جامعة زيان عاشور– الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تعديلات قانون الأسرة الجزائري في باب الزواج

– دراسة تحليلية تقويمية –

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص : أحوال شخصية

من إعداد الطالب :

عطية بن عسلون

تحت إشراف الأستاذ :

د/ مسعود هلالـــي

لجنة المناقشة :

1- **د/** جمال عبد الكريم رئيسا

2- **د/** مسعود هلالي مقررا

3- **د/** فتيحة قريقر مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017 م– 1439/1438هـ

جامعة زيان عاشور– الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تعديلات قانون الأسرة الجزائري في باب الزواج

– دراسة تحليلية تقويمية –

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص : أحوال شخصية

من إعداد الطالب :

عطية بن عسلون

تحت إشراف الأستاذ :

د/ مسعود هلالـــي

لجنة المناقشة :

1- **د/** جمال عبد الكريم رئيسا

2- **د/** مسعود هلالي مقررا

3- **د/** فتيحة قريقر مناقشا

السنة الجامعية 2018/2017 م– 1439/1438هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

الحمد لله الذي هدانا و وفقنا إلى إنجاز هذا العمل

الشكر أولا و أخيرا لله سبحانه و تعالى على إمدادي بالقوة و العزيمة لإتمام و إنجاز هذا البحث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من لا يشكر الناس لا يشكر الله ".

و عليه أتقدم بالشكر الجزيل إلى **والدي** و **والدتي** إلى من كللهم الله بالهيبة و الوقار و كانا حافزا لي على مواصلة دراستي ، لذ ا أطرز من خيوط الشمس اللامعة حروف شكر ، ومن ماء الذهب عرفانا لحرصهم الدائم بالدعاء لي وتشجيعي.

كما أتوجه بجزيل الشكر وأسمى التقدير لأستاذي الفاضل **مسعود هلالي** على قبوله الإشراف عَليَّ قصد إعداد هذا العمل و على دعمه العلمي و المعنوي.

كما تتسع دائرة شكري إلى كل من ساعدني من قريب و بعيد في سبيل إنجاح هذا العمل، لا سيما أساتذة و موضفي قسم الحقوق و أخص بالذكر الأستاذ **بدري أحمد** موظف في مكتبة الحقوق لجامعة زيان عاشور– الجلفة .

إهداء

الحمد لله رب العلمين و الصلاة والسلام على خاتم الأنبياء و المرسلين

أهدي هذا العمل للوالدين الكريمين الذين طالما أمداني بالعون و الدعاء

إلى الإخوة و الأخوات

إلى أصدقائي الأعزاء

إلى كل من لقنني حرفا أساتذتي الكرام

إلى كل زملائي و زميلاتي الأعزاء طلبة ماستر أحوال شخصية دفعة 2018

مقـــدمـــة

إن الحمد لله نحمده و نستعينه و نستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فهو المهتدي ومن يضلل فلن تجد له وليّا مرشدا ، و أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن سيدنا محمداً عبده ورسوله ، صلى الله عليه وسلم و بعد :

لمّا كانت الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء و تكوين المجتمعات ،فإنها حظيت بإعتناء جل الديانات السماوية والتشريعات الوضعية ، و الإسلام باعتباره آخر أديان السماء و خاتم الرسالات إلى الناس ، وضع للأسرة نظاما ثابتا له أصولٌ حاكمة ،و قواعدٌ مستقرة ، ويتجلى ذلك في قوله تعالى ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ(21)** ﴾ [سورة الروم، الآية 21] .

فلابد لقيام الأسرة من علاقة زوجية شرعية أساسها المودة والرحمة والدوام والثبات ، وللحافظ على هذا الكيان المقدس أولته التشريعات الوضعية اعتناءً كبيرا من كل جوانبه ، تجلى ذلك في النصوص القانونية المنظمة لهاته العلاقة المقدسة ابتداءً و انتهاءً .

و لعلّ الأسرة الجزائرية كان لها نفس المصير التي حظيت به الأسر في الوطن العربي و الإسلامي ، من حيث التطورات والتغيرات في النصوص المنظمة لهذا المؤسسة ، خاصة في مسائل النكاح والطلاق ، وذلك امتدادا على مرحلتين ، قبل الاستعمار و بعده .

فكانت قبل الإستعمار تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وتستقي أحكامها من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة ، مع الميل أكثر إلى المذهب المالكي ، إلى أن جاء الإستعمار الغاشم سنة 1830 فحاول أن يطمس معالم النظام الذي تحتكم إليه الأسرة الجزائرية ، فلم يفلح ، إلى أن جاء

الإستقلال سنة 1962، وبدأت إصدارات القوانين الوضعية في شتى المجالات ،وكان لقانون الأسرة نصيب منها ، فصدر القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري ، هذا الأخير الذي صار الإطار القانوني الذي يحكم العلاقات الأسرية ، وضل هذا القانون ساري المفعول ولم يُعدل ردحاً من الزمن ، إلى أن عدّل سنة 2005 بموجب الأمر 05-02 ،فعدلت بمقتضاه واحد وأربعون مادة ، هذا التعديل الذي لم يسلم أيضا من الإنتقادات من طرف رجال القانون و رجال الدين .

أولاً : الإشكالية

تتجلى إشكالية البحث من خلال التساؤلات الآتية :

- فيما تتمثل جملة التعديلات التي عرفها قانون الأسرة الجزائري فيما تعلق بباب الزواج ؟ وما مدى مشروعيتها ؟.

- وما مدى نجاعة هذا المسلك التشريعي الذي أقدم عليه المشرع الوطني ؟.

- ثم ما هي المقترحات أو البدائل التي يمكن ابداؤها قصد تقويم مسلك المشرع الجزائري بخصوص أحكام و نصوص المواد التي عرفها باب الزواج؟.

ثانياً : أهمية الموضوع

يستمد موضوع الدراسة من خلال معالجته لأهم عنصر من عناصر بناء المؤسسة الأسرية التي تعتبر اللبنة الأساسية للمجتمع .

تتجلى أهمية موضوع التعديلات المتعلقة بقانون الأسرة في باب الزواج كون التعديل الذي عرفه هذا القانون قد غيَّر الكثير من النصوص القانونية ومسّ أهم ركيزة في الأسرة و هي " الزواج " مما أثر على العلاقات الأسرية ، ولعلّ مَردُّ ذلك راجع إلى جملة من العوامل أبرزها مصادقة الدولة الجزائرية على إتفاقية " سيداو " ، وللأسف كان ذلك على حساب قيم مجتمعنا ، وأحكام ثابتة تعد ركائز استقرار الأسرة ، مثل إلغاء دور الولي .

ثالثاً : أسباب إختيار الموضوع

يرجع إختياري لهذا الموضوع إلى عدة أسباب ، أجملها في النقاط الآتية :

أ– الأسباب الذاتية :

* اعتقادي صواب القاعدة المنهجة القاضية بأنّه :" من عناصر و مقومات نجاح الباحث في مسلكه العلمي ، رغبته و ميوله الشخصي في المضي فيه ومن هذا المنطلق اقول بان شغفي و ميولي الشخصي لدراسة الموضوعات ذات الصلة بمسائل النزاعات الأسرية و سبل التعامل معها من المنظور القانوني ، يعتبر أحد الدوافع التي تحملني على الخوض في مثل هكذا بحوث و دراسات .

* اعتناؤنا كذلك بمثل هذه الموضوعات و الدراسات الهادفة ، والرامية الى خدمة المجتمع الجزائري عموما ، و الاسرة على وجه التحديد ، قصد تحصيل المعارف الشخصية رغبة في تحصيل وتكوين ثقافة قانونية شخصية ، قد تسهم في تمكيننا من مجاراة الواقع المعيش وفق رؤية متبصرَّة حول المسلك الذي انتهجه المشرع الوطني في مجال قانون الأسرة ، لا سيما ما تعلق منه بأحكام الزواج و آثاره.

ب– الأسباب الموضوعية : و تتمثل فيما يأتي :

* الحاجة العلمية الماسة لمثل هذه الدراسات التي تتطلبها مسيرة البحوث الأكاديمية المتخصصة لاسيما في ظل نقص البحوث و الدراسات المعتنية بالبحوث الجامعة في قضايا شؤون الأسرة – ومنها أحكام الزواج وآثاره – بين وفق الرؤية التحليلية التقويمية ، إذ تنحى أغلبها إلى الجانب المفاهيمي لا النقدي .

* من الأسباب التي دعتني إلى اختيار هذا الموضوع أيضا دراسة ما يتعلق بالمستحدث و المستجد من نصوص قانونية في مجال قانون الأسرة الجزائري ، والتي تشكل في مجملها – من منظور المشرع طبعا – آليات لحماية الإستقرار الأسري ، ذلك أن الناظر في موضوع **تعديلات قانون الأسرة الجزائري في باب الزواج – دراسة تحليلية تقويمية –** ، يلحظ أنه اشتمل على أحكام الفحص الطبي قبل الزواج ، حيث ألزم المقبلين على إبرام هذا العقد بضرورة القيام بهذا الإجراء.

وكذلك من الاسباب التي دعتني إلى اختيار هذا الموضوع :

* كون مواد قانون الأسرة أغلبها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، واعتماد المشرع لأسلوب التلفيق في اعتماده للمذاهب الأربعة

* رغبتنا في معالجة أحكام الزواج من الناحية الفقهية و القانونية ،وإبراز النقاط التي وافق فيها المقنن الجزائري الشارع الحكيم وتلك التي خالفه فيها .

* تحليل نصوص قانون الأسرة الجزائري ومن ثم تقييمه وتقويمه إن لزم الأمر ، بتقديم مجموعة من المقترحات البديلة .

* إظهار بعض النقائص والعيوب في هذا القانون ،والتناقضات التي يتضمنها بين نصوصه .

* كثرة النزاعات الأسرية ، خاصة فيما يتعلق بمقدمات الزواج وآثار الزواج .

رابعاً : منهج البحث :

اعتمدت في دراستي على المنهج التحليلي وذلك بعد القيام بتحصيل وجمع التعريفات و النصوص الفقهية و القانونية والأقوال والأدلة ذات الصلة بالمسألة المدروسة في مختلف أطوار البحث وفق المنهج المتقدم أعلاه ، مع الإعتماد على مقارنة مختصرة مع بعض التشريعات العربية ، واستخدمت أسلوب النقد والتعقيب على النصوص القانونية مجال الدراسة ، وتقويمها إن لزم الأمر .

خامساً – الدراسات السابقة :

خلال دراستي لموضوع : " تعديلات قانون الأسرة الجزائري في باب الزواج **– دراسة تحليلية تقويمية–** "، لاحظت أنَّه لم يتم التعرض – في حدود اطلاعي- للموضوع في بحث أكاديمي جامع بل تم ذلك من خلال بحوث عالجت بعض جزئياته بالدراسة من قبل بعض الباحثين ، مع تفاوت في ذلك بحسب طبيعة البحث ، و هذه بعض الدراسات ذات الصلة إلى حد ما ببعض عناصر الموضوع محل الدراسة :

* دراسة للطالب فيصل بلحاج تقدم بها لنيل شهادة الماجيستير و عنوانها كالآتي: " التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري و مقارنتها بالفقه الإسلامي "

* دراسة للطالب حسين مهداوي تقدم بها لنيل شهادة الماجيستير وعنوانها كالآتي : " دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة في مسائل الزواج و آثاره ".

سادساً – صعوبات البحث :

من الطبيعي أن تعترض الباحث مجموعة من الصعوبات و العقبات أو العوائق أثناء إنجازه لبحثه ، والتي تختلف تبعا لطبيعة البحث وظروف الباحث ، والتي كثيرا ماتسهم في توجيه مسار البحث والتأثير عليه إما سلبا أو إيجابا ، فلا يخلو أي بحث من مشاق وعنت يستدعي مزيدا من الصبر والمثابرة ، يتذوق الباحث حلاوتها ربما أثناء البحث والأكيد بعد إتمامه .

وعليه ،ومما يمكن تسجيله من صعوبات وعوائق اعترضت سبيلي خلال مدة إعداد بحثي هذا المتواضع أذكر :

حدّة الدراسات السابقة .

قلة المصادر و المراجع من أمهات الكتب ، خاصة ما يتعلق منها بالتعديلات الجديدة لقانون الأسرة.

سابعاً – خطة البحث :

لقد اقتضت طبيعة الموضوع محل الدراسة جعل البحث في مقدمة ، وفصلين ، وخاتمة ، وتفصيل ذلك كله جاء على النحو التالي :

الفصل الأول : و تناولنا فيه التعديلات المتعلقة بمقدمات الزواج من خلال مبحثين :

المبحث الأول : و خصّصته لبيان أحكام الخِطبـة و آثارهـــا.

المبحث الثاني : و عرضنا فيه الفحص الطبي قبل الزواج.

الفصل الثاني : و تضمن التعديلات المتعلقة بإنعقاد الزواج و آثاره و ذلك من خلال مبحثين :

المبحث الأول : و خصصناه للتعديلات المتعلقة بركن الزواج و شروطه.

المبحث الثاني : و عرضنا فيه التعديلات المتعلقة بآثار الزواج.

الخاتمة : و ضمّنتها أهم نتائج البحث المستخلصة من الدراسة و كذلك إبراز جملة من الإقتراحات التي كان ينبغي على قانون الأسرة أن يتضمنها .

الفصل الأول

التعديلات المتعلقة بمقدمات الزواج

- المبحث الأول : الخِطبة و آثارها
- المبحث الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج

المبحث الأول

الخِطبــة وآثارهـــا

لم ينظم الشارع الحكيم لكل العقود مقدمات خاصة بها،وإختص عقد الزواج من بين العقود بأحكام مميزة لكونه أخطر عقد للعاقدين، إذ هو عقد موضوعه الحياة الإنسانية، وهو عقد مستمر ينعقد على أساس الدوام إلى نهاية الحياة، ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى بالخطبة .

ولقد نظم الشارع الجزائري أحكام الخطبة في المادتين (05) و (06) من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 الصادر سنة 2005 .

وسنتطرق في هذا المبحث للتعديلات التي مست الخطبة والتي تمثلت في مسألة إقتران الخطبة بالفاتحة ، ومسألة العدول عن الخطبة وآثار هذا العدول .

المطلب الأول : الأحكام القانونية للخطبة

الخطبة هي مقدمة للزواج ومن أثناءها يتبين عندكل من المتعاقدين مدى رغبته في الزواج وتحقيق مطالبه في العقد، فإذا تلاقت الرغبات ،أقدم كل واحد منهما على العقدوتم العقد بإصدار الإيجاب والقبول.[1]

الفرع الأول :تعريف الخطبة

1- لغة: الخطب : الشأن أو الأمر ، ومنه قوله تعالى:{قَالَ فَمَاخَطْبُكُمْ أَيُّهَاالْمُرْسَلُونَ}

ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة بالكسرة، أي طلبها للزواج.

1- قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الغوثي بن ملحة، ديوان الطبوعات الجامعية، الجزائر،الطبعة الأولى، سنة2005، ص19.

2- إصطلاحا :

عرفهاالحنفية"الخطبة " ـ بكسرالخاء ـ:طلب التزوج"

وعرفها المالكيةبقولهم:"التماس النكاح من الزوج ثم الولي لإجابته أو الإعتذار له"

وعرفها الشافعية فقالوا :" هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"

وعرفها الحنابلة بقولهم: "طلب التزوج من المرأة"[1]

وقد عرفها الفقهاء المعاصرين بأنها طلب الزواج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره خالية من الموانع الشرعية ، بالتقدم إليها أو إلى وليها ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد.

كما عرّفها د.فتحي الدريني"بأنها توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة تحل له شرعا في الحال أو بين من ينوب عنهما من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا" فالخطبة بهذا المفهوم اتفاق تمهيدي (مجرد وعد بالزواج في المستقبل) تنتج آثارها بإقتران الإيجاب بالقبول مع ضرورة تحقق شرطين أساسيين هما:

- الخلو من الموانع الشرعية : وذلك بأن تكون المخطوبة ممن تحل شرعا للخاطب ، أي لا تكون من محارمه.[2]

1- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي، فيصل بلحاج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة والقانون ، جامعة الجزائر 1 ، الموسم الجامعي 2012-2013 ص 12- 13.

2- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية ،الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2008 م، ص27 .

- ألا تكون مخطوبة للغير[1] : إعمالا لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه ولايبيع على بيع أخيه حتّى يأذن له ."[2]

وهي مشروعة في الكتاب والسنّة،ففي القرءآن الكريم نجد قوله تعالى :" ﴿**وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِيْ أَنْفُسِكُمْ**﴾ "[3].

ومن السنّة قوله صلّى الله عليه وسلم :"لايخطب أحدكم على خطبة أخيه " ، وعن المغيرة بن شعبة قال :خطبت امرأة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم – أنظرت إليها ؟قلت _لا،قال فانظر إليها ،فإنه أجدر ،وفي رواية أخرى – أحرى– أن يأدم بينكما "[4] ومعنى "أحرى أن يأدم بينكما " أي أن تدوم المودة بينكما .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخطبة

من المعلوم وكما ذكرنا سابقا أن الخطبة تعتبر من مقدمات عقد الزواج، فهي تُعد من المراحل التمهيدية لهذا العقد الهام ولذلك اهتم الشرع والقانون بتنظيمها فاعتبرها الفقه الإسلامي وعدا بالزواج، ولكن الفقهاء اختلفوا في تفسير مدلول الوعد فمنهم من رأى بأنه غير ملزم وهو الرأي الراجح في الفقه إستنادا إلى أن الزواج كما هم معلوم يقوم على الرضا، ومادام الخاطب أو المخطوبة قد عدلا عنها فلا يمكن إجبارهما على الزواج.

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن الشويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 28 .
2- انظر : صحيح مسلم ، الجزء 1 ، ص 591 .
3- سورة البقرة ، الآية 235 .
4- سنن الترمذي ،كتاب النكاح ، باب ماجاء في النظر إلى المخطوبة ، ح 1087 ، ص257 .

ومنهم من رأى أن الوعد ملزم، لأن الشريعة تحث على الوفاء بالوعود .

أما من الناحية القانونية فقد كيفت المادة الخامسة الفقرة 01 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم02/05 على أنها وعد بالزواج .

واضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنه[1].

وأول ملاحظة على هذه الفقرة إستعمال لفظ **"الوعد"** هذا المصطلح له دلالة قانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني الجزائري .

فالمادة 72 منه نصّت على أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد[2].

أما قانون الأسرة الجزائري فيبدوا أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني فمن جهة اعتبر الخِطبة وعدا بالزواج، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها[3] .

وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد، ولأن توحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية القضائية والتطبيقية .

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص29 .

2- " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل عنه وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد " المادة 72 من القانون المدني المعدل بالأمر 10/05 لسنة 2005 .

3- المرجع نفسه ، ص30 .

لذلك نرى أنه لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود والقضاء على التناقض ،والمصطلح الذي نقترحه لاستبدال لفظ " **الوعد** " هو مصطلح " **تمهيد** " ليصبح النص على النحو التالي : " **الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها إذا وجد المبرر (المسوغ) لذلك** "[1].

وعليه من خلال نص المادة **71**[2] و **72** من القانون المدني الجزائري والمادة **05 فقرة 01** من قانون الأسرة الجزائري فإن الوعد في الخطبة هو وعد ذو طبيعة خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار، فهي ليست عقدا ملزما ومجرد العدول عنها لا يكون سببا للتعويض ما لم يكن مقترنا بفعل آخر وهو التعسف في إستعمال الحق.

قد يقال بأن النص الموجود في قانون الأسرة الجزائري هو نص خاص والنص الموجود في القانون المدني هو نص عام بإعتباره الشريعة العامة، وبالتالي فإن النص الخاص يقيد النص العام، نحن لا نعترض هذا المعنى، ولكن لتفادي التضارب في المصطلحات من حيث التطبيق والإختلاف الفقهي فقد اقترحنا المصطلح البديل.

أما مدونةالأسرة المغربية الصادرة سنة 2004 فقد نصت في مادتها الخامسة على أن " الخطبة تواعد رجل و امرأة على الزواج" .

1- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي، فيصل بلحاج ، المرجع السابق ، ص 44 .

2- " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهمابإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهريةللعقد المراد إبرامه ،والمدة التي يجب إبرامه فيها ..." ، المادة 71 من القانون المدني الجزائري المعدل .

واضح من خلال هذا النص أن الطبيعة القانونية للخطبة هي وعد بالزواج غير ملزم أي يجوز العدول دون قيد أو شرط[1] .

وهذا ماسارت عليه أغلب التشريعات العربية.

المطلب الثاني : آثار الخطبة

إن الخطبة ليست مجرد وعد نظري ،بل هي وعد بالزواج أو وعد بالدخول في أهم وأخطر علاقة إجتماعية ، وهي تنشئ إرتباطات تتخذ صورة عملية ، فمتى أعلنت الخطبة أصبح كل من الخطيبين " محجوزا لصاحبه"وتعين على الغير إحترام هذا الكيان الجديد أوالعلاقة الجديدة ، ويبدأ ينظر الطرفان أحدهما إلى الآخر بعاطفة وإلتزامات متميزة، بل قد يبدآن في الإعداد لعش الزوجية ،

فيترتب على ذلك آثارشرعية على النحو التالي:

ـ إباحة النظر إلى المخطوبة.

ـ منع الخطبة على الخطبة[2].

وقد تنتهي الخطبة بذلك إما بإتمام عقد الزواج وتأسيس الأسرة وإما بالعدول عن الخطبة هذه الأخيرة التي نصت عليها كل التشريعات العربية بقولها " **يجوز لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة** " .

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص30 .

2- أحكام الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية و فقهية ، محمد كمال الدين إمام ،دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 ، ص48 - 53 .

فإذاتم العدول بعد ذلك فلا بد من النظرإليه في ضوء ماأحدثه من آثار،وماترتب على الخطبة ـ شرعا وقانونا واتفاقا ـ من التزمات .

الفرع الأول : آثار العدول عن الخطبة

العدول عن الخطبة دون مبرر شرعي خلق ينافي الوفاء بالعهود وذلك لقوله تعالى"﴿ **وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا**﴾ "[1]،وقوله تعالى"﴿ **وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**﴾ "[2] ، ومن السنة في حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم :

" **آية المنافق ثلاث: إذاحدّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان** "[3]

فالعدول عن الخطبة بدون سبب شرعي يلحق ضررا بالمرأة وأهلها ، والقاعدة الشرعية تقول أنّه "**لا ضرر و لا ضرار**"ومتى تبين سبب العدول فذلك جائز، ولكن ذالك يترتب عليه آثار.

يمكن القول أن آثار العدول عن الخطبة سواء أكانت وقعت منفردة أو مقترنة بفاتحة غير متوفرة على ركن الرضاء وشروط صحة عقد الزواج فإنها تتجلى في ثلاث مسائل هي التعويض عن الضرر الذي ينتج عن العدول عن الخطبة ،مصير الهديا المقدمة من أحد الخاطبين، الصداق المدفوع جزءه أوكله [4].

وقدنصت المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر05ـ02 على أن "**الخطبة وعد بالزواج ، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة ، إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي**

1- سورة البقرة ، الآية 177 .

2- سورة الإسراء ، الآية 34 .

3- صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، باب علامات المنافق ،الحديث 33 ، ص 09 .

4- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، عبد العزيز سعد، دار هومه للطباعة والنشر، الطبعةالرابعة 2013، ص18 .

أومعنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض ، لايسترد الخاطب شيئا مما أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته،وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أوقيمته".

أولاً:التعويض عن الضرر

أ ـ الآراء الفقهية : انطلاقا من القاعدة الشرعية المقررة أنه **"لا ضرر و لا ضرار"**و التي تقضي بأن جواز إجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد بإجرائها،وأن الضرر يزال وطريقة إزالته هي التعويض، فالدكتور مصطفى السباعي يسند مبدأ التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول إلى أصلين شرعيين هما :

الأصل الأول : مبدأإساءةإستعمال الحق المقررفي الفقه المالكي والحنفي وغيره من التشريعات العربية.

الأصل الثاني : مبدأ الإلتزام في الفقه المالكي والمبني في هذه الحالة على الوعد بالزواج.

و يرى الدكتور وهبة الزحيلي في نفس السياق مايلي:"وأما الضرر الناشئ عن فسخ الخطبة دون مسوغ فان بعض المحاكم في البلاد العربية تحكم بالتعويض عنه ، عملا بنظرية التعسف في استعمال الحق ، اذ لاضرر ولا ضرار في الاسلام ،أو بناءا على مبدأ المسؤولية التقصيرية ، أي الخطأ الذي سبب ضررا بالغير"[1].

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص36 .

ب ـ قانون الأسرة الجزائري : وأما نص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فإنها على مايبدو قد كرّست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر ،وتركت المسألة تقديرية للقاضي .

والتعويض كما أشار النص يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا، فالضرر المادي هو مايصيب الطرف المتضرر في حق ثابت ، أو في مصلحة مالية له ، والضرر الأدبي عكس ذلك لايمس أموال المضرور ، وانما يصيبه في مصلحة غير مالية ، كالضرر المعنوي الناتج عن التشهير وتشويه السمعة وتفويت الفرصة.

ولكي يكون النص القانوني منسجما نقترح اعادة صياغته كما يلي :" **إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض** ".

وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر ، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق ، أو سوء استعماله حيث يثبت الخطأ[1].

أما مدونة الأسرة المغربية الجديدة فقد تضمنت حكما جديدا في هذا المجال ، حييث نصت المادة السابعة على ما يلي:"**مجرد العدول عن الخطبة لايترتب عنه تعويض، غير أنه إذاصدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض**"[2]وبالتالي فإن العدول المجرد لا يمكن التعويض عنه ولو حصل فيه ضرر، وحسنا فعل المشرع المغربي حيث بنى مسألة التعويضات على المتسبب بخطئه الشخصي.

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 37-38.

2- القانون 70/03 المتعلق بمدونة الأسرة المغربية .

في حين أن المشرع الجزائري قد أرسى مبدأ الحق في التعويض إذا حصل ضرر وترك السلطة التقديرية للقاضي يقدرها حسبما يُقدم أمامه من أدلة في هذا الشأن.

وبهذا يتضح بأن العدول وإن كان حقا مشروعا لكلا الطرفين فيجب إستعماله في الحدود المرسومة حتى لاتترتب المسؤولية،وفي حالة الخروج عن هذه الحدود يكون مجال التعسف قائما و بالتالي أمكن الحكم بالتعويض كلما ثبت الخطأ.

كما أنه ينبغي في هذه الحالة وضع بعض المعايير تحكم قاعدة التعسف وتجلي بوضوح ظاهرة التعسف ،ومن ضمنها مثلا معيار عدم جدية الخاطب أو المخطوبة ، ومعيار التغرير، ومعيار قصد الإضرار و الضرر الفاحش، وغيرها من المسائل التي يستعملها قاضي الموضوع لاستجلاء الحقائق بوضوح[1].

ثانيا : حكم هدايا الخطبة بعد العدول

أ ـ في الفقه الاسلامي : لقد اختلف الفقهاء في حكم ردّ الهدايا حال العدول عن الخطبة.

و المذهب الوحيد الذي صرّح بأن هدايا الخطبة لها حكم الهبة هو المذهب الحنفي، و حكم الهبة عندهم أن الواهب له حق الرجوع فيها مالم يوجد مانع من موانع الرجوع في الهبة[2]، وموانع الرجوع في الهبة عندهم هي **سبعة** : التعويض عن الهبة ، الزيادة المتصلة ،موت أحد المتعاقدين ، خروج الهبة عن ملك الموهوب له ، وجود المحرمية بين الواهب و الموهوب له ، هبة أحد الزوجين للآخر ، هلاك الهبة أو إستهلاكها.

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص40 .

2- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي، فيصل بلحاج، المرجع السابق، ص34و36 .

والمالكية لهم في المسألة قولان ، **القول الأول** : يرى بعدم الرجوع في هدايا الخطبة مطلقا بغض النظر عن الطرف العادل مالم يوجد شرط أوعرف ، وهذا هو المعتمد في المذهب.

أمّا **القول الثاني** : فيميز بحسب من وقع منه العدول فإذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد شيئا مما أهداها، ولوكان موجودا في يدها ،حتى لايجتمع عليها ألمان أو ضرران،ألم الإعراض عنها وألم إسترداد الهدايا .

وإذاكان العدول من المخطوبة،فللخاطب إسترداد ما أهداه إياها، فإن كان قائما استرده بعينه،وإن كان هالكا أومستهلكا رجع عليها بمثله أوقيمته،مالم يكن شرط أوعرف ،فيتبع لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

ويرى الشافعية أن للخاطب حق الرجوع في الهدية سواء كان الرجوع من الخاطب أم من المخطوبة أم منهما معاً،سواء أكانت الهدية باقية أو هالكة بشرط أن تكون الهدية مقَدمة لأجل التزوج بها أوبه.

ويرى الحنابلة أنه لايجوز الرجوع في الهبة انطلاقا من أن الوعد لارجوع فيه،لأنهم يعتبرونها هبة والهبة عندهم لارجوع فيها إلا إذا كانت قبل القبض[1].

ب ـ في قانون الأسرة الجزائري : نظمت الفقرة الرابعة و الخامسة من المادة الخامسة المعدلة بموجب الأمر رقم05-02 لسنة 2005 حكم الهدايا المقدمة فكانت كالتالي:**" لايسترد الخاطب شيئا مما**

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص41.

أهداها إن كان العدول منه وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أوقيمته،وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من هدايا أو قيمته ".

من خلال نص المادة نستشف أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية في بداية الفقرة ففرّق بين أمرين إن كان العدول من الخاطب أم من المخطوبة، أمّا نهاية الفقرة فكانت مخالفة لرأي المالكية في الموضوع حينما لايقع الرد في حالة الإستهلاك ،وهذا الرأي هو للأحناف حيث يعد من موانع الرجـوع في الهبة

ومن المستحسن لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه وذالك لكونه يحمّل الطرف العادل عن الخطبة المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة ورد ماأخذه من هدايا حتّى وإن أستهلكت.

كما أن النص لم يتحدث ولم يشر إلى مسائل أخرى صار النزاع فيها كثير وهي:

- لم يتحدث عن المتسبب في العدول
- لم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة[1]
- لم يتحدث عن الوفاة التي تصيب أحد الطرفين
- لم يتحدث عن حالة فسخ الخطوبة بالإتفاق بين الطرفين بسبب الإختلاف في وجهات النظر

زيادة على ذلك فإن بقاء النص على حاله يفتح باب التحايل من طرف المخطوبة،ولذلك نرى أنه لابد من إعادة النظر في فقرات المادة فتكون عامة شاملة تتضمن الحالات السابقة الذكر فتكون

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص42 .

صياغتها كالآتي:" **لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه ، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة .**

– يسترد كل طرف هداياه في حالة العدول بالإتفاق بينهما ، أوقيمتها في حالة التعذر ، مالم يقضي الإتفاق بينهما على خلاف ذلك .

– إذا تسبب أحد الطرفين بخطئه في العدول لايسترد هداياه ولو كان العدول من الطرف الآخر.

– لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين ". [1]

أما في مدونة الأسرة المغربية ، فقد أخذت على مايبدو برأي المالكية في الموضوع غير أنه أغفل تنظيم حالة العدول باتفاق الطرفين ،وكذا حالة الوفاة،حيث نص في المادة الثامنة على مايلي:" **لكلٍ من الخاطب و المخطوبة أن يسترد ماقدمه من هدايا،مالم يكن العدول عن الخطبة من قِبله.**

ترد الهدايا بعينها ، أو بقيمتها حسب الأحوال "[2].

ثالثاً: حكم الصداق المقدم للمخطوبة : قد يبادر الخاطب بتقديم الصداق كله أوجزء منه أثناء فترة الخطوبة لتأكيد نيته وجديته في عقدالزواج ، ولكن قد يحدث وأن يطرأ مايحول دون إتمام عقد الزواج

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 44-45 .

2- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادرفي12من ذي الحجة(3فيفري2004)بتنفيذ القانون رقم 70.03بمثابة مدونة الأسرة.

من خلال عدول أحدهما أوباتفاقهما[1] فيحدث تنازع في مصير الصداق المقدم للمخطوبة خاصة إذاحوّل الصداق إلى جهاز.

بالنسبةإلى المهر أو الصداق المقدم إلى المخطوبة خلال فترة قيام الخطبة فإن قانون الاسرة الجزائري لم يتعرض له صراحة و لاضمنا من خلال القانون 84-11 لسنة 1984 ولم يستدرك الأمر عند تعديل هذا القانون سنة 2005[2] على خلاف التشريعات العربية التي تداركت الأمر من بينها مدونة الأسرة المغربية التي تضمنت حكما جديدا ، حيث نصت المادة التاسعة على مايلي[3]:"**إذا قدّم الخاطب الصداق أو جزءا منه ، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثنائها ، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما ، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه.**

إذالم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حوّل إلى جهاز ، تحمل المتسبب في العدول ماقد ينتج ذالك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه "[4].

أما قانون الأسرة الجزائري كم ذكرنا سابقا أنه لم يتطرق لمسألة الصداق المقدم في فترة الخطوبة في حال العدول عنها ، ولعلّ سبب ذلك راجع إلى إتفاق المذاهب الأربعة في إسترداده سواء كان قائما أو هالكا ، لأن الصداق من آثار العقد ،وحيث لاوجود له فلا وجود للمهر، ومع ذالك فإنّه كان

1- التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ، مسعود هلالي ، رسالة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون ،كلية الشريعة والاقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية ،قسنطينة ، 2014 ، ص 250 .

2- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص20 .

3- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص49 .

4- ظهير شريف رقم 1.04.22صادر في 12 من ذي الحجة(3فيفري2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03بمثابة مدونة الأسرة.

ينبغي على المشرع أن يفصل في الأمر ويوضح ذلك وأن يسير على ما سارت عليه أغلب التشريعات العربية و ضرورة النص على هذه المسألة لما فيها من أهمية و كثرة للنزاعات.

وعليه فإنه وبعد دراستنا وتحلينا للمادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري 84-11 لسنة 1984المعدل والمتمم بالأمر 05-02 لسنة 2005 ، والاقتراحات المقدمة لتقويم هذه المادة صياغة ومضمونا ،فتكون على النحو التالي:" **الخطبة تمهيد للزواج ،يجوز للطرفين العدول عن الخطبة إذا وجد المبرّر لذلك .**

إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض ،لايسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه،وإن كان العدول من الطرف الآخرفعليه ردّ الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أومستهلكة ، يسترد كلّ طرف هداياه في حالة العدول بالإتفاق بينهما، أوقيمتها في حالة التعذر، مالم يقضي الإتفاق بينهما على خلاف ذلك إذاتسبب أحد الطرفين بخطئه في العدول لايسترد هداياه ولوكان العدول من الطرف الآخر.لا إسترداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين "[1].

الفرع الثاني: اقتران الخطبة بالفاتحة: الفاتحة كماهو متعارف عليها في مجتمعنا المسلم هي قراءة سورة الفاتحة بعد أن تكون الخطبة قد تمت وبعد أن يكون الطرفين قد اتفقا على جميع الشروط وتوفر ركنالزواج،والفاتحة ليست من أركان الزواج أو شروطه وإنما هي من باب التبرك والدعاء.

1- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي ، فيصل بلحاج ، المرجع السابق ، ص 47 .

أولا: تعريف الفاتحة

الفاتحة عبارة عن مجلس أواجتماع يحضره عادة ولي الزوجة و الزوج، أومن يمثلهما شرعا وقانونا أو يحضرها جمع من الناس من أقارب وأصدقاء الخطيبين أو من أعيان المنطقة ، ويقع فيه إبرام عقد زواج شفهي،بعد تعريف الخاطب و المخطوبة ، وتحديد الصداق ، وينتهي بقراءة سورة الفاتحة متبوعة بالدعاء للعروسين بالسعادة والهناء والفاتحة بهذا المعنى تكون عبارة عن ابرام عقد زواج[1] شفهي وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية ،يعبر فيها المتعاقدان عن ركن الرضا وحضور ولي كل منها والشهود وتحديد الصداق ، وتجتمع فيها العلانية والاشهار .

ثانيا : الطبيعة القانونية للفاتحة

1- في قانون الاسرة الجزائري رقم 84-11 :لم يجزم قانون الاسرة الجزائري قبل التعديل في تكييف مسألة اقتران الخطبة بالفاتحة، فقد كانت نصوصه متناقضة مع بعضعها ، حيث نص في المادة 6 على أنه " **يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محدودة ، تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في الماد 5 أعلاه**".

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل الخطبة المقترنة بالفاتحة مثل الخطبة، أي أنّها وعد، ويجوز العدول عنه في أيّ وقت و لا تلزم أيطرف من أطرافها، غير أن الحكم الذي كان يتبناه

1- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، عبد العزيز سعد ، المرجع السابق ، ص15-16 .

المشرع في هذا الصدد لايتماشى مع العادات والتقاليد، فما هو موجود في المجتمع الجزائري أن قراءة الفاتحة تكيف على أساس أنها زواج وذلك نظرا لإشتمالها على جميع أركان وشروط عقد الزواج.

2- بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأم 05-02 : نصت المادة السادسة من قانون الأسرة المعدل و المتمم على مايلي :" **إن إقتران الخطبة بالفاتحة لا يعدّ زواجا.**

غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون"[1].

لم يحدد النص القانوني المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة، أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج ؟ وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة .

فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة، فإنها لا تؤثر في الحقيقة لا على الخطبة ولا على العقد. وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء. فالناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد، ولكن عدم قراءتها لا يغير شيئا في الموضوع.

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

1- قانون الأسرة الجزائري المعدل .

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت. فأحيانا تعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة ، وأحيانا تؤول على أنها عقد زواج[1].

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/03/17 ملف رقم 81129 ، ومما جاء فيه مايلي : (..حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الإستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة ، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة ، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس القانون ، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة ، وإنما هي من باب التبرك والدعاء ، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين..)[2].

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

ومتى تبين- في قضية الحال – أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد ، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة ، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالإمتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع نفسه ، ص50-51 .
2- المجلة القضائية للمحكمة العليا ، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 31 .

تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفع الدعوة و القضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضوا قد طبقوا صحيح القانون . ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).

ومن خلال هذين القرارين لاحظنا اقتران الخطبة بالفاتحة ، غير أنه في القضية الأولى اعتبرت قراءة الفاتحة مجرد خطبة، في حين في القضية الثانية لما توفرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا[1].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1995/04/04 ، ومما جاء في حيثيات القرار ما يلي : (... حيث أن المادة 06 من قانون الأسرة من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة ، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون ، و هي التي تعتبر وعدا بالزواج . أما في حالة اقـتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها ، فهـي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة...)[2].

ويبدو واضحا من خلال هذه القرارات الخلط الكبير مابين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة .

وحسب رأينا فإن حسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة

1- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع نفسه ، ص 52 .
2- المجلة القضائية للمحكمة العليا ،عدد خاص لسنة 2001 ، ص31 و ما بعدها .

، وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد ، وهنا لا بد من حذفها من النص .

أما إذا كان المقصود منها – عندما تقترن مع الخطبة – هو عقد الزواج على معنى المادة 09 فهنا لا بد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجه إلى الخطبة أم اتجه إلى الخطبة والعقد معا ؟.

فإذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة حتى و إن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج . لأنه في العديد من مناسبات الخطبة يتم التحدث فيها عن كل الشروط اللازمة للعقد ، كتحديد المهر مثلا . بل قد يتم دفع المهر بصورة مسبقة و أثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج ، ومع ذلك فلم تخرج المسألة حسب رأينا عن مجرد الخطبة .

غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة و العقد معا ، فهنا يعتبر زواجا صحيحا . و عليه نقترح تعديل نص المادة السادسة على النحو التالي :

- **يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محددة .**
- **و في حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة التاسعة والتاسعة مكرر أدناه .**

و هذه الصياغة المقترحة تخرجنا من الغموض الذي يسود النص ، وتصبح الأمور واضحة بين ما يعد خطبة ، وبالتالي تسري عليه أحكام الخطبة ، وما يعد زواجا تسري عليه أحكام الزواج[1] ،أمّا القانون المغربي و على ما يبدو قد فسر الفاتحة على أنها ليست عقدا في المادة الخامسة . حيث اعتبرت الخطبة" **تواعد رجل و امرأة على الزواج** ، وأضافت عبارة "...**ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما**

1- بن شويخ رشيد ، المرجع نفسه ، ص 53 .

جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا"[1]. واضح من النص المقصود من الفاتحة بأنها قراءة سورة الفاتحة و ليست عقدا .

المبحث الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج

استحدث التعديل الجديد 05-02 لسنة 2005 نصا جديدا لم يكن موجودا في القانون القديم 84-11 لسنة 1984، وذلك من خلال نص المادة السابعة مكرر على مايلي" **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج يتعين على الموثق أوضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية و من علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، و يؤشر بذلك في عقد الزواج تحدد شروط و كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم**"ما يلاحظ أن نص المادة قد أوجب على كلّ متزوج و متزوجة تقديم و بشكل مسبق شهادة طبية لا تزيد عن ثلاثة أشهر لضابط الحالة المدنية ، هذا الأخير الذي يجب عليه تبصير الطرفين بكل مرض أو عامل قد يشكل خطرا على الزواج ،وليس هذا فحسب بل عليه أن يؤشر ذلك في عقد الزواج[2] .

وباعتبار الفحص الطبي قبل الزواج نازلة من النوازل المستحدثة والمستجدة في الشريعة الاسلامية وكذا في التشريعات الوضعية خاصة منها التشريعات العربية .

1- مدونة الأسرة المغربية ، ص 11 .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 119 .

لذلك سنحاول في هذا المبحث التعريف بالفحص الطبي قبل الزواج وإبراز أهميته ومشمولاته ثم التطرق إلى فكرة الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي ثم في التقنين الجزائري .

المطلب الأول : مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج

الفرع الأول : تعريف الفحص الطبي

لغة : يتكون مصطلح الفحص الطبي من كلمتين " الفحص " و " الطبي " .

الفحص : مصدره و معناه الكشف والبسط و الحفر و البحث عن الشيئ ، يقال فحص عن الشيئ وتفحص و افتحص أي استقصى في البحث عنه ، وفحصت عن فلان و فحصت عن أمره لأعلم كنه حاله .

و فحص الطبيب المريض : جسه ليعرف مابه من علّة .

الطب : من طب فلان طبا أي مهر وحذق ، وطب به : ترق و تلطف، وطب المريض : داواه و عالجه و أصل الطب الحذق بالأشياء و المهارة بها ، والطبيب : الحاذق من الرجال و الماهر بعلمه ، و الطب هو علاج الجسم و النفس.[1]

اصطلاحا : هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة و الوصول إلى تشخيص المرض و وصف العلاج المناسب ، سواء أكان العلاج بالأدوية أم بالجراحة، ويكون بمعاينة علامات

1 – راجع لسان العرب ، (564/4) ، المعجم الوسيط

المرض و أعراضه و الدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض و جسمه ، وقد تكون هذه العلامات ظاهرة وقد تكون خفية.[1]

هذا هو المعنى العام للفحص الطبي ، أي في اصطلاح الطب ، أما الفحص الطبي قبل الزواج فقد وردت عدت تعريفات فقهية حول الفحص الطبي قبل الزواج نذكر منها على سبيل المثال لا على الحصر.

الفحص الطبي قبل الزواج : هو عبارة عن مجموعة من الفحوصات المخبرية أو السريرية تجرى لكل من الذكر والأنثى المقبلين على الزواج ، ويتم اجرائها قبل عقد القران لإكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج ، وحتى لمعرفة مدى إمكانية الإنجاب من عدمه ، بحيث يكون كلا الخاطبين عالما بما هو مقبل عليه و مقتنعا به تماما [2] .

ويعرف أيضا بأنه : هو الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة و الوصول إلى تشخيص المرض ، ويتضمن الكشف معاينة علامات المرض أو أعراضه ، وغالبا ما يستكمل الفحص الطبي ببعض الفحوصات المخبرية أو الصور الإشعاعية أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص .[3]

1- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي ، فيصل بلحاج ، المرجع السابق ، ص54.

2- التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري هلالي مسعود ، المرجع السابق ، ص 328.

3- الفحص الطبي قبل الزواج ، بقة سيلية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،2015 /2016.

الفرع الثاني : أهداف و أهمية الفحص الطبي قبل الزواج

تكمن أهمية الفحص الطبي قبل الزواج في الحد من الأمراض الوراثية الشائعة في المجتمع و بالتالي يعرف المخطوبان أنهما يحملان الجين المؤدي للمرض و من ثمة هناك احتمال لإصابة بعض الذرية على الأقل بهذا المرض ، وتفادي خطر الامراض الوراثية التي تؤدي إلى تشوه الأجنة و أمراض الدم المختلفة من باب إعلام الزوجين ضمانا لاستمرار العلاقة الزوجية ، كما يمكن الفحص الطبي قبل الزواج من التأكد من سلامة الخاطبين من الأمراض الجنسية التناسلية السارية والمعدية وتحديد قابليتهما للإنجاب من عدمه [1] ، وعليه يمكن يمكن استخلاص الفوائد التالية :

1 – التعرف على الحالة الصحية العامة لكل من المقبلين على الزواج ومعرفة قدرتهما على الإنجاب الصحيح.

2 – العمل على وقاية المقبلين على الزواج و وقاية ذريتهما من انتقال الأمراض المعدية والوراثية.

3 – حماية الحياة الزوجية بتفادي أسباب الفرقة منها المشاكل الصحية.

4 – يساهم في تخفيف أعباء المؤسسات الصحية و التقليل من القضايا المطروحة أمام القضاء .

1– أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، دارهومة للطباعة و النشروالتوزيع ،الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2015 م ، ص 211 – 220 .

الفرع الثالث : مشتملات الفحص الطبي

يشتمل الفحص الطبي الذي يتعرض له الخاطبان مجموعة من التحاليل و الكشوفات السريرية و المخبرية ، و كذا الاستشارات الطبية التي تهدف إلى ضمان علاقة أسرية سليمة بالمعنى الصحي والطبي ، و يمكن تقسيم مختلف هذه الفحوصات إلى فحوصات أساسية – إلزامية – وفحوصات إختيارية – غير إلزامية .

أولا : الفحوصات الأساسية – الإلزامية – : نذكر منها :

1 – الفحص العام والإختبار البدني

2 – صور الأشعة للصدر

3 – الفحص الكهربائي لخضاب الدم

4 – فحص نقص المناعة المكتسب HIV

5 – تحليل السائل المنوي

6 – فحص فيروس الكبد HBS

7 – فحص الكشف عن الزهري

8 – فحص السكري [1]

9 – تحليل زمرة الدم الريزوسية .

1 – التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع ، مسعود هلالي ،المرجع السابق ،ص 330– 333 .

ثانيا : الفحوصات الطبية الإختيارية – غير الإلزامية – : هي تلك الفحوصات التي تقل أهمية عن الفحوصات الأساسية ، نذكر منها :

1 – وظائف الكلية

2 – التخلف العقلي الطفيلي

3 – وظائف الكبد

4 – فحص إنزيمات الدم

5 – فحص سكر الدم بالصوم

6 – نسبة الهرمونات الجنسية

7 – فحص الهيموفيليا

8 – التصوير بالأشعة

9 – فحص غشاء البكارة [1] .

المطلب الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول : الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي .

1- التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع، مسعود هلالي ، المرجع السابق ، ص 334- 335.

لم يكن الفحص الطبي معروفا في زمن النبي صلّى الله عليه وسلم، إذ الطبّ لم يكن على ماهو عليه اليوم من التقدم و الإزدهار هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لم يكن هناك داعٍ لهذا الفحص الذي من أهدافه الرئيسية الكشف عن عيوب الزوجين إن وجدت [1] ، إلاّ أنّ الفقهاء عند جميع المذاهب عُرِف عندهم مايسمّى بالعيوب "**الموجبة للخيار**" و هي حق للزوجين في التعرف على العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج لكي لا يكون عقد الزواج مبني على الغرر ، فإن كان في أحد الزوجين حين عقد الزواج واحد من العيوب كان للآخر الخيار في البقاء معه أو الفراق فإن كان قبول كل زوج للآخر و هو عالم بعيبه ،لم يُطرح بعد ذلك أي إشكال و لاسيما بعد ظهور أمراض العصر الخطيرة التي يتعذر علاجها والتحكم فيها ، و أخطر العيوب الموجبة للخيار في زماننا هذا هي مرض فقدان المناعة لكي لايغفل عنه الأطباء حين الفحص [2].

وقد اتفق العلماء المعاصرون على مشروعية الكشف الطبي قبل الزواج واختلفوا في مدى إلزاميته على قولين بين مجيز و مانع .

القول الأول : يتجه أصحاب هذا الرأي إلى إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج ، خاصة إذا كان ولي الأمر قد أصدر تشريعا أو قانونا يلزم الناس بالفحص الطبي، وممن قال بهذا الرأي : الشيخ محمد أبو الزهرة ، و الأستاذ عبد الرحمان الصابوني ، الدكتور حمداتي ماء العينين ، الأستاذ الدكتور الزحيلي وغيرهم، إذ أن الفحص الطبي قبل الزواج لن يكون له مفعول بقدر الذي يكون فيه ملزما ،لأن

1- التعديلات الاخيرة في قانون الاسرة ،فيصل بلحاج ، المرجع السابق ، ص 55.

2- نبيل صقر ، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة – الجزائر ، ص 56 .

الإنسان بطبعه يهرب من واجباته رغم أنها تصب في مصلحته وبالتالي مصلحة المجتمع ، وعلى هذا الأساس فمن الضروري إلزام الناس بهذا الفحص الطبي بغض النظر عن طبيعة الأسباب المستند عليها في ذلك لأن المسألة ذات أبعاد كثيرة سواء أكانت شرعية أو قانونية أو طبية أو مادية أو نفسية[1].

وقد استدل القائلون بوجوب الفحص الطبي قبل الزواج بما يلي :

أ – من القرءآن الكريم : قوله تعالى"﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ** ﴾ " [2] .

و قوله تعالى : " ﴿ **وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** ﴾ "[3] .

و قوله تعالى : " ﴿**الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**﴾ "[4] .

و قوله تعالى : "﴿ **وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا**﴾"[5].

ب – من السنّة :

1- أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية،دراسة فقهية قانونية ، منال محمد رمضان العشي، رسالة إستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن ،كلية الشريعة والقانون – فلسطين ، 2008 م .

2- سورة النساء ، الآية 59 .

3- سورة البقرة ، الآية 195 .

4- سورة الكهف ، الآية 46 .

5- سورة الفرقان ، الآية 74 .

❖ حديث أبي هريرة–رضي الله عنه–أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " لايورَدَنَّ مُمرِضٌ على مصحٍّ " .

❖ عن عائشة –رضي الله عنها–قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "تخيّروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم "[1]. ومعنى "تخيّروا لنطفكم"أي أطلبوا لها ماهو خير للنكاح وأزكاها وأبعدها من الخبث والفجور

❖ عن معقل بن يسار –رضي الله عنه– قال:"جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني أصبت امرأة ذات جمال وحسَب وإنها لا تلد ، أفأتزوجها؟ قال :"**لا**"،ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة فقال :"تزوّجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأمم "[2].

❖ قاعدة : " درء المفسدة أولى من جلب المصلحة ".

❖ قاعدة : "ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب "[3].

❖ قاعدة : " لا ضرر و لا ضرار ".

❖ قاعدة :" ماكان وجوده شرطا كان عدمه مانعا ".

❖ قاعدة :" الدفع أولى من الرفع ".

وجه الإستدلال من هذه الأدلة : أن الفحص الطبي قبل الزواج أمَر به ولي الأمر وطاعته في ذلك واجب لما فيه من مصلحة عامة للفرد والمجتمع ، وأنّ الحفاظ على النفس و النسل من المقاصد التي

1– سنن ابن ماجه ،كتاب النكاح ، باب الكفاء ، ح 1968 ، ص 341.
2– سنن أبي داود ،كتاب النكاح ، باب النهي عن تزوج من لم يلد من النساء ، ح 2050 ، ص 355 .
3– الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص179 و238 .

جاءت الشريعة للحفاظ عليهما ، فالأمراض المعدية و الوراثية التي تنتقل بفعل الإتصال الجنسي بين الزوجين يجب تجنبها عن طريق الكشوف الطبية السابقة للزواج

القول الثاني : يتجه أصحاب هذا القول إلى عدم جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج لِما في ذلك من كشف لأسرار كل من الخاطبين إذا تبيّن إصابة أحدهما بمرض أو عجز، و تنفير للشباب المقبل على الزواج بإجبارهم على الفحص الطبي قبل الزواج وتدخلٍ في الشؤون الشخصية للأفراد ،إضافة إلى العديد من السلبيات والإشكالات التي يطرحها موضوع الفحص الطبي قبل الزواج.

ومن بين أصحاب هذا القول نذكر : الشيخ عبد العزيز ابن باز رحمه الله، الشيخ يوسف القرضاوي ، د. محمد رأفت عثمان ، حسام عفانة ، د. محمد عبد الغفار الشريف، واستدلوا في قولهم بـ :

أ– عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم: يقول الله عز و جل :" أنا عند ظن عبدي بي "[1].

وجه الدلالة في هذا الحديث ، أن الفحص الطبي قبل الزواج ينطوي على عدم الثقة في الله تعالى

ب – عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم :"إذا خطب إليكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه ، إلاتفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عظيم "[2].

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الدين والخلق و لم يذكر الصحة

1- صحيح مسلم ،الجزءالتاسع ،كتاب الذكر والدعاء ،باب الحديث عن ذكر الله تعالى ،رقم الحديث 2675، ص3 .

2- الجامع الصحيح سنن الترمذي ،كتاب النكاح ،باب إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ، رقم الحديث 1084 ،ص256

ج – : قال الرسول صلى الله عليه وسلم :" إنما الطاعة في المعروف "[1].

وجه الدلالة : إلزام الناس بالفحص الطبي قبل الزواج فيه مفاسد أعظم من المصالح المرجوة منه ، وعليه فإنه ليس لولي الأمر إصدار قانون يلزم الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج ، ويحق للرعية عدم الإمتثال لهذا الأمر .

القول الراجـــح :

الأصل أنه لايجوز لولي الأمر أن يصدر قاونا يلزم به الناس بإجرا الفحص الطبي قبل الزواج في الأحوال العادية التي لا يكون فيها الزواج سببا لإنتشار الأمراض الوراثية .

الإستثناء أنه يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج إذا كان الزواج من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتشار الأمراض و الأوبئة المعدية المنتقلة عبر الزواج ، و ذلك بهدف وقاية أفراد المجتمع من خطر هذه الأمراض .[2]

الفرع الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري

سنتطرق في هذا الفرع إلى الفحص الطبي قبل الزواج قبل التعديل و بعده من خلال أحكام المادة (07) مكرر المستحدثة بالأمر 02/05 المؤرخ في27 فيفري 2005 من قانون الأسرة الجزائري،

1- صحيح البخاري ،كتاب الأحكام ، باب السمع والطاعة للامام ، رقم الحديث 7145، ص1427.

2- التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، مسعود هلالي ، المرجع السابق ،ص 344.

وكذا المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المؤرخ في 11ماي 2006 الذي يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم .

أولا : الفحص الطبي قبل التعديل

أغفل المشرع الجزائري عن ذكر الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل ولكنه اكتفى بالاشارة إليه في قانون الصحة لسنة 1976م من خلال المادة 115 من الأمر79/76 و التي تنص على مايلي : " تحدد بموجب مرسوم كيفيات الفحص الطبي السابق للزواج و ذلك لأجل حماية صحة العائلة "[1] ، و هذا يعتبر نقصا تشريعيا في حد ذاته ، نتج عنه عدّة إشكالات أثّرت على سلامة العلاقة الزوجية و على المجتمع خاصّة منها الأمراض المعدية و عدم القدرة الجنسية.

ثانيا : الفحص الطبي بعد التعديل

تدارك المشرع الجزائري النقص الذي كان واقعا فيه في القانون 84/11 الصادر سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري من خلال التعديل الجديدلسنة 2005 م ، وكذا إلغاءه للمادة 115 من الأمر 79/76 المتضمن قانون الصحة لسنة 1976 ، فنص في المادة السابعة مكرر على أحكام الفحص الطبي قبل الزواج ، أتبعها بمرسوم تنفيذي رقم154/06 المؤرخ في 11ماي 2006 يحدد كيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالامر02/05 . وفقاً لهذا التعديل الجديد فقد نصت المادة 07 مكرر على مايلي : " يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة

1- الجريدة الرسمية رقم :101 ، العدد : 19 ، الصادرة بتاريخ 15 ديسمبر1976م .

طبية لايزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية ، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤشر بذلك في عقد الزواج .

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "[1].

نستشف من نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم طالبي الزواج باستحضار شهادة طبية لايزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، يتم تقديمها أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية

وفي نفس السِياق تضمنت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06 المتضمن شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر مايلي :" يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيدها تاريخها عن (03) ثلاث أشهر ،تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم هذه الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم " .

1- قانون الأسرة الجزائري المعدل ، ص07 .

ونصت المادة 03 على أنّه : " لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه إلا بناءا على نتائج :

- فحص عيادي شامل .
- تحليل فصيلة الدم (ABO + Rhésus)".

من خلال دراسة المادة 07 مكرر يتبين لنا أنهالم تحدد لنا الأمراض التي تشكل خطرا على الحياة الزواجية والتي يجب على الطبيب أن يجري لها الفحوصات للتأكد من خلو الخطيبين منها ، بل اكتفى المشرع الجزائري بذكر الأمراض الوراثية والمعدية بصفة مطلقة وعامة ، فضلا عن وجود مجموعة من التناقضات تتمثل في : تناقض المادة 7مكرر مع المادة 06 الفقرة 02، والمادة 18 و المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدّل كيف لا ونجد المشرع مازال يعترف بالزواج العرفي الذي يتم دون الشهادة الطبية المذكورة [1] ، أمّا ما جاء في المادة 07 الفقرة 02من المرسوم 156/06 فقد هدم كلّ ماجاء في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدّل ، في قولها "لايجوز للموثق أوضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين " .

فماهي فائدة إلزام الخاطبين بإجراء الفحوصات، وإلزام الموثق أوضابط الحالة المدنية بعدم تحرير العقد حتّى تقدم له الشهادة الطبية ، ثمّ في الأخير نعطي الحرية التّامة للخاطبين في القبول أو الرفض[2] ، بمعنى أنّه إذا ثبت إصابة أحد الطرفين أو كلاهما بمرض ،واتجهت إرادتهما إلى إبرام عقد الزواج فليس

1- أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، الطبعة الثانية ، دارهومة ، ط 2015م ، ص 231 .
2- التعديلات المتعلقة بقانون الاسرة الجزائري ،فيصل بلحاج ، المرجع السابق ، ص 82.

للموثق أوضابط الحالة المدنية منعهما،فالنص لم يضع حكماً يفيد امتناع الموثق عن ابرام عقد الزواج ، وهذا مؤداه أن علم الوج الآخر وعدم اعتراضه يعني الموافقة على المرض أو العامل ويعني أيضا إتمام الزواج و لا يملك الموثق أن يعترض على الزواج أو يمتنع عن إبرام عقده.[1]

مايعاب على المشرع أنّه على الرغم من تنظيمه لأحكام الفحص الطبي قبل الزواج بمرسوم تنظيمي لاحق للمادة 07 مكرر إلاّ أنه أغفل عن مسائل مهمّة من جهة وكان غامضاً من جهة أخرى فضلا عن النصوص المتضاربة والمتناقضة فيما بينها في المرسوم التنظيمي 154/06 و مع ماجاء في نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري ، ولتفادي ذلك يُقترح إعادة صياغة نص المادة 07 مكرر على النحو التالي :" **يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لايزيد تاريخها عن ثلاثة (03) أشهر إذا وجد المقتضى لذلك،كأن تكون عائلتهما لها تاريخ وراثي في الأمراض المعدية المستعصية ، أوتكون المنطقة التي يقطنانها منتشر فيها أحد الأمراض، حتى تثبت خلوهما منها .**

فإن زال المقتضى، فاللخاطبين الحرية في فعله أوتركه ، وإن اشترطه أحدهم على الآخر قبل العقد فللطرف الثاني القبول أو الرفض " .[2]

1- شرح قانون الأسرة الجزائري ، أحمد نصر الجندي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة النشر 2009 م ، ص 35 .
2- فيصل بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 83 .

الفصل الثانى

التعديلات المتعلقة بإنعقاد الزواج و آثاره

- المبحث الأول : التعديلات المتعلقة بركن الزواج و شروطه
- المبحث الثاني : التعديلات المتعلقة بآثار الزواج

المبحث الأول

التعديلات المتعلقة بركن الزواج وشروطه

الزواج عهدٌ و ميثاق ميّزه الإسلام عن سائر العقود فقد جعله القرءان الكريم ميثاقا غليضاً بقوله تعالى "﴿ **وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غليضا** ﴾"[1] ، و مِمّا لعقد الزواج من خطورة وأهمية، عنى الشارع به عناية خاصة لا توجد في غيره من العقود و التصرفات فأحاطه برعايته في جميع أدواره ، فإذا انعقد الزواج صحيحا بتحقق ركنه و شروطه الشرعية ترتب عليه آثاره في الحال بمجرد تمامه .

1- الآية 20-21 من سورة النساء .

المطلب الأول : ركن الزواج

الركن في اصطلاح علماء الأصول هو ما يتوقف الشيء على وجوده ،وكان جزءا من حقيقته[1] ، ويُعرّف أيضا بأنه مايلزم من عده العدم ومن وجوده الوجود ، وهو مايدخل في ماهية الشيء ،وقد اختلف الفقهاء في أركان الزواج منهم من ذهب إلى أن أركان الزواج هي الزوجين(العاقدان) والصيغة(الإيجاب والقبول) والصداق و الولي ،وشروطه هي الإشهاد ،و هو ماذهب إليه أغلب الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ،أما الحنفية فقالوا أن للزواج ركن وحيد هو الرضا وهي الصيغة التي يتم بها العقد متمثلة في الإيجاب والقبول الصادر من طرفي العقد ،وماعداها فهي شروط للعقد . و هو ماأخذ به التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري 05-02 لسنة 2005 وفقا للمواد 04 و09 و 09 مكرر و 1/33 [2].

الفرع الأول : ركن الرضا

اكتفى قانون الأسرة الجزائري بالإشارة إلى أن الزواج ينعقد بالرضا (المادة 09المعدلة) ،أي بتبادل الإيجاب والقبول (المادة10)،على عكس ماكان قبل التعديل الذي حدد الأركان وجعلها أربعة في المادة التاسعة قبل التعديل حيث نصت على أنه " **يتم الزواج برضا الزوجين ،وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق** ".

أولا : تعريف ركن الرضا في الزواج

لم يعرف قانون الأسرة الجزائري ركن الرضا فأشار فقط في المادة العاشرة منه إلى مكونات الرضا و هي

1- الزواج في الفقه الاسلامي ، محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص76 .

2- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2017 ، ص113 .

"الايجاب والقبول" ، وترك أمر تعريفه إلى الفقه .

وقد عرفه الفقه بأنه توافق إرادة الطرفين في الإرتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على إنشاء الإرتباط وإيجاده،وأنه ماصدر من الأول يعتبر إيجابا وما صدر من الثاني يعتبر قبولا ، ويعرف أيضا بأنه الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين الذين يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق المراد من صدورهما .

الإيجاب: هو مايصدر أولاً من أحد المتعاقدين ، للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج،وهذا الإيجاب له شروط هي :

أن يكون باتاً بمعنى أن يكون نهائيا وصريحا

أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يقترن به فيما بعد القبول

القبول : هو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول، وينبغي أن تتوفر فيه مايلي :

أن يكون باتاً بمعنى أن يكون نهائيا وصريحا

أن يأتي متطابقا مع الإيجاب حتى ينعقد العقد [1]

ثانياً : صيغة الرضا

نصت المادة 10من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02لسنة2005 على "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا " مايلاحظ على نص المادة أنها لم تحدد الألفاظ التي من خلالها يتم التعبير عن الايجاب والقبول ولم يحدد اللغة والصيغة التي يتم بها التعبير عن ارادة طرفي العقد،ولكن بالرجوع لنص المادة222 من قانون الاسرة

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص57.

الجزائري التي تحيلنا لمبادئ الشريعة الاسلامية فإن الزواج ينعقد بالالفاظ التي تؤدي إليه باللغة التي يفهمها كل من المتعاقدين، متى كان التعبير الصادر عنهما دالا على إرادة الزواج، دون لبس أو إبهام وفي ذلك قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا بأي لغة ولفظ وفعل كان، ومثله كل عقد"، وقال أيضا رحمه الله في مسألة لغة التعبير عن الإرادة قال "إنه أي النكاح وان كان قربة، فإنما هو كالعتق والصدقة، لا يتعين له لفظ عربي ولا عجمي "[1]

كما نصت المادة 10 فقرة 2 على :"ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل مايفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " ،نلاحظ أن المشرع إقتصر في هذه الفقرة على النص على حالة الشخص العاجز عن الكلام ،و ذكر الألفاظ وطرق التعبير عن النكاح على سبيل المثال لا على سبيل الحصر ، ولهذا اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا كان العاقدين أو أحدهمايعجز عن التعبير وكان يحسن الكتابة فإنه يعبر عن إرادته بواسطة هذه الأخيرة لأنها أقوى من الإشارة ،أما المذهب الحنفي فانقسم إلى اتجاهين ،الأول ذهب إلى ماذهب إليه جمهور الفقهاء بتقديم الكتابة عن الاشارة ،أما الاتجاه الثاني فيرى أنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى ولو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة،وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 10 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري المعدل[2].

أمّا مدونة الأسرة المغربية فنصت في المادة 10 على أنه " **ينعقد الزواج بايجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر،بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا .**

ويصح الايجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب ،وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين "[3] .

1- سيد سابق ،فقه السنة ،دار الكتاب العربي ،المجلد الثاني ، الطبعة السابقة ،ص 98 .

2- ر كن الرضا في الزواج ، 23 ماي 2018 على الساعة 15:30 ، http://www.tribunaldz.com

3- القانون 102/15 الرامي لى تعديل المادة 16 من القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية ،ص 11و12 .

ولم ينص المشرع الجزائري على زواج الغائب والتعبير عن رضاه في هذه الحالة عن طريق المراسلة أو أن يرسل من ينوب عنه ،وهذا مايجعلنا نلجأ للمادة 222من قانون الأسرة الجزائري ، وفي هذا الصدد أجازالفقهاء الزواج عن طريق الرسول أوالمراسلة المكتوبةواتفقوا على أنه إذا كان أحد طرفي العقد غائبا وأراد أن يعقد الزواج فعليه أن يرسل رسولا أو يكتب كتابا إلى الطرف الاخر يطلب الزواج وعلى الطرف الاخر – إذا كان له رغبة في القبول – أن يحضر الشهود ويسمعهم عبارة الكتاب[1] أو رسالة الرسول، ويشهدهم في المجلس على أنه قبل الزواج ويعتبر القبول مقيدا بالمجلس . والحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود الارادة وليس هذا فحسب ،بل يستلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون هذه الإرادةجدّية واعية، معتبرة وخالية من أي عيب يؤثر فيها وهذا مالم يتعرض له قانون الاسرةالجزائري بالتفصيل ،ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة82والمواد من86إلى 88 فإن العيوب التي تشوب الارادة في عقد الزواج هي الإكراه والغلط ،والتدليس بدرجة أقل .

من خلال التعديل نستنتج أن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن وحيد وهو الرضا ،لكن هل وفّق المشرع الجزائري في ذلك ؟ وذلك لما جاء في نص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري بقولها أنّ **"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين "**

ما يلاحظ على النص في جانبه الشكلي ونقصد هنا صياغته،فبالنظر إلى المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في معرض بيانه وتحديده لأركان عقد الزواج ،والمتمثل في مصطلح **"الرضا"** يلحظ بأنه مصطلح غير صحيح في الدلالة على المقصود ،أي الركنية ،ذلك أن الرضا في حقيقته أمر معنوي خفي لايمكن الإطلاع عليه لذا كان لابد من آلية تؤدي إلى إظهاره وتجليته بما يحقق هذا المقصد ، وهي التي أطلق عليها الفقهاء الإيجاب والقبول ،أو الصيغة[2]

1- فقه السنة ،سيد سابق ، المرجع السابق ، ص 98 .

2- التجديد في مسائل الاحوال الشخصية ، هلالي مسعود ، المرجع السابق ،ص264 .

وعليه وبناءا على ماتقدم فإنه يدر بالمشرع إعادة النظر في صياغة المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الصادر سنة2005 كالآتي :"**ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول** " أو بالصياغة التالية " **ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر** "

الفرع الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج

يرى جمهور فقهاء المسلمين أنه إذا تخلف ركن الرضا في عقد الزواج يجعله باطلا ومنعدما ولم يرتبوا عليه آثار ،وإذا تم الدخول وجب التفريق بين الزوجين[1] .

أما المشرع الجزائري فقد نص على مسألة تخلف ركن الرضافي المادة 33 من قانون الأسرة المعدل بقوله " **يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا** "

مايلاحظ على نص المادة أنه أعاد إستعمال مصطلح "**الرضا**"و قد تبين في السابق قصور استعماله في المادة 09 من قانون الأسرة المعدل، إضافة إلى أنه لم يوفق في مصطلح " **اختل**" فهذا الأخير يحتمل وجود عيب في شرط من الشروط التي ينبغي توافرها في الركن[2] ، أو تخلف شرط من شروط الصحة ، و لتفادي هذا الغموض ،نقترح صياغة نص المادة 33 كالآتي :" **يبطل الزواج إذا تخلف ركنه** "

1- أركان وشروط عقد الزواج وأثر تخلفهما،بلعواج زبير ،مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني لقضاء ،مجلس قضاء المدية د2004 ، ص 12 .

2- هلالي مسعود ، المرجع السابق ، ص 265 .

المطلب الثاني : شروط الزواج

الشرط عند الأصوليين هو ما يتوقف عليه الشيء الذي جُعل شرطا له ،ولم يكن جزءا من حقيقته[1] و هو مايلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود و لاعدم لذاته،كالطهارة بالنسبة للصلاة ،فإن وجود الطهارة لا يلزم منه وجود الصلاة ولا عدمها ،لأن المتطهر قد يصلي وقد لايصلي ،بخلاف عدم الطهارة فإنه يلزم منه عدم الصلاة .

ولكي يتم إبرام عقد الزواج من الناحية القانونية استلزم القانون جملة من الشروط نص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 05-02 الصادر سنة 2005 وهي كالآتي :"**يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:**

أهلية الزواج ، الصداق ، الولي شاهدان ، انعدام الموانع الشرعية "

الفرع الأول : الأهلية

لم يحدد الفقهاء القدامى بصفة قاطعة سن البلوغ الذي تتم به أهلية الفتى والفتاةللزواج،وقالوا بأن مرحلة البلوغ هي تلك الفترة الزمنية التي بعد مرحلتي الطفولة والتمييز ،وهي تظهر طبيعيا بعلامات توجد في الفتى كالإحتلام ،وفي الفتاة كالحيض[2] ،ورغم هذا فقد قدر جمهور الفقهاء سن البلوغ

1- الزواج في الفقه الاسلامي ، محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ، ص71 .

2- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص115 .

ب15سنة للذكور والاناث ،في حي ذهب المذهب المالكي إلى تحديده بـ18سنة للذكر والأنثى، وقال الحنفية 18سنة للذكر و17سنة للأنثى .

وعلى هذا فالصغير دون سن التمييز لا ينعقد زواجه قولا واحداً ،وتستوجب أهلية الزواج إضافة للبلوغ ،العقل الذي هو مناط التكليف ،فزواج المجنون والمعتوه يقع باطلا لفقدان القوى العقلية التي تجعل الشخص فاقدا للادراك والتمييز حكما[1] ،غيرأنه إذا كان زواج المجنون أو المعتوه فيه مصلحة له في علاجه كان زواجهما صحيحاويتولاه وليهما ،على أن يتم العقد بإذن من القاضي .

وذهب المالكية إلى أن المجنون سواء أكان أصليا أو طارئا لاخيار له بعد الافاقة ،وان تزويجه يكون نهائيا منذ انشائه في حان قال الحنفية بثبوت الخيار للمجنون بعد إفاقته ،وذلك لقيام الزواج على التراضي والاختيارالحر للمتعاقدين .

أمّا مانُص عليه في قانون الاسرة الجزائري في المادة السابعة من هذا الاخير بأن أهلية الزواج للمرأة والرجل ببلوغ 19 سنة كاملة وهو سن الرشد المدني ،بعد أن كانت قبل التعديل 21سنة للرجل و18سنة للمرأة[2]،وبهذا النص يكون المشرع يكون وقع في عدة إشكالات نذكر منها أنه بتحديد هذا السن قد فتح بااب واسعا للزواج العرفي ،قد يلجأ البعض إلى تزوير شهادات الميلاد ليثبت بلوغه السن القانونية ،إضافة إلى غموض نص المادة فالنص لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن للقاضي أن يرخص به ،كما أن الملاحظ من الجنة أنها ساوت بين الرجل والمرأة في سن إكتمال الأهلية ،بعكس

1- وقال بعض الفقه بأنه فاسد غير صحيح ،لأن الجنون والعته من عيوب الارادة ،ولو تعلق الأمر بالزواج .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ،ص 60 .

ما كان عليه قبل التعديل ،مع أن الأصل والغالب أن تبلغ قبل الرجل ،فكان من اللائق أن يجعل اكتمال سن أهلية المرأة قبل الرجل ،وربما كان هذا لانتهاج المشرع المساواة بين الرجل ةالمرأة في سن الزواج، وعليه كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن لا يحدد سن أهلية الزواج وتكون العبرة بالأمارات والعلامات لا بالسن ،وإذا افعل ذلك فكان أولى أن لا يساوي بين الجنسين في أهلية الزواج، ولذا فإنا نقترح صياغة المادة على النحو التالي :

" تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج ببلوغهما الذي يُعرف بإحدى العلامات الدَّالة عليه ولأوليائهما تزويجهما قبل ذلك إذا رأوا المصلحة في إنكاحهم ".

الفرع الثاني :الصداق

الصداق هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لأمرأته بالعقد عليها (المادة 09مكرر و15 قانون الأسرة) ،أو الدخول بها (16 و2/33قانون الاسرة الجزائري) ،كمركز لرغبته في الاقتران بها في حياة دائمة وشريفة ،ملؤها الاطمئنان والسعادة ،وللصداق أسماء وردت في القرءآن الكريم منها: الفريضة ، الأجر[1] ،النحلة[2] ،قوله تعالى "﴿ **وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً**﴾ "[3]، وقوله تعالى "﴿ **فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾"[4].

1- الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، بلحاج العربي ،المرجع السابق ، ص203 .

2- النِحلة بمعنى العطية أو الفريضة الواجبة بدون مقابل .

3- سورة النساء ،الآية 04 .

4- سورة النساء ،الآية 24 .

أمّا المشرع الجزائري فقد عرّفه بأنه :"الصداق هو مايدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ماهو مباح شرعا ،وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "[1] .

وكما أشرنا في السابق فالصداق عند الحنفية لايعتبر ركنا من أركان عقد الزواج ويعتبرون العقد صحيحا حتى لو اشترط نفي الصداق لأنه يمكن اللجوء إلى صداق المثل ،أما المالكية فيعتبرونه ركنا من أركان العقد ويفرقون بين ما إذا اشترط نفي الصداق أو ترك تسميته ،ففي الحالة الأولى يعتبرون العقد غير صحيح لمخالفته مقتضى العقد ،وفي الحالة الثانية يعتبرونه صحيحا ويمكن اللجوء لصداق المثل .[2]

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الصداق من المادة 14 إلى المادة17 منه، من خلال هذه المواد السابقة الذكر نلحظ أن المشرع الجزائري تغاضى عن بعض المسائل ولم يكن صريحا فيها، نذكر منها :نص في المادة 1/15 من قانون الأسرة الجزائري على "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أم مؤجلا " فكان من باب أولى أن يوجب تعجيل الصداق كله أو بعضه _على الأقل _ بدل أن يطالب بتحديد الصداق سواء كان معجلا أو مؤجلا ،فالتعجيل على مافيه من مصالح ، يشمل التحديد .[3]

1- قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 ، ص07 .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 73-74 .

3- التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي ، فيصل بلحاج ، المرجع السابق ،ص 169 .

وقد نص في المادة 16 "... وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول "، ما يلاحظ على النص القانوني أنه استعمل لفظ " الطلاق " بصيغة العموم فلم يحدد بدقة من تسبب في الطلاق ومن هو الشخص الذي طلق ، الزوج أم الزوجة أم باتفاقهما ،وبنفس النهج سار المشرع المغربي حيث نص في المادة 2/32 على أن " تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء "[1]

وعلى هذا الأساس ومن باب سد الثغرات الواردة في قانون الاسرة الجزائري نقترح إضافة فقة إلى نص المادة16 محتواها كالآتي " **وتستحق نصفه عند الطلاق إن طلقها زوجها قبل البناء بها إختيارًا** " وهو ماذهب إليه الفقه المالكي باشتراطهم أن يكون الطلاق قبل الدخول قد تم باختيار من الزوج ،فإن لم يكن باختيار منه ،فإنها لاتستحق في هذه الحالة أي شيئ .

وأغفل قانون الأسرة الجزائري ذكر المفوضة التي طُلقت قبل الدخول وهذه لها المتعة بنص القرءآن، بدلليل قوله تعالى "﴿ **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى المحسنين** ﴾"[2]،و المفوضة ً التي مات عنها زوجها قبل الدخول[3] .

1- مدونة الأسرة المغربية ،ص 16

2- سورة البقرة ، الآية 236 .

3- ذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد والظاهرية أن لها مهر المثل ،وخالفهم الإمام مالك ،فقال أنه لايجب لها المهر وهو أحد قولي الشافعي ،واتفقوا على أن لها الميراث وعليها العدة .

الفرع الثالث : الولي

الولاية شرعا هي حق منحه الشارع لبعض الناس يكتسب به صاحبه تنفيذ قوله على غيره، رضي ذلك الغير أم لم يرضى ،وسببه أحد أمرين ،أولهما عجز الذي يُنفذ القول عليه ،وثانيهما قصور أهليته عن التصرف بنفسه[1] .

والولاية ثلاثة أنواع :ولاية على النفس وحدها ،ولاية على المال وحده ،ولاية على النفس والمال جميعا

والولاية على النفس نوعان :ولاية إجبار ،وولاية ندب واستحباب

والولاية على النفس هي مجال دراستنا باعتبارها سلطة إنشاء عقد الزواج وتثبت للأب والجد وسائر الأولياء من العصبات حسب ترتيبهم في الميراث .

وقد استدل الفقهاء على الولاية بقوله تعالى "﴿ **فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا** أَوْ **ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ** ﴾ "[2] ،هذا بالنسبة للرجل ،أما بالنسبة للمرأة ،قوله تعالى"﴿ **وَ أَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ** ﴾ "[3] وقوله " ﴿**وَ لَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا** ۚ﴾ "[4]، والخطاب هنا موجه للأولياء فكان دليلا على أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ،ولاأن تزوج غيرها ،وإنما الذي يزوجها هو وليها ،ووليها هو أبوها .

1- عثمان التكروري ،شرح قانون الأحوال الشخصية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،طبعة 2007 ، ص 72 .
2- سورة البقرة ، الآية 281 .
3- سورة النور ، الآية 32 .
4- سورة البقرة ، الآية 219 .

ومن السنة النبوية مارواه أبو داوود في سننه عن أبي موسى ،أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "**لا نكاح إلاّ بولي** "[1].،وروى ابن ماجه عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"**لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل** "[2] .

وقد اتفق الفقهاء على أن الولاية **القاصرة**[3] تثبت للرجل العاقل البالغ ،فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها ،كا زواجه هذا صحيحا ،وأما المرأة العاقلة البالغة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة كثير من العلماء أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ولا أن تزوج غيرها وإنما الذي يزوجها هو وليها .

ويذهب الحنفية إلى ثبوت هذا الحق لها ،فللمرأة العاقلة البالغة أن تتولى عقد زواجها بنفسها ،متى كان الزوج كفئا ،كما لها أن تزوج غيرها [4].

وسبب الاختلاف هاهنا،أنه لم تأت آية ولاسنة ظاهرة في إشتراط الولاية في عقد الزواج أو يبيح للمرأة أن تتولى العقد بنفسها ،وإن كانت الإباحة هي الأصل كما يقول بعض المالكية ،فالمنع هو الذي يحتاج إلى دليل لا الإباحة ،و الأرآء الإجتهادية الفقهية تأثرت بمبادئ قانونية ومنطقية ،كما تأثرت بواقع الحياة الإجتماعية التي كانت سائدة .[5]

1- رواه أبو داوود ،ج2 ،ص229 .
2- رواه ابن ماجه ،ج1 ، ص605 .
3- الولاية القاصرة هي سلطة تزويج الانسان نفسه دون توقف على رضا أحد ،والولاية المتعدية هي سلطة تزويج الانسان لغيره .
4- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص63-64 .
5- الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص251 .

والرأي الراجح الذي نراه يتماشى مع النصوص الواردة طبيعة المجتمع ،من أنه لابد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها ،بكرا كانت أو ثيبا ،لأن الزواج لا يربط بين زوجين فحسب ،بل يبرط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة .

أما المشرع الجزائري فقد نص على أحكام الولاية في المادتين 11و13 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتتم بالأمر 05-02 الصادر سنة 2005 ، هذا التعديل الذي ألغى المادة 12 التي كانت تمنع المرأة من أن تنفرد برأييها ،وأن من يتولى زواجها هو وليها ، صحيح أن اللجنة وفّقت في ذلك بإلغاء العضل المحرم لما فيه من اضرار للفتاة وسلب لإرادتها باستثناء العضل الجائز إذا كان في ذالك المنع مصلحة للبنت ، وإلغاء اللجنة لهذه المادة يعني إلغاء لدور الولي هذا الأخير الذي اشترطته المادة09 مكرر، وعدّل المادة 11 التي كانت تنص على "**يتولى زواج المرأة وليها ،وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له** " وعدّلت كالآتي "**تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره** ..."واضح من خلال نص المادة أن التعديل الجديد اشترط فقط حضور الولي وجعله معيار إختيار بعد أن كان معيار إجبار، وهناك من يقول أن المشرع أخذ برأي الحنفية ،ولكنه في حقيقة الأمر لم يؤخذ به ،ومع ذلك إذا سلمنا وأنها أخذت به كان من الأجدر ومن باب سد الذرائع أن يؤخذ قانون الأسرة برأي جمهور الفقهاء – المالكية والشافعية والحنابلة – [1] الذي يرى بأنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن أبوها هو من يزوجها

1- فيصل بلحاج ، المرجع نفسه ، ص377 .

خاصة وأن المذهب المعتمد في بلادنا هو المذهب المالكي ،وهو ما سارت عليه أعرافنا وتقاليدنا وثقافتنا الدينية .

وعليه فإننا نرى أنّ قانون الأسرة الجزائري قد ألغى دور الولي تأثرا بما أملته عليه الاتفاقيات الأجنبية واقتداءا بالتشريعات الغربية ،في حين نرى أنه من الضروري أن يعود المشرع الى اتباع مذهبه ويفرض الوليّ في عقد الزواج حتى نتفادى الكثير من الإشكالات ،فالمرأة مردُّها دائما إلى بيت أهلها،فما بالها لو حصل الطلاق أو توفي عنها زوجها فمن يكون معيلها ومسندا لها؟

لذلك نقترح أن تبقى المادة 11 كما كانت قبل التعديل: **"يتولى زواج المرأةوليها ،وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لاولي له "** [1]

وكذلك المادة 12: **"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 لمادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"**[2].

بالنسبة للمادة 13 فنقترح أن تكون كالآتي : **"لا يجوز للولي أبا كان أم غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج،إلاّ القاصر فيجوز للأب وحده تزويجها إذا رأى لها مصلحة في ذلك"**[3]

1- قانون رقم84-11 المؤرخ في 9رمضان 1404هـ ،الموافق لـ 09يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري ، ص 07

2- المرجع نفسه ،ص 07 .

3- الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، فيصل بلحاج ، المرجع نفسه ، ص 387 .

الفرع الرابع : الإشهاد على الزواج

دعا الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الإشهاد على الزواج فقال صلى الله عليه وسلم "لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل "[1] وقوله صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا ببينة "[2] ،وقوله عليه الصلاة والسلام " أعلنوا النكاح واضربو عليه بالدف "[3]

فالشهادة والإعلان على الزواج ترفع الشبهات والشكوك ،ومقالة السوء في العلاقة بين الرجل والمرأة وتدفع عنه كل مظنة قد تدنسه وتسيء إليه .

وكما ذكرنا سابقا أن قانون الأسرة الجزائري إعتبر الإشهاد من شروط الزواج من خلال المادة09مكرر منه ،وهو رأي الحنفية والشافعية،أما المالكية فلايشترطون الاشهاد لصحة الزواج ولكنهم يستحبونه عند العقد ، وإنما يشترطون الإعلان عنه ،ومايلحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه لم يشر إلى شروط الشهود،ومسألة شهادة المرأة هذه الخيرة التي اختلف فيها الفقه ،فقال المالكية والشافعية والحنابلة عدم صحة شهادة رجل وامرأتين فهم يشترطون الذكورة فقط ،أما الحنفية فذهبو إلى أنه يجوز في النكاح شهادة رجلين أو رجل وامرأتين،ولم يشر أيضا إلى مسألة العدالة في الإشهاد ،في حي أن المحكمة العليا سارت على اشتراط العدالة والذكورة في الاشهاد [4].

1- أخرجه أحمد و الدار قطني وابن حبان عن ابن عباس .

2- رواه الترمذي

3- رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه

4- الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري ، فيصل بلحاج ،المرجع السابق ، ص 174 .

أضف إلى ذلك ما تضمنته المادة 33 من قانون الحالة المدنية بخصوص سن الشاهدين وهو19 سنة بعد أن كانت تشترط بلوغ 21 سنة .

فنصت كالآتي : " **يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية، ان يكونوا بالغي سن 19 سنة على الاقل، سواء كانوا من الاقارب او غيرهم، دون تمييز فيما يخص الجنس ويتم اختيارهم من قبل الاشخاص المعنيين** "[1]

والذي نرى أنه كان من الأفضل أن يذكر هذا الشرط أو يشير إليه في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الخامس : انعدام الموانع الشرعية .

من شروط انعقاد الزواج أن تكون المعقود عليها محلا للعقد أي ألا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج ،وهذا لقوله تعالى " ﴿ **وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ** ﴾"[2] وقد حددت الشريعة الإسلامية أصناف النساء اللاتي يحرم الزواج بهن ،والمحرمات من النساء الأحكام لااختلاف فيها باختلاف الزمان والمكان لأنها من الأمور الثابتة التي لاتقبل التغيير ولا التبديل ،وليس فيها مجال للاجتهاد لأنه في وجود نص .[3]

والمحرمات من النساء نوعان :محرمات بصورة مؤبدة لسبب القرابة أو المصاهرة أو الرضاع ،

1- الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 27فيفري 1970) والمعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09أوت2014 (الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014)

2- سورة النساء ، الآية 24 ,

3- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص84 .

ومحرمات بصورة مؤقتة ،وهذه الأحكام كما ذكرنا أنه لاختلاف فيها والنصوص الشرعية فيها واضحة وقد استمدت القوانين الوضعية العربية أحكامها من هذه النصوص الثابتة ،ومن بين هذه القوانين قانون الأسرة الجزائري الذي تضمن ــ موانع الزواج ــ ونظمها في فصل خاص هو الفصل الثاني من الباب الأول ــ الزواج ــ أما المسائل التي لم ينص عليها صراحة في موانع الزواج ،يمكن اللجوء إلى المادة 222[1] التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية

الشروط الشكلية :إضافة إلى الشروط الموضوعية لانعقاد الزواج المحددة في المادة 09 و09 مكرر من قانون الأسرة فرض القانون شروط شكلية لإبرام عقد الزواج والتي تضفي على عقد الزواج طابع الرسمية ،وتتمثل في تسجيل عقد الزواج أمام الجهات المختصة التي حددها قانون الأسرة الجزائري في المادة 18وهي جهتين رسميتين ،الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى ابرام العقود الرسمية بشكل عام بالاضافة إلى ضابط الحالة المدنية هذا الأخير الذي يخضع عند إجرائه تسجيل عقود الزواج للأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية المؤرخ في 27 فيفري 1970 والمعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09أوت2014 ،من المادة 71 إلى المادة 77 منه ،وفي حالة عدم إثباته بمستخرج من سجل الحالة المدنية فإنه يثبت بحكم قضائي[2] ، وهناك جهة ثالثة في اعتقادنا يبرم أمامه عقد الزواج الشرعي ،وهي مايعبر عنها الزواج بالفاتحة ، ثم بعد ذلك يوثق أمام الجهات الرسمية وهو مايسمى بازدواجية عقد الزواج ،وقد يحدث وأن تطول المدة بين الانعقاد والتسجيل فتثور بذلك عدة

1- المادة 222 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 "**كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** " ، ص37 .

2- المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر05-02 لسنة2005 ،ص08 .

اشكالات كان من الممكن أن يتفاداها في التعديل الجديد 05-02 بأن يوحد عقد الزواج أمام جهة واحدة ومؤهلة شرعا وقانونا للقضاء على هذه الإزدواجية وتحقيق مصلحة الأسرة ،كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري الذي كلف شخص يدعى المأذون هو من يقوم بتوثيق وتسجيل عقود الزواج في سجلات خاصة .

المبحث الثاني

التعديلات المتعلقة بآثار الزواج

إذا استوفى عقد الزواج ركنه وشروطه الموضوعية و الإجرائية المنصوص عليها في قانون الأسرة ،انعقد العقد وترتبت على هذا العقد بمجرد انعقاده مجموعة من الآثار ،ويُقصد بها النتائج الشرعية والقانونية المترتبة عنه والملزمة لطرفي العقد .

وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري تتمثل في:

الحقوق الزوجية ،نظمها في المادتين 36 و37 تحت عنوان "حقوق وواجبات الزوجين " .

وكذا نفقة الزوجة والأولاد من المادة 74 إلى غاية المادة 80،والتي تدخل في محتوى الحقوق الزوجية .

إثبات النسب والمنظم في المواد من 40 إلى غاية 46 .

المطلب الأول : الحقوق الزوجية

نص قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل (القانون رقم 84-11) على حقوق وواجبات الزوج وميزها عن حقوق وواجبات الزوجة في المواد 38 و39.

وتم إلغاء هذا التقسيم بمقتضى التعديل 05-02 وذلك بإلغاء المادتين 37 التي كانت تتضمن حقوق الزوجة ،و المادة 38 التي كانت تتضمن واجبات الزوجة اتجاه زوجها.

وكذا تعديل للمادة 36 بإضافة مجموعة من الحقوق المشتركة،وتعديل المادة 37 التي كانت تتضمن نفقة الزوج على زوجته ،والعدل في حالة التعدد .

وتم التركيز في التعديل على الحقوق والواجبات المشتركة المنصوص عليها في المادة 36 ،أمّا مايختص به كل طرف فلم يعد منصوصا عليه ،سوى مانجده منصوصا عليه في مواد قانونية أخرى ،أو العودة إلى أحكام الفقه الإسلامي في غياب نص قانوني تأسيسا على مانصت عليه المادة 222 .

إلاّ أنه رغم هذا التعديل الذي ألغى بعض الحقوق التي تفرض نفسها شرعا وقانونا[1] فإنها تبقى محفوضة ويُستدل بها عند الحاجة ،وهو ماسارت عليه المحكمة العليا في بعض القرارات الصادرة عنها،

وعليه كان ينبغي على اللجنة حين تعديلها للمواد ألاّ تلغي هذه المواد ،وأن لا تكتفي بالحقوق المشتركة فقط ،لهذا سنتناول في هذا المطلب الحقوق والواجبات الزوجية وفق التقسيم الفقهي ،والذي كان على قانون الأسرة الجزائري أن يتناوله صراحة في نصوصه القانونية .

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ،بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، 144 .

الفرع الأول : الواجبات الزوجية المشتركة

إن الواجبات الزوجية واجبت كثيرة ومتنوعة ،وقد يصعب حصرها ولكن قانون الأسرة قبل التعديل ذكرها ونص في المادة 36 منه على أنه :

" يجب على الزوجين :

1- المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة .

2- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد وحسن تربيتهم

3- المحافظة على روابط القرابة و التعامل مع الوالدين و الأقربين بالحسنى و المعروف" .

مايُلحظ على نص المادة مقارنة مع نص المادة الجديد المعدل بالأمر05-02 أنه أضاف بعض الحقوق المشتركة ،مكرسةً مبدأ المحافظة على الأسرة وتقسيم المسؤولية على طرفي العلاقة الزوجية .

الفرع الثاني :حقوق الزوج على زوجته

الملاحظ لآثار عقد الزواج قبل التعديل في مسألة حقوق الزوج والتي نُص عليها في المادة 39 أنها جاءت بماهو مقرر في الشريعة الإسلامية ،ومادمت كذلك فهي من الثوابت التي لا تتغير كأصل عام[1] وبناءا على ذلك فإننا سنتناول هذه الأثار ،والتي نرى من وجهة نظرنا أن اللجنة قد أخطأت بإلغاءها.

1- الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة- ،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ،سعادي لعلى ،جامعة الجزائر1 السنة الجامعية 2015/2014 ،ص 184 .

هذه الحقوق هي :

1- طاعة الزوج بصفته رئيس العائلة

2- ارضاع الأولاد عند الإستطاعة وتربيتهم

3- احترام والدي الزوج وأقاربه

اضافة إلى بعض الحقوق أقرتها الشريعة الإسلامية كحق للزوج وواجب على الزوجة ،نذكر منها :

1- حق القوامة

2- يجب على الزوجة القرار في مسكن الزوجية ولا تخرج منه بغير إذن زوجها

3- حق تأديب الزوجة

4- متابعة الزوجة زوجها في الحل والترحال عند تنقلاته بحكم المسكن أو العمل من أجل الكسب الحلال . : لم يُنص على هذا الحق في قانون الأسرة ،غير أن المحكمة العليا في إحدى قراراتها أقرت من واجبات الزوجة نحو زوجها :متابعته والإلتحاق به أينما طاب عيشه [1].

5- القيام بشؤون البيت ورعايته .

الفرع الثالث :حقوق الزوجة على زوجها .

تعرض قانون الأسرة قبل التعديل إلى حقوق الزوجة على زوجها في المادتين 37و 38 و هي النفقة، العدل في حالة التعدد ، زيارة أهلها و استضافتهم ، حرية التصرف في مالها .[2] و هذه الحقوق

1- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 309575 ، بتاريخ 2004/03/24 .

2- بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص144 .

مستمدة أساسا من أحكام الشرع الإسلامي ،أما في التعديل الجديد فقد اختفت هذه المسائل المذكورة .

1- حق النفقة الشرعية حسب وسعه إلاّ إذا ثبت نشوزها :بالرغم من إلغاء اللجنة لهذا الحق من الفصل المتعلق بالحقوق والواجبات الزوجية ،إلا أنه نص عليه في مواد قانونية أخرى(من المادة 74إلى غاية المادة80) ، وسنلقي الضوء في هذه المسألة على بعض النقاط التي لم ينص عليها قانون الأسرةصراحة أوسهى عنها ،محاولة منا لتقويم ما يجب تقويمه .

لم ينص قانون الأسرة لا في السابق ولا في التعديل الجديد على مسألة غياب الزوج أو فقدانه أو إصابته بعجز ،ولم ينفق على الزوجة في تلك الفترة خاصة إذا كانت له أموال في يد الزوجة أوكانت في يد الغير،فكان ينبغي على المشرع ألاّ يغفل على هذه المسائل ويجد حلولا لها ،من باب تحقيق الحماية القانوني للأسرة .

ويبدوا أن قانون الأسرة الجزائري مولع بالطلاق ،فقد لجأ في الحالة السابقة إلى حل بأن أعطى للزوجة الحق في طلب التطليق لغياب الزوج أو لفقدانه حسب نص المادة 112[1] .

وهذا ما يدعو للغرابة في القانون الجزائري ،فكان من الأجدر أن نقدم النفقة والرعاية المادية على الطلاق ،لأن الطلاق سيضر بها أكثر هي وأولادها [2].

1- تنص المادة 112 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "للزوجة المفقود أو الغائب زوجها أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون " ، ص 20 .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 148 .

وهذا ما يلاحظ على قانون الاحوال الشخصية المصري في مادته01 و04 و05 ،فقد اجتهد في وضع كل الترتيبات الضرورية لحصول المرأة على النفقة بكافة الطرق في المقام الأول ،فإن استحال ذلك ولم يتيسر فهنا جاز للقاضي أن يطلق حينما يكون الطلاق هو السبيل الوحيد بعد استنفاذ جميع الطرق ،عكس قانون الاسرة الجزائري الذي اتجه مباشرة ألى الطلاق دون البحث في موضوع الحصول على النفقة .

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 79 على ضرور مراعاة القاضي في تقديره للنفقة لحال الطرفين،ولاتراجع النفقة إلابعد مرور عام من تقديرها .

وفي تقديرنا أن مدة السنة قد تضر بالزوجة و أولادها ،لذا نرى أنه كان من المفروض أن تقلص هذه المدة إلى أقل من ذلك .

نصت المادة 37 من قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل على أن نشوز الزوجة من أسباب مسقطات النفقة ،وهذا الحكم مستمد من الفقه الإسلامي ،لكن بعد التعديل ألغيت المادة المذكورة وتركت فراغا تشريعيا ،فنجد النشوز المنصوص عليه في المادة 55 والتي تقضي بالطلاق في حالة النشوز ،وهذا مايؤكد ماذكرناه آنفاً بأن المشرع الجزائري مولع بالطلاق،فكل مسألة إلاّ وتجده يرتب عليها الطلاق[1].

وأغفل قانون الأسرة الجزائري عن مسألة المقاصة في دين النفقة ،خاصة وأنه أقر في التعديل الجديد باستقلالية الذمة المالية للزوجين ،وجواز تخصيص جزء من الأموال لإدارتها معا وبالنسب التي يتم الاتفاق عليها .

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ،المرجع السابق ، ص 153 و154و155 .

2- العدل بين الزوجات في حال التعدد : أجاز قانون الأسرة الجزائري الزواج بأكثر من واحدة في إطار الشريعة ،وقيد ذلك بمجموعة من الشروط منها توفر شروط نية العدل بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية ،كقدته على النفقة وتوفير المسكن وغير ذلك من الأمور المادية ،بتقديم الإثباتات اللازمة بذلك كسند الملكية أو عقد الايجار أوكشف الراتب ،ويصرح بأنه ينوي العدل في الجانب المعنوي .

لكن مايلحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه لم يحدد الطريقة والوسيلة التي يتم بها إثبات نية العدل،ونعتقد أنه من الأفضل أن يتم ذلك بإفراغها في قالب مكتوب ،باستحداث استمارة ترفق بالملف لدى الجهات المختصة يتعهد فيها بإقامة العدل[1] .

وللزوجة الحق في أن تشترط على زوجها عدم الزواج عليها أثناء زواجه بها ،حسب المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري .

3- عدم الإضرار بالزوجة : أجاز الشرع الحكيم وكذا القانون للزوجة أن تطلب التطليق للضرر ،والمقصود هنا بالضرر المادي أو المعنوي ،وحسننا فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر .

4- حرية التصرف في مالها

5- حق زيارة الزوجة لأهلها من المحارم ،واستضافتهم بالمعروف .

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص112.

المطلب الثاني : إثبات النسب

قال تعالى في محكم تنزيله"**وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** "[1]

يعتبر النسب من أهم النتائج المترتبة على الزواج والطلاق ،لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين هم ثمرة هذا الزواج .

وأمام هذه الأهمية الكبرى للنسب ،وسعيا للمحافظة على الأنساب والروابط الأسرية ،سعت الشريعة الإسلامية إلى سد جميع سبل اختلاط الأنساب بتحديدها تحديدا دقيقا وواضحا ،وهو ماسار عليه قانون الأسرة الجزائري في نصوصه ،من المادة 40 إلى 46

وقد عرّف النسب بأنه القرابة الناشئة من صلة الدم بالتناسل ،وعرّف أيضا بأنه إلحاق الولد بأيه قانونا ودينا ،فيثبت نسب الولد لأمه بمجرد ولادته دون توقف على شيء آخر ومن غير حاجة إلى إثبات،ويثبت نسب الولد لأبيه بأحد أمور ثلاثة : الفراش ، الإقرار ، البينة .[2]

أمّا قانون الأسرة الجزائري فلم يشر إلى تعريفه ،واكتفى بذكر طرق اثباته ونفيه، و ترك تعريفه للفقه.

وعليه إذا كان تعريف النسب لايثير أي إشكال ،فإن الحال غير ذلك في طرق إثباته ونفيه ،وهو ما سنعالجه في هذا المطلب.

1- سورة الفرقان ، الآية 54 .

2- مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء ، عبد الحميد الشواربي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ط 2000م ، ص 60

الفرع الأول :طرق إثبات النسب

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 40 المعدلة على أنه **"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة ،أوبكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد32و33و34 من هذا القانون .**

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

أولاً – الزواج :ثبوت النسب بالزواج يعبر عنه الفقهاء بثبوت النسب بالفراش ،أي مانتج عن الزواج الصحيح استنادا لقول النبي صلى الله عليه وسلم " **الولد للفراش وللعاهر الحجر"**[1]

وتجدر الإشارة أن النسب لايثبت قبل الزواج ونقصد هنا فترة الخطوبة ،لأنه كما رأينا سابقا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج غير ملزم،أو بالأصح تمهيد للزواج ،لاتبيح الاختلاط بين الخاطبين ،ولاتبيح التلاقي بينهما [2]،ويرى الأستاذ تشوار جيلالي أنه" من المقرر شرعا أن الإتصال الجنسي قبل العقد يعد زنا ،وأن إبن الزنا لا ينسب إل أبيه"،فمتى استوفى عقد الزواج ركنه وشروطه عدّ صحيحا وصالحا لاثبات النسب طبقا للمواد 09 و09 مكرر و23 وما بعدها.

ولكي يثبت النسب بالزواج اشترط قانون الأسرة شروطا في المادة 41 منه ،هي :

- أن يكون الزواج صحيحا

1- أخرجه البخاري في كتاب البيوع ،باب تفسير المشبهات ،حديث رقم 2053 .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص228 .

– أن يكون الإتصال ممكنا :ومعناه حدوث التلاقي بين الزوجين ،هناك من يقول أن ماجاءت به نص المادة 41 في هذه المسألة لايتماشى مع التطورات العلمية ،حيث أنه يمكن للمرأة أن تحمل دون اتصال جنسي ،وذلك عن طريق التلقيح الصطناعي .[1]

– أن لا ينفي الولد بالطرق المشروعة : مايعاب على قانون الأسرة الجزائري أنه لم يبين وسائل نفي النسب ،فهل هي مقتصرة على اللعان أم أن هناك وسائل أخرى إلى جانب اللعان ،أم أنه ترك ذلك للمحكمة ؟

– أن يولد بين أقل وأقصى مدة للحمل :أقل مدة للحمل بإجماع الفقهاء هي ستة أشهر لقوله تعالى ﴿**وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾[2] وقوله تعالى ﴿**وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾"[3] فالفارق بينهما هو 06أشهر وهو أقل مدة للحمل ،وهو مانص عليه قانون الاسرة في المادة 42

غيرأنه لم يبين متى يبدأ حساب هذه المدة منتاريخ العقد أم من تاريخ الدخول لاحتمال وجود فارق بينهما ،ونرى اعتماد تاريخ الدخول لأن العبرة هي بين الزوجين لأنه الطريق الوحيد للإنجاب إلا إذا تم بواسطة التلقيح الاصنطاعي ،وهو أسلوب حديث [4] أما أقصى مدة للحمل هي فهي محل خلاف بين الفقهاء بين من يعتبرها 09أشهر ومن يعتبرهاأكثر من سنة ،وقانون الأسرة الجزائري أخذ بمدة10

1– الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة ،تشوار جيلالي ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون –الجزائر– ،طبعة2001 .
2– سورة الأحقاف ، الآية 15 .
3– سورة لقمان ، الآية 14.
4– شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن الشويخ رشيد ،المرجع السابق ،ص231.

أشهر ، و نرى أن يمدد قانون الأسرة الجزائري في المدة ،أو يضيف فقرة أخرى تسمح بثبوت النسب إلى 12 شهرا لمتاعب صحية مصحوبا بتقرير الخبرة الطبية .

ثانيا – الإقرار : هو اعتراف شخص ما بنسب ولدٍ به ،وهو حجة قاصرة على المقر فلا تتعدى غيره إذا تعلق الأمر بالبنوة أو بالأبوة أو بالأمومة ولو في مرض الموت .ولا يسري على الغير إلا بتصديقه .

وقد نص قانون الأسرة على ثبوت النسب بالإقرار في المادتين 44و45 ،وهو نوعان إقرار بالنسب على نفس المقر ،وإقرار بالنسب على الغير ،وشروطه هي :

1- أن يتعلق الإقرار بولد مجهول النسب .

2- أن يكون الإقرارمما يصدقه العقل أو العادة .

وهناك شرط ثالث لم ينص عليه قانون الاسرة صراحة في المادتين 44و45 ،وهو وجوب أن يكون الطفل محل الإقرار ناتجا عن زواج شرعي صحيح [1]

ثالثاً – البينة : البينة عند فقهاء الشريعة الإسلامية هي شهادة الشهود،ونص عليها قانون الأسرة في المادة40 منه ،والمقصود بالبينة هنا كل حجة أو دليل يؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أوغيرهما من وسائل الاثبات القانونية والشرعية[2] .

1- إثبات النسب في القانون الجزائري ،شرقي نصيرة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ،جامعة أكلي محند اولحاج –البويرة، سنة 2012/ 2013 ،ص17 .

2- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد ،دارهومه للطباعة ،الجزائر ،الطبعة الثالثة ،سنة1996،ص217.

وعلى كل من يدعي ثبوت نسب الولد له عليه إقامة البينة ،وإقامة البينة تكون بكافة الطرق المؤدية إليها ،وكثيرا ما يتم اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات النسب ،خاصة وأن قانون الأسرة أضافها في التعديل الجديد 05-02 في المادة40 ،وعليه تجدر الإشارة إلى أنه إذا استطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب، ثبت شرعا وقانونا ،لأن البينة أقوى من الإقرار [1].

لهذا نرى أنه كان الأجدر باللجنة أن تقدم البينة على الإقرار في نص المادة 40 .

رابعاً – نكاح الشبهة :

نصت المادة 40 من قانون الأسرة على " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد : 32 و 33 و 34 من هذا القانون" ، و بهذا يكون قد أقر ثبوت النسب بنكاح الشبهة و بكل نكاح فاسد ، و هذا ما يعاب على هذه المادة ، إذ أن المعنى الظاهر فيها يدل على أن النكاح الشبهة شيء و النكاح الفاسد شيء آخر و هذا المعنى غير صحيح ، لأن النكاح الفاسد ما هو إلا نوع من أنواع النكاح بشبهة ، و من هنا يظهر جليا خلط القانون الجزائري في هذه المسألة ، إذ كان عليه أن يتكلم عن الوطء بشبهة بدلا من النكاح بشبهة مادام أنه أقر ثبوت النسب بالنكاح الفاسد في النص ذاته ، و عليه كان لابد من إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي : " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بالوطء بشبهة أو بالزواج الفاسد " .

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن الشويخ رشيد ، المرجع السابق ،ص236 .

خامسا :الطرق العلمية لإثبات النسب

استجاب قانون الأسرة للتطورات العلمية الحديثة وأدرج في تعديله الجديد 05-02 الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب ، في المادة 2/40 والتي نصت على مايلي :" **يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب** "

وأوّل مايُلحظ على نص المادة أنها أشارت للطرق للعلمية دون تحديد المقصود منها ، وأنها جائت بعبارة عامة ومطلقة دون قيد أو حصر ،وأن القاضي هو من له السلطة التقديرية في إحالة أطراف الخصومة لإجراء التحاليل اللازمة[1] .

وبهذا التعديل يكون القاضي قد قُذف في هوة عميقة يصعب الخروج منها كون مضمون الفقرة المضافة كانت مبهمة ويعتريها القصور ولم تشر للنقاط التالية التي أثارت عدة إشكالات:

كيفية اعتمادالطرق العلمية لإثبات النسب والمخابر المخصصة لذلك،وهل أطراف الخصومة ملزمون بإجراء الفحوصات اللازمة لذلك؟كون هذه الأخيرة تمس بحرية الأفراد وحرمة الجسد ،وهل تقتصر على الاثبات أم تتعداه للنفي؟ كما أنه لم يبين المقصود بالطرق العلمية هل هي قطعية أم ظنية ،فما يفهم من نص المادة أن التحاليل تتم بإشراف القاضي وتوجهه ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من الخصوم .[2]

1- إثبات النسب في القانون الجزائري ، شرقي نصيرة ، المرجع السابق ، ص39 .

2- الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة- ، سعاد بلعلى ، المرجع السابق ، ص 253 ,

وعليه فإن المشرع الجزائري وُفق في ادماج الطرق العلمية ضمن طرق اثبات النسب ،مسايرة منه للتطورات الحديثة وكثرة النزاعات الاسرية في مجال النسب،ولكن نقترح ضرورة تحديد هاته الوسائل العلمية لاثبات النسب ،والمخابر المخصصة لذلك ،وتحديد الطبيعة القانونية لها ،وذلك وفق نصوص تنظيمية لاحقة .

الفرع الثاني : حالات نفي النسب .

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحا وأمكن الاتصال بين الزوجين ،ومضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع ،وهي أقل وأقصى مدة للحمل ، فإنه يثبت نسب الولد للأبوين معا ،ولا يجوز نفي الولد إلا بالطرق المشروعة ، والطريق المشروع لنفي النسب في الشريعة الإسلامية هو اللعان ، أما قانون الاسرة الجزائري فلم يحدد الطرق المشروعة لنفي النسب وذلك من خلال ما تضمنته نص المادة 41 من التعديل 05-02 " **ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة** " ،إلاّ أنه باللجوء للمادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فإنه يمكن نفي النسب بطريق اللعان وباختلال شروط الفراش [1].

أولاً – اللعان : شرعاً هو شهادات مؤكدات بالأيمان ، مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة ،قائمة مقام حد القذف في حق الزوج ،ومقام حد الزنى في حق الزوجة [2] ، وهو مشروع

1- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 237 .

2- الفقه الميسر في ضوء الفقه و السنة ، ،سيد سابق ، ص 43 .

بالقرءان والسنة .

من القرءان الكريم ، قوله تعالى : "﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلّا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ولو لا فضل الله عليكم ورحمته و أن الله تواب حكيم﴾ "[1] .

ومن السنة النبوية الشريفة مارواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل وامرأته ، فانتفى من ولدها ، ففرق بينهما وألحق الولد بالمرأة .

وآثار اللّعان هي: التفريق بين المتلاعنين إلى الأبد ، نفي نسب الولد وإلحاقه لأمه ، سقوط الحد عن الزوج والزوجة .

وكما ذكرنا سابقا أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على اللعان كوسيلة من وسائل نفي النسب ،ولم يبين الاجراءات اللازمة لذلك .

ولكن القضاء الجزائري قد استقر على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب ،ومماجاء فيه (من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة و الاجتهاد من يوم العلم بالحمل أو رؤية الزنا ...)[2] .

1- سورة النور ، الآية 6 - 10 .

2- شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن شويخ رشيد ، المرجع السابق ، ص 242 .

ثانياً – نفي النسب عن طريق اختلال شروط الفراش .

أ – نفي النسب عن طريق انكار ولادة الولد : يجوز للزج أن ينكر ولادة زوجته لنفي نسب الولد إذا كان يجهل أنها حامل قبل ولادتها ، وإذاعجز الزوج عن إثبات ذلك فالقول قول المرأة لأن الأصل صحة النسب بصحة الولادة مادام عقد الزواج صحيحا وشروط النسب متوفرة ،ويجوز للزوجة إقام الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل أو بشهادة الشهود .

ب – نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب : وذلك بأن يثبت الزوج عقمه ، ويستحسن تقديم تقرير الخبرة الطبية .

ج – نفي النسب لعدم مرور المدة المحددة للحمل : للزوج نفي نسب الولد إذا جاءت به زوجته لأقل من ستة أشهر من تاريخ العقد أو لأكثر من 10 أشهر ، وقد ذكر قانون الأسرة الجزائري في مادته43 أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال10 أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"

ما يُلحظ على نص المادة أنها لم تبين المقصود بالإنفصال هل هو الطلاق أم الغياب ؟ وعليه نقترح على اللجنة إعادة النظر في صياغة المادة ،وتحديد معنى الإنفصال بحالة الغياب و الطلاق .[1]

د – نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين :إذا أثبت الزوج أنه لم يلتق ولم يدخل بزوجته منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول.

1 – شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل ، بن الشويخ رشيد ، المرجع نفسه ، ص 237-241 .

الخـــاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

شكّل صدور قانون الأسرة الجزائري 84-11 أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي ينظم ويحكم العلاقات الأسرية ، وجاء التعديل 05-02 لسد الثغرات النقائص الموجودة في نصوصه وهذا أمر طبيعي يحدث في كل القوانين التي تصدر لأول مرة ، وعلى الرغم من هذا التعديل إلاّ أن المشرع الجزائري لم يتدارك بعض الأمور وضلّ غامضاً فيها ، بل إنه خطى خطوة كبيرة في بعض المسائل الحساسة ، فقمت من خلال دراستي لموضوعي هذا تحليلا وتقويماً - بتوفيق من الله – إلى التوصل إلى بعض النتائج ، مع تقديم بعض التوصيات ، وهي :

أولاً – النتائج :

1- أن الباعث الدافع إلى التعديلات كان سياسيا ، من بينها انضمام الجزائر إلى اتفاقية سيداو .

2- التعديلات التي مست نصوص قانون الأسرة كانت شكلية أكثر منها موضوعية .

3- ميل المشرع الجزائري وولعه بالطلاق ،وذلك جلي من خلال نصوصه ، فتجده كل مشكلة إلاّ ويرتب عنها الطلاق .

4- إعتماد اللجنة في تعديلها على أسلوب التلفيق الفقهي ، فنجده في الحالة الواحدة إعتمد أكثر من مذهب .

5- اتجاه المشرع الجزائري إلى فكرة المساواة بين الرجل والمرأة .

6- إلغاء المشرع الجزائري لبعض الواد والأحكام المهمة مثل :المواد 12 و 20 و38 و39 .

7- تضمُن قانون الأسرة مجموعة من التناقضات ،كما هو الحال بالنسبة للمادتين 32 و 35 بشأن عقد الزواج .

8- إلغاء قانون الأسرة لدور الولي في تزويج الفتاة .

9- عدم ملائمة نصوص قانون الأسرة الجزائري لما هو ساري في المجتمع الجزائري .

ثانياً – الإقتراحات :

1- بما أن الصياغة التشريعية تتطلب سلامة الشكل والمضمون ، فالواجب على اللجنة أثناء تعديلها أن تتعقب أحدث ماوصل إليه فن التقنين من حيث التعبير و الترتيب والتنسيق مستندة إلى الرصيد الفقهي الهائل في مجال تشريع الأسرة ، لتخرج بذلك من التناقضات والنقائص التي وقعت فيها ، وهذا لا يتأتّى ، إلاّ تولى ذلك أهل الخبرة و التخصص من علماء الشريعة والقانون .

2- إنشاء محاكم خاصة تُعنى بالفصل في شؤون الأسرة تتضمن قضاة ومحامين متكونين في مجال شؤون الأسرة .

3- إعادة النظر في الأحكام التي جاءت بها نصوص قانون الأسرة لجعلها تتلائم وتتماشى مع شريعتنا الغراء و قيم وأعراف المجتمع الجزائري .

4- إعادة النظر في نص المادة 222 ،واجتناب للتلفيق الفقهي واعتمادهم لمذهب واحد وهو المذهب المالكي .

5- العمل على تكريس فكرة تأهيل المقبلين على الزواج من خلال دورات تكوينية وتوعية يقوم بها أخصائيون في علوم الشريعة و القانون و النفس .

5- إعادة صياغة نصوص قانون الأسرة الجزائري ، في باب الزواج على حسب ما ذكرناه في محتوى موضوعنا .

هذا و إن كان التوفيق فهو من الله عزّ و جلّ ، وإن كان التقصير فهو منا .

قائمة المصادر
و المراجع

أولاً – الكتب :

1- أحكام الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية و فقهية ، محمد كمال الدين إمام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 1998م .

2- أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، دارهومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2015 م .

3- الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة ، عمر بن سعيد ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، طبعة 2004م.

4- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، عبد العزيز سعد ،دارهومه للطباعة ،الجزائر ،الطبعة الثالثة ، سنة 1996م.

5- الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة ،تشوار جيلالي ،ديوان المطبوعات الجامعية ،بن عكنون –الجزائر- ، طبعة 2001 م.

6- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ الرشيد، دار الخلدونية ،الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2008 م.

7- شرح قانون الأسرة الجزائري ، أحمد نصر الجندي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، سنة النشر 2009 م .

8- شرح قانون الأحوال الشخصية ، عثمان التكروري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، طبعة 2007م .

9- فقه السنة ، سيد سابق ، دار الكتاب العربي ، المجلد الثاني ، الطبعة السابقة .

10- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، عبد العزيز سعد ، دار هومه للطباعة و النشر، الطبعة الرابعة 2013 م.

11- قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ، الغوثي بن ملحة ، ديوان الطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2005م .

12- قانون الأسرة مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقررات المحكمة العليا ، بلحاج العربي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون – الجزائر ، طبعة 2000م .

13- قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا ، نبيل صقر ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة – الجزائر ، طبعة 2006 م.

14- مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه و القضاء ، عبد الحميد الشواربي ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ط 2000 م .

15- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، بلحاج العربي ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2017م .

ثانياً – الرسائل و المذكرات الجامعية :

– أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية،دراسة فقهية قانونية ، منال محمد رمضان العشي، رسالة إستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة والقانون – فلسطين ، 2008 م .

– أركان وشروط عقد الزواج و أثر تخلفهما ،ب لعواج زبير ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء ، مجلس قضاء المدية ، دورة 2004م .

– إثبات النسب في القانون الجزائري ،شرقي نصيرة ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ،جامعة أكلي محند اولحاج –البويرة، سنة 2012/ 2013م .

– التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ، مسعود هلالي ، رسالة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون ،كلية الشريعة والاقتصاد ،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية ،قسنطينة ، 2014م .

– التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومقارنتها بالفقه الاسلامي، فيصل بلحاج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية العلوم الاسلامية ، قسم الشريعة والقانون ، جامعة الجزائر1 ، الموسم الجامعي 2012-2013 م .

- الفحص الطبي قبل الزواج ، بقة سيلية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ،2015 /2016.

- الزواج و انحلاله في قانون الأسرة الجزائري – دراسة مقارنة - ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، سعادي لعلى ، جامعة الجزائر1 ، السنة الجامعية 2015/2014 م .

ثالثاً – التشريعات :

- القانون رقم 342-57 لسنة1957م ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22041-04 لسنة2004 المتضمن مدونة الأسرة المغربية ، الجريدة الرسمية : العدد 51884 لسنة 2004 م .

- القانون 11- 84 المؤرخ في 09 جوان1984م ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 09-05 المؤرخ في 04ماي 2005م ، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27أفريل2005م المتضمن قانون الأسرة الجزائري ،الجريدة الرسمية : العدد43 لسنة2005م .

- الأمر 20-70 المتعلق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 27فيفري 1970) والمعدل والمتمم بالقانون 14-08 المؤرخ في 09 أوت2014 (الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 20 أوت 2014).

فهرس الآيات
و الأحاديث

أولا : فهرس الآيات

الآية	موضعها من القرآن	الصفحة
وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيْمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِيْ أَنْفُسِكُمْ	سورة البقرة ، الآية 235	04
وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُوا	سورة البقرة ، الآية 177	08
وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا	سورة الإسراء ، الآية 34	08
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ	سورة النساء ، الآية 59	29
وَ لَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	سورة البقرة ، الآية 195	29
الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا	سورة الكهف ، الآية 46	29
وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا..	سورة الفرقان ، الآية 74	29
وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ...	سورة النساء ، الآية 20	40
وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً	سورة النساء ،الآية 04	48
فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ...	سورة النساء ،الآية 24	48

لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ...	سورة البقرة ، الآية 236	50
فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ	سورة البقرة ، الآية 281	51
وَ أَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ	سورة النور ، الآية 32	51
وَ لَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ	سورة البقرة ، الآية 219	51
وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ...	سورة النساء ، الآية 24	56
" وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ...	سورة الفرقان ، الآية 54	66
وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا	سورة الأحقاف ، الآية 15	68
و فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ	سورة لقمان ، الآية 14	68
والذين يرمون أزواجهم	سورة النور ، الآية 6 – 10	73

ثانيا : فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه... "	04
خطبت امرأة في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم...	04
آية المنافق ثلاث: إذاحدّث كذب...	08
لايورَدَنَّ مُمرِضٌ على مصحٍّ"	30
تخيّروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء..	30
جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم..	30
قال النبي صلى الله عليه وسلم: يقول الله عز و جل :" أنا عند...	31
إذا خطب إليكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه...	31
إنما الطاعة في المعروف	32

لانكاح إلا بولي	52
لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل	52
لا نكاح إلا ببينة	55
أعلنوا النكاح واضربو عليه بالدف	55

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

المواضيع	الصفحة
المقدمة	أ
الفصل الأول : التعديلات المتعلقة بمقدمات الزواج	**1**
المبحث الأول : الخِطبـة وآثارهـــا	2
المطلب الأول : الأحكام القانونية للخطبة	2
الفرع الأول : تعريف الخطبة	2
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للخطبة	4
المطلب الثاني : آثار الخطبة	7
الفرع الأول : آثار العدول عن الخطبة	8
الفرع الثاني : اقتران الخطبة بالفاتحة	16
المبحث الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج	22
المطلب الأول : مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج	23
الفرع الأول : تعريف الفحص الطبي	23
الفرع الثاني : أهداف و أهمية الفحص الطبي قبل الزواج	25
الفرع الثالث : مشتملات الفحص الطبي	26
المطلب الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	27
الفرع الأول : الفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي	27

الفرع الثاني : الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري	32
الفصل الثاني : التعديلات المتعلقة بإنعقاد الزواج و آثاره	**37**
المبحث الأول: التعديلات المتعلقة بركن الزواج و شروطه	38
المطلب الأول : ركن الزواج	39
الفرع الأول : ركن الرضا	39
الفرع الثاني : أثر تخلف ركن الرضا في عقد الزواج	43
المطلب الثاني : شروط الزواج	44
الفرع الأول : الأهلية	44
الفرع الثاني : الصداق	46
الفرع الثالث : الولي	49
الفرع الرابع : الإشهاد على الزواج	53
الفرع الخامس : انعدام الموانع الشرعية	54
المبحث الثاني : التعديلات المتعلقة بآثار الزواج	57
المطلب الأول :الحقوق الزوجية	58
الفرع الأول : الواجبات الزوجية المشتركة	59
الفرع الثاني :حقوق الزوج على زوجته	59
الفرع الثالث :حقوق الزوجة على زوجها	60
المطلب الثاني : إثبات النسب	64

الفرع الأول : طرق إثبات النسب	65
الفرع الثاني : حالات نفي النسب	70
الخاتمة	**73**
قائمة المصادر و المراجع	**77**

ملخص الموضوع :

يعتبر التعديل 05-02 لسنة 2005 المعدل والمتمم للأمر 84-11 لسنة 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري محطة مهمة و بارزة في تنظيم الأسرة الجزائرية ، كون هذا التعديل قد مسّ أهم مقومات الأسرة وهي العلاقة التي تقوم بين الرجل والمرأة في إطار شرعي يدعى –الزواج- و ذلك من خلال المرحلة السابقة لعقد الزواج –الخطبة وآثارها- وأثناء انعقاد الزواج وكذا المرحلة اللاحقة لعقد الزواج –آثار الزواج- ، ومن بين المسائل المهمة التي تطرقنا إليها في موضوعنا هذا من خلال التعديل 05-02 لقانون الأسرة والتي أثارت ضجة و جدلا بين رجال الدين ورجال القانون

اعتبار عقد الزواج يقوم على ركن وحيد هو الرضا ،واغفاله لمسألة عيوب الرضا وما يترتب عليها من آثار.

تحديد السن القانونية للزواج بـ 19 سنة ، و توحيدها بين الرجل والمرأة ، و سكوت قانون الأسرة الجزائري تحديد السن الأدنى في حالة الترخيص من القاضي دون السن القانونية.

إسقاط قانون الأسرة الجديد لدور الولي في تزويج المرأة.

إلزام المقبلين على الزواج بتقديم الفحوصات الطبية ، دون تحديد لنصوص تتضمن جزاء مخالفة ذلك .

استجابة المشرع إلى المطالبين بالمساواة بين الرجل والمرأة بانفراد قانون الأسرة للحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوج و الزوجة ،وإلغاءه لحق الزوج في الطاعة والقوامة على الزوجة.

وهذا ماجعل صدور التعديل 05-02 محل انتقاد لما تضمنته نصوصه من نقائص وتناقضات والمطالبة بضرورة تعديله وفقاً لماتقتضيه وما تتماشى عليه الأسرة الجزائرية ، وذلك لا يتم إلا من خلال إشراك مختصين من رجال الدين والقانون وعلماء النفس و الإجتماع و الأطباء .