

جامعة الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص الأحوال الشخصية

مستجدات الخطبة والزواج في قانون الاسرة  
الجزائري الصادر في 2005 المعدل والمتمم  
لقانون 1984

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

إعداد الطلبة:

إشراف الدكتور:

فشار عطاء الله

✓ امينة باهية قاسيمي

✓ سعيد حفاف

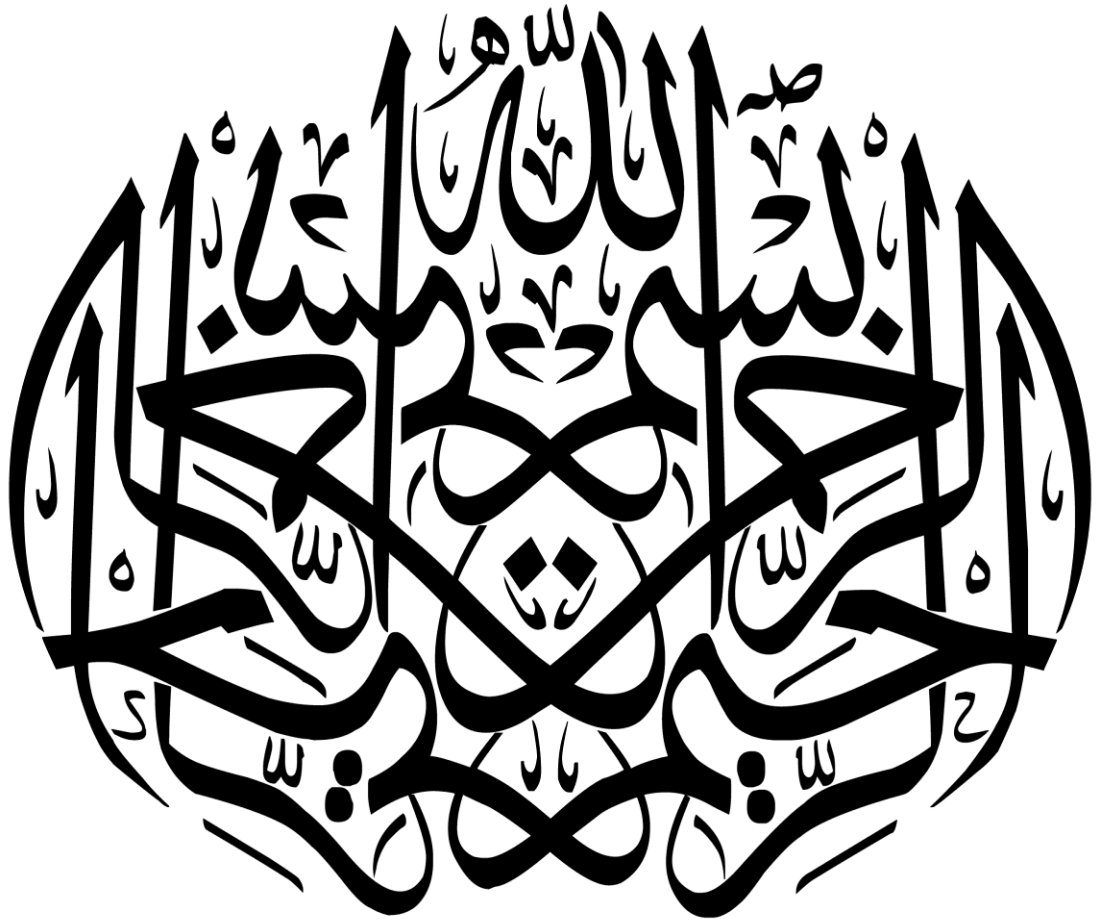
لجنة المناقشة:

رئيسا .....

مقرا .....

مناقشا .....

الموسم الجامعي: 2014- 2015



## شكر و تقدير

الشكر لله أولا الذي أعاننا و وفقنا في إنجاز هذا العمل المتواضع

نتقدم باسمى عبارات الشكر و الامتنان و التقدير للذي ساعدنا ووجهنا

لإنجاز هذا العمل و نخص أستاذنا الفاضل الدكتور عطاء الله فشار

الذي لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته لنا.

## الاهداء

نمدى هذا العمل الى اهلنا جميعا والى كل اصدقائنا والى جميع

من لهم في قلوبنا المحبة والاحترام

امينة باهية قاسيمى

سعيد حفاف

قال تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (١١) .

يدرك الجميع أن حجر الزاوية و عنصر القوة الوحيد الباقي في العالم الإسلامي — بل الحبل المتين الذي يشد هذه الأمة إلى دينها ورسالتها إنما هو الأسرة ونظامها، فالأسرة كما بناها الإسلام بقيت تمثل حجر الزاوية في البناء الإسلامي كله وهي التي حافظت على ما بقي من عناصره، وكل ما بقي من روابط وعلاقات بين المسلمين وبهذا تصبح الأسرة الهدف المنشود والمقصود بالتنظيم، وهذا الأخير ما يعبر عنه بقانون الأسرة أو قانون الأحوال الشخصية، ويقصد به مجموعة القواعد المنظمة لحالة الأشخاص وعلاقاتهم المالية وغير المالية مع أسرهم ومجتمعهم وقد ارتكزت الحركة التشريعية في مجال التدوين والتقنين في الوطن العربي والعالم الإسلامي على أساس الفقه المقارن لوضع قانون عام شامل يعتمد على الشريعة الإسلامية ويستقي من المذاهب المختلفة تيسيرا على الناس وتماشيا مع روح التشريع الإسلامي الذي يدعو إلى رفع الحرج و دفع الضرر على الأسرة بعيدا عن التقليد و الجمود وعدم التقيد بمذهب معين والاستفادة بالمذاهب الاجتهادية كلها.

و بالرجوع إلى المجتمع الجزائري نجد أنه كان يطبق أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية إلى غاية احتلاله سنة 1830 من قبل المستعمر الفرنسي الذي لم يعتمد مباشرة إلى إلغاء هذه الأحكام والأعراف المحلية لعلمه بمدى تعلق الشعب الجزائري بها. لكنه لم يبق مكتوف الأيدي تجاهها بل عمد إلى إلغائها عبر مراحل تمثلت أولا في تعويضها بقضاء مدني أوربي مع استمرار مجلس القضاء الشرعي بالجامع الكبير بالعاصمة فقط، واستبدال قوانين المحاكم الشرعية بنظام الجماعات الأهلية التي تتبنى أحكام العرف والتقاليد مقصية بذلك أحكام الفقه الإسلامي وبهذا راهنت فرنسا على سياسة الخطوة خطوة، ورتبت أولوياتها حسب نظرية التنصير ثم التغيير من خلال إصدارها لمجموعة من القوانين و المراسيم تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم.

ولكن الشعب الجزائري كعادته انغلق على نفسه ولم يسمح بتطبيق تلك المراسيم والقوانين، وظل يحكم أحكام الشريعة الإسلامية بعيدا عن الإدارة الفرنسية لسبب واضح وهو أن الشعب الجزائري متمسك بدينه وعقيدته.

وقد عرفت الجزائر أول قانون مكتوب بشكل منظم يتعلق بالزواج والطلاق ويهتم بتنظيم الأسرة وهو الأمر رقم 274/56 المؤرخ في 04 فيفري 1959.

وبعد الاستقلال استمر العمل بهذا القانون تطبيقا للقانون رقم 157/62 الصادر في 1962/12/31 الذي نص على ضرورة إستمرارية العمل بالقانون الفرنسي فيما عدا مواد الإستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

وفي 29/06/1963 صدر القانون رقم 63/224 المتعلق بتحديد سن الزواج وتسجيله، ورغم هذا لم ينل الشعب الجزائري جزءا من إستقلاله التشريعي وظل طوال مدة 21 سنة بلا قانون للأحوال الشخصية إلى أن صادق البرلمان الجزائري على قانون للأسرة مستمدا من الشريعة الإسلامية وأصبح ساريا في 09/06/1984 وهو القانون رقم 11/84. الذي اشتمل على أربعة كتب، عالج الكتاب الأول منها عقد الزواج وانحلاله، والثاني النيابة الشرعية، والثالث الميراث، والرابع التبرعات.

وما يلاحظ أنه لم يكن قانونا في مستوى الواحد والعشرون سنة من الدراسة، حيث اشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقد ونقاشات حادة بين رجال الدين والقانون والسياسة. ذلك ما استدعى حتمية التعديل لسد هذه الثغرات، وأسندت هذه المهمة للجنة تتكون من 52 عضوا باشرت عملها في شكل ورشات على مستوى المحكمة العليا. كانت ثمرتها وضع القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 تمهيدا لتعديل قانون الأسرة مازال محل مناقشة ولم يصادق عليه البرلمان بعد.

وهذا القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 جاء بعد عشرين سنة أخرى من معاناة ساحة القضاء من إشكالات إستحال حلها تحت ظل هذا القانون. فهل هذا القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 سوف يكون بمستوى هذه المدة من الإنتظار. لاسيما ما تعلق منها بالزواج وانحلاله، وهذا ما جعل واضعي القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 يقصرون تعديلاتهم على هذا الجانب. وذلك ما دفعنا إلى حصر دراستنا في مناقشة الاشكالية التالية: ماهي الإشكالات التي يطرحها قانون الأسرة بين التشريع السابق والتعديلات الواردة في الامر 2005. في شقه المتعلق بجانب الخطبة والزواج، وهل استطاع المشرع التوفيق في احداث تعديل يتماشى مع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية والدولية دون أن يخالف روح الشريعة الاسلامية؟ . وإن غايتنا المنشودة من موضوع البحث هي معالجة فقهية وقانونية لأحكام الخطبة والزواج وإبراز أهم الإشكالات في الواقع العملي، ومدى فعالية التعديلات لحلها، ولمعالجة هذه الإشكالات اعتمدنا المنهج التحليلي من اجل استقرار النصوص واستنباط ما ورد فيها من احكام كما اعتمدنا المنهج المقارن حيث قمنا بمقارنة بين نص القانون والتعديلات التي وردت عليه .

هذا وقد عمدنا الى اتباع الخطة التالية من خلال تقسيم البحث إلى فصلين، الفصل الأول خصصناه لإشكالات عقد الزواج وآثاره، وضمناه ثلاث مباحث، المبحث الأول تعلق بمقدمات الزواج، والمبحث الثاني بأركان عقد الزواج، الفصل الثاني بآثار عقد الزواج.

## خطة الموضوع

### مقدمة

إشكالات انعقاد الزواج وآثاره

الفصل الاول : مقدمات الزواج وآثارها.

المبحث الاول: الخطبة والفاثحة

المطلب الأول : الخطبة.

المطلب الثاني : الفاثحة.

المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه.

المطلب الأول : الولي والاهلية

المطلب الثاني : تعدد الزوجات.

الفصل الثاني : آثار عقد الزواج.

المبحث الاول : الذمة المالية.

المبحث الثاني: النسب وطرق إثباته ونفيه.

خاتمة

### المبحث الأول : مقدمات الزواج.

إن كل عقد من العقود المهمة ذات الشأن والخطر تسبقها مقدمات، يبيّن فيها كل واحد من المتعاقدين مطالبه و رغباته، فإذا ما تلاقت الرغبات أقدمتا وتفاهما فيتم العقد بتلاقي الإراديتين و وجوب الإيجاب و القبول.

و عقد الزواج هو أخطر عقد لأن موضوعه الحياة الإنسانية، إذ يعقد على نية الدوام و البقاء ما بقي كلا الزوجين على قيد الحياة. لهذا كانت مقدماته لها شأنه و أهميته. و قد إختصت الشريعة الإسلامية و كذا قانون الأسرة الزواج بأحكام خاصة، و لم تعن بمقدمات أي عقد من العقود سواه، و هي ما يسمى عند العرب و في لسان الشرع الإسلامي بالخطبة.<sup>1</sup>

و في دراستنا لهذه المقدمات سنتطرق في مطلب أول إلى تعريف الخطبة و طبيعتها القانونية، و حكم العدول عنها و آثاره. و في مطلب ثاني إلى الفاتحة و إقترانها بالخطبة و حكمها.

### المطلب الأول : الخطبة

#### أولا : تعريف الخطبة

الخطبة لغة : تعني طلب النكاح.

و اصطلاحا : هي التماس التزويج و المحاولة عليه.

وقد عرفها البعض بأنها : « عقد النية بين طالبي الزواج أو المختطين على أن يجتازا معا تجربة شخصية خلال فترة تسبق الزواج، فيختبر فيها كل منهما الآخر تمهيدا للزواج به مع الاعداد و التجهيز خلالها لتأسيس العائلة التي تتطلبها أحكام الزواج ». <sup>2</sup>

وقد عرفها الإمام أبو زهرة : "بأنها طلب الرجل يد امرأة معينة للزواج بها والتقدم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، و مفاوضتهم في أمر العقد و مطالبه و مطالبهم بشأنه". <sup>3</sup>

- و بالنظر إلى هذه التعريفات نجد جلها تتكلم عن تقدم الرجل و طلبه يد المرأة قصد الزواج بها، بينما حقيقة ذلك التقدم أو الطلب الشرعي قد يكون منها أو من وليها، و ذلك ما بيّنه القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة.

وقد أجاز الفقهاء عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح رغبة في صلاحه و إذا رغب فيها تزوجها بشروطه. وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه لم يعرف الخطبة، تاركاً ذلك للفقهاء، و الحكمة العليا في العديد من قراراتها عرفت الخطبة و أكدت على التعريف الفقهي لها فقضت بأنه :

<sup>1</sup> الخطبة بكسر الخاء، لأنه بضمها يتغير المعنى تماما .

<sup>2</sup> محمد محدة - الخطبة و الزواج - الطبعة الثانية 2000، دار الشهاب، ص7.

<sup>3</sup> الإمام أبو زهرة - محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي، دمشق، ص7.



"من المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة و في غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا"<sup>1</sup>.  
ونفس الإشكال بالنسبة للتعديل فهو لم يعرف الخطبة، لكنه لما نص عليها أدرجها تحت عنوان : مقدمات الزواج، و بذلك فهو يعتبرها مقدمة للزواج.

#### ثانيا : حكمة الخطبة

الخطبة طريق لتعرف كل من الخاطبين على الآخر، إذ أنها السبيل لدراسة أخلاق و طبائع و ميول الطرفين، و لكن بالقدر المسموح به شرعا. فإذا وجد التلاقي والتجاوب أمكن إبرام عقد الزواج الذي هو رابطة دائمة في الحياة، واطمأن الطرفان إلى أنه يمكن التعايش بينهما بسلام وأمان وسعادة و وئام، وهي غايات يحرص عليها كل الشبان و الشابات والأهل من ورائهم.

والخطبة ليست فرضا ولا واجبا، بل هي مستحبة قبل انعقاد الزواج لأن وجودها أحرى لدوام العشرة لتمكينها كلا من الخاطبين معرفة الآخر و مدى احتمال البقاء معه أو عدمه.  
فالزواج ميثاق غليظ و عهد قوي و مؤبد و حتى يتبين كل من الزوجين الصفات التي يرغبها و ينشدها الآخر، نذبت له الخطبة.

#### ثالثا : شروط الخطبة

لقد وضعت الشريعة الإسلامية صفات و بيّنت مقاييس للزوجة الصالحة التي يمكن أن يجد الإنسان معها الراحة و الاطمئنان و السكينة، و حسن اختيار المرأة له هدفين : إسعاد الرجل و تنشئة الأولاد نشأة صالحة تتميز بالاستقامة و حسن الأخلاق، لقوله صلى الله عليه و سلم : " تخيروا لنطفكم فأنكحوا الأكفاء، و أنكحوا إليهم"<sup>2</sup>.

و من هذه الصفات أو المستحبات نذكر ما يلي :

◀ أن تكون المرأة دينية، لقوله صلى الله عليه و سلم : "فعليك بذات الدين". و قوله : " .. فأظفر بذات الدين تربت يداك"<sup>3</sup>.

◀ أن تكون و لودا، لقوله صلى الله عليه و سلم : "تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة".

◀ أن تكون بكرًا، لقوله : "فهلا بكرا تلاعبها و تلاعبك".

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 19. 11. 1984، ملف رقم 34046، مجلة قضائية لسنة 1990 العدد الأول، ص 87

(1) حديث شريف صححه الحاكم عن عائشة، ورواه الحاكم وابن ماجه و البيهقي والدارقطني.

(2) رواه الترمذي .

◀ أن تكون من الغريبات عن الخاطب، غير ذات قرابة قريبة، و قد قيل : "إن الغرائب أنجب، و بنات العم أصبر". و لأنه لا يأمن الطلاق فينتج عنه قطيعة للرحم المأمور بصلتها. لقوله صلى الله عليه و سلم : "لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخلق ضاويا". أي يخلق نحيفا. وقد أثبتت التجارب العلمية أن الزواج بين الأقارب غالبا ما يخلق نسلا ضعيفا، حيث تشيع الأمراض الخلقية و العضوية.

◀ أن لا تكون المرأة مما يحرم الزواج بها سواء حرمة دائمة أو حرمة مؤقتة.

#### رابعا : النظر إلى الخطيبة :

لقد أجاز الشرع الإسلامي النظر إلى الخطيبة، و ذلك حتى يكون كل من العاقدين على علم قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الآخر و ما عليه من عادات و أخلاق، ليكون العقد على أساس صحيح. و هذا العلم يتحقق بالرؤية.

و يروى أن رسول الله قال : "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل".

و القدر المباح النظر إليه هو الوجه و الكفان و القدمان عند غالبية الفقهاء، و لا بد أن لا تكون رؤية الخاطب لمخطوبته في خلوة، لأن الخلوة بين الرجل و المرأة حرام و لم يرد من الشارع ما يبيحها لأجل الخطبة فيبقى النهي قائما لذلك قال صلى الله عليه و سلم : "لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان". و عليه لا بد من وجود محرم مع المخطوبة وقت النظر.<sup>1</sup>

و في مجتمعنا الحاضر نجد من لا يسمح بالنظر بل تعطى للخاطب صورة شمسية للمخطوبة أو العكس، و قد تخفي الصورة عيوبها قد تكون بصاحبها. و كثيرا من لا يسمح حتى بالصور، بل تخطب الفتاة و تزوج دون أن تعرف الخاطب حتى ليلة الزفاف، مما يؤدي إلى مآسي كثيرة كالشقاق و الطلاق نظرا للمعلومات المبالغ فيها عن الطرف الآخر.

و العكس نجد أسر أخرى تدعي التفتح و حرية المرأة فتسمح للفتاة بالتعرف على الشاب، و تختاره ثم تقدمه لأهلها، و تتطور العلاقات بينهما باسم التطور و التفتح، فتتجاوز حدود المعقول مما يؤدي إلى وقوع ما لا يحمد عقباه.

و بالرجوع إلى قانون الأسرة نجده لم يتطرق إلى مسألة النظر إلى المخطوبة و لا يعتبر سكوته إهمالا و إنما اكتفى بالإحالة على الشريعة الإسلامية بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

(1) الإمام أبو زهرة - المرجع السابق - ص 20 .

خامسا : طبيعة الخطبة

أ- من الناحية الشرعية :

الخطبة شرعا ليست عقدا، و إلا لكانت ملزمة إلزاما يستتبع حتمية عدم العدول عنها، و من ثم فإنها تعتبر وعدا بالزواج، و هذا الوعد لا يزيد شيئا عن مرتبة الإلتزام الأدبي المطلوب للوفاء بالعهد.<sup>1</sup> و ذلك لأن الإلزام بالتصرفات يجب أن يكون بحكم الشارع لأنه هو الذي يعطي القوة الإلزامية للتصرفات أو يكون التراضي كاملا على الإلتزام، و ما نراه هو أن الخطبة تخلو من هذا الإلزام، فقد كان التراضي بين الخاطب والمخطوبة وأهلها على أساس أن هذا كان تمهيد العقد هو عقد الحياة. و كما نعلم فالإلزام يكون بوجود العقد لا في التمهيد له، و عليه فإنه مادام لم يتم نهائيا بين الطرفين فإنه يمكن لكل واحد من الطرفين أن يعدل عن ما وعد به.

يقول الدكتور مصطفى شلي : "لا تخرج الخطبة عن كونها وعد بالزواج والوعد ليس عقدا فلا يكون ملزما كالعقد، فيصبح لكل من الطرفين أن يعدل عنها بفسخها لأننا لو قلنا بإلزامها لحملنا الخاطبين على ما لا يريدانه و في هذا من الضرر ما لا يخفى".

فجمهور الفقهاء متفقين على أن الخطبة ليست أكثر من وعد تمهيدي للزواج و في هذا الصدد يقول الدكتور السهوزي : "لا يجوز أن يتقيد شخص بوعد أن يتزوج، و من باب أولى أن يتزوج بشخص معين، فمثل هذا التقيد يكون مخالفا للنظام العام".<sup>2</sup>

ب- من الناحية القانونية :

المادة الخامسة من قانون الأسرة نصت صراحة على أن : "الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها".

فالخطبة من الناحية القانونية عندنا كالناحية الشرعية فهي لا تعدو أن تكون وسيلة للتعرف وفق أحكام الشرع و تحديد الشروط الموضوعية و الشكلية لإبرام عقد الزواج.

إذن بالإيجاب و القبول اللذين تمت بهما الخطبة ما هما إلا مجرد إجراء تمهيدي و وعد بزواج لاحق.

ولقد كانت المادة الرابعة من الأمر الصادر في 4 فبراير 1959 تنص على أن : "الوعد بالزواج من طرف واحد أو من الطرفين لا يعتبر زواجا ولا ينشأ أي إلتزام بعقد الزواج " .

وفي مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 نجد أن المادة الأولى منها نصت على أن : "الوعد بالنكاح في المستقبل و مجرد قراءة الفاتحة دون إجراء عقد صحيح ، كل منهما لا ينعقد به نكاح و للخاطب العدول عن خطبها، وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعد بتزويجها منه " .

(1) محمد محدة - المرجع السابق ص 10 .

(2) الإمام أبو زهرة - المرجع السابق - ص 65 .

ففي هذا النص المشرع تكلم عن الوعد بالنكاح في حد ذاته مبينا بأنه لا يمكن أن يكون عقد زواج و لا ينعقد به نكاح ؛ وعليه يمكننا القول أن النص أراد أن يخلع عن الخطبة صفة الزواج ، لا صفة العقدية بوجه عام ، مما جعل البعض يقول أن الوعد بالزواج لا يعتبر حقا عقد زواج ولكن يمكن إعتباره عقدا من نوع خاص ، كأن يسمى عقد خطبة مثلا . ويجعل من مقتضياته الإلتزام ببذل عناية قصد الوصول إلى عقد الزواج، لكن إذا كان بالإمكان الأخذ بهذا القول سابقا فإنه غير ممكن حاليا في ضوء قانون الأسرة الحالي لأن نص المادة 5 تكلم عن الخطبة وإعتبرها وعدا بالزواج ولم يتكلم عن الوعد غير معتبر إياه عقد زواج .

فالمادة 5 نصت على أن : "الخطبة وعد بالزواج". و لم تنص على أن : "الوعد بالزواج لا يعتبر زواجا"، كما جاء في بعض القوانين الأخرى.

و عليه نصل إلى أن الوصف القانوني للخطبة هو أنها وعد بالزواج لا أكثر. و قد ذهب المحكمة العليا في العديد من قراراتها إلى أن الخطبة وعد بالزواج لا أكثر، و بالنسبة للتعديل لقانون الأسرة فالمادة الخامسة عرفت الخطبة بأنها وعد بالزواج و بذلك أبتت على الوصف القانوني الذي أعطاه لها المشرع في القانون الساري العمل به.

#### سادسا : العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة ليست زواجا، و إنما هي وعد بالزواج فإنه يجوز في رأي أغلب الفقهاء للخاطب أو المخطوبة العدول عن الخطبة، إذ ما لم يوجد العقد فلا إلزام و لا التزام. و لكن من الأخلاق ألا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة مراعاة لحرمة البيوت و لكرامة الفتاة.

و من المستحسن شرعا وعرفا التعجيل في العدول إذا بدا سبب واضح يقتضي ذلك عملا لقوله تعالى : "و أوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا". فمن وعد عليه الوفاء بوعده إلا إذا وجد عارض قوي.

و قال صلى الله عليه و سلم : "إضمنوا لي ستا من أنفسكم أضمن لكم الجنة : أصدقوا إذا حدثتم، و أوفوا إذا وعدتم، و أؤدوا إذا إئتمنتم، و إحفظوا فروجكم، و غضوا أبصاركم، و كفوا أيديكم".<sup>1</sup>

و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يبيح العدول عن الخطبة بنصه في المادة الخامسة على أن : "الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين الدول عنها". فكلتا الطرفين أي الخاطب والمخطوبة لهما الحق في العدول عن الخطبة، و بذلك فالمشرع أخذ بالمذهب المالكي.

و إذا ما عدنا إلى نص القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 نجده ينص في المادة الخامسة على أنه : "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".

(1) رواه أحمد وإبن حبان والحاكم والبيهقي عن عباد بن الصامت . وهو صحيح .

آثار العدول عن الخطبة :

لا يترتب على العدول عن الخطبة أي أثر ما دام لم يحصل عقد، لكن قد يكون الخاطب قد دفع المهر كله أو بعضه أو تبادلا الهدايا، فما مصير تلك الأموال ؟ كذلك قد ينجم عن العدول ضرر للطرف المعدول عنه فهل يستحق التعويض أولا ؟

أ- بالنسبة للصداق :

المهر أو الصداق هو ركن من أركان عقد الزواج طبقا لنص المادة 9 من قانون الأسرة و كذا المادة 15.

9م : "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق".

15م : "يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا".

و لم يحدد المشرع وقت دفع الصداق فقد يكون أثناء فترة الخطوبة أي قبل إبرام العقد أو في مجلس العقد أو يكون مؤجلا.

و ما يهمنا هو إذا ما قبضت المخطوبة المهر المتفق عليه أثناء فترة الخطوبة فإنها إذا ما تم العدول عن الخطبة سواء من طرفها أو من طرف الخاطب قبل إبرام العقد، ملزمة برده للخاطب لأنه ليس لها الحق في أخذه، بل أن الشرع و القانون لا يجيزان لها إلا نصف الصداق إذا ما تم العقد و افترقا قبل الدخول.<sup>1</sup> وفي حالة الهلاك أو الاستهلاك فإن المهر يرجع بقيمته إن كان قيميا و بمثله إن كان مثليا، أي كان سبب العدول، و هذا متفق عليه فقها.<sup>2</sup>

ومن خلال الواقع العملي نجد أن ذلك صعب التطبيق لأنه من عاداتنا أن المخطوبة عندما تتسلم المهر فإنها تتصرف فيه لتحضير جهازها و ما يلزم من فراش و لباس و حلي و قد يتم العدول من أحدهما، فيستحيل عليها إرجاعه. فما العمل ؟

المشرع الجزائري لم يتكلم على هذه المسألة بل أنه لم يتطرق إلى الصداق أصلا عندما نص على جواز العدول و كان الأولى به أن يضع حلا كما وضعه بالنسبة للهدايا، و هذا ما دعى القضاة إلى محاولة إيجاد حلول فذهب البعض منهم إلى إلزام المخطوبة بإرجاع قيمة الصداق و البعض الآخر ذهب إلى إلزامها بتسليم الأشياء التي إشترتها إلى الخاطب مقابل مبلغ المهر الذي تصرف فيه.

و في نظرنا فالحل الذي يبدو معقولا هو تحميل تبعات المهر لمن كان عادلا، فإن كان الخاطب هو الذي عدل عن الخطبة ألزمه تسليم الأشياء التي حوّل إليها مبلغ الصداق، ذلك أن المخطوبة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء التي كان الخاطب بخطبته لها دافعا في تملكها إذ لولا تلك الخطبة و الوعد و الدفع ما تصرفت هذه

(1) المادة 16 من قانون الأسرة نصت على أنه : "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول ، أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول".

(2) وهبة الزحيلي:الفقه الإسلامي و أدلته ( الطبعة الأولى ، دمشق : دار الفكر 1984 ) الجزء السابع ،ص 26.

التصرفات، و على العكس، إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع المهر للخاطب كما دفعه لها أو مثله إن كان مثليا، و لا يرغم على تقبل الفراش أو اللباس أو الحلبي الذي إشتهرته المخطوبة و المصاريف التي صرفتها عليه لأنه قد يجد من لا ترغب فيه، و يضطر إلى بيعه و إنقاص قيمته، مما يجعله يجمع بين ضررين، ضرر العدول عنه و ضرر إنقاص قيمة المهر.

و مجمل القول أن المهر يعد من متطلبات الزواج لا من متطلبات الخطبة فعلى الخطيبة إذا فسخت الخطبة رده للخاطب.

### ب- بالنسبة للهدايا :

لقد اختلف الفقهاء في حكم الهدايا، هل ترد أو لا ترد ؟

**الحنفية :** قالوا أنه يمكن إسترداد الهدايا متى لم تستهلك أو تتصل بزيادة لا يمكن فصلها عنها وهذا قياسا على الهبة، إذ يجوز للواهب الرجوع في هبته ما لم يوجد مانع بالعين الموهوبة يحول دون ذلك.<sup>1</sup> مثلا : لباس أخطب أو بلى أو ساعة تكسرت ... فلا تعاد.

**الشافعية و الحنابلة :** قالوا أنه يجوز رد الهدايا التي يتقدم بها الخاطب إلى مخطوبته ذلك لأن الباعث على هذه الهدايا هو إتمام الزواج دون شك و هو أمر القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 لذا عدت من ضمن هبات الثواب التي يحق لصاحبها طلب ردها متى لم يتحقق ذلك المقابل، هذا ما لم تتغير تلك الهدايا بالزيادة أو النقصان أو الاستهلاك.

**المالكية :** فصلوا بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة.<sup>2</sup>

فإذا عدل الخاطب فلا حق له في إسترداد ما أهدها إلى مخطوبته ولو لم يستهلك ويستنفذ. و إن كان العدول من جانب المخطوبة فإن الخاطب يسترد ما أهدها إليها إن كانت قائمة بعينها أي الهدايا، و إن هلكت فله مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت عينية.

**في قانون الأسرة :** لقد نص المشرع الجزائري في المادة 5 عن الهدايا و كيفية إستردادها و قد أعطاهم عناية و تفصيلا، ذلك لأنه من النفقات التي تنفق أثناء الخطبة و بعدها و قبل العقد ما يكون هاما، لأن الخاطب خاصة في مجتمعنا الجزائري كثيرا ما تكلفه الخطبة آلاف الدنانير إلى جانب الهدايا التي يقدمها لمخطوبته في المناسبات و الأعياد، و أغلبها من الذهب و اللباس الفاخر، لذا نصت المادة 5 على أنه:

"لا يسترد الخاطب شيئا مما أهدها إن كان العدول منه، و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك".

(1) الامام أبو زهرة - المرجع السابق - ص 39 .

(2) وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 26 .

فالمشرع في هذه الفقرة تكلم عن الهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة و لم يتكلم عن الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب لأنه قد تكون المخطوبة موظفة أو ميسورة الحال فتقدم هدايا ثمينة للخاطب. فهل تفقد حقها في إسترجاع هذه الهدايا إذا عدل الخاطب عن الخطبة، أو هل نطبق حكم الفقرة السابقة عليها أي أن يلزم الخاطب برد الهدايا التي قدمتها له المخطوبة إذا عدل هو عن الخطبة ؟

فحسب نص المادة 5<sup>5</sup> فالخاطب إذا عدل عن الخطبة فإنه يفقد حقه في إسترجاع الهدايا التي قدمها للمخطوبة. وإذا كان العدول من المخطوبة فإنها ملزمة برد الهدايا التي قدمها لها الخاطب ما لم يستهلك. بمعنى أنها تعفى من هذا الالتزام إذا كانت هذه الهدايا قد استهلكت.

و ما يمكننا ملاحظته أن المشرع الجزائري في هذه المسألة لم يأخذ بالمذهب المالكي الذي يغرم العادل عن الخطبة و يلزمه بإرجاع الهدايا إن كانت قائمة بذاتها. أم استهلكت فيرجع قيمتها إن كانت قيمة أو مثلها إن كانت مثلية، و ذلك حتى لا يجمع المعدول عنه بين المين، و هذا ما يجري به العمل في المجتمع الجزائري.<sup>1</sup> بل أن المشرع قد أخذ بالمذهب الحنفي في عدم رد ما أستهلك باعتباره أن ما يتبادله كل من الخاطبين هو من قبل الهبات و الهبة لا يجوز إرجاعها إن هلك.

و الهدايا التي هي محل النصوص التشريعية هي تلك التي لم يلحق بها عقد فإن عقد على المخطوبة فالغاية المبتغاة من تلك الخطبة و هي الاستمرار على ذلك الموعد حتى الزواج و قد حصل، و من ثم لا محل للمطالبة بها. مثلا : لو أهدى الخاطب لمخطوبته أقراطا من ذهب و مأكولات و أقمشة فإنه إن عدل فلا يسترد سوى الأقراط لأن الطعام و الملابس أستهلك.

و لكن يبدو لنا منطقيا ربط استرجاع الهدايا بالعدول عن الخطبة و سهلا لكنه في الواقع الجزائري صعب التطبيق، إذ أن العدول عن الخطبة لا يتم بدون سبب إلا نادرا، فغالبا ما يقترن العدول بسبب كعدم احتمال أهل الخاطب لشروط أهل الخطيبة من مسكن منفرد و مهر مرتفع أو إطالة الخاطب في مدة الخطوبة لسنوات مما يظطر أهل الخطيبة إلى العدول... أو أن المخطوبة ترفض العيش مع حماها... و هكذا.

و كان على المشرع تحري سبب العدول وليس النظر إلى من أعلن العدول أولا لأنه أحيانا كثيرة نجد الراغب في العدول يملئ شروطا صعبة التحقيق تظطر الطرف الآخر إلى الانسحاب والعدول، و غالبا ما تكون هذه الشروط مفتعلة ليستأثر لنفسه بالهدايا. و حسنا فعل المشرع عندما استعمل لفظي الخاطب والمخطوبة في المادة 5.

و لم يقل الزوج أو الزوجة، ذلك لأنه بعد العقد يصبحان زوج و زوجة و إذ ذاك لا نتكلم عن الهدايا بل على الصداق، و لو طلقت الممنوحة هدايا و صداقا قبل الدخول، فلا كلام عن الهدايا و لو عظمت قيمتها بل لها زيادة على ذلك نصف الصداق إن كان مقدراً، و سميت بذلك مطلقة لا معدولا عنها و قد قضت المحكمة

(1) محمد محدة - المرجع السابق - ص 63.

العليا في قرار لها بأنه : "من المقرر شرعا أنه لا رجوع للهدايا إذا كان فسخ الخطوبة من الخاطب بعدما تحقق أنه أصبح عاجزا جسديا على الزواج على إثر حادث مرور أفقده قدرة ممارسة العلاقات الجنسية. حيث أن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة لها الحق في نصف صداقها إذا طلقت قبل البناء بها و ذلك بدون شروط، كما أنها قررت بأن الزوج الذي قدّم لزوجته شيئا و سماه هدية لا يسوغ له أخذه منها بأي وجه كان إلا إذا أصدر فسخ عقدة نكاحهما كذلك قبل البناء بها فيرد له ما يبقى من تلك الهدية"<sup>1</sup>. بالنسبة للقانون المعدل والمتمم الصادر في 2005: فالمادة 5 المعدلة نصت على أنه : " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه و عليه رد ما لم يستهلك أو قيمته. و إن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". فهذا القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 خصّ الاسترجاع بالهدايا فقط دون أن يتطرق للمهر، و لكنه ذكر الهدايا التي يقدمها الخاطب للمخطوبة و كذا الهدايا التي تقدمها المخطوبة للخاطب و بذلك فهو أكثر توضيحا للأمر.

و عليه فالخاطب إن عدل عن الخطبة فلا يسترد شيئا من الهدايا التي قدمها للمخطوبة و عليه هو برد الهدايا التي قدمتها له المخطوبة ما لم تستهلك أو قيمتها. و إذا عدلت المخطوبة عن الخطبة فعليها رد الهدايا التي قدمها لها الخاطب ما لم تستهلك أو قيمتها.

و الإشكال المطروح هو أن أصحاب هذا القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 لم يبينوا هل المخطوبة عندما تعدل تسترجع الهدايا التي قدمتها هي للخاطب بما أنها تلزم برد الهدايا التي قدمها هو لها؟ أو هل نطبق عليها نفس حكم الخاطب الذي يعدل و بذلك لا تسترد الهدايا التي قدمتها للخاطب إذا عدلت؟ و الإشكال الثاني يكمن عندما أضاف التعديل لفظ "أو قيمتها" فهل يقصد بها قيمة الهدايا التي قدمت أو قيمة الهدايا التي قدمت و استهلكت؟

فالمادة نصت : "... و عليه رد ما لم يستهلك أو قيمته." و في الفقرة الثانية : "... فعليها رد ما لم يستهلك من هدايا أو قيمتها". بمعنى هل المادة أعطت للعادل أو العادلة الخيار بين رد الهدية ذاتها و بين رد قيمتها نقدا؟ ما دامت المادة تضمنت حرف التخيير "أو" أو أنه يقصد أن الطرف العادل يلزم برد الهدايا التي لم تستهلك و أما الهدايا التي استهلكت فيقدم قيمتها نقدا.

و ما يمكننا ملاحظته هو أن المشرع في المادة 5 من القانون الساري فيما يخص رد الهدايا بعد العدول عن الخطبة كان يجذو حذو المذهب الحنفي الذي يقول برد الهدايا ما لم تستهلك أي ربط العدول بالاسترجاع. و نجد أصحاب التعديل في القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 أخذوا بالمذهب المالكي الذي يقول أن الطرف المعدول عنه يسترد الهدايا سواء كانت قائمة أم هلكت فإن هلكت أو استهلكت و جب رد قيمتها.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1985/12/30 ملف رقم 39289. غير منشور



التعويض عن الأضرار :

القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 و القانون يجيزان لكل من الخطيئين حق العدول عن الخطبة و منه فالعدول ذاته لا يرتب على أي منهما تعويض لكن التعويض يكون نتيجة ما صاحب العدول من أفعال أحدثت أضرار مادية أو معنوية بالعدول عنه، و هذه الأضرار قد تكون ناتجة عن تصرفات غير أجنبية و قد تكون ناتجة عن تصرفات أجنبية :

أ- الأضرار التي تنتج عن تصرفات أجنبية عن الخطبة. فالمضروور منها يستحق التعويض و منها كأن ينسب لأحد الطرفين إلى الآخر إحدى الأفعال التي تعتبر قذفا أو يفشي سرا من أسراره و ما إليه.  
ب- الأضرار التي تنتج عن تصرفات غير أجنبية عن الخطبة فيوجد خلاف بين الفقهاء حول استحقاقها التعويض<sup>1</sup>، ويقصد بها تلك الأعمال التي يقوم بها الخاطبان أو أحدهما فيما يدور حول الخطبة أو أعمال تحضيرية لعقد الزواج ككراء الفندق استعدادا لليلة الزفاف، أو تحضير الحلويات أو إعداد بيت الزوجية على الشكل الذي طلبته الخطيبة أو ترك العمل أو الدراسة لتلبية لطلب الخاطب.

**أولا الضرر المادي :** وهو كل ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله. و لقد نصت المادة 5 من قانون الأسرة على أنه : "إذ ترتبت عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض". فيفهم من هذا النص أن القاعدة العامة أن الخطبة ليست عقد ملزما، و لا تتضمن أي التزام، فلا تعدو أن تكون وعدا شفهيها متبادلا بين شخصين من جنسين مختلفين أو بين عائلتين لابرار عقد الزواج مستقبلا. و أنه يجوز لكل واحد من الطرفين العدول عن الخطبة بمحض إرادته بسبب أو بدون سبب و لا يمكن اللجوء إلى القضاء لإجبار من يستعمل حقه في العدول أن لا يتعسف فيه و إلا جاز للطرف الآخر أن يطلب التعويض إذا ما أصابه ضرر نتيجة خطأ صاحب العدول فتقوم المسؤولية. و قد وصفها الفقهاء بأنها تغرير بالطرف الآخر نشأ عنه ضرر<sup>2</sup>، بمعنى أنه إذا صاحب الوعد بالزواج و العدول عنه فعال مستقلة عنهما استقلالاً تاماً و ألحقت ضرراً مادياً لأحد المتواعدين و جب التعويض باعتبارها أفعالا ضارة. و هذا ما دفع الكثير من رجال القانون إلى تأسيس مبدأ التعويض على نظرية التعسف في استعمال الحق عملاً بقوله صلى الله عليه و سلم "لا ضرر و لا ضرار" وعملاً بالقاعدة الفقهية : "التغرير يوجب الضمان"

والإمام مالك و تلاميذه متفقون على أن التسبب في الضرر يوجب التعويض و يعتبرون أن كل وعد كان سبباً في تصرف الموعود بما ألحق به الضرر يجب ضمانه يقول الدكتور السنهوري " فإذا انحرف الخطيب و هو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب كان فسخ الخطبة خطأً يوجب المسؤولية التقصيرية"<sup>3</sup>.

(1) محمد محدة - المرجع السابق - ص 66.

(1) عبد العزيز سعد- الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري. دار البحث قسنطينة 1989- الطبعة الثانية، ص 89.

(2) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ص 827

إذن لكي يحصل تعويض لا بد من توافر شرطين و هما:

- ألا يكون لمن عدل مبرر يترع عن أفعاله صفة السلوك الخاطئ المعتر أساسا للتعويض. و ذلك كأن يتوفى أحد الخطيبين فيصير تنفيذ الزواج مستحيلا، و لا دخل لإرادة الطرف الباقي على قيد الحياة في عدم تنفيذه، أيضا إكتشاف مانع من موانع الزواج كان مجهولا قبل الخطبة...

- أن تكون للعدل يد في إحداث الضرر الحاصل للمعدول عنه : كالأمر بإجراء تصرف على وجهة معينة و فجأة تنقلب الموازين رأسا على عقب، فأحدث ذلك ضررا ماليا للمتصرف وفق ذلك الرأي، كأن يخبر الخاطب خطيبته بتاريخ الدخول و عليها التخلي عن عملها و بعد إستقالتها بيوم يلغي الموعد و يفسخ الخطبة، فالخاطب هو سبب الضرر، بتصرفه أما إن تخلت هي عن عملها برغبة منها فليس لها التعويض لعدم تسببه هو في هذا الضرر<sup>1</sup>.

**ثانيا الضرر المعنوي :** هو تلك الآلام التي تمس عاطفة الإنسان عن طريق الطعن في سمعته أو شرفه، فيكون على شكل شعور بالحزن و ضيق الصدر و انعدام الطمأنينة.

و لم يتطرق الفقهاء سابقا للأضرار الأدبية لأنها ظهرت حديثا نتيجة لانحراف الناس في سلوكهم أثناء الخطبة وتأثرهم بالظواهر المادية للمجتمعات الأوروبية.

**مثلا :** التعرف على الخطيبة الذي أصبح مألوفًا تجاوز النطاق التقليدي السليم للنظر إلى المخطوبة، وفاق الحدود حيث صار الانفراد بها و استصحابها للمحلات العامة... و ما ينتج عنه. فهو يلحق بها ضرر لا محالة، فالخاطب هنا ملزم بالتعويض عن الضرر المعنوي في المادة الخامسة، ذلك لأن الخطيبة في مجتمعنا هي التي تتأذى من عدول الخاطب عنها لما يلحقها من أقوال و إشاعات بخلاف الأمر إذا ما عدلت هي عن الخطبة فالخاطب لا يتأذى مثلها.

و أغلب القوانين العربية لم تنص على التعويض عن هذه الأضرار المعنوية و لا المادية.

وما نلاحظه على المادة 5 أن المشرع الجزائري لم يجعل التعويض واجبا و إنما جعله جائزا لأنه ليس معقول أن كل عدول عن الخطبة يصاحبه ضرر، فالمشرع كقاعدة عامة أباح العدول، فهو حق الطرفين لكنه جعل التعويض عن الضرر الذي ينتج عن استعمال هذا الحق استثناء و جائزا.

فالمادة 5/2 نصت على أنه : "جاز الحكم بالتعويض" فالقانون هنا أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تقديم الضرر و تقديم التعويض.

فقد يكون الطرف العادل قد أراد تفادي ضرر أكبر بعدوله فهل هنا يلزم بالتعويض أيضا؟

و ما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري عندما نص على التعويض عن الضرر المادي و المعنوي معا فهو حقق نتيجتين هما :

(1) محمد محدة - المرجع السابق ص 77

1- أنه ساير العصر و أعطى حكما ظلت الشريعة في عهودها الأولى مستغنية عنه لتراهة تصرفات الأولين.

2- أنه سد الفراغ الذي كان موجودا في القانون المدني الذي لم ينص على التعويض عن الضرر المعنوي.<sup>1</sup>

### كيفية التعويض عن الضرر :

يخضع التعويض عن الضرر للقواعد العامة في القانون المدني، و ذلك بإدخال الظروف المصاحبة للأفعال التي كانت مصدرا للضرر و ثقافة الطرفين و مراكزهم الاجتماعية، و كذلك السن و الوظيفة.

مثلا لو أصاب المعدول عنها ضررا ماديا كفقدها وظيفتها، و ضرر معنويا كأن جرحها في سمعتها و شرفها، فهنا تستحق التعويض عن الضررين.

فالقاضي عليه أن يتبين سبب العدول و الظروف الملائسة لرفع دعوى التعويض حتى يكون اقتناعه باستحقاق المعدول عنه التعويض أو بعدم استحقاقه.

فمثلا الخاطب الذي يؤثت بيته تخضيرا للزواج بما أنه في مرحلة الخطوبة لا يعني أنه لحقته خسارة و ضرر مادي إذا عدلت المخطوبة لأنه كان لا محالة سيؤثت منزلها، سواء كان خاطبا أو لا، و سواء كان خاطبا هذه الفتاة أو غيرها فلا يمكنه طلب التعويض.

بالنسبة للقانون المعدل و المتمم الصادر في 2005: المادة الخامسة الفقرة الثانية لم يغير فيها شيئا بل أصبحت الفقرة الثالثة و تنص على أنه : "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". فأصحاب التعديل أضافوا عبارتي : " عن الخطبة " و " له " لكن لا ندرى إلى ماذا يهدفون من وراء ذلك هل لجعل الفقرة أكثر وضوحا، أو يقصدون شيئا آخر؟

أيضا بقي الإشكال السابق فكان عليهم أن يوضحوا بأن للقاضي السلطة التقديرية لتقرير الضرر و التعويض عنه في ذات الفقرة فتكون على النحو التالي : "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، و للقاضي تقدير حصول الضرر و التعويض".

و بالرجوع إلى القضاء نجد المحكمة العليا في قرار لها تؤكد على حق المتضرر من العدول عن الخطبة في الحصول على تعويض فجاء فيه أنه :

" من المقرر قانونا أن الإقرار القضائي هو اعتراف الشخص بواقعة قانونية مدعى بها عليه أمام القضاء، و هو حجة قاطعة على المقر، و من المقرر أيضا أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض.

و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون، و لما كان من الثابت في قضية الحال، أن المجلس القضائي بإلغائه الحكم المستأنف و رفضه الدعوى المتضمنة طلب تعويض من الطاعن على الضرر الذي

1) المشرع الجزائري يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي في المادة 43 من قانون الإجراءات الجزائية و كذا في المادة 8 من قانون العمل و في قانون الأسرة م5.

أصيب به بالرغم من إقرار المطعون ضدها بفسخ الخطوبة أمام القضاء يكونوا قد خالفوا القانون و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".<sup>1</sup>

إضافة إلى ما قلناه فإن المادة 5 سواء في القانون الساري به العمل أو في القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل تنص على أنه: "... جاز الحكم بالتعويض...".

و نحن نعلم أن القانون المدني و هو يعتبر الشريعة العامة نص في المادة 124 تحت عنوان المسؤولية عن الأعمال الشخصية على أنه : " كل عمل أيا كان، يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

فالمادة 5 من قانون الأسرة استعملت لفظ "جاز" و المادة 124 استعملت لفظ "يلزم" ودون أن نتغاضى على أن التعويض يكون نتيجة حتمية على وقوع الضرر فإنه

للقاضي السلطة التقديرية في تقدير وقوع الضرر و في تحديد مبلغ التعويض دون أن تكون له هذه السلطة في ضرورة التعويض أو عدمه. فكان يجب أن يتضمن نص المادة 5 لفظ الإلزام حتى يكون متماشيا مع القانون المدني و ليس متناقضا معه.

#### المطلب الثاني : الفاتحة

#### أولا : مفهوم الفاتحة :

كما سبق أن قلنا ففي الخطبة تجري عملية تعارف بين عائلتين ، يختلف شكلها من منطقة لأخرى وتتفق، في جوهرها فيما روته كتب السنة من أن الخاطب ينظر لمخطوبته في بيت أهلها بحضور محرم.

والخطبة في مجتمعنا الجزائري هي عبارة عن اتفاق يسبق قراءة الفاتحة ويقع غالبا في مجلس المواعدة بالزواج بين والدي الخطيبين أو أوليائهما وينتهي بإيجاب وقبول المصاهرة بين العائلتين دون إبرام أي عقد وقد يتوج ذلك الاتفاق بقراءة فاتحة القرآن الكريم للدلالة على أنهما اتفقا مبدئيا عازمين على إبرام عقد الزواج فكأن تلاوتها تدل على أن جميع الإجراءات قد تمت ولم ينازع شأن الأمور الهامشية والشروط التي تكون في شكل إشعار بالعادات والتقاليد للطرفين دون المساس بالأمور الجوهرية، وسواء حضر شهود على ذلك أو لا.

وقد جرى العرف على أن تطلق تسمية فاتحة على هذا الاتفاق، وفي الواقع أنها تقرأ للتبرك لا أكثر.

وبعض الفقهاء عرفها بأنها عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره عادة ولي الزوجة والزوج أو وكلاؤهما، وجمع من الناس من أقارب الخطيبين وأصدقائهما ومن أعيان الجماعة، وينتهي بإبرام عقد زواج شفهي لصالح الخطيبين يتم فيه تحديد الصداق، تليه قراءة الفاتحة متبوعة ببعض الدعوات للزوجين، وبتقديم الصداق كله أو بعضه في نفس المجلس أحيانا.<sup>2</sup>

1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 98/12/25 ملف رقم 56097، مجلة قضائية 1991، العدد 4، ص 102.

1) عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 84.

في قانون الأسرة : المشرع الجزائري نص في المادة 6 على الفاتحة على أنه :

"يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة.

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في م 5 أعلاه".

فالمشرع أجاز إمكانية إقتران الفاتحة بالخطبة وإمكانية أن تسبق الخطبة الفاتحة بمدة زمنية غير محددة، فهو بذلك جعل الفاتحة منفصلة عن الخطبة أي عن الاتفاق ، إذ يصح أن تتأخر الفاتحة إلى ليلة الزفاف مادامت في المرحلة بين الاتفاق المبدئي وعقد الزواج، وأجاز أن تتلى الفاتحة مصاحبة للقاء الخطبة وهي الحالة المعمول بها في الغالب في المجتمع الجزائري.

ثانيا : الطبيعة القانونية للفاتحة :

إن الفاتحة بتقديمها أو تأخيرها عن مجلس الخطبة لا يغير القيمة القانونية للوعد بالزواج أي الخطبة، ذلك لأن المشرع الجزائري قد أخضع آثار الفاتحة إلى نص المادة 5 الفقرة الأولى كما نص على ذلك في المادة 6. بمعنى أن الفاتحة والخطبة لهما على السواء حكم واحد، وهو أن كل منهما يعتبر قانونا وعد بالزواج وينتج عنه أنه يمكن لكل واحد من الخطيبين أن يتراجع عن وعده ويعدل عنه في أي وقت شاء قبل إبرام عق الزواج بصفة رسمية أمام الموظف المختص والمكلف قانونا بتحرير عقود الزواج في البلدية أو الموثق أو المحكمة. وبالطبع ينتج على العدول عن الفاتحة ما ينتج عن العدول عن الخطبة، وما يتعلق بالتعويض عما يمكن أن يصيب الطرف الآخر من ضرر يمكن أن يترتب عن العدول عن الفاتحة.

ثالثا : أثر إقتران الفاتحة بالخطبة :

لقد سوى قانون الأسرة بين الخطبة والفاتحة وأجاز إقترانها معا، ولكن سواء أكانتا مقترنتين أو متفرقتين وسواء أكانتا متحدتين، من حيث عناصرهما وآثارهما أو مختلفتين فإنهما لا يرتقيان إلى درجة العقد في نظر قانون الأسرة ومادامتا كذلك فإن العدول أو الرجوع عنهما ممكن، وأنه إذا ترتب ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين المتخاطبين نتيجة للعدول بعد الفاتحة أو الخطبة جاز الحكم بالتعويض للطرف المتضرر، وهذا هو إذن وجه إخضاع كل من الخطبة والفاتحة إلى أحكام واحدة هي أحكام المادة 5 رغم ما قد يبدو من اختلاف بينهما.

لكن هناك من يعتبر الفاتحة بأنها تلك الصيغة التي تتم بها وهي : "زوجني ابنتك فلانة على صداق قدره كذا"، و "زوجتك إياها" أو : زوجت موكلك ابنتي أو موكلي على مهر قدره كذا"، ولكن من باب تسمية الأصل بالفرع أو الكل بالجزء صار يطلق على العقد الذي تقرأ فيه الفاتحة بالفاتحة<sup>1</sup>، ألا تعد هنا عقدا شرعيا؟

(1) محمد محدة - المرجع السابق - ص 50.

إذن كان على المشرع الجزائري أن يراعي ما تعارف عليه المجتمع الجزائري من عادات وتقاليد ففني الكثير من المناطق تعتبر الفاتحة عقد شرعي إذ تتم بحضور الخاطب أو من ينوبه من ولي، أو وكيل، وولي المخطوبة إلى المسجد ومعهم جمع غفير من الرجال بينهم من نفقة في أمر الدين ويتم في هذا المحضر التزويج، ذلك لأن الصفة التي يتم بها التخاطب بين كل من ولي الخاطب والمخطوبة هي صفة الزواج لا الخطبة مع تعيين المهر، وبعدها يقرؤون الفاتحة ويدعون للزوجين وفقا لما جاءت به السنة النبوية الشريفة.

فهي في الواقع عقد زواج شرعي مرتب لجميع الآثار والأحكام حيث به تصير المخطوبة زوجة والخطاب يصير زوجا وإن توفي أحدهما قبل الدخول ورثه الثاني واعتدت المرأة عدة وفاة من توفي عنها زوجها. وثبت لها النصف الثاني من المهر عند المالكية، كما أنه لا يحق لها أن تتزوج إلا بعد طلاق.

فالإشكال يبقى مطروح أمام القضاء فهل يطبق القاضي القانون الذي يعتبرها مجرد وعد ولا ترقى إلى مستوى العقد أو أنه يعتبرها عقدا مادامت شروط العقد التي نص عليها القانون متوفرة، لذلك يجب رفع الالتباس المنصوص عليه في هذه المادة وجعل الفاتحة التي تتم في شكل عقد الزواج لها نفس أحكامه من حيث الآثار سواء كانت هذه الآثار نسبا أو ميراثا وإذا تمت الفاتحة دون توافر هذه الأركان فإنها تخضع لأحكام المادة 5 من قانون الأسرة. فهذه المادة إذن بحاجة إلى تعديل.

وبالرجوع إلى قضاء المحكمة العليا نجد يعتبر الفاتحة التي تتوفر فيها شروط الزواج عقدا شرعيا كما جاء في القرار التالي :

"ومن المقرر كذلك أن الأصل في الخطبة وفي غالب الأحيان هي مقدمة للزواج وليست زواجا، غير أنها قد تتجاوز مرحلة إلتماس النكاح إلى النكاح الشرعي وتصبح فعلا زواجا شرعيا إذا واکبها تحديد شروطه وتحققت أركانه، ومن ثم فإن القضاء بما يتفق مع هذا المبدأ يعد قضاء صحيحا".<sup>1</sup>

بالنسبة للقانون المعدل والمتمم الصادر في 2005: لقد نصت المادة 6 من التعديل :

"إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا.

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد تعتبر زواجا متى توافرت أركانه و شروطه طبقا لأحكام المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

فهذه المادة المعدلة تجيز اقتران الفاتحة بالخطبة من جهة سواء سبقتها أو صاحبها، ومن جهة أخرى اعتبرت أن هذا الاقتران ليس عقدا.

ومنه نستشف أن الخطبة يعتبرها أصحاب التعديل وعدا بالزواج وكذلك الفاتحة ويخضعهما لحكم المادة الخامسة من حيث العدول عنهما و آثاره و ذلك نفهمه بمفهوم المخالفة فهذه المادة نصت على أن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا بل يعد وعدا بالزواج فقط و هي القاعدة العامة. و بالنسبة للفقرة الثانية فنصت على أنه

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 34046 بتاريخ 19/11/1984/ مجلة عدد 1 لسنة 1990 ص 67 وما بعدها.

كاستثناء من القاعدة العامة فإن اقتران الخطبة بالفاتحة يعتبر عقد شرعي و ذلك إذا توافرت أركان الزواج المحددة قانونا في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون وهي الولي والشاهدين والرضا والصداق و أهلية الزواج و انتقاء الموانع الشرعية حسب القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005.

فأصحاب التعديل يكونوا بذلك قد حذو حذو المحكمة العليا التي قضت في عدة قرارات بأن الفاتحة إن اقترنت بالخطبة فهي تتجاوز مرحلة الوعد بالزواج إلى الزواج الشرعي إذا ما توفرت أركانه و شروطه. و مجمل القول أن المادة السادسة في القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل تضمنت قاعدة عامة و استثناء و بذلك تكون قد حلت مشكلا كان قائما منذ زمن و هو اعتبار الفاتحة المقترنة بالخطبة وعدا بالزواج رغم توافر شروط الزواج و بذلك زال هذا الإشكال.

### المبحث الثاني : أركان عقد الزواج و شروطه :

إن المقومات الأساسية والأسباب الحقيقية لوجود الشيء هو أركانه و شروطه ، وعقد الزواج كغيره من العقود يتطلب أركان و شروط تتجلى هذه الأخيرة في الأهلية و خلو المرأة من موانع الزواج ، و التعدد.

أما أركانه فهو ما نصت عليه المادة 9 من قانون الأسرة وهي : الرضا، الولي، المهر والشاهدين ولعل أهم النقاط التي أثارها الجدل واستقطبت النقاشات من الشروط هي الأهلية والتعدد ، ومن الأركان الولي ،فما هي الاشكالات التي تثيرها هذه النقاط ؟ وما هو الجديد الذي أتى به دعاة التعديل ؟ للإجابة على هذه التساؤلات ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب هي :

### المطلب الأول : أهلية الزواج

يعرف عبد العزيز سعد العقد الصحيح بأنه : "العقد الذي يكون قد استوفى كل أركانه و شروط انعقاده، و توفرت في المتعاقدين أهلية عقد الزواج".<sup>1</sup>

وعليه فإن شرط أهلية الزواج يجب توافره لصحة عقد الزواج بحيث انعدامها يترتب بطلان العقد بطلانا مطلقا. وللتفصيل أكثر في هذا الشرط سنتعرض إلى تعريف أهلية الزواج موقف الفقه منها كعنصر أول، ثم أهلية الزواج في قانون الأسرة الساري كعنصر ثاني، و كعنصر أخير نتناول أهلية الزواج في التعديلات .

### أولا : تعريف أهلية الزواج و موقف الفقه منها.

تعرف الأهلية بأنها : "صلاحية شخص لتلقي الحقوق و التحمل بالواجبات". و هذا التعريف القانوني يقترب من التعريف الفقهي إذ يعرفونها بأنها : " صلاحية شخص لوجوب الحقوق الا لقانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 له أو عليه".<sup>2</sup>

(1) عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 184

(2) فضيل سعد - المرجع السابق - ص 58 .

و الأهلية نوعان :

**1- أهلية وجوب :** " و هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 له و عليه. " و بهذا التعريف نعلم أن كل إنسان حر هو شخص تتوافر له أهلية الوجوب. و تثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده بل و قبل ذلك عندما يكون جنينا في بطن أمه إلى وقت موته، بل و بعد ذلك إلى حين تصفية تركته و سداد ديونه. و هي لا تعيننا في التصرفات القانونية المرادة هنا.

**2- أهلية أداء :** " و هي صلاحية الإنسان لاستعمال الحق. " و يحصل أن تتوافر للإنسان أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فيكون مستمعا بالحق و هذه أهلية الوجوب دون أن يستطيع استعماله بنفسه و هذه هي أهلية الأداء.

و من هنا أمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء. و الأهلية التي تعيننا في هذا المجال هي أهلية الأداء، فمتى توافرت للشخص الأهلية الكاملة "بأن يكون بالغا، عاقلا، خاليا من الموانع الشرعية" كان صالحا لمباشرة كافة العقود و من بينها عقد الزواج.<sup>1</sup>

و لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم فيه أهلية الفتى و الفتاة للزواج. وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي تأتي بين مرحلتى الطفولة و التمييز. و هي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالاتمام، و في الفتاة كالحيض. ورغم هذا قدر جمهور العلماء سن البلوغ بالخامسة عشر للذكور و الإناث، في حين ذهب الفقه المالكي إلى أن نهايته هي ثمانية عشر عاما في الفتى و الفتاة.<sup>2</sup>

و على هذا فالصغير غير المميز لا ينعقد الزواج بعبارته قولاً واحداً. و أما الصبي المميز فينعقد عند أغلب الفقهاء و لكن يكون موقوفا على اجازة و ليه. على أنه متى ظهرت فيه إحدى علامات البلوغ الطبيعية جاز له أن يعقد الزواج بنفسه، و هذا طبقا لقوله تعالى : " و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم".<sup>3</sup>

و هنا دلالة على أن بلوغ سن النكاح هو علامة انتهاء الصغر.

- بالنسبة للعقل فإن جمهور الفقهاء لا يشترطونه لصحة عقد الزواج، فيجوز عندهم أن يزوج الولي (أبا أو غيره) المجنون أو المجنونة، و كذا المعتوه أو المعتوهة. و لا فرق في الجنون بين أن يكون أصليا أو طارئا عند أبي حنيفة و أصحابه، و قال الإمام زفر : "إذا بلغ عاقلا ثم طرأ عليه جنون فلا يملك أحد تزويجه". و قال الجعفري: "بل الولاية حينئذ للقاضي لا للأولياء".<sup>4</sup>

(1) جمعة سمحان الملباوي : الأهلية و عوارضها (عين مليلة : دار الهدى للطباعة و النشر 1993)، ص 12

(2) بلحاج العربي : الوجيز في شرح قانون الأسرة (طبعة 1999 ، الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ) الجزء الأول، ص 60 .

(1) سورة النساء : الآية 5

(2) بلحاج العربي - المرجع السابق - ص 61 .



و يترتب على زواج الصغير أو المجنون حق البلوغ بالنسبة للأول فيختار عند بلوغه فسخ زواجه أو إمضاؤه، و مثله خيار الإفاقة لكل من المجنون أو المعتوه.

### ثانيا : أهلية الزواج في قانون الأسرة الساري

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفا على سن معينة، و لا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنين مضبوط و متفق عليه. فإن النصوص القانونية الوضعية تناولت المسألة بالتنظيم، باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد و المجتمع و تحميها مبررة عملها بما أثبتته، الأطباء و علماء الاجتماع من أن زواج الصغار يترتب عليه كثيرا من الأضرار الجسمانية و النفسية و الاجتماعية. وكم نشأت من جراء ذلك من مآسي اجتماعية و أضرار خلقية و اضطرابات عائلية، و ذلك لتعقد الحياة و صعوبة طرق المعيشة، فالزواج مطالب بتأمين النفقة على الأسرة الناشئة، و الزوجة تنال من جسمها و صحتها العلاقة الجنسية و تبعات الزوجية، و فوق هذا. و ذلك فإن الزواج أبدي به تنشأ الأسرة و تكون رعاية الأولاد و كل هذه التبعات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد جسميا قادرا على تحملها و متمتعا بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج و عواقب ما هو مقدم عليه. و هذه الأمور كلها لا تكون إلا ببلوغ الشخص سنا معينة رأى المشرع أن يجعلها 18 سنة للمرأة و 21 سنة للرجل.

و لعل أهم نص نظم أهلية الزواج قبل صدور قانون الأسرة الحالي هو القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29 و المتعلق بتحديد سن الزواج حيث تضمن ستة مواد، فنص في المادة الأولى منه على أنه : "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة و لا للمرأة التي لم تكمل السادسة عشرة أن يعقدا زواجا و يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة، و ذلك بعد استطلاع رأي و وكيل الدولة". كما نص في بقية المواد على معاقبة الأشخاص الذين يخالفون أحكام المادة الأولى و لا يحترمون السن القانونية المحدودة<sup>1</sup>.

أما قانون الأسرة الحالي فقد نص في المادة السابعة منه على أنه : "تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام الواحد و العشرين سنة، و المرأة بتمام الثامنة عشر سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو للضرورة". دون أن ينص على أية عقوبة يمكن ترتبها على مخالف هذا السن، و دون أن يترتب أي أثر على إبرام عقد الزواج قبل هذه السن و هذا على عكس القانون السالف الذكر.

و من خلال تحليلنا للمادة 7 من قانون الأسرة و مناقشتها، نجد أنها أتت بقاعدة و استثناء.

**فالقاعدة** تضمنت عدم السماح للفتى قبل 21 سنة و لا للفتاة قبل 18 سنة أن يتزوجا معا أو مع أجنبي أبدا مهما كانت إمكانيات قابليتهما الجسدية لهذا الزواج.

أما الاستثناء فأجاز لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج قبل ذلك إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، و استطاع أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب و ذلك بموجب إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة اختصاصها المعني نفسه أو وليه. جاعلا بهذا القاضي رقبيا غير مباشر لهم و أمينا على مصالحهم و مقدرًا عادلًا لظروفهم الخاصة، و لما يجابههم من ضرورات تخصهم هم أنفسهم، و ليست فيها مصلحة لآبائهم و أمهاتهم. و لتحقيق هذه الغاية فإن المشرع أعمى القاضي من تسبب قبوله أو رفضه لطلب الإعفاء من سن الزواج، و أن ما يقرره في هذا المجال لا يقبل أية طريق من طرق الطعن أو المراجعة.

و بهذا فإن المشرع لم يأخذ الناس جميعًا مأخذًا واحدًا سواء أكانوا ذكورًا أو إناثًا، و إنما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في السماح و الإذن بالزواج لمن كانت ظروفه و أحواله تستدعي ذلك و لو قبل اكتمال السن القانونية. مراعيًا بهذا العادات السائدة في بلادنا و ما تعود عليه الناس في مجتمعنا و في و معظم المجتمعات الشرقية من تزويج الفتيان و الفتيات في سن مبكرة قبل السن المحددة للزواج خوفًا مما قد يترتب عن تأخير الزواج من آثار لا تحمد عقباها.

و لكن و رغم أن المادة السابعة قد تصدت بالتنظيم لأهلية الزواج، و كذا لاستثناء الإعفاء منها، إلا أنه تبقى المادة الوحيدة في قانون الأسرة التي نظمتهها، مغفلا بذلك تنظيم حالة خرقها، حيث قد يتم العقد شرعا قبل بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية و هذا دون الحصول على إذن من رئيس المحكمة، و دون سبب جدي. و بعد مدة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائيا أمام المحكمة بعد اكتمال السن القانونية، و القاضي قد يحس و يلمس بأن عقد الزواج قد أبرم شرعا قبل بلوغ السن القانونية، و لكن ليس في وسعه توقيع عقوبة على أي منهما، فرغم أن المشرع وضع نصب عينيه مصلحة الفرد و المجتمع عند تحديده لسن الزواج إلا أنه لم يعطه القيمة القانونية اللازمة لها ذلك أن نهيًا دون جزاء قد لا يجد نفعًا لدى البعض خاصة عند علمهم بما تنص عليه المادة 22 من قانون الأسرة من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت أركانه، و الأهلية كما نعلم ليست ركن بل شرط . و على العكس من هذا القانون ما كان يقضي به القانون رقم 63-224 في المادة الثانية التي تنص : "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية و القاضي و الزوجين و ممثليهما و الشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها في المادة الأولى بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر و بغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين".<sup>1</sup>

و بهذا يكون القانون رقم 63-224 قد حقق المصلحة المرجوة من وراء تحديد سن الزواج. و في هذا الإطار نجد أن الدكتور عبد العزيز سعد قد ناقش في كتابه الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري هذا النقص في قانون الأسرة حول الأهلية و متعرضًا بالتفصيل إلى مواد القانون 63-224 أين خلص في الأخير

إلى أن قانون الأسرة لم يتضمن نصاً يلغي صراحة جميع أحكام القانون رقم 224-63 و إنما تضمن عبارة تقول "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون". أي قانون الأسرة، و بهذا تلغى فقط المادة الأولى التي تخالف المادة 7 منه و تبقى باقي المواد لأنه لا يوجد في قانون الأسرة ما يماثلها و لا ما يخالفها، أو يتعارض معها، و بالتالي فهي إذن ما تزال سارية المفعول، و مازالت قابلة للتطبيق.<sup>1</sup>

ونخلص في الأخير من خلال هذه الدراسة البسيطة للمادة 7 من قانون الأسرة إلى أن المشرع كان عليه لزاماً أن يأخذ احتياطاته اللازمة لضمان تطبيق هذه المادة، و تفادي الاعتماد على قانون سابق اشتمل قانون الأسرة على معظم أحكامه، و يعتبره الأغلبية ملغى. فالمادة السابعة جاءت ناقصة، حيث لم تتناول بالتنظيم عدة نقاط هامة معرضاً بهذا المشرع إياها و كذا تطبيقها إلى الخرق. و أهم هذه النقاط :

- منح سلطة الإعفاء من السن المحددة لأهلية الزواج دون أن تعين حداً أدنى لذلك، مما يحمل على الاعتقاد بأن القاضي حسب ظاهر النص يمكن أن يمنح الإعفاء أو الإذن حتى للفتاة التي لم تبلغ سن العاشرة من عمرها. عكس القانون السوري الذي اعتبر الحد الأدنى للزواج هو 15 سنة للفتى و 13 سنة للفتاة.<sup>2</sup>

- كما أن المادة لم توضح ما إذا كان طلب الترخيص يجب تقديمه من الوالي أو يكفي أن يقدمه المعني و يوافق عليه الوالي أو لا يوافق.

- إن انتهاك هذه المادة بدأ واضحاً، و يؤكد ذلك الدعاوى الكثيرة التي ترفع إلى المحاكم بغرض تسجيل عقود الزواج في الحالة المدنية و هذا لكونها لم ترتب أي أثر قانوني على من يخالفها.

- لم تعط المادة 7 من قانون الأسرة أي دور لوكيل الجمهورية في مجال الإعفاء من السن القانونية المقررة لأهلية الزواج عكس المادة الأولى من القانون 224-63 و التي تم إلغاؤها بموجب المادة السابقة الذكر من قانون الأسرة و الذي يتمكن من خلاله الإطلاع على حالات الإعفاء التي يكون الدافع إليها إخفاء فعل إجرامي أو مصلحة أو ضرورة غير متوفرة. كما أن منح الرخصة لإمكانية إبرام عقد الزواج يدخل ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص و النظام العام مما يتوجب إطلاع النيابة العامة و تدخلها عند اللزوم.

و تبقى هذه المادة السابعة و المتعلقة بأهلية الزواج بحاجة إلى النظر و التعديل لحسم هذه النقاط التي تعتبر تغيرات تتيح إفلات و تملص الأشخاص من حكمها.

### ثالثاً : أهلية الزواج في القانون المعدل و المتمم

من بين مواد قانون الأسرة التي مسها التعديل نجد المادة 7 من قانون الأسرة. المتعلقة بأهلية الزواج، حيث تم تعديل المادة ذاتها بموجب المادة الرابعة من القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 التعديل و كذا استحداث مادة أخرى تحت رقم 7 مكرر. و هذا بموجب المادة الخامسة منه، و هما ما سنتناولهما بالدراسة لمعرفة ما أتيا به من جديد.

1- 2) عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 98، 99، 95

فتنص المادة 7 من القانون المعدل والمتمم "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي 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". حيث من خلال قراءة و تحليل هذه المادة نجدتها تتكون من فقرتين عكس ما كانت عليه . أين في الفقرة الأولى تم تحديد سن الزواج للرجل و المرأة و هو 19 سنة و كذا تم الإبقاء على صلاحية القاضي منح ترخيص للزواج قبل ذلك متى تأكدت قدرة الطرفين عليه . أما الفقرة الثانية فتضمنت منح القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج و التزاماته، أي منحته الترشيح بقوة القانون.

و قد ورد في عرض الأسباب أن السن تم تحديده ليتطابق مع سن الرشد المدني، و يتساوى بهذا الرجل و المرأة.

سنة للفتى و 16 أما في إطار تقييم هذه المادة نقول أنه بعد أن كان سن الزواج في القانون رقم 224-63 هو 18 سنة للفتاة، و هو ما يوافق سن التمييز في القانون المدني، لكي يتفادى المشرع الوقوع في حالة تصرف عديم التمييز و الذي يترتب عليه البطلان المطلق. أصبح في قانون الأسرة الساري المفعول رقم 11/84 محدد ب : 18 سنة للفتاة و 21 سنة للفتى. و هو ما يوافق بالنسبة للفتاة سن البلوغ عند الإمام مالك، و يتناسب بالنسبة للرجل مع انتهاء واجب الخدمة الوطنية و تفرغه لإنشاء عائلة و التكفل بالتزاماتها.<sup>1</sup> أما القانون المعدل و المتمم فقد جعل سن الزواج 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة ليوحد بهذا بين سن الرشد المدني و سن الزواج و هذا ما يؤكد عرض الأسباب المرفق بالمادة، لكن نتساءل ما جدوى هذا التوحيد بين سن الرشد المدني و سن الزواج، بل أكثر من هذا ما جدوى مساواة سن الرجل بالمرأة خاصة إذا علمنا أنه :

- فيما يخص مساواة الرجل بالمرأة في سن الزواج، فإنه لا يخدم مصلحة المرأة، حيث أنه من الثابت علمياً و فقهاً أن المرأة تبلغ قبل الرجل و تصبح مؤهلة للزواج قبله، إضافة إلى عاداتنا و أعرافنا السائدة عندنا و في كل الدول العربية و التي تميل كلها إلى زواج الفتاة قبل الفتى و إلى الزواج المبكر بصفة عامة لتفادي الانحرافات الأخلاقية و الاجتماعية.

- و فيما يخص توحيد سن الرشد المدني مع سن الزواج، فإنه يعتبر مبالغ فيه كونه و بالنظر لأغلب بلدان العالم نجد أن سن الزواج فيها يختلف عن سن الرشد المدني، و هذا لما يتميز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود حيث أنه يفترض البلوغ و العقل أكثر من الرشد، و قد أكد الفقهاء على صحة زواج المميز.

<sup>1</sup> فضيل سعد - المرجع السابق - ص 59.

كما أنه ورد في تعديل المادة 7 من قانون الأسرة أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، و هو ما يجعل إشكالية اختلاف سن الرشد عن سن الزواج غير قائمة، حيث أنه يصبح راشدا بقوة القانون في حدود عقد زواجه و ما يرتبه من آثار.

و منه يكون القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 قد حل إشكالية اختلاف سن الزواج عن سن الرشد بمجرد نصه على الترشيد القانوني سابق الذكر، و عليه لم يكن ملزما أن يساوي بين الرجل و المرأة من حيث سن الزواج، و لم يكن مجبرا أن يساوي بين أهلية الزواج و سن الرشد المدني. فلا يخضع تحديد سن الزواج سوى لدراسة إجتماعية للبيئة الجزائرية، يقوم بها علماء الاجتماع و أطباء و علماء الشرع و رجال القانون و هذا للوصول إلى الأفضل و تفادي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية و لما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة لأبناء هؤلاء.

و منه يكون القانون المعدل والمتمم بدل التطرق إلى ما أشرنا إليه من انتقاد للمادة 7 من قانون الأسرة أضاف إشكاليات أخرى، نلخصها فيما يلي :

- يصبح الاستثناء قاعدة و القاعدة استثناء، و هذا ما يجعل رئيس المحكمة و كأنه من يأذن بالزواج من خلال منحه لترخيص بصفة كبيرة.

إضافة إلى إشكالية الضرورة و المصلحة التي تقدر لمنح الترخيص و التي حتما تختلف من قاضي لآخر، فما يعتبر عند واحد ضرورة لا يعتبر كذلك عند الآخر دون الإشارة إلى اختلافها من منطقة إلى أخرى و من عرف لآخر و بهذا نكون في مواجهة حالة من تفاوت في منح التراخيص لكي لا نقول تناقض، حيث يصدر أمر يبرر منح التراخيص، و يصدر أمر آخر في نفس الحالة في مكان آخر يبرر رفض منحه؟!!

- و بالنتيجة على ازدياد طلب التراخيص بسبب رفع سن الزواج يزداد رفض منحها لأن الأسباب غالبا ما تتعلق بعرف المنطقة (خاصة الزواج المبكر للفتاة) و تزداد دعاوى تسجيل الزواج في الحالة المدنية، أين لا تشترط المادة 22 من قانون الأسرة سوى ضرورة توافر الأركان، و أهلية الزواج كما نعلم ليست كذلك.

و فيما يخص المادة 7 مكرر من القانون المعدل والمتمم على أنه : "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن الشهرين تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى 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.

تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

و قد وردت هذه المادة التي نحن بصدد تحليلها ومناقشتها في مقترحات التعديل متكونة من ثلاث فقرات، حيث تضمنت الفقرة الأولى النص على شرط جديد من شروط الزواج، و هو تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من أي مرض يتنافى مع الزواج، لا تزيد مدة إستخراجها عن شهرين. و في الحقيقة فإن هذا الشرط ليس بجديد

فعلا عن عقود الزواج عندنا، كونه كان متوفر كشرط خاص يخص بعض الفئات الاجتماعية بالنظر إلى طبيعة وظيفتهم و هم أفراد الجيش.

و المتصفح كذلك لقانون الأحوال الشخصية السوري رقم 34 الصادر بتاريخ 1975/12/31 نجده أورد هذا الشرط في الفصل السادس (معاملات الزواج الإدارية) في المادة 40 : فأوردت : "... ج : شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية و من الموانع الصحية للزواج. و للقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره"<sup>1</sup>. فهو من بين الشروط التي وضعها القانون السوري و سماها الدكتور عبد الرحمن الصابوني بالشروط القانونية لأن الفقهاء لم يشترطوها و لا تؤثر على صحة العقد و انعقاده، و لكنها ضرورية لتوثيق العقد و تسجيله و التأكد من شخصية الزوجين.

أما الفقرة الثانية فإنها تناولت إلقاء التزام على عاتق الموثق و ضابط الحالة المدنية للتأكد من قيام الطرفين بالفحوصات، و هذا من خلال الوثيقة المقدمة و باعتبارهم المكلفين بتحرير عقود الزواج. أما الفقرة الأخيرة فقد أحالت على التنظيم لتطبيق هذا الشرط .

و كتقييم لهذه المادة نقول أنها أتت لتدعم شرط الأهلية الكاملة في الزواج، فأضافت شرط تقديم شهادة طبية تثبت أن الطرفان خاليان من أي مرض يتنافى مع الزواج، لأن إصابة أحد الزوجين بمرض معد ينتقل للزوج الآخر فيه من الضرر ما لا يخفى كما أن فيه تغيير للسليم منهما إذ ربما لو علم بمرض زوجه لما وافق على الزواج به.

وقد أوكل مهمة تجسيد هذا الشرط إلى الموظف المكلف بتحرير عقود الزواج و هما الموثق و ضابط الحالة المدنية اللذان يعتبران أكثر الناس ضمانا لها و لتطبيقها.

وفي الأخير نشير أنه من خلال الإطلاع على مؤلف الصابوني<sup>2</sup> نجده قدم اقتراح أن يضيف مشرعهم إلى جانب الشهادة الطبية تقريرا يتضمن فحص لدم كل من الزوجين لأن الطب الحديث بما توصل إليه المخبر من دقة في التحليل على أن فصيلة دم الزوجة إذا لم تكن على وفاق مع فصيلة دم الزوج، فقد يحصل تشويه في الجنين أو إجهاض قبل الأوان أو ينشأ الولد مريضا إلى غير ذلك من الأمور. ولأبأس من تبني اقتراحه ليضاف إلى مقترحات التعديل.

### المطلب الثاني : تعدد الزوجات

ارتأينا أن نتناول موضوع التعدد ضمن المبحث الثاني، و هذا لورود التعدد في المادة 8 من قانون الأسرة، و التي تشترط ليعقد الزواج أن يتم إعلام الزوجة السابقة و اللاحقة في حالة تعدد الزوجات، و بالتالي فهو بشكل أو بآخر شرط من الشروط العامة لعقد الزواج مثله مثل اشتراط أهلية الزواج وإن كانت معظم القوانين

<sup>1</sup> سعدي أبو جيب، أديب إستانبولي : المرشد في قانون الأحوال الشخصية ( الطبعة 2، دمشق: المكتبة القانونية، 1990 ) ص 38.

<sup>2</sup> عبد الرحمان الصابوني: قانون الأحوال الشخصية السوري (الطبعة الخامسة، دمشق : مديرية الكتب الجامعية، 1979) ص 214، 215، 216 .

العربية لا تتناول هذه النقطة منفردة بل ضمن شرط حل المرأة للتزوج بالرجل الذي يريد الإقتران بها، و الذي يعتبره الفقه كله من شروط صحة عقد الزواج إضافة إلى الشاهدين.

بحيث أنه عند تفصيل شرط حل المرأة للتزوج بالرجل الذي يريد الإقتران بها نجد ضمن المحرمات من النساء مؤقتا الزواج بالخامسة و عنده أربع في عصمته و لو حكما.<sup>1</sup>

و يعتبر تعدد الزوجات، وما اشترطه المشرع من شروط لجوازه من بين أهم مواضيع قانون الأسرة و أكثرها جدلا، بين مؤيد و معارض و متحفظ في إبداء رأيه.

وهذا ما أدى إلى اعتبارها من ضمن اشكالات قانون الأسرة سواء لصياغة المادة 8 الغامضة أو لأحكامها وأصبح من الضرورات الملحة للتعديل . و قد تمت ات لتعديل المادة 8 من قانون الأسرة بموجب المادة 6 منه. وتضاف مادتان جديدتان وهما المادة 8 مكرر و 8 مكرر 1 و هذا بموجب المادة 7 من القانون المعدل والمتمم و لنقف على هذه المسألة بالتفصيل قسمنا المطلب إلى :

**أولا : تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة:**

إن نظام تعدد الزوجات هو شكل من أشكال الزواج، و هو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من زوجة واحدة.

وقد أباح الإسلام للرجل أن يتزوج أربع زوجات ليس بينهن قرابة محرمة، و حرم عليه الزواج بالخامسة حتى يطلق إحدى زوجاته و تمضي عدتها سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو بائن<sup>2</sup> و هو ما جعل مسألة تعدد الزوجات ترتبط به و كأنه من أوجدها و كرسها، و اعتبرت المنفذ لمهاجمته خاصة بعد أن ساء تطبيق هذا المبدأ.

والحقيقة أن تاريخ تعدد الزوجات قديم قدم المجتمعات و ما تبنته من شرائع و قوانين مختلفة، و الإسلام قام فقط بتنظيمه و تقييده. و عليه سندرسه بالتفصيل في الشريعة الإسلامية في جزء منفصل، ثم في مختلف الشرائع الأخرى و القوانين المقارنة في الجزء الآخر.

<sup>1</sup> محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 84. و سيد سابق - المرجع السابق - 134.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق - ص 138.

### 1- التعدد في الشريعة الإسلامية :

يُحرم على الرجل أن يجمع في عصمته أكثر من أربع زوجات في وقت واحد، إذ أن في الأربع الكفاية و في الزيادة عليها تفويت الإحسان الذي شرعه الله لصالح الحياة الزوجية.

وقد ورد ذلك في القرآن الكريم و السنة النبوية و الإجماع. ففي القرآن الكريم قوله تعالى : " فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة "<sup>1</sup>.

أما في السنة النبوية فقد وردت عدة أحاديث تمنع الرجل الزواج بما زاد على أربع زوجات، و من ذلك أن غيلان الثقفي أسلم و له عشر نسوة أسلمن معه، فقال عليه السلام : "إمسك أربعاً و فارق سائرهن".

كما إنعقد إجماع الأمة على ذلك دون خلاف منذ نزول القرآن حتى عصرنا الحاضر.

و بهذا فقد أبحاث الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، و تبدو لنا حكمة ذلك إذا عرفنا أن هذه الشريعة جاءت عامة شاملة لكل الأمم و لمختلف العصور، فكان لا بد لتشريع هذه صفاته من أن يوجد الحلول لكل أمر واقع أو متوقع و لو كانت نسبة وقوعه واحد من ألف أو مرة واحدة لكل جيل من الناس أو لقوم دون قوم في فترة من الزمان.

و الزواج كما شرعه الله فيه سكن للنفس و راحة للضمير و القلب و إستقرار للحياة و الوجدان، قد تعترضه بعض العقبات على نطاق الأفراد و الجماعات، فقد تصاب الزوجة بعقم أو مرض مزمن، أو تبغى الأمم بكوارث و نكبات تفقد فيها شبابها فيزيد عدد الإناث على الذكور.<sup>2</sup>

فما هو الحل لمثل هذه الحالات ؟

الأمم الأجنبية وجدت الحل الرخيص حين أبحاث معاشررة النساء من دون قيد أو شرط فسدت باب التعدد و فتحت أبوابا أخرى.

أما القرآن الكريم فقد ذكر حلا واضحا حين الحاجة إليه فأباح تعدد الزوجات الذي كان معروفا لدى العرب دون قيد فجاءت حكمة التشريع الإسلامي بثلاث قيود أو شروط :

#### أ- شروط التعدد :

لقد جعل القرآن الكريم التعدد مباحا حين تدعو إليه الضرورة، فلم يجعله واجبا أو أمرا مستحبا لأن الزواج الأمثل هو الزواج المفرد، لهذا لم يترك التعدد للممارسة العشوائية، حيث وجدت القيود الشرعية الثلاث :

- حصر العدد بأربع زوجات فقط : جاء في الآية الكريمة : " مثنى و ثلاث و رباع ". فبموجب الآية

الكريمة هذه يجب عدم الزيادة على الأربع، و المرأة الزائدة على الأربع هي من قبل النساء المحرمات. و هو شرط ثابت بالقرآن و السنة كما رأينا.

<sup>1</sup> سورة النساء : الآية 3

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق- ص 138-142.



و في حكم من زاد على أربع قال مالك و الشافعي عليه الحد إن كان علما، و قال الزهري : يرحم إذا كان علما، و إن كان جاهلا أدى الحدين الذي هو الجلد و لها مهرها و يفرق بينهما و لا يجتمعان أبداً.<sup>1</sup>

– شرط العدل : من الشروط التي قيد الله سبحانه و تعالى بها إباحة التعدد هو العدالة بين الزوجات، قال تعالى : " فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة "

و قد فسر أبو بكر الرازي هذه الآية في كتابه أحكام القرآن : ( أمر الله تعالى بالإقتصار على واحدة، إذا خاف الجور و مجانبة العدل، إنما إباحة للتثنية إذا شاء، و للثلاث، فإن خاف ألا يعدل إقتصر على إثنين فإن خاف ألا يعدل بينهما إقتصر على واحدة.

و العدل المطلوب هو العدل الظاهر و هو القسم بين الزوجتين، و المساواة في الإنفاق و المساواة في المعاملة الظاهرة، و ليس هو العدل في المحبة الباطنة فإن ذلك لا يستطيعه أحد و لا يكلف الله إلا ما يكون في الوسع. و كان النبي صلى الله عليه و سلم لا يسوي بين أزواجه في المحبة القلبية، و لذلك كان يقول عند قسمه بين أزواجه: "اللهم إن هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك و لا أملك".<sup>2</sup>

– شرط القدرة على الإنفاق : لا يحل شرعا الإقدام على الزواج سواء من واحدة أو من أكثر إلا بتوافر القدرة على مؤن الزواج و تكاليفه، و الاستمرار في آداء النفقة الواجبة للزوجة على الزوج، لقوله صلى الله عليه و سلم : " يا معشر الشباب من استطاع منكم، الباءة فليتزوج... " و الباءة مؤنة النكاح.<sup>3</sup>

و قد اتفق جميع العلماء على أن شرطي العدل و القدرة على الإنفاق لا بد من توافرها لكل من يرغب في الزواج. فإذا خاف الجور و عدم الوفاء بما عليه من تبعات حرم عليه أن يتزوج بأكثر من واحدة، بل إذا خاف الجور بعجزه عن القيام بحق المرأة الواحدة حرم عليه أن يتزوج حتى تتحقق له القدرة على الزواج، فبهذا التعدد ليس واجبا، و لا مندوبا، و إنما هو أمر أباحه الإسلام لمقتضيات و مبررات.

#### ب- حكمة تعدد الزوجات :

إن نظام وحدة الزوجة هو الأفضل و هو الغالب. و أما تعدد الزوجات فهو إستثنائي لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، و لم تجبه الشريعة على أحد بل و لم ترغب فيه. و إنما أباحت لأسباب عامة و خاصة.

– فالأسباب العامة : تتمثل في :

– معالجة حالة قلة الرجال و كثرة النساء، سواء في الأحوال العادية بزيادة نسبة النساء كشمال أوروبا، أم في أعقاب الحروب كما حدث في ألمانيا بعد الحرب العالمية الأولى قامت النساء الألمانيات بمظاهرات يطالبن بنظام تعدد الزوجات بعد أن قتلت الحرب معظم الرجال.

<sup>1</sup> مذكرة نهاية الترتيب: تعدد الزوجات و التطبيقات العلمية للمادة (8) من قانون الأسرة - الدفعة العاشرة، ص 9.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 90.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 168.

وحينئذ يصبح نظام التعدد ضرورة إجتماعية وأخلاقية تقتضيها المصلحة والرحمة وصيانة النساء عن التبذل والإنحراف، والإصابة بالأمراض الخطيرة والإيواء في ظل بيت الزوجية الذي تجد فيه المرأة الراحة وطمأنينة، بدلا من البحث عن الأصحاب الوقتيين، أو حمل لافتات في مواطن إشارات المرور يعلن فيها عن الرغبة في الإتصال الجنسي أو العرض الرخيص في واجهات بعض المحلات في الشوارع العامة.<sup>1</sup>

- إن مسلك التعدد هو مسلك الشريعة التي تخاطب كل الأجناس، و كل الأجيال، فهي تخاطب أهل أوروبا و أهل المناطق الحارة، و تخاطب المعتدل المزاج و المعتدل في شهواته، و تخاطب الحاد المفرط في شهواته، من غير أن يضيق القيد فينخلع من الربقة. إنه بلا ريب الإقتصار على واحدة هو الزواج الأمثل في الجماعة، و هو البعيد عن نطاق الظلم، و لكن لا يرضى به إلا أمثل الرجال، فهل الناس جميعا على هذا الطراز. و إنه لو أغلقنا على ذوي الشهوات الحادة باب الزواج، لفتحوا لأنفسهم باب الفساد فتهتك الستور، و يكون الأولاد الذين لا آباء لهم. و لو خيرنا بين زواج معيب و بين الزنا لإخترنا الأول إن كنا نسير على هدى العقل ونوره.<sup>2</sup>

- لقد كان لهذا التشريع و الأخذ به في العالم الإسلامي فضل كبير في بقائه نقيا بعيدا عن الرذائل الإجتماعية و النقائص الخلقية التي تفتشت في المجتمعات التي لا تؤمن بالتعدد و لا تعترف به. فقد لوحظ في المجتمعات التي تحرم التعدد :

- ☞ شيوع الفسق و إنتشار الفجور حتى زاد عدد البغايا عن عدد المتزوجات في بعض الجهات.
- ☞ و تبع ذلك كثرة المواليد من السفاح حتى بلغت نسبتها في بعض الجهات 50% ففي الولايات المتحدة حسب إحصائيات 1995، يولد كل عام مائتي ألف ولادة غير شرعية.
- ☞ انتشار الأمراض الخبيثة و العقد النفسية و الإضطرابات العصبية.
- ☞ تسربت عوامل الضعف و الإنحلال في النفوس.
- ☞ إنحلت عرى الصلات الوثيقة بين الزوج و زوجته و إضطربت الحياة الزوجية و إنفكت روابط الأسرة حتى لم تعد شيئا ذا قيمة، و ضاعت الأنساب.

- أما الأسباب الخاصة : و أهمها هي :

- أن تكون الزوجة عقيما لا تلد أو مريضة مرضا لا يرجى شفاؤها منه و هي مع ذلك راغبة في إستمرار الحياة الزوجية، و الزوج راغب في إنجاب الأولاد و في الزوجة التي تدبر شؤون بيته.
- فهل من الخير للزوج أن يرضى بهذا الواقع الأليم، فيصطحب هذه العقيم دون أو يولد له، و هذه المريضة دون أن يكون له من يدبر أمر منزله، فيحتمل هذا الغرم كله وحده؟!... أم الخير في أن يفارقها و هي راغبة في المعاشرة فيؤذيها بالفراق?!.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 169.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 92

أم يوفق بين رغبتها و رغبتة فيتزوج بأخرى و يبقى عليها فتلتقي مصلحته و نعتقد أن الحل الأخير هو أجدى الحلول و أحقها بالقبول و لا يسع صاحب ضمير حي، و عاطفة نبيلة إلا أن يتقبله و يرضى به.<sup>1</sup>

- قد يتطلب عمل الزوج، السفر الطويل و المستمر، و هو لا يستطيع أخذ زوجته كلما سافر، و في هذه الحالة قد تستغرق إقامته في غير بلدته شهورا لا يستطيع أن يصبر على عيشه وحيداً. و هنا إما أن يتصل بإمرأة ثانية إتصالا غير شرعي و يتحمل نتائج ذلك من مشاكل و مخاطر، و إما أن يتزوج إمرأة ثانية لها حقوقها و لأولادها أيضا، ليحجب نفسه و المجتمع المآسي و الأولاد غير الشرعيين و كذا ظاهرة الإنحلال الخلقي.

و بهذا نخلص إلى أن نظام تعدد الزوجات هو علاج و وقاية في آن واحد يجنب المجتمع مشكلات لا حل لها بدونه، فمن رحمة الله بعباده أن أباحه بعد أن قيده بالقدرة على العدل و قصره على أربع لأن ثمة مقتضيات و ضرورات لا يجمل بالمشرع إغفالها، و لا ينبغي له التغاضي عنها.

### ج- حق المرأة في مقابل التعدد :

- إذا كان الإسلام أباح التعدد فإنه لم يجعله واجبا و لا مندوبا، و يبقى الزواج المفرد هو الزواج الأمثل و الأحسن في الإسلام.

- إذا كان الإسلام قد أباح التعدد، فإنه جعل من حق المرأة أو وليها أن يشترط ألا يتزوج الرجل عليها. فلوا شرطت الزوجة في عقد الزواج على زوجها ألا يتزوج عليها صح الشرط و لزم، و كان لها حق فسخ الزواج، إذا لم يف لها بالشرط، و لا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته و رضيت بمخالفته.

و إلى هذا ذهب الإمام أحمد، و رجحه ابن تيمية و ابن القيم. إذ الشروط في الزواج أكبر خطرا منها في البيع و الإجازة و نحوهما. و قد يكون المشروط لفظا أو عرفا، فسيان بين أن يشترط بالقول عند إنعقاد الزواج أو عرفا كفرض أن المرأة من بيت لا يتزوج الرجل على نسائهم ضرة، و لا يمكنونه من ذلك و عاداتهم مستمرة بذلك كان كالمشروط لفظا.

و قد جاء في هذا المقام ما روي عن عبد الله بن أبي مليكة أن الميسور بن مخزومة حدثه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم على المنبر يقول : " إن بني هشام بن المغيرة إستأذني أن ينكحوا إبنتهم من علي بن أبي طالب فلا آذن لهم، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق إبنتي و ينكح إبنتهم، فإنما إبنتي بضعة مني، يرييني ما أربها و يؤذييني ما آذاها " و في رواية : " إن فاطمة مني و أنا أتخوف أن تفتن في دينها "

و معلوم قطعا أنه صلى الله عليه و سلم إنما زوجه فاطمة رضي الله عنها على ألا يؤذيها و لا يرييها، و لا يؤذي أباهما صلى الله عليه و سلم و لا يرييه، و إن لم يكن هذا مشروطا في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة إنه إنما دخل عليه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> (سيد سابق - المرجع السابق - ص 180، 181).

- إذا كان الإسلام أباح التعدد فإن الفقهاء أجازوا للزوجة الأولى إذا تضررت بزواج زوجها أو قصر بواجبه نحوها أن تطلب الطلاق و للقاضي أن يجيبها لطلبها هذا إذا كانت لم تشتط حين عقد الزواج ألا يتزوج زوجها عليها، وإلا لها شرطها في هذه الحالة و طلب فسخ العقد إن تزوج ثانية.  
وكذلك للمرأة التي تفاجأ بأن زوجها متزوج دون أن يخبرها بذلك، فلها أن تطلب التفريق للتغير لأنها تزوجته على أنه غير متزوج عرفاً. و المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.<sup>2</sup>

## 2- التعدد في الشرائع الأخرى والقوانين المقارنة

إن نظام تعدد الزوجات كان سائداً قبل ظهور الإسلام في شعوب ومجتمعات كثيرة وهذا دون قيد أو شرط، فالرجل يتزوج كما يشاء من النساء دون رقيب من تشريع أو ضمير. وأن القرآن أتى ليبقى على ما هو موجود بعد تنظيمه وتقييده، ومنه ليس صحيح ما يدعو من أن الإسلام من أتى بهذا النظام. والحقيقة أيضاً أن تعدد الزوجات لا يزال إلى الوقت الحاضر منتشراً في عدة شعوب لا تدين بالإسلام. والحقيقة كذلك أنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، ولتأكيد كل هذا نفصل هذا الجزء كما يلي :

### أ- التعدد في الأديان السماوية<sup>3</sup> : وهي اليهودية والمسيحية

- في الشريعة اليهودية : عند تناولنا للتعدد في الشريعة الإسلامية لاحظنا مدى ربط المستشرقين والمستغربين للأول بالثانية، وارتأينا أن نتناول التعدد في الشريعة اليهودية ونسأل لماذا لم يرتبطا ؟  
فقد أباح اليهود تعدد الزوجات عند توافر مسوغ شرعي و لهذا قالوا في المادة 55 من كتاب شمعون : إذا كان الرجل في سعة من العيش ويقدر أن يعدل أو كان له مسوغ شرعي جاز له أن يتزوج بأخرى .  
وقد يكون التعدد حكماً إلزامياً كما لومات زوج دون إنجاب فتعتبر زوجته لأخيه حكماً دون رضاها.

- في الشريعة المسيحية : إنه لا علاقة للدين المسيحي في أصله بتحريم التعدد، وذلك أنه لم يرد في الإنجيل نص صريح يدل على هذا التحريم. وإذا كان السابقون الأولون إلى المسيحية من أهل أوروبا قد ساروا على نظام وحدة الزوجة فما ذلك إلا لأن معظم الأمم الأوروبية الوثنية التي إنتشرت فيها المسيحية في أول الأمر - وهي شعوب اليونان والرومان - كانت تقاليداً تحرم تعدد الزوجات المعقود عليهن وقد سار أهلها - بعد إعتناقهم المسيحية- على ما وجدوا عليه آباءهم من قبل وبعدها إستقرت على هذا النظم الكنسية المستحدثة.

### ب - التعدد في مختلف المجتمعات<sup>4</sup> :

<sup>1</sup> سيد سابق - المرجع السابق - ص 175، 176.

<sup>2</sup> عبد الرحمن الصابوني - المرجع السابق- ص 143.

<sup>3</sup> عبد الرحمن الصابوني- المرجع السابق - ص 209 و ما يليها.

<sup>4</sup> سيد سابق - المرجع السابق - ص 183.

من بين الشعوب الكثيرة التي عرفت هذا النظام منذ القدم نذكر « العبريون » و « العرب » في الجاهلية، وشعوب « الصقالبة أو السلافيون » وهي التي تنتهي إليهم معظم أهل البلاد التي نسميها الآن : روسيا، ليتوانيا، ليتوانيا، إستونيا، بولونيا، تشيكوسلوفاكيا، يوغسلافيا، وعند بعض الشعوب " الجرمانية والسكسونية " التي ينتمي إليها معظم أهل البلاد التي نسميها الآن : ألمانيا ، النمسا، سويسرا، بلجيكا، هولندا، الدانمارك. ولا يزال إلى الوقت الحاضر منتشرا في عدة شعوب لا تدين بالإسلام كإفريقيا التي أعلنت كنيستها الإستقلال على الكنيسة الأوروبية بسبب إباحة التعدد الذي هو معروف عندهم و في عاداتهم منتشرا ، وكذا : الهند، والصين، واليابان.

### ج- التعدد في القوانين المقارنة<sup>1</sup> :

إذا كانت الدول الغربية قد منعت التعدد بنص صريح كفرنسا في المادة 147 من القانون المدني، وألمانيا في المادة 1326 من القانون المدني وسويسرا في المادة 101 من القانون المدني. فإن الدول العربية نجدها إنقسمت حول هذه المسألة، فنجد أن أغلب دول المشرق والخليج تأخذ بهذا النظام دون قيد أو شرط ومثالها : الكويت، السعودية، الجمهورية اليمنية، ليبيا، السودان، ودول أخرى أخذت به مع التقييد ومثالها : المغرب، العراق، سوريا، مصر، الجزائر.

وأما المثال الوحيد للدول التي منعت التعدد نجد تونس، وهذا من خلال الفصل 18، مجلة الأحوال الشخصية التي تعاقب بسنة حبس وبغرامة قدرها 240 دينار لكل من يخالف هذا المنع.

### ثانيا : تعدد الزوجات في قانون الأسرة والقانون المعدل والمتمم له:

في الجزائر وبصدد القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز تعدد الزوجات وابقاه، لكن أورد عليه قيود إضافية وهذا من خلال نص المادة 8 فما هي هذه القيود؟ وماهي الإشكاليات التي تثيرها المادة 8 ؟ وما أضافه التعديل إليها ؟

### 1- قيود إباحة التعدد في التشريع الجزائري :

نصت المادة 8 من قانون الأسرة على أنه : «يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي و توفرت شروط و نية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة لغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضى». فمن خلال دراسة هذه المادة نجد أن المشرع إلى جانب ما أقرته الشريعة من قيود لإباحة التعدد وهي : العدد، والقدرة على الإنفاق ، أوجد قيود قانونية أخرى لضمان أحسن لتطبيق التعدد في إطار شرعي.

### أ- القيود الشرعية : وهي نفسها القيود التي سبق أن درسناها، والمتمثلة في :

<sup>1</sup>عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 143-146

◀ **شروط العدد** : لقد نص المشرع على أنه يسمح بالزواج بأكثر من واحدة، دون أن يبين العدد، ولكنه ذكر أن يكون في حدود الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة حسمت الأمر بأربع زوجات كما سبق تفصيله.

◀ **القدرة على الإنفاق** : لم ينص المشرع الجزائري عليه صراحة في المادة 8 من قانون الأسرة، وبالتالي علينا أن نرجع إلى الشريعة الإسلامية لتفصيل هذه النقطة لأن القدرة على الإنفاق أمر واجب يقتضيه الشرع وعلى الزوج أن يوفر لزوجاته السكن اللائق وغيره.

◀ **نية العدل** : اشترط المشرع في المادة 8 من قانون الأسرة «نية العدل» بدل اشتراط العدل<sup>1</sup>، وبهذا يكون قد خالف الشريعة الإسلامية، وما ذهبت إليه القوانين العربية الأخرى، إذ كيف يشترط نية العدل على الرغم من أنها من خفايا النفس البشرية دون أن يبين ما إذا كان يجب توافرها قبل زمن إبرام العقد أو بعده أي أنه من ينوي العدل قبل العقد ثم يغير رأيه من بعد جائز في القانون . لهذا كان على المشرع الاكتفاء بعبارة العدل، دون الدخول في متاهة النية خاصة أن القاضي يقدر هذا الشرط حسب الظاهر أي الجانب المادي .

**ب- القيود القانونية** : لقد تدخل المشرع لتنظيم التعدد بقواعد قانونية من أجل ضمان العدل، لهذا أوجد إلى جانب القيود الشرعية، قيود قانونية هي :

◀ **وجود المبرر الشرعي** : إن اشتراط المبرر الشرعي قبل الزواج بأكثر من امرأة واحدة يعني أنه ليس من الجائز للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة بدون توفر هذا الشرط إلى جانب بقية الشروط . لكن ما نوع هذا المبرر الشرعي وما شكله. خاصة أنه بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا نجد لها قد وضعت مبررات لإباحة التعدد، بل كل ما هنالك مجرد مبررات وضعها الناس، في شكل قواعد قانونية وألزموا أنفسهم بتطبيقها.

ولكثرة التساؤل والغموض الذي تكتنف شرط المبرر الشرعي، أصدرت وزارة العدل منشورين لمعالجة هذه القضية، فطبقا للمنشور رقم 102-84 الذي جاء يبين كيفية تطبيق الشروط الواردة في المادة 8 من قانون الأسرة، وضح بأنه على الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج بزوجة ثانية أن يتحقق من توفر شرط المبرر الشرعي، إذ يكفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب إختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال فإذا لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية تلقي العقد.

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 181

وأضاف المنشور الوزاري رقم 14 المؤرخ في 1985/08/22 أنه خارج حالة المرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني سيما في حالة رفض الزوجة الأولى، وللقاضي السلطة التقديرية في الترخيص بالزواج الثاني أو رفضه بمجرد أمر على عريضة غير قابلة للطعن.<sup>1</sup> ومع هذا نجد أن هاذين المنشورين بقيا طي النسيان، ولا يتم العمل بهما، ويبقى المبرر الشرعي يطرح التساؤل عن مفهومه.

◀ علم الزوجة السابقة واللاحقة : أي أنه يجب على الزوج أن يطلع زوجته الأولى عن عزمه الزواج ثانية، ويخبر زوجته الثانية عن زواجه الأول، وهذا ليس بقصد المشورة لأن لهما حق طلب التطليق فيما بعد، بل لكي لا يبقى زواجه سواء الأول أو الثاني طي الكتمان خاصة أن أغلب شهادات الميلاد يغفل ضابط الحالة المدنية أن يسجل عليها زواج صاحبها، ولنتمكن كل واحدة من ممارسة حقها في طلب التطليق.

ولكنه لم يبين كيفية القيام بالإجراء، ومن يقوم به ؟  
ولسد الفراغ الحاصل في المادة والذي يعطل تطبيقها تم اللجوء إلى المنشور رقم 102-84 السابق الإشارة إليه، فأوضح أن الإعلام يتم بالتبليغ الرسمي عن طريق محضر قضائي، فإذا حضرتنا سجل في صلب العقد رضا كل منهما أو إعتراض الزوجة السابقة ليكون حجة يرجع إليه عند التنازع فإذا لم تحضر هذه الأخيرة أثبتت غيبتها وأبرم العقد.

## 2- الإشكاليات التي تثيرها المادة 8 قانون الأسرة :

إنه من خلال تحليل المادة 8 من قانون الأسرة نجد أن هذه الأخيرة تتميز بثلاث مبادئ :

- المبدأ الأول : هو الإبقاء على نظام تعدد الزوجات كما حددته الشريعة الإسلامية فحافظ على احترام القواعد العامة الثابتة للشريعة الإسلامية ، وهو بهذا يكون قد أقر أن للرجل حق الزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية

- المبدأ الثاني: هو وضعه لشروط تضمن حماية نظام التعدد وضمن حسن تطبيقه، حيث إضافة إلى القيود الشرعية وهي : نية العدل والعدد والقدرة على الإنفاق، أورد قيود القانونية وهي المبرر الشرعي وكذا إعلام الزوجة السابقة واللاحقة.

- المبدأ الثالث : فتضمن ما يمكن القيام به عند مخالفة أحد الشروط<sup>2</sup> لكن هذه المبادئ الثلاثة عند تحليلها نجد أنها تطرح إشكاليات أكثر مما تشرع أمرا، فالمشرع رغم حفاظه على نظام التعدد، فإنه وضع عراقيل في طريق ممارسته. وذلك بوضع شروط غامضة ومبهمة وهو ما نجد في النقاط التالية :

(1) مجلة الموثق، عدد 8-2002 - ص 18

(2) عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 149-150

النص على المبرر الشرعي دون أن يحدد نوعه أو شكله، ورغم أنه صدر المنشور الوزاري رقم 85-14 ونص على حالة العقم وكذا المرض العضال لكنه نص أيضا على أنه خارج الحالتين السابقتين يعود أمر تقدير المبرر الشرعي إلى القاضي. لنبداً بهذا من جديد التساؤل : ما هو نوع أو شكل المبرر الشرعي وأي المقاييس يعتمدها القاضي لتقرير ذلك.

النص على نية العدل بدل العدل، لأن الأول يدخل في باطن النفس، وأما الثاني فيستشف من المظاهر الخارجية المادية، حيث الأول مستحيل التأكد منه والثاني يمكن التأكد منه من طرف القاضي.

ثم إن العدل يتحقق منه بعد الزواج وليس قبله، وهو بهذا لا يشكل قيوداً أو شرطاً مسبقاً للتعدد، وإنما يشكل مطلباً من مطالب ومقاصد الشريعة الإسلامية لهذا يبقى تحري العدل لإباحة التعدد أمر بين العبد وربّه ولا مجال للرقابة القبلية عليه.

إغفال المشرع لأحد الشروط المهمة التي تبيح التعدد، ألا وهو القدرة على الإنفاق رغم ما لهذا العنصر من أهمية في إباحة التعدد، حيث هو الوسيلة التي يلجأ إليها للتأكد من أحقية الرجل في إعادة الزواج وعكس العدل أو نية العدل، فإن هذا الأخير ظاهر للعيان يمكن التحقق من وجوده. ورغم أنه إفتراضنا عودتنا للشريعة فإنه نقول أنه كان على المشرع أن يذكر شرطي، العدل والقدرة على الإنفاق معا في المادة أو يحيلنا على الشريعة فقط.

اشترط المشرع علم الزوجة السابقة واللاحقة متغاضيا عن كيفية الإعلام وكذا المكلف بها. وإضطر بعدها لإصدار منشورين وزاريين هما 84-102 و85-14 ليوضح الحل، لكن التطبيق يبقى نادر.

لهذا على المشرع تدارك الأمر إما بالنص في المادة على كيفية الإعلام، أو يشير إلى أن التطبيق يحدده تنظيم لاحق ليضفي عليه صفة القوة، ولا يحتج أحد بجهل وجوده.

بالنسبة للمبدأ الثالث والذي نص على ضمانات المادة 8، حيث أعطت حماية قانونية لكل من الزوجة السابقة واللاحقة. وهذا للموازنة بينها وبين الرجل وحقه في التعدد، كون المرأة الأولى تزوجت على أساس أنها الوحيدة والمرأة الثانية تتزوج على أساس أنه غير متزوج عرفاً، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً لهذا نصت المادة 8 من قانون الأسرة على أنه : «ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش، والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضى» فنجد أن تدخل المشرع جاء محتشماً حيث إكتفى بمنح الزوجة المتزوج عليها والزوجة المتزوج بها حق الإلتجاء إلى القضاء لطلب الحكم بتطليقها في حالة الغش أو عدم الرضا. متناسيا بهذا أن يرتب على مخالف شروط المادة 8 أية عقوبة جزائية أو حتى مدنية، أو يرتب على إغفالها أو إهمالها أو فقدانها مجتمعاً أي



أثر، ولم يجعل منها شروط صحة للزواج الثاني، كما لم يجعل من فقدانها وعدم احترامها سببا من أسباب الفسخ أو البطلان قبل الدخول أو بعده.

وفي ختام هذه المادة نشير إلى أن المشرع عند منح المرأة حق التطليق لم يبين أبسط شيء فيه وهو متى يسقط أم أنه يبقى حقا قائما تطالب به بعد شهر، سنة، عشر سنوات... من يوم العلم بالزواج الخفي أو الزواج الذي لم ترض به وهذا من شأنه أن يهدد العلاقات الأسرية القائمة.

وبهذا تكون المادة 8 من قانون الأسرة الأكثر غموضا وإبهاما ولا تصمد في وجه النقاشات التي ماتفتأ أن تثور على مبدأ التعدد.

### 3 - ما أضافه القانون المعدل والمتمم للمادة 8 من قانون الأسرة :

لقد كان سوء التطبيق وعدم مراعاة تعاليم الإسلام وقانون الأسرة جزء منها حجة ناهضة للذين لا يريدون تعدد الزوجات، حيث أن بعض الأفراد يسيئون فهم هذا الحق ويتعسفون في تطبيقه، وللحيلولة دون ذلك وسد الثغرات التي تشوب المادة 8 من قانون الأسرة ومن خلالها تعدد الزوجات مس تعديل قانون الأسرة المادة 8 والمتعلقة بالتعدد وهذا بموجب المادتين 6 و7. وفي هذا المقام نتساءل ماذا أضاف التعديل للمادة 8؟ وإلى أي مد وفق في حل الإشكالات التي تطرحها؟

وللإجابة على هذا نتطرق إلى دراسة وتحليل المادة المعدلة و المواد 8 ثم إلى تقييمها.

لقد جاء القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل بالمواد 8، 8 مكرر، 8 مكرر 1 التي تناولت في مجملها موضوع تعدد الزوجات وعليه سندرسها معا لوجود إرتباط وثيق بينها.

فالمادة 8 تنص على أنه : « يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط نية العدل.

وفي هذه الحالة يجب على الزوج إخبار كل من الزوجة أو الزوجات السابقة والمرأة التي يرغب في الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

و يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهم أو موافقتهم واثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية «

وتنص المادة 8 مكرر أنه « في حالة الغش يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق ».

وتنص المادة 8 مكرر 1 أنه : « يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المحددة في المادة 8 أعلاه »

إنه من خلال دراسة هذه المواد نجد أن التعديل إلى جانب إحتفاظه بالقيود الشرعية والقانونية الواردة في المادة 8، وكذا الضمانات المتمثلة في حق الزوجتين في طلب التطليق عند الغش أو عدم الرضا، نجد أنه أضاف :

- ◀ شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة.
  - ◀ كما جعل موافقة الزوجة السابقة واللاحقة تلعب دورا في منح الترخيص.
  - ◀ وأسقط حق المرأة في التطليق لعدم الرضا، حيث أبقى فقط حقها في التطليق عند الغش.
  - ◀ كما رتب على عدم استصدار الترخيص، من القاضي فسخ الزواج الجديد قبل الدخول.
- وهي النقاط التي سنحاول تفصيلها وتقييمها على النحو التالي:

لقد أضاف القانون المعدل والمتمم شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد، واعتد بموافقة الزوجتين لمنح الترخيص، وهذه كلها تعتبر قيودا على حق الزوج في التعدد، كما أضاف القانون المعدل والمتمم ضمانات أخرى للزوجة الأولى، أين رتب على عدم استصدار الزوج لترخيص من القاضي وفق للشروط المحددة في المادة 8 عقوبة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول ، مع التساؤل هل إسقاط عبارة « في حالة عدم الرضى » يعني إسقاط حق المرأة في التطليق إذا أعلمها زوجها بزواجه الثاني وحصل على ترخيص من رئيس المحكمة ؟

#### أ- القيود المضافة بالقانون المعدل والمتمم : والمتمثلة في :

- شرط طلب الترخيص من رئيس المحكمة لإباحة التعدد: إن الجزائر من بين البلدان العربية التي قيدت التعدد فلم تبحه إطلاقا ولم تمنعه إطلاقا. وهذا لضمان احترام الناس لمبدأ التعدد المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية ، وكذا حسن تطبيقه. فنصت على العدل والقدرة على الإنفاق وكذا وجود المبرر الشرعي، وإعلام الزوجة السابقة واللاحقة.

لكن القانون المعدل والمتمم أضاف شرطا آخر هو طلب الترخيص من رئيس المحكمة مسائرا بهذا المشرع السوري الذي نص في المادة 17 أنه : «للقاضي أن لا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتهما<sup>1</sup> ، فالقاضي من يتولى التأكد من تحقق ما إشرطه المشرع لإباحة الزواج، وهذا للحد من الجهلة الذين أساءوا استعمال رخصة التعدد المأذون بها شرعا لغايات إنسانية كريمة.

لكن يبقى هذا القيد وإشتراطه محل نظر خاصة ان الفقهاء عارضوا هذا القيد وأكدوا أنه مرفوض لأن شرطي التعدد منوطة بالراغب في الزواج دون غيره كما أن إشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر عبث إذ قد لا يطلع على السبب الحقيقي فإذا إطلع على الحقائق كان إطلاعه فضحا لأسس الحياة الزوجية وتدخلا في حريات الناس وإهدار لإرادة الإنسان.

ثم إن تعدد الزوجات ليس بهذه الكثرة المخيفة وإنما بالعكس فهو محدود<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الصابوني- المرجع السابق - ص 145

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي - المرجع السابق - ص 172

- موافقة الزوجة السابقة واللاحقة ودورها في منح الترخيص : نصت الفقرة الثالثة من المادة 8 انه يمكن للقاضي منح الترخيص إذا وافقت الزوجة أو الزوجات السابقة واللاحقة على هذا التعدد وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وبهذا تكون هذه الفقرة قد أتت لتجعل موافقة كل من الزوجة السابقة والمرأة المراد التزوج بها سببا لمنح رئيس محكمة للرخصة بعد التأكد من قدرة الزوج على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية.

وتساءل هنا : عن سبب وجود عبارة « وأثبت الزوج المبرر الشرعي »، وما هو محلها من الإعراب ؟  
فما دام المشرع قد ذكر في الفقرة الثانية أن القاضي يمنح الترخيص بعد إخبار ( و ليس موافقة ) الزوجة السابقة واللاحقة، والتأكد من المبرر الشرعي وباقي الشروط ثم ذكر أنه في حالة موافقة ( وليس إخبار ) الزوجة السابقة واللاحقة يمنح القاضي رخصة. فهذا يعني أن الموافقة تحل محل المبرر الشرعي، ولا يتأكد القاضي سوى من باقي الشروط.

ومنه نقترح أن يكون التعديل :

- إما بحذف الفقرة الثالثة كلية، ما دام أن الزوج ورغم موافقة الزوجتين ملزم على تقديم المبرر الشرعي، والاكتفاء بالفقرة (1) و (2)

- وإما بحذف عبارة « بعد إثبات الزوج للمبرر الشرعي » وإعتبار الموافقة تكفي.

ب- الضمانات المضافة بالقانون المعدل والمتمم : والمتمثلة في :

- حق المرأة في طلب التطليق عند الغش : نلاحظ في المادة 8 مكرر أن التعديل قد أسقط عبارة «في حالة عدم الرضى» مكتفيا بحالة الغش أي إخفاء أمر زواجه الثاني عن زوجته الأول أو إخفاء زواجه الأولى عن زوجته الثانية، أي عدم تحقق شرط العلم فرتب حق التطليق، متغاضيا بهذا عن حالة إعلام الزوجة السابقة ورفضها للزواج هنا هل يثبت لها حق التطليق؟ وإذا كان كذلك لماذا تم إنقاصها؟

وبهذا يكون القانون المعدل والمتمم قد فصل جزءا من المادة 8 من قانون الأسرة وخصص لها مادة دون تدقيق وقد كان أولى به أن يعين مدة محددة لسقوط حق المرأة في طلب التطليق بدل خلق إشكال آخر بترع حالة علم الزوجة ورفضها.

- معاقبة مخالف شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة : إن المادة

8 مكرر 1 قد نصت على جزاء مخالفة شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة وهذا لجعل المادة 8 أكثر فعالية ولكي لا نقول أكثر إلزامية فالمادة التي لا ترتب جزاء على مخالفتها بنجدها أكثر عرضة للحرق.

ولهذا رتب على مخالف شرط الحصول على ترخيص من رئيس المحكمة وفقا للشروط المحددة في المادة 8 جزاء الفسخ للزواج الجديد لكن قبل الدخول، ونسطر على عبارة قبل الدخول، فرغم ما تهدف إليه من حماية ما ينتج عن

الزواج الجديد من أولاد، فإنها تعود بنا إلى نقطة البداية قبل ترتيب الفسخ، خاصة أن عقود الزواج عندنا تتم بصفة شرعية وبعد الدخول يتم اللجوء إلى القضاء لتسجيلها، وبالتالي يتم الإفلات من عقوبة الفسخ. لهذا كان على القانون المعدل والمتمم أن يضيف للمادة 8 مكرر 1 : " أنه في حالة الدخول فإنه تفرض على الزوج المخالف ولو عقوبة مالية "، هذا إذا سلمنا بضرورة وأهمية الحصول على إذن من القاضي وإعتدما الشرط أصلا.

### المطلب الثالث : الولي

يعد الولي أحد العناصر الجوهرية لإبرام عقد الزواج والذي أخذ حصة الأسد في استقطاب النقاشات الحادة حول ضرورة وجوده من عدمه في إبرام عقد الزواج وبصيغة أدق الموقف الحقيقي والفعل في الوجود القانوني للعقد وآثار تخلفه و أمام الثورة القانونية حول هذا العنصر ارتأينا تسليط الضوء على الولي من خلال تحديد مفهومه وأنواعه وتحديد موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الساري المفعول و أصحاب التعديلات.

### أولاً: تعريف الولاية :

الولاية لغة : الولاية بكسر الواو هي المحبة و النصرة و نقول ولى الرجل و الرجل يليه و ولى عليه و ذلك إذا نصره وأعانه أو قام بأمره و تولى شؤونه و الولي الوصف منه فللولي في اللغة معنيان : أحدهما الناصر و المعين و ثانيهما القائم بأمر الشخص و المتولي لشؤونه.

والولاية في الشريعة : هي تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤوهم أو هي القدرة على إنشاء العقد نافذ غير موقوف على إجازة أحد<sup>1</sup> ، أو هي حق منحه الشريعة لبعض الناس ليكتسب به صاحبه تنفيذ قول على غيره رضي ذلك الغير أو لم يرض و سببه أحد الأمرين أولهما : عجز الذي ينفذ القول عليه و ثانيهما : قصور أهليته عن التصرف بنفسه.<sup>2</sup>

### ثانياً : أنواع الولاية :

يختلف تقسيم الولاية باختلاف نظرة الفقهاء إليها فهناك من قسمها إلى قسمين مثل الشيخ أبو زهرة حيث قسمها إلى ولاية قاصرة<sup>3</sup> و ولاية متعدية<sup>4</sup> وهناك من قسمها إلى ثلاث أقسام مثل الدكتور العربي بلحاج ورمضان السيد اللذان قسماها إلى ولاية على النفس، و ولاية على المال وولاية على النفس و المال معا، وهناك من ارتأى أن يجعل تقسيمها وفقا لمنظور المذاهب الأربعة وهو ما أقدم عليه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه

<sup>1</sup> العربي بلحاج : المرجع السابق

<sup>2</sup> رمضان علي السيد : أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية.

<sup>3</sup> هي تدبير شؤون القاصر المالية من استثمار و تصرف و حفظ و إنفاق و تثبت للأب الجد و وصيهما القاضي .

<sup>4</sup> تشمل الشؤون الشخصية و المالية معا و لا تكون إلا للأب و الجد فقط .

الفقه الإسلامي و أدلته - الجزء السابع - الأحوال الشخصية و الدكتور محمد محدة وقد ارتأينا الأخذ بالتقسيم الأخير لأنه سيساعدنا أكثر في تحديد موقف المشرع الجزائري من الولي.

### I- الولاية عند فقهاء الشريعة الإسلامية :

**1- فالولاية عند الحنفية :** على ثلاثة أقسام تتمثل في: الولاية على النفس و الولاية على المال و الولاية على النفس و المال معا و ما يهمنا هنا هي الولاية على النفس .

- و الولاية على النفس: هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية كالتزويج و التطبيب و التعليم و التشغيل و هي تثبت للأب و الجد و سائر الأولياء و هي على نوعين :

#### أ- ولاية الإيجاب :

وتسمى الولاية الكاملة و هي تلك الولاية التي يكون فيها للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد و التزويج من كانت تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو العقد، أو هي تنفيذ القول على الغير بما يشاء. و أسباب هذه الولاية أربعة هي :

◀ القرابة : و تعني الرابطة الدموية التي أساسها عمود النسب و حاشيته و يدخل فيها كل من يرث بالتعصيب و ذلك بناء على ذلك الأساس .

◀ الملك : و يعني ملك رقبة العبد أو الأمة حيث بهذا الملك يصير المملوك عاجزا عن التصرف كما أخبر المولى سبحانه و تعالى " **كعبد مملوك لا يقدر على شيء**"، حيث المقدرة المقصودة هي المقدرة الحكيمة هي مقدرة إبرام العقود و المشاركة فيها.

◀ الولاء : و المقصود به ولاء العتق و سبب هذه الولاية هي الإنعام بالحرية من السيد على العبد.

◀ الإمامة : و المقصود بها هي ولاية الحاكم أو السلطان أو من يقوم مقامهما من القضاة .

من تثبت هذه الولاية عند الحنفية ؟ تثبت هذه الولاية للصغر و ضعف العقل المؤدي إلى العجز و من ثم فهي تكون على الصغار القاصرين و من في حكمهم فاقد الأهلية لجنون أو عته و هذا لعدم مقدرتهم على التصرف و عجزهم على إدراك معالم العقد المرجوة منه، فسبب ولاية الإيجاب عند الأحناف هي الصغر لا البكارة و لا الجهالة بأمور النكاح. و تثبت هذه الولاية عند الأحناف لكل العصابة و هي مرتبة حسب ترتيبهم في الميراث فيقدم الأقرب منهم على الأبعد وفق قواعد الحجب و ثمة أولاهم بالولاية هو الابن و ابن الابن و إن نزل و إن كان هذا خاصا بالمعتوه و المعتوهة ثم يليه في المرتبة الأب و الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ثم أعمام الأب ثم أبنائهم على الذين لأب و هكذا، فإذا تقدم العصابة من النسب على الترتيب السابق انتقلت لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب ثم بعد ذلك و عند فقدهم تثبت الولاية للأُم ثم للبنات إن كانت أمها مجنونة ثم لبنات الابن ثم لبنات البنات و هكذا.

ب- ولاية الاختيار أو ولاية الاستحباب :

وهي تلك الولاية التي تكون على البالغة العاقلة بكرا كانت أم ثيبا حيث يستحب للمرأة أن تفوض الأمر إلى وليها لئلا تنسب إلى الوقاحة ، فإذا كان الحنفية أطلق للمرأة في تزويج نفسها دون إشراك الولي إلا أنه قيدها وفق شروط هي :

الكفاءة : فقد اشترط الحنفية أن يكون الزوج كفاء و أن يكون المهر مهر المثل و إلا ترتب عليه حق اعتراض الولي.

2- أما المذهب الشافعي : فقد ذهب إلى تقسيم الولاية في الزواج إلى قسمين : ولاية الإيجاب و ولاية إذن و اختيار .

أ- ولاية الإيجاب : و هذه الولاية تثبت في حق الذكر كما تثبت في حق الأنثى و إن اختلفت المناط أو العلة في حق كل منهما حيث جعلوها في الذكر قائمة و مؤسسة على الصغر فمن كان صغيرا تثبت في حقه ولاية الاختيار أما من بلغ النكاح زالت عنه تلك الولاية و صار من حقه الزواج بنفسه و أن ينفرد بعقد الزواج لوحده أما الأنثى فلقد جعلوا علة قيام الولاية عليها هي البكارة سواء كانت المرأة صغيرة حقا أم كبيرة فما دامت المرأة بكرا تبقى ولاية الإيجاب قائمة في حقتها فإن تزوجت سقطت عنها و إن طلقت و هي لا زالت صغيرة لم تستطع التزوج بعد ذلك ، لسقوط ولاية الأب عليها، و أساس تزويج المطلقة الصغيرة هو أنها تنتظر حتى تبلغ ذلك أنه قد زالت عنها ولاية الإيجاب فيتولى وليها زواجها و هي أصلا لا تستطيع أن تنشئ عقد الزواج بنفسها بل لا بد لها من ذكر يتولى أمرها و هذا يكون بعد إذنها و اختيارها و هي لا رأي لها في اختيار الزوج لصغرها و على هذا تنتظر حتى بلوغها لصالح اختيارها، كما تثبت هذه الولاية على المجانين و المعتاه ذكورا و إناثا و هذا متى وجدت المصلحة الداعية إلى زواجهم و لا فرق في ذلك بين الكبير منهم و الصغير، الثيب و البكر و على هذا فإن ولاية الإيجاب عند الشافعية تعود إلى واحد من الأسباب التالية :

◀ الصغر عند الذكور.

◀ البكارة في الإناث.

◀ الجنون و العته في كليهما دون تحديد سن أو صنف لما اعتراهم من ضعف.

وتثبت هذه الولاية عند الشافعية بحسب من كان مجنونا أو معتوها ومن كان سليم العقل ولكن فرضت عليه ولاية الإيجاب لصغر أو بكارة حيث قصرها ولاية الإيجاب على الصغيرة و المرأة البكر في الأب و الجد وأضافوا الحاكم أو السلطان فيما يخص المجنون و المجنونة متى وجدت المصلحة و دعت إلى ذلك الحاجة و في هذا يقول الشافعي " ولا يزوج الصغيرة التي لم تبلغ أحد غير الآباء و إن زوجها فالتزويج مفسوخ و الأجداد آباء إذا لم يكن الأب يقوم مقامه الآباء في ذلك و لا يزوج المغلوب على عقلها أحد غير الآباء ، فإن لم يكن الآباء رفعت إلى السلطان وعليه يعلم الزوج ما اشتهر عنده أنها مغلوبة على عقلها " .

و يكون نكاح الولي المجر ساريا في حق المرأة أو الصغيرة متى كان الزواج بكفء فإن زوج الولي ابنته بغير كفء كأن يكون الرجل مجنون لم يمض العقد في حقها و لم يجز ذلك لأنها لو كانت بالغة ما استطاع وليها تزويجها به إلا بعد خيارها و تخييرها له.

**ب- ولاية إذن و اختيار :** لقد ذهب الشافعية إلى أن ولاية الاختيار تثبت في حق من كانت ثيب كبيرة بالغة لكونها قد صارت تعرف المقصود من الزواج ولا تجهل أمر النكاح و عاقبته ، أما من كانت ثيبا لكن صغيرة فلقد ثبت القول أنها لا تزوج حتى تبلغ عند الشافعية.

هذه الولاية تثبت لكل العصابة فيجوز بها لأي منهم تزويج المرأة الثيب بعد إذنها ورضاهما، و إقصار هذه الولاية على العصابة دون سواهم من الأوصياء و ذوي الأرحام راجع إلى مشاركتهم لها في العار أو الفخار إذا ما تزوجت بكفء أو غيره .

**3- و الولاية في المذهب الحنبلي و المالكي :** تقسم كغيرها في المذاهب الأخرى إلى ولاية إجبار و ولاية إذن و اختيار و لكن اختلفوا معهم فيمن تكون و لمن تكون.

**أ - ولاية الإجبار:** لقد أقام الملكية و الحنابلة ولاية الإجبار على أساس الصغر و البكارة<sup>1</sup> معا فقالوا بالنسبة للصغر ذكرا كان أم أنثى يستطيع وليه إجباره متى لم يبلغ و يزوجه دون إذنه و رضاه فإن بلغ فالذكر يملك أمر نفسه و يتزوج بمحض إرادته، أما المرأة فالبكر أيضا كبيرة كانت أم صغيرة لوليها جبرها و تزويجها دون إذن ما لم ترشد على المشهور، و العانس فهي محل خلاف و الأصح أنه يجبرها و في رواية عن مالك أنه يجبرها و إن عنست و بلغت أكثر من أربعين سنة يتحقق علة إجبارها و هي البكارة هذا كله ما لم يزوجه من محبوب أو أبرص أو نحوهما فإن كان كذلك فلا حق له في جبرها و من تثبت قبل بلوغها بقي لوليها حق جبرها لاستمرار علة الصغر قائمة في حقها، وعليه فإنه تثبت الولاية في الزواج في حق المرأة ما دامت بكرا و إن كانت بالغة ما لم ترشد و في حق الصغيرة و إن كانت ثيبا، و إلى جانب أولئك الذين أجبروا لصغر أو بكارة قال المالكية و الحنابلة بإجبار من اتصف بجنون أو عته و ذلك لقصورهم على مواجهة الحياة .

- لمن تثبت هذه الولاية ؟ لقد أثبت الحنابلة و المالكية للأب سلطة إجبار الصغير و البكر على الزواج سواء كان عاقلين أم لا و قصروا الأبوة على المباشرة منها فقط دون امتداد إلى الأجداد ذلك لأن الأب يختلف في كثير من الأحكام عن الجد حيث لا يتزل منزلته في الغراوين كما أنه يحجب كغيره من الوارثين بالتعصيب و ما دام يحجب مثلهم فإنه يأخذ حكمهم، كما أثبتوا هذه الولاية للوصي أي وصي الأب ذلك لأن الوصي كما يقول ابن المفلح في النكاح بمرتلة الوصي لأن ولاية الأب ثابتة فجازت الوصية بها كولاية المال و لأن له أن يستنيب في حياته فكذا بعد مماته كالمال فعلى هذا يجبره من ذكر أو أنثى و هذا القول مشهور عند المالكية أيضا، و روي رأي آخر للمالكية في الوصي و هو المعتمد و الراجح أن الوصي لا يستطيع تزويج الصغير و

<sup>1</sup> البكر في اللغة هي المرأة التي لم تلد و في الشرع هي المرأة التي لم توطأ بنكاح صحيح أو فاسد .

الصغيرة حتى يبلغا إلا إذا أمره الموصي، و عليه فإن ولاية الإجماع في الزواج تكون للأب أصلاً حيث باستطاعته تزويج الصغار من أبنائه و بناته دون إذن أو استشارة عاقلين كانوا أو مجانين. كما تكون هذه الولاية أيضاً لوصيه من بعده و إن قلصت قليلاً وفق الراجح و المعتمد في البالغ و غير البالغة إذا لم يوصه الأب بالإجماع أو أوصاه بالإجماع سواء كان صريحاً كقوله أجبرها أو ضمناً كزوجها صغيرة فإن له حق تزويجها و جبرها قبل البلوغ و لا خيار لها بعده هذا كله بالنسبة للعاقل و العاقلة ، أما المجنون و المجنونة فإن كان جنونهما قائماً معهما منذ الصغر و استمر حتى بعد البلوغ كان للأب و الوصي إجبارهما على الزواج و إن تبييت المرأة و أنجبت الأولاد أما إن بلغ عاقلين راشدين ثم جفا فلا ولاية عليهما من طرف الأب أو وصيه لانقطاع الولاية عليهما و إنما تؤول حقيقة و حكماً للحاكم.

ب- ولاية إذن و اختيار : و يختص أصحاب هذه الولاية بتزويج من لهم عليهن ولاية بإذنهن و رضاهن لأنه لا حق لأصحاب ولاية الإذن و الاختيار في إجبار من كن تحت ولايتهم و ذلك لورود النصوص الدالة على طلب الإذن و وضوحها و من النسوة اللاتي لا حق لأوليائهن في تزويجهن دون رضاهن و اختيارهن الثيب البالغة حيث مثل هذه المرأة هي أحق بنفسها من وليها و أنه ليس له إجبارها على النكاح و إنكاحها بغير إذنها و إنما له أن يزوجهما بإذنها ممن ترضى و أن تعرب في إذنها ذلك بصريح قولها، كما أن من هؤلاء النسوة البكر المرشدة حيث لا يجوز للأب تزويجها إن لم تأذن له بصريح لفظها بذلك و الترشيد للمرأة يكون متى حس الأب أو الوصي برجاحة عقلها و سلامته و حسن تدبيرها و تصرفها بعد بلوغها أو قبله بشرط أن تكون إرادة التزويج بعد البلوغ ، و هذا الترشيد يتم بإعلان أي منهما بأنها رشيدة مرفوعاً عنها الحجر و ذلك كقول الأب أو الوصي رشدتك أو أطلقت يدك أو رفعت الحجر عنك أو نحو ذلك و ثبت هذا بإقرار من المرشد أو بينة عند إنكاره.

### ثالثاً - دليل شرعية الولاية في الزواج :

لقد ذهب جمهور من الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و المالكية و أبو يوسف من الحنفية للقول بأن النكاح لا ينعقد بلفظ المرأة لأن المشرع أراد إبعادها عن كل ما يمكن أن يسيء إليها و لو تعلق هذا بزواجها محافظاً بذلك على كرامتها و مانعاً من التصادم بينها و بين عائلتها نتيجة لزواج قد يلحق بها و بعائلتها العار أو الفخار و دليل ذلك ما جاء في قوله تعالى : " و لا تنكح المشركين حتى يؤمنوا و لعبد مؤمن خير من مشرك و لو أعجبكم " و المخاطب بهذا الكلام هو الولي. و من السنة قوله صلى الله عليه و سلم : " لا نكاح إلا بولي " و قوله صلى الله عليه و سلم في حديث ثاني : " لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل " و قال أيضاً : " أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل و إن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " و قوله صلى الله عليه و سلم : " لا تزوج المرأة المرأة و لا المرأة نفسها فإن الزانية التي تزوج نفسها " .



- أما الرأي الثاني فهو رأي أبو حنيفة الذي يرى أن المرأة البالغة العاقلة التي أصبحت لها القدرة على مباشرة و إنشاء العقد بصيغتها فلها أن تزوج نفسها بنفسها، ولها أن تولي وليها زواجها وأن يكون راضيا عنه ودليلهم في ذلك قوله تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره". فحسب هذه الآية أن الله تعالى قد أسند النكاح للمرأة مما يدل على جواز توليها له دون الرجوع إلى وليها، غير أنه رد على هذا القول بأن هذه الآية يحتمل أن يكون المقصود و المراد منها النكاح بمعني الوطاء لا العقد و كذلك قوله تعالى : "و إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعظوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ".  
و من السنة قوله صلى الله عليه و سلم : " الأيم أحق بنفسها من وليها و البكر تستأمر في نفسها و إذنها سكوها".

## 2 - موقف المشرع الجزائري :

بالرجوع إلى المواد 9-11-12-13-32-33 من قانون الأسرة يتبين لنا موقف المشرع الجزائري جليا ، فالمادة 9 نصت أنه "يتم عقد الزواج برضى الزوجين و بولي الزوجة..." أي أن هذه المادة جعلت الزواج لا تقوم له قائمة إلا بوجود الولي و هذا ما يدفعنا للتساؤل عن مكانة الولي في قانون الأسرة الجزائري فهل هو ركن بغيا به لا تقوم له قائمة أم هو شرط في الزواج لا يصح بغيا به العقد ؟ مع العلم أن المشرع الجزائري في تبويبه للولي ضمن قانون الأسرة كان تحت عنوان أركان الزواج .  
و للإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا أولا تحديد مفهوم الركن و الشرط ثم ثانيا نصدق هذا المفهوم على ما ورد في قانون الأسرة الساري المفعول و القانون المعدل و المتمم .

### أ- تحديد مفهوم الركن و الشرط :

- الركن : لغة : يطلق على الجانب القوي في الشيء الذي له حيز فنقول عن زوايا البيت أركانها مناطق التقاء الجدران بعضها ببعض و بدونه لا يوجد البيت إطلاقا، كما أننا حين نطلقه على شخص من الأشخاص في المجتمع فإننا نعني به شريفا من أشرف الأمة <sup>1</sup> .  
واصطلاحا : ما يقوم به الشيء فهو من التقويم إن قوام الشيء بركنه لا من القيام و إلا لزم أن يكون الفاعل ركنا للفعل و الجسم ركنا للعرض و الموصوف للصفة و قيل ركن الشيء ما يتم به و هو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه، و قد عرف الحنفية و بعض من الحنابلة الركن بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء و يكون جزئا داخلا في الماهية الحقيقية له بحيث لا يوجد العقد إلا به، فحقيقته اللفظية قائمة به و عليه و ذلك كالإيجاب و القبول في العقد و على هذا نجدهم ذهبوا إلى تقليص أركان الزواج إلى الإيجاب و القبول فقط أما جمهور الفقهاء فقد عرفوا الركن بأنه ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء سواء

<sup>1</sup> فضيل سعد - المرجع السابق- ص 56.

كان جزءا منه أو خارجا عنه و لقد اعتمد الجمهور على الماهية الشرعية كمعيار لتمييز الركن عن غيره لا على الماهية الحقيقية التي وضع لها اللفظ لغة فقط<sup>1</sup>.

- فإذا كان هذا هو الركن فما هو الشرط

ب- الشرط :

لغة : هو إلزام الشيء و التزامه في البيع و نحوه و جمعه شروط من باب و نصر.

- أما اصطلاحا : فقد عرف على أنه " ما يلزم من عدمه عدم المشروط و لا يلزم من وجوده وجود المشروط و لم يكن جزءا منه بل هو في حقيقته خارجا عنه فالإيجاب و القبول مثلا هما ركنين بالاتفاق في عقد الزواج و لكن الرضى شرط فيه و كذلك الشهادة أمر خارج عن ماهية الزواج و حقيقته و لكن يتوقف عليها نفاذه و ترتيب آثاره.

وينقسم الشرط إلى أربعة أقسام من حيث النوع وثلاثة من حيث الأثر ذلك أن غيابها قد يؤدي إلى البطلان و الفساد و منها ما يؤدي إلى وقف التنفيذ ومنها ما يؤدي إلى عدم اللزوم و جواز الفسخ، هذا الترتيب روعي فيه مقدار ما لكل شرط من أثر وقوة على العقد و من ثم كان الانعقاد هو الأساس فإن تحقق و وجد ينظر في الصحة فإن توافرت يبحث في النفاذ فإن ثبت هو أيضا يبحث هل هو لازم أم لا ؟

◀ **شروط الانعقاد:** و هي تلك الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد أثناء انعقاده و إنشائه و ذلك لارتباطها ارتباطا كلياً بالأركان المكونة للماهية كإعدام الأهلية، موافقة الإيجاب للقبول و مطابقتها إياه أو كون المرأة حلالاً و ما إلى ذلك و فقدان أي من هذه الشروط يؤدي إلى بطلان العقد عند كل الفقهاء.

◀ **شروط الصحة :** و هي تلك الشروط التي استلزمها الشارع لترتيب الأثر الشرعي على ذلك العقد حيث بدونها لا يعتبر العقد موجوداً و جوداً يحترمه الشارع و هذا كمن لم يدفع المهر أصلاً و فقد هذا النوع من الشروط يؤدي إلى بطلان العقد.

◀ **شروط النفاذ:** هي تلك الشروط التي يتوقف أثر العقد بعد انعقاده و صحته و عليه فإنه يلزم وجودها لترتيب آثارها .

◀ **شروط اللزوم :** و هي تلك الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد مستمراً مرتباً لجميع آثاره و عليه فمتى تخلف أحدها أصبح العقد غير لازم و جاز لمن له حق الخيار فسخه و نقضه من أساسه و أصله سواء كان أحد الزوجين أم غيره.

وعليه فإذا قلنا أن الولي في المادة 9 هو ركن فإنه يترتب على غيابه البطلان أي أنه بمفهوم الركن في حكم العدم، غير أنه إذا رجعنا إلى المادتين 32 و 33 من قانون الأسرة نجد أنه نحى نحو آخر و ذلك بترتيبه الفسخ

<sup>1</sup> - محمد محدة - المرجع السابق - ص 118 - 119 - ؟؟.

في حالة اختلال أحد أركان الزواج قبل الدخول أما بعد الدخول فإنه يثبت ، و البطلان في حالة اختلال أكثر من ركن مما يدفعنا بالقول أن المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون الأسرة جعل الولي ركن مثلما ذهب إليه جمهور الفقهاء و جعله شرط في المادتين 32 و 33 و ذلك بترتيب الفسخ، و الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل و الغرابة و الموقف الذي تبناه المشرع في المادة 33 من قانون الأسرة فقرة 2 عندما رتب البطلان في حالة غياب ركنين أو أكثر فإننا لم نجد له محلا لا في موقف الفقه و لا في عالم القانون ! .

وما يمكن قوله أن الإشكال لا يكمن في نص المادة 9 أو 11 أو 12 أو 13 و إنما في نص المادتين 32 و 33 و ذلك من خلال خلط المشرع في مفهوم الفسخ و البطلان ذلك أن الفسخ يترتب عليه إنهاء العقد مع إبقاء آثاره السابقة بينما البطلان يترتب عليه أن العقد يكون في حكم العدم نتيجة لتخلف ركن واحد فهو بهذا يكون قد خالف ما ذهب إليه فقه الشريعة الإسلامية و فقه القانون .

فالمشرع الجزائري ذهب إلى ما ذهب إليه المالكية من خلال جعل الولي ركن و ذلك بأنه لم يسمح للمرأة أن تبرم العقد بنفسها، و ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية فيما يخص مجانية ولاية الإجماع و ذلك بجعل سن رشد الزواج لدى الفتاة 18 سنة و في نفس الوقت سلك مسلكا جديدا و بعيدا عما ذهب إليه أصحاب المذاهب الأربعة و ذلك بجعل الولي يتولى تزويج من في ولايته و في نفس الوقت منعه من جبرها على الزواج و أعطى لها الحق في اختيار الزوج الملائم و هذا ما نلمسه من خلال نص المادتين 12 فقرة 1 و 13 حيث جاء في الأولى أنه " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون " و نصت المادة 13 " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها " و هذا ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار رقم 90468 الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 12 من هذا القانون.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية للزواج طبقوا صحيح القانون، و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن " <sup>1</sup>.

- بالرجوع إلى المادة 12 فقرة 2 من قانون الأسرة التي تنص على أن " غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت " نلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه الفقرة وضع استثناء الفقرة الأولى من المادة 12 يتمثل في عدم إمكانية منع الأب من في ولايته من الزواج و تدخله في الوقت المناسب لمنعها من الزواج من شخص ليس فيه مصلحة لها و هو ما ذهب إليه الحنفية غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1993/03/30 رقم 90468 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - عدد خاص -2001.

برأي الأحناف على إطلاقه ذلك أنهم قيدوا تدخل الوالي بشرطين هما الكفاءة و ألا يكون المهر أقل من مهر المثل على عكس المشرع الجزائري الذي ترك الباب مفتوح لتدخل الوالي و تقييد حرية البنت في اختيار زوجها بنصه على أن يكون المنع في مصلحة البنت و لم يحدد الحالات التي تقتضي تدخله، و ما هي معايير تحديد الأصلح للبنت و ما هي الزاوية التي يجب النظر منها للقول أن شخصا ما هو أصلح للبنت هل هي زاوية الأب فإن كان كذلك فهذا قد يؤدي باستبداده و تعسفه في حق ابنته أم هي زاوية القانون أم الشرع الإسلامي؟! .

### 3- بالنسبة للقانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 :

إن موقف أصحاب القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل يبرز من خلال استقراء المادة 10 التي تعدل المادة 11 من قانون 84 - 11 التي جاء فيها ما يلي " الولاية حق المرأة الراشدة تمارسه بنفسها أو تفوضه لأبيها أو لأحد أقاربها.

مع مراعاة أحكام الفقرة 2 من المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القاصر وليه و هو الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له " .

من خلال دراسة هذه المادة نجد أنها جعلت المرأة الراشدة بمفهوم هذا القانون الحق في تولي تزويج نفسها بنفسها بغض النظر لرأي الوالي و منحها حرية التنازل عن هذا الحق و تفويضه للأب ولأحد الأقارب المقربين ، ما يمكن أن يستشف من الموقف الذي تبناه أصحاب التعديل ما يلي :

◀ أهم ذهبوا إلى ما ذهب إليه الحنفية و ما أخذ به القانون المصري فيما يخص ترك حرية تزويج المرأة الراشدة بنفسها باعتبارها أصبحت عاقلة قادرة على مباشرة عقد الزواج بنفسها و مدركة لمغباته و حرية تفويض هذا الأمر لأبيها أو أقربائها، غير أنهم لم يأخذوا بموقف الحنفية على إطلاقه بل أنهم تغاضوا عن حق الوالي في التدخل لإبطال الزواج في حالة كون الزوج غير كفء أو أن المهر ليس بمهر المثل.

◀ الأصل أن أي تعديل يتدارك سلبات قانون سابق له غير أنه ما يلاحظ على هذه المادة من القانون المعدل والمتمم زادت الأمر تعقيدا ذلك أنها بعيدة كل البعد عن روح مجتمعنا بكل ثقافته فهي تولد الشقاق داخل الأسرة وذلك بخلق العداوة بين الأب وابنته و بالتالي التأثير على المجتمع مع العلم أن أي تشريع يستمد من وحي مجتمعه بتقاليده و أعرافه لكن هذه المادة بعيدة كل البعد عن عرف و تقاليد المجتمع الجزائري؟! .

◀ كذلك الإشكالات التي يمكن أن تطرحها هذه المادة في المدى البعيد هي مشكلة الزواج العرفي و إثباته و خاصة في غياب الأهل و الوالي على خلاف الزواج العرفي في قانون 1984. فلو خيرنا بين إشكالات الزواج العرفي بحضور الوالي في ظل التشريع الساري المفعول و بين مقترح أصحاب التعديل في غياب الوالي لاختارنا الأول على الثاني ، ذلك أنه في الأول تكون المرأة برعاية الأب و احترامه لها و احترام الزوج و بالتالي سهولة إثباته حتى في غياب الزوج و وفاته بعكس الثاني الذي تنفرد المرأة بتزويج نفسها و غياب

وليها وأهلها و هروب الزوج و بالتالي يصعب إثباته حتى في وجوده فما هو الحال في غيابه أو وفاته؟! و هذا الأخير تنجر عليه عواقب وخيمة تكون المرأة فيه المتضرر الوحيد ، فتصبح كالمعلقة فهي لا متروجة و لا مطلة و تصبح بين مشاكل إثبات زواجها و بين إشكال الحصول على الطلاق من شخص أنكر حتى وجود هذا الزواج و بالتالي النتيجة الحتمية التي سنها في النقطة التالية :

◀ إن هذه المادة لها أثر بليغ في إعطاء مفهوم آخر للأمهات العازبات تحت ستار اختيار حرية المرأة لشريك حياتها. بمنأى عن أهلها و خصوصا يجعل سن الرشد في الزواج للمرأة هو 19 سنة في ظل مجتمع يكثر فيه عبيد شهواتهم، وأصدق دليل على سلبيات هذه المادة التجربة التي يعايشها المجتمع المصري.

وبالرجوع إلى المادة 11 فقرة 2 من القانون المعدل والمتمم نجد أنها جاءت بمجديد فيما يخص زواج القاصر حيث نصت على أنه "مع مراعاة أحكام الفقرة 2 من المادة 7 من هذا القانون ، يتولى زواج القاصر وليه و هو الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له " .

وبالرجوع إلى المادة 7 الفقرة الثانية من القانون المعدل والمتمم نجد أنها تنص على " ... و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة، و يتأكد من قدرتهما على ذلك"، فهذه المادة جعلت القاضي يرخص للقاصر ذكرا كان أو أنثى بالزواج فقط و المادة 11 فقرة 2 أو كلت للولي مهمة مباشرة عقد الزواج و ذلك يجعله شرطا فيه و هذا ما يدفعنا للتساؤل عن الشخص الذي يتولى زواج القاصر في ظل التشريع الساري المفعول؟ و خصوصا إذا علمنا أن المادة 7 فقرة 2 من قانون 1984 جعل الترخيص بالزواج يكون بيد القاضي و أن المادة 9 منه تكلمت عن الولاية بالنسبة للمرأة و المادة 11 من القانون السابق تكلمت عن مباشرة العقد من قبل وليها سواء كانت بالغة أو قاصرة و أهملت القاصر الذكر و بما أنه لا يوجد نص يمنع القاصر الذكر من مباشرة عقده بنفسه فيمكننا القول بأن القاضي يرخص بالزواج والذكر القاصر يزوج نفسه بدون وليه!! .

رابعا - ترتيب الأقرباء حسب أولوية حصولهم على الولاية :

تكمن أهمية ترتيب أقارب المرأة المراد تزويجها في مجانية الوعود بالزواج لكل واحد يعتقد أنه صاحب الولاية عليها و الانفراد بفكرة تزويجها و التآمر عليها والفصل في مسألة صاحب الكلمة في تزويج المرأة فمن هو حسب الفقه و حسب القانون ؟

1- حسب الفقه : لقد اختلف أصحاب المذاهب الأربعة في ترتيب الأولياء فقد ذهب المالكية و بعض من الحنفية إلى اعتبار أن :

- الابن مقدم على الجميع شريطة ألا يكون من زنا لم يسبقه نكاح فإذا كان هذا الابن من زنا لم يسبقه النكاح فإن الولاية لأب باقية ، و تقديم الابن على الأب قائم على أساس أنه أقوى تعصبا بدليل أنه إذا اجتمع تعصبيهما بطل تعصيب الأب و قد خرج عن هذا الشافعية و الحنابلة حيث يرى هذا الأخير بأن أولى الناس و

أحقهم في إنكاح المرأة هو أبوها ثم أبوه و إن علا أي الجد النسبي الذي لا تفصل بينه و بين المراد تزويجها أنثى ثم يأتي بعد ذلك الابن و هذا لأن الأب هو أكمل نظرا. و أشد شفقة على ابنته فوجب تقديمه على غيره في الولاية.

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن الابن لا يزوج أمه أصلا ذلك لأنه لا مشاركة بينه و بينها في النسب إذ انتسابها إلى أبيها و انتساب الابن إلى أبيه فمثله مثل الخال و أخ لأم و من ثم فهو قد لا يعتني بدفع العار عن نسبها و يزوجه من غير كفاء. و قد جمع القراني<sup>1</sup> أدلة الشافعية و حججهم في عدم ولاية الابن على أمه فيما يلي :

أ- قوله صلى الله عليه و سلم " أيما امرأة أنكحت بغير إذن مواليتها فنكاحها باطل " و الابن لا يسمى مولى .

ب- أنه يدلي بها فلا يزوجه لأن تزويجه كتزويجها لنفسها ذلك لأن الفرع لا يكون أقوى من الأصل و لما أدلى بها صار في معناها.

ج- أنه شخص لا تصح من أبيه الولاية فلا تصح منه هو أيضا و حاله كحال ابن الخال مع الخال .  
ويلي الابن في الترتيب ابنه - أي ابن الابن - و ذلك لتقدمه عليه في التعصيب إذ لو وجد ابنا و ابن الإبن كان الميراث كله للابن و لا شيء لابن الإبن.

■ الأب : و المقصود به هو الأب الشرعي فإن كانت أبوته نتيجة زنا فلا ولاية له عليها ذلك أن الزنا لا يثبت به نسب و لا يكون صاحبه معصبا .

■ الأخ الشقيق كان أو لأب : أما الأخ لأم فلا لأنه ليس بعاصب و أن كان هناك من فقهاء من قدم الشقيق وفق المشهور على الذي لأب لكون الأول أشد قوة في قرابته بالمولى عليها بالرغم من اتحاد الدرجة و الجهة مما جعله أولى بالتعصيب منه، و تقديم المالكية للأخوة على الجد أساسه أن الجد يدلي بأبوة الأب و الأخوة ببنته و من يدلي بالبنت مقدم على من يدلي بالأبوة.

■ ابن الأخ الشقيق كان أو لأب : حيث هم أيضا من العصبة المتعصبين بأنفسهم و يعتبرون حاشية قريبة للمولى عنها و هم مقدمون على الجد في الترتيب و إن كانت قواعد الميراث تقتضي تقديم الجد عليهما.

■ الجد من النسب : وقيل جيء بكلمة من النسب تحرزا من الذي لأم و هو الجد الرحيمي حيث لا ولاية له على بنت ابنته لأنه غير عاصب .

و قدم جمهور الفقهاء عن الاخوة الأشقاء أو لأب و هذا التقديم راجع إلى تقدمه عليهم في الميراث و ذلك لأن جهة الأصول مقدمة على الحاشية و لو قرب .

<sup>1</sup> محمد محمدا - الكتاب السابق - ص 235 .

- العم الشقيق كان أم لأب : حيث له الحق في تولي من لم يكن لها واحد مما ذكروا لأنه من العصبه و هو من يليه في المرتبة يسمون بالحاشية ، البعيدة و ذلك مقابلة لهم بالحاشية القريبة و هم الاخوة الأشقاء أو لأب و أبنائهم.
- أبناء الأعمام : أشقاء كانوا أو لأب الأقرب منهم فالأقرب و الشقيق يقدم على الذي للأب وفق القول بالتعصيب في الميراث.
- الكافل : وهو يكون في مرتبة بعد انعدام كل من ذكروا سابقا عند المالكية ، ذلك أن الكفالة تلك تكون للتيمة التي لا محرم لها و يتولى أمرها أجنبي عنها، و المالكية اشترطوا لقيام الكافل بالولاية بان يكفلها مدة لا تقل عن 04 سنوات أو ما يقاربها ذلك أن مكوثها معتمدة أربع سنوات فاكثر تصير هي تعامله معاملة الأب ويعملها هو معاملة البنت مما يجعله يبحث عن مصلحتها ويريد صلاحها في تولي زواجها وذلك بحصول الشفقة عليها، وكذلك اشترطوا أن لا تكون شريفة والشرف هنا هو المال والجمال وشرف الأسرة.
- القاضي : وهو ولي من لا ولي له، وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم : " السلطان ولي من لا ولي له " ، فان عضل الولي من كانت تحت ولايته عن الزواج أو لم يكن لها وليا أصلا بان كانت طارئة فالقاضي من حقه أن يزوجه باعتبارها ذا ولاية عامة.
- عامة المسلمين: وهم أيضا لهم حق الولاية على المريدة للزواج إذا انعدم جميع من سبق ذكرهم من الأولياء وكانت المرأة دنيئة ويتصور وجود هذه الحالة في المرأة التي تنزل على أهل البادية أو في أعماق الصحاري حيث لا يوجد قاضي يتولى زواجها فان أي واحد من المسلمين على حسب ما ذهب إليه المالكية له حق في تولي زواجها .

إذا كان هذا هو موقف الفقه الإسلامي من ترتيب الأولياء فما هو موقف المشرع الجزائري ؟

موقف المشرع الجزائري في ظل قانون الأسرة لسنة 1984 :

نصت المادة 11 على أنه " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له "، يستشف من قراءة هذه المادة أن المشرع الجزائري قدم ولاية الأبوة على ولاية أقارب المرأة وترك فيما يخص أسبقية الأقارب في تولي رواجها يكتنفه الغموض وذلك من خلال تنصيبه في المادة على انه " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين".

فماذا يقصد بأحد أقربائها الأولين وما هو الحل إذا اجتمع عدد منهم وتمسك كل واحد منهم بولايته؟ فكان على المشرع أن يوضح، ماذا يقصد بهذه العبارة ؟ وقد اختتم المشرع المادة بجعل القاضي ولي من لا ولي له و هذا خاصة في ما يتعلق باليتامى وعديمي النسب، ولكن الإشكال يطرح بقوة في ما يخص المناطق النائية

التي تبعد عنها المحاكم بمئات الكيلومترات كما هو الحال عليه في صحرائنا الشاسعة حيث يتعذر على الأشخاص التنقل إلى أقرب محكمة فما هو الحل ؟

فكان الأجدد بالمشروع الجزائري أن يذهب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي بجعل الولاية إلى عامة المسلمين. وهناك نقطة مهمة يجدر الإشارة إليها وهي مسألة الكفيل ، فالمشروع في المادة 116 من قانون الأسرة رقم 84-11 جعلها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد رسمي محققا عليه حق الولاية على الشخص الذي رباه واعتبره ولده عند زواج هذا الأخير حارما إياه من فرحة الأب بزواج ولده ولعب الدور المهم فيه في إتمام زواجه بل تحميله مشقة الحصول على إذن من القاضي وإجراءاته الطويلة ومضيعة للوقت.

◀ فإذا كان هذا موقف المشروع الجزائري من ترتيب الأولياء فيما يخص الولاية فما هو موقف أصحاب القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل ؟.

◀ موقف أصحاب التعديل :

بالتطلع إلى المادة 11 المعدلة بالمادة 10 من مقترح القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل نجد أنها في الفقرة 2 حافظت على صياغة المادة 11 من قانون الساري المفعول ولم تتجنب إشكالاتها، بل أن أصحاب التعديل زادوا الأمر تعقيدا عندما نصوا في المادة 87 منه "بأنه يمارس الأب و الأم بصفة مشتركة الولاية على أولادهما القصر في حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية إلى الزوج الذي تمنح له حضانة الأولاد". ففهم استعملوا لفظ الولاية على عمومهم دون تحديد المقصود بها، ذلك أن الولاية بمفهومها الموضح سابقا تصنف إلى أنواع : ولاية على المال وولاية على النفس، فهل أرادوا بها الولاية على النفس أم على المال أو كليهما ؟

وإذا 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 المشروع الجزائري قد جعل الولاية للقصر بيد الولي وهو الأب فأحد الأقارب والقاضي ولي من لا ولي له وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء اعتمادا على قوله صلى الله عليه وسلم : " لا تزوج المرأة المرأة ولا المرأة نفسها فالزانية هي التي تزوج نفسها ". فأى المادتين نطبق المادة 11 أو المادة 87 من القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل ؟

لقد رأينا فيما سبق مفهوم الولاية وأنواعها وترتيب الأولياء في الزواج فما هي الشروط التي يجب توافرها في الولي ؟



لكي يكون الشخص أهلا لتولي عقد الزواج فيجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية أغفلها المشرع الجزائري مما يتعين الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة و تتجلى هذه الشروط في :

– أن يحتكم على الأهلية اللازمة : أي أن يكون بالغاً السن القانونية المطلوبة في الزواج فلا تثبت للمجنون والمعتوه وغير المميز ذلك أنه ليس له الولاية على نفسه، وفي هذا يقول صاحب المعنى فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه غيره أولى سواء في هذا لمن لا عقل له لصغر كالطفل، ومن ذهب عقله بجنون أو كبير كالشيخ<sup>1</sup>.

– أن يكون ذكراً : ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تزويج المرأة المرأة أو المرأة نفسها وقال بأن الزانية هي التي تزوج نفسها، وهو ما أخذ به جمهور الفقهاء على عكس الحنفية الذين اثبتوا للأُم ولاية الإيجار على البنت وبنت الإبن والأخت وغيرهن من النساء، إذا لم يكن لهن عصبات من الرجال وذلك بناء على ما ذهبوا إليه من أن الولاية تكون لعامة الأقارب ذكورا و إناثا أما ولاية الإختيار فلا تثبت عندهم لأنه لا ولاية بعد البلوغ.

– أن يكون مسلماً : قال سبحانه و تعالى : " ولن يجعل الله للكافرين سبيلاً " من خلال هذه الآية نجد أنه لا يتولى عقد زواج مسلم إلا مسلماً، أما إذا كان غير مسلم فيتولاه الشخص الذي يدين بدينه لقوله تعالى : " والذين كفروا بعضهم أولياء بعض " .

– بالإضافة إلى الأهلية والذكورة و الإسلام يجب توفر شرط رابع هو العدالة، وقد اشترطها الكثير من الفقهاء وذلك لأن الولي مطلوب منه البحث و السعي عن مصلحة المولى عليها و غير العدل لا يوثق منه في تقصي مصلحتها و تحريها، لكن الإمام مالك و من وافقه من الحنفية و غيرهم ذهبوا إلى أن العدالة ليست مشروطة في الولي لعدم تصريح النص بها.

ويمكن تلخيص شروط الولي في الأبيات الشعرية التالية :

شروط الولي لعقد النكاح	تلوح بخير كضوء الصباح
فأولهن ذكورية	فإياك إحذر وقوع السفاح
ومنها بلوغ وحرية	وإسلام دين هدى للعلاج
وتمليك نفس وعقل وعدل	ورشد أذاك كنظم الوشاح <sup>2</sup> .

هذه هي الشروط الواجب توافرها في الولي ، و خلاصة القول أن مشكلة الولي في القانون الجزائري لا تكمن في مصطلح الولي في حد ذاته و إنما في تصنيفه ضمن خانة الركنية أم الشرطية وفي فهم مصطلح البطلان

<sup>1</sup> محمد محدة : المرجع السابق - ص 246.

<sup>2</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 246.

والفسخ وكذلك في الدور الحقيقي للولي، المتمثل في مباشرة عقد الزواج وليس داخل في المعنى الحقيقي للزواج أي الوطاء، لأن الشخص الوحيد الذي بيده أن ينشئ الزواج بما له من آثار هو الزوج والزوجة ، فالولي والشاهدين والمهر لا يعطوا إلا القالب الشكلي لوجود هذا العقد في عالم القانون وكما أن مباشرة الولي لإبرام عقد الزواج يحيط الزوجة بالحماية الكافية في مجتمع إذا غابت عنه هذه الحماية غابت عنه أسسه وذهبت أخلاقه ومعامله والأمثلة كثيرة أمامنا في دول شقيقة، فكان على المشرع أن يجعل الولي شرط صحة لإبرام عقد الزواج وليس ركنا فيه، ولكي يتجنب استبداد الولي بولايته وحرمان مواليته من الارتباط بالشخص المناسب لها يجب أن يعطي للقاضي سلطة الرقابة على ذلك عند لجوء المولى عليها إليه للحصول على إذن لتزويج نفسها.

## الفصل الثاني: آثار الزواج

إذا اكتملت أركان وشروط الزواج، وانتفت موانعه، انعقد العقد، وترتبت عليه بالتالي آثار، و الأصل في هذه الآثار أنها تكون وفقا لما رتبته القانون و الشرع على العقد من آثاره الملزمة للطرفين، إلا أنه يجوز لأحد العاقدين أن يشترط شرطا في العقد لا ينافي هذه الآثار ولا يخالف طبيعة العقد أو أحكام قانون الأسرة.

وأهم هذه الآثار هي : النسب والذمة المالية بين الواقع العملي، و من يدعون إلى ضرورة تعديل النصوص المتعلقة بهما، و الإشكالات التي يطرحها هذين الموضوعين.

وعليه و من جملة الإشكالات المثارة في هذا المجال ما هي الذمة المالية للزوجة؟ خاصة إذا سلمنا بحق الزوجة المكرس في إنفاق الزوج عليها و ما مدى إمكانية إعمال الذمة المالية المشتركة للزوجين ؟ و ما هو النسب ؟ و ما هي طرق إثباته؟ و ما الجديد في هذين المجالين ؟ سنحاول معالجة هذه الإشكالات من خلال التركيز على ما هو مكرس في قانون الأسرة ، و القانون المعدل والمتمم له الصادر في 2005.

## المطلب الأول : الذمة المالية للزوجة :

إن ما في ذمة الإنسان من أموال يمكن أن يسبب له متاعب مع الآخرين أثناء تعامله معهم ، فهل الأمر سيان بين الزوجين ؟ خصوصا إذا كانت الزوجة صاحبة مال، فهل للزوج نصيب في أموالها ؟ و هل الزوجة مجبرة على مساعدة الزوج في تكاليف الحياة الزوجية ؟

فلا بد لنا في هذا المقام أن نتطرق لمفهوم الذمة المالية ، و كيف عالجها القانون، و ما هي الإضافات التي سوف يأتيها القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

أولا - مفهوم الذمة المالية : من الخصائص المميزة لشخصية الإنسان، ذمته المالية وهي مجموع ما للشخص من حقوق و ما عليه من التزامات ذات قيمة مالية<sup>1</sup>.

وقد اختلف حكمها في الديانات السماوية، ففي الديانة اليهودية و التي انقسم متبوعوها إلى طائفتين القراؤون الذين يفصلون أموال كل من الزوجين على الآخر مع استفادة الزوج من مال زوجته الذي حصلت عليه بكدّها بعد الزواج، وفي ما عدا ذلك فلا بد له من الحصول على إذنها، أما الربيون فلا يسمحون للزوجة بالتصرف في أموالها إلا بإذن زوجها، و إلا كان تصرفها باطلا، و لقد نصت المادة 85 من كتاب حاي بن شمعون : " ممنوعة المرأة من التصرف في أموالها بلا إذن زوجها".

وفي الديانة المسيحية، فبالرغم من ارتباط الزوجين ارتباطا وثيقا كأثما، جسد واحد كما ذكر في الإنجيل إلا أن هذا لا يعني اختلاط أموالهما، فلكل منهما حق الاستقلال بأمواله مع استحسان استشارة الزوجة لزوجها في إدارة أموالها والتصرف فيها، إذ نصت المادة 85 من قانون الحق العائلي الخاص بالروم الأرثوذكس: " كل واحد من

<sup>1</sup> (أسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق ( طبعة 1992 ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ) ، ص231.

الزوجين هو سيد ثروته الخاصة، وله أن يتصرف فيها كما يرى ما لم يكن قد جرى الاتفاق بينهما على غير ذلك ..."

كما نصت المادة 46 من مجموعة الأقطاب الأرثوذكس: " الارتباط الزوجي لا يوجب اختلاط الحقوق المالية، بل تظل أموال كل من الزوجين مملوكة له دون الآخر"<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن الدول الغربية حالياً تأخذ باشتراك الذمة المالية للزوجين.

أما في التشريعات العربية على العموم فيظل الزوجان شخصان مستقلان في التصرف الكامل في التجارة واقتناء الأملاك، و لا ولاية للرجل على زوجته في أموالها، و هي تنفذ عقودها بلا توقف على إجازة زوجها، و مهما كانت غنية فلا يلزمها شيء من النفقة المتوجبة في الأصل على زوجها.<sup>2</sup>

### ثانياً - الذمة المالية في القانون و الشرع :

تعتبر حرية تصرف المرأة في مالها ، من حقوق الزوجة وفقاً للمادة 38 من قانون الأسرة الجزائري، و قد أجمع فقهاء الإسلام على حرية تصرف الزوجة في مالها الحاصلة عليه من طرق القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005، و ليس للزوج حق فيه إلا برضاها الصريح ، و هذا الأمر قرر للمرأة منذ 14 قرناً عندما نزلت الآية الكريمة : " للرجال نصيب مما اكتسبوا و للنساء نصيب مما اكتسبن"، حيث أصبح باستطاعة المرأة أن تكسب المال و أن تحوزه كالرجال ، تبيع و تشتري و تهب لمن تشاء، كما أخبر بذلك المولى بقوله : "فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً".

فلا سلطان للزوج على أموال زوجته شرعاً و قانوناً، الأمر الذي يجعل تصرفها في جميع أموالها بلا إذن زوجها ورضاه تصرفاً شرعياً و نافذاً، كما لها أن تقبض غلة أملاكها، و توكل غير زوجها لا دارة مصالحها و تنفيذ عقودها دون أدنى إجازة أو توقف على إرادته.<sup>3</sup>

و مع ذلك فيمكن أن نتساءل بعدما دخلت المرأة الحياة السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية، فأصبح بإمكانها الاستغناء عن الرجل كزوج فيما يتعلق بالجانب المادي، فهل عليها أن تستأذن زوجها إن أرادت أن تمارس مهنة أو عملاً يعود عليها بالربح الوفير، و أن تتصرف فيه بحرية دون التزام بالاشتراك مع زوجها في الإنفاق على الأسرة و تقاسم الأعباء المالية.

إن الجواب على هذا التساؤل ينقسم إلى رأيين فقهيين، الفقهاء الأولون الذين يرون أن وظيفة المرأة بالطبيعة و الفطرة هي وظيفة منزلية بالدرجة الأولى، و أن المرأة المتزوجة إذا منعها زوجها من الخروج للعمل و خالفته يسقط حقها في النفقة لأنها تستحقها مقابل احتباسها في بيت الزوجية ، و بما أنها رفضت ذلك فإن احتباسها يصبح ناقصاً، أما إذا رضي زوجها بالعمل فقد رضي بالاحتباس الناقص الذي تجب معه النفقة للزوجة العاملة .

<sup>1</sup> عبد الرحمان الصابوني - المرجع السابق - ص 336.

<sup>2</sup> عمر فروخ : الأسرة الشرع في الإسلام - ( الطبعة الأولى ، المكتبة العلمية و المكتبة العصرية - بيروت و صيدا 1951 ) - ص 87 .

<sup>3</sup> محمد محدة : المرجع السابق - ص 404.

في حين أن الفقهاء المحدثين يرون أن لا مانع أن تتوسع دائرة وظيفة المرأة من ربة بيت إلى سيدة عاملة في جميع ميادين الحياة، لأنه ليس من حق الزوج أن يمنع الزوجة من المساهمة في بناء الدولة و تنمية البلاد، و لا يجوز له أن يحرم المجتمع من قدراتها العملية و طاقتها الاقتصادية و المهنية.

ويلاحظ بعض الشراح أن الفقهاء القدامى أغفلوا حكم المرأة العاملة قبل الزواج و لذلك يرون أن الحل العادل والمنطقي لهذه المسألة هو أنه إذا تزوج رجل بامرأة يعلم أنها تعمل و لم يشترط عليها في العقد أن تتوقف عن العمل فقد رضي ضمناً بانتقاص الاحتباس و تجب عليه النفقة ، و لقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون الأسرة صريحة بشأن تصرف الزوجة في مالها من تجارة أو عمل أو هبة أو ميراث و ليس للقاضي في ذلك اجتهاد و الحل متروك لتراضي الزوجين أو اشتراطهما في العقد طبقاً للمادة 19 من قانون الأسرة التي تنص أن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون<sup>1</sup>.

أما بشأن حرية التصرف في مالها الذي تكسبه من وراء العمل الذي تقوم به، فلا بد من تقييده، و ذلك أن مقتضيات الزواج تحتم على الزوجة أن تتفرغ لتدبير شؤون المنزل و تربية الأولاد، و أن يتفرغ الزوج للعمل، ليؤمن حاجيات الزوجة و الأولاد، و إذا حصل أن طرأ تغيير على هذا الوضع بأن غيرت المرأة وضعها الطبيعي لكسب المال، لأنها ستصرفه حتماً في أمور جانبية و يبقى الزوج ملزماً بالإففاق عليها، و ملزماً بإطعامها و اكسائها و إسكانها هي و أولادها من المال الذي يحصل عليه بكده، و قد لا يكفي وحده ولا يفي بحاجياتهم الكثيرة<sup>2</sup>. و رغم كل هذا الجدال يبقى الزوج ملزماً شرعاً و قانوناً بالإففاق على زوجته، من غذاء و كساء و علاج و سكن أو أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة و هذا طبقاً لنص المادة 78 من قانون الأسرة.

### ثالثاً - الذمة المالية في القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 لتعديل قانون الأسرة :

لعل أول بادرة لتقييد حرية المرأة في التصرف في أموالها جاء في مقترح تعديل المادة 36 من قانون الأسرة بإضافة الفقرة الثالثة والتي جاء فيها : "التعاون على مصلحة الأسرة بالمساهمة المادية و المالية ..". و تحدد المادة 36 ككل واجبات الزوجين و تجعل منها واجبات مشتركة و متبادلة قائمة على أساس المساواة من أجل مصلح أسرتهما .

وتجدر الملاحظة أن مقترحي التعديل جعلوا من الواجبات و الحقوق التي كانت بين الزوجين، واجبات فقط بموجب تعديل المادة 36، و ألغت واجبات الزوج الواردة بالمادة 37، و حقوق الزوجة الواردة بالمادة 38 و واجباتها الواردة بالمادة 39 و عبر عنها ب "يجب على الزوجين" و ضمنها بالمادة 36 على أنها مشتركة و متبادلة بينهما، رغم أن الأصل في الإففاق انه من واجب الزوج و ذلك بالكتاب و السنة و الإجماع و لقياس.

فأما الكتاب فقوله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف".

<sup>1</sup> (المستشار حميد مبارك : نشرة القضاة العدد 47- (الديوان الوطني للأشغال التربوية 1995 ، محاضرة بعنوان : الجوانب المادية للأحكام الطلاق) - ص 117، 118.

<sup>2</sup> (عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 202.

و قوله أيضا : " فلينفق ذو سعة من سعته، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاهها" .

وأما الحديث فقوله صلى الله عليه و سلم : " اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، أخذ تموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه ، و هن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف"

وفي القياس فانه من القواعد المقررة في النفقة إن من حبس لحق غيره، فنفقته واجبة عليه، فلقد حبست الزوجة نفسها للقيام على البيت ورعاية شئونه فحقت لها النفقة جزاء الاحتباس . و لقد انعقد إجماع المسلمين على ذلك من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الآن لم يخالف في ذلك أحد . فمخاطبة الزوجة في هذه الفقرة للمشاركة في الإنفاق هو خروج عن الأصل ، خصوصا و أن الفقرة جاءت ضمن واجبات الزوجين و كأن الزوجة يجب عليها الإنفاق على زوجها، فإن كان واضعوا التعديل يقصدون المرأة العاملة وحب عليهم إبراز هذا الجانب .

ثم أتى القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 بالنقيض في المادة 37 منه بتأكيد على استقلال الذمم المالية لكل من الزوجين و هذا كأصل عام مما كانت تنص عليه المادة 38 من حرية المرأة في التصرف في أموالها، والاستثناء الذي جاء به القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 أن الزوجان يمكنهما أن يتفقا على خلاف ذلك بموجب عقد رسمي، وذلك حين إبرام عقد الزواج أو بعده بأن تكون الأموال التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية مشتركة بينهما، حسب النسب التي يتفقان عليها ولكن هذا يوحي بأن الحياة الزوجية مجرد صفقات ، يتم فيها احتساب النسب وما إلى ذلك، وتنتفي معها حلوة الحياة الزوجية من ثقة و اطمئنان للطرف الآخر .

ونحن نعتقد أن واضعي التعديل أرادوا أن يلفتوا انتباه الزوجة إلى إمكانية مشاركة الزوج في الإنفاق إذا كانت صاحبة مال، وهذا لجعل الحياة الزوجية أكثر ميسرة و ذلك من باب حسن العشرة و الأخلاق، و لكن لا يمكن جعل هذه الإمكانية في باب الواجبات لأن الزوجة في النهاية غير مجبرة على الإنفاق مع الزوج و هذا ما أكدته المادة 37 من القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل.

وما يدعم رأينا بأنها غير مجبرة على الإنفاق مع زوجها، أنه إذا رفع الزوج دعوى طلاق و برر طلبه بان الزوجة لم تقم بالمساهمة المادية و المالية من أجل مصلحة الأسرة ، فهل يحكم القاضي بالطلاق مع تظلم الزوجة، أم أنه طلاق تعسفي ؟

فالزوج مثلا إذا لم تعامل زوجته والديه معاملة حسنة، فيكون الطلاق مع تظلم الزوجة بسبب الضرر الذي ألحقته به .

فنحن نرى أنه من غير المنطقي تظلم الزوجة بسبب عدم الإنفاق، لان هذا يتنافى مع الشرع، و ما الحل إذا ما دفع الزوج بفسخ عقد الزواج إذا تضمن شرط حرمان المرأة من الإنفاق عليها أو شرط التنازل له عن راتبها الشهري ؟ .

فهناك احتمالان:

◀ إما بناء على المادة 19 من القانون الأسرة الذي تتيح إمكانية اشتراط ما يراه الزوجان بالعقد ما لم يتناف مع هذا القانون، ومنه اعتبار أن التنازل عن النفقة و التنازل عن الراتب مخالف للشرع والقانون مما يؤدي إلى إبطال الشرط و إبقاء العقد صحيح ، و ذلك باعتبارها شروط مخالفة لمقتضى العقد.

◀ و إما فسخ عقد الزواج لعدم التزام الزوجة بمقتضيات العقد، وتفريقها عن زوجها مجرد أنها لم ترض بالإنفاق، و هذا حسب اعتقادنا إجحاف في حق المرأة .

و لم نجد في الواقع العملي حالة وقع فيها فسخ عقد الزواج لعدم التزام الزوجة ، بما ورد في العقد و هذا راجع حتما إلى أنه لا يمكن أن تتنازل الزوجة عن حق من حقوقها أصلا، أي لا توقع العقد أساسا إذا كان سيحرمها من ثمرة جهدها أو حقها في قيام الزوج بواجباته تجاهها .

و لكن ورغم كل هذه الإشكاليات و الجدل حول الذمة المالية للمرأة غير أننا نعلم أن المرأة المسلمة عموما إذا كانت صاحبة مال فهي لا تبخل بأن تساهم في مصاريف الحياة الزوجية ولا أن تفك ضيقة لزوجها، و هذا من طباع المؤمنين الذين ألف الله بين قلوبهم بالإيمان .

إذا كانت الذمة المالية وهو الموضوع الذي يبدو أكثر بساطة في قانون الأسرة الجزائري ، قد أثار كل هذه الإشكالات، فما هو الحال بالنسبة للنسب باعتباره الأثر الثاني للزواج ؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

### المطلب الثاني : النسب و طرق إثباته

يقول تعالى في كتابه العزيز الحكيم: " وهو الذي خلق الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا"<sup>1</sup>.

يعتبر النسب كأثر مترتب عن الزواج حقا أساسيا و أصليا، بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى، ذلك أن أول سؤال يطرح للطفل هو: من أنت ؟ أو ابن من أنت ؟، فإذا ما ثبت نسبه تثبت له سائر الحقوق الأخرى بصورة تلقائية و طبيعية و شرعية، ومنها : الاسم و اللقب و الوطن، أما إذا لم يثبت نسبه أو لم يعلم له نسب فان هذه الحقوق تتقرر للطفل، ولكن على أساس آخر غير أساس ثبوت النسب، فتثبت له جنسيته مثلا على أساس المكان الذي ولد فيه، أو عمر عليه فيه، كما تثبت ديانته على أساس الدين الغالب في ذلك المكان، أما حقوقه الأسرية و غيرها من الحقوق الخاصة كالخضاعة و النفقة، فتتحول من حقوق خاصة إلى حق اجتماعي عام تتولى الدولة تقريره للطفل المجهول نسبه، عن طريق المؤسسات التي تنشأ تحت إشرافها لهذا الغرض.

وأمام هذه الأهمية الكبرى للنسب، و سعيا للمحافظة على الأنساب و الروابط الأسرية سعت الشريعة الإسلامية إلى سد جميع سبل اختلاط الأنساب بتحديدتها تحديدا دقيقا و واضحا سبل إثباته، و هو نفس النهج الذي سار

<sup>1</sup> الآية 54 من سورة الفرقان .

عليه المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، و قبل التحدث على هذه الطرق و جب علينا أولا و قبل كل شيء إعطاء تعريف جامع مانع للنسب، فما هو النسب ؟  
عرف النسب الشرعي بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل، و البنوة هي نسبة الولد إلى أبيه<sup>1</sup>.  
و عرف أيضا : بأنه إلحاق الولد بأبيه قانونا و دينا و اعتباره الأصل الذي تفرع عنه ذلك الولد، فالنسب إذن هو إحدى أهم قواعد تشريع الأحوال الشخصية لأهمية دوره في ضمان انسجام التشريع مع آثاره، و قبل أن يتصف هذا الإلحاق بأية صفة أخرى فهو إحقاق للحق و إبطال للباطل، لأنه إثبات لواقعة اللقاء الجنسي بين ذكر و أنثى كان سببا في هذا النتائج من جهة، و لأنه رفع للظلم الذي يتعرض له طفل بريء بجهل نسبه و لم يفعل ما يجلب له ظلم الظالمين<sup>2</sup>.

و عرف أيضا بأنه هو الذي يتبع فيه الولد أباه في القانون والدين والحضارة وينبني عليه الميراث، و ينتج عنه موانع الزواج، و يترتب عليه حقوق و واجبات أبوية و بنوية، أما النسب غير الشرعي فلا يترتب عليه شيء من ذلك إطلاقا، و هو بالنسبة للأم كالشريعة لأنه ولدها<sup>3</sup>.

و عليه وإذا كان تعريف النسب لا يثير أي إشكالية، و هو متفق عليه في كل التشريعات، فان الحال غير ذلك في طرق إثباته، و هو ما دعا كل التشريعات الإسلامية و الدولية إلى إعطائها أهمية خاصة و متميزة، فهل وفق المشرع الجزائري في تحديد طرق إثبات ونفي النسب ؟ خاصة مع التطور العلمي المذهل الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة ؟

فمتى كانت الإجابة بلا أو بنعم إلى حد ما، فما هي الطرق المكتملة لذلك ؟ ثم ما جدواها في حل الإشكالية التي يثيرها إثبات النسب ونفيه أمام القضاء ؟  
وذلك ما سنحاول معالجته من خلال تركيزنا على تبيان كل من طرق إثبات ونفي النسب الشرعية، وكذلك الطرق المستحدثة فيه، ومدى استفادة المشرع والقضاء منها.

### أولا : الطرق الشرعية في إثبات النسب ونفيه:

**1- طرق إثبات النسب :** تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة، و بنكاح الشبهة، و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول، طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون "

و بالتعمن في أحكام هذه المادة يمكننا تقسيم طرق إثبات النسب إلى طريقتين أو سببين : سبب منشئ، بمعنى أنه لا يحتاج إلى دليل، وهذا السبب تدخل تحت طائلته كل أنواع النكاح، و سبب كاشف له فقط، أي يعيد إدماجه إدماجا قانونيا، وهذا الأخير يدخل تحت طائلته الإقرار والبينة و هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي :

<sup>1</sup> عمر فروخ - المرجع السابق - ص 98.

<sup>2</sup> فضيل سعد - المرجع السابق - ص 120

<sup>3</sup> العربي بلحاج - المرجع السابق - ص 188



أ - الأسباب المنشئة للنسب : ينشأ النسب بالنكاح سواء كان صحيحا أو فاسدا، وكذلك بنكاح الشبهة، و قبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في هذه الأنكحة والتي هي تقريبا مشتركة بينها - كما حددت ذلك المادة 41 - لا بد أن نعرف بهذه الأنكحة وذلك وفقا لما يلي :

▪ **الزواج الصحيح** : و يقصد به الزواج الذي تتوافر فيه أركان الانعقاد وشروط الصحة طبقا لمقتضى المواد 9 و 23 و ما بعدها<sup>1</sup>.

إذن إذا كان الزواج كامل الشروط و الأركان عد زواجا صحيحا و صالحا لإثبات النسب، دون اشتراط بينة أو طلب اعتراف ممن سيثبت نسب الولد إليه، و هذا متى كان تصور مجيء الولد من هذه الزوجية القائمة ممكنا حتى يكون كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: " الولد للفراش و للعاهر الحجر "<sup>2</sup>.

▪ **الزواج الفاسد** : لقد ورد في المادة 40 من قانون الأسرة على أنه : " يثبت النسب ..... و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33 و 34 من هذا القانون ".

ومن مراجعة أحكام هذه المواد يتضح لنا بجلاء أن الأولى نصت على فسخ النكاح أي فساده إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد، أو ثبتت ردة الزوج، و أن الثانية قد نصت على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو صداق أو شاهدين يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل، ويظل إذا اختل أكثر من ركن واحد، و أن الثالثة نصت على أن الزواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول و بعده.

▪ **نكاح الشبهة**: ويقصد به النكاح الذي يقع خطأ بسبب الغلط الذي يقع فيه الشخص كأن يتزوج الشخص بإحدى المحرمات عليه معتقدا أنها حل، و بعد الدخول تبين أنها أخته مثلا.

ولكن يجب الحرص كل الحرص على ثبوت غلط الشخص فان كان عالما بالغلط أو الشبهة و تعمدتها فالزواج باطل ولا أثر له، و الولد في هذه الحالة يعتبر ولد زنا. و عليه و متى نتج عن إحدى هذه الأنكحة ولد فان نسبه يثبت لأبيه، و لكن بتوافر ثلاث شروط أساسية و هي المحددة في المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة، و هذا ببيانها :

◀ **إمكانية الاتصال الجنسي** : أي إمكانية التلاقي الجنسي بين الزوجين بصورة فعلية، لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال و عدم التلاقي فلا يثبت النسب، و يتحقق هذا الشرط بالخلوة الصحيحة لأنها قرينة على تسليم المرأة نفسها لاعتبار العقد شرعيا- هذا في الزواج الصحيح - أما النكاح بشبهة و النكاح الفاسد فالدخول فيه شرط أساسي لتحقيق هذا الشرط .

◀ **عدم نفي الولد بالطرق الشرعية** : بمعنى أن لا ينفى الزوج عنه بالطرق القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005، سواء قبله قبولا ضمنيا أو صريحا، و الطرق القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 في نفي

<sup>1</sup> فضيل سعد - المرجع السابق - ص 213.

<sup>2</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 416.

النسب هو اللعان، و هو عبارة عن اتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أثناء قيام الرابطة الزوجية بعقد صحيح مع إمكانية الاتصال، و صورته حددتها الآيات 5، 6، 7 من سورة النور. ودعوى اللعان كما هو ثابت قضاء يجب أن تباشر في مدة لا تتجاوز 8 أيام طبقا لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1993/11/23، ملف رقم 99000، والذي جاء فيه أنه " من المقرر قانونا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينغه بالطرق القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 . ومن المستقر عليه قضاء ، أن مدة نفى الحمل لا تتجاوز 8 أيام . ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به و خلال المدة المحددة شرعا و تمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا ولأن الولد ولد بعد مرور أكثر من ستة اشهر على البناء. وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة، وأخطأوا في تطبيق المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه " 1

ونفس الشيء جاء به القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08<sup>2</sup>، و أيضا القرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28<sup>3</sup> .

- ولادة الولد بين أقل و أقصى مدة للحمل : و أقل مدة للحمل محددة بـ 6 أشهر<sup>3</sup>، أما أكثر مدة له فإنها محل خلاف بين الفقهاء و المسلمين، إلا أن الرأي الراجح يميل إلى الأخذ بتسعة (09) أشهر، و المشرع الجزائري و حرصا منه على اجتناب الشبهات جعلها 10 أشهر ( المادة 43 من قانون الأسرة ) . وقد ورد في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/05/19، ملف رقم 193825 بأنه : " من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، و من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة اشهر . ومتى تبين في قضية الحال، أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل و أن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، و أن قضاة الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة\* الولد للفراس\* مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فانهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و حرقوا أحكام الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة " 4 .

(1 ، 2 و 3) مجلة قضائية - غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ص 64 و 67 و 70 .

<sup>3</sup> طبقا للقرآن الكريم ، إذ ورد النص عليها في الآية رقم 15 من سورة الأحقاف ، و الآية 13 من سورة لقان .

(2) المجلة القضائية السابقة - ص 73 .

و تجدر الإشارة إلى أن هذه الشروط يجب أن تكون مجتمعة ليتمكن الحكم بإثبات النسب، و متى اختل شرط انتفى النسب، و هذا طبعاً فيما يتعلق بالأسباب المنشئة للنسب، و لا شك أن هذه الأحكام تختلف في الأسباب الكاشفة للنسب فما هي أحكام هذه الأخيرة ؟ هذا ما سنحاول بيانه فيما يلي :

**ب - الأسباب الكاشفة للنسب :** إذا انتفت أسباب النشوء - المشار إليها أعلاه -، أمكن إثبات النسب إما عن طريق الإقرار أو البينة، و سنوضحهما تباعاً فيما يلي :

\* **الإقرار :** اللفظة في أصلها كانت تطلق على حمل النسب على الغير فقط، واستعملت أخيراً للجمع بين ما كان إقراراً بثبوت النسب على النفس أو الغير، و من ثمة جمعت لنا القسمين معا<sup>1</sup>.

وقد سماه الإمام أبو زهرة بثبوت النسب بالدعوى، بمعنى أن النسب يثبت بالإقرار وحده من غير أن يقترن به ما بين وجهه لأنه إن بين الوجه كان ذلك هو السبب دون الإقرار المجرد<sup>2</sup>.

و الإقرار بالنسب قسمين و هما :

- **الإقرار بالنسب على النفس :** وهو ما كان يطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية اسم الإستلحاق، و يعرف بأنه ادعاء المدعي أنه أب لغيره، و من ثمة خرج لنا ادعاء من لم يكن أباً كالألم اتفاقاً<sup>3</sup>.

و للإقرار بالنسب على النفس شروط و هي :

- أن يولد لمثله، بأن يكون المقر في سن تسمح له بأن يكون مثل المقر له ابناً له .

- أن يكون المقر له مجهول النسب، لأنه إن كان معلوم النسب لا يصادف الإقرار محلاً للتصديق فيكذب، و لأنه لا يمكن ثبوت نسب ولد من رجلين، بل لا بد أن ينتفي أحدهما، و لا يكفي مجرد الإقرار لنفي نسب الآخر.

- أن لا يذكر أنه ولده من زنا لأنه الزنا لا يصلح سبباً للنسب - كما ذكر قبلاً - لقوله صلى الله عليه وسلم: "

**الولد للفراش** "، و لأن نعمة النسب لا تثبت بجريمة الزنا.

- أن يصدق المقر له إن كان من أهل التصديق بأن كان مميزاً و لا حاجة إلى التصديق إذا كان الولد غير مميز.

- **الإقرار بالنسب على الغير :** أي تحميل النسب على الغير<sup>4</sup>، بمعنى أن الإقرار في هذا النوع لا ينسب فيه الشخص المقر له بالنسب إلى النفس، و لا ينتسب هو إلى غيره، و إنما شخص ثالث يحمل نسبه على غيره، و من ثمة قيل بأن النسب فيه متعدد متى توافرت شروطه الأربعة.

و لكن لكي ينتج هذا النوع من الإقرار أثره فلا بد من الإضافة إلى شروط الإقرار بالنسب على النفس الشرط التالي<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 426 .

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة - المرجع السابق - ص 395.

<sup>3</sup> لأن النسب للأب لا للأم.

<sup>4</sup> أبو زهرة - المرجع السابق - ص 395.

<sup>5</sup> وفقاً لما أخذ به قانون الأسرة الجزائري .

- تصديق المحمول عليه النسب لهذا الادعاء، و هذا وفق ما جاء في نص المادة 45 من قانون الأسرة، و من هذا يتضح جليا أن الإقرار بالنسب على الغير لا يملكه المقر، و لا يملك غيره إلا بالتصديق له، كما أن الآثار الناتجة عن هذا الإقرار منصرفة إليه دون غيره من الأقارب، بخلاف الإقرار بالبنوة فإنه بثبوت نسبه من أبيه تثبت الأخوة بينه و بين بقية الأبناء، و يشاركهم في الميراث من أبيهم وإن توفي أحدهم ورثه و لا يستطيع غيره رده أو منعه من ذلك .

إضافة إلى هذا فإن المالكية اشترطوا لكي يتم النسب بهذا النوع أيضا شهادة شخصين عدلين أو قيام بينة فان لم يكن هذا و لا ذاك لا يثبت النسب<sup>1</sup>، غير أن هذا الرأي غير مأخوذ به في قانون الأسرة الجزائري .  
و لقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1998/12/15، ملف رقم 202430 ما يلي : " من المقرر شرعا أنه يثبت النسب بالإقرار لقول خليل في باب بيان أحكام الإقرار - ..... و لزم الإقرار لحمل في بطن المرأة ..... الخ .

كما أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الانكحة الفاسدة طبقا لقاعدة إحياء الولد .

ومتى تبين في- قضية الحال- أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق بتاريخ 1997/04/06، فإن هذه الشهادة لا تعتبر صلحا بل هي توثيق لشهادة جماعة عن إقرار المطعون ضده بحمل الطاعنة، كما أن المادتين 341 و 461 من القانون المدني لا تنطبق على قضية الحال التي هي من قضايا الحالة التي يحكمها قانون الأسرة .

كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و بالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لان الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر و لا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار .  
كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل و طلب الطلاق قبل الدخول قصد الوصول إلى استرداد نصف الصداق، رغم أن الصداق المدفوع في قضية الحال يغلب عليه معنى التعويض أكثر منه مقابل الصداق.  
و عليه فإن القضاة لما لم ينتبهوا إلى وجوب سماع جماعة الشهود الذين حضروا إقرار المطعون ضده أمام الموثق، فأنهم خالفوا الشرع و القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسيب<sup>2</sup>.

و من آثار الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر دون غيره معنى ذلك أن أثر الإقرار لا يتجاوز المقر من أحكام، و لهذا كان للإقرار آثاره بالنسبة للمقر فقط دون غيره<sup>3</sup>.

و إذا كان ثبوت النسب عن طريق الإقرار يعتبر من الأحداث الخطيرة التي يمكنها قلب الموازين و خلط الصالح بالظالم، و ذلك بالحضور و الادعاء أن ولدا ما ولده و لو كان ولد زنا، فإنه وجد طريق آخر أكثر موضوعية

<sup>2</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 432 .

<sup>2</sup> المجلة القضائية السابقة، ص 77 .

<sup>3</sup> عبد الرحمان الصابوني - المرجع السابق - ص 175 .

يثبت به النسب و هو البينة، كما أننا نرى أن الإمام مالك كان محققا عندما اشترط في إقرار النسب على الغير وجود بينة، فما هي البينة باعتبارها طريقا لإثبات النسب و ما هي أحكامها ؟  
هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي :

\* **البينة** : و يقصد بها كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما من وسائل الإثبات القانونية و الشرعية مما ورد النص عليها في قوانين الإجراءات أو لم يرد<sup>1</sup> .  
و عرفت أيضا بأنها : الحجة و يطلقها جمهور الفقهاء على معنى مرادف و هو الشهادة، و يعلق ابن القيم على هذا فيقول : " البينة اسم لكل ما يبين الحق و يظهره، و من خصها بالشاهدين لم يوف مسماها، و لم تأت البينة في القرآن قط مرادا بها الشهادة، و إنما أتت مرادا بها الحجة " <sup>2</sup> .

و يكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين أو رجل و امرأتين عدول<sup>3</sup> .  
و الإقرار كما أكد أغلب الفقهاء يقوم على التصديق بين المقر و المقر له بينما البينة لا يلزم لإثبات النسب بها إقرار المراد إثبات نسبه أو تصديق للمدعي .

و عليه فانه يبدو جليا من خلال ما تم عرضه أن المشرع الجزائري اعتمد قاعدة أن إثبات النسب يقع التسامح فيه ما أمكن لأنه من حقوق الله فيثبت حتى مع الشك و في الانكحة الفاسدة طبقا لقاعدة \* إحياء الولد\* منتهجا في ذلك منهج الشريعة الإسلامية السمحاء .  
لكن إذا كان الحال كذلك في طرق إثبات النسب، فما هو الحال في طرق نفيه، هذا ما سنحاول توضيحه في النقطة الموالية :

**2 - طرق نفي النسب** : لقد جاء في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري: "أن الولد ينسب لأبيه ..... و لم ينفه بالطرق القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005" ، و ما يهمنا في هذه المادة هو معرفة الطرق القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 التي يقصدها المشرع في نفي النسب خاصة أن اجتهادات أغلب الفقهاء و القانونيين استقرت على أن الطريقة الوحيدة لنفي نسب الولد هي اللعان، و هو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا في اجتهاداتها، فإلى أي حد يمكن اعتبار هذا الإجهاد و هذا الرأي صائبا؟ و هل يمكن الاعتماد على طرق أخرى لنفي النسب ؟ و ما موقف المشرع الجزائري منها ؟

الراجع - كما سبق القول - لدى كل الفقهاء و القانونيين أن النسب لا يمكن نفيه إلا باللعان إلا أن الدكتور عبد الرحمن الصابوني<sup>4</sup> و معه الدكتور عمر فروخ<sup>5</sup> لهما وجهة نظر أخرى في طرق نفي النسب نحاول تلخيصها فيما يلي :

<sup>1</sup> عبد العزيز سعد - المرجع السابق - ص 190 .

<sup>2</sup> محمد محدة - المرجع السابق - ص 432 .

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية مؤرخ في 1989/12/25 ، مجلة قضائية 1991 ، الجزء : 04 ، ص 110 .

<sup>4</sup> عبد الرحمان الصابوني - المرجع السابق - ص 182 و ما يليها .

<sup>5</sup> عمر فروخ - المرجع السابق - ص 101 .

إذ يرى الدكتور الصابوني و من معه : "أنه إذا ثبت نسب الولد بالزواج مع توافر شروطه فلا يجوز نفي هذا النسب إلا عن طريق اللعان .

أما إذا لم يستوف النسب بالزواج شروطه فحينئذ لا يعتبر النسب صحيحا كما لو ثبت عدم اللقاء بين الزوجين أو أثبت أحدهما استحالة إنجاب الآخر ولدا، و حينئذ يجوز نفي نسبه لعدم تحقق شروط إثباته .  
و في جميع هذه الحالات يجب ألا يصدر عن الزوج دلالة على الاعتراف بالنسب، لأنه يشترط لنفيه أن يكون عقب الولادة أو خلال فترة التهنة أو حين العلم بها و أن لا يصدر عنه أي شيء يدل على رضاه بالولد، بل أن حتى سكوته خلال هذه الفترة يعتبر اعترافا بالولد، و متى ثبت النسب فلا يجوز نفيه لأنه لا يقبل الفسخ بعد ثبوته".

و صور نفي النسب كما حددها الدكتور الصابوني وفقا للقانون السوري هي :

**أ - نفي النسب عن طريق إنكار ولادة الولد :** يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان يجهل أمها حامل قبل ولادتها، إذ أن علمه مع سكوته بحمل زوجته لا يتيح له نفي النسب إلا إذا ادعى عدم العلم، و إذا عجز الزوج عن إثبات ذلك فالقول قول المرأة لأن الأصل صحة النسب بصحة الولادة ما دام عقد الزواج صحيحا و شروط النسب متوفرة .

و يجوز للزوجة إثبات الولادة بشهادة القابلة أو غيرها لان شهادة المرأة الواحدة في هذه الحالة تكفي .  
ولا يجوز نفي الولادة بعد إقرار الزوج بها صراحة أو دلالة.

**ب- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب :** إذا صحت واقعة الولادة من الزوجة و في عقد زواج صحيح، فلا يثبت نسب الولد إذا كان الزوج ممن لا يتصور منه حدوث الحمل سواء كان صغيرا، مراهقا أو كبيرا ، عقيما أو مصابا بمرض جنسي يحول دون الإنسال، و نفي النسب في مثل هذه الحالة نفي قاطع و لو أقر الزوج أن الولد ابنه لأن من شروط الإقرار بالنسب كما ذكرنا - أن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر، و ما دام هناك مانع من الزوج لصغر أو مرض قرر الأطباء استحالة إنساله فان نسب الولد لا يثبت.

**ج - نفي النسب لعدم مرور الفترة المحددة للحمل :** للزوج نفي نسب الولد إذا جاءت به زوجته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من سنة<sup>1</sup>، غير أنه في هذه الحالة يجوز للزوج الإقرار بنسب الولد.  
و في جميع الحالات لا يثبت نسب الولد إذا أقر أنه ابنه من زنا.

**د - نفي النسب عن طريق اللعان :** إذا توافرت شروط النسب فان الولد يثبت من أبيه بيقين، و لا يصح نفيه إلا بعد اللعان و بحكم من القاضي في الحالات التي تجوز فيها الملاعنة بين الزوجين .

و على هذا يكون اللعان بين الزوج و زوجته التي جاءت بولد خلال فترة الحمل المقررة شرعا و كان الزوج ممن يتصور حدوث حمل منه و ثبتت الولادة إلا أنه يشك بل يعتقد أن الولد جاء نتيجة صلة غير شرعية أو خيانة زوجية، و لهذا أجاز الشارع لمثل هذا الزوج أن يلجأ إلى اللعان إذا تعذر عليه إثبات اتهامه لزوجته .

<sup>1</sup> طبقا للقانون السوري ، بخلاف القانون الجزائري الذي حدد أقصى مدة للحمل بـ 9 أشهر .

و اللعان يكون في حالتين : إذا قذف الزوج زوجته أي اتهمها بالزنا و في حالة نفي نسب الولد منها . و الواقع أن هذه الطرق التي اعتمدها الدكتور الصابوني و من معه في نفي النسب منطقية و معقولة إذا ما قارناها بشروط إثبات النسب المحددة في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري و هي : - وجود عقد زواج شرعي، و إمكانية الاتصال بين الزوجين، و عدم نفيه بالطرق الالقانون المعدل و المتمم الصادر في 2005. و هذه الشروط كما بينا سابقا مرتبطة و مكملة لبعضها البعض، و عليه فان تخلف شرط منها يترتب عليها عدم ثبوت النسب، و من ثمة و إعمالا لمفهوم المخالفة فإنه يمكن الاعتماد على انتفاء شرط من هذه الشروط لنفي النسب .

و الحال غير ذلك في اللعان الذي تجتمع فيه الشروط المحددة في المادة 41 والتي بتوافرها يفترض ثبوت النسب، إلا أن الأب يتدخل بسلوك إيجابي فيقوم بنفي ذلك الولد عن طريق اللعان.

و الغريب في الأمر أن المحكمة العليا اعتمدت في قراراتها على اللعان فقط في نفي النسب ضاربة بذلك عرض الحائط الحالات الأخرى، و رغم أنه يتجلى بوضوح عند قراءة حيثيات قراراتها استحالة قيام النسب بين الولد المنفي والأب المزعوم ( الطاعن )، و ذلك لتخلف إحدى شروط المادة 41 من قانون الأسرة، و كذا المادة 42 من نفس القانون، و لدينا في هذا الصدد قرارات كثيرة نذكر منها القرار رقم 165408 المؤرخ في 1997/07/08 و الذي جاء فيه : " من المقرر شرعا أن الولد للفراش و للعاهر الحجر .

و من المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز 8 أيام .

و متى تبين- في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين، و أن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق الالقانون المعدل و المتمم الصادر في 2005، و أن لا تأثير لغيب الطاعن ما دامت العلاقة الزوجية قائمة .

و إن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup> .

و لقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي :

" عن الوجه الثالث : - المأخوذ من مخالفة المادة 42 من قانون الأسرة بدعوى أن قضاة الموضوع عندما قضوا بإثبات نسب الولد للطاعن فقد خالفوا نص المادة المذكورة التي تقضي بأن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر، مع أن المطعون ضدها قد وضعته بعد 16 شهرا من غيبة الطاعن بفرنسا.

لكن و حيث أن المادة 42 من قانون الأسرة لا تنطبق على دعوى الحال لأن ولادة الطفل موضوع النزاع قد تمت و الزوجية قائمة بين الزوجين و الطاعن لم ينفه بالطرق القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005، و أن دعوى الغيبة لا معنى لها طبقا للمادة 41 من قانون الأسرة، التي طبقت قاعدة " الولد لفراش، و للعاهر الحجر"، و عليه فهذا الوجه، كسابقه غير مؤسس ."

<sup>1</sup> ( المجلة القضائية السابقة - ص 67 .

و أيضا القرار رقم 204821 المؤرخ في 20/10/1998<sup>1</sup> .

غير أنه يلاحظ من جهة أخرى أن المحكمة العليا رفضت في قرار آخر إثبات النسب على أساس عدم توافر شرط المدة و ذلك في القرار رقم 210478 المؤرخ في 17/11/1998<sup>2</sup> و الغريب من خلال كل ما سبق أن المحكمة العليا ترفض إثبات النسب في حالات انتفاء أحد شروط المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة الجزائري، إلا أنه في الحالة العكسية أي الحالات التي يطلب فيها نفي النسب على أساس انتفاء الشروط المذكورة أعلاه فإنها ترفض على أساس أن الولد لم يتم نفيه باللعان . فأى منطق هذا الذي يجعل شروط المادتين 41 و 42 واجبة التحقق فقط في دعاوى إثبات النسب دون دعاوى نفي النسب ؟

والواقع هنا أننا لا ندرك فحوى المشكل الذي قاد إلى هذا التفسير الخاطئ في أن اللعان هو الطريقة الوحيدة لنفي النسب، مع أن قانون الأسرة الجزائري الساري المفعول واضح عند وضعه شروط إثبات النسب، هذه الأخيرة التي يترتب على تخلف أحدها بالضرورة نفي النسب .

ولكن ولتجنب مثل هذه التأويلات الخاطئة للقانون فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع بتبيان طرق نفي النسب وتحديدتها تحديدا دقيقا كما فعل في طرق إثبات النسب، وحبذا لو فصل القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 الخاص بقانون الأسرة في هذا، لكن للأسف الشديد فقد تجاهل في مقترحاته هذه النقطة رغم أهميتها. وعموما وإذا كان إثبات النسب بالطرق الشرعية متفق عليها في كل التشريعات خاصة منها الإسلامية، فإن الحال غير ذلك في إثبات النسب بالوسائل العلمية. فكيف ذلك ؟ هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي :

### ثانيا: الطرق العلمية في إثبات و نفي النسب :

في طي الثورة العلمية التي شهدتها البشرية خاصة فيما يتعلق بعلم الجينات و استكمال الخريطة الوراثية التي انعكست على مواد الإثبات المدنية و الجزائية، و نقلتها نقلة نوعية من غياهب طرق الإثبات التقليدية إلى الحقيقة العلمية الواضحة و الدقيقة، و قد برز دورها جليا خاصة في مجال إثبات النسب و نفيه الذي استقطب كثيرا من الجدل الفقهي و القانوني بين رافض لها و آخذ بها، فما هو موقف المشرع الجزائري منها في ظل التشريع الساري المفعول ؟ و هل من جديد في القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 التعديل؟ و إن كانت الإجابة بنعم، فما قيمة هذا التعديل ؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في هذا الصدد و لكن بعد إعطاء نظرة موجزة عن أهم الوسائل العلمية المستحدثة في إثبات النسب، فما هي هذه الوسائل ؟

من أهم الوسائل العلمية المستحدثة خاصة في مجال طرق إثبات و نفي النسب: طريقة تحليل الدم، و طريقة الحمض النووي (ADN)، و كذا طريقة التلقيح الإصطناعي باعتبارها من مستحدثات القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 (م 45 مكرر)، و هي التي سنحاول التفصيل فيها :

<sup>1</sup>، (2) المجلة القضائية السابقة - ص 82 و73.



**1 - إثبات النسب عن طريق تحليل الدم<sup>1</sup> :** أو ما يطلق عليه الفحص الدموي، و يقصد به البحث عن الزمرة الدموية لإثبات الأبوة أو نفيها .

إلا أن البحث العلمي الحديث اكتشف أن تحليل الدم وسيلة لنفي الأبوة أكثر منه وسيلة لإثباتها، إذ أن الجرم يتنافر فصائل الدم بين الابن المزعوم و الأب دليل على أنه ليس ابنه .

و الملاحظ أنه باستقراء مواد قانون الأسرة المتعلقة بالنسب، نلاحظ أن المشرع لم يتطرق إطلاقاً إلى إثبات أو نفي النسب عن طريق تحليل الدم، إلا أن المحكمة العليا فسرت سكوت المشرع بالفرض، و ذلك طبقاً للقرار الصادر عنها بتاريخ 15/06/1999، ملف رقم 222674 الذي جاء فيه : "... و من المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار وبالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32، 33، 34 من هذا القانون، و من ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب بخلافاً لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعاً و قانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة، فانهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم و عرضوا قرارهم للنقض . و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup> .

و قد جاء في حثياته خاصة الوجه المثار تلقائياً من المحكمة العليا و المأخوذ من تجاوز السلطة .

"حيث أن القرار المنتقد القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسباً للطاعن أم لا .

حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 و ما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة و ضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث و لم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه و إحالته لنفس المجلس" .

و عموماً - وبغض النظر عن قرار المحكمة العليا - فإنه قد تم الاتفاق على أن وسيلة تحليل الدم هي وسيلة لنفي النسب و ليس لإثبات النسب مع احتمال نفي أبوة قد تكون فعلاً صحيحة، و عليه ابتعد القضاء عن استخدام هذه الوسيلة كدليل إثبات خاصة بعد اكتشاف وسيلة علمية قاطعة هي الحمض النووي (ADN).

<sup>1</sup> التحليل المعملّي عرف في صدر الإسلام في قضية جنائية : قصة الشاب الذي أتمته الفتاة بالاعتداء على شرفها، و هي مقتبسة من محاضرة أحكام استخدام الوسائل العلمية في إثبات و تقويم البيانات - للدكتور السوداني إبراهيم أحمد عثمان .

<sup>2</sup> المجلة القضائية السابقة - ص 88.

## 2- إثبات النسب عن طريق الحمض النووي (ADN) :

إن تطور العلوم البيولوجية أمكن الجزم بصورة دليوية قاطعة بأن نقطة دم أو مني أو شعر أو أي خلية بيولوجية أصبح الآن من الممكن نسبتها إلى صاحبها اعتباراً أن لكل شخص صورة خاصة به من تراكيب الحمض النووي (ADN) باستثناء التوأم الحقيقي، فما هو الحمض النووي ؟

الحمض النووي<sup>1</sup> عبارة عن مادة غير حية موجودة داخل الخلايا، وهي مورثات موجودة داخل الحامض الريبي المنقوص الأكسجين Acide Soxyrihennculigne ويرمز لها بالمختصر (ADN)، إذ يشكل هذا الحامض المادة الأساسية المكونة للكروموزومات التي يبلغ عددها 23 زوجاً في كل خلية، وتضم كل خلية أربع مجموعات كيميائية، بيولوجية لها أهمية خاصة في حياة الخلية وهي متصلة ببعضها البعض في شكل لولبي.

وتعد الثلاثة أنواع من المجموعات الأربع، وهي البروتينيات والسكريات والدهنيات بمثابة قوالب الإسمنت أو كتل الحجارة المستعملة في البناء، وتمثل المجموعة الرابعة، وهي الأحماض النووية المحتوية على الحمض الريبي المنقوص الأكسجين (ADN) مادة الإسمنت الرابطة بين تلك الكتل والقوالب المدعمة لقيام بناء معين، وهذا الحمض يعمل كأنه حامل استعلامات خلوية، حيث يوجد بنواة الخلية ويضبط نشاطها.

و يمثل كل حمض أميني في الحمض النووي الريبي المنقوص الأكسجين (ADN) عن طريق مجموعة معينة متكونة من ثلاثة أسس مزدوجة و تتم معرفة تلك المجموعات عن طريق قراءة تلك الأزواج بثلاث و ثلاثين، مما يعطينا الدليل الكامل لبروتينية واحدة، وهذا الترتيب يشبه في شكله \* الأعمدة المشفرة \* .

و يمثل الحمض النووي (ADN) الدليل الوراثي الذي يسمح للكائنات الحية بنقل خاصيتها إلى أنسائها، و من المعروف أن الخلية البشرية تحتوي على 46 صبغياً تشكل 23 زوجاً من الكروموزومات بصفة عادية، إلا أن الخلايا التناسلية المذكورة و المؤنثة ليس لها إلا نصف هذا العدد، و أهما عندما تتحد في خلية واحدة فهي تؤلف جينة جديدة ليعود العدد الأصلي للكروموزومات كما كان من قبل، أي 23 زوجاً صبغياً، و تحتوي الخلايا التناسلية كسائر الخلايا البشرية الأخرى على الحامض النووي (ADN) وعندما تتحد الخلية الذكرية مع البويضة في خلية جديدة فإن هذه الأخيرة تتضمن شيئاً من الحامض الذكري و شيئاً من الحامض الأنثوي، و رغم أن التكوين الكيميائي للحمض النووي (ADN) كان قد تحدد سنة 1923 فإنه لم يتم الاكتشاف بأن هذا الجزئي متكون من سلكين ملفوفين على بعضها البعض في شكل لولبي إلا سنة 1953 من طرف العالم البريطاني CRICK- CHF و العالم الأمريكي WATSON- DJ .

و في سنة 1985 قدم الدكتور ALEX- JEFFREYS وبعض زملائه من وحدة بحث جامعة ليسستر (Leicester) تقريراً عن تقنية مفادها إمكانية إيجاد بصمة جينية تدعى (ADN) و ذلك عن طريق أخذ عتاد خلوي من الخلايا البشرية، لان الخلايا ذات الأنوية التي تحتوي على الحمض النووي (ADN) تتضمن كل المعلومات الجينية للفرد .

ونجد أن الباحثون البيولوجيون والأطباء الشرعيون يفرقون بين نوعين من الحامض النووي (ADN) و هما : الحامض النووي الوظيفي، والحامض النووي غير الوظيفي، فالحامض الأول له دور هام في نقل الخصائص الوراثية، إذ أنه يوجد لكل إنسان في كل خلية من خلاياه بطاقة تعريف غير قابلة للتزييف، تتضمن إمارات خاصة بالأب و أخرى بالأم .

وعليه فإنه باللجوء إلى قوانين العالم البيولوجي مندل Mendel التي تنظم انتقال الخصائص الوراثية، فنصف يأتي من الأب و النصف الآخر ينبغي أن يأتي من الأم، و بمقارنة الحامض النووي الخاص بالولد، و الحامض النووي للأب المفترض، فان نصف تلك الخصائص يجب أن تتناسب مع علامات الأب، و يتم اللجوء إلى طريقة فحص الجينية بمقارنة بنية الحمض النووي (ADN) للمادة الجسمانية. فالحمض النووي (ADN) إذن هو كل العتاد الذي تتكون منه الكروموزومات البشرية، وهو الذي يحمل معه العلامات الجينية التي تجعل من كل فرد منا إنسانا فريدا من نوعه.

ولا شك أن هذه التقنية أصبحت اليوم تفتح آفاقا واسعة في مادة الإثبات ذلك أن منطقة الحمض النووي للعتاد الخلوي المأخوذة من جسم متى تطابقت المنطقتان فان ذلك يكون محققا، بل يكاد يكون مطلقا و دليلا قاطعا على أن العتاد الخلوي ناتج عن الشخص نفسه ما عدا في حالة التوأم أحادي البويضة، حيث يكون التحقق ناقصا<sup>1</sup>. ومن ثمة فان وسيلة الحمض النووي هي وسيلة علمية في نفي و إثبات النسب معا، فما موقف قانون 1984، و القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 من إثبات و نفي النسب عن طريق (ADN) ؟ ارتأينا قبل الوصول إلى موقف المشرع الجزائري التعرّيج على التشريعات المقارنة لمعرفة موقفها من هذه النقطة، و اختارنا لذلك الأمثلة التالية :

أ - **موقف التشريع الفرنسي** : لقد نص المشرع الفرنسي في قانونه على إثبات النسب عن طريق العلم و ذلك بتبنيه وسيلة علم الجينات (ADN) المستحدثة لإثبات الأبوة، فنص القانون الفرنسي على إجراءات يجب اتخاذها و هي :

- ◀ يجب على المدعي أن يرفع دعوى قضائية يطلب فيها إثبات النسب و يلتزم إجراء خبرة الجينات .
- ◀ و أن رفع الدعوى يجب أن يكون خلال بلوغ الطفل سنتين أو بعد سنتين من بلوغ الطفل سن الرشد، حتى يمكن إجراء خبرة (ADN) على الطفل .
- ◀ فيأمر القاضي بعد أن يتبين له جدية النزاع بموجب أمر قضائي بإجراء خبرة جينية<sup>2</sup>.
- ◀ وبعد إنجاز الخبرة الجينية يرجع المعني أمام القضاء إذا أثبتت الخبرة البتة بأمر القاضي بإلحاق النسب لأبيه.
- ◀ و نستخلص من هذا أن إلحاق النسب عن طريق العلم يجب أن يكون بموجب حكم قضائي وبعد إجراء خبرة جينية تؤكد ذلك.

<sup>1</sup> مجلة الشرطة - العدد 65 - أبريل 2001 - مقال كتبه رئيس مجلس قضاء سكيكدة .

<sup>2</sup> الخبرة الجينية في فرنسا يجب أن تتم في المخابر العمومية ، و يكون هذا طبعا بالنسبة للأباء الشرعيين .

ب- موقف المشرع الأمريكي : إن التشريع الأمريكي لم ينص في قانونه على الوسيلة العلمية المستحدثة (AND) لإثبات النسب، لكن يعمل بهذه الوسيلة عمليا وذلك أن المعنى بإثبات النسب يتقدم أمام المخابر المختصة لإجراء الخبرة الجينية، وبعد تحصله على الخبرة يمكنه تسجيل الابن باسمه وإلحاقه بنسبه ودون حاجة إلى حكم قضائي ويكون ذلك حتى بالنسبة للآباء غير الشرعيين.

### ج - موقف بعض الدول الإسلامية :

مجمع الفقه الإسلامي في مكة في دورته لسنة 1995 أجاز إثبات النسب بالحمض النووي.

كما أن تصريح الدكتور - السوداني - إبراهيم عثمان في محاضراته التي ألقاها على الطلبة القضاة - الدفعة 11 - تحت عنوان : - استخدام الوسائل العلمية في الإثبات و تقديم البيانات، أكد أن استخدام الحمض النووي جائز شرعا في إثبات النسب أو نفيه، وهذا يعني أن بلد السودان يميز إثبات أو نفي النسب عن طريق الدليل العلمي. كما أن الدكتور السعودي - زيد بن عبد الكريم زايد - مدير المعهد العالي للقضاء بالمملكة العربية السعودية و بمناسبة زيارته للمعهد الوطني للقضاء و إلقائه محاضرات على طلبة الدفعة 11، أكد أنه يجوز إثبات النسب عن طريق الحمض النووي شرعا، لكن يجب أن تستخدم هذه الوسيلة العلمية لإثبات النسب و ليس لنفيه، لان النص القرآني فصل في ذلك باللعان .

### د - موقف المشرع الجزائري :

إذا كانت جل التشريعات الإسلامية و الدولية تميز الالتجاء إلى الوسائل العلمية كأدلة في إثبات النسب أو نفيه، فان موقف المشرع الجزائري ظل غير واضح وذلك من خلال ما جاء في المادة 40 التي تنص على أنه : " يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون" .

فالواضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري عدد طرق إثبات النسب، و المشكل المتثار في هذا الصدد هل هذا التعديد ورد على سبيل الحصر أم على سبيل المثال، أو بمعنى آخر يمكن القول أن المشرع سكت في فحوى النص عن تبيان إمكانية اعتماد الوسائل العلمية في إثبات أو نفي النسب فلم يمنعها و لم يجزها، و ذلك ما فتح المجال لتأويلات مختلفة في تفسيرها، و هو الشيء الذي ترتب عليه تضارب المحكمة العليا في قراراتها فمرة ترفض الأخذ بالوسائل العلمية كأدلة للإثبات، و مرة تجيزها.

و عليه فالنص بشكله الحالي يطرح عدة تساؤلات أهمها : هل يجب التقييد الحرفي بنص المادة 40، و من ثمة الجزم باستبعادها إمكانية الاعتماد على الوسائل العلمية المستحدثة لإثبات أو نفي النسب ؟، أم يمكن تفسير سكوت النص بأنه فتح المجال للقاضي بتكوين قناعته من الدليل الذي يراه مناسبا، حتى و لو كان هذا الدليل هو الاعتماد على العلم الحديث ؟

و إن كان الجواب بجواز ذلك، فإن أسئلة أخرى تطرح أيضا، و هي هل القاضي، يأمر بإجراء خبرة طبية للحمض النووي تلقائيا؟ أم يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الأطراف؟ و الخبرة هل يمكن إسنادها لأي خبير؟ أم يجب إسنادها لخبراء متخصصين و مخابر متخصصة .

إن هذه الإشكالات كلها لم يعالجها قانون الأسرة الجزائري الساري المفعول، بل أكثر من هذا جعلها مفتوحة للتفسيرات و التأويلات المختلفة، و كان بذلك القاضي باعتباره المتحسس الوحيد لهذه المشاكل من خلال ممارسته اليومية هو الضحية الوحيدة، خاصة إذا وقع بين فك تطبيق القانون و اجتهاده في تفسيره و البحث عن نية المشرع، و بين فك المحكمة العليا و اجتهادها في هذا الموضوع، هذه الأخيرة التي سبق لها رفض طريقة تحليل الدم كوسيلة لإثبات النسب، إلا أنها تراجعت عن ذلك في سنة 2003 بموجب القرار الذي اعتمدت فيها طريقة الحمض النووي (ADN) كطريقة لإثبات النسب.

إنه ونتيجة لكل هذا تدخل المشرع من خلال التعديل الجديد لقانون الأسرة بالمادتين 10 و 11 من القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 ، محاولين بذلك حل معادلة إثبات النسب عن طريق العلم، فما هي هذه الأدوات وما قيمتها؟

#### هـ - جديد القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 القانون المعدل والمتمم :

نصت المادة 10 من القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 المكمل و المتمم للمادة 40 على إضافة فقرة ثانية لهذه الأخيرة فكان اقتراح التعديل بالشكل التالي : " و يجوز للقاضي في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " .

و بذلك تمت إضافة فقرة ثانية تفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، مع مراعاة طبعاً ضرورة توفر الشروط العامة للنسب، و كل هذا يعد تسهيلا في طرق الإثبات في هذا المجال تماشيا مع التطور العلمي. و إن كان اقتراح التعديل بشكله هذا قد حسم النزاع، و بذلك يكون قد أصاب بتدخله بنص خاص يميز اعتماد الوسائل العلمية كطرق لإثبات أو نفي النسب خاصة مع أهميتها التي أصبح من المستحيل إنكارها أو تجاهلها، خاصة أنها تعتبر وسيلة لردع الزوجات اللاتي لا يتقين الله في بيوتهن، و بذلك يتم منع اختلاط الأنساب، و كذلك وسيلة لردع الآباء عديمي المسؤولية، وذلك بمنع تعسفهم في نفيهم لأبنائهم، لا مجرد شيء سوى إشباع غريزة الانتقام أو بغية التهرب من مسؤولياتهم اتجاههم.

إلا أنه و مع ذلك فإن ما يعاب على هذا هو قصوره كونه لم يبين و لم يوضح كيفية اعتماد هذه الوسائل في القضاء و الإجراءات الواجب اتباعها، بل أنه لم يشر حتى إلى المخابر المتخصصة في ذلك. و في الحقيقة فإن الجديد بشكله هذا يكون قاصرا، و يكون بذلك قد قذف بالقاضي مرة أخرى في هوة عميقة يصعب الخروج منها.

و عليه فإننا نقترح الإبقاء على هذا الجديد، لكن مع ضرورة تحديد و بدقة كيفية إدماج هذه الوسائل العلمية في القضاء، كذلك الإجراءات الواجب مراعاتها فيه، أو الخبراء و المخابر المتخصصة بذلك، و كذلك لا بد من تحديد

قيمتها في الإثبات بمعنى هل تعد وحدها دليلا كافيا لإثبات النسب ؟ أم أنها تخضع لسلطة القاضي في تمحيص أدلة الإثبات وفقا لقناعته ؟ .

أما عن موقف الشريعة الإسلامية فإننا لا نرى أن في هذه الأحكام ما ينافيها، فالدين الإسلامي الحنيف دين صالح لكل زمان و مكان يتماشى و مقتضيات كل عصر، و بذلك و إعمالا لمبادئ الاجتهاد فانه طالما كانت هذه الوسائل لها فائدها و أهميتها في المجتمع، و طالما أنها لا تتناقض و مبادئ الشريعة الإسلامية فانه يمكن الاعتماد عليها و الأخذ بها لإحقاق الحق و إزهاق الباطل.

و من الجديد أيضا الذي جاء به القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 لقانون الأسرة، و هو في الحقيقة لم يكن متوقعا، هو اعتماده لوسيلة التلقيح الاصطناعي كوسيلة أخرى يثبت بها النسب، و ذلك طبقا للمادة 11 من هذا القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 المتممة لأحكام قانون 11/84 بالمادة 45 مكرر و المحررة على النحو التالي : " يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي .

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية :

- ☞ أن يكون الزواج شرعيا.
- ☞ أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.
- ☞ أن يتم بماء الزوج و بويضة زوجته دون غيرهما.
- ☞ لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة "

و في الحقيقة فان هذه المادة ما هي إلا تأكيد آخر للاتجاه نحو اعتماد و تكريس الطرق العلمية المستحدثة في مجال النسب. و بذلك فانه يجدر بنا طرح عدة أسئلة أهمها : ما هو التلقيح الاصطناعي ؟ و ما هي شروطه ؟ و ما علاقته بالنسب ؟

كل هذه الأسئلة سنحاول الإجابة عليها فيما يلي :

بداية فان التلقيح الاصطناعي<sup>1</sup> بغية الاستيلاء (بغير الطريق الطبيعي، و هو الاتصال الجنسي بين الرجل و المرأة ) يتم بأحد طريقتين أساسين : طريق التلقيح الداخلي، و ذلك بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من باطن المرأة، و طريق التلقيح الخارجي بين نطفة الرجل و بويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية ثم زرع البويضة الملقحة ( اللقيحة ) في رحم المرأة .

و قد تبين من خلال الدراسة أن الأساليب و الوسائل التي يجري بها التلقيح الاصطناعي بطريقه الداخلي و الخارجي لأجل الاستيلاء هي ستة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي فيها أسلوبان، و للخارجي أربعة من الناحية الواقعية، بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا، و هي :

<sup>1</sup> ( وفقا للدراسة التي قدمها عضو مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مصطفى أحمد الزرقاء حول التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب .

**أ - في التلقيح الاصطناعي الداخلي :**

**الأسلوب الأول:** أن تؤخذ النطفة الذكرية من رجل متزوج، وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعياً بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته، و يقع التلقيح بينهما ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله، كما في حالة الجماع، و هذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور لسبب ما عن إيصال مائه في المواقعة من الموضع المناسب.

**الأسلوب الثاني :** أن تؤخذ نطفة من رجل و تحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخلها ثم العلوق في الرحم كما في الأسلوب الأول، و يلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيماً، لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره.

**ب - في التلقيح الاصطناعي الخارجي :**

**الأسلوب الأول :** أن تؤخذ نطفة من زوج و بويضة من مبيض زوجته، فتوضع في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج ببويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام و التكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره و تنمو وتتخلق ككل جنين، ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعي تلده الزوجة طفلاً أو طفلة، وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الإنجاز العلمي الذي يسره الله، و يلجأ إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيماً بسبب انسداد القناة التي تصل بين مبيضا ورحمها (قناة فالوب).

**الأسلوب الثاني :** أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج، وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته ( يسمونها متبرعة )، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، و يلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلاً أو معطلاً، و لكن رحمها سليم قابل للعلوق اللقيحة فيه.

**الأسلوب الثالث :** أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل و بويضة امرأة ليست زوجته له (يسميان متبرعين)، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، و يلجأون إلى ذلك حينما تكون المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيماً بسبب تعطل مبيضا لكن حملها سليم، و زوجها أيضاً عقيم و يريدان ولداً.

**الأسلوب الرابع :** أن يجري تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها (ما يعرف بالأم البديلة)، و يلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها، و لكن مبيضا سليم منتج، أو تكون غير راغبة في الحمل ترفضها، فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها . هذه هي أساليب التلقيح الاصطناعي التي حققها العلم لمعالجة أسباب عدم الحمل .

و إن مجلس الجمع الفقهي الإسلامي بمكة<sup>1</sup> بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثقة مما كتب و نشر في هذا الشأن، و تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها لمعرفة حكم هذه الأساليب المعروضة وما تستلزمه قد انتهى إلى ما يلي :

<sup>1</sup> موقع على الإنترنت (GOOGLE).

☞ أن الأسلوب الأول من التلقيح الداخلي<sup>1</sup> جائز شرعاً، و ذلك بعد أن تثبت حاجة المرأة إلى هذه العملية لأجل الحمل .

☞ و أيضاً الأسلوب الأول من التلقيح الاصطناعي الخارجي<sup>2</sup> هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي، لكنه غير سليم تماماً من موجبات الشك فيما يستلزمه و يحيط به من ملابسات، فينبغي ألا يلجأ إليه إلا في حالات الضرورة القصوى .

و في الحالتين المشار إليهما أعلاه يقرر المجمع أن نسب المولود يثبت من الزوجين مصدرى البذرتين و يتبع الميراث و الحقوق الأخرى ثبوت النسب، فحين يثبت نسب المولود من الرجل و المرأة يثبت الإرث و غيره من الأحكام بين الولد و من التحق نسبه به، أما بقية الأساليب فقد قرر المجمع تحريمها لمخالفتها للشرع الإسلامي وأنه لا مجال لإباحة شيء منها، لان البذرتين الذكورية و الأنثوية فيها ليستا من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدرى البذرتين .

هذا و نظراً لما في التلقيح الاصطناعي بوجه عام من ملابسات حتى في الصورتين الجائزتين شرعاً، و من احتمال اختلاط النطف أو اللقائح في أوعية الاختبارات و لاسيما إذا كثرت ممارساته و شاعت فإن مجلس المجمع ينصح الحريصين على دينهم أن لا يلجأوا إلى ممارسته إلا في حالة الضرورة القصوى، و بمنتهى الاحتياط و الحذر من اختلاط النطف أو اللقائح .

و إن كان مقترحوا التعديل كما يبدو من خلال المادة 45 مكرر المضافة لأحكام النسب بموجب المادة 11 من القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 قد استمدوا أحكامها من رأي المجمع الفقهي فأصابوا بذلك في وضع الشروط الملائمة، و طبقا لمقتضيات الشريعة الإسلامية و الأحكام العامة للنسب، إلا أن هناك جملة من المآخذ يمكن أخذها عليهم و تتمثل فيما يلي :

– عدم التعريف بهذا الأسلوب الجديد المستحدث، و كذا عدم تبيان الطرق المعتمدة منه دون غيرها، فالتلقيح الاصطناعي يتضمن التلقيح الداخلي، و التلقيح الخارجي الذي يتم عن طريق الأنابيب و هذا ما يطرح بدوره إشكاليات أخرى عند التطبيق خاصة في الواقع العملي .

– أنه لم يشر إلى الإجراءات الخاصة بهذه العملية، و لم يحل بشأنها حتى إلى التنظيم و هو الشيء الذي يخلق مشاكل لدى القضاة في كيفية تطبيق هذه المادة، و في كيفية مراقبة مدى صحة الشروط التي تضمنها القانون المعدل و المتمم الصادر في 2005 التعديل، كما أن السؤال الجدير بالطرح أيضاً في هذا الصدد هو : ماذا يترتب في حالة الغش في تطبيق شروط هذه المادة من طرف الأطباء و المختصين، فهل يمكن تكليف ذلك على أنه إخلال بواجب

<sup>1</sup> الذي تؤخذ فيه النطفة الذكورية من رجل متزوج تم تحقن في رحم زوجته نفسها في طريقة التلقيح الداخلي.

<sup>2</sup> الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكورية و الأنثوية من رجل و امرأة زوجين أحدهما للآخر و يتم تلقيحها خارجاً في أنبوب اختبار ثم تررع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة .



مهني و يتطلب جزاء تأديبيا فقط ؟ أم أنه وجب تدخل المشرع بتحريم مثل هذه التصرفات باعتبارها تمس كيان المجتمع بما يترتب عنها من اختلاط في الأنساب ؟ .

– كذلك كان يجدر بواضعي القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 أن يبرزوا أهمية الملف الطبي المشكل للزوجين طالبي الاستفادة من هذه العملية، في إثبات مدى توافر الشروط المنوه عنها أعلاه. و في الأخير فانه لا يسعنا إلا أن نقول أن اعتماد الوسائل العلمية في إثبات النسب ونفيه أصبح ضرورة لا مفر منها، و أنه من اللامعقول تجاهل أهميتها، خاصة في وقت أصبح فيه العلم هو مقياس تقدم الأمم، و بالتالي فان القانون المعدل والمتمم الصادر في 2005 قد أصاب مبدئيا في تكريس الوسائل العلمية في إثبات و نفي النسب، إلا أنه بقي قاصرا في نقاط كثيرة، لذلك فإننا نلح على مقترحي التعديل بضرورة وضع تعديلات جذرية، لا تعديلات شكلية، تقذف بالقاضي إلى الحيرة و الريب و صعوبة الفصل في القضايا المطروحة أمامه.

الخاتمة:

بعد أن قمنا بإجراء تتبع لمختلف الجوانب القانونية والتعديلات التي جاء بها الأمر 2005 المعدل والمتمم لقانون الاسرة الجزائري لسنة 1984 ومحاولتنا القيام بإجراء مقارنات ، فإننا توصلنا إلى النتائج التالية

يظهر ان التعديل لم يكن شاملا ولم يمس مختلف الجوانب .

لاحظنا وجود غموض في بعض التعديلات وعدم وجود قرائن تؤدي إلى فهم مقصود المشرع.

أتى التعديل بأشياء جديدة لكنها تبقى بلا أثر في ضوء اعتراف القانون بالزواج والطلاق العرفي.

جاءت بعض التعديلات غير متناسقة كما هو الحال بالنسبة لموضوع الفسخ والبطان .

إن القانون بحاجة إلى مراجعة جديدة وإثراء لمجمل النقااص الواردة فيه.

على المشرع الجزائري ان يستفيد كم تجارب الدول العربية والإسلامية وخاصة دول المغرب العربي.فيما يتعلق بالتعديلات التي يمكن إدراجها.

## قائمة المصادر المراجع:

### النصوص القانونية:

1. 11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة - / الأمر رقم 84 و المتضمن قانون الأسرة.
  2. المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر - / 1975 الأمر رقم 75 و المتضمن القانون المدني.
  3. المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 8 يونيو - / 1966 الأمر رقم 66 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية
  4. المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يونيو - / 1966 الأمر رقم 66 و المتضمن قانون العقوبات.
  5. المتعلق بالحالة المدنية 20 / 02. المؤرخ في - - 19 الأمر رقم 70 الكتب الفقهية:
  6. فقه السنة ، السيد سابق ، المجلد الثاني 1999 ، المكتبة العصرية ، صيدا بيروت.
  7. عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث .العربي ، بيروت 1969
  8. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، الجزء السابع ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر ، دمشق ، طبعة خاصة بالجزائر 1992
  9. الإمام/ محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربية ، القاهرة.
  10. محمد عزة دروزة ، المرأة في القرآن و السنة ، منشورات المكتبة العصرية ، بيروت
  11. عمر فروخ ، الأسرة في الشرع الإسلامي ، مطبعة المكتبة العلمية 1951 ، بيروت.
- الكتب القانونية:**
12. الغوثي بن ملح ، القانون القضائي الجزائري ، الطبعة الثانية ، الديوان الوطني .للأشغال التربوية 2000
  13. أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية ، القاهرة
  14. بوسقسعة أحسن ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية ، الطبعة الثالثة .الديوان الوطني للأشغال التربوية 2001 ص 132 :
  15. عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري من خلال مبادئ أحكام الفقه -2000.الإسلامي ، مطبعة تالة 1999
  16. عمر زودة ، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ، 32 حي المجاهدين بن عكنون الجزائر.
  17. أ/عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، دار هومة للطباعة .والنشر ، الجزائر ، الطبعة الثالثة 1996
  18. محمد عبد الخالق عمر ، قانون المرافعات ، طبعة 1978
  19. مفلح عواد القضاة ، البيئات في المواد المدنية و التجارية ، جمعية عمال المطابع .التعاونية ، عمان 1994

20. محمد عزمي البكري ، ، موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ، دار محمود للنشر و التوزيع  
1996
21. د/نبيل اسماعيل عمر، أصول المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف . بالإسكندرية ، الطبعة الأولى  
1986
22. -Gabriel Marty /Pierre Raymand . Droit civil . les persone sirez -1967  
page614
23. Ghaouti Benmelha . Le droit algerien de la famille . office des publications  
universitaires 1993.

#### المجلات القضائية:

24. المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الأول.
25. المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد الرابع.
26. المجلة القضائية لسنة 1991 ، العدد الثالث.
27. المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الأول.
28. المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الثالث.
29. المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الأول.
30. المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد الثالث.
31. المجلة القضائية لسنة ، العدد الأول.
32. المجلة القضائية لسنة 2001 ، عدد خاص بالإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال  
الشخصية.
33. الشخصية.

#### المجلات القانونية:

34. أ/داود بن صالح ، الواقع خالف النصوص القانونية للطلاق ، مجلة الموثق ، العدد الأول ،  
35. سنة 2001

# فهرس المحتويات

## مقدمة

### الفصل الاول : مقدمات الزواج وآثارها.

06	المبحث الاول: الخطبة والفاحة
06	المطلب الأول : الخطبة.
18	المطلب الثاني : الفاحة.
21	المبحث الثاني : أركان عقد الزواج وشروطه.
21	المطلب الأول : الولي والأهلية
28	المطلب الثاني : تعدد الزوجات.

### الفصل الثاني : آثار عقد الزواج.

58	المبحث الاول : الذمة المالية.
62	المبحث الثاني النسب وطرق إثباته ونفيه.
82	خاتمة
84	قائمة المصادر والمراجع