادة 08 المعدلة منه وليس نص المادة 19 المعدلة منه²⁸⁸.

والإشكال الآخر، فإن صيغة النص التي أوردها المشرع بخصوص شرط عدم تعدد الزوجات في المادة 19 المعدلة من قانون الأسرة تعتبر غير سليمة، لأنها تتجه بذهن القارئ نحو تحريم مبدأ تعدد الزوجات أصلا، وعليه من الأفضل استبدال عبارة: "...ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات..."، بعبارة: "ولاسيما شرط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها"²⁸⁹.

كما أنه يوجد إشكال آخر يثار في مسألة حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، فبالرجوع إلى نص المادة 32 المعدلة من قانون الأسرة، نجد أنها قد رتبت البطلان على الزواج المشتتل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد²⁹⁰. بينما نجد في نص المادة 35 من قانون الأسرة أنه يقضي ببطلان الشرط المنافي لمقتضى العقد، وبقاء العقد صحيحا²⁹¹.

فنلاحظ هنا تعارض وعدم انسجام بين المادة 32 المعدلة المأخوذة من فقه الحنابلة الذين قالوا ببطلان الشرط والزواج معا²⁹²، وبين المادة 35 من نفس القانون التي تقضي بأنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه، أي يتنافى مع مقتضيات العقد، كان الشرط باطلا و العقد صحيحا وفقا لمذهب الحنفية²⁹³.

²⁸⁸ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 59.

²⁸⁹ - فالواجب فهمه بالنسبة لتعدد الزوجات أنّ الشريعة الإسلامية تأتي أن يكون الغرض من التعدد المباهة أو الإهانة، فالتعدد رخصة لا يلجأ إليها إلا عند الضرورة ووجود مسوغاتها؛ أنظر، محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، 1999، ص. 137؛ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 59.

²⁹⁰ - تنص المادة 32 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

²⁹¹ - تنص المادة 35 من ق.أ على ما يلي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

²⁹² - ابن قدامة، المغني، ج. 7، المرجع السابق، ص. 137.

²⁹³ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج. 5، المرجع السابق، ص. 175؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص. 259.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

و الإشكال أنّه في نفس الواقعة (أي الشرط الذي ينافي العقد) يرتب القانون حكمين مختلفين، تارة بطلان الزواج - المادة 32 ق.أ المعدلة-، و تارة أخرى الشرط باطلا و العقد صحيحا -المادة 35 ق.أ-²⁹⁴.

وواضح بأنّ المشرع قد وقع قي تناقض، بين ما ينص عليه و ما يهدف إليه من تنظيمه لأحكام نظرية البطلان المطبقة على أحكام قانون الأسرة، ويرجع السبب في ذلك إلى تأثيره بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلحي الباطل والفساد، ولكنه عبر عنهما بما يدل على أنّه تأثر بقواعد القانون المدني²⁹⁵.

ومن المستحسن لو تفادى المشرع هذا التناقض الموجود بين نص المادتين 32 و 35، وذلك بتجنب اللجوء إلى تطبيق أحكام نظرية البطلان في القانون المدني على عقد الزواج، نظرا لخصوصية أحكام عقد الزواج باعتبارها مستقاة من أحكام الشريعة الإسلامية، فقد ترك لنا الفقهاء المسلمون تراثا فقهيا غزيرا فيه من الحلول و القواعد و النظريات ما يغنينا عن اللجوء إلى أحكام القانون المدني المستقاة من تشريعات لا تمت إلى واقعنا بصلة²⁹⁶.

وخير دليل على ما نقول، نجد الإمام أحمد بن حنبل، وبخصوص حكم الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج، يميز بين حالتين :

1- الحالة الأولى: إذا اشترط الزوج على زوجته ألا صدق أو لا نفقة لها، أو أن تنفق عليه، فهذه شروط باطلة لا يصح الوفاء بها مع بقاء العقد قائما و صحيحا.

²⁹⁴ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 260؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 133.

²⁹⁵ - أنظر، محمد سيني، مبدأ اللاقانون ومدى التقيد به في قانون الأسرة الجزائري و اجتهادات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية-، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات، ص. 04.

²⁹⁶ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 69.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

2- الحالة الثانية: إذا اشترط الزوج في العقد تأقيت الزواج إلى مدة معينة، أو أن يطلق زوجته في وقت معين، فهذه شروط باطلة تبطل العقد من أصله²⁹⁷.

وعلى هذا الأساس، فإنّ التطبيق الصحيح لنص المادة 32 من ق. أ يكون في حالة وجود شروط تنافي العقد و تؤدي إلى إبطاله من أصله، و بالتالي يبطل كل من الشرط و العقد معا.

أما إذا لم تصل درجة منافاة الشرط لعقد الزواج إلى حد إبطاله من أصله، فيبطل الشرط ويصح العقد، و هذا ما يجب أن يُعنى بتنظيمه نص المادة 35 من ق.أ.ج، وبهذا الشكل يزول التناقض والغموض بين نص المادة 32 و 35 من ق.أ²⁹⁸.

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري من الاشتراط في عقد الزواج فإننا نلاحظ تناقضا في قراراته، فقد ذهب إلى اعتبار شرط الزوجة على زوجها ألا ينقلها من بلدها، بأنّه شرط صحيح يجب الوفاء به، حيث قررت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 03 مارس 1971 جاء فيه ما يلي : "حيث أنّه من المقرر فقها وقضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراما، أو تحرم حلالا، و بشرط أن لا تناقض روح العقد، وحيث أنّ قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع ومن الوثائق بمالهم من سلطة تقديرية أنّ الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلا بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج و التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، و عليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي و يعتبر الوجه غير سديد"²⁹⁹.

و لكن القضاء لم يستقر على هذا الموقف، حيث ذهب في قرار آخر إلى أنّ اشتراط المرأة على زوجها ألا ينقلها من بلدها ، هو شرط باطل و مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا ما يتبين

²⁹⁷ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 111-112.

²⁹⁸ - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 70.

²⁹⁹ - م ع، غ.ق.خ، 1971/03/03، نشرة القضاة، 1972، العدد 02، ص. 39.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 جوان 1988 والذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أنّ الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي لا يدخل في باب الكراهة لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية.

و كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قضية الموضوع ألزمو الزوج بالعرف بتعهده البقاء بزوجته بالعاصمة، يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وقد فرضوا عليه قيда هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه"³⁰⁰.

وواضح من خلال عرض القرارات السابقين للمحكمة العليا، أنّ موقف القضاء من الاشتراط كان متناقضا، وخاصة في الشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج و لا ينافيه³⁰¹، فتارة يعتبر هذه الشروط صحيحة وملزمة، و تارة أخرى يعتبرها شروطا مكروهة و غير ملزمة³⁰².

كما أنّ مضمون القرار الأخير الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 10 مارس 1988، لا يتوافق مع ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري في تنظيمه لأحكام الشروط المقترنة بعقد الزواج بالاستناد إلى المذهب الحنبلي³⁰³.

كما يوجد إشكال آخر، يتمثل في أنّ المشرع الجزائري لم يورد أي نص خاص يمنح لأحد الزوجين اللجوء إلى القضاء من أجل تعديل أو إبطال الشرط في حالة تعذر تنفيذه، بخلاف المشرع المغربي

³⁰⁰ - م ع، غ. أ.ش، 1988/06/02، ملف رقم 49575، م ق 1991، العدد 02، ص. 54.

³⁰¹ - فهو شرط ليس من مقتضى العقد ولا من مستلزماته، كما أنّه لا ينافي ولا يخل بمقصد من مقاصده، ولم يرد بشأنه أمر أو نهي من الشارع، ولكنه يحقق مصلحة معتبرة للمشتراط، ومن أمثلة هذه الشروط اشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا ينقلها من بلدها، أو اشتراط الزوج في المرأة التي يريد أن يتزوج بها أن تكون جميلة أو متعلمة أو ذات صفة معينة؛ أنظر، مولاي ملياني بغداددي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، 1997، ص. 121؛ ابن رشد، المقدمات الممهدة، ج. 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988، ص. 484؛ رشدي شحاتة، المرجع السابق، ص. 478؛ مسعودي يوسف، ص. 72. و الجدير بالذكر أنّ قانون الأسرة الجزائري قد سلك طريق الحنابلة في الأخذ بالشرط الذي لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه، حيث أباح في المادة 19 المعدلة منه للزوجين حرية الاشتراط، ولاسيما شرطي تعدد الزوجات وعمل المرأة.

³⁰² - مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص. 78.

³⁰³ - مسعودي يوسف، المرجع نفسه، ص. 79.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الذي وضع نصا خاصا في مدونة الأسرة المغربية بخصوص طلب تعديل أو إنهاء الشرط المقترن بعقد الزواج، حيث نصت الفقرة 02 من المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "... إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا. أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة..."³⁰⁴.

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لم يضع نصوص تنظيمية خاصة، تحدد سلطة كل من الموثق و ضابط الحالة المدنية في مراقبة صحة الشروط المقترنة بالزواج بدقة، وعدم تحديد المعايير التي تميز بين الشروط المشروعة و الشروط غير المشروعة.

هذا جل ما يمكن أن يقال بالنسبة للإشكالات التي يثيرها الاشتراط في عقد الزواج، و لنا أن نتساءل عن أبرز الإشكالات المثارة حول الأهلية في عقد الزواج؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الآتي.

الفرع الثالث

أبرز إشكالات الأهلية في عقد الزواج

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاة للزواج³⁰⁵. وذلك نظرا لعدم وجود النص الشرعي لهذه المسألة، فأحكام الفقه الإسلامي تقضي ببلوغ الرشد حين البلوغ الجنسي فعلا، أو تقديرا بخمس عشرة (15) سنة على الراجح³⁰⁶. والخلاف الواقع بين الفقهاء يخص تزويج الصغار ما دون البلوغ، من حيث جوازه وصحته ومن ثم نفاذه³⁰⁷.

³⁰⁴ - تنص المادة 48 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشتراطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين. إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفائه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه".

³⁰⁵ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص. 93.

³⁰⁶ - فالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة لم يرد فيهما نص يحدد سن الزواج، كما لم ينعقد إجماع الأئمة بشأن هذا الخصوص، فكان الزواج يعقد صحيحا، بغض النظر عن سن التقاعد، إلا أنّه عندما أدرك الفقه عدم تحقق الغرض المقصود من الزواج المنعقد مع القاصر، منع البناء إلى حين البلوغ

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد اعتبر المشرع الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة و لما يترتب عليه من الالتزامات المالية و الواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد بالإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية ومعرفة بشؤون الحياة و الأعباء الزوجية³⁰⁸.

وعلى هذا الأساس، حددت المادة 07 المعدلة من ق.أ.ج سنّ الزواج بـ 19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة، وهو في ذات الوقت سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من ق.م.ج³⁰⁹ بأن يكونا كاملَي الأهلية، و دون أي عارض من عوارضها³¹⁰.

وقد كانت أهلية الزواج في قانون الأسرة رقم 11/84 قبل التعديل محددة بسن 21 سنة للرجل وسن 18 سنة للمرأة، إلا أنه وأمام الانتقادات التي وجهت لهذا القانون، تم تعديل النص القانوني بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، وأصبحت أهلية الزواج موحدة بين الجنسين

الذي يتأتى من خلال ظهور علاماته لدى كل من الجنسين، فهم لم يأخذوا كأصل عام بفكرة السن في الزواج، ولكن بالبلوغ الجنسي الفعلي، ومن ثم يصعب تحديد سن معينة تنطبق على جميع الأشخاص، ذلك أنّ 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؛ أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، 2001، الجزائر، ص. 49؛ علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص. 242؛ موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج. 7، دار الغد العربي، 1995، ص. 460؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد ونحو الزواج، المرجع السابق، ص. 45؛ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434 هـ / 2013 م، ص. 267.

³⁰⁷ - فلقد حدد أبو حنيفة سن الزواج 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 فحدودها بـ 18 سنة لكل من الجنسين؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات...، المرجع السابق، ص. 49؛ محفوظ بن الصغير، نفس المرجع، ص. 267-268؛ علاء الدين الكاساني، المرجع نفسه، ص. 242؛ موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، نفس المرجع، ص. 460؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 193-194؛ الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، ج. 4، ط. 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص. 29.

³⁰⁸ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 195.

³⁰⁹ - حيث تنص المادة 40 من ق.م.ج على أنّه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، و لم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

³¹⁰ - أنظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، وهران، الجزائر، 2004، ص. 68-69؛ بلحاج العربي، ص. 195؛ أنظر، مريم عبد الله أحمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1998، ص. 30.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بتمام سن الرشد المدني أي 19 سنة كاملة. حيث جاء في نص المادة 07 المعدلة من ق.أ. ما يلي:
"تكتمل أهلية الرجل و المرأة 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 و التزامات".³¹¹

و عليه، نطرح التساؤل التالي: ما هي أبرز الإشكالات التي يمكن أن يثيرها شرط الأهلية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري؟

و من خلال ذلك، سنتطرق في هذا الفرع إلى عدم وضع المشرع الجزائري الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج (أولا)، كما سنبرز عدم انسجام توحيد سن الزواج للجنسين مع سن الرشد المدني (ثانيا)، كما سنبين الإشكالات التي يثيرها الإذن القضائي بالزواج (ثالثا).

³¹¹ - لقد سبق نص المادة 07 المعدلة من ق.أ.ج عدة نصوص مختلفة باختلاف زمانها ومكان صدورها، حيث صدر النص الأول في أوائل شهر ماي من سنة 1930، وكانت المادة 01 منه تنص على أن: "الأهالي والقبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكنهم إبرام عقد الزواج قبل إتمام 15 من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام، استنادا إلى أسباب خطيرة وبعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر وقاضي الصلح وطبيب"، ما يلاحظ على هذا التشريع أنه ساوى بين الفتى والفتاة من حيث سن أهلية الزواج، و من حيث الإعفاء منه؛ أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 23؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 45؛ دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، فروع قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر العاصمة، 2014-2015، ص. 16.

وهناك نص ثاني يتعلق بتحديد الزواج، وهو المادة 05 من الأمر رقم 59-274 المؤرخ في 1959/02/04 الخاص بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الذين يخضعون لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر والساورة والواحات، حيث جاء فيها أنه لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا المرأة التي لم تبلغ سن 15 سنة أن يعقدا زواجهما، إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيها من شرط السن إذا رأى أن هناك أسبابا خطيرة؛ عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص. 24؛ عبد الحكيم بوجاني، ص. 45، دزيري خليل، ص. 16.

أما النص الثالث: فقد تضمنته المادة 01 وما بعدها من القانون رقم 224-63 المؤرخ في 1963/06/29 والصادر بعد استرجاع السيادة الوطنية، جاء فيها أن سن أهلية الزواج للفتى 18 سنة، وللفتاة 16 سنة ولرئيس المحكمة السلطة المطلقة في أن يعفيها أو يعفي أحدهما ويرخص لهما بالزواج قبل بلوغ هذا السن، إذا رأى أن هناك أسباب خطيرة تتطلب إبرام عقد الزواج قبل بلوغ هذه السن، ونصت المادة 02 على معاقبة الأشخاص الذين يعقدون أو يساهمون في عقد زواج مخالف لهذا القانون بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر وغرامة مالية من 400 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ أنظر، عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006، ص. 95؛ تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص. 85؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، ص. 24؛ سليمان ولد خصال، المرجع السابق، ص. 45؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص. 17؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص. 46.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أولا- عدم وضع المشرع الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج:

إنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة سن الزواج³¹²، ويرى الدكتور عبد العزيز سعد بأنّه: "لا تعتبر باطلا و لا فاسدا مادام أنّ عقد زواجهم عقدا شرعيا وقانونيا، وما دامت النيابة العامة لا تقوم بأي إجراء جزائي ضدهم"³¹³.

و عليه فإنّ واضعي قانون الأسرة لم يعطوا لتحديد سن الزواج الوارد في المادة 07 المعدلة من ق.أ القيمة القانونية اللازمة³¹⁴، وذلك بخلاف المادة 02 من القانون 224/63 المؤرخ في 29 جوان 1963، حيث نصت على معاقبة ضابط الحالة المدنية والموثق والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يحترموا السن القانونية بالحبس من 15 يوما إلى ثلاثة أشهر، و بغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى العقوبتين³¹⁵.

وذهب الأستاذ تشوار الجيلالي إلى بطلان الزواج الذي تمّ إبرامه من قبل شخص لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة و لم يحصل مسبقا على الإذن القضائي.³¹⁶

ونرى عقلانية الاتجاه الأخير، لأنّ تحديد سن الزواج في المادة 07 من ق.أ الغرض منه حماية الصغار، وكذا المحافظة على رضائية العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، وفقا

³¹² - فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج؛ أنظر، الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة في ضوء الفقه والقضاء، د.م.ج، الجزائر، 2005، ص.31؛ بلحاج العربي، احكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 197، الهامش رقم 03 ؛ Cf. Ghaouti BENMELHA, Le droit algérien de la famille, OPU, Alger, 1999, p. 52.

³¹³ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص. 61 ؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 197 .

³¹⁴ - أنظر، محمد محدة، الخطبة والزواج، المرجع السابق، ص. 130؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 62؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 62.

³¹⁵ - Loi N° 63 -224 du 29 juin 1963 fixant lage minimum du mariage, Journal officiel de la république algérienne 2 juillet 1963, p. 680-681.

³¹⁶ - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، 1999، العدد 04، ص. 75 ؛ تشوار جيلالي ، الزواج والطلاق في ضوء الاكتشافات الحديثة الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص. 57؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية....، المرجع السابق، ص. 197.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

للإجراءات القانونية، و يرى الأستاذ بلحاج العربي بأنها أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد³¹⁷.

إلا أنّ الأستاذ يوسف دلاندة يرى بأنّ: "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 و امتهان مهن حرة للشباب أقل من 23 سنة"³¹⁸.

هذا و نجد إشكالا آخر يترتب عن عدم تحديد المشرع لجزاء معين على مخالفة سن الزواج، إذ يدفع بالكثير من الأشخاص ممن يدركون عدم وجود مصلحة أو ضرورة في زواج الصغار، إلى إبرام الزواج قبل بلوغ السن المطلوبة في المادة 07 من ق.أ.ج³¹⁹، و من ثم سهولة تسجيله فيما بعد بحكم قضائي، ما دام الزواج الغير مسجل (العرفي) معترفا به بموجب المادة 22 من ق.أ.³²⁰، ويجوز إثباته بحكم قضائي، فلا صعوبة تذكر في تجاهل السن القانونية³²¹ وتجاهل الإذن بالزواج، وبالتالي عدم جدوى الجزاء على مخالفة السن.

وعليه فإنّ المشرع لم يضمن الأرضية اللازمة لاحترام السن القانونية للزواج، من خلال إغفال الجزاء المترتب على مخالفتها³²²، و إقراره للزواج العرفي (الزواج غير المسجل) يكون من أسبابه مخالفة

317 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 197-198.

318- أنظر ، يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر ، 2011 ، ص. 12؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج و الطلاق، ط. 2 ، دار هومه ، الجزائر، 2008 ، ص. 15.

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

320- تنص المادة 22 المعدلة من ق.أ.ج على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة "

321- نزار كريمة، المرجع السابق ، ص. 177.

322- أنظر، عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالثة، بن عكنون، الجزائر، 2000، ص. 19؛ عبد القادر بن عزوز ، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط. 1، منشورات قرطبة، الجزائر، 1428 هـ - 2007 م ، ص. 08 ؛ نزار كريمة، المرجع السابق ، ص. 183 ؛ بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 49.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

السن نظرا 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 عبئا ثقيلا على عاتقهم، من شأنه أن يؤخر هذا الاستعجال، فإن كان كلا الزوجين أقل من السن القانونية، فإنّ زواجهما الرسمي وفقا لمقتضيات المادة 07 من ق.أ لا يتم إلا بمقتضى ترخيص صادر عن رئيس محكمة موطن طالب الترخيص، وهو ترخيص كثيرا ما يتجنب الزوجان استصداره، وحتى لو تم تقديم طلب للحصول عليه، فقد يرفض لعدم استيفاء شروط منحه، فيلجأ الزوجان إلى الصيغة التقليدية للزواج أي الزواج بالفاخرة أو ما يسمى بالزواج العرفي³²³.

كما أنّ الإشكال هو أنه حتى وإن تصورنا بأنّ المشرع سيتدارك عدم مراعاته مصلحة الفرد والمجتمع بوضع نص خاص يتكلم فيه صراحة عن جزاء خاص بمخالفة السن المحددة قانونا للزواج³²⁴ فإنّ ذلك لن يجدي نفعا مع بقاء ما تقضي به المادة 22 من ق.أ من إمكانية إثبات وتسجيل عقد الزواج العرفي بحكم قضائي، لاسيما وأنّ المشرع لم يضع أي شرط خاص لإثبات مثل هذا الزواج، والأغرب من ذلك أنّه حذف شرط الإثبات بحكم إذا توافرت أركان وشروط هذا الزواج في تعديله للمادة 22، و ربط حالة عدم تسجيل الزواج بحكم قضائي فقط³²⁵.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن إشكالية عدم وضع المشرع لجزاء مخالفة السن القانونية للزواج، ولنا أن نتساءل عن جدوى توحيد السن القانونية للزواج للجنسين؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

³²³ - أنظر، حسين بلحيرش، الاجتهاد القضائي في مجال إثبات وتسجيل الزواج العرفي المتنازع فيه، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، بليدة، الجزائر، 2009، العدد 01، ص. 132-133؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص. 49.

³²⁴ - و لعل السبب في عدم تنظيم المشرع من خلال المادة 07 من ق.أ لجزاء مخالفة السن، يعود إلى الطبيعة القانونية التي أضفاها على هذا الشرط، ضمن شروط عقد الزواج الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج"، ومع ذلك فإنّ اعتبار هذه المسائل شروطا لتكوين الزواج، لم يمنعه من تنظيم حكم العقد المبرم مع مخالفة هذه الشروط جميعا بمقتضى المواد من 32 إلى 35 من ق.أ باستثناء شرط الأهلية، مما يوحي بأنّ هذا الأخير ليس إلا تكليفا فرضه المشرع على الزوجين، في إطار الإجراءات التنظيمية الإدارية.

³²⁵ - حيث كانت تنص المادة 22 من قانون الأسرة قبل تعديلها على ما يلي: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ثانيا- عدم انسجام توحيد سن الزواج للجنسين مع سن الرشد المدني:

لقد جعل المشرع أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية وفق ما تنص عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري³²⁶، والتي لم تفرق بين الذكر والأنثى³²⁷، إلا أننا 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 علميا أنّ المرأة تبلغ قبل الرجل، ومن ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله³²⁸.

وبالرجوع إلى توحيد سن الزواج مع سن الرشد المدني، فإنّ الأهلية في الزواج تختلف عنها في العقود المدنية، ومن حيث أنّه لا يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني المنصوص عليها في المادة 40 في فقرتها الثانية من القانون المدني، فإنّ الفقهاء اشتراطوا هنا مطلق البلوغ، وهي علامات طبيعية تبين النضج الجسمي للفتى والفتاة، وهو ما قال به بعض المالكية كابن جزى على الخصوص³²⁹.

وعليه، فإنّ مفاهيم القانون المدني لا تنسجم مع المرونة التي يقوم عليها قانون الأسرة³³⁰، وهذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود، حيث يفترض فيه البلوغ والعقل أكثر من الرشد، ذلك أنّه يقوم على اعتبارات شخصية بالدرجة الأولى، لا يمكن أن يقوم عليها أي عقد آخر، ومن ثم فإنّ الرشد في عقد الزواج لا يمكن ضبطه وفقا لما تقتضيه التصرفات ذات الصبغة المالية³³¹.

³²⁶ - حيث تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

³²⁷ - محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 264، الهامش رقم 01.

³²⁸ - نزار كريمة، المرجع السابق، ص. 176؛ لعناني سميرة...، المرجع السابق، ص. 31؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص. 46.

³²⁹ - أنظر، ابن جزى، القوانين الفقهية، مطبعة النهضة، فاس، المغرب، د.س.ن، ص. 198 وما بعدها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 199.

³³⁰ - بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 199.

³³¹ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجان حنان، بن سلامة دنيا، عجينة آمال، بوبكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص. 31؛ نزار كريمة، المرجع السابق، ص. 176؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص. 46.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّ الملاحظ على نص المادة 07 من قانون الأسرة أنّها جعلت من الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج من حقوق والتزامات، وهو ما يجعل إشكالية اختلاف سن الرشد عن سن الزواج غير قائمة، حيث أنّه يصبح راشدا بقوة القانون في حدود عقد زواجه وما يترتب من آثار³³².

والإشكال هو أنّه لماذا لم يعط القانون نفس الحق للزوجة القاصرة مادام الأمر يقتصر على الآثار المترتبة على عقد الزواج؟ كما أنّه 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 بصفتها زوجة قاصرة أم أنّ وليها يتولى الحضور والرافعة عنها بهذه الصفة؟ خاصة إذا علمنا أنّ قضايا شؤون الأسرة، وخاصة الزواج والطلاق من القضايا المعقدة جدا والتي تحتاج إلى إجراءات وشروحات خاصة³³³، وهل يمكن لولي الزوجة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا؟ وفي حالة الإجابة بالنفي هل يجوز أن يسمع القاضي الزوجة القاصرة الحدث دون حضور وليها؟³³⁴.

وما يمكن قوله أنّ المشرع لم يكن ملزما بأن يساوي بين الرجل والمرأة من حيث سن الزواج، ولم يكن مجبرا بأن يساوي بين أهلية الزواج وسن الرشد المدني.

وعليه، فإنّ تحديد سن الزواج يفترض فيه أن يخضع لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائرية، يشترك فيها كل من علماء الاجتماع، وأطباء، ورجال دين وقانون، وذلك من أجل الوصول إلى الأفضل وتفادي الحالات العديدة التي يلجا فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية، ولما يتبع ذلك من مشاكل

³³² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 25-26؛ بوجاني عبد الحكيم، نفس المرجع، ص. 47؛ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص. 264.

³³³ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص. 15.

³³⁴ - يوسف دلاندة، المرجع نفسه؛ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 26؛ محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص. 264.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة لأبناء هؤلاء³³⁵.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن عدم انسجام توحيد سن الزواج للجنسين مع سن الرشد المدنيين ولنا أن نتساءل عن الإشكالات التي يثيرها الإذن القضائي بالزواج (زواج القاصر)، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

ثالثا- إشكالات الإذن القضائي بالزواج:

يثير الإذن القضائي بالزواج العديد من الإشكالات والمتمثلة في عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج (1)، وعدم تحديد المشرع للقاضي السن الأدنى والسن الأقصى للزواج (2)، وعدم تعرض المشرع لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه (3)، بالإضافة إلى عدم وضع المشرع المعايير التي يعتمد عليها القضاة في تقدير المصلحة والضرورة (4).

1- عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج:

الأصل أنّ الرجل والمرأة لا يمكنهما الزواج إلا بعد بلوغ سن الزواج المنصوص عليه في المادة 07 من قانون الأسرة المعدلة، أي بتمام 19 سنة، وهو في نفس الوقت سن الرشد القانوني في المادة 40 من القانون المدني³³⁶.

إلا أنّ المشرع أجاز النص للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج³³⁷، وهذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادة 07 من قانون الأسرة على أنه: "للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج...".

³³⁵ - نزار كريمة، المرجع السابق، ص.177.

³³⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.200.

³³⁷ - بلحاج العربي، المرجع نفسه.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أنّ الإشكال يثار في عدم تحديد القاضي المختص بذلك³³⁸، مع العلم أنّ هذه السلطة كانت تمنح بمقتضى الأمر الصادر في 04 فيفري سنة 1959 إلى رئيس محكمة المرافعة الكبرى، أما قانون 25 جوان 1963 كان يمنحها لرئيس المحكمة ولكن بعد استشارة وكيل الجمهورية³³⁹.

وعليه 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 بأنّ التطبيقات القضائية جرت في الغالب على أنّ رئيس المحكمة هو المختص بمنح الترخيص بالزواج لمن لم يبلغوا السن القانونية باعتبار أنّ منح هذه الصلاحية لرئيس المحكمة يحقق الغاية والمصلحة التي من أجلها وُضع الترخيص، لما فيه من سرعة في تحصيل الترخيص بالزواج، ولأنّ الأصل في الخروج عن السن المحددة قانونا للزواج هو لتحقيق مصلحة مستعجلة³⁴⁰.

إلا 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 الأمور³⁴¹.

³³⁸ - أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، رقم 10، ص.106.

³³⁹ - أما في فرنسا بمقتضى قانون 1970/12/23 أصبح وكيل الدولة الموجود بالمكان الذي سيرم فيه الزواج هو المختص إقليميا لمنح الإذن الذي نحن بصددده هنا، بعد ما كان الأمر قبل ذلك يرجع إلى رئيس الدولة؛ تشوار جيلالي، نفس المرجع، الهامش رقم 10، ص.106.

³⁴⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.61؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.19.

³⁴¹ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج...، المرجع السابق، ص.105-106.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ومن الناحية العملية³⁴² فإنّ القاضي المختص بسلطة الترخيص بالزواج للقاصر أصبح يرجع إلى قاضي شؤون الأسرة وليس إلى رئيس المحكمة، ولعل هذا ما تؤكدته المادة 424 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والتي جاء فيها أنّه: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، والمادة 479 و 480 من نفس القانون في الترخيص والترشيد، حيث تنص المادة 479 على ما يلي: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة". كما تنص المادة 480 من نفس القانون على أنّه: "يقرر قاضي شؤون الأسرة، ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

وهذا ما يفهم أيضا عند تصفحنا للمواد 40، و49، و52، و53، و54، و55، و56، و57، و79، و3/87 المعدلة من قانون الأسرة، بأنّ القاضي الذي قصده المشرع في المادة 07 من قانون الأسرة هو قاضي شؤون الأسرة، وذلك خلافاً للفقرة 03 من المادة 08 المعدلة من قانون الأسرة والتي أشارت صراحة إلى القاضي المختص بشأن التعدد وهو رئيس المحكمة³⁴³.

هذا جل ما يمكن أن يقال حول عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج. كما أنّه من بين الإشكالات التي يثيرها الإذن القضائي بالزواج، عدم تحديد المشرع للقاضي السن الأدنى والسن الأقصى للزواج.

³⁴² - لقد قمنا بالاتصال ببعض قضاة المحكمة الابتدائية والمجلس القضائي لعين تموشنت، وبعض القضاة لدى محكمة دائرة العامرية التابعة لولاية عين تموشنت.

³⁴³ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج...، المرجع السابق، ص.106.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

2- عدم تحديد المشرع السن الأدنى والسن الأقصى للزواج:

إنّ الإشكال الآخر الذي يثار في حالة ما إذا قرّر القاضي منح الترخيص بالزواج، يتمثل في عدم تحديد المشرع في المادة 07 من قانون الأسرة الحد الأدنى لسن الزواج و الذي يجب على القاضي أن لا ينزل عنه³⁴⁴، وترك للقاضي سلطة تقديرية واسعة قد تؤدي إلى حالة زواج الصغار، لأنّ المادة 222 من قانون الأسرة تحيل القاضي عند انتفاء النص التشريعي إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وأنّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى القول بصحة زواج الصغار ممّن دون سن البلوغ.

ودليلهم في ذلك قوله تعالى: ﴿وَاللّٰئِي يَّسْنَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللّٰئِي لَمْ يَحْضَنْ﴾³⁴⁵.

ويقصد هنا بـ ﴿اللائئى لم يحضن﴾ حسب المفسرين، الفتاة الصغيرة. وذلك خلافا لما يراه عدد قليل من الفقهاء، منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، الذين قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا يترتب على مخالفته البطلان، إذ أنّ القرآن الكريم جعل النكاح للبالغين في قوله تعالى: ﴿وَابْتَكَوْا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾³⁴⁶، ويتّضح من هنا أنّ الله سبحانه وتعالى جعل بلوغ سن الزواج علامة على انتهاء الصغر³⁴⁷.

³⁴⁴ - أنظر، بلحاج العربي، قانون الأسرة الجزائري، أحكام الزواج، ج.1، ط.6، د.م.ج، الجزائر، 2010، ص.120-121؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.199؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.20.

³⁴⁵ - سورة الطلاق، الآية 04.

³⁴⁶ - سورة النساء، الآية 06.

³⁴⁷ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في...، المرجع السابق، الهامش رقم 03، ص.106-107؛ أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص.145؛ أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.5، ص.57-59.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فيرى الأستاذ تشوار الجيلالي بأنه من المستحسن لو جعل الحد الأدنى للزواج لسن الفتاة 17 سنة كاملة وللفتى 18 سنة، وأنه يمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة، إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك³⁴⁸.

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 كافٍ من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج وعواقب هو مقبل عليها³⁴⁹.

هذا ونلاحظ بأن المشرع لم يتعرض للحد الأقصى للزواج، ولم يتكلم عن مشكلة الفارق في السن بين الزوج والزوجة، تاركا ذلك للأعراف والأفهام السليمة أن تحدد ما يحقق المصلحة على ضوء ذلك³⁵⁰.

ومع أنّ الفقهاء القدامى ورد في عباراتهم ما يدل على كراهة الزواج مع الشيخ الهرم رغم صحته، فجاء في حاشية البيجوري: "ويكره أن يزوج الولي البنت مع كبير هَرَم"³⁵¹.

وأشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03 نوفمبر سنة 1986 على أنّ: "كبر سن الزوج ليس مما يجيز تطليق الزوجة جبرا عن زوجها"³⁵².

هذا جل ما يمكن أن يقال عن عدم تحديد المشرع الجزائري للقاضي السن الأدنى والأقصى للزواج، كما يثار إشكال آخر في الإذن القضائي بالزواج، ويتمثل في عدم تعرض المشرع الجزائري لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه، وهو ما سيتم إبرازه في النقطة الموالية.

³⁴⁸ - تشوار الجيلالي، المرجع نفسه، ص. 106-107.

³⁴⁹ - تشوار الجيلالي، المرجع نفسه.

³⁵⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 199.

³⁵¹ - أنظر، ابن القاسم الغزي، حاشية الشيخ ابراهيم البيجوري، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ج. 2، ط. 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420 هـ الموافق لـ 1999 م، ص. 112؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، نفس المرجع، ص. 200.

³⁵² - م ع، غ.أ.ش، 1986/11/03، ملف رقم 42681، م ق، 1989، العدد 02، ص. 04؛ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 200.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

3- عدم تعرض المشرع الجزائري لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه:

لقد نصّت مدونة الأسرة المغربية الصادرة بالقانون 70/03 في المادة 20 في الفقرة الثانية منها على أنّ: "مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن"³⁵³.

وعليه، فإنّ المشرع المغربي كان واضحاً من حيث عدم قابلية الترخيص بإذن زواج القاصر الذي يأذنه قاضي الأسرة المكلف بالزواج لأي طعن.

وهو نفس ما أشار إليه الفصل 06 من الكتاب الأول المعنون بالزواج في المراكنة من مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة بالأمر المؤرخ في 13 أوت 1956³⁵⁴، والذي نقح الفصل 06 بالقانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 والذي جاء فيه ما يلي: "زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. وإن امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر للقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

في حين أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض لإمكانية الطعن في الترخيص -أي الإذن بالزواج- من عدمه، كما أنّه لم يحدد إجراءات الطعن وشروطه، وهذا قصور تشريعي يستحسن بالمشرع تداركه³⁵⁵.

إلا أنّ الإشكال الذي نطرحه هو عدم وجود نص قانوني صريح يعتبر الترخيص الذي يصدره القاضي في الإذن بالزواج على أنّه أمر ولائي، كما أنّه لا يوجد نص قانوني صريح يقر بأنّ الأمر الولائي غير قابل لأي طعن.

³⁵³ - تنص المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".

³⁵⁴ - والمنشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956.

³⁵⁵ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 201-202.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّ الإشكال الآخر يتمثل في عدم وضع المشرع الجزائري لنصوص قانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظم بالتفصيل إجراءات الأوامر الولائية، فكان من المستحسن لو فصل فيها مثلما فصل في إجراءات الأوامر على العرائض³⁵⁶، وإجراءات أوامر الأداء³⁵⁷.

كما أنّ الإشكال الآخر أنّ المادة 07 من قانون الأسرة مازالت لا تشير إلى موافقة الولي على زواج القاصر، فيما يتعلق بالإذن، إذ من المعلوم أنّ زواج الفتى الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، وهو 19 سنة كاملة (المادة 1/7 ق.أ و 40 ق.م) يتوقف على موافقة الولي باعتبار الفتى قاصرا و هذا طبقا للمواد (2/11 و 81 و 83 ق.أ)³⁵⁸. فإذا امتنع هذا الولي عن الموافقة، وتمسك كل طرف بموقفه، يرجع الأمر إلى القاضي الذي يقرر إما تزويج الفتى أو عدمه، وفقا لما تأكد لديه عمليا من الناحية التطبيقية طبقا للمواد 2/11 و 90 ق.أ³⁵⁹.

وعليه، فمن المستحسن ومن باب التنسيق إدخال الفقرة 02 للمادة 11 ضمن أحكام المادة 07 من قانون الأسرة، باعتباره المكان المناسب لها³⁶⁰.

³⁵⁶ - حيث نظم الأوامر على العرائض في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المواد من 310 إلى 312 منه .

³⁵⁷ - حيث نظم الأوامر على الأداء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المواد من 306 إلى 309 منه .

³⁵⁸ - تنص المادة 11 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة على ما يلي: "...دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأئلين والقاضي ولي من لا ولي له". وتنص المادة 81 من نفس القانون على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، وتنص المادة 83 من ذات القانون على ما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت متردة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

³⁵⁹ - تنص المادة 90 من قانون الأسرة: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

³⁶⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 202 ، الهامش رقم 02 ورقم 03.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وفي رأينا يستحسن أن تكون صياغة المادة 7 في الإذن بالزواج للقاصر على النحو الآتي: "للقاضي أن يأذن بالزواج قبل ذلك، إذا وجدت مبررات مقبولة. يقدرها بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

وصفوة القول أنّه كان حريا بالمشروع الجزائري أن يحدو حذو المشروع المغربي والمشروع التونسي في النص صراحة على عدم قابلية الإذن بالزواج لأي طعن. و أن يحدد إجراءات الطعن وشروطه في هذا الموضوع، لأنّه قصور تشريعي يستحسن على المشروع تداركه.

هذا جل ما يمكنه أن يقال عن عدم تعرض المشروع الجزائري لإمكانية الطعن بالترخيص بالزواج عن عدمه، أما النقطة الأخرى الذي تم ملاحظتها في المادة 07 من قانون الأسرة، أنها تكلمت عن الضرورة والمصلحة في منح الإذن بالزواج، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

4- عدم وضع المشروع المعايير التي يعتمدها القضاة في تقدير المصلحة و الضرورة:

جاء في المادة 07 من قانون الأسرة ما يلي: "...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج".

وعليه، فإنّ المشروع قيّد منح الترخيص بالزواج بالنسبة للقاصر بما تقتضيه المصلحة والضرورة، إلا أنّ الإشكال يتمثل في عدم تبيان هذه المصلحة، وعدم تحديده للمعايير التي يمكن اعتمادها من قبل القضاة في تحديدها، تاركاً المجال في ذلك للقاضي ولسلطته التقديرية³⁶¹، على اعتبار أنّه من أولى الأمر المختصين بتفسير القانون والبحث عن نوايا ومقاصد المشروع في النصوص القانونية سعياً لإزالة وحل النزاع³⁶².

وما يمكن قوله أنّ تقدير المصلحة والضرورة التي هي مناط الترخيص تعتبر معياراً نسبياً يتغير بتغير

³⁶¹ - دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج و انحلاله ، المرجع السابق ، ص. 20.

³⁶² - أنظر ، نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، المرجع السابق، ص. 21؛ تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص. 106-107.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الزمان والمكان والأشخاص³⁶³، وعلى القاضي أن يدرس الطلبات المعروضة حالة بحالة. وأن يكون حذرا في تقدير المصلحة التي هي مناط الترخيص، وألا يعطي الترخيص إلا إذا كانت دواعي المصلحة والضرورة ثابتة، كما لا يصح له في المقابل أن يتعسف في استعمال سلطته مادام الإذن لا يمس بمصالح المجتمع ومصالح الأطراف أنفسهم. وبذلك يكون المشرع قد منح القاضي ثقة كاملة وصلاحيات واسعة لرفض قبول طلبات الإعفاء من السن المحددة قانونا للزواج، دون إلزامه بتسبيب رفضه أو قبوله³⁶⁴.

كما أنّ الإشكال يثار في المادتين 479 و 480 من ق.إ.م.إ.ج، فهل يمكن أن نستخلص منهما أنّهما يشملان الترخيص بالإذن بالزواج أم لا؟

فلو كانت الإجابة بنعم، فإنّه يطرح إشكال آخر في نوع أو طبيعة هذا الترخيص؟ هل هو ترخيص بموجب أمر على عريضة طبقا لأحكام المادة 479 ق.إ.م.إ.ج³⁶⁵؟ وبالتالي نخضعه لإجراءات الأوامر على العرائض المنصوص عليها في المواد من 310 إلى 312 من ق.إ.م.إ.ج؟ وبالتالي نقول أنّه يمكن الاستئناف في الترخيص طبقا لنص المادة 312 من نفس القانون³⁶⁶ في الفقرة الثانية منها؟.

³⁶³ - أنظر، عبد الرحمن بن سعد الشثري، حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة وتحديد سن الزواج، ط.2، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، مصر، 1431 هـ - 2010 م، ص. 17.

³⁶⁴ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، 1996، المرجع السابق، ص.105.

³⁶⁵ - تنص المادة 479 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة".

³⁶⁶ - تنص المادة 312 من ق.إ.م.إ.ج على أنه: "في حالة الاستجابة إلى الطلب، يمكن الرجوع إلى القاضي الذي أصدر الأمر، للتراجع عنه أو تعديله. وفي حالة عدم الاستجابة إلى الطلب، يكون الأمر بالرفض قابلا للاستئناف أمام رئيس المجلس القضائي. يرفع الاستئناف خلال خمسة عشر (15) يوما من تاريخ أمر الرفض. يجب على رئيس المجلس القضائي أن يفصل في هذا الاستئناف في أقرب الآجال. لا يخضع هذا الاستئناف للتمثيل الوجوبي بمحام. تحفظ النسخة الثانية من الأمر ضمن أصول الأحكام بأمانة ضبط الجهة القضائية المعنية".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أم نعتبر ترخيص القاضي بالزواج بمثابة أمر ولائي طبقا لنص المادة 480 من ق.إ.م.إ.ج ؟ إذا ما اعتبرناها تشمل ترشيد القاصر في الإذن بالزواج؟³⁶⁷

من خلال اتجاها لبعض المحاكم و طرحنا لهذا التساؤل، وجدنا بأنّ هذا الترخيص هو بمثابة عمل ولائي للقاضي، ويعتبر باتا وغير قابل لأي طعن بأي وجه من الوجوه³⁶⁸.

وبذلك فإنّ ضابط المصلحة والضرورة ليس بالمسألة الهينة، لاختلاف وجهات النظر وعدم توحيدها بشأنها، ولسنا بصدد ترجيح وجهة نظر عن أخرى، إلا أنّه يمكن الاستعانة بظروف طالبي الإعفاء، كأن تكون الفتاة بحاجة إلى من يعولها، مما قد يجعلها عرضة للاستغلال أو الانحراف، أو تكون يتيمة ذات مال فتكون مطمعا للغير و على رأسهم وصيها³⁶⁹.

هذا إضافة إلى إشكالية الضرورة والمصلحة التي تقدر لمنح الترخيص، والتي يختلف تقديرها من قاض 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، و بهذا نكون في مواجهة إشكالية التفاوت في منح التراخيص حتى لا نقول تناقض³⁷⁰، حيث يصدر أمر يبرر منح التراخيص، ويصدر أمرا آخر في نفس الحالة في مكان آخر يبرر رفض منحه³⁷¹.

³⁶⁷ - حيث تنص المادة 480 ق.إ.م.إ.ج على أنّه: "يقرر قاض شؤون الأسرة، ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا".

³⁶⁸ - وهو نفس ما ذهب إليه الأستاذ تشوار الجيلالي في اعتبار الترخيص الذي يمنحه القاضي للقاصر في الإذن بالزواج هو بمثابة سلطة أو أمر ولائي؛ أنظر، تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص. 105-106؛ و هو أيضا ما ذهب إليه الأستاذ بلحاج العربي؛ أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 201؛ و هو ما ذهب إليه أيضا الأستاذ عبد العزيز سعد؛ أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 103.

³⁶⁹ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 54.

³⁷⁰ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص. 181-182.

³⁷¹ - لعناني سميرة...، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص. 32.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إلا أننا نقول في الأخير، أنّ كل هذه الإشكالات التي أبرزناها في المادة 07 من ق.أ والمتعلقة بالأهلية في الزواج، و المتمثلة في عدم وضع المشرع جزاء يترتب على مخالفة سن الزواج، وعدم انسجام توحيد سن الزواج للجنسين من سن الرشد المدني، وإشكالات الإذن القضائي بالزواج والتي بينّا فيها عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج، وعدم تحديده للسن الأدنى والسن الأقصى للزواج، وعدم تعرضه لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه، وعدم وضعه للمعايير التي يعتمدها القضاة في تقدير المصلحة والضرورة ، والتي كان الهدف منها تفعيل المادة 07 من ق.أ لا فائدة منها. لأنّه في ظل وجود المادة 22 من ق.أ ، يمكن تخطي و تجاهل هذا الإذن بما يحمله من ضوابط تحكمه ، أو يفترض فيها أن تحكمه عن طريق إبرام زواج الفاتحة أو ما يسمى بالزواج العرفي، ثم بعد فترة معينة يتم تثبيته قضائيا دون أية مشاكل، ومن ثم العبث بمصلحة القصر، التي قد ينتج عنها في الكثير من الحالات مطلقات قبل بلوغهنّ سن الزواج³⁷²، لاسيما وأنّه في الكثير من الحالات يكون عدم التكافؤ صارخا بين الرجل والمرأة ويصر الولي على تزويجها له ، ليس لسبب إلا لكونه ثريا ، كما قد يجمع الأمر بين الإذن بالزواج للقاصرة ورخصة التعدد إذا كان متزوجا ، فيجد في الزواج العرفي ملاذا من كل هذه القيود³⁷³.

هذا جل ما يتعلق بالإشكالات التي تثيرها المادة 07 من قانون الأسرة و المتعلقة بأهلية الزواج ، وبعد ما أبرزنا أيضا في هذا المطلب، عدم تعرّض المشرع الجزائري لعيوب الرضا في عقد الزواج، والإشكالات المثارة حول الاشتراط في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة، فلنا أن نبرز الإشكالات المثارة حول الشهادة الطبية، والصدّاق، والولي في عقد الزواج، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الآتي.

³⁷² - نزار كريمة، المرجع السابق، ص. 183-184.

³⁷³ - بوجاني عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص. 56.

المطلب الثاني

الإشكالات المثارة حول الشهادة الطبية والصدّاق والولي في عقد الزواج

سيتم التطرق في هذا المطلب، إلى إشكالات الشهادة الطبية قبل الزواج المنصوص عليها في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة (الفرع الأول)، وإلى إشكالية النقص التشريعي في تنظيم شرط الصدّاق في قانون الأسرة (الفرع الثاني)، وإلى الإشكالات التي يثيرها شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول

إشكالات الشهادة الطبية قبل الزواج المنصوص عليها في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة

إنّ توفر المقبلين على الزواج على صحة جيدة لا يعتبر شرطا من شروط صحة الزواج، وذلك وفقا لمضمون المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، غير أنّه وبمقتضى نص المادة 07 مكرر من نفس القانون المضافة عام 2005³⁷⁴، أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إلزاميا بالنسبة لكل من أراد تسجيل الزواج³⁷⁵.

حيث نصت المادة 7 مكرر من قانون الأسرة³⁷⁶ على أنّه: "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

³⁷⁴ - حيث قام المشرع بمقتضى تعديل قانون الأسرة في 2005 إلى إدراج مادة جديدة تلزم الخاطبين بتقديم شهادة طبية عند إبرام عقد الزواج.

³⁷⁵ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 211.

³⁷⁶ - لقد حدّد المشرع الجزائري حدو بعض الدول العربية التي سبقته إلى تقنين الفحص الطبي قبل الزواج، حيث تعرض المشرع المغربي إلى الشهادة الطبية قبل الزواج، وذلك في المادة 4/65 من المدونة الجديدة للأسرة التي تنص على ما يلي: "شهادة طبية لكل واحد من الخاطبين، يحدّد 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 أنّه: "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 بما إشارة أخرى". أما المشرع السوري، فقد تعرض إلى الشهادة الطبية قبل الزواج في المادة 1/40 فقرة ج التي تنص على أنّه: "يقدم طالب الزواج لقاضي المنطقة مع الوثائق التالية، شهادة من

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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. و يؤثر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم³⁷⁷.

فمن خلال نص المادة يتضح أنّ المشرع الجزائري جعل شرط تقديم الشهادة الطبية إجراء إلزاميا³⁷⁸ لكل من العروسين لإتمام إبرام عقد الزواج من طرف الموثق أو ضابط الحالة المدنية، وعلى

طبيب يختاره الطرفان بجلوسهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج". 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 وتداولها؛ أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، سنة 2007، العدد 01، ص. 106-107. ويلاحظ أنّ 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 بعده؛ 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، بفندق هلتون العين، 22-23 صفر 1423هـ/05-07 ماي 2002م، ص. 1539.

³⁷⁷ - 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.

³⁷⁸ - لقد أحسن المشرع صنعا بإلزامه المقبلين على الزواج بهذا الفحص الطبي، لأنّه يعتبر كإجراء وقائي قبل الزواج، ودفعاً للأضرار المادية و المعنوية الناتجة عن التفريق بعد الزواج، فإنّه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وقد علل ابن رشد من المالكية رد الزواج بالعيوب أي الأمراض خوفا من سريانها إلى الأبناء؛ أنظر، ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 1، ص. 51 ؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية، ص. 212. كما أنّ الشهادة الطبية قبل الزواج لا تتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية، ذلك أنّ حفظ النفس وسلامتها وصحة الجسد من أهم مقاصد الشريعة الغراء، والتي نزلت من أجلها، بحيث نجد أنّها تولي بحفظ البدن وسلامته وصحته مكانة خاصة. فأهم ما تدعو إليه الشريعة الإسلامية هو المحافظة على النسل و إنجاب أولاد أصحاء، فحفظ النسل يعد من الكليات الخمس التي أمر الشرع بحفظها، فقد دعى الأنبياء عليهم السلام الله سبحانه وتعالى بأن يرزقهم ذرية طيبة، حيث قال تعالى: ﴿رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً﴾؛ سورة آل عمران، الآية: 38، والمؤمنون يدعون ربهم بقولهم كما جاء في قوله تعالى: ﴿رَبِّنا هَبْ لنا مِنْ أَرْواحِنا وَذُرِّيَّاتِنا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنا لِلْمُتَّقِينَ إِماماً﴾؛ سورة الفرقان، الآية 74، ولأجل ذلك وتحقيقاً لأهداف الشريعة الإسلامية في حفظ النفس والنسل، فإنّ الشهادة الطبية قبل الزواج جائزة، ولكن بشرط استعمال الوسائل المباحة والأمنة؛ أنظر، بلقاسمي أمال، الفحص الطبي قبل الزواج، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، بجامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 04/05 ماي 2014، ص. 74. وقد اعتبر المالكية والشافعية السلامة من العيوب من الصفات المعترية في الكفاءة، أما الحنفية والحنابلة فلم يعتبرونها كذلك، ولكنها تثبت الخيار للزوجة فقط عند الحنفية، وللزوجين معا عند الحنابلة؛ ابن قدامة، المغني، ج. 7، ص. 566 و 579 و ما بعدها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص. 224، فإنّ فقهاء الإسلام تعمقوا في مفهوم المرض المانع للزواج، وقالوا بأنه يعتبر من موانع الزواج وجود عيوب

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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 العقد³⁷⁹.

ولكن 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، فإنّ جزاء عدم تقديم الشهادة الطبية هو أنّه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يمتنع عن تحرير مثل هذا العقد، ويحيط الزوجين علماً بأنّه لا يجوز تحرير عقد مع تخلف أو إغفال شرط اشتراطه القانون، وهو شرط تقديم الشهادة الطبية³⁸⁰. "وفي حال تجاهل الموثق أو ضابط الحالة المدنية هذا الشرط، وقام بتحرير عقد الزواج فإنّه يتحمل مسؤوليته عن مخالفة القانون، ولقد نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 على أنّه: "لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

وعليه يمكن أن يعرض الموثق أو ضابط الحالة المدنية نفسه للعقاب الإداري والجزائي³⁸¹. ومع ذلك فإنّه إذا لم يمثل ضابط الحالة المدنية أو الموثق لحكم القانون، وقام بتحرير عقد الزواج دون تقديم

أو تشوهات في الأجهزة التناسلية للمتزوجين للزواج؛ يوسف يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية في المنظور الشرعي والطبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008، ص. 46 وما بعدها؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 224. أما بقية الأمراض فإنّها تعتبر سببا من أسباب الطلاق وليست مانعا من موانع الزواج؛ أنظر، باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض روابط الزوجية، مجلة الحقوق، الكويت، 2009، العدد 03، ص. 361 وما بعدها؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 224. إلا أنّ الفقهاء اختلفوا في تحديد العيوب التي يفسخ بها العقد وما يدل على أنّه من الواجب على الخاطبين معرفة عيوب وأمراض كل منهما (الجسدية و الجنسية...) لكي لا يحدث الطلاق، و ما ينبنى عليه من مشاكل مادية و اجتماعية و إشكالات نفسية و إنسانية؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 225.

379 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في تربية الجديد، المرجع السابق، ص. 52-53.

380 - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص. 53.

381 - عبد العزيز سعد، المرجع نفسه، ص. 59.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الشهادة الطبية، فإنّ العقد يكون صحيحا شرعا، ولا يمكن اعتباره عقدا باطلا أو فاسدا قانونا³⁸²، لعدم النص على ذلك في المرسوم التنفيذي المذكور .

كما نص المرسوم التنفيذي في مادته السابعة في فقرتها الأولى على أنّه: "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 ويؤثر بذلك في عقد الزواج".

فمن خلال نص هذه الفقرة، فإنّه يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد من علم الطرفين بنتائج الفحوصات حتى لا يقع أحد طرفي العقد في غش أو تدليس³⁸³، ويكون لهما كامل الحرية في إتمام الزواج أو الرجوع عنه طبقا للفقرة الثانية من المادة السابقة من المرسوم التنفيذي: "لا يجوز للمؤلف أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

وما ذهب إليه المشرع إنما كان بسبب ضعف الوازع الديني والأخلاقي للمجتمع ونقص في الأمانة والصدق. من جهة، وما يشهده العصر من انتشار للأمراض الخطيرة³⁸⁴ و التي تكون سببا في تعطيل

³⁸² - ويرى الدكتور بلحاج العربي في هذه الحالة: " أنّه يجوز للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب أو الأمراض (المادة 48 من قانون الأسرة)، أو التطبيق 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 التطبيق 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.

³⁸³ - أنظر، محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 1429-1430هـ الموافق لـ 2008-2009م، ص. 295-296.

³⁸⁴ - حيث قد يؤدي الفحص إلى اكتشافها عند بداية الإصابة بها، وهو ما يعود بالفائدة العلاجية على المريض بحد ذاته في بدء العلاج قبل تفاقم المرض وتمكنه من جسده؛ أنظر، حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 21؛ أحمد داود رقية، دراسة تحليلية لنص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول: الأحوال المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، يومي 04/05 ماي 2014، ص.55. ففيه محافظة على سلامة

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

مقاصد الزواج و إلحاق الضرر بأحد طرفي العقد، من جهة أخرى³⁸⁵.

إلا أنّ 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 بأنه مصاب بمرض فتاك ومعدّي بالزواج رغم المرض، و هذا يتعارض مع مبدأ حماية و استقرار الأسرة، وحماية النسل التي تعتبر من مقاصد و أهداف الزواج³⁸⁶.

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 أنّه يجوز تأجيل إبرام العقد إذا ثبت له أنّ المرض فتاك وقابل للانتقال يقينا إلى الطرف السليم، ويشكل خطرا مؤكدا على الذرية، ويكون التأجيل لفترة مؤقتة بمناسبة العلاج و لو أراد إبرام العقد في الحال"³⁸⁷.

كما أنّ المشرع من خلال الفقرة الأولى من المادة 07 مكرر من قانون الأسرة والفقرة الأولى من المادة 02 من المرسوم جعل تقديم الشهادة في مدة 3 أشهر³⁸⁸، إلا أنّ الإشكال هو أنّ هذه المدة تعتبر طويلة جدا، إذ قد يحصل فيها علاقة جنسية غير شرعية قد ينتج عنها أمراض عديدة، و عليه فمن المستحسن لو حدّد المشرع الشهادة الطبية في مدة لا يزيد تاريخها عن أسبوع أو أسبوعين³⁸⁹.

الزوجين من الأمراض الوراثية المتنقلة بالمعاشرة الزوجية؛ أنظر، جاسم علي سالم، الأسرة ومرض الايدز، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد 09، ج. 04، 1996، السعودية، ص. 483؛ إكرام عبد السلام، الوراثة بين الصحة والمرض، دار المعارف، مصر، 2001، ص. 99-100.

³⁸⁵ - محفوظ بن صغير، نفس المرجع، ص. 432.

³⁸⁶ - أنظر، غربي صورية وعبد الحكيم بوجاني، دراسة نقدية حول المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يبين النقص وضرورة التعديل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، جوان 2015، العدد 02، ص. 421، 418، 423.

³⁸⁷ - غربي صورية، بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص. 420-421.

³⁸⁸ - حيث تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي في فقرتها 01 على أنّه: "يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية، لا تزيد تاريخها عن ثلاثة (03 أشهر) تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

³⁸⁹ - غربي صورية، بوجاني عبد الحكيم، نفس المرجع، ص. 421.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما نصّت الفقرة 02 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي المذكور على أنّه: "يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب، حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم"، يلاحظ أنّ المشرع لم يحدد من هو الطبيب المختص بإجراءات الفحص الطبي، هل هو من القطاع العام أم الخاص، مما يفهم منه أنّ الراغبين في الزواج لهم الاختيار في التوجه نحو القطاع العام المتمثل في المستشفى أو التوجه إلى العيادات الخاصة، و يمكن لكل واحد اختيار طبيبه الخاص، مما يفتح المجال للتلاعب بنتائج الفحص الطبي عن طريق التدليس و المحاباة و الرشوة و غيرها، مما يلحق أضرارا بالطرف الآخر الذي قد تزوج بقربينه استنادا واستئناسا لنتائج الفحص الايجابية، ورغم أنّ حق طلب الانفصال يبقى مكفولا له إلا أنّ ذلك لا يجبر ما لحقه من أضرار جسيمة سواء جسمية أو نفسية³⁹⁰.

وفي هذه المسألة كان من الأفضل إعداد وتجهيز مراكز طبية تابعة للدولة تختص بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج³⁹¹.

كما يلاحظ في الفقرة 02 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي أنّ المشرع فرض على الطبيب تسليم الشهادة الطبية حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم³⁹²، إلا أنّ ما يلاحظ على هذا النموذج عدم اشتماله على رأي الطبيب في إمكانية زوال المرض ومدة العلاج، ومدى تأثير المرض على الطرف الآخر أو في الذرية، و هو أمر مهم جدا فهناك بعض الأمراض كالتهاب الكبد B (hépatite B)³⁹³ يمكن الزواج به، ولا ينتقل المرض للطرف الآخر، ولكن بشرط أن يقوم الزوج

³⁹⁰ - أنظر، فاتن البرعشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، دراسة مقارنة، الأردن، دار النفائس، 2010، ص. 168؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وإخلال الزواج، المرجع السابق، ص. 64.

³⁹¹ - "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، 2001، العدد 01، ص. 284.

³⁹² - لقد وضع المشرع نمودجا للشهادة الطبية ما قبل الزواج معدة تطبيقا لأحكام المادة 07 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 في فبراير 2005.

³⁹³ - هو مرض معدي جنسيا ينتقل عن طريق الدم ومن الأم إلى الطفل، أعراضه على العموم غير ظاهرة تتمثل في التعب والركام وأحيانا حكة وبول قاطع في لونه ورائحته، للتفصيل أكثر أنظر، الموقع الطبي الإلكتروني: Google médical

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بالتلقيح ضد استقبال هذا المرض لمدة ثلاثة أشهر حتى أربعة أشهر ، وبعد ذلك يمكن له الزواج بصفة عادية³⁹⁴.

كما يلاحظ في هذا النموذج الذي يسلمه الطبيب المختص للخاطب الذي أجرى الفحص، قد خلى من بيان النتائج التي أسفرت عنها الفحوصات، رغم أنّ أحد بنود النموذج يشير إلى إعلام الطبيب للمتقدم بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع لها³⁹⁵.

كما أنّ الإشكال الآخر أنّ أحكام هذا القانون لم تحدد الأمراض المعدية أو الخطرة التي يلزم الطبيب الكشف عنها، وفقا للمادة 2/4 من المرسوم المذكور، والمادة 07 مكرر في فقرتها الثانية، والتي جاءت في صيغة عامة و مطلقة³⁹⁶.

الأمر الذي سيصعب من مهمة ضابط الحالة المدنية، لأنّ هذا الأخير غير مختص من الناحية الطبية فقد يذكر له في الشهادة الطبية مرض ما، لكن بحكم عدم اختصاصه قد لا يعلم بأنّ هذا المرض يعتبر ضمن الأمراض المعدية و الخطيرة³⁹⁷.

كما أنّ المشرع في المادة 04 من المرسوم سمح للطبيب بأن يقترح على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها³⁹⁸ ، و لكن المشرع لم يتكلم عن الاضطرابات العصبية، والفحوصات

³⁹⁴ - غربي صورية ، بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 422.

³⁹⁵ - غربي صورية و بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص. 421.

³⁹⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 231.

³⁹⁷ - غربي صورية و بوجاني عبد الحكيم، نفس المرجع، ص. 422.

³⁹⁸ - تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 154-06 المحدد لشروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: "يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض. وزيادة 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".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الخاصة بالكشف عن ما إذا كان الفاحص مدمن على المخدرات والمشروبات الكحولية وغيرها من الأمراض .

كما أنه من خلال استقراء المادة 04 من المرسوم، نجد أنّ المشرع ترك اقتراح إجراء فحوص طبية بشأن الأمراض الوراثية للطبيب، أي أخضعها للسلطة التقديرية للطبيب وهذا طبقاً للفقرة 02 من المادة 04 المذكورة أعلاه والتي استعمل فيها المشرع عبارة: "يمكن أن يقترح الطبيب...".

كما أنّ الإشكال يتمثل في أنّ المشرع لم يؤكد على بقاء الفحص الطبي سرياً، مع أنّ من أخلاقيات الطب وواجبات الطبيب حفظ أسرار زبائنه، ولهذا يستحسن بالمشرع أن ينصّ صراحة على بقاء نتائج الفحص الطبي سرية³⁹⁹، وعدم المساس بالسر الطبي المهني الذي يخضع له الطبيب في المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب⁴⁰⁰.

كما أنّ الإشكال الآخر هو أنّ المشرع لم يضع أي عقوبة في حالة إخلال الطبيب بالتزاماته، بل تبقى المسألة متعلقة بضمير الطبيب، غير أنّه إذا تهاون الطبيب في طلب إجراء الفحص السريري، وتحليل فصيلة الدم (المادة 3 و 4 و 5 من المرسوم التنفيذي المذكور) وتاركا الراغب في الزواج في جهل تام لمرضه المعدي أو السريري⁴⁰¹ الخطير، فالطبيب يكون مسؤولاً قد ارتكب خطأ مهنياً⁴⁰². كما

³⁹⁹ - فلقد اصطدم الأطباء بمبدأ ينظم أخلاقيات مهنتهم وهو السر الطبي في حالة اكتشاف مرض خطير، والمتمثل في عدم البوح بحالة مرضاهم؛ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج، المرجع السابق، ص. 296 ؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 232.

⁴⁰⁰ - الجريدة الرسمية، 1992/07/08، العدد 52.

⁴⁰¹ - ولهذا تعتبر الفحوص السريرية أمراً في غاية الأهمية، وذلك لأنها تكشف عن التشنجات الخلقية و لاسيما تشوهات الجهاز التناسلي التي تؤثر على العلاقة الجنسية بين الزوجين، كما يمكن أن تكشف عن بعض حالات العقم أيضاً، كما يمكن أن تكشف الفحوص المخبرية عن الأمراض المعدية والأمراض الوراثية، والمزمنة وتناثر الزمر الدموية، وغير ذلك؛ أنظر أحمد محمد كنعان، الكشف الطبي قبل الزواج والفحوص 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 الموافق لـ 05. 07. 2002، ص. 867 ، 869 ؛ أنظر، كمال طه مسلم، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2006، ص. 557؛ 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 1425 هـ الموافق لـ 2004/08/19م، ص. 28.

⁴⁰² - أنظر، بلحاج العربي، الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، 2002، العدد 52 ، ص. 7 و ما يليها؛ بلحاج العربي ، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 233.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هو الحال عند عدم إعلام طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء (Rubéole) وفي هذه الحالة يكون الطبيب مسؤولاً عن الضرر الذي لحق الطفل، وعن جميع الأضرار التي أصيبت بها الأم في بداية الحمل⁴⁰³.

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

من خلال هذه المادة نلاحظ أنّ المشرع ألزم الطبيب بتبليغ الشخص الذي خضع للفحص الطبي بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقاً للمادة 3 من المرسوم⁴⁰⁴، إلا أنّ الإشكال هو أنّ المادة 03 المذكورة تقتصر إجباريتها على نتائج الفحص الخارجي أو العيادي الشامل، و على تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus)، وهذا ما يجعل الشهادة الطبية خالية من قيمتها الحقيقية⁴⁰⁵.

و إن كانت فصيلة الدم مهمة بالنسبة للمرأة التي تحمل فصيلة دم سلبية، لأنّه في هذه الحالة إذا كانت فصيلة دم الخاطب ايجابية، فإنّه يجب على الطبيب إبلاغ المخطوبة بضرورة أخذ دواء معين بعد الولادة الأولى للجنين، حتى تضمن ولادة طفل آخر سليم. أما إذا كان كلاهما يحملان فصيلة دم سلبية، فلا يطرح إشكال صحي للجنين الثاني⁴⁰⁶.

وعليه، نقترح إضافة مادة جديدة تكون بعد المادة 05 من المرسوم، و يكون نصها كما يلي: "تتضمن الشهادة الطبية التي يحررها الطبيب المعني بفحص الخطيبين بياناً وافياً على الأمراض الخطيرة

⁴⁰³ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، نفس المرجع، ص. 233.

⁴⁰⁴ - نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المحدد لشروط وكميات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من قانون الأسرة على ما يلي: "لا يجوز للطبي أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه، إلا بناء على نتائج: - فحص عيادي شامل، - تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus)".

⁴⁰⁵ - غربي صورية و بوجاني عبد الحكيم، دراسة نقدية حول المادة 07 مكرر ...، المرجع السابق، ص. 421.

⁴⁰⁶ - غربي صورية و بوجاني عبد الحكيم، المرجع نفسه.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ومدى انتقالها بالعدوى إلى الطرف السليم وتأثيرها في النسل وقابليتها للعلاج واقتراح الطبيب بالمدة المناسبة للمعالجة في حال قابليتها للعلاج⁴⁰⁷.

مع العلم أنّ الطبيب ملزم بالإبلاغ إجباريا عن مجموعة من الأمراض إلى مركز الصحة للولاية التي يعمل بها طبقا لقرار من وزارة الصحة رقم 176 لسنة 1990، وحصرها في 31 مرض معد⁴⁰⁸.

كما أنّ الإشكال الآخر الذي يُطرح بقوة يتمثل في تعارض و عدم انسجام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة مع المواد 2/6 و 18 و 22 من نفس القانون.

ذلك أنّه وفقا لمضمون المادة 2/6 من قانون الأسرة إذا صاحب إعلان الخطبة و قراءة الفاتحة ووجود إيجاب وقبول بحضور الشاهدين والولي وذكر أو تحديد الصداق. فإنّ الزواج قد تم شرعا وإن لم ينفذ قانونا⁴⁰⁹؛ لكونه لم يثبت في الوثيقة الرسمية التي يحررها الموثق أو ضابط الحالة المدنية. وطبقا للشكلية المنصوص عليها قانونا في المادة 18 من قانون الأسرة، والمادة 39 من الأمر 20/70 المتضمن لقانون الحالة المدنية⁴¹⁰.

وهنا نطرح السؤال التالي: كيف يمكن تقنين الشهادة الطبية و إلزام المقبلين على الزواج بالامتنثال للفحص الطبي حسب ما جاء في قانون الأسرة والمرسوم التنفيذي المذكور سابقا، مع أنّ ظاهرة الزواج

⁴⁰⁷ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 65.

⁴⁰⁸ - وهي الكوليرا، الحمى التيفوئيدية، التسمم الغذائي، التهاب الكبد الفيروسي، الخناق، الكزاز، السعال الديكي، شلل الأطفال، الحصبة، التهاب السحايا، التهاب السحايا غير السلي، السل، حمى المستنقعات، ليشيمانوز الجلد، الكيس المائي، الكلب، مرض الجمرة، الحمى المالطية، القلاعية، البلهارسيا، الجذام، التهاب الإحليل غير السيلاني، السفلس، مرض الإفرنجي، السيدان الحمى المتوسطة، الطاعون، الحمى الصفراء، الرمد؛ أحمد داود رقية، دراسة تحليلية لنص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 60.

⁴⁰⁹ - م ع ، غ.أ.ش ، 1995/04/04 ، ملف رقم 111876 ، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص ، 2001، ص. 36؛ و يرى بلحاج العربي أنه: "اجتهاد غير صائب، لأنه كان يستوجب على قضاة المحكمة العليا الموقرة التصدي لظاهرة الزواج العربي باجتهاد قانوني سليم ، لحد من هذا الزواج غير الرسمي الذي يتم بعيدا عن الشكلية الرسمية التي يفرضها القانون"؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، الهامش رقم 02؛ ص. 234.

⁴¹⁰ - تنص المادة 39 من الأمر 20/70 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: "باستثناء ما ذكر في المادة 79 المقطع الرابع عندما لا يصح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي، يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة عن طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود أو التي يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبلاستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

غير المسجل أو الزواج العرفي مازالت منتشرة في المجتمع الجزائري، ومازال المشرع يعترف بهذا الزواج والذي يتم بالتأكد دون وجود الشهادة الطبية، ذلك ما يخالف السياسة الشرعية للدولة في مجال إلزام الفحص الطبي قبل الزواج ويبدد من إيجابيات هذا الإجراء⁴¹¹.

و في الأخير، نقول أنّه رغم ما للفحص الطبي قبل الزواج من فوائد جمة تعود بالنفع على الزوجين و ذريتهما، إلا أنّه لا يخلو من بعض النقائص و السلبيات يمكن التطرق إليها كالآتي:

1- إن كانت العلوم الطبية قد تطورت مع تطور واختراع الأجهزة الكاشفة للأمراض، إلا أنّه 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"⁴¹².

3- قد يؤدي هذا الفحص إلى الإحباط الاجتماعي، ويجعل حياة بعض الناس قلقة ومكتئبة ويأثّر إذا ما تم إعلام الشخص بأنّه سيصاب هو أو ذريته بمرض لا شفاء له من الناحية الطبية⁴¹³.

⁴¹¹- إنّ من أهم إيجابيات الفحص الطبي قبل الزواج، أنّه وسيلة وقائية فعالة للحد من الأمراض الوراثية والمعدية الخطيرة، والذي يشكل حماية للأسرة والمجتمع من حيث أنه يضمن إنجاب أطفال أصحاء عقليا وجسديا، مما يحد 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، 1994، ص.84 وما بعدها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية، المرجع السابق، ص.234-235؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.66.

⁴¹²- صفوان محمد رضا علي عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، المرجع السابق، ص.21.

⁴¹³- 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، 2012، ص.290.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

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 الخطوبة⁴¹⁴.

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 فيه⁴¹⁵.

ورغم 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 المختلفة⁴¹⁶ وعن 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 الإسلامية⁴¹⁷، و تماشيا في ذلك مع ما تتطلبه ضرورة الحياة العصرية وما تشهده من تطورات علمية

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

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

416- فائق البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيد ومقاصدها، المرجع السابق، ص.202.

417- لقد كان للفقهاء 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، 2001، ص.548.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

على الخصوص، ويتأكد القول بالإلزام في حالة زواج المرأة بأجنبي، أو زواج الرجل بأجنبية من بلد غير بلديهما⁴¹⁸.

وصفوة القول أنه يستحسن بالمشروع أن يفصل أكثر و بدقة في تنظيمه لأحكام الشهادة الطبية، لأنّ عدد المواد التي جاء بها المشروع في المرسوم التنفيذي رقم 06-154 كانت 07 فقط وهي مواد قليلة جدا، ولذلك نوصي المشروع بتنظيم ما لم يتم تنظيمه في الشهادة الطبية، والتصدي لهذه الإشكالات القانونية وخاصة التعارض الموجب بين المادة 7 مكرر و المادة 2 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06/154، وبين المادة 22 من قانون الأسرة، وذلك بوضع سياسة تشريعية واضحة لا تخالف النظام العام الذي وضعته الدولة⁴¹⁹، و بضرورة أن يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا⁴²⁰.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن أبرز الإشكالات التي تثيرها المادة 7 مكرر من قانون الأسرة والمرسوم التنفيذي رقم 06-154 المنظمين للشهادة الطبية، و لنا أن نبحت عن الإشكالات التي يثيرها شرط الصداق في عقد الزواج، و هو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

إشكالية النقص التشريعي في تنظيم شرط الصداق في قانون الأسرة

الصداق هو الحق المالي الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها، أو الدخول بها، و كرمز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ملؤها الاطمئنان والسعادة. وسمي المهر بالصداق لإشعاره بصديق الرغبة في الزواج، والرضا بقوامة الرجل، التي جاء بها القرآن الكريم على أسس من المودة

⁴¹⁸ - أنظر، عبد الحميد قضاة، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط.1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، 1414 هـ - 1993 م، ص.45.

⁴¹⁹ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 235.

⁴²⁰ - وهذا ما نصت عليه المادة 18 ق.أ و التي جاء فيها ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

والرحمة والاطمئنان بعقد الزواج. وللصداق أسماء وردت في القرآن الكريم منها: النحلة والفريضة، والأجر⁴²¹.

أما الدليل على وجوب الصداق، فهو قوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾⁴²² وقوله عز وجل: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁴²³، وقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴²⁴.

كما دلّت السنة النبوية الشريفة على ذلك، لقوله عليه الصلاة والسلام لمن يريد الزواج: "التمس ولو خاتما من حديد"⁴²⁵. وروى أبو داود من حديث السيدة عائشة رضي الله عنها أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها"⁴²⁶.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فلقد عرّف المشرع الصداق في المادة 14 منه بأنه: "...ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"⁴²⁷.

و يلاحظ على التعريف الذي جاء به المشرع في المادة المذكورة أعلاه، أنّه خلا من الإشارة إلى أنّ الصداق يلزم الزوج بدفعه إلى زوجته، حيث ذكر المشرع في هذه المادة بأنّ الصداق يُدفع للزوجة،

⁴²¹ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 342.

⁴²² - سورة النساء، الآية 4.

⁴²³ - سورة النساء، الآية 24.

⁴²⁴ - سورة النساء، الآية 25.

⁴²⁵ - رواه البخاري ومسلم؛ أنظر، الإمام مالك، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء، حديث رقم 1498، الموطأ، تحقيق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط. 2، 1997، ص. 28؛ البخاري، كتاب النكاح، باب تزويج المعسر، ج. 3، حديث رقم 5087، الجامع الصحيح، ص. 359.

⁴²⁶ - سنن أبي داود، ج. 2، ص. 229.

⁴²⁷ - ولقد عرفه المشرع المغربي في المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية بأنه: "ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج و إنشاء أسرة مستقرة، و تثبيت أسس المودة و العشرة بين الزوجين ، و أساسه الشرعي هو قيمته المعنوية و الرمزية ، و ليس قيمته المادية".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ولكن لم يذكر من الذي يجب عليه الدفع⁴²⁸، و هذا بخلاف المشرع المغربي الذي كان واضحا في نص المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية بأنّ الزوج هو الذي يقدم الصداق لزوجته⁴²⁹.

وعليه يستحسن أن ينص المشرع الجزائري صراحة في المادة 14 من قانون الأسرة بأنّ الصداق هو ما يدفعه الزوج لزوجته، بدلا من التنصيص على فعل مبني للمجهول: "ما يدفع"، إذ أنّ الوقوف عند هذه العبارة ليس فيه ما يعبر عن إلزام الزوج بالصداق، وخاصة وأنّه ليس هناك ما يدل صراحة ولا في مادة من مواد قانون الأسرة في باب الصداق على وجوب الصداق للزوجة على زوجها، وإنما يفهم ذلك ضمنيا من نص المادة 16 من قانون الأسرة⁴³⁰ التي تنص على أنّه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، و تستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول."

هذا وقد جاء المشرع في المادة 14 من قانون الأسرة بعبارة فضفاضة، وذلك باستعماله كلمة "نحلة" دون تبيان معناها⁴³¹، و يثور هنا الإشكال التالي: أيقصد بها الهبة؟ أي هل الصداق هبة يتقدم به الزوج لزوجته؟⁴³²

للإجابة على هذا الإشكال ترى الأستاذة تشوار حميدو زكية أنّه: "تجدر بنا الملاحظة إلى أنّه لا يمكن في مجالنا هذا، توحيد النظام القانوني للصداق مع النظام القانوني للهبة، حيث أنّ الأول يختلف عن التالي اختلافا جذريا من حيث النقاط التالية:

428- أنظر، عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014، ص. 294.

429- حيث تنص المادة 26 من مدونة الأسرة المغربية على أنّ: "الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته...".

430- أنظر، تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2004، العدد رقم 02، ص. 40-41.

431- إذ أنّ: "النحلة تطلق على ما ينحله الإنسان ويعطيه هبة من طيب نفس بدون مقابلة عوض"؛ أنظر، محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1963، ص. 362؛ ويقول في هذا الدكتور يوسف القرضاوي بأنّه: "إظهار الرجل رغبته في المرأة ومودته لها، فهو يعطيها هذا المال نحلة منه، أي عطية وهدية وهبة منه"؛ أنظر، يوسف القرضاوي، من هدى الإسلام، فتاوى معاصرة، ج. 2، ط. 3، دار الوفاء، المنصورة، 1994، ص. 344؛ تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، المرجع السابق، الهامش رقم 05، ص. 35.

432- تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

أ- تنص المادة 205 من قانون الأسرة بأنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته..."⁴³³، سواء كانت مما يجوز تملكها شرعا أو لا يجوز، ومن ثم تجوز الهبة في الأشياء غير المشروعة، في حين أنّ المادة 14 من ذات القانون أقرّت بأن لا يجوز للزوج أن يدفع لزوجته إلا الأموال المباحة شرعا.

ب- إذا كان الصداق حق من حقوق الزوجة، ويتأكد لها طبقا لما نصت عليه المادة 16 من قانون الأسرة، فبمجرد تأكده لا يجوز الرجوع فيه، بينما تنص المادة 211 من ذات القانون بأنه يجوز الرجوع في الهبة فيما عدا الأبوين الذين لهما حق الرجوع فيها شريطة أن لا تكون من أجل زواج الموهوب له⁴³⁴.

ج- وكذلك في الصداق، فالزوج ملزم بضمان العيوب الخفية الموجودة في الشيء الممهور، بينما في الهبة لا يلتزم الواهب بهذا الضمان، و من ثم إذا اكتشف الموهوب له في الشيء الموهوب عيبا فإنه لا يمكن مطالبة الواهب بالتعويض⁴³⁵.

على ضوء هذه الملاحظات، "إذا كان القرآن الكريم سمي المهر باسمين متغايرين (أجر ونحلة)، وكل منهما له مدلوله الذي يغاير مدلول الآخر، فأحدهما يقتضي أن يكون المهر عوضا والآخر يقتضي أن يكون غير عوض، فالأمر يحتاج إلى ترجيح أحدهما لأنهما غير مرادفين معا"⁴³⁶.

وعليه، فإنه كان من الأجدر الاستغناء عن هذه الكلمة "نحلة" عند وضع النصوص القانونية، والاكْتفاء بالتنصيص على أنّ: "الصداق هو ما يدفعه الزوج للزوجة..." وذلك خاصة وأنّ المشرع قد

⁴³³ - تنص المادة 205 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو دينا لدى الغير".

⁴³⁴ - تنص المادة 211 من ق.أ على ما يلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية: 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

⁴³⁵ - تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، المرجع السابق، ص. 35.

⁴³⁶ - محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص. 363؛ تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 36.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نص على اعتباره كشرط للزواج في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة⁴³⁷.

كما أنّه يوجد إشكال آخر في الشرط الثاني من المادة 14 من قانون الأسرة، حيث جاء المشرع بعبارة مبهمّة عند قوله: "...من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا..."، إذ يعاتب عليه أنّه ترك المجال واسعا للتأويل والتفاسير الخاصة بكلمة: "أو غيرها"، فهل يفهم من وراء ذلك أنّه يمكن أن يكون صداق الزوجة أجر الزوج إذا كان عاملا عندها ؟ و إذا كان الأمر كذلك فما هي مدة هذا العمل الذي يكون أجره صداقا ؟ وإذا صح الصداق منفعة كأصل، فهل يصح أن يجعل الصداق منفعة يقدمها الزوج بنفسه، كأن يقوم بخدمتها أو خدمة أبيها أو ذوي رحم محرم منها مدة معينة؟⁴³⁸ مع العلم أنّ الفقه الإسلامي، وتطبيقا للمادة 222 من ذات القانون⁴³⁹، قد تضاربت آراؤه بشأن هذه المسألة، و الراجح منه أقرّ بإمكانية ذلك شريطة أن يتم تحديد مدة العمل.

و عليه، فإنّ المشرع ذكر بأنّ الصداق يكون نقودا أو غيرها، إلا أنّه لم يوضح المقصود بالغير، فالعبارة كما ذكرنا واسعة تحتمل العديد من المعاني، خاصة و أنّ المشرع لم يضع ضوابط لتحديد هذا الصداق⁴⁴⁰، واكتفى بالقول أن يكون مما هو مباح شرعا.

هذا ونلاحظ بأنّ المادة 14 من قانون الأسرة هي مجرد تعريف للصداق يركز على القيمة المالية الخاصة به، تاركا القيمة المعنوية و الرمزية له⁴⁴¹. وهذا بخلاف التشريع المغربي الذي أكّد في المادة 26 من مدونة الأسرة المغربي بأنّ الأساس الشرعي للصداق هو قيمته المعنوية والرمزية، وليس قيمته المادية.

437 - تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، نفس المرجع، ص. 36.

438 - للحنفية قولين: إنّ هذه التسمية فاسدة، لأن الزوجة هي تخدم زوجها، وفي اشتراط الخدمة لها قلب للأوضاع، فتكون المنفعة مما يتعذر الوفاء به وإذا فسدت التسمية وجب الصداق، أما محمد فيذهب إلى صحة التسمية لأن المنفعة لها قيمة في ذاتها؛ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 377؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 41، الهامش رقم 21.

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

440 - عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص. 294.

441 - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 344.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

ويرى الدكتور بلحاج العربي أنه: " كان من الأجدر تجنب التعريفات باعتبارها من مهام الفقه والقضاء. كما أنه كان يستحسن عدم التذكير بأن الزوجة تتصرف في صداقها حسب مشيئتها مادام ذلك مضمونا بالمادة 37 من قانون الأسرة المعدلة بالأمر 02/05⁴⁴²، والتي كرست التفريق في الأموال بين الزوجين، واستقلال ذمة الزوجة المالية"⁴⁴³.

كما تجدر الإشارة هنا، إلى أنّ القانون خالف مذهب المالكية وأخذ بمذهب الحنفية والحنابلة الذي يعتبر أنّ الصداق ملك خاص للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت. وذلك لأنّ المالكية قالوا: "أنّ ما يدفعه الزوج لزوجته لا يعتبر كله صداقا، وإنما هو عبارة عن مبلغ تستعين به على شراء ثيابها، وتجهيز بيت الزوجية، من لباس و متاع و فراش و أثاث"⁴⁴⁴.

ومن جهة أخرى، نصّت المادة 15 من قانون الأسرة على أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا، في حالة عدم تحديد قيمة الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل".

يلاحظ في الفقرة الثانية من المادة 15 بأنّ المشرع لم يبطّل الزواج إذا لم يتم تحديد قيمة الصداق، بل قال إنّ الزوجة تستحق صداق المثل في هذه الحالة، و لكنه لم يثبت لها هذا الصداق إلا بعد الدخول، وهذا طبقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: "يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم يبين لنا كيفية تحديد صداق المثل، و لم يبين لنا مفهومه⁴⁴⁵.

⁴⁴² - تنص المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانهما خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

⁴⁴³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 344.

⁴⁴⁴ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، المرجع السابق، ص. 279 ؛ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 345.

⁴⁴⁵ - لقد عرّف الحنفية المهر غير المسمى بأنه: "مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها في المال والجمال والسن والعقل والدين"؛ أنظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج.2، المرجع السابق، ص.286؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، المرجع السابق، ص.370. وتعتبر المماثلة باتفاق المذاهب في التدين والمال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثبوة والبلد والحسب. وقال الباجي: "أما ما يعتبر في مهر المثل فإنه

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذا ولقد سمح المشرع بتأجيل أو تعجيل الصداق، حيث ذكر في المادة 15 من قانون الأسرة أنه: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً..."، إلا أنّ الإشكال يتمثل في أنّه لم يذكر مدة الأجل، وهل من الجائز أن يكون الأجل في الصداق المؤجل غير مجرد؟ وهل يسقط الأجل بالفرقة الزوجية؟⁴⁴⁶.

كما أنّ الإشكال الآخر، يتمثل في أنّ المشرع استعمل مصطلح: "الدخول" في المادة 16 من قانون الأسرة⁴⁴⁷. في باب مؤكّدات الصداق، إذ أنّ ما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أنّ صياغة الشرط الأول من هذه المادة جاءت مبهمة، بسبب أنّها تحتوي على عدة معاني. لذلك يجزنا الحديث حول التكييف القانوني لهذا الدخول، هل يقصد به الدخول الحقيقي؟ أم الاختلاء بمعناه الشرعي؟ (الدخول الحكمي أو ما يعرف بالخلوة الصحيحة)⁴⁴⁸ وعلى أي أساس تم اختياره؟⁴⁴⁹.

أربع صفات: الدين والجمال والمال والحسب ومن شرط التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد، فمن ساواها في هذه الصفات ردت إليها في مهر المثل، وإن لم تكن من أقاربها؛ أنظر، الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص.39. وهو ما يعد من مفاخر الآباء من كرم وعلم وحلم ونجدة وصلاح وإمارة ونحوها من كل ما يختلف لأجله الصداق. وتلاحظ هذه الأوصاف في النكاح الصحيح يوم العقد، وفي النكاح الفاسد يوم الوطء، لأنّه الوقت الذي يتقرر به صداق المثل كوطء الشبهة فإنّه يجب صداق المثل فيه بحسب الأوصاف يوم الوطء؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.268. وقال مالك: "لا ينظر في هذا إلى نساء قومها ولكن ينظر في هذا إلى نساء في قدرها وجمالها وموضعها وغناها، قال ابن القاسم: والأختان تفترقان ها هنا في الصداق؛ أنظر، الإمام مالك، المدونة الكبرى، برواية سحنون، ط.4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1994، ص.162؛ محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.151؛ أنظر، نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005، ص.221؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.351.

⁴⁴⁶ - عيساوي عبد النور، المرجع السابق، ص.297.

⁴⁴⁷ - تنص المادة 16 من قانون الأسرة على ما يلي: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

⁴⁴⁸ - "الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة) وهو أن يجتمع الزوجان في مكان، وليس هناك مانع يمنعهما من الوطء حساً ولا شرعاً ولا طبيعياً، وعليه، فالمكان الذي تصح فيه الخلوة، أن يكون آمنين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما"؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.36، الهامش رقم 10.

⁴⁴⁹ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الواقع إذا كان مشرعنا قد أحاط الزواج بعناية يسيرة، فغموض النص الذي جاءت به المادة 16 من قانون الأسرة، قد يفسر حول ما إذا كان الغرض المنشود منه هو ترك الباب مفتوحا لتطوير قانون الأسرة؛ و إما إلزام القاضي، في حالة انتفاء النص التشريعي اللجوء إلى أحكام الشريعة إعمالا بنص المادة 222 من قانون الأسرة⁴⁵⁰.

وانطلاقا من هذه المنهجية والتقنية التشريعية في وضع القوانين، و من الرجوع إلى التفاسير الواردة في الفقه الإسلامي، ومن البحث في تحديد مفهوم الدخول الموجب لكل الصداق، يتضح أنّ النقاش في أساسه (مفهوم) قام وما برح، فانقسم الفقه وتعددت المذاهب لتحديد مفهوم الدخول المؤكد للصداق، وتوزعت هذه المذاهب بين ثلاثة رئيسية:

أولها- اعتمد الخلوة الصحيحة أساسا لترتيب الصداق كاملا⁴⁵¹.

والثاني- استمد من عامل الدخول الحقيقي الأساس له⁴⁵².

450- تشوار حميدو المرجع السابق، ص. 37.

451- ويعبر عنها الفقهاء بالدخول الحكمي، والمقصود بها اجتماع الزوجين منفردين، بعد العقد الصحيح في مكان واحد، ويأمنان دخول الغير عليهما، ولا يوجد بالزوجة مانع حسي أو شرعي أو طبيعي يمنع من مقاربة الزوج لها وفي أي مكان (في بيته أو بيتها، أو غير ذلك...)، فهنا قال الحنفية والحنابلة بأنّ مظنة الدخول هو الاختلاء، ومن ثم تستحق المرأة الصداق بمجرد خلوة زوجها بها في أي مكان، لأنه وإن لم يخالطها جنسيا فإنّ مجرد أن يستمتع بامرأته مباشرة فيما دون الفرج (كالقبلة أو اللمس بشهوة...) فهي خلوة صحيحة توجب الصداق كاملا للزوجة؛ أنظر، الكاساني، بدائع الصنائع، ج.2، ص. 291؛ ابن قدامة، المغني، ج.6، ص. 716؛ الشربني الخطيب، مغني المحتاج شرح المنهاج، ج. 3، ص. 224؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية، ص. 368-369؛ تشوار حميدو زكية، ص. 37. الهامش رقم 11، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾؛ سورة النساء، الآية 20. وعليه فإنّ الآية الكريمة أوجبت كامل الصداق بمجرد إفشاء الزوجية؛ أنظر، أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج.1، ط.3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ-2003 م، ص. 367؛ فإنّ إرخاء الستور أو خلوة الاهتداء، تعتبر دخولا فعليا تترتب عليه الآثار الشرعية، من وجوب الصداق بأكمله والعدة بعد الفرقة، ونفقة العدة على الزوج المطلق لزوجته بعد الخلوة الصحيحة، وكذا ثبوت النسب؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ص. 12؛ السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، المجلد الثاني، 1994، ص. 222؛ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ج.4، ص. 104، 102؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، ص. 369؛ تشوار حميدو زكية، النص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، ص. 37، الهامش رقم 11.

452- حيث يرى الشافعي ومالك وداود أنّه لا يستقر الصداق كله إلا بالمخالطة الجنسية، ومعنى ذلك أنّه لا يتأكد للزوجة إلا نصف الصداق بالخلوة الصحيحة، استنادا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾؛ سورة البقرة، جزء من الآية 237. أي أنّ الزوجة لها الحق في نصف ما فرض من الصداق إذا تم الطلاق قبل المسيس الذي هو الدخول الحقيقي، وعليه فإنّ المسيس الذي هو كناية عن الاتصال الجنسي لا يقع في حالة الخلوة، مما لا يستقر الصداق كله بدونه. فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها،

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

- والثالث استهدى بفكرة مكوث الزوجة في بيت الزوجية مدة سنة⁴⁵³، ليؤسس عليها استحقاق الزوجة كامل صداقها⁴⁵⁴.

أما في الواقع العملي، فلقد أثّرت أمام القضاء مسألة الدخول في عقد الزواج، حيث قضت المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) في 19 نوفمبر 1984 بعبارات صريحة في إفصاحها عن الأخذ بالدخول الحكمي كعامل موجب لكل الصداق، حيث جاء في قرارها: "...من المتفق عليه فقها أنّ الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى..."⁴⁵⁵.

وتأكيدا لذلك، قضت المحكمة العليا بتاريخ 09 ماي 1988 على أنّه: "من المقرر فقها وشرعا أنّ الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول واختلاء الزوج بها، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة. ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أنّ الزوج لم يدخل بزوجه بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة، ومن ثم فإنّ المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهاك النصوص القانونية"⁴⁵⁶.

وجب نصف المسمى، والمتعة إن لم يكن الصداق مسمى. وفسروا المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم الإفضاء الوارد في الآية الكريمة: ﴿وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾؛ سورة النساء، جزء من الآية 21، التي اعتمد عليها كل من الحنفية والحنابلة بالجماع؛ أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العلمية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.300 وما بعدها؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 101 وما بعدها؛ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.396،394؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 37-38، الهامش رقم 12. وفي هذا يقول أيضا ابن جزير: "أنّ الدخول الموجب لكامل الصداق هو الوطء لا مجرد الخلوة وإرخاء الستور"؛ أنظر، ابن جزير، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص. 163؛ تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.38.

⁴⁵³ - ويرى المالكية أنّه إذا تزوج رجل امرأة، وزفت إليه، وأقامت عنده سنة، فيتقرر لها كل الصداق؛ أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، المرجع السابق، ص. 300؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 38، الهامش رقم 13.

⁴⁵⁴ - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص. 37.

⁴⁵⁵ - المجلس الأعلى (م.ع)، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 35107، م.ق، 1990، عدد 02، ص. 55.

⁴⁵⁶ - م.ع، غ.أ.ش، 1988/05/09، ملف رقم 49283، م.ق، 1992، عدد 02، ص. 44؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.38؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 366.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وهو ما أكدته المحكمة العليا أيضا في قرارها الصادر في 02 أكتوبر 1989، حيث قضت بأنه: "من المقرر شرعا أنّ انتقال الزوجة إلى البيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابها عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يترتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها...، فإنّ قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها، فإنّ قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة..."⁴⁵⁷.

وتأكيدا لذلك أيضا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 18 جوان 1991 إلى اعتبار الخلوة الصحيحة بمثابة الدخول ورتبت عليها الصداق كاملا، حيث جاء في هذا القرار ما يلي: "الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى، ويترتب عليها توابع العصمة وكامل الصداق ولو لم يقع احتفال بالدخول"⁴⁵⁸.

ومن تحليل هذه القرارات المذكورة في ضوء معطياتها وبالرجوع إلى المصطلحات المستعملة فيها، يتّضح لنا بأنّ المحكمة العليا أدرجت تحت كلمة "الدخول" الدخول الحقيقي والدخول الحكمي، إلا أنّ الإشكال هو أنّ هذا الموقف لا يخلو من عدة نقائص إذا ما حاولنا تفسير النصوص بالنصوص⁴⁵⁹.

1- فالإشكال الذي يجب التنبيه إليه، يتمثل في تمسك المحكمة العليا بموقفها هذا على أساس قولها أنّه: "من المتفق عليه فقها"، ليس له ما يبرره من الناحية الفقهية، وأنّه من الغرابة القول بالإجماع متى كانت آراء الفقهاء متضاربة بعضها البعض، و إدخال في مفهوم الدخول النوعين معا (الحقيقي والحكمي)⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ - م.ع، غ.أ.ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م ق، 1991، عدد 01، ص. 34؛ تشوار حميدو زكية، ص. 38 ؛ بلحاج العربي، ص. 369.

⁴⁵⁸ - م.ع، غ.أ.ش.م، 1991/06/18، ملف رقم 74375، م ق، 1993، عدد 01، ص. 61.

⁴⁵⁹ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 38-39.

⁴⁶⁰ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 39.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

2- أمّا الإشكال الآخر، فيبرز من زاوية النصوص القانونية، إذ لا يبدو مستقيماً مع روح المواد جعل الدخول الحكمي في درجة الدخول الحقيقي، فإذا نصّ المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة على أنّ الزوجة لها كامل الصداق بالدخول⁴⁶¹، فيقضي التنويه هنا بشدة إلى أنّ الدخول الفعلي هو الذي أخذ به الشارع الأسري في هذا الصدد، وأنّ المادة 17 من ذات القانون تظهر بجلاء هذه الصفة الأساسية إذ تقول: "في حالة النزاع في الصداق... وكان قبل الدخول... وإذا كان بعد البناء..."⁴⁶². وجاء المشرع في المادة 51 من نفس القانون على أنّه: "لا يمكن أن يراجع الرجل... إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"⁴⁶³.

وعليه، فإنّه من هذه النصوص القانونية المذكورة، يتّضح لنا بأنّ المشرع الجزائري قد أعطى في المادة 17 للدخول نفس معنى البناء⁴⁶⁴، وأنّ البناء المستعمل من طرف نفس المشرع في المادة 51 من ذات القانون يقصد به الدخول الحقيقي و لا الدخول الحكمي⁴⁶⁵.

ويرى الدكتور بلحاج العربي بأنّ إجتهد المحكمة العليا في أخذه بالدخول الحكمي كعامل موجب لكل الصداق، هو اجتهد سليم، وذلك "لسد الذرائع في زماننا الحالي ودفعاً للقليل والقال، وعموم

⁴⁶¹ - تنص المادة 16 من ق.أ. على ما يلي: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

⁴⁶² - تنص المادة 17 من ق.أ. على ما يلي: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

⁴⁶³ - تنص المادة 51 من ق.أ. على ما يلي: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء".

⁴⁶⁴ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 39.

⁴⁶⁵ - كما "تجدر الملاحظة إلى أنّ الخلوة الصحيحة تختلف عن الدخول الحقيقي في بعض الآثار الأخرى منها خاصة عدم ترتيب حرمة البنات، إذ أنّ حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها، وهو ما جاء في المادة 26 الفقرة 02 من ق.أ. لما نصت على أنّ المحرمات بالمصاهرة هي... "فروعها (الزوجة) إن حصل الدخول بها"، فالعبرة إذن بالدخول الحقيقي ذاته، والمشرع حينما أورد عبارة الدخول في هذه المادة وفي المواد التي سبقتها إنما أتى بها كدليل من دلائل استبعاد الخلوة الصحيحة في هذه المسائل، وذلك ما يقطع في الدلالة على أنّ المشرع عندما وضع المادة 16 لم يقصد الخلوة الصحيحة إطلاقاً، وهذا ما نفهمه أيضاً عند تصفحنا للمواد 33 و 34، 40 المعدلة، إذا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص؛ أنظر، تشوار جيلالي، الصداق بين الدخول الحقيقي والحكمي، مداخلة أقيمت خلال الملتقى المغاربي الأول حول "قوانين الأسرة المغاربية والتحويلات الاجتماعية"، في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، يومي 7 و 8 جوان 1997؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 40.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

البلوى. ثم إنّ الاستمتاع بما يبيحه الدخول، كالتقبيل أو اللمس بشهوة أو ملاعبة المرأة و مداعبتها أو رؤيتها عارية، أو مباشرة فيما دون الفرج؛ فإنّ مثل هذه المقدمات ولو كانت في غير خلوة أليست هي استيفاء لثمرات العقد الذي هو سبب الصداق، وفقا للمادتين 9 مكرر و 15 من ق.أ المعدلة عام 2005 ؟⁴⁶⁶.

وفي سياق آخر، فإنّ الإشكال يثار عند وفاة أحد الزوجين، حيث أكّد المشرع بأنّ للزوجة تستحق الصداق كاملا بوفاة زوجها في المادة 16 من قانون الأسرة، فإنّه مع ذلك لم يشير في هذا القانون عما إذا كان لورثة الزوجة الحق في كل الصداق أو نصفه بعد وفاتها⁴⁶⁷. هل يمكن القول أنّ المشرع حدّد في هذه المادة مؤكّدات الصداق على سبيل الحصر، ومن ثم فيقتصر حقها في الصداق إلا بوفاة الزوج دون وفاتها؟ أم يستلزم الأمر هنا أن نسوي بين وفاة الزوج وموت الزوجة؟ وهل يفهم من كلمة "الزوج" أنّ الأمر يخص الزوجة أيضا بحكم أنّ القرآن الكريم قد استعمل كلمة "زوج" لفيد بها الزوجة أيضا كقوله تعالى ﴿فَقُلْنَا يَا آدَمُ إِنَّ هَذَا عَدُوٌّ لَكَ وَلِزَوْجِكَ﴾.⁴⁶⁸

للإجابة عن هذه التساؤلات، نقول أنّ المشرع الأسري فرّق في أكثر من موطن بين لفظ "الزوج" ولفظ "الزوجة"، حيث استعمل الأوّل على الرجل والثاني على المرأة (المواد 8 المعدلة، 8 مكرر، 16، 17، 26...الخ) وهل يفهم من وراء ذلك أنّ المرأة يسقط حقها في صداقها بعد وفاتها؟ أم أنّ النصف الباقي من المهر أصبح معلقا بالدخول؟⁴⁶⁹.

وأمام كل هذه الفرضيات، ينبغي الإشارة إلى أنّ المرأة يتأكد لها كل الصداق، بعد الوفاة سواء دخل بها أو لم يدخل بها، لذلك يستحسن بالمشرع أن ينص في المادة 16 من قانون الأسرة على أنّ:

⁴⁶⁶ - بلحاج العربي ، أحكام الزوجية وآثارها ...، المرجع السابق، ص. 371-372.

⁴⁶⁷ - تشوار حميد زكية، النقص التشريعي في تنظيم ...، المرجع السابق، ص. 41.

⁴⁶⁸ - سورة طه، جزء من الآية 117.

⁴⁶⁹ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 41-42.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

"...أو بوفاة الزوج قبل الدخول"⁴⁷⁰. وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في 09 مارس 1987، حيث جاء في إحدى حيثياته بأنه: "من الإقرار شرعا أنّ الزوجة تستحق كامل الصداق إذا توفي الزوج قبل الدخول."⁴⁷¹.

وأما إذا رجعنا إلى المسألة التي نحن بصددتها هنا، نقول أنّه أمام النقص التشريعي، أنّ الفقه الإسلامي متفق على أنّ للمرأة كامل الصداق إذا توفيت⁴⁷²، ولورثتها أن يطالبوا الزوج بما تبقى في ذمته من صداق، والزوج واحد منهم، فيقسم عليهم جميعا حسب الأنصبة المقدرة شرعا.⁴⁷³

وهكذا يستوي وفاة الرجل ووفاة المرأة من حيث مؤكّدات كل الصداق لها، وهذا ما كان على المشرع إدراجه في قانون الأسرة⁴⁷⁴.

والجدير بالذكر أنّ الفقهاء اختلفوا فيما إذا توفي الزوج قبل الدخول وقبل تسمية الصداق، ففي هذه الحالة: قال الحنفية أنّ الزوجة تستحق صداق المثل كاملا⁴⁷⁵. في حين ذهب المالكية إلى أنّ الزوجة لا تستحق أي صداق و إنما تجب لها المتعة فقط⁴⁷⁶.

أما قانون الأسرة فنص في المادة 16 على أنّه تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، بكل عموم و إطلاق⁴⁷⁷.

⁴⁷⁰ - تشوار حميد زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، المرجع السابق، ص. 42.

⁴⁷¹ - م ع، غ. أ. ش، 1987/03/09، م ق، 1992، عدد 03، ص. 66؛ حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 42؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 373.

⁴⁷² - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 42.

⁴⁷³ - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 373.

⁴⁷⁴ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 42.

⁴⁷⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج. 2، ص. 294.

⁴⁷⁶ - حاشية الدسوقي، ج. 2، المرجع السابق، ص. 301؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 210، 239.

⁴⁷⁷ - بلحاج العربي، نفس المرجع، ص. 373-374.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذه الحلول كلها تتعلق بالقضايا التي تكون فيها الوفاة طبيعية، ولكن ما هو الحل إذا كانت بفعل أحد الزوجين بأن قتل نفسه أو زوجته؟.

إنّ المشرع الجزائري لم ينتبه لهذه الإشكالات، تاركا في ذلك الأمر للقاضي الذي يستلزم عليه الأمر أن يستنبط حكمه من مبادئ الشريعة الإسلامية فما هو موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة؟⁴⁷⁸.

يفرق الفقه الإسلامي هنا بين حالة انتحار الزوجة وحالة قتل الزوجة زوجها عمدا، حيث يرى جمهور الفقهاء أنها تستحق كل الصداق في الحالة الأولى لأنّ حقّ ورثتها تعلق بالصداق، فلا يسقط بفعلها لأنّ الشخص لا يملك إسقاط حق غيره.⁴⁷⁹

أما بشأن الحالة الثانية المتعلقة في قتل الزوجة زوجها عمدا، فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، حيث يرى كل من المالكية والشافعية أنّ حقها في المهر يسقط بصفة نهائية، إذ فهي تحرم في هذا الصدد من الإرث فأولى أن تحرم من الصداق، زيادة على أنها أنهت الزواج بمعصية.⁴⁸⁰

في حين يذهب الرأي الثاني من الفقه المتمثل في الحنابلة والحنفية والإمامية إلى أنّه لا يسقط حقها في الصداق، بل يتأكد كله لها، بحجة أنّ هذا الفعل له عقوبة خاصة به وهي القصاص، ولا يندرج في هذه العقوبة إسقاط حق الزوجة في الصداق.⁴⁸¹

وعليه، فأمام هذا الاختلاف الفقهي كان يستحسن بالمشرع الأسري أن يحزم الموقف باتخاذ حكم محدد كي يطبقه القضاة بدون اختلاف على القضايا المطروحة عليهم و توحيد العمل القضائي.⁴⁸²

⁴⁷⁸ - تشوار حميد زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، المرجع السابق، ص. 42.

⁴⁷⁹ - فيما عدا زفر من الأحناف الذي يرى عكس ذلك، على أساس أنّ قتل الزوجة نفسها يعدّ جريمة، وبهذا الفعل تكون قد فوتت حتى الزوج عليها فيسقط حقها في الصداق؛ أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص. 207؛ تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص. 42.

⁴⁸⁰ - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 393؛ تشوار حميدو زكية، ص. 43.

⁴⁸¹ - وهيبه الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص. 291؛ تشوار حميدو زكية، ص. 43.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وما يمكن أن نتمسك به هو أنّ الزوجة في حالة قتلها لزوجها، فإنّ حقها في الصداق يسقط، لأنها هي التي كانت السبب في إسقاطه، وهذا أصلح للمجتمع حتى لا تكون الجرائم سببا في النعم⁴⁸³.

كذلك من الثغرات التي يكتنفها قانون الأسرة، هو أنّه لم يبين لنا حكم الصداق في الزواج الفاسد الذي تم فيه الدخول حيث اكتفى مثلا في المادة 34 منه على أنّ: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء". وأما المادة 16 من نفس القانون لم تشر كلية إلى هذه المسألة⁴⁸⁴.

وفي هذا الصدد ترى الأستاذة تشوار حميدو زكية أنّه يترتب على الدخول في الزواج الفاسد حق المرأة في الصداق، و تضيف بالقول أنّه: "ليس من العدل حرمانها من حق مقرر لها شرعا، لأنّ القول بغير ذلك يؤدي إلى جعلها في نفس رتبة المرأة التي مارست علاقة غير شرعية".⁴⁸⁵

" غير أنّ الذي نقترحه أمام الخلاف الكبير بين الفقهاء حول تحديدها ما هو فاسد وما هو باطل، أن ينص المشرع الأسري بكل صراحة ووضوح على حالات بطلان الزواج وحالات فساد، نظرا لأهمية الموضوع و لما يترتب عليه من نتائج خطيرة جدا في حياة الأسرة و المجتمع"⁴⁸⁶.

وصفوة القول، أنّه أمام هذه الإشكالات التي يثيرها شرط الصداق في عقد الزواج، كان من المستحسن على المشرع أن يضع نصوصا قانونية صريحة لا تحتوي على إبهام، و استعماله المصطلحات المناسبة و الأحكام التي تتماشى مع التطور الاجتماعي مع التمسك مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

482 - تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص. 43.

483 - هذا عن القتل المتسبب من طرف الزوجة، أما إذا كان القتل بفعل الزوج سواء أكان عمديا أم غير عمدي، ففي جميع هذه الحالات، يتأكد للزوجة كل الصداق؛ محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص. 394.

484 - تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، المرجع السابق، ص. 43.

485 - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

486 - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 44.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات التي يثيرها شرط الصداق، ولنا أن نبحت عنن الإشكالات التي يثيرها شرط الولي في عقد الزواج؟ و هو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

أبرز الإشكالات التي يثيرها شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نصّ المشرع في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المضافة بالأمر 05-02 على أنّه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدان وانعدام الموانع الشرعية للزواج"، كما نصّ في المادة 11 المعدلة من نفس القانون على أنّه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

كما ورد في المادة 11 في فقرتها الثانية على أنّه: "دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". ولقد نصّت الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون الأسرة المعدلة على أنّه: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وعليه، فإنّه يتبين لنا من هذه النصوص أنّ الولاية شرط صحة في عقد الزواج، وأنّه يفسد بانعدامها في بعض الأحوال طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة⁴⁸⁷.

وللولاية في عقد الزواج أهمية كبيرة؛ لكثرة الأحكام المترتبة عليها، فقد شهدت مسألة الولاية في تزويج المرأة نقاشا حادا و طويلا بين مختلف المعنيين بالموضوع من رجال الشريعة والقانون والرأي العام

⁴⁸⁷ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 399.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

بمختلف توجهاته⁴⁸⁸.

ولقد فرّق المشرع بين زواج المرأة البالغة وزواج القصر في المادة 11 من قانون الأسرة. وعليه سنحاول إبراز أهم الإشكالات المثارة حول حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة (أولا)، كما سيتم تبيان إشكالية الولاية في الحضانة (ثانياً).

أولاً- مشكل حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة في قانون الأسرة:

ذكرنا سابقاً، أنّه لم يُثَرَّ الجدل على الساحة الاجتماعية والقانونية بخصوص قانون الأسرة بقدر ما ثار حول إشكالية حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة⁴⁸⁹.

كما ذكرنا بأنّ المشرع قد اعتبر الولاية⁴⁹⁰ من شروط صحة عقد الزواج في المادة 9 مكرر من

⁴⁸⁸ - محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 174؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، رقم 12، ص. 58.

⁴⁸⁹ - أنظر، زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقاً لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب، د.ع، د.س، ص. 1-2، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.majalah.new.ma

⁴⁹⁰ - هناك عدة تعاريف للولاية لغةً، وهذا حسب الألفاظ التي ترد بها، فالولي في أسماء الله الحسنى هو الناصر و قيل المتولي لأُمُور العالم والخلائق والقائم بها، ومن أسمائه سبحانه وتعالى "الوالي" وهو مالك الأشياء جميعاً والمتصرف بها؛ ويقال فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أحق به، وفلان أولى بكذا أي أحرى به وأجدر؛ أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري؛ لسان العرب، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص. 761-762. أما الولاية بفتح الواو وكسرهما هي مصدر لفعل ولي، فيقال ولي الرجل أي أعانه ونصره وقام بأمره وهي من ولي الشيء وولي عليه، فالولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح هي النصرة؛ أنظر، أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج.6، ط.2، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، السعودية، 1968، ص. 129؛ وذلك لقوله عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾؛ سورة التوبة، الآية 71، وقال أيضاً: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَهَاجِرُوا مَالَهُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يَهَاجِرُوا﴾؛ سورة الأنفال، الآية رقم 72، ومن هذا يتبين أنّ استعمال الولاية بالكسر يعني التدبير والقدرة والعمل، وبالفتح يعني النصرة والنسب، وكلا المعنيين مراعى في الولاية، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة والعمل، كما تحتاج إلى نصرة المولى عليه؛ أنظر، أحمد الصويعي شليبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، محرم 1428 هـ الموافق لـ فبراير 2007 م، المجلد رقم 04، العدد 01، ص. 41.

أما تعريف الولاية اصطلاحاً: "هي قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً عليه"؛ أنظر، أحمد الحصري، الولاية، الوصاية، الطلاق في الفقه الإسلامي للأحوال الشخصية، ط.2، دار اليل، بيروت، 1992، ص. 06، أو هي: "سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة سواء ينشئها لنفسه أو لغيره"؛ أنظر، عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط.03، دار المعارف، مصر، 1958، ص. 201. كما عرفها وهبة الزحيلي: "على أنّها تدبير الكبير الراشد لشؤون القاصر الشخصية والمالية"؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص. 187. أما محمد أبو زهرة فعرف الولاية على أنّها: "القدرة على إنشاء العقد نافذاً" و قسمها بذلك إلى قسمين:

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

قانون الأسرة، رغم أنه قبل التعديل كان يعتبرها ركنا من أركان عقد الزواج. ولم يكن مسموحا للمرأة بأن تنفرد بإبرام عقد الزواج، وهو ما كانت تنص عليه المادة 11 قبل تعديلها: "يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

في حين أنه بعد تعديل 2005 نصّ المشرع في المادة 11 في فقرتها الأولى على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"⁴⁹¹.

وبالتالي أعطت هذه المادة للمرأة الراشدة الحق في مباشرة عقدتها بنفسها، ولكن بحضور وليها الذي هو الأب أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره⁴⁹². و اشترط فقط حضور الولي في هذا العقد، وبهذا أصبح المشرع يعتبر الولاية في الزواج أمرا شكليا، ما دامت المرأة غير ملزمة بإحضار ولي معين في العقد، وهذا واضح من خلال استعماله لمصطلح "أو" الذي يفيد التخيير و ليس الترتيب، فقد ابتدع المشرع معيارا جديدا للولاية هو معيار الاختيار من قبل المرأة ولو كانت هذه المرأة ذات أب⁴⁹³.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع قد وقع في تناقض، بحيث يعتبر حضور المرأة إجباري لمجلس العقد أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق وموافقتها إجبارية، ولا يمكن للموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد بدون حضورها، و في نفس الوقت يشترط حضور الولي الذي ليس له أي قيمة. و إنما اعتبر

ولاية قاصرة وولاية متعدية، فالولاية القاصرة هي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع؛ أنظر، محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص.153. أي أنّ الإنسان في الظروف الطبيعية ولي نفسه مادام يملك أهلية الأداء، أما إذا نقصت أهليته أو فقدت، فقد جعلت الولاية عليه لشخص آخر يسمى الولي، وتكون ولاية الولي متعدية؛ محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص.153.

⁴⁹¹ - وعليه فإنّ مقارنة هذا النص المعدل مع النص السابق، فإنه يتبين أنّ المشرع غيّر عبارة: "يتولى زواج المرأة وليها..." بعبارة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها...."، وبهذا انتقلت الفتاة الراشدة من صفة طرف في العقد إلى عاقدة، بحيث ينبغي أن تدلي على موافقتها في الزواج شخصا أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 59.

⁴⁹² - 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.

⁴⁹³ - عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 44، نعيمة إلياس مسعودة، نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، 2014، ص. 134.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

حضوره شكليا فقط - حضور جسدي- كآته شاهد، وعليه لم يفرق المشرع بين الولي الذي يعد مسؤولية شرعية و قانونية محددة الأسباب و الصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد فقط، و أعطاهما نفس الدور و الدرجة، فكل منهما ليس له إلا حضور مجلس العقد⁴⁹⁴.

ومن المعلوم أنه لا يجوز أن يكون الولي أحد شاهدي عقد الزواج، وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 10 فبراير 2011 والذي جاء فيه: "...حيث أنّ المادة 09 من قانون الأسرة في صياغتها القديمة تنص بأنّ عقد الزواج يتم برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين، و صداق، كما أنّ المادة 09 مكرر من نفس القانون طبقا للأمر 02-05 تنص على أنّه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية ومن بينها الشاهدين و الولي.

وحيث أنّه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس وبعد التحقيق الذي أجره، أسسوا قرارهم المذكور على أنّه وقع فعلا زواج عرفي بين الطاعن وبين المطعون ضدها وأنّ الزواج يتم عادة بحضور الأقارب وأنّ والد الزوجة المطعون ضدها وخالها يعتبران شهودا في محضر التحقيق وتؤخذ أقوالهما كشهود بصرف النظر عن صفتهم في مجلس العقد.

وحيث أنّ هذا التسبيب فيه خلط بين الولي من جهة والشاهدين من جهة أخرى، الواجب حضورها مجلس العقد، وقضاة المجلس استندوا إلى شخصين لإثبات زواج عرفي مع أنّ أحدهما وهو الولي و أب المطعون ضدها لا يجوز اعتباره أحد شاهدي عقد الزواج و إلا اعتُبر ذلك مخالفا لنص المادتين المذكورتين...⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ - أنظر، عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص. 112.

⁴⁹⁵ - م.ع، غ.أ.ش، 2011/02/10، ملف رقم 600991، م.م.ع، 2011، العدد 02، ص. 274 - 275.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّ الإشكال في تنظيم المشرع لمسألة الولاية على المرأة، أنّه 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 أنّه خصّ المادة 09 المعدلة من ق.أ. بركن وحيد و هو رضا الزوجين؛ ومن جهة أخرى، لم يرتب بطلان العقد قبل الدخول بالنسبة للزواج الذي تبرمه الراشدة دون وليها، وهذا يستنتج من روح المادة 33 المعدلة من ذات القانون⁴⁹⁶ التي ترتب بطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا (فقرة أولى) أو غاب شرطان اثنان (فقرة ثانية)⁴⁹⁷.

وعلى هذا الأساس أشارت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 جانفي 2001 على أنّه: "يثبت الزواج بعد الدخول بصدّق المثل إذا اختل ركن واحد طبقاً لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة، وبما أنّ قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العرفي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون"⁴⁹⁸.

وعليه، فإنّ موقف المشرع الجزائري من شرط الولي في إبرام عقد زواج المرأة الراشدة يجعلنا نطرح العديد من التساؤلات: هل هذا الولي غير معتبر قانوناً؟ و أنّه إذا غاب لا يشترط حضوره وإذا حضر لا يستشار؟ ولا فضل لحضوره على غيابه عند عقد زواج ابنته؟⁴⁹⁹

فما معنى أن تنص المادة 11 المعدلة على أنّ المرأة الراشدة تعقد زواجها، ثم تقول: "بحضور" ثم تضيف: "أو أي شخص آخر تختاره"، فما هي الفائدة من حضور وليها مجلس عقد الزواج إذا لم يكن له تأثير في إبرام العقد؟ ثم ما معنى عبارة: "أو أي شخص آخر تختاره"؟ وهل يجوز للمرأة

⁴⁹⁶ - تنص المادة 33 المعدلة على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صدّق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صدّق فيه، ويثبت بعد الدخول بصدّق المثل".

⁴⁹⁷ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 59.

⁴⁹⁸ - م ع، غ.أ.ش، 2001/01/23، ملف رقم 253366، م ق، سنة 2002، العدد 02، ص. 440.

⁴⁹⁹ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 70.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الراشدة أن تختار صديقا أو أب خطيبها ليمثل دور وليها في عقد زواجها؟! وهل تشمل عبارة: "أو أي شخص آخر تختاره" الذكر والأنثى و بالتالي قد ياء تطبيقها لعمومها؟⁵⁰⁰.

إنّ هذه المادة وإن كانت من الممكن أن تنسجم مع التشريعات الفرنسية في مجال عقد الزواج عندما تنص على أنّ عقد الزواج عقد المدني ينشأ عن اتفاق إرادتين اتفاقا شخصيا حضوريا، فإنها لا تنسجم مع واقع وتقاليد وموروثات شعبنا كشعب مسلم متمسك بثقافته-عقيدته- الإسلامية⁵⁰¹.

كما أنّ الإشكال الآخر، أنّه لو أردنا التأصيل لهذه المادة -11 الفقرة الأولى من ق.أ- فإنّه يظهر لنا في البداية بأنّ المشرع قد أخذها من المذهب الحنفي الذي ذهب إلى حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها، باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها، ولها حرية تفويض هذا الأمر لآبائها وأقربائها، وإن كان يستحب لها تقديم وليها لتولي مباشرة العقد عليها ، ونحن نقول أنّ المشرع لم يأخذ بموقف الحنفية على إطلاقه، لأنّه تغاضى عن حق الولي في التدخل لإبطال الزواج إذا لم يكن المتعاقد معها كفؤا، أو أنّ الصداق ليس بصداق المثل، فالحنفية يجيزون للولي حق الاعتراض في هذه الحالة⁵⁰².

فالزواج مصاهرة بين أسرتين، ذلك أنّه إذا كانت العلاقة الزوجية تقوم أساسا على الروابط الفردية بين الزوجين إلا أنّ هناك علاقة أوسع من ذلك، هي الروابط الأسرية التي يتوجب فيها توافر الكفاءة حتى لا يلحقها العار⁵⁰³.

⁵⁰⁰ - بوجاني عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص. 70.

⁵⁰¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 42.

⁵⁰² - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 60.

⁵⁰³ - أنظر، محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج.04، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، ص. 620؛ بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، قسم القانون الخاص المعق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 31.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وعليه يستحسن بالمشرع الجزائري أن يذهب إلى ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية السوري الذي أجاز للولي في المادة 27 منه ما يلي: "إذا زوّجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج كفؤا لزم العقد و إلا فللولي طلب فسخ النكاح"⁵⁰⁴.

فالأصل أنّ أي تعديل يجب أن يتدارك سلبيات قانون سابق له ، غير أنّ ما يلاحظ على تعديل المشرع الجزائري أنّه قد زاد الأمر تعقيدا، ذلك أنّ هذا النص بعيد كل البعد عن روح مجتمعنا بكل ثقافته وتقاليد وقيمه الدينية. والتي سارت منذ زمن بعيد على اعتبار أنّ المرأة لا تزوج نفسها، وأنّ وليها هو الذي يزوجه وتحديدًا "أبوها"، لذلك يمكن القول إنّ استناد المشرع على اختلاف المذاهب الفقهية يكون قد خالف آراء فئة كبيرة من الفقهاء المسلمين و لاسيما المالكيين منهم، وأنّه يكون قد عمل على تدمير قواعد التماسك العائلي و توليد الشقاق داخل الأسرة الواحدة، و على إيقاع فتنة العداوة بين الفتيات و آبائهن، إذ من المفروض أنّ أي تشريع يستمد من وحي مجتمعه بتقاليده وأعرافه ، لكن هذه المادة بعيدة كل البعد عن واقع المجتمع الجزائري⁵⁰⁵.

ويقول الأستاذ عبد العزيز سعد في هذا الشأن: "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 الزواج مع غير كفء، أو أنّه عاجز عن توفير شروط الحياة الزوجية له و لها، مع العلم أنّ أمر الزواج لا يهم المرأة وحدها في الأمر الواقع بقدر ما يهم أسرهما وأقاربها أيضا، و أنّ ما قد يصيبها من ضرر يمكن أن يصيبهم أكثر"⁵⁰⁶.

وإن كنّا نوافق تماما ما قاله الأستاذ عبد العزيز سعد، إلا أننا لا ننكر بأنّ المرأة هي صاحبة الشأن الأول في زواجها و لا يمكننا أن نغفل رضاها خاصة إذا تقدم لها من هو كفء ذو دين وخلق، وأنّه

⁵⁰⁴ - بقيت صياغة النص كما هي في مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 2007، و أصبحت هذه المادة تحت رقم 53 بعدما كانت تحت رقم 27 من المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/07، المتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية.

⁵⁰⁵ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجمان حنان، عجيبة أمال، بن سلامة دنيا، بوبكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية ، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج والطلاق)، المرجع السابق، ص. 65.

⁵⁰⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 43.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يجب على وليها عدم إهمال رأيها أو تأخير زواجها لمن هو كفء، إلا أنه في نفس الوقت يجب عليها أن تحترم رأي أبيها، وأن يكون له حق الاعتراض إذا ثبت فعلا أنّ الرجل الذي تقدم لخطبتها غير كفء⁵⁰⁷.

كما أنّ الإشكال أنّ بعض الشراح الجزائريين وأبرزهم الأستاذ عبد القادر داودي والذي كان عضوا ضمن لجنة تعديل قانون الأسرة، ذهب إلى القول بأنّ مشرعا ذهب إلى ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادتين 24⁵⁰⁸ و 25⁵⁰⁹ من مدونة الأسرة المغربية⁵¹⁰.

إلا أنّنا نقول بأنّ المشرع المغربي قد أعلن صراحة في المادة 24 بأنّ الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها، ولكن المشرع الجزائري لم يكن صريحا في المادة 11 من قانون الأسرة و إنما أقرّ لها هذا الحق ضمنا⁵¹¹.

كما أنّ المشرع المغربي قد حصر في المادة 25 اختيار المرأة لوليها في الأب أو أحد الأقارب، على عكس المشرع الجزائري الذي أعطى للمرأة حرية اختيار أي شخص يكون وليا عليها في عقد الزواج، وهذا بصريح قوله في المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة: "أو أي شخص آخر تختاره".

كما أنّ الإشكال الآخر الذي تثيره المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى هو الزواج العرفي و مشكل إثباته و خاصة في غياب الأهل و الولي ، على خلاف الزواج العرفي في ظل القانون القديم ، فلو حُيِّرْنَا بين إشكالات الزواج العرفي في ظل المادة 11 قبل التعديل و بين المادة 11 بعد التعديل في غياب الولي ، لاخترنا الأولى على الثانية ، ذلك أنّه في الأولى تكون المرأة برعاية الأب

⁵⁰⁷ - أنظر، يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، ط. 11، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1397 هـ - 1977 م، ص. 147-148؛ بوجاني عبد الحكيم ، إشكالات انعقاد ونحلل الزواج، المرجع السابق، ص. 72.

⁵⁰⁸ - تنص المادة 24 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها".

⁵⁰⁹ - تنص المادة 25 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "للاشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها".

⁵¹⁰ - أنظر، عبد القادر بن داودي، دليل شرح قانون الأسرة وعرض أسبابه، نظرة تاريخية حول تطور قانون الأسرة في الجزائر، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.tomohna.net/vb/download.php.do، ص. 36.

⁵¹¹ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 02-05 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 58.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

واحترامه لها و احترام الزوج ، و بالتالي سهولة إثبات الزواج حتى في غياب الزوج ووفاته. بعكس نص المادة 11 بعد التعديل الذي تنفرد فيه المرأة بتزويج نفسها و غياب وليها و أهلها و احتمال هروب الزوج، و بالتالي يصعب إثبات الزواج حتى في وجود 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 و بين مشاكل الحصول على الطلاق من شخص أنكر حتى وجود هذا الزواج. وبالتالي فإنّ هذه المادة لها أثر بليغ في إعطاء مفهوم آخر لبعض النساء تحت ستار حرية اختيار المرأة لشريك حياتها بمنأى عن أهلها، وخصوصا بجعل سن الرشد في الزواج للمرأة بـ 19 سنة، في ظل مجتمع يكثر فيه عبید شهواتهم⁵¹².

كما أنّ الإشكال الآخر الذي يثار في الولاية خاصة على اليتامى وعديمي النسب، حيث اختتم المشرع المادة 11 بجعل القاضي ولي على من لا ولي له، فالإشكال 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؟⁵¹³.

وخلاصة القول بالنسبة لشرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة، أنّ المشرع حاول التوفيق بين رأيين متناقضين، فالأول يطالب بإلغاء الولاية تماما وتخليص المرأة من الولي استجابة لاتفاقيات حقوق الإنسان⁵¹⁴، و بالأخص اتفاقية "سيداو" وتحديدًا في المادة 16 منها التي تنص على أنّ للمرأة الحق

⁵¹² - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجان حنان، بن سلامة دنيا، عجيبة أمال، بويكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة (الزواج و الطلاق)، المرجع السابق، ص. 65-66.

⁵¹³ - لعناني سميرة...، المرجع نفسه، ص. 69؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 73.

⁵¹⁴ - أنظر، أمير فرج يوسف، العنف الأسري ضد النساء والأطفال و مكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان، 2011، ص. 78.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

في اختيار زوجها برضاها وأن يكون هذا الرضا حرا و كاملا⁵¹⁵. أما الرأي الثاني فيطالب بإبقاء شرط الولي كأمر واقع و كشرط من الشروط التأسيسية لعقد الزواج⁵¹⁶.

وعليه فإنّ المشروع قد وقف من شرط الولي موقفا متذبذبا، فلا هو قرر إلغائه صراحة و لا هو قرر اشتراطه صراحة، مما يدل دلالة قاطعة على أنّه قد تعرض إلى ضغوط متزايدة ومن جهات مختلفة، وأنّه لم يستطع أو لم يحاول مقاومة هذه الضغوط التي فرضتها منظمات حقوق الإنسان وتحديدًا اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، والضغط أيضا من التجمعات النسوية التي تطالب بالمساواة بين الرجل و المرأة، وكذلك العولمة وما تلعبه من دور في فرض ثقافة واحدة واستبعاد ثقافات الأمم، وما تطفئ عليه اصطلاح حقوق الإنسان، و إلزام الدول على تغيير قوانينها البدائية، الهاضمة لحقوق الإنسان بزعمهم⁵¹⁷.

كما يظهر أنّ المشرعين واضعي تعديل 02-05 لا يريدون أن يكون للولي أي تأثير على عقد زواج المرأة الراشدة، و يستنتج 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 أنّ غيابه أو تغييبه عن مجلس عقد الزواج لا يجعل العقد باطلا و لا فاسدا و لا موقوفا على موافقته⁵¹⁸.

⁵¹⁵ – CEDAW : Convention en Elimination of All forms Discrimination Against Women .

وهي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

⁵¹⁶ – Dalila ZENNAKI, Egalité homme femme en Algérie aux normes internationales : le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, konouz , Edition ,Tlemcen , 2013, p.221 ;

أنظر ، بوكايس سمية ، المرجع السابق ، ص. 29.

⁵¹⁷ – أنظر، زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، المرجع السابق، ص. 20-21؛ أنظر، أحمد عبدو، رضا المرأة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات قانونية، دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة، الجزائر، 2011، العدد 10، ص. 66.

⁵¹⁸ – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 43.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

وفي سياق آخر، لا بد أن نشير بالأمر الذي استحدثه المشرع الجزائري في قانونه الأسري والذي لم يعرف له مثيل⁵¹⁹، حيث منح الولاية لمن تسند له حضانة الأولاد، مما يطرح إشكالية تولي المرأة الحاضنة مباشرة عقد زواج محضونها، و هو ما سنبينه في النقطة الآتية.

ثانيا- إشكالية تولي المرأة الحاضنة مباشرة عقد زواج محضونها:

تنص المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة 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".

ويلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد اعترف في هذه المادة صراحة بالولاية للأم، وهذا ما ذهب إليه كل من التشريع المغربي والتشريع التونسي اللذان اعترفا للأم بالولاية بعد الأب، وهذا ما جاء في الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والتي تنص على أنه: "القاصر وليه أبوه أو أمه..."⁵²⁰، كما نص في الفصل 155 من نفس القانون على أنه: "للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة ولا تبطل إلا بإذن من المحاكم لأسباب شرعية".

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب: 1- الولي وهو الأب والأم والقاضي..."، كما نصت المادة 231 من ذات القانون على أنّ: "صاحب النيابة الشرعية: - الأب الراشد؛ - الأم الراشدة عند عدم وجود

⁵¹⁹ - تشوار حميد و زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 60.

⁵²⁰ - تنص المادة 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: "القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلق بالزواج. ولا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية. وعند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما ولم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم".

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الأب أو فقد أهليته...⁵²¹.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد استعمل في الفقرة الثانية من المادة 87 من قانون الأسرة لفظ الولاية على عمومته، 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، وهو الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له، فإنه إعمالا بالمادة 222 من قانون الأسرة، لا يجوز لها أن تكون وليا في عقد زواج محضونها⁵²²، 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، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها"⁵²³، فأبي المادتين نطبق؟ أنطبق المادة 11 المعدلة أم نطبق المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة؟!

⁵²¹ - تنص المادة 231 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "صاحب النيابة الشرعية: -الأب الراشد؛ -الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته؛ -وصي الأب؛ -وصي الأم؛ -القاضي".

⁵²² - لعناني سميرة...، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.84؛ بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.74.

⁵²³ - أخرجه ابن ماجه وابن خزيمة في صحيحه، وروي موقوفا من كلام أبي هريرة رضي الله عنه، ورجح وقفه ابن عبد الهادي؛ أنظر، حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلسنة للنشر، السعودية، سنة 1420 هـ ، ص.661؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.2، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، د.س.ن، ص.229.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

يرى الأستاذ تشوار جيلالي بأنّ: "نص المادة 11 المعدلة هو نص خاص، أما نص المادة 87 المعدلة هو نص عام، ومنه الخاص يقيد العام"⁵²⁴.

لكن الإشكال سيبقى 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، ومن المستحسن لو أنّ المشرع الجزائري 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 يُوفّق في تنظيمه لأحكام الولاية في الزواج، ولم يراع تماما عادات وتقاليده المجتمع الجزائري المتشعبة بتعاليم الإسلام، كما أنّه زاد الأمر تعقيدا بخلقه إشكالات عديدة، منها:

- أنّ عدم إشراك الأولياء (وتحديدا الأب) في زواج بناتهم إلى الإضرار بالأطفال، فمن المعلوم أنّ هذا الزواج سينشأ عنه أبناء وبنات، ومن استقرارهم النفسي والعاطفي سلامة علاقتهم بالجد والجدة والأخوال، فزواج المرأة بنفسها يؤدي إلى عدم الترحيب بهؤلاء الأطفال.

- كما سيؤدي عدم إشراك الأولياء إلى ارتفاع نسبة الطلاق، فغالبا ما تُحل الخصومة ما بين الأزواج بتدخل أوليائهم وعائلاتهم وتحكيمهم، وغالبا ما يؤدي هذا التدخل إلى الصلح بين الزوج والزوجة⁵²⁵.

⁵²⁴ - تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، ألفت على طلبة السنة الرابعة كلاسيكي، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، السنة الدراسية 2010-2011.

⁵²⁵ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.76.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

- كما أنّ زواج المرأة بلا وليها (ولي من غير أهلها) سيني حتما العداوة بين المرأة وأهلها، فالأهل يحبون أن تشاورهم المرأة في موضوع زواجها، لأنّهم يخشون أن تصيبهم معرّة من ذلك خاصة إن وضعت عند غير كفء.

- كما أنّ الواقع يبين بأنّ المرأة إذا تصرف 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 الموضوع⁵²⁶.

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

هذه بصفة عامة أبرز الإشكالات التي خلفتها كل من المادة 11 المعدلة والمادة 87 المعدلة من قانون الأسرة فيما يتعلق بالولاية في الزواج.

وما نستخلصه في هذا الفصل، أنّ الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة عديدة ومتشعبة يصعب تحديدها وحصرها، ولقد حاولنا في هذا الفصل إبراز أهم هذه الإشكالات المثارة حول هذا الموضوع الحساس، وسعينا قدر المستطاع أن نسلط الضوء عليها في الواقع العملي والمعيشي، و استنتجنا بأنّ السبب الأول الذي أدّى إلى كل هذه الإشكالات هو الثغرات التي يصر المشرع على إبقائها، ومستحيل أنّه غافل عنها ولا يعرفها.

لذا فإنّه يتعين على المشرع الجزائري أن يكون على وعي تام بمدى جسامته المسؤولية الملقاة على عاتقه في كل ما يتعلق بالشهر على استقرار كيان الأسرة، وذلك بإعادة النظر في بعض مواد قانون

⁵²⁶ - أنظر، شمس الدين بوروي، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط.1، شركة دار الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، جانفي 2003، ص.95.

الفصل الأول.... أبرز الإشكالات المتعلقة بانهقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

الأسرة المتعلقة بانهقاد الزواج والتي تحتاج إلى إتقان كبير في صياغة النصوص القانونية المنظمة لها،
وضرورة حسن تطبيقها قضائيا.

هذا جل ما يمكن أن يقال بالنسبة لأبرز الإشكالات المثارة حول انهقاد الزواج، ولنا أن نتساءل
عن واقع الحال بالنسبة للإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري؟ وهو ما سيتم التطرق
إليه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني

أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إنّ المقاصد والأهداف السامية للزواج لا يمكن أن تتحقق إلا إذا حُسنت العشرة بين الزوجين ورفرت عليها أجنحة المودة والمحبة وساد جو الزوجية الوفاء والصفاء⁵³⁷، فالزواج ميثاق ترابط شرعي بين الرجل والمرأة على وجه الدوام والإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين معا⁵³⁸.

ولكن ما إذا ساءت العشرة الزوجية وتنافرت الطباع والأخلاق وتعاكست مفاهيم الحياة وصار الشقاق مستحكما بينهما فأصبح كل يجلب المصائب للآخر⁵³⁹، ففي هذه الحالة تستحكم النفرة لدرجة يستحيل معها استمرار حبلى المودة بين الزوجين، ويصبح سريان هذا الميثاق نقمة على الأسرة بأجمعها⁵⁴⁰، مما يفسح المجال أمام خيار حل عقدة النكاح كضرورة لا غنى عنها.

فمن الأفضل أن تحل رابطة الزوجية بينهما عن طريق الطلاق حسماً للنزاع ورفعا للظلم والضرر، وحتى يتخلص الزوجان من الشرور والمفاسد التي قد تحل بينهما⁵⁴¹. حيث قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁵⁴².

لذا شرع الإسلام الطلاق فجعله بيد الزوج كأصل عام عند الحاجة، كما أنّه لم يهمل جانب المرأة بل جعل لها حق الالتجاء إلى القاضي لتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وُجد مبررا لذلك رفعا للظلم والضرر أو عن طريق الخلع إذا ما أبغضته.

⁵³⁷ - أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، د.ج، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.06.

⁵³⁸ - فلقد سعت الشريعة الإسلامية السمحاء إلى ضمان استقرار الأسرة واستمرارها حيث رسمت الطريق الأمثل لتكوين الأسرة، ووضعت لها نظاما دقيقا يكفل تقدمها وذلك بوضع كافة الأطر والأساليب لتحقيق هذا المقصد النبيل؛ أنظر، ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأسرة، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العاصمة، 2013/2014، ص.01.

⁵³⁹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.06.

⁵⁴⁰ - أنظر، يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة، 70-03، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004، ص.23.

⁵⁴¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.06.

⁵⁴² - سورة النساء، الآية رقم 130.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وكما هو معلوم أنّ هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة، وأما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية⁵⁴³. ولا يهم إن كان الإنهاء بإرادة الزوج وحده، أو باتفاق الطرفين، أو بطلب من الزوجة.

وقد نصّت المادة 47 من قانون الأسرة على أنّه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، ولقد حدّد المشرع أسباب انحلال الرابطة الزوجية ضمن الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان: "انحلال الزواج".

أمّا المشرع المغربي، فقد نص في المادة 71 من مدونة الأسرة على أنّه: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع".

وتجدر الإشارة إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينص 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"⁵⁴⁴.

ويلاحظ أنّ المشرع قد حصر اهتمامه في توضيح انحلال الرابطة عن طريق الطلاق، باعتبار أنّ الوفاة لا تثير مشكلا أمام القضاء مثل بقية الطرق الأخرى التي تنحل بها الرابطة الزوجية، ذلك أنّ عقد الزواج سينحل تلقائيا من نفسه ولا يحتاج إلى إقامة دعوى أمام القضاء للحكم بانقضائه، لذا سوف لن نركز على هذا السبب ولن نتناوله بالدراسة والتحليل.

وعليه سيتم تسليط الضوء على أهم الإشكالات التي يثيرها السبب الأول لانحلال الزواج ألا وهو الطلاق.

⁵⁴³ - أنظر، بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، العدد رقم 12، ص.84.

⁵⁴⁴ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.172.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ويعتبر الطلاق من أهم المشكلات التي عانيت بها القوانين عناية متباينة الاتجاه، مختلفة الحلول، وقد شرعه الله تعالى علاجا للخلافات الزوجية حيث لا ينفع معها علاج سواه.⁵⁴⁵

فالطلاق هو هدم لكيان الأسرة الذي يبينه الزواج، فهو ضرر لكنه ضروري لدفع ضرر أعظم منه، وقانون الأسرة سمح للزوج أن يضع حدا للعلاقة الزوجية بإرادته المنفردة بواسطة الطلاق، كما سمح للزوجة كذلك أن تنهي هذه العلاقة عن طريق الخلع أو التطليق، وهو مانص عليه في المادة 48 المعدلة من قانون الأسرة⁵⁴⁶. وجعل القاضي حارسا ورقيا أمنيا على ذلك، حتى لا يتعسف كل ذي حق في استعمال حقه.

من هنا تظهر علاقة الطلاق بالقانون، حيث تتجلى هذه العلاقة من حيث النصوص القانونية المنظمة له والتي تبين طبيعته وكيف ينشأ وينتهي وما ينجز عنه من آثار ونتائج.⁵⁴⁷

لذلك فإنّ دراسة الإشكالات المتعلقة بفك الرابطة الزوجية يمثل صورة لواقع نصوص قانون الأسرة في مجال الطلاق وإبراز مدى كفايتها وأهم جوانب النقص فيها، ومدى تأثير ذلك على الممارسة القضائية عند تطبيق نصوص قانون الأسرة سواء كانت ذات طبيعة موضوعية أو إجرائية، ووصولاً لغاية الفصل في الآثار التي تنتج عنه، والتي تعدّ قسماً مهماً من أقسام الطلاق، كون أنّ القاضي عند فصله في الطلاق مجبر كذلك على التصدي لما قد ينجز عنه من آثار.⁵⁴⁸

⁵⁴⁵ - "فهو من الناحية الاجتماعية أهم إشكال للتفكك الأسري في جميع المجتمعات بلا استثناء، وهو بدون شك حادث مشؤوم للأشخاص الذين يشملهم، مما يعتبر مؤشراً واضحاً لفشل نسق الأسرة؛" تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر العاصمة، 2005-2006، ص. 05.

⁵⁴⁶ - تنص المادة 48 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

⁵⁴⁷ - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 01.

⁵⁴⁸ - ربيع وفاء، المرجع نفسه، ص. 2-3.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فحالات فك الرابطة الزوجية من حيث وجودها وتنظيمها وكيفية ممارستها على مستوى القضاء لها جانب آخر يكملها ويعد امتدادا لها، وهذا الامتداد يتعلق بآثار فك الرابطة الزوجية والتي لا تقل أهمية عن سبب وجودها المتمثل في الطلاق من حيث تعلقها بطرفي العلاقة الزوجية-الرجل والمرأة- وتلك المتعلقة بالأولاد.⁵⁴⁹

وعلى هذا الأساس نطرح الإشكال الآتي: ما هي أبرز الإشكالات المتعلقة بانحلال الزواج بواسطة الطلاق في قانون الأسرة الجزائري؟

من خلال ذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سنبرز أهم الإشكالات التي تثيرها صور فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، أما بالنسبة للمبحث الثاني فسنعالج فيه أهم الإشكالات المتعلقة بالآثار المترتبة عن انحلال هذا الزواج بواسطة الطلاق.

المبحث الأول

أبرز إشكالات صور فك الرابطة الزوجية

لقد تضمنت المادة 48 من قانون الأسرة ثلاثة طرق لوقوع الطلاق و هي: الطلاق بإرادة الزوج، والطلاق بالتراضي بين الزوجين، والطلاق بطلب من الزوجة بناء على جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها، وهذه المبررات نصت عليها المادة 53 المتعلقة بالتطليق⁵⁵⁰، كما أنه يمكن للزوجة طلب الطلاق بواسطة الخلع طبقا لما نصّت عليه المادة 54 من نفس القانون.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.03.

⁵⁵⁰ - تنص المادة 53 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: 1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون، 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، 3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، 4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، 5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، 6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه، 7- ارتكاب فاحشة مبينة، 8- الشقاق المستمر بين الزوجين، 9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، 10- كل ضرر معتبر شرعا".

⁵⁵¹ - تنص المادة 54 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وتجدر الإشارة إلى أنّ أغلب نصوص قانون الأسرة بما فيها تلك المتعلقة بفك الرابطة الزوجية تكتسي الطابع الموضوعي من حيث اهتمامها بتنظيم طبيعة الحق ونشأته وانقضائه و غير ذلك من الجوانب الموضوعية، لكنها تضمنت بالمقابل بعض النصوص ذات الصلة الوطيدة بالإجراءات والتي يغلب عليها الطابع الإجرائي، وعليه فالإشكالات التي تطرح في هذا المجال منها ما ينتج عن تطبيق الأحكام المتعلقة بالموضوع، ومنها ما ينتج عن تطبيق بعض الأحكام المتعلقة بالجانب الإجرائي.⁵⁵²

وقبل الخوض في إبراز أهم الإشكالات أنواع الطلاق لا بد أن نعطي تعريفا عن الطلاق، حيث يعرف على أنّه عبارة عن سبب من أسباب إنهاء الرابطة الزوجية ويكون ذلك بلفظ يفيد الطلاق صراحة أو ضمنا، ويعرفه أبو الزهرة على أنّه : "رفع قيد النكاح في الحال، والمآل بلفظ مشتق في مادة الطلاق، أو معناها"⁵⁵³، وهذا التعريف يسمح باستيعاب ما جاء به المشرع في المادة 48 من قانون الأسرة.

أما من حيث مشروعية الطلاق، فهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، فمن القرآن الكريم نجد قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁵⁵⁴، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾.⁵⁵⁵

ومن السنة النبوية نجد أحاديث كثيرة، منها ما رواه مالك عن نافع أنّ عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض، على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مُرَّةٌ فليراجعها، فليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعده، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله

⁵⁵² - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.05.

⁵⁵³ - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.17.

⁵⁵⁴ - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

⁵⁵⁵ - سورة الطلاق، جزء من الآية 01.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أن تطلق لها النساء".⁵⁵⁶

ومن الإجماع: فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أنّ للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي⁵⁵⁷.

وبالتالي فإنّ حق الطلاق هو حق مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين، غير أنّ للزوج أن يوقعه بمحض إرادته ودون وساطة من أحد، وأما المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها.

ومن خلال ذلك نطرح الإشكال الآتي: ما مدى كفاية تشريع قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في تنظيم أحكام صور فك الرابطة الزوجية؟ وما مدى انسجام النصوص القانونية للطلاق مع أحكام الشريعة الإسلامية؟

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنبرز أهم الإشكالات المتعلقة بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أما المطلب الثاني سنبين أهم إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة.

المطلب الأول

أبرز إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

إنّ 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، ولعلّ ما يُعقد هذه المشكلة

⁵⁵⁶ - أنظر، عز الدين بليق، منهج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1398هـ.

- 1978 م، ص.348؛ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998، ص.218.

⁵⁵⁷ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.215.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أكثر أنّ المجتمع الجزائري في الواقع المعاش يضيف على الزواج والطلاق الصبغة الدينية.⁵⁵⁸

و أبرز مثال على المسائل التي أعطاهها المشرع حكما مخالفا لما هو ثابت في الفقه الإسلامي، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، فإذا تلقّظ الزوج بالطلاق فإنّ الفقه الإسلامي يلزمه بهذا الطلاق ويرتب عليه آثاره، في حين نجد أنّ قانون الأسرة لا يلزمه بهذا الطلاق إلا من تاريخ صدور الحكم به.⁵⁵⁹

وعليه، فإنّ تحديد تاريخ نفاذ الطلاق من الأهمية بمكان بحيث يترتب عليه معرفة تاريخ سريان آثار الطلاق كالعدة والتوارث بين الزوجين والنفقة والنسب بالنسبة للأطفال.

ولأجل ذلك، ارتأينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول سنبرز الإشكالات المتعلقة بالجانب الموضوعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أما الفرع الثاني سنبين الإشكالات المتعلقة بالجانب الإجرائي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.

الفرع الأول

إشكالات الجانب الموضوعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

سنحاول في هذا الفرع تبين أبرز الإشكالات التي يثيرها الجانب الموضوعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وذلك بسبب عدم تبين المشرع الجزائري لطبيعة الحكم الخاص بالطلاق أهو كاشف أم منشئ (أولا)، وإبراز النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم (ثانيا).

⁵⁵⁸ - أنظر، فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي، 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؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 153.

⁵⁵⁹ - فرجي بن سنوسي، المرجع نفسه، ص. 83.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أولا- عدم تبيان المشرع الجزائري لطبيعة الحكم الخاص بالطلاق أهو كاشف أم منشئ:

تنقسم الأحكام القضائية إلى أحكام تقريرية، أحكام منشئة وأحكام إلزام، ولذا كل حكم تقابله دعوى خاصة، فحكم الإلزام تقابله دعوى إلزام والحكم التقريري (الحكم الكاشف) تقابله الدعوى التقريرية، والحكم المنشئ تقابله الدعوى المنشئة⁵⁶⁰، بمعنى أنّ الحكم الصادر في إحدى هذه الدعاوى إنما هو انعكاس لها⁵⁶¹. ولذلك تختلف طبيعة الأحكام القضائية⁵⁶². الأمر الذي يفرض التطرق إلى ما تثيره إشكالية الطبيعة القانونية المتعلقة بحكم الطلاق الذي يصدره القضاء.

فبالرجوع إلى نص المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع دعوى...". نلاحظ أنّ المشرع استعمل عبارة: "لا يثبت الطلاق"، والإشكال هنا أنّه لم يشر إلى طبيعة الحكم، هل حكم منشئ للطلاق؟ أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج؟

⁵⁶⁰ - أنظر، بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العاصمة، 2014-2015، ص.75.

⁵⁶¹ - أنظر، زودة عمر، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، انسيكلوبيديا للنشر، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص.102.

⁵⁶² - أولا- **الحكم التقريري أو الحكم المقرر الكاشف**: هو الذي يؤكد وجود أو عدم وجود الحق أو المركز القانوني، وبهذا التأكيد يزول الشك حول هذا الوجود، وينظر إلى الحق الو المركز القانوني في ذاته ما إذا نشأ ووجد في القانون أم لا. والحكم المقرر يكون في الدعوى التقريرية التي لا تواجه اعتداء يظهر في شكل مخالفة التزام، فالحق أو المركز القانوني لا يقابله أي التزام وإنما يواجهه اعتراض الذي يكفي لردّه، فمجرد صدور حكم قضائي فإنّه يقرر وجود هذا المركز القانوني أو الحق دون إلزام المدعى عليه بأداء معين أو إحداث تغيير في هذا الحق أو المركز القانوني. فالحكم الكاشف هو ذلك الحكم الذي يظهر للوجود القانوني حقا أو مركزا قانونيا كان محتفيا أو غير ظاهر فقام بإقراره وكشفه وتسري آثاره من تاريخ واقعة نشوء هذا الحق؛ عبد الحكيم بن هبري، المرجع نفسه، ص.75.

ثانيا- **أما الحكم المنشئ**: فهو الحكم الذي يهدف إلى الحصول على قضاء يتضمن إنشاء أو إنهاء أو تعديل حق أو مركز قانوني كدعوى التطليق، وعليه فالدعوى التي تهدف إلى الحصول على هذا الحق تسمى "بالدعوى المنشئة"، والحكم الذي يصدر في هذه الدعوى يسمى "بالحكم القضائي المنشئ"، ويترتب على ذلك تغيير في الحالة القانونية، حيث يُظهر إلى الوجود القانوني مركزا لم يكن من قبل بحيث يعتبر هذا الحق أو المركز أو الوضع القانوني قد ولد مع الحكم لا قبله، وتسري آثاره من تاريخ الحكم؛ عبد الحكيم بن هبري، نفس المرجع، ص.76.

ثالثا- **أما حكم الإلزام**: فيقصد به الحكم الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري، والدعوى التي ترمي للحصول على هذا الحق تسمى "دعوى إلزام"، وحكم الإلزام يتميز بأنّه يتضمن حق يقابله التزام الطرف الآخر بالأداء؛ عبد الحكيم بن هبري، المرجع نفسه، ص.76، التهميش رقم 02.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الأمر الذي أدى إلى اختلاف الأساتذة والباحثين حول طبيعة الحكم القضائي الذي يثبت الطلاق إلى ثلاثة اتجاهات، بين من يرى بأنّ حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة حكم كاشف، وبين من يرى بأنه حكم منشئ، وبين من يجمع بينهما.

فحسب الرأي الأول أنّ أحكام الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة هي أحكام كاشفة، فالطلاق حق للزوج يمارسه كمارسته لأي حق آخر مقيد بعدم التعسف ويمارسه في كل الأحوال، ولا يمكن لأحد سواء كان القاضي أو الزوجة رد الزوج في استعمال حقه في الطلاق، ولا يبقى أمام الزوجة إلا إثبات تعسف الزوج في استعمال حقه، وتبعاً لذلك أجاز لها القانون طلب التعويض⁵⁶³.

وعليه فإنّ طبيعة الحكم الصادر بالطلاق بالإرادة المنفردة تظهر بأنها تقريرية كاشفة، ولا دخل لإرادة القاضي في خلق هذا الحكم، فالذي يستطيع حل الرابطة الزوجية دون معقب لقراره هو الزوج⁵⁶⁴، في غير التطلق والخلع، فالحكم فيهما منشئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري⁵⁶⁵.

غير أنّ هناك من الفقهاء من يعتقد أنّ الطلاق لا يقع إلا بعد صدور حكم القاضي، فهو مخالف لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة⁵⁶⁶، فحسب هذا الرأي هنالك طلاق يتم بإرادة القاضي بدلاً من إرادة الزوج⁵⁶⁷، في حين أنّ حكم القاضي في هذه الحالة مقرر أو كاشف للطلاق لا منشئ له، وإنّ وقوع الطلاق أمر قائم بذاته وإثبات الطلاق أمر آخر، فلكل من الأمرين حكم خاص به، وفي

⁵⁶³ - بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 76.

⁵⁶⁴ - أنظر، تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011، ص. 234؛ تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص. 334.

⁵⁶⁵ - أنظر، عيّدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنجائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص معمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص. 118.

⁵⁶⁶ - حيث تنص المادة 48 من ق.أ. على ما يلي: "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".

⁵⁶⁷ - أنظر، لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام قضائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006، ص. 49؛ عبد الحكيم بن هبري، المرجع السابق، ص. 77.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مسألة الطلاق يختلف حكم الطلاق الواقع فعلا عن حكم إثباته⁵⁶⁸، فالزوج يوقعه. أما القاضي يسجل تلك الإرادة ويثبتها بموجب حكم كاشف -تقريري-، فهناك بون شاسع بين مصطلح "لا يثبت الطلاق" ومصطلح "لا يقع الطلاق"، فالمصطلح الأول يستعمل فقط للإثبات ويكون الحكم الصادر بشأنه كاشف، أما المصطلح الثاني فيقصد به إيقاع الطلاق ويكون الحكم بشأنه منشئ غير كاشف.⁵⁶⁹

إذ لو أنّ القاضي حل محل الزوجة في إيقاع الطلاق، فإنّه يعتبر طلاقا بطلب من الزوج شأنه شأن الخلع والتطليق، وبالتالي ليس لإرادة الزوج أي اعتبار⁵⁷⁰. وحسب هذا الرأي الطلاق لا يعتد به إلا إذا أوقعه القاضي بالمحكمة قول لا يستقيم من نصوص وأحكام قانون الأسرة، وإنّ هذا القول يصح فقط عندما ينص المشرع صراحة على أنّ الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمة على غرار ما جاء به المشرع التونسي في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة". بينما أقرّ قانون الأسرة بموجب أحكام المادة 48 منه على حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون تقييدها بحكم القاضي الذي ينحصر دوره في إثبات هذا الطلاق والكشف عنه لا غير طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة.⁵⁷¹

وما يعزز به أنصار هذا الرأي أنّ المصطلح الذي استعمله المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة⁵⁷² هو مصطلح الطلاق وليس مصطلح الحكم بالطلاق، أي بمعنى أنّه عندما يقع الطلاق في المرحلة الأولى تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الحكم، ففي الأول لا يتدخل القاضي كونها من صلاحيات الزوج وحده لأنّ العصمة بيده، وأنّ الزوج لما يلجأ إلى القضاء يثبت في إيقاعه حكم الطلاق، وعليه في المرحلة الأولى يكون دور القاضي دورا سلبيا، إذ لا يجوز له أن يناقش سبب

⁵⁶⁸ - أنظر، أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د.س.ن، ص.104.

⁵⁶⁹ - لمطاعي نور الدين، المرجع السابق، ص.59؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.11.

⁵⁷⁰ - بن هري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.77؛ بوكايس سمية، المرجع السابق، ص.108.

⁵⁷¹ - لمطاعي نور الدين، المرجع السابق ص.54-55.

⁵⁷² - تنص المادة 52 من ق.أ على ما يلي: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الطلاق أو يرفض إثبات الطلاق⁵⁷³. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁵⁷⁴، وأنّ اعتبار الحكم الصادر في دعوى الطلاق يؤكد رغبة الزوج في فك الرابطة الزوجية التي لم تعد قائمة في اليوم الذي اتجهت فيه نية الزوج لذلك، وبالتالي فإنّ هذا الحكم ما هو إلا كاشف لهذه النية، وهذا ما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.⁵⁷⁵

أما الرأي الثاني اتجه إلى القول بأنّ حكم الطلاق بناء على إرادة الزوج المنفردة هو حكم منشئ وليس كاشف، فتبعا لما نصت عليه المادة 49 من قانون الأسرة أصبحت إرادة الزوج في الطلاق عاجزة لوحدها على ترتيب الأثر القانوني، كون المشرع قد وضع حق الطلاق محل استثناء وأخضع استعماله إلى ضرورة توفر الشكل القانوني المحدد في نص المادة 49 من قانون الأسرة والمتمثل في:

- تقديم عريضة مكتوبة، بحيث يجب على الزوج تقديم عريضة مكتوبة إلى القاضي يعبر فيها عن رغبته في طلب الطلاق دون الحاجة إلى ذكر الأسباب والدوافع؛

⁵⁷³ - لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، المرجع السابق، ص. 59.

⁵⁷⁴ - حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16 فيفري 1999 على أنه: "متى تبين في قضية الحال أنّ الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأنّ المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأنّ الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإنّ القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا تطبيقا صحيحا للقانون"؛ م ع، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 1999/02/16، ملف رقم رقم 216250 مجلة الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص. 103 وما بعدها؛ باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص. 44. كما نجد قرارا آخر أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 23 ديسمبر 1989 جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أنّ الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطبيق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا أو سمعوا ذلك من الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنّه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإنّ القرار الذي قضى بأنّ الطلاق لا يثبت إلا بتصريح أمام القاضي يعد مخالفة للشريعة الإسلامية"؛ المجلس الأعلى سابقا، المحكمة العليا حاليا، غ.أ.ش، قرار رقم 35026، مؤرخ في 1989/12/23، م ق، عدد 04، ص. 86 وما بعدها.

⁵⁷⁵ - بن هري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 77-78؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 11.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

- لا بد من إجراء محاولات الصلح من طرف القاضي، وذلك بجمع الزوجين أمامه لإقناعه عن التراجع عن طلبه، وإذا لم تنجح محاولات الصلح يعلن الزوج أو وكيله عن الطلاق في الجلسة المحددة، وباستيفاء جميع هذه الشروط يحدث التغيير في المراكز القانونية وينشأ الطلاق⁵⁷⁶.

وعليه فإنّ الطلاق لا يقع بموجب حكم، فهو ليس شرطاً للإثبات، وإنما هو شرط للانعقاد، ذلك أنّ المشرع عندما نص على أنّه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات الصلح، فإنّه ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولات الصلح التي يقوم بها القاضي، ومن ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء بل يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه الإرادي بصدور إسهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح، ومن ثم يعد المحرر القضائي شرطاً لصحة وقوع الطلاق ما لم يقدم محرراً رسمياً صادر عن القاضي يثبت ذلك.⁵⁷⁷

فحسب هذا الاتجاه يكون حكم القاضي منشأ للطلاق، لأنّ نص المادة 49 أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة (03) أشهر قبل الحكم، وأنّ الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال خصام الزوجين⁵⁷⁸، ولا يعقل أن يكون حكم الطلاق كاشفاً، وما يبرر موقفهم هو نص المادة 49 من قانون الأسرة باللغة الفرنسية التي تعني أن عبارة: "لا يثبت" ليست في محلها، لأنّ عبارة: « ne peut être établi » لا تعني عبارة: "لا يثبت" وإنما تعني عبارة "لا ينشأ" أو عبارة "لا يتم إقرار"، أو: "لا يتم تأسيس"، لذلك فإنّ نص المادة 49 باللغة الفرنسية صحيح وهو يفيد بأنّ الحكم

⁵⁷⁶ - أنظر، عمر زوده، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000-2001، ص.102، ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.10؛ أنظر، نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، المنظم في جامعة خيس مليانة، كلية الحقوق، يومي 04 و 05 ماي 2014، ص.373.

⁵⁷⁷ - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج.1، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص.239.

⁵⁷⁸ - أنظر، كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانهال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012، ص.109.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

هو منشئ وليس كاشف، وعلى المشرع إعادة صياغة المادة 49 المكتوبة باللغة العربية⁵⁷⁹، وأن يستعمل مصطلح "لا يقع" بدلا من "لا يثبت"⁵⁸⁰.

ومما تقدم بيانه من خلال الآراء السابقة الذكر، نرى بأنّ الرأي الراجح في مسألة الطبيعة القانونية للحكم القضائي الصادر في دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو الاتجاه الثاني الذي يعتبر هذا الحكم منشئ لواقعة الطلاق، لأنّ نص المادة 49 من قانون الأسرة أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة (03) أشهر قبل الحكم، وأنّ استعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق، وخلال الخصام بين الزوجين⁵⁸¹.

وهو ما تؤكدّه العديد من الأحكام القضائية الصادرة عبر مختلف المحاكم الموجودة في ربوع الوطن الجزائري، حيث جاء في حيثيات حكم حديث صادر بتاريخ 05 نوفمبر 2015 بمحكمة حمام بوحجر التابعة لمجلس قضاء عين تموشنت في قسم شؤون الأسرة ما يلي: "...حيث أنّ المحكمة وعملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة المعدل والمتمم سعت إلى الصلح بين الطرفين وحاولت جمعهما في جلسة صلح بتاريخ 11 أكتوبر 2015 وذلك حرصا منها على إصلاح ذات البين بالتركيز على محاسن الألفة ومضار الفرقة السلبية إلا أنّ الزوج تمسكّ بطلب الطلاق وأصرّ علي... فإنّه من المستحق معه الاستجابة إلى طلبه القضاء بفك الرابطة الزوجية بين طرفي الدعوى بالإرادة المنفردة للزوج تطبقا لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة المعدل والمتمم..."⁵⁸².

⁵⁷⁹ - أنظر، طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، الذي تم تنظيمه في كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة خميس مليانة، يومي 04 و05 ماي 2014، ص.389.

⁵⁸⁰ - أنظر، تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.74.

⁵⁸¹ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.160.

⁵⁸² - حكم غير منشور لمحكمة حمام بوحجر (التابعة لمجلس قضاء عين تموشنت)، تاريخ الحكم: 2015/11/05، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 15/00693، رقم الفهرس: 15/01055، ص.03-04؛ للإطلاع على الحكم، أنظر الملحق رقم 01 من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

كما يوجد حكم آخر يؤكّد على ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال سير دعوى الطلاق، وأنّ الطلاق لا يقع إلا بموجب حكم، وهو ما حكمت به محكمة وهران بتاريخ 24 جوان 2015، حيث جاء في حيثيات حكمها: "حيث من المقرر قانونا وعملا بأحكام المادة 48 من قانون الأسرة، فإنّ من صور الطلاق أن يقع بإرادة الزوج المنفردة...ولما كان ثابت في قضية الحال أنّ المدعي استعمل حقه الإرادي في إنهاء الرابطة الزوجية، وعبر عن رغبته في الطلاق عبر جلستي الصلح التي حضراها رغم مساعي المحكمة لإصلاح ذات البين، وبما أنّ الطلاق حق مقرر للزوج شرعا وقانونا، فإنّ طلبه في هذا الشأن مؤسس قانونا..."⁵⁸³.

وهو ما أكدته نفس المحكمة (محكمة وهران) في حكم آخر لها صادر بتاريخ 10 جوان 2014 جاء فيه: "...بعد الإطلاع على محضري عدم الصلح... حيث الثابت قانونا طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاث أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى ويتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، حيث أن المحكمة وسعيا منها لإصلاح ذات البين بين الطرفين عقدت جلستي صلح طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنّها باءت بالفشل لتمسك الزوج بالطلاق..."⁵⁸⁴.

ومن خلال هذا الحكم يظهر جليا بأنّ المحكمة الابتدائية بوههران قد أصدرت حكما منشئا للطلاق، حيث أكدت على أنّه يجب على القاضي تحرير محضر يبين فيه مساعي ونتائج محاولات الصلح بإشهاد منه، و يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين، و من ثم يعد المحرر القضائي شرطا لصحة

⁵⁸³ - حكم غير منشور لمحكمة وهران، تاريخ الحكم: 2015/06/24، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 05902/15، رقم الفهرس: 15/10051، ص.2، 3و4؛ للإطلاع على الحكم بأكمله أنظر الملحق رقم 02 من هذه الأطروحة .

⁵⁸⁴ - حكم غير منشور لمحكمة وهران، بتاريخ 2014/06/10، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 02504/14، رقم الفهرس: 08360/14، ص.3-4-5؛ للإطلاع على هذا الحكم بأكمله أنظر الملحق رقم 3 من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وقوع الطلاق ولا يعد وسيلة لإثباته.

وهو ما أكدته محكمة عين تموشنت في حكم حديث لها صادر بتاريخ 18 أبريل سنة 2017 جاء فيه: "بعد الإطلاع على محاضر عدم الصلح... حيث أنه عملاً بمقتضيات المادة 49 من قانون الأسرة أمرت المحكمة الطرفين بالحضور إلى مقابلة شخصية لإجراء محاولة الصلح وتبصيرهما بعواقب الطلاق، حيث أنه و بتاريخ 2017/03/07 و كآخر جلسة لمحاولة الصلح حضر الزوج وتمسك بالطلاق وحضرت الزوجة وتمسكت بالرجوع..."⁵⁸⁵.

كما يوجد حكم صادر عن محكمة المسيلة بتاريخ 02 أبريل 2008 يتضح من خلاله أنه قد أصدر حكماً منشئاً للطلاق حيث جاء فيه: "...بتاريخ 2008/03/26 سعت المحكمة لإصلاح ذات البين بين الطرفين إلا أنّ ذلك حال دون الصلح لتمسك الزوج بالطلاق والزوجة تمسكت بالرجوع إلى محل الزوجية... حكمت المحكمة حال فصلها في قضايا الأحوال الشخصية... بالحكم بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج..."⁵⁸⁶.

وعليه، فمن خلال الأحكام القضائية التي ذكرناها، يتضح لنا أنها أحكام منشئة لواقعة الطلاق، وذلك بتأكيدا على ضرورة الصلح قبل الحكم وأن استعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين.

والإشكال هو أنّ المشرع عندما جعل الطلاق يقع بأثر فوري من تاريخ صدور الحكم به، يكون قد خالف بذلك ما هو ثابت في الفقه الإسلامي، ذلك أنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج يقع في الفقه الإسلامي من يوم تلفظ الزوج به وتترتب عليه آثار من هذا التاريخ، فالإسلام لم يجعل الطلاق

⁵⁸⁵ - حكم غير منشور لمحكمة عين تموشنت، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم: 2017/04/18، رقم الجدول: 16/03584، رقم الفهرس: 17/01176، ص. 2-3-4؛ للإطلاع على الحكم بأكمله: أنظر الملحق رقم: 05 من هذه الأطروحة.

⁵⁸⁶ - حكم غير منشور لمحكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم: 2008/04/02، رقم الجدول: 08/0115، رقم الفهرس: 08/0337، ص. 1 و 2 و 3. للإطلاع على الحكم بأكمله أنظر الملحق رقم 06 من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

في يد القاضي إلا إذا كان بطلب من المرأة وجعله بيد الزوج⁵⁸⁷، و قد احتاط لكي لا يقع تحت تأثير غضب جامع فقيّد الطلاق المشروع بطلاق الشّنة⁵⁸⁸.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خالف أغلب تشريعات الأحوال الشخصية في الدول العربية، ما عدا المشرع التونسي الذي نصّ في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أنّه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة".

وكحل للإشكال الذي تثيره المادة 49 من قانون الأسرة في عدم انسجام هذا النص القانوني مع النصوص الشرعية من حيث ثبوت الطلاق، فإننا نقترح بأنّ الزوج إذا كان قد طلق زوجته بإرادته المنفردة خارج المحكمة فإنّ إجراء الصلح هنا يكون بلا فائدة، إلا إذا كان الطلاق رجعيًا، فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنبًا لحدوث الطلاق. ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفًا للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة خارج المحكمة، وليس منشئًا له، حتى ينسجم مع المقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية، بمعنى أنّه على القاضي عندما يؤكد الطلاق فإنّه يضيفه إلى زمن حدوثه لأنّه وقع من يوم تلفظ الزوج به خارج المحكمة، هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق خارج المحكمة⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ - أنظر، مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1409هـ - 1988م، ص.17؛

أحمد محمد شاکر، نظام الطلاق في الإسلام، ط.2، مكتبة السنة، القاهرة، مصر، 1998، ص.87.

⁵⁸⁸ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.282.

⁵⁸⁹ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.180؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.160.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أما إذا كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة، فلا بد من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض، "وتعديل نص المادتين 48 و49 يكون حسب الحالتين التاليتين:

إذا كان المشرع يُقي حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة قائما فعليه تعديل نص المادة 49 وإبقاء المادة 48 كما هي، وتعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي: لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر. وإذا تبين للقاضي أنّ الزوج أوقع الطلاق فإنه يثبت من تاريخ وقوعه.

على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ".⁵⁹⁰

"والسبب الذي جعلنا نقترح هذه الصيغة، هو أنّه مادام المشرع قد اعترف وكّرّس 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 فنبطق 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، ويبنى نتائج الطلاق على هذا الحكم⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.181.

⁵⁹¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص.181-182.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الصورة الثانية: أن يتلفظ الزوج بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار الحكم بالطلاق، وهنا يستخلف الوضع عن الحالة الأولى، لأنّ الطلاق قد وقع شرعا من الزوج، ولم يبق سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية والقضائية.

وهنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلفظ بالطلاق لكي يبيّن حكمه عليه. وحتى لا تطول المدة اقترحنا أن يلزم الزوج بالتصريح بالطلاق خلال أسبوع، حتى لا يتقاعس عن الإبلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية، بالقيام بتسجيل طلاقه بإرادته المنفردة لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة، لأنّ 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"، لأنّه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية القضائية، لأنّ إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما يفهم من خلال مضمون نص المادة 49، حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم".⁵⁹²

وصفوة القول، أنّه يستحسن بالمشرع الجزائري تعديل نص المادة 49 من قانون الأسرة بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا، لأنّ المستفاد من نص المادة 49 هو أنّ الطلاق الذي يتلفظ به الزوج لا يكون ثابتا ولا يحتج به في مواجهة الغير إلا إذا صدر به حكم قضائي، فالحكم الصادر بالطلاق هو الوسيلة الوحيدة لإثباته، وعليه فإنّ جميع الألفاظ التي تصدر عن الزوج بقصد إنهاء الرابطة الزوجية، لا أثر لها من الناحية القانونية ما لم يصدر بها حكم قضائي.

ونشير بأنّ المشرع لا يعترف بالطلاق العرفي⁵⁹³، منذ صدور قانون الأسرة في 09 جوان 1984. فمن أراد أن يطلق زوجته عليه أن يتوجه إلى قسم شؤون الأسرة بالمحكمة التي توجد بدائرة اختصاصها

⁵⁹² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 181-182.

⁵⁹³ - إنّ مصطلح الطلاق العرفي يقصد به الطلاق الشفهي الذي يتلفظ به الزوج بدون اللجوء إلى المحكمة، سواء كان ذلك في حضور جماعة من المسلمين وإمام مسجد أو كان في مواجهة الزوجة وحدها دون حضور أي شخص آخر، فالطلاق الشفهي لا يوجد أي وثيقة رسمية تثبته بخلاف

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مسكن الزوجية، ويقدم عريضة افتتاح دعوى الطلاق، ولا تعتبر هذه الزوجة مطلقة إلا من تاريخ صدور الحكم هذه الدعوى.

لكن الإشكال أنّ جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ الحكم، سيؤدي إلى نتائج غير منطقية لا تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانيا- نتائج غير منطقية تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم:

نظرا لأنّ المشرع الجزائري جعل آثار الطلاق لا تسري إلا من تاريخ صدور الحكم به، فإنّه بذلك قد وصل إلى نتائج لا تتماشى مع الشريعة الإسلامية⁵⁹⁴، منها مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق (1)، وأنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن (2)، والغريب أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن (3)، كما ألزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا(4)، أما من حيث تبين النسب فهناك تعارض ملحوظ بين النص القانوني والنص الشرعي (5)،

وستتولى بيان كل ذلك فيما يلي:

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 والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص.47؛ هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين المصريين، الناحية الشرعية والقانونية، شرح وتعليق وصيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.96.

⁵⁹⁴ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.164.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

1- مشكل التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق:

إنّ الطلاق ينفذ على الزوج وتسري آثاره في الفقه الإسلامي من تاريخ تلفظ الزوج به⁵⁹⁵، أما في قانون الأسرة فإنّ الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج لا يقع إلا بحكم ولا يرتب 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 تكيف في نظر قانون الأسرة على أنها علاقة شرعية، وقد يحدث العكس⁵⁹⁶.

لو فرضنا أنّ الزوج طلق زوجته بألفاظ صريحة ومضى على هذا الطلاق الشفهي زمن طويل تكون العدة الشرعية قد انتهت دون أن يتوجه الأطراف إلى المحكمة لاستصدار حكم الطلاق، ودون أن يفترقا بعد هذا الطلاق العرفي، فإنّ العلاقة بعد انتهاء العدة العرفية في الشرع تعتبر غير شرعية، لأنّ الرابطة الزوجية انتهت بانتهاء العدة في حين نجد قانون الأسرة لا يعترف بهذا الطلاق الشفهي، ويقضي طبقاً للمادة 49 بأنّ هذه الرابطة الزوجية لا زالت قائمة ومنتجة لجميع آثارها ومنها شرعية المعاشرة بين الزوجين ما لم يصدر الحكم القاضي بالطلاق⁵⁹⁷.

كما أنّه 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، ومن الناحية العرفية هي في عصمة زوج آخر غير الزوج المسجل في سجلات الحالة

⁵⁹⁵ - أنظر، رشدي شحاته أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، 2001، ص.262.

⁵⁹⁶ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

⁵⁹⁷ - فرجي بن سنوسي، المرجع نفسه، ص.89.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المدينة، فإذا قمنا بتكييف 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 عرفيا⁵⁹⁸.

غير أنّ 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 ولا يجوز العقد عليها إلا بعد صدور الحكم بالطلاق وانتهاء عدتها من هذا الطلاق الرسمي.

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ الطلاق في قانون الأسرة سيكون دائما طلاقا بائنا، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

2- 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، و طلاق بائن لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد⁵⁹⁹، فإنّ المشرع قد خرج على هذه القواعد وذلك واضح من خلال المقارنة بين المادتين 49 و 50 من قانون الأسرة.

⁵⁹⁸ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.165.

⁵⁹⁹ - فالطلاق في الشريعة الإسلامية ينقسم إلى قسمين: أولا- الطلاق الرجعي: وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة و هي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد جديد، والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعيًا، وهذا في الطلقة الأولى و الثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها، لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾. سورة البقرة، الآية 229، إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، حتى و لو 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، 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: و هذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى:

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فالمادة 49 المعدلة تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..."، وعليه فإنه ما لم يصدر الحكم بالطلاق فإنّ الزوجية تكون قائمة حقيقة ولا مجال للحديث عن الطلاق الرجعي والبائن⁶⁰⁰.

أما المادة 50 من نفس القانون فتتص على أنّ: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن 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 جديد وهذا هو الطلاق البائن.

كما نلمس تناقض المشرع في تنظيمه لموضوع الرجعة، حيث نجده لا يعترف بالطلاق قبل صدور الحكم، وهذا يعني أنّه في مرحلة الصلح السابقة على صدور الحكم تكون الزوجية قائمة ولا مجال للحديث عن المراجعة، لأنّ المراجعة لا تكون إلا بعد الطلاق الرجعي وقبل انتهاء العدة، ومع

1- 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، لأنّ العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة، و لذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط؛ أنظر، أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 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، فإنّ طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول وانتهت عدتها، جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد، وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنَّ يُقِيمَا حَدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ بَيْنَهُمَا لَقَوْمٌ يَعْلَمُونَ﴾؛ 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 واسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 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، 1428هـ-2007م، ص.238؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.178.

⁶⁰⁰ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.87.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ذلك ينص المشرع على أنّ من راجع زوجته قبل صدور الحكم لا يحتاج إلى عقد جديد فكيف يراجع الزوج زوجته والزوجية قائمة⁶⁰¹.

كل هذه الإشكالات تدفعنا إلى القول بأنّ نص المادة 50 من قانون الأسرة معيب في الصياغة لتناقضه مع المقتضيات الشرعية.

كذلك إنّ النص في الجزء الثاني منه يقضي بأنّ المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق، فيتطلب الأمر عقدا جديداً، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية⁶⁰².

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج، بحيث صار طلاق القاضي بائناً، 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 أنّه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لازالت زوجته شرعاً⁶⁰³.

⁶⁰¹ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص. 87.

⁶⁰² - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 165-166.

⁶⁰³ - لقد اعتبر العديد من القانونيين أنّ 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: "أنّ 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، 1994، المرجع السابق، ص. 239. 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.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ولذلك فلا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معاً، والصياغة 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"، وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعاً وقانوناً⁶⁰⁴.

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﴾⁶⁰⁵.

ولكن لا بد من توضيح النص بشكل يرفع اللبس، لأنّ 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، والأئمة الأربعة متفقون على أنّ اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقاً بائناً بينونة كبرى، بينما نجد ابن تيمية خالف المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلاقاً واحدة⁶⁰⁶.

و من هذا المنطلق يستحسن بالمشروع الجزائري أن يحدد المقصود من لفظ "ثلاث مرات متتالية" لرفع اللبس من جهة؛ ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية، من جهة أخرى.

⁶⁰⁴ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 168.

⁶⁰⁵ - سورة البقرة، الآية 230.

⁶⁰⁶ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 220؛ عبد الفتاح إبراهيم بنسي، 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.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ونعتقد بأنّ القانون لا يعتدّ إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها، والسبب في ذلك هو أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم، وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائنا بينونة كبرى.

إلا أنّ الإشكال يكمن من الناحية الشرعية، وهذا في حالة ما إذا تبين بأنّ الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا شرعا بائنا بينونة كبرى، لأنّه صدر من الزوج للمرة الثالثة.

وهنا لابد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وحتما سيتعامل معه القانون والقاضي على أنّه طلاق للمرة الأولى، لأنّه 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 أنّ الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى، فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطلبا لأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد⁶⁰⁷.

و الإشكال أنّ القاضي إذا كان غير متخصص في الموضوع، فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور، 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.

⁶⁰⁷ - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، المرجع السابق، ص.38.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و لذلك، فمن الأفضل أن يضيف المشرع فقرات أخرى للمادة 51، و هذه الفقرات هي:
فقرة 02: "ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلاق واحدة".

فقرة 03: " الطلقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي"608.

فقرة 04: "إذا تبين للقاضي أنّ الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح".

و الحقيقة أنّه تم اقتراح الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون، لأنّ الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع و قرروا إبطال الزواج في هذه الحالة، حتى أنّه سمي عندهم بزواج المحلل، لثبوت النهي عنه في السنة النبوية الشريفة⁶⁰⁹، وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعاً بكافة الطرق.

و مهما يكن، فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة.

608- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.186-187.

609- فعن أبي هريرة: أنّ 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: أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أخبركم بالتيس المستعار"، قالوا: بلى يا رسول الله، قال: "هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له". رواه ابن ماجه 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 الآخر من غسيلتها ماذاق الأول؛ متفق عليه واللفظ لمسلم؛ أنظر، عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث و سنة خاتم الأنبياء والمرسلين، المرجع السابق، ص.354.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّ المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

3- 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 دائما طلاق بائن، ذلك لأنّه لا يقع إلا بحكم قضائي وبعد صدور الحكم لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد، ومع ذلك فإنّ المشرع ينص في المادة 132 من قانون الأسرة على أنّه: "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؟

لأنّ ما ذهب إليه المشرع مخالف تماما 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 حكما⁶¹⁰.

فالزوجية تكون قائمة حقيقة إذا لم يطرأ عليها ما يزيلها و يرفع قيد النكاح، و تكون قائمة حكما و ذلك في أثناء العدة من طلاق رجعي، حيث يستطيع الزوج مراجعة زوجته في العدة بدون عقد جديد.

⁶¹⁰ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.171؛ أنظر، أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، الزواج العربي، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ - 2005 م، ص.180.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 أركان⁶¹¹.

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 فإنّ العدة الشرعية تبدأ في الحساب ابتداءً من هذا التاريخ، ومن ثمّ فإنّ ثبوت التوارث بين الزوجين يكون إذا وقعت الوفاة قبل انتهاء العدة، أما إذا انتهت العدة فإنّ الزوجة تبين من زوجها بينونة صغرى، إذ لا يملك مراجعتها إلا بعقد جديد، و ما دام أنّ الطلاق البائن يرفع قيد النكاح في الحال، فلا يتوارث الزوجان لزوال سبب الميراث ويستوي أن تكون الوفاة في أثناء قيام العدة أو بعد انتهائها، و بهذه الطريقة نرفع التعارض الذي تضمنته المادة 132 من قانون الأسرة مع أحكام الفقه الإسلامي، حيث أنّها تجيز التوارث بين الزوجين حتى في حالة الطلاق البائن إذا وقعت الوفاة في العدة⁶¹².

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، أنّه سيتم إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعاً، وهو ما سنبيّنه في النقطة الموالية.

4 - إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعاً:

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، لأنّ سبب وجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح قد انحل وانتهى بهذا الطلاق العرفي في نظر الشرع⁶¹³.

⁶¹¹ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.88.

⁶¹² - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.172.

⁶¹³ - فرجي بن سنوسي، المرجع السابق، ص.90.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

بيد أنّ قانون الأسرة يقضي بوجوب النفقة الشرعية للزوجة على زوجها، ويستمر وجوب إنفاق الزوج على زوجته حتى بعد صدور الحكم بالطلاق إلى أن تنته العدة، وهذا مستفاد من خلال الجمع بين نص المادة 49 من قانون الأسرة التي تجعل الطلاق بيد القاضي، ونصوص المواد 58-59-60 التي تقضي بالبدء في حساب العدة من تاريخ صدور الحكم بالطلاق⁶¹⁴، و المادة 61 التي تلزم المطلق بالإنفاق على مطلّقة في خلال مدة العدة⁶¹⁵.

إنّ الاختلاف بين قانون الأسرة و الفقه الإسلامي واضح في هذه الجزئية، حيث أنّ قانون الأسرة يلزم الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته في نظر الشرع لأنّ زوجيتها انتهت بانتهاء العدة من الطلاق العرفي، بينما في نظر القانون لازالت زوجته نظرا لعدم صدور حكم بالطلاق⁶¹⁶.

كما أنّه من بين النتائج غير المنطقية التي تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم، هي تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

5- تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب:

إنّ تحديد تاريخ بداية ترتيب الطلاق لآثاره ينعكس أيضا على ثبوت أو عدم ثبوت النسب للأطفال، ذلك لأنّ المشرع حدّد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري⁶¹⁷، يبدأ سريانها من تاريخ صدور الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج به.

⁶¹⁴ - تنص المادة 58 من قانون الأسرة على ما يلي: "تعد المطلق المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"، و تنص المادة 59 من نفس القانون على ما يلي: "تعد 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، وأقصى مدة الحمل عشرة(10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

⁶¹⁵ - 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".

⁶¹⁶ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.90.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و بناء عليه و مادامت الزوجية من الناحية القانونية تعتبر قائمة حتى يصدر الحكم بالطلاق فإنّ نسب الطفل يثبت إلى الزوج، حتى و لو كان هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقا عرفيا ومضى على ذلك أكثر من سنة مادام لم يصدر الحكم بالطلاق، لأنّ 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 يزيلها⁶¹⁸.

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، فإنّ 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 منشئا له وليس كاشفا 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، وذلك بأن يحذو حذو المشرع المغربي في وجوب الإشهاد على الطلاق⁶¹⁹، مما يحقق مصلحة عامة للمجتمع، فهو وسيلة قانونية قطعية في ثبوت الطلاق من يوم تلفظ الزوج به، إلا أنّ هذا الإشهاد يجب أن يتم أمام الموثق في حضور الزوجين والشاهدين و أن يسمع الشاهدان تلفظ الزوج بالطلاق، كما يجب إثبات الطلاق بحكم من تاريخ

⁶¹⁷ - تنص المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

⁶¹⁸ - فرجي بن سنوسي، إشكالية الطلاق العرفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 89-90؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وإحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 173-174.

⁶¹⁹ - تنص المادة 79 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد 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".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تلفظ الزوج به، وأنّ وثيقة الإشهاد على الطلاق التي يمنحها الموثق للزوجين أداة قانونية لإثبات تاريخ وقوع الطلاق، وبهذا يكون الحكم القضائي كاشفا وليس منشئا⁶²⁰.

كما يجب تحديد متى يكون الطلاق رجعيا ومتى يكون بائنا، لأنّ قانون الأسرة جاء خاليا من النص على تحديد الطلاق الرجعي والطلاق البائن، بل أننا استنتجنا من خلال تحليل النصوص أنّ الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن.

ولذلك فلا بد من تعديل هذه النصوص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني معا.

هذا ما يتعلق بإشكالات الجانب الموضوعي للطلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزوج، فما هي الإشكالات المتعلقة بالجانب الإجرائي حول الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة للزوج؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

إشكالات الجانب الإجرائي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

تضمن قانون الأسرة بعض الأحكام الإجرائية⁶²¹ التي ترتبط ارتباطا وثيقا بموضوع الطلاق، ويتعلق الأمر هنا بمسألتين إجرائيتين مهمتين أثارتا العديد من الإشكالات على مستوى القضاء، خاصة من حيث آثارها على بعض الأحكام والمبادئ الشرعية المرتبطة بالنظام العام ومدى تلاؤم هذه القواعد الإجرائية مع الواقع العملي للقاضي من حيث تطبيقها⁶²²، وعلى هذا الأساس سيتم تسليط

⁶²⁰ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 174-175.

⁶²¹ - لم تحض الأحكام الإجرائية باهتمام من فقهاء الشريعة الإسلامية قياسا على الأحكام الموضوعية، ويعود ذلك إلى أنّ الأحكام الإجرائية ترتبط بواقع المجتمع، فالأحكام الإجرائية تعتبر انعكاسا ومقياسا لمدى تطور المجتمع، فكلما كان المجتمع بسيطا كانت الحاجة إلى الأحكام الإجرائية قليلة، وكلما تعقدت سبل الحياة دعا ذلك لإيجاد أحكام إجرائية جديدة تبعا لهذا التعقيد؛ أحمد شامي، المرجع السابق، ص. 244.

⁶²² - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 39.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الضوء في هذا الفرع على الإشكالات التي يثيرها إجراء الصلح من تضارب لمواقف القضاء حول مسألة إلزامية إجراء محاولة الصلح من عدمها (أولا)، و أنّ إجراء عدة محاولات صلح هو تعديل تشريعي لا فائدة له في الواقع العملي (ثانيا).

أولا- تضارب مواقف القضاء حول إلزامية إجراء محاولات الصلح من عدمها:

لقد حرصت الشريعة الإسلامية على الحفاظ على العلاقة الزوجية وتفادي انحلالها، حيث شرعت وبيّنت وسائل ذلك، والتي تعتبر الصلح أحد أهم هذه الوسائل، كما يعتبر التحكيم أنجح وسيلة للصلح بين الزوجين، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾.⁶²³

وقد نصّ المشرع على مبدأ الصلح بين الزوجين في الطلاق عندما جعل هذا الأخير لا يثبت إلا بعد عدة محاولات صلح من طرف القاضي، كما أقرّ ونص على التحكيم للتوفيق بين الزوجين.⁶²⁴ ويعتبر إجراء الصلح في فك الرابطة الزوجية من الإجراءات الهامة الأولية التي أوجب قانون الأسرة على القاضي القيام بها قبل إصدار حكم بالطلاق.⁶²⁵

إلا أنّ طريقة تنظيم المشرع للصلح في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية جعله مصدرا للعديد من الإشكالات في القضاء، خصوصا من حيث إبراز مدى إلزاميته بالنسبة للقاضي والجزاء المترتب على مخالفته، كما أنّ الواقع المعاش والواقع العملي يثيران الكثير من المخاوف بخصوص تطبيق

⁶²³ - سورة النساء، الآية 35.

⁶²⁴ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 154.

⁶²⁵ - أنظر، طيبي سعاد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، في انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بجامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي 2014، ص. 357.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الأحكام الشرعية والقانونية للصلح، ذلك أنّ الكثير من القضاة لا يعيرون أهمية خاصة للصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجية، مما يضعف من فعالية القاعدة الشرعية والقانونية في الكثير من الأحيان، ويجعل إجراء عدة محاولات صلح تعديلا تشريعيا لا فائدة له واقعا.

حيث تثير محاولات الصلح في قانون الأسرة إشكالات من حيث مدى إلزاميتها، فقد اختلف الكثير من رجال القانون عند تفسيرهم لنص المادة 49 من قانون الأسرة إلى اتجاهين⁶²⁶، بين من يرى أنّ إجراء الصلح من الإجراءات الجوهرية، بحيث يعتبرون محاولات الصلح من النظام العام ويرتبون على إغفال أو عدم قيام القاضي بهذا الإجراء بطلان العمل القضائي، ومنه بطلان حكم الطلاق⁶²⁷، و بين من يرى عكس ذلك، بأنّ محاولة الصلح لا تعد إجراء جوهري، و تبقى دائما

⁶²⁶ - بن هري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.43.

⁶²⁷ - ومن بينهم الأستاذ بلحاج العربي، حيث فسّر نص المادة 49 من قانون الأسرة على أنّه: "...نص إجرائي، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث يوجب على القاضي إجراء محاولة الصلح قبل النطق بحكم الطلاق؛ أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص.357، وذهب إلى القول أنّ: "محاولة الصلح أصبحت إجراء إجباريا على القاضي القيام به..."؛ بلحاج العربي، نفس المرجع، ص.356. وهو نفس ما ذهب إليه الأستاذ عمر زودة بالقول: "أنّ محاولة الصلح من مقتضيات الموضوعية لصحة العمل القانوني؛ أ عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، المرجع السابق، ص.35. كما ذهبت الأستاذة تشوار حميدو زكية إلى القول: "...لكن دون الإغفال عن الصلح الذي أصبح إجراء جوهريا في جميع حالات فك الرابطة الزوجية"؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق، عدالة القانون أم عدالة القاضي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، العدد 10، ص.121. وتضيف الأستاذة: "أنه من خلال ملاحظة القرارات الصادرة عن المحكمة العليا... هذا الموقف يجلي بوضوح أنّ محاولة الصلح إجراء جوهري على القضاة إتباعه وإلا عرض قرارهم للطعن، هذه القاعدة في نظر هذا الاتجاه من النظام العام ولا يمكن للقاضي الاستغناء عنها أو تجاوزها، وبمعنى أدق أنّ الاستفادة من هذه القرارات الحكم بالطلاق يتركز أولا على إجراء محاولة الصلح وأنّ تقدير نتيجة هذه المهمة يعد من المسائل الموضوعية العائدة لاجتهاد قاضي شؤون الأسرة الذي ينبغي عليه القيام بها"؛ تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.130. كما يرى الأستاذ تقيّة عبد الفتاح أنه: "تعد محاولة الصلح مسألة ضرورية ومهمة جوهرية في الطلاق وقد أكّد المشرع في قانون الإجراءات المدنية خلال المادة 439 أنّ محاولة الصلح وجوبية وأنّها مبدأ أساسي وجوهري في قضايا الطلاق"؛ أنظر، تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، سنة 2011، ص.153. وهذا ما ذهبت إليه الأستاذة جلييلة دريسي وسناء الماحي بالقول: "جدير بالذكر أنّ قيام المحكمة بالصلح أمر وجوبي لا نقاش فيه وهذا يجعلنا بشكل مباشر إلى أن المشرع قد اعتبر محاولة الصلح من طرف المحكمة مسألة ضرورية تتعلق بقاعدة أمرة من قواعد النظام العام التي يجب أن لا نتجاوزها"؛ أنظر، دريسي جلييلة وسناء الماحي، مسطرة الصلح في قضايا الأسرة، مجلة الملف، المغرب، 2009، عدد 14، ص.229. ويضيف الأستاذ مراد نعم أن: "لا يمكن للقاضي مباشرة إجراءات الطلاق إلا بعد إجراء الصلح وإلا كانت إجراءات الطلاق باطلة فيكون محلا للطعن بالنقض"؛ أنظر، نعم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، الشلف، 2013، العدد 10، ص.124.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و أبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام ولا بالطلاق⁶²⁸.

والإشكال هنا يكمن في نص المادة 49 من قانون الأسرة، فالمشرع لم يفصل في موضوع الصلح⁶²⁹ بالطريقة الكافية التي تعين رجال القانون والقضاة على فهمه لا سيما من حيث طابعه الإلزامي، ولا الكيفية التي سيتم بواسطتها تطبيق هذا الإجراء ولا المقصود من تطبيقه. وعليه فإنّ هذه المادّة لم تتجاوب مع المراد من النصوص القانونية والتي يفترض فيها الوضوح والدقة من حيث شروط وكيفيات تطبيقها، حيث طرحت بذلك إشكال حقيقي على مستوى القضاء، ويتعلق الأمر أساسا بتحديد الطابع الإلزامي لإجراء الصلح أمام الجهات القضائية المختصة والجزاء المترتب على تخلف هذا

⁶²⁸ - ومن الأستاذة اللذين لم يعتبروا الصلح كإجراء جوهري الأستاذ لمطاعي نور الدين الذي قال: "أنّ محاولة الصلح لا تعدّ من النظام العام، بل في بعض الحالات، إجراء محاولة الصلح من قبل قاضي شؤون الأسرة يعد في حدّ ذاته إجراء مخالفا للنظام العام كما في حالة من يوقع الطلاق للمرة الثالثة طبقا لنص المادة 51 من قانون الأسرة ويقوم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين"؛ أنظر، لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط.2، دار فسيلة، الجزائر، 2009، ص.141، بن هري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.49.

ورأى أن محاولة الصلح تبقى دائما وأبدا لا صلة ولا علاقة لها بالنظام العام، مضيفا أنّ: "الذي يدعم أكثر أنّ محاولة الصلح ليست إجراء جوهري هو أنّ المشرع حدد لها 3 أشهر فقط تسري من يوم رفع الدعوى أي بمعنى آخر لا يجوز للقاضي أن يقوم بإجراء محاولة الصلح بعد انقضاء العدة المحددة والمخصصة لها وهي 3 أشهر، فلو كانت حقيقة من الإجراءات الجوهرية وتتعلق بالطلاق لما قيدها المشرع بتلك المدة بحيث يجعل المدة تدوم أطول"؛ لمطاعي نور الدين، نفس المرجع، ص.130-132. ويرى الأستاذ عادل بوضياف: "أنّ الصلح وجوبي بنص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي حدود عدة محاولات للصلح يقوم بما القاضي وهو تأكيد لنص المادة 49 من قانون الأسرة، والوجوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يفيد بطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح، ولا يظهر جليا وإنّ الوجوبية يترتب عليها بطلان العمل الإجرائي...، ولأنّ الصلح في حد ذاته محاولة تقرب وجهتي النظر وإصلاح بين الطرفين وليس لترتيب الحقوق"؛ أنظر، عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ج.1، ط.1، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.444؛ بن هري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.50.

⁶²⁹ - لقد كرّس المشرع الجزائري هذا الإجراء القانوني-الصلح- منذ زمن طويل حتى قبل صدور قانون الأسرة من خلال ما كان مطبقا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 1966 الصادر بموجب الأمر 154-66 والذي كرّس في المادة 17 منه على إجبارية المصالحة أمام المحكمة، ثم بعد ذلك بموجب الأمر 71-80 من خلال نص المادة 12 والتي جاء فيها أنه يجوز للقاضي مصالحة الأفراد في أي مادة كانت وصولا إلى غاية قانون الأسرة في شكله الحالي بموجب المادة 49 منه، إلا أنّ نص المادة 49 قبل تعديل قانون الأسرة كان يشوبه الغموض والنقض، مما جعل المشرع يتدخل من جديد ويعدله سنة 2005، من خلال جعل جلسات الصلح متكررة وليس جلسة واحدة مع الإبقاء على نفس المبدأ القانوني، وأصبح بذلك نص المادة 49 من قانون الأسرة الأساس القانوني الذي يعتمد عليه القاضي في عرض الصلح على الزوجين؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.40، أحمد شامي، المرجع السابق، ص.267.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الإجراء، الأمر الذي جعل المسألة محل خلاف - كما ذكرنا سابقا- وجدل بين فقهاء القانون⁶³⁰. وأدى إلى التضارب في الأحكام والقرارات القضائية، وإشكالية عدم استقرار موقف القضاة بشكل موحد 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.⁶³¹

إلا أنّ الإشكال الأكبر يكمن على مستوى هذه المحكمة العليا في حد ذاتها، التي يفترض فيها العمل على توحيد القرارات وإقرار مبادئ مستقرة قضائيا، إلا أنّ الواقع يبين بأنّ قراراتها التي تصدرها فيما يتعلق بمسألة إجبارية الصلح من عدمها، هي أيضا متضاربة ومتباينة.

وهذا رغم تدخل المشرع من جديد ومحاولته تدارك جملة النقائص المسجلة في الموضوع، وذلك من خلال ما تضمنه قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶³² من أحكام جديدة رسمت للقضاة طرق وكيفيات الصلح بين الزوجين، وقد نصّ صراحة على مبدأ إلزامية إجراء الصلح من خلال نص المادة 439 من ق.إ.م.إ و التي جاء فيها: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، ولكن الإشكال يبقى قائما، فهل هذه الوجوبية تفترض على القاضي القيام بالصلح كونه من الإجراءات الجوهرية التي لا يصح العمل القانوني من دونها، أم أنّ الطابع الإلزامي يكون بغرض حمل القضاة على القيام به فقط دون أن يتعرض عملهم لأي جزاء؟⁶³³ وهل يفيد بطلان العمل الإجرائي في حالة تخلف الصلح أم لا؟.

⁶³⁰ - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 41.

⁶³¹ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 115.

⁶³² - خصص المشرع مجموعة من النصوص القانونية المحددة لشروط وكيفيات وإجراءات الصلح بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 ضمن القسم المخصص لشؤون الأسرة، وبلغ عددها 11 مادة قانونية ابتداء من المادة 439 إلى غاية المادة 449 منه.

⁶³³ - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 41.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إنّ من أهم الإشكالات المتعلقة بمدى إلزامية إجراء الصلح من عدمه تتمثل في عدم توحيد العمل القضائي في هذه المسألة، سواء قبل تعديل قانون الأسرة (1)، وبعد تعديله سنة 2005 (2).

1- تضارب مواقف القضاء في مسألة إلزامية إجراء الصلح قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005:

من مظاهر تضارب مواقف القضاء في مجال إلزامية الصلح من عدمها قبل التعديل الذي طرأ على قانون الأسرة سنة 2005. وما أكثرها، نجد أنّ المحكمة العليا⁶³⁴ في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 25 ديسمبر 1989، أكدت على إلزامية إجراء محاولة الصلح وأنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، حيث جاء في القرار ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة صلح من طرف القاضي... ومن ثمّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون...، و لما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ المجلس لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 يكون بقضائه كما فعل خالف القانون وتجاوز اختصاصه...".⁶³⁵

وفي نفس السياق قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 18 جوان سنة 1991 أنّ الحكم بالطلاق دون إجراء محاولة الصلح يعدّ خطأ في تطبيق القانون، حيث جاء فيه ما يلي: "بالرجوع إلى القرار موضوع الطاعن، يتجلى بأنّه جاء مخالفاً للقانون، خصوصاً المادة 49 من قانون الأسرة التي أغفل القرار المنتقد تطبيقها بطريقة سليمة وذلك بمصادقته على الحكم القاضي بالطلاق

⁶³⁴ - كان قضاء المحكمة العليا مستقراً بخصوص إجبارية محاولة الصلح عندما كان يحكمها قانون الإجراءات المدنية المُلغى عند تطبيقه لنص المادة 17 منه، أي بالأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى - المحكمة العليا حالياً - الصادر بتاريخ 03 جويلية 1968 أنّ: "التصريح بالتفريق بين الطرفين دون محاولة الصلح المقررة في هذا الشأن ودون سماع المعنيين في هذا الخصوص يعتبر مخالفاً للقانون"؛ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، دون رقم الملف، المؤرخ في 1968/07/03، مجلة الأحكام لوزارة العدل، ج.1، د.س.ع، ص.49 إلى 51.

⁶³⁵ - م.ع، غ.أ.ش، القرار رقم 57812، المؤرخ في 1989/12/25، م.ق، 1991، عدد 03، ص.71.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

دون قيامه بإجراء محاولة الصلح قبل ذلك ولم يتعرض بدوره رغم ما يملكه من صلاحيات مع الصلح، وأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تنص صراحة على أنّه: لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد محاولة الصلح...، إذا فالقيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق هو إجراء أوجبه القانون و يعد من النظام العام، وإغفال القرار المنتقد القيام بهذا الإجراء القانوني يعتبر خطأ في تطبيقه ومخالفاً له ما يستوجب نقضه".⁶³⁶

وهو نفس ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 18 جانفي 1994 على أنّه: "وبالرجوع إلى الحكم المطعون فيه، يتبين أنّ القاضي الابتدائي لم يراع أحكام المادة 49 من قانون الأسرة، التي تتطلب اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار حكم بفك الرابطة الزوجية الشيء الذي ينجّر عنه نقض الحكم المطعون فيه، وإحالته على نفس المحكمة".⁶³⁷

ويلاحظ من خلال هذه القرارات التي ذكرناها أنّ المحكمة العليا اعتبرت فيها أنّ الصلح في الطلاق هو إجراء جوهري ويعد من النظام العام، وتقضي فيها برفض الطعن بالنقض في الأحكام المثبتة للطلاق إذا لم يقيم القاضي بإجراء محاولة الصلح بين الزوجين.

إلا أنّ الإشكال أنّه في قرارات أخرى حذت المحكمة العليا منهجاً متناقضاً ومغايراً تماماً بأنّ اعتبرت محاولة الصلح ليست بالإجراء الجوهري، حيث نجد في قرارها الصادر بتاريخ 03 جوان 1985 قضت بأنّ محاولة الصلح جوازية وليست جهرية، حيث جاء في هذا القرار ما يلي: "إنّ محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق، ليست من الإجراءات الجهرية وأنّ لفظ الطلاق والتطبيق تصدر دائما نهائية...".⁶³⁸

⁶³⁶ - م ع، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م ق، 1993، العدد 01، ص.65 وما بعدها.

⁶³⁷ - م ع، غ.أ.ش، 1994/01/18، ملف رقم 96688، نشرة القضاة، 1997، العدد 50، ص 80 إلى 84.

⁶³⁸ - م ع، غ.أ.ش، 1985/06/03، ملف رقم 36962، م ق، 1990، العدد 02، ص.40.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار آخر صادر لها بتاريخ 21 جويلية سنة 1998 والذي جاء فيه بأنّ: "محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية...".⁶³⁹

وهو نفس ما ورد في قرار آخر للمحكمة العليا والذي قضى بما يلي: "إنّ محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق، إنما محاولة الصلح المذكورة بالمادة 49 من قانون الأسرة ما هي إلا موعظة مما يجعل الوجه غير مؤسس".⁶⁴⁰

وصفوة القول، أنّ التضارب كان واضحا من حيث إلزامية إجراء الصلح في القرارات التي قمنا بإبرازها والصادرة قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005. مما يدفعنا إلى إبراز مدى التضارب بين القرارات الصادرة في هذه المسألة بعد التعديل المذكور، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

2- تضارب مواقف القضاء في مسألة إلزامية إجراء الصلح بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005:

رغم التعديل الذي قام به المشرع في قانون الأسرة سنة 2005 وتحديد نص المادة 49 من قانون الأسرة⁶⁴¹ والتي جاء فيها أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من الناحية العامة".

⁶³⁹ - م ع، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 200198، ن ق، 2000، العدد 02، ص.131؛ باديس ذيايي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.42.

⁶⁴⁰ - م ع، غ.أ.ش، 1997/10/23، ملف رقم 174132، ن ق، 1999، العدد 55، ص.179 وما بعدها

⁶⁴¹ - فقد كانت تنص المادة 49 قبل تعديلها على أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ورغم أنّ المشرع أقرّ في هذا النص المذكور أعلاه بضرورة إجراء عدة محاولات صلح، وأقرّ صراحة في نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاء فيها أنّ: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية"، إلا أنّ القرارات القضائية ما زالت متضاربة حول مسألة وجوبية الصلح من عدمها.

ومن مظاهر هذا التضارب، نجد المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 14 جانفي سنة 2009 قضت بأنّه: "وبالرجوع إلى مضمون الحكم المطعون فيه، يلاحظ أنّ قاضي الأحوال الشخصية بمحكمة سكيكدة قد خرق القانون عندما أصدر الحكم بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي من خلالها المشرع ألزم الطرفين لحضور محاولة الصلح...، حيث أنّ الحكم المنتقد فعلا خالف القانون وأخطأ تطبيقه، وذلك لأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار حكمه بالطلاق... فل هذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة سكيكدة"⁶⁴².

يلاحظ بأنّ هذا القرار قام بنقض وإبطال الحكم الصادر عن محكمة سكيكدة بتاريخ 19 نوفمبر 2006 القاضي بالطلاق بين كل من (م، ح) و(ح، ي) والتأشير به على هامش عقد زواج الطرفين وشهادة ميلادهما.

ونلاحظ أنّ قاضي الأحوال الشخصية بمحكمة سكيكدة أصدر حكما بالطلاق دون مراعاة أحكام المادة 49 من قانون الأسرة التي تلزم الطرفين بحضور محاولات الصلح.

ولهذا اعتبرت المحكمة العليا أنّ هذا القاضي قد خرق القانون وذلك لعدم مراعاته نص المادة 49 المذكورة، وعليه فإنّ المحكمة العليا قررت نقض وإبطال هذا الحكم بقولها: "حيث أنّ الحكم المنتقد

⁶⁴² - م ع، غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 474956، م م ع، 2009، العدد 02، ص. 273-274.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فعلا خالف القانون وأخطأ تطبيقه، وذلك لأنّ المادة 49 من قانون الأسرة تجبر القاضي على إجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل إصدار حكمه بالطلاق...".⁶⁴³

وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2006 والذي اعتبرت فيه أنّ الصلح ملزم ويترتب على عدم القيام به إبطال الحكم المنتقد، حيث جاء في قرارها ما يلي: "...بدعوى أنّ قانون الأسرة المعدل، يقضي بضرورة إحالة ملفات الأحوال الشخصية على النيابة للإطلاع عليها وإعطاء رأيه فيها، غير أنّ قاضي أولى درجة لم يحتزم هذا الإجراء، مما يعد خرقا للإجراءات الجوهرية، كما أنّه خالف المادة 49 من قانون الأسرة لكون إجراء محاولة الصلح لم تجر في قضية الحال، مما يعرض الحكم المنتقد للإبطال، فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث: قبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض وإبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة حسين داي بتاريخ 21 ماي 2005 وإحالة قضية الحال و طرفيها لنفس المحكمة للفصل فيها من جديد...".⁶⁴⁴

يلاحظ أنّ هذا القرار قد جاء نقضا للحكم الصادر عن محكمة حسين داي بتاريخ 21 ماي 2005 والذي قضى نهائيا بالطلاق بين طرفي النزاع، كونه مشوبا بالتناقض بين أسبابه و منطقته، "فقاضي أولى درجة قضى بالطلاق بين طرفي قضية الحال دون أن يجري الصلح بينهما ولم يدعوهما له، كما أنّ النيابة العامة لم تطلع على ملف قضية الحال باعتبارها طرفا أصليا".⁶⁴⁵

إلا أنّه يعاب على المحكمة العليا أنّها في قرار آخر لها صادر بتاريخ 14 أبريل سنة 2011 أنّها أيدت حكما صادرا عن محكمة الأخصرية قسم شؤون الأسرة بتاريخ 22 مارس 2009 مطعونا فيه بطريق النقض لا تعيب فيه اكتفاء هذا الحكم بجلسة صلح واحدة، رغم أنّ المشرع قد نص صراحة في تعديله لنص المادة 49 من قانون الأسرة على إجراء عدة محاولات صلح وليس محاولة صلح واحدة

⁶⁴³ - م ع، غ.أ.ش.م، 2009/01/14، ملف رقم 474956، م م ع، 2009، العدد 02، ص. 272-273-274.

⁶⁴⁴ - م ع، غ.أ.ش.م، 2006/10/11، ملف رقم 401317، م م ع، 2007، العدد 02، ص. 489 وما بعدها.

⁶⁴⁵ - م ع، غ.أ.ش.م، 2006/10/11، ملف رقم 401317، م م ع، 2007، العدد 02، ص. 491.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فقط، حيث نصّ على أنّه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي...". حيث جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "بدعوى أنّ قاضي الدرجة الأولى أجرى محاولة صلح واحدة بدل محاولات صلح. لكن حيث أنّه بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه تبين وأنّ قاضي الموضوع أجرى محاولة صلح بين الزوجين وعقد لذلك جلسة بتاريخ 30 نوفمبر 2008 تمسّك فيها الزوجان بمطالبهما وبالتالي فإنّ الإجراء المقرر في المادة 49 من قانون الأسرة تم استنفاده ولا يعيب الحكم اكتفاؤه بجلسة صلح واحدة طالما أنّ القاضي اقتنع بعدم جدوى عقد جلسات صلح أخرى مما يجعل الوجه غير سديد مستوجب الرفض".⁶⁴⁶

ومن خلال القرارات السابقة الذكر، والتي اعتبرت فيها المحكمة العليا أنّ إجراء محاولات الصلح وجوبي وإلزامي، لاحظنا بأنّ المحكمة العليا قد أبطلت العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية، والتي كانت مشوبة بالتناقض بين الأسباب والمنطوق. وأنّ بعض قضاة أولى درجة لا يعطون لجلسة الصلح الأهمية البالغة، لدرجة عدم قيام البعض منهم بإجراء محاولة الصلح أصلا.⁶⁴⁷

إلا أنّ الإشكال أنّ المحكمة العليا في حد ذاتها أصدرت قرارات قضائية أخرى مناقضة تماما لما قضت به، بأن اعتبرت محاولة الصلح ليست بالإجراء الجوهري، وهذا حتى بعد تعديل قانون الأسرة

⁶⁴⁶ - م ع، غ.أ.ش.م، 2011/04/14، ملف رقم 620084، م م ع، 2012، العدد 01، ص.301.

⁶⁴⁷ - مع أنّه لا يمكن تعميم هذا الكلام على جميع المحاكم الابتدائية، حيث نجد في حكم صادر عن محكمة حمام بوحجر (عين تموشنت) بتاريخ 28 فيفري 2017 أنّ المحكمة أجرت فعلا محاولات الصلح بين طرفي النزاع، حيث جاء في هذا الحكم ما يلي: "حيث أنّه من المقرر قانونا أنّه يمكن حل الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوج طبقا للمادتين 47 و48 من ق.أ. والمحكمة سعت لإجراء عدة محاولات للصلح وفقا لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة..."؛ حكم غير منشور، محكمة حمام بوحجر، مجلس قضاء عين تموشنت، بتاريخ 2017/02/28، رقم الجدول: 46/03651، رقم الفهرس: 17/00665، ص.02. للإطلاع على الحكم أنظر الملحق 06 من هذه الأطروحة. كما يوجد حكم آخر صادر عن محكمة حمام بوحجر ولاية عين تموشنت بتاريخ 2016/10/13 يؤكد على أنّ: "المحكمة وتحققا لذلك أمرت بإجراء محاولات صلح طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة. وأنّها باءت بالفشل لتمسك المدعي بالطلاق بالإرادة المنفردة... ما جعل المحكمة تحرر محضرا بعدم الصلح"؛ حكم غير منشور لمحكمة حمام بوحجر، مجلس قضاء عين تموشنت، بتاريخ 2016/10/13، رقم الجدول 16/00567، رقم الفهرس: 16/00994، ص.03، للإطلاع على الحكم أنظر الملحق رقم 07 من هذه الأطروحة. وهو نفس ما ذهبت إليه محكمة عين تموشنت في حكمها الصادر بتاريخ 05 أبريل 2012 والذي جاء فيه: "حيث أنّ المحكمة سعت لإصلاح ذات البين والتوفيق بين الطرفين والاستماع إلى كل زوج في جلسات الصلح المنعقدة في 26-01-2012 و 09-02-2012 و 15-03-2012 وذلك عملا بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة والمادة 440 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية..."؛ حكم غير منشور لمحكمة عين تموشنت، في 2012/04/05 رقم الجدول 11/0233، رقم الفهرس 12/00762، ص.03. للإطلاع على هذا الحكم أنظر الملحق رقم 08 من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

سنة 2005، حيث نجد في قرارها الصادر بتاريخ 13 جوان 2007 أنها قضت بما يلي: "...لكن حيث أنّ نص المادة 49 من قانون الأسرة لا ينطبق على مستوى المجالس بل على مستوى المحاكم فقط، إضافة إلى أنّ محاولة الصلح لا تعتبر شكلا جوهريا للحكم بالطلاق إنما محاولة الصلح المذكورة في المادة 49 من قانون الأسرة هي إلا موعظة...."⁶⁴⁸.

وهو نفس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر بتاريخ 09 ديسمبر سنة 2010 والذي جاء فيه: "لكن حيث إنّ الطاعن لم يبين مصلحته في إثارة تطبيق أحكام المادة 49 من قانون الأسرة وعدم حضوره جلسة الصلح مع المطعون ضدها لتغييبهما، مادام أنه هو كان مدعيا وطالب بالطلاق وتحميل المطعون ضدها مسؤولية ذلك، ولم يقدم ما يثبت تراجعه عن طلب الطلاق، وبالتالي فإنّ المحكمة لم تخالف أحكام المادة 49 المذكورة عندما عقدت عدة جلسات لإجراء محاولات الصلح والتي لم تتم بسبب تغيب الطرفين. وعليه فإنّ الوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ويرفض الطعن".⁶⁴⁹

وصفوة القول، أنّ التضارب في الأحكام والقرارات القضائية حول مسألة إلزامية الصلح من عدمها بقي مستمرا حتى بعد تعديل المشرّع للمادة 49 من قانون الأسرة سنة 2005، و هذا رغم تدخله من جديد من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية ونصّه صراحة في المادة 439 منه على أنّ محاولات الصلح وجوبية.

⁶⁴⁸ - أنظر، م ع، غ.أ.ش، قرار مؤرخ في 2007/06/13، ملف رقم 356657، غير منشور؛ مقتبس عن بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، المرجع، السابق، ص.52.

⁶⁴⁹ - م ع، غ.أ.ش، مؤرخ في 2010/12/09، ملف رقم 0597294، قرار غير منشور؛ مقتبس عن بن هبري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.52.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وكما ذكرنا أنّ الإشكال الأكبر يكمن على مستوى المحكمة العليا في حدّ ذاتها، والتي يفترض فيها العمل على توحيد القرارات وإقرار مبادئ مستقرة قضائيا، إلا أنّ الواقع يبين بأنّ قراراتها التي تصدرها فيما يتعلق بمسألة إجبارية الصلح من عدمها، هي أيضا متضاربة ومتناقضة.

وعليه، فقد أبانت الممارسة العملية بأنّ محاولة الصلح تعد إجراء شكلي تقوم به المحاكم تارة، وتغفل عنه تارة أخرى، ويظهر ذلك من خلال القرارات والأحكام غير المستقرة.⁶⁵⁰

والإشكال أنّ منبع التضارب في قرارات القضاء حول إلزامية الصلح هو عدم ترتيب المشرع جزاء على مخالفة القاضي لهذا الإجراء -أي محاولة الصلح- وهذا ما نستشفه من خلال نصي المادتين 49 من قانون الأسرة و439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي خصّهما المشرّع بذكر وجوبية الصلح، ولم يرتّب على عدم مراعاة أحكامهما البطلان.

فالمشرع وضع قاعدة عامة مفادها أنّ القاضي واجب عليه القيام بإجراء عدة محاولات لإصلاح ذات البين بين الزوجين في كلا النصين المذكورين، فجاء ذكر محاولات الصلح في شكل قاعدة آمرة ولكن الإشكال أنّه لم يقرنها المشرع بجزاء.⁶⁵¹

كما أنّ الإشكال الآخر أنّ العمل بهذا المبدأ القانوني -وجوبية إجراء محاولة الصلح- على إطلاقه سينجر عنه مجموعة من التناقضات الناتجة عن تطبيقه في حالة إبطال الأحكام القضائية التي لم تحترم هذا الشكل، إذ كيف لنا أن تصوّر عودة الزوجين إلى حالتهم الأولى قبل صدور الحكم مع أنّ الطلاق قد وقع شرعا ومنذ مدّة طويلة ورّب آثاره الشرعية، وأنّ الزوجة قد أصبحت أجنبية عن

⁶⁵⁰ - قويدري خيرة، حالات التطبيق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر العاصمة، 2008-2009، ص.211.

⁶⁵¹ - لأنّه بالرجوع إلى فقه القواعد القانونية نجد نوعين من القواعد القانونية: القواعد المكملّة والقواعد الأمّرة وهذه الأخيرة تنقسم إلى نوعين: قاعدة أمّرة تتضمن جزاء عند عدم مراعاتها، وقاعدة أمّرة لا تتضمن جزاء على عدم مراعاة أحكامها. ولنا أن نتساءل لماذا المشرّع في أحد القواعد الأمّرة يعطي الجزاء في أمر ما، وأحيانا لا يرتّب جزاء؛ بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 54.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

زوجها السابق بانقضاء فترة العدة الشرعية، ثم بعد ذلك يبطل الحكم بحجة عدم مراعاة هذا الإجراء المنصوص عليه قانوناً⁶⁵².

والذي نرجحه ونميل إليه في هذا الشأن، أنّ الصلح كإجراء يختلف طابعه الإلزامي ويختلف موضوعه حسب وضع المطلقين، ويستحسن بالمشعر أن يبين للقضاء الحالات التي يجب فيها إجراء محاولة الصلح والحالات التي لا يمكن إجراء محاولة الصلح فيها، وذلك حسب نوع الطلاق في القضية المعروضة أمامه. إذ لا جدوى من إجراء محاولات الصلح إذا ثبت للقاضي أنّ هذا الزوج قد طلق زوجته طلاقاً بائناً بينونة كبرى قبل أن يلتجئ إلى القضاء، فلا يجوز شرعاً إجراء الصلح هنا وإنما الحكم بالطلاق مباشرة وبأثر رجعي من يوم تلفظ الزوج به، لأنّ الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائناً بينونة كبرى ولا يمكن 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 جديد وهذا مصداقاً 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 وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾⁶⁵³.

أما إذا ثبت للقاضي بأنّ الزوج لم يتلفظ بالطلاق قبل لجوئه إلى المحكمة، فهنا يتدخل القاضي للإصلاح بين الزوجين قبل وقوع الطلاق وهذا واجب قضائي تحتمه المصلحة⁶⁵⁴، وإذا نجح القاضي في مسعاه للصلح، سمي ذلك تراجعاً عن طلب الطلاق، وفي هذه الحالة يثبت الصلح في محضر يحرر من قبل أمين الضبط وتحت إشراف القاضي ويوقع من قبلهما ومن الزوجين، ويودع لدى أمانة

⁶⁵² - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 43؛ أنظر، طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، ص. 389-390.

⁶⁵³ - سورة البقرة، الآية 230.

⁶⁵⁴ - أنظر، مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومو للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. 200؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 45.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الضبط، ويعد هذا المحضر بمثابة سند تنفيذي طبقا لنص الفقرة 03 من المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁶⁵⁵، وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بانقضاء الخصومة والدعوى عن طريق الصلح.⁶⁵⁶

أمّا إذا ثبت للقاضي بأنّ الطلاق قد وقع وأنّ فترة العدة لم تنقضي بعد، فيكون الغرض من عرض الصلح هو الرجعة بدون مهر ولا عقد جديدين، إذ لا مانع شرعا من تدخل القاضي للإصلاح بين الزوجين إذا كان نوع الطلاق المعروض أمامه رجعيا.

أمّا إذا ثبت له بأنّ فترة العدة الشرعية قد انقضت، فإنّ الطلاق هنا يكون بائنا بينونة صغرى، فيكون الغرض من عرضه الصلح في هذا النوع من الطلاق هو الرجوع بعقد ومهر جديدين⁶⁵⁷.

⁶⁵⁵ - تنص المادة 443 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يحرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا. في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

⁶⁵⁶ - أنظر، عبد النور نوي، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملاءمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية، مجلة الدراسات القانونية، مركز البصيرة للبحوث، الجزائر، أوت 2013، العدد 18، ص.71؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.45؛ بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.55.

⁶⁵⁷ - أنظر، عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي و القانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2004، العدد 09، ص.207.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و بذلك نكون قد حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يرفع الغموض و اللبس في موضوع إلزامية إجراء محاولة الصلح بطريقة موضوعية تتماشى مع كل أنواع الطلاق، و تحقق الانسجام مع أحكام الشريعة الإسلامية.

هذا جل ما يمكن أن يقال حول إشكالية تضارب موافق القضاء حول مسالة إلزامية الصلح من عدمها.

إلا أنّه يوجد إشكال آخر يثير الكثير من المخاوف بخصوص تطبيق الأحكام الشرعية والقانونية للصلح، ذلك أنّ الواقع المعاش والواقع العملي يبين بأنّ الكثير من القضاة لا يعيرون أهمية خاصة للصلح بين الزوجين في دعاوى فك الرابطة الزوجي، مما يضعف فعالية القاعدة الشرعية والقانونية في الكثير من الأحيان، و لأجل ذلك ارتأينا أن نبين في النقطة الموالية بأنّ إجراء عدة محاولات صلح تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيا.

ثانيا- إجراء عدة محاولات صلح تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيا:

إنّ الجديد في التعديل الذي جاء به المشرع في المادة 49 من قانون الأسرة هو أنّه أقرّ بضرورة إجراء عدة محاولات صلح أملا في تجنب الطلاق.⁶⁵⁸

وما يمكن ملاحظة من هذا النص أنّه لا يثبت الطلاق إلا بحكم من طرف القاضي، وأنّ محاولات الصلح إجراء إجباري يجب على القاضي القيام به قبل النطق بالطلاق.⁶⁵⁹

و عليه، فإنّه يجب على القاضي المختص بالنظر في موضوع الدعوى أن يستدعي الزوجين معا إلى مكتبه بواسطة المحضر القضائي أو بأي طريقة يراها مناسبة⁶⁶⁰ وذلك بمجرد تسجيل الدعوى وطرحها

⁶⁵⁸ - حيث تنص المادة 49 المعدلة من ق.أ على انه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى. يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي و نتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط و الطرفين. تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

⁶⁵⁹ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، ص. 155.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

عليه، وأن يعين لهما جلسة خاصة في تاريخ محدد، يسمع فيها مزاعم كل واحد من الزوجين، وينبغي على القاضي القيام بمعالجة خلاف الطرفين بالحكمة⁶⁶¹، وأن يحاول الصلح بينهما بإظهاره لمساوى النزاع ومضار الفرقه وبيان محاسن الألفة والانسجام والتسامح المتبادل من أجل ضمان حياة زوجية هادئة لصالحهما وصالح أطفالهما، ولصالح استمرار علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلي الزوجين⁶⁶²، فالقاضي في سبيل إنهاء النزاع بين الزوجين عن طريق الصلح بينهما يتخذ كل السبل الممكنة في ذلك لغرض تفادي حل عقدة النكاح⁶⁶³، و ليس الغرض من ذلك مجرد عرض شكلي فقط، قصد إتمام واستيفاء الإجراءات الشكلية قبل الحكم.⁶⁶⁴

فإذا فشل القاضي في التوفيق بينهما فعليه أن يحاول مرة ثانية إذا تبين له جدوى محاولة الصلح، فإذا فشل مرة ثانية و رأى أنّ هناك إمكانية للوصول إلى إصلاح ذات البين فله الحق في إجراء محاولة صلح ثالثة ورابعة، لأنّ القانون أعطاه الحق في إجراء عدة محاولات صلح قبل الطلاق على أن لا يتجاوز ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى⁶⁶⁵. "وسواء نجح القاضي أو فشل في محاولات الصلح فإنّه يحضر محضرا بما توصل إليه من نتائج ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، وهذا حسب نص المادة 49 المعدلة في فقرتها الثانية، و أن يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية تنعقد ضمن الجلسات المقررة للمحكمة وعندئذ يقع النقاش في الموضوع ثم يصدر القاضي حكمه".⁶⁶⁶

⁶⁶⁰ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.120.

⁶⁶¹ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، المرجع السابق، ص.129.

⁶⁶² - أنظر، الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، 2001، ص. 52.

⁶⁶³ - أنظر، بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1990، العدد 03، ص. 609.

⁶⁶⁴ - أنظر، أحمد ابراهيم بك وواصل عطاء الدين أحمد ابراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط.5، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، 2003، ص.438.

⁶⁶⁵ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، ص. 156.

⁶⁶⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 120-121.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و بصفة عامة فإنّ إجراء عدة محاولات صلح من طرف القاضي يعد أحد العناصر الجوهرية لصحة العمل القضائي.⁶⁶⁷

ذلك أنّ 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 في الواقع الاجتماعي الجزائري.⁶⁶⁸

"والواقع، فإننا لا نعرف كيف يمكن للقاضي الجزائري القيام وفقا لنص المادة 49 المعدلة على الأقل بثلاث محاولات صلح، و ينبغي عليه أن يبذل مزيد من الجهد للتوصل إلى الصلح بين الطرفين، وكثيرا ما يجد نفسه لاسيما في هذا المجال، تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، وذلك سيعيقه عن بذل الجهد الحقيقي و تخصيص الوقت المطلوب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي جاء بها النص القانوني.

و يبرهن الواقع المعاش بأنّ هذه المحاولات أصبحت عبارة عن إجراء بلا نتيجة، خاصة إذا علمنا أنّ 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".⁶⁶⁹

⁶⁶⁷ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.129-130؛ أنظر، محمد فتحي نجيب ومحمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002، ص.230، عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الأحوال الشخصية، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ص.116-117؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.156.

⁶⁶⁸ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.131.

⁶⁶⁹ - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.131-132.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

هذا ونجد أنّ المشرع نص في المادة 56 من قانون الأسرة على أنّه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، و على هذين الحكمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

من خلال استقراء نص هذه المادة، يتضح أنّ المشرع لم يوضح بشكل دقيق كيفية تعيين الحكمين، وما إذا كانت إجراءات التحكيم يجب القيام بها بعد فشل محاولة الصلح أو أثناءها⁶⁷⁰، كما أنّ المشرع عندما نص على أجل الشهرين الذي يقدم فيه الحكمين تقريرا عن مهمتهما، لم يحدد متى يبدأ بالسران، ثم إنّّه لم نجد لدى فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الإطار ما يفيد إلزام الحكمين بأداء مهمتهما في أجل معين و محدد.⁶⁷¹

و الثابت في نص هذه المادة -أي م 56 من قانون الأسرة- أنّ التحكيم وجوبي وإلزامي في دعاوى الطلاق⁶⁷²، إلا أنّ بعض القضاة في الواقع العلمي لا يلتزمون بنص هذه المادة. ولا يقومون بتعيين الحكمين و يكتفون بجلسات الصلح فقط⁶⁷³، ومرّد ذلك إلى الغموض الكبير الموجود في المادة 56 المذكورة أعلاه، حيث أنّ المشرع لم يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الحكمين، و لا 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 وتلك التي يفرضها القانون على القاضي، والمدة المحددة للنطق بالحكم بالطلاق وهي 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

⁶⁷⁰-عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي و القانوني، المرجع السابق، ص.194؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.158.

⁶⁷¹-أنظر، زيدان عبد النور، التحكيم طريق وإجراء للصلح في الطلاق بين ثبوت النص وواقع الحال، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، ص.311.

⁶⁷²- أنظر، الغوثي بن ملحّة، القانون القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1995، ص.380.

⁶⁷³- زيدان عبد النور، المرجع السابق، ص.310.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

للزيادة في الخصام ولشدة كراهية الطرف الآخر باستحكام الخصام، وكان بود القاضي أن يسأل الطرفين عما إذا قام أهلها بمحاولات للتحكيم بينهما حتى لا يغوص في إجراء لا جدوى منه.⁶⁷⁴ و الله تعالى يقول: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِخْ بِإِحْسَانٍ﴾.⁶⁷⁵

فالواقع- كما سبق الذكر- أثبت أنّ تمديد محاولات الصلح لا فائدة منها، و أنّها أصبحت عبارة على إجراء بلا نتيجة، أمام كثرة القضايا المطروحة على القاضي، والضغط المتواصل عليه من كثرة الملفات.

لذلك نجد أنّ 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.⁶⁷⁶

وعليه، نقول بأنّ الصلح هو عمل ديني وأخلاقي إنساني يتطلب الجهد والصبر من طرف القضاة والدراية بالأحكام الشرعية، ومن ثم فلا مانع من إنشاء محاكم خاصة بقضاء الأحوال الشخصية عامة، حتى تتفرغ لحلها ودراستها بشكل كافٍ، و يديرها قضاة متخصصون لديهم القدر الكافي من الدراية الشرعية والقانونية ولديهم الوقت اللازم لدراسة كل قضية بتمعن، الأمر الذي يسهل عمل القاضي وينقص عنه نوع من المشقة، و من ثم يمكن له التفرغ للصلح بين الزوجين في مسائل الطلاق و الوصول إلى القصد الحقيقي من الإصلاح بين الزوجين دون عناء.

و تجدر الإشارة إلى أنّ بعض البلدان العربية ومثالها جمهورية مصر العربية، قد تبنت إنشاء محاكم خاصة للنظر في المسائل المتعلقة بالأسرة، و ذلك بموجب القانون رقم 10 لسنة 2004 الصادر في

⁶⁷⁴ - تشوار حميدو زكية ، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق...، المرجع السابق، ص.132-133.

⁶⁷⁵ - سورة البقرة، جزء من الآية 229.

⁶⁷⁶ - بوجاني عبد الحكيم ، المرجع السابق، ص.159.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

17 مارس 2004 والذي جاء في مادته الأولى أنه: " تنشأ بدائرة اختصاص كل محكمة جزئية محكمة للأسرة وتنشأ في دائرة اختصاص كل محكمة من محاكم الاستئناف دوائر استئنافية متخصصة للنظر في طعون الاستئناف التي ترفع إليها في الأحوال التي يجريها القانون عن الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأسرة".

هذا جل ما يمكن أن يقال بالنسبة لإشكالات الطلاق الواقع بالإرادة المنفرد للزوج، فما هي الإشكالات المثارة حول الطلاق الواقع بطلب من الزوجة؟ وهو ما سيتم الإجابة عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة وإشكالات الانفصال الجسماني في العلاقات

الأسرية ذات العنصر الأجنبي

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق، فإذا كانت الصورة الأولى-الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج- الأبرز من الناحية الشرعية، فإنّ الفقه ابتدع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها والآثار المتوخاة منها.⁶⁷⁷

فإرادة الزوج في إحداث الطلاق لم 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.

وبناء على ذلك، يمكن للزوجة أن تفك زوجيتها ليس بإرادة منفردة وإنما عن طريق القاضي⁶⁷⁸، فالمشرع الجزائري لم يهدر حقها في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطبقها إمّا بسبب إخلال الزوج بواجباته اتجاهها و تضررها من ذلك⁶⁷⁹، مما فتح لها باب التطليق على مصراعيه.

كما فتح لها باب الخلع بسبب كراهيتها و نفورها من زوجها و ذلك لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي.

كما أنّه رغبة من طرف المشرع الجزائري في ضمان و حماية المصالح الخاصة ذات البعد الدولي، استحدثت أحكاما وقواعد جديدة عن طريق تعديل قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني في سنة 2005، ومن بينها تلك المتعلقة بالانفصال الجسماني⁶⁸⁰ بموجب الفقرة 02 من نص المادة 12 من القانون المدني.⁶⁸¹

⁶⁷⁷ - أنظر، باديس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص.30؛ يوسف دلاندة، دليل

المنقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص.51.

⁶⁷⁸ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.175.

⁶⁷⁹ - تشوار حميدو و زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.69.

⁶⁸⁰ - أنظر، تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضوابط الجنسية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، بجاية، 2015، عدد خاص، عن الملتقى الوطني حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، بكلية الحقوق والعلوم

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وعلى هذا الأساس نطرح التساؤل الآتي: ما هي أبرز الإشكالات المثارة حول الطلاق الواقع بطلب من الزوجة؟ وما هي الإشكالات التي يثيرها انحلال الزواج والانفصال الجسماني في العلاقات الخاصة التي تشمل على عنصر أجنبي؟

و من خلال ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول سنبرز إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة عن طريق التطليق والخلع، أما في الفرع الثاني سنبين أهم الإشكالات المثارة حول انحلال الزواج و الانفصال الجسماني في العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي.

الفرع الأول

أبرز إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة

ذكرنا سابقا بأنّ إرادة الزوج لم تعد وحدها تحدث أثر الطلاق، حيث يمكن للزوجة أن تفك زواجيتها ليس بإرادة منفردة وإنما 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 المشرع الجزائري - كما سبق القول - لم يهدر حقها في التخلص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، مما فتح لها باب التطليق على مصراعيه (أولا)، كما فتح لها باب الخلع بسبب كراهيتها ونفورها من زوجها و ذلك لاسترجاع حريتها مقابل مبلغ مالي (ثانيا).

و هما الموضوعان اللذان سيكونان محل دراستنا في هذا الفرع، باعتبارهما طريقتين استثنائيتين من الأصل العام لحل الرابطة الزوجية.

السياسية، جامعة بجاية، يومي 23 و 24 أفريل 2014"، وعن الملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، بنفس الجامعة، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.174.

⁶⁸¹ - تنص المادة 12 في الفقرة 02 من ق.م على أنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أولاً- إشكالات حل الرابطة الزوجية بواسطة التطليق:

وضع المشرع مجموعة من الأسباب تؤسس عليها الزوجة طلبها للتطليق، بحيث إذا توفرت فيها الشروط اللازمة لقيامها يكون القاضي على إثرها ملزماً قانوناً بالحكم بالتطليق.⁶⁸²

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع اتبع فلسفة غير مجدية في مجال حق المرأة في طلب انحلال الرابطة الزوجية، وذلك نظراً للعدد المتشعب الذي تبناه من الأسباب المفدية إلى التطليق، بحيث أجاز للزوجة بمقتضى المادة 53 من قانون الأسرة أن تطلب التطليق⁶⁸³ 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 على جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل 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 شرعاً⁶⁸⁴.

وأمام هذا التنوع في الأسباب⁶⁸⁵، والتشتت في الوسائل التي تميز للزوجة طلب التطليق، سنحاول إبراز ومعالجة الثغرات والنقائص التي أغفل عنها المشرع عن وضعه لهذه الأسباب، وذلك حسب الترتيب الموجود في قانون الأسرة المعدل:

⁶⁸² - أنظر، دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج...، المرجع السابق، ص. 51.

⁶⁸³ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة...، المرجع السابق، ص. 70.

⁶⁸⁴ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 124-125.

⁶⁸⁵ - إنّ 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

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

1- إشكالات التطبيق لعدم الإنفاق:

اختلف الفقهاء في التطبيق لعدم الإنفاق على رأيين، حيث أجاز الجمهور و المالكية و الشافعية والحنابلة للزوجة طلب التطبيق لعدم الإنفاق⁶⁸⁶، بينما اتجه الحنفية والإمامية إلى عدم جواز طلب

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، 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، 1982، ص. 279؛ عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج. 1، ط. 2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1968، ص. 74.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد 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 أنّ المشرع أخذ بالمذهب المالكي واعتبر التطبيق طلاقاً لا فسخاً.

⁶⁸⁶ - وقد استدلل الجمهور والمالكية والشافعية والحنابلة في رأيهم بجواز طلب المرأة التطبيق لعدم الإنفاق بما يأتي: أ- أنّ الزوج مكلف بأن يمسك زوجته بالمعروف أو يسرحها و يطلقها بإحسان لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ مَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾، سورة البقرة، الآية 231، وقوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾، سورة النساء، الآية 19، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَمْسَكُوهُنَّ ضُرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾، سورة البقرة، الآية 229. تدل الآيات الكريمة دلالة واضحة على بالغ الضرر و عظيم أثره عند إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها، مما يتنافى مع ما أمر الله به من الإمساك بالمعروف؛ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط. 3، القاهرة، مصر، 2005، ص. 349؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص. 52؛ فإن أمسكها مع يساره وامتناعه عن الإنفاق كان مضاراً بها، علماً أنّ الضرر والمضارة مما نهي الشرع عنه، إذ يجب عليه التسريح بالإحسان، فإن لم يفعل ناب عنه القاضي، رفعاً لظلمه ودفعاً للضرر عن الزوجة؛ أنظر، ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ط. 1، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1408 هـ، ص. 257؛ والرسول صلى الله عليه وسلم يقول: "لا ضرر و لا ضرار". أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال، (5040) 3 (1922) واللفظ له؛ أنظر، البخاري أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط. 1، دار ابن كثير، دمشق و بيروت، الحديث رقم: 5040، ج. 3، 1423 هـ-2002، ص. 1922؛ دزيري خليل، ص. 52. وأي إضرار ينزل بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها. وعلى القاضي أن يزيل هذا الضرر؛ أنظر، السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الكتاب العربي، ط. 3، سنة 1397 هـ الموافق لـ 1988 م، بيروت، لبنان، ص. 288.

ب- ما روي عن أبي الزناد، قال: "سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته. أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قلت له: سنة؟ قال: سنة؛" رواه البيهقي في سننه، كتاب النفقات، باب: الرجل لا يجد نفقة امرأته، باب: المهر، رقم (193)، الحديث رقم: 15485؛ الدار قطني الحافظ الكبير

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الزوجة التطليق من زوجها لعدم الإنفاق.⁶⁸⁷

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على جواز التطليق لعدم الإنفاق أخذا برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية⁶⁸⁸، حيث نص 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".

علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، إعداد حسن عبد المؤمن شلبي و محمد اشرف الاتاسي، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424 هـ-2004 م، ص.193.

ج- أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوا بأن ينفقوا أو يطلقوا، وإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا؛ رواه عبد الله بن عمر المحدث: الألباني، إرواء الضليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بإشراف زهير الشاويش، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1407 هـ-1987 م، الحديث رقم: 2159، ص.118.

د- إنّ عدم الإنفاق أشد ضررا على المرأة من العجز الجنسي، فيكون لها الحق في طلب التفريق بسبب الإعسار أو العجز عن الإنفاق من باب أولى؛ أنظر، محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.349-350.

⁶⁸⁷ - وقد استدلت الحنفية والإمامية برأيهم في عدم جواز طلب الزوجة التطليق من زوجها لعدم الإنفاق، بأنّ الزوج في نظرهم، إما معسر أو موسر، فإن كان معسرا فلا ظلم منه بعدم الإنفاق، والله تعالى يقول: ﴿لَيْنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيَنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مِمَّا آتَاهَا﴾؛ سورة الطلاق، الآية 07، فلا يكلف الزوج بالإنفاق على زوجته حال فقره، فلا يعد آثما بالامتناع عنه، لذا ما صلح الامتناع سببا في التفريق؛ أنظر، الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405 هـ، ص.693؛ دزيري خليل، ص 53. و يجاب على هذا بأنه لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه مكن امرأة قدمت الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولا يعلم بأنّ الفسخ حق لها؛ ويرد عليه بأنّ التفريق بسبب الإعسار مرهون بطلب المرأة، و أن الصحابييات لم يطلبن التفريق؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 7043-7044.

⁶⁸⁸ - دزيري خليل، المرجع السابق، ص.54.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وطبقا لهذا النص فليس للزوجة أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا إذا صدر حكم يقضي بإلزام الزوج بأداء النفقة⁶⁸⁹، كما أنّ هذه الفقرة اشترطت ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، فإن كان معسرا و كانت تعلم بذلك فلا يجوز لها طلب التطليق لعدم الإنفاق⁶⁹⁰.

وتجدر الإشارة هنا أنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة و التي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها وبحسب مدخولاته و موارد رزقه، و ذلك ما حددته كل من المادتين 78⁶⁹¹ و 79⁶⁹² من قانون الأسرة، و بذلك لا يجوز لها أن تزعم عدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه عنها⁶⁹³، لأنّ الإنسان لا يكلف ما فوق طاقته طبقا لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁶⁹⁴.

والسؤال المطروح هنا: على من يقع عبء إثبات الإعسار، فهل يقع على الزوج أم على الزوجة؟

إنّ الأصل أنّ "البينة على من ادعى"، وتبعاً لذلك فإنّه يقع عبء الإثبات على الزوجة أنّ زوجها أصبح معسرا، وعلى الزوج أن يثبت أنّه كان وقت العقد معسرا وكانت الزوجة وقتئذ عالمة بإعساره،

⁶⁸⁹ - إذ يجب أن تكون الزوجة قد رفعت دعاوها من قبل إلى المحكمة تطالب فيها زوجها بالنفقة بكل مشتملاتها و يصدر في ذلك حكم يوجب فيه النفقة، وبهذا الحكم يعني أنّ الزوج قد امتنع عن الإنفاق على زوجته، وأنّ هذا الحكم قد أوجب عليه النفقة بأن ينفق عليها ويدفع مبلغا معيناً يقدره القاضي ويبيّنه في حكمه فإن لم يوجب لها النفقة بأن تكون قد سقطت عليها بأي حالة من حالات السقوط، فليس لها الحق أن ترفع دعوى التطليق مباشرة دون وجود حكم في يدها يلزمه بالنفقة وليس معنى ذلك أنه لديها الحكم لرفع الدعوى بل يجب أن يمتنع الزوج عن تنفيذ الحكم؛ أنظر، خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة ...، المرجع السابق، ص.39.

⁶⁹⁰ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.52.

⁶⁹¹ - تنص المادة 78 من ق.أ على ما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة".

⁶⁹² - تنص المادة 79 من ق.أ على ما يلي: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

⁶⁹³ - مصودي مراد و غربي عدلان، المرجع السابق، ص.17.

⁶⁹⁴ - سورة الطلاق، الآية رقم 07.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و الإعسار واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البينة و القرائن، وهنا تتجلى السلطة التقديرية للقاضي في هذه المسألة⁶⁹⁵.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل القاضي ملزم بالحكم بالتطليق بمجرد أن تثبت الزوجة عدم إنفاق الزوج عليها؟ أم يمنح له مهلة لتدبر أموره؟

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة⁶⁹⁶، و في هذا يرى الدكتور بلحاج العربي: "أنه على القاضي أن يمهل الزوج مدة مناسبة ولا يطلق عليه زوجته للعسرة في الوهلة الأولى، لأنّ الزوج في هذه الحالة لا يعد ظالما حتى يطلق عليه القاضي زوجته لرفع ظلمه عنها".⁶⁹⁷

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم يفرق في الامتناع عن النفقة بين قدرة الزوج على ذلك و هو ما يسمى بالامتناع عن الإنفاق عمدا أو عدوانا، و بين حالة عدم الإنفاق نتيجة عجز الزوج عن ذلك⁶⁹⁸، لسبب من الأسباب كالبطالة أو العجز الجسدي الذي يفقده القدرة عن العمل، و هما حالتين

⁶⁹⁵ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.178.

⁶⁹⁶ - وفي هذا اختلف الفقهاء المسلمون، فجعلها الإمامان "الشافعي" و "أحمد" تتراوح ما بين 3 أيام وشهر بدءا من تاريخ التصريح بالحكم بالنفقة، على خلاف "مالك" الذي جعلها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي الذي يحدد هذه المدة بحسب مقتضى حال الزوجين، ومصدر عيشهما والظروف المحيطة بهما، على ألا تتجاوز هذه المدة سنة في جميع الأحوال؛ أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.352-353، ونعتقد أنّ 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 التطليق طبقا لأحكام قانون الأسرة. ويفصل في مدى تأسيس الطلب، آخذا بعين الاعتبار الظروف التي قدم فيها...".

⁶⁹⁷ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 1999، المرجع السابق، ص.277.

⁶⁹⁸ - خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة...، المرجع السابق، ص.41.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مختلفتين يجب ألا يكون حكمهما في القانون واحد⁶⁹⁹، ويستحسن بالمشعر أن يميز و يفرق بينهما.⁷⁰⁰

و الزوج الممتنع عن النفقة لا يخلو من أن يكون له مال ظاهر، أو لا يكون، فإن كان له مال ظاهر وجب تنفيذ الحكم عليه بالنفقة في ماله من غير حاجة إلى التفريق، سواء كان حاضرا أو غائبا.⁷⁰¹

و إن لم يكن له مال ظاهر فلا يخلو من أن يكون قد أثبت عجزه عن الإنفاق، أو لم يثبت. فإن أثبت عجزه عن الإنفاق أمهله القاضي مدة مناسبة، و إن لم يثبت عجزه عن الإنفاق وأصرّ على الامتناع فرّق القاضي بينهما في الحال.⁷⁰²

كما أنّه إذا ثبت للقاضي أنّ الضائقة المالية التي يمر بها الزوج مؤقتة وأنّ الضرر اللاحق بالزوجة ليس جسيما فمن الأفضل أن يمهلها مدة معينة بدلا من أن يحطم حياته الزوجية و ما ينجر عن ذلك من آثار سلبية على الزوجة و الأبناء.⁷⁰³

و قال الإمام مالك رضي الله عنه: "أنّ بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره، و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائز شرعا، و يسقط حقها في طلب التّطليق"⁷⁰⁴، وهذا رأي صائب، ذلك أنّ المرأة الفاضلة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء والضراء، وأنّ الفقر ليس عارًا في الشريعة الإسلامية، وإنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب مادية فانية، و أنّ المال من عند الله سبحانه وتعالى

⁶⁹⁹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.41.

⁷⁰⁰ - دزيري خليل، المرجع السابق، ص.55؛ سميرة معاشي، أحكام التّطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، د.ت.ن، العدد 06، ص.203.

⁷⁰¹ - دزيري خليل، المرجع السابق، ص.55.

⁷⁰² - دزيري خليل، المرجع نفسه.

⁷⁰³ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.179.

⁷⁰⁴ - محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.413.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

يُغني من يشاء، و إن كانت هناك مسؤولية يقول الدكتور عبد الرحمن الصابوني: "فإنها تقع على كاهل المجتمع الذي لم يهيئ لأفراده العيش الكريم".⁷⁰⁵

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة التي أشارت إلى أنه إذا كانت الزوجة عالمة بإعسار زوجها قبل الزواج، فلا يجوز لها طلب التطلاق لأنها رضيت به زوجها وهو معسر. غير أننا نود الإشارة إلى بعض المعطيات التي 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 أنّ امرأة ما رغبت في الزواج من رجل ليس لاعتبارات مالية وإنما لاعتبار آخر كالشهادة العلمية كون خريج جامعي، ولكنه لم يحصل على وظيفة بعد، ظنا منها بأنّ المسألة عابرة ووقتيّة، وبعد الزواج طال انتظارها ولم يجد الزوج الوظيفة، ولم يتمكن من توفير النفقة لها، ألا يحق لها أن تطلب التطلاق إذ أرادت؟ بل قد تكتشف بعد الزواج بأنّ الزوج يتقاعس عن البحث عن عمل يمكنه من الإنفاق عليها.⁷⁰⁶

إنّ التمسك بحرفية النص السابق يؤدي إلى القول بأنّه لا يحق لها طلب التطلاق، لكن إذا أخذنا بروح النص نقول بأنّ لها الحق في طلب التطلاق.

ولذلك يستحسن بالمشروع أن يعدل في النص بطريقة تجعله يُطبّق بصورة مرنة تجمع بين المبدأ والاستثناء وخصوصا إذا تبين تقاعس الزوج عن طلب الرزق ولا يمكن معاقبة الزوجة بمنعها من طلب التطلاق.⁷⁰⁷

كما أنّنا نتساءل عما إذا كان يمكن للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة ما إذا وقع الاتفاق بينها وبين زوجها على أن تشاركه في تحمّل الأعباء المالية الخاصة بالأسرة مقابل عملها؟ وما هو حكم هذا

⁷⁰⁵ - عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979، ص.81.

⁷⁰⁶ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.189؛ بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.180.

⁷⁰⁷ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص.190.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الاتفاق شرعا وتشريعيا؟⁷⁰⁸

إنّ ما يعاتب على المشرع عدم وضعه لنصوص خاصة يعالج بموجبها الحالة التي تكون فيها الزوجة عاملة، وهذا بالنظر إلى مقتضيات العصر واقتحام المرأة عالم الشغل إلى جانب الرجل، وبالنظر إلى كون أنّ حق المرأة في العمل وتولي المناصب العليا أصبح حقا دستوريا، وبالنتيجة ينظم حقها في العمل باعتبارها كزوجة وليس كامرأة، كما فعل ذلك في قانون الأسرة أو قانون الوظيف العمومي.⁷⁰⁹

وبالنسبة لمنهاج بعض القوانين العربية في موضوع التطلاق بناء على طلب الزوجة، نجد أنّها قد انتهجت موقف التفريق بين الزوجين إذا ما طالبت الزوجة بذلك، ففي التشريع المصري نصت على ذلك المادة 04، 06 من القانون رقم 20/25 الصادر سنة 1920 المعدل بالقانون 100/1985 المتعلق بالنفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية.⁷¹⁰

حيث نصت المادة 04 منه على أنه: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يثبت أنه معسر أو موسر ولكن أصّر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادّعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا، وإن أثبت أمهله مدة لا تقلّ عن شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".

أما المادة 06 من نفس القانون تنص على أنّه: "تطلاق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة".

⁷⁰⁸ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلاق، المرجع السابق، ص.125.

⁷⁰⁹ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

⁷¹⁰ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.44.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ما يفهم من هذين النصين، أنّ الزوج إن كان حاضراً وادعى الإعسار مع إقامة البينة أو تصديق الزوجة له فإنّ القاضي يمهل مدة شهرين، فإن لم ينفق طلق عليه.⁷¹¹

أما إذا كان موسراً أو ادعى الإعسار ولم يقدم بينة ولم تصدقه الزوجة ثم أصرّ على عدم الإنفاق و أصرّت المرأة على الطلاق، فعلى القاضي أن يطلقها في الحال.

أما نص المادة 06 فقد بيّن لنا نوع الطلاق بأنّه طلاق رجعي خلافاً للقول الذي يرى بأنّ كل طلاق يوقعه القاضي فهو طلاق بائن، وأنّ للزوج مراجعة مطلّقه في العدة إذا استعد للإنفاق عليها و أثبت يسره في ذلك.⁷¹²

أما المشرع التونسي فقد نصّ في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية على أنّه يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أنّ الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلق عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق.

ومن هذا النص يتبين أنّه في حالة العجز عن النفقة يمهل الزوج لمدة شهرين، فإن عجز بعد ذلك طلق عليه، أما في حالة علمها بالعسر أثناء العقد فليس لها حق طلب الطلاق، وهنا يوافق المشرع التونسي ما ذهب إليه المشرع الجزائري، إلا أنّ هذا الأخير لم ينص على مدة الإمهال.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 102 من مدونة الأسرة المغربية على أنّه: "للزوجة أن تطلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والحكام الآتية:

1- إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا

تستجيب لطلب التطليق؛

⁷¹¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص. 44-45.

⁷¹² - خليل عمرو، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

2- في حالة ثبوت العجز، تحدد المحكمة حسب الظروف، أجلا للزوج لا يتعدى ثلاثين يوما لينفق خلاله وإلا طلقت عليه، إلا في حالة ظرف قاهر أو استثنائي؛

3- تطلق المحكمة الزوجة حالا، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

وتنص المادة 122 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطلق للإيلاء وعدم الإنفاق".

وما يمكن أن يوجه لهاته التشريعات المذكورة من نقد، أنّ النفقة هي بالفعل من ضروريات الحياة، إذ أنّ هذه التشريعات العربية لم تفرق بين حالة عدم الإنفاق مع القدرة بقصد الإضرار، وهنا الإضرار واضح والتعسف بين، وينبغي أن يُردّد وعلى القاضي أن يجيب لطلب الزوجة.

والحالة التي يكون فيها الامتناع للإعسار وعدم القدرة، "وهنا كان على القاضي ألا يجيب الزوجة لطلبها الطلاق إذ الغنى والفقر مطية الإنسان وأنّ الزوجة تكون قد عاشت مع زوجها السراء، فمن الوفاء أن تشاركه الضراء".⁷¹³

كما أنّ هذه القوانين لم تفرق بين المرأة الغنية والمرأة الفقيرة، إذ يجب التفريق بين هاتين الحالتين، فالزوجة الغنية تستطيع الإنفاق على نفسها وعلى زوجها، وهذه لا يستجاب لطلبها إذ أنّ مناط التفريق هو الضرر، ولا لزوجة غنية تملك الإنفاق ولا تنفق، وخاصة إذا ما كانت موظفة، "فهذه في رأينا يجب أن تنفق على نفسها وأسرّها حرصاً على ديمومة الحياة الزوجية واستمرارها".⁷¹⁴

كما اعتبر كل من التشريع المغربي والمصري أنّ نوعية الفرقة هي رجعية، فيستحسن بالمشعر الجزائري أن يقتدي بذلك، إذا أوسر الزوج وكانت الزوجة ما زالت في العدة، فله الحق أن يراجعها في

⁷¹³ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.46.

⁷¹⁴ - خليل عمرو، المرجع نفسه، ص.46-47.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ذلك، فالمشرع الجزائري من خلال مواد قانون الأسرة لم ينص على الطلاق الرجعي على الإطلاق رغم أنه هو الأصل في كل أنواع الطلاق.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات المتعلقة بالتطليق لعدم الإنفاق، ولنا نتساءل عن أهم الإشكالات التي تطرح بصدد التطليق للعيوب؟ وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

2- إشكالات التطليق للعيوب:

المقصود بالعيب الذي يميز للزوجة طلب التطليق من زوجها هو كل عيب يمنع الوطاء والوطء حق مشترك بين الزوجين، فهو حق للزوجة، كما أنه حق للزوج⁷¹⁵ أو هو نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية الأمر الذي أعطى معه الشرع الإسلامي للمرأة حق طلب التطليق.⁷¹⁶

و قد اختلف العلماء في العيوب الموجزة للتطليق⁷¹⁷، بين موسع فيها و بين مضيق، إذ منها ما هو

⁷¹⁵ - أنظر، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.184؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.56.
⁷¹⁶ - أنظر، عمرو عيسى الفقي، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1998، ص.37.

⁷¹⁷ - فقد قال الحنفية أنّ العيب المميز للتفريق هو ما يفوت المستحق بالعقد، والمستحق بالعقد عندهم هو الوطاء وكل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر كبير؛ أنظر، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.322؛ خليل عمرو، المرجع السابق، ص.49. أما المالكية فعندهم العيب الموجب للخيار هو ما منع الوطاء حساً أم طبعاً أو قللاً كما من اللذة، ويشمل في ذلك العيوب الجنسية. والمانع بالطبع هو كل عيب تنفر النفس قربان صاحبه وكل عيب معد؛ أنظر، أبي عبد الله محمد الخرشى المالكي، حاشية الخرشى على مختصر سيدي خليل، ج.03، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ، ص.236؛ خليل عمرو، ص.49. أما عند الظاهرية فإنهم لا يميزون لأي من الزوجين رد النكاح بأي عيب وجد في الزوج الآخر مهما كان نوع هذا العيب سواء كان تناسلياً أو غير تناسلي؛ أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.06، دار الفكر العربي، 1987، ص.255.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

خاص بالزوج، ومنها ما هو خاص بالزوجة، ومنها ما هو مشترك بينهما⁷¹⁸. كالجنون والجذام والبرص...

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فقد نص على هذا السبب -التطليق للعيوب- في الفقرة الثانية من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

إنّ الملاحظة الأولى على هذه الفقرة هي أنّ المشرع لم يجعل هذه العيوب مشتركة بين الزوجين، بل اشترط أن تكون هذه العيوب في الزوج وحده دون أن يشترطها في الزوجة، أمّا الزوج إذا أراد حل عقد الزواج فله أن يستعمل حقه في الطلاق دون استناده إلى تلك الأسباب، وإذا استند إلى واحد من تلك الأسباب فإنّه يرمي من وراء ذلك إلى نفي التعسف عن نفسه في استعمال حقه في الطلاق.⁷¹⁹

كما يعاتب على المشرع أنّه استعمل الجمع فيما يتعلق بكلمة العيوب⁷²⁰ بقوله: "العيوب التي تحول..."، ولم يبين المقصود بالعيوب و لم يبين أنواعها، ولم يحدد لنا معايير أو ضوابط هذه العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كما جاء في الفقه الإسلامي⁷²¹، واعتمد بذلك عبارة

⁷¹⁸ - إنّ أهم ما يختص به الرجل ثلاثة: "الخصاء، والجب والعنة"، فالخصاء: هو سل الخصيتين أو انتزاعهما؛ أنظر، ابن منظور، لسان العرب، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1413هـ - 1993م، ج.4، ص.116. أما الجب: هو استئصال عضو التناسل للرجل؛ أنظر، بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.436؛ أما العنة: فهي صغر الذكر بحيث يتأني منه الجماع ولا يقدر على المباشرة الجنسية؛ بدران أبو العينين بدران، نفس المرجع، ص.436؛ ابن منظور، لسان العرب، نفس المرجع، ج.9، ص.437. وأهم ما تختص به المرأة خمسة: "الرتق، والقرن، والإفشاء، والعفل، والبخر"، فالرتق: هو ضد الفتق، و الرتقاء المرأة المنضمة الفرج؛ ابن منظور، ج.5، ص.132. أما القرن يطلق على التئوم الموجود أعلى رأس الكبش أو الثور، وقد يكون غدة غليظة أو لحم مرتقة؛ ابن منظور، ج.11، ص.135، أما الإفشاء: هو المكان الواسع من الأرض، والمرأة المفضاة هي مجموعة السلكين؛ ابن منظور، ج.10، ص.282، أما العفل: هو نبات لحم في قبل المرأة، يشبه الأذرة التي للرجل في الخصية؛ ابن منظور، لسان العرب، ج.9، ص.293، البخر: هو الرائحة المتغيرة من الفم، وقيل النتن ويكون في الفم وغيره؛ ابن منظور، لسان العرب، ج.1، ص.330.

⁷¹⁹ - أنظر، اليزيد عيسات، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق، الجزائر، 2002-2003، ص.84.

⁷²⁰ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة...، المرجع السابق، ص.126.

⁷²¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.68.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فضفاضة وعامة دون أن يذكر أي عيب من العيوب ولو على سبيل المثال، أهى من العيوب الجنسية أم غير ذلك، واكتفى باعتماد معيار موضوعي لتحديد هها وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج.⁷²²

وهذه من سلبيات قانون الأسرة إذ أنّ جل مواده هي أقرب إلى رؤوس أقلام، والقاضي المكلف بتطبيق هذا القانون المستمد من الشريعة الإسلامية إذا عرضت عليه قضية في هذا المجال، فإنّه يرجع إلى النص فيجده عاما يحمل في طياته خلافاً فقهيّة كثيرة نتيجة عدم وجود نص قطعي يمكن الرجوع إليه⁷²³. فيستحسن على المشرع أن يوضح هذه الخلافات، ولا يمكن أن يترك القاضي يتخبط في الخلافات الفقهيّة المتشعبة في أمهات الكتب، و قد لا يصل إلى المصلحة العليا للأسرة في اختياره الحكم المناسب، و هذا ليس عيباً في القاضي وإنما العيب في عدم وجود النص الجاهز والواضح.⁷²⁴

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لما أحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية بحكم نص المادة 222 من قانون الأسرة⁷²⁵، فإنّه لم يتقيد بمذهب معين، حتى وإن كان في عدم التقيد محاسن استنباط النصوص، أما غير ذلك فقد يكون عدم التقيد بمذهب معين مساوئه أكثر من محاسنه، وعلى ذلك فيا حبّذا لو تقيد المشرع الجزائري بمذهب معين، وليكن المذهب المالكي باعتباره مذهب ومنهج غالبية المجتمع الجزائري.⁷²⁶

كما يعاتب على المشرع أنّه لم يفرق بين ما إذا كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل إبرام العقد وبين ما إذا ما لم تكن عالمة به، ومن ثمّ لنا أن نتساءل عما إذا كان يجب القضاء لها بالتطليق في كلتا

⁷²² - أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.275-276؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.53.

⁷²³ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.69.

⁷²⁴ - خليل عمرو، المرجع نفسه.

⁷²⁵ - نص المادة 222 من ق. أ على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

⁷²⁶ - خليل عمرو، نفس المرجع، ص.69.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الحالتين؟ أم يجب القضاء بالتطليق حتى ولو كانت الزوجة عالمة بالعيب قبل الزواج ورضيت بزواجها على هذه الصفة؟⁷²⁷

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع المغربي قد نص على هذا الأمر في المادة 108 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: "يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب: 1 - ألا يكون الطالب عالما بالعيب حين العقد؛ 2- ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء".

كما يعاتب على المشرع الجزائري أنّه لم يوضح كيفية إثبات هذه العيوب، وهل على القاضي الحكم بالتطليق بمجرد ثبوت العيب أم أنه يمهّل الزوج مدة للعلاج؟ ونرى هنا أنّه من الأفضل الاستعانة بأهل الخبرة⁷²⁸ لإثبات ذلك إذا لم يكن هناك إقرار من الزوج، أمّا 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 وقد جاء فيه: "من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء أنّه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأنّ الاجتهاد القضائي استقرّ على أن تكون الزوجة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإنّ القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية".⁷²⁹

إلا أنّ الإشكال أنّه من خلال التمعن في هذا القرار يتبين لنا أنّه 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؟ .

⁷²⁷ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسر عبر أحكام التطليق...، المرجع السابق، ص.126.

⁷²⁸ - وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض".

⁷²⁹ - مجلس أعلى، المحكمة العليا حاليا، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م ق، 1989، العدد 03، ص.73؛ باديس ذيايي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.49.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إنّ الفقهاء فرّقوا بين العيب الذي يرجى شفاؤه والعيب الذي لا يرجى شفاؤه، فإذا ثبت أنّ العيب يستحيل شفاؤه أو أنّ الشفاء سيستغرق زمنا طويلا فإنّ القاضي يحكم بالتطليق على الفور، أما إذا ثبت له أنّ العيب يمكن شفاؤه فإنّه يؤجل الحكم سنة فإن لم يحصل الشفاء فرّق بين الزوجين، ومثال ذلك العنة، فإذا ادعت المرأة أنّ زوجها عنين لا يصل إليها، أجل مدة سنة فإن لم يحصل الاتصال وأصرّت على التطليق يحكم لها القاضي بذلك، أما الجب فهو من العلل التي لا يرجى شفاؤها والقاضي يحكم بالتطليق فوراً دون منح الرجل أجل سنة لأنّه ميؤوس منه ولا معنى للانتظار.⁷³⁰

وبناء على ما تقدم فإنّ المشرع الجزائري لم يعط هذا الموضوع -التطليق للعيوب- حقه رغم سعته وتشعب أقوال الفقهاء فيه، فكان من الأجدر على المشرع أن يصيغ مواد قانونية تكون أكثر ضابطة للموضوع، ولا يمكن أن يبقى هذا الموضوع على عموميته وإطلاقه بفقرة واحدة.⁷³¹

هذا ما يتعلق بأهم الإشكالات المتعلقة بالتطليق للعيوب، فما هي أهم الإشكالات التي تثار حول التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر؟ وهو ما سيتم بيانه في النقطة الموالية.

3- إشكالات التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

من حق الزوجة على زوجها إعفافها وصيانتها، ولا يحق له أن يهجر زوجته إلا لعلّة أو تأديب، ومن حق الزوج على زوجته حق التأديب، ومن أصناف التأديب الهجر في المضجع، ولكن الجائز من الهجر هو الهجر الجميل، والهجر من غير هجرة موحشة⁷³²، وهذا طبقاً لقوله تعالى: ﴿وَاهْجُرْهُمْ

⁷³⁰ - أنظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج.29، ط.1، الكويت، 1414هـ-1999م، ص.59، 72؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.9، المرجع السابق، ص.516؛ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، دار الكتاب العربية، القاهرة، مصر، سنة 1325هـ، ص.54؛ الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، د.ط، د.س، دار الفكر، بيروت، ج.3، ص.203.

⁷³¹ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.75.

⁷³² - خليل عمرو، المرجع نفسه، ص.77.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

هَجْرًا جَمِيلًا⁷³³، فلا ضرر و لا ضرر، و على ذلك إذا كان يقصد الضرر أو زاد على المقصود من التأديب، فقد أجاز الفقهاء⁷³⁴ و القانون للمرأة حق طلب التطلق.⁷³⁵

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فقد نصّ على هذا السبب في الفقرة الثالثة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "3- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، والمقصود بالمهجر في المضجع هجر الزوج فراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع.

"والمهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته بهدف تهذيبها وإرجاعها إلى طاعته، ولقد أوجب الشرع الإسلامي على الزوجة طاعة زوجها (في غير ما نهى الله سبحانه وتعالى عنه)، ولم ييح لها النشوز والعصيان".⁷³⁶

حيث قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ

⁷³³ - سورة المزمل، جزء من الآية رقم 10.

⁷³⁴ - فالمالكية: قالوا إن كانت له زوجة واحدة وتركها بدون وطء رفعت أمرها إلى القاضي فإنه يقضي لها في كل أربع ليالي ليلة واحدة، وهو واجب عندهم إذا انتفى العذر، أما إذا امتنع بقصد الإضرار مدة لا تحملها فلها الحق في طلب الطلاق؛ أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د. س.ن، ص.431. أما الشافعية والحنفية: فلا يوجبون الجماع لأنه حق له فأجاز له تركه كسكن الدار المستأجرة ولأنّ الداعي إلى الاستمتاع هو الشهوة والمحبة، وعلى ذلك فلا يمكن إيجابه، والمستحب أن لا يعطّلها في ذلك، فلم يقولوا بالتفريق؛ عمرو خليل، ص.78. أما الحنابلة: قالوا يجب على الزوج أن يطأ زوجته كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن هناك عذر، لأنّ النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مضطر إذا دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، وقد حددها بأربعة أشهر قياسا على الإيلاء، فإن أبي الوطاء بعد أربعة أشهر وأبى البيتوتة في ليلة من أربع ليال، قياسا على العدد الذي يجب أن يتزوج فيه ولما جاء في الأثر عن حكم بن كعب فإنّ القاضي يفرق بينهما كما يفرق بسبب الإيلاء. فإن لم يقدر الزوج على وطء زوجته كل أربعة أشهر فرق القاضي بينهما؛ أنظر، موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغنى والشرح الكبير، ج.8، دار الغد العربي، 1995، ص.124؛ عمرو خليل، ص.78.

⁷³⁵ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص.77.

⁷³⁶ - عبد الفتاح تقية، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، المرجع السابق، ص.87-88.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا⁷³⁷.

واتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر عن قصد و بدون سبب شرعي، و في هذا يقول الدكتور فتحي الدريني: "هكذا ينص الفقهاء، على أنّ الحق وسيلة شرعية لغاية معينة فلا يجوز استعمالها غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأنّ ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشرع باطلة"⁷³⁸، كما اتفق الفقهاء على عدم شرعية الهجر لمدة تزيد عن أربعة شهور كاملة، فإذا أساء الزوج استعماله حق التأديب عن طريق الهجر في المضجع، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي، وطلب التطلاق للضرر الذي يلحقها من الزوج من جراء هجره إياها ورفع الظلم عنها.⁷³⁹

وما يمكن ملاحظته أنّ 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 أنّهما يختلفان في جوانب عدة منها:

أنّ الإيلاء⁷⁴⁰ يمين أو قسم⁷⁴¹ 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

⁷³⁷ -سورة النساء، الآية 34.

⁷³⁸ -أنظر، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1981، ص.254.

⁷³⁹ -إلا أنه لا يجوز للزوجة رفع أمرها إلى القاضي من أجل مطالبتها بالتطلاق بسبب الهجر إذا كان هناك ما يبرره من أسباب كالمريض أو أداء الخدمة الوطنية أو في مكان بعيد عن المنزل...أو غير ذلك.

⁷⁴⁰ - لقد ورد الإيلاء في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ سورة البقرة، الآيتان 226 و 227.

⁷⁴¹ - "واليمين التي تقع بها الإيلاء هي اليمين بالله تعالى أو بصفة من صفاته، ولهذا قال الإمام مالك والشافعي أنّ الإيلاء يقع بكل يمين للعموم..."، أنظر، منصور نوري، التطلاق والخلع وفق القانون والشرعية الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليبية، الجزائر، 2012، ص.32. ويشترط في اليمين أن يصدر ممن هو أهلا لذلك وقت اليمين، فلو كان مجنوناً أو معتوها فلا إرادة له، وبالتالي لا قصد له ولا أثر ليمينه، وينتفي القول بالزامه بأي شيء لعدم اعتبار القانون هذا التصرف، وهذا حسب نص المادة 85 من ق.أ والتي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه"؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.67.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الهدف من ورائه الإضرار بها، على خلاف المهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر الذي لا يشترط فيه نية الإضرار بالزوجة.⁷⁴²

و الإشكال الذي يثور هنا هو ما سبب إغفال المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ذكر الإيلاء رغم كثرة حدوثه بين الناس لدواعيه المتعددة؟⁷⁴³

هل أهمل المشرع هذه القاعدة لأنه رآها يميناً معلقة على شرط فأبعدها ليضيق من نسبة الطلاق في المجتمع؟⁷⁴⁴، ومهما كان الأمر فذلك لا يتم على حساب قاعدة شرعية جعلها الله سبحانه وتعالى تعالج أحوالاً خاصة، وبالتالي فإن إهمالها لا يعني عدم حصولها، كما أنّ ذكرها بنص تشريعي لا يعني حدوثها باستمرار.⁷⁴⁵

وكان من المستحسن على المشرع أن يضيف لفظ "الإيلاء" بفقرة جديدة في المادة 53 من قانون الأسرة، أي المهجر المصحوب بالقسم والذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة.⁷⁴⁶

كما أنّ الإشكال الآخر هو أنّ المرأة إذا ما ادعت أنّ زوجها لم يقربها مدة أربعة أشهر وأثبتت ذلك، فما على القاضي إلا أن يستجيب لها من دون أن يبحث إن كان لهذا الزوج نية الإضرار أو ليس له نية الإضرار، ودون أن يبحث عن سبب المهجر، وهذا في رأينا قصور من المشرع.⁷⁴⁷

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم ينص على إعطاء مهلة إلى الزوج لعله يرجع عن غيّه ويحكم عقله قبل الإقدام على فك الرابطة الزوجية، وهي ليست بالأمر الهين، فكان على الأقل الأخذ بما جاء به فقهاء الحنابلة بأن يأمر القاضي الزوج بذلك فإن أبي طلق عليه.

⁷⁴² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 540.

⁷⁴³ - فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 272.

⁷⁴⁴ - فضيل سعد، المرجع نفسه، ص. 279.

⁷⁴⁵ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 185.

⁷⁴⁶ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 197.

⁷⁴⁷ - خليل عمرو، المرجع السابق، ص. 82.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فكان يستحسن بالمشروع إصدار منشور تفسيري يوضح كيف تطبق الفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة، و ذلك لعموميتها و غموضها، و نقترح أنه إذا ما طُلب من القاضي التطليق بين الزوج وزوجته بناء على هذه الفقرة، فعليه أن يتأكد من ثلاثة عناصر:

أ- العنصر المادي اللاشعري: المتمثل في الهجر الحقيقي دون سبب شرعي مقبول.

ب- والعنصر المعنوي والمتمثل في نية الإضرار بالزوجة.

ج- و العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية، فإذا لم يتأكد من توافر هذه العناصر كلها مجتمعة فلا يجوز أن يحكم لها بالتطليق وفقا لهذه الفقرة.

ونجد بأنّ المشروع المغربي قد فصّل في موضوع التطليق للهجر في المضجع أكثر مما جاء به المشروع الجزائري، حيث تكلم عن الإيلاء والهجر في نص المادة 112 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها ما يلي: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفيء بعد الأجل طلقتها عليه المحكمة".

ومن تحليلنا لهذا النص نجد أنّ المشروع المغربي لم يفرق الهجر في المضجع عن الإيلاء باعتبار أنهما لا يختلفان إلا في اليمين، إذ أنّ النص جاء تحت عنوان: "الإيلاء والهجر"، كما أنّه استعمل أداة التخيير "أو"، حيث قال: "إذا آلى الزوج من زوجته أو هجرها...".

ومن شروط التفريق للهجر في المضجع وفقا لنص المادة 112 من مدونة الأسرة المغربية هي: أن يكون هناك حلف من الزوج وهذا الشرط خاص بالإيلاء وليس بالهجر المعروف دون يمين، وللقاضي أن يضرب للزوج مهلة أربعة أشهر إن فاء، وإلا طلقها عليه بعد الأربعة أشهر.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري وتحديدًا نص الفقرة 03 من المادة 53 من قانون الأسرة، فإنّ الإشكال الذي يجب طرحه هو كيفية إثبات الزوجة هجرها في المضجع؟⁷⁴⁸

إنّ مسألة الإثبات والخوض فيها تعد في الحقيقة أمرًا من الصعوبة بمكان⁷⁴⁹، فكيف يمكن للزوجة أن تثبت نية الزوج في الهجر العمدى 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 الدليل.⁷⁵⁰

ويرى الأستاذ يوسف دلاندة: "أنّه يمكن للزوجة الإتيان ببينة، كأن تقدم شهود على أنّ زوجها غادرها منذ أربعة أشهر، أو أن تشكوه للعدالة بجرم ترك الأسرة وتثبت إدانته، ويصبح الحكم الصادر ضده نهائيًا".⁷⁵¹

ومع ذلك تبقى مسألة تقدير هجر الزوج لزوجته مسألة موضوعية يختص بها القاضي الفاصل في الدعوى المطروحة أمامه.⁷⁵²

هذا ما يتعلق بالإشكالات المتعلقة بالتطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فما هي أهم الإشكالات التي تثار حول التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية؟ وهو سنبينه في النقطة الموالية.

⁷⁴⁸ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.55.

⁷⁴⁹ - باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.41؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.185.

⁷⁵⁰ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجان حنان، بن سلامة دنيا، عجينة آمال، بوبكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمامرة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.121.

⁷⁵¹ - يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، ص.55.

⁷⁵² - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.186.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

4- إشكالات 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 ما يلي: "4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية". واعتبارا لكون هذه الفقرة شابها الكثير من الغموض وعدم الوضوح بداية من صعوبة تفسير العقوبة أو الجريمة الشائنة وصولا إلى تحديد الجريمة الماسة بشرف الأسرة من غيرها، لذلك جاء التعديل أكثر وضوحا عندما عدل المشرع الفقرة الرابعة من هذه المادة بقوله: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"⁷⁵³.

فالمشرع في هذا التعديل صحّح الخطأ الوارد في الفقرة السابقة بتحدثه عن الجريمة وليس العقوبة⁷⁵⁴.

كما يلاحظ أيضا "أنّه خفف في التعديل من وطأة الشروط الواردة سابقا، إذ أنّه 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"⁷⁵⁵.

أما بالنسبة للجريمة التي فيها مساس بشرف الأسرة، فلعل المشرع قصد بذلك الجرائم الأخلاقية والماسة بالسمعة والشرف وجرائم 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 العمدية مثلا، فلا يعتبر ذلك سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطليق.

⁷⁵³ - باديس ذيايي، صور فك الرابطة...، المرجع السابق، ص.42.

⁷⁵⁴ - باديس ذيايي، المرجع نفسه، ص.45.

⁷⁵⁵ - باديس ذيايي، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 لمجرد عقوبة الحبس، بل لابد أن تتمسك الزوجة بطلب التطلاق بالإضافة إلى إثباتها أن الجريمة مست بكيان الأسرة والسمعة والشرف⁷⁵⁶.

كما أنّ الإشكال الذي يثار هنا حول جدوى إجراء الصلح في هذه الحالة -أي التطلاق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة-، فالأمر هنا يقتضي التمييز بين ما إذا كان إجراء الصلح في حد ذاته منتج كإجراء أو لا جدوى منه حسب ظروف ووقائع القضية⁷⁵⁷.

فالأصل هو أن يجري القاضي الصلح بهدف التوفيق والإصلاح بين الزوجين لدفع الزوجة إلى تجاوز الضرر، إلا أنّ الإشكال هو إذا كان الزوج في بعض الأحيان حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية لمدة سنوات طويلة لبشاعة الجريمة وخطورتها وكان الزوج قد ارتكب جريمة القتل العمد مثلا أو إحدى الجنايات الأخرى، وحكم عليه بالمؤبد وإلى جانب مشكل إحضار الزوج المسجون، إذا غالبا ما يتم تحويله إلى ولاية أخرى ولا سيما إذا كان الزوج محكوما عليه مؤبدا، فإن إجراء الصلح هنا لا جدوى منه، فتتحول جلسة الصلح إلى جلسة سماع الزوجة على محضر ويتأكد القاضي من إرادتها في طلب التطلاق، كون الصلح في هذه الحالة مستحيل مع الطرف الآخر، وبالتالي غياب الغاية من إجراءاته المتمثلة في جمع شمل الأسرة والتوفيق وإصلاح ذات البين⁷⁵⁸.

ونظرا لأنّ الزوجة متمسكة بطلبها بفك الرابطة الزوجية، لكون الجريمة فعلا مشينة وفيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، فهنا إجراء الصلح يكون فارغ في فحواه مادام أنّ الزوج سوف يقضي مدة طويلة في السجن أو يقضي حياته كاملة في السجن، "فلا يوجد فائدة في

⁷⁵⁶ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص.199.

⁷⁵⁷ - بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.169.

⁷⁵⁸ - بن هيري عبد الحكيم، المرجع نفسه، ص.170.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أن يصلح القاضي الزوجة مع شخص يعد في حكم الميت أو المفقود أو الغائب، والذي يخشى -أي القاضي- من جهة أخرى انحراف الزوجة في حالة عدم الاستجابة لطلبها المتمثل في التطليق".⁷⁵⁹

هذا جل ما يمكن أن يقال عن إشكالات التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

هذا ولقد وضع المشرع سببا آخرًا للتطليق يتمثل في غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

5- إشكالات التطليق بسبب غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة:

لقد نصّ المشرع على هذا السبب في الفقرة الخامسة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة، والتي اشترطت أن يكون الغياب قد دام أكثر من سنة، وأن يكون هذا الغياب غير المبرر مصحوب بعدم الإنفاق.

ولكننا نتساءل متى يبدأ حساب هذه المدة؟ مع العلم أنّ الغيبة تعد من الوقائع المادية، وبالتالي هل يعتد بإثباتها بكافة الوسائل؟ أم يجب القضاء بما جاءت به المادة 109 من قانون الأسرة⁷⁶⁰، وتقييد إثباتها بحكم يقضي بالغيبة قياسا في ذلك على فقدان، ونتيجة لذلك لا يعتبر الشخص غائبا إلا بحكم قضائي؟ غير أنّه 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

⁷⁵⁹ - بن هري عبد الحكيم، ص.170.

⁷⁶⁰ - 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".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فالقاضي هو الذي يقدره، إلا أنه إذا أردنا تطبيق ما جاء به المشرع في المادة 110 من قانون الأسرة⁷⁶¹، نرى أنه يعتبر فيها الغائب كالمفقود، و لكن يلاحظ قصره لهذا التشبيه فيما يتعلق بأموال الغائب، ولا يمكن تمديد هذه الحالة لتشمل حالته الشخصية⁷⁶².

هذا و تنص المادة 112 من قانون الأسرة على أنه: "الزوجة 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 فقدان أن تطلب الطلاق، و هذا الأمر لا يستقيم في حالة المفقود لأنه في الغالب قد يكون معذورا، فرمما فقد في حرب أو زلزال، أو فقد عقله أو ذاكرته فلم يتمكن من العودة إلى أهله.

و من 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 الوسائل⁷⁶³.

ولذلك يستحسن على المشرع ألا يحيل إلى الفقرة 05 من المادة 53 سائلة الذكر، بل كان عليه تمديد مدة أطول لسنتين على الأقل لكون المفقود لا تعلم حياته من موته، وذلك زيادة في التحري والبحث عن الزوج، علما أنه لا يحكم بموته إلا بعد أربع سنوات من تاريخ الفقدان.⁷⁶⁴

ويعاب أيضا على المشرع تعليقه حق المرأة في طلب التطلق 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 المال⁷⁶⁵، وهو ما يدعو للتساؤل حول مدى

⁷⁶¹ - تنص المادة 110 من قانون الأسرة 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".

⁷⁶² - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق ...، المرجع السابق، ص.127.

⁷⁶³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.201.

⁷⁶⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص.202.

⁷⁶⁵ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة ...، المرجع السابق، ص.127.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

جواز طلب الطلاق إذا وجدت الحالة الأولى دون الثانية، أي الغياب غير المبرر فقط بدون الامتناع عن النفقة.

كما أنّ الإشكال الآخر الذي يبقى يطرح نفسه بإلحاح: هل يجري القاضي الصلح في هذه الحالة؟
-أي التطليق بسبب غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة-؟

فالقاضي يعلم جيدا أنّ مثل هذه الدعوى لا تقبل إلا إذا استندت على حكم يقضي بفقدان أو بغياب الزوج، والغريب في الأمر أنّه قد يكون القاضي المعروض عليه الدعوى هو من أصدره.
ولنفرض أنّه أجرى الصلح، فما الغرض المتوخى من إجراء الصلح أمام الضرر البين والفادح الذي لحق الزوجة؟.

والإشكال هو أنّ المشرع يؤكد على ضرورة حضور الطرفين شخصيا إلى جلسة الصلح؟⁷⁶⁶. فكيف يحضر الزوج و هو مفقود أو غائب و صدر حكم بفقدانه أو بغيابه؟ و كيف يكون رد فعل النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا⁷⁶⁷، هل تطالب بإجراء الصلح أم بتجاوزه لعدم فاعليته؟⁷⁶⁸.

إنّ هذا الإجراء المتمثل في محاولة الصلح بين الزوجين لا يقوم إلا بين الطرفين المتنازعين، وهنا الزوج غير موجود ليس لعدم حضوره أو عدم رغبته في الحضور، بل راجع إلى وجود حكم يؤكد واقعة الفقدان أو واقعة الغيبة، و أنّ إجراء الصلح هنا ليس له فائدة بحيث انتفى الغرض منه والحكمة من إجراءاته مفقودة هي الأخرى في قضية الحال.⁷⁶⁹

⁷⁶⁶ - اطلع على المواد : 440، 441، 442، 443، 444 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

⁷⁶⁷ - وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 03 مكرر من ق.أ والتي جاء فيها: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون".

⁷⁶⁸ - بن هيري عبد الحكيم، المرجع السابق، ص.167.

⁷⁶⁹ - بن هيري عبد الحكيم، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وعليه يصبح إجراء الصلح في هذه الحالة مجرد إجراء شكلي، وتتحوّل جلسة الصلح إلى مجرد جلسة سماع، ليتأكد من خلالها القاضي مدى تمسك الزوجة بطلبها في التطليق ليس إلا، ولا علاقة له بمفهوم الصلح في قضاء شؤون الأسرة.

وعليه يستحسن أن يتدخل المشرع و ينص على أنّ القاضي يراعي عند إجراءاته للصلح طبيعة القضية، ومدى جواز إجراء الصلح فيها إعمالاً لسلطته التقديرية.

فعلى سبيل المقارنة مع مدونة الأسرة المغربية في مجال الصلح، فقد وضع المشرع المغربي إجراءات مفصلة لمحاولة الصلح بأن جعل تعميم إجراء محاولة الصلح في جميع حالات التطليق باستثناء حالة الغياب⁷⁷⁰، وهذا بصريح نص المادة 113 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: "أنّه يبيث في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 أعلاه، بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة...".

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.

6- إشكالات التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة:

نصّ المشرع في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة على ما يلي: "6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه،....".

⁷⁷⁰ - دليل عملي المدونة الأسرة، سلسلة الشروح والدلائل، ط.3، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2004، عدد01، ص.10. ويرى الأستاذ إدريس الفاخوري: أنّ المسطرة الصلحية تجرى في جميع الدعاوى التي تتقدم بها الزوجة لإنهاء الرابطة الزوجية، سواء تعلق الأمر بالتطليق للضرر أو العيب أو للغيبة أو عدم الإنفاق؛ أنظر، إدريس الفاخوري، الصلح في العمل القضائي، الطلاق نموذجاً، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، 2005، عدد05، ص.15.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فاعتبر المشرع أنّ مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة والمتعلقة بتعدد الزوجات سبب من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب الطلاق.

حيث جاء في المادة 08 المعدلة من ق.أ ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل.

يجب على الزوج إخبار 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 موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية".

ويثير هذا السبب الذي أقرّه المشرع للمرأة من أجل التطلاق جدلا كبيرا، نظرا لارتباطه بمبدأ هام أقرته الشريعة الإسلامية وهو إباحة تعدد الزوجات⁷⁷¹. وتطبيقا لأحكام الشرع الإسلامي، فقد تبنت

⁷⁷¹ - 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 أباحت الديانة اليهودية دون حد، و أنبياء التوراة قد أكثروا من تعدد الزوجات، كسيدنا داود وسيدنا سليمان وسيدنا إبراهيم عليهم السلام، ولم يرد في كتب الديانة المسيحية نص صريح يُجرّم تعدد الزوجات، و كان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد؛ 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. وعندما جاء الإسلام الحنيف كان لابد من أن يعالج هذه المسألة، ولذلك فإنّ الإسلام لم يُنشئ هذا النظام، وإنما 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 تَعْدِلُوا﴾؛ سورة النساء، الآية الثالثة، وعلى ذلك فالآية دالة على منع الزيادة فوق أربع نسوة كحد أقصى، وقد جاءت السنة النبوية الشريفة موافقة لهذا النص، فقد روي أن غيلان الثقفي أسلم، و تحته عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقْ سِوَاهُنَّ"؛ 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، 1987، ص.306؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.144-145. ولم 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

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

معظم الدول العربية نظام التعدد، و نجدها انقسمت في ذلك، إذ نجد غالبية دول الخليج تأخذ به

ذلك استنادا إلى فحوى النص القرآني المذكور؛ سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، بيروت، لبنان، 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 أَغْنَبَكَ حُسْنُهُنَّ...﴾؛ سورة الأحزاب، الآية: 52..

و قد كان الرسول صلى الله عليه وسلم يتزوج لأغراض عديدة، منها التأليف بين القبائل المتخاصمة، ونشر الدين؛ أنظر، عبد الحميد شاکر، أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وأولاده، ط.1، جروس برس، سنة 1996، ص.91؛ 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 زوجه 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﴾؛ سورة الأحزاب، الآية: 37.

وعندما 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 فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾؛ سورة النساء، الآية: 129. إن هذا الأمر قد دفع بالبعض إلى القول بأن موضوع التعدد غير جائز، لأن هناك تعارض في حكم الآية الأولى مع الثانية، و هو ما يدل على أن الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الاستطاعة وضدها، وهو ما يعني أن الله تعالى لم يبح تعدد الزوجات. لكن لو سلمنا بهذا الكلام فلن يستطيع أحد من المسلمين الزواج، لأن العدل مفروض حتى و لو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط، والحقيقة أنه 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 أنه مطالب به و يحاسب على ذلك، أما الآية الثانية التي تنفي استطاعة العدل بين الزوجات؛ أنظر، سعيد حوى، الأساس في تفسير القرآن، ج.2، ط.5، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص.991؛ أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير، ج.1، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، 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، 1994، ص.132. فهو العدل القلبي وليس العدل المادي، ففطرة الإنسان دائما ميالة إلى الجمال والمحاسن ونحو ذلك؛ وهذا ما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : " تنكح المرأة لأربع، لما لها ولحسبها و لجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين"؛ أنظر، الإمام البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، رقم 4700، دار القلم، 1987؛ أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن ورد، صحيح مسلم، كتاب الرضاع رقم 2661، دار إحياء التراث العربي، 1983. وهذه الأمور قد لا تتوفر في الزوجات الأربع فرمما تتوفر لواحدة دون الأخرى وبالتالي تجد الرجل يميل أكثر إلى أحدها دون الأخريات؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.107-108.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

دون قيد أو شرط⁷⁷²، بينما نجد دول أخرى أخذت به مع التقييد منها الجزائر، المغرب، سوريا، العراق، بينما نجد أنّ تونس قد منعت التعدد⁷⁷³.

أما بالنسبة للأمم الأجنبية -الغربية- فقد وجدت الحل الرخيص، وذلك حين أباحت المعاشرة الحرة بين النساء والرجال دون قيد أو شرط، فسدت باب التعدد وفتحت أبواباً أخرى كالزنا⁷⁷⁴، وكمثال على ذلك نجد أنّ المشرع الفرنسي نص في المادة 147 من تقنيته المدني على أنّه: "لا يمكن إبرام زواج ثاني قبل انحلال الأول"⁷⁷⁵، وهذا المنع يشمل حتى رعايا البلدان العربية بحيث لا يحق لهم إبرام مثل هذا الزواج المتعدد فوق التراب الفرنسي لتصادمه مع النظام العام⁷⁷⁶، وهذا ما نشرته مؤخراً 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 wiht 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 deadth of their spouses before being allowed to remarry»⁷⁷⁷.

⁷⁷² - أنظر، عبد الملك بن يوسف المطلق، الزواج العربي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها، دراسة فقهية واجتماعية نقدية، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، السعودية، سنة 1427-2006، ص.108.

⁷⁷³ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.189.

⁷⁷⁴ - أنظر، علي لبن، الزواج العربي شرعاً وقانوناً، المشكلة والحل، دار النهضة العربية، سنة 2007، ص.40.

⁷⁷⁵ - c.c.f : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ».

⁷⁷⁶ - أنظر، شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البليدة، 2009، العدد 01، ص.48.

⁷⁷⁷ - " 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؛

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وهذا الحظر يشمل حتى الرعايا الفرنسيين ولو وجدوا في الخارج، فبالرغم من أنّ تعدّد 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 المتمثل في القانون الفرنسي من أجل عدم الخروج عن الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع الفرنسي⁷⁷⁸، والأمثلة عديدة في هذا الشأن نذكر على سبيل المثال⁷⁷⁹ 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 و لو تمّ الزواج في الخارج"، إذ يفهم من هذا الموقف أن الجنسية الفرنسية عائق يمنع قبول تعدد الزوجات في فرنسا⁷⁸⁰.

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنّها أباحت تعدد الزوجات دون أن تجعل ذلك أمرا واجبا ولم تجعله مستحبا، وإنّما ربطته بشرط الضرورة، كما أن حكمه ليس التحريم أو الكراهية، بمعنى أنّه لا يثاب على فعله ولا يذم على تركه⁷⁸¹، مع أنّ الزواج الأمثل هو المفرد، لذلك لم يترك التعدد

⁷⁷⁸ - Voir, Andre -CHAPELLE, les fonctions de l'ordre public en droit international privé, these, Paris, 1979, p.305.

⁷⁷⁹ - 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.

⁷⁸⁰ --" 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. lequette, 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 épouse 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 ressortissants français de Mayotte pouvaient jusqu'à loi du 21 juillet 2003 être polygames s'ils n'avaient pas renoncé à leur statut local musulman.

⁷⁸¹ - علي لبن، الزواج العربي شرعا وقانونا، المشكلة والحل، المرجع السابق، ص.40.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

للممارسة العشوائية حيث وجدت القيود الشرعية الثلاث وهي: حصر العدد بأربع زوجات، العدل بين الزوجات، القدرة على الإنفاق والاستمرار فيها طوال الحياة الزوجية⁷⁸².

وبالرجوع إلى قانون الأسرة وتحديد نص المادة 53 منه في فقرتها السادسة نجد أنّ المشرع قد جعل مخالفة أحكام المادة 8 من نفس القانون سببا لطلب المرأة للتطليق، 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.

إلا أنّ هذه القيود التي وضعها المشرع الجزائري في المادة 08 المذكورة تثير في حد ذاتها العديد من الإشكالات، والتي تعرقل تطبيق الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة.

وقبل الخوض في إشكالات المادة 08 المعدلة، أردنا أن ننوه إلى ملاحظة الأستاذ تشوار جيلالي حول هذه المادة، حيث عاتب على هذا النص أنّه أراد تقييد التعدد بطريقة غير مباشرة في الزوجة الثانية فقط، و خير دليل على ذلك أنّه يتحدث دائما عن الزوجة السابقة واللاحقة ولم يذكر

⁷⁸² - 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. وبهذا أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، فالزواج كما شرعه الله تعالى فيه سكنية للنفس، وراحة للضمير والقلب، واستقرار للحياة، لكن قد تعترضه بعض العقبات على نطاق الأفراد والجماعات، فقد تصاب الزوجة بعقم أو مرض مزمن، أو تنبلى الأمم بكوارث ونكبات تفقد فيها شبابها، فيزيد عدد الإناث على الذكور؛ 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، 2007، العدد.1، ص.03. و من ثم يمكن القول أنّ التعدد في الإسلام ليس واجبا، ولا مندوبا، إنّما هو أمر أباحه الإسلام لمقتضيات ومبررات؛ فالتعدد في التشريع الإسلامي علاج ووقاية، و هو مسلك وسط و قوم يتناسب مع الطبيعة البشرية والقطرة الإنسانية؛ أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.146-147.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الزوجات السابقات، حيث نصّ المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 08 : " أنه يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها"⁷⁸³.

ومن بين هذه القيود التي فرضها المشرع لإمكانية التعدد أن يكون للمقبل عليه المبرر الشرعي⁷⁸⁴، لكنّ الإشكال الذي يطرح هنا: ما هو نوع هذا المبرر الشرعي وما هو شكله؟ لاسيما وأنّ الشريعة الإسلامية لم تفرض أو توجب وجود المبرر الشرعي لإباحة التعدد⁷⁸⁵، 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 عدمه⁷⁸⁶.

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 إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى، أو مرضها العضال، فإذا لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد⁷⁸⁷.

⁷⁸³ - أنظر، تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، أقيمت على طلبة سنة أولى ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص معمق، 2011-2012.

⁷⁸⁴ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، المرجع السابق، ص.114.

⁷⁸⁵ - أنظر، عبد الرحمن هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة و المعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، 1990، العدد رقم 02، ص.403؛ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.28-29.

⁷⁸⁶ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.114.

⁷⁸⁷ - تشوار جيلالي، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و يلاحظ أنّ هذا المنشور الوزاري تجاهل مبررات أخرى كقصد العفة مثلا⁷⁸⁸، 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 الضبط⁷⁸⁹، إلا أنّ هذا يؤدي إلى إشكالية التحايل، فقد يقوم الزوج برفع دعوى طلاق، ثم يتركها بعد تسجيل عقد الزواج الثاني⁷⁹⁰.

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 عسيرة⁷⁹¹، 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، وهنا 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 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.

كما أنّ الإشكال الذي يطرح نفسه، هل زوال المبرر الشرعي بعد إبرام عقد الزواج الثاني يعد سببا من أسباب التطليق؟

⁷⁸⁸ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.192.

⁷⁸⁹ - أنظر، مجلة الموثق، 2002، العدد 08، ص.18.

⁷⁹⁰ - نزار كريمة، المرجع السابق، ص.192.

⁷⁹¹ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.114.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 عدها⁷⁹²، و ذلك يتماشى ومحتوى قانون الأسرة، لأنّه ما من إشارة حتى لمفهوم أو مضمون المبرر الشرعي⁷⁹³.

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 عنها⁷⁹⁴، كما أنّ المادة 08 تنصّ في جزء منها على إلزام توفر شروط العدل، وحكم الإلزام هذا إنّما 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"⁷⁹⁵.

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 الآراء الفقهية المفسرة اجتهادا للفظ القانوني لا غنى عنه، والذي بحسب بعضها العدل المادي⁷⁹⁶ المستطاع الذي يتكون من ثلاث: و هي القدرة على الإنفاق⁷⁹⁷ في المأكل والملبس والسكن المناسب والمبيت

⁷⁹² - أنظر، العربي بلحاج، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2002، ص.93.

⁷⁹³ - أنظر، جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة الماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2004-2005، ص.64.

⁷⁹⁴ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.114.

⁷⁹⁵ - أنظر، ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 1998، ص.202.

⁷⁹⁶ - أنظر، محمد عطوي، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، 1987، العدد 12، ص.28.

⁷⁹⁷ - و هو نفس المبدأ الذي فرضه المشرع المغربي، وهذا 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

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فضلا عن المكوث في البيت⁷⁹⁸ الذي قالت بإلزامه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه : " حيث أنّ الزوج لم يقوم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن، بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإنّ الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقا للشريعة الإسلامية..."⁷⁹⁹.

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 والمتمثل في السكن المنفرد البعيد عن الضرة⁸⁰⁰.

"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"⁸⁰¹.

الحالة المادية للطالب تعتمد بالأساس على الميدان الفلاحي إضافة إلى مزاوئته النشاط التجاري في بيع الخضار و نقل البضائع عبر الأسواق الأسبوعية. و حيث 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

⁷⁹⁸ - 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.

⁷⁹⁹ - م ع، غ.أ.ش، 1986/05/05، رقم 41445، غير منشور، مقتبس عن جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات، ص.54.

⁸⁰⁰ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص.115.

⁸⁰¹ - أنظر، تشوار حيدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008، ص.182-183.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 الزوجية⁸⁰².

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 لابد من إفراغها في قالب مكتوب؟

و في هذا الصدد يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: "أنّه من الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج بأخرى و ترفق بالملف مع الوثائق الأخرى"⁸⁰³.

لكنّ الواقع أنّ العدل لا يمكن أن يتحقق القاضي منه إلا بعد الزواج وليس قبله، ويبقى تحري العدل لإباحة التعدد مسألة بين العبد وربّه⁸⁰⁴، ولا مجال للرقابة القبلية عليه، ذلك أنّه أمر

⁸⁰² - تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص.115.

⁸⁰³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.112.

⁸⁰⁴ - أنظر، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، سبل السلام، المجلد الثاني، ج.3، دار الحديث، القاهرة، مصر، ص.1064.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 اللا عدل بينهن، لاسيما فيما يتعلق بإمكانية طلب الزوجة للتطليق، وكذا التعويضات عن كل الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بها، إضافة إلى تذكيره بالأحكام الشرعية المتعلقة بالعدل بين الزوجات⁸⁰⁵.

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 "وأثبت 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 وليس موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، والتأكد من المبرر الشرعي وباقي الشروط، ثم ذكر أنه في حالة موافقة و ليس إخبار الزوجة السابقة واللاحقة يمنح القاضي رخصة بالزواج، فهذا يعني أنّ الموافقة تحل محل المبرر الشرعي، ولا يتأكد القاضي سوى من باقي الشروط⁸⁰⁶.

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 دقيقا ويحسن التقدير إذا رفضت إحداها

⁸⁰⁵ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.194.

⁸⁰⁶ - لعناني سميرة...، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري...، المرجع السابق، ص.62.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الزواج عليها خاصة الزوجة الأولى ومدى مطابقة رفضها 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 عادلا ومحققا للغاية التي أباح القانون و الشرع لأجلها التعدد⁸⁰⁷.

ومع 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 لا يحتاج أحد بجهل وجوده⁸⁰⁸.

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 قيودا 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 قانون الأسرة عقوبة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول⁸⁰⁹.

لكن إذا كان المشرع قد وضع التعدد بيد القاضي أو قيده بترخيص منه يمنح وفقا لتقديره ضوابط ذكرناها، فإننا في مقابل ذلك نتساءل عن الآثار المترتبة على مخالفة شرط الترخيص بالتعدد؟ و هل من شأن هذا الترخيص أن يضبط فعلا عشوائية التعدد، ويقف سدّا أمام جهلة نظام التعدد في الشريعة الإسلامية ؟ أم أنّه يمكن تجاوزه وتجاهله بطريق آخر ومن ثمّ ضرب كل القيود التي وضعها

⁸⁰⁷ - مصمودي مراد وغري 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.

⁸⁰⁸ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجمان حنان، بن سلامة دنيا، عجيبة آمال، بوبكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع...، المرجع السابق، ص.63.

⁸⁰⁹ - تنص المادة 08 مكرر1 على ما يلي: " يفسخ الزواج قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه.".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المشرع عرض الحائط؟ و هل رتب المشرع فعلا جزاء على مخالفة هذا الترخيص؟ أم أنه عبّد الطريق أمام المتحايّلين على القانون لتجاهل هذا القيد؟

لقد حاول المشرع الموازنة بين الرجل والمرأة من حيث منح لهذه الأخيرة ضمانات كحق لها مقابل حقه في التعدد، فمنحها حق التطليق، و هو حق كان مقيدا في المادة 08 قبل تعديلها بعدم الرضا و ليس بالتدليس كما هو الحال بعد التعديل بموجب المادة 8 مكرر⁸¹⁰، 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 بناء على الشروط الواردة في المادة 8، بمفهوم المخالفة أنه إذا حصل دخول، فإن هذا الأخير يكون بمثابة إجازة لهذا الزواج الجديد، و بالتالي 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 8 مكرر 1 التي تعتبر بمثابة المنفذ لمن يريدون التعدد دون مبرر شرعي، أو الثغرة التي يتخذها هؤلاء متنفسا وملأذا 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 القانون⁸¹¹.

كما نجد أنّ المشرع اكتفى بحق التطليق دون أن يرتب أي جزاء على الزوج في حالة مخالفة مضمون المادة 8، و أنه 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 مدنية⁸¹².

⁸¹⁰ - تنص المادة 8 مكرر من ق.أ على ما يلي : " في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق. ".

⁸¹¹ - نزار كريمة، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، المرجع السابق، ص.198.

⁸¹² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.110.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 أنه: " فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً، ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى... "813.

من هنا يمكن أن نفهم بأنّ المشرع ترك الأجل مفتوحاً للزوجة لطلب التطليق، لاسيما وأنّه كرّس هذا الحق في نص المادة 53/6 من قانون الأسرة⁸¹⁴، دون أن يحدد فيها أجلاً لذلك.

وما يمكن قوله في الأخير، أنّ ما جاء به التعديل يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، إذ كيف يمكن للزوجة أن تثبت زواج زوجها عليها إذا كان زواجه الثاني عرفياً لم يثبت بحكم قضائي؟. كما أنّ المشرع مادام 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، ومن ثم يكون قد نجا من كل القيود التي جاء بها قانون الأسرة، لأنّ المشرع أعطاه مفتاح التلاعب وخرق القانون وتجاهل كل الشروط المفروضة، عن طريق المادة 22 من قانون الأسرة⁸¹⁵.

ولهذا، فإذا أردنا تفعيل نص المادة 08 والمادة 8 مكرر 1 ونص المادة 53 –الفقرة 6 منها– من قانون الأسرة، لابد من إلغاء المادة 22، لأنّها تؤدي إلى تجاهل القيود القانونية التي فرضها المشرع في حالات الزواج الخاصة وتجعل منها بلا فائدة وجودها مثل عدمها.

813- 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.

814- تنص المادة 53 ف 6 من ق.أ على أنّه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: مخالفة الأحكام الواردة في م 8 أعلاه".

815- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 92-93.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وخلاصة القول أنّ ما يعاب على المشرع في الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة أنه يكرس مبادئ إلا أنّه لا يبين لنا سبل العمل الواضح بها، فعلى الأقل كان ينبغي أن يبين للقاضي كيفية إثبات علم الزوجة السابقة أو عدم علمها بالزوجة اللاحقة أم العكس، ذلك أنه عسير الإثبات ويمكن للزوجة أن تدعي عدم العلم لطلب التطلق، كأن يكون الإبلاغ عن طريق رسالة موصى عليها أو عن طريق محضر قضائي وذلك بنص قانوني صريح، كي يضيفي على علم الزوجة الطابع المادي والقانوني تفاديا لأي إنكار بعدم العلم، وعليه فثمة فراغ قانوني يعرقل تطبيق الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة⁸¹⁶.

هذا فيما يتعلق بالتطبيق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، فما هي أهم الإشكالات المثارة حول تطلق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة؟.

7- الإشكالات المثارة حول تطلق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة:

اعتبر المشرع الجزائري في الفقرة السابعة من المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة أنّ ارتكاب فاحشة مبينة من طرف الزوج يعد سببا من الأسباب التي تبيح للزوجة طلب التطلق، حيث جاء في هذه الفقرة ما يلي: "7- ارتكاب فاحشة مبينة،...".

وقد انفرد المشرع بالنص عليها دون سواه من قوانين البلاد العربية والإسلامية⁸¹⁷. إلا أنّ المشرع لم يحدد في هذه الفقرة المقصود بالفاحشة، وبالرجوع إلى المادة 337 مكرر من قانون العقوبات⁸¹⁸، نجد أنّ المشرع قد اعتبر من الفواحش القيام بالعلاقات الجنسية التي ترتكب بين ذوي المحارم⁸¹⁹.

⁸¹⁶ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجمان حنان، بن سلامة دنيا، عجيبة آمال، بوكري جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص.129.

⁸¹⁷ - دزيري خليل، المرجع السابق، ص.65.

⁸¹⁸ - وهو الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 4 فبراير 2014، بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 16 فبراير 2014 م، الجريدة الرسمية في عددها رقم 07.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

"وما تجدر الإشارة إليه أنّ 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؟"⁸²⁰.

"كما أنّ 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"⁸²¹.

كما أنّ القاضي لن يحكم بالتطليق لارتكاب الفاحشة إلا إذا توفرت شروط معينة، وهي: -أن يكون هذا الفعل الذي ارتكبه الزوج مخلا بالحياء والآداب العامة، أي كل فعل مناف لمبادئنا الإسلامية ويعتبر فاحشة ومن الكبائر⁸²²؛ - يجب أن يكون هذا الفعل قد ارتكب من طرف الزوج، كما يجب أن تكون العلاقة قائمة بين الزوجة طالبة التطليق والزوج مرتكب الفاحشة أساسها عقد زواج صحيح شرعا وقانونا⁸²³.

هذا و نتساءل عن السبب الثامن للتطليق، و الذي أضافه المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة؟ .

⁸¹⁹- حيث جاء في نص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات مايلي: "تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين: 1- الأقارب من الفروع أو الأصول، 2- الإخوة والأخوات الأشقاء، أو من الأب أو من الأم، 3- شخص وابن أحد إخوته أو أخواته الأشقاء أو من الأب أو من الأم أو مع أحد فروع، 4- الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملته ابنة أو مع أحد آخر من فروع، 5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر، 6- أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت. تكون العقوبة السجن من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة في الحالتين 1 و 2 والحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات في الحالات 3 و 4 و 5 والحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات في الحالة أعلاه. وتطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول. ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/أو الكفالة".

⁸²⁰- باديس ذيايي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.47.

⁸²¹- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.205؛ بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وإحلال الزواج، المرجع السابق، ص.190.

⁸²²- دزيري خليل، المرجع السابق، ص.66.

⁸²³- أنظر، نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية ونقدية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص.141؛ دزيري خليل، ص.66.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

8- الشقاق المستمر بين الزوجين:

إنّ الجديد الذي جاء به التعديل الخاص بقانون الأسرة، هو أنّه أجاز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الشقاق المستمر بين زوجها، و هي حالة لم يشر إليها النص الأصلي، بل كان المعمول بها قضاء⁸²⁴ وقننها المشرع في تعديل 27 فبراير 2005، وقد حظي الاجتهاد القضائي بعناية المشرع وارتقى لمرتبة القاعدة القانونية⁸²⁵، 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، وتتحول الحياة الزوجية إلى جحيم لا يطاق ، و لم يبق من علاج لهذه المعضلة إلا دواء و هو انحلال الرابطة الزوجية⁸²⁶، و بالتالي يكون اقتراح الشقاق المستمر بين الزوجين كسبب من أسباب التطليق صائب.

إلا أنّ المشكل المطروح، كيف يمكن إثبات هذا الشقاق المستمر بين الزوجين؟ لأنّه قد يقع القاضي في ثغرة الفرقة بين الزوجين بظلم من الزوجة بناء على ادعاءات ومزاعم كاذبة للتطليق من الزوج⁸²⁷.

كما أنّ المشرع لم يعرف الشقاق⁸²⁸ بل اكتفى بالنص عليه في المادتين 53 و 56 من ق.أ.⁸²⁹.

⁸²⁴ - 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 24/09/1996 و الذي جاء فيه: "إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، و أنّه لما ثبت أنّ 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 قضوا بتطليق الزوجة لهذا السبب طبقوا صحيح القانون؛ أنظر، م ع، غ.أ.ش، 24/09/1996، 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.

⁸²⁵ - باديس ذباي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص. 51.

⁸²⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجدي، المرجع السابق، ص. 242.

⁸²⁷ - لعناني سميرة، كياس حنيقة، بوجمان حنان، بن سلامة دنيا، عجيبة آمال، بويكر جميلة، هاشمي رحمة، مرزوقي هدى، لعمارة محمد صورية، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، المرجع السابق، ص. 130.

⁸²⁸ - أنظر، عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البليدة، 2009، العدد الأول، ص. 155.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و نلاحظ أنّ المادة 56 قد عرفت الشقاق بطريقة غير مباشرة باعتباره ذلك الخصام الشديد بين الزوجين والذي لا يثبت فيه الضرر، إلا أنّنا نتساءل عن مفهوم الشقاق الذي نصّت 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 الحكمين وكلاهما له أحكام خاصة⁸³⁰.

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؟

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

هذه الفقرة استحدثت بموجب التعديل الجديد، ومصدرها في الأساس المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة هي الأخرى⁸³¹.

وما يؤخذ على هذا التعديل أنّه كان غير دقيق في محاولة الربط والانسجام بين المادة 19 وكذا الفقرة التاسعة المستحدثة في المادة 53 المتعلقة بمخالفة الشروط المتفق عليها.

⁸²⁹ - تنص المادة 56 من قانون الأسرة على أنّه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما".

⁸³⁰ - عبدو أحمد، المفهوم القضائي للشقاق المستمر بين الزوجين كسبب للتطليق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.155.

⁸³¹ - تنص المادة 19 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يراها ضرورة، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، مالم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

المادة 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 أنّ ذلك لم يراع بدقة في المادة 53 و تحديدا في الفقرة التاسعة التي تتحدث عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط⁸³² 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 آخر تطلب بموجبه الزوجة التطليق من زوجها، وذلك في الفقرة العاشرة من المادة 53 من قانون الأسرة، و التي أعطت للزوجة حق التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا، فما هي أهم النقائص التي يمكن طرحها حول هذه الفقرة؟ وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

10- التطليق بسبب كل ضرر معتبر شرعا:

إنّ ما يؤخذ على واضعي قانون الأسرة أنهم إلى جانب الأسباب الأخرى التي أوردوها، اعتبروا سببا من أسباب التطليق 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.

قد يفهم من هذا و كأنّ الأسباب الأخرى التي تم التنصيص عليها في هذه المادة لا تسبب ضررا للزوجة عندما تتوافر شروطها، فلماذا أعادوا هذه الفقرة؟ ولماذا لم يكتفوا بها دون سرد الأسباب السالفة؟⁸³³.

⁸³² - باديس ذباي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص. 52-53.

⁸³³ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق...، المرجع السابق، ص. 128.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وما هو جدير بالذكر في هذا المقام، أنّ المشرع لم يحدد معيارا للتمييز بين ما إذا كان الفعل الصادر عن الزوج اتجاه زوجته يشكل ضررا لها أم لا، و نحن نرى أنّ المعيار المعتمد هو المعيار الشخصي انطلاقا من المعطيات والظروف الاجتماعية والثقافية الخاصة بكل زوجة، لأنّ ما يعتبر ضارا بالنسبة لزوجة ما قد لا يكون ضارا بالنسبة لزوجة أخرى، ومن ثم فإنّ مسألة تقدير ذلك متروكة للقاضي المختص الناظر في دعوى طلب التطلق للضرر المعترف شرعا⁸³⁴.

وفي الأخير، نقول أنّه إزاء هذا التنوع في الأسباب⁸³⁵ والتشتت في الوسائل الموجودة في المادة 53 من قانون الأسرة، يعاب على المشرع أن حتمية الاستجابة للزوجة في طلب التطلق ستؤدي إلى مضاعفة حالات فك الرابطة الزوجية التي نشكو من كثرتها في الجزائر خاصة في الوقت الراهن⁸³⁶.

حيث كشفت الأرقام المستقاة من وزارة العدل عن الارتفاع الكبير لحالات الطلاق المسجلة خلال السنوات الأخيرة، و التي وصلت إلى 125183 حالة طلاق، وارتفاع 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 2011.⁸³⁷

⁸³⁴ - أنظر، دليّة براف، التطلق للضرر المعترف شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البلدة، 2009، العدد الأول، ص.214.

⁸³⁵ - "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 توجهاها المشرع من تخصيص مادة لسبب واحد للطلاق متمثل في النشوز، و عشرة أسباب للتطلق خصص لهما أيضا مادة واحدة؟"؛ أنظر، تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.124.

⁸³⁶ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.73-74.

⁸³⁷ - نشرت هذه الإحصائيات في موقع الجزائر نيوز، يوم 28-02-2011، www.djazairess.com.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه ليس في كثرة أسباب التطليق وتنوعها يكون العلاج للمشاكل الأسرية، وإنما هو خلق لمشاكل عديدة، وخلق لثغرات قانونية قد يستفيد منها من لا يبالي بأي حق من حقوق الغير⁸³⁸.

هكذا وبعد أن تطرقنا إلى أهم الإشكالات الموجودة في المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة التي حددت الأسباب التي ينبغي إثباتها لتطليق الزوجة لزوجها إذا أرادت هي فك الرابطة الزوجية، فإننا سنعالج في النقطة الموالية أهم الإشكالات الموجودة في الخلع الذي يعتبر طريقا آخر تلجأ إليه الزوجة لفك الرابطة الزوجية طبقا لما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة.

ثانيا- 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 ومضطربة غير مستقرة⁸³⁹، نتيجة لعدم وضوح نص المادة 54 من قانون الأسرة قبل تعديله حيث لم يبين موافقة و رضا الزوج من 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 الاتفاق⁸⁴⁰.

⁸³⁸ - تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، المرجع السابق، ص.74.

⁸³⁹ - "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، البليدة، بتاريخ 2009، العدد الأول، ص.167-168.

⁸⁴⁰ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.196.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وقد نصّت المادة 54 قبل تعديلها على أنّه: "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"، ولكن 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 بأنّ: "المادة 54 من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأنّ ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا"⁸⁴¹.

وفي هذا الاتجاه، قد سار المشرع في تعديله للمادة 54 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه وذلك لتتويجا لاجتهادات المحكمة العليا منذ سنة 1992، والتي صبّت جلها في خانة الخلع كصورة من صور فك الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة للزوجة وهو حق لها تستعمله وقت ما شاءت وليس مجرد رخصة حبيسة التزكية والموافقة من الزوج⁸⁴².

ومن أجل ذلك تم توضيح وتحديد أنّ الطلاق بالخلع⁸⁴³ يتمّ دون موافقة الزوج طبقا للفقرة الأولى من المادة 54 المعدلة التي تنصّ على أنّه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها مقابل مبلغ مالي".

⁸⁴¹ - م ع، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، سنة 2001، عدد خاص، ص.134.

⁸⁴² - أنظر، نظرية عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقهاء الإسلاميين، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البليلة، 2009، العدد الأول، ص.198.

⁸⁴³ - يعرف الخلع لغة: "خالعت) المرأة زوجها (مخالعة)، إذا افتدت منه وطلّقتها على الفدية (فخلّعتها) هو (خلّع)، والاسم: (خلْع) بالضم، وهو استعارة من خلع اللباس، لأنّ كل واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك، فكأنّ كل واحد نزع لباسه عنه"؛ أنظر، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج.1، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج.1، ص.178. لأنّ الله تعالى جعل النساء لباس للرجال، والرجال لباس لهنّ فقال جلّ في علاه: ﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لِهِنَّ ﴾، سورة البقرة، جزء الآية 187. أما الخلع اصطلاحا: فقد تعددت تعريفاته عند الفقهاء، حيث عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه"؛ أنظر، زيد الدين بن ابراهيم بن نجم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.4، ط.2 دار الكتاب الإسلامي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1413هـ، ص.119. أما المالكية فعرفوا الخلع بأنّه: "عقد معاوضة على البضع، تملك به الزوجة نفسها، ويملك الزوج العوض به"؛ أنظر، عليش محمد بن احمد بن محمد أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1409 هـ / 1989 م، ص.182؛ أنظر، الخطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لمختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416 هـ - 1995 م، ص.18. وعرفه الشافعية بأنّه: "فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"؛ أنظر، الرملي، نهاية

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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".

ولكن، رغم تدخل المشرع من خلال هذا التعديل، إلا أنّ مادة واحدة حول الموضوع ليست كافية، كونها صورة لها من الحساسية ما يجعلها مهمة للغاية، لأنّ الأمر متعلق بحق المرأة الإرادي والمنفرد في إيقاع الطلاق مقابل مال تدفعه.

وعلى هذا الأساس كان يستحسن على المشرع أن يخصص عدة مواد بشأن هذه الصورة⁸⁴⁴ و أن يحدو حذو 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.

لأنّ المادة 54 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري جاءت ناقصة جدا، إذ أنّها لم تقنن أحكام الخلع كما هو مدون في كتب الفقهاء، و من ثم تركت أسئلة كثيرة دون جواب، منها على سبيل المثال: ما

الاحتاج إلى شرح المنهاج، ج.6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ص.393؛ الشربيني محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج.3، شركة مكتبة البابلي الحلبي وأولاده، مصر، ص.262؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.84. وعرفه الحنابلة بأنّه: "فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة"؛ أنظر، البهوتي، الزمن المربع شرح زاد المستنقع، تعليق عبد الرحمن بن ناصر السعدي، ج.2، د.ط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، دون تاريخ النشر، ص.322. وعرفه ابن حزم الظاهري الأندلسي بأنه: "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها، فخافت أن لا توفيّه حقه، أو خافت أن يبغضها، فلا يوفيها حقه فلها أن تفتدي منه ويطلقها أن يرضى هو و إلا لم يجبر هو، ولا أجبرت هي، وإنما بتراضيهما"؛ أنظر، ابن حزم لأبي محمد علي بن أحمد بن سعد بن حزم، المحلى، ج.9، المكتب التجاري للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د.ت.ن، ص.501. ونلاحظ في التعريفات الفقهية السابقة أنّها مشتركة في لفظ الخلع والبدل، فهي تفيد بأنّ الخلع هو دفع المرأة بدلا لزوجها مقابل فراقها؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.85؛ مديحة بن ناجي، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات، ص.431 وما بعدها؛ معزوزي نوال، الخلع بين الشريعة والقانون، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات، ص.452 وما بعدها.

⁸⁴⁴ - باديس ذياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء الفقه والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص.81.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

هي شروط صحة الخلع؟ و هل يسقط الخلع حقوق الزوجية؟⁸⁴⁵ وهل الخلع معاوضة أم يمين؟ وهل على المختلعة عدة أم استبراء؟ وما حكم الخلع في مقابل بعض المنافع والحقوق كالخلع على الرضاع والحضانة ونفقة الصغير؟⁸⁴⁶.

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، وخاض في هذا الموضوع فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون والسياسة وممثلات الجمعيات النسوية⁸⁴⁷.

فبعدما كان الخلع عقدا رضائيا في البلاد المسلمة⁸⁴⁸، تغير هذا الموقف في بعض البلاد مع مطلع سنة 2000، حيث تدخلت الإرادة التشريعية استجابة لبعض الأصوات المرتفعة المنادية برفع الظلم عن المرأة، و أحدثت نوعا آخر من الخلع وهو الخلع القضائي الذي يوقعه القاضي جبرا على الزوج، وهكذا أصبحنا أمام تنظيمين للخلع، فبعض البلاد حافظت على مذهب الجمهور وتبنّت قول المالكية، في حين مالت بعض البلاد الأخرى إلى تقنين الخلع القضائي⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ - أنظر، شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والقانون المقارن، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، العاصمة، الجزائر، 2008، العدد 04، ص.07.

⁸⁴⁶ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.198.

⁸⁴⁷ - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.07.

⁸⁴⁸ - 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.

⁸⁴⁹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص.31.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ومن أوضح القوانين التي اعتبرت الخلع عقدا رضائيا مع تبني مذهب المالكية هو قانون الأحوال الشخصية الكويتي، حيث نصّت المادة 111 منه في الفقرة "أ" على أنّ: "الخلع هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه، بلفظ الخلع، أو الطلاق، أو المساواة، أو ما في معناها".

وفي نفس الاتجاه سار قانون الأحوال الشخصية السوري و المغربي و غيرها من القوانين في البلاد المسلمة⁸⁵⁰.

ومما هو جدير بالذكر أن أكثر القوانين التي تمسكت باعتبار الخلع عقدا رضائيا أجازت رغم ذلك الخلع غير الرضائي أو ما يسمى بالخلع الإلزامي عند تنظيمها لدعوى التطليق للضرر والشقاق، حيث أخذت بقول السادة المالكية القاضي بتعيين حكّمين للإصلاح بين الزوجين، وعند 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، وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي⁸⁵¹.

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 بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، على أنّه: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه. ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وندبها لحكّمين لموالاته مساعي

⁸⁵⁰ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 199.

⁸⁵¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 32.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر⁸⁵². وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة 18 والفقرتين الأولى والثانية من المادة 19 من هذا القانون، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة الزوجية مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، ولا 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 الطعن⁸⁵³.

واضح أنّ القانون المصري قد وضع جملة من الضوابط الموضوعية و الإجرائية لكي تتم من خلالها المخالعة⁸⁵⁴.

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- إنّ اعتبار الخلع تصرفا انفراديا من الزوجة، تكييف مخالف لاتفاق فقهاء المذاهب السنية، فقد اتفقت كلمة الفقهاء على أنّ الخلع عقد رضائي بين الزوجين، لا يتم إلا بإيجاب وقبول، وحتى بالنسبة للفقهاء الذين أجازوا للقاضي إلزام الزوج بالخلع اعترفوا بمبدأ الرضائية، ولكنهم منحوا القاضي سلطة إيقاع الخلع جبرا على الزوج بصورة استثنائية وفق شروط معينة⁸⁵⁵.

852 - أنظر، أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات ، ص.500.

853 - أنظر، الجريدة الرسمية، في 29 يناير 2000، قانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلق بإصدار تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية، العدد 04 (مكرر) ، ص.14-15.

854 - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.213.

855 - صديق سعوداوي، المرجع السابق، ص.168.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

2- إنّ 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 قنّ الخلع القضائي، وأجاز للقاضي إيقاع الخلع جبرا على الزوج إما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، وإما بعد تأكد القاضي من تعنت الزوج⁸⁵⁶.

3- إنّ الصياغة الحالية للمادة 54 سلبت القاضي كل سلطته في النظر في القضية المعروضة أمامه، حيث جعلته مجبرا 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 طبقا للشكل المقرر قانونا، و يقتصر دور القاضي في التحقيق من إرادة الزوجة وردها المهر الذي ساقه إليها الزوج"⁸⁵⁷.

ولا شك أنّ 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 سبيلها⁸⁵⁸. من جهة؛ وهو حكم في غير مصلحة المرأة نفسها، فقد تطلب الزوجة الخلع لسبب غير جدي يهدم الأسرة، وقد يدفعها الزوج لذلك 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

⁸⁵⁶ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 41.

⁸⁵⁷ - عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 60.

⁸⁵⁸ - 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.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

حكمة المشرع المصري عندما اشترط قبل إيقاع الخلع الاستماع للزوجين و محاولة إقامة الصلح بينهما⁸⁵⁹.

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 أنّ 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 خلع⁸⁶⁰.

5- إنّ المشرع أهمل في نص المادة 54 ذكر شروط الخلع الواجب توافرها في كل من الزوجة المختلعة والزوج المخالعة، مكثفيا فقط بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال⁸⁶¹.

6- أنّ المشرع لم يتطرق إلى الشروط الواجب توافرها في صيغة الخلع⁸⁶²، مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني لا سيما المادة 60 منه، فكل فعل أو قول متداول

⁸⁵⁹ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.202.

⁸⁶⁰ - هذه الإحصائيات منشورة على موقع الجزائر نيوز، يوم 28-02-2011، www.djazairress.com

⁸⁶¹ - أنظر، عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الأمر 02-05، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، تلمسان، أكتوبر 2011، العدد 02، ص.61.

⁸⁶² - يأخذ الخلع حكم العقد بين الزوجين أو من يقوم مقامهما على إنهاء الحياة الزوجية، ويكون على مال تقدمه الزوجة، أو ما يقوم مقامهما إلى الزوج أو وكيله؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.88. والمراد بصيغة الخلع، الإيجاب والقبول وهما ركنا العقد، ومن المعلوم أنّ الصيغة في العقود تكون باللفظ، أو ما يقوم مقامه، فإذا تعذر النطق بالصيغة ينتقل إلى الإشارة أو الكتابة؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.88. وتختلف ألفاظ الخلع من مذهب إلى آخر: فألفاظه عند الحنفية هي: خالعتك، بارأتك، باينتك، فارقتك، طلقي نفسك على مال وزاد، حيث اعتبر الحنفية أنّ 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، 1987، ص.83. أما ألفاظه عند المالكية هي كل ما أدى إلى بدل المرأة مالها لتملك نفسها، أو أدى إلى فرقة ولوبدون

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

بين الناس و متعارف عليه بينهم يستعمل للتعبير عن الرغبة في الطلاق بواسطة الخلع يصح صيغة لهذا الطلاق⁸⁶³.

7- أنّ المشرع لم يورد شروط خاصة يجب توافرها في عوض الخلع⁸⁶⁴، الذي يعتبر المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق على الخلع، ونصّ المشرع على أنّه في حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، إلا أنّ التسليم بهذا القول قد يضرّ بالزوج، فنجد الزوجة هي التي طلبت الخلع من جهة، ولا تدفع إلا قيمة صداق المثل من جهة أخرى، فماذا لو تبين بأنّ الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة؟⁸⁶⁵

وهنا يتضرر الزوج لمجرد 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.

عوض مثل: الخلع والمبارأة والمصالحة والمفاداة؛ أنظر، أبو عبد الله محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجناف و الظاهر المعموري، ج.1، دار الغرب الإسلامي، 1993، ص.275. أما ألفاظه عند الشافعية هي: الخلع أو المفاداة، وهي ألفاظ صريحة في الطلاق، فلا يحتاج فيها إلى بيّنة وقيل: هما كنايةان لأنهما لفظان غير لفظ الطلاق الوارد صراحة في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة؛ 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، 1994، ص.430؛ أما ألفاظه عند الحنابلة فهي: الطلاق، والفسخ، والخلع، والمفاداة؛ أنظر، ابن قدامة، المغني، ج.7، المرجع السابق، ص.250؛ 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، 1997، ص.241-242. أما الظاهرية فلم يفرقوا بين ألفاظ الخلع والمفاداة والطلاق على مال، فكلها تؤدي عندهم إلى معنى واحد، وهو بدل الزوجة مالا لزوجها لقاء طلاقها؛ أنظر، أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج.9، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.511؛ دزيري خليل، المرجع السابق، ص.89.

⁸⁶³ - مدحجة بن ناجي، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.441؛ عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.203.
⁸⁶⁴ - ونشير 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".

⁸⁶⁵ - صديق سعوداوي، المرجع السابق، ص.169.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

والنص بهذه الصورة يفتح باب التحايل بأن تطلب المرأة صداقا كبيرا إذا رأت بأنّ الزوج ثري، ثم تلجأ إلى المخالعة للتخلص من الزوج ، فإذا طلب منها إرجاع الصداق أو قيمته فإنها لا توافق على ذلك⁸⁶⁶.

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"⁸⁶⁷.

وعليه ينبغي على المشرع أن يقرر الحماية الكافية لكلا الزوجين من التحايل على نصوص القانون، وذلك بتدارك النقص المسجل، وتعديل هذا الجزء من المادة 54 من قانون الأسرة بحل عادل للطرفين، لا ينطوي على أي احتمال ظلم لأحدهما، ويكون الضابط في هذه الحالة هو المقدار الحقيقي للصداق المقدم، مع إعطاء الزواج إمكانية إثبات قيمة الصداق الحقيقي بكافة الطرق المقررة لذلك⁸⁶⁸.

و ما يجب التنبيه إليه، هو أنّ قاضي شؤون الأسرة يتمتع بسلطة واسعة في تغيير موضوع الدعوى من خلع إلى تطليق إذا ما توفرت الأسباب الموجبة. حيث منح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي بصفة عامة سلطة واسعة في إعادة التكييف القانوني للوقائع بصريح نص المادة 29 منه، والتي تنص على أنّه: "يعاين القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون أن يتقيد بتكييف الخصوم."

لذلك عند وجود دعوى الخلع وتكون مؤسسة على أسباب التطليق المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة، يكون للقاضي إمكانية إصدار حكم يقضي بالتطليق بدلا من الخلع حتى ولو

⁸⁶⁶ - أنظر، عمران عائشة، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008، ص.76، ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.37-38.

⁸⁶⁷ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.211.

⁸⁶⁸ - ربيع وفاء، المرجع السابق، ص.37-38.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لم تطالب به الزوجة، بشرط توافر أسباب ذلك، لأنّ الزوجة أخطأت في التكييف القانوني الذي ليس من اختصاصها، والقاضي هو الذي يقع على عاتقه مهمة تطبيق القانون بإسقاط الحكم القانوني المناسب على الوقائع⁸⁶⁹.

وبالرجوع إلى المادة 54 من قانون الأسرة، فإنّه يمكن للمشرع إضافة فقرة ثانية لهذا النص في الأخير على النحو التالي: "إذا تبين بأنّ قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي باستكمال الفرق بينهما"⁸⁷⁰، ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: "أنّ هذا الاقتراح لا يمكن أن يكون إجحافاً في حق الزوجة، لأنّ المخالعة جاءت من طرفها، بالتالي تتحمل نتائجها، وفي المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكرهية 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"⁸⁷¹.

ومن خلال كل هذه الملاحظات المذكورة أعلاه، نرى ضرورة تعديل المادة 54 من قانون الأسرة، بأن نعتبر الخلع كأصل عام عقدا رضائياً، لكن استثناء من هذا الأصل نجز 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"⁸⁷².

⁸⁶⁹ - أنظر، لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012، العدد 03، ص. 335 وما بعدها؛ ربيع وفاء، المرجع السابق، ص. 38.

⁸⁷⁰ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 211-212.

⁸⁷¹ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص. 212.

⁸⁷² - شوقي بناسي، الخلع دون موافقة الزوج في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 44.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي باستكمال الفرق بينهما.⁸⁷³

استثناء 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 جبرا على هذا الزوج مقابل رد الزوجة للصداق الذي قبضته⁸⁷⁴.

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، أنّ المشرع لم يعط هذا الموضوع أهميته اللازمة مكتفيا بمادة واحدة من قانون الأسرة تجيز للمرأة حق اللجوء إلى القضاء لتخالع نفسها، كما جاءت المادة 54 ضعيفة من حيث الكم، و تجلّى هذا في عدم كفاية النص لاحتواء كل موضوع الخلع⁸⁷⁵، فكان الأجدر على المشرع لو وضح الكثير من الأمور المتعلقة بهذا الموضوع المهم، حتى نجنب القضاء في الوقوع في إشكالات جديدة⁸⁷⁶.

هكذا و بعد أن عالجنا أهم وأبرز الإشكالات الموجودة في فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، فإنّه يستلزم علينا التطرق في الفرع الموالي إلى إشكالات انحلال الزواج والانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي، والتي نص عليها المشرع في القانون المدني الجزائري.

⁸⁷³ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص. 211-212.

⁸⁷⁴ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 44.

⁸⁷⁵ - 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.

⁸⁷⁶ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق، ص. 205.

الفرع الثاني

إشكالات انحلال الزواج والانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي

نصّ المشرع الجزائري على مسألة انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية المشتملة على عنصر أجنبي في موطنين: - في الفقرة 02 من المادة 12 المعدلة من القانون المدني الجزائري والتي تنصّ على أنه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

- وفي المادة 13 من نفس القانون التي تقضي بأنه: "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".

ويلاحظ بأنّ المشرع أدخل الانفصال الجسماني الذي يمثل فئة قانونية غير معروفة في القانون والمجتمع الجزائري⁸⁷⁷.

كما أنّ المشرع استعمل عبارة انحلال الزواج التي تتضمن كل صور الطلاق من طلاق بالإرادة المنفردة للزوج، وتطليق أو خلع بطلب من الزوجة أو عن طريق الوفاة. وهذا بدليل نص المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

وعليه، فقد أخضع المشرع كل صور الطلاق لنفس القانون، بينما بعض التشريعات العربية قد ميزت بين الطلاق و التطليق ، حيث أخضعت الطلاق إلى قانون الزوج عند النطق به ، و أسندت

⁸⁷⁷ - أنظر، عليوش قريوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري ، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أفريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.157.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

التطبيق إلى قانون الزوج عند رفع الدعوى⁸⁷⁸.

وباستقراء المادة 12 الفقرة 02 والمادة 13 من القانون المدني الجزائري، فإنه يطبق القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى متى كان الزوجين أجنبيين. ويطبق القانون الجزائري وحده إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج.

إلا أنّ هاتين المادتين تطرحان العديد من الإشكالات خاصة من حيث التطبيق. وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى الإشكالات التي تثيرها الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني (أولاً)، وإلى إشكالات الاستثناء الموجود في المادة 13 من نفس القانون المتعلق بانحلال الزواج والانفصال الجسماني (ثانياً).

أولاً- الإشكالات المثارة حول الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني:

ذكرنا بأنّ المشرع الجزائري قد نص في الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني على أنّه: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، إلا أنّ الضابط الذي وضعه المشرع والمتمثل في جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، يثير عدة إشكالات قانونية، وهو ما يؤثر سلباً على العلاقات الأسرية المشتعلة على عنصر أجنبي.

⁸⁷⁸- ففي مصر على سبيل المثال، هناك فرق بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت صدور الطلاق، وباقي الطرق الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية التي تخضع لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى؛ أنظر، درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج والانحلال، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص.52؛ موري سفيان، إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أفريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.27. "كما أنّ هذا الحكم مقرر في سوريا، العراق، ليبيا، الأردن، السودان، الإمارات؛ عليوش قريوع، المرجع السابق، التهميش رقم 06، ص.157.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ويمكن حصر هذه الإشكالات في ما يلي: إشكالية المساس بمبدأ المساواة بين الزوجين (1)، وإشكالية تغير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى (2)، وإمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون (3).

1- إشكالية المساس بمبدأ المساواة بين الزوجين:

إنّ تكريس تطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى على نزاعات انحلال الزواج والانفصال الجسماني أدّى إلى إثارة نقاش واسع حول هذا الحل⁸⁷⁹.

فاختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط يعتبر اختيارا تعسفيا مادام القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج ليس بقانون محايد، مما يخل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، وهو المبدأ المعترف به في الدستور الجزائري⁸⁸⁰، وإعطاء الأفضلية لجنسية الزوج على جنسية الزوجة⁸⁸¹.

كما ينبغي أيضا على إعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إشكالية تغير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى. وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

2- إشكالية تغير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى:

من بين الإشكالات التي يثيرها ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إمكانية تغير الزوج لجنسيته ما بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى. ومن ثم فإنّ إخضاع انحلال الزواج والانفصال

⁸⁷⁹ - موري سفيان، المرجع السابق، ص. 27؛ عليوش قريوع، المرجع السابق، ص. 160.

⁸⁸⁰ - وهو ما تنص عليه المادة 32 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على أنّ: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. ولا يمكن أن يُنذَر بأيّ تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أيّ شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"، وهو دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 69-834، المؤرخ في 70 ديسمبر سنة 6991، المعدل والمتمم. الجريدة الرسمية في عددها 67، والمعدل القانون رقم 20-30 المؤرخ في 01 أبريل 2002 الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 41 أبريل 2002، و القانون رقم 80-91 المؤرخ في 51 نوفمبر 8002 الجريدة الرسمية رقم 36 المؤرخة في 61 نوفمبر 8002، و القانون رقم 61-10 المؤرخ في 60 مارس 6102 الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 7 مارس 6102.

⁸⁸¹ - أنظر، آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، العدد 02، ص. 148؛ موري سفيان، المرجع السابق، ص. 27.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الجسماني لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى من شأنه أن يجعل الرابطة الزوجية تنحل وتنفك وفقا لقانون لا تخضع له الزوجة، ولم يكن في وسعها التبصر بهذا القانون وقت انعقاد الزواج، وهذا ما يؤدي إلى مفاجأة الزوجة، فيكون أكثر إضرارا بمصالحها⁸⁸².

ولهذا يستحسن بالمشرع أن يعتد على الأقل بجنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، بوصفه القانون المعلوم لكل من الطرفين. أو أن يذهب إلى ما ذهب إليه المشرع التونسي في الفصل 49 من مجلة القانون الدولي الخاص التونسية⁸⁸³، حيث جاء في الفقرة الأولى منه أن: " الطلاق والتفريق الجسدي ينظمهما القانون الشخصي المشترك عند إقامة الدعوى، وعند اختلاف الجنسية يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وُجد وإلا تطبق المحكمة قانونها".

ويلاحظ بأنّ المشرع التونسي قد أعطى الأولوية للقانون الشخصي المشترك بين الزوجين عند إقامة دعوى الطلاق والتفريق الجسدي، وعند اختلاف الجنسية بين الزوجين فقد نص على تطبيق قانون آخر مقرر مشترك للزوجين إن وُجد، وفي حالة عدم إمكان ذلك فقد نص على تطبيق المحكمة لقانونها. وبهذا يكون المشرع التونسي قد وضع حلا يساوي بين الزوجين، دون المفاضلة بين قانون أحدهما على الآخر.

وبالرجوع على الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني الجزائري، فإنّه ينجر أيضا على أعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، إمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون، وهو ما سنبيّنه في النقطة الموالية.

⁸⁸² - عليوش قربوع، المرجع السابق، ص. 160؛ موري سفيان، المرجع السابق، ص. 27.

⁸⁸³ - وهو القانون رقم 97 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998، والمتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 01 ديسمبر 1998، في العدد 96.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

3- إمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون:

إنّ ترجيح المعيار الزمني المتمثل في "وقت رفع الدعوى"، أمر من شأنه خلق ظاهرة الغش نحو القانون، والرفع من حجم هذه الظاهرة⁸⁸⁴.

حيث تتبلور ظاهرة الغش نحو القانون⁸⁸⁵، في لجوء الزوج إلى تغيير جنسيته، وذلك من أجل تغيير القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج أو على الانفصال الجسماني، خاصة إذا كان القانون الجديد يقدم له ضمانات لم يكرسها قانون جنسيته عند إبرام عقد الزواج، وعليه فإنه في حالة صعوبة إثبات وجود حالة الغش نحو القانون فإنّ قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى هو القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج أو على الانفصال الجسماني، ومن شأن ذلك الإضرار بمصلحة الزوجة والمساس بمركزها القانوني⁸⁸⁶.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات المثارة حول الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني الجزائري، ولنا أن نتساءل عن الإشكالات المثارة حول الاستثناء الموجود في المادة 13 المتعلقة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

⁸⁸⁴ -أنظر، تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص لسنة 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.179.

⁸⁸⁵ - يعرف الغش نحو القانون بصفة عامة على أنّه: "قيام أطراف العلاقة بتغيير أحد الضوابط التي يتحدد بمقتضاها القانون الواجب التطبيق بشكل متعمد بقصد التهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق أصلا على العلاقة"؛ أنظر، أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج.1، دار هوم، الجزائر، 2003، ص.187.

⁸⁸⁶ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص.179.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ثانيا- إشكالات الاستثناء الموجود في المادة 13 من القانون المدني والمتعلق بانحلال الزواج والانفصال الجسماني:

إنّ من بين أهم المواد المتعلقة بتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية، هو نص المادة 13 من التقنين المدني الجزائري، والتي تنص على أنّه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وتعتبر المادة 13 من القانون المدني استثناء عن القواعد التي تمّ تكريسها في المادتين 11 و 12 من نفس التقنين، ولعل هذه المادة من بين المواد الأكثر إثارة للجدل الفقهي، بالنظر إلى الحل الذي تبنته هذه عندما منحت القانون الجزائري حصريّة الفصل في كل نزاع تشمله نص المادتين 11 و 12. أين يكون فيها أحد الطرفين جزائريا وقت انعقاد الزواج⁸⁸⁷.

وعليه، فإنّ هذه المادة تثير العديد من الإشكالات، والتي من بينها استحالة تطبيق القضاة للقانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني (1)، بل استحالة تطبيق مسألة الانفصال الجسماني من أصلها نظرا لوجود المادة 09 من القانون المدني، والتي تخضع التكييف لقانون القاضي الذي لا يعرف هذه الفئة القانونية الغربية⁸⁸⁸، وعدم موضوعية ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13 من القانون المدني (2)، وعدم فتح المجال إلى حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق (3).

⁸⁸⁷ - أنظر، عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.183.

⁸⁸⁸ - تنص المادة 09 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

1- استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني: إنّ أسلوب الانفصال الجسماني أو كما يسميه البعض بالتفريق الجسدي (Séparation de Corps) عبارة عن نظام لا تعرفه الأنظمة القانونية في معظم الدول العربية⁸⁸⁹.

ورغبة من طرف المشرع الجزائري في ضمان وحماية المصالح الخاصة ذات البعد الدولي، استحدث أحكاما جديدة في قواعد الإسناد عن طريق تعديل القانون المدني لسنة 2005، ومن بينها تلك المتعلقة بالانفصال الجسماني بموجب المادة 2/12 من القانون المدني⁸⁹⁰.

ونجد أنّ المشرع قد أخضع الانفصال الجسماني إلى القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى.

ويعتبر الانفصال الجسماني نظاما غير معروف في قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه نظام يُعمل به في الدول الغربية كفرنسا⁸⁹¹، حيث تنص المادة 296 من التقنين المدني الفرنسي:

« La Séparation de Corps peut être prononcée à la demande de L'un des époux dans Les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce ».

ويقصد بالانفصال الجسماني المباعدة المادية بين أطراف العلاقة الزوجية، وتنقطع بسببه المعيشة المشتركة بينهما لأسباب معينة قد تكون جلية وقد يترك تقديرها إلى القاضي الذي يطرح عليه النزاع⁸⁹².

كما يعرف الانفصال الجسماني على أنّه : " وقف المعيشة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة

⁸⁸⁹ - تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، المرجع السابق، ص.174.

⁸⁹⁰ - حيث كانت تنص الفقرة 2 من المادة 12 من القانون المدني قبل تعديلها على ما يلي: "يسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

⁸⁹¹ - عثمان بلال، المرجع السابق، ص.186.

⁸⁹² - أنظر، بلعير عبد الكريم، محاضرات القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون رقم 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011، ص.93؛ تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص.175.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

مع بقاء الرابطة الزوجية قائمة⁸⁹³.

كما يعرف على أنه: "نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة الزواج في الحال، ولكنه قد يكون سببا للطلاق إذا استمر مدة معينة تختلف من قانون لآخر"⁸⁹⁴.

وقد يعتقد البعض للوهلة الأولى أنّ كل من الانفصال الجسماني والطلاق والتطليق تدل على نفس المعنى أو يتضمن نفس المدلول، و ترتب نفس النتائج أو الآثار، إلا أنّه بتحليل هذه المصطلحات والمفاهيم فإننا نجد فوارق واختلافات بينهم⁸⁹⁵.

حيث يعتبر كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج و التطليق و الخلع بطلب من الزوجة أسلوبين أو طريقتين يؤديان حتما إلى حل الرابطة الزوجية، أما الانفصال الجسماني فلا يؤدي دائما إلى حل الرابطة الزوجية، إذ قد يعود الزوجان إلى ما كان عليه من قبل بعد انتهاء فترة التفريق الجسماني، وقد لا يعودان إلى ذلك عندما يتحول التفريق الجسماني إلى انحلال الزواج بصفة نهائية عن طريق القضاء⁸⁹⁶.

وبالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني محل الدراسة، فإنّ القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني هو القانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج. إلا أنّ الإشكال المثار هنا هو: هل يمكن أن تُطرح مسألة الانفصال الجسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائريا؟ هناك افتراضين: - الافتراض الأول: لو تصورنا أنّ جزائريا تزوج بأجنبية مسيحية فرنسية، فهنا لا يمكن لهذه الزوجة أن تطالب بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري، لأنّ هذا الأخير لن

⁸⁹³ - آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المرجع السابق، ص.144؛ عثمان بلال، المرجع السابق، ص.186.

⁸⁹⁴ - أنظر، الزروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج.1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000، ص.178؛ عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج.2، ط.9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص.308.

⁸⁹⁵ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص.175.

⁸⁹⁶ - تواتي نصيرة، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

يحكم لها بذلك، فهو يجهل مثل هذه المؤسسة القانونية⁸⁹⁷، فالقانون الجزائري لا يعرف تكريس هذا النظام باعتباره يتناقض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي لم ينظم الانفصال الجسماني أصلا⁸⁹⁸.

- أمّا الافتراض الثاني: لو تزوجت جزائرية مع فرنسي مسلم، فهنا لا يمكن للزوج الفرنسي أن يطالب بالانفصال الجسماني أمام القاضي الجزائري، لأنّ هذا الأخير لن يحكم له بذلك باعتبار أنّ قانون الأسرة الجزائري لم ينظم هذه المسألة أصلا⁸⁹⁹.

"وعليه فإنّ الإحالة إلى المادة 12 فقرة 02، المتضمنة الانفصال الجسماني، إحالة غير موفقة، لأنّ هناك استحالة أن يكون انفصال جسماني بين زوجين يكون أحدهما جزائري وتطبيق القانون الجزائري"⁹⁰⁰.

ومن بين الإشكالات التي تثيرها أيضا المادة 13 من القانون المدني، عدم موضوعية ضابط الإسناد المتمثل في جنسية أحد الزوجين الجزائرية وقت انعقاد الزواج، وهو ما سيتم معالجته في النقطة الموالية.

2- عدم موضوعية ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13 من القانون المدني:

يعتبر ضابط الإسناد في نص المادة 13 من القانون المدني لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ضابط غير موضوعي، ذلك أنّه يأخذ على سبيل الحصر بجنسية أحد الزوجين إن كان جزائريا

⁸⁹⁷ - أنظر، آيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائرية، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أفريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.15؛ عليوش قريوع، المرجع السابق، ص.162.

⁸⁹⁸ - تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص.180؛ عليوش قريوع، المرجع السابق، ص.162؛ عثمان بلال، المرجع السابق، ص.189.

⁸⁹⁹ - عليوش قريوع، المرجع السابق، ص.162.

⁹⁰⁰ - عليوش قريوع، المرجع نفسه، ص.163.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وقت انعقاد الزواج، بغض النظر عن جنسية الطرف الآخر، ودون إعطاء أي اهتمام للبحث حول ما إذا كان القانون الجزائري هو الأكثر ملاءمة لحكم النزاع المطروح أمام القضاء⁹⁰¹.

كما أنّ الإشكال الآخر يتمثل في عدم تناسب الظرف الزمني لهذا الضابط، حيث حددت المادة 13 من القانون المدني تطبيق القانون الجزائري في مجال زمني محدد وهو أن يكون الشخص جزائرياً وقت انعقاد الزواج، وينتج عن هذا الموقف بعض الحالات التي يكون فيها القانون الجزائري ليس هو القانون الملائم لحكم القضية المعروضة على القاضي الجزائري، فلو تصورنا أنّ جزائرياً تزوج بفرنسية واكتسب الجزائري الجنسية الفرنسية مع تنازله عن الجنسية الجزائرية، وبعد مدة من الزمن قرر الزوجين فك الرابطة الزوجية، وتمّ عرض النزاع على القاضي الجزائري⁹⁰². فبالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني، فإنّ القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، كون أنّ الزوج كان جزائرياً وقت انعقاد الزواج، إلا أنّ الزوج الذي كان جزائرياً تنازل عن جنسيته واكتسب جنسية بلد آخر، خاصة إذا استقر الزوجين في بلد آخر عدا الجزائر، فكيف يمكن تطبيق القانون الجزائري على زوجين غير جزائريين وقت عرض النزاع على القاضي؟ فلا وجود لما يربط هذا الزوج بالدولة الجزائرية⁹⁰³.

وعليه يستحسن بالمشروع الجزائري إعادة النظر في الظرف الزمني المشار إليه في المادة 13 من القانون المدني.

كما أنّنا نتساءل عن سبب عدم فتح المشروع المجال إلى حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني. وهو ما سيتم تبياناه في النقطة الموالية.

⁹⁰¹ - عثمان بلال، المرجع السابق، ص.190.

⁹⁰² - عثمان بلال، المرجع نفسه، ص.188-189.

⁹⁰³ - أنظر، حسين نواره، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.58-59؛ عليوش قريوع، المرجع السابق، ص.168؛ تواتي نصيرة، المرجع السابق، ص.180.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

3- عدم فتح المشرع المجال إلى حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني:

يميل القانون الدولي الخاص في الآونة الأخيرة، إلى ترك مجال أكبر للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق⁹⁰⁴، مالم يكن القانون المختار من طرف الزوجين مخلا بالنظام العام والآداب العامة.

ذلك أنّ مسألة الأحوال الشخصية هي مسألة من مناهج شخصي، فإذا اتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام القاضي الجزائري، فلا نرى أي مانع لتطبيق ذلك القانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف، بشرط عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة⁹⁰⁵.

هكذا وبعد أن عالجنا أهم وأبرز الإشكالات الموجودة في صور فك الرابطة الزوجية، فإنّه يستلزم علينا التطرق في المبحث الموالي إلى أبرز إشكالات توابع انحلال الرابطة الزوجية.

المبحث الثاني

أبرز إشكالات توابع انحلال الرابطة الزوجية

اعتبر الإسلام الحياة الزوجية ذات أهمية كبيرة كون القرآن الكريم وصفها بالميثاق الغليظ، وأنّ هدمها له من الآثار الوخيمة ما يهدد المجتمع برمته.

ورغم ذلك، " فالطلاق حقيقة اجتماعية وشرعية واقتصادية وأضحى - مع الأسف - ممارسة يومية في عالمنا الإسلامي على غرار باقي العوالم"⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ - CARLIER Jean-Yves, « Autonomie de la volonté et statut Personnel », Cahiers des droits maghrébins, VOL.1, 1995, P.5, 17.

⁹⁰⁵ - عثمان بلال، المرجع السابق، ص. 189.

⁹⁰⁶ - أنظر، باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص. 4-5.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وحفاظا على حقوق الأزواج والأولاد، رُتبت 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 التعسفي⁹⁰⁷.

وينشأ عن الطلاق أيضا عدة تعتدها المطلقة، يلزم فيها المطلق بالدفع لها مقابل اعتدادها وهو ما يسمى بنفقة العدة⁹⁰⁸.

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أنّ أهم وأخطر أثر من آثار الطلاق تعقيدا، وأشدّها خصاما بين المطلقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية وما يشملها من أثاث ومفروشات، وهو أثر لا بد من الفصل فيه إن ثار النزاع بشأنه بين المطلقين"⁹⁰⁹.

ومادام الطلاق يترتب عادة هذه النتائج الخاصة بالزوجين - كالعدة والنفقة والتعويض عند التعسف في الطلاق والنزاع في متاع البيت - فإنّه يترتب أيضا نتائج أخرى تتعلق بالأولاد كالنسب والحضانة.

والإشكال الذي نطرحه يتلخص في مدى مسaire المشرع على ما نصّ عليه الشارع الحكيم وما أقرته السنة النبوية الشريفة، وهل كان موفقا في تحديدها بدقة والتفصيل فيما بينها لاسيما في ظل المواد المختصرة للقانون والآراء المتعددة والمتنوعة للفقهاء والمذاهب؟⁹¹⁰

⁹⁰⁷ - أنظر، بن زينة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، الجزائر، 1428هـ-2007م، ص.119.

⁹⁰⁸ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.206.

⁹⁰⁹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.147.

⁹¹⁰ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.207.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 أنّ الطلاق يترتب 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.

وستتطرق 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)، والإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 15-01⁹¹¹ (الفرع الثالث).

⁹¹¹ - وهو القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة. ج.ر. الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 7 يناير 2015.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الفرع الأول

إشكالات التعويض عند التعسف في الطلاق

تنصّ 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 والقانون، فإنّه لا بد من سبب أو حجة شرعية تدعو إليه، فلو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع أو سبب معقول وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك ضرر جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسّفه وفقا لسلطته التقديرية بتعويض عادل⁹¹².

والتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج عن الحكمة التي اقتضت إباحته⁹¹³، كالطلاق في مرض الموت لحرمان الزوجة من الميراث أو الطلاق من دون أدنى سبب معقول⁹¹⁴.

⁹¹² - مصمودي مراد و غربي عدلان، المرجع السابق، ص.27.

⁹¹³ - كما يعرف التعسف أنّه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل؛ أنظر، زهو أحمد النجدي، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص.27.

⁹¹⁴ - كما أنّ للطلاق التعسفي تطبيقات وصورا عديدة، ومن أشهرها تلك التي نصّ عليها الفقهاء وأسهبوا في ذكر أحكامها وهي:
1-الطلاق في الحيض: وصورة 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، 1997، ص.38.

2- طلاق الثلاث بلفظ واحد: ويظهر التعسف في مثل هذا الطلاق في إهمال الزوج للحكمة المقصودة في التفريق بين الطلقات الثلاث ومناقضته لقصد الشارع في ذلك، فإنّها شرعت ليتدارك المفرط ويعتبر؛ بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.124.

3- طلاق المأزول والسكران: ويتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق في استخفاف الزوج بأهمية عقد الزواج، بحيث لا يعرف قصد المأزول في وقوع الطلاق، والسكران إذا كان متعديا بسكره، متناولا إياه بكامل إرادته، وجمهور الفقهاء يوقعون طلاق المأزول والسكران إذا كان سكره محروما؛ أنظر، الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، ط.1، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، 1989، ص.195؛ أبو الوليد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.82.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ويشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب أو يكون بأسباب واهية مع الإشارة إلى أنّ للزوج أن يوقع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته إلى ذلك ، ولكن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعة إرادته و مسؤوليتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت خلاف ذلك، و أنّ مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتقه، وليس على الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق⁹¹⁵.

إلا أنّ المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة بصياغتها العامة تحمل الكثير من الغموض، فقد كثرت التأويلات بشأنها وحول أساسها خاصة.

فالمشرع لم ينص على معايير هذا الطلاق التعسفي، وحتى اللجنة التي قامت بوضع مشروع التعديل لم توضح ذلك في شرحها للمواد⁹¹⁶.

و لعل أنّ هذا المعيار يقوم على أساسين، أحدهما شخصي يتمثل في النية أو الباعث و ثانيهما موضوعي وهو 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 أنّ هناك إجحافا في حقها وأنّ مصيرها لعبة في يد الرجل يتصرف فيه كيفما يشاء⁹¹⁷.

4- الطلاق بقصد الحرمان من الميراث: وهو أن يطلق الرجل مريض مرض الموت زوجته ليحرّمها من ارثها منه، وهذا بلا شك عدوان لا يرضاه الله وتأباه المروءة؛ أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.1، دار السلام، القاهرة، مصر، 1998، ص.100؛ محمد المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، القاهرة، مصر، 1978، ص.78.

⁹¹⁵ - وهذا ما ذهب إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 والذي جاء فيه: "...إنّ للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته لذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وأن القضاء بالطلاق بالإرادة المنفردة دون تبرير تطابق صحيح للقانون"؛ م ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 223019، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص.104.

⁹¹⁶ - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.120.

⁹¹⁷ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.209.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ويشير الأستاذ باديس ذيابي: " أنّ الواقع السائد في محاكم الجزائر أنّ الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية"⁹¹⁸.

وعليه فإنّنا نتساءل عن مصدر التعويض عن الضرر الذي نصّ عليه المشرع في المادة 52 من قانون الأسرة، هل هو نفقة المتعة التي شرعها المولى عزّ وجل للمطلقات، أم هو التعويض الذي يستند لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الوضعي كما يفهم من عموم نص المادة؟ وهل أنّ التعويض ونفقة المتعة شيئان 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 أنّه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقا وجب عليه المتعة⁹¹⁹ تعويضا لها عما فاتها وهو نوع من التسريح الجميل والتسريح بإحسان، مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرِوفٍ أَوْ تَسْرِحِي بِإِحْسَانٍ﴾⁹²⁰، وأجمع الفقهاء على أنّ التي لم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة⁹²¹، مصداقا لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسْعِرِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁹²².

⁹¹⁸ - باديس ذيابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.14.

⁹¹⁹ - 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"؛ أحمد فتحي بجنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط.1، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ص.25-26؛ السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص.225.

⁹²⁰ - سورة البقرة، الآية 229.

⁹²¹ - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص.98.

⁹²² - سورة البقرة، الآية 236.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أمّا على مستوى التشريع، فإنّ قانون الأسرة لم يتطرق إلى نفقة المتعة ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول، فالباب الثاني المعنون بانحلال الزواج لم يذكر فيه ما يسمى بنفقة المتعة⁹²³.

أمّا على مستوى القضاء، فإنّه لم يحسم المسألة بعد، واختلطت عليه الأمور ولم يتبنّ موقفاً واحداً، ولعلّ اجتهاده تطبيقاً للمادة 222 من قانون الأسرة جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد⁹²⁴.

فالموقف الأول من القضاء اعتبر المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة ومعنى واحد، مثلما جاء في قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 27 يناير 1986 اشتمل على ما يلي: "من المقرر شرعاً وقضاء أنّ المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه .

ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أنّ القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك استوجب النقض جزئياً فيما يخص المتعة"⁹²⁵.

واضح من هذا القرار أنّ 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

⁹²³ - أنظر، عادل عيساوي، ضوابط التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات ، ص.568.

⁹²⁴ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.211.

⁹²⁵ - م ع ، غ.أ.ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م ق، 1993، العدد 04، ص.61.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

القرار الذي خلص إلى أنّ نفقة المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر، وبما أنّ القرار المطعون فيه ظلّم الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما وأنّ منح المطلقة التعويض يعرض القرار للنقض⁹²⁶.

وتأكيدا على نفس الاتجاه، صدر قرار آخر يؤكد أنّ المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، وأنّ منح المطلقة التعويض رغم أنها هي من طالبت بالطلاق يعد خرقا للقانون، هذا ما أكدّه القرار الذي جاء فيه ما يلي: "من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها و ليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة.

و لما كان من الثابت -في قضية الحال- أنّ الزوجة أقامت دعوى التطليق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإنّ القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية"⁹²⁷.

القرار هذا يرسخ أنّ المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي، وخلص إلى أنّه مادام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتطليق، فإنّ ذلك يعد عقابا للزوج ولا يزداد عليه غيره، ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة⁹²⁸.

وهو نفس المبدأ الذي يقر فيه عن التعويض الذي لا تستفيد منه المطلقة كونها هي من طالبت بفك الرابطة الزوجية، وليس هناك ما يؤكد وجود تعسف في طلب الطلاق⁹²⁹.

⁹²⁶ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد...، المرجع السابق، ص.211.

⁹²⁷ - م ع، غ.أ.ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م ق، 1993، العدد 02، ص.41.

⁹²⁸ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.212.

⁹²⁹ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.25.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وفي تأكيد آخر على نفس الاتجاه صدر قرار آخر جاء فيه ما يلي: "من المقرر شرعا أنّ المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أنّ قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون ضدها من الطاعن والحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"⁹³⁰.

والقرار الأخير يؤكد أنّ المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي.

لكن ورغم وجود الموقف الأول الذي سلكه جانب من القضاء والقائل بأنّ المتعة أحكامها هي أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي، فإنّ جانباً من القضاء سلك مسلكاً آخر باعتماده على الفصل بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، فكلّ مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به"⁹³¹.

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، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي"⁹³².

⁹³⁰- م ع، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م ق، 1990، العدد 04، ص.67.

⁹³¹- عادل عيساوي، ضوابط التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.563-564.

⁹³²- م ع، غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م ق، 1989، العدد 02، ص.69.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و في معرض تأسيسه خلص القرار إلى أنّ الشريعة الإسلامية تقر قانونا للزوجة عدة نفقات هي نفقة الإهمال ونفقة العدة ونفقة المتعة وحتى مبلغ على سبيل التعويض.

فالقرار جاء متبنيا لاتجاه آخر يقول فيه أنّ نفقة المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وأنّ ذلك يعكس ما جاء في القرارات المشار إليها سابقا قبل هذا الأخير.

و هذا القرار لم يفصل الأمر تفصيلا دقيقا و لم يحدد الاتجاه الذي بنى عليه موقفه، و رغم أنّه عاصر القرارات المعاكسة في الاتجاه إلا أنّه تبنى لوحده موقفا لم يدعمه لا التشريع ولا آراء الفقهاء ليبقى القرار معزول ودون أساس.

ورغم غياب الإجماع حول الأساس الذي يستند إليه التعويض عن الطلاق التعسفي⁹³³ المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة، فهو نفقة متعة المطلقة أم الجزاء القانوني للتعسف أي التعويض، إلا أنّ الرأي الراجح يخلص إلى أنّ 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:

⁹³³ - اعتبر الدكتور بلحاج العربي أنّ المتعة هي تعويض عن الطلاق التعسفي مستدلا بكيفية ورودها في الفقه الإسلامي، مؤكدا أنّ فرضها في مدونة الأسرة المغربية يتفق مع ندمها 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"؛ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ص.52؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.532.

و يرى الدكتور مصطفى السباعي: "بأنّ التعويض عن الطلاق التعسفي مبدأ جديد في القوانين العربية مستنده نفقة المتعة، و أنّه تشريع جميل بلا ريب من شأنه أن يخفف ألم المطلقة ألم الطلاق"؛ مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص.101.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

1- علة المتعة: "إذا كان الطلاق قبل الدخول يوجب رفع النكاح من الأصل، فكان القياس ألا يجب الضمان، لأنّه عاد المبدل بكماله إلى ملك المرأة فينبغي أن يعود البديل إلى ملك الزوج، إلا أنّ الشرع حكم على الزوج بنصف الصداق متعة و دفعا لوحشة الزوج، فكانت العلة في الحقيقة إنما هي الطلاق"⁹³⁴.

و من هذا الطرح نفهم علة المتعة هي مجرد الطلاق، أمّا نص المادة 52 من قانون الأسرة فيبين أنّ علة التعويض هي وجود التعسف في الطلاق، ومعاناة المطلقة من الضرر من جراء ذلك التعسف، وعليه فلا يمكن إحلال المتعة محل التعويض.

2- إذا كان التعويض يستند إلى المتعة ففي مفهوم المادة 52 من قانون الأسرة أنّ 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 أنّه 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 تعسفيا، وهذا لا يتوافق مع ما قرر للمطلقة قبل الدخول من نصف المسمى⁹³⁵.

3- إنّ سياق المادة 52 من قانون الأسرة يدل على لحاق الضرر بالمطلقة لا محالة، لأنّه لا يحكم بالتعويض إلا إذا تبين تعسف الزوج، فربط التعويض بالتعسف ولم 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 بالتعسف⁹³⁶ أضف إلى ذلك اضطراب الأحكام القضائية

⁹³⁴ - أنظر، حسام الدين السنغاني، الوافي في أصول الفقه، تحقيق أحمد محمود اليماني، ج.4، دار القاهرة، مصر، 2003، ص.1574.

⁹³⁵ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.174.

⁹³⁶ - بن زيطة عبد الهادي، المرجع نفسه، ص.174.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 أنّ 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 أنّ المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة تحمل الكثير من الغموض والنقائص، وأنّ المشرع عند تقنينه لهذه المادة لم يبين مجموعة من النقاط تسهل على القضاء تطبيق مضمون هذه المادة بالشكل الصحيح والموحد⁹³⁷.

وتتجلى هذه النقائص فيما يلي: - أنّ 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 الأسرة⁹³⁸.

- أنّ تعويض الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي يعضده إيجاب المتعة للمطلقة، بالإضافة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، فدعائمه التشريعية قوية بخلاف القانون الذي يرتّب التعويض على أساس التعسف فقط.

و يظهر الأثر في أنّه في حالة غموض التعسف في الطلاق أو رفض أحد الزوجين التفصيل في حيثيات الطلاق قد يحرم الزوجة من التعويض ويكتفي لها بالمتعة، التي لا يمكن أن تصل قيمتها إلى مرتبة التعويض عن المسؤولية، لأنّ ضوابط تقديرها محددة شرعا وأنّ القضاء بها كتعويض قد يصرف

⁹³⁷ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.215.

⁹³⁸ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع نفسه، ص.216.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

عنها وصف المتعة، و ينصرف إلى إرهاب الزوج بما لا يطيق، لأنّ الشارع حينما أوجب المتعة كان تشريعه لها يتميز باللطف في ذلك⁹³⁹.

- إنّ التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي له أساسياته، ودعائمه التشريعية تتضمّن 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، والقانون لم ينص على هذه النفقة غير أنّ 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 و المرأة في هذا الشأن، لأنّ الرجل عرضة أيضا لهذا النوع من الضرر⁹⁴⁰.

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"⁹⁴¹.

فمن الوجهة الشرعية لا نستطيع إلزام الزوج بعد الطلاق بالإنفاق عليها إلا في خلال العدة، كما أنّ 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.

⁹³⁹ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 106-107.

⁹⁴⁰ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 216-217.

⁹⁴¹ - بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، المرجع السابق، ص. 108.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: "أنّه لابد من تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج المسؤولية اتجاهها بسبب تعسفه في الطلاق، و يقضي لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل، ولو بالتقسيط حسب حال الزوج، كما أنّ هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها، وليس هذا بدعة من المشرع إذا عدل النص بهذا الشكل، فقد عاجلت عدة تشريعات عربية هذا الموضوع، ومنها المشرع السوري في المادة 117 منه، حيث نصّت على أنّه: إذا طلق الرجل زوجته وتبيّن للقاضي أنّ الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول، وأنّ الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه، 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"⁹⁴².

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 متاع بيت الزوجية من عدمه، عند قيام النزاع بين الزوجين بشأنه؟. وهو ما سيتم إبرازه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

إشكالات النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية

إنّ من أكثر آثار الطلاق خصاما بين المتطالقين هو النزاع القائم حول محتويات منزل الزوجية، وما يشملها من أثاث ومفروشات قد يكون الزوج جهّز بها بيت الزوجية، وقد تكون الزوجة جلبتها معها يوم زفافها، وعند الطلاق والفراق يصبح كل واحد من الزوجين المتطالقين يزعم أنّ بعضا من أثاث بيت الزوجية ملك له ، وفي الغالب الأعم لا يكون بيد أحدهما أو كليهما دليل أو بيان قاطع يقنع

⁹⁴² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.109.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

بأنّ الشيء محل النزاع ملك خالص للزوج أو ملك خالص للزوجة⁹⁴³.

وعليه فإنّ أهم مشكلة تشغل محاكمنا اليوم في مجال الأحوال الشخصية هي الاختلاف والنزاع الذي ينشأ بين الزوجين عند طلاقهما، أو بين أحد الزوجين وورثة المتوفي منهما بسبب الاختلاف حول ملكية البيت وليس لأحدهما بيعة⁹⁴⁴.

لذلك فإننا من خلال قراءة المادة 73 من قانون الأسرة⁹⁴⁵ نجد أنّ الحكم الوارد فيها جاء في صيغة غير موفقة، نظرا لعموميتها وشمولها، وهذا ما يزيد في تعقيد التعامل مع نفس الحكم⁹⁴⁶.

وعليه، فإنّه يجب على المشرع أن يوضح أكثر مضمون هذه المادة، وذلك من أجل تطبيقها تطبيقا سليما، إذ يجب أن تتوفر على عدة شروط تتعلق بمعنى متاع البيت (أولا)، كما تتعلق بمكان وكيفية حلف اليمين (ثانيا)، وهذه نقاط أغفل عن ذكرها المشرع في المادة 73 من قانون الأسرة، وهو ما نفضّل أن نتحدث عنه وفقا للترتيب التالي:

أولا- عدم تحديد المشرع تعريفا لمتاع البيت وشروطه:

إنّ المشرع لم يضع في قانون الأسرة تعريفا صريحا و واضحا لمتاع البيت، وأنّ قرارات المحكمة العليا ما تزال شحيحة وغير مستقرة في هذا المجال⁹⁴⁷.

⁹⁴³ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 218.

⁹⁴⁴ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 147.

⁹⁴⁵ - تنص المادة 73 من قانون الأسرة على أنّه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيعة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال. والمشتراك بينهما يقتسمانها مع اليمين".

⁹⁴⁶ - الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص. 125.

⁹⁴⁷ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 148.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ومع ذلك فإنّ 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، والمخصصة للاستعمال المشترك داخل المنزل من كل من الزوجين وباقي أفراد الأسرة، مثل: الأفرشة والأغطية و جهاز التلفزيون و البراد، والكراسي والأرائك، وغيرها من الأشياء المستعملة في تجهيز قاعة الأكل وقاعة الجلوس، وغرفة النوم، وغيرها من الأشياء ذات الاستعمال المشترك⁹⁴⁸.

أمّا ما لا يدخل ضمن الاستعمال المشترك، "ويخص الزوجة وحدها مثل المصوغات والملبوسات الشخصية، وأدوات الزينة، أو يخص الزوج وحده مثل: الكتب والأدوات المستعملة لممارسة المهنة كالطب والهندسة...، و مثل: بندقية الصيد والسيارة فإنّّه لا يمكن إدخالها ضمن متاع البيت حتى ولو كانت موجودة في بيت الزوجية، وبالتالي فإنّّه لا يجوز تطبيق المادة 73 من قانون الأسرة بشأنها، وإنما يجب الرجوع إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني"⁹⁴⁹.

وفي هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 19 ماي 1982 نقضت بموجبه قرارا صادرا عن مجلس وهران، جاء فيه أنّ 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 نقضه⁹⁵⁰.

كما أنّ 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.

⁹⁴⁸ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 218.

⁹⁴⁹ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 149.

⁹⁵⁰ - م ع، غ.أ.ش، 1982/05/19، ملف رقم 22117، م ق، العدد 01، 1989؛ مقتبس عن عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 149.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لهذا يجب على قاضي الموضوع أثناء الفصل في قضية نزاع حول متاع البيت أن يتأكد من معرفة ما هو للنساء عادة، وما 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، ويكتفي بتوجيه اليمين طبقاً للمادة 73 من قانون الأسرة، ثم يعطي الحق لمن يحلف، ويمنعه عمن ينكر.

وفي 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 حشياته: "...حيث يظهر من القائمة التي قدمتها الزوجة أن أغلبية الأثاث ينسب إلى الزوج الذي اشتراه كرتب أسرة.

حيث حقا أننا نجد أنّ 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 غير مسبب"⁹⁵¹.

وعليه فإنّه يمكن القول أنّه 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 مثلاً أنّ النزاع وإن كان يتعلق بمتاع البيت إلا أنّه مُنصب على وجوده أو عدم وجوده في بيت الزوجية، وذلك مثل أن يدعي الزوج أنّ ما تطالب به المدعية قد أخذته وقت أو قبل خروجها من محل الزوجية وتقول هي بعكس ذلك، أو ظهر أنّ

⁹⁵¹ - م ع، غ.أ.ش، 1988/01/04، ملف رقم 47456، م ق، العدد 03، 1991، ص.54.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

للمدعي منهما حجة كتابية أو شفوية أو قرينة قوية فإنه في مثل هذه الحالات لا مجال ولا 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"⁹⁵².

و في هذا المعنى صدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 19 جويلية 1988 جاء فيه: "أنّه إذا كان محور النزاع يتعلق بمتاع البيت، ويدور حول من هو أحق بملكته ولا حجة لأحدهما تطبق أحكام المادة 73 وذلك إذا كان متاع البيت موجودا ببيت الزوجية، وغير مختلف ولا متنازع على وجوده، فإن لم يكن كذلك بأن ادعى الزوج أنّ الزوجة المرشحة للطلاق قد أخذت أشياءها، وهي تنفي ذلك، فإنه لا سبيل للفصل في النزاع إلا باللجوء إلى تطبيق القاعدة العامة قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، ولما كان الزوج يدّعي أنّ زوجته قد أخذت مصوغاتها و أثاثها الموجودة في القائمة المقدمة إلى القضاء فإنه سيكون مكلفا بإثبات ذلك بالحجة والدليل، و إن عجز تحلف الزوجة اليمين المتممة ويحكم لها بما طلبت"⁹⁵³.

وبصفة عامة، نقول أنّه يستحسن على المشرع أن يضع تعريفا واضحا لمتاع البيت وأن يحدد شروطه التي أغفل عن ذكرها في قانون الأسرة، كما أنّه يجب أن ينص على مكان وكيفية أداء اليمين، لأنّ سكوته عن ذلك أدّى إلى اختلاف في مواقف القضاء.

ثانيا- سكوت المشرع عن مكان حلف اليمين وكيفية أدائها:

إنّ 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.

⁹⁵² - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.151.

⁹⁵³ - م ع، غ.أ.ش، 1988/07/18، ملف رقم 50075، م ق، 1990، العدد 04؛ مقتبس عن طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.160؛ باديس ذيايي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.100.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ولكنه سكت ولم ينص في قانون الأسرة على المكان الذي يجب أن تؤدَّى فيه هذه اليمين، ولا على الكيفية أو الإجراءات الواجب إتباعها عند أداء اليمين في المادة 73.⁹⁵⁴

وأمام هذا السكوت وعدم بيان مكان وكيفية أداء هذه اليمين، سلك القضاء طرقا مختلفة، واتجه اتجاهات متباينة، فمن ذلك مثلا: نجد من القضاة من يصدر حكما قبل الفصل في الموضوع يوصف أحيانا بأنه حكم تهديدي ويوصف 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 إلى حضور الخصم الآخر، وخاليا من صيغة اليمين وخاليا أحيانا حتى من الإشارة إلى أداء اليمين بحضور نفس القاضي الذي قضى باليمين⁹⁵⁵.

وبناء على ما تقدّم يمكن القول أنّه رغم سكوت قانون الأسرة عن مكان وكيفية أداء اليمين المنصوص عليها في المواد 73، فكان يستحسن بالمشروع أن يلجأ إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المواد من 189 إلى 193 المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بإجراءات اليمين⁹⁵⁶.

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، وحرر الموثق محضرا بذلك، وهذا خلافا للإجراءات المنصوص عليها في المواد 432-433-434 من قانون الإجراءات المدنية، و يخرقه للإجراءات المذكورة يكون قد أساء تطبيق القانون وعرض قراره

⁹⁵⁴ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 222.

⁹⁵⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 152.

⁹⁵⁶ - أنظر، طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط. 1، دار الخلدونية، 1430-2009، الجزائر، ص. 161.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

للتقضى⁹⁵⁷.

و عليه نقول أنّ مسألة أداء اليمين، هي مسألة مرتبطة بالتربية الأخلاقية داخل الأسرة، ومدى قوة الوازع الديني عند الفرد الواحد، فمكان أدائها لا يؤثر إذا كان الفرد خلوا من جوانب الارتباط المذكور أعلاه.

ويرى الأستاذ تقيّة عبد الفتاح: "أنّه من المستحسن أن تؤدى أمام القضاء، الذي يأمر بأدائها، لأنّ جهاز العدالة أيضا جهاز قداسة، ولأنّه مكان تحقيق العدالة والمساواة بين الناس، ومنه أيضا ضمانا لسير الإجراءات بكيفية أسرع دون تأجيل القضية لمدة طويلة، أو إلى إصدار حكم تحضيري قبل صدور الحكم النهائي، وفي نفس الوقت تقليص للمصاريف بالنسبة للمتقاضين، لأنّه ما ثبت في الواقع أنّ الأطراف المتنازعة تدفع مبالغ باهضة في هذا الصدد مقابل حضور المحضر القضائي لعملية أداء اليمين بالمسجد وتحريره لمحضر عن هذا الإجراء"⁹⁵⁸.

وهناك إشكال مهم تجدر الإشارة إليه، وهو أنّ اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها خلال سنوات مضت فإنّها لم تعد اليوم كذلك، لاسيما بعد اندفاع معظم أفراد المجتمع الجزائري نحو ماديّات الحياة، وبعد ضعف الوازع الديني، وانعدام التربية الأخلاقية عند الأسرة، فإذا كان الجزائري فيما مضى يخجل أن يحلف اليمين لتدعيم حقه الواضح، فإنّ هناك كثير من الناس -وليس كلهم طبعاً- من يحلف اليوم عشرات الأيمان كذبا وزورا وبهتانا، من أجل الحصول على ثمن بخس، أو منفعة تافهة ورخيصة دنيئة⁹⁵⁹.

و إجمالا نقول أنّ المشرع لم يكن موفقا عند تطرقه لموضوع النزاع حول متاع بيت الزوجية، و ذلك باقتصاره على مادة واحدة ووحيدة، فالمادة 73 من قانون الأسرة التي تتحدث عن النزاع حول متاع

⁹⁵⁷ - م ع، غ.أ.ش، 1985/10/02، ملف رقم 33851، م ق، 1989، العدد 01، ص.66.

⁹⁵⁸ - تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص.387.

⁹⁵⁹ - تقيّة عبد الفتاح، المرجع نفسه، ص.386.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

بيت الزوجية لا تجيب عن كل الأسئلة والاستفسارات التي يطرحها النزاع بصفة جدية، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله.

و تترك باب الاجتهاد مفتوحا خلق ممارسة قضائية ليست سليمة، وجعلت من الشراح والمفسرين يثيرون الموضوع تحت تسمية الإشكاليات التي تثيرها المادة 73 من قانون الأسرة، فكان من الأفضل أن يتدخل المشرع 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، لأنّ هذه الأخيرة ليست واضحة عند الكثير من القانونيين⁹⁶⁰.

و يظل تدخل المشرع ضروريا في النزاعات القائمة حول متاع البيت، حتى نكون أمام قانون مكتوب متوازن وليس أمام اجتهاد قضائي مضطرب وغير منسجم.

هذه بصفة عامة أهم الإشكالات المتعلقة بالنزاع حول متاع بيت الزوجية، فما هي أهم الإشكالات التي يثيرها صندوق النفقة الذي استحدثه المشرع الجزائري بالقانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 15-01

يعد القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة أمرا في غاية الأهمية خاصة من الناحية الاجتماعية؛ حيث يهدف هذا القانون من حيث المبدأ إلى تحقيق ما يسمى بالاستقرار الاجتماعي، وذلك من خلال حل كل العراقيل المادية والاجتماعية التي تعترض الحياة اليومية للأسر المعوزة⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ - عبد الحكيم بوجاني، المرجع السابق، ص.224.

⁹⁶¹ - أنظر، محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، 01 يناير 2013، العدد الثالث، ص.01-02.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ومن أهمّ المشاكل التي تعترض هذه الأسر، هي مسألة نفقة المطلقة وأبنائها، والتي استفحلت بشأها القضايا المعروضة أمام القضاء الجزائري؛ مما جعل منها ظاهرة عويصة العلاج، لم تنفع معها الحلول التشريعية التي جاء بها قانون الأسرة الجزائري.⁹⁶²

وأمام تفاقم المعضلات الاجتماعية التي واجهتها الأسر الجزائرية المعوزة، من جهة، والأم المطلقة في ظل صعوبات التنفيذ التي تحد من فعالية الأحكام القضائية الخاصة بالنفقة، من جهة أخرى حاول المشرع الجزائري على غرار المشرعين الآخرين من الدول العربية⁹⁶³ تجاوز هذه المشاكل من خلال إحداث ما يسمى بصندوق النفقة الذي يتكون من 16 مادة⁹⁶⁴. والذي صوّت عليه نواب المجلس الشعبي الوطني بالإجماع بالجزائر العاصمة. وقد ترأس جلسة التصويت آنذاك رئيس المجلس الشعبي الوطني محمد العربي ولد خليفة بحضور وزير العدل حافظ الأختام الطيب لوح⁹⁶⁵.

وفي كلمته عقب التصويت على مشروع القانون، اعتبر وزير العدل حافظ الأختام أنّ صندوق النفقة "الذي له طابع إنساني يشكل لبنة جديدة تضاف إلى المنظومة القانونية الجديدة لحماية وتعزيز

⁹⁶² - أنظر، بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، مداخلة أُلقيت في اليوم الدراسي حول: منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، في جامعة تلمسان، يوم 22 أبريل 2015.

⁹⁶³ - ومثاله المشرع المغربي الذي استحدث بدوره صندوق التكافل العائلي، بمقتضى القانون رقم 10.41 المتعلق بشروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 191.10.1، بتاريخ 7 محرم سنة 1432 الموافق 13 دجنبر سنة 2010، الجريدة الرسمية عدد 5904، الصادر بتاريخ 24 محرم 1432 الموافق 30 دجنبر 2010، وكذلك المشرع التونسي من خلال القانون عدد 65 لسنة 1993 المتعلق بصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق، والمشرع البحريني من خلال القانون رقم 34 لسنة 2005 والمتعلق بإحداث صندوق النفقة.

⁹⁶⁴ - للإطلاع على جميع مواد القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 7 يناير سنة 2015. أنظر الملحق رقم 09 من هذه الأطروحة.

⁹⁶⁵ - أنظر، الموقع الإلكتروني: <http://www.aps.dz/ar/societe/9980>.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

حقوق المرأة والطفل في الجزائر". وقال الوزير أنّ هاتين الفئتين (المرأة والطفل) حظيتا باهتمام خاص من قبل رئيس الجمهورية الذي أوصى في العديد من المناسبات بـ "ضرورة تعزيز الإطار القانوني الخاص بهم"، مشيراً إلى أنّ المشروع الذي تم التصويت عليه هو "تكريس في الميدان لتوجيهات رئيس الدولة"⁹⁶⁶.

وذكر السيد وزير العدل بخصوص مجهودات الدولة لتعزيز حماية المرأة بالإصلاح الدستوري لسنة 2008 وقانون الانتخابات في 2012 اللذين تمكنت المرأة بفضلهما من ترقية حقوقها وتعزيز مكانتها في المجالس المنتخبة⁹⁶⁷.

وأمام ما تعيشه بعض الأمهات المطلقات من وضعيات صعبة بسبب ما يطلهن، وكذا أطفالهن من إهمال وتعسف، نتيجة إحجام المحكوم عليه عن مواصلة تحمل التزاماته بالإنفاق على أبنائه، مما يؤدي بالكثير إلى التشرّد والانحراف⁹⁶⁸، وبدخول صندوق النفقة حيز التطبيق، سيكون هناك بصيص من الأمل للكثير من المطلقات الحاضنات للتخلص من مشاكل الجري وراء الزوج من أجل مبلغ النفقة⁹⁶⁹.

ويلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حدّد في المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بصندوق النفقة المقصود بالنفقة، حيث نصّ في الفقرة الأولى منها على ما يلي: "النفقة : النفقة المحكوم بها

⁹⁶⁶ - أنظر، الموقع الإلكتروني: <http://www.aps.dz/ar/societe/9980>

⁹⁶⁷ - أنظر، الموقع الإلكتروني: <http://www.aps.dz/ar/societe/9980>

⁹⁶⁸ - الكلمة التقديمية لمشروع القانون رقم 10-41 المتعلق بتحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، والتي تقدم بها وزير العدل المغربي أمام مجلس النواب يوم 02 نوفمبر سنة 2010، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع القانون رقم 10-41، دورة أكتوبر 2010، ص.02؛ محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص.02.

⁹⁶⁹ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، "،..وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، " .

ومن خلال نص المادة 2 من القانون 01-15 يظهر بجلاء أنّ المشرع الجزائري أنشأ صندوق النفقة كحل بديل يحل محل النفقة المفروضة على الزوج اتجاه أبنائه وزوجته التي طلقها، وأنّ النفقة المقصودة في القانون 01-15 هي النفقة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري رقم 02-05 في المادة 78 منه، مثله مثل التشريعات العربية الأخرى، كالمشرع المغربي في المادة 189 من مدونة الأسرة المغربية⁹⁷⁰ و المشرع التونسي في المادة 50 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁹⁷¹.

كما قد استقر قضاء المحكمة العليا الجزائرية على ما هو من عناصر النفقة في قرار رقم 51596 الصادر بتاريخ 07 نوفمبر 1988، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا أنّ النفقات المحكوم بها لفائدة الأولاد مخصصة من أجل المعيشة و اللباس و العلاج شرعا و قانونا و القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون "972 .

أما النفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة فتشمل نفقة الإهمال أي الفترة التي كانت موجودة في بيت أهلها لأنها كانت لا زالت زوجته، و كذلك نفقة المتعة و هي التعويض، و نفقة العدة⁹⁷³.

⁹⁷⁰ - حيث تنص المادة 189: " تشمل النفقة الغداء و الكسوة و العلاج، و ما يعتبر من الضروريات و التعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168 أعلاه

يراعى في تقدير كل ذلك ، التوسط و دخل الملزم بالنفقة ، و حال مستحقها ، و مستوى الأسعار و الأعراف و العادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة " .

⁹⁷¹ - و تنص المادة 50: " تشمل النفقة الطعام و الكسوة و المسكن و التعليم و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة " .

⁹⁷² - المحكمة العليا، غ.أ. ش. ، 1988/11/07، الملف رقم 1596، مقتبس عن : فضيل العيش ، شرح وجزير لقانون الأسرة الجديد ، مطبعة طالب، الجزائر ، 2007-2008 ، ص.76.

⁹⁷³ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 01-15 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أما بالنسبة للنفقة المؤقتة للأطفال فهي تلك التي تدخل في القضايا الاستعجالية والتي تثبت الحاجة الملحة لها، خاصة إذا كان طفلا رضيعا ويحتاج إلى كل ما يلزم أو لا يوجد للمرأة في الفترة قبل النطق بالحكم النهائي ما تنفقه على طفلها، وعليه فلاستعجال شرط لازم لاختصاص القضاء المستعجل بنظر دعوى النفقة المؤقتة، كما يتحقق الاستعجال في دعوى النفقة المؤقتة إذا لم يقيم المدعى عليه دليل جدي على وجود مورد آخر للمدعي يكسب منه ويرفع عنه الحاجة الملحة، ومتى قام الدليل الجدي على وجود هذا المورد الآخر وعلى أنّ المدعي ليس به حاجة ملحة إلى مبلغ النفقة الذي يطالب به، فإنّ القضاء المستعجل يقضي بعدم اختصاصه بنظر الدعوى، والمدعي غير مكلف بإثبات حاجته وعوزة وانعدام مورد آخر و إنما المدعى عليه هو المكلف بإثبات ثراء المدعي⁹⁷⁴.

كما يجب أن يكون الطلب منصبا على نفقة مؤقتة بمدة معينة إلى أن يحسم في النزاع الأصلي، أما إذا انصب الطلب على نفقة دائمة فإنّ الأمر ينقلب إلى طلب موضوعي خارج عن اختصاص القضاء الاستعجالي إذ يصبح صورة من صور الالتزام بوفاء وهو أمر موضوعي محض⁹⁷⁵.

هذا ويلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد حصر في القانون رقم 01-15 المتعلق بصندوق النفقة، الفئات التي يمكنها الاستفادة من المستحقات المالية للنفقة في حال عدم دفع المدين للنفقة والذي حدده المشرع في المادة 2 الفقرة 4 منها من القانون رقم 01-15 والمتمثل في والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة ...، المرجع السابق.

⁹⁷⁵ - فالزوجة عند حصولها على نفقتها عن طريق القضاء، قد تستغرق وقتا طويلا لا تستطيع معه مواجهة ظروف الحياة هي أو صغيرها، ولذلك أجاز القانون لها أن تطلب من قاضيها فرض نفقة مؤقتة تواجه بها حاجتها الضرورية المؤقتة، والحاجة المؤقتة هنا قصد بها حاجة الزوجة وصغارها للنفقة، وأنّ هذه الحاجة ملحة وضرورية، وفي عدم مواجهتها مفسدة، ودرأ المفسد واجب شرعا، كما أنّ في تطويل إجراءات التقاضي ما يمنع من وصول النفقة مؤقتا إلى مستحقيها؛ أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأقارب، دار الكتاب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1995، ص.30.

⁹⁷⁶ - تنص الفقرة 04 من المادة 02 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة ما يلي: " - المدين بالنفقة: والد الطفل أو الأطفال المحضونين أو الزوج السابق".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و هذه الفئات المستفيدة من صندوق النفقة هي كما حددها المشرع في المادة 2 في الفقرة 3 من القانون رقم 01-15: "المستفيد أو الدائن بالنفقة: أي الطفل أو الأطفال المحضون ممثلين من قبل المرأة الحاضنة في مفهوم قانون الأسرة، وكذلك المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة...". وأن حق الاستفادة من المستحقات المالية لهذا الصندوق يسقط بسقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها، وهذا ما نصت به المادة 2 من ذات القانون الفقرة 05 منها⁹⁷⁷.

وبالتأمل في نص المادة 02 بكل فقراتها، نجد أنّ المشرع الجزائري حصر الفئات المستفيدة من صندوق النفقة في كل من المرأة الحاضنة والمرأة التي لا أبناء لها أي المرأة المطلقة المحكوم لها بالنفقة، ويلاحظ أنّ المشرع جعل الاستفادة من هذا الصندوق لكل المطلقات المعوزة منها وغير المعوزة دون تمييز بينهما، وهذا بخلاف ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 2 من القانون رقم 10.41 و التي جاء نصها كما يلي: "يستفيد من المخصصات المالية للصندوق إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه وبعد ثبوت حالة عوز الأم...".

وعليه فالمشرع المغربي اشترط أن تكون المطلقة معوزة أي لا تجد ما تنفقه بعينه على نفسها وأبنائها، وليس لها ما تبيعه، سواء كان منقولاً أو عقاراً لنستخلص منه نفقتها على نفسها وعلى أبنائها⁹⁷⁸.

كما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم ينص عن الأرملة التي توفي عنها زوجها وعن أبنائها، أو كانت بدون أبناء⁹⁷⁹.

⁹⁷⁷ - حيث تنص الفقرة 05 من المادة 02 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة ما يلي: " - سقوط حق الاستفادة من المستحقات المالية: سقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقاً لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين".

⁹⁷⁸ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 01-15 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق؛ محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص.07.

⁹⁷⁹ - بوجاني عبد الحكيم، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وبهذا النهج، يكون المشرع الجزائري قد سلك منوال قرينه المغربي والتونسي، اللذين أقرّا في القانون رقم 10.41 المتعلق بشروط ومسااطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، والفصل الثاني من قانون 5 يوليوز 1993 المتعلق بصندوق النفقة وجراية الطلاق التونسي، أنّ الاستفادة من خدمات الصندوق تكون فقط للمطلقات وأولادهن الصادرة لفائدتهن أحكام باتّة تتعلق بالنفقة أو بجراية الطلاق، وتعدّر تنفيذها بسبب امتناع المدين بما عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.⁹⁸⁰

وبالرجوع إلى القانون البحريني رقم 34 لسنة 2005 والمتعلق بإحداث صندوق النفقة؛ يتضح أنّ المشرع البحريني كان أدكى من قرينه الجزائري والمغربي والتونسي، عندما جعل بنص المادة الأولى من القانون المذكور الاستفادة من صندوق النفقة حقا لكل من تجب لهم النفقة أو من ينوب عنهم بما في ذلك الزوجة و المطلقة و الأولاد و الوالدين.⁹⁸¹

وهو نهج لم يخرج عنه المشرع المصري عندما جعل الاستفادة من الصندوق شاملة لكل من المطلقة والزوجة والأبناء والأقارب، وذلك من خلال المادة 71 من القانون رقم 1 لسنة 2005 المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية⁹⁸².

وفي مقابل ما ذهب إليه كل من المشرعين المصري والبحريني، كان الأخرى بالمشرع الجزائري أن يساير نهجهما ويوسع من نطاق الفئات المستفيدة من المخصصات المالية لصندوق النفقة، ليشمل كل من تجب لهم النفقة، سواء تعلق الأمر بالزوجة أو بالأصول أو الفروع.⁹⁸³

⁹⁸⁰ - وهو ما نصت عليه المادة 03 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة والتي جاء فيها ما يلي: "يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعدّر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة، بسبب امتناع المدين بما عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته. يثبت تعدّر التنفيذ بموجب محضر يحضره محضر قضائي".

⁹⁸¹ - أنظر، محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص.4.

⁹⁸² - أنظر، محمد لشقار، نفس المرجع، ص.04؛ أحمد أولاد عيسى، قراءة في القانون رقم 10.41 على ضوء التشريعات المقارنة، منشورات الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com، ص.02 وما بعدها.

⁹⁸³ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وما يثير التساؤل بخصوص الفئات المستفيدة من صندوق النفقة، هو مدى أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق؟

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التونسي لم يعتد بشرط الجنسية في الاستفادة من صندوق النفقة وجراية الطلاق، وذلك من خلال الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الذي أكد على أحقية المطلقة التونسية من زوج أجنبي والمطلقة الأجنبية من زوج تونسي في الاستفادة من الصندوق على حد سواء بشرط الإقامة في تونس.

أما بالنسبة للأبناء فيكفي أن يكون أحد الأبوين تونسيا ليتمتع الأبناء بخدمات الصندوق، الذي يواصل صرف نفقاتهم إلى حين استحقاق شرط سقوطها عنهم.⁹⁸⁴

وعليه، وبالرجوع إلى القانون الجزائري رقم 01-15 لا نجد فيه نصا قانونيا يتكلم عن أحقية الأبناء من أم أو أب أجنبي في الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة، ولا نجد ما يمنع من استفادة هذه الفئات المذكورة من هذا الصندوق إذا تحقق شرط الإقامة بالجزائر، سواء تعلق الأمر بالأزواج أو الأبناء⁹⁸⁵.

كما أننا نتساءل حول مدى أحقية الزوجة وأبنائها في الاستفادة من صندوق النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالبطالان وبالفسخ؟

⁹⁸⁴ - محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص05.

⁹⁸⁵ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 01-15 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فبالنسبة لمدى أحقية الزوجة وأبنائها في الاستفادة من صندوق النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالطلاق، فإنّه بالرجوع إلى أسباب البطلان في قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّ المادة 32 من قانون الأسرة تنصّ على أنّه: "يطلّ الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، كما نصت الفقرة 01 من المادة 33 من قانون الأسرة على أنّه: " يطلّ الزواج إذا اختل ركن الرضا...".

وإذا كان الأصل في النسب حسب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري ، أنّه يلحق بالزوج في الزواج الباطل طبقا للمواد 32 و 33 من نفس القانون، فإنّ نفقة الزوج على أبنائه من زواجه الباطل واجبة بعد البطلان، لثبوت رابطة النسب بينه وبين أبنائه، خاصة إذا كان الزوج حسن النية وجاهلا بأسباب بطلان عقد الزواج⁹⁸⁶.

وبالتالي، فليس هناك ما يمنع من استفادة الأبناء المترتبين عن الزواج الباطل من صندوق النفقة، متى تحقق شرط حسن النية في والدهم، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يكن واضحا في قانون الأسرة بخصوص ضرورة وجود شرط حسن النية من عدمه، واكتفى فقط بإلحاق نسب الابن لأبيه في الزواج الباطل طبقا لنص المادة 40 التي أحالت إلى المادتين 23 و 33 من قانون الأسرة والتي بموجبهما تثبت للابن نسب أبيه.

كما أنّ المشرع لم يبين هذه الأمور بدقة في القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، وإنما اكتفى فقط بالنص في المادة 2 من القانون رقم 15-01 في الفقرة 01 منها على أنّ النفقة المقصود بها في هذا القانون هي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال

⁹⁸⁶ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة". وكان الأخرى به أن يوضح هذه المسألة المهمة⁹⁸⁷.

وتجدر الإشارة ، إلى أنّ الأطفال المترتبين عن الزواج الباطل الذي عقده أبواهما عن سوء نية، لا ينسبون لأبيهم إعمالا للقاعدة الفقهية: "لا يجتمع حد ونسب"، ويعتبرون في حكم أبناء الزنا، وبالتالي لا نفقة لهم على أبيهم⁹⁸⁸. وابن الزنا ينسب لأمه وليس لأبيه، وبالتالي لا تجب نفقة الأب على الابن غير الشرعي⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة...، المرجع السابق.

⁹⁸⁸ - أنظر، محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، المرجع السابق، ص10؛ مريم الحاسي وبدر الهنجل، الزواج غير الصحيح وآثاره، منشور على الموقع الإلكتروني: www.startimes2.com

⁹⁸⁹ - 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...، ومن 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 ذكرًا كان هذا المولود أو أنثى. أما اللقيط هو المولود الذي نبذه أهله خوفا من الفقر أو فرارا من تهمة الزنا أو لغير ذلك³، ومع أن اللقيط مجهول النسب، ولم يعلم أحد أبويه، إلا أن الأصل فيه السلامة، وأنه ابن شرعي، ما لم يُثبت أنه ابن زنا. 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. ودليلهم من السنة، قوله صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، وما رواه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا مساعة في الإسلام، و من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصيته، ومن ادعى ولدا من غير رشده فلا يرث ولا يورث، و ما أخرجه ابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال: "من عاهر أمة أو حرة فولده ولد زنى لا يرث ولا يورث". وهناك قول آخر لشيخ الإسلام ابن تيمية و تلميذه الفقيه الحنبلي ابن القيم، حيث قالوا بأنه إذا استلحق الرجل ولده من الزنى ولا فراش، فإنه يلحق به. ودليلهم قول النبي صلى الله عليه وسلم: "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"، فجعل الولد للفراش دون العاهر، فالمرأة تحت الزوج فراش، فإذا لم يكن لها زوج فهي ليست فراشا، ولم يكن للعاهر الحجر حينئذ بل إذا استلحق ولده لحقه. إلا أنّ الراجح في هذه المسألة، هو حجة الجمهور فهي صحيحة و مقبولة. ودليلهم 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 الفواحش. وبالنظر إلى الأدلة التي استدلت عليها جمهور الفقهاء، ظهر لنا أن عدم تنسب ولد الزنا من الزاني، ليس راجعا إلى أن الإسلام يؤاخذ المولود بجريرة غيره، وإنما يرجع إلى أن الشرع الشريف وازن بين مفسدتين، مفسدة عدم تنسب الولد، ومفسدة إشاعة الفاحشة في المجتمع الإسلامي، فرجح تحمل المفسدة الخاصة، التي هي عدم التنسب في سبيل دفع المفسدة الأعظم التي هي إقرار الزنا كوسيلة لجلب النسل والوصول إلى شرف النسب؛ 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، 1348هـ-1930 م، ح 3481 واللفظ له، ص 179.؛ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها استخدامها في النسب والجنائية، جامعة أم القرى، ط 1، دار الفضيلة، الرياض، السعودية، 1423-2002م، ص 17؛ كمال صالح البناء، الزواج العربي و منازعات البنوة في الشريعة والقانون والقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2005، ص 45.؛ محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 6، دار المعرفة العلمية،

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

كما أنّه لا بد من الإشارة أيضا إلى أنّه لا حق لمن ارتبطت برجل برابطة زوجية باطلة في الاستفادة من هذا الصندوق؛ لانتفاء شرط المطلقة عنها، ولكننا لا نرى مانعا من استفادتها من الصندوق وإنزالها منزلة المطلقة إن كانت حسنة النية في زواجها الباطل.

أمّا بالنسبة لمدى أحقية الزوجة وأبنائها في الاستفادة من صندوق النفقة بعد انحلال ميثاق الزوجية بالفسخ: فإنّه في مقابل الزواج الباطل نجد الزواج الفاسد الذي نظّمه المشرع الجزائري في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري وتحديدًا في الفقرة الثانية منها التي تنص على أنّه : "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وعليه، فإذا كان الزواج الفاسد لا ينتج أي أثر قبل الدخول، فإنّ له آثار العقد الصحيح من صداق ونفقة ونسب وإرث إلى أن يصدر الحكم بفسخه⁹⁹⁰، ومن ثم فإنّ الأطفال المترتبين عن عقد الزواج الفاسد يستحقون الاستفادة من المستحقات المالية للصندوق، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يكن واضحا في هذه المسألة أيضا في القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة. واكتفى أيضا بالنص على أنّ: "النفقة المقصود بها في هذا القانون هي النفقة المحكوم بها وفقا لأحكام قانون الأسرة

1402هـ-1982م، ص.391؛ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، ط.01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1426-2006، ص.285-286؛ علاء الدين أبو الحسن البعلي، الاختيارات العلمية في اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية، ج.5، مطبعة كردستان العلمية، مصر، 1329 هجري، ص.165؛ ابن تيمية، مجموع فتاوى ابن تيمية، ج.3، 1997، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص.112؛ 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.

⁹⁹⁰ - أنظر، محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، المرجع السابق، ص10-11.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة".

وصفوة القول، فإنه أمام حصر المشرع الجزائري حق الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة لصالح الطفل أو الأطفال المحضون بعد طلاق الوالدين، وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة، يكون قد استثنى فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق، كالأطفال المتخلي عنهم، و مجهولي النسب، وذوي الاحتياجات الخاصة وغير ذلك⁹⁹¹.

كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن أي الأرمال، فالمشرع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفاً في تقديره هذا على أساس أنه تميز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة.

وعليه، يستحسن بالمشرع الجزائري أن يجعل الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة غير قاصرة على من حصرهم في المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، بل تتعداهم لتشمل كل من يجب لهم النفقة من الأصول والفروع والأزواج.

ولقد وضع المشرع الجزائري في الفصل الثاني من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة مجموعة من الإجراءات المتعلقة بالاستفادة من المستحقات المالية، فوضع المرأة المطالبة بالنفقة في مواجهة حزمة من الإجراءات الإدارية والقضائية، حيث يظهر بجلاء من نصوص المواد 04 و 05 من هذا القانون، أنّ المشرع الجزائري قد خصّ رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً باختصاصات هامة⁹⁹²، سواء تعلق الأمر بالبت في طلبات الاستفادة من مخصصات الصندوق بعد التأكد من

⁹⁹¹ - بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

⁹⁹² - حيث نص المشرع في الفقرة 07 من المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على ما يلي: " - القاضي المختص: القاضي رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليمياً."

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تحقق شروطها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 05 من قانون صندوق النفقة⁹⁹³، في تقرير أحقية الاستمرار في الاستفادة منه، أو في الفصل في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ قرار الاستفادة طبقا لنص الفقرة الثالثة من المادة 05 من نفس القانون⁹⁹⁴.

هذا وتحقق الاستفادة بتوفر مجموعة من الشروط أهمها: ضرورة تقديم طلب الاستفادة إلى الصندوق من المعني بالأمر إلى رئيس قسم شؤون الأسرة المختص إقليميا، ثم إثبات تعذر التنفيذ بمحضر محرر من محضر قضائي، حيث تبدأ الإجراءات بالتقدم أمام قاضي شؤون الأسرة على مستوى المحكمة الابتدائية بطلب مرفق بملف يتضمن مجموعة من الوثائق حددها المشرع في القرار الوزاري المشترك بين وزير العدل والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني⁹⁹⁵ المؤرخ في 18 جوان سنة 2015، وتتمثل هذه الوثائق في:

- نسخة من الحكم القضائي بالطلاق؛
- نسخة من الأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع، عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته؛
- صك بريدي أو بنكي للمستفيد مشطبا عليه إذا اختار المستفيد هذه الطريقة للدفع⁹⁹⁶.

⁹⁹³ - تنص الفقرة 01 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: " يبت القاضي المختص في الطلب، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب".

⁹⁹⁴ - تنص الفقرة 03 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: " يفصل قاضي شؤون الأسرة في أي إشكال يعترض الاستفادة من المستحقات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام من تاريخ إخطاره بالإشكال".

⁹⁹⁵ - وهذا طبقا لنص المادة 04 من قانون صندوق النفقة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: " يقدم طلب الاستفادة من المستحقات المالية إلى القاضي المختص، مرفقا بملف يتضمن الوثائق التي تحدد بموجب قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتضامن الوطني".

⁹⁹⁶ - أنظر، أحمد داود رقية، تأملات في صندوق النفقة: بين المكتسبات والتطلعات -دراسة مقارنة-، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، العدد 13، ص.17.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وبعد إيداع الملف يتعين على القاضي المختص البت في الطلب، بموجب أمر ولائي⁹⁹⁷، في أجل أقصاه خمسة أيام من تلقيه الطلب⁹⁹⁸، على أن يبلغ هذا الأمر عن طريق أمانة الضبط إلى كل من المدين والدائن بالنفقة والمصالح الولائية لمديرية النشاط الاجتماعي، المكلفة قانونا بصرف المستحقات المالية، حيث ألزمتها المادة 06 من القانون 01-15 بصرف المستحقات المالية للمستفيد في أجل أقصاه 25 يوما من تاريخ تبليغ الأمر الصادر عن قاضي شؤون الأسرة المختص، وتستمر في عملية صرف المستحقات المالية إلى غاية سقوط الحق في الاستفادة منها.

إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يتعين انتظارها لتقديم طلب الاستفادة ابتداء من صدور الحكم المحدد للنفقة، في حين يحدد نظيره المغربي أجر شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة، إذ يخول القانون للمستفيد أن يتقدم بهذا الطلب، بعد انصرام أجل شهرين من تاريخ تقديم طلب تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة، الذي سبق وأن حدد هذا المخصص المالي في حكم النفقة⁹⁹⁹.

إنّ ما يمكن أن يسجل على هذا الإجراء الذي ألزم القانون الجزائري المطلقة باتخاذها للحصول على النفقة، أنّه ينطوي على ثغرة قانونية يمكن أن تجعل البت في طلبها من القاضي المختص من خلال خمسة أيام صعبا إن لم نقل مستحيلا، إذ أنّ المصالح الإدارية لقاضي شؤون الأسرة تعتمد إلى استقبال الملفات من المعنيين كما ورد في القانون، دون التأشير عليها بالاستلام لعدم تحريك أجل الفصل في

⁹⁹⁷ - "إنّ للقاضي سلطة الأمر، أي إصدار الأوامر نتيجة عريضة يقدمها المدعي للقاضي. يفترض صدور قرار ولائي في اتخاذ تدابير خارج أي نزاع، فأحكام القضاء الولائي هي تلك التي تصدر بدون نزاع بين الأطراف، ودون أن يكون ثمة طلب قضائي حقيقي مقدم من أحد الأطراف ضد الآخر"؛ أحمد داود رقية، نفس المرجع، ص.18.

⁹⁹⁸ - حيث تنص الفقرة 01 من المادة 05 من قانون صندوق النفقة على ما يلي: "يبت القاضي المختص في الطلب، بموجب أمر ولائي، في أجل أقصاه خمسة (5) أيام من تاريخ تلقيه الطلب".

⁹⁹⁹ - أحمد داود رقية، تأملات في صندوق النفقة: بين المكتسبات والتطلعات -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص.18.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الملف، وبذلك يقع الفصل فيها ضمن سلطتها التقديرية، التي تجعل صدور الأمر بالموافقة على تسديد النفقة يأخذ وقتاً أكبر مما هو محدد قانوناً، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ إلزام المشرع الجزائري للمرأة باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة، ما هو إلا إجراء بيروقراطي، حيث كان بالإمكان الاكتفاء بتحرير محضر امتناع عن دفع النفقة من طرف المحضر القضائي، ثم التوجه مباشرة إلى المصالح الإدارية الولائية للنشاط الاجتماعي، للحصول على المستحقات المالية¹⁰⁰⁰.

وهو الأسلوب الذي اعتمده المشرع في حالة توقف المدين بالنفقة عن تنفيذ الحكم القضائي الذي يلزمه بالنفقة بعد شروعه فيه، حيث يكفي في هذه الوضعية بنص المادة 06 / 3 من قانون صندوق النفقة الجزائري إثبات الوضع القائم، بموجب محضر يحضره محضر قضائي حتى تقوم مصالح النشاط الاجتماعي بصرف النفقة المستحقة، وهو ما يطرح الإشكال حول إلزام المرأة باللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة إذا امتنع المدين عن الدفع منذ البداية، وإعفائها من ذلك إذا قام بالدفع ثم توقف؟

إنّ هذا الإشكال يبرز بوضوح أنّ إجراءات الحصول على الأمر القضائي، كشرط للحصول على النفقة المستحقة، ما هي إلا مضیعة للوقت وإضافة عبء لجهاز العدالة ليس إلا¹⁰⁰¹.

وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ في حالة رفض طلب الاستفادة، فإنّه لا يحق والحالة هذه للمستفيد، بالطعن في ذلك الأمر الولائي بأي طريق من طرق الطعن، لأنّه يعدّ نهائياً، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 12 من قانون صندوق النفقة¹⁰⁰².

¹⁰⁰⁰ - أحمد داود رقية، تأملات في صندوق النفقة: بين المكتسبات والتطلعات -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 18-19.

¹⁰⁰¹ - أحمد داود رقية، المرجع نفسه، ص. 19.

¹⁰⁰² - حيث تنص المادة 12 من القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة على ما يلي: "لا تكون الأوامر الولاية المنصوص عليها في هذا القانون، قابلة لأي طريق من طرق الطعن".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

في حين نجد أنّ المشرع التونسي، منح للمستفيدين الطعن في قرارات الصندوق القومي للضمان الاجتماعي، أمام المحاكم الإدارية وفق نهج سلم التظلم الإداري، باعتبار أنّ المحكمة الإدارية مؤسسة عمومية وقراراتها تعتبر إدارية. لذا كان من الأجدر أن يمنح المشرع الجزائري لفائدة من صدر في حقهم قرارات لا تحول لهم الاستفادة، بأن يطعنوا في هذه القرارات على غرار القانون التونسي، حتى تتحقق فلسفة إحداث الصندوق، وإبعاد الوقوع في تهميش أي طرف قد يكون في أمس الحاجة من الاستفادة¹⁰⁰³.

كما قد يبرز إلى الوجود إشكالات أثناء الممارسة والتطبيق لأحكام القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، فقد يتماطل المدين عن أداء النفقة، إذ سيعمد إلى التوقف عن دفع النفقة المستحقة إلى الزوجة، في المرة الموالية للمرة الأولى التي سبق وأن تقدمت بطلب إلى الصندوق الذي خول لها الاستفادة، ثم يعود الزوج مرة أخرى للتماطل، مما يتوجب على الزوجة الإسراع بجمع الوثائق وتقديم طلب جديد من أجل الحصول على النفقة وفق الشروط السابقة، كما لو تعلق الأمر بطلب جديد مقدم إلى الصندوق لأول مرة¹⁰⁰⁴.

وعليه، فكان من الأجدر أن ينصّ المشرع صراحة من خلال قانون صندوق النفقة على تقييد حالة عود المدين إلى التملص على غرار القانون التونسي، إذ تستحق المطلقة أو الأولاد النفقة في هذه الحالة دون اللجوء إلى نفس الشروط والإجراءات وحمائتهم، ومن ثم سيتم تخليص المطلقة المتضررة من تلذذ مطلقها، مما كان يرهقها ويثقل كاهلها من طول إجراءات كانت تقتضيها إعادة المطالبة بخدمات الصندوق من أولها.

1003 - أحمد داود رقية، تأملات في صندوق النفقة: بين المكتسبات والتطلعات -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص. 19.

1004 - أحمد داود رقية، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ولضبط وضعية الزوجة المطلقة وأبنائها، ومدى استمرارية توافر الشروط الموجبة لاستفادتها من مخصصات صندوق التكافل العائلي، ألزم المشرع المغربي المستفيد بمقتضى أحكام المادة 07 من القانون رقم 10.41 المتعلق بصندوق التكافل العائلي، بتزويد رئيس المحكمة المختصة بعد انصرام كل سنتين ابتداء من تاريخ صدور مقرر الاستفادة بالوثائق، والتي على أساسها يتعين على رئيس المحكمة إصدار المقرر القضائي باستمرارية الاستفادة من المخصص المالي للصندوق من عدمه¹⁰⁰⁵.

كما أنه قد تثار صعوبات أخرى أثناء سريان العمل بصندوق النفقة الجزائري، تتجلى في تراحم الطلبات بشأن الأحقية في استحقاق النفقة ما بين الأبناء والزوجة المطلقة، فبالرجوع إلى القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة فلم ينص المشرع صراحة على تحديد المستحق للاستفادة في هذه الحالة، علما أنه على مستوى أحكام النفقة نجد العديد منها يتضمن الأطفال، كما أنه بالرجوع إلى المادة 02 من نفس القانون فقد حددت الفئات المستحقة للاستفادة من الصندوق في الزوجة المطلقة ومستحقو النفقة من الأطفال، فمن يا ترى سيستفيد بالأولوية؟¹⁰⁰⁶

وهو ما تفتّن له القانون البحريني المتعلق بصندوق النفقة لسنة 2005، حيث نص على أن تكون الأولوية للزوجة أو المطلقة ثم نفقة الأولاد. فهذا التحديد جاء واضحا وكان من الأجدر أن يعمل المشرع الجزائري على إقرار هذا التحديد، لأنه سيغني أثناء التطبيق عن مجموعة من المشاكل.

هذا ويثير صندوق النفقة إشكالات أخرى تتعلق بسبل تحصيل المخصصات المالية الخاصة به، حيث تتلخص وظيفة هذا الصندوق في دفع النفقة لمن حكم له بها من المطلقات وأطفالهن، من جهة، وفي استرجاع المبالغ المدفوعة من المدينين المحكوم عليهم بها، من جهة أخرى.

فبموجب نص المادة 09 من قانون صندوق النفقة الجزائري، يتولى أمين الخزينة للولاية استرجاع وتحصيل المخصصات المالية للصندوق والمتمثلة في الديون من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد

¹⁰⁰⁵ - محمد لشقار، المرجع السابق، ص. 108.

¹⁰⁰⁶ - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص. 20.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

من المصالح المختصة¹⁰⁰⁷.

وعليه، فإذا كانت شروط تحصيل ديون الصندوق لا تثير أي إشكال إذا تعلق الأمر بموظف أو أجير أو متقاعد، حيث يتم اللجوء إلى الاقتطاع من الراتب الشهري وفاء لدين بذمة المعني لصالح الصندوق، فإنّ الأمر قد يكون مستحيلا كلما تعلق الأمر ببعض الأزواج الذين لديهم القدرة على التهرب من الأداء، أو هم في حالة عسر يصعب عليهم معها الأداء، كما أنّ هناك أزواجا على استعداد للاعتقال لعدم قدرتهم على الوفاء أو قصد الإضرار بالزوجة المطلقة، أما في حالة ما إذا وافته المنية، فإنّ مبالغ النفقة تصبح دينا على التركة¹⁰⁰⁸.

وكحل لهذا الإشكال المذكور أعلاه، نقترح بالنسبة لزوج المطلقة الذي لا يعمل، ولديه قدرة على ممارسة أي نشاط، فإنّه بعد الحكم عليه بالنفقة يصبح ملزما من طرف الدولة على العمل للنفع العام وفي أعمال تخدم المجتمع، مقابل النفقة التي يدفعها صندوق النفقة لأبنائه¹⁰⁰⁹.

كما أنّه يوجد إشكال آخر، يتعلق باسترجاع المخصصات المالية من الصندوق غير المستحقة، حيث ألزم المشرع من خلال المادة 14 في فقرتها الثانية من القانون رقم 01-15، كل من تسلم من الصندوق مخصصات مالية دون وجه حق باسترجاعها¹⁰¹⁰، غير أنّه لم يحدد لحالة الامتناع عقوبة

¹⁰⁰⁷ - حيث تنصّ المادة 09 من القانون 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة الجزائري على ما يلي: " يتولى أمين الخزينة للولاية تحصيل المستحقات المالية لصالح صندوق النفقة من المدينين بالنفقة، بناء على أمر بالإيراد تصدره المصالح المختصة وفقا للأحكام المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

¹⁰⁰⁸ - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.22.

¹⁰⁰⁹ - أحمد داود رقية، المرجع نفسه.

¹⁰¹⁰ - حيث تنص المادة 14 من القانون رقم 01-15 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة الجزائري على ما يلي: "تطبق على الإدلاء بتصريحات غير صحيحة للاستفادة من أحكام هذا القانون، عقوبات التصريح الكاذب المنصوص عليها في التشريع المعمول به. يلزم كل من تسلم من مستحقات مالية بدون وجه حق بردها".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

معينة، حيث يبقى أمر مطالبة المطلقة باسترجاع الأموال التي صرفت لصالحها بدون وجه حق، أمر غير مجدي.

الأمر الذي يستدعي تعديل مقتضيات هذه المادة، بشكل يضمن حماية المخصصات المالية للصندوق، وهذا رغم محاولة المشرع من خلال هذا النص، معالجة مسألة التحايل على الصندوق، الذي قد يلجأ إليه الزوجان أو الأبناء من أجل تحصيل نفقة غير مستحقة من الصندوق، كأن يتم الطلاق صوريا قصد الاستفادة من الصندوق، أو كأن يلجأ الأطفال إلى الإدلاء بوثائق تثبت استمرارية حقهم في الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق، رغم انتفاء وسقوط ما تثبته الوثائق.

وعليه، يتضح أنّ موارد الصندوق على اختلافها، لا يمكن التعويل عليها في تمويل الصندوق، نظرا لما يعتري شروط استيفائها من اختلالات تهدد مالية الصندوق بالإفلاس في جانب مهم من موارده، الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لوضع ضمانات قانونية كفيلة بتحصيل هذه الموارد¹⁰¹¹.

وصفوة القول، فإنّه رغم أهمية إحداث صندوق النفقة من الناحية الاجتماعية، فقد أثّرت بشأنه كثير من الإشكاليات ترتبط أساسا بإجراءات الاستفادة من صندوق النفقة، وبالفئات المستفيدة من مدخرات الصندوق، فقد استثنى المشرع فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق، كالأطفال المتخلى عنهم، و مجهولي النسب، وذوي الاحتياجات الخاصة وغير ذلك¹⁰¹².

¹⁰¹¹ - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.22.

¹⁰¹² - وعليه، يستحسن بالمشرع الجزائري أن يجعل الاستفادة من المستحقات المالية لصندوق النفقة غير قاصرة على من حصرهم في المادة 02 من القانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، بل تتعداهم لتشمل كل من تجب لهم النفقة من الأصول والفروع والأزواج؛ بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 15-01 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، المرجع السابق.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن أي الأرمال، فالمرشع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفا في تقديره هذا على أساس أنه تحيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة.

كما أنّ أكثر ما ميّز شروط الاستفادة من المخصصات المالية للصندوق هو التعقيد وطول إجراءاتها التي قد تظل شهورا، مما قد يفسر حرص المرشع على عدم ضياع المخصصات المالية للصندوق وإشكالية دفعها لغير مستحقيها، على حساب تمتع من هم في أمس الحاجة إلى النفقة¹⁰¹³.

إلا أنّنا نقول أنّ الحديث عن الإشكالات المتعلقة بصندوق النفقة الجزائري وخاصة من حيث التطبيق، هو نقاش سابق لأوانه نوعا ما، طالما أنّ هذا الصندوق دخل للتو حيز التنفيذ، ولم تشكل بعد حصيلة على مستوى العمل القضائي يمكن رصدها وتقييمها.

و رغم كل هذه السلبيات التي تم ذكرها، إلا أنّ ذلك لا يمنعنا من القول بأنّ الفكرة التي توخاها المرشع الجزائري في تقنينه لصندوق النفقة، من شأنها أن تعزّز كل قيم التكافل والتآزر في المجتمع، ومعالجة نسبة كبيرة من الاختلالات الاجتماعية والمعيشية التي تعرفها الأسر الجزائرية. من جهة، وضمانا لكرامة المرأة المطلقة وحماية لحقوق أطفالها، من جهة أخرى.

هذه بصفة عامة أهمّ الإشكالات المتعلقة بالآثار الخاصة بالزوجين، فما هي أهمّ الإشكالات التي تثيرها الآثار المتعلقة بالأولاد؟. وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

¹⁰¹³ - أحمد داود رقية، المرجع السابق، ص.23.

المطلب الثاني

أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالأولاد

سبق و أن أشرنا بأنّ الطلاق يترتب نتائج منها ما هو خاص بالزوجين، و منها ما ينصرف إلى الأولاد.

و النسب يعتبر من أهم الآثار التي تترتب على الزواج و الطلاق، لأنّه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، كما أنّه 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 الأسرة¹⁰¹⁴.

إذ تعتبر الحضانة من أهم و أبرز النتائج المترتبة على انحلال عقد الزواج، كما أنّها 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، وقد أراد الشرع الإسلامي من وراء هذه الأحكام حماية الصغير من الضياع، وإسناد مهمة القيام بذلك إلى من هو أجدر وأقدر بها.

¹⁰¹⁴ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.225.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فالحضانة هي حفظ الصغير و رعايته والقيام بتربيته في سن معينة يكون فيها عاجزا عن القيام بحاجاته بنفسه¹⁰¹⁵، " وهي ليست إلا ضربا من ضروب الولاية على النفس إذ هي في الحقيقة مقتطعة منها"¹⁰¹⁶.

و إذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين، فإنّ موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تنشئة وتربية الأولاد باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير¹⁰¹⁷.

و في حالة الطلاق بين الزوجين فإنّ مشكل الحضانة يطرح بحدة و كثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير¹⁰¹⁸.

وقد نظم قانون الأسرة موضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72، حيث عرّف الحضانة في المادة 62 على أنّها: "رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، و السهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، فهذه الوظائف لا يستهان بها ولها آثار على نشأة الطفل وتوازنه النفسي والصحي.

ومن خلال ذلك، نطرح التساؤل التالي: ما هي أهم الثغرات التي أغفلها المشرع عند تقنينه لأحكام الحضانة؟ وما هي الإشكالات التي خلقتها هذه الثغرات القانونية؟

¹⁰¹⁵ – "الحضانة هي تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لصغر سنه وحكمها الوجوب لأن المحضون يهلك بتركها و اتفق الفقهاء على أنّ الحضانة تبتدئ من الولادة و يختلفوا في بقائها إلى سن التمييز"؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص. 717 وما بعدها.

¹⁰¹⁶ – « 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.

¹⁰¹⁷ – أنظر، فاطمة الزهراء بن محمود و سامية دؤلة، اجتهادات قضائية معلق عليها، مركز الدراسات القانونية والقضائية، د.د.ن، تونس، 2006، ص. 73.

¹⁰¹⁸ – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 253.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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).

الفرع الأول

قصور المشرع في تحديده لشروط ممارسة الحضانة

كان المشرع مقتضبا جدا من حيث تحديد شروط الحضانة التي ينبغي أن تتوفر في الحاضن بشكل عام، إذ لم يخص الموضوع إلا بفقرة جد مختصرة في المادة 62 من قانون الأسرة بقوله: "...و يشترط 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؟¹⁰¹⁹

يبدو أنّ 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 الفقهاء¹⁰²⁰.

فللحضانة شروط عامة تخص الرجال و النساء على حد سواء، وشروط أخرى تخص النساء بمفردهنّ، وشروط تخص الرجال لوحدهم¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ - فالمشرع لم يحدد ضوابط هذه الأهلية؛ أنظر، الأمين لعريض، دراسة تحليلية لأحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بين الواقع والمأمول "جديد في النصوص وعديد من النقائص"، مداخلة ألقيت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 04/05 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات، ص.587.

¹⁰²⁰ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص.227.

¹⁰²¹ - 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:

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وقد قدّم الشرع والقانون حضانة المرأة على حضانة الرجل، لكون المرأة هي الأقدر على رعاية الصغير والأكثر تحملا وصبرا على تلبية طلباته وحاجياته.

وفي ظل قصور المشرع في تحديده لشروط ممارسة الحضانة، فإنّنا نجد أنفسنا مضطرين إلى الاستنتاج بما جاء به الفقه الإسلامي، وهذا عملا بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا

1- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أو بقريب غير محرم منه، وهو ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة بقولها: "يسقط حق الحضانة بالترجّح بغير قريب محرم ما لم يضر بمصلحة المحضون".

2- أن تقيم الحضانة في بيت لا يغيضه المحضون: معظم الفقهاء يعتبرون أن سكن الحضانة في بيت يغيضه الصغير يعرضه للأذى والهلاك، فشرط السكن الملائم واللائق ضروري لكي يترى الطفل في بيئة تحفظ له الاستقامة الضرورية على مستوى دراسته أو صحته أو خلفه، 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 سكنا ملائما للحضانة وإن 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"، والملاحظ أن لفظ الملائم في المادة 72 و ما جاءت به المادة 70 تفسر تكريسا لمصلحة المحضون قصد تربية سوية بعيدة عن كل ما من شأنه التأثير سلبا على أخلاقه ومستقبله؛ أنظر، مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 268-269؛ باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 63-64.

3- ألا تكون قد امتنعت عن حضانته مجانا و الأب معسرا: امتناع الأم عن تربية الطفل المحضون مجانا عند إعسار الأب يعد مسقطا لحقها في الحضانة، فعدم الامتناع يبقى شرطا من شروط الحضانة، فإذا كان الأب معسرا لا يستطيع دفع أجرة الحضانة وقبلت قريبة أخرى تربية الطفل مجانا، سقط حق الأولى في الحضانة؛ أنظر، باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 67.

وزيادة على الشروط المشتركة المتمثلة في العقل، الأمانة والاستقامة، فإن الفقهاء أضافوا للرجل الحاضن شروطا خاصة به، يتعلق الشرط الأول: في أن يكون الحاضن محرما للمحضون إذا كانت أنثى، حيث أجمع الفقهاء على أن الحاضن للأنثى ينبغي أن يكون محرما لها، وقال الأحناف والحنابلة أنّ سن المحضونة لا ينبغي أن يتعدى سبع سنين تفاديا أو حذرا من الخلوة بها لانتهاج المحرمية، أما في حال عدم بلوغ الطفلة حد الشهوة، فلا مانع من حضانتها، 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 ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 68.

أما الشرط الثاني: يتعلق باتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، فالمبدأ في حضانة الرجال مبني على الميراث إذ لا توارث بين مسلم وغير المسلم، وذلك إذا كان المحضون غير مسلم وكان ذو الرحم مسلما فليس له حق الحضانة، بل حضانته إلى ذوي رحمه من أهل دينه، وإذا كان المحضون مسلما وذا 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 مسيحيا و له أخوان أحدهما مسلم و الآخر مسيحي، كان حق الحضانة لأخيه المسيحي؛ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص. 272-273؛ باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 68.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

على أحكام الشريعة الإسلامية بخصوص كل ما لم يرد فيه نص قانوني¹⁰²²، فلقد فصل الفقه الإسلامي 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 والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل، لأنه في حد ذاته بحاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولي شؤون غيره¹⁰²³.

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 المهمة¹⁰²⁴.

و يرى بعض الفقهاء أنه تحرم الحضانة على المجنون، سواء جنونا متواسلا أو متقطعا، فكلاهما يعد من موانع الحضانة¹⁰²⁵، ذلك أن ترك المحضون لدى الحاضن المجنون ولو جنونا متقطعا يحمل الضرر الكبير للمحضون على اعتبار أن الهدف من الحضانة المتلخص في توفير الحماية بشموليتها ينعدم لدى المجنون، ويتساوى المجنون مع المعتوه، لأنه يأخذ صورة الفاقد للقدرة على تدبير شؤونه، و بالتالي فعجزه منطقي على تدبيره شؤون غيره¹⁰²⁶.

¹⁰²² - الأمين لعريض، دراسة تحليلية لأحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بين الواقع والمأمول "جديد في النصوص وعديد من النقائص"، المرجع السابق، ص. 587-588.

¹⁰²³ - مسمودي مراد و غري عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج و الطلاق، المرجع السابق، ص. 49؛ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 229.

¹⁰²⁴ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص. 55.

¹⁰²⁵ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 383، الهامش رقم 02.

¹⁰²⁶ - الخطاب أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالخطاب الرعيني، مواهب الجليل لمختصر خليل، المرجع السابق، ص. 215.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و بالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّ ما يعاتب على المشرع أنّه 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.

و بالإضافة إلى شرط العقل، فإنّ لممارسة الحضانة شرط آخر يتمثل في البلوغ، وهو ما سنبينه في النقطة الموالية.

ثانيا- شرط البلوغ:

الحضانة مهمة كبيرة وصعبة وشاقة 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 و العلامات المميزة لذلك وبين البالغ بلوغا حكما، كأن تدعي المراهقة مثلا البلوغ فتظهر علامات ذلك من خلال هيئتها الجسمية، فالبعض ذهب بالقول أنها بالغة مادام الظاهر يشهد على ذلك و يصدق ادعاءها"¹⁰²⁷.

و المشرع سار على هذا المنوال في تعديله الأخير لقانون الأسرة، فالمادة 07 منه نصّت 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".

و المشرع أجاز أن يكون الزوجان ناقصي الأهلية بمفهوم القانون المدني، رغم أنّه عمل على ترشيدهما فيما يتعلق بالزواج وآثاره، أو بالطلاق أو ما ينجم عنه¹⁰²⁸.

لكنّ المشرع أكّد في المادة 87 من قانون الأسرة وفيما يتعلق بالولاية كما يلي: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". من هنا نقول أنّ المشرع حاول أن

¹⁰²⁷ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.56.

¹⁰²⁸ - عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.229.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 المطلق¹⁰²⁹، وذلك ما كان مجسدا في المادة 63 من قانون الأسرة، والتي كانت تنصّ على ما يلي: "في حالة إهمال العائلة من طرف الأب أو فقدانه يجوز للقاضي قبل أن يصدر حكمه أن يسمح للأمم بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب".

غير أنّ هذه المادة ألغيت بموجب التعديل الجديد، ويكفي للزوجة أن تكون حاضنة حتى تسند لها الولاية بقوة القانون وتمارس 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، فإنّ 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 أنّ من شروط ممارسة الحضانة القدرة على أدائها والاستطاعة على رعاية الطفل المحضون صحيا وخلقيا واجتماعيا¹⁰³⁰.

فلا تثبت الحضانة لأعمى أو لعاجز بمرض و أمثالها في الضعف، لأنّ الحضانة لا تحقق مقصودها بأمثال هؤلاء¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.57.

¹⁰³⁰ - الأمين لعريض، المرجع السابق، ص.588.

¹⁰³¹ - أحمد المومني واسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، المرجع السابق، ص.171.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

كما لا يعقل أن تثبت الحضانة للذي لا يملك وقتا لممارستها، والدليل أنه يوجد من الفقهاء من يعتبر أنّ عمل المحترفة أو العاملة إذا كان عملها يمنعها من تربية الصغير فلا حضانة لها¹⁰³².

ولكن هل كل أعمال الحواضن تتضارب ومصلحة المحضون؟

إنّ مسألة عمل المرأة لا يمكن الإغفال عنها، لأنّ خروج المرأة اليوم إلى المجتمع لعملها، لم يعد دخيلا عليه، بل ضروريا في مشاركتها في تنميتها، وهذا الأمر إذا كان ينطبق على المرأة بصفة عامة، فإنّه بالأحرى ينطبق على الحاضنة العاملة أيضا.

ومع ذلك، فحتى ولو أقرّت الدولة فعلا هذا المبدأ -مبدأ عمل المرأة-، فإنّ ذلك لا يكفي لاستئصال العوامل المضرة بمصلحة الطفل، إذ أنّ هذه العوامل قد يكون سببها لانتشار عمل النساء الحواضن في الدولة فحسب، بل اختلاف الأعمال المؤدية منهن فيها أيضا¹⁰³³.

¹⁰³² - ويمكن أن يقال أنه يوجد في هذا الشأن ثلاث آراء مختلفة، وأنّ 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 يدعونا 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، 1421 هـ-2001م، 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 محض وفي 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 تحاطب العامة دون تفریق وتحت على العمل و الإنتاج حتى آخر رمق في الإنسان، وعليه يقرر الإسلام المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والواجبات في قوله تعالى: ﴿وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ﴾، سورة البقرة، الآية 228؛ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.494-495.

¹⁰³³ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون...، المرجع نفسه، ص.495-496.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ومن ثم، فإنّ الأسئلة الأساسية في هذا المجال تطرح على هذا المنوال: هل تستطيع الحاضنة أن تقدم للمحضون أحسن العناية وأفضل التربية بخروجها إلى عملها؟ وما هي البواعث التي دفعتها لسلوك هذا المسلك؟ وما هي القيود القانونية لحماية مصلحة المحضون؟ ومتى يعد عمل المرأة مسقطا للحضانة؟¹⁰³⁴.

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 المسقطة لحقها بحضانة أولادها إذا كانت تؤمن رعايتهم والعناية بهم، ولهذا نص في الفقرة 03 من ذات المادة بصياغة واضحة و هي على النحو التالي: " غير أنّه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون"، و بهذا فإنّ عمل الحاضنة يجب أن ننظر إليه على ضوء مصلحة الطفل.

وعليه فإذا استطاعت الحاضنة التوفيق بين عملها في الخارج وعملها كحاضنة بعدم ترك الطفل ضائعا، فإن هذا لا يسقط حقها في الحضانة.

ومن 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 المحضون، لا مجال لإسقاط الحضانة عنها¹⁰³⁵.

ومع ذلك فقد اعتبر القضاء أنّ 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

¹⁰³⁴ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص.496.

¹⁰³⁵ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.498.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

بأنّه: "من المقرر شرعا و قضاء أنّ ابتعاد الأم عن أولادها المحضونين وانشغالها بوظيفتها الشطر الأعظم من النهار لا تؤدي إلى إسقاط الحضانة عنها و إنما إلى عدم جدارتها في ممارستها فقط"¹⁰³⁶.

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؟ وما 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؟¹⁰³⁷

فكان على القاضي أن يتخذ موقفا غير هذا، ويبحث عن التسيب الصحيح لعدم إسقاط الحضانة، إذا لاحظ أنّ مصلحة المحضونين بعيدة عن الخطر في الحالة المعروضة عليه، فيجب أن تكون هناك جدية في إسقاط الحضانة وإثباتها، لأنّ مصلحة المحضونين وضعت لجدية أمر الأطفال.

ومهما يكن من أمر، فإننا نجد في منح القاضي سلطات واسعة في تقدير مصلحة الطفل أمرا ضروريا تحتمه طبيعة هذا الموضوع، فقد تكون هناك حاضنة موظفة و لا تمنعها وظيفتها من الاهتمام بطفلها، ومعنى ذلك، هناك وظائف تناسب المرأة لكونها كذلك، من جهة، ولا تعرقل ممارسة الحضانة، من جهة أخرى، كالتدريس أو التطبيب أو أمثالهما¹⁰³⁸.

فمادامت الوظائف مشروعة، والحاضنة لا تتخلى عن الطفل وقتا كبيرا إلى حد فقدانه الحنان والرعاية، فإنّ حقها في الحضانة لا يسقط إذا ما توافرت فيها الشروط الأخرى، فالمرأة العاملة تساهم

¹⁰³⁶ - مجلس أعلى، غ.ق.خ، 29/05/1969، نشرة القضاة، 1970، العدد 04، ص.50؛ تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون....، المرجع السابق، ص.498.

¹⁰³⁷ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.498.

¹⁰³⁸ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص.499.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

في تحقيق مصلحة المحضون عن طريق توفير له الحماية المادية التي تقف بجانب الحماية المعنوية ولا سيما إذا لم يكن للمحضون موردا 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، ويعني بذلك النفقة الغذائية التي يتحرر منها الأب ما هي في حقيقة الأمر إلا مساهمة بسيطة مقارنة مع غلاء المعيشة في الوقت الحاضر¹⁰³⁹.

و يتضح مما تقدم جميعه، أنه إذا كنا لا نستطيع وضع حد لتزايد تشغيل النساء، وعلى 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 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 الحضانة¹⁰⁴⁰.

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.

¹⁰³⁹ - تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص. 500.

¹⁰⁴⁰ - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

رابعاً- شرط الأمانة على الأخلاق:

أعظم صفة ينبغي على الحاضن الاتصاف بها هي الأمانة، إذ يجب أن يكون أميناً على المحضون من أجل رعايته رعاية حسنة بعيداً عن كل انحراف - كما قلنا - من شأنه أن يعرض أخلاق المحضون للخطر والضياع¹⁰⁴¹.

إذ تسقط الحضانة إذا أُلقي بالصغير في بيئة سيئة مصاحبة له تؤثر عليه سلباً و تثير الشكوك حول سلامة تربيته، والمناطق في سقوط الحضانة مصلحة الصغير وحمايته من الإهمال والضياع، حتى قال بعض الفقهاء: "إنّ الحاضنة لو كانت كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلها عن الولد ولزم ضياعه نُزع منها وسقطت الحضانة عنها"¹⁰⁴².

وعليه فالفاسق أو السكير أو الزاني أو اللاهي باللهو الحرام سواء كان امرأة أو رجل تسقط عنه الحضانة، و على ذلك سار القضاء الجزائري الذي شدد فيمن تثبت عليهم أخلاقاً سيئة و همّ من أجل ذلك بإسقاط حقهم في الحضانة خوفاً على تربية سيئة ومنحرفة للمحضون¹⁰⁴³.

و من بين العديد من 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"¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴¹- باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.59.

¹⁰⁴²- أنظر، 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، 1378هـ-1958م، ص.394.

¹⁰⁴³- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق، ص.236.

¹⁰⁴⁴- 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.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فالقرار إذن اعتبر أنّ جريمة الزنا تعد من أهم المسقطات لحق الحاضنة في ممارسة الحضانة، لكن استطرد القرار وخص المبدأ باستثناء عام أولى له أهمية قصوى و هو مصلحة المحضون، لأنّ هذه المصلحة إن توافرت في بقاء الصغير مع الأم الزانية، فإنّ ذلك يقف حائلا أن تحرم هذه المرأة من حقها في حضانة ولدها، إذا ثبت أنّ الاستغناء عنها في هذه المرحلة بالذات يعد ضربا من المحال.

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 19 جويلية 2010 والذي تضمن ما يلي: "حيث أنّ 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 إنّ الحضانة، وإن كانت فعلا، تسقط، طبقا لأحكام المادة 67 من قانون الأسرة، باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر، قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب، في جميع الحالات، مراعاة مصلحة المحضون، و أنّ مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنّها طفلة صغيرة لم تستغن عن خدمة النساء، و من ثم فإنّ قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها، على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"¹⁰⁴⁵.

وفي قرار آخر اعتبر القضاء الجزائري أنّ الحضانة تسقط عن الجدة لأُم بعد إسقاطها عن الأم لكون الجدة لا تستطيع كبح جماح ابنتها لفساد أخلاقها، و خلص إلى أنّه لا الأم تستحق الحضانة ولا أمها كذلك لفقدان الثقة والأمانة فيهما معا¹⁰⁴⁶.

و بالإضافة إلى هذا الشرط المهم المتمثل في الأمانة على الأخلاق، فإنّ هناك شرطا آخر لا يقل أهمية عنه، ألا وهو شرط الإسلام.

¹⁰⁴⁵ - م ع، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 564787، مجلة المحكمة العليا، 2010، العدد 02، ص.266.

¹⁰⁴⁶ - م ع، غ.أ.ش، 1984/01/09، ملف رقم 31997، م ق، 1989، العدد 01، ص.73.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

خامسا- شرط الإسلام:

أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربي المحضون على دين أبيه، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما؟

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية، لأنّ الحضانة ولاية، ويؤكدون أنّ الولاية للكافر على المسلم لا تجوز مستشهدين بقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾¹⁰⁴⁷.

أما المالكية والأحناف فلا يرون أنّ إسلام الحاضنة شرطا لممارسة الحضانة، فيجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك سواء كانت أمّا أو غيرها، وتبريرهم في ذلك كون الحضانة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته، وذلك يجوز للمسلمة ولغيرها، ومناطقها الشفقة¹⁰⁴⁸، والشفقة لا يؤثر فيها اختلاف الدين إلا أن يضر ذلك بدين الطفل و لذلك ينزع الطفل من يدها إذا خيف على الطفل إفساد دينه¹⁰⁴⁹.

ونحن نميل إلى رأي الإمام مالك، لأنّ مناط الحضانة هو الشفقة وهي لا تختلف باختلاف الدين، وهذا هو الرأي الذي أخذت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها، ومثال ذلك، القرار الصادر بتاريخ 13 مارس 1989 والذي جاء فيه: "من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى الزواج، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للأحكام الشرعية والقانونية"¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁷ - سورة النساء، الآية 141.

¹⁰⁴⁸ - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص. 272.

¹⁰⁴⁹ - أنظر، محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط. 3، د.م.ج، عناية، الجزائر، 1992، ص. 34.

¹⁰⁵⁰ - م ع ، غ.أ.ش، 13/03/1989، ملف رقم 52221، م ق، سنة 1993، العدد 01، ص. 48.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك أسقط الحضانة عنها، وإن تبين أنّه لا خوف على دينه فيعطيه الحضانة و لو كانت كافرة.

و إجمالاً، نقول أنّ 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 أهلاً لذلك".

و لا شك أنّ 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 أنّ هناك إشكالات أخرى خاصة بممارسة الحضانة، وهو ما سنتولى بيانه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

أبرز الإشكالات التي تثيرها ممارسة الحضانة

رتّب المشرع وقبله الفقه الإسلامي آثاراً لممارسة الحضانة بالنسبة لكلا الزوجين المنفصلين، فالحضانة لما تتطلبه من مجهود كبير في رعاية المحضون ونشأته النشأة السوية، فهي تتطلب بالمقابل نفقة لصالح المحضون، وبظل السؤال مطروحاً فيما يتعلق بأجرة الحضانة كون الحاضنة تبذل جهداً في سبيل ذلك¹⁰⁵¹.

إضافة إلى حق الزيارة التي يكلفها الشرع و القانون لأحد الوالدين الذي ابتعد عن ابنه بسبب

¹⁰⁵¹ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.83.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الحضانة، كما أن ممارسة الحضانة تقتضي أن يكون تحت سقف بيت، ينمو في دفته 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 (أولاً)، وإشكالية سكنى المطلقة الحاضنة (ثانياً)، وإغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة (ثالثاً).

أولاً- عدم توسّع المشرع في مفهوم زيارة المحضون:

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطاً بأبويه.

إلا أنّ حق الزيارة كثيراً ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف وكثيراً ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات.

فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيراً ما تتعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بصورة اعتيادية بحيث تمنعهم من رؤية الأب، وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب¹⁰⁵².

ويرى الأستاذ بن شويخ الرشيد أنّه: "بالرغم من أنّ القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل و الأعياد، إلا أنّه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير، وتشمل

¹⁰⁵² - أنظر، عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007، ص.174.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصليّة والسنويّة، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما¹⁰⁵³.

كما أنّ المشرع لم يحدد المدة التي يستغرقها المستفيد من حق زيارة المحضون، لأنّ 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؟ إنّ ما استقر عليه القضاء في الجزائر أنّ حق الزيارة تمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية¹⁰⁵⁴.

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.

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 أنّ القاضي حينما يقضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، فإنّه 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.

¹⁰⁵³ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.259.

¹⁰⁵⁴ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.92.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ومن ثم فإنّ القرار المطعون فيه القاضي بترتيب زيارة الأب مرتين كل شهر قد خرق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه¹⁰⁵⁵.

إلا أنّ 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 المنفصلين¹⁰⁵⁶.

زيادة على أنّ 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 الوجوه¹⁰⁵⁷.

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أنّ الحكم القضائي لم ينص عليه، ولذلك نرجو لو أنّ المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة، لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا، ليصبح النص في المادة 64 من قانون الأسرة يشمل عبارة حق 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؟

¹⁰⁵⁵ - م ع، غ.أ.ش، 16/04/1990، ملف رقم 59784، م ق، 1991، العدد 04، ص.126.

¹⁰⁵⁶ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد واخلال الزواج، المرجع السابق، ص.241-242.

¹⁰⁵⁷ - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.259.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

ثانيا- إشكالية سُكنى المطلقة الحاضنة:

حسم المشرع في مسألة تخصيص سكن للحاضنة من أجل ممارسة الحضانة، حيث جاءت بصيغة الوجوب¹⁰⁵⁸، وذلك ما جاء في المادة 72 المعدلة من قانون الأسرة والتي 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 وسكنه من ماله إذا كان له مال وإلا فعلى والده أن يهيئ له سكنا و إن تعذر فعليه أجرته".

فالألفاظ والمفردات التي خطت هذه المادة جعلت القضاة يحددون عن مسألة إلزام الزوج بتخصيص مسكن لممارسة الحضانة أو بدل إيجاره، مستشهدين بكون المادة لم تحمل إلزاما صريحا وواجبا على المعني القيام به¹⁰⁵⁹.

وذلك 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 لأنّه من عناصر النفقة...و أنّ 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، وأنّه لا

¹⁰⁵⁸ - يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: "أنّه إذا كانت كل من العدة والحضانة تعتبران كأثر من آثار الطلاق، فإنّ إسكان المطلقة الحاضنة يعتبر أيضا من أهم آثار الطلاق"؛ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.145.

¹⁰⁵⁹ - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.87.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

يوجد نص قانوني يؤيد هذا الاتجاه ولا يوجد أي اجتهاد للمحكمة العليا يقضي بذلك من تاريخ صدور قانون الأسرة، وأنّ النص الواجب التطبيق في موضوع توفير سكن لممارسة الحضانة به للحاضنة أو أجرتها هو نص المادة 72 من قانون الأسرة، والتي لا تشير مطلقا إلى عدد المحضونين¹⁰⁶⁰.

وفي 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.

وتأسيسا له اعتبرت المحكمة العليا أنّ قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون لما ألزموا الطاعن بتوفير مسكن للحاضنة أو بدل الإيجار، لأنّ توفير السكن أو بدل الإيجار من أجل ممارسة الحضانة يكون على عاتق الزوج، طبقا للمادتين 52 و 72 من قانون الأسرة، وبما أنّ السكن أو بدل الإيجار يعتبر من مشتملات النفقة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة، فإنّ امتلاك الزوجة لسكن لا يُعفي الأب من هذا الواجب¹⁰⁶¹.

جدير بالذكر أنّ القرارات المذكورين صدرا قبل التعديل (في سنة 2002) وكانا "بمثابة المحفز للمشرع كي يعدل المادة 72 باختيار الألفاظ المناسبة، والتأكد على وجوب توفير السكن الملائم من طرف الأب أو بدل الإيجار¹⁰⁶².

غير أنّ 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".

¹⁰⁶⁰ - م ع ، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 276760، م ق، 2004، العدد 01، ص.274.

¹⁰⁶¹ - م ع ، غ.أ.ش، 2002/07/31، ملف رقم 288072، م ق، 2004، العدد 01، ص.285.

¹⁰⁶² - باديس ذياي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.88.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

يلاحظ هنا بأنّ هذه الفقرة سمحت للحاضنة أن تبقى في مسكن الزوجية و لا تغادره لغاية تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن، و الذي إمّا أن يقضي على الأب بتوفير سكن لممارسة الحضانة أو بدفع بدل الإيجار¹⁰⁶³.

من الناحية النظرية، نجد بأنّ 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 بأنّه قبل رفع دعوى الطلاق من طرف أحد الزوجين، فإنّ الزوجة تكون قد غادرت مسكن الزوجية إلى بيت أهلها ومعها الأطفال المحضونين، وبعد دعوى الطلاق أو التطليق، فإنّه 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؟ وأنّ زوجها ما يزال مقيما فيه؟¹⁰⁶⁴.

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 يتواجد في مكان معزول أو بناية غير صحية.

كما أنّ الزوج قد يوفر لمطلقته الحاضنة مسكنا لا يليق لممارسة الحضانة، وتنطبق عليه المواصفات أعلاه¹⁰⁶⁵.

¹⁰⁶³ - 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.

¹⁰⁶⁴ - لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع السابق، ص.78.

¹⁰⁶⁵ - لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

و تبعا لذلك، فإنّ الفقرة الثانية من المادة 72 الجديدة غير قابلة للتطبيق من الناحية العملية¹⁰⁶⁶. مع الإشارة بأنّ عبارة "بدل الإيجار" المنصوص عليها في المادة 01/72 يقصد منها أجرة السكن فقط، وهذا التحديد غير مستساغ، لأنّ 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.

وعلى ذلك كان من الواجب أن ينص المشرع على كافة التكاليف المرتبطة بالمسكن ووجوب توفير المستلزمات الضرورية للعيش فيه، خاصة وأنّ الفقهاء اشتروا ذلك، وتبعا لذلك إذا حكم لصالح الحاضنة بالبقاء في مسكن الزوجية، فعلى الزوج أن يلتزم بما يلي:

1- عدم تجريد المسكن من الوسائل المساعدة للعيش و المتواجدة فيه، والتي تعتبر في حكم الضروري من وسائل الطبخ والفرش، والثلاجة، وكذا ما يوجد بالمسكن من خزانات و أفرشة وأغطية، وكراسي وطاولات.

2- إن كان مسكن الزوجية مستأجرا، فعلى الأب التكفل ببديل الإيجار، وليس على الحاضنة القيام بذلك، وكذا الأمر بخصوص المستحقات الأخرى، من ضرائب ورسوم، وكذا فواتير استهلاك المياه والغاز والكهرباء.

¹⁰⁶⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 146.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 والتبريد¹⁰⁶⁷.

و يلاحظ بأنّ الأمر رقم 02/05 قد عدل المادة 52 من قانون الأسرة¹⁰⁶⁸، 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 أنّ 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، قزم المشرع الحاضنة في الأم المطلقة، رغم علمنا بأنّ الحاضنة قد تكون أماً أو أي حاضنة أخرى، فاستعمال لفظ الحاضنة على المطلقة دون غيرها من النساء غير دقيق.

2- لم يوضح المشرع الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية، رغم أنّ الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن، أي أنّ المطلقة تصبح أجنبية عن مطلقها بمجرد النطق بحكم الطلاق، فكيف لأجنبية أن تقيم بيت صار أجنبياً عنها في الوقت الذي يلزم المشرع المطلق بمغادرة البيت وقت وجود المطلقة فيه رفقة أبنائها؟¹⁰⁶⁹

¹⁰⁶⁷ - لحسن بن شيخ آث ملويا، تنازل الأم عن الحضانة، المرجع السابق، ص.79.

¹⁰⁶⁸ - 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 محضونيتها حسب وسع الزوج. ويستثنى من القرار بالسكن، مسكن الزوجية إذا كان وحيداً. تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها".

¹⁰⁶⁹ - باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص.89؛ أنظر، بن نوبة الحاج، إشكالية بقاء الأم الحاضنة في بيت الزوجية حسب المادة 72 من قانون الأسرة، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات، ص.637.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

فالعمل بالنص الجديد يؤدي حتما إلى تحليل ما حرمه الله تعالى، وذلك على غرار مدونة الأسرة المغربية بإبقاء المطلقة في نفس البيت حتى ولو انتهت عدتها¹⁰⁷⁰.

لذلك فإنّ المادة 72 في فقرتها الثانية تحمل الكثير من عدم الدقة، وأنّ المشرع الجزائري 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 أنّ قرار المحكمة العليا قبل هذا التعديل فصل في مثل هذا الموضوع، واعتبر أنّ الحكم على الطاعن بأن يسلم للحاضنة طابقا من الفيلا التي يقيم فيها لممارسة الحضانة، مع أنّه يصبح أجنبيا عنها يعد خطأ في تطبيق القانون¹⁰⁷¹.

وأمام هذه الإشكالات المتعلقة بسكنى المطلقة الحاضنة، فإنّه يوجد إشكال آخر يتمثل في إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

ثالثا- إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة:

قلنا أنّ المشرع حدد مدة معينة تنتهي فيها الحضانة، حيث نصّت المادة 65 من قانون الأسرة على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأُنثى 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 طويلة¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ - حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية...، المرجع السابق، ص. 139-140؛ بن نوبة الحاج، المرجع السابق، ص. 637-638.

¹⁰⁷¹ - م ع، غ.أ.ش، 2005/12/14، ملف رقم 3448644، نشرة القضاة، العدد 59، ص. 244.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

وهنا 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.

- وإما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذاً في الحسبان مصلحته.¹⁰⁷³

و أمام هذه الإشكالات المثارة أثناء ممارسة الحضانة، فإنّ هناك مشكلاً آخرًا يثور في موضوع الحضانة، وهو الزواج المختلط المشتغل على عنصر أجنبي، وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول، وهذا ما سنبينه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الزواج المختلط وأثره على الحضانة

من القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتغل على عنصر أجنبي، حيث عند انفصال الرابطة الزوجية يثور مشكل الحضانة.

و لا شك أنّ قضايا المسكن والنفقة وحق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط وذلك بسبب اختلاف قوانين الدول¹⁰⁷⁴.

و عليه، فإنّه من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا كان من اليسير توحيد موطن الأسرة، فإنّه من العسير في بعض الأحيان توحيد جنسيتها¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص. 257-258.

¹⁰⁷³ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص. 254.

¹⁰⁷⁴ - راجع المواد 9 وما بعدها من القانون المدني الجزائري المتعلقة بتنزع القوانين من حيث المكان، أما القانون المغربي فقد نص على الموضوع في مدونة الأسرة في المادة 02 منه.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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.

ومن 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 والفرنسيين¹⁰⁷⁶.

وذلك من أجل العمل على حرية تنقلهم بين البلدين مع مراعاة مصلحة هؤلاء الأطفال بالدرجة الأولى، وسعيا لتطبيق هذه الاتفاقية تعين وزارتتا العدل لكلا البلدين، سلطتين مركبتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية¹⁰⁷⁷.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 06 على أنه: "يتعهد المتعاقدان بضمان ممارسة حق الزيارة للأزواج الذين هم في حالة انفصال (طلاق) داخل حدود أحد البلدين، وفيما بين حدودهما".

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة لأحد المتعاقدين، ويتضمن حضانة طفل يتعين أن يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة".

¹⁰⁷⁵ - زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، المرجع السابق، ص. 127.

¹⁰⁷⁶ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 159.

¹⁰⁷⁷ - المرسوم رقم 88-144 المؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1408هـ، الموافق لـ 26 يونيو 1988م، المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر وفرنسا، والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال، الجريدة رقم 30.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

غير أنّ 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 كتابية؟

والإشكال الآخر، أنّه عند تصفح بنود هذه الاتفاقية لا نجدها تنص على حل لذلك، وهذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري¹⁰⁷⁸.

ثم جاءت المادة السابعة من مواد الاتفاقية ونصت على أنّ: "الحاضن الذي يرفض حق ممارسة الزيارة يتعرض إلى العقاب الخاص بجريمة عدم تسليم الأطفال وفقا للتشريعات الجزائية في الدولتين"، ورغم معالجة هذه الاتفاقية الثنائية لمشكلة الزيارة إلا أنه بقيت بعض المسائل العالقة، فإنّه 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 قاصرة¹⁰⁷⁹، لأنّه حتى وإن 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، فإنّ كل ذلك يبقى مجرد حبر على ورق، لا شيء إلا لعدم قبول تلقي الأوامر من دول أخرى و تنفيذها، وهو الأمر

¹⁰⁷⁸ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص 249-250.

¹⁰⁷⁹ - تنص المادة 11 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "يعرض الوالد الحاضن لطفل 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 يضمن رجوع الطفل فعلا إلى التراب الذي غادره".

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنابات القضائية الدولية، وبالنتيجة مشكلة كبيرة وهي ضياع مصلحة الطفل المحضون¹⁰⁸⁰.

كما أنّ الاتفاقية لم تعالج فكرة مراجعة حكم الحضانة بعد مرور فترة زمنية، إذا ظهر ما يدفع إلى المراجعة حتى ولو 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 الذهن 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؟¹⁰⁸¹ مستندا على أحكام قانون الأسرة الجزائري خاصة المادة 62 منه، ودون أن ننسى بالإضافة إلى ما ناشدت به المواثيق الدولية ومن بينها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 في المادة 03/26 منه و التي جاء فيها: "لآباء 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 بالاتفاقية¹⁰⁸².

لذلك ظلت النزاعات المتعلقة بطرفي الزواج المختلط في مجال الحضانة تخضع لقانون الأسرة الجزائري في حالة عرض النزاع على الجهات القضائية الجزائرية، والعكس صحيح إن تم عرض القضية في فرنسا.

¹⁰⁸⁰ - 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، 2000، ص.134.

¹⁰⁸¹ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.250-251.

¹⁰⁸² - 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.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

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 الجزائري¹⁰⁸³، في فقرتها الثانية، نجد أنها قد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى، في حين أنّ الأمر تعقد عند الرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني الجزائري¹⁰⁸⁴، أين جعل القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً عند إبرامه، بمعنى أنّه ربطهما بحالة وحيدة وهو عرض النزاع أمام القاضي الجزائري¹⁰⁸⁵.

لكن لو عرض أمام جهة قضائية أجنبية فإنّه 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 حتماً إلى عدم تربية الولد على دين أبيه، كما نص على ذلك قانون الأسرة الجزائري، مع العلم أنّ 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 والذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر شرعاً و قانوناً أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيها مصلحة المحضون و القيام بتربيته على دين أبيه، و من ثم فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي

¹⁰⁸³ - 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".

¹⁰⁸⁴ - تنص المادة 13 من القانون المدني على أنّه: "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".

¹⁰⁸⁵ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص. 171.

الفصل الثاني..... أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تسكن في بلد أجنبي بعيد عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال يعد قضاء مخالفا للشرع والقانون¹⁰⁸⁶.

وإجمالا، نقول أنّ 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 الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية، ثم أسلمت الزوجة و بقي الزوج على ملته فوقع الطلاق، فلمن تسند الحضانة؟ و عند إسنادها للأم فكيف تربي الطفل على دين أبيه وهو غير مسلم؟¹⁰⁸⁷

لا شك أنّ هذه المسائل وغيرها من قضايا المسكن والنفقة وحق الزيارة تعد من العقبات الأساسية في قضايا الزواج المختلط، وذلك بسبب مشكل اختلاف قوانين الدول.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن أبرز إشكالات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ولنا أن نتساءل عن الإشكالات المثارة حول النيابة الشرعية والتبرعات والميراث في نفس القانون؟. وهو ما سيتم إبرازه في الفصل الثالث الموالي من هذه الأطروحة.

¹⁰⁸⁶ - م ع، غ.أ.ش، 19/02/1992، ملف رقم 59013، م ق، 1991، العدد 04، ص.117.

¹⁰⁸⁷ - بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، المرجع السابق، ص.253.

الفصل الثالث

أبرز إشكالات النيابة الشرعية والميراث والتبرعات في قانون
الأسرة الجزائري

بعد تطرقنا إلى إشكالات الزواج والطلاق في الفصلين السابقين من هذه الأطروحة، فإنه يستلزم علينا إبراز ومعالجة أهم الإشكالات الموجودة في الكتاب الثاني من قانون الأسرة الجزائري¹⁰⁹¹، والمتعلقة بأحكام النيابة الشرعية والتي نظمها المشرع في المواد من 81 إلى 125 منه، حيث خص الأحكام العامة بها في الفصل الأول في المواد من 81 إلى 86، وأدرج أحكام الولاية في الفصل الثاني في المواد من 87 إلى 91، كما نظم في الفصل الثالث من نفس الكتاب أحكام الوصاية وذلك في المواد من 92 إلى 98، أما التقديم فكان في الفصل الرابع في المواد من 99 إلى 100 من نفس القانون. والحجر في الفصل الخامس في المواد من 101 إلى 108. بينما نظم أحكام المفقود والغائب في المواد من 109 إلى 115 في الفصل السادس، وختم الكتاب الثاني بالفصل السابع المتعلق بالكفالة في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة.

كما سنقوم بإبراز ومعالجة أهم الإشكالات الموجودة في الكتاب الثالث من قانون الأسرة، والمتعلق بالميراث، والذي نظمه المشرع في عشرة فصول في المواد من 126 إلى 183.¹⁰⁹²

هذا وسنحاول تسليط الضوء على أهم الإشكالات المثارة حول أحكام التبرعات في قانون الأسرة، والتي نظمها المشرع في الكتاب الرابع من تقنينه الأسري، والذي قسمه إلى أربعة فصول، مبينا فيها أحكام كل من الوصية والهبة والوقف والأحكام الختامية في المواد من 184 إلى 224 منه.

ومن خلال ذلك، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول سنبين فيه أهم الإشكالات المتعلقة بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة، أما في المبحث الثاني فسنبرز فيه أهم الإشكالات المثارة حول أحكام الميراث والتبرعات من ذات القانون.

¹⁰⁹¹ - أما بالنسبة للزواج والطلاق فنظم المشرع أحكامهما في الكتاب الأول من تقنينه الأسري، تحت عنوان: "الزواج والخلاله"، وذلك في المواد من 4 إلى 80 منه.

¹⁰⁹² - حيث نظم في الفصل الأول الأحكام العامة للميراث، أما في الفصل الثاني فنظم أصناف الورثة، والفصل الثالث لأصحاب العصبية، بينما نظم في الفصل الرابع أحوال الجد، وفي الفصل الخامس الحجب، أما الفصل السادس فنظم مسائل العول والرد والدفع، وفي الفصل السابع التنزيل، أما الثامن فنظم ميراث الحمل، أما في الفصل التاسع فتكلم عن المسائل الخاصة، وفي الفصل العاشر عن قسمة التركات.

المبحث الأول

أهم الإشكالات المتعلقة بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري

نظرا لنقص قدرات القاصر وتفكيره المحدود، فإنّ حقوقه ومصالحه يتم إدارتها من طرف الغير تحت نظام يسمى بالنيابة الشرعية، والتي شرعت أصلا لحماية القاصر.

وعليه، فمن منطلق أنّ النيابة الشرعية هي أن يقوم الشخص مقام شخص آخر في التصرف عنه، ومنه فإنّ عمومية هذا التعريف تفيد أنّ النيابة الشرعية تتضمن معنى الولاية¹⁰⁹³، أو الوصاية أو القوامة، حيث تندرج كلها ضمن كلمة واحدة شاملة وهي الولاية¹⁰⁹⁴.

والمعنى المقصود هنا بالولاية التي هي قيد دراستنا في هذا المبحث، هو معنى عام ينصرف إلى جميع الجهات التي يقوم فيها شخص بالتصرفات القانونية بدلا من آخر أو إلى جانبه، ويطلق على هذا الشخص بالولي كما يطلق عليه بالوصي أو المقدم¹⁰⁹⁵.

والدليل على ذلك أنّ المشرع الجزائري تحت عنوان الولاية على أموال القاصر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تناول كذلك إجراءات تخص الولاية والوصاية والتقديم في المواد من 464 إلى 480 منه.

ولقد نظم المشرع الجزائري النيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 86 وأدرجها في الكتاب الثاني من تقنين الأسرة، وخصّ الأحكام العامة بها في الفصل الأول أين ذكر المواد أعلاه، ومنه ما تعلق بولاية القاصر فقد أدرجها في الفصل الثاني من نفس الكتاب، ونظمها من المواد 87 إلى 91، كما نظم الوصاية من المواد 92 إلى 98، والكفالة في المواد من 116 إلى 125.

¹⁰⁹³ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، 2006، ص.07.

¹⁰⁹⁴ - غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص.129.

¹⁰⁹⁵ - غربي صورية، المرجع نفسه، ص.127.

والجدير بالذكر أنّ تنظيم المشرع لأحكام الولاية لم يكن واضحاً، بحيث لم نعثر في قانون الأسرة، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على تعريف واضح وصريح يميز بين الولاية على النفس والولاية على مال القاصر¹⁰⁹⁶.

وعليه، فقد جاءت نصوص قانون الأسرة عامة تجمع بين الولايتين¹⁰⁹⁷ بدون تخصيص، مما يطرح مشكل الضعف الكمي والكيفي في تنظيم المشرع لأحكام الولاية¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁶ - أنظر، عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط.2، دار هوم، الجزائر، 2014، ص.104.

¹⁰⁹⁷ - فالولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه، وهي القيام بالإشراف على مصالح المولى عليه فيما يختص بنفسه من ولاية حتى بلوغه، بحيث يدخل في نطاقها ثلاثة أنواع: الحفظ والرعاية وهي ما تسمى بالحضانة، ولاية التربية والتأديب، وأخيراً ولاية التزويج، إذا تنص في ذلك المادة 62 من قانون الأسرة على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". وتنص المادة 11 من نفس القانون على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد الأقارب أو أي شخص آخر تختاره. دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهو الأب فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له". وعليه يتضح من نص المادة 11 المذكورة في فقرتها الثانية أن المشرع شدد في مسألة تزويج القصر بأن يكون وليهم هو الأب أو أحد الأقارب أو القاضي، وهو ما يعني اقتصار الولاية على النفس في مسألة الزواج على عنصر الذكورة، عكس ما هو معمول به في أحكام الولاية على المال التي نص المشرع الجزائري على أنّ الأم هي ولية على مال أبنائها بعد الأب.

أما الولاية على المال فتشمل كل ما يتصل بمال القاصر، بحيث يلتزم الولي القيام بالإشراف على رعايتها وحفظها وصيانتها من التلف والضياع أو الاعتداء عليها من قبل الغير، والعمل على تنميتها باستغلال وزيادة مواردها والمتاجرة فيها؛ أنظر، عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2009، ع.1، ص.81. هذا وتختلف الولاية عن النفس عن الولاية الطبيعية على مال القاصر من حيث طرق انتهائها وانقضائها، فتنتهي الولاية على النفس بالنسبة للأنثى إلى غاية الدخول بها، وبالنسبة للولد إلى غاية بلوغه سن الرشد دونما آفة عقلية أو دراسة، وبلاستغناء عنها بالكسب، وهو ما نصت عليه المادة 75 من قانون الأسرة في أحكام النفقة: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال". فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها". بينما تنتهي الولاية الطبيعية على المال بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه أو بإسقاط الولاية عليه، وذلك وفقاً لنص المادة 91 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه قضائياً أو قانونياً، 4- بإسقاط الولاية عنه".

¹⁰⁹⁸ - أنظر، تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1، ص.42؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.128.

ومن خلال ذلك، سنقتصر في هذا المبحث بإبراز الإشكالات المثارة حول الولاية على أموال القاصر دون الإشكالات المتعلقة بالولاية على النفس، لأننا تطرقنا لهذه الأخيرة في الفصل الأول من هذه الأطروحة المتعلق بإشكالات انعقاد الزواج في قانون الأسرة.

وعليه، سنحاول في هذا المبحث إبراز أهم الإشكالات المتعلقة بالولاية الأصلية والولاية النيابية على أموال القاصر في المطلب الأول، بالإضافة إلى تبيان أهم الإشكالات المثارة حول ممارسة الولاية على أموال القاصر في المطلب الثاني.

المطلب الأول

إشكالات الولاية الأصلية والنيابية على أموال القاصر

نظرا لعجز القاصر عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، فإنّ الولاية تكون للولي أو الوصي على أمواله¹⁰⁹⁹.

فالولاية في جوهرها ضرب من النيابة، التي هي بمعناها العام قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه¹¹⁰⁰.

فالنيابة الشرعية سواء الولاية أو الوصاية أو القوامة، تندرج كلها ضمن مصطلح واحد شامل وهو: الولاية¹¹⁰¹.

1099 - حيث تنص المادة 44 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون".

1100 - أنظر، الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، تطبيقاتها في المذهب المالكي، دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996، ص.27؛ موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2006، ص.07.

1101 - غربي صورية، المرجع السابق، ص.129.

وتثبت الولاية الأصلية على مال القاصر وبقوة القانون لوليه الشرعي، و هو إما الأب أو الأم أو الجد بحسب الأحوال، و هذا طبقا للمادتين 87 و 92 من قانون الأسرة¹¹⁰²، و سبب هؤلاء للولاية هو صلة الدم الوثيقة التي تجعلهم أكثر شفقة ورعاية للقاصر وماله¹¹⁰³.

وبذلك تكون ولاية من سبق ذكرهم أصلية مستمدة من القانون مباشرة، لا يحتاجون لحكم المحكمة لتقريرها.

أما في حالة انعدام الولي الأصلي، فإنه يُلجأ إلى الولاية النيابية أو كما يصطلح عليها بالولاية المكتسبة، وذلك بأي سبب كان، أو حق مع وجوده ولكن تم إسقاط الولاية الأصلية عنه، أو تم الحجر عليه. وتسمى بالولاية النيابية لوجود شخص ينوب على الولي الأصلي (الطبيعي) في ممارسة الولاية على مال القاصر¹¹⁰⁴.

وبالتالي فالولاية الطبيعية هي الأصل، والولاية المكتسبة هي الفرع، بحكم أنّ هذه الأخيرة ليست أصلية.

إلا أنّه يوجد العديد من الإشكالات في تنظيم المشرع للولاية الأصلية على أموال القاصر (الفرع الأول)، والولاية النيابية (المكتسبة) على أموال القاصر (الفرع الثاني).

1102 - حيث تنص المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة على ما يلي: "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد. وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وتنص المادة 92 من نفس القانون على أنّه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون".

1103 - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص.07.

1104 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.94.

الفرع الأول

أهم إشكالات الولاية الأصلية على أموال القاصر

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الولاية الطبيعية على المال، فمنهم من اعتبرها سلطة، ومنهم من اعتبرها قدرة أو توكيل شرعي.

فالولاية عند الأحناف هي تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى¹¹⁰⁵، أما الولاية عند المالكية و الحنابلة هي توكيل شرعي لقولهم: " وما يترتب عن الولاية كتوكيل المالكه والوصية، والأصل في الولاية ولاية الزواج، والمراد بالولي إذا أطلق ولي المرأة"¹¹⁰⁶. أما الولاية عند الشافعية هي القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافذ، سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره، نيابة من الشارع أو من الإنسان مع إقرار كالوصاية والوكالة¹¹⁰⁷.

وعليه، يتضح من هذه التعريفات أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أنّ الولاية الطبيعية على المال هي نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من هو تحت ولايته جبراً، لعجزه عن النظر فيها، تحقيقاً لمصلحة المولى عليه أو مصلحة الغير الذين لهم حقوق على أمواله. بمعنى أنها سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر، فتكون تصرفاته نافذة حتى دون رضاه.

أما من الناحية القانونية، فلقد عرّف البعض الولاية الطبيعية على المال بأنها: "سلطة الشخص في إبرام التصرفات القانونية المتعلقة بمال غيره نيابة عنه"¹¹⁰⁸.

1105 - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص.11؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.80.

1106 - الرفعي عبد السلام، المرجع السابق، ص.20.

1107 - الرفعي عبد السلام، المرجع نفسه 20؛ أحمد عيسى، المرجع السابق، ص.80.

1108 - أنظر، ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.57.

كما يعرفها البعض الآخر على أنه: "قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر، وبما ينتج آثارها في حق الغير، فتثبت لعدم الأهلية وناقصيتها والمحجور عليهم"¹¹⁰⁹.

وتعرف الولاية الطبيعية على المال أيضا بأنها: "السلطة التي تثبت للشخص في أن يباشر تصرفات قانونية فتنفذ في حق الغير"¹¹¹⁰.

وعرفها آخرون على أنها: "صفة تقوم بشخص تجعل له سلطانا على غيره في ماله جبرا عنه، فتخول سلطة التصرف في مال الغير"¹¹¹¹.

وعليه، فإنه حماية للقاصر، يجب أن تتوفر في هذا الولي الأصلي شروطا معينة، وهذا حتى تكون أموال القاصر في يد أمينة، إلا أن الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لم يتعرض للشروط المتعلقة بالولي الطبيعي على أموال القاصر (أولا)، هذا ويجب تحديد من هم الأحق بالولاية الأصلية وترتيبهم، حتى لا تكون أموال القاصر بدون شخص قريب يحميها، إلا أن الإشكال يتمثل في عدم انسجام النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري مع النصوص الشرعية عند ترتيبه للأولياء الأصليين على أموال القاصر (ثانيا).

أولا- عدم تعرض المشرع للشروط المتعلقة بالولي الطبيعي على أموال القاصر:

لقد وضعت الشريعة الإسلامية شروطا يجب توافرها في الولي الأصلي على أموال القاصر، يفرضها العقل و المنطق، لكي تحقق أكبر حماية للقاصر المشمول بالولاية ، و هي كل من كمال

¹¹⁰⁹ - أنظر، نبيل إبراهيم سعد ومحمد محسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي، دون معلومات أخرى، ص.175؛ أنظر، حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص.596.

¹¹¹⁰ - أنظر، عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.ط، د.ب.ن، 2006، ص.182؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.80.

¹¹¹¹ - أنظر، سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.2، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد، الإرادة المنفردة، ط.4، مطبعة السلام، د.ب.ن، 1997، ص.341-342.

الأهلية والأمانة واتحاد الدين¹¹¹².

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري لم ينص على شروط الولي الأصلي على أموال القاصر في قانون الأسرة، بل اكتفى بالنص على الشروط الواجب توافرها في الوصي¹¹¹³، وذلك في أحكام المادة 93 من قانون الأسرة¹¹¹⁴. مما يجعلنا نعود إلى أحكام الفقه الإسلامي لتحديد الشروط الواجب توافرها في الولي على مال القاصر، وهذا عملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ومن بين الشروط التي اتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية في الولي الأصلي أن يكون أهلاً للولاية، أي أن يكون كامل الأهلية بالبلوغ والعقل¹¹¹⁵.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإنّ الشخص يكون كامل الأهلية¹¹¹⁶ إذا كان بالغاً عاقلاً رشيداً، وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي: "كل

1112 - أنظر، فراس وائل طلب أبو شرخ، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، ماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007-2008، ص.85-86.

1113 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.85؛ غربي سورية، المرجع السابق، ص.130.

1114 - حيث تنص المادة 93 من ق.أ على ما يلي: "يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

1115 - إذ يعرف العقل بأنّه: "القوة المتهبئة لقبول العلم"؛ أنظر، الحسن بن محمد الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، حققه: محمد سيد الكيلاني، مكتبة البابي الحلبي، مصر، 1961، ص.341؛ فراس وائل طلب أبو شرخ، المرجع السابق، ص.86. كما يعرف العقل بأنّه: "العلم بوجوب الواجبات، واستحالة المستحيلات، ومجاري العادات"؛ أنظر، عبد المجيد نجار، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1987، ص.58.

1116 - الأهلية لغة: يقال أهله لذلك الأمر تأهيلاً وأهله، رآه له أهلاً، واستأهله استوجبه ومنه قوله تعالى: ﴿هو أهل التقوى وأهل المغفرة﴾؛ سورة المدثر، الآية 56. وجاء في تفسير هذه الآية، أنّ الله عز وجل هو أهل لأن يُتقى فلا يُعصى، وأهل المغفرة لمن اتقاه؛ أنظر، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.2، دار صادر، لبنان، 1988، ص.163.

شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".

وعليه، فإنّ الأهلية التي يجب أن تتوفر في الشخص لكي يكون ولياً على القاصر هي أهلية الأداء، والمقصود بها هو صلاحية الشخص لممارسة الأعمال القانونية باسمه ولحساب نفسه بقصد إحداث آثارها في شخصه أو ذمته المالية¹¹¹⁷.

أما البلوغ، فهو انتهاء مرحلة الصغر¹¹¹⁸، وقد اتفق الفقهاء على اعتبار البلوغ علامة على اكتمال القوى العقلية¹¹¹⁹، و يتم معرفة انتهاء حد الصغر إما بتوفر مجموعة من العلامات الطبيعية¹¹²⁰، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري، وإما ببلوغ القاصر سناً معينة، وهي في القانون 19 سنة طبقاً للمادة 40 من القانون المدني السابق ذكرها.

و يختلف البلوغ عن الرشد، كون أن هذا الأخير أكمل مراحل الأهلية، و المقصود به حسن التصرف في المال وفق العقل و القانون، و عليه قد يرافق الرشد البلوغ و قد يتأخر عنه قليلاً أو كثيراً¹¹²¹.

¹¹¹⁷ - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص.169؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.130.

¹¹¹⁸ - محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، ج.5، المرجع السابق، ص.97.

¹¹¹⁹ - ولما كانت الولاية معتبرة بشرط النظر، لم يصح إسنادها لمن لا يحسن تشخيص المصلحة لنقصان عقله، و إذا كان الصغير ممنوعاً من التصرف بماله، مستحقاً لأن يولى عليه، لم تصح توليته على غيره؛ محمد أمين بن عمر عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج.9، المرجع السابق، ص.225؛ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.2، المرجع السابق، ص.12؛ الكساني، بدائع الصنائع، ج.2، المرجع السابق، ص.357؛ فراس وائل طلب أبو شرح، المرجع السابق، ص.87.

¹¹²⁰ - وهذه العلامات منها ما هو مشترك بين الرجال و النساء، كالإنزال و الإنبات و السن، ومنها ما هو خاص فقط بالنساء كالحيض والحمل؛ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.8، المرجع السابق، ص.508؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.131.

¹¹²¹ - و قد اختلف الفقهاء في تعريف الرشد، حيث عرفه جمهور الفقهاء من الحنفية و المالكية و الحنابلة بأنه: تمييز المال وإصلاحه، بينما عرفه الشافعية بأنه: صلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة، و إصلاح المال؛ أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.5، المرجع السابق، ص.425؛ الكساني، بدائع الصنائع، ج.7، المرجع السابق، ص.251؛ ابن رشد، بداية المجتهد ...، ج.2، المرجع السابق، ص.281؛ فراس وائل طلب أبو شرح، المرجع السابق، ص.87.

و عليه ، فإنه لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توفرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق ، بداية بماله هو و ثم الغير¹¹²² ، فإذا كان الولي لا يصلح للتصرف في ماله و لا يستطيع النظر في مصالح نفسه ، فمن باب أولى ألا يكون أهلا للنظر في مصالح غيره ، باعتبار أنّ فاقد الشيء لا يعطيه¹¹²³.

أما إذا كان الولي أهلا لمباشرة بعض الحقوق دون غيرها ، ففي هذه الحالة يباشر الولي ما هو أهل لمباشرة ، أما ما هو ليس أهل للتصرف فيه فتقيم المحكمة على القاصر متصرفا خاصا لمباشرة¹¹²⁴.

و عليه، فمن تحقق له الولاية الطبيعية (الأصلية) على مال القاصر يجب أن يكون كامل الأهلية ، عاقلا و راشدا ، و غير محجور عليه لأي سبب من الأسباب التي تدعو إلى الحجر قانونا¹¹²⁵.

و تجدر الإشارة بأنّ الفقه الإسلامي لم يجز ولاية السفهية سواء كان محجورا عليه أو لم يكن كذلك ، فإذا كان محجورا عليه فلا ولاية له على مال ، ومن ثم لا تكون له ولاية على غيره ، و إن كان غير محجور عليه فلا ولاية له أيضا على مال القاصر لعدم ائتمانه حماية للقاصر¹¹²⁶.

إلا أنّ الإشكال هو أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط لا في قانون الأسرة و لا في القانون المدني¹¹²⁷ ، و هذا على عكس المشرع المصري الذي نص على هذا الشرط في المادة الثانية

1122 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.131.

1123 - محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات و الفقه الإسلامي من منظور موازن، ط.1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2012 ، ص.57 ؛ جمعة سمحان المبلّوي ، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة ، دار الهدى ، الجزائر ، د.س.ن ، ص.65؛ جمال مهدي محمود الأكشة ، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، ط.1 ، دار الفكر، مصر ، 2009 ، ص.200 ؛ جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.38 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.131.

1124 - أنظر ، حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، مصر ، د.س.ن ، ص.599-600.

1125 - أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القصر، المرجع السابق، ص.86.

1126 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.132.

1127 - عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.86.

من قانون الولاية على المال لسنة 1952¹¹²⁸، و التي جاء فيها ما يلي : " لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو".

و عليه يتبين من هذا النص المذكور أعلاه ، أنّ المشرع المصري منع صراحة الولي الأصلي من مباشرة أي حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق ، و ذلك أنّ الحد من الأهلية يقرره اعتبارات خاصة يرى معها واضع هذا التشريع حرمان الإنسان من مباشرة التصرف في ماله ، و مثل هذه الاعتبارات ينبغي أن تستتبع حرمان هذا الشخص من الولاية على مال غيره¹¹²⁹.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، فإنه يمكن القول بأنه إعمالاً بقاعدة القياس بمفهوم المخالفة، يتضح بأن المشرع الجزائري اشترط بطريقة غير مباشرة كمال الأهلية لتقوم الطبيعية على مال القاصر¹¹³⁰، و ذلك عند قراءة نص المادة 91 من قانون الأسرة الجزائري و الذي جاء فيه ما يلي: " تنتهي وظيفة الولي : ... ، 3- بالحجر عليه ،...".

و بما أنّ أسباب الحجر¹¹³¹ هي الجنون أو العته أو السفه ، و هي عوارض تصيب الأهلية فإمّا

1128 - المرسوم بقانون رقم 119 لسنة 1952 الصادر في 8 ذي القعدة 1371 هـ الموافق لـ يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال، المنشور في 4 أغسطس 1952.

1129 - أنظر، معوض عبد التواب، الولاية على المال، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 1982، ص.61؛ حارس علي القطري، الموسوعة التطبيقية للأحوال الشخصية ، الولاية على المال بمحاكم الأسرة ، دار محمود للنشر و التوزيع ، المكتبة القانونية ، القاهرة ، مصر ، د.س.ن ، ص.17.

1130 - عيسى أحمد، المرجع السابق ، ص.86.

1131 - و المقصود بالحجر هو منع الشخص من التصرف في ماله ؛ أنظر ، كمال حمدي ، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية - الوصاية - الحجر - الغيبة - المساعدة القضائية) ، الاختصاص و الإجراءات و القرارات ، منشأة المعارف ، مصر، 2003 ، ص.167. و يختلف الحجر من حيث كونه قضائي أو قانوني ، فالحجر القضائي الذي نظمته المشرع الجزائري في قانون الأسرة بموجب المواد 101 إلى 108 منه و المادتين 40 و 79 من القانون المدني ، هو منح الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية من التصرف في أمواله ، و هي الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، و تعيين قيم في ذلك بناء على حكم من القضاء ؛ أنظر ، محمد بوعمره ، أموال القاصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، العاصمة ، 2012-2013 ، ص.30 .

تعدمها أو تنقصها ، فيأخذ المحجور عليه حكم القاصر ، رغم بلوغه سن الرشد القانوني¹¹³².

و عليه ، ما دام أنّ الحجر يعتبر سببا لانتهاء الولاية فهو بذلك شرط لقيامها ، لأن الولاية تقوم على أساس المصلحة ، و مصلحة القاصر أن تكون أمواله في يد شخص هو أهل لحفظ أمواله¹¹³³.

كما أنّ الإشكال الآخر يتمثل في عدم نص المشرع على شرط مهم يجب أن يتوفر في الولي الأصلي على أموال القاصر و هو شرط العدل (الأمانة) و إنما اشترطه في الوصي طبقا للمادة 93 من قانون الأسرة : " يشترط في الوصي أن يكون ... آمينا ... " ، ويلاحظ بأنّ المشرع المصري هو أيضا لم ينص على هذا الشرط في الولي و إنما اشترطه في الوصي ، و هذا في المادة 27 من قانون الولاية على المال المصري والتي جاء فيها أنّه: " يجب أن يكون الوصي عدلا ...".

و المقصود بالعدل أن يتحلى الولي بالأمانة و الصدق و حسن الخلق، بحيث يكون محلا للثقة و الائتمان على المولى عليه¹¹³⁴.

كما يقصد بالأمانة ألا يكون الولي فاسقا يرتكب أمورا يخشى منها على مال القاصر. ويصنف الحنفية الآباء من حيث الأمانة وحسن التدبير إلى ثلاثة أصناف:

أما الحجر القانوني فهو منع الشخص من التصرف في ماله بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية ؛ أنظر ، أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ط.1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 ، ص.42 .

و هو ما جاء في المادة 9 من قانون العقوبات على أنه : " العقوبات التكميلية هي : 1- الحجر القانون ... " ، و ما جاء في المادة 9 مكرر من ذات القانون على أنه : " في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة و جوبا بالحجر القانوني لا الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية ، تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي " ؛ غربي صورية ، المرجع السابق، ص.132-133.

¹¹³² - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.86.

¹¹³³ - غربي صورية، المرجع السابق، ص.133.

¹¹³⁴ - أنظر ، حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل ، ط.1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013 ، ص.348.

الصف الأول: أب غير أمين على المال، معروف بالتبذير والإسراف، محجور عليه أو يستحق الحجر، فهذا الصف يُمنع من الولاية الشرعية على أولاده، وإن أعطيت له سلبت منه وأعطيت لمن يليه في المرتبة.

أما الصف الثاني: أب أمين غير مبذر، ولكنه معروف بفساد الرأي وسوء التدبير، وتثبت لهذا الصف الولاية على مال ولده القاصر نظرا لأمانته وعدم تبذيره، ولكن لنقص تدبيره وفساد رأيه تقيد تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر بالمصلحة الظاهرة، فتكون ولايته ناقصة.

أما الصف الثالث: أب ميسور الحال من حيث الرأي والتدبير، هذا الأب تثبت له الولاية الطبيعية على أموال ولده القاصر كاملة غير منقوصة إلا ما كان منها متوقفا على إجازة القاضي¹¹³⁵.

وتجدر الإشارة إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا حول اشتراط العدالة في الولي، إذ لم يعتبر المالكية العدل ضروريا في الولي بل من الكماليات¹¹³⁶، على عكس الشافعية والحنابلة اللذين اشترطوا العدالة في الولي، لأهمّ يرون بأنّ الفسق يقدر الشهادة، وبالتالي يمنع الولاية¹¹³⁷.

إلا أنّ الرأي الراجح أنّ العدالة شرط أساسي في قيام الولاية من عدمها، لأنّ الشخص غير العادل غير صالح لأن يحفظ أموال القاصر بشكل يزيد فيها، لأنّ الشخص الذي لا يخاف من عدم العدل أكيد لن يخاف من أكله لمال القاصر أو تضييعه لهذه الأموال¹¹³⁸.

1135 - جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.39؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.86-87.

1136 - أنظر، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن، د.س.ن، ص.230.

1137 - أنظر، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني ويلي الشرح الكبير، ج.7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص.356؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987، ص.157.

1138 - غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.134.

هذا ويوجد إشكال آخر يتمثل في عدم نص المشرع الجزائري على شرط اتحاد الدين بين الولي الأصلي والمولى عليه في النصوص المنظمة للولاية من 87 إلى 91 من قانون الأسرة، وإنما اشترطه في الوصي من خلال الرجوع إلى المادة 93 من نفس القانون عندما اشترط أن يكون الوصي مسلماً.

وعليه، فإنّ القاضي إذا ما صادفه هذا الإشكال وهو قضية اختلاف الدين بين الولي الطبيعي والمولى عليه، له أن يحكم بقواعد الشريعة الإسلامية التي تشترط اتحاد الدين¹¹³⁹، أي أن يكون كلا من الولي والقاصر مسلمين لكي يقر الولاية، وإلا فله أن يعين ولياً آخر على اعتبار تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر نظراً لاختلاف الدين¹¹⁴⁰. وهذا تطبيقاً لأحكام المادة 90 من قانون الأسرة التي تنص على أنّه: "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر، يعين القاضي متصرفاً خاصاً تلقائياً، وبناء على طلب من له مصلحة".

وتكمن الحكمة من شرط اتحاد الدين بعدم السماح للولي بأن يستعمل سلطته كوسيلة للضغط على القاصر لدفعه لتغيير دينه بحكم أنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه¹¹⁴¹. من جهة، وأنّ اتحاد الدين باعث على الشفقة ورعاية المصالح، من جهة أخرى.

ولعل أهم مثال يضرب في هذا المجال، أن يكون الولي غير مسلم وأولاده مسلمين كأن تكون أمهم أسلمت وهم صغار، فيكبرون على دينها مسلمين لإتباعهم خير الأبوين ديناً، ولا ولاية

¹¹³⁹ - هذا الشرط جاء تحقيقاً لنهي المولى عز وجل عن ولاية الكافر على المسلم، وذلك مصداقاً لقوله تعالى في الآية 141 من سورة النساء:

﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، وقوله تعالى في الآية 73 من سورة الأنفال: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾.

¹¹⁴⁰ - أنظر، ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 58-59.

¹¹⁴¹ - أنظر، محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط. 1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012، ص. 53.

للأب في هذه الحالة إذا ما بقي على دينه¹¹⁴².

وتجدر الإشارة إلى أنّ شرط الاتحاد في الدين لا يشترط إلا في الولاية الخاصة، كولاية الأب، أما الولاية العامة وهي ولاية القاضي فلا يشترط لثبوتها اتحاد الدين بين الولي (القاضي) والمولى عليه، لأنّ الولاية تعم جميع الرعايا مهما كان دينهم المسلمين وغير المسلمين¹¹⁴³.

وخلاصة القول، أنّه إذا قمنا بمقارنة الشروط المتفق عليها شرعا في الولي مع الشروط التي وضعها المشرع الجزائري للوصي في المادة 92 من قانون الأسرة، فإننا نجد أنّها تقريبا نفس الشروط ولا تختلف عنها في شيء، والإشكال هنا أنّنا نتساءل عن سبب إهمال المشرع لذكر الشروط المتعلقة بالولي عند تنظيمه لأحكام الولاية في الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة، أو على الأقل الإحالة في شروط الوصي إلى تحديد شروط الولي مادام أنّ الوصاية تدرج في الأصل ضمن كلمة الولاية، ومادام أنّ المشرع جعل الوصي في المادة 95 من قانون الأسرة يخضع لنفس أحكام الولي فيما يتعلق بسلطاته على مال القاصر المبينة في المواد 88 و 89 و 90 من ذات القانون.

فحبذا لو أنّ المشرع الجزائري وضع شروطا خاصة بالولي في صورة واضحة، وان لا يكفي دائما بالإشارة إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيل إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، والتي تجعل القاضي في حيرة عند تحديده شروط الولاية، خاصة وأنّ هذه الأخيرة تختلف فيها بين فقهاء الشريعة الإسلامية، مما يطرح إشكالية أي مذهب يستعين به القاضي في

¹¹⁴² - أنظر، ميمنة بن حليلة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2011-2012، ص.61؛ باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010، ص.09.

¹¹⁴³ - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص.40؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.135.

ذلك، وغيرها من التفريعات المتناثرة هنا وهناك في بطون كتب الفقه الإسلامي المتشعبة، مما يصعب على القاضي القيام بكل ذلك في خضم مهامه القضائية والاجتهادية الصعبة¹¹⁴⁴.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن إشكالية عدم نص المشرع الجزائري على الشروط المتعلقة بالولي الأصلي على أموال القاصر، ولنا أن نتساءل: هل وفق المشرع في تنظيمه لترتيب الأولياء الأصليين على أموال القاصر؟ وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا- عدم انسجام النص الشرعي مع النص القانوني في ترتيب الأولياء الأصليين على أموال القاصر:

لما كانت الولاية حماية للقاصر فهي لا تثبت إلا لأشخاص محصورين محددين في القانون ، قام المشرع بترتيبهم حسب القدرة و الشفقة ، و هم كل من الأب و الأم و الجد¹¹⁴⁵.

و يعتبر الأب أول شخص له الحق في الولاية ، و هذا طبقا للمادة 87 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " يكون الأب وليا على أولاده القاصر ... " ، هو نفس الاتجاه الذي أخذ به القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين¹¹⁴⁶ ، حيث جاء في المادة 48 منه على أن : "الولاية على المال للأب ثم لمن تنتقل إليه الأحوال وفق قانون كل دولة"¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁴ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.275.

¹¹⁴⁵ - غربي صورية، المرجع السابق، ص.136.

¹¹⁴⁶ - وهو القرار رقم 323-ج-24-2002/3/4 ، المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي .

¹¹⁴⁷ - لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن أولى الناس بإدارة أموال القاصر و العناية بها هو الأب ، و هذه الولاية ذاتية أصلية و لكن يشترط فيه أن يكون حيا حاضرا ، و لم يحصل له مانع يحول بينه و بين مقتضيات الولاية ؛ محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ... ، المرجع السابق ، ص.602؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.136.

كما تتصف ولاية الأب بأنها ولاية إلزامية، فهي حق و واجب في نفس الوقت، فلا يجوز له التنحي أو التنازل عنها أو إسنادها لغيره إلا بإذن المحكمة، كما أنها لا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته¹¹⁴⁸.

و لعل الحكمة التي جعلت المشرع الجزائري و التشريعات العربية الأخرى¹¹⁴⁹، بأن تقدم الأب عن غيره في الولاية هو شفقة الأب و أصالة رأيه ، و لكون محافظة الأب على مال ولده هي محافظته على نفسه¹¹⁵⁰.

و ما دام الأب هو أولى بالنفقة على القاصر فهو بذلك أولى بالولاية عليه ، و لا يجوز لأي شخص أن ينوب عن القاصر ما دام الأب لم يتوف بعد حتى و لو كان هذا الشخص الأم ، و إلا عد خرقا للأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون¹¹⁵¹.

1148 - موسوس جميلة، المرجع السابق، ص.25.

1149 - و مثالها المشرع المغربي في المادة 236 من مدونة الأسرة المغربية و التي تنص على أن : " الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي... " ، أما المشرع التونسي فقد نصفي الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على أن : " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته...ص ، أما المشرع الفرنسي فقد اتجه عكس ذلك بأن جعل السلطة الأبوية مشتركة بين الأب و الأم في المادة 4/1284 من القانون المدني الفرنسي و التي جاء فيها:

« le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux »

1150 - غربي صورية، المرجع السابق، ص.137.

1151 - و هذا ما جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/05/17 على أنه : " من المقرر قانونا يكون الأب وليا على أولاده القاصر وبعد وفاته تحمل الأم محله قانونا . و لما كان - في قضية الحال- أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضده و هي لم تكن طرفا في الخصومة، كما أن المطعون ضده لا زال قاصرا و أن أباه هو ولي عنه حسب القانون ، و لم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأم ،و من ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات و القانون مما يستوجب نقض القرار"؛ م ع، غ م، 1998/05/17، ملف رقم 167835، م ق، 1997، ع.2، ص.77. فمن خلال هذا القرار يتضح أنّ الولاية تكون أولا للأب مادام أنه حي وقادر على توليها، ولا يمكن بوجود الأب الانتقال إلى غيره من الأشخاص حتى ولو كان هذا الشخص هو الأم؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.138.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع الجزائري اعترف في المادة 87 من قانون الأسرة للأم بالولاية في حالة وفاة الأب أو حصل له مانع أو انفصل عن الأم بالطلاق، ويكون بذلك قد خالف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية اللذين لم يعترفوا للأم بالولاية (1)، كما أنّه يوجد إشكال آخر يتمثل في عدم نص المشرع الجزائري صراحة عن الولاية الأصلية للجد في حالة وفاة الأم أو حصول مانع لها (2).

1- مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في منح الولاية على أموال القاصر للأم:

تنص المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة على أنه : " يكون الأب وليا على أولاده القصر ، و بعد 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 " .

و يلاحظ بأن المشرع الجزائري قد اعترف في هذه المادة صراحة بالولاية للأم ، و هذا ما ذهب إليه كل من التشريع المغربي و التشريع التونسي اللذان اعترفا للأم بالولاية بعد الأب¹¹⁵² .

و عليه، فالأم في التشريع الجزائري ولية تحل محل الأب عند وفاته ، أما إذا كان الأب حيا، فلا يجوز للأم أن تحل محله ، إلا في حالة ما إذا ألم به ما يمنع ولايته و في الأمور المستعجلة ، كأن

1152 - و هذا ما جاء في الفصل 154 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية و التي تنص على أن : " القاصر وليه أبوه أو أمه إذا توفي أبوه أو فقد أهليته مع مراعاة أحكام الفصل الثامن من هذه المجلة المتعلقة بالزواج ، و لا يعمل بوصية الأب إلا بعد وفاة الأم أو فقدانها الأهلية . و عند وفاة الأبوين أو فقدان أهليتهما و لم يكن للقاصر وصي وجب أن يقدم عليه الحاكم " ، كما نص المشرع التونسي في الفصل 155 من نفس القانون على أنه : " للأب ثم للأم ثم للوصي الولاية على القاصر أصالة و لا تبطل إلا بإذن من المحاكم لأسباب شرعية " . أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 230 من مدونة الأسرة المغربية على أنه: " يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب : 1- الولي و هو الأب و الأم والقاضي ... " ، كما تنص المادة 231 من ذات القانون على أن: ص صاحب النيابة الشرعية: - الأب الراشد؛ - الأم الراشدة عند عدم وجود اتأب أو فقد أهليته؛ - وصي الأب ؛ - وصي الأم ؛ - القاضي؛ - مقدم القاضي . "؛ بوجاني عبد الحكيم ، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، المرجع السابق ، ص.74.

يكون غير موجود لغيابه أو فقدانه¹¹⁵³.

و هو نفس ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 236 من مدونته و التي تنص على أن: "الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ما لم يجرّد من ولايته بحكم قضائي ، و للأب أن تقوم بالمصالح المستعجلة لأولادها في حالة حصول مانع للأب ."

و عليه ، فإنّ الأم عند حلولها محل الأب في الأمور المستعجلة لا تكسب بذلك حق الولاية الكاملة على أبنائها القصر؛ لأن الأب في هذه الحالة لا يفقد حقه في الولاية على أولاده ، و إنما يبقى محتفظا بهذا الحق¹¹⁵⁴.

أما الحق الذي منحه المشرع الجزائري للأم فلا يعتبر سوى ولاية مؤقتة أو محدّدة ، لأنّ المشرع لاحظ أن الأب إذا كان غائبا غيابا مؤقتا أو وجد له مانع ، فإن ذلك قد يعرقل الأمور المستعجلة للقاصر ، لهذا يحق للأم أن تشرف على تسيير تلك الأمور مؤقتا¹¹⁵⁵.

إلا أنّ الإشكال هنا يتمثل في أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد لنا هذه الأمور المستعجلة، إلا أنّه يمكن القول بأنّها تلك الأحوال التي تقتضي الإسراع بإنجازها و القيام بها خشية ضياع مصلحة الولد القاصر¹¹⁵⁶.

1153 - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.34؛ غربي صورية، المرجع السابق ، ص.139.

1154 - محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.80.

1155 - غربي صورية ، المرجع السابق، ص.140.

1156 - و من الحالات التي تستدعي الاستعجال تلك المتعلقة بالأمور المدرسية، كحضور مجالس الأولياء و مراعاة مصلحة القاصر في شؤون دراسته و متابعتها ، و توقيع الوثائق التي ترسلها المدرسة ، أو استخراج الوثائق الإدارية و غيرها . فكل ذلك يتطلب تصريحا شرفيا من الأب ، كما يدخل ضمن الأمور المستعجلة الترخيصات أو الأذون المختلفة من المحكمة ، كالإذن بالخروج من التراب الوطني للسفر أو العلاج ، كأن يكون القاصر مريضا و تستدعي حالته العلاج خارج الوطن ، و عليه لا يمكن للقاصر الخروج من التراب الوطني إلا بإذن من رئيس المحكمة المختص ، وبتقديم طلب من وليه المتمثل في الأم في هذه الحالة . و عليه فإن مثل هذه الأمور تجعل من حلول الأم محلّه أمرا ضروريا ؛ جهيدة مهدي ، مسؤولية متولي الرقابة ، دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، العاصمة ، الجزائر ، 2003-2006 ، ص.99 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.140.

هذا و يلاحظ بأنّ المشرع الجزائري في الفقرة 03 من المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة و التي جاء فيها: " ... و في حالة الطلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، أنه قد منح الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد في حالة الطلاق ، و الذي قد يكون الأب أو الأم أو غيرهما من الأشخاص الواردين في المادة 64 من قانون الأسرة و التي جاء فيها أن : " الأم أولى بحضانة ولدها ، ثم الأب ، ثم الجدة لأم ، ثم الجدة لأب ، ثم الخالة ، ثم العمّة ، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك ، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

و هذا يعني أن الأم ستكون ولية على مال ولدها القاصر رغم وجود الأب حيا و رغم عدم وجود مانع لديه ، و الإشكال أن هذا مخالف لما جاء به الفقه الإسلامي الذي لم يعترف للأم بالولاية و لا حتى الوصاية إذا كان الأب موجودا أو غير عاجز ، خاصة و أن النفقة في هذه الحالة ستبقى على الأب¹¹⁵⁷.

فبالنسبة لكل من المالكية و الحنفية و الحنابلة و الشافعية، لم يعترفوا للأم بالولاية و إنما اعترفوا لها بالوصاية و لكن بعد وفاة الأب¹¹⁵⁸.

و قد استدل جمهور الفقهاء بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم : " ما رأيت من ناقصات عقل و دين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن ، فقيل يا رسول الله ما نقصان عقلها ، قال: أليست شهادة المرأتين بشهادة الرجل ، قيل يا رسول الله ما نقصان دينها ، قال : أليست إذا حاضت لم تصلي و لم تصم"¹¹⁵⁹.

1157 - غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.141.

1158 - أنظر ، سيف رجب قزامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية ، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2010 ، ص.125 ؛ غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.142.

1159 - أنظر ، أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه، الحديث من كتاب الإيمان، باب الحث على الصدقة وأفعال البر، ج.2، ط.1، المطبعة السلفية ومكنتها، مصر، 1403 هـ، ص.253.

وعليه، فإنه لا ولاية للأم عند جمهور الفقهاء، لأنّ الولاية لا تبني على الشفقة وحدها وإنما تبني على كمال النظرة والقوة والخبرة في شؤون المال، والأم ليست كذلك لأنها امرأة، والمرأة ليس لديها من الخبرة ما يؤهلها لولاية المال¹¹⁶⁰.

كما أنّه لا يجوز للأم تولي مال صغيرها قياسا على عدم صحة ولايتها في عقد الزواج. وعليه، فإنّ المشرع الجزائري قد وقع في تناقض بين الفقرة 03 من المادة 87 من قانون الأسرة، وبين النصوص القانونية الأخرى التي جاء بها، خاصة منها ما يتعلق بالنفقة، إذ تنص المادة 75 من قانون الأسرة على أنّه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول..."¹¹⁶¹، وكما نصت المادة 72 المعدلة من نفس القانون على أنّه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة..."¹¹⁶²، بل متناقضا حتى مع أحكام المادة 41 من ذات القانون والتي نصت صراحة على إثبات نسب الولد لأبيه، متى توافرت الشرائط الخاصة به¹¹⁶³.

و هنا لنا أن نتساءل كيف نقر بأنّ الولد ينتسب لأبيه الذي يلتزم بالإنفاق عليه¹¹⁶⁴، و لا نقر للأب أية ولاية على ابنه بحكم أنّ الولاية للأم عندما تسند لها الحضانة؟.

فهذه ليست بالسياسة التشريعية السليمة ولا بالانسجام بين النصوص الذي تتطلبه المنهجية التشريعية الصحيحة عند وضع الأحكام، وهكذا لم تستبعد الإرادة التشريعية هذه النتيجة التي

1160 - أنظر، محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012، ص.67؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.142.

1161 - تنص المادة 75 من ق.أ على أنّه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب".

1162 - تنص المادة 72 المعدلة من ق.أ على أنّه: "في حالة الطلاق، يجب على الأب أن يوفر لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن".

1163 - حيث تنص المادة 41 من ق.أ على أنّه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق الشرعية".

1164 - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، 2016، ص.62.

تتناهى مع المنطق، لأنّ القاصر يكون في أشد الحاجة إلى الرعاية والرقابة الأبوية من غيره¹¹⁶⁵.

كما أنّ الإشكال الآخر، هو أنّ المشرع الجزائري رغم منحه الولاية للأم في المادة 87 من قانون الأسرة، ومخالفته لما جاء به الفقه الإسلامي في عدم الاعتراف للأم بالولاية، إلا أنّ المشرع لم يمنح لها حق اختيار وصي لولدها في المادة 92 من قانون الأسرة، وأعطاه فقط للأب أو الجد¹¹⁶⁶. وهذا في الحقيقة أمر غير منطقي وغير مفهوم، لأنّ المشرع في ترتيب الولاية الأصلية في المادة 87 من قانون الأسرة قد اعترف للأم بالولاية، ولا يتصور أن تسيّر الأم وتدير أموال ابنها القاصر، ولا يمكنها اختيار وصي يحل محلها بعد وفاتها، ويكون أمينا على مال ولدها القاصر¹¹⁶⁷.

وعليه، فمن المستحسن لو يعدل المشرع كل من المادتين 87 و 92 من قانون الأسرة، بحيث يضع حدا للغموض والعمومية الموجودة في المادة 87 المذكورة، ويحدد ما إذا كانت هذه المادة تشمل الولاية على المال فقط أم تدخل ضمنها الولاية على النفس¹¹⁶⁸.

هذا ويوجد إشكال آخر يتمثل في أنّ المشرع قد حصر في المادة 87 من قانون الأسرة حلول الأم محل الأب في الولاية فقط في حالة الوفاة، ونحن نعلم أنّ الوفاة ليست الحالة الوحيدة التي تنهي وظيفة الولي، وإنما هناك حالات أخرى قد نصت عليها المادة 91 من قانون الأسرة والمتمثلة في عجز الأب، وبالحجر عليه، وبإسقاط الولاية عنه¹¹⁶⁹.

1165 - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص.62.

1166 - حيث تنص المادة 92 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون".

1167 - أنظر، غربي صورية، حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 03، 2017، ص.51.

1168 - أنظر، تشوار جيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، العدد 01، 2007، ص.45.

1169 - تنص المادة 91 من ق.أ على ما يلي: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عنه."

كما أنّ الإشكال الذي تطرحه المادة 87 المعدلة من قانون الأسرة، يتمثل في نص المشرع في الفقرة الثانية منها على: "...وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأُمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد..."، فهذا النص يحتوي على نوع من الخلط من حيث أنّه سمح للأم أن تحل محل الأب من أجل القيام بالأُمور المستعجلة المتعلقة بأولادها، دون إضافة مصطلح القصر بعد الأولاد، إذ أنّ النص جاء مطلقا باستعماله مصطلح "الأولاد" فقط، ولا شك أنّ هذا يعد عيبا من جانب الصياغة القانونية، حتى لو اقتضى الأمر البحث عن الإجابة يكون في الفقرة الأولى من ذات المادة¹¹⁷⁰.

كما أنّ الإشكال الآخر، هو أنّ هذه الفقرة المذكورة أعلاه من المادة 87 من قانون الأسرة تركت باب التحديد مفتوحا على مصراعيه لاعتبار ما هو مانع من عدمه، بصرف النظر عن المعيار الذي سوف يتم اعتماده، بحيث أنّ الشيء الجديد الوارد في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه نتيجة التنقيح الأخير من حيث الصياغة، هو منح الأم حق الإحلال محل الأب إذا كان غائبا، أو حصل له مانع من أجل القيام بالأُمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد¹¹⁷¹.

كما أنّ الإشكال المثار حول الفقرة الثانية من المادة 87 أنّها جاءت ناقصة وغير دقيقة من حيث الصياغة، خاصة في عبارة: "حصول مانع له". من جهة، وعبارة: "الأُمور المستعجلة"، من جهة أخرى.

فما هو المقصود بهاتين العبارتين؟ ناهيك عن عبارة: "إذا كان غائبا". هكذا فصياغة هذه الفقرة يعثر بها الغموض والإبهام، ومن ثمّ فإنّه من الصعب تحديد وجود المانع من عدمه، لأنّ الأمر هنا يختلف باختلاف الأشخاص وظروفهم المعيشية، فلكل أسرة ونمطها الخاص في ترتيب أُمورها، وزيادة على ذلك فإنّ المانع المشار إليه في هذا النص القانوني ينصرف إلى موانع الأهلية، إذ

1170 - عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص.56.

1171 - عبد الفتاح تقيّة، المرجع نفسه.

لو كان غير ذلك لأسقطت عنه الولاية بحكم نص المادة 91 من قانون الأسرة، لأنّ فاقد الشيء لا يعطيه بمعنى أنّ موانع الأهلية تجعل الشخص قاصرا ولا ولاية على نفسه، فأولى أن لا تكون له ولاية على غيره¹¹⁷².

كما أنّ الإشكال أنّ الإبهام في صياغة النص يبقى قائما حتى بشأن عبارة: "غياب الأب"، وخاصة إذا علمنا أنّ المشرع قد نص في المادة 109 من قانون الأسرة على أنّ: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته..."¹¹⁷³. و هنا لنا أن نتساءل عن مدى إحلال الأم محل الأب بسبب غيابه، هل يقصد به الغياب الوارد في المادة 109 السالفة الذكر، أم الغياب الذي نصت عليه المادة 110 من قانون الأسرة، والمتعلق بالشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه¹¹⁷⁴.

فكان الأنسب أن ينفرد الغائب بحكم خاص في خصوصه، فيما يتعلق بإحلال الأم محل الأب، بحيث إنّ إذا كان من الإمكان إسقاط الولاية بحكم الفقرة الرابعة من المادة 91 من قانون الأسرة¹¹⁷⁵ على الشخص المفقود، "فإنّ الأمر كذلك بالنسبة للشخص الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته، وهي الحالة التي يمكن للأم أن تحل محل الأب، بينما في حالة الفقدان، وعلى منوال الوفاة فإنّ الولاية تسند إليها، ويصبح لها الحق بالقيام في الأمور المستعجلة وغيرها"¹¹⁷⁶.

¹¹⁷² - عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص. 57.

¹¹⁷³ - تنص المادة 109 من ق.أ على ما يلي: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه، ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".

¹¹⁷⁴ - حيث تنص المادة 110 من ق.أ على ما يلي: "الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كمفقود".

¹¹⁷⁵ - تنص المادة 91 من ق.أ على أنه: "تنتهي وظيفة الولي: 1- بعجزه، 2- بموته، 3- بالحجر عليه، 4- بإسقاط الولاية عنه".

¹¹⁷⁶ - عبد الفتاح تقيّة، النيابة الشرعية، المرجع السابق، ص. 57-58.

هذا جل ما يمكن قوله عن إشكالية ولاية الأم على أموال القاصر، ولنا أن نتساءل عن الإشكالات المترتبة عن ولاية الجد على أموال القاصر، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

2- غموض تنظيم المشرع الجزائري لولاية الجد على أموال القاصر:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول من تكون له الولاية بعد وفاة الأب، هل تكون للجد أم للوصي؟

فالحنفية والشافعية اعترفوا بالولاية الأصلية للجد، بحكم أنّ هذا الأخير يخلف الأب في الكثير من الأحكام، كالإرث والحضانة والولاية على النفس. غير أنهم اختلفوا في مرتبة الجد، فالحنفية يقدمون وصي الأب على الجد، ثم وصي وصيه، ثم القاضي فوصيه، باعتبار أنّ الأب هو أكثر الناس شفقة على ولده، وبالتالي سيختار له شخصا يشفق عليه ومحل ثقة لكي يكون وصيا على ولده.

أما عدم اختيار الأب للجد كوصي على أموال ولده، فهو دليل إما على عدم ثقته به، أو لأنّه يرى بأنّ وصي آخر أقدر على صيانة أموال القاصر من الجد، إلا أنّ الشافعية يقدمون الجد على وصي الأب وعلى القاضي ووصيه، على أساس أنّ الأب كالجد¹¹⁷⁷.

أما بالنسبة للمالكية والحنابلة فلم يعترفوا أصلا بالولاية الأصلية للجد، فهم يعترفون فقط بولاية الأب ثم وصيه ثم القاضي فوصيه، وإذا عين الجد على ولد ابنه يكون باعتباره وصيا من قبل القاضي ويستمد منه سلطته.

و يعللون ذلك بأنّ الجد يستوي مع الأخ في درجة القرابة، و مادام أنّه لا ولاية للأخ فلا ولاية

¹¹⁷⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، المرجع السابق، ص.750؛ سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص.123.

للجد¹¹⁷⁸.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّ الإشكال يتمثل في عدم وضع المشرع نصا صريحا يعترف فيه بالولاية الأصلية للجد، فالمادة 87 المعدلة من قانون الأسرة تكلمت فقط عن ولاية الأب والأم، إلا أنّه بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لأحكام الوصاية، نجد أنّ المشرع قد تكلم عن إمكانية تعيين الجد وصيا للولد القاصر، حيث نص في المادة 92 من قانون الأسرة على أنّه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكون له أم تتولى أموره..."¹¹⁷⁹.

و عليه، فمن خلال قراءة نص المادة 92 المذكورة أعلاه، يمكن أن نستنتج بأنّ المشرع قد أفترّ الولاية الأصلية على الجد، والدليل على ذلك أنّه بمقتضى هذا النص يمكن للجد تعيين وصي لحفيده القاصر، إذ كيف يثبت للجد الحق في تعيين وصي لحفيده لو لم يكن وليا له؟¹¹⁸⁰؛ لأنه من له سلطة اختيار الولي فمن باب أولى أن تكون له سلطة الولاية على مال القاصر.

إلا أنّ الإشكال الذي يطرح من خلال قراءة كل من المادتين 87 و 92 من قانون الأسرة أنّ المشرع الجزائري قد وقع في خلط بأن جعل الولاية للأم بعد الأب في المادة 87. ثم قدّم الجد على الأم في المادة 92. مما يطرح التساؤل حول سبب عدم وضوح المشرع ودقته في تحديد الترتيب القانوني للأولياء الأصليين على أموال الولد القاصر؟

وفي الحقيقة لا يوجد أي تفسير يمكن به فهم هذا الخلط، ولعل التفسير الوحيد، هو أنّ تنظيم المشرع لأحكام الولاية والوصاية كان عشوائيا، بحيث أخذ ببعض الأحكام من الشريعة الإسلامية

¹¹⁷⁸ - سيف رجب قزامل، نفس المرجع، ص.123؛ محمود سعد الدين شريف، الولاية على مال القاصر في القانون المصري، جامعة فؤاد الأول، كلية الحقوق، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، مطبعة العلوم بشارع الخليل 163، مصر، في 15 مايو 1941، ص.130-131.

¹¹⁷⁹ - تنص في المادة 92 من قانون الأسرة على أنّه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكون له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة (86) من هذا القانون".

¹¹⁸⁰ - أنظر، محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هوم، الجزائر، 2011، ص.602.

وبالعوض الآخر من القانون الفرنسي دون أن يتحكم في التناقض الموجود بينهما¹¹⁸¹.

إلا أنّ هذا الخلط يطرح لنا إشكالا آخر، وهو هل الجد في هذه الحالة يأتي بعد ترتيب الأب والأم أم بعد الوصي؟ وهنا يرى بعض شراح القانون بأنّ الجد يأتي بعد الأبوين¹¹⁸². إلا أنّ الأستاذ محمد سعيد جعفرور جعل ترتيبه بعد الأبوين بشرط ألا يكون الأب قبل موته قد اختار لصغيره وصيا، وإلا تقدم الوصي المختار عن الجد الصحيح¹¹⁸³.

هذا جل ما يمكن قوله بالنسبة للإشكالات المتعلقة بالولاية الأصلية أو كما يصطلح عليها بالولاية الطبيعية على أموال القاصر، ولنا أن نتساءل عن الإشكالات المثارة حول الولاية النيابية أو الولاية المكتسبة على أموال القاصر في قانون الأسرة، وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

أهم الإشكالات المتعلقة بالولاية النيابية (المكتسبة) على أموال القاصر

يلجأ إلى الولاية النيابية عند انعدام الولي الأصلي و ذلك بأي سبب كان ، أو حتى مع وجوده لكن تم إسقاط الولاية الأصلية عنه أو تم الحجر عليه ، و تسمى بالولاية النيابية لوجود شخص ينوب على الولي الأصلي في ممارسة الولاية على مال القاصر¹¹⁸⁴.

و بالتالي فالولاية الطبيعية هي الأصل و الولاية المكتسبة هي الفرع، بحكم أنّ هذه الأخيرة ليست أصلية. و ذلك ما يستنتج من نص المادة 44 من قانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنّه: " يخضع فاقدوا الأهلية و ناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية ، أو الوصاية ، أو القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة قانونا". و كذلك من نص المادة 81 من قانون الأسرة التي

1181 - أنظر، عبد العزيز مقفولوجي، الرشداء علمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.72؛ عيسى أحمد،

المرجع السابق، ص.84؛ غربي صورية، حماية أموال الطفل بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، المرجع السابق، ص.53.

1182 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.85.

1183 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.602.

1184 - عيسى أحمد، المرجع السابق ، ص.94.

تنص على أنّه: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن ، أو جنون ، أو عته ، أو سفه ، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

و عليه ، فالولاية المكتسبة على أموال القاصر هي إما الوصاية أو القوامة ، و لكن نظرا لتشابه الوصاية و القوامة في الأحكام و ذلك بنص المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: "يقوم المقدم مقام الوصي و يخضع لنفس الأحكام "، و نظرا أيضا لاعتبارها من قبيل الولاية المكتسبة¹¹⁸⁵، فإنّ دراستنا ستقتصر في هذا الفرع على الإشكالات المثارة حول الوصاية باعتبارها ولاية مكتسبة على أموال القاصر.

و يمكن تمييز الوصاية عن الولاية، في أن الأولى تكون مكتسبة من الغير سواء بالتعيين من الولي أو من القاضي، في حين أن الولاية الأصلية مستمدة من الشرع، وذلك لتوفر رابطة الدم بين الولي و القاصر المشمول بالولاية.

كما أنّ الوصاية تثبت لكل شخص تتوفر فيه الصفات اللازمة لتولي التكليف، أما الولاية فهي كما رأينا حق للأب و الجد و الأم¹¹⁸⁶.

كما أنّ الوصاية تستوجب عرضها على القاضي ليقرر تثبيتها بعد التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون، بينما الولاية لا تستوجب عرضها على القاضي لكونها مستمدة من قوة القانون¹¹⁸⁷.

فالولاية الطبيعية على المال تثبت بسبب القرابة، و ليس لها صور، على خلاف الولاية المكتسبة على المال التي تأخذ صور متعددة بالنظر إلى مصدرها والسلطات الممنوحة للوصي¹¹⁸⁸.

1185 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.94.

1186 - أنظر، حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، د.س.ن ، ص.604 ؛ عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، مبادئ القانون ، النظرية العامة للحق ، دار الثقافة ، د.م.ن ، 2006 ، ص.184.

1187 - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص.194.

1188 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.96.

فهناك الوصي المختار و هو الذي يختاره الأب أو الأم أو الجد لكي ينوب عليهم في رعاية مال القاصر بعد وفاته، و هذا بشرط أن يعرض على المحكمة التصديق عليه¹¹⁸⁹. و هناك الوصي المعين في حالة عدم وجود وصي مختار ، أو لم تثبته المحكمة بالرغم من اقتراحه من طرف الولي الأصلي على مال القاصر ، فإن المحكمة هي التي تتولى عندئذ بتعيين الوصي¹¹⁹⁰.

و يلاحظ بأنّ المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للولاية المكتسبة لا في قانون الأسرة و لا في القانون المدني، بل اكتفى بتحديد كيفية التعيين و الشروط¹¹⁹¹.

و لقد نصت المادة 92 من قانون الأسرة بأنه يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية...¹¹⁹².

و من خلال النص المذكور أعلاه ، فإن أول رقابة يقوم بها القاضي عند تثبيت اختيار الأب أو الجد للوصي هو التحقق من عدم وجود الأم و يثبت ذلك إما بوفاتها الطبيعية أو الحكيمة أو بفقدانها¹¹⁹³.

1189 - نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق، ص.198.

1190 - عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.97.

1191 - الولاية المكتسبة أو الوصاية لغة : بأنها من فعل وصى وصية ، أي جعله له ، و وصى فلانا إليه و جعل فلانا وصيته يتصرف فيأمره و ماله بعد موته، ووصى فلانا بالشيء أي عليه و أمره ؛ عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.95 ؛ موسوس جميلة ، المرجع السابق ، ص.92؛ وتعرف الوصاية شرعا: بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت؛ معوض عبد التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية ، ج.3 ، ط.7 ، منشأة المعارف ، مصر، 1997 ، ص.1523. و تعتبر الوصاية واجبة شرعا في ظل انعدام الولي الطبيعي كالأب و الأم و الجد ، وذلك لقوله تعالى: ﴿كَتَبَ عَلَيْكُمُ إِذَا خَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتَ إِنَّا تَرَكْ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ﴾ ، الآية 180 من سورة البقرة ، و قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا خَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ وَ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ صَرَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ يَحْسِبُوهَا بَعْدَ الصَّلَاةِ﴾؛ الآية 106 من سورة المائدة.

1192 - تنص المادة 92 من قانون الأسرة: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية و إذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

1193 - أنظر، دليلة سلامي ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر، 2007-2008، ص.120.

أو التحقق من عدم أهلية الأم لتولي الولاية، إلا أنّ الإشكال هو أن المشرع لم يبين لنا ما المقصود بعدم الأهلية، هل هو الانعدام القانوني للأهلية أم الانعدام المعنوي كانحراف سلوك الأم¹¹⁹⁴.

كما أنّ الملاحظ من نص المادة 92 المذكور، أنّ الأشخاص الذين لهم الحق في اختيار الوصي هم كل من الأب و الجد . فالأب باتفاق الفقه يعتبر الأقدر على اختيار الوصي الأحسن والأصلح للولاية على ولده القاصر¹¹⁹⁵.

أما بالنسبة للجد ، فقد اختلف الفقه الإسلامي حول اختيار الوصي ، فالحنفية و الشافعية أعطوا للجد الحق في اختيار الوصي للقاصر¹¹⁹⁶، أما المالكية و الحنابلة فلم يمنحوا له حق اختيار الوصي لأنّه لا يستطيع أن يكون وليا على مال القاصر¹¹⁹⁷.

أضف إلى كل هذا، فإنّه ينتج عن اختيار وإقامة الوصي علاقة عقدية بين الموصي والوصي، لأنّه يتم بإيجاب من الأول وقبول من الثاني. والإيجاب في هذا العقد يكون صراحة على عكس القبول الذي يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا¹¹⁹⁸.

1194 - فإذا كان المقصود به هو الانعدام القانوني للأهلية ، فإنّ هذا الانعدام يثبت إما بالجنون أو العته أو نقص الأهلية كالفقه الذي يكون قد أصاب الأم ، أو بتقديم حكم الحجر عليها ، أو بحكم جزائي يقضي بسقوط السلطة الأبوية ؛ أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.120 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.150 .

أما إذا كان المقصود هو عدم الأهلية المعنوية ، فإنّ هذا الانعدام يثبت كقاعدة عامة بكل الطرق لإثبات ، لأن انحراف السلوك هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق ؛ عبد العزيز مقفولجي ، المرجع السابق ، ص.72 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.150.

1195 - أنظر ، عبد الله محمد سعيد ربابعة ، الوصاية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 2005 ، ص.44.

1196 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي ، بدائع الصنائع ... ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.155؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج.24 ، المرجع السابق ، ص.22-23.

1197 - موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.142 ؛ أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل ... ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.390.

1198 - جميلة موسوس ، المرجع السابق ، ص.106.

غير أنّ السؤال الذي يطرح هنا هو فيما يخص وقت لزوم الوصاية، لأنّ معرفة ذلك مهم في تحديد ما إذا كان للوصي الحق في رد الوصاية أم لا، خاصة وأنّ المشرع قد نصّ في المادة 94 من قانون الأسرة على وجوب أن تعرض الوصاية على القاضي لتثبيتها¹¹⁹⁹، لأنّها لا تصبح لازمة إلا بعد تثبيتها من طرف القاضي¹²⁰⁰.

ولذلك، لا يمكن للوصي رد الوصية بعد التثبيت إلا إذا توافرت في الوصي أسباب انتهاء الوصاية، أما قبل التثبيت فيجوز للوصي القبول والرد، لأنّ القبول والرد المعتد به هو وقت تثبيت الوصاية¹²⁰¹.

وهذا على خلاف الفقه الإسلامي، الذي وإن كان اختلف في وقت لزوم الوصاية غير أنّه فصلّ في هذا الموضوع. حيث يرى الفقه الحنفي بأنّه يجوز أن يكون القبول حتى بعد وفاة الموصي، واعتبر قبول الوصي وعلم الموصي به يلزم الوصي به وليس له الرجوع عنها إلا إذا أعطاه الموصي هذا الحق، وإن سكت في حياة الموصي فلم يقبل الوصاية ولم يردّها، فيكون له القبول أو الرد بعد وفاته، لأنّه ليس هناك ما يلزمه بالوصاية، فإن قبلها لا يكون له الرد.

أما فيما يخص رد الوصاية، فإذا كان في حياة الموصي وبعلمه بطل الإيجاب ولم ينفع القبول بعد ذلك، لكن في حالة ما إذا توفي الموصي قبل أن يعلم بالرد فالإيجاب في هذه الحالة لا يبطل، وذلك حتى لا يموت الموصي مغرورا بالقبول، وللوصي أن يقبل هذا الرد¹²⁰².

1199 - حيث تنص المادة 94 من ق.أ على ما يلي: "يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها".

1200 - غربي صورية، حماية الحقوق المالية...، المرجع السابق، ص.156.

1201 - غربي صورية، المرجع نفسه.

1202 - أنظر، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.6، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1375 هـ، ص.206؛ جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.106-107؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية...، المرجع السابق، ص.156.

أما الفقه الشافعي فاتجه في وقت لزوم الوصاية إلى رأيين، فالرأي الأول يرى بأنّ القبول والرد ليس لهم تأثير أو فائدة إلا بعد وفاة الموصي، لأنّ الوصاية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي قياساً بالوصية على المال، ولا يعتد بها في حياة الموصي.

بينما اتجه الرأي الثاني إلى أنّ الوصاية تشبه الوكالة بحيث يصح قبولها وردها في حياة الموصي وللوصي عزل نفسه متى شاء ولكن بشرطين، الأول هو أن يكون هناك عذر، والثاني هو الخوف من تلف مال القاصر¹²⁰³.

أما بالنسبة للفقه الحنبلي، فقد أجاز القبول في حياة الموصي وحتى بعد وفاته، لكن اختلفوا في الرد بعد وفاة الموصي إلى ثلاثة آراء: حيث اتجه الرأي الأول إلى جواز القبول والرد بعد وفاة الموصي، أما الرأي الثاني فاتجه إلى أنّ للوصي رد الإيصاء بشرط وجود قاضي يسلم الوصاية إليه، أما الرأي الثالث فاتجه إلى أنّه ليس للوصي رد الإيصاء مطلقاً قبل أو بعد وفاة الموصي لما في ذلك من تغيير بالموصي الذي وضع ثقته بالوصي، كما أنّ جواز الرد قد يؤدي إلى ضياع حقوق القاصر¹²⁰⁴.

أما الفقه المالكي فاتجه إلى أنّ القبول من طرف الوصي ينتج أثر في حياة الموصي وبعد وفاته، أما رد الوصاية فيكون على ثلاث صور:

الصورة الأولى: إذا رد الوصي الوصاية في حياة الموصي ومع علمه لا يطرح إشكال، لكن إذا رد الوصاية بعد وفاة الموصي أو في حياته بدون علمه فلا يصح لأنّ الوصاية حق للمولى عليه اكتسبه بالقبول.

¹²⁰³ - أنظر، عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن، 1996، ص.258؛ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.28، المرجع السابق، ص.23-24.

¹²⁰⁴ - عبد السلام الرفعي، المرجع السابق، ص.259؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.157.

الصورة الثانية: أن يكون القبول بعد وفاة الموصي، فله ردها شرط أن يحلف أنه ما قبلها في حياة الموصي، وأن لا يكون أهلا لها.

الصورة الثالثة: أن يردّها لعذر على أن يثبت طارئا بعد القبول، بل أكثر من ذلك لا يعفى من الوصاية إلا بأمرين، الأمر الأول أنه لم يعد قادرا على الوصاية أو أنه لم يقدر مسؤوليتها حتى قدرها، أما الأمر الثاني أنّ الحياء قيده عن الرفض على أن يثبت قوله بالبيئة¹²⁰⁵.

وبالرجوع إلى المادة 94 من قانون الأسرة، فإنها تثير إشكالا آخر يتمثل في عدم تكلم المشرع الجزائري عن كيفية إثبات هذه الوصاية حتى يمكن تثبتها من طرف القاضي، مما يؤدي إلى إشكالية إثبات هذه الوصاية بأي طريقة كانت، سواء بورقة رسمية أو عرفية أو بشهادة الشهود.

وهذا في الحقيقة أمر خطير، لأنّه يعتبر ثغرة قد تسمح بالتلاعب بأموال القاصر، وعليه يستحسن بالمشرع أن يتدارك هذه المسألة لتحقيق الحماية الكافية لأموال القاصر.

ويلاحظ بأنّ المشرع المصري قد تكلم عن كيفية إثبات الوصاية في المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري¹²⁰⁶، بحيث جعل إثبات اختيار الوصي يكون إما بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب فيها، أو مكتوب بخطه وموقعة بإمضائه، ويكون العدول عن الاختيار بإتباع نفس الإجراءات¹²⁰⁷.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإنّه من خلال نص المادة 94 من قانون الأسرة السالفة الذكر، والمادة 472 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنّه: "يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تمهّم مصلحة

¹²⁰⁵ - غربي صورية، المرجع السابق، ص.158.

¹²⁰⁶ - تنص المادة 28 من قانون الولاية على المال المصري على أنّه: "يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه. ويجوز للأب والمتبرع بطريق الوصية في أي وقت أن يعدلا عن اختيارها وتعرض الوصاية على المحكمة لتبنيها".

¹²⁰⁷ - غربي صورية، حماية الحقوق المالية...، المرجع السابق، ص.158.

القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفاة الأب"، فإنه يتضح بأنّ المشرع قد أوجب على أطراف الوصاية أن يعرضوا وصية الولي على القاضي بمجرد وفاة الولي، وللقاضي النظر في تلك الوصية، وهو مخير بين أمرين، إما قبول الوصية فيقوم بتثبيتها ليستطيع الوصي المختار مباشرة مهامه، وإما رفض الوصاية وتعيين مقدم على أموال القاصر¹²⁰⁸. أو باتخاذ جميع الإجراءات التحفظية الضرورية لحفظ أموال القاصر قبل تعيين المقدم.

و هو الأمر الثابت بموجب الفقرة 02 من المادة 472 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على أنه : " و في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه، أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم".

إلا أنّ المشرع لم يشترط حكما لتثبيت الوصاية في المادة 94 من قانون الأسرة، و إنما اشترط فقط عرضها على القاضي لتثبيتها، و يمكن أن يفهم بأنّه يستوجب عرض طلب التثبيت إلى رئيس المحكمة في شكل أمر على ذيل عريضة ، كون أن مثل هذا الإجراء لا يتطلب أي مدعى عليه ، على عكس العريضة التي تقدم أمام قاضي الأحوال الشخصية و التي يطول الفصل فيها نظرا لوجوب تبليغ العريضة للمدعي عليه ، و للتأجيلات التي يتطلبها الفصل في القضية لتبليغ الحكم و الانتظار الآجال القانونية لصيرورة ذلك الحكم نهائيا¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸ - فالقاضي في هذه الحالة يعين وصيا من قبله، لأنه ولي من لا ولي له، كما جاء في قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "السلطان ولي من لا ولي له"؛ أنظر، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، السعودية، د.ت.ن، ص.194. فالولاية عندما تنتقل إلى القاضي لا يستطيع هذا الأخير الإشراف على أموال القاصر بنفسه نظرا لمهامه الكثيرة فيقوم بتعيين وصي ينوب عنه، والذي يسمى في الفقه المالكي بالمقدم؛ أنظر، محمد إبراهيم إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة الرغائب، 1931، العدد 02، ص.536؛ جملة موسوس، المرجع السابق، ص.112؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.159. وقد نص المشرع الجزائري على الوصي المعين في المادة 99 من ق.أ وسماه بالمقدم اقتداء بالفقه المالكي بقوله: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على كل من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة". كما تنص المادة 467 من ق.إ.م.إ على أنّه: "يعين القاضي طبقا لأحكام قانون الأسرة، مقدما من بين أقارب القاصر وفي حالة تعذر ذلك يعين شخصا آخر يختاره. يجب في الحالتين أن يكون المقدم أهلا للقيام بشؤون القاصر وقادرا على حماية مصالحه". وعليه فالمقدم يكون في أغلب الحالات من أهل أو أقارب القاصر كالأخوة والأعمام والأخوال وكذلك الأقارب عن طريق المصاهرة؛ سلامي دليلة، المرجع السابق، ص.127.

¹²⁰⁹ - غربي صورية، المرجع السابق، ص.153-154.

و في سياق آخر ، فإنّ المشرع قد نص على الشروط الواجب توافرها في الوصي ، في المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، و التي جاء فيها أنه: " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا، بالغاً قادراً، أميناً، حسن التصرف و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".وبذلك يكون المشرع قد قيّد حق الأب و الجد في اختيار الوصي بالشروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه، و التي استمدتها المشرع من أحكام الفقه الإسلامي.

وعليه، فإنّ الشرط الأول الذي وضعه المشرع في الوصي، وهو أن يكون هذا الأخير مسلماً¹²¹⁰، والإشكال الذي يطرح هنا في حالة ما إذا كان الوصي غير مسلم، والقاصر هو أيضاً غير مسلم، فلا يشترط أن يكون الوصي مسلماً لأنّ كلاهما غير مسلم، وعليه يكون المشرع الجزائري قد أخطأ في الصياغة بقوله: "...يشترط في الوصي أن يكون مسلماً..."، ومن المستحسن لو يعدل من صياغة النص باشتراطه اتحاد الدين بين الموصي والقاصر، بحيث تصبح المادة 93 المذكورة كالتالي: "يشترط في الوصي أن يكون متحداً في الدين مع القاصر..."¹²¹¹.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن إشكالات الولاية الأصلية والولاية المكتسبة على أموال القاصر، و لنا أن نبحت عن الإشكالات المثارة حول ممارسة الولاية على أموال القاصر في المطلب الثاني الموالي.

¹²¹⁰ - فالولاية المكتسبة هي كالولاية الأصلية يشترط فيها اتحاد الدين بين الولي بالنيابة وبين القاصر. فلا ولاية للكافر على المسلم، لقوله تعالى:

﴿وَلَنَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾، الآية 141 من سورة النساء.

¹²¹¹ - غربي سورية، المرجع السابق، ص.151.

المطلب الثاني

أبرز الإشكالات المثارة حول ممارسة الولاية على أموال القاصر في قانون الأسرة

إذا كان القاصر المشمول بالولاية يملك ماله عقارا كان أو منقولا ملكا تاما، فإنّ القانون يمنحه كل السلطات التي يعطيها حق الملكية، و هي التصرف و الاستعمال و الاستغلال.

ومتى كان غير أهل لممارسة هذه السلطات و تثبت الولاية عليه، فإنّ الولي ينوب عن القاصر في ممارسة كل هذه السلطات باعتباره كامل الأهلية¹²¹².

ولقد حدّد قانون الأسرة في المادة 88 منه سلطات الولي على مال القاصر، وذلك بنصه في ذات المادة على ما يلي : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام .

و يجب عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، و قسمته، و رهنه، و إجراء المصالحة،
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة ،
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

ويتضح من نص المادة أعلاه ، أنّ المشرع الجزائري لم يعتمد التقسيم المعهود عليه بالنسبة للسلطات التي يمنحها حق الملكية و التي هي حق التصرف و الاستعمال و الاستغلال ، بل اقتصر على تقسيم واحد و هو التصرف ، و ذلك بتكريره لهذا المصطلح في فقرتي المادة 88 المذكورة ، إلا أنّ الملاحظ أنّ هذا التكرار لم نجده في النص الفرنسي لنفس المادة ، و التي اعتمد

¹²¹² - عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.88.

فيها المشرع الجزائري على تقسيم التصرفات إلى أعمال تصرف و أعمال إدارة، و ذلك بالنص في الفقرة الأولى من المادة 88 باللغة الفرنسية على أنه:

« Le tuteur est tenu de gérer les biens ... »

و في الفقرة الثانية:

« ... et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants... »¹²¹³.

مما يعني أعمال التصرف¹²¹⁴.

و بصفة عامة، فإنّ نظام الولاية ينبنى على أساس جلب المصلحة و درء المفسدة عن أموال المولى عليه ، فإذا تصرف الولي بما ينافي هذه المصلحة عن عمد أو إهمال ، يكون قد أخل بواجبه الشرعي ، فيتربط على هذا الإخلال جزاءين يكون للقاضي توقيعهما أحدهما خاص بتصرفات الولي ، و الآخر خاص بشخص الولي¹²¹⁵.

كما أنّه لكل حق وواجب بداية ونهاية، والولاية باعتبارها حق وواجب في نفس الوقت لها أسباب تبدأ بها و أسباب تنتهي بها نهائياً، كما لها أسباب لا تنهيها وإنما توقفها لفترة معينة ثم تعود إلى الولي.

وعليه، سنبين في هذا المطلب أبرز الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي على أموال القاصر (الفرع الأول)، و الجزاء المترتب عن تجاوز الولي حدود سلطاته (الفرع الثاني)، والإشكالات المثارة حول قواعد الإسناد المرتبطة بالولاية على أموال القاصر (الفرع الثالث).

¹²¹³-Art88: « Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci, est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants:

1- vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction,
2- vente de biens meubles d'importance particulière ;
3- engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation,
4- location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure a trois années ou dépassant sa majorité d'une année ».

¹²¹⁴ - عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.88.

¹²¹⁵ - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.215.

الفرع الأول

أبرز الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي على أموال القاصر

لقد حدد المشرع الجزائري في المادة 88 من قانون الأسرة التصرفات التي يجب على الولي أن يأخذ فيها إذن القاضي، بحيث جعل للولي نوعين من السلطات، سلطات له الحرية بالتصرف فيها دون الحاجة إلى إذن القاضي (أولا) ، و سلطات مقيدة بإذن القاضي (ثانيا).

أولا- الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي التي لا تتطلب إذن القاضي للقيام بها:

ينص المشرع في الفقرة الأولى من المادة 88 من قانون الأسرة على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...".

ويلاحظ في هذه الفقرة المذكورة أعلاه، أنّ المشرع لم يحدد هذه الأعمال التي لا تتطلب الحصول على إذن من القاضي للقيام بها، بل اكتفى باشتراط أن تكون هذه الأعمال بتصرف الرجل الحريص على أموال القاصر وذلك حماية له¹²¹⁶.

ونظرا لقيام الولي بالإدارة لحساب القاصر، فإنّه يمكن حصر هذه التصرفات وفقا للقواعد العامة في ثلاثة أصناف هي: أعمال الحفظ و الصيانة¹²¹⁷، وأعمال الإدارة والانتفاع، وكذا أعمال إجازة التصرفات التي يقوم بها الصبي المميز. و ذلك نظرا لأنّ هذه الأصناف الثلاث من الأعمال

1216 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص. 88-89.

1217 - تعتبر أعمال الحفظ والصيانة من الأعمال الضرورية والعاجلة باعتبارها تحدف إلى تجنب إتلاف المال؛ دليلا سلامي، المرجع السابق، ص. 106؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص. 186. وعليه فطبقا لأحكام المادة 78 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء و لو كان بغير موافقة الشركاء ". فإنه ينوب الولي عن الشريك القاصر في المال الشائع في القيام بكل أعمال الصيانة وحفظ المال الشائع ، تطبيقا لأحكام المادة 719 من القانون المدني و التي تنص على أنه: " يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه، و الضرائب المفروضة عليه، و سائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال ، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ". لذلك على الولي أن يدفع كل النفقات اللازمة لحفظ مال القاصر بقدر حصته، وكذا دفع الضرائب وكل ما ينتج على المال الشائع إذا كان شريكا على الشيوع؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص. 89؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص. 186. كما يقع عليه واجب القيام بالوفاء بالديون المترتبة على القاصر وأن يستوفي حقوقه من الغير وكذلك بيع المال سريع التلف، وكذلك النفقة على الصغير؛

التي لا تلحق ضرراً كبيراً بأموال القاصر¹²¹⁸.

ومن خلال ذلك، سنبرز أهم الإشكالات المتعلقة بأعمال الإدارة والانتفاع (1)، بالإضافة إلى تبيان أهم الإشكالات المتعلقة بإجازة التصرفات التي يقوم بها القاصر (2).

1- الإشكالات المتعلقة بأعمال الإدارة والانتفاع:

وهي تلك الأعمال الوسط بين أعمال الحفظ والصيانة وبين أعمال التصرف، بمعنى أنها أخطر من الأولى وأقل خطورة من الثانية، كما يمكن تعريفها بأنها: "تلك الأعمال التي تتفق مع ما أعد له المال سواء كان عقاراً أو منقولاً، ويدخل في نطاقها أعمال الإدارة المعتادة التي لا تنطوي على تغيير جوهري في الشيء، وكذلك أعمال الإدارة غير المعتادة التي تدخل على تعديل جوهري في الغرض الذي أعد له الشيء أو المال"¹²¹⁹.

وعليه، يحق للولي القيام بكل أعمال الإدارة المعتادة وغير المعتادة التي يمارسها الولي نيابة عن القاصر دون إذن من المحكمة¹²²⁰.

و يدخل ضمن أعمال الإدارة على سبيل المثال وليس الحصر: إيجار العقار لمدة لا تتجاوز 3

عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.م.ن، 2006، ص.185؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.89. وهذه الأعمال المتعلقة بالحفظ والصيانة ليست سلطة للولي على مال القاصر فحسب، بل هي واجب يتوجب عليه القيام به، فعلى الولي واجب القيام بتسجيل الرهون الرسمية لفائدة القاصر، وواجب القيام بالترميمات الضرورية للحفاظ على العقار المملوك له، زيادة على عقد التأمينات العادية الرامية إلى تغطية خطر ضياع أموال القاصر؛ عبد العزيز مقفولجي، المرجع السابق، ص.76؛ دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.106.

¹²¹⁸ - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.89.

¹²¹⁹ - أنظر، رلى صفي، الملكية الشائعة، استغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها، مجلة الجيش اللبناني، أوت 2002، العدد 206، ص.1-2.

3؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.187.

¹²²⁰ - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.90.

سنوات من خلال المادة 468 من القانون المدني¹²²¹ والمادة 573 من نفس القانون¹²²²، حيث صنفها المشرع ضمن أعمال الإدارة الحسنة التي لا تضر بأموال القاصر و لا تحتاج لإذن من القاضي¹²²³. طبقا للفقرة الرابعة من المادة 88 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "...وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: (4) - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات ...".

إلا أنّ الملاحظ هو أنّ المشرع الجزائري لم يفرق في هذا الأمر بين الأب و الأم و الجد في إيجار العقار ، و هذا على عكس المشرع المصري الذي فرق بين الأب و الجد ، أين أطلق يد الأب في تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى سنة ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد، وهذا طبقا للمادة 10 من قانون الولاية على المال المصري و التي جاء فيها أنّه: " لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة "، أما الجد فقيد تصرفاته طبقا لأحكام المادة 559 من نفس القانون، والتي لا تجيز للجد تأجير أموال القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات¹²²⁴.

1221- تنص المادة 468 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق القيام بأعمال الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث (3) سنوات ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك إذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك تخفض المدة إلى ثلاث (3) سنوات ".

1222- حيث تنص المادة 573 من القانون المدني على أنه: "إن الوكالة الواردة بألفاظ عامة و التي لا تخصص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية. و يعتبر من العقود الإدارية الإيجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات و أعمال الحفظ و الصيانة و استيفاء الحقوق و وفاء و جميع أعمال التصرف كبيع المحصول، و بيع البضاعة أو المنقولات التي يسرع إليها التلف و شراء ما يستلزم الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه و لاستغلاله".

1223- غربي صورية ، المرجع السابق ، ص. 187-188.

1224- تنص المادة 559 من قانون الولاية على المال المصري: " لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة ، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك ، أنقصت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره".

كما يدخل ضمن أعمال الإدارة بيع المنقولات العادية¹²²⁵، و جني و بيع الثمار خوفا من تلفها أو فسادها بعد نضجها¹²²⁶، و دفع ديون القاصر و تسلم مبالغ الدين التي هي في ذمة الغير، لأن عدم تسديد الديون يلحق أضرارا بالقاصر تتمثل في الفوائد التأخيرية.

بالإضافة إلى تمثيل القاصر في مختلف الدعاوى القضائية ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 10 جانفي 1984 ، لما قضت برفض ادعاء فتاة أسست نفسها طرفا مدنيا أمام القضاء و طالبت الحكم لها بالتعويض ، حيث جاء في القرار بأنه: " لا يمكن للقاصر الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني أن يؤسس نفسه طرفا مدنيا دون إدخال وليه في الدعوى ..."¹²²⁷.

بحيث يجوز للولي أن يكون طرفا في الدعاوى القضائية لحساب القاصر المولى عليه¹²²⁸، فله أن يطالب بحقوقه أمام القضاء خاصة إذا كان القاصر ضحية لتصرف ضار ، غير أنه بخصوص هذا الموضوع طرح إشكال يتمثل في تناقض القرارات القضائية للمحكمة العليا ، حول ما إذا كان يجوز للولي التنازل عن التعويض في دعوى قضائية كان القاصر ضحية فيها بدون إذن من القاضي أم لا؟¹²²⁹

حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 جانفي 1985 أنه: " متى نصت المادة 247 من قانون الإجراءات الجزائية على أن ترك المدعي ادعاءه لا يحول دون مباشرة الدعوى المدنية أمام الجهات المختصة ، فإن تنازل الولي عن حقوق القاصرين ، لا يكون مقبولا إلا

1225 - و المقصود بالمنقول العادي هو ذلك الشيء الذي ليست له قيمة مالية كبيرة ؛ غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.188.

1226 - فمثلا لو كان للقاصر بساتين من البرتقال ، فعلى الولي جني الثمار في الموسم المحدد ، و القيام ببيعها و تسويقها لأنها ستعود على القاصر بالمنفعة و الربح ، فهذا النوع من الحقوق يقتضي التعامل معها في الوقت المناسب ، و عدم التأخير باتباع إجراءات الحصول على إذن من المحكمة الذي قد يتم بعد فوات الأوان"؛ محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.91؛ غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.188.

1227 - م.ع ، غ.م ، 1984/01/10 ، ملف رقم 28432 ، م.ق ، 1989 ، ع.4 ، ص.323-324.

1228 - غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.189؛ مقتبسة عن : دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.107.

1229 - غربي سورية ، المرجع السابق ، ص.189.

إذا اتبعت بشأنه إجراءات خاصة منها مصادقة المحكمة عليه ، و عدم ذكر المقابل يجعله تنازلا عن الدعوى لا عن التعويض ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون¹²³⁰.

و عليه ، فإن المحكمة العليا في هذا القرار قد اشترطت إذن القاضي في تنازل الولي عن حقوق القاصرين.

إلا أنه في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 08 نوفمبر سنة 2000 بأن: "... الولي الشرعي للإبن المتضرر قد تنازل نهائيا عن طلب التعويض ، و يجوز له ذلك بما أنه هو المسؤول عن ابنه و له حق إدارة حقوقه ... و أنّ المادة 88 من قانون الأسرة قد نصت على تصرفات يقوم بها الولي إلا بعد استئذان القاضي ، و تنازل الولي المطعون ضده عن التعويض لا يدخل ضمنها مما يجعله صحيحا لا سيما و أنّه وقع أمام القضاء و أن حكما نهائيا يشهد بذلك"¹²³¹.

و من خلال هذا القرار المذكور أعلاه يتضح بأن القضاء قد استبعد تنازل الولي عن طلب التعويضات المستحقة للقاصر من مجال تطبيق المادة 88 من قانون الأسرة ، و هذا الأمر مبدئيا يعد صائبا ما دام هذا التصرف لا يدخل في إطار المادة 88 من قانون الأسرة.

إلا أنّ القرار الأول يعتبر أكثر حماية للقاصر، لأنّ التعويض حق من حقوق القاصر المالية ومنفعة سوف يجسرها. على عكس القرار الثاني الذي قد يؤدي إلى إهدار حقوق القاصر نتيجة تصرف قد لا يكون واع من طرف الولي ، خاصة إذا كان الضرر الذي أصيب به القاصر كبيرا ولا يمكن إصلاحه¹²³².

¹²³⁰ - م.ع ، غ.م ، 1985/01/23 ، ملف رقم 39539 ، م.ق ، 1985 ، ع.4 ، ص.25 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.190.

¹²³¹ - م.ع ، غ.م ، 2000/11/08 ، ملف رقم 863235 ، م.ق ، 2000 ، ص.75 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.190.

¹²³² - غربي صورية، المرجع نفسه.

فالتنازل عن حق القاصر في التعويض يمكن اعتباره من التصرفات الضارة ضررا محضا به و ليس من تصرفات الإدارة ، خاصة و أن المادة 88 من قانون الأسرة قد نصت في فقرتها الأولى على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام...".

فتنازل الولي يعتبر تصرفا غير حريص بالنظر إلى جسامة الضرر على الطفل القاصر جسديا ومعنويا و الذي لا يمكن تداركه¹²³³.

و في سياق آخر، فإنّه يدخل ضمن أعمال الإدارة كذلك إدارة تجارة القاصر، فإذا ورث القاصر تجارة قائمة و مزدهرة، فإنّ الولي يتولى إدارتها دون الحاجة إلى إذن من القاضي.

و هذا في الحقيقة أمر خطير يضر بالمصلحة المالية للقاصر ، لكون التجارة لها أهمية كبيرة وتحتاج لخبرة أكبر قد يفتقرها الولي¹²³⁴.

ويستحسن لو أخضع هذا الأمر لإذن القاضي، لكون هذا الأخير لن يمنح الإذن إلا بعد البحث في ظروف هذه التجارة ونوعيتها، ويعطي ما يراه مناسبا من تعليمات في صالح القاصر¹²³⁵.

هذا و يوجد إشكالا آخر فيما يخص من يكتسب صفة التاجر، هل هو الولي أم القاصر؟ فلو قلنا الولي، فهذا الأخير لا يمكن أن يقوم بممارسة الأعمال التجارية باسمه و لحسابه، و إنما باسم ولحساب القاصر و لا يكتسب بذلك صفة التاجر. و لو قلنا القاصر، فهو الآخر لا يمكن أن يكتسب صفة التاجر لنقص أهليته التي هي من النظام العام¹²³⁶.

1233 - غربي صورية ، المرجع السابق، ص.191 ؛ محمد بوعمره ، المرجع السابق ، ص.89.

1234 - كمال حمدي ، المرجع السابق ، ص.51.

1235 - غربي صورية، المرجع السابق، ص.191.

1236 - غربي صورية ، المرجع نفسه ، ص.192.

كما أنّ الإشكال الذي يطرح في حالة شهر الإفلاس، فهل يوجه للولي أم يوجه للقاصر، وعليه فمن المستحسن لو يدرج المشرع الجزائري الاستمرار في التجارة ضمن التصرفات التي تخضع لإذن القاضي طبقا للمادة 88 من قانون الأسرة.

هذا و يوجد إشكال آخر يتمثل في عدم نص المشرع على نقطة مهمة، وهي قضية الإنفاق من مال القاصر، مع أنّ الشريعة الإسلامية قد أقرّت بهذا الإنفاق سواء عليه هو نفسه أو على من تجب عليه نفقتهم¹²³⁷، و هذا ما أقرّه الشرع الحكيم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا، فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾¹²³⁸ وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾¹²³⁹.

وعليه، يرى الغوثي بن ملحّة أنّه كون حق الانتفاع القانوني عبارة عن حق انتفاع من طبيعة خاصة نظرا لخصوصيته العائلية، فإنّه يخول للأب والأم الإنفاق من أموال أولادهم القصر إلى غاية بلوغهم سن الرشد. و هذا يعني أننا نكون أمام تطبيق أحكام المادة 844 من القانون المدني وما بعدها المتعلقة بحق الانتفاع، و بما يخوله من حقوق و التزامات¹²⁴⁰. وهذا ما يستنتج ضمنا من نص المادة 77 من قانون الأسرة بقولها: "تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة والإرث"، وعليه يمكن أن يكون الانتفاع من طرف الولي داخلا ضمن إنفاق الابن على أصله إذا كان محتاجا¹²⁴¹.

هذا و يوجد إشكالات أخرى تثيرها إجازة تصرفات القاصر المميز، و هو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الآتية.

1237 - أحمد عيسى ، المرجع السابق ، ص.90.

1238 - سورة النساء ، الآية رقم 6.

1239 - سورة الإسراء ، الآية رقم 34.

1240 - GHAOUTI Benmelha .op.cit, P.366.

1241 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.195.

2- الإشكالات المثارة حول إجازة الولي التصرفات التي يقوم بها القاصر المميز:

تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

ونلاحظ أنّ المشرع لم يضع لنا في المادة المذكورة أعلاه تعريفا عن التصرفات النافعة بالمحض¹²⁴²، وهذا يعتبر سهوا من طرف المشرع ومن الأفضل أن يتداركه، لأنّه يفتح المجال للتفسير الواسع للنص وبالتالي إمكانية إدراج بعض التصرفات التي قد تكون نافعة للقاصر نفعا محضا¹²⁴³.

كما اعتبر المشرع التصرفات الضارة ضررا محضا باطلة¹²⁴⁴، أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر¹²⁴⁵، فجعلها موقوفة إلى حين إجازتها من طرف الولي¹²⁴⁶.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع عند معالجته لهذه النقطة، قد وقع في تناقض بين القانون المدني وقانون الأسرة، فالتصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني يعتبر قابلا للإبطال. وللقاصر الحق في استعمال الإبطال أو الإجازة لمدة تمتد إلى خمس سنوات من بلوغه سن الرشد ، و هذا

1242 - و قد عرفها محمد سعيد جعفرور بأنها: "تلك التصرفات التي يترتب عليها دخول شيء في ذمة القاصر من غير مقابل ، كقبول الوصية والهبة ... إلخ؛ أنظر، محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هوم، الجزائر، 2002، ص.14.

1243 - أنظر ، محمد العماري، والبختي هبالي، تصرفات الصبي المميز ، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 ، الجزائر ، 2005 - 2008 ، ص.20-21.

1244 - فهي تصرفات يترتب عليها خروج شيء من ملك القاصر من غير مقابل ، و أهم مثال لها هي التبرعات بجميع أنواعها ، و من ثم التصرفات الضارة هي التي من شأنها أن تنشأ في جانب الصبي المميز التزاما دون أن تكسبه حقا..." ؛ محمد سعيد جعفرور ، تصرفات ناقص الأهلية ...، المرجع السابق، ص.21.

1245 - وهي تلك التصرفات التي يحتمل أن تكون نافعة للشخص ومحققا مصلحة له، ويحتمل أن تكون ضارة به تفوت عليه مصلحة ...ومن أمثلتها: البيع والشراء والاستئجار و الرهن ... إلخ؛ محمد سعيد جعفرور ، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري ، دار هوم للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص.14.

1246 - غربي صورية، المرجع السابق، ص.196.

طبقا للمواد 99 ، 100 و 101 من القانون المدني¹²⁴⁷. بينما جعله موقوفا على إجازة الولي أو الوصي في قانون الأسرة¹²⁴⁸.

والإشكال هنا أنّ المشرع سيجعل القاضي في حيرة من أمره، فهل يطبق القانون المدني أم قانون الأسرة على تصرف القاصر؟

وفي هذا الإشكال، يرى محمد سعيد جعفرور بقوله: "أنا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكما يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، وطالما أنّ هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين لكنهما متساويان في القوة، فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 83 من قانون الأسرة الصادر في 1984، ناسخا للنص الأقدم وهو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالا للمبدأ الذي يقضي بأنّ التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة"¹²⁴⁹.

إلا أنّه من المستحسن على المشرع الجزائري توحيد النصوص القانونية بما يتناسب مع المادة 83 من قانون الأسرة، وهذا لتحقيق حماية أكبر لأموال القاصر¹²⁵⁰، وعليه نقترح تعديل المادة 83 المذكورة على النحو الآتي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا وباطلة إذا كانت ضارة به ضررا محضا،

¹²⁴⁷ - حيث تنص المادة 99 من القانون المدني على أنّه: "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". وتنص المادة 100 من نفس القانون على أنّه: "يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير". وتنص المادة 101 المعدلة من ذات القانون على أنّه: "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنّه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد".

¹²⁴⁸ - غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.197.

¹²⁴⁹ - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.32-33.

¹²⁵⁰ - غربي صورية، حماية الحقوق...، المرجع السابق، ص.199.

أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتوقف على إقرار الولي أو الوصي قبل بلوغ القاصر سن الرشد ، وإجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

ويجب أن يستعمل خيار الإجازة والإقرار أو الرد خلال سنة واحدة وإلا اعتبر نافذاً، ويبدأ سريان هذه المدة من وقت علم الولي أو الوصي بصدور العقد أو من وقت بلوغ القاصر سن الرشد¹²⁵¹.

وهذا التعديل للمادة 83 من قانون الأسرة نقترحه بناء على ما جاء به محمد سعيد جعفرور، ووفقاً للاعتبارات التالية: - أنّ المشرع جعل الإجازة فقط من الولي أو الوصي دون ذكر إجازة القاصر المميز بعد أن يصبح راشداً، فبمجرد بلوغ القاصر سن الرشد له الحق في إجازة التصرف الموقوف، لكون الولي أو الوصي لم يسبق له أن بتّ في التصرف بالإجازة أو الرفض في فترة قصور القاصر¹²⁵²؛

- كما أنّ كلمة "إجازة" ليست في محلها، لأنّ الولي أو الوصي أجنبيان عن العقد، وهما يقران العقد لا يجيزانه؛

- كما أنّ المشرع جعل المدة التي يستطيع فيها القاصر المميز بعد اكتماله أهليته، ممارسة حقه في طلب الإبطال طبقاً للمادة 101 من القانون المدني طويلة، وهي 5 سنوات تبدأ من يوم بلوغه سن الرشد¹²⁵³.

هذا جل ما يمكن قوله عن الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي التي لا تتطلب إذن من القاضي للقيام بها. ولنا أن نتساءل عن الإشكالات التي تثيرها سلطات الولي على القاصر المتوقفة على إذن القضاء؟. وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الثانية الموالية.

1251 - غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر...، المرجع السابق، ص.200.

1252 - غربي صورية، المرجع نفسه.

1253 - محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص.84-85.

ثانيا- الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي المتوقفة على إذن القاضي:

ينبغي على الولي أن يباشر نيابته في الحدود التي رسمها القانون، بحيث يمنع على الولي مباشرة تصرفات معينة بصفة حصرية إلا بإذن القاضي المختص، وهي محصورة في نص الفقرة الثانية من المادة 88 من قانون الأسرة، وذلك بنصها على ما يلي: "...وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

- 1- بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة،
- 2- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة،
- 3- استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة،
- 4- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

وعليه، يلاحظ بأنّ المشرع قد قيّد سلطة الولي في التصرف في بعض أموال القاصر بصفة حصرية، حيث اشترط عليه الحصول على إذن من القاضي في بيع العقار¹²⁵⁴، لأنّه من أخطر التصرفات التي يقوم بها الولي باعتباره تصرفا ناقلا للملكية، وكون حماية حقوق القاصر من النظام العام، فلم يحدد المشرع الجزائري قيمة أدنى تستوجب الإذن، بل كلما تعلق الأمر بعقار القاصر استوجب الحصول على إذن القاضي¹²⁵⁵.

1254 - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.91.

1255 - وهذا على عكس المشرع المصري الذي حصر الإذن في بيع العقار على العقار الذي تزيد قيمته عن 300 جنيه، وهذا ما جاء في نص المادة 07 من قانون الولاية على المال المصري على أنّه: "لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاث مائة جنيه إلا بإذن المحكمة...". كما جعل المشرع المصري بيع العقار بإذن القاضي إذا ما كان التصرف للولي أو لزوج أو لأقاربه حتى الدرجة الرابعة، حيث نص في المادة 06 من نفس القانون على أنّه: "لا يجوز له أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوج أو لأقاربه أو لأقاربه إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يهرن عقار القاصر للدين لنفسه"؛ كمال حمدي، المرجع السابق، ص.52؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.202؛ عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.91.

إلا أنّ الإشكال، هو أنّ المشرع الجزائري استبعد فكرة المقايضة المتعلقة بالعقار، ولم ينص عليها في المادة 88 من قانون الأسرة، وذلك ما يستنتج ضمناً من نص المادة 89 من نفس القانون التي توجب أن يكون البيع بالمزاد العلني، وذلك بنصها على أنّه: " على القاضي أن يراعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني"¹²⁵⁶.

وعليه، هناك من يرى بأنّ المقايضة المتعلقة بالعقار يجب أن تخضع لإذن القاضي قياساً على البيع لاتحادهما في العلة والسبب، وكذلك طبقاً لما جاء به القانون المدني في المادة 415 منه والتي تنص على أنّه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة"¹²⁵⁷.

كما أنّه من بين التصرفات المتعلقة بالعقار، والتي اشترط المشرع الحصول على إذن قضائي فيها، هي تلك المتعلقة بقسمة العقار في حالة وجود قاصر بين الشركاء، وهذا القيد هو الذي تحدثت عنه المادة 723 من القانون المدني في نصها على أنّه: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يفتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون".

وبناء عليه، وجب على الولي أو الوصي رفع دعوى القسمة نيابة عن القاصر بعد الحصول على الإذن من القاضي، وإلا كان الإجراء باطلاً¹²⁵⁸.

إلا أنّ الإشكال يتمثل فيما إذا أمرت المحكمة بالبيع في إطار دعوى القسمة، أثبت فيها الخبير تعذر قسمة العقار بين الورثة، حيث جاء في المادة 728 من القانون المدني على أنّه: "إذا تعذرت القسمة عينياً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال

¹²⁵⁶ - وهو نفس ما نص عليه المشرع في المادة 783 من ق.إ.م.إ على أنّه: "يتم بيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائياً بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس...".

¹²⁵⁷ - أنظر، علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع.3، ص.13؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.202.

¹²⁵⁸ - عيسى أحمد، المرجع السابق، ص.92.

بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع". فالمشكل المطروح من خلال هذه المادة، وهو إذا طلب كافة الورثة أن تقتصر المزايدة عليهم فقط، دون اللجوء إلى البيع عن طريق المزاد العلني، فما العمل في هذه الحالة؟!¹²⁵⁹

فهنا نرى أنّه يجب مراعاة مصلحة القاصر بالدرجة الأولى، وهذا على أساس أنّ نص المادة 89 من قانون الأسرة هو نص خاص، "ولذلك يجب ألا تقتصر المزايدة على الشركاء فقط حتى ولو اتفقوا بالإجماع، وهذا خشية تواطئهم على إرساء المزاد على أحدهم وبثمن بخس"¹²⁶⁰.

وبالإضافة إلى قسمة العقار، فلا بد للولي أن يحصل على إذن القاضي من أجل رهن عقار القاصر، وسبب تعليق رهن عقار القاصر بالإذن القضائي هو تعقد هذه المعاملات. مما يجعل الولي بحاجة إلى خبير، وذلك لضمان مصلحة القاصر والحفاظ على أمواله. ولا يشترط الإذن في الحالة التي يكون فيها القاصر هو الدائن المرتهن بمعنى أنّ الرهن لصالحه، لأنّ هذا الرهن لا يعد من أعمال التصرف بل من أعمال الإدارة¹²⁶¹.

إلا أنّ الملاحظ على المادة 88 من قانون الأسرة أنّها لم توضح ما إذا كان هذا الدين المضمون برهن على الولي أم على القاصر، و إنما جاءت بصيغة عامة، و هذا على عكس المشرع المصري الذي نص صراحة على منع الرهن الذي يقوم به الولي على عقار القاصر لدين على نفسه، حيث نص في الفقرة 02 من المادة 06 من قانون الولاية على المال المصري على أنه: "...و لا يجوز أن يرهن عقار القاصر لدين لنفسه"¹²⁶².

كما أنّه من بين التصرفات التي استوجب المادة 89 من قانون الأسرة على الولي أن يستأذن فيها القاضي، هي تلك المتعلقة ببيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

¹²⁵⁹ - دليّة سلامي، المرجع السابق، ص.110.

¹²⁶⁰ - غربي صورية، المرجع السابق، ص.204.

¹²⁶¹ - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص.99.

¹²⁶² - غربي صورية، المرجع السابق، ص.206.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم يحدد معيارا معينا لمعرفة المنقول ذو الأهمية الخاصة، و لعل هذا راجع إلى اختلاف مستوى الطبقات الاجتماعية، فما يعتبر ذو أهمية عند قاصر معين قد لا يعتبر عند غيره ذو أهمية¹²⁶³.

و لكن مع ذلك يمكن إعطاء بعض الأمثلة عن المنقولات التي تعتبر ذات قيمة، كأسهم البورصات والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية و التجارية و الأدبية التي تدخل ضمن الأموال المنقولة و ليس العقارية¹²⁶⁴.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ عدم وضع معيار معين لمصطلح الأهمية الخاصة، يجعل الولي مقيدا بإذن القاضي في بيع أي منقول مهما كانت قيمته.

و لهذا يستحسن بالمشرع الجزائري لو يضع حد أدنى لقيمة المنقول حتى يعتبر ذي أهمية خاصة يستوجب إذن القاضي بشأن بيعه¹²⁶⁵.

كما أنّ الإشكال الآخر، يتمثل في عدم تبيان المشرع لكيفية بيع منقول القاصر، خاصة و أنّ المادة 89 من قانون الأسرة جاءت متناقضة في مضمونها بين النص العربي و النص الفرنسي .

فالنص العربي يبيّن كيفية بيع عقار القاصر بأن يتم في المزاد العلني دون ذكر المنقول مما يفهم منه أنّ المنقول يباع بمجرد الحصول على إذن القاضي.

و لكن بالرجوع إلى النص الفرنسي لنفس المادة 89 المذكورة ، نجد بأنه جاء مخالفا للنص العربي، حيث يقضي بأن يتم البيع بالمزاد العلني، دون أن يفرق بين العقار والمنقول بحيث

1263 - دليّة سلامي ، المرجع السابق ، ص.110-111.

1264 - مقفولجي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص.77 ؛ عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.92.

1265 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.208.

أخضعهما لحكم واحد وهو الحصول على الإذن، وخضوعهما لإجراءات المزاد العلني¹²⁶⁶، حيث جاء في نص المادة 89 باللغة الفرنسية ما يلي:

« Le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur, sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ».

و في هذه الحالة يكون القاضي في مشكل حول تطبيق المادة 89 من قانون الأسرة، فهل يطبق النص العربي أم النص الفرنسي؟

و نرى بأنّ النص الفرنسي يعد أكثر حماية للقاصر من النص العربي، لأنّه من الناحية الواقعية هناك عدة منقولات تفوق قيمتها قيمة العقار، و تحتاج لبيعها في المزاد العلني¹²⁶⁷.

و بالإضافة إلى العقار و المنقول ذو الأهمية الخاصة، اشترط القانون إذن القاضي في استثمار أموال القاصر بالإقراض و الاقتراض أو المساهمة في شركة¹²⁶⁸، كما اشترطه في الإيجارات التي يمكن أن يقوم بها الولي على عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد ؛ إلا أنّ هناك من يرى¹²⁶⁹ لا فائدة من اشتراط المشرع لإذن الولي القاضي في إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن ثلاث سنوات ، في ظل الاعتراف بحق البقاء رغم انتهاء مدة الإيجار، لأنّه قد تتجاوز مدة الإيجار التي يقوم بها الولي عن ثلاث سنوات بدون إذن القاضي على أساس ما للمستأجر من الحق في البقاء.

1266 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.208.

1267 - غربي صورية ، المرجع نفسه.

1268 - إنّ إقراض مال القاصر فيه تعطيل لهذا المال لبقائه دون استثمار ، و فيه خطورة باعتباره قد تنجر عنه خسارة ، و الولي ممنوع من هذين التصرفين إلا إذا أذنت بهما المحكمة ، بعدما تتحقق من أن الاقتراض تدعو إليه الحاجة الماسة للقاصر ، أو أن هذا الإقراض يكون لشخص مأمون فلا يتعرض مال القاصر للضياع مع احتمال إفلاسه. أما بالنسبة للمساهمة في شركة ، فيشترط ألا تكون شركة أشخاص كشركة التضامن ، كونها تكسب أفرادها صفة التاجر و هو ما لا يمكن حدوثه مع القاصر لانعدام أهليته ، كما أنّ هذه الشركة قد تلحق ضررا بأموال القاصر ؛ عيسى أحمد ، المرجع السابق ، ص.92 ؛ مقفولجي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص.77.

1269 - مقفولجي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص.78؛ دليلة سلامي ، المرجع السابق ، ص.112.

إلا أنه يمكن القول أن المشرع قد تدارك الأمر عندما ألغى حق البقاء للإيجارات المبرمة بعد تاريخ سنة 1993، و ذلك بموجب المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03¹²⁷⁰، ثم جاءت المادة 07 من القانون رقم 07-05¹²⁷¹ وألغت المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، بل أكثر من ذلك عدلت المادة 08 من القانون رقم 07-05 المادة 507 مكرر من الأمر 75-58، ووضعت حداً لحق البقاء بتحديد تاريخ محدد وهو سنة 2017 ليتم فيه التوقف نهائياً عن العمل بحق البقاء، سواء بالنسبة للإيجارات المبرمة قبل سنة 1993 أو بعد هذه السنة¹²⁷².

هذا جل ما يمكن أن يقال عن أبرز الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي على أموال القاصر، سواء تلك المقيدة بإذن القاضي، أو غير المقيدة بالحصول على إذن القاضي للقيام بها.

ولنا أن نبرز أهم الإشكالات المثارة حول قواعد الإسناد المرتبطة بالولاية على مال القاصر. وهو ما سنبينه في الفرع الآتي.

¹²⁷⁰ - حيث تنص المادة 20 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق لـ 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع.14، الصادرة في 9 رمضان 1413 هـ، الموافق لـ 3 مارس 1993 على ما يلي: "لا تطبق المواد 471 و 472 و 473 و 509 وكذا المواد من 514 إلى 537 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمذكورة أعلاه، والمتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي. يظل تجديد عقود الإيجار المبرمة قبل تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي، خاضعاً للتشريع السابق المطبق على هذه العقود".

¹²⁷¹ - وهو القانون رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.31، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007.

¹²⁷² - غربي صورية، المرجع السابق، ص.214-215.

الفرع الثاني

الإشكالات المثارة حول قواعد الإسناد المرتبطة بالولاية على مال القاصر

من المعلوم أنّ الولاية جعلت كنظام لحماية عديمي أو ناقصي الأهلية بصفة عامة، وقد تكون هذه الولاية إما على النفس وإما على المال.

والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص الطفل، وتتمثل في القيام بالإشراف على مصالح الطفل فيما يتعلق بنفسه من ولادته حتى بلوغه وتزويجه.¹²⁷³

أما الولاية على المال فتشمل كل ما يتصل بأموال هذا الطفل، فيقوم الولي بالإشراف عليها ورعايتها واستغلالها والمتاجرة بالأوجه المشروعة، ويتولى الولي مباشرة تلك التصرفات باسم والحساب هذا الطفل.¹²⁷⁴

إلا أنّ الصعوبة الأساسية في موضوع تنازع القوانين والتي تخص الولاية بصفة عامة، تكمن في كيفية الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين هذه الدول المتنازعة، ومدى تحقيقها لمصلحة الطفل الذي يشكل المحور الأساسي في العلاقة؛ مما يتعين على القاضي بأن يكون حريصا على الحكم طبقا لما يحقق هذه المصلحة ومن ثم الحماية لهذا الطفل.

وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 15 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته...".

¹²⁷³ - أنظر، خوادجية سميحة حنان، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص، 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، يومي 23 و 24 أفريل 2014، والملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص.220.

¹²⁷⁴ - خوادجية سميحة حنان، المرجع نفسه.

و تنص الفقرة 02 من ذات المادة: "...غير أنّه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديمو الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر".

و يلاحظ في هذه المادة اقتران الولاية بالوصاية والقوامة، مما يجعلنا نتأكد بأنها تعني الولاية على المال دون الولاية على النفس.¹²⁷⁵

و يسري على التنازع في الأحكام العامة للولاية وثبوتها وانتهائها لاسيما سلطات الولي والوصي أو القيم والتزاماتهم، قانون الشخص الذي تجب حمايته.

وحماية من المشرع الجزائري لهذا الطفل، فإنّه في حالة ما إذا كان هذا الأخير متعدد الجنسية، فإنّه طبقا لنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري يطبق عليه قانون جنسيته الحقيقية¹²⁷⁶، والجنسية الحقيقية هي تلك التي يرتبط بها الطفل أكثر من غيرها.¹²⁷⁷

أما إذا كان هذا الطفل منعدما للجنسية، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 22 من القانون المدني على تطبيق قانون الموطن أو قانون محل الإقامة.

إلا أنّ الإشكال يثور في حالة انعدام موطن أو محل إقامة لهذا الطفل، فكيف سيعالج هذه الحالة؟، وعليه يستحسن تطبيق قانون القاضي في هذه الحالة¹²⁷⁸.

¹²⁷⁵ - أنظر، إشيوي عماد، تنازع القوانين في الحضارة -دراسة مقارنة-، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، يومي 23 و 24 أبريل سنة 2014، والملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و08 ماي 2014، ص.232.

¹²⁷⁶ - تنص المادة 22 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية. غير أنّ القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد، بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية، وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول. وفي حالة انعدام الجنسية يطبق القاضي قانون الموطن أو قانون محل الإقامة".

¹²⁷⁷ - أنظر، خوادجية سميحة حنان، تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المرجع السابق، ص.242.

¹²⁷⁸ - أنظر، بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، العدد 03، ص.77.

أما الحالة التي يمكن تصورها، هي وجود الجنسية الجزائرية للطفل من بين الجنسيات المتعددة، فحسب الفقرة 02 من المادة 22 من القانون المدني يجب على القاضي تطبيق الجنسية الجزائرية دون النظر للجنسيات الأخرى.¹²⁷⁹

كما أنّ الإشكال يتمثل في محدودية قاعدة قانون الشخص الذي تجب حمايته، فalcضاء الجزائري يطبق القانون الشخصي للقاصر الواجب حمايته لأجل تقرير ما إذا كان على الولي أو الوصي أو القيم استصدار إذن من المحكمة لبيع عقار الذي تجب حمايته، إلا أنّ إجراءات بيع العقار لا تخضع للقانون الشخصي للطفل وإنما تخضع لقانون القاضي، وذلك تطبيقاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري.¹²⁸⁰

وبذلك يجد القاضي الجزائري نفسه مجبراً لأجل التوفيق بين أحكام الشروط الموضوعية للولاية التي تخضع للقانون الشخصي للطفل، وأحكام الإجراءات التي تخضع لقانون القاضي طبقاً لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني.

إلا أنّ الإشكال أنّه من الناحية العملية، التوفيق بين قانون القاضي والقانون الشخصي للطفل الواجب حمايته يترتب عليه عدة صعوبات؛ ذلك أنّ الإجراء الذي ينص عليه القانون الشخصي قد يتعارض مع الإجراءات المتبعة في القانون الجزائري، أضف إلى ذلك أنّ إجراءات قانون القاضي قد لا تمنح الحماية الكافية و المماثلة التي يمكن للقانون الشخصي للطفل منحها إياه.¹²⁸¹

كما تتجلى محدودية تطبيق القانون الوطني للشخص الذي تجب حمايته، إذا وُجد الشخص الواجب حمايته بعيداً عن وطنه، فهنا يكون قانون الموطن هو الأفضل؛ لأنّ علاقة الطفل بالبلاد

¹²⁷⁹ - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص.242؛ بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المرجع السابق، ص.78.

¹²⁸⁰ - نص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

¹²⁸¹ - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص.243؛ بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية...، المرجع السابق، ص.78.

المتوطن فيها تكون أقوى، ولكن بشرط أن يكون ذلك في مصلحة الطفل.

كما أنّ الإشكال قد يثار بالنسبة لخضوع الولاية على المال للقانون الجزائري، وذلك في حالة تبعثر أموال القاصر في بلدان مختلفة، إذ عمليا يجب تعيين قيم في كل جهة قضائية تقع في دائرة اختصاصها الأموال¹²⁸².

وصفوة القول، أنّ الأحوال الشخصية بصفة عامة تعتبر المجال الخصب لتنازع القوانين؛ ويعود السبب في ذلك إلى تشعب مواضيعها وتعلقها بالنظام العام، ذلك لأنّ هذه العلاقات تشمل على عنصر أجنبي، إما بطرف أجنبي وإما في بلد أجنبي عن الأطراف¹²⁸³، وأنّ هذه العلاقات الأسرية ذات الطابع الدولي لها من الحساسية بمكان، فهي تتميز عن باقي المجالات حيث يعد الانتماء الديني مصدرها في معظم قوانين الدول في العالم.

إلا أنّ الإشكال يتمثل في وضع هذه الدول ضوابط إسناد تنحصر فقط في الجنسية أو في الموطن، دون أن تنتبه لمسألة مهمة تتمثل في إمكانية تغيير الأشخاص لمعتقداتهم الدينية دون أن يغيروا لا في جنسيتهم ولا في الموطن الذي يعيشون فيه.

و لكن، لو أجرينا مفاضلة بين ضابط الجنسية وضابط الموطن، فيتبين لنا أنّ ضابط الجنسية هو الأفضل لا محال، ذلك أنّ العلاقة التي تربط الطفل بأبويه يشملها اعتقادات دينية وأعراف، في بعض الأحيان يصعب على القاضي الذي عرض عليه النزاع فهمها.

¹²⁸² - بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المرجع السابق، ص. 79.
¹²⁸³ - أنظر، المقدمة المتعلقة بإشكالية الملتقى الوطني المتعلق بتنازع القوانين في الأحوال الشخصية، كل المداخلات مجسدة في مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، يومي 23 و 24 أبريل 2014، والملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014، ص. 10.

إضافة إلى ذلك فإنّ ضابط الجنسية أسهل للتحديد، كما أنّه يعتبر ثابتاً مقارنة مع ضابط الموطن. ومن جانب آخر مادام الطفل هو الشخص الرئيسي في العلاقة القانونية، فإنّه يجب الأخذ بعين الاعتبار مصلحته.¹²⁸⁴

وعليه، فإنّ الإشكال يتمثل في نص المادة 15 من القانون المدني التي تتضمن استثناء بالنسبة للأموال الموجودة في الجزائر حيث يطبق القانون الجزائري على ولاية مال القاصر دون مناقشة، وكان من المستحسن النص على تطبيق القانون الجزائري إذا كان ذلك فعلاً في مصلحة الطفل.¹²⁸⁵

هذا جل ما يمكن أن يقال عن الإشكالات المثارة حول قواعد الإسناد المرتبطة بالولاية على مال القاصر. وبالرجوع إلى قانون الأسرة، فإنّه يوجد إشكال آخر يتمثل في عدم تحديد المشرع الجزائري الجزاء المترتب عن تجاوز الولي لحدود سلطاته. وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الثالث الموالي.

الفرع الثالث

عدم تحديد المشرع الجزاء المترتب عن تجاوز الولي لحدود سلطاته

رغم أهمية موضوع الجزاءات التي يجب أن تطبق على الولي الذي يقوم بتصرفات مخالفة لنظام الولاية ، إلا أنّ المشرع لم يتكلم عن ذلك.

كما أنّ الإشكال يطرح في حالة عدم احترام الولي للنصوص القانونية التي تفرض عليه الحصول على إذن من القاضي في بعض التصرفات المتعلقة بالقاصر ، ذلك أنّ المشرع الجزائري لم يكن واضحاً بخصوص القاضي المختص بمنح الإذن في معظم القواعد الموضوعية المتعلقة بقانون الأسرة ،

¹²⁸⁴ - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص.252.

¹²⁸⁵ - بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المرجع السابق، ص.80.

بحيث جاء المشرع بمصطلح القاضي على عمومه دون أن يحدده ، و هذا ليس فقط في الولاية على المال ، بل حتى في الولاية على النفس¹²⁸⁶.

و عليه ، هل يتم اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة ، باعتباره يسهر على حماية أموال القاصر طبقا للمادة 424 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹²⁸⁷ و هو الأجدر بمنح الإذن من غيره؟ ، أم إلى رئيس المحكمة باعتبار أنّ الإذن يدخل ضمن الأعمال الولائية التي يختص بها؟¹²⁸⁸

بالرجوع إلى نص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جاء فيها : " يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا ، و المتعلق ببعض تصرفات الولي ، من قبل قاضي شؤون الأسرة ، بموجب أمر على عريضة" ، فإنّ قاضي شؤون الأسرة هو المختص بمنح الترخيص.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصّت على منح الاختصاص في المسائل العقارية للقسم العقاري¹²⁸⁹ ، و عليه فإنّه في حالة ما إذا رفعت قضية ما متعلقة بالتركة و كان القاصر أحد ورثتها ، فإنّ ذلك سي طرح إشكالية اختصاص القاضي العقاري أم قاضي شؤون الأسرة¹²⁹⁰.

كما أنّه يوجد إشكال آخر من الناحية الإجرائية ، حيث لم ينص المشرع عن الإجراءات التي يمنح القاضي من خلالها الإذن للولي بالتصرف المنصوص عليه في المادة 88 من قانون الأسرة، و اكتفى بالنص فقط على أن يكون الإذن بموجب أمر على عريضة طبقا لنص المادة 479 من

1286 - و هذا على عكس المشرع الفرنسي الذي فصل في مسألة الاختصاص بدقة حيث أخضع مثل هذه الأمور إلى قاضي الولاية ، و هو قاضي بالحاكم الابتدائية الصغرى ، يعينه الرئيس الأول للمحكمة الإستئنافية من جهة ؛ و قاضي يفصل في المنازعات الناجمة عن ممارسة السلطة الأبوية ، وهو قاضي بالمحكمة الابتدائية الكبرى يعينه كذلك الرئيس الأول للمحكمة الاستئنافية من جهة أخرى؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.218.

1287 - حيث تنص المادة 424 ق.إ.م.إ على أنه: " يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القاصر".

1288 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.218.

1289 - حيث تنص المادة 511 من ق.إ.م.إ على ما يلي : " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية".

1290 - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.219.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و أن يراعى في الإذن الضرورة و المصلحة في المادة 89 من قانون الأسرة¹²⁹¹.

و إجمالا نقول ، بأنّ المشرع لم ينص على جزاء محدد للولي الذي يتصرف في أموال القاصر دون استئذان من القاضي ، و إنما اكتفى بحصر الحالات المستوجبة لإذن القاضي ، الأمر الذي يتعارض مع نظام الولاية الذي بني على أساس جلب المصلحة و درء المفسدة عن أموال القاصر.

و صفوة القول بالنسبة لهذا المبحث المتعلق بإشكالات النيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري، هو أنّ اهتمام المشرع الجزائري بالقاصر لم يظهر بصورة واضحة، حيث يتبين لنا جليا الشرح الواضح بين النصوص القانونية التي تحكم الولاية على مال القاصر، مما يؤدي إلى إنقاص الضمان و الحماية المقررة له باعتباره غير قادر عن التصرف في أمواله، و غير قادر على حمايتها بنفسه.

ومن الأفضل لو يتدخل المشرع بتعديل نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالنيابة الشرعية ، و ذلك بإزالة التناقضات و الغموض الموجود في بعض هذه النصوص القانونية و تكميلها، معتمدا أكثر في ذلك بما جاءت به الشريعة الإسلامية بخصوص حقوق القاصر، و جعلها منسجمة أكثر مع كل النصوص القانونية الأخرى، وليس فقط على المستوى الأسري بل حتى التجاري والمدني والجنائي.

هذا ويطرح قانون الأسرة الجزائري إشكالات أخرى تتعلق بتنظيمه لأحكام الميراث والتبرعات، والتي سنتولى تبيان أبرزها في المبحث الثاني الموالي.

¹²⁹¹ - غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.219.

المبحث الثاني

أبرز الإشكالات المتعلقة بالميراث والتبرعات في قانون الأسرة الجزائري

تحتل أحكام التركات وقواعد الفرائض والميراث في الفقه الإسلامي والقوانين حيزا متميزا عن باقي أبواب الفقه الأخرى. ولذلك فلا عجب إن عدّه بعض العلماء والباحثين علما مستقلا بذاته، له قواعده وأصوله وأحكامه وتفصيله¹²⁹².

إذ قد تضافرت الآثار و تواترت الأخبار من أنّه ثلث العلم أو نصفه، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه و سلم أنّه قال: " العلم ثلاثة و ما سوى ذلك فهو فضل ، آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة"¹²⁹³.

وذهب الأكثرون إلى أنّه نصف العلم ، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : "تعلموا الفرائض و علموها الناس فإنها نصف العلم و هو أول علم ينسى و هو أول شيء ينزع من أمتي"¹²⁹⁴.

و لأجل هذه الأهمية الكبرى التي يحظى بها علم الفرائض و الموارث ، فقد أحاطته الشريعة الإسلامية بنظام محكم من القواعد و الأحكام الرصينة ، و ذلك لصيانة المال من الضياع ، ولإعطاء كل ذي حق حقه¹²⁹⁵.

¹²⁹² - أنظر، عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.4، دار هومه، الجزائر، 2015، ص.09.

¹²⁹³ - رواه أبو داود؛ سعيد بوزيري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص.10.

¹²⁹⁴ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.09؛ و جاء في رواية أخرى عن ابن ماجه و الدار قطني، أنّ الرسول صلى الله عليه و سلم قال: "تعلموا الفرائض فإنها من دينكم، و علموها الناس، فإنها نصف العلم و إنها تنسى، و إنه أول ما ينزع من أمتي"؛ سعيد بوزيري، المرجع السابق، ص.10.

¹²⁹⁵ - أنظر، محمد الشحات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص.54-55؛ حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الرسالة، مصر، د.س.ن، ص.14 و ما بعدها.

و المعروف أنّ حفظ المال في الشريعة من أهم مقاصد الشارع التي قصد حياطتها و صيانتها حفظا لمصالح الناس في العاجل و الآجل¹²⁹⁶.

هذا و لقد خولت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية التي سارت على نهجها للشخص حرية التصرف في ماله. غير أنّ هذا التصرف أمر محفوف بالخطورة لاتصاله المباشر و تأثيره على حاضر المتصرف و مستقبله، و كذا وضعية خلفه من بعده، بل قد تمتد آثار التصرف إلى الغير مما قد يجعل الأمر أكثر تعقيدا.

و نظرا لكون التبرعات أخطر ما في التصرفات المالية، لأنها تتم غالبا تطوعا من غير شرط و عوض، حفت الشريعة الإسلامية التبرعات المالية بسياج من القواعد التي تضبط شروطها و تنظم أحكامها¹²⁹⁷.

و عليه، نطرح الإشكال الآتي: هل وفق المشرع في تنظيمه لأحكام الميراث و التبرعات في قانون الأسرة؟

و للإجابة عن ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول سنبرز إشكالات الميراث في قانون الأسرة، أما في المطلب الثاني فسنبين إشكالات التبرعات في نفس القانون.

1296 - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.09.

1297 - أنظر، مايا دقايشية ، أحكام الرجوع في عقود التبرعات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية ، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2015 ، ص.09.

المطلب الأول

إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري

إنّ انتقال المال إلى الوارث هو أحد أسباب و طرق التملك المشروعة، حيث يخلف الوارث مورثه في ذمته المالية¹²⁹⁸.

و لأجل تثبيت هذا الملك و تنظيم هذا الانتقال في المال، جاءت أحكام التركات والموارث¹²⁹⁹ لتضع هذا الأمر في نصابه ، و تحدد المستحقين له على اختلاف درجاتهم و تنوع قراباتهم من الميت . فوضعت له الأسباب الموصلة إليه، و حددت له الشروط التي يستحق بها وبينت الموانع التي تمنع منه، و حددت نصيب كل وارث و مقدار فرضه، و الطريقة التي يرث بها وما إلى ذلك¹³⁰⁰.

و عليه تولى الشارع الحكيم بيان أحكام علم الميراث مفصلا في محكم التنزيل لقوله تعالى: "فَرِيشَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"¹³⁰¹، و استكملت السنة بمتضافر الأخبار و مشهور

¹²⁹⁸ - عزة عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص.09-10.

¹²⁹⁹ - الميراث لغة: هو مصدر لفعل "ورث" يرث إرثا ميراثا ، يقال ورث فلان أباه ، و يرث الشيء من أبيه ، فكل من الميراث و الإرث في الأصل مصدر للفعل المذكور، و معناها واحد وهو البقاء و انتقال الشيء من شخص لآخر. أما تعريفه اصطلاحا فهو: مجموعة القواعد التي تبين مكونات التركة و الحقوق المتعلقة بها ، و تعين الورثة ، و تحديد أنصبتهم؛ الدردير ، الشرح الصغير ، ج.06، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، د.س.ن ، ص.365؛ بلحاج العربي ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ط.02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005 ، ص.11-12؛ مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية و التركات ، ج.02، ط.05، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا ، 1988 ، ص.391؛ بدران أبو العينين بدران ، أحكام التركات و الموارث في الشريعة الإسلامية و القانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، 1981 ، ص.72؛ أحمد محمود الشافعي، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1983، ص.02.

¹³⁰⁰ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.10.

¹³⁰¹ - سورة النساء، الآية 11؛ فالميراث يستمد مصدره من القرآن و السنة، فالقرآن الميراث يستمد مصدره من القرآن و السنة ، فالقرآن أعطى للميراث أهمية بالغة، إذا فصلها تفصيلا يكاد كاملا في العديد من آياته و من بينها قوله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، و قوله كذلك في الآية 7 و 8 من سورة النساء: ﴿لِرِجَالٍ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَ الْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا، وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةُ أُولُوا الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ وَ الْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾.

الآثار مالم ينص عليه الكتاب¹³⁰².

إلا أنّ تقنين هذه الأحكام في المدونات التشريعية و منها قانون الأسرة الجزائري، وتطبيقاتها العملية أفرز عدة إشكالات نظرية و عملية، و كشف عن ثغرات و نقائص شكلت عقبة أمام التطبيق الصحيح للنصوص الشرعية¹³⁰³. مما يعارض مقاصد الشارع من التوزيع العادل للحقوق على أصحابها.

و عليه طرح الإشكال الآتي: ما هي مواطن الخلل و الإغفال المبثوثة في الكتاب الثالث من قانون الأسرة المخصص للميراث ؟

سيتم بسط الجواب حول الإشكال المطروح باستقراء و استنتاج مضامين النصوص القانونية ضمن ثلاثة فروع ، في الفرع الأول سنسلط الضوء على إشكالات أسباب الميراث و شروطه وموانعه ، أما في الفرع الثاني سنعالج الإشكالات المثارة حول أصناف الورثة، أما في الفرع الثالث سنبرز إشكالات الميراث بالتقدير، و في الفرع الرابع سنبين إشكالات التنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة.

وقوله في الآيات 11 و 12 و 176: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَعْمًا فَارِضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾، و قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ هُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ هُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَالْأَلَةِ أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾، وقول جل جلاله: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤًا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَصَلُّوا وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ .

1302 - أما السنة النبوية الشريفة فقد جاء عن حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم " إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " ، و قوله: "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فالأول رجل ذكر ..."، و قوله " من ترك مالا فلورثته " ... إلخ ؛ العربي بلحاج ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص. 23-25.

1303 - أنظر، زوبيدة إقروفة ، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مجلة صوت القانون ، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجليلي بونعامة ، خميس مليانة، عين الدفلى ، الجزائر ، ديسمبر 2017، المجلد 04، العدد 03 ، ص.01.

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بأسباب الإرث و شروطه و موانعه

سنبين في هذا الفرع، الإشكالات المتعلقة بأسباب الإرث (أولا) ، و شروطه (ثانيا) ، بالإضافة إلى الإشكالات المتعلقة بموانع الميراث (ثالثا) في قانون الأسرة.

أولا- الإشكالات المتعلقة بأسباب الميراث:

نص قانون الأسرة الجزائري على أسباب الإرث في المادة 126 منه و التي جاء فيها أن: "أسباب الإرث : القرابة و الزوجية".

إلا أنّ الملاحظة الأولى على هذا النص تتمثل من حيث الصياغة اللغوية الصحيحة، إذ يستحسن أن يعبر بصيغة المثني لا الجمع فيقال: " سببي الإرث: القرابة و الزوجية"¹³⁰⁴.

و نعني بالقرابة أنّها الرابطة الحقيقية التي تكون بالنسب كالأباء و الأبناء و الإخوة و الأعمام، كما تمتد أيضا لتشمل ذوي الأرحام كبنت البنت و العمة و الخالة¹³⁰⁵.

و قد يكون الوارث ذو قرابة واحدة للميت كالأخ لأب ، أو يجمع بين قرابتين كالأخ الشقيق، أو يرث بجهتين كزوج هو ابن عم، و جمهور الفقهاء يورثون هذا الأخير بالجهتين ، و هو ما لم يشر إليه قانون الأسرة في أي مادة¹³⁰⁶.

1304 - إقروفة زوبيدة ، إشكالات الميراث ...، المرجع السابق ، ص.02.

1305 - أنظر ، بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، د.س.ن ، ص.78.

1306 - إقروفة زوبيدة، المرجع السابق ، ص.02.

و مثال ذلك : هلك مورث عن:

2/1	بنت
$\frac{1}{4}$ + الباقي عصبه	زوج هو ابن عم

و إذا أقر أحد الورثة بوارث و أنكره الآخرون ، نفذ في سهمه نصيب المقرّ به دون غيره¹³⁰⁷،
و الإشكال أننا لا نجد له ذكرا في قانون الأسرة ، بالرغم من أنّ المشرع لما عدّد طرق إثبات
النسب، ذكر الإقرار كسبيل لكشف النسب في المواد 40 و 44 و 45 من قانون الأسرة¹³⁰⁸.

و على هذا الأساس يستحسن إعادة النظر في ترتيب الورثة الوارد في المادتين 167¹³⁰⁹ و 180¹³¹⁰ من قانون الأسرة بإدراج المقرّ له بالنسب¹³¹¹.

1307 - حيث ترث البنت الواحدة نصف التركة، عند انفرادها و عدم وجود معصب، لقوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف...﴾؛
سورة النساء ، جزء من الآية 11. و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 144 من قانون الأسرة على أنّ: " أصحاب
النصف ...- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى ؛ أما الزوج يرث الربع من ميراث زوجته ، إذا كان لها فرع وارث مطلقا
سواء كان ذكرا أو أنثى ، واحدا أو أكثر ، من زوجها الذي توفيت عنه أو من زوج سابق ، لقوله تعالى: ﴿... فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما
تركن من بعد وصية يوصي بها أو دين...﴾ ؛ سورة النساء الآية 12 ؛ سعيد بويصري ، المرجع السابق ، ص.31؛ إقروفة زبيدة، المرجع السابق،
ص.02؛ مقتبسة عن: يحيى بن الشريف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ج.17، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.ت.ن،
ص.64؛ علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف، ج.18، ط.01، دار هاجر، القاهرة، مصر، 1995، ص.306؛ أحمد بن إدريس القرافي،
الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ج.13، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994، ص.68.

1308 - حيث تنص المادة 40 ق.أ: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول
طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"؛ و المادة 44 ق.أ: " يثبت النسب بالإقرار بالبينة ، أو الأبوة أو الأمومة ، لمجهول النسب
ولو في مرض الموت صدقه العقل أو العادة" ؛ و المادة 45 ق.أ: " الإقرار بالنسب في غير البينة، و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا
بتصديقه".

1309 - حيث تنص المادة 167 ق.أ: " إذا لم تستغرق فروض التركة و لم يوجد عصبه من النسب رد الباقي على غير الزوجين من أصحاب
الفروض بنسبة فروضهم.

و يرد باق التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبه من النسب أو أحد أصحاب الفروض النسبية، أو أحد ذوي الأرحام".

1310 - حيث تنص المادة 180 ق.أ: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:1- مصاريف التجهيز، و الدفن بالقدر المشروع، 2- الديون الثابتة
في ذمة المتوفى، 3 - الوصية. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه ألت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا ، ألت إلى الخزينة العامة".

1311 - إقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص.02.

أما سبب الإرث الثاني ، و المتمثل في الزوجية فيقصد بها العلاقة التي تنشأ بين الرجل و المرأة بسبب عقد الزواج الصحيح المستوفى لركنه و شروطه الشرعية و القانونية المحددة في المادتين 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة ، و لم يقع البناء بالزوجة¹³¹².

وقد نص على هذا الحكم في المادة 130 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها ما يلي: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء".

وسواء كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما بأن كانت المرأة في العدة من الطلاق الرجعي بالإجماع. أما لو وقعت الوفاة في العدة من الطلاق البائن فلا توارث بين الزوجين، لزوال الزوجية الموجبة للتوارث، ما عدا حالة طلاق الفرار الذي هو تسريح الزوجة بطلاق البتة في مرض المورث الذي اتصل به الموت بغرض حرمانها من التركة¹³¹³. وهو مذهب الفقهاء الأربعة، لأنّه متهم بقطع إرثها، وعلى بعض الروايات ترثه مطلقا من غير تحديد الأجل¹³¹⁴.

ودليلهم الحديث الذي رواه الإمام مالك: "أنّه سمع ربيعة بن أبي عبد الرحمن يقول بلغني أنّ امرأة عبد الرحمن بن عوف سألته أن يطلقها فقال إذا حضت ثم طهرت فأذنيني فلم تحض حتى مرض عبد الرحمن بن عوف فلما طهرت آذنته فطلقها البتة أو تطليقة لم يكن بقي له عليها من الطلاق غيرها وعبد الرحمن بن عوف يومئذ مريض فورثها عثمان بن عفان منه بعد انقضاء عدتها"¹³¹⁵. ولم ينكر الصحابة هذا القضاء فكان إجماعا منهم.

1312 - أنظر، عبد القادر بن عزوز وسليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، ط.2، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434 هـ الموافق لـ 2013 م، ص.14؛ عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.50-51؛ بن شويخ الرشيد، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص.78-79؛ سعيد بوزير، المرجع السابق، ص.20-21.

1313 - أنظر، محمد توفيق قديري، الرابطة الزوجية كسبب للميراث في قانون الأسرة الجزائري والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة أُلقيت في الملتقى الدولي حول: الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ولاية عين الدفلى، يومي 05/04 ماي 2014، ص.22.

1314 - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.03؛ مقتبسة عن: يحيى بن شريف النووي، المرجع السابق، ص.64؛ علي بن سليمان المرادوي، المرجع السابق، ص.306؛ أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ص.68.

1315 - أنظر، مالك بن أنس، الموطأ، كتاب الطلاق، باب طلاق المريض، حديث رقم 1202، دار الكتب، الجزائر، د.ت.ن، ص.312.

أما النكاح الفاسد والباطل فلا توارث فيه قبل الدخول وبعده بالاتفاق. إلا أنّ الإشكال يتمثل في غموض مصطلح "الزوجية" الوارد في المادة 126 من قانون الأسرة والذي كان من المفروض على المشرع تفصيله بقوله مفصلاً: "سبي الميراث القرابة والزوجية الصحيحة"، حتى لا يُتوهم دخول غيره من الأنكحة، كنكاح الشبهة. ولا حاجة حينئذ لإضافة حتى المادة 131 من قانون الأسرة¹³¹⁶ التي جاء فيها: "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين".

كما أنّ الإشكال هو حينما فصل المشرع في مسألة توارث الزوجين في المادة 132 من قانون الأسرة، أثار غموضاً وتناقضاً أشد من الإبهام الوارد في المادة 126 من نفس القانون، حيث جاء في المادة 132 ما يلي: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث".

وعليه، نلاحظ على المادة المذكورة أعلاه عبارة: "في عدة الطلاق" من غير تعيين لنوع الطلاق أهو الرجعي أم البائن. كما أنّ الإشكال أنّ هذا النص قد يؤدي إلى التناقض وعدم الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية بسبب بعض الأوضاع التي تفرض نفسها من الناحية الشرعية، فكثيراً ما يُطلق الرجل زوجته بالإرادة المنفردة خارج دائرة المحاكم¹³¹⁷، وبعد مدة قد تكون طويلة، وبعد انتهاء العدة شرعاً يلجأ الزوج لرفع دعوى الطلاق للحصول على حكم قضائي بالطلاق، بل أنّ المدة قد تطول بين رفع الدعوى وصدور الحكم، مما يجعل العدة تنتهي في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة المقرر قانوناً وفقاً للمادة 84 من قانون الأسرة. والمقتضيات الشرعية في هذه الحالة تقتضي بأنّه لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل الحكم بالطلاق، لأنّ العلاقة الزوجية قد انقطعت بسببها¹³¹⁸.

1316 - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 51؛ إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص. 03.

1317 - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 81.

1318 - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص. 82.

و الإشكال أنّ النص القانوني قد أشار إلى أحقية الزوجين في الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق، وهو أمر غير مقبول من الناحية الشرعية.

و لا يكون هذا الوضع منسجما إلا في حالة كون الزوج لم يطلق قبل رفع الدعوى وترك الأمر للقاضي لكي يحكم بالطلاق. سواء كان الطلب من الزوج أو الزوجة¹³¹⁹.

كما أشار نفس النص -المادة 132 من قانون الأسرة- إلى أنّه إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق فإنّ الحي منهما يستحق الإرث، في إشارة إلى الطلاق الذي يوقعه القاضي، لأنّ الطلاق لا يثبت إلا بحكم طبقا لنص المادة 49 من قانون الأسرة.

و الإشكال أنّ هذا الأمر قد يصطدم بالجانب الشرعي في حالة كون الزوج قد تلفظ بالطلاق، وانتهت العدة قبل اللجوء إلى القاضي. و بالتالي لا يتوارث الزوجان لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما، بينما النص القانوني لم يراع هذه المسائل المهمة¹³²⁰.

كما أنّ الإشكال الآخر، أنّ نص المادة 132 من قانون الأسرة أشار إلى لفظ الطلاق دون تمييز بين ما إذا كان الطلاق للمرة الأولى أو الثانية¹³²¹، أم الطلاق المكمل للثلاث.

ففي هذه الحالة الأخيرة لا يكون هناك توارث بين الزوجين، وذلك لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما ولو كانت في مرحلة العدة. على عكس لو كان الطلاق غير مكمل للثلاث فهنا يستحق الحي منهما الإرث من الآخر¹³²².

ومن هذه المنطقات، لابد من تعديل النص بكيفية تحقق الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية.

¹³¹⁹ - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.82.

¹³²⁰ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه.

¹³²¹ - أنظر، خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، بتاريخ 2013/01/01، المجلد 03، العدد 01، ص.210-211.

¹³²² - خليل عمرو، المرجع نفسه، ص.211-212؛ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.82.

والنص المقترح كبديل لمتن المادة 132 من قانون الأسرة على النحو الآتي:

" أ/ إذا طلق الزوج زوجته في الصحة، ترثه ويرثها بشرطين:

1 - أن يكون الطلاق رجعيا، سواء صدر بشأنه حكم أو لم يصدر.

2- أن يكون الموت قبل انقضاء العدة.

ب/ إذا طلق الزوج زوجته في مرض الموت، ترثه مطلقا"¹³²³.

وهو تقريبا نفس ما اقترحه الأستاذ بن شويخ الرشيد، بإضافة فقرتين لنص المادة 132 من قانون الأسرة على النحو التالي:

" إذا تبين للقاضي عند الحكم بالطلاق أنّ الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة دون حكم قضائي وانتهت العدة فلا توارث بينهما، وإذا لم تنته العدة يثبت التوارث بينهما.

لا يثبت التوارث بين الزوجين في الطلاق المكمل للثلاث ولو كانت الطلقات السابقة وقعت بالإرادة المنفردة للزوج دون حكم"¹³²⁴.

هذا بصفة عامة ما يتعلق بالإشكالات المثارة حول أسباب الإرث في قانون الأسرة. ولنا أن نبرز الإشكالات المتعلقة بشروط الميراث في نفس القانون، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

¹³²³ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.04؛ حوالم عكاشة، إشكالات الحجب من الإرث بين الشريعة والقانون، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة بجاية، يومي 03 و 04 ماي 2015، ص.12.

¹³²⁴ - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.83.

ثانيا- الإشكالات المتعلقة بشروط الإرث:

تنص المادة 128 من قانون الأسرة على أنه: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من موانع الإرث".

والإشكال، أنّ النص المذكور أعلاه يتضمن خطأ في الصياغة في عبارة: "...وقت افتتاح التركة"، فإثبات حق الإرث من التركة مشروط بتحقق واستقرار حياة الوارث وقت وفاة المورث¹³²⁵، لا وقت افتتاح التركة، لأنّ هذه الأخيرة قد لا تفتتح إلا بعد سنوات من وفاته¹³²⁶. فلا يعقل أن يورث من تخلق بعد موت قريبه، ونفس التعقيب في حق المورث غير الحمل يستحق نصيبه بمجرد تحقق حياته وقت وفاة المورث، بغض النظر عن وقت افتتاح التركة، ولو بعد وفاته فحقه محفوظ من غير خلاف¹³²⁷.

وهناك أمر آخر لابد من أخذه بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل، و هو وجود الجنين بطريقة التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (أطفال الأنابيب)، وهي من المسائل التي صارت معروفة ومستحدثة، وإن كانتا نادرة، لكن بشرط أن يتم التأكد من أنّ التلقيح الاصطناعي قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في نطاق العلاقة الزوجية¹³²⁸.

علما أنّ التلقيح الاصطناعي هو أسلوب جديد تكرر بمقتضى التعديل الجديد لقانون الأسرة من خلال المادة 45 مكرر، حيث نصت على ما يلي: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح

1325 - إنّ تحقق حياة الوارث بعد موت مورثه هو شرط أساسي للميراث سواء كان ذلك حقيقة أو حكما، فالحقيقة ما تبين بالملاحظة والبيئة، أما الحياة التقريرية فمثل الحمل الذي يكون في بطن أمه وقت وفاة مورثه، فيوقف له ما يستحق على فرض حياته حتى ينفصل حيا، وعلى أساس وجوب ثبوت واستقرار حياة الوارث بعد موت المورث، فإنّه لا يقع التوارث بين الأفراد والجماعات التي لم يعلم أمر موت أحدهم قبل الآخر كالغرقى والهدمى وقتلى الحرب والحوادث، وذلك لانتفاء العلم بمن مات منهم قبل الآخر إن كانوا يرثون بعضهم؛ بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.60 و 61؛ عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.52.

1326 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.80؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.04.

1327 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.05.

1328 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.80.

الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا؛

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها؛

- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

و الإشكال أنّ نص المادة 128 من قانون الأسرة لم يتكلم على التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (ما يعرف بأطفال الأنابيب)، وبالتالي لا بد على القانون من مسايرة المستجدات في هذا الصدد من خلال تعديل النص ليشمل الحمل الحقيقي الموجود داخل الرحم وخارجه.

هذا بالنسبة لإشكالات شروط الإرث في قانون الأسرة، كما يوجد إشكالات أخرى تتعلق بموانع الميراث في نفس القانون، سنتولى بيانها في النقطة الآتية.

ثالثا- الإشكالات المتعلقة بموانع الميراث:

يقصد بالموانع لغة: جمع مفردة مانع وهو الحاجز، أما اصطلاحا: هي تلك الوصاف التي تقتضي الحرمان من الميراث رغم قيام سببه¹³²⁹.

أو هو ما تفوت به أهلية الإرث، مع قيام سببه وتوافر شروطه، ويسمى الممنوع من الميراث محروما¹³³⁰.

¹³²⁹ - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.53.

¹³³⁰ - والفرق بين المحروم والمحجوب، هو أنّ وجود المحروم كعدمه سيان إذ لا يؤثر في الورثة، ومثال ذلك لو مات شخص عن زوجة وابن قاتل، فالزوجة ترث الربع (فلا يؤثر الابن القاتل في ميراثها بالنقصان)، والابن القاتل ممنوع من الميراث، ولو مات شخص عن ابن قاتل وأخ شقيق، فإنّ الميراث كله للأخ الشقيق، أما الابن فإنه محروم ولا يحجب الأخ. أما المحجوب فإنه لا يرث لوجود وارث آخر أقرب منه إلى المتوفي، ووجوده مؤثر في

وقد حصر الفقهاء موانع الميراث في سبعة أسباب ممثلة في عبارة: "عش لك رزق":

- العين: عدم استهلال المولود صارخا.
 - الشين: الشك في الأسبق موتا كحالة الغرقى والهدمى وغيرهم.
 - اللام: اللعان يمنع توارث الزوجين وكذا من نفاه من أولادهما¹³³¹.
 - الكاف: الكفر أو اختلاف الدين لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم"¹³³².
 - الرأ: الرق أو العبودية، وهو حكم انعدم وجوده في الدول الإسلامية.
 - الزاي: ولد الزنا، يرث من أمه.
 - القاف: القتل العمد، وأما قتل الخطأ، فإنّ القاتل يرث من مال الميت ولا يرث من ديته¹³³³.
- و يلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد حصر موانع الميراث في: 1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا، و هو ما جاء في نص المادة 01/135 من قانون الأسرة .
- 2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه (المادة 02/135 من ق.أ).
- 3- العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية (المادة 03/135 من ق.أ).
- 4- الردة واللعان، فقد نص قانون الأسرة على الردة كمانع من الميراث في المادة 138 منه والتي جاء فيها أنّه : "يمنع من الميراث الإرث اللعان و الردة" ، إلا أنّ الإشكال أنّ المشرع لم يتناول

الورثة، ومثال ذلك: لو مات شخص عن أم، أب، إخوة لأم، فترث الأم السدس لوجود جمع من الإخوة، ويرث الأب الباقي تعصيبا، أما الإخوة لأم محجوبون بالأب، ومع ذلك أثروا في ميراث الأم بالنقصان، ولولاهم لورثت ثلث التركة؛ سعيد بوزيري، المرجع السابق، ص.22-23.

1331 - حاشية الدسوقي، ج.4، المرجع السابق، ص.485.

1332 - رواه الجماعة إلا مسلما والنسائي؛ سعيد بوزيري، المرجع السابق، ص.24؛ عبد القادر بن عزوز وسليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص.17.

1333 - عبد القادر بن عزوز وسليمان ولد خسال، نفس المرجع، ص.17-18.

اختلاف الدين وإن كانت الردة نوع من الكفر، والكفر أعم، إذ المرتد هو المسلم الذي يبذل دينه لديانة سماوية أو الكفر مطلقاً¹³³⁴، و الكافر من لا يدين بالإسلام أصلاً، و صاحب الديانة السماوية قد يكون مسيحياً أو يهودياً، و يبقى الحل هو إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة و هو العودة للفقهاء الإسلاميين برمته من غير تعيين مذهب، مما يؤدي إلى إشكالية تضارب الأحكام القضائية نتيجة سلطة القاضي في اختيار الرأي الفقهي الذي يترجح عنده¹³³⁵.

و يستحسن بالمشروع ألا يستعمل لفظ " الردة " فقط، بل يضيف أيضاً لفظ اختلاف الدين حتى يشمل الحكم القرابة مع اختلاف الدين، كالزوجين (مسلم و مسيحية)، فهنا لا توارث بينهما بسبب اختلاف ديانتهم¹³³⁶.

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشروع لم ينص عن الإجراءات الواجب إتباعها لإثبات حالة الردة، و هل تتطلب حكماً قضائياً أم لا؟

كما أنّه لم ينص على توارث غير المسلمين من بعضهم البعض، مع أنّ هذه الحالة قد تكون مطروحة في المجتمع في حالة كسب الجنسية الجزائرية لمن هم من ديانات أخرى¹³³⁷.

1334 - وقد اتفق الفقهاء على أنّ المرتد لا يرث من غيره مطلقاً سواء كان المورث مسلماً أو يهودياً أو نصرانياً أو مرتداً، "لأن الميراث نعمة، فيحرم منها بسبب جنائته على الإسلام"؛ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، المجلد الثاني، دار التراث، القاهرة، د.س.ن، ص.728-729؛ حسن صبحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.75؛ سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.25. أما توريث الغير من ميراث المرتد فهو محل خلاف، فذهب الرأي الأول إلى أنّ ميراثه لا يورث من الغير مطلقاً و يكون ماله فيئا لجميع المسلمين، و بهذا قال الأئمة مالك و الشافعي و أحمد في الصحيح المشهور، و ذهب الرأي الثاني إلى أن ميراثه ينتقل إلى ورثته من المسلمين، و بهذا قال صاحباً أبو حنيفة، أبو يوسف و محمد؛ سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.26؛ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.404؛ ابن رشد، ج.2، المرجع السابق، ص.352؛ عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.56-57؛ سعيد عبد الوهاب عيسى الحياي، موانع الميراث (دراسة مقارنة)، ط.01، المكتب الجامعي الحديث، العراق، أغسطس، 2015، ص.115، 112.

1335 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.05.

1336 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.86. و قد أجمع أهل العلم على أن غير المسلم لا يرث مسلماً، أما ميراث المسلم من غير المسلم ففيه خلاف، إذ يرى جمهور الصحابة و منهم أبو بكر و عمر و عثمان و علي رضوان الله عليهم، و كذلك الفقهاء و منهم الأئمة الأربعة عدم جواز ذلك لعموم الأحاديث المانعة، و منها حديث النبي صلى الله عليه و سلم: " لا يتوارث أهل ملتين شتى "؛ ابن رشد، ج.02، المرجع السابق، ص.352-353؛ محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، ط.01، دار الكتاب العربي، بيروت، 1984، ص.50 و ما بعدها؛ بينما روي عن معاذ بن جبل و معاوية، و كذا علي بن الحسين و سعيد بن المسيب و الشعبي و النخعي أنهم ورثوا المسلم من الكافر؛ حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.75؛ سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.25.

هذا و قد نص المشرع في نفس المادة 138 من قانون الأسرة لفظة اللعان مطلقة، بنصه: "يمنع من الإرث اللعان و الردة".

و يعتبر اللعان¹³³⁸ أحد الأسباب المؤدية إلى الطلاق، فإذا تلاعن الزوجان فلا توارث بينهما لانفصال الرابطة الزوجية في الحال بهذا التلاعن.

إلا أنّ الإشكال أنّ نص المادة 138 المذكورة اعتبر اللعان من موانع الإرث ، مع أنّه لم ينص عليه ضمن أسباب الطلاق ، بالرغم من أنّه يعتبر سببا شرعيا للتفريق بين الزوجين¹³³⁹.

كما أنّ الإشكال الآخر هو أنّ المشرع لم يتعرض في هذا النص إلى المقصود بالمنع ما إذا كان يتعلق بالزوجين بين بعضهما البعض في حالة التلاعن، و بالتالي لا يثبت الميراث بينهما. ولم يتحدث عن مصير الجنين بعد التلاعن، لأنّ الزوج إذا نفى النسب لا يثبت، و بالتالي لا يرث

1337- بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص.86-87.

1338- اللعان: إذا رمى رجل زوجته بالزنا، أو نفى نسب ولده، وتنص المادة 41 من ق.أ على ما يلي: "يُنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الاتصال ولم ينغه بالطرق المشروعة". وعليه، إذا عجز عن إثبات ذلك بالبينة يجرى اللعان بين الزوجين بالصيغة الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾؛ سورة النور، الآيات من 6 إلى 9. فإذا تم اللعان يفرق القاضي بينهما وينفي نسب الولد عن الزوج، وهذا هو ولد اللعان، إذ يتفق مع ولد الزنا في كونهما لا يرثان من الزوج بل يرثان من ميراث الأم ، لثبوت نسبهما بما يقينا. وولد اللعان هو الذي يولد على فراش زوجية صحيحة، ويحكم القاضي بعد اللعان بنفي النسب من الزوج. وولد الزنا هو ثمرة علاقة غير مشروعة بين الرجل والمرأة؛ لمزيد من التفصيل راجع: محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص.358 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.430، 432. ومن ثم فلا يرث الولد من الزوج، بل يرث من أمه، لأنّ نسبه منها متيقن، كما أنّها ترثه أيضا. وهذا ما نص عليه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 288 منه على أنّه: "يرث ولد الزنى، وولد اللعان من أمه، وقرابتها، وترثه أمه وقرابتها". وقد ورد ذلك في السنة النبوية الشريفة، في حديث المتلاعنين الذي يرويه سهل بن سعد، قال: " وكانت حاملا، وكان ابنها يُنسب إلى أمه، فجرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله لها؛ أخرجه البخاري ومسلم؛ سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.26. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم : "أنه جعل ميراث ابن الملاءنة لأمه ولورثتها من بعدها"؛ رواه أبو داود، سعيد بويزري، ص.26. وقد نص قانون الأسرة على أنّ الردة واللعان كمانعين من الميراث في المادة 138 منه: "يمنع من الإرث اللعان والردة".¹³³⁹ - وهذا لقوله صلى الله عليه و سلم : " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا " ؛ رواه أبو داود و الدار قطني ؛ عزة عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص.58.

المولود من الزوج الملاحن بسبب الملاحنة، شريطة أن ينفي النسب. و لهذا لا بد من تعديل النص كي يشمل حالة من نفى الشرع و القانون نسبه¹³⁴⁰.

أما نسب المولود من الزوجة بعد الملاحنة فهو ثابت رغم الملاحنة بينهما، لأنها هي التي حملت و هي التي وضعت، و بالتالي ترث منه و يرث منها، و هذا ما هو مقرر فقها¹³⁴¹.

وكذلك الحال في حالة ولد الزنا، فإن ميراثه يثبت من أمه، والإشكال أن قانون الأسرة لم يتعرض أيضا لميراث ولد الزنا¹³⁴².

وصفوة القول، أنّ المشرع لم يذكر جميع الموانع التي جاءت في الفقه الإسلامي، وعليه نقترح تخصيص مادة واحدة لكل موانع الميراث هي المادة 135، وتكون صياغتها كالآتي:

" يمنع الإرث ما يأتي: أ- قتل المورث عمدا وعدوانا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

- العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

ويرث القاتل خطأ من التركة دون الدية.

ب- اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم. أما المرتد أو المرتدة فلا يرثان ولا يورثان، وماهما يؤول للخزينة العمومية.

¹³⁴⁰ - بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص.88.

¹³⁴¹ - و لما رواه مكحول قال: "جعل رسول الله ميراث ابن الملاحنة لأمه و لورثتها من بعدها"؛ سليمان بن الأشعث أبو داود، السنن ، ط.01، كتاب الفرائض ، باب ميراث ابن الملاحنة ، حديث 2907، حديث صحيح ، دار ابن الجزري ، القاهرة ، 2011، ص.346؛ إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.05.

¹³⁴² - للتفصيل أكثر في إشكالات النسب وخاصة في الزواج العربي، أنظر الصفحة من 133 إلى 147 من مذكرة الماجستير لبوجاني عبد الحكيم.

ج- لا توارث بين المتلاعنين، ولا بين الزوج الملاحن والولد المنفي¹³⁴³.

- أما بالنسبة لأمه فيثبت التوارث بينهما، كما يثبت التوارث بين ولد الزنا وأمه وقربتهما¹³⁴⁴.

هذا جل ما يمكن أن يقال حول الإشكالات المثارة حول أسباب وشروط وموانع الميراث في قانون الأسرة.

كما يستلزم علينا الأمر، أن نبين الإشكالات المتعلقة بأصناف الورثة في نفس القانون، وهذا في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

الإشكالات المثارة حول أصناف الورثة

تعرض قانون الأسرة إلى أصناف الورثة في المادة 139 منه و التي جاء فيها ما يلي: " ينقسم الورثة إلى: 1- أصحاب فروض، 2- عصبه، 3- ذوي الأرحام".

كما نص في الفقرة الرابعة من المادة 180 من نفس القانون¹³⁴⁵ على ما يلي: "... فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

و الملاحظ هنا أنّ قانون الأسرة أغفل المقر له بالنسب في البنوة و الأبوة و الأمومة وفي غيرها أيضا، لأنّه نص عليه في موضوع النسب من خلال المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة.

¹³⁴³ - حوالف عكاشة، المرجع السابق، ص.13؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.06.

¹³⁴⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.89-90.

¹³⁴⁵ - حيث تنص المادة 180 ق.أ: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز، و الدفن بالقدر المشروع،

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى،

3- الوصية".

فالمادة 44 تنص على أنّه: " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة".

والمادة 45 من نفس القانون تنص على أنّ: " الإقرار بالنسب في غير البنوة، و الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

وفي هذه الحالة يصبح التوارث في حالة الاعتراض من الغير لا يسري في حقهم ، و إنما يسري فقط على المقر المتوفي.

فلو أقرّ شخص بأخوة مجهول النسب و اعترض باقي إخوته فلا يسري الميراث إلا في حقه، بحيث يثبت التوارث بينهما فقط دون الآخرين.

وعليه، فما دام المشرع قد أخذ بهذا النوع من الإقرار في المادتين 44 و 45 المذكورتين، فلا بد من أن ينص عليه في موضوع الميراث. و ذلك بتعديل نص المادة 139 من قانون الأسرة التي حددت أصناف الورثة بإضافة المقر له بالنسب ضمن هذه الأصناف¹³⁴⁶.

والملاحظ أنّ الورثة ليسوا كلهم على درجة واحدة، و إنما تم تصنيفهم على مراتب حسب جهة و درجة قرابتهم للميت في المادة 139 المذكورة، و التي قسمتهم إلى أصحاب الفروض¹³⁴⁷،

¹³⁴⁶ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص.98.

¹³⁴⁷ - الفروض مفردا فرد، و يراد بالفرض: مصدر ، كل شيء تفرضه فتوجهه على إنسان بقدر معلوم ، و الاسم الفريضة ؛ ابن منظور ، لسان العرب ، ج.01، مادة : فرض ، المرجع السابق ، ص.33.

و اصطلاحا معناه : السهم المقدّر للوارث بالكتاب أو بالسنة و بالإجماع ؛ محمد مصطفى شلي ، أحكام الموارث بين الفقه و القانون ، الدار الجامعية ، القاهرة ، 1985 ، ص.69 و ما بعدها؛ سعيد بويصري ، المرجع السابق ، ص.29.

وعصبة¹³⁴⁸، و ذوي الأرحام¹³⁴⁹.

و عليه سنتعرض للإشكالات الموجودة حول أصحاب الفروض (أولا)، و إشكالات العصبة (ثانيا)، و ذوو الأرحام (ثالثا) في قانون الأسرة الجزائري.

أولا- الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب الفروض:

المقصود بأصحاب الفروض جميع الورثة اللذين لهم سهام مقدرة في القرآن والسنة والإجماع¹³⁵⁰، و قد عرفهم المشرع الجزائري في المادة 140 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنّ : "ذوو الفروض هم الذين حددت أسهمهم في التركة شرعا".

وقد تضمنتهم النصوص القانونية في المواد من 141 إلى 149 من قانون الأسرة، و هم مقسمون إلى قسمين : أولا : الوارثون من الرجال و هم (الأب ، الجد لأب و إن علا ، الزوج ، الأخ لأُم ، الأخ الشقيق في المسألة العمرية) و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 141¹³⁵¹.

1348 -تعرف العصبة لغة: الأقارب من جهة الأب لأنهم يعصبونه، و يعتصب بهم ، أي يحيطون به، و يشتد بهم ، و التعصب: المحاماة و المدافعة، و عصبوا به: اجتمعوا حوله، و يطلق على الجماعة القوية لفظ عصبة لقوله تعالى: ﴿قَالُوا لَئِنْ أَكَلَهُ الذِّئْبُ وَ نَحْنُ عُصْبَةٌ إِنَّا فَخِشْرُونَ﴾؛ سورة يوسف الآية 14.

أما العصبة اصطلاحا: هم الورثة اللذين ليس لهم فروض مقدرة في الكتاب و السنة ، أو كل من يستأثر بالميراث عند انفراده و يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض ، و عرّف مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية التعصيب في المادة 258 منه بقوله: " التعصيب استحقاق في التركة غير محدد و لا قار"، و عرفه قانون الأسرة في المادة 150 منه: " العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده ، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم و إن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له"؛ سعيد بوزيري ، المرجع السابق ، ص.81.

1349 - لغة: الأرحام جمع رحم، و هي منبت الولد في بطن الأم، و تسمى القرابة بالرحم، قال تعالى :﴿... وَ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ ، سورة النساء الآية الأولى؛ ابن منظور ، لسان العرب ، ج.01، المرجع السابق ، مادة "رحم"؛ سعيد بوزيري، المرجع السابق ، ص.90.

أما اصطلاحا : فذوو الأرحام هم الأقارب الورثة اللذين ليسوا من أصحاب الفروض أو العصبات ، مثل : العمّات و الخالات ، و أولاد البنات ، و بنات الإخوة و أولاد الأخوات ...؛ سعيد بوزيري ، المرجع السابق ، ص.90.

1350 - مصطفى السباعي ، و عبد الرحمان الصابوني ، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية و التركات ، ط.05، المطبعة الجديدة، دمشق، 1977-1978، ص.37.

1351 - تنص المادة 141 من قانون الأسرة: " يرث من الرجال الأب و الجد لأب و إن علا ، و الزوج ، و الأخ لأُم ، الأخ الشقيق ، في المسألة العمرية".

ثانيا : الوارثات من النساء و هنّ (البنت، بنت الابن و إن نزل ، الأم ، الزوجة ، و الجدة من الجهتين و إن علت ، و الأخت الشقيقة ، الأخت لأب ، الأخت لأم) و هذا طبقا جاء في نص المادة 142 من نفس القانون¹³⁵².

و أما المقادير التي يستحقها هؤلاء، فهي لا تخرج عن ستة فروض و هي منصوص عليها في المادة 143 من قانون الأسرة، وهي: (النصف، الربع، الثمن، الثلثان، الثلث، السدس).

أما من يستحق هذه الفروض فهي منصوص عليها في المواد من 144 إلى 149 من قانون الأسرة، و هي كلها ترجع للنصوص القطعية و الأحكام القطعية في القرآن و السنة والإجماع¹³⁵³.

و قد نص المشرع على ميراث الجد الصحيح ، أي الجد الذي لا تتوسط بينه و بين الميت أنثى و هو أب الأب مهما علا، و له حالات عدة في الميراث، حيث إذا انعدم الأب حل محله، و إذا وجد مع الإخوة فله حالات خاصة¹³⁵⁴.

و لم يرد في قانون الأسرة تنزيل الجد منزلة الأب عند انعدام الإخوة، سوى ما ورد في نص المادة 149 في فقرتها الثالثة عند ذكر أصحاب السدس¹³⁵⁵. حيث جاء فيها: "أصحاب السدس سبعة هم: 3- الجد للأب عند وجود الولد، أو ولد الابن، وعند عدم وجود الأب...".

و الإجماع منعقد على أنّ الجد يحل محل الأب إذا انعدم ، و انعدم الإخوة الأشقاء أو لأب، فيأخذ السدس بوجود الفرع الوارث المذكور للميت مهما نزل ، أو السدس و التعصيب مع الفرع المؤنث مهما نزل، و التعصيب حالة انعدام الفرع الوارث مطلقا للميت¹³⁵⁶.

¹³⁵² - تنص المادة 142 من قانون الأسرة: " يرث من النساء البنت، و بنت الابن، و إن نزل، و الأم و الزوجة و الجدة من الجهتين و إن علت، و الأخت الشقيقة، و الأخت لأب، و الأخت لأم".

¹³⁵³ - بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص.100.

¹³⁵⁴ - للاطلاع أكثر على حالات الجد مع الإخوة بالتفصيل، أنظر سعيد بوزير، المرجع السابق، ص.63 وما بعدها إلى 66.

¹³⁵⁵ - إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.07.

و هناك طائفة من الفرائض يصطلح الفقهاء على تسميتها بالمسائل المعادة يسلك في حلها قواعد استثنائية في باب ميراث الجد و الإخوة ، حيث الأصل حجب الإخوة لأب بالإخوة الأشقاء ابتداء قبل حل الفريضة أساسا ، إلا في حالة اجتماعهما مع الجد فيسلك سبيل آخر ، حيث يؤخر حجبهم لغاية استخراج أفضل نصيب للجد ، سواء وجد صاحب فرض معهم ، أو انعدم ، و هو مذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة¹³⁵⁷.

و الإشكال أنّ قانون الأسرة لم يشر إلى هذه المسألة ، بل مضمون المادة 158 منه صريح في التخصيص على الحالتين فقط للجد مع الإخوة ، إما اجتماعه مع الإخوة الأشقاء ، أو مع الإخوة لأب ، ذكورا أو إناثا ، أو مختلطين¹³⁵⁸.

مما يورث غموضا وحيرة و إشكالات عملية أمام الموثقين في كيفية التعامل مع هذا النوع من الفرائض ، حيث يترددون بين تطبيق القواعد الأصلية في حجب الإخوة لأب من طرف الإخوة

1356 - إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.07.

1357 - أحمد بن ادريس القرافي ، ج.13 ، المرجع السابق ، ص.62 ؛ ابن نجيم عبد الله ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، تحقيق محمد أبو الأجناف ، ج.03 ، ط.01 ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1995 ، ص.445 ؛ عبد الله بن قدامة ، المقنع ، ط.01 ، ج.18 ، دار هاجر ، القاهرة ، 1995 ، ص.30 ؛ يحيى بن شرف النووي ، ج.17 ، المرجع السابق ، ص.181 ؛ عبد الرحمان بن قدامة ، ج.18 ، المرجع السابق ، ص.32 ؛ إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.07.

1358 - تنص المادة 158 من قانون الأسرة: " إذا اجتمع الجد العاصب مع الإخوة الأشقاء ، أو مع الإخوة لأب ذكورا أو إناثا أو مختلطين فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المقاسمة.

و إذا اجتمع مع الإخوة و ذوي الفروض فله الأفضل من:

- 1- سلس جميع المال،
- 2- أو ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض ،
- 3- أو مقاسمة الإخوة كذكر منهم".

الأشقاء ، طبقا لنص المادة 154 من قانون الأسرة الذي جاء فيه: "... و إذا اتحدوا في الجهة والدرجة كان الترجيح بقوة القرابة، فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة..."¹³⁵⁹.

أو احتساب الإخوة لأب (ذكورا أو إناثا) مع الأشقاء لإدخال النقص على نصيب الجد، ثم في النهاية تؤول حصة الإخوة مجتمعين إلى الأشقاء إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا و إناثا ، و إن كانت شقيقة تأخذ نصيبها مما يستبقه الجد إن كان مساوٍ للنصف أو أقل ، فإن زاد على النصف آلت الزيادة إلى من معها من الإخوة و الأخوات لأب، إعمالا لمنطوق المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية المسائل التي لم ينص عليها المشرع الجزائري ، وعلى الحالتين نتائج الفريضة بكل تأكيد ستختلف¹³⁶⁰.

و في سياق آخر، يَينَت المادة 144 من قانون الأسرة أصحاب النصف من أهل الفروض، حيث جاء فيها ما يلي: " أصحاب النصف خمسة و هم:

- 1- الزوج و يستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث لها¹³⁶¹،
- 2- البنت بشرط انفرادها عن الولد الصلب ذكرا كان أو أنثى¹³⁶²،
- 3- بنت الابن بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى و ولد الابن في درجتها،
- 4- الأخت الشقيقة بشرط انفرادها، و عدم وجود الشقيق و الأب ، و ولد الصلب ، و ولد

¹³⁵⁹ - تنص المادة 154 من قانون الأسرة على ما يلي: " إذا كان الموجود من العصبة أكثر من واحد و اتحدوا في الجهة كان الترجيح بينهم بالدرجة فيقدم أقربهم درجة إلى الميت ، و إذا اتحدوا في الجهة و الدرجة كان الترجيح بينهم بالدرجة فيقدم أقربهم درجة إلى الميت، و إذا اتحدوا في الجهة و الدرجة كان الترجيح بقوة القرابة فمن كان ذا قرابتين قدم على من كان ذا قرابة واحدة، و إذا اتحدوا في الجهة و الدرجة و القرابة ورثوا بالتعصيب و اشتركوا في المال بالسوية".

¹³⁶⁰ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق ، ص.08.

¹³⁶¹ - و هذا لقوله تعالى: ﴿و لکم نصف ما ترک أزواجکم إن لم یکن لهن ولد ...﴾، سورة النساء جزء من الآية 11.

¹³⁶² - و هذا لقوله تعالى: ﴿... و إن كانت واحدة فلها النصف ...﴾، سورة النساء، جزء من الآية 11.

الابن ذكرا أو أنثى، و عدم وجود الجد الذي يعصبها¹³⁶³،

5- الأخت لأب بشرط انفرادها عن الأخ و الأخت لأب و عمن ذكر في الشقيقة".

إلا أنه يستحسن بالمشرع إضافة عبارة: " ذكرا أو أنثى " في نهاية الفقرة الثالثة من المادة المذكورة أعلاه، كما فعل في ولد الصلب ذكرا أو أنثى، وولد الابن في حق الشقيقة، لأن بنت الابن ستمنعها أيضا الحفيدة من درجتها من أخذ النصف و تراثان معا الثلثين للتعدد. أو يستحسن أن تحذف كليا جملة "ذكرا أو أنثى" من كل الفقرات، لأن كلمة "ولد" لغة وفي اصطلاح الفرضيين تطلق على الذكر والأنثى¹³⁶⁴.

هذا ويثار إشكال آخر في نص المادة 141 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "يرث من الرجال الأب والجد للأب وإن علا، والزوج، والأخ لأم، والأخ الشقيق في المسألة العمرية"، حيث أخطأ المشرع في إدراج الأخ الشقيق ضمن أصحاب الفروض، لأن الأخ الشقيق بالاتفاق يعد من صنف العصبية بالنفس، ويرث استثناء بالفرض في مسألة واحدة هي حالة المسألة المشتركة التي تشذ عن قواعد الميراث العامة إذا اجتمع مع الإخوة لأم، وزوج، وأم أو جدة¹³⁶⁵.

و عليه، يستحسن عدم ذكر الأخ الشقيق في هذا الموضع، والاكتفاء بالإشارة إليه في المسائل الخاصة. وتحديدًا في المادة 176 من قانون الأسرة: "يأخذ الذكر من الإخوة كالأنثى في المشتركة، وهي زوج و أم أو جدة و إخوة لأم، وإخوة أشقاء، فيشتركان في الثلث الإخوة للأم والإخوة الأشقاء الذكور والإناث في ذلك سواء على عدد رؤوسهم لأن جميعهم من أم واحدة".

كما يثار الإشكال في مسألة توحيد المصطلحات في هذا الموضع، إذ أن المشرع أورد هذه الحالة في المسائل الخاصة باسم المسألة المشتركة، و في المادة 141 من قانون الأسرة سماها بالعمرية

¹³⁶³ - وهذا لقوله تعالى: ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يَفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرَأَهُ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ...﴾ ، سورة النساء، من الآية 176.

¹³⁶⁴ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق ، ص.08.

¹³⁶⁵ - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه، ص.8-9.

وهذا يفضي إلى التباسها بالمسألة الغراوية التي تشتهر بالعمرية والمشار إليها في المادة 177 من قانون الأسرة¹³⁶⁶.

هذا بالنسبة للإشكالات المثارة حول تنظيم المشرع لأصحاب الفروض، ولنا أن نبين الإشكالات المتعلقة بالعصبة في قانون الأسرة في النقطة الموالية.

ثانيا- الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبة:

المقصود بالعصبات هم الورثة اللذين ليس لهم سهم مقدر في النصوص الشرعية، وبعبارة أخرى كل من يرث كل المال عند الانفراد، أو يرث ما تبقى بعد أن يأخذ أصحاب الفروض فروضهم، أو لا يرث شيئا إذا لم يبق شيء من التركة¹³⁶⁷.

وبهذا المعنى نص المشرع الجزائري على العصبات في المادة 150 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "العاصب هو من يستحق التركة كلها عند انفراده، أو ما بقي منها بعد أخذ أصحاب الفروض حقوقهم، وإن استغرقت الفروض التركة فلا شيء له".

كما قسم المشرع العصبة إلى ثلاثة أنواع، حيث تنص المادة 151 من قانون الأسرة على أن: "العصبة ثلاثة أنواع: 1- عاصب بنفسه، 2- عاصب بغيره، 3- عاصب مع غيره".

ونظم العاصب بنفسه في المواد من 152 إلى 154 من ذات القانون، حيث عرّفه في المادة 152 كما يلي: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك، بواسطة ذكر"¹³⁶⁸، إلا أنّ المادة لم تذكر لفظة "قريب" للدلالة على سبب الميراث بينهما وهو القرابة، واستعاضت عنها بلفظة "ينتمي" إشارة إلى وجود علاقة القرابة، إلا أنّ لفظة "ينتمي" غير دقيقة، لأنّ الانتماء إلى

¹³⁶⁶ - حيث تنص المادة 177 من ق.أ على ما يلي: "إذا اجتمعت زوجة، وأبوان، فللزوجة الربع وللأم ثلث ما بقي وهو الربع وللأب ما بقي، فإذا اجتمع زوج وأبوان فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي وهو السدس وما بقي للأب".

¹³⁶⁷ - محمد علي الصابوني ومصطفى السباعي، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، المرجع السابق، ص.65؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والمواثيق...، المرجع السابق، ص.54؛ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص.128.

¹³⁶⁸ - فالعصبة بالنفس هي كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى المتوفي أنني؛ سعيد بويصري، المرجع السابق، ص.84.

الميت قد يكون بالقربة أو بالرحم أو بالزوجة، وحتى العتق قديماً¹³⁶⁹.

وقد انتهج المشرع في المادة 153 من قانون الأسرة تقسيم العصبية بالنفس إلى أربع جهات: البنوة، الأبوة، الأخوة، العمومة¹³⁷⁰. حيث أدرج الجد ضمن جهة الأبوة بقوله في الفقرة الثانية من المادة 153 المذكورة: "...2- جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مراعاة أحوال الجد،...". وجعل الإخوة الأشقاء أو لأب و فروعهم جهة واحدة هي جهة الإخوة بقوله في الفقرة الثالثة من نفس المادة: "...3- جهة الإخوة وتشمل الإخوة الأشقاء أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا،...".

وهذا التقسيم الرباعي للعصبية النسبية¹³⁷¹، هو مذهب أبي حنيفة الذي يرى حجب الإخوة من أي جهة كانوا بالجد الصحيح. ولكن هذا الترتيب لا يستقيم مع موقف المشرع الذي أقرّ توريث الجد مع الإخوة إذا اجتمعوا سيرا على رأي الجمهور¹³⁷²، وإن كان استدرك الأمر في نفس المادة 153 بعبارة: "العصبية بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي:

1- جهة البنوة وتشمل الابن، وابن الابن مهما نزلت درجته،

2- جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد،

1369 - عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.73.

1370 - حيث تنص المادة 153 من ق.أ على ما يلي: "العصبية بالنفس أربع جهات يقدم بعضها على بعض عند الاجتماع حسب الترتيب الآتي:

1- جهة البنوة وتشمل الابن، وابن الابن مهما نزلت درجته، 2- جهة الأبوة وتشمل الأب والجد الصحيح مهما علا مع مراعاة أحوال الجد، 3- جهة الإخوة وتشمل الإخوة الأشقاء، أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا، 4- جهة العمومة وتشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جده مهما علا، وأبنائهم مهما نزلوا".

1371 - فالعصبية تنقسم إلى قسمين: عصبية نسبية وعصبية سببية، فالعصبية النسبية هي التي نشأت بسبب النسب، وهم أقارب الميت من الذكور دون أن تتوسطهم أنثى، أما العصبية السببية لم يعد لها وجود الآن، لأنها مرتبطة بتحرير الرق الذي كان في الماضي، فيحق للمعتق أن يرث من العبد لأنه كان سببا في الإنعام عليه بالحرية إذا لم يكن له من يرثه من أقاربه؛ سعيد بويصري، المرجع السابق، ص.83؛ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.130؛ عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.73.

1372 - إقروفة زويدية، المرجع السابق، ص.09.

- 3- جهة الإخوة وتشمل الإخوة الأشقاء، أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا،
 - 4- جهة العمومة و تشمل أعمام الميت، وأعمام أبيه، وأعمام جده مهما علا، وأبنائهم مهما نزلوا".
- و كان الصواب ترتيبهم على خمس مراتب على مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبين، وهذا حتى تنسجم المواد فيما بينها، ويكون الترتيب كالآتي:
- جهة البنوة وتشمل الفرع المذكر الصليبي والحفيد،
 - جهة الأبوة وتشمل الأب فقط،
 - جهة الجدوة والأخوة (أشقاء أو لأب)،
 - جهة أبناء الإخوة (أشقاء/ لأب) مهما نزلوا،
 - جهة العمومة (أشقاء/ لأب) وفروعهم مهما نزلوا¹³⁷³.

ولا يحتاج المشرع حينئذ لاستدراك ولا تلفيق وخلق بين الآراء الفقهية. وهذا الترتيب هو ما جاء في مدونة الأسرة المغربية في نص المادة 349 منها، حيث جعلت الجد العاصب وإن علا والإخوة أشقاء أو لأب في مرتبة واحدة، نظرا لإقرار مبدأ توريثهم سويا حالة الاجتماع¹³⁷⁴.

هذا ويوجد إشكال آخر، يتمثل في عدم نص المشرع الجزائري على حالة ميراث الجد بالتعصيب فقط، وكذا حالة ميراثه السدس مع التعصيب عند وجود الفرع المؤنث للميت. فالأب

¹³⁷³ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.10.

¹³⁷⁴ - جاء في نص المادة 349 من مدونة الأسرة المغربية ما يلي: "للعصبة بالنفس جهات مقدم بعضها على بعض في الإرث على الترتيب الآتي:

- 1- البنوة وتشمل الأبناء وأبناء الابن وإن سفل. 2- الأبوة. 3- الجد العصبي وإن علا والإخوة وتشمل الأشقاء والإخوة للأب. 4- أبناء الإخوة وإن سفلوا. 5- العمومة وتشمل أعمام الميت لأبوين أو لأب وأعمام أبيه كذلك وأعمام جده العصبي وإن علا وأبناء من ذكروا وإن سفلوا.
- 6- بيت المال إذا لم يكن هناك وارث، حيث تتولى السلطة المكلفة بأحكام الدولة حيازة الميراث. فإذا وجد وارث واحد بالفرض رد عليه الباقي، وإذا تعدد الورثة بالفرض، ولم تستغرق الفروض التركة رد عليهم الباقي حسب نسبهم في الإرث".

والجد يرثان تارة بالفرض وتارة أخرى بالتعصيب وأحيانا يرثان بهما معا في حالة وجود الفرع الوارث المؤنث للميت¹³⁷⁵.

كما أنّ المشرع لم يورد في المادة 156 من قانون الأسرة تعريفا للعصبة مع الغير¹³⁷⁶، وهذا على عكس ما فعل في العصبة بالنفس والعصبة بالغير¹³⁷⁷، حيث عرّف الأولى في المادة 152 - كما ذكرنا - بقوله: "العاصب بنفسه هو كل ذكر ينتمي إلى الهالك بواسطة ذكر"، وعرّف الثانية كذلك في المادة 155 بقوله: "العاصب بغيره هو كل أنثى عصبها ذكر..."¹³⁷⁸.

في حين العصبة مع الغير أقدم مباشرة على سرد الوارثات بهذه الطريق: "العاصب مع غيره: الأخت الشقيقة، أو لأب وإن تعددت عند وجود واحدة فأكثر مع بنات الصلب، أو بنات الإبن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة، أو الجد"¹³⁷⁹.

هذا بالنسبة للإشكالات الموجودة في تنظيم المشرع للعصبة في قانون الأسرة، وسنبين الإشكالات الموجودة في تنظيم المشرع لميراث ذوي الأرحام في نفس القانون، وذلك في النقطة الثالثة الموالية.

¹³⁷⁵ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.10.

¹³⁷⁶ - لقد نظم المشرع العاصب مع غيره في المادتين 156 و 157 من ق.أ، حيث نص في المادة 156 على ما يلي: "العاصب مع غيره: الأخت الشقيقة، أو لأب وإن تعددت عند وجود واحدة فأكثر من بنات الصلب، أو بنات الابن بشرط عدم وجود الأخ المساوي لها في الدرجة، أو الجد". وتنص المادة 157 على ما يلي: "لا تكون الأخت لأب عاصبة إلا عند عدم وجود أخت شقيقة".

¹³⁷⁷ - نظم المشرع الجزائري العاصب بغيره في مادة وحيدة وهي المادة 155 والتي جاء نصها كما يلي: "العاصب بغيره هو كل أنثى عصبها ذكر وهي: 1- البنت مع أخيها، 2- بنت الابن مع أخيها، أو ابن عمها المساوي لها في الدرجة أو ابن ابن عمها الأسفل درجة بشرط أن لا ترث بالفرض، 3- الأخت الشقيقة مع أخيها الشقيق، 4- الأخت لأب مع أخيها لأب. وفي كل هذه الأحوال يكون الإرث للذكر مثل حظ الأنثيين".

¹³⁷⁸ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.10.

¹³⁷⁹ - أنظر، سليمان ولد خصال، إشكالات في قانون الأسرة الجزائري، الفصل الأول والثاني من كتاب الميراث نموذجا، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنظم في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي، 3 و 4 ماي 2015، ص.03؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.10.

ثالثا- الإشكالات المتعلقة بتنظيم الميراث ذوي الأرحام:

وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصب¹³⁸⁰، وهم بالجملة: "بنو البنات، وبنات الإخوة، وبنو الأخوات، وبنات الأعمام، والعم أخو الأب للأُم فقط، وبنو الإخوة للأُم، والعمات، والخالات، والأخوال"¹³⁸¹.

وقد نص المشرع في قانون الأسرة في المادة 168 منه على أنه: "يرث ذوو الأرحام عند الاستحقاق على الترتيب الآتي: أولاد البنات وإن نزلوا، وأولاد بنات الإبن وإن نزلوا، فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة، فإن استووا في الدرجة، فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذوي الرحم، وإن استووا في الدرجة، ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض، اشتركوا في الإرث".

ومن خلال هذه المادة ذهب المشرع إلى توريث ذوي الأرحام، وهو ما قال به عدد من الصحابة رضوان الله عليهم كعمر وعلي وابن مسعود ومعاذ وأبو الدرداء وغيرهم، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ومتأخروا المالكية والشافعية¹³⁸².

في حين ذهب عدد آخر من الصحابة والتابعين كزيد بن ثابت وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير إلى عدم توريث ذوي الأرحام، وهو مذهب متقدموا المالكية والشافعية، وترد التركة عندهم إلى بيت المال¹³⁸³.

1380- أنظر، صالح خالد الشقيرات، استحقاق غير الوارث من الميراث، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2013، العدد 16، ص.26.

1381- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.4، المرجع السابق، ص.124؛ صالح خالد الشقيرات، المرجع السابق، ص.26.
1382- أنظر، غرابي أحمد، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، 2017، العدد 23، ص.130.

1383- ابن رشد، ج.4، المرجع السابق، ص.2048-2049؛ الخطيب الشربيني، ج.4، المرجع السابق، ص.11؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات...، المرجع السابق، ص.254-255؛ غرابي أحمد، المرجع السابق، ص.130.

أما كيفية توريث الأرحام المنصوص عليها في المادة 168 المذكورة، فقد تبني المشرع طريقة أهل القرابة المعمول بها في تحرير الفرائض، وهي طريقة الأحناف، وقد أخذت به معظم قوانين الأحوال الشخصية كمصري والسوري والكويتي. وهو مذهب سيدنا علي رضي الله عنه¹³⁸⁴.

و تبني على مبدأ مراعاة القرابة، قياسا على قواعد الترجيح بين العصبية بالنفس، قوة الجهة، ثم قوة الدرجة، فقوة القرابة، فمن المنطقي أنه يتبنى تقسيم الأحناف لأصناف ذوي الأرحام، حيث:

- الصنف الأول: فروع الميت، و هم الذين يتصلون به عن طريق الأئني.
- الصنف الثاني: أصول الميت، و هم اللذين يتصلون به بواسطة الأئني.
- الصنف الثالث: هم فروع أبوي الميت.
- الصنف الرابع: و هم فروع أجداد المتوفى و جداته¹³⁸⁵.

و الإشكال هنا، أنّ الإغفال الواقع من المشرع الجزائري أنّه اكتفى بتبيان طريقة توريث الصنف الأول من ذوي الأرحام و هم فروع الهالك في المادة 168 من قانون الأسرة، وضرب الصفح عن الأصناف الثلاثة المتبقية، وهذا يثير إشكالا عمليا وجيها، هل السكوت عنهم يعني عدم توريثهم وقوفا عند حرفية النص، و هذا يعدّ بترًا للقول الفقهي الذي اعتمده المشرع في التوريث، و اتجاهه لا يوافق أي مذهب فقهي؟. أم أنّ عدم النص عليهم يستلزم العودة إلى الفقه الإسلامي بمقتضى

¹³⁸⁴ - في حين ذهب الإمام أحمد و متأخرو المالكية و الشافعية ، و به قال علقمة و مسوق و الشعبي من التابعين إلى ما يسمى بمذهب أهل التنزيل، و هو إنزال ذوي الأرحام منزلة أصولهم من أصحاب الفروض و العصبات و يقومون مقامهم، و هو مذهب الجمهور . و هناك مذهب آخر يسمى بمذهب أهل الرحم ، و يسمى بمذهب التسوية لأنّه يسوي بين جميع ذوي الأرحام في الميراث و هو شاذ لم يقل به إلا نوح بن دراج و حسن بن ميسر ، رغم سهولته من الناحية العملية ؛ محمد الزحيلي ، الفرائض و الموارث و الوصايا ، ط.01، دار الكلم الطيب ، دمشق ، بيروت ، (سورا و لبنان) ، 1422 هـ - 2001 م، ص.183؛ الشيخ الصابوني ، الموارث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب و السنة ، مكتبة رحاب ، قسنطينة ، 1990، ص.183؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات والموارث...، المرجع السابق، ص.257-258؛ أحمد غراي، المرجع السابق ، ص.131، عزة عبد العزيز، المرجع السابق، ص.81-82؛ سعيد بوزيري، المرجع السابق، ص.93-94-95-96.

¹³⁸⁵ - إقروفة زوبيدة، المرجع السابق ، ص.11.

المادة 222 من قانون الأسرة لاستكمال الأصناف الثلاثة المسكوت عنهم؟¹³⁸⁶

و الإشكال هنا، أنّ فتح المجال أمام قاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته في المسائل المسكوت عنها، بالموازنة بين الاجتهادات الفقهية و اختيار ما يراه راجحا ليس حلا فاصلا ، خاصة مع الاختلاف الموجود حتى داخل المذهب الواحد في بعض التفريعات¹³⁸⁷.

هذه خلاصة الإشكالات المتعلقة بأصناف الورثة من أصحاب الفروض و العصبات و ذوي الأرحام. هذا و يوجد إشكالات أخرى في الميراث بالتقدير ، سنتولى بيانها في الفرع الثالث الآتي.

الفرع الثالث

إشكالات في الميراث بالتقدير

سنبين في هذا الفرع، الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل (أولا) ، و ميراث الخنثى المشكل في قانون الأسرة (ثانيا).

أولا- الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل:

إنّ الفقه والقانون متفقان على ثبوت حق الحمل في تركة مورثه، مادام قد تخلق قبل وفاة المورث، وثبت سبب القرابة بينهم، ولا يختلفان كذلك في حالة رضا الورثة تأخير القسمة لما بعد الولادة، وهو الأصل. إلا أنّ حاجة بعض الورثة تفرض استثناءً تعيين أنصبة المستحقين قبل ولادة الحمل من باب الضرورة، فأقرّا (أي الفقه والقانون) مبدأ القسمة الأولية للتركة وليست نهائية، مع الاحتياط لأمر الحمل بحفظ النصيب الأوفر له، ومعاملة بقية الورثة بالنصيب الأدنى، ثم استكمال توزيع بقية الحصص على مستحقيها عند وضع الحمل¹³⁸⁸.

¹³⁸⁶ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق ، ص.11.

¹³⁸⁷ - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه ، ص.11-12.

¹³⁸⁸ - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه، ص.12.

لكن تباينت اجتهادات الفقهاء في كيفية توريث الحمل بالنظر لجهالة الجنس والعدد، وحياته أو موته. فمنهم من يُعمل احتمال التعدد فيحفظ النصيب الأكثر من حظ ذكّرين أو أنثيين، وأربعة في قول أبي حنيفة¹³⁸⁹، ومنهم من يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمّين من الورثة وهو رأي أبو يوسف¹³⁹⁰، واختلفت الرواية عن الشافعي بين وقف التركة كلها لغاية ولادة الحمل وبين القول بتعدد الحمل¹³⁹¹، ومنهم من يعتمد على معيار الجنس فيفترض الحمل مرة ذكراً وأخرى أنثى كالمالكية - وإن كان المشهور من مذهب المالكية تأجيل القسمة لغاية وضع الحمل-¹³⁹².

وعلى رأيهم صاغ المشرع الجزائري المادة 173 من قانون الأسرة والتي جاء فيها ما يلي: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

إلا أنّ هذه المادة المذكورة أعلاه، تطرح عدة إشكالات عملية كحالة ولادة توأمين أنثيين حيث فرضهما الثلثين، -ولا يطرح الإشكال حالة كون التوأمين ذكّرين، أو ذكر وأنثى، لأنّ التوريث في الحالين يكون بالتعصيب ولا يتغير النصيب، إنّما الاختلاف فقط في التوزيع، ففي حالة توأمين ذكّرين فإنّ الحصة تقسم مناصفة، وفي حالة توأمين ذكر وأنثى فإنّ الحصة تقسم وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين-، والحصص المستحقة للورثة في تلك الفريضة تتغير بالنقصان لارتفاع حصة التوأمين، و بالمقابل النصيب الذي أوقف للتوأمين يقل عن حصتهما¹³⁹³.

فإذا تمّ توزيعه حسب المادة 173 من قانون الأسرة باعتماد معيار الذكورة والأنوثة، وتمّ إعطاء الورثة أو بعضهم حصصهم الكاملة إذا كانت ثابتة على الوضعين، وأعطيت الأنصبة الدنيا لمن

1389 - عبد الله بن قدامة، المغني، ج.9، المرجع السابق، ص.177؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.12.

1390 - أنظر، علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، ج.8، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ت.ن، ص.170.

1391 - يحيى بن شرف النووي، ج.5، المرجع السابق، ص.39.

1392 - أنظر، أحمد الدردير، الشرح الصغير، ج.4، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1992، ص.270؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.12.

1393 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.13.

يتأثر نصيبه على الفرضين الذكورة والأنوثة، ثم ولد الحمل توأمين أنثويين تعين استرجاع أجزاء من أنصبة الورثة لتكملة حصة التوأمين إلى الثلثين. وهنا يثار التساؤل كيف يتم استرجاع تلك الزيادة من أيدي الورثة سواء كانت قائمة، أو تم التصرف فيها أو هلاكها؟، وكيف يتم إثبات ذلك؟، وهو السؤال الذي لا نجد له جوابا في مواد قانون الأسرة¹³⁹⁴.

وعليه، فمادام المشرع الجزائري قد اتجه نحو اعتبار معيار الذكورة والأنوثة في توريث الحمل وليس معيار التعدد. ولتفادي مثل هذه الأوضاع والمنازعات بين الورثة يظهر أنّ الاختيار الفقهي الأقرب للصواب هو مذهب القائلين بحل فرائض الحمل على معيار التعدد (توأمين أنثويين) حيث يعامل الورثة بالنقصان، ويحفظ الأوفر للحمل من غير حاجة لمطالبتهم لاحقا باسترجاع الفاض غير المستحق لهم، أو على معيار الجنس (الذكورة والأنوثة) حيث يتوجب أخذ كفالة من بقية الورثة احتياطا لتعدد الحمل، وإن كان الحل الأخير مرجح بالنظر لداعي استعجال القسمة قبل وضع الحمل وهو الحاجة والعوز، فلا يعقل أن يجمع لعوزهم مطالبتهم بدفع مبلغ الكفالة¹³⁹⁵.

ويمكن قبل استخراج الفريضة اقتراح عرض الحمل على الخبرة الطبية، لمعرفة عدد الأجنة مع إمكانية معرفة جنس الحمل، والتقنية الطبية الحديثة بما أوجدته من وسائل الكشف الباطني والتصوير وطرائق التحليل المخبري كلها وسائل تيسر معرفة حياة الجنين أو موته، خاصة وأنّ المادة 174 من قانون الأسرة نصت صراحة على إمكانية استخدام الخبرة الطبية في منازعة الحمل بين الورثة والمرأة الحامل، حيث جاء نصها كما يلي: "إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون". والمراد بأحكام المادة 43 التي يجب مراعاتها هو قيد وضع الحمل خلال مدة عشرة أشهر كاملة ابتداء من تاريخ الانفصال أو يوم وفاة المورث. وكان الأولى اعتماد الحساب بالتقويم القمري في مثل هذه الأوضاع المتصلة بشؤون الأسرة. لأنّه هو التقويم الذي تُبنى عليه الأحكام الشرعية، كالعدة و مدة الحمل و الإيلاء، وسنة

1394 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.13.

1395 - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه.

التأجيل لمن به علة قبل التطليق¹³⁹⁶.

كما أنّ الإشكال الذي يطرح في المادة 173 من قانون الأسرة¹³⁹⁷ هو عدم دقة مصطلح "ابن واحد" أو "بنت واحدة"، لأنّ الحمل الوارث ليس بالضرورة أن يكون من الزوجة، بل قد يكون حمل الأم (أخ لأم/ أخت لأم)، أو حمل زوجة الابن (ابن ابن/ بنت ابن)، أو زوجة الأب (أخ لأب/ أخت لأب) أو غيرهم. والصواب استبدالها بعبارة: "ذكر أو أنثى" فهو أعم وأشمل¹³⁹⁸.

هذا بالنسبة للإشكالات المتعلقة بميراث الحمل ، كما أنّه يثار إشكال آخر يتمثل في عدم تعرض المشرع الجزائري لمسألة توريث "الخنثى المشكل" في قانون الأسرة، وهو ما سيتم التطرق إليه في النقطة الموالية.

ثانيا- عدم تعرض المشرع الجزائري لمسألة توريث "الخنثى المشكل" في قانون الأسرة:

الخنثى لغة : مأخوذة من خنث خنثا، و هو الرجل الذي فيه لين و تكسّر فكان على صورة الرجال و أحوال النساء فهو خنث ، و الخنثى جمع خنثا و خنث ، و هو من له عضو الرجال و النساء معا¹³⁹⁹.

و الخنثى : من الحيوان و النبات ماله أعضاء الأنوثة و الذكورة جميعا ، و الخنوثة : أن تظهر في

1396 - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.13-14.

1397 - تنص المادة 173 من ق.أ على ما يلي: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

1398 - فضلة حفيظة، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 03 و 04 ماي 2015، ص.16؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص. 14.

1399 - أنظر، المنجد في اللغة و الإعلام، ط.41، دار الشرق، بيروت، لبنان، 2005، ص.197.

أحد الجنسين صفات من الجنس الآخر¹⁴⁰⁰، والخنثى الذي له ما للرجال و النساء جميعا، وولد وله آلة ذكر و آلة أنثى¹⁴⁰¹.

و يعرف الخنثى اصطلاحا عند الفقهاء : من له ذكر الرجال و فرج المرأة أو من ليس له واحد منهما فيكون له ثقب بين فخذه يبول منه لا يشبه واحد من الفرجين¹⁴⁰².

و يسمى الخنثى المشكل ، لأنّ الأصل في الإنسان يكون إما ذكرا و إما أنثى، ولكل واحد حكمه الخاص، و يميز الذكر عن الأنثى بوجود عضو الذكورة فيه، فإذا وجد العضوان معا أو عري منهما معا فعند ذلك يقع الإشكال و يلتبس الأمر ، غير أنّ الإشكال يزول أحيانا ، و ذلك بطريق معرفة مكان البول¹⁴⁰³.

فإن كان يبول من الذكر فهو ذكر و إن كان يبول من الفرج فهو أنثى ، و إن كان يبول منهما و لا سبق لأحدهما على الآخر فهو الخنثى المشكل.

و يبقى مشكلا إلى وقت البلوغ ، فإن احتلم كما يحتلم الرجل فهو ذكر و إن ظهر له ثدي أو حاض فهو امرأة ، و إن لم تظهر هذه العلامات فهو خنثى مشكل¹⁴⁰⁴.

1400 - أنظر، أحمد بوحاقة، معجم النفائس ، الوسيط، دار النفائس ، بيروت ، 2007، ص.353.

1401 - أنظر ، الطالقاني ، المحيط في اللغة ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 2010، ص.562؛ ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد الأول، المرجع السابق ، ص874؛ محمد بن أبي بكر الفيومي ، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ط.01، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص.112.

1402 - أنظر ، محمد بن أحمد بنيس، بحجة البصر في شرح فرائض المختصر : كتاب في التركات و الموارث ، تحقيق محمد محدة، دار الهدى ، عين مليلة ، 1991، ص.195؛ سامي بن حملة ، إشكالية توريث " الخنثى المشكل " في قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة 01 ، قسنطينة ، ديسمبر 2016، المجلد 30، العدد 04، ص.443.

1403 - أنظر ، عيسى معيزة ، أحكام الخنثى في الفقه و التشريع بين الثوابت و المتغيرات ، مداخلة أقيمت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، في كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، يومي 04 و 05 ماي 2014، ص.50-51؛ سامي بن حملة ، المرجع السابق ، ص.435.

1404 - عيسى معيزة ، المرجع السابق ، ص.51؛ سامي بن حملة ، المرجع السابق ، ص.435.

و قد اختلف الفقهاء في تحديد حكم خنثى المشكل و تحديد نصيبه في الميراث، و هذا ما تجلّى في اختلافهم حول بيان الحكم عليه على أساس المبال ، و منها ما يتعلق باختلافهم على تحديد نصيبه في الميراث و من معه من الورثة¹⁴⁰⁵.

و عليه ، فإذا تبين جنسه وُرِثَ وَفَّقَه ، و إن كان خنثى مشكل فذهب الأحناف و الشافعية إلى أنّه يُعطى أسوأ نصيب ، و هو النصيب الأدنى مما يصيبه من ميراث ذكر أو أنثى، أو عصبه ، لأنّ الأقل ثابت في حقه و الزيادة في شك¹⁴⁰⁶، و الاستحقاق لا يثبت بالشك¹⁴⁰⁷. و الزيادة توقف على رأي الشافعية حتى يظهر حاله، أي يتضح أو يقر الخنثى أنّه ذكر أو أنثى، أو يصطلح هو و من معه ، أو يموت فيرد المال الموقوف إلى باقي الورثة¹⁴⁰⁸.

و قال الحنابلة يعطى هو ومن معه اليقين ، و يوقف الباقي إلى حين البلوغ ، فإن بلغ مشكلا تحل المسألة على تقديرين ، فيعطى نصف ميراث الذكورة إن كان وارثا فقط بالذكورة ، و نصف ميراث الأنوثة إن كان وارثا بالأنوثة فقط¹⁴⁰⁹، و إن كان وارثا بالفرضين يعطى نصف ما يستحقه في كل تقدير و كذلك الورثة.

أما المالكية فيورثون الخنثى المشكل متوسط أو نصف نصيب الذكر و الأنثى ، إذا كان يرث على كلا التقديرين (جهتي الذكورة و الأنوثة) و كان إرثه على أحدهما أكثر من إرثه على الآخر،

1405 - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص.437.

1406 - أنظر ، إبراهيم بن عبد الله بن براهيم بن سيف بن عبد الله الفرضي المشرقي الحنبلي ، العذب الفائض شرح عمدة الفارض على منظومة كل فارض في علم الوصايا و الفرائض المعنونة بألفية الفرائض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1999، ص.72-73.

- علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع ، ج.07، المرجع السابق ، ص.328.¹⁴⁰⁷

1408 - أنظر ، عبد اللطيف فايز دريان ، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد الثالث ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006، ص.1430؛ علي بن محمد بن محمد بن علي القرشي البسطي الأندلسي المالكي (أبو الحسن) ، الشهير بالقلصادي ، إرشاد المتعلم وتنبيه المعلم لفرائض الشيخ الخليل ، تحقيق منير بن مختار التليلي ، منشورات ELGA فالتينا ، مالطا، 2001، ص.96.

1409 - عبد الله بن قدامة ، المغني ، ج.09، المرجع السابق ، ص.110.

فإن كان وارثا بالذكورة فقط، أو الأنوثة فقط، فله نصف حصته فقط، و إن اتحد نصيبه (كالأخ أو الأخت لأم) أعطي نصيبه كاملاً¹⁴¹⁰.

و اعتمادا على ذلك يستوجب وضع الخنثى تأجيل قسمة التركة كلها إلى غاية تبيان جنسه بعد البلوغ، أو اللجوء للحلول الطبية المتاحة يومنا هذا ، كالعلاج بالهرمونات و تصحيح الجنس والتكوين الصبغي ، و التصوير الداخلي... الخ. كضرب من الخبرة الطبية التي يستعين بها القاضي لحسم نزاع الورثة حول التركة، "و إن استعصى الأمر حتى على أهل الطب يبقى اجتهاد الفقهاء في كيفية توريث الخنثى هو الحل المطروح الذي لا بديل عنه"¹⁴¹¹.

و الإشكال هو أنّ المشرع لم يتعرض تماما لموضوع الخنثى ضمن أحكام الميراث ، بالرغم من وجود كل هذه الاختلافات الفقهية حول توريث الخنثى¹⁴¹² - بالرغم من كون هذه الحالة تكاد تكون نادرة إلا أنها واقعة-¹⁴¹³، و لم يتكلم عن كيفية تعيين نصيبه من الإرث.

كما أنّ إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة ليس حلا فاصلا ، ذلك أنّ المسألة غير متفق عليها بين الفقهاء ، و لعل هذا الإشكال - اختلاف الفقهاء - قد يكون السبب في عدم تطرق المشرع الجزائري لهذا الموضوع ، و النص على كيفية توريث الخنثى من خلال الإستناد إلى ما ذهب إليه علماء الفرائض في هذا الإطار ، سواء تعلق الأمر برأي الحنفية والشافعية من جهة، أو المالكية وحتى الحنابلة الذين جمعوا بين رأيي الشافعية والمالكية. من جهة أخرى¹⁴¹⁴.

و لذلك يستحسن بالمشرع الجزائري اختيار مذهب فقهي بعينه لتوريث الخنثى وفقهه، و هو أمر

¹⁴¹⁰ - عبد اللطيف فايز دريان، المرجع السابق ، ص.1429-1430 ؛ علي بن محمد بن محمد علي (القلصادي) ، المرجع السابق ، ص.96؛ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص.195؛ سامي بن حملة ، المرجع السابق ، ص.442؛ عيسى معيزة، المرجع السابق ، ص.58؛ إقروفة زوييدة، المرجع السابق ، ص.15.

¹⁴¹¹ - إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.15.

¹⁴¹² - عيسى معيزة ، المرجع السابق ، ص.64.

¹⁴¹³ - إقروفة زوييدة ، المرجع السابق ، ص.15.

¹⁴¹⁴ - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص.445.

مطلوب لتيسير عمل القاضي وتجنب تضارب الأحكام القضائية في ظل غياب اجتهاد المحكمة العليا حول الموضوع¹⁴¹⁵.

ومهما يكن، يظهر بأنّ ما ذهب إليه الشافعية هو الأقرب للأخذ به في توريث الخنثى المشكل، فيعامل الخنثى المشكل ومن معه من الورثة بالأضر واليقين احتياطاً. فيأخذ كل وارث نصيبه المتيقن، وما بقي يوقف حتى يتجلى بوضوح حال الخنثى المشكل، فإذا تيقنت ذكوره أخذ الباقي، وإن تيقنت أنوثته انتقل الباقي إلى الورثة الذين يرثون معه. بحيث يفرض للخنثى المشكل مسألتين أو فريضتين الأولى كأنّه ذكر، والثانية كأنّه أنثى. ثم يُعطي للخنثى المشكل أقل النصيبين ومن معه من الورثة على أن يوقف النصيب المتبقي حتى يتضح حاله على اعتبار أنّ الميراث لا يستحق إلا باليقين¹⁴¹⁶.

ومهما يكن من مبررات، يبقى المشرع الجزائري مطالب بوضع أحكام تبين كيفية توريث الخنثى المشكل، وتوضيح مفهوم الخنثى المشكل، وبيان صوره وكيفية توريثه والحالات التي لا يختلف فيها نصيبه.

وهذا من أجل تفادي الإشكالات العملية التي تفرزها المسائل التي يظهر فيها الخنثى المشكل، أو تمكين القاضي من اللجوء إلى الخبرة الطبية لليقن من جنسه، والاستعانة بما استحدثته التطور الطبي في هذا المجال¹⁴¹⁷ للكشف عن جنس الخنثى المشكل ورفع الإشكال عن ميراثه، طالما أنّ التطور العلمي يمكنه تحقيق ذلك بطريقة دقيقة ويقينية.

هذا جل ما يمكن أن يقال عن إشكالية توريث الخنثى المشكل في قانون الأسرة. ولنا أن نسلط الضوء على الإشكالات التي يثيرها التنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة في الفرع الرابع الموالي.

¹⁴¹⁵ - إقروفة زويدية، المرجع السابق، ص.15؛ سامي بن حملة، المرجع السابق، ص.444.

¹⁴¹⁶ - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص.445.

¹⁴¹⁷ - عيسى معيزة، المرجع السابق، ص.64-65.

الفرع الرابع

إشكالات التنزيل في قانون الأسرة

إنّ التنزيل أو ما يسمى بالوصية الواجبة اجتهد معاصر مبناه معطيات الزمان والمكان المغايرة تماما لما كان سائدا سالفاً، ونكون بصددّها حين سبق وفاة الولد عن الأصل أبا أو أما فيتترك أولادا، وقد ساهم في تكوين ثروة الأب، وكان له مُعين وسند في كسب ثروة العائلة المسجلة باسم الأب أو الأم. إلا أنّ الأجل الذي عاجله وداهمه فأهلكه قبل موثّته أفقده وبنيّه (فروعه) حق الحصول على نصيب من تلك الثروة، وذلك بناء على أساسين في علم الفرائض -متفق عليها- وهما:

الأول: فقدان أحد شروط استحقاق الميراث وهو تحقق حياة الوارث قبل موت المورث.

الثاني: قاعدة الحجب، فالقريب يحجب البعيد لذلك الإخوة يحجبون فروع أخيهم المتوفي قبلهم.

وبالنسبة لفروع البنت هم من طائفة ذوي الأرحام ومرتبّتهم هي الأخيرة في أصناف الورثة، لا حق لهم بوجود صاحب فرض أو عصبية¹⁴¹⁸.

وهنا تبدأ رحلة ومعركة المدّ والجزر بين فروع الابن أو البنت المتوفاة وبين حاجيهم، فإن كان في قلوبهم رحمة و رأفة احتضنهم و آوهم و حموهم و أعطوهم من مال الله تعالى، وإن ران حب المال على أفئدتهم ، و غلبت شهوة الطمع والبخل على الإنفاق استولوا على كل التركة، و عُزل

¹⁴¹⁸ - أنظر، إقروفة زوبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة غرداية، المجلد 10، في 30 جوان 2017، العدد الأول، ص.421؛ كعباش عائشة، التنزيل كسب من أسباب كسب الملكية، مجلة المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 17، بتاريخ 31 ديسمبر 2013، العدد 34، ص.438.

الأحفاد كأن لم تكن بينهم قرابة ولا مودة¹⁴¹⁹.

وعليه، يأتي الاجتهاد الفقهي المعاصر، والذي تبناه التشريع الوضعي ليسد هذا الباب بإقرار مبدأ التنزيل قانونا، أي تنزيل الحفدة منزلة أصلهم المتوفي، وهي حل لمثل هذا الوضع والمعطيات الاجتماعية المستحدثة، عملا بالقاعدة: "لولي الأمر الأمر بالمباح للمصلحة العامة"¹⁴²⁰، من باب دفع الفاقة والعوز والإجحاف. من جهة؛ وتماشيا مع روح الشريعة الإسلامية في توزيع المال بالعدل والإحسان، من جهة أخرى¹⁴²¹.

ولهذا جاء نظام التنزيل رحمة بأولاد هذا المتوفي، وعلاجاً لمشكلتهم وبلسما شافيا لجراحهم. ولعل المشرع الجزائري نظر إلى أولئك الحفدة، وهم في الغالب أطفال ضعاف¹⁴²²، بعين عاطفة وأخرى مشفقة، مقدّرا ما ينتظر هؤلاء من بؤس وشقاء، فحمله ذلك إلى تشريع نظام يكفل إشراكهم مع بقية الورثة في تركة جدهم أو جدتهم¹⁴²³.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ هذا التدخل للمشرع لحسم الوضع شابه واعتراه الكثير من الغموض، مما أدى إلى تضارب واختلاف تفسير المواد القانونية، وتجلّى تأثيره السلبي في التطبيق العملي، سواء

¹⁴¹⁹ - أنظر، دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار هومه، الجزائر، 2010، ص.126-127؛ إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص.421.

¹⁴²⁰ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص.421.

¹⁴²¹ - ولهذا جاء نظام التنزيل لحل هاته المشاكل الاجتماعية والإنسانية، وبخاصة وأنّ نظام العائلة في الجزائر يعتبر من نمط الأسرة الممتدة التي نجد فيها الجد والإبن، وإبن الإبن، وإبن ابن الإبن، والجد على قيد الحياة، والأملاك بدون قسمة، وهو ما يعني أنّ مثل هذه الحالات تحدث كثيرا في بلادنا، نتيجة الطابع التكويني للأسرة كما سبق بيانه، وبالتالي فلو علم كل شخص أثناء حياته بأنّ ثمرة مجهوداته وعرقه سوف تذهب بعد وفاته إلى غير مستحقيها وغير أقرائه، وبخاصة أولاده من صلبه، لما عمل بجد وحيوية ونشاط، ولكان ذلك مدعاة للخمول والركود، وعليه كان ذلك حافزا على العمل والمثابرة وإتقان العمل؛ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص.126؛ محمد البشير، أحكام التنزيل في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على جوكة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018، المجلد 07، العدد 16، ص.265.

¹⁴²² - أنظر، بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقانون المصري، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، الجزائر، السنة التاسعة، جوان 2015، المجلد 09، العدد 18، ص.125.

¹⁴²³ - دغيش أحمد، المرجع السابق، ص.127.

في استخراج الفرائض أو في الأحكام القضائية ، و لا سيما تأثيره على أصحاب الحقوق من الحفدة¹⁴²⁴.

حيث أدرج المشرع التنزيل ضمن الفصل السابع من الكتاب الثالث المعنون بالميراث، وتناول الموضوع في أربع مواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة. فالمادة 169 منه أقرت نظام التنزيل¹⁴²⁵ للأحفاد وكشفت عن فحواه، وهو إحلال فروع الأولاد منزلة مورثهم الذي عاجلته المنية قبل جدهم أو جدتهم ، أو توفي معه في حادث أو زمن واحد، وتكون حصتهم المستحقة

¹⁴²⁴ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص.421؛ نفس المؤلف، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.16.

¹⁴²⁵ - إن أحكام التنزيل لم ترد في المذاهب الفقهية المعروفة ، و إنما استندت في أكثر تفصيلاتها إلى جزئيات وردت في مذاهب متفرقة قام واضعي القانون بالاجتهاد فيها و أهم فقيه نادى به هو ابن حزم الظاهري الأندلسي مستندين في ذلك بالكتاب و السنة :

1 - القرآن الكريم : بالنسبة لهذا الأخير كان دليلهم في قول الله تعالى في الآية 180 من سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ، فهذه الآية تذكر الجميع بالوصية ووجوبها على الأقارب الذين لا يرثون لأي سبب. لأن الذين يرثون خرجوا من النص كما يقول ابن حزم الظاهري ، بحيث إذا لم يوصي صاحب التركة للأقربين غير الوارثين وجبت في ماله، ولولي الأمر أن يتدخل في ذلك .

إلا أن بعض الفقهاء و هم الفقه الحنفي قالوا أن هذه الآية نسخت بآيات الموارث ، و قال البعض الآخر بأنها نسخت جزئيا بالنسبة لمن لا يرث من الوالدين و الأقربين، و هذا ما ذهب إليه كل من البغوي في كتابه تفسير البغوي معالم التنزيل و كذلك هود بن محكم الهواري .

بالإضافة إلى قوله تعالى في الآية 8 من سورة النساء: ﴿إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةُ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ فالذين حضروا القسمة هم أقرباء ، لأنهم أحفاد للجد المتوفى و في نفس الوقت يتامى لموت أصلهم، لأن في الغالب ما يكون الأحفاد قُصر عند موت الأصل في حياة الجد و بالتالي ينطبق عليهم صفة اليتيم ، و من ثم إذا لم يورثوا من أبيهم أو أمهم و لم يوصي لهم الجد فالغالب هم مساكين، وعليه يحتاجون للتنزيل من أجل الميراث ؛ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج 9 ، المرجع السابق ، ص.314 ؛ أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2009 ، ص.83 ؛ أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تفسير البغوي معالم التنزيل ، ج.1، دار طيبة ، السعودية ، 1409 هـ ، ص.192؛ عبد القادر بن مرزوق ، أحكام التنزيل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، الجزائر، 2005، ص.131 ؛ الصادق فريوي ، الوصية الواجبة و التنزيل دراسة مقارنة ، م.ع.ق، جامعة عنابة، معهد العلوم القانونية والإدارية ، الجزائر، د.س.ن. ، ص.36 ؛ الموقع : www.alkabs.net/quran_explanations

2 - السنة النبوية الشريفة : فعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين، إلا و وصيته مكتوبة عنده " قال بن عمر " ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا و عندي وصيتي " كما قال ثابت عن أنس قال رسول الله صلى الله عليه و سلم لأبي طلحة بخصوص الوصية " اجعله لفقراء أقاربك " .

فالمشرع الجزائري عند أخذه بالتنزيل يكون قد أخذ برأي ابن حزم الأندلسي، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2001/11/14 حيث جاء فيها : " ... و الأصل في الوصايا هي اختيارية و الوصية الواجبة لا تقل بها المذاهب الإسلامية المشهورة و من قال بما تعلق برأي ابن

تعاذل حصة أصلهم لو كان حيا على أن لا تتجاوز ثلث التركة بنص المادة 170 من قانون الأسرة¹⁴²⁶. في حين فصلت المادتين 171 و 172 من نفس القانون في بقية شروط استحقاق التنزيل¹⁴²⁷.

ومن ثم أصبح التنزيل ينفذ بقوة القانون من غير حاجة لإثباته بكتابة¹⁴²⁸. إلا أنّ عدم الدقة في الصياغة الذي شاب مضمون المواد التي عاجلت التنزيل¹⁴²⁹، أدّى إلى عدة إشكالات جعلت مصير الحفدة يتأرجح بين الاستحقاق والحرمان، هذه الإشكالات التي أسهرت الباحثين، وأرهقت الموثقين، وأزّقت القضاة لزالّت تنتظر حلولاً وأجوبة شافية كافية من المشرع.

حزم الأندلسي و هو ما أشار إليه محمد أبو زهرة في كتابه أحكام التركات و الموارث "...". بالإضافة إلى استناد واضعي القانون لقاعدة شرعية، وهي أنّ لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة و متى أمر به وجبت طاعته و هذا كله لتحقيق مصلحة القصر و رفع الظلم عنهم ، فهذه القاعدة هي التي تبرز التفصيلات التي جاء بها المشرع الجزائري في تحديد مقدار التنزيل وقصره على الحفدة دون غيرهم ؛ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح... ، ج.5 ، المرجع السابق ، ص.355 ؛ صبحي صالح ، منهل الواردين بشرح رياض الصالحين للإمام النووي ، ط. 1 ، دار العلم للملايين ، لبنان ، 1970 ، ص.393 ؛ المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2001/11/14 ، ملف رقم 273177 ، م.ق. ، 2002 ، ع. 2 ، ص.451 ؛ غربي صورية ، المرجع السابق ، ص.83 ؛ محمد زهدور ، الوصية في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991 ، ص.125 ؛ رفيق يونس المصري ، علم الفرائض والموارث ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1994 ، ص.109.

1426 - حيث تنص المادة 169 من ق.أ على ما يلي: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية". وتنص المادة 170 من نفس القانون على ما يلي: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

1427 - حيث تنص المادة 171 من ق.أ على ما يلي: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بمهذ الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة".، وتنص المادة 172 من ذات القانون على ما يلي: " أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

1428 - أنظر، مكّي أسماء، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 01، ج.4، بتاريخ 31 ديسمبر 2017، العدد 31، ص.81؛ إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص.430.

1429 - يعتبر القانون المصري أول من سنّ تشريع التنزيل ولكن سماه بمسمى آخر وهو "الوصية الواجبة"، وذلك في قانون الوصية المصري لسنة 1946 رقم 71 الوقائع المصرية بتاريخ 1946/7/1 العدد 65، ومن ثم تبعه القانون الجزائري وسنّه في 1984، إلا أننا نساند المشرع الجزائري في المصطلح الذي جاء به وهو "التنزيل"، الذي يعتبر حسب اعتقادنا أحسن من مصطلح "الوصية الواجبة" التي هي متناقضة من حيث الكلمات المكونة منها، فالوصية كما تعرفها المادة 184 من قانون الأسرة: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وأما الوجوب فهو اصطلاح شرعي يراد به الإلزام المصاحب بجزاء أخروي؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.84.

ومن هذه الإشكالات تعيين المستحقين للوصية، إذ لم يفصح النص القانوني بصورة جلية عن الحفدة المستحقين للتنزيل، هل مطلق الفروع من الجهتين: أي أولاد الأبناء وأولاد البنات، أم أنّ الأمر يقتصر على الصنف الأول فقط، وهم فروع الميت من جهة الابن؟¹⁴³⁰ وهل يشمل التنزيل كل الطبقات أم يقف عند طبقة معينة؟¹⁴³¹

وسبب الخلاف مرده علة تشريع التنزيل هل هو الحاجة أم التعويض؟ فلقد تباينت وجهات قراءة نص المادة 169 من قانون الأسرة على مضربين:

حيث ترى الطائفة الأولى من الباحثين من أهل الفقه والقانون بأنّ التنزيل يسري على كافة فروع الأولاد الصليبين ذكورا وإناثا (أبناء وبنات الابن وأبناء وبنات البنت) بنفس الاعتبار والشروط، لعموم لفظ (الأحفاد) الوارد في المادة 169 في نصها العربي¹⁴³². ومصطلح (مورثهم) تشمل الأب والأم في الاصطلاح اللغوي وفي علم الفرائض، ولو لم يكن يقصد ذلك لقال: "وله أولاد ابن وقد مات أبوه". كما أنّه في المادة 170 من قانون الأسرة وردت عبارة "الأحفاد وأصلهم" والأصول تعني الأب والأم. أما المادة 172 من نفس القانون فقد أوضحت الأمر أكثر بالنص: "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه"¹⁴³³.

وهو ما يؤكده قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2001 والذي أقر أنّ كلمة الأحفاد شاملة للذكور والإناث، حيث جاء فيه ما يلي: "حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنّ قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون و صريحه، إذ لا يوجد غموض بالمادة 169 من قانون الأسرة التي توجب تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة الجد، والنعي بالمصطلح الوارد كونه يخص الذكور

¹⁴³⁰ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص. 431.

¹⁴³¹ - أسماء مكي، المرجع السابق، ص. 81.

¹⁴³² - إقروفة زوييدة، الوصية...، المرجع السابق، ص. 432؛ أسماء مكي، المرجع السابق، ص. 83.

¹⁴³³ - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص. 26؛ أسماء مكي، المرجع السابق، ص. 83، إقروفة زوييدة، الوصية...، المرجع السابق، ص. 435.

وحدهم مردود عليه لغة وقانونا، فاللغة العربية تخاطب الجماعة بصيغة التذكير عندما توجد مع تلك الجماعة نسوة، أما من ناحية القانون فالمادة 172 من قانون الأسرة تجلي الغموض المفتعل من طرف الطاعن، إذ تنص على أنّ التنزيل يكون على قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين¹⁴³⁴.

بينما ترى الطائفة الأخرى من أهل الفقه الشرعي والقانوني أنّ التنزيل يختص ويقتصر فقط بفروع الابن دون فروع البنت، أي يقتصر على أولاد الظهور دون أولاد البطون. ومن أدلتهم ما يأتي عرضه:

- إنّ لفظ الأحفاد لغة واصطلاحاً يطلق على فروع الابن، أما فروع البنت فيسمون "بالأسباط"¹⁴³⁵.

إلا أنّ هذه الحجة المذكورة أعلاه مردودة، فلو تتبعنا معنى لفظي الحفيد والسبط في أكثر من مرجع لغوي، فإننا لا نجد اتفاقاً بين أهل اللغة في تخصيص الحفدة من جهة البنت بالأسباط، بل الصواب شمول الحفيد والسبط للفرعين¹⁴³⁶.

- بالعودة للنص الفرنسي للمادة 169 من قانون الأسرة والذي جاء فيه:

« Si une personne décède en laissant des descendants d'un **fil** décède avant ou en même temps qu'elle ; ces derniers prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation a la succession du de cujus selon les conditions ci-après définies ».

1434- م ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/02/21، ملف رقم 258898، م م ع، 2006، العدد 01، ص.47.

1435- أنظر، جيجك صالح، الميراث في القانون الجزائري، ط.2، د.د.ن، الجزائر، د.ت.ن، ص.96؛ أسماء مكي، المرجع السابق، ص.82.

1436- "الحفدة: الخدم والأعوان ومنه قيل لأولاد الابن أو لولد الولد حفدة، والحفد ولد الولد جمع حفدة وحفد وأحفاد، والحفيد ولد الولد جمع حفداء؛ أنظر، المطرزي ناصر الدين، المغرب في ترتيب المعرب، ج.1، ط.1، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، 1979، ص.212؛ الزبيدي، ج.8، المرجع السابق، ص.32؛ الرازي حمد بن أبي بكر، المرجع السابق، ص.162. أما "الأسباط": مأخوذ من مادة سبط وهي أصل يدل على امتداد الشيء، والسبط والسبطان والأسباط خاصة الأولاد، والسبط واحد الأسباط، وهو ولد الولد، وقال ابن سيده: السبط ولد الابن والابنة، وقيل الأسباط: أولاد الأولاد، وقيل أولاد البنات؛ ابن منظور، المرجع السابق، ص.1922؛ الزبيدي، ج.8، المرجع السابق، ص.32. وقال أبو العباس: "قلت: وهذا القول الأخير هو المشهور عند العامة، وبه فرقوا بينهما وبين الأحفاد، ولكن كلام الأئمة صريح في أنّه يشمل ولد الابن والابنة؛ الزبيدي، المرجع السابق، ص.32؛ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.444، إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.435-436؛ أسماء مكي، المرجع السابق، ص.82.

نجد أنّ ترجمة لفظ الأحفاد المطلقة الواردة في النص العربي للمادة 169 المختلف في تفسيرها قد خصصتها بأولاد الابن دون أولاد البنت، وهي أدق في التعبير بدل الأحفاد مما يزيل الخلاف.

إلا أنّنا نجيب على هذا الاستدلال بالقول أنّ النص العربي هو الأصل وليس النص الفرنسي¹⁴³⁷.

- كما أنّه من بين الحجج التي اعتمدتها هذه الطائفة، أنّ أولاد البنات ينتسبون للأصل جدا أو جدة بواسطة الأنتى فهم يصنفون في ذوي الأرحام، وهي درجة أخيرة تأتي بعد أصحاب الفروض والعصبة، فلم يفتهم شيء حتى يعوضوا¹⁴³⁸.

هذا يصح على قول من يجعل علة تشريع التنزيل هي الحاجة، أما لو قلنا علة التشريع هي التعويض، فالعلة قائمة بأولاد الابن وأولاد البنت على السواء، لأنّه فاتهم نصيب أمهم.

وبعد استعراضنا للرأيين، فإنّ الرأي الأول القائل بشمول لفظة الحفدة لفروع الابن والبنات يطرح إشكال متفرع عن هذا القول وهو: هل التنزيل يسري على الطبقة الأولى من فروع البنات أم على سائر الطبقات مهما نزلت؟

ونفس الإشكال يثار على الرأي الثاني بخصوص الأنتى (بنت الابن): هل تنزل وإن نزلت طبقتهما كأبناء الابن، أم أنّ الأمر يتوقف عند الطبقة الأولى فقط دون فروعها لأنهم من أولاد البطون الذين يتصلون بالميت بأنتى؟¹⁴³⁹

وعليه، فإنّ الترجيح هو: مادام قد استند المشرع الجزائري إلى مذهب ابن حزم في القول بالتنزيل، كان الأصوب أن يسير بموقفه كاملا غير مبتور، فينص على شمول الوصية للحفدة من جهة الأبناء والبنات على السواء حتى يزول التردد في تفسير لفظة الأحفاد.

¹⁴³⁷ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التاصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص. 436.

¹⁴³⁸ - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص. 124.

¹⁴³⁹ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص. 437؛ أسماء مكي، المرجع السابق، ص. 82.

حيث قال ابن حزم: "فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه، والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك"¹⁴⁴⁰.

وقد سبق أن بيّنا علة تشريع التنزيل فقها وقانونا، وهي التعويض والاحتياج اللتان مزج بينهما المشرع في المادة 169 من قانون الأسرة الصريحة في قصد التعويض عما فاتهم من مناب مورثهم، والمادة 170 الواضحة في تقييد التعويض بشروط منها الحاجة بأن لم يرث الحفدة نصيبا من أصلهم، ولم ينلهم شيء عن طريق الهبة أو الوصية من أصلهم الأعلى¹⁴⁴¹.

وعليه، فالرأي القائل بعموم التنزيل للحفدة مطلقا نراه أقرب للصواب والعدل، إذ متى أمكن الجمع بين أمرين كان هو الأولى بالعمل من ترجيح أحدهما وإسقاط الآخر، وبذلك توسّع دائرة التنزيل لتشمل أولاد البطون طالما العلة تشملهم، ونحقق بذلك المساواة بين فروع الأولاد في العطية بعد الوفاة -أي التنزيل- امتدادا لما هو مطلوب شرعا من العدل بين الأولاد في العطية حال الحياة¹⁴⁴²، لقوله صلى الله عليه وسلم: اتقوا الله واعدلوا في أولادكم¹⁴⁴³. ولا شك أنّ ذلك يدعّم التأخي والتواصل وترابط الأسر، ويدرأ التشاحن والتقاطع.

هذا ويثار في مسألة التنزيل إشكالات أخرى تتعلق بالشروط الخاصة به، فهل يشترط أن لا يقوم بالأصل المتوفي مانع الميراث، كأن يكون مخالفا في الدين مثلا، فهل يستحق فرعه التنزيل أم أنّ ذلك المانع يتعدى لفرعه فيحرم من التنزيل؟¹⁴⁴⁴

قد يقال أنّه يشترط ذلك، فلا يستحق فرعه التنزيل إذا قام به مانع من موانع الميراث، لأنّ ما يؤوّل لفرعه عوض عما كان يستحقه هو لو فرض حيا، أما وأنّه لا يناله من تركة والده و هو حي،

¹⁴⁴⁰ - ابن حزم الأندلسي، ج.9، المرجع السابق، ص.314.

¹⁴⁴¹ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة...، المرجع السابق، ص.439؛ دغيش أحمد، المرجع السابق، ص.129.

¹⁴⁴² - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه، ص.439.

¹⁴⁴³ - صحيح مسلم، ج.2، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة، الحديث رقم 1623، ص.152.

¹⁴⁴⁴ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة...، المرجع السابق، ص.441.

فالأولى أن لا ينال فرعه أيضا نصيب بعد وفاته لأنه لم يفته شيء حتى يعوض فرعه.

والظاهر "أنّ المعبر في استحقاق الإرث هو صلاحية الوارث في ذاته لخلافة المورث في ماله، دون نظر إلى الوساطة بين الوارث والمورث. فلو أنّ مسلما مات عن ابن ابن مسلم فإنّ هذا الأخير يستحق الإرث من جده، ولو كان أبوه كافرا"¹⁴⁴⁵. فإذا كان هذا في الميراث المتفق عليه شرعا وقانونا، فمن باب أولى قول ذلك في التنزيل الذي هو محل اجتهاد واختلاف.

كما أنّ الإشكال الآخر هو: هل قيام أحد موانع الميراث بالحفيد -دون مورثه- يمنعه من استحقاق التنزيل؟

اتفاقا إذا كان المانع هو القتل العمد العدوان قائم بواحد من الحفدة، فلا يستحق التنزيل سواء كيفناه ميراثا أو وصية، لأنّ القانون يمنع قاتل المورث من الميراث طبقا للمادة 135 من قانون الأسرة، وقاتل الموصي من الوصية طبقا للمادة 188 من نفس القانون، أما لو كان المانع هو اختلاف الدين فالأمر فيه تفصيل.

فإذا كيفنا التنزيل على أنّه وصية، فالوصية تصح للمخالف في الدين شرعا وقانونا طبقا للمادة 200 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها أنّه: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، وهو الرأي الأقوى لأنّ ابن حزم "يوجبها لمن حرّموا من الميراث بسبب الكفر أو غيره، ولأنّ هذه المخالفة المانعة من الميراث هي سبب القول بوجوب الوصية إذا عدنا لتأصيلها الفقهي ومذهب قائلها ابن حزم"¹⁴⁴⁶. وإذا كيفنا التنزيل على أنّه ميراث فلا يستحق الفرع التنزيل، لأنه لا يستحق شيئا من تركة مورثه الأول، فما بالك أن يأخذ حصة مورثه من أصله -أي الجد أو الجدة-.

ونرى أن يضاف شرط آخر لمجموع الشروط التي نص عليها المشرع في التنزيل، يتمثل في ثبوت الحاجة والفقر، إذ قد تجتمع تلك الشروط كلها إلا أنّ الحفدة مستغنين عن نصيب أصلهم من

¹⁴⁴⁵ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص.442.

¹⁴⁴⁶ - إقروفة زوييدة، المرجع نفسه.

جدهم أو جدتهم بالتكسب والسعي والتجارة، فلا وجه حينئذ لمزاحمة الأقربين درجة لأصل مورثهم (الأعمام والعمات، أو الأخوال والحالات) لانتفاء العلة والمقصد من تنزيلهم، خاصة على مذهب من يرى في العلة في القول بالتنزيل هي الحاجة¹⁴⁴⁷.

هذا ويوجد إشكال آخر يتمثل في الطبيعة الفقهية والقانونية للتنزيل هل هو وصية أم ميراث؟. إذ له شبه بالميراث وشبه بالوصية، وهذا العنصر ذو أهمية بالغة لأنه تنبني عليه معظم الإشكالات التطبيقية في منازعات التنزيل، كحالة وجود حفدة قصر هل تطبق عليهم الفقرة الثانية من المادة 181 من قانون الأسرة¹⁴⁴⁸، فتتم القسمة عن طريق القضاء لأتّهم ورثة. أم تتم بطريقة عادية لأتّهم وصية؟.

فمن بين أحكام الوصية التي تنطبق على التنزيل: - أنّه ينفذ في حدود الثلث وما زاد يتوقف على إجازة الورثة، وهو نفس حكم الوصية.

- أنّ التنزيل يخرج مقداره قبل قسمة التركة وتعيين فروض وأنصبة الورثة مثل الوصية طبقا للمادة 180 من قانون الأسرة¹⁴⁴⁹.

ومن بين الأحكام التي يشبه فيها التنزيل الميراث: - أنّه يقسم نصيب الحفدة المنزلين بينهم إذا اجتمع الذكور والإناث وفق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

- أنّ مقدار التنزيل لا يرد بالرد بل يكتسي طابع الإلزام، ويحل القانون محل إرادة المورث (الجد

¹⁴⁴⁷ - إقروفة زوييدة، الوصية الواجبة بين التاصيل الفقهي والتنزيل القانوني، المرجع السابق، ص. 442-443.

¹⁴⁴⁸ - حيث تنص المادة 181 من ق.أ على ما يلي: "يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين (109 و 173) من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة. وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء".

¹⁴⁴⁹ - حيث جاء في نص المادة 180 من ق.أ ما يلي: " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1- مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع، 2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي، 3- الوصية. فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام، فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة".

أو الجدة) وجوبا، ولا عبرة كذلك بإرادة أو معارضة الورثة، بل ينفذ جبرا في التركة¹⁴⁵⁰.

- أنّ نظام التنزيل لا تتوفر فيه مقومات الوصية لعدم الإيجاب والقبول فهو أشبه بالميراث.

- أنّه لا يشترط في المُنزِل كمال الأهلية مثل المورث، بخلاف المتبرع في عقود الهبة والوصية والوقف.

والذي يتجلى من خلال استعراض أوجه الشبه بين التنزيل والميراث والوصية، أنّ قانون الأسرة الجزائري يعتبر التنزيل مزيجا من الميراث والوصية، حيث ورد تصريحاً في المادة 171 منه أنّه: "لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل...، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية". فقد أطلق المشرع لفظ الوصية على التنزيل، وجعل شرط استحقاقها ألا يكونوا وارثين، إذ لا وصية لوارث.

وبالمقابل تسري كل أحكام الشبه بين التنزيل والميراث المبينة سابقا، مما يعني أنّها تتضمن أحكام الوصية وأحكام الميراث، خاصة وأنّ المشرع أدرج أحكامها ضمن فصول كتاب الميراث، وليس ضمن كتاب التبرعات ومنها الوصية¹⁴⁵¹.

وصفوة القول بالنسبة لإشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري، أنّه لم يتقيّد بمذهب واحد في صياغة القواعد القانونية للميراث، وإنّما تبنى جميع المذاهب الفقهية وحتى بعض الاجتهادات التي خالفت المذاهب السنية الأربعة ومثالها التنزيل.

كما أنّ المشرع فتح المجال أمام قاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته في المسائل المسكوت عنها، وهذا ليس بالحل الفاصل بل قد يفضي لما هو أدهى من الإغفال بذاته. و الإشكال أنّ نص المادة 222 من قانون الأسرة لا يحسم الأمر بصورة قطعية، نظرا لاختلاف الاجتهاد الفقهي

¹⁴⁵⁰ - إقروفة زوييدة، المرجع السابق، ص.444.

¹⁴⁵¹ - بشور فتيحة، المرجع السابق، ص.143-144.

حول هذه المسائل، وأتى لمن قلّ حظه في علوم الشريعة أن يلقي بنفسه في بحر الاختلافات ليرجح الأقوال وينتقي الرأي الفقهي المناسب.

وعليه، لابد من استدراك بعض الإغفالات الموجودة في تنظيم المشرع لأحكام الميراث، وذلك بتصويب الصياغة وتبني المصطلحات الفقهية وتوحيدها على كامل مواد الميراث. والحرص على تحقيق الانسجام بين مضامين المواد القانونية المنظمة للميراث في حد ذاتها، أو النص العربي والنص الفرنسي، أو بين النص القانوني والاجتهاد الفقهي¹⁴⁵².

هذا بالنسبة للإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأحكام الميراث في قانون الأسرة، ولنا أن نبرز الإشكالات الموجودة في التبرعات في ذات القانون. وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني الآتي.

المطلب الثاني

أبرز إشكالات التبرعات في قانون الأسرة

لقد خوّلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية التي سارت على نهجها للشخص حرية التصرف في ماله. غير أنّ التصرف أمر محفوف بالخطورة، لاتصاله المباشر وتأثيره على حاضر المتصرف ومستقبله، وكذا وضعية خلفه من بعده، بل قد تمتد آثار التصرف إلى الغير مما قد يجعل الأمر أكثر تعقيدا¹⁴⁵³.

ونظرا لكون التبرع أخطر ما في التصرفات المالية، لأنه يتم غالبا تطوعا من غير شرط أو عوض، حقّت الشريعة الإسلامية التبرعات المالية بسياج من القواعد التي تضبط شروطها وتنظم أحكامها.

¹⁴⁵² - إقروفة زوييدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 18-19

¹⁴⁵³ - أنظر، مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مدعّمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هوم للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص. 09.

ونتيجة لخطورة التبرع، وجب على المقدم عليه التأني والتروي، والإحاطة بآثار ما سيقدم عليه، لذا يتعين تبصرته بمدى إمكانية رجوعه عنه، تحقيقا لجوهر ومقصد تبرعه وهو تطوعه بماله من غير بدل عن طيب نفس ورضا تام منه من أجل الوصول إلى الغاية المنشودة من ذلك¹⁴⁵⁴.

و لهذا نظم المشرع الجزائري أحكام التبرعات في الكتاب الرابع من قانون الأسرة ، حيث نظم أحكام الوصية في الفصل الأول منه، و ذلك في المواد من 184 إلى 201 ، و نظم أحكام الهبة في الفصل الثاني من نفس الكتاب الرابع في المواد 202 إلى 212، أما بالنسبة للوقف فنظمه المشرع في الفصل الثالث تحت عنوان " الوقف " في المواد من 213 إلى 220 من قانون الأسرة.

و عليه، سنحاول تسليط الضوء على الإشكالات الموجودة في تنظيم المشرع للتبرعات في قانون الأسرة، و خاصة تلك المتعلقة بالوصية (الفرع الأول)، و كذلك الإشكالات الموجودة في الهبة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإشكالات المتعلقة بالوصية

تعد الوصية من أهم التصرفات المالية و القانونية المضافة إلى ما بعد الموت ، و قد عرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة على أنّ : " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع "¹⁴⁵⁵، و يعتبر هذا التعريف جامعا و مانعا لكل العناصر المتعلقة

1454 - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.09.

1455 - يعرفها الحنفية بأنّها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة "، و يعرفها المالكية بأنّها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده ، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده "، و يعرفها الشافعية بأنّها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت "، و يعرفها الحنابلة بأنّها: " التبرع بالمال بعد الموت ". كما عرفتھا التشريعات الأخرى كالقانون المصري في المادة الأولى من قانون الوصية المصري لسنة 1946 : " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت "، و كذلك القانون الإماراتي في المادة 240 من قانون الأحوال الشخصية : " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموصي "، و المشرع المغربي في المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية: " الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته "، و كذلك الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا

بالوصية¹⁴⁵⁶.

فالمقصود بكلمة "تمليك" هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكنى الدار أو زراعة أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره¹⁴⁵⁷.

أما المراد بجملة "مضاف إلى ما بعد الموت"، فيقصد بها أنّ أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 02 فيفري 1995 على أنّ: "...الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع و هي مقدمة على التركة..."¹⁴⁵⁸.

بل أكثر من ذلك لقد اعتبر القضاء الهبة المضافة إلى ما بعد الموت وصية وفقا لقرار المحكمة العليا بتاريخ 19 أكتوبر 2005 و الذي جاء فيه: " إنّ ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب التي لم تنقل إلى الموهوب لها بعد و لم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة المورث فإن الأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية وبالتالي يخضع لأحكامها"¹⁴⁵⁹.

و في الأخير يبقى لنا كلمة " تبرع " و يقصد بها أنّ الوصية تتم بدون عوض¹⁴⁶⁰، باعتبارها

أو منفعة"؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.96-97؛ نسيم الشيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة، الوصية، الوقف، دار هومه، الجزائر، 2012، ص.179؛ الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.6-7؛ محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت و التصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، البلدة الجزائر، 2006، ص.16؛ عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، ط.01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، 2015، ص.16-17-18؛ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية-الوقف، دار هومه، ط.02، الجزائر، 2009، ص.45.

1456 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.45-46؛ غربي صورية، المرجع السابق، ص.97.

1457 - أنظر، العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 1990، ع.2، ص.391-392.

1458 - المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1995/05/02، ملف رقم 116375، م.ق، 1996، ع.1، ص.108.

1459 - المحكمة العليا، غ.م، 2005/10/19، ملف رقم 307934، م.ق، 2005، ع.2، ص.195.

1460 - أنظر، العربي بلحاج، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.391-392.

مال أوجهه الموصي في ماله تطوعا بعد موته¹⁴⁶¹.

إلا أنّ الإشكال أنّ هناك بعض النصوص القانونية المتعلقة بالوصية تحتاج إلى إضافة أو إعادة صياغة من جديد. و من بينها نص المادة 185 من قانون الأسرة و الذي جاء فيه ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

يلاحظ بأنّ المشرع تحدث هنا عن إجازة جميع الورثة للوصية، و هنا لا إشكال يطرح في الموضوع. و إنّما الإشكال يكمن في حالة ما إذا أجاز بعضهم القسط الزائد عن الثلث دون البعض الآخر، و هنا يقتضي الحكم أن يسري في حق من وافق. أما من عارض عن القسط الزائد عن الثلث فلا تسري في حقه، و هو أمر مهم لا بد من التعرض له حتى لا يضار الموصى له من جهة الورثة¹⁴⁶².

و لهذا نقترح على المشرع إضافة فقرة أخرى لنص المادة 185 المذكورة أعلاه، تغطي هذه الحالة: " لا يسري ما زاد عن الثلث في حق من عارض هذه الزيادة"¹⁴⁶³.

كما أنّ الإشكال أنّ هناك قصور في حماية القاصر، و هي نقطة لم ينص عليها القانون، والمتمثلة في حالة ما إذا كان أحد الورثة أو بعضهم عديم أو ناقص الأهلية¹⁴⁶⁴. فهنا لا يصح أن تكون الإجازة منه، بل لا بد أن تكون ممن ينوب عنه قانونا، و يستحسن أن تكون الموافقة خاضعة لمراقبة القضاء و هذا حماية لأموال الصغار ، و هو ما يدعو لإضافة فقرة رابعة للمادة 185 المذكورة ، و يكون نصها على النحو التالي: " إذا كان أحد الورثة ناقص أو عديم الأهلية كانت الإجازة ممن ينوب عنه قانونا بعد موافقة القاضي"¹⁴⁶⁵.

1461 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.45.

1462 - بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.37.

1463 - بن شويخ الرشيد، نفس المرجع، ص.37.

1464 - غربي صورية، المرجع السابق، ص.101.

1465 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.38.

و بهذا نحقق التوازن بين الورثة، فقد يكون من عارض الزيادة أحوج إلى هذا المال من الموصى له بما زاد عن الثلث، و بالتالي لا يتأثر نصيبه في الميراث.

هذا و تنص المادة 187 من قانون الأسرة على ما يلي: " تصح الوصية للحمل¹⁴⁶⁶ بشرط أن يولد حيا ، و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس".

1466 - ما دام الحمل يثبت له الإرث، فمن باب أولى أن يثبت له كذلك الوصية لتحقيق مصلحة الجنين؛ علي بن محمد بن رمضان، المرجع السابق، ص.231. و قد اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل، ما دام صالحا لأن يكون وارثا؛ علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.159. لكن وضعوا شروطا لصحة هذه الوصية و هي :

1 - أن يكون الحمل موجودا وقت الوصية، وهذا الشرط لم ينص عليه المشرع الجزائري، لأنه اكتفى بذكر مادة واحدة لمعالجة موضوع الوصية للجنين و هي المادة 187 ق.أ، و بالتالي نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق.أ و هذه الأخيرة انقسم الفقهاء فيها إلى قسمين :

القسم الأول: و المتمثل في جمهور الفقهاء، و هم كل من الحنابلة و الشافعية و الطحاوي من الحنفية ، و اشتروا أن يكون الحمل موجودا حال الوصية لأنها تملك فلا تصح لمعدوم و التملك يحتاج لشخص يضاف إليه الملك ، كما أنها خلافة عن الميت كالميراث ، و الميراث يثبت لمن كان موجودا عند وفاة المورث، فإذا لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية فلا تصح الوصية له؛ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج. 3 ، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان ، 1984 ، ص.208 ؛ أبي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.3 ، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1996 ، ص.715؛ علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ... ، ج.6 ، المرجع السابق ، ص.431؛ أحمد محمود الشافعي، الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للطبوعات، مصر، 1994 ، ص.61.

و يتحقق وجود الحمل بأن تلد الحامل لأقل مدة الحمل من وقت الوصية إذا كان زوجها حيا ، أما إذا كان زوجها ميتا، أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة، فلا تصح له الوصية إلا إذا أنت به لأقصى مدة الحمل ؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.102-103.

أما القسم الثاني: و هم كل من الحنفية، الذين اشتروا أن يكون الحمل موجودا من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية، لأنه وقت نفاذ الوصية و اعتبارها من حق الموصى له يكون وقت الموت، و بالتالي يعتبر وجوده في ذلك الوقت؛ علاء الدين الكساني ، بدائع الصنائع في ... ، ج.6، المرجع السابق، ص.431؛ شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج. 28 ، المرجع السابق ، ص.86.

أما المالكية، فلم يشترطوا هم كذلك وجود الحمل وقت الوصية ، بل أجازوا الوصية للحمل الذي سيوجد ،فيؤخر الموصى به إن كان حملا للوضع إذا كان موجودا ، و إن كان غير موجود انتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ثم ترد بعده لورثة الموصي؛ أبي عبد الله محمد الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي الخليل ، ج.8 ، ط.2 ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1317 هـ ، ص.168.

و الحقيقة أنّه يستحسن بالمشرع أن يجعل هذه القاعدة القانونية مكتملة، بمعنى يمكن للموصي أن ينص في الوصية على نصيب كل واحد عند اختلاف الجنس في حالة التوأم، و من هنا يكن إضافة كلمة: " ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية" إلى نص المادة 187 المذكورة.

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم ينص على حالة وفاة أحد التوأمين دون الآخر، و بالتالي نعتد أنّ الوصية كلها تكون للحي ، على أساس أنها كانت للحمل الذي يولد في الحالات الغالبة على أنّه واحد فقط، و استثناءً يكون توأما، اثنان فأكثر¹⁴⁶⁷.

و ليس هذا بدعة من المشرع الجزائري ، فقد نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 246 فقرة (أ) و (ب) على أنّه: " أ- إذا جاءت الحامل بولدين حين أو أكثر في وقت واحد، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك.

ب- و إن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية ".

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فقد نص في المادة 189 من قانون الأسرة على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

إلا أنّ الإشكال هو أنّ النص المذكور قد صيغ بطريقة يفهم منها أنها اتجهت إلى المنع من خلال عبارة : " لا وصية لوارث"، و كأنّ الوصية بهذا التعبير صارت ممنوعة إلا بموافقة الورثة. وهذا غير مقبول لأنّ الوصية جائزة للوارث إذا رضي بها الورثة، و جائزة لغير الورثة و لكن في حدود الثلث، أما ما زاد عن الثلث فيتطلب موافقة الورثة¹⁴⁶⁸. والنص في الحقيقة لم يشير إلى هذا الحكم و إنما اعتبرها موقوفة على الإجازة ، و بالتالي يستحسن تعديل نص المادة 189 من قانون الأسرة على النحو التالي: " الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة، و لا تسري في حق من

1467 - بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص.38-39.

1468 - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه ، ص.40.

عارض من الورثة، فإن كان من بين الورثة قاصر كانت الإجازة ممن يمثله قانونا تحت مراقبة القضاء¹⁴⁶⁹.

كما نص المشرع في المادة 190 من قانون الأسرة على أنّ: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يمتلكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

إلا أنّ الإشكال هنا يتعلق بالأموال التي يستحقها ذويه بعد موته كالمعاشات المختلفة التي تأتي من صندوق التقاعد، أو من الجهات الأخرى. فهل ترد عليها الوصية، كما لو أوصى باقتطاع مبلغ شهري من هذا المعاش إلى شخص معين؟

لا شك أنّ دراسة هذه المسألة من الأهمية بمكان، فقد لا يكون للموصي من أموال سوى المعاش الذي يتقاضاه، و بالتالي أراد أن يوصي بجزء منه إلى الغير من باب البر و الإحسان¹⁴⁷⁰.

ومنعا لأي غموض نقترح إضافة فقرة ثانية للمادة 190 السابقة الذكر لتشمل الوصية بالمرتبات أو المعاشات، على ألا يتجاوز المقدار الموصى به ثلث المرتب أو المعاش أو رأس مال الوفاة.

و بهذا الحكم يمكن لكل شخص أن يوصي و خصوصا لأقاربه المحتاجين للذين ليس لهم الحق في الميراث من باب الإحسان إلى الأقارب ، أو إلى أي شخص في حاجة إلى هذه المساعدة ، كاليتامى و الأراامل المحتاجين.

و الصيغة المقترحة للمادة 190 من قانون الأسرة كالتالي: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة.

¹⁴⁶⁹ - بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.40.

¹⁴⁷⁰ - و يرى الأستاذ بن شويخ الرشيد: " أنّ الوصية هنا صحيحة ، بل و تحقق تكافلا اجتماعيا في المجتمع"؛ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.42.

كما يجوز للموصي أن يوص بجزء من مرتبه أو معاشه أو رأس مال الوفاة بعد وفاته في حدود الثلث¹⁴⁷¹.

و قد نصت بعض التشريعات العربية على الوصية بالمرتبات و المعاشات، كالقانون المصري في المواد من 64 إلى 70 من قانون الوصية¹⁴⁷²، و القانون الكويتي في المادة 273 من قانون الأحوال الشخصية¹⁴⁷³.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري ، فقد نص المشرع في المادة 194 على أنه: " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما".

و عليه، يفهم من هذا النص على أنّ الوصية تقسم بين الموصى له الأول و الثاني بالتساوي في هذه الحالة.

إلا أنه يستحسن بالمشرع إضافة عبارة: " ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية"، لأنه لا يمكن التسوية بينهما في الوصية عندما يتم تحديد النسبة من الموصى¹⁴⁷⁴.

و الإشكال، أنّ الحكم الذي أتى به النص قد يصعب تطبيقه في بعض الحالات، فمثلا لو أوصى لشخص بثلث ماله، ثم أوصى لآخر بسدس ماله، فكيف يكون الموصى به لهما مشتركا بينهما، علما أنّ الوصيتين قد تجاوزتا معا ثلث التركة، وبالتالي يتطلب موافقة الورثة¹⁴⁷⁵.

1471- بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.43.

1472- حيث جاء في المادة 64 في فقرتها الأولى من قانون الوصية المصري على أنه: " تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة و يوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة. فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة و لم يجز الورثة الزيادة، يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه و في غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة، أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له".

1473- حيث جاء في المادة 273 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه: " أ- تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويخصص من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة.

ب- فإذا زاد ما خصص لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة و لم يجز الورثة الزيادة ، يخصص منه بقدر الثلث، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له من المرتبات ما يعادل ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنقضي المدة ، أو يموت الموصى له".

1474- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص.44.

و عليه يستحسن تعديل نص المادة 194 من قانون الأسرة على النحو الآتي: " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما ما لم يحدد نصيب كل منهما . و إذا تجاوزت الوصيتان مقدار الثلث و لم يجزها الورثة خفضت الوصية إلى الثلث و تقسم بينهما بنسبة حصة كل منهما"¹⁴⁷⁶.

كما نص المشرع في المادة 195 من قانون الأسرة على أنه: " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما و مات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له".

و الإشكال هنا، أنّ هذا النص يتناقض في الحكم مع النص السابق في المادة 194 من قانون الأسرة، حيث يقرر نص المادة 194 بتقسيم الوصية بينهما في حالة وجود وصيتين لشخصين. من جهة، و يقرر نص المادة 195 أن يعطي الوصية كلها للحي في حالة وفاة الثاني، و كأنّ المشرع عاقبه على وفاته¹⁴⁷⁷. من جهة أخرى.

و لهذا يستحسن على المشرع أن ينص على بطلان الوصية بالوفاة أو استمرارها مع ورثته، لأنّه ما دام الموصي قد أوصى له فإنّه يريد أن ينفعه بهذا المقدار، و لا يمكن حرمان ورثته منه.

كما لا يمكن أن يأخذها الحي منهما، خصوصا و أنّ الموصي لا زال على قيد الحياة. إلا إذا نص في الوصية على إعطائها كلها للحي منهما.

كذلك فإنّ النص منقوص في حالة ما إذا تم تحديد نصيب كل منهما و توفي أحدهما، فإنّ الحي لا يستحق إلا نصبه، و الإشكال أنّ النص لم يتحدث عن مصير الوصية للآخر المتوفي.

¹⁴⁷⁵ - بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.44.

¹⁴⁷⁶ - قد نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في الفقرة الثالثة من المادة 256 على ما يلي: "... 3- يقسم الموصى به بالتساوي إذا تعدد الموصى لهم، ما لم يشترط الموصي التفاوت".

¹⁴⁷⁷ - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.45.

و المنطق يقتضي بطلانها و عودتها للموصي، أو انتقالها لورثة الموصى له المتوفى إذا نص على ذلك في الوصية أو قرر الموصي انتقالها إليهم.

و عليه ، يستحسن تعديل نص المادة 195 من قانون الأسرة على النحو الآتي: " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي فللحي منهما نصف الوصية ما لم يتقرر إعطاءها كاملة للحي.

أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له و ما تبقى يعود للموصي إلا إذا نص في الوصية على انتقالها لورثة الميت منهما"¹⁴⁷⁸.

هذا وقد جاء في نص المادة 196 من قانون الأسرة على أنّ: " الوصية ، بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له و تعتبر عمرى".

و الحقيقة أنّه يستحسن على المشرع أن ينص على إمكانية استمرارها مع ورثة الموصى له بعد وفاته لتحقيق المصلحة التي يكون الموصي قد قصدتها. فرمما كانت الوصية له بسبب حاجته كالأرملة التي لها أولاد ضعاف، فمن المصلحة استمرار الوصية لهم، و لا تنتهي بوفاة الموصى له إلا إذا نص في الوصية بصورة صريحة على انتهائها بوفاة الموصى له ، و هنا تعود المنفعة الموصى بها إلى ورثة الموصي ، رغم أنّ النص لم يشر إلى عودتها إليهم ، و هو ما يقتضيه الأمر.

و لهذا يستحسن تعديل نص المادة 196 على النحو الآتي: " الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية، و في حالة انتهائها تعود المنفعة لورثة الموصي"¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁸ - بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص.46.

¹⁴⁷⁹ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه.

كما أنّ الإشكال الآخر يتعلق بنص المادة 197 من قانون الأسرة و الذي جاء فيه: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ". حيث لم ينص المشرع على القبول في حالة كون الشخص الموصى له عديم أو ناقص الأهلية، و كان من المفروض أن يشير إلى أنّ القبول بالوصية يكون من الموصى له أو ممن ينوب عنه قانونا¹⁴⁸⁰. و خصوصا أنّ الوصية تعتبر من التصرفات النافعة نفعا محضا للموصى له.

و لهذا يستحسن تعديل نص المادة 197 من قانون الأسرة على النحو الآتي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي من الموصى له، أو ممن ينوبه قانونا إذا كان قاصرا . وكذلك الأمر في حالة كون الموصى له جنينا"¹⁴⁸¹.

كما أنّ الإشكال الآخر يتعلق بنص المادة 198 من قانون الأسرة و الذي جاء فيه أنه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد". حيث أنّ هذا الحكم قد يضر بمصلحة الورثة الذين هم دون سن الرشد المدني، لأنّ الرفض لا يسري في حقهم، و لا يجوز لمن ينوب عنهم قانونا أن رفض الوصية إلا للضرورة. خاصة و أنّ المصلحة تقتضي على من ينوبه قانونا أن يستلم ما يمكن أن يحصل عليه من تبرعات عن طريق الوصية أو غيرها¹⁴⁸². لأنّ القبول يعني حصوله على وصية دون مقابل، و هي من التصرفات النافعة له نفعا محضا.

و لهذا يستحسن تعديل نص المادة 198 من قانون الأسرة على النحو الآتي: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد، و إذا كان ضمن الورثة من هو دون سن

¹⁴⁸⁰ - بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث ...، المرجع السابق، ص. 46-47.

¹⁴⁸¹ - اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إجازة قبول الولي أو الوصي عن الحمل ، فالحنفية يرون بأن الوصية للحمل تتم مباشرة بعد وفاة الموصي و لا تحتاج إلى قبول ، واستدلوا بأنه لا يكون للحمل ولي إلا بعد الوضع. كما أنّ الوصية شبيهة بالميراث من حيث الخلافة، فالوارث يخلف المورث و تثبت له الملكية دون قبول، فكذلك الوصية. بينما يرى الجمهور بأن الوصية للحمل تتوقف على القبول من الولي أو الوصي؛ عيسى أمعيرة ، المرجع السابق ، ص. 81؛ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص. 105.

¹⁴⁸² - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص. 47.

الرشد المدني جرى القبول أو الرد تحت مراقبة القضاء¹⁴⁸³.

و الهدف من اقتراح هذا النص هو تجنب الإضرار بالصغار بأي شكل كان، حتى لا تضيع حقوقهم، لأنّ المشرع عندما نظم الوصية في قانون الأسرة، نظمها كقواعد عامة تنطبق على الراشد و القاصر دون تفصيل¹⁴⁸⁴.

كما أنّ الإشكال الآخر يتعلق بالمادة 201 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها". حيث أنّه يستحسن بالمشرع أن لا يقرر بطلان الوصية من البداية، بل يقرر استمرارها مع ورثة الموصى له تحقيقا للمصلحة التي ربما تقررت الوصية لأجلها من جهة الموصي وهو الأجر والثواب، ومن جهة الموصى له وهو انتقال المال منه إلى ورثته تحقيقا للمصلحة التي هي أساس الحكم، إلا إذا تقرر في الوصية بطلانها بوفاة الموصى له، فهنا يجب احترام إرادة الموصي.

ولهذا يستحسن تعديل نص المادة 201 من قانون الأسرة على النحو الآتي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها، ما لم ينص على خلاف ذلك"¹⁴⁸⁵.

هذه خلاصة الإشكالات المثارة حول تنظيم الوصية في قانون الأسرة. ولنا أن نبز الإشكالات الموجودة في تنظيم المشرع للهبّة في نفس القانون. وهو ما سيتم التطرق إليه في الفرع الآتي.

1483- بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.47.

1484- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.105.

1485- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.48.

الفرع الثاني

الإشكالات المتعلقة بالهبة في قانون الأسرة

نظم المشرع الجزائري أحكام الهبة في قانون الأسرة، وذلك في المواد من 202 إلى 212 منه.

وقد عرّف المشرع الهبة في المادة 202 من نفس القانون على أنّها: "تمليك بلا عوض..."¹⁴⁸⁶. أمّا المشرع المصري فقد نظم أحكام الهبة في قانونه المدني، حيث عرّف الهبة في المادة 486 منه على أنّها عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض¹⁴⁸⁷.

وبالرجوع إلى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للهبة في المادة 202 من قانون الأسرة، فإنّه يطابق لتعريف المالكية¹⁴⁸⁸. إلا أنّه يلاحظ على تعريف المشرع أنّه لم يبين ما إذا كانت الهبة عقداً أو تصرفاً انفرادياً. ولكن بالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة نجده كالآتي: "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في

1486 - حيث تنص المادة 202 من ق.أ على أنّ: "الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".

1487 - حيث جاء في المادة 486 من القانون المدني المصري على أنّ: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب القيام بالتزام معين". وهذا التعريف الذي أورده المادة 454 من القانون المدني السوري، والمادة 475 من القانون المدني الليبي؛ محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، الجزائر العاصمة، 1987، ع.1، ص.552؛ جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1998، ع.1، ص.18؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.122.

1488 - حيث عرّف المالكية الهبة بأنّها: "تمليك بلا عوض"، ويتميز هذا التعريف بحذف لفظ "العين". وعليه تكون الهبة شاملة للعين والدين والمنفعة؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج.5، المرجع السابق، ص.490؛ الدردير، الشرح الكبير، ج.5، المرجع السابق، ص.491. كما عرف المالكية الهبة أيضاً بأنّها: "تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة"، وفي تعريف آخر لهم للهبة أيضاً أنّها: "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض"؛ الخطاب، مواهب الجليل...، ج.6، المرجع السابق، ص.49؛ الخرشى، شرح مختصر خليل، ج.7، المرجع السابق، ص.02. أما الحنفية فعرفوا الهبة بأنّها: "تمليك العين بغير عوض"؛ الكاساني، البدائع...، ج.8، المرجع السابق، ص.84. فلفظ "تمليك" شامل للذات والمنافع. أما الشافعية فقد أوردوا لها تعريفاً مفاده: "تمليك العين بلا عوض في الحياة تطوعاً". أما الحنابلة فعرفوا الهبة بأنّها: "تمليك في الحياة بلا عوض"؛ شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار تكملة شرح فتح القدير للإمام ابن همام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، د.ت.ن، ص.20؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج.7، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.ت.ن، ص.116؛ محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار حامد، الأردن، 2008، ص.221-222.

المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة". وبناء عليه فلا بد لانعقاد الهبة من إيجاب وقبول وحيازة، إضافة إلى الشكلية في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات¹⁴⁸⁹.

وقد أدرج المشرع الجزائري أحكام الهبة في قانون الأسرة، وهذا على خلاف معظم التشريعات العربية التي أدرجتها ضمن القانون المدني. وقد يكون السبب في ذلك الحرص على أن تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية، وذلك لارتباطها الوثيق بالبر والإحسان وعلاقته بالجانب الديني الذي يفرض التمسك بمبادئ الفقه الإسلامي¹⁴⁹⁰.

وجدير بالذكر أنّ للهبة أربعة عناصر أو مقومات هي:

- 1- أنها عقد يتم بين الأحياء، إذ لا بد من التقاء إرادتين لانعقادهما؛
- 2- أنّها تصرف في مال، فالواهب يلتزم بنقل ملكية حق دون مقابل، سواء كان حقا عينيا أصليا أو تبعيا؛
- 3- أنها تكون دون عوض، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له. ولا يمنع ذلك أن تكون بعوض فيكون المقدار المتبرع به هو الفرق بين قيمة المال الموهوب والعوض المشترك؛
- 4- نية التبرع، وهي العنصر المعنوي في الهبة¹⁴⁹¹.

و بالرجوع إلى المادة 206 من قانون الأسرة، نستخلص أنّ الإيجاب والقبول ركنان في الهبة

1489 - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.122.

1490 - أنظر، محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط.1، الجزائر، 2003، ص.52-53.

1491 - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.5، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، بيروت، لبنان، 2000، ص.15 إلى 19؛ خالد سمّاحي، اشتراط الشكل في التبرعات، مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، جانفي 2012، العدد 03، ص.180؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.123.

يؤدي تخلفهما إلى بطلانها¹⁴⁹².

وعليه، فالهبة عقد لا بد فيه من اقتران إرادتين كسائر العقود، وهو ما يحتم انعقادها بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له¹⁴⁹³.

وعلى هذا الأساس تتميز الهبة عن الوصية باعتبار أنّ هذه الأخيرة تتم بإرادة الموصي المنفردة¹⁴⁹⁴. ولذلك اشترط المشرع الجزائري في كل من الواهب والموهوب له عدة شروط.

غير أنّ السؤال الذي ينبغي أن يُطرح يتجلى في معرفة عما إذا كانت القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بشأن الإيجاب والقبول هي ذاتها في عقد الهبة؟¹⁴⁹⁵.

حيث تنص المادة 203 من قانون الأسرة على أنّه: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه". وبهذا اعتبر المشرع أنّ الأهلية تكون ضرورية في مثل هذا التصرف، وأنّ مناط ثبوت هذه الأهلية، كما هو معلوم، العقل والتمييز¹⁴⁹⁶، فالمنحون والمعتهون والسفيه لا تثبت لواحد منهم هذه الأهلية، وهذا مستخلص من عبارة "سليم العقل"، وكذا الشأن بالنسبة للقاصر، إذ أنّ المشرع قد اشترط في الواهب أن يكون راشداً.

ويدخل في كنف القاصر بحسب المادة 43 المعدلة من القانون المدني، كل من بلغ سن الرشد

1492 - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص. 08.

1493 - تجدر الإشارة إلى أنّ إجراء قبول الدولة للهبات العقارية قد نظمها كل من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. رقم 52 لسنة 1990، في المواد من 42 إلى 47، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفاءات ذلك، ج.ر. رقم 60 لسنة 1991؛ عمر يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هوم، الجزائر، 2001، ص. 44؛ عمر حمدي باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هوم، الجزائر، 2003، ص. 91-92، 146، 92.

1494 - أنظر، زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج. 8، دار الثقافة، لبنان، د.ت.ن، ص. 20؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 123.

1495 - أنظر، تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، العاصمة، 2009، ع. 3، ص. 284.

1496 - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه.

وكان سفيها أو ذا غفلة¹⁴⁹⁷.

والإشكال هنا، أنه يتبين من هذا النص -المادة 43 المعدلة من ق.م- أنّ القانون المدني قد اعتبر السفية قاصرا ومن ثم ناقص الأهلية، في حين أنّ المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرته عديم الأهلية في حالة وجوده بهذه العاهة، وكامل الأهلية إذا صدر منه التصرف في الحالة المعاكسة¹⁴⁹⁸، وهذا ما أكدته المادة 107 من ذات القانون¹⁴⁹⁹.

كما أنّ الإشكال الآخر يثار حول مصطلح: "ذا الغفلة" في نص المادة 43 المعدلة من القانون المدني، حيث حدد المشرع مركزه القانوني في هذا القانون واعتبره ناقص الأهلية، في حين أنّ قانون الأسرة لم يشر إليه لا في الأحكام العامة المقررة لمسألة الأهلية ولا في التصرفات الأخرى كالهبة والوصية والوقف¹⁵⁰⁰.

وأمام ذلك التعارض في النصوص التشريعية وهذا النقص، تنص المادة 79 المعدلة من القانون المدني على أنّه: "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". وهنا نتساءل عن مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني بشأن تحديد الأشخاص الذين يدخلون في كنف القاصر، هل معنى ذلك أنّ التعارض القائم بين قانون الأسرة والقانون المدني ينبغي أن يفسر بحكم هذه

1497- "ومن الناحية الشرعية، لقد أجاز الفقه الإسلامي الحجر على الشيخ الكبير الذي ينكر عقله، ومعنى ذلك إذا كبر الشخص واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون، لأنّه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه، فأشبه السفية والصبي؛ تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص. 285، 297، التهميش رقم 04؛ ابن قدامة، المغني، ج. 4، المرجع السابق، ص. 525-526؛ الخطاب، مواهب الجليل...، ج. 5، المرجع السابق، ص. 74.

1498- حيث تنص المادة 85 من ق.أ على ما يلي: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته، أو السفه".

1499- حيث جاء في المادة 107 من ق.أ ما يلي: "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلّة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما".

1500- علما أنّ الفقه الإسلامي ألحق ذا الغفلة بالسفه والصغر، وهي عدم الاهتداء إلى التصرفات الراجحة بسبب البساطة والبلاهة. وفيها إضاعة المال أيضا؛ "؛ تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص. 285، التهميش رقم 06؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعها، بيروت، لبنان، 1984، ص. 124.

النصوص على أساس قاعدة الخاص يقيد العام، ومن ثم فالسفيه هو عديم الأهلية ولا ناقصها¹⁵⁰¹.

وبذلك يصبح هذا الحكم متعارضا مع الأحكام الفقهية الإسلامية من جانبين، من حيث أنّ الفقه الإسلامي منع السفه من أن يهب ماله كالعقارات وحقوقه العينية العقارية، ولو كان في طرق الخير كال تبرع للجمعيات الخيرية، صيانة له وخشية على ماله من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح¹⁵⁰². ومن هنا يكون السفه عارض من عوارض الأهلية في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية، وفي هذا يكون السفه في حكم القاصر¹⁵⁰³.

ومن زاوية أخرى، إذا كان الجنون يمنع صاحب التصرف على مال يقتضيه العقل السليم، والعته يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، فإنّ مع ذلك فالسفه هو ضعف في العقل ولا اختلاله. ومن ثم لا يجوز التوحيد، كما ذهب إليه المشرع الأسري، بين الأحكام التي تخضع لها هذه الفئات من الأشخاص، فهذا التوحيد يعد فعلا سليما بين المجنون والمعتوه¹⁵⁰⁴، إذ أنّ كل عارض من هذين العارضين إلا وله تأثير على تصرفات الإنسان بنوعيهما القولية والفعلية فيعدمها حتى ولو كانت في صالحه وبعدها لا ينفع فيها إجازة الولي، فهما في حكم القاصر أي الصغير غير المميز.

إذن، الجنون، كالعته فهو من موجبات الولاية على النفس كما أنّه من موجبات الولاية على المال، ولهذا فإنّ عمل الولي بالنسبة للمجنون أو المعتوه هو كعمله بالنسبة للصغير، إذ أنّ كلاهما

1501 – تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص.285.

1502 – "لغة السفه هو الجاهل والأحمق، وأما شرعا هو من كانت عاداته التبذير والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفا لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا..."؛ تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة، المرجع السابق، ص.296-297، التهميش رقم 07؛ مقتبسة عن: الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.5، مطبعة بولاق، 1313-1314 هـ، ص.192.

1503 – وهذا ما نص عليه المشرع التونسي في الفصل 166 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقوله: "لا يعتد بإقرار السفه في الأمور المالية"، وذلك بعدما قرر في الفصل 165 من ذات المجلة أنّ: "جميع التصرفات التي باشرها السفه قبل الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها".

1504 – "فالمعتوه يشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعض الآخر كلام المجانين، وكذا سائر أموره، لكنه لا يضرب ولا يشتتم كالمجنون"؛ تشوار حميدو زكية، نفس المرجع، ص.286، 297، التهميش رقم 10.

واجه الحياة بدون سلاح من العقل الذي يدبّر به الأمور، ويجعل صاحبه قادرا على الدفاع عن نفسه والمحافظة على ذاته¹⁵⁰⁵. وذلك بخلاف السفه الذي هو في حكم الصغير المميز.

وأما الشخص المأذون له بالزواج، رجلا كان أو امرأة، وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة من قانون الأسرة في فقرتها الثانية¹⁵⁰⁶، لم يرشد بالزواج فيما عدا اكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات. ونستنتج من ذلك، فهذا الشخص، فيما عدا أهلية التقاضي بشأن آثار الزواج، هو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز كون أنه لم يبلغ بعد سن الرشد المحددة قانونا بـ 19 سنة كاملة. إذ أنّ المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 07 المعدلة من قانون الأسرة¹⁵⁰⁷ بين سن الزواج وسن الرشد. ومن ثم، فليس له الحق في أن يهب أمواله، عقارات كانت أو حقوق عينية عقارية ومهما كانت دوافعه¹⁵⁰⁸.

هذا والجدير بالملاحظة هو أنّ القانون المدني لم يتعرض لنظام الترشيح¹⁵⁰⁹. غير أنّ قانون الأسرة نص صراحة في المادة 84 منه على أنّه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة،..."¹⁵¹⁰. وبهذا النص يمكن أن يتم الترشيح ببلوغ الشخص الثالثة عشرة (13) سنة من عمره.

ولكن الإشكال، أنّ ما يعاتب على المشرع بوضعه لهذا النص هو أنّ عديم التمييز قد يصبح بين عشية وضحاها رشيدا، فيكون اليوم بحاجة إلى من يتولى أموره، ويستغنى عنه في الغد، خاصة

1505 - أنظر، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج.2، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص.292؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.286.

1506 - تنص الفقرة 02 من المادة 07 المعدلة من ق.أ على ما يلي: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

1507 - تنص الفقرة 01 من المادة 07 المعدلة من ق.أ 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".

1508 - تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص.287.

1509 - مع العلم أنّ الفقرة 02 من المادة 38 المعدلة من القانون المدني قد أشارت إلى هذا النظام بشأن موطن القاصر المرشد بقولها: "غير أنّه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

1510 - تنص المادة 84 من ق.أ على ما يلي: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك".

وأنّ هذا النص قد اعترف للمرشد بحق التصرف في كل أمواله. وعليه يصبح القاصر المرشد كامل الأهلية إذا ما أذن له القاضي بالتصرف في كامل أمواله، ومن ثم لا يكون خاضعا لولاية أبيه أو غيره من الأولياء، ومن ثم تصح هبته ولو كانت متعلقة بعقار¹⁵¹¹.

ولذلك ولمواجهة الحاجات العملية لبعض القاصرين يكفي منحهم الإذن لإدارة أموالهم في تجارة أو صناعة أو مهنة ولا التصرف في أموالهم كالبيع والهبة. ومعنى ذلك، فإنّه يستحسن تعديل نص المادة 84 من قانون الأسرة، بحيث يصبح يؤذن للقاصر المميز بحق إدارة أمواله فقط إلا إذا بلغ السادسة عشرة من عمره فيكون الترشيح بين هاتين المديتين -أي بين سن الرشد وسن الترشيح- أمرا معقولا ومنطقيا، فيصبح عندئذ المرشد قادرا على إدارة أمواله لمدة ثلاث سنوات¹⁵¹².

ومن زاوية أخرى، فإنّه تثار إشكالات أخرى تتعلق بالعقار الموهوب أو الحقوق العينية العقارية الموهوبة¹⁵¹³، وفي بداية الأمر نقول أنّ الهبة لا تجوز في غير المملوك للواهب، ومع العلم فالمشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، ولكن بالرغم من هذا الفراغ القانوني إلا أنّ هذا المنع يمكن أن يستخلص من المادة 205 من هذا القانون، وذلك بقولها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا..."¹⁵¹⁴، ومن ثم، فإنّ هذا النص قد اشترط بأن يكون الواهب ملكا لما يهب من ممتلكاته العقارية. أما ممتلكات الغير، وبمفهوم المخالفة، لا يجوز أن تكون محلا للهبة، فلا يسوغ له أن يهبها¹⁵¹⁵.

غير أنّه حتى ولو اعتبرنا أنّ الفراغ الوارد في قانون الأسرة يمكن سده بمقتضى المادة 222 من

1511 - تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص. 287.

1512 - تشوار حميدو زكية، المرجع نفسه، ص. 288.

1513 - فالعقار الموهوب هو ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له، وأنّ ملكية ذلك العقار لا تصبح صحيحة إلا باستيفاء الهبة عدة شروط.

1514 - تنص المادة 205 من ق.أ على ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة، أو ديناً لدى الغير".

1515 - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 293.

ذات القانون بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه مع ذلك يرى المذهب المالكي أنه: "لا تصح هبة ملك الغير بدون إذنه، فإذا وهب شخص ملك غيره لم تنعقد الهبة، بخلاف ما إذا باع ملك غيره فإنه يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك"¹⁵¹⁶. ويرى الحنفية بأنه: "لا تجوز هبة ملك الغير"¹⁵¹⁷.

و هكذا يبقى واضحا أنه رغم سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة، إلا أن المحكمة فهي مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية. ومن ثم ينبغي الحكم ببطالان هذا التصرف، لأن من لا يملك الشيء لا يملك التصرف فيه ما لم يكن موكلا من المالك، والواهب في ممتلكات الغير فيكون تصرفه مردودا، فإذا أجاز المالك الأصلي نكون بصدد عقد جديد.

و لكن إذا كان هذا هو الذي اتجهت إليه الآراء الفقهية بشأن هبة ملك الغير، إلا أننا نتساءل: هل يجوز لأحد الزوجين أن يهب للغير الممتلكات المشتركة بينهما؟

والحاصل بهذا التساؤل بوجه عام أن الفقرة الثانية من المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة قد نصت صراحة على ما يلي: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما"¹⁵¹⁸. ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعترف بالنظام المالي المشترك بين الزوجين، وهو نظام جديد لم يسبق له التنصيص عليه، وإنما استدرك محاسنه نتيجة لكثرة القضايا التي طرحت على القضاء، بسبب إجحاف حقوق أحد الزوجين اتجاه الآخر،

1516- أنظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2003، ص.231؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.293.

1517- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.231.

1518- تنص المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة في نصها الكامل على ما يلي: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما".

والتي غالبا ما كانت الزوجة العاملة هي الضحية باشتراكها مع زوجها في شراء عقار ولكن دون امتلاكها لسند ما¹⁵¹⁹.

وقد أوضح هذا النص أنّ هذه الأموال، عقارية كانت أم غيرها، هي تلك الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية ولا قبلها، عملا بمبدأ استقلالية ذمتها المالية. وهذا سليم طالما أن لا أثر في الأصل للاتفاق بين الزوجين على ذلك المبدأ.

وأنّ ما يلاحظ في هذا التعديل هو أنّ جزء من الممتلكات العائلية يمكن أن تصبح أموال مشتركة بين الزوجين إذا انصب اتفاقهما على ذلك، ولكن مع تحديد نسب كل واحد منهما. وهذا ما يعبر عنه بالنظام المالي المشترك بين الزوجين¹⁵²⁰.

إلا أنّ الإشكال، هو أنّ المشرع الجزائري لم يبين لنا في قانون الأسرة حكم هبة هذه الأموال المشتركة بين الزوجين. وعليه، ينبغي أن نرجع في هذه المسألة إلى القواعد العامة التي جاء بها القانون المدني بشأن الملكية المشاعة، حيث نصت المادة 714 منه على أنّ: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها..."¹⁵²¹. ومن ثم، تسري على هبة جزء شائع في ملكية عقارية معينة، كهبة ربع العقار في الشيوع. فيجوز للمالك في الشيوع أن يتصرف في ماله الشائع بالهبة. ولكن يستحسن بالمشرع الجزائري أن لا يسمح بهبة العقار خاصة المخصص للسكن العائلي إلا برضا الزوجين، وأي تصرف خلافا لذلك يقع باطلا¹⁵²².

ومن ناحية أخرى، نص المشرع في المادة 211 من قانون الأسرة على أنّه: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1519 - تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة...، المرجع السابق، ص.293.

1520 - تشوارحميدو زكية، المرجع نفسه، ص.294.

1521 - جاء في نص المادة 714 من ق.م ما يلي: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

1522 - تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.295.

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له،
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين،
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وعليه، فإنّ المشرع قد نحى منحى جمهور الفقهاء في إضفاء صفة اللزوم على عقد الهبة¹⁵²³، ولم يستثن من تلك القاعدة سوى الأبوين فيما وهبا لولدهما، وذلك مهما كان سن الولد ومن غير حاجة لتبرير رجوعهما، ويتحقق ذلك سواء كان المال الموهوب منقولاً أو عقاراً.

إلا أنّ ما يلاحظ على المشرع أنّه لم ينص عن رجوع الجد والجدة فيما وهبا لولد الولد، ذلك أنّ الاستثناء الوارد بالمادة 211 من قانون الأسرة يخص الأبوين دون سواهما، والأبوين هما الأب والأم لا غير¹⁵²⁴. ويكون بذلك قد أخذ بما ذهب إليه المالكية والشافعية في غير المشهور والحنابلة في الصحيح من المذهب¹⁵²⁵ إلى أنّه لا يجوز للجد والجدة ارتجاع ما وهبا لولد الولد¹⁵²⁶.

1523- حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى لزوم الهبة بالقبض. وعدم جواز الرجوع فيها باستثناء الوالد فيما يهب لولده. وذلك للأسباب الآتية:

1- أنّ الهبة قبل القبض غير لازمة، وفي ذلك فسحة كافية للواهب كي يتروّى، فإن هو أقبض الشيء الموهوب لزم العقد، لأنّ إجازة الرجوع بعد ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات بين الناس و زعزعة الثقة بينهم؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 134-135.

2- أنّ الهبة شرعت أساساً طلباً للمحبة والمودة وتقوية أواصر الأخوة بين الناس، وعليه فإنّ إطلاق الرجوع فيها يترك أثراً سيئاً في نفس الموهوب له ويوقع الشحناء والضعف وذلك عكس المقصود من الهبة.

3- أنّ الأب لا يتهم في رجوعه لإيثاره لولده على نفسه، فلا يرجع إلا لحاجة أو مصلحة، ولذلك استثنى من حرمة الرجوع في الهبة؛ الرملي، تحاية المحتاج، ج. 5، المرجع السابق، ص. 416؛ محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، د. ت. ن، ص. 165.

ودليلهم ما روي عن النعمان بن البشير، أنّ أباه أتى به إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "إني نخلت ابني هذا غلاماً. فقال: "أكل ولدك نخلت منه؟". قال: لا. قال: "فارجعه" البخاري، كتاب الهبة، باب الهبة للولد، حديث رقم 2589، ص. 186. فهذا الحديث دليل على استثناء الوالد من مبدأ لزوم الهبة ومنحه حق الرجوع فيها، حثاً على التسوية بين الأولاد؛ ابن قدامة، المغني، ج. 6، المرجع السابق، ص. 270.

1524- مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 140.

1525- الخرشى، شرح مختصر خليل، ج. 2، المرجع السابق، ص. 133؛ التاسولي، البهجة شرح التحفة، ج. 2، المرجع السابق، ص. 226؛ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج. 5، المرجع السابق، ص. 511؛ البهوتي، كشف القناع، ج. 4، المرجع السابق، ص. 317.

1526- في حين اتجه الشافعية في المشهور عندهم والحنابلة في رواية لهم والظاهرية إلى أنّ للجد والجدة حق الرجوع فيما وهبا لولد الولد؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج. 2، المرجع السابق، ص. 401؛ المرداوي، الإنصاف، ج. 7، المرجع السابق، ص. 150؛ ابن حزم، المحلى، ج. 9، المرجع السابق، ص. 135.

وقد استندوا فيما ذهبوا إليه، إلى أنّ الجد غير ملزم بالنفقة على ولد الولد، والجدة تأخذ حكمه، وعليه لم يجز لهما الرجوع فيما وهباه له قياساً على العم¹⁵²⁷.

هذا ويرى المالكية في رأي لهم أنّ للجد والجدة حق الاعتصار في صورة واحدة وهي أن يشترطا ذلك لنفسهما عند الهبة¹⁵²⁸.

إلا أننا نميل إلى ترجيح رأي الشافعية في المشهور عندهم والحنابلة في رواية لهم والظاهرية إلى أنّ للجد والجدة حق الرجوع فيما وهبا لولد الولد، ونقترح على المشرع الجزائري إلحاق الجد والجدة بالأبوين ومنحهم حق الرجوع في هبتهما لولد الولد.

ذلك أنّ الله تعالى قد أطلق على الجد لفظ الأب في كثير من آيات القرآن الكريم، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى على لسان سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾¹⁵²⁹، وسيدنا إبراهيم، وسيدنا إسحاق عليهما السلام هما جدّا سيدنا يوسف عليه السلام ابن يعقوب عليه السلام.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ﴾¹⁵³⁰، وهما سيدنا آدم وحواء عليهما السلام.

وعليه، فلا مانع من اعتبار الجد والجدة في حكم الأبوين.

وبالرجوع إلى المادة 211 من قانون الأسرة، فإنّ المشرع الجزائري رغم استثنائه للأبوين على سبيل الحصر في استرداد هبتهما لولدهما، إلا أنّه لم يجعل ذلك حقاً مطلقاً يمارسه أيا كانت

1527 - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.140.

1528 - التاسولي، البهجة شرح التحفة، ج.2، المرجع السابق، ص.266؛ الدردير، الشرح الكبير، ج.5، المرجع السابق، ص.513.

1529 - سورة يوسف، جزء من الآية 38.

1530 - سورة الأعراف، جزء من الآية 27.

الحالات والمستجدات، حيث قيده بعدم قيام مانع من موانع الرجوع والتي حصرها في نص المادة 211 من قانون الأسرة. فتمثلت في: الهبة من أجل زواج الموهوب له، أو لضمان قرض أو دين، أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

كما أضاف المشرع مانعا آخر من موانع الرجوع في الهبة، وذلك في المادة 212 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها". وعليه فمتى قام أحد هذه الموانع أضحت الهبة لازمة لا رجوع فيها.

إلا أنّ الإشكال هو أنّ المشرع كان مقتضبا في نصه على موانع الرجوع، فهو لم يتعرض في الفقرة الثالثة من المادة 211 من قانون الأسرة لمسألة تصرف الموهوب له في جزء من العين الموهوبة، ولذلك نقترح إدخال نص يأخذ بما أخذ به الجمهور فيجعل التصرف من الهبة لا يمنع الوالدين من الرجوع فيما بقي منها، لأنّ من يملك الكل يملك الجزء من باب أولى¹⁵³¹.

كما أنّ الإشكال الآخر في نفس الفقرة المذكورة أعلاه من المادة 211، أنّ المشرع لم ينص على حالة ضياع جزء من العين الموهوبة وسلامة الجزء الآخر. وعليه نقترح إدراج نص يرجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وهو جواز الرجوع فيما يبقى¹⁵³². كما نقترح على المشرع النص على جواز الرجوع في حالة إيجاد العين الضائعة¹⁵³³.

كما أنّ الإشكال الآخر في نفس الفقرة الثالثة المذكورة من نص المادة 211 من قانون الأسرة، أنّ المشرع لم يتناول مسألة زوال التغيير و عودة العين الموهوبة إلى ما كانت عليه، كإزالة البناء

1531 - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.168.

1532 - أدرج المشرع التونسي هذه المسألة ضمن موانع الرجوع في الهبة بالفصل 212 الفقرة الثانية من مجلة الأحوال الشخصية التونسية حيث جاء فيه: "إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي".

1533 - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.170.

أو اقتلاع الشجر. وعليه نرى ضرورة إدراج نص صريح يوافق ما ذهب إليه فقهاء المالكية وهو عودة حق الرجوع إذا زالت الزيادة، إعمالاً لقاعدة إذا زال المانع عاد الممنوع¹⁵³⁴.

كما أنّ الإشكال هو أنّ المشرع لم يتعرض لزيادة قيمة الشيء الموهوب والتي لا تمنع الواهب من ارتجاع هبته، لأنّها زيادة لم تمس الذات وإنّما مسّت القيمة.

وصفوة القول، أنّ المشرع الجزائري وإن كان قد نحى منحى الجمهور في إضفاء اللزوم على عقد الهبة، إلا أنّه لم يدرج كل الموانع التي تسقط عن الوالد حقه في الرجوع عن هبته لولده التي أوردها الفقهاء.

وبناء على ذلك، نقترح على المشرع إدراج باقي الحالات المنصوص عليها في الفقه المالكي وهي:

1/ مرض أحد المتعاقدين مرض يخشى معه الموت كمانع للرجوع، فإذا زال المرض عاد حق الرجوع.

2/ فقر الولد الموهوب له.

3/ موت أحد المتعاقدين¹⁵³⁵.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ القضاء الجزائري قد تعرض لهذا المانع - وفاة أحد المتعاقدين- في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 14 جوان 2006 والذي جاء فيه: "أنّه لا حق للورثة بعد وفاة الواهب، أثناء سير دعواه الرامية إلى إبطال الهبة، في إعادة السير بالقضية والتمسك بإبطال عقد الهبة الصادر من الواهب، لأنّ حق الرجوع مقرر للأبوين فقط"¹⁵³⁶.

¹⁵³⁴ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.171.

¹⁵³⁵ - مايا دقايشية، المرجع نفسه، ص.172..

¹⁵³⁶ - م ع، غ.أ.ش.م، 2006/06/14، ملف رقم 367996، م م ع، 2007، العدد 01، ص.479؛ باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.122-123.

كما ورد في قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 10 مارس 2011 على أنه: "قد ثبت من شهادة الوفاة أنّ المدعو (غ ر) هو أحد الموهوب لهم في عقد الهبة المحرر بتاريخ 1968/02/27، وقد توفي بتاريخ 1977/08/03 بعد انتقال موضوع الهبة إليه. ومن ثمة فالواهب المذكورة لا تملك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن تلك الهبة بعد وفاة الموهوب له. وبالتالي تكون قد وهبت بموجب عقد الهبة المحرر في 1995/11/13 شيئا لم تعد تملكه...وعليه فإنّ القضاة بإبطال عقد الهبة على هذا الأساس طبقوا سليم القانون"¹⁵³⁷.

وتأكد هذا المبدأ أيضا في القرار الصادر في 14 جوان سنة 2012 والذي جاء فيه: "حيث أنّ الشيء الموهوب كان قد انتقل بعد وفاة الموهوب له إلى ورثته ومن ثمة فإنّه لا يجوز لوالدته الواهب الرجوع عن الهبة المتعلقة به وانتزاعه منهم وذلك لثبوت حقهم فيه بالميراث، ولأنّ حقهم فيه قد أصبح أقوى من حقها في الرجوع عنه"¹⁵³⁸.

وهو ما يدفعنا إلى أن نقترح على المشرع النص على هذا المانع أي بمنع رجوع الواهب متى توفي الموهوب له، والتفريق بين الموت قبل الرجوع في الهبة والموت أثناء سير دعوى الرجوع، وذلك بمنع رجوع الورثة إذا توفي الواهب قبل مباشرته لدعوى الرجوع، مع تحويلهم حق إعادة السير بالقضية إذا ما توفي الواهب أثناء سير دعوى الرجوع"¹⁵³⁹.

وحجتنا في ذلك أنّ الرجوع حق شخصي للواهب ينقضي بموته، لكن إذا مارسه ثم توفي أثناء السير في الدعوى فإننا لا ننقل للورثة حق الرجوع اللصيق بالوالد الواهب لا غير، وإنما ننقل لهم حق إتمام الإجراءات التي شرع فيها احتراما لرغبته وتتمة لحقه في الرجوع.

¹⁵³⁷ - م ع، غ.أ.ش.م، 2011/03/10، ملف رقم 613091، م م ع، 2011، العدد 02، ص.278؛ باديس ذياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص.123-124.
¹⁵³⁸ - م م ع، غ.أ.ش.م، 2012/06/14، ملف رقم 692326، م م ع، 2012، العدد 02، ص.261.
¹⁵³⁹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص.173-174.

الخاتمة

إنّ ما نستخلصه في بحثنا هذا، أنّ إشكالات قانون الأسرة الجزائري عديدة ومتشعبة يصعب تحديدها وحصرها، ولقد حاولنا إبراز ومعالجة أهم هذه الإشكالات المثارة حول الزواج والطلاق والنيابة الشرعية والميراث والتبرعات، وسعينا قدر المستطاع أن نسلط الضوء على هذه الإشكالات في الواقع العملي والمعيشي، وأن نبين مخاطرها على المجتمع الجزائري، والسبب الأول الذي أدّى إلى كل هذه الإشكالات هو الثغرات التي يصر المشرع على إبقائها، ومستحيل أنّه غافل عنها ولا يعرفها.

فبالنسبة لتنظيم مسائل الزواج من حيث الانعقاد: - ظهر لنا خلال تطرقنا للإشكالات المثارة حول الخطبة في قانون الأسرة أنّه يوجد قلة في عدد النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع. ذلك أنّ المشرع لم يتعرض لشروط الخطبة، ولم يضع قاعدة إسناد خاصة تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي، أما بالنسبة للجانب العملي فاتضح لنا أنّ القرارات القضائية يوجد فيها خلط بين المخطوبة والمعقود عليها. كما تبين لنا أنّه يوجد قصور في تنظيم المشرع لأحكام العدول عن الخطبة، حيث أنّ المشرع لم يبين أسباب حدوث الضرر الموجبة للتعويض عند العدول عن الخطبة، كما أنّه يوجد ثغرات قانونية في تنظيم مسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، بالإضافة إلى أنّ المشرع لم يتعرض لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة.

لذلك يستحسن بالمشرع تنظيم ما لم يتم تنظيمه في أحكام الخطبة في نصوص واضحة ومفصّلة، حتى يسهل معرفة هذه المسائل وتوحيد العمل بها.

- أما بالنسبة لتكوين عقد الزواج، فإنّ المشرع الجزائري أغفل معالجة موضوعات ذات أهمية بالغة، حيث لم يتعرض لعيوب الرضا في عقد الزواج، ومن ثمّ يستوجب على المشرع تدارك هذا النقص التشريعي الواضح بخصوص عيوب الرضا، والقائم أصلا منذ صدور القانون القديم 84-11، خاصة مع كثرة انتشار الحيل وإخفاء الحقيقة، من جراء ضعف الوازع الديني والأخلاقي لدى بعض

الأشخاص في وقتنا الحاضر¹⁵⁴⁰.

- أما بالنسبة للاشتراط في عقد الزواج، فلاحظنا أنه يوجد تعارض وعدم انسجام بين المادة 32 المعدلة من قانون الأسرة التي تقضي ببطالان الشرط والزواج معا، وبين المادة 35 من نفس القانون التي تقضي بأنه إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينفيه، كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. و عليه لم يوفق المشرع في تنظيمه للعديد من المسائل المتعلقة بالاشتراط، لاحتواء النصوص القانونية على ثغرات وعيوب.

- أما بالنسبة للأهلية في الزواج، تبين لنا أنّ المشرع لم يضع الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج، وأنه يوجد عدم انسجام في مسألة توحيد سن الزواج للجنسين مع سن الرشد المدني، كما أنّ الإذن القضائي بالزواج يثير العديد من الإشكالات والمتمثلة في عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج، وعدم تحديده للقاضي السن الأدنى والسن الأقصى للزواج، بالإضافة إلى عدم تعرض المشرع لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه، وعدم وضع المعايير التي يعتمد عليها القضاة في تقدير المصلحة والضرورة.

وعليه، فإنّ المشرع لم يوفق في تنظيمه للمسائل المتعلقة بالأهلية، وأنّ التعديل الذي جاء به يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، لأنّه مادام يُبقي على نظام الزواج العرفي ويعترف بتسجيله قضائيا، فإنّه يمكن تخطي وتجاهل الإذن بالزواج للقصر بما يحمله من ضوابط تحكمه عن طريق إبرام الزواج بالفاحة، ثم بعد فترة تثبيتته قضائيا دون أية مشاكل، ومن ثم العبث بمصلحة القصر التي قد ينتج عنها في الكثير من الأحيان مطلقات قبل بلوغهنّ سن الزواج. لهذا يستحسن بالمشرع إلغاء المادة 22 من قانون الأسرة لأنّها تؤدي إلى تجاهل القيود القانونية وتجعل منها بلا فائدة ووجودها مثل عدمها.

- أما بالنسبة للشهادة الطبية قبل الزواج، فإنّه يستحسن بالمشرع أن يفصل أكثر وبدقة في تنظيمه لأحكام الشهادة الطبية، لأنّ عدد المواد التي جاء بها المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 06-154

¹⁵⁴⁰ - بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها على قانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 274-275.

كانت 07 فقط، وهي مواد قليلة جدا. ولذلك نوصي المشرع بتنظيم ما لم يتم تنظيمه في الشهادة الطبية، والتصدي للإشكالات القانونية وخاصة التعارض الموجود بين المادة 7 مكرر والمادة 2 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي المذكور، وبين المادة 22 من قانون الأسرة. وذلك بوضع سياسة تشريعية واضحة لا تخالف النظام العام الذي وضعته الدولة، وبضرورة أن يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا.

- أما بالنسبة لشرط الصداق في عقد الزواج، فإنه يثير عدة إشكالات، ولهذا من المستحسن أن يضع المشرع نصوصا قانونية صريحة لا تحتوي على إبهام، وأن يستعمل المصطلحات المناسبة والأحكام التي تتماشى مع التطور الاجتماعي مع التمسك بمبادئ الشريعة الإسلامية.

- أما 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 مختلفة¹⁵⁴¹، واختار أن يقف هذا الموقف الغامض ولم يراع تماما عادات وتقاليد المجتمع الجزائري المتشعبة بتعاليم الإسلام.

- أما بالنسبة للطلاق في قانون الأسرة، لاحظنا بأن المشرع لم يبين لنا طبيعة الحكم الخاص بالطلاق أهو كاشف أم منشيء. مما يثير إشكالية ثبوت الطلاق والتي تثير بدورها أكبر إشكال والمتمثل في عدم انسجام النص القانوني مع النص الشرعي، مما نتج عنه إشكالات أخرى، سببها في الواقع كان ناتجا عن مراعاة المشرع لعنصر الرسمية في الطلاق، إلا أنه كان من الممكن التنسيق بين متطلبات الرسمية ومراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في نفس الوقت، وذلك بالإشهاد 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.

¹⁵⁴¹ - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.42.

- كما لا حظنا أنه يوجد تضارب في مواقف القضاء حول إلزامية إجراء محاولات الصلح من عدمها قبل وبعد تعديل قانون الأسرة، واستنتجنا أنّ إجراء عدة محاولات صلح هو تعديل تشريعي لا فائدة له واقعيًا، إذ كيف يمكن للقاضي القيام على الأقل بثلاث محاولات صلح، الذي كثيرا ما يجد نفسه تحت ضغط متواصل من عدد الملفات، مما يعيقه عن بذل الجهد الحقيقي وتخصيص الوقت المطلوب لإجراء محاولات الصلح بالكيفية التي نصت بها المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة.

- أما بالنسبة للمادة 53 من ذات القانون، فإنّه يعاب على المشرع إتباعه فلسفة غير مجدية، وذلك نظرا للعدد المتشعب الذي تبناه من الأسباب المفضية إلى التطليق¹⁵⁴²، فعلاج المشاكل الأسرية لا يكون في كثرة أسباب التطليق وتنوعها، وإنما هو خلق لمشاكل عديدة جديدة.

- كما أنّ المشرع لم يعط لموضوع الخلع أهميته اللازمة، مكتفيا بمادة واحدة جاءت ضعيفة من حيث الكم لاحتواء كل موضوع الخلع، فكان الأجدر على المشرع لو وضّح الكثير من الأمور المتعلقة بهذا الموضوع المهم، حتى نجنب القضاة الوقوع في الإشكالات.

- أما بالنسبة لقاعدة الإسناد المتعلقة بانحلال الزواج والانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي، فإنّها تثير العديد من الإشكالات والتي من بينها إشكالية المساس بمبدأ المساواة بين الزوجين في حصره فقط بتطبيق القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى، دون الأخذ بعين الاعتبار القانون الأصلح للزوجة في المادة 12 الفقرة الثانية منها في القانون المدني. بالإضافة إلى إشكالية تغير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى، وإمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون.

كما أنّ الاستثناء الذي جاء في نص المادة 13 من القانون المدني يثير بدوره العديد من الإشكالات، والتي من بينها استحالة تطبيق القضاة للقانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني، بل استحالة تطبيق هذه الأخيرة من أصلها نظرا لوجود المادة 09 من نفس القانون، والتي تخضع

¹⁵⁴² - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص. 69.

التكييف لقانون القاضي الذي لا يعرف هذه الفئة القانونية الغريبة. بالإضافة إلى عدم فتح المشرع المجال إلى حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني.

- كما أنّ المشرع لم يكن موفقاً عند تطرقه لموضوع النزاع حول متاع بيت الزوجية، وذلك باقتصاره على مادة واحدة و وحيدة، فالمادة 73 من قانون الأسرة لا تجيب عن كل الأسئلة والاستفسارات، وذلك بإعطائها لبعض الحل وليس كله.

- أما فيما يتعلق بالحضانة، فإنّ 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: "ويشترط أن يكون أهلاً لذلك"، فكان الأجدر على المشرع لو وضع على الأقل مادة واحدة تفصل كل الشروط لممارسة الحضانة.

- أما بالنسبة لسكنى المطلقة الحاضنة، فإنّ المشرع لم يكن موفقاً 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 مجانية للصواب، لأنّه لم يوضح الأساس الشرعي والقانوني لبقاء الحاضنة في بيت الزوجية رغم أنّ الطلاق في قانون الأسرة طلاق بائن.

- كما أنّ الزواج المختلط يعتبر فعلاً 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 أنّ المشرع أغفل مسألة هامة كثيراً ما تثار بالنسبة للمحضون، وهي انتهاء مدة الحضانة ورفض الطفل الانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تَعَوُّده على العيش مع أمه مثلاً لفترة طويلة.

- أما بالنسبة لمسألة استحداث المشرع لصندوق النفقة بالقانون رقم 15-01 المتعلق بإنشاء صندوق النفقة، فإنّه رغم أهمية إحداث هذا الصندوق من الناحية الاجتماعية، فقد أثّرت بشأنه

الكثير من الإشكالات والتي ترتبط أساسا بإجراءات الاستفادة من هذا الصندوق، وبالفئات المستفيدة منه، فقد استثنى المشرع فئة عريضة من الأطفال هم في أمس الحاجة إلى المساعدة الاجتماعية لهذا الصندوق. كما استثنى النساء المطلقات المعوزات والتي توفي عنهن وعن أبنائهن أزواجهن أي الأرمال، فالمشرع الجزائري من خلال ذلك لم يكن منصفاً في تقديره هذا على أساس أنه تحيز لصالح الفئات المذكورة على حساب فئات كثيرة هي في أمس الحاجة إلى الدعم والمساعدة.

- أما بالنسبة لتنظيم المشرع للنيابة الشرعية بصفة عامة، ومسائل الولاية بصفة خاصة، قد عرف نوع من الغموض، من جهة. وبعض النقائص وسوء التنظيم، من جهة أخرى. كما جاءت بعض أحكام الولاية مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، بالرغم من التعديلات التي أدخلها المشرع على أحكام الولاية أين أراد أن يجعل تلك النصوص تتماشى مع الواقع المعاش. بالإضافة إلى أنّ النصوص القانونية المنظمة للولاية في قانون الأسرة، قد تناقضت مع القوانين الأخرى، كالقانون التجاري والقانون المدني، بل وجاءت متناقضة حتى مع قانون الأسرة في حد ذاته، وخاصة بين نصوصه باللغة العربية وترجمتها باللغة الفرنسية.

- أما بالنسبة لتنظيم المشرع لأحكام الميراث في قانون الأسرة، فإنه يثير العديد من الإشكالات، حيث لاحظنا أنّ المشرع لم يتقيد بمذهب واحد في صياغة القواعد القانونية للميراث، وإنما تبني جميع المذاهب الفقهية وحتى بعض الاجتهادات التي خالفت المذاهب السنية الأربعة ومثالها التنزيل.

كما أنّ المشرع فتح المجال أمام قاضي شؤون الأسرة لإعمال سلطته في المسائل المسكوت عنها، وهذا ليس بالحل الفاصل بل قد يفضي لما هو أدهى من الإغفال بذاته. والإشكال أنّ نص المادة 222 من قانون الأسرة لا يحسم الأمر بصورة قطعية، نظرا لاختلاف الاجتهاد الفقهي حول هذه المسائل، وأتى لمن قلّ حظه في علوم الشريعة أن يلقي بنفسه في بحر الاختلافات ليرجح الأقوال وينتقي الرأي الفقهي المناسب.

وعليه، لابد من استدراك بعض الإغفالات الموجودة في تنظيم المشرع لأحكام الميراث، وذلك بتصويب الصياغة وتبني المصطلحات الفقهية وتوحيدها على كامل مواد الميراث. والحرص على تحقيق الانسجام بين مضامين المواد القانونية المنظمة للميراث في حد ذاتها، أو النص العربي والنص الفرنسي، أو بين النص القانوني والاجتهاد الفقهي.

- أما بالنسبة للمسائل المتعلقة بالتبرعات في قانون الأسرة، فلاحظنا أنّ المشرع قد وضع نصوص قانونية مقتضبة لكل من الوصية والهبة، بالإضافة إلى غياب قانون مستقل للوصية وعدم إدراج باب كامل للهبة في القانون المدني ينظم أحكامهما ويضبط قواعد الرجوع فيهما. والإشكال الأكبر أنّه غياب النصوص القانونية المنظمة للوصية والهبة والوقف، فإنّ المشرع يحيلنا إلى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية من غير تحديد للمذهب الواجب إتباعه، مما يفرض علينا صعوبة التنقيب في كافة المذاهب الفقهية.

وفي الختام كل ما نرجوه من المشرع الجزائري الإتيان بنصوص قانونية تحرص على استلها مبادئ الشريعة الإسلامية، حيث تتخذ مسلكاً تأصيلياً يهدف التوافق مع المرجعية الأصولية، من خلال تبني بعض آليات الاجتهاد المعتمدة في الاختيارات الفقهية والترجيح بينها، والعمل بمبدأ المصلحة والاجتهاد المقاصدي، وذلك تبعاً للحقائق الاجتماعية المعاشة. وذلك لا يتأتى إلا بفتح هذا المجال لذوي الأفكار النيرة والكفاءات الفقهية والقانونية قصد إمداده بمعلومات كافية وأضواء ساطعة لمحاولة إصلاح ما في مسائل الأسرة من نقص وتغيير ما لا يناسب التطور الواقعي. أو إضافة ما يسدّد سير الأسرة الجزائرية وفق متطلبات العصر والثوابت الشرعية.

انتهى بحمد الله وتوفيقه.

قائمة الملاحق:

الملحق رقم 01: يتضمن حكم غير منشور صادر عن محكمة حمام بوحجر (التابعة لمجلس قضاء عين تموشنت)، تاريخ الحكم: 2015/11/05، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 15/00693، رقم الفهرس: 15/01055.

الملحق رقم 02: يتضمن حكم غير منشور صادر عن محكمة وهران، تاريخ الحكم: 2015/06/24، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 05902/15، رقم الفهرس: 15/10051.

الملحق رقم 03: يتضمن حكم غير منشور لمحكمة وهران، بتاريخ 2014/06/10، قسم شؤون الأسرة، رقم الجدول: 02504/14، رقم الفهرس: 08360/14.

الملحق رقم 04: يتضمن حكم غير منشور لمحكمة عين تموشنت، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم: 2017/04/18، رقم الجدول: 16/03584، رقم الفهرس: 17/01176.

الملحق رقم 05: يتضمن حكم غير منشور لمحكمة المسيلة، قسم شؤون الأسرة، تاريخ الحكم: 2008/04/02، رقم الجدول: 08/0115، رقم الفهرس: 08/0337.

الملحق رقم 06: يتضمن حكم غير منشور، لمحكمة حمام بوحجر، مجلس قضاء عين تموشنت، بتاريخ 2017/02/28، رقم الجدول: 46/03651، رقم الفهرس: 17/00665.

الملحق رقم 07: يتضمن حكم غير منشور لمحكمة حمام بوحجر، مجلس قضاء عين تموشنت، بتاريخ 2016/10/13، رقم الجدول: 16/00567، رقم الفهرس: 16/00994.

الملحق رقم 08: يتضمن حكم غير منشور لمحكمة عين تموشنت، في 2012/04/05 رقم الجدول: 11/0233، رقم الفهرس: 12/00762.

الملحق رقم 09: يتضمن القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة. ج.ر. الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 7 يناير سنة 2015.

قائمة المراجع

أولا – المراجع العامة.

ثانيا – المراجع المتخصصة.

ثالثا – أطروحات الدكتوراه والمذكرات.

رابعا – المقالات والتعليق.

خامسا – النصوص القانونية.

سادسا – القرارات العربية.

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، 1998.
- 2- ابن أبي شيبة، الآثار في المصنف، ج. 8، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 3- ابن القاسم الغزي، حاشية الشيخ ابراهيم البيجوري، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، ج. 2، ط. 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 1420 هـ الموافق لـ 1999 م.
- 4- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ط. 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998.
- 5- ابن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج. 4، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 هـ- 2003 م.
- 6- ابن تيممة، الفتاوى الكبرى، ج. 4، دار الكتب العلمية، د.ب.ن، د.ت.ن.
- 7- ابن حزم الأندلسي، المحلى، ج. 10، دار الآفاق الحديثة، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 8- ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987.
- 9- ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج. 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988.
- 10- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج. 2، دار الكتاب العربية، القاهرة، 1325 هـ.
- 11- ابن منظور، لسان العرب، ج. 1، ج. 4، ج. 5، ج. 9، ج. 10، ج. 11، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1413 هـ- 1993 م.

- 12- ابن نجيم عبد الله ، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة ، تحقيق محمد أبو الأجفان، ج.03 ، ط.01، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1995.
- 13- أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن ورد، صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، 1983.
- 14- أبو بكر الجزائري، أيسر التفاسير، ج.1، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، 1995 .
- 15- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، مع تكملة نجيب المطيعي، المجموع شرح المذهب، ج. 16، دار الفكر، دمشق، سوريا، د.س.ن.
- 16- أبو عبد الله بن يزيد القزويني الشهير بابن ماجة، سنن ابن ماجة، ط.1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، د.س.ن.
- 17- أبو عبد الله محمد الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق محمد أبو الأجفان والظاهر المعموري، ج.1، دار الغرب الإسلامي، 1993 .
- 18- أبو محمد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، ج.9، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 19- 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، 1994.
- 20- أبي إسحاق الشيرازي ، المذهب في فقه الإمام الشافعي ، ج.1، ج.3، ط.1 ، دار القلم ، سوريا ، 1996.
- 21- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه و هو شرح مختصر المزني ، ج.11 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 1994.

- 22- أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ج.6، ط.2، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة،السعودية، 1968.
- 23- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج.1، دار صادر، لبنان، 1988 .
- 24- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج.1، ط.3 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ-2003 م.
- 25- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج.3 ، مطبعة السعادة ، القاهرة ، مصر، سنة 1328 هـ .
- 26- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.5 ، ط.2 ، دار الفكر ، لبنان ، 1398 هـ الموافق لـ 1978م.
- 27- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.6 ، ط.1 ، دار الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن.
- 28- أبي عبد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالخطاب الرعيني ، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل ، ج.6 ، ط.2 ، دار الفكر ، لبنان ، 1398 هـ الموافق لـ 1978م.
- 29- أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ج.3 ، دار عالم الكتب ، سعودية ، د.س.ن.
- 30- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم و سننه و أيامه ، ج.2 ، ط.1 ، المطبعة السلفية و مكتبتها ، مصر ، 1403 هـ.

- 31- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، 1998.
- 32- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية للنشر والتوزيع، السعودية، د.ت.ن.
- 33- أبي حامد محمد بن محمد الغزالي ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي ، ج.1 ، ط.1 ، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان ، 1997.
- 34- أبي عبد الله محمد الخرشى المالكي، حاشية الخرشى على مختصر سيدي الخليل، ج.03، و ج.8، ط.2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1317هـ.
- 35- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ، جامع الترمذي ، بيت الأفكار الدولية للنشر و التوزيع ، السعودية ، د.س.ن.
- 36- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ، المحلى ، ج.9، ج.10، إدارة الطباعة المنيرية ، مصر ، 1352 هـ.
- 37- أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد حجي، ج.13، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994.
- 38- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، ج.2، ج.5، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية ، مصر ، د.س.ن.
- 39- أحمد بوحاقة، معجم النفائس ، الوسيط، دار النفائس ، بيروت ، 2007.
- 40- أحمد حماني، فتاوى الشيخ أحمد حماني، ج.1، منشورات قصر الكتاب، د.س.ن.
- 41- أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام ، ط.1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008.

- 42- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، ج.1، دار هومه، الجزائر، 2003.
- 43- الألباني، إرواء الضليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بإشراف زهير الشاويش، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1407هـ-1987م.
- 44- الإمام البخاري، صحيح البخاري، دار القلم، 1987 .
- 45- الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج.3، ط.1، دار ابن كثير، دمشق و بيروت، 1423هـ-2002.
- 46- الإمام مالك، المدونة الكبرى، برواية سحنون، ط.4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.
- 47- الإمام مالك، الموطأ، باب القضاء في المرفق، ج.4، ط.1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان، 1425 هـ - 2004 م.
- 48- الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 49- الباجي أبو الوليد، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق محمد عبد القادر أحمد عطا، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999.
- 50- البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج. 3، ط.1، طبعة عالم الكتب، 1414 هـ - 1993.
- 51- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي و أدلته، ج.4، ط.1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، سنة 1423 هـ - 2002 م.

- 52- الجصاص أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405 هـ.
- 53- الدار قطني الحافظ الكبير علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، إعداد حسن عبد المؤمن شلبي و محمد اشرف الاتاسي، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1424 هـ-2004 م.
- 54- الدردير، الشرح الصغير ، ج.06، مطبعة الحلبي ، القاهرة ، د.س.ن.
- 55- الشوكاني، فتح القدير، ج.2، دار الأرقم، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 56- الغرياني الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج.2، ط.1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 2001 .
- 57- الطالقاني ، المحيط في اللغة ، المجلد الثاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 2010.
- 58- الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 1995.
- 59- الغوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 .
- 60- المنجد في اللغة و الإعلام، ط.41، دار الشرق، بيروت، لبنان، 2005.
- 61- إكرام عبد السلام، الوراثة بين الصحة والمرض، دار المعارف، مصر، 2001.
- 62- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد ، دار الحفظ، جدة ،السعودية، 2011.
- 63- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، د.م.ج، الجزائر، 2011 .

- 64- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج.2، د.م. ج ، الجزائر، 2008 .
- 65- بليور عبد الكريم، محاضرات القانون الدولي الخاص على ضوء التعديلات التي جاء بها قانون رقم 05-10 لسنة 2005، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2010-2011.
- 66- بلمامي عمر، دراسات في القانون الدولي الخاص المعاصر ، نظرية التكييف ، دراسة تحليلية ونقدية ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 .
- 67- حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلسنة للنشر، السعودية، 1420هـ.
- 68- حسام الدين السنغاني، الوافي في أصول الفقه، تحقيق أحمد محمود اليماني، ج.4، دار القاهرة، مصر، 2003 .
- 69- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن.
- 70- جابر جاد عبر الرحمن، تنازع القوانين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، مصر، 1956.
- 71- جاسم علي سالم، الأسرة ومرض الايدز، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة، العدد 09، ج. 04، السعودية، 1996.
- 72- جمال مهدي محمود الأكنشة ، مسؤولية الآباء المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دراسة مقارنة ، ط.1 ، دار الفكر ، مصر ، 2009.
- 73- رويحي البعلبكي، المورد الثلاثي، دار العلم للملايين ، د.ب.ن.، 2004.
- 74- زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، ج.1، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 75- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

- 76- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، ج.8، دار الثقافة، لبنان، د.ت.ن.
- 77- زهو أحمد النجدي، نظرية التعسف في استعمال الحق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
- 78- زين الدين بن علي بن أحمد العاملي ، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ، ج.5 ، دار عالم الإسلامي ، د.م.ن ، د.س.ن .
- 79- سعيد حوى، الأساس في تفسير القرآن، ج.2، ط.5، شركة الشهاب للنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.
- 80- سلمان البيجرمي، حاشية البيجرمي علي الخطيب ، ج.4 ، ط. الأخيرة ، دار الفكر العربي ، لبنان، 1981.
- 81- سليمان بن الأشعث أبو داود، السنن ، ط.01، دار ابن الجزري ، القاهرة ، 2011.
- 82- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج.2، ط.5، دار الكتاب العربي الحديث، لبنان، 1992.
- 83- سنن الترمذي، ج.3، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.ن.
- 84- سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، ط.7، بيروت، لبنان، 1985.
- 85- سيف رجب قزامل ، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2010 .
- 86- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2، دار إحياء الكتب العلمية، د.م.ن ، د.س.ن.

- 87- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي ، ج 3 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية، لبنان ، 1984.
- 88- 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، 1994 .
- 89- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسي ، المغني ويليهِ الشرح الكبير ، ج 6 ، ج 7، ج 8، ج 9، دار الكتاب العربي ، لبنان ، د.س.ن.
- 90- شمس الدين أحمد بن قودر ، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار تكملة شرح فتح القدير للإمام ابن همام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي ، ج 9 ، ط 1 ، دار الكتب العلمية ، لبنان، د.س.ن.
- 91- شمس الدين السرخسي ، المبسوط ، ج 5 ، ج 8، ج 12، ج 24، ج 28، ج 30، دار المعرفة ، لبنان ، د.س.ن .
- 92- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2، ج 3، ج 4، دار إحياء الكتب العلمية ، د.م.ن ، د.س.ن .
- 93- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج على مذهب الإمام الشافعي، ج 4، ج 5، ج 7، ط 3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

- 94- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1987.
- 95- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج.2، ج.3، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1997.
- 96- شوقي بناسي، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، داسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية الفرنسي و المصري، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2009.
- 97- صبحي صالح، منهل الواردين بشرح رياض الصالحين للإمام النووي، ط.1، دار العلم للملايين، لبنان، 1970.
- 98- صبحي عرب، محاضرات في القانون التجاري، الإفلاس و التسوية القضائية، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 2000.
- 100- صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، لبنان، 1984.
- 101- عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية، ج.1، ط.1، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 102- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الرابع، دار المكتبة العلمية، لبنان، 1999.

- 103- عادل حسين علي، أحكام الإثبات، مصر، 1998.
- 104- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 105- عبد الحميد شاكر، أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وأولاده، ط.1، جروس برس، 1996 .
- 106- عبد الرحمن البناء، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج.16، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 107- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، المجلد الرابع ، دار المكتبة العلمية ، لبنان، 1999.
- 108- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الصفا، القاهرة، مصر، 2003.
- 109- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.5، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، بيروت، لبنان، 2000.
- 110- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج.1، دار إحياء التراث العربي، دار النشر للجامعات المصرية، 1952.
- 111- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 .
- 112- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط.1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 1995.

- 113- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.ط، د.ب.ن، 2006.
- 114- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، المجلد الثاني، دار التراث، القاهرة، 1987.
- 115- عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ط. 6، مؤسسة الرسالة ،د.ب.ن ، د.س.ن.
- 116- عبد المجيد نجار، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1987.
- 117- عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1420 هـ - 2000 م.
- 118- عز الدين بليق، منهاج الصالحين من أحاديث وسنة خاتم الأنبياء والمرسلين، ط.1، دار الفتح للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1398 هـ - 1978 م.
- 119- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، ج.2، ط.9، الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986.
- 120- عكاشة محمد عبد العال، قواعد التنازع في القانون المصري ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2002.
- 121- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج.5 ، ط.1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د.س.ن.

- 122- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، ج.7 ، ط.1 ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، د.س.ن.
- 123- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج.2، ج.3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982.
- 124- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج.5، ج.6، ج.7، ط.2 ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، 2003.
- 126- علي أحمد الجرجاوي، حكمة التشريع و فلسفته، ج.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1997 .
- 127- علي بن سلميان المرداوي، الإنصاف، ج.18، ط.01، دار هاجر، القاهرة، مصر، 1995.
- 128- علي فيلاي، الالتزامات، م.و. ف.م ، الجزائر، ط.2، 2008 .
- 129- عمر عزيمن، دليل قاضي النيابة العامة، سلسلة الدلائل والشروح القانونية، ط.1، منشورات وزارة العدل المغربية، مطبعة فضالة المحمدية، 2000 .
- 130- عمر يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هوم، الجزائر، 2001.
- 131- غالب علي الداوي وحسين محمد المهداوي، القانون الدولي الخاص، الجنسية، الموطن ، مركز الأجانب و أحكامه في القانون العراقي، ج. 1 ، العراق، د.ت.ن.
- 132- فاطمة الزهراء بن محمود وسامية دولة، اجتهادات قضائية معلق عليها، مركز الدراسات القانونية والقضائية، د.د.ن، تونس، 2006 .

- 133- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1981 .
- 134- فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، الجزائر، د.س.ن.
- 135- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج.6، ط.1، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1375 هـ.
- 136- ماير بيار-هوزيه فانسان، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، 2008 .
- 137- محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين، رد المختار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، ج.2، المطبعة الأميرية بولاق، 1323 هـ .
- 138- محمد أمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج.5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1987.
- 139- محمد المواق، التاج و الإكليل لمختصر خليل، ج.5، ط.2، دار الفكر، القاهرة، مصر، 1978 .
- 140- محمد بن أبي بكر الفيومي، المصباح المنير، تحقيق يحي مراد، ط.01، مؤسسة المختار، القاهرة، مصر، د.ت.ن.
- 141- محمد بن أحمد بنيس، بهجة البصر في شرح فرائض المختصر : كتاب في التركات و الموارث، تحقيق محمد محدة، دار الهدى ، عين مليلة ، 1991.
- 142- محمد بن إسماعيل أمير الصنعاني، سبل السلام، المجلد الثاني، ج.3، دار الحديث، القاهرة، مصر، د.س.ن.

- 143- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.2، ج.6، دار الفكر العربي، 1987 .
- 144- محمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.
- 145- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2000 .
- 146- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ج.2، دار هومه، الجزائر، 2001.
- 147- محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2002 .
- 148- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 149- محمد شلتوت، الإسلام عقيدة وشرعية، ط.8، دار الشروق، القاهرة، مصر، 1421هـ - 2001 م .
- 150- محمد صبري الجندي، النيابة في التصرفات القانونية، دراسة في التشريعات و الفقه الإسلامي من منظور موازن، ط.1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2012.
- 151- محمد عبد الله قاسم، المعتمد، دار صادر، بيروت، لبنان، 2000.
- 152- محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 .

- 153- محمد فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، ج.2، ط. 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1994.
- 154- محمود بن أحمد العيني، البداية في شرح الهداية، ج.04، ط.2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- 155- محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، دار الكتاب العربي، مصر، د.ت.ن.
- 156- مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام ألف باء، الطبعة 09، سوريا، 1967.
- 157- 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، 1997 .
- 158- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن القناع، تحقيق أبو عبد الله محسن محمد حسين اسماعيل الشافعي، ج.5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1997 .
- 159- مولاي ملياني بغداداي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، 1997.
- 160- موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين بن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج.7، دار الغد العربي، 1995 .
- 161- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2008 .
- 162- نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشأة المعارف، مصر، 2001.
- 163- نبيل ابراهيم سعد ومحمد محسن قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي، دون معلومات أخرى.

- 164- نبيلة سيلان، الإثبات، مطبعة الحي، طنجة، 1998 .
- 165- نجيب بكير، دور النيابة العامة في قانون المرافعات، ط.1، مكتبة عين شمس، القاهرة، مصر، 1984 .
- 166- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الجزائر، 1981 .
- 167- يحيى بن الشريف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق محمد نجيب المطيعي، ج.17، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.ت.ن.
- 168- يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، ط.11، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1397 هـ - 1977 م.
- 169- يوسف القرضاوي، من هدى الإسلام، فتاوى معاصرة، ج.2 ، ط. 3، دار الوفاء، المنصورة، 1994.
- 170- يوسف يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية في المنظور الشرعي والطبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

* باللغة الفرنسية:

- 1- CHAPELLE -André, Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, these, Paris, 1979.
- 2- MAYER Pierre, Droit international privé , 6 ème edition, Montchrestien, 1998.

ثانيا- المراجع المتخصصة:أ- المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية:

- 1- إبراهيم بن عبد الله بن براهيم بن سيف بن عبد الله الفرضي المشرقي الحنبلي ، العذب الفاض شرح عمدة الفارض على منظومة كل فارض في علم الوصايا و الفرائض المعنونة بألفية الفرائض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، 1999.
- 2- أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تفسير البغوي معالم التنزيل ، ج.1، دار طيبة، السعودية، 1409 هـ.
- 3- أحمد إبراهيم بك وواصل عطاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، مصر، 2003 .
- 4- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية، ج.1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1985 .
- 5- أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط.3، مكتبة الفلاح، بيروت، لبنان، 1982 .
- 6- أحمد بن يوسف بن أحمد الديريش، الزواج العربي، حقيقته، وأحكامه، وآثاره، والأنكحة ذات الصلة به، دراسة فقهية مقارنة، ط.1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1426هـ- 2005 م.
- 7- أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الشروق، بيروت، لبنان، 1408 هـ - 1988م.
- 8- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997 .

- 9- أحمد محمد المومني و إسماعيل أمين نواهضة، فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، ط.1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1430 هـ - 2009 م.
- 10- أحمد محمد شاکر، نظام الطلاق في الإسلام، ط.2، مكتبة السنّة، القاهرة، مصر، 1998.
- 11- أحمد محمود الشافعي، الميراث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1983.
- 12- أحمد محمود الشافعي، الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للمطبوعات، مصر، 1994.
- 13- أحمد محمود خليل، عقد الزواج العربي، أركانه و شروطه وأحكامه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002 .
- 14- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في القانون الكويتي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006 .
- 15- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 16- أحمد نصر الجندي، النفقات في الشرع والقانون، نفقة الزوجة، نفقة الصغير، نفقة الأقارب، دار الكتاب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 1995.
- 17- الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، تطبيقاتها في المذهب المالكي، دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.ب.ن، 1996.
- 18- الأزهر محمد، شرح مدونة الأسرة المغربية الجديدة، دار النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2004 .

- 19- الشيخ الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية على ضوء الكتاب و السنة ، مكتبة رحاب ، قسنطينة ، 1990.
- 20- المطرزي ناصر الدين، المغرب في ترتيب المغرب، ج.1، ط.1، مكتبة أسامة بن زيد، سوريا، 1979.
- 21- الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، ط.1، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، سنة 1989 .
- 22- أماني علي متولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1430 هـ -2010 م.
- 23- أمير فرج يوسف، العنف الأسري ضد النساء والأطفال و مكافحة التمييز العنصري، المكتب العربي الحديث، عمان، 2011.
- 24- بدران أبو العينين بدران، أحكام التركات و المواريث في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية، 1981.
- 25- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط.2، مطبعة دار التأليف، القاهرة، مصر، 1961 .
- 26- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.
- 27- حارس علي القطري، الموسوعة التطبيقية للأحوال الشخصية، الولاية على المال بمحاكم الأسرة، دار محمود للنشر و التوزيع، المكتبة القانونية، القاهرة، مصر، د.س.ن.

- 28- حسن صبحي أحمد عبد اللطيف، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، مؤسسة شباب الرسالة، مصر، د.س.ن.
- 29- حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 30- حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل ، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2013.
- 31- جميل فخري محمد جانم، التداير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، ط.1، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009 .
- 32- رشدي شحاتة أبو زيد، الاشتراط في وثيقة الزواج، دار الفكر العربي، لبنان، 2001 .
- 33- رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1999.
- 34- رفيق يونس المصري ، علم الفرائض والموارث، ط.1 ، دار القلم، سوريا ، 1994.
- 35- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002 .
- 36- سعيد عبد الوهاب عيسى الخيالي، موانع الميراث (دراسة مقارنة)، ط.1، المكتب الجامعي الحديث ، العراق ، أغسطس ، 2015.
- 37- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العربي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم(1) لسنة 2000، الإسكندرية، مصر، 2001 .

- 38- صوفي أبو طالب، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ج.1، ط.1، دار الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1420 هـ - 2000 م.
- 39- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 1430 هـ / 2009 م.
- 40- عادل محمد سليم، الزواج العربي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2002 .
- 41- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج.2، الطلاق وآثاره، ط.8، منشورات جامعة دمشق، 2001/2000.
- 42- عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1979 .
- 43- عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ج.1، ط.2، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1968 .
- 44- عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، دار الفكر المعاصر، بيروت، دار الفكر، دمشق، 2001.
- 45- عبد الرحمن بن سعد الشتري، حكم تقنين منع تزويج الفتيات أقل من 18 سنة و تحديد سن الزواج، ط.2، دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، 1431 هـ - 2010 م.
- 46- عبد العزيز بن محمد الصغير، أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، ط.01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر ، 2015.
- 47- عبد الفتاح ابراهيم بهنسي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية فقها وقانونا، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، القاهرة، مصر، د.س.ن.

- 48- 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، 2012 .
- 49- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، لطلبة قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، منشورات ثالثة، بن عكنون، الجزائر، 2000 .
- 50- عبد الفتاح كباره، الزواج المدني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الندوة الجديدة، بيروت، لبنان، 1414 هـ - 1994 م.
- 51- عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الأحوال الشخصية، ط.3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997 .
- 52- عبد الله عمر، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط.03، دار المعارف، مصر، 1958.
- 53- عبد اللطيف فايز دريان ، فقه الموارث في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد الثالث، دار النهضة العربية ، مصر ، 2006.
- 54- عبد الله لوسي التناي، مدونة الأسرة المغربية في إطار المذهب المالكي وأدلته ، ط. 1 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، المملكة المغربية ، 2005 .
- 55- 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، 1427 هـ - 2006 م.
- 56- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، دار العلم، الكويت، 1990 .

- 57- عبد رب النبي علي الجارحي، الزواج العرفي، المشكلة والحل، والزواج السري و نكاح المتعة، والزواج العرفي عند المسيحية و زواج المسيار، دار الروضة للنشر والتوزيع، مصر، د.س.ن.
- 58- عبير ربحي شاكرا القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الفكر، عمان، الأردن، 2007 .
- 59- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، د.س.ن.
- 60- علي بن محمد بن محمد بن علي القرشي البسطي الأندلسي المالكي (أبو الحسن) ، الشهير بالقلصادي ، إرشاد المتعلم وتنبيه المعلم لفرائض الشيخ خليل ، تحقيق منير بن مختار التليلي ، منشورات ELGA فالتا ، مالطا ، 2001.
- 61- علي لبن، الزواج العرفي شرعا و قانونا، المشكل والحل، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 62- علي محمد قاسم، التفريق بين الزوجين لعدم الوفاء بالشرط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005 .
- 63- عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1420 هـ - 2000 م.
- 64- عمرو عيسى الفقي، التطلق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعات القانونية، مصر، 1998.
- 65- عوض رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج.1، ط.1، د.د.ن، 2002 .
- 66- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، أسانيدھا ومقاصدها، دراسة مقارنة، ط.1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010 .

- 67- فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000 .
- 68- كوثر كامل علي، شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ، دار بوسلامة للطباعة و النشر والتوزيع، تونس، 1983.
- 69- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 70- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957 .
- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 71- محمد الزحيلي ، الفرائض و الموارث و الوصايا ، ط.01، دار الكلم الطيب ، دمشق ، بيروت، (سوريا و لبنان) ، 1422 هـ - 2001م.
- 72- محمد الشحات الجندي، الميراث في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، مصر ، د.س.ن.
- 73- محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة، ج.1، الزواج، ط.1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1427 هـ - 2006 م.
- 74- محمد بن عبد العزيز النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، السعودية، 2012.
- 75- محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط.1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، العراق، 1957 .
- 76- محمد رأفت عثمان، عقد الزواج، أركانه و شروط صحته في الفقه الإسلامي، د.د.ن، د.س.ن.

- 77- محمد رأفت عثمان، فقه النساء في الخطبة و الزواج، دار الاعتصام، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 78- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ط.1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2006 .
- 79- محمد صالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه، 1999.
- 80- محمد فتحي نجيب و محمود محمد غنيم، قانون إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، ط.1، دار الشروق، القاهرة، مصر، 2002 .
- 81- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 82- محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي، 2003 .
- 83- محمد محي الدين عبد الحميد ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، ط.01 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1984.
- 84- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983.
- 85- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، دار حامد، الأردن، 2008.
- 86- 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، 1378 هـ - 1958 م.
- 87- محمود على السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط.3 ، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 2010 .

- 88- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج.1، الزواج والطلاق، ط.7، المكتب الإسلامي، دمشق، سوريا، 1417 هـ - 1997 م .
- 89- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط.1، دار السلام، القاهرة، مصر، 1998.
- 90- مصطفى السباعي و عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية و الوصية والتركات، ج.02، ط.05، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا ، 1988.
- 91- مصطفى بن العدوي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر، 1409 هـ - 1988 م.
- 92- معوض عبد التواب، الولاية على المال، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
- 93- معوض عبد التواب ، موسوعة الأحوال الشخصية ، ج.3 ، ط.7 ، منشأة المعارف ، مصر ، 1997.
- 94- منصوري نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلية، الجزائر، 2012.
- 95- نصر سلمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دار الفجر، الجزائر، 2005.
- 96- هلال يوسف إبراهيم، أحكام الزواج العرفي للمسلمين وغير المسلمين من المصريين، الناحية الشرعية و القانونية، شرح و تعليق و صيغ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 97- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.

98- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.4، الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، 1405 هـ - 1985 م.

99- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.5، ج.7، ج.8، ج.10 الأحوال الشخصية، ط.2، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، 1405 هـ - 1985 م.

ب- المراجع الخاصة بقانون الأسرة الجزائري:

* باللغة العربية:

1- 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.

2- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط.1، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، 2005 .

3- باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008 .

4- باديس دياي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، ج.1، دار الهدى، الجزائر، 2012.

5- باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2007 .

6- بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

7- بلحاج العربي ، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، ط.02 ، د.م.ج ، الجزائر ، 2005.

- 8- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، الزواج والطلاق، ط.3، د.م.ج، الجزائر، 2004 .
- 9- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، د.م.ج، الجزائر، 1999.
- 10- بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، د.م.ج، الجزائر، 2002 .
- 11- بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد الصادر بالأمر الرئاسي 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، دار الهلال للخدمات الإعلامية، موسوعة الفكر القانوني، 2005 .
- 12- بن زبطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط.1، الجزائر، 1428 هـ - 2007م.
- 13- بن شويخ الرشيد ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، د.س.ن.
- 14- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 .
- 15- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، د.م.ج، الجزائر ، 2001.
- 16- تشوار جيلالي، محاضرات في مقياس قانون الأسرة، أقيمت على طلبة السنة الرابعة كلاسيكي، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2010-2011 .
- 17- تشوار جيلالي، محاضرات في قانون الأسرة، أقيمت على طلبة سنة أولى ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم قانون خاص معمق، 2011-2012.

- 18- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية تطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2008 .
- 19- تقيّة عبد الفتاح، قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات ثالة، الجزائر، 2011.
- 20- جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، ج.1، ج.2، ج.3، ط.1، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 .
- 21- جمعة سمحان الهبلاوي ، الأهلية و عوارضها و الولاية العامة و الخاصة ، دار الهدى ، الجزائر ، د.س.ن.
- 22- جيجك صالح، الميراث في القانون الجزائري، ط.2، د.د.ن، الجزائر، د.ت.ن.
- 23- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة – الوصية-الوقف، دار هومه، ط.02، الجزائر، 2009 .
- 24- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 25- خليل عمرو، انحلال الرابطة الزوجية بناء على طلب الزوجة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، د.ج، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 26- 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 الفسيلة، الجزائر، 2010 .
- 27- سعيد بوزيري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.

- 28- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، منشورات دار طليطلة، الجزائر، 2010 .
- 29- شمس الدين بوروي، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، ط.1، شركة الأمة للطباعة والنشر والتوزيع، برج الكيفان، الجزائر، جانفي 2003 .
- 30- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 1430 هـ - 2009 م.
- 31- عبد الخالق أحمدون، قانون الأسرة الجديد، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي، ج.1، ط.1، 2005 .
- 32- عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط.2، دار هومه، الجزائر، 2014.
- 33- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996 .
- 34- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، شرح أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ط...3، دار هومه، الجزائر، 2011 .
- 35- عبد الفتاح تقية، النيابة الشرعية، موفم للنشر، الجزائر، 2006.
- 36- 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، 1428 هـ - 2007 م.
- 37- عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات قرطبة، الجزائر، 1428 هـ 2007 م.

- 38- عبد القادر بن عزوز وسليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، ط.2، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434 هـ الموافق لـ 2013 م.
- 39- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010 .
- 40- عزة عبد العزيز، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط.4، دار هوم، الجزائر، 2015.
- 41- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، انسيكلويديا للنشر، بن عكنون، الجزائر، 2003 .
- 42- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن.
- 43- عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2006 .
- 44- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986 .
- 45- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج.1، دار هوم، الجزائر، 2005 .
- 46- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، ط.2، دار فسيلا، الجزائر، 2009.

- 47- مايا دقايشية ، أحكام الرجوع في عقود التبرعات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مدعمة بأحدث الاجتهادات القضائية ، دار هومو للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2015.
- 48- مبروك المصري، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومو للنشر والطباعة والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 49- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 1434 هـ / 2013 م.
- 50- محمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط.1، الجزائر، 2003.
- 51- محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1991.
- 52- محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ط.3، د.م.ج، عنابة، الجزائر، 1992 .
- 53- محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ج.1، الخطبة والزواج، ط.2، الجزائر، 1994 .
- 54- محمود عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة مدعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، البلدة الجزائرية، 2006.
- 55- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006 .

56- نبيل صقر و قماروي عز الدين، قانون الأسرة نصا و تطبيقا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008 .

57- نسيم الشيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومه ، الجزائر ، 2012.

58- يوسف دلاندة، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومه، الجزائر، 2011 .

59- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، ط.2، دار هومه، الجزائر، 2008 .

* باللغة الفرنسية:

1- BENMELHA Ghaoui, Le droit Algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993.

ثالثا- أطروحات الدكتوراه والمذكرات :

أ - أطروحات الدكتوراه:

1- تقي عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2005-2006 .

2- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2013-2014.

3- عبد الله محمد سعيد ربابعة ، الوصاية في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الأردني ، رسالة دكتوراه في الفقه و أصوله ، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية ، 2005.

- 4- عيساوي عبد النور، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية وقانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.
- 5- قويدري خيرة، حالات التطليق في قانون الأسرة الجزائري في ضوء الفقه الإسلامي والقضاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر العاصمة، 2008-2009.
- 6- كمال طه مسلم، الضوابط الشرعية لاستنباط الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، مصر، 2006 .
- 7- لمطاعي نور الدين، عدة الطلاق الرجعي وأثارها على الأحكام قضائية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2006.
- 8- 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، 1429-1430هـ / 2008-2009م.
- 9- محمد على المحارقي، الإعفاء من المسؤولية المدنية في القانون اليمني مقارنا بالقانون المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1996 م.
- 10- محمود سعد الدين شريف، الولاية على مال القاصر في القانون المصري، جامعة فؤاد الأول، كلية الحقوق، رسالة الدكتوراه في القانون، مطبعة العلوم بشارع الخليج 163، مصر، في 15 مايو 1941.
- 11- مريم عبد الله أحمد الجوفي، القانون الواجب التطبيق على الزواج في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مصر، 1998.

12- 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، 2009- 2010 .

ب- مذكرات الماجستير:

1- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.

2- 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، 2002-2003 .

3- باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2010.

4- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العاصمة، 2014-2015.

5- بوجاني عبد الحكيم، إشكالات انعقاد وانحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

6- بوطيش وهيبة، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009 .

- 7- بوكايس سمية، المساواة بين الجنسين في قانون الأسرة الجزائري في ضوء اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، مذكرة ماجستير، قسم القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 8- جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2004-2005 .
- 9- حميل صالح، إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 1997-1998 .
- 10- دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 11- دزيري خليل، دور القاضي في انعقاد الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير تخصص قانون خاص، فروع قانون أسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر العاصمة، 2014-2015.
- 12- دليلة سلامي ، حماية الطفل في قانون الأسرة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون ، الجزائر ، 2007-2008.
- 13- ربيع وفاء، إشكالات فك الرابطة الزوجية في ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأسرة، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، العاصمة، 2013/2014.
- 14- 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.

- 15- طاري سعيد، التعسف في فُرق الزواج وآثاره، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السانبة، 1433-1434 هـ / 2012-2013 م.
- 16- عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003 .
- 17- 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 .
- 18- عمران عائشة، مدى حرية الزوجة في فك الرابطة الزوجية عن طريق الخلع في التشريع الجزائري مقارنة مع أبرز التشريعات العربية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007-2008.
- 19- عيدوني عبد الحميد، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص معمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
- 20- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير ، قانون خاص معمق ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015 .
- 21- فراس وائل طلب أبو شرح، الولاية على المال في الفقه الإسلامي، ماجستير في القضاء الشرعي، بكلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، فلسطين، 2007-2008.
- 22- كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012.

- 23- كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياابس، سيدي بلعباس، 2003 .
- 24- محمد بوعمره ، أموال القاصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي ، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، العاصمة ، 2012-2013.
- 25- مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أسرة، المركز الجامعي لبشار، بشار، الجزائر، 2006-2007 .
- 26- مقنانة مبروكة، الخطبة وآثار العدول عنها، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2008-2009 .
- 27- موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في قانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2006 .
- 28- نزار كريمة، اليمين في الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياابس، 2001 .
- 29- نعيمة زيتوني، دراسة تحليلية ونقدية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة ماجستير، في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
- 30- يمينة بن حليلة، خصوصية إجراءات التقاضي في دعاوى شؤون الأسرة دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الإجرائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2011-2012.

ج- مذكرات إجازة القضاء:

1- جهيدة مهدي ، مسؤولية متولي الرقابة ، دراسة مقارنة في ظل القانون المدني الجزائري و على ضوء دراسة المادة 87 من قانون الأسرة ، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، العاصمة ، الجزائر ، 2003-2006.

2- لعناني سميرة ، كياس حنيفة ، بومجان حنان ، بن سلامة دنيا ، عجينة أمال ، بوبكر جميلة ، هاشمي رحمة ، مرزوقي هدى ، لعمارة محمد صورية ، إشكالات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة ، (الزواج- الطلاق) ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 13 ، الجزائر ، 2002-2005 .

3- محمد العماري، والبختي هبالي، تصرفات الصبي المميز ، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16 ، الجزائر ، 2005-2008.

4- مصمودي مراد وغربي عدلان، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة القضاء، 2005-2008 .

رابعا- المقالات والتعليق:*** باللغة العربية:**

1- أحمد الصويغي شليبيك، الولاية في الزواج ودور المراكز والجمعيات الإسلامية فيها في البلاد غير إسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والإنسانية، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، محرم 1428 هـ الموافق لـ فبراير 2007 م، المجلد رقم 04، العدد 01.

- 2- أحمد داود رقية، تأملات في صندوق النفقة: بين المكتسبات والتطلعات -دراسة مقارنة-، مجلة دراسات قانونية، تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016، العدد 13.
- 3- أحمد داود رقية، دراسة تحليلية لنص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول: الأحوال المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، كلية الحقوق، جامعة خميس مليانة، يومي 05/04 ماي 2014.
- 4- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الطلاق التعسفي وتقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات.
- 5- 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.
- 6- إدريس الفاخوري، الصلح في العمل القضائي، الطلاق نموذجاً، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، المغرب، 2005 ، عدد 05 .
- 7- إشوي عماد، تنازع القوانين في الحضانة -دراسة مقارنة- ، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، يومي 23 و 24 أبريل 2014، والملتقى الدولي حول: " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و08 ماي 2014.

8- الأمين لعريض، دراسة تحليلية لأحكام الحضانة في قانون الأسرة الجزائري بين الواقع والمأمول "جديد في النصوص وعديد من النقائص"، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثابت و المتغيرات.

9- المقدمة المتعلقة بإشكالية الملتقى الوطني المتعلق بتنازع القوانين في الأحوال الشخصية، كل المداخلات مجسدة في مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص لسنة 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، يومي 23 و 24 أفريل سنة 2014، والملتقى الدولي حول: " التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي سنة 2014.

10- إلياس مسعودة نعيمة، تعويض العدول عن الخطبة بين نصوص القانون واجتهاد القضاء، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، رقم 08.

11- الطيب زروقي ، القانون الدولي الخاص، ج. 1، تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أفريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: " التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014 .

12- 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.

13- الغوثي بن ملح، مكانة قانون الأسرة من التقسيمات التقليدية للقواعد القانونية وخصوصياته، مداخلة أُلقيت بالملتقى المغربي حول قوانين الأسرة وتحولات المجتمع المغربي، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، 07 و 08 جوان 1999 .

14- إقروفة زوبيدة، إشكالات الميراث في قانون الأسرة، مجلة صوت القانون، تصدر عن مخبر نظام الحالة المدنية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ولاية عين الدفلى، الجزائر، ديسمبر 2017، المجلد 04، العدد 03.

15- إقروفة زوبيدة، الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي والتنزيل القانوني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة غرداية، المجلد 10، في 30 جوان 2017، العدد الأول.

16- آيت منصور كمال، إشكالية القانون الواجب التطبيق على الانفصال الجسماني والتبني، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، العدد 02.

17- آيت منصور كمال، وضعية الأحوال الشخصية في قواعد الإسناد الجزائية، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014.

- 18- باسم محمد شهاب، عيوب الزوجية وأثرها في تقويض روابط الزوجية، مجلة الحقوق، الكويت، 2009، العدد 03.
- 19- بداوي علي، عقود الزواج العرفية بين قصور أحكام القانون و متطلبات المجتمع، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد 02 .
- 20- بشور فتيحة، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالشرعية الإسلامية والقانون المصري، مجلة معارف، قسم العلوم القانونية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، السنة التاسعة، جوان 2015، المجلد 09، العدد 18.
- 21- بطيمي حسين، ماهية الإثبات، برهان القاضي والمتقاضي، مجلة الموثق، 2001، العدد 04.
- 22- بلحاج العربي، طرق الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1990، العدد 03 .
- 23- بلحاج العربي، الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، السعودية، 2002، د.ع.
- 24- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد 01 .
- 25- بلحاج العربي، تفويت فرصة الزواج، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، رقم 08 .
- 26- بلحاج العربي ، شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، 1990، العدد 2.

- 27- بلقاسمي أمال، الفحص الطبي قبل الزواج، مداخله ألفت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات، بجامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 05/04 ماي 2014.
- 28- بن داود عبد القادر، مشكلة النشوز بين غموض القانون واختلاف الاجتهاد القضائي، مجلة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، العدد 04.
- 29- بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، رقم 12 .
- 30- بن نوبة الحاج، إشكالية بقاء الأم الحاضنة في بيت الزوجية حسب المادة 72 من قانون الأسرة، مداخله ألفت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات.
- 31- 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 التجريبي.
- 32- بوجاني عبد الحكيم ، إشكالات العدول عن الخطبة بين النقص التشريعي وضرورة التعديل، مجلة الفقه و القانون المغربية ، المملكة المغربية، يونيو 2014 ، العدد 20 .
- 33- بوجاني عبد الحكيم، عدم توسع المشرع الجزائري في الفئات المستفيدة من صندوق النفقة من خلال القانون رقم 01-15 -دراسة تحليلية ونقدية للمادة 02 منه-، مداخله ألفت في اليوم الدراسي حول: منازعات النفقة ودور صندوق النفقة كآلية لحماية المرأة والطفل، في جامعة تلمسان، يوم 22 أفريل 2015.

- 34- بوجاني عبد الحكيم، مدى حماية المشرع الجزائري للطفل في قواعد الإسناد المرتبطة بالحضانة والولاية على المال، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، تصدر عن المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، العدد 03.
- 35- بومراو سفيان، تنازع القوانين في مجال انعقاد الزواج، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014 .
- 36- 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 .
- 37- تشوار جيلالي، الصداق بين الدخول الحقيقي والحكمي، مداخلة أُلقيت خلال الملتقى المغاربي الأول حول " قوانين الأسرة المغاربية والتحولات الاجتماعية"، في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، يومي 7 و 8 جوان 1997.
- 38- تشوار جيلالي، القضاء مصدر تفسيري تعسفي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد 01.
- 39- تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم، تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع.1.

- 40- تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الزوجية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، العدد 02 .
- 41- تشوار جيلالي، حق الزوجة في الطلاق، قانون الأسرة والتطورات العلمية، مخبر القانون، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010.
- 42- تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الأسرية في بعض مسائل الزواج، أية عدالة قانونية أم قضائية؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، رقم 10 .
- 43- تشوار حميدو زكية، النقص التشريعي في تنظيم ركنية الصداق، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2004، العدد رقم 02.
- 44- 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، 2005، رقم 03 .
- 45- تشوار حميدو زكية، موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، العاصمة، 2009، العدد 03.
- 46- تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق، عدالة القانون أم القاضي؟، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، رقم 10 .

47- 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، 2011، رقم 12 .

48- تواتي نصيرة، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، بجاية، سنة 2015، عدد خاص، عن الملتقى الوطني حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة بجاية، يومي 23 و 24 أبريل 2014"، وعن الملتقى الدولي حول: "التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، بنفس الجامعة، يومي 07 و 08 ماي 2014.

49- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1998، العدد 01.

50- حساين عبود، قراءة في بعض مستجدات مدونة الأسرة، الكتاب المتعلق بالزواج، مجلة القضاء والقانون، د.س، العدد 150 .

51- 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 .

52- حسين نواره، الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص لسنة 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة

يومي 23 و 24 أبريل سنة 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي سنة 2014.

53- 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 .

54- حوالف عكاشة، إشكالات الحجب من الإرث بين الشريعة والقانون، مداخله ألفت في الملتقى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة بجاية، يومي 03 و 04 ماي 2015.

55- خالد سمحي، اشتراط الشكل في التبرعات، مجلة الحجة، تصدر عن منظمة المحامين لناحية تلمسان، جانفي 2012، العدد 03.

56- خليل عمرو، ميراث المرأة المطلقة وفقا لقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، بتاريخ 2013/01/01، المجلد 03، العدد 01.

57- دريسي جلييلة وسناء الماحي، مسطرة الصلح في قضايا الأسرة، مجلة الملف، المغرب، 2009، عدد 14.

58- دليلة براف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .

59- دليل عملي المدونة الأسرة، سلسلة الشروح والدلائل، ط.3، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل، المملكة المغربية، 2004، عدد 01.

- 60- رباحي أحمد، حرية الاشتراط في عقد الزواج بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، 2010، العدد 7.
- 61- رلى صفيير، الملكية الشائعة، استغلالها وإدارتها والتصرف بها وقسمتها، مجلة الجيش اللبناني، أوت 2002، العدد 206.
- 62- زعنون مصايحي فتيحة، مشكلة الزواج بالفايحة، 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 .
- 63- زيدان عبد النور، التحكيم طريق وإجراء للصلح في الطلاق بين ثبوت النص وواقع الحال، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014.
- 64- 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 .
- 65- سالم نجم، زواج الأقارب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، السعودية، سنة 1998، العدد 11.
- 66- سامي بن حملة ، إشكالية توريث " الخنثى المشكل " في قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة 01 ، قسنطينة ، ديسمبر 2016، المجلد 30، العدد 04.
- 67- سليمان ولد خسال، إشكالات في قانون الأسرة الجزائري، الفصل الأول والثاني من كتاب الميراث نموذجاً، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، المنظم في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي، 3 و 4 ماي 2015.

- 68- سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانوني، د.ت.ن، العدد 06.
- 69- شريف هنية، الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات، مجلة البحوث والدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 70- 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، 2008، العدد 04 .
- 71- صالح خالد الشقيرات، استحقاق غير الوارث من الميراث، مجلة البحوث والدراسات، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، الجزائر، 2013، العدد 16.
- 72- 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 .
- 73- طيبون حكيم، إثبات الطلاق بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، الذي تم تنظيمه في كلية الحقوق والعلوم السياسية، بجامعة خميس مليانة، يومي 04 و 05 ماي 2014.
- 74- طيبي سعاد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، في انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الإرادة المنفردة للزوج، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بجامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عين الدفلى، يومي 04 و 05 ماي 2014.

- 75- عادل عيساوي، ضوابط التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثابت و المتغيرات.
- 76- عبد الحكيم خراب، تعدد الزوجات بين الشرع والتشريع، مجلة المنهاج، 2007، العدد 01 .
- 77- عبد الحميد قضاة، الفحص الطبي قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط.1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، 1414 هـ -1993 م .
- 78- عبد الرحمن هرنان، الأسرة الجزائرية بين الأصالة والمعاصرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، 1990، العدد 02 .
- 79- عبد السلام عبد القادر، جديد الخلع في الأمر 05-02، مجلة الحجة، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين، تلمسان، أكتوبر 2011، العدد 02 .
- 80- عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، العدد 02.
- 81- عبد القادر بن مرزوق، أحكام التنزيل كوسيلة لحماية الأسرة، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، الجزائر، 2005.
- 82- عبد القادر داودي، حل مشاكل الطلاق بين النظر الشرعي و القانوني، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2004، العدد 09 .

- 83- عبد الكريم الطالب، النيابة العامة في مدونة الأسرة، الاختصاصات والإشكاليات، مجلة المنتدى، المغرب، يونيو 2005 .
- 84- 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 .
- 85- 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 .
- 86- عثمان بلال، دراسة نص المادة 13 من القانون المدني، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014.
- 87- علاوة بوتغرار، التصرف في اموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، العدد 03.
- 88- عليوش قربوع، القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسماني في القانون الدولي الخاص الجزائري ، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: "تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014.

- 89- علي علي سليمان، التعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، مجلة الشرطة، 1990، العدد 04.
- 90- عيسى أحمد، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، ع.1.
- 91- عيسى معيزة ، أحكام الخنثى في الفقه و التشريع بين الثابت و المتغيرات ، مداخله ألقيت في المنتدى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت و المتغيرات ، في كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة خميس مليانة ، يومي 04 و 05 ماي 2014.
- 92- غرابي أحمد، المرجعية الفقهية لأحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري وموقع المذهب المالكي منها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، 2017، العدد 23.
- 93- غربي صورية وعبد الحكيم بوجاني، دراسة نقدية حول المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يبين النقص وضرورة التعديل، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، تصدرها كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، جوان 2015، العدد 02.
- 94- فاروق بدران، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور طبي وشرعي، ط.3، جمعية العفاف الخيرية، عمان، الأردن، سنة 1994 .
- 95- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1996، العدد 04.
- 96- 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 .

- 97- فضلة حفيظة، ميراث الحمل في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الميراث بين النصوص القانونية والإشكالات العملية، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 03 و 04 ماي 2015.
- 98- كريم كريمة ، القانون الذي يحكم الخطبة كمقدمة لإبرام عقد الزواج، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: " التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة "، يومي 07 و 08 ماي 2014 .
- 99- كعباش عائشة، التنزيل كسبب من أسباب كسب الملكية، مجلة المعيار، تصدر عن كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 17، بتاريخ 31 ديسمبر 2013، العدد 34.
- 100- 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 .
- 101- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2012، العدد 03.
- 102- 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 .

- 103- محمد البشير، أحكام التنزيل في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الاجتهاد القضائي، تصدر عن مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، مارس 2018، المجلد 07، العدد 16.
- 104- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، الجزائر العاصمة، 1987، العدد 01.
- 105- مجلة قضاء الأسرة، مجلة متخصصة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، المغرب، يوليو 2005، العدد 15 .
- 106- مجلة محكمة، مجلة فصلية متخصصة تعني بالدراسات القانونية، أكتوبر- دجنبر، رقم الإيداع القانوني 2006/0016، العدد 03 .
- 107- محمد ابراهيم ابراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة الرغائب، 1931، العدد 02.
- 108- محمد توفيق قديري، الرابطة الزوجية كسبب للميراث في قانون الأسرة الجزائري والإشكالات المتعلقة بها، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول: الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، ولاية عين الدفلى، يومي 05/04 ماي 2014.
- 109- محمد سنيي، مبدأ اللاقانون ومدى التقيد به في قانون الأسرة الجزائري و اجتهادات المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- ، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت والمتغيرات، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات.
- 110- محمد عطوى، تعدد الزوجات، مجلة منبر الحقوقيين، سنة 1987، العدد 12 .

- 111- 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 .
- 112- محمد لشقار، صندوق التكافل الاجتماعي، مجلة الفقه والقانون المغربية، 01 يناير سنة 2013، العدد الثالث.
- 113- محمد نجاري، بعض الإشكالات التي تطرحها مدونة الأسرة على المستوى التطبيقي، مجلة المحكمة، المغرب، نونبر 2004، العدد 04 .
- 114- مديحة بن ناجي، أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة ، يومي 04/05 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثوابت و المتغيرات.
- 115- مسعودي رشيد، الشهادة الطبية قبل الزواج، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، المركز الجامعي مصطفى اسطمبولي، معسكر، فيفري 2008، العدد 01 .
- 116- 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 .
- 117- مصطفى معوان، الحضانة وحماية الطفل في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لعام 1988، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2000، رقم 01 .

- 118- معروف عرايبي محمد، قانون الأسرة ماله وما عليه، مجلة الفكر البرلماني، مجلة متخصصة في القضايا والوثائق البرلمانية، يصدرها مجلس الأمة، أكتوبر 2005، العدد 10 .
- 119- معزوزي نوال، الخلع بين الشريعة والقانون، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت و المتغيرات ، بكلية الحقوق والعلوم السياسية، لجامعة خميس مليانة ، يومي 05/04 ماي 2014، المحور الثاني المتعلق بالأحكام المتعلقة بالزواج بين الثابت و المتغيرات.
- 120- مكّي أسماء، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 01، ج.4، بتاريخ 31 ديسمبر 2017، العدد 31.
- 121- موري سفيان، إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، مجلة البحث الأكاديمي للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، عدد خاص 2015، للملتقى الوطني المنعقد في جامعة بجاية حول: " تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية"، والمنعقدة يومي 23 و 24 أبريل 2014، وللملتقى الدولي المنعقد في نفس الجامعة حول: "التحول في فكرة النظام العام : من النظام العام إلى الأنظمة العامة"، يومي 07 و 08 ماي 2014.
- 122- ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة موسوعة الفكر القانوني، الموسوعة القضائية، مركز الدراسات والبحوث القانونية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، 2004، العدد 04 .
- 123- 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.

- 124- نظيرة عتيق، الخلع بين الرخصة والحق الأصيل، دراسة نقدية في ظل الاجتهاد القضائي والفقه الإسلامي، مجلة البحوث و الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2009، العدد 01 .
- 125- نعيم مراد، من معوقات الممارسة القضائية في التشريع الإجرائي الأسري، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، الشلف، 2013، العدد 10.
- 126- نعيمة إلياس مسعودة، نظام الولاية في إبرام عقود الزواج بين الثابت والمستحدث، مجلة الدراسات الحقوقية، جامعة الطاهر مولاي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، 2014.
- 127- نور الدين عباسي، إتقان الضبط في الفرق بين السبب والشرط، مجلة الموافقات، المعهد الوطني العالي لأصول الدين، الجزائر، 1995، العدد 04 .
- 128- نوي عبد النور، طبيعة الصلح ودور القاضي في ملائمة النصوص القانونية بالأحكام الشرعية، من أعمال الملتقى الدولي حول الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت والمتغيرات، المنظم في جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق، يومي 04 و 05 ماي 2014.
- 129- ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد 17، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، الأردن، 2001، العدد 01 .
- 130- يوسف بنباصر، مدونة الأسرة، المسار والتطلعات، ملتقى علمي لمناقشة مستجدات قانون الأسرة 70-03، مدينة الداخلة، المغرب، بتاريخ 10 مارس 2004 .

*** باللغة الفرنسية:**

1- AIT ZAI Nadia, Les droit de l'enfant en Algérie, Rapport alternatif, 40 ème Pré-session du comité des droit de l'enfant, Nations-Unis Genève, Alger, 08 juin 2005 .

- 2- CARLIER Jean-Yves, « Autonomie de la volonté et statut Personnel », Cahiers des droits maghrébins, VOL.1 ,1995.
- 3- SABBAGH Rachid, L'évolution de droit de Garde dans les pays du Maghreb, R.T.D.69-70.
- 4- ZENNAKI Dalila, Egalité homme femme en Algérie aux normes internationales : le cas de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdallah Benhamou, konouz , Edition ,Tlemcen , 2013.

مقالات من مواقع الأنترنت:

* باللغة العربية:

- 1- أحمد أولاد عيسى، قراءة في القانون رقم 10.41 على ضوء التشريعات المقارنة، منشورات الموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com
- 2- الصادق فريوي ، الوصية الواجبة و التنزيل دراسة مقارنة ، م.ع.ق، جامعة عنابة، معهد العلوم القانونية والإدارية ، الجزائر، د.س.ن ؛ الموقع : www.alkabs.net/quran-explanations
- 3- 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
- 4- بلقاسم حوام، المحاكم تسجل 4 آلاف قضية سنويا والمختصون يحذرون من الظاهرة، وجزائريات 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

- 5- رشيدة بلال، التعليم 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
- 6- رمضان بلمعمري، القيود على تعدد الزوجات يفتح شهية الجزائريين للزواج العرفي، بدون تاريخ، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.alarabia.net
- 7- زهدور كوثر، الولي في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري قبل وبعد تعديله، مجلة الفقه والقانون، المغرب، د.س، د.ع، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.majalah.new.ma
- 8- سعيدة، بسبب عدم إشراك مختصين في تعديل قانون الأسرة، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية وقانونية، بتاريخ 24-03-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 9- سلمى حراز، جزائريون يقبلون على الزواج العرفي لمراوغة القانون، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية، بتاريخ 03-09-2012، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 10- سمية، الزواج العرفي تحت عدة أغطية ومسميات، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية وقانونية، بتاريخ 11-02-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com
- 11- عبد العزيز وحشي، سماع دعوى الزوجية على ضوء العمل القضائي، بدون تاريخ، مقال منشور على الموقع الرسمي لوزارة العدل والحريات للمملكة المغربية: www.justice.gove.ma
- 12- عبد القادر بن داودي، دليل شرح قانون الأسرة وعرض أسبابه، نظرة تاريخية حول تطور قانون الأسرة في الجزائر، مقال منشور عبر الموقع الإلكتروني: www.tomohna.net/vb/download.php.do
- 13- عصام بوريع، الظاهرة منتشرة بكثرة في أوساط البدو والرحّل، بوابة دراسات إنسانية واجتماعية و قانونية، بتاريخ 24-03-2009، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.djazairess.com

*** باللغة الفرنسية:**

1- HERRAZ Selma , 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

*** باللغة الإنجليزية :**

1-« Mariage and Divorce in France, Procédures , Statistics and Tips» , posté sur le Site : www.justice.gouv.fr

خامسا- النصوص القانونية:

أ- النصوص القانونية الجزائرية:

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب 1417 الموافق لـ 7 ديسمبر 1996 المتعلق بتعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر، ع.76، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-16 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق لـ 06 مارس 2016 ، ج.ر، ع.14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق لـ 7 مارس 2016.

2- المرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 10 جمادى الأولى 1384 الموافق لـ 17 سبتمبر 1964 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة ، ج.ر ، ع.35 ، الصادر في 25 سبتمبر 1964.

3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 4 فبراير سنة 2014، بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني عام 1435 هـ الموافق لـ 16 فبراير سنة 2014 م، الجريدة الرسمية في عددها رقم 07.

4- الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية، ج.ر رقم 21 المؤرخة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون

- رقم 08-14 المؤرخ في 9 غشت 2014، ج.ر رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014، والقانون رقم 03-17 المؤرخ في 10 يناير 2017، ج.ر رقم 54 المؤرخة في 11 يناير 2017.
- 5- القانون رقم 11/84 الصادر في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر ، ع.24 الصادرة في 12 يونيو 1984 م. المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005. ج.ر، ع.15.
- 6- 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.
- 7- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية الجزائري، ج.ر رقم 52، لسنة 1990.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كفاءات ذلك، ج.ر رقم 60 لسنة 1991.
- 9- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان 1413 هـ الموافق لـ 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع.14، الصادرة في 9 رمضان 1413 هـ، الموافق لـ 3 مارس 1993.
- 10- المرسوم الرئاسي رقم 96-51 المؤرخ في 2 رمضان 1416 الموافق لـ 22 يناير 1996 المتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لـ 1979، ج.ر ، ع.6 ، الصادر في 24 يناير 1996.

- 11- 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. ج.ر. رقم 31، الصادرة بتاريخ 16 ربيع الثاني 1427 هـ الموافق لـ 14 مايو 2006.
- 12- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق لـ 13 مايو 2007، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.، ع.31، الصادرة في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007.
- 13- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. ، ع.21 ، الصادر في 23 أبريل 2008.
- 14- القانون رقم 15-01 المؤرخ في 13 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 4 يناير سنة 2015، المتعلق بإنشاء صندوق النفقة. ج.ر. الصادرة بتاريخ 16 ربيع الأول عام 1436 هـ الموافق لـ 7 يناير سنة 2015.

ب- النصوص القانونية الأجنبية:

- 1- قانون الوصية المصري لسنة 1946 رقم 71، جريدة الوقائع المصرية بتاريخ 1946/7/1 العدد 65.
- 2- القانون رقم 131 ، المؤرخ في 16 جويلية سنة 1948 ، المتضمن القانون المدني المصري، جريدة الوقائع المصرية ، العدد 108 مكرر (أ) ، الصادر بتاريخ 29 جويلية سنة 1948، المعدل والمتمم، الطبعة الرابعة عشر ، 2011 .
- 3- القانون رقم 119 لسنة 1952 الصادر في 8 ذي القعدة 1371 هـ الموافق لـ يوليو 1952 المتعلق بأحكام الولاية على المال المصري، المنشور في جريدة الوقائع المصرية 4 أغسطس 1952.

- 4- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 09 بتاريخ 1953/09/07 المعدل بالقانون رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 ، دمشق، الفكر القضائي للمعلوماتية، طبعة مزيّدة ومنقّحة، 2000 م.
- 5- القانون التونسي، عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 03 نوفمبر 1964، المتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 29 جمادى الثانية 1384 هـ، الموافق لـ 03 نوفمبر 1964، عدد الرائد 053.
- 6- القانون رقم 51 الصادر في سنة 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي، والذي تم نشره في عدد الجريدة الرسمية رقم 1570 بتاريخ 23 يوليو (تموز) سنة 984.
- 7- القانون عدد 65 المؤرخ في 5 جويلية 1993، المتعلق بصندوق ضمان النفقة وجراية الطلاق التونسي، المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادرة بتاريخ 16 محرم 1414 هـ الموافق لـ 6 جويلية 1993، في العدد 50.
- 8- القانون رقم 97 المؤرخ في 27 نوفمبر سنة 1998، والمتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، الصادرة في 01 ديسمبر 1998، في العدد 96.
- 9- القانون رقم 01 لسنة 2000، المتعلق بإصدار تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المصرية، العدد 04 (مكرر)، الجريدة الرسمية، في 29 يناير 2000.
- 10- ظهير شريف رقم 1-04-22، الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 3 فبراير 2004، والمتعلق بتنفيذ رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004 .

- 11- القانون رقم 28 الصادر سنة 2005، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي. المنشور في المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي والذي تم التوقيع عليه بتاريخ 2005/11/30، ونشره بنفس التاريخ الميلادي الموافق لـ 28 شوال 1426 هـ.
- 12- القانون رقم 34 لسنة 2005 والمتعلق بإحداث صندوق النفقة البحريني.
- 13- القانون رقم 10.41 المتعلق بشروط ومسااطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي المغربي، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 191.10.1، بتاريخ 7 محرم سنة 1432 الموافق 13 دجنبر سنة 2010، الجريدة الرسمية عدد 5904، الصادر بتاريخ 24 محرم 1432 الموافق 30 دجنبر 2010.
- 14- الأمر المؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 م، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية المعدل والمتمم.
- 15- القانون المدني الفرنسي قد تم تعديله بالأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 المتعلق بالعقود والأحكام العامة والالتزامات.

سادسا : القرارات العربية:

- 1- القرار رقم 105-د 6-1408/8/17 هـ -1988/4/4 المتضمن القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية ، اعتمده مجلس الوزراء العرب في دورته السادسة.
- 2- القرار رقم 323-ج 24-2002/3/4 المتضمن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي.

فهرس المحتويات

01.....	مقدمة

الفصل الأول

10.....	أبرز الإشكالات المتعلقة بانعقاد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
13.....	المبحث الأول: الإشكالات المثارة حول الخطبة في قانون الأسرة الجزائري
14.....	المطلب الأول: قلّة النصوص القانونية المنظمة لمسائل الخطبة
16.....	الفرع الأول: عدم تعرّض المشرع الجزائري لشروط الخطبة
23.....	الفرع الثاني: عدم وضع المشرع الجزائري لقاعدة إسناد تحكم نزاعات الخطبة ذات العنصر الأجنبي
29.....	الفرع الثالث: خلط القرارات القضائية بين المخطوبة والمعقود عليها
35.....	المطلب الثاني: قصور المشرع في تنظيمه لأحكام العدول عن الخطبة
37.....	الفرع الأول: عدم تبيان المشرع أسباب حدوث الضرر الموجبة للتعويض عند العدول عن الخطبة
46.....	الفرع الثاني: وجود ثغرات قانونية في تنظيم مسألة استرداد الهدايا بعد العدول عن الخطبة
53.....	الفرع الثالث: عدم تعرض المشرع لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطبة
61.....	المبحث الثاني: أبرز الإشكالات المثارة حول تكوين عقد الزواج في قانون الأسرة
64.....	المطلب الأول: إشكالات الرضا والاشتراط والأهلية في عقد الزواج
65.....	الفرع الأول: عدم تعرض المشرع الجزائري لعيوب الرضا في عقد الزواج

الفرع الثاني: إشكالات الاشتراط في عقد الزواج طبقا لقانون الأسرة الجزائري.....	72
الفرع الثالث: أبرز إشكالات الأهلية في عقد الزواج.....	81
أولا- عدم وضع المشرع الجزاء المترتب على مخالفة السن القانونية للزواج.....	84
ثانيا- عدم انسجام توحيد سن الزواج للجنسين مع سن الرشد المدني.....	87
ثالثا- إشكالات الإذن القضائي بالزواج.....	89
1- عدم وضوح المشرع في تحديد القاضي المختص بمنح الإذن بالزواج.....	89
2- عدم تحديد المشرع السن الأدنى والسن الأقصى للزواج.....	92
3- عدم تعرض المشرع الجزائري لإمكانية الطعن في الترخيص بالزواج من عدمه.....	94
4- عدم وضع المشرع المعايير التي يعتمدها القضاة في تقدير المصلحة و الضرورة.....	96
المطلب الثاني: الإشكالات المثارة حول الشهادة الطبية والصدّاق والولي في عقد الزواج.....	100
الفرع الأول: إشكالات الشهادة الطبية قبل الزواج المنصوص عليها في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة.....	100
الفرع الثاني: إشكالية النقص التشريعي في تنظيم شرط الصدّاق في قانون الأسرة.....	112
الفرع الثالث: أبرز الإشكالات التي يثيرها شرط الولي في قانون الأسرة الجزائري.....	127
أولا- مشكل حضور الولي في العقد بالنسبة للمرأة الراشدة في قانون الأسرة.....	128
ثانيا- إشكالية تولي المرأة الحاضنة مباشرة عقد زواج محضونها.....	137

الفصل الثاني

- 143.....أبرز الإشكالات المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري
- 146.....المبحث الأول: أبرز إشكالات صور فك الرابطة الزوجية
- 148.....المطلب الأول: أبرز إشكالات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
- 149.....الفرع الأول: إشكالات الجانب الموضوعي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
- 150.....أولا- عدم تبيان المشرع الجزائري لطبيعة الحكم الخاص بالطلاق أهو كاشف أم منشئ
- 161.....ثانيا- نتائج غير منطقية تترتب على جعل الطلاق لا يسري إلا من تاريخ صدور الحكم
- 1- مشكل التكيف الشرعي والقانوني للعلاقة بين الزوجين بعد الطلاق العرفي وقبل صدور الحكم بالطلاق.....162
- 2- الطلاق في قانون الأسرة هو دائما طلاق بائن.....163
- 3- المشرع يقضي بالتوارث بين الزوجين حتى ولو وقعت الوفاة أثناء العدة من الطلاق البائن.....169
- 4- إلزام الرجل بالإنفاق على امرأة لم تعد زوجته شرعا.....170
- 5- تعارض النص القانوني مع النص الشرعي من حيث تبين النسب.....171
- الفرع الثاني: إشكالات الجانب الإجرائي للطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.....173
- أولا- تضارب مواقف القضاء حول إلزامية إجراء محاولات الصلح من عدمها.....174
- 1- تضارب مواقف القضاء في مسألة إلزامية إجراء الصلح قبل تعديل قانون الأسرة سنة 2005.....178

2- تضارب مواقف القضاء في مسألة إلزامية إجراء الصلح بعد تعديل قانون الأسرة سنة 2005.....	180
ثانيا- إجراء عدة محاولات صلح تعديل تشريعي لا فائدة له واقعا.....	188
المطلب الثاني: إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة وإشكالات الانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي.....	193
الفرع الأول: أبرز إشكالات الطلاق الواقع بطلب من الزوجة.....	194
أولا- إشكالات حل الرابطة الزوجية بواسطة التطليق.....	195
1- إشكالات التطليق لعدم الإنفاق.....	196
2- إشكالات التطليق للعيوب.....	205
3- إشكالات التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.....	209
4- إشكالات التطليق بسبب الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.....	215
5- إشكالات التطليق بسبب غياب الزوج مدة سنة بدون عذر ولا نفقة.....	217
6- إشكالات التطليق بسبب مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 من قانون الأسرة.....	220
7- الإشكالات المثارة حول تطليق الزوج لارتكابه فاحشة مبينة.....	235
8- الشقاق المستمر بين الزوجين.....	237
9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.....	238

- 10- التطبيق بسبب كل ضرر معتبر شرعا.....239
- ثانيا- عدم كفاية مادة واحدة لتنظيم كل أحكام الخلع.....241
- الفرع الثاني: إشكالات انحلال الزواج والانفصال الجسماني في العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي.....253
- أولا- الإشكالات المثارة حول الفقرة 02 من المادة 12 من القانون المدني.....254
- 1- إشكالية المساس بمبدأ المساواة بين الزوجين.....255
- 2- إشكالية تغير قانون الزوج بين وقت انعقاد الزواج ووقت رفع الدعوى.....255
- 3- إمكانية وقوع حالة الغش نحو القانون.....257
- ثانيا- إشكالات الاستثناء الموجود في المادة 13 من القانون المدني والمتعلق بانحلال الزواج والانفصال الجسماني.....258
- 1- استحالة تطبيق القانون الجزائري في مسألة الانفصال الجسماني.....259
- 2- عدم موضوعية ضابط الإسناد المستعمل في المادة 13 من القانون المدني.....261
- 3- عدم فتح المشرع المجال إلى حرية إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج والانفصال الجسماني.....263
- المبحث الثاني: أبرز إشكالات توابع انحلال الرابطة الزوجية.....263
- المطلب الأول: أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالزوجين.....265
- الفرع الأول: إشكالات التعويض عند التعسف في الطلاق.....266

الفرع الثاني: إشكالات النزاع القائم حول متاع بيت الزوجية.....	276
أولاً- عدم تحديد المشرع تعريفاً لمتاع البيت وشروطه.....	277
ثانياً- سكوت المشرع عن مكان حلف اليمين وكيفية أدائها.....	280
الفرع الثالث: الإشكالات المثارة حول إنشاء صندوق النفقة المستحدث بالقانون رقم 01-15.....	283
المطلب الثاني: أبرز إشكالات توابع الطلاق المتعلقة بالأولاد.....	303
الفرع الأول: قصور المشرع في تحديده لشروط ممارسة الحضانة.....	305
أولاً- شرط العقل.....	308
ثانياً- شرط البلوغ.....	308
ثالثاً- شرط القدرة على الحضانة.....	309
رابعاً- شرط الأمانة على الأخلاق.....	314
خامساً- شرط الإسلام.....	316
الفرع الثاني: أبرز الإشكالات التي تثيرها ممارسة الحضانة.....	317
أولاً- عدم توسع المشرع في مفهوم زيارة المحضون.....	318
ثانياً- إشكالية سُكنى المطلقة الحاضنة.....	321
ثالثاً- إغفال المشرع عن وضعية الطفل بعد انتهاء مدة الحضانة.....	326
الفرع الثالث: الزواج المختلط وأثره على الحضانة.....	327

الفصل الثالث

- أبرز إشكالات النيابة الشرعية والميراث والتبرعات في قانون الأسرة الجزائري.....334
- المبحث الأول: أهم الإشكالات المتعلقة بالنيابة الشرعية في قانون الأسرة الجزائري....335
- المطلب الأول: إشكالات الولاية الأصلية والنيابية على أموال القاصر.....337
- الفرع الأول: أهم إشكالات الولاية الأصلية على أموال القاصر.....339
- أولاً- عدم تعرض المشرع للشروط المتعلقة بالولي الطبيعي على أموال القاصر.....340
- ثانياً- عدم انسجام النص الشرعي مع النص القانوني في ترتيب الأولياء الأصليين على أموال القاصر.....349
- 1- مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية في منح الولاية على أموال القاصر للأمم.....351
- 2- غموض تنظيم المشرع الجزائري لولاية الجد على أموال القاصر.....358
- الفرع الثاني: أهم الإشكالات المتعلقة بالولاية النيابية (المكتسبة) على أموال القاصر.....360
- المطلب الثاني: أبرز الإشكالات المثارة حول ممارسة الولاية على أموال القاصر في قانون الأسرة.....369
- الفرع الأول: أبرز الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي على أموال القاصر.....372
- أولاً- الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي التي لا تتطلب إذن القاضي للقيام بها.....371
- 1- الإشكالات المتعلقة بأعمال الإدارة والانتفاع.....372

2-	الإشكالات المثارة حول إجازة الولي التصرفات التي يقوم بها القاصر المميز.....	378
ثانيا-	الإشكالات المتعلقة بسلطات الولي المتوقفة على إذن القاضي.....	381
الفرع الثاني:	الإشكالات المثارة حول قواعد الإسناد المرتبطة بالولاية على مال القاصر.....	387
الفرع الثالث:	عدم تحديد المشرع الجزاء المترتب عن تجاوز الولي لحدود سلطاته.....	391
المبحث الثاني:	أبرز الإشكالات المتعلقة بالميراث والتبرعات في قانون الأسرة الجزائري.....	394
المطلب الأول:	إشكالات الميراث في قانون الأسرة الجزائري.....	396
الفرع الأول:	الإشكالات المتعلقة بأسباب الإرث و شروطه و موانعه.....	398
أولا-	الإشكالات المتعلقة بأسباب الميراث.....	398
ثانيا-	الإشكالات المتعلقة بشروط الإرث.....	404
ثالثا-	الإشكالات المتعلقة بموانع الميراث.....	405
الفرع الثاني:	الإشكالات المثارة حول أصناف الورثة.....	410
أولا-	الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب الفروض.....	412
ثانيا-	الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لأصحاب العصبة.....	417
ثالثا-	الإشكالات المتعلقة بتنظيم المشرع لميراث ذوي الأرحام.....	421
الفرع الثالث:	إشكالات في الميراث بالتقدير.....	423
أولا-	الإشكالات المتعلقة بميراث الحمل.....	423

426.....	ثانيا- عدم تعرض المشرع الجزائري لمسألة توريث "الحنثى المشكل" في قانون الأسرة.
431.....	الفرع الرابع: إشكالات التنزيل في قانون الأسرة.
442.....	المطلب الثاني: أبرز إشكالات التبرعات في قانون الأسرة.
443.....	الفرع الأول: الإشكالات المتعلقة بالوصية.
454.....	الفرع الثاني: الإشكالات المتعلقة بالهبة في قانون الأسرة.
468.....	الخاتمة.
476.....	قائمة الملاحق.
525.....	قائمة المراجع.
592.....	الفهرس.

ملخص

تتناول هذه الدراسة أبرز إشكالات قانون الأسرة الجزائري، حيث خضع هذا الأخير لمناقشات واسعة، وهذا راجع إلى أنّ هذا القانون كغيره من الأعمال الإنسانية يحمل ضمن نصوصه جملة من الثغرات والنقائص والتي تعدّ في نظر القانون إشكالات قانونية، رتّبت وسيترتب عنها حتما انعكاسات سلبية على العمل القضائي ومن ثم الأسرة والمجتمع.

لذا فإنّه يتعين على المشرع أن يكون على وعي تام بمدى جسامته 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 بأنّ مسائل الأسرة تتصل اتصالا وثيقا بالحقائق الاجتماعية، و تحتاج إلى إتقان كبير في صياغة النصوص القانونية المنظمة لها. وأن يكون ذلك وفقا لدراسة متبصرة ودقيقة وشاملة 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.

الكلمات المفتاحية: إشكالات - ثغرات - زواج - طلاق - نيابة شرعية - الميراث - التبرعات - قضاء.

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 la 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 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 : polémique, mariage, divorce, représentation légale , successions, libéralités, jurisprudence, justice.

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 : debate, marriage, divorce, lawful presentation, successions, Dispositions Of a will, case law.