



مطبوعة بيداغوجية في مقياس:

قانون الأسرة المعمق

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون خاص

السداسي الأول

من إعداد:

د. بلعباس أمال

السنة الجامعية 2022-2023



المركز الجامعي - مغنية -
معهد الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مطبوعة بيداغوجية في مقياس:

قانون الأسرة المعمق

موجهة لطلبة السنة الأولى ماستر قانون خاص

السداسي الأول

من إعداد:

د. بلعباس أمال

السنة الجامعية 2022-2023

أهداف التعلم

- إن الأهداف الرئيسية من هذه المحاضرات، والتي تساهم في تنمية المعرفة لدى الطالب هي كالاتي:
- التعرف على مصادر قانون الأسرة التي تسهل على الطالب تفسير وتحليل النصوص القانونية
- فهم القصد من النيابة العامة طرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة.
- الاطلاع على التشريعات العربية وأحيانا التشريع الفرنسي في مسائل الزواج والطلاق واستخراج مواطن الاتفاق والاختلاف بينها.
- تدريب الطالب على تقنيات تطبيق النصوص القانونية على الوقائع المتعلقة بالزواج والطلاق وآثارها وكذا تفسير النصوص بالاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية.

المكتسبات القبلية

- الشريعة الإسلامية
- نظرية العقد
- أحكام الزواج والطلاق التي درسها في السنة الثانية جذع مشترك.
- قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- قواعد المسؤولية المدنية

كيفية تقويم التعلم

يتم التقييم النهائي بناء على مجموعة من المعايير وفقا لطريقتين:

- الطريقة الأولى:** تقويم كتابي في آخر كل سداسي بخصوص ما تم تناوله في المحاضرة، ويضم هذا التقويم أسئلة تحليل وتركيب وكذلك أسئلة الفهم والاستنباط وهو ما يمثل 60% من العلامة النهائية.
- الطريقة الثانية:** التقويم المستمر والمنتظم، يمثل 40% المتبقية، يسمح لكل طالب باكتساب النقاط طيلة الفصل الدراسي، ويتم التقييم المستمر وفق أشكال مختلفة، استنادا على:
- إنجاز النشاطات كحل الأسئلة والتحضير، وإنجاز البحث والحضور المنتظم مع الانضباط والمشاركة الفعالة تمثل نسبة 75%.
- امتحان الأعمال الموجهة TD يمثل نسبة 25%.
- ويكون المعدل النهائي للنجاح أكثر أو يساوي 10 من 20.

يصنف قانون الأسرة ضمن فروع القانون الخاص، فهو ينظم العلاقات بين أفراد الأسرة (المادة الأولى من ق.أ.ج)¹. ولأن الأسرة هي مؤسسة للقانون الخاص، بات من الضروري تخصيص مقياس قانون الأسرة المعمق لمستوى السنة الأولى ماستر قانون خاص.

وهذه المحاضرات تعتبر امتداد لما تم دراسته في السنة الثانية ليسانس، غير أنه سيتم التركيز على بعض المواضيع المهمة في الزواج والطلاق، ودراستها دراسة معمقة بالرجوع إلى النصوص القانونية مقارنة ببعض القوانين الوضعية كالقانون المصري والمغربي التونسي والفرنسي والكويتي والأردني أحيانا، ودراسة تأصيلها الشرعي ومكامن الاختلاف مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي قانون الاسرة الجزائري، يتم دراسة أحكام الزواج والطلاق في النصوص المعدلة بالأمر 02-05، هذا التعديل الذي كان متأثرا بمبادئ المساواة بين الجنسين، فمس عدة نصوص قانونية في جوهرها. لذلك يتوجب الوقوف على أهم هذه التعديلات وتطبيقاتها القضائية لاسيما في إطار ما يتمتع به القاضي من سلطة تقديرية. وأهمية الأسرة من أهمية أدوارها، فهي توفر حاجات الفرد البيولوجية والاقتصادية، ووظائفها عديدة ومعقدة لا توجد في أي نظام قانوني آخر، لذلك كان التشريع فيها من أصعب التشريعات وأدقها وباب التفسير في نصوصها مفتوح أمام القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ومعلوم أنّ العلاقة الأسرية ليست كباقي العلاقات القانونية، فهي أعقدها على الإطلاق، فالشخص قد يكون زوجا وفي نفس الوقت ابنا وأبا وأخا وعمما وخالا وجدا، فهذه العلاقة المقعدة التي تسودها المودة والرحمة والرفقة ترتب التزامات قد تنتج عن زواج أو طلاق أو غيرها. وبقدر الحرية التي يتمتع بها الفرد في أسرته نجد المشرع قيد هذه الحرية باسم النظام العام الأسري الذي يترصد لحماية الأسرة كونها لبنة وقاعدة المجتمع الأولى، وفي ذات الوقت لا يجيز القانون التعرض لخصوصيات الأسرة فيما يعرف بحماية الحياة الخاصة، لذلك كان من الأهمية بمكان التعمق في أحكام بعض مواضيع قانون الأسرة والاطلاع على موقف الفقه الإسلامي وكذا بعض التشريعات الوضعية.

وخلال دراسة قانون الأسرة المعمق لا يد من الرجوع بين الحين والآخر إلى بعض القوانين التي تشكل سندا لتطبيق النصوص المتعلقة بالأسرة، وأهمها الدستور الذي أكد على حماية الأسرة من طرف الدولة والمجتمع، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية في قواعده العامة تارة في نصوص القسم المخصص لشؤون الأسرة تارة أخرى.

كما يرجع أيضا إلى نصوص قانون العقوبات الذي خصص نصوصا لحماية الأسرة جنائيا متى ارتكب فعل مجرم قانونا ضد أحد أفراد الأسرة.

¹ القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مؤرخ في 09/06/1984، ج.ر.ج.ج، لسنة 1984، ع24، ص.910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.ج لسنة 2005، عدد 15، ص.18.

ولقانون الحالة المدنية حصة من هذه المحاضرات لاسيما في إجراءات إبرام الزواج والبيانات اللازمة وتسجيله وكذا الموظف المختص بتحرير الزواج وغيرها. ولا بد من الرجوع إلى القانون المدني كونه الشريعة العامة لاسيما في مسألة التعويض عن الخطبة والطلاق حيث يشترط تحقق الضرر، فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة لاستكمال عناصر المسؤولية.

علاوة على ذلك، تم الرجوع إلى بعض قواعد القانون الدولي العام، تحديدا في بيان مدى التزام الدول بنود الصكوك الدولية التي تصادق عليها.

وبما أن القانون ظاهرة اجتماعية فلا يمكن الاكتفاء بالنصوص النظرية بل لا بد من الاطلاع على الواقع وقضايا المجتمع ومشاكله التي وضع القانون لحمايتها ومعالجتها، عن طريق تتبع مسار القضاء بشأن تطبيق النصوص على المنازعات الأسرية. لذلك، كان من أهم أهداف هذه المحاضرات تدريب الطالب على التحليل والتفسير في حالة غموض النص أو التعارض بين النصوص أو غياب النص، وتعليمه منهجية دراسة قانون الأسرة والاطلاع على التطبيقات القضائية للنصوص والتعليق عليها ومتى يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومتى وجب عليه تطبيق النص. فكان لاجتهاد المحكمة العليا المتنوع في شؤون الأسرة دور في فهم وتطبيق القانون على مختلف القضايا.

ومنه، تبرز أهمية التعمق في أحكام الزواج والطلاق، بالبحث عن موقف الفقه الإسلامي الذي يعتبر مصدرا ماديا وتفسيريا لقانون الأسرة، ودراسة بعض القوانين العربية على سبيل المقارنة في بعض أحكام الزواج والطلاق، بالاستناد على التطبيقات القضائية.

بناء على ذلك، يطرح التساؤل عن أهم الأحكام القانونية للزواج والطلاق لا سيما بعد التعديلات التي وضعت المشرع بين دفتي التمسك بأحكام الشريعة الإسلامية ومسايرة التحولات العالمية في بعض الجوانب إثر المصادقة على الاتفاقيات الدولية؟

إجابة على التساؤل أعلاه، تم اتخاذ المنهج الاستنباطي كمنهج أساسي لرححان الحاجة إلى التحليل والتفسير ثم المنهج المقارن، دون الاستغناء عن المنهجين الاستقرائي والتاريخي.

وسيتم دراسة هذا المقياس وفق الخطة الآتية:

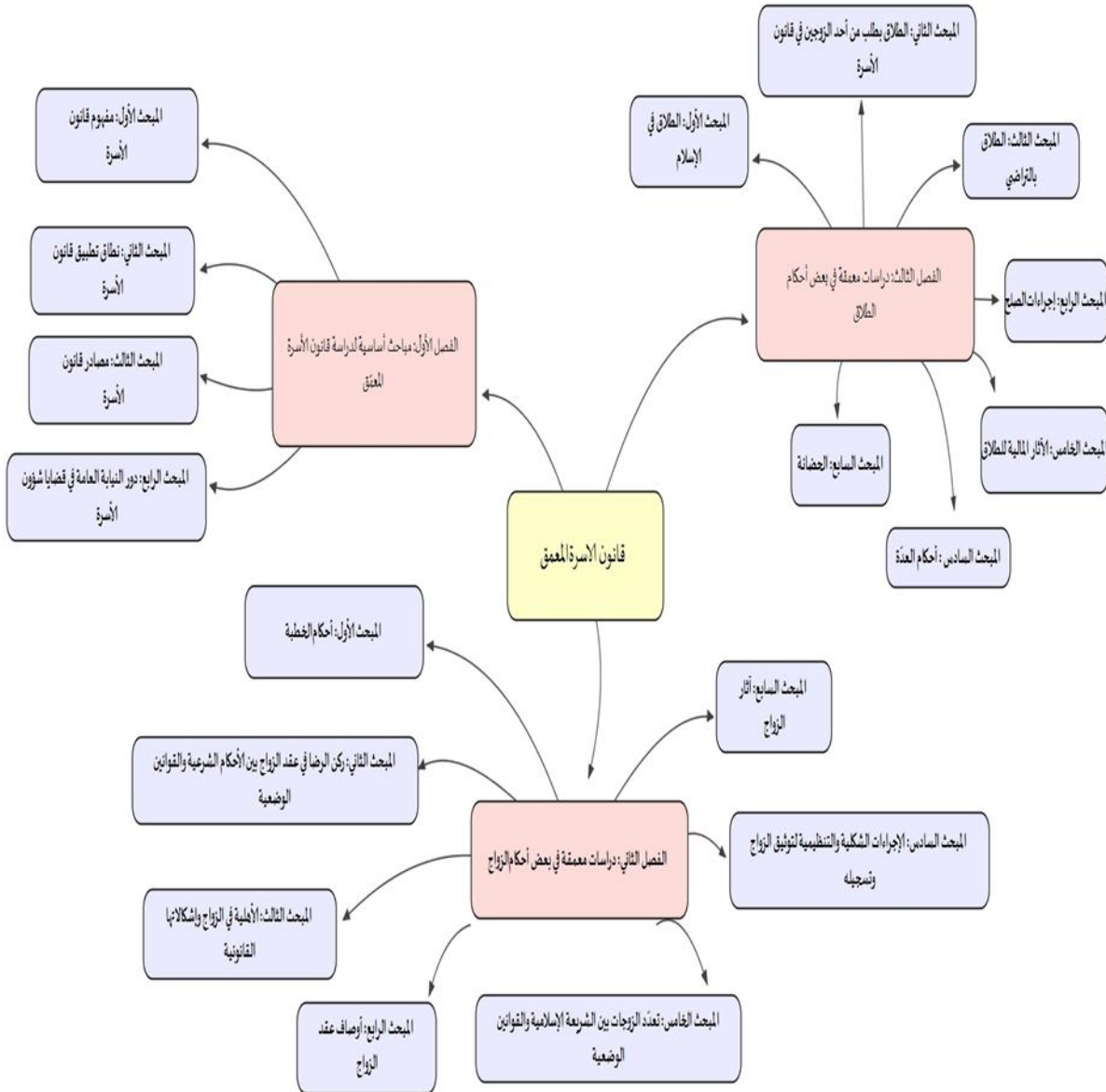
الفصل الأول: مباحث أساسية لدراسة قانون الأسرة المعمق

الفصل الثاني: دراسات معمقة في بعض أحكام الزواج

الفصل الثالث: دراسات المعمقة في بعض أحكام الطلاق

ويحتوي كل فصل على مباحث حسب الخريطة المفاهيمية الآتية:

خريطة ذهنية توضح محاور مقاييس قانون الأسرة المعقق



الفصل الأول: مباحث أساسية لدراسة قانون الأسرة المعقّد

تتطلب دراسة أي موضوع من مواضيع قانون الأسرة التعرف هذا القانون، بداية بمفهومه وتطوره عن طريق الغوص في التاريخ قبل الفتوحات الإسلامية وما بعدها مروراً بمرحلة الانتداب العثماني فالاستعمار الفرنسي ثم الاستقلال إلى غاية وقتنا الحالي، وتأصيله الشرعي وأثر الاتفاقيات الدولية على صياغة أحكامه لا سيما بعد التعديل. فتم تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث تعتبر أساساً لدراسة قانون الأسرة، فلا بد من البحث عن مفهوم قانون الأسرة (المبحث الأول)، وتحديد نطاق تطبيقه زماناً ومكاناً (المبحث الثاني) ومن ثم دراسة مصادر قانون الأسرة (المبحث الثالث) ودور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة (المبحث الرابع).

المبحث الأول: مفهوم قانون الأسرة

في إطار المفهوم يجب تحديد المصطلح حيث اختلفت تسميات القانون المنظم للعلاقات الأسرية في الدول العربية بين مصطلح قانون الأسرة ومصطلح الأحوال الشخصية (المطلب الأول) ولا شك أنه قبل وصول القوانين إلى صورتها الحديثة قد مرت بمراحل ساهمت في تطورها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد المصطلح قانون الأسرة أم قانون الأحوال الشخصية

عرف المشرع الجزائري الأسرة في المادة 02 من ق.أ. منه: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تربط بينهم الزوجية وصلة القرابة". ونصت المادة 32 من ق.م.¹: "تتكون أسرة الشخص من ذوي قرياه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد". وأطلق المشرع على التشريع الذي نظم علاقات الأسرة اسم "قانون الأسرة".

وليتسنى لنا تعريف قانون الأسرة لابد من البحث عن تعريف قانون الأحوال الشخصية، لأنهما مصطلحان يقتربان من بعضهما. ومصطلح الأحوال الشخصية مصطلح قانوني ابتدعه الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر ولا نجد له استعمالاً في كتب الفقه الإسلامي حيث كان الفقهاء يبحثون المسائل التي تندرج ضمن مفهوم الأحوال الشخصية في كتب الفقه الإسلامي التي تقسم إلى أبواب أو كتب، كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الميراث وغيرها. وكان القضاة من أهل الاجتهاد فكان من اليسير عليهم الرجوع إلى مصادر التشريع الأصلية طبقاً للحكم الشرعي فيما يعرض عليهم من قضايا لما يتوافر لديهم من أدوات النظر والاستنباط.²

وظهر مصطلح الأحوال الشخصية في البلاد العربية أواخر القرن 19، وأول من استعمله الفقيه المصري محمد قدري باشا (1821-1888) الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" كل موادها من المذهب الحنفي، وانتشرت هذه المجموعة في البلاد العربية. ومع انتشار حركة التقنين في العالم وضعت

¹ الأمر رقم 58-75، مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 1975/11/30، السنة 12، ع78، ص.990، المعدل والمتمم.

² إسماعيل الشيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2012-2013، ص.28.

الدولة العثمانية قانون حقوق العائلة عام 1917 الذي تضمن أحكام الزواج والطلاق والوصية والأهلية والحجر والميراث والهبة¹. إلى أن أصبح اسما وعلما لكثير من القوانين الخاصة بأحوال الاشخاص والأسر في البلدان العربية والإسلامية². أمثلة (قانون الأحوال الشخصية السوري 1953³، العراقي 1959، مجلة الأحوال الشخصية التونسية⁴، مدونة الأحوال الشخصية 1957 المغربية قبل التعديل 2004 أصبحت مدونة الأسرة...).

يُميز الفقه القانوني بين مصطلحي قانون الأسرة والأحوال الشخصية، فهذا الأخير أي الأحوال الشخصية يطلق على الحالة الشخصية، بمعنى تطبق أساسا على الشخص كشخص في دائرته الخاصة⁵ وهذا يعني لقبه واسمه المادة (1/28 ق.م) جنسيته (المادة 30) موطنه المواد (36 38) ولادته وحياته المادة (1/25). أما قانون الأسرة فهو: "مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد الأسرة بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب والمصاهرة، وينظم مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية والميراث والوصية والوقف والهبة".

وقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح قانون الأسرة بدل الأحوال الشخصية مع أنها ليست مقصورة على الأسرة، بل تضمن أيضا حالة الشخص وترشيده وأحكام المفقود والغائب والحجر والتقدم والكفالة والهبة والوقف الوصية وهي خاصة بالشخص كفرد لا عضو في أسرته وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة⁶.

كما أن القسم الذي يفصل في شؤون الأسرة على المستوى المحكمة الابتدائية يسمى بقسم شؤون الأسرة أما في المجلس القضائي فتسمى غرفة شؤون الأسرة وفي المحكمة العليا كانت تسمى غرفة الأحوال الشخصية والمواريث إلى غاية 2011 حيث أطلق عليه غرفة شؤون الأسرة والمواريث بموجب المادة 13 من القانون العضوي رقم 11-12 الذي يحدد تنظيم المحكمة العليا⁷.

إذن، فقانون الأسرة يشمل القواعد التي تنظم حالة الشخص وعلاقاته المالية وغير المالية مع أسرته. ويختص قسم شؤون الأسرة بجميع المنازعات المتعلقة بالأسرة من زواج وطلاق وآثارهما ونيابة شرعية ومواريث وتبرعات.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2015، ص. 17-18؛ بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط01، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.06.

² فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية، العراق، 2004، ص.07.

³ المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل والمتمم.

⁴ الأمر المؤرخ في 13/08/1956، الصادر بالرائد التونسي، بتاريخ 17/08/1956، ع66، المنقح بالقانون ع32، لسنة 2007، مؤرخ في 14/05/2007.

⁵ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط02، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2008، ص.06.

⁶ مقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص.19.

⁷ القانون العضوي رقم 11-12، مؤرخ في 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 31 يوليو 2011 عدد 42، ص.07.

المطلب الثاني: التطور التاريخي لقانون الأسرة

منذ بزوغ فجر الإسلام، والقضاء في البلاد العربية والإسلامية يعتمد على أحكام الشريعة الإسلامية في معالجة جميع المنازعات وكل التصرفات والمعاملات المالية وغير المالية، وبالنسبة للأحوال الشخصية فكان مصدرها الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة واجتهاد القضاة وكتب الفقه الإسلامي¹. إلى غاية القرن 19، أين ظهرت عدّة محاولات لتقنين الفقه الإسلامي لم تفلح إلى غاية العصر الحديث حيث صدرت مجلة الأحكام العدلية في الدولة العثمانية.

ثم توالى عدة محاولات لتقنين الفروع الأخرى، غير أنها لم تحظى بالنجاح فانحصرت في دائرة الأحوال الشخصية. وهذا لظهور عدة محاولات لهدم تلك الأحكام، فبدأ الضعف والجمود يتخلل الوطن العربي، متجها نحو الاضمحلال والانكماش بما تفرضه قوى الاستعمار من قوانين². ومع ضعف الدولة العثمانية وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها ما أدى إلى ظهور الامتيازات الأجنبية وتعدد مسألة الأقليات الدينية مما اضطر الدولة العثمانية إلى الاقتباس عن القوانين الأجنبية وذلك بإنشاء محاكم نظامية تطبق قوانين مقتبسة من قوانين أجنبية نجحت في فرض سيطرتها على العالم الإسلامي. وبذلك ضاق مجال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية باستثناء مجال الأحوال الشخصية³.

وبعد ظهور حركة التقنين في العالم، اضطرت الدول الإسلامية إلى تقنين دساتيرها وقوانينها لجمعية توحيد القانون على إقليمها وامتد ذلك على قانون الأسرة، وأدى الاختلاف في وجهات النظر إلى بروز تيارين: أحدهما محافظ يلح على المحافظة والتمسك بالمرجعية الدينية لأي تغيير أو تعديل. والثاني يدعو إلى التحرر من المرجعية الدينية ومن كل ما هو قديم والبحث عن مصادر خارجية جديدة للتحرر من ضغوط التقليد، ومن ثم راح يدعو إلى إلغاء بعض الأحكام وتعديل بعضها كتعدد الزوجات والمساواة بين الرجل والمرأة في الميراث متأثرا بالقوانين الأجنبية⁴.

والجزائر كغيرها من الدول كان القضاء يطبق أحكام الشريعة الإسلامية بعد الفتوحات الإسلامية (الكتاب والسنة وفتاوى الصحابة رضي الله عنهم وآراء الفقهاء وتحديد المذهب المالكي والإباضي في بعض المناطق)، إضافة إلى الأعراف المحلية. وبعد التواجد العثماني (1516-1930) ثم إقرار المذهب الحنفي رسميا إضافة إلى المالكي، وبذلك تألفت السلطة القضائية من محكمتين، محكمة حنفية وأخرى مالكية ومجلس شرعي أعلى مشترك يعقد أسبوعيا في الجامع الكبير بالعاصمة للنظر في النوازل وفي المسائل التي تثير خلافا بين القضاة⁵. وبقي هذا

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 21.

² بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص. 21.

³ محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009، ص. 29.

⁴ محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص. 07.

⁵ اسماعيل الشيخ، المرجع السابق، ص. 64.

النموذج مع بداية الاحتلال الفرنسي، ثم تدريجياً شرعت سلطة الاحتلال في التدخل في شؤون القضاء الإسلامي قصد تضييق نطاق ولايته واخضاع الجزائريين للقانون والقضاء الفرنسي. في محاولة لطمس مقومات الهوية الجزائرية، وتفكيك تماسك الشعب فأصدر المستعمر مجموعة من التشريعات في مجال الأسرة.

بتاريخ 2 مارس 1905 صدر مرسوم المحاكم العام الذي نص على تكوين لجنة خاصة بغرض تفنين الفقه الإسلامي برئاسة Marcel Morend عميد مدرسة الحقوق بالجزائر، وانتهت من عملها بتاريخ 16 ماي 1914 بإصدار مجلة الأحكام الإسلامية (سميت بمجموعة موران) تضمنت ما توصل إليه من نتائج في الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي مكون من 781 مادة موزعة على أربعة كتب: الأحوال الشخصية، الوقف، العقارات، البيئات. استمدت من الفقه المالكي والحنفي والفقه الشافعي ومن القانون الفرنسي. وهذه المجموعة لم تكن ملزمة لأنها لم تحظ بالصيغة الرسمية وتعرضت لمقاومة الشعب الجزائري الذي كان يرفض المساس بالأحوال الشخصية كونها جزء من هويته وحضارته الإسلامية. فبقي الوضع على حاله إلى أن عمد المستعمر إلى سنّ مجموعة من القوانين نظم فيها بعض مسائل الأحوال الشخصية بغرض إحكام قبضته على الأسرة الجزائرية على وجه الخصوص¹.

ثم، قانون 02 مارس 1930 المتعلق بالخطبة وسنّ الزواج والمرسوم المؤرخ في 19 ماي 1931 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية الذي اعتمد فيه على العادات والتقاليد والأعراف المحلية بدل الأحكام الشرعية (كانت أعراف قبل الفتوحات) فأعطى للعرف قوة القاعدة القانونية وحرّم المرأة القبائلية من الميراث عملاً ببعض الأعراف المحلية وبذلك أبعدها أحكام الشريعة الإسلامية التي تمنح للمرأة حقها الكامل. وبعد ذلك، صدر القانون رقم 57-778² بتاريخ 11/07/1957 تضمن أحكام الولاية والوصاية والقوامة والحجر وأحكام المفقود وكيفية إثبات الزواج.

ثم، الأمر رقم 274/59 تضمن بعض أحكام الزواج والطلاق، والمرسوم رقم 708/59 الصادر في 17/09/1959 حدد شروط تطبيق أمر 1959.

وفي مرحلة ما بعد الاستقلال، استمر العمل بهذه النصوص التشريعية سدا للفراغ التشريعي بمقتضى القانون رقم 157/62 الصادر في 31/12/1962 الذي مدد العمل بالتشريع القديم الموروث عن الاستعمار واستبعاد ما يمس "بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدلة الجزائرية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية". وفي 23/06/1963 صدر القانون رقم 224-193 المتعلق بتنظيم سن الزواج وإثبات الزواج. ثم ألغى المشرع العمل بالقوانين الفرنسية الداخلية بمقتضى الأمر الصادر في 05/07/1973.

¹ إسماعيل الشيخ، المرجع السابق، ص.142.

² Loi n°57-778, du 11 juillet 1957, portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman, JORF du 13 juillet 1957, p.6923.

ثم، في سنة 1975 صدر القانون رقم 58/75 يتضمن القانون المدني الذي جاء في مادته الأولى تحديدا في فقرتها الثانية: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية". فكانت الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا للقانون في الجزائر مباشرة بعد النص التشريعي.

واستقر اجتهاد المحكمة العليا (المجلس الاعلى سابقا) على أنه : "من المقرر فقها وقضاء أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع لأحكام الشرع الإسلامي لا غير"¹. وفي قرار آخر بتاريخ 24 مارس 1972 جاء فيه: "لا يصح تطبيق الأعراف المحلية في مادة الأحوال الشخصية بين المسلمين إذا كانت هذه الأعراف مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية"².

وبعد عدة محاولات لتقنين قانون الأسرة كلها باءت بالفشل بسبب الصراعات الأيدولوجية بين الاتجاه المناهض للغرب والاتجاه المناهض بضرورة التمسك بالشريعة الإسلامية، صدر أخيرا القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون الأسرة

بداية، يتم تحديد نطاق تطبيق القاعدة القانونية الأسرية من حيث الأشخاص (المطلب الأول) ثم من حيث الزمان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص

نصت المادة الأولى من ق.أ.ج على أنه: "تخضع جميع العلاقات بين أفراد هذه الأسرة لأحكام هذا القانون". ثم نصت المادة 221 منه: "يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني". وبالتالي لم يميز قانون الأسرة بين الجزائريين المسلمين وغير المسلمين. مع ملاحظة أن أغلب الدول العربية التي تتعدد فيها الديانات كلبنان مصر سوريا والمغرب وغيرها وضعت لها نصوصا خاصة تنظم علاقاتها الأسرية.

ففي مدونة الأسرة المغربية قد تم تحديد مجال تطبيقها الشخصي في المادة 02 التي جاء فيها:

"تسري أحكام هذه المدونة على:

- 1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.
- 2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.
- 3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربا.
- 4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

¹ م.ع، غ.ق.خ، 12/05/1968/م.ج، 196، ع2، ص.545. نقلا عن، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 28.

² م.ع، غ.ق.خ، 24/03/1972، النشرة القضائية، 1972، ع22، ص.72.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية¹. وهكذا، نجد أن المشرع المغربي قد أخذ بنظام الطوائف للطائفة العبرية فقط، فتطبق عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية، أما المغاربة الآخرون مهما كانت ديانتهم فتحكمهم مدونة الأحوال الشخصية.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الأسرة من حيث الزمان

نصت المادة 223 من ق.أ.: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون". فأخذ المشرع بمبدأ الأثر المباشر للقانون ومبدأ عدم رجعية القوانين ولم يضع استثناءات على ذلك. وبالتالي، كل النصوص القانونية الصادرة قبل القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة والتي تتضمن أحكاماً مخالفة له تعتبر ملغاة بصريح النص 223 من ق.أ. فلا يجوز اللجوء إلى النصوص الصادرة قبل قانون الأسرة وتطبيقها على وقائع حدثت بعده. ونص الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على الأثر الفوري من دون أن يكون لها تأثير على الماضي باستثناء النوازل التي كانت جارية قبل صدور ها فتبقى خاضعة للأحكام القانونية السابقة. أما مدونة الأسرة المغربية فنصت في المادة 397 على أنه: "تنسخ جميع الأحكام المخالفة لهذه المدونة أو التي قد تكون تكراراً لها..." على أن تبقى الإجراءات المسطرية المنجزة في قضايا الأحوال الشخصية قبل تاريخ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ سارية المفعول.

المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة

تمسك مشرعو قوانين الأسرة المغربية بالمرجعية الشرعية في وضع النصوص (المطلب الأول)، وخرجوا عن أحكام الشريعة الإسلامية في بعض الأحكام إما ترجيحاً للمصلحة العامة أو تأثراً بالقانون الوضعي والانفتاح على المجتمع الدولي والالتزامات الدولية التي ترتبت عن المصادقة على الاتفاقيات الدولية لاسيما تلك المتعلقة بالمساواة بين الجنسين وحقوق المرأة والطفل وقد بدت واضحة معالم اتفاقية سيداو في تعديلات قوانين الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المرجعية الشرعية لقانون الأسرة

لم تعتمد قوانين الأسرة المغربية على مذهب واحد وإنما اعتمدت منهجية لا مذهبية في وضع النصوص القانونية (الفرع الأول) واختلقت التشريعات بخصوص المصدر الاحتياطي (الفرع الثاني).

¹ ظهر شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 2004/02/05، جريدة رسمية رقم 5184، بتنفيذ القانون 03-70، 05 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

الفرع الأول: المنهجية اللا مذهبية في تشريعات الأسرة المغاربية(تشريع الاسرة)/ المصدر الرسمي الأصلي)

تعتبر نصوص قانون الأسرة مصدرا رسميا أصليا للقانون يحكم بمقتضاها القاضي في النزاعات المطروحة أمامه، وتعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا لأغلب هذه النصوص، ذلك أن أغلب أحكامها مستمدة من الدين الإسلامي سواء في قانون رقم 84-11 أو في تعديله بالأمر رقم 05-02 حيث شمل المذاهب المختلفة، وقد نصت ديباجة المشروع على أنه " اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، الإجماع، القياس، الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل...". إذن فقد اعتمد المشرع الأسري منهجية مذهبية مقارنة(لا مذهبية) في وضع الأحكام.

وبالتالي اعتمد المشرع الأسري على منهجية لا مذهبية في وضع الأحكام بمعنى لم يتقيد بمذهب واحد، وفي حالات أخرى خرج عن المذاهب السنية للمصلحة العامة. وهذا على عكس المنهجية التي كانت تتبناها قوانين الأحوال الشخصية الأولى حيث اعتمدت على المنهجية المذهبية إذ كانت تعتمد مذهباً واحداً في وضع أحكامها، ومن أبرز هذه القوانين مجلة الأحكام العدلية الذي أصدرته الدولة العثمانية ما بين 1869 و1876 إذ اعتمدت على كتب الأحناف الأولين، أيضاً مجلة الأحكام الشرعية للقانون المدني الإسلامي حيث اعتمدت على المذهب الحنبلي. وقد انتقدت هذه المنهجية (المنهجية المذهبية) لأنها كانت تقدر المذهب، كما أن التشريع الذي يأخذ بالمذهب الواحد يتسم بالجمود وأحياناً يقف عاجزاً أمام ما يستجد من نوازل، فتنوع المذاهب الفقهية يضفي مرونة على أحكام الشريعة الإسلامية مما يجعلها تتماشى مع تطورات العصر.

لذلك، تبنت التشريعات منهجية جديدة هي المنهجية اللا مذهبية حيث يتم اعتماد مذهب معين في وضع الأحكام إضافة إلى المذاهب الأخرى في بعض المسائل.

وقد تم اعتماد هذه المنهجية اللا مذهبية في قانون حقوق العائلة العثماني في 1917/10/25 والذي أخذ جل أحكامه من المذهب الحنفي باعتباره المذهب الرسمي للدولة العثمانية، وفي نفس الوقت أخذ بالمذاهب الأخرى في بعض الأحكام. ومثال ذلك النص على جواز اشتراط عدم تعدد الزوجات في عقد الزواج وهو رأي من المذهب الحنبلي¹. وقد أخذت تشريعات الأحوال الشخصية الحديثة بهذه المنهجية في وضعها للأحكام الأسرية كقانون الأحوال الشخصية المصري 1929 ومدونة الأحوال الشخصية المغربية 1957/11/22 وقانون الأسرة الجزائري 1984/06/09.

وهذه أمثلة عن عدم اقتصار القوانين المغاربية للأسرة على مذهب واحد واتباعها لمنهجية لا مذهبية في وضع الأحكام المتعلقة بالأسرة:

¹ علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج8، كتاب النكاح، مطبعة السنة المحمدية، دون بلد، 1975، ص.155.

أولاً: في الخطبة

في مسألة الهدايا أخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي من حيث التمييز بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، فقد جاء في الفقرتين 3 و 4 من المادة 05 المعدلة أنه: "لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهده إن كان العدول منه، وعليه أن يرد إلى المخطوبة ما لم يستهلك مما أهده له أو قيمته.

وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته".

ونصت المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله". ونص الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص".
فالمشرع التونسي والمغربي والجزائري أخذوا بالمذهب المالكي الذي يميز بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة في شأن استرداد الهدايا.

ثانياً: في مسألة تعدد الزوجات

في حدود الأربعة نسوة، فقد قيدته الشريعة الإسلامية بشرط وحيد هو العدل وبالرجوع إلى المادة 08 المعدلة من ق.أ. نجدها تنص على مجموعة من الشروط تقيد حرية الزوج في التعدد، وعلى رأسها استصدار رخصة قضائية بالتعدد ووجود المبرر الشرعي وتوفر نية وشروط العدل وموافقة الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها. وكان هذا رأي فقهي معاصر (محمد عبده) الذي أجاز للحاكم أو العالم أن يمنع تعدد الزوجات دفعا للفساد فتم تقييده بشروط¹.

وكذلك قيدت المادة 41 وما بعدها من مدونة الأسرة المغربية تعدد الزوجات بإذن المحكمة، أما المشرع التونسي فخرج عن الاحكام الشرعية في مسألة تعدد الزوجات وتبنى منهجية جديدة متأثراً بالقوانين الغربية فمنع تعدد الزوجات بل وجعله جريمة معاقب عليها.

ثالثاً: في أركان وشروط الزواج

أ- في ركن الرضا

نصت المادة 09 المعدلة: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" كما اعتبرت مجلة الأحوال الشخصية التونسية الرضا ركناً في الفصل 03 منها وهو نفس ما يفهم من المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية. وكان هذا رأي كل المذاهب الفقهية وهو أن الصيغة ركن أساسي في عقد الزواج.

أما بالنسبة للولي والصدّاق والشاهدين فكانوا أركاناً في المادة 09 قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري ثم بعد التعديل بالأمر رقم 05-02 نصت المادة 09 مكرر على أنهم شروط لصحة عقد الزواج. ونصت المادة 13 من مدونة الأسرة على شروط صحة الزواج أما مجلة الأحوال الشخصية فجاء النص فيها على شروط صحة عقد الزواج في الفقرة 2 من الفصل 3 التي اقتصر على الشاهدين وتسمية الصدّاق.

¹ محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، ط1، نغضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص.108 وما بعدها.

فكل من ركن الزواج وشروط صحته تبنتها التشريعات المغاربية للأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية حيث يعتبر المذاهب الفقهية الصيغة ركنا للزواج بالإجماع واختلفوا في باقي الأركان.

ب- في الصداق

عند بعض فقهاء المالكية ركن من أركان العقد وقالوا بعدم صحة الزواج الذي يتم فيه اشتراط اسقاط المهر وقال البعض الآخر بأنه شرط صحة النكاح في حين قال الجمهور من حنفية وشافعية وحنابلة بعدم اعتبار الصداق ركنا ولا شرطا في صحة الزواج ولا نفاذه ولا لزومه وإنما هو واجب على أنه حكم من أحكام الزواج المترتبة عليه بعد تمامه واثر من اثاره التي تثبت بعده¹. والمشرع الاسري في القانون رقم 84-11 نص الصداق ركنا من اركان الزواج في المادة 09 منه وبعد التعديل تمسك ايضا بما قال به بعض الفقهاء المالكية فجعله شرطا من شروط صحة العقد(المادة 09 مكرر و15 و2/33). وهو نفس موقف المشرع المغربي المادة 13 والتونسي في الفصل 2/03.

ت- زواج المسلمة بغير المسلم

ممنوع لقوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" وكان النص على منع هذا الزواج بموجب المادة 1/31 من قانون 84-11، وبعد التعديل تم النص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 30 اين تم النص عليه مع المحرمات مؤقتا. وان تم هذا الزواج فهو باطل بطلانا مطلقا لا يرتب أي اثر من آثار الزواج الصحيح ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء. ونصت مدونة الأسرة المغربية على منع زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة لم تكن كتابية في المادة 4/39. ولم يرد نص بمنع زواج المسلمة بغير المسلم في مجلة الأحوال الشخصية التونسية. ومنع زواج المسلمة بغير المسلم متفق عليه من فقهاء الأمة الإسلامية. المصلحة تبنى عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية، متى تحققت شرط حددها الفقهاء ومن ابرزها ألا تصطدم بنص قطعي الدلالة والثبوت ب الكتاب أو بالسنة أو بالإجماع².

رابعاً: في الطلاق

نصت المادة 51 من ق.أ على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء". ويقصد بثلاث مرات صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصبح هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى. وبالتالي لا يقع الطلاق الثلاث بلفظ واحد في قانون الأسرة. والطلاق الثلاث لفظا بان يقول الرجل لزوجته أنت طالق ثلاث مرات بلفظ واحد فقد اختلف في حكم هذه المسألة فقهاء الشريعة الإسلامية، فقال الجمهور التابعين وكثير من الصحابة والأئمة الأربعة واصحابهم وابن حزم بأنه يقع ثلاثا، وقال الامامية بأن الطلاق لفظا ثلاثا لا يقع البتة، ويقع طلقة واحدة رجعية وهو مذهب ابن

¹ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.344-345.

² محمد الكبشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الاول عقد الزواج وآثاره، نادي الطلبة والباحثين في العلوم القانونية 2008، ص.28.

اسحاق وقول طاووس وعكرمة واختيار ابن تيمية¹ وتلميذه ابن القيم وبهذا الرأي الاخير اخذ المشرع الجزائري والمغربي في 127 من مدونة الأسرة المغربية.

فمن مصلحة الاسرة اعتبار تلفظ الزوج بالطلاق الثلاثة دفعة واحدة طلقة واحدة، والمصلحة تُبنى عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية، متى تحققت شروط حددها الفقهاء ومن ابرزها ألا تصطدم بنص قطعي الدلالة والثبوت بالكتاب أو بالسنة أو بالإجماع.

خامسا: التعويض في الطلاق الذي جاءت به المادة 52 و55 والفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الحكم بالتعويض لا يوجد في أي مذهب فقهي بل اخذ المشرع بأراء فقهاء معاصرين استندوا إلى مقتضيات المصلحة العامة.

سادسا: الاشتراط في عقد الزواج، نصت المادة 19 على أنه: "...ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة." والمادة 40 من مدونة الأسرة المغربية وكان هذ موقف المذهب الحنبلي. ولا يوجد نص مماثل في مجلة الأحوال الشخصية التونسية لان التعدد ممنوع.

كما نصت المادة 66 من ق.أ.ج زواج الحاضنة بغير قريب محرم يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم" وقد أخذ المشرع الجزائري برأي للمالكية وجمهور الحنفية الذين لم يوسعوا من زواج الحاضنة وانما جعلوا زواجها بغير المحرم هو المسقط للحضانة².

سابعا: في التنزيل، نص القانون على تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة جدهم بقوة القانون أخذاً برأي ابن حزم الظاهري الذي اعتبره واجبا قضائيا.

كانت هذه أمثلة عن اعتماد تقنينات الأسرة المغاربية على مختلف المذاهب وعدم تقيدها بمذهب واحد.

الفرع الثاني: منهجية المصدر الاحتياطي في قوانين الأسرة المغاربية

نصت المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية على المصدر الاحتياطي بقولها: "كل ما لم يرد به النص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف." وهو بذلك فتح باب الاجتهاد أمام القاضي إلا أنه قدّم اللجوء إلىذهب المالكي ثم البحث عن الحل في أي اجتهاد فقهي يراعى فيه قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف.

وفي القانون الجزائري، إذا لم يجد القاضي نصا في قانون الأسرة بخصوص المسألة المعروضة عليه فقد نصت المادة 222 منه على المصدر الرسمي الاحتياطي لقانون الأسرة التي جاء فيها: "...كل ما لم يرد النص عليه في هذا

¹ إسماعيل شيخ، المرجع السابق، ص.64.

² مقتبس عن أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلاميين المقارن، دراسة تأصيلية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة 1، 1994، مجلد1، ع1، ص.49.

القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وهي مجموع ما فيها من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية بما يتناسب مع مصالح الزمن المتطورة وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها وقواعدها الكلية¹.

وبالتالي لم يقيد المشرع القاضي بمذهب معين بل أحاله إلى أحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها وأينما وجد القاضي الحل فإنه يطبقه على المسألة المعروضة عليه. فنلاحظ إذن أن المشرع اعتنق منهجية لا مذهبية حتى في المصدر الرسمي الاحتياطي فاتحا بذلك باب الاجتهاد أمام القاضي بناء على أي رأي من آراء الفقه الإسلامي دون تقييده بمذهب معين.

ومن مزايا لا مذهبية المصدر الاحتياطي (المادة 222 من ق.أ.ج) أنه يفتح آفاق الاجتهاد أمام القاضي ويتيح له اختيار الحل الأيسر والأنسب حسب ما تقتضيه كل قضية في ضوء مراعاة مصالح الزمن وروح الشريعة ومقاصدها، وفي عدم التقييد بالمذهب الواحد فسحة للقاضي وللمتقاضي². كما أنها تمكن القاضي من الاطلاع على اجتهادات مختلف المدارس الفقهية. إضافة إلى ذلك كله، فإن لا مذهبية المصدر الاحتياطي يمنع السقوط في جريمة انكار العدالة في حالة عدم وود الحل في المذهب الواحد. فالهدف هو إيجاد الحكم انطلاقا من أحد المذاهب التي تهدف كلها إلى فهم كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام.

كما أن هذه المنهجية تمنع التعصب للمذاهب، فاتفق أهل العلم أن الرأي الذي يوافق القرآن والسنة يؤخذ به أما الذي يخالفهما فيُرد، وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "ليس أحد إلا يؤخذ من قلبه ويدع غير النبي"³ واتفق سلف الأمة وأئمتها على أن كل أحد يؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله ﷺ⁴.

كما أنه ومن مزايا المنهجية، أنها تضيف مرونة على الأحكام وتجعلها صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان مهما بلغ المجتمع من تطور ومهما استحدثت من نوازل، بما يمكنها من احتواء المستجدات العلمية في مسائل الأسرة.

ويجدر التنويه، إلى أن لا مذهبية المصدر الاحتياطي يمكن أن تؤدي إلى اختلاف الأحكام والقرارات القضائية في شأن نفس المسألة ويمكن توحي هذا التعارض بتوحيد الاجتهاد القضائي، فجاء في المادة 3/197 من الدستور المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442⁵ "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون." وهي نفسها المادة 3/171 من التعديل الدستوري لسنة 2016.

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.23.

² اسماعيل الشيخ، المرجع السابق، ص.116.

³ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ج11، كتبة ابن تيمية، دون بلد، دون سنة، ص.339.

⁴ أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، ج11، كتاب التصوف، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م، ص.208.

⁵ المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر 2020، ج.ر.ج، مؤرخة في 2020/12/30، ع82، ص.3.

ولم ينص المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية على المصدر الاحتياطي في حالة غياب النص القانوني، رغم أنه اعتمد مختلف الآراء الفقهية في سنّ أحكام الأسرة، إلا أن القضاء التونسي أكد في عدة مناسبات على اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية استناداً إلى الفصل الأول من الدستور التونسي الذي جاء فيه: "تونس دولة حرة، مستقلة، ذات سيادة، الإسلام دينها، والعربية لغتها، والجمهورية نظامها".

وأكثر القضايا إثارة في دولة تونس، مسألة زواج المسلمة بغير مسلم فلا يوجد في مجلة الأحوال الشخصية نص يمنع صراحة هذا الزواج كما فعل نظيره الجزائري والمغربي، فيذهب بعض الفقه التونسي إلى ضرورة التمسك بالفصل 05 من مجلة الأحوال الشخصية الذي جاء فيه: "يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية...". فمادام هذا النص موجود فإنه يمنع على المرأة التونسية الزواج برجل غير مسلم لأنه مانع شرعي. إلا أن تفسير القضاء والفقه للنصوص القانونية لم يتفق على منع هذا الزواج وبطلانه إذا تم، فظهرت آراء ترى بصحة زواج التونسية المسلمة بغير المسلم وتلخص كل ذلك في مرحلتين:

في مرحلة أولى اعتبرت محكمة التعقيب في قرار بتاريخ 31 جانفي 1966 أنّ زواج المسلمة بغير المسلم هو زواج باطل". ونظراً لارتفاع عدد عقود الزواج بين تونسيات مسلمات مع أجانب غير مسلمين، قامت وزارة العدل التونسية بإصدار منشور سنة 1973 يحجر على ضابط الحالة المدنية وعلى عدول الإشهاد إبرام عقد زواج بين تونسية مسلمة وشخص غير مسلم¹.

وفي مرحلة ثانية، تراجع القضاء التونسي عن موقفه، وأقرّ بصحة زواج المسلمة بغير المسلم في عدة قرارات تعقيبية، منها القرار الصادر بتاريخ 29 جوان 1999 جاء فيه: "أن الفصل الفصل 14 من مجلة الأحوال الشخصية عرف الموانع الشرعية للزواج بأنها مؤبدة ومؤقتة، ولا وجود لزواج المسلمة بغير المسلم ضمن موانع الزواج". وصدر قرار آخر عن محكمة التعقيب بتاريخ 05 فيفري 2009 ارتكز على جملة ن الأسانيد الثابتة المأخوذة من الدستور المعاهدات الدولية التي صادقت عليها تونس ونصوص أخرى جاء فيه: "أن ضمان حرية زواج المرأة على قدم المساواة مع الرجل يمنع من القول بوجود أي تأثير لمعتقد المرأة على حريتها في الزواج وبالأثر على حقها في الميراث".².

فاتجهت تونس إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق الواجبات متأثراً بالاتفاقيات الدولية، أما القانون المغربي والجزائري فإلى غاية 2004 و2005 على التوالي بدا تمسكهم بأحكام الشريعة الإسلامية في كل أحكام

¹ ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011، ص.74.

² عبد الله الأحمد، زواج التونسية المسلمة بغير المسلم في النظام القانوني التونسي،

<https://assiyassi.net/2017/09/04/%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%88%D9%86%D8%B3%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85%D8%A9-%D8%A8%D8%BA%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%84%D9%85-%D9%81%D9%8A-%D8%A7>
23.00, 2022/12/15

الأُسرة، إلى غاية ظهور تيارات هاجمت بعض النصوص، فتم تغيير أحكامها استجابة لحريات الأفراد وأهوائهم والجمعيات النسوية، كما تأثرت بالاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها هذه الدول.

المطلب الثاني: مظاهر تأثر قوانين الأسرة المغربية بالقانون الوضعي (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنموذجا)

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)

تجتهد الدول العربية والإسلامية في صيانة تشريعاتها المتعلقة بالأُسرة، بما يخدم مصلحة الأفراد وتطور المجتمع، متأثرة بواقع التحولات العالمية المختلفة التي تلمس على سبيل المثال الارتقاء بالمرأة وتفعيل دورها السياسي والاجتماعي والثقافي واكتساب حقوقها بالمساواة مع الرجل انطلاقا مما تفرضه القوانين العالمية لحقوق الإنسان وبذلك ابتعدت في بعض الاحكام عن قوانين الشريعة الإسلامية التي تحكم نظام العلاقة بين الرجل والمرأة القائمة على القوامة المسؤولة للرجل.

ومن الصكوك الدولية التي أثرت على أحكام الأسرة بشكل جلي، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تعتبر من أبرز وأهم الاتفاقيات التي كرست حقوق المرأة وطالبت بمساواتها بحقوق الرجل، اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام في قرارها رقم 34/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 وبدأ نفاذها بتاريخ 03 سبتمبر 1981 (المادة 27)¹. وما يميز هذه الاتفاقية عن غيرها من الاتفاقيات أنها ألزمت الدول التي صادقت عليها بتعديل تشريعاتها الداخلية وفق مبادئ المساواة.

انضمت إليها تونس بموجب القانون رقم 68 لسنة 1985 المؤرخ في 12/07/1985²، وتحفظت على المواد 9 و15 و16 و29. وبعد مصادقة تونس، شهدت قوانينها عدّة تعديلات تركزت مبادئ المساواة، أهمها تعديل 12 جويلية 1993³، ثم تلتها عدّة تعديلات إلى غاية 2007 حيث ساوى في أهلية الزواج بين الرجل والمرأة بتوحيدها بسن 18 سنة لكلا الجنسين. وصادقت المغرب على الاتفاقية بتاريخ 21/06/1993 متحفظة على المواد 2 و4/15 و2/9 و16 و29.

أما الجزائر فصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 451/96 المؤرخ في 22/01/1996، متحفظة على المواد 2-9-15-4-16-29 ف1 التي تشكل تعارضا مع النظام العام الداخلي. وتأتي هذه التحفظات في إطار حق الدول في التحفظ على بنود الاتفاقية بشروط، إذ سمحت المادة 19 من اتفاقية فيينا 1969 للدولة لدى توقيعها معاهدة ما أو التصديق عليها أو قبولها أو إقرارها أو الانضمام إليها أن تبدي تحفظات إلا إذا منعت

¹ [https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-](https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women)

all-forms-discrimination-against-women، اطلع عليه بتاريخ 2023/01/11، الساعة 23.00.

² قانون رقم 68 لسنة 1985 مؤرخ في 12/07/1985، الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 12/07/1985، عدد54، 929.

³ قانون عدد 74 لسنة 1993 الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 20/07/1993، عدد53، ص.1004.

⁴ المرسوم الرئاسي رقم 51-96 مؤرخ في 22/01/1996، ج.ر.ج.ج، ع 06، صادرة بتاريخ 24/01/1996، ص.04.

الاتفاقية هذا التحفظ أو نصت المعاهدة على أنه لا يجوز أن توضع إلا تحفظات محددة ليس من بينها التحفظ المعني، أو أن يكون التحفظ منافيا لموضوع المعاهدة وغرضها. وهذا الأخير جاء في المادة 28 من اتفاقية سيداو: "لا يجوز إبداء تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها".

وتلجأ الدول إلى التحفظ على بنود الاتفاقية لتفادي التعارض والتصادم الذي يمكن أن يحدث بين بنودها وبين نصوصها القانونية الداخلية ونظامها العام بصفة عامة. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن إتاحة التحفظ يستقطب أكبر عدد ممكن من الدول من أجل الانضمام إليها مما سمح للدول الإسلامية بالانضمام أيضا. حيث بلغ عدد الدول الأطراف في اتفاقية سيداو 189 دولة.

غير أن لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة رأت بأن التحفظات التي أبدتها بعض الدول غير مشروعة طبقا للمادة 2/28 من اتفاقية سيداو التي اشترطت ألا يكون التحفظ منافيا لموضوعها. كما أنّ اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969¹ أشارت إلى أن المعيار الذي يعتمد عليه لقبول أو عدم قبول التحفظ هو ما إذا كان هذا الأخير متعارضا مع موضوع المعاهدة أو غرضها. وهذا المعيار يؤخذ به في حالة ما إذا لم يوجد في المعاهدة نص يحظر التحفظ أو عندما يوجد نص يبيح تحفظات معينة وليس من بينها الحالة قيد البحث. مع أنه لا يوجد أي نص في اتفاقية سيداو يخول لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الرقابة على صحة التحفظات.

وكانت الجزائر وتونس والمغرب قد أبدت تحفظاتها على المادة 16 من الاتفاقية التي دعت إلى منح المرأة والرجل نفس الحقوق على قدم المساواة في عقد الزواج وآثاره وانحلاله، وهذه أخطر مواد الاتفاقية لأنها تمثل نمط الحياة والأسرة الغربية وتجاهل قيم ومعتقدات شعوب العالم لذلك عرفت هذه المادة معارضة كبيرة من دول العالم العربي والإسلامي لتعارضها نظام الأسرة المسلمة لاسيما الولي والمهر وقوامة الرجل وتعدد الزوجات والحضانة والطلاق والعدة.

لكن، هذه التحفظات لم تلقى قبولا لدى لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، حيث عبرت مرارا عن موقفها المتمثل في أن التحفظ على المادتين الأساسيتين 2 و16 سيحول دون تحقيق المساواة التي تمثل غرض هذه الاتفاقية وبالتالي تحافظ على وضع التمييز ضد المرأة في قوانينها. فلا يجوز التحفظ عليهما بموجب المادة 2/28 من الاتفاقية وقواعد القانون الدولي العام وبالتالي ترى بأن التحفظ باطل. والسؤال المطروح: ما هو الأثر المترتب على بطلان التحفظ؟

بالنسبة لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة، الاتفاقية نافذة في مواجهة الدول التي تبدي تحفظات باطلة، إذ تقترح إما الإبقاء على التحفظ بعد دراسة الاستنتاجات بحسن نية أو الاستعاضة عن التحفظ غير الجائز بتحفظ جائز، أو سحب تحفظها، غير أن ممارسة اللجنة تظهر تفضيلا للخيار الأخير وهو سحب التحفظ وتدعو إليه في توصياتها العامة والخاصة.

¹ https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf تاريخ الاطلاع

إزاء كل ذلك، لم تجد الجزائر مناصباً من الاستجابة لتوصيات لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة التي سبق أن عبرت عن انزعاجها من تمسك الجزائر بتحفظاتها، وطالبت بالتعجيل في تعديل القوانين الداخلية بشكل يتلاءم مع المادة 16 و 02 من الاتفاقية. وفعلاً استجابت الجزائر لمطالب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وقامت بتعديل قانون الجنسية بالأمر 05-01 بتاريخ 27/02/2005 وتم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05-02. ورفعت الجزائر تحفظاتها على المواد 2/9 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-426¹. ورغم تعديلات قانون الأسرة سنة 2005 والتي شملت 41 حكماً أساسياً إلا أن ذلك لم يشفع للجزائر أمام اللجنة، والتي ما فتئت تعبر عن قلقها مما تعتبره حسب رأيها استمرار من الجزائر في تطبيق الأحكام التمييزية في قانون الأسرة والتي تكرس مراكز قانونية منقوصة للمرأة في عدة مجالات². لذلك تدعو اللجنة إلى مراجعة وتعديل الأحكام التمييزية في قانون الأسرة بما ينسجم ورؤيتها لمفهوم التمييز الذي يتجاوز مسلك تحسين وضعية المرأة إلى المساواة المطلقة والتطابق التام بينها وبين الرجل. وهذه أمثلة عن تأثير قوانين الأسرة المغاربية بنود اتفاقية سيداو لاسيما قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: في مرحلة إبرام عقد الزواج

أ- رضائية عقد الزواج

بعد أن كانت المادة 04 من مجلة الأحوال الشخصية المغربية تعرف الزواج بأنه ميثاق ترابط وتماسك... "أصبحت في ظل مدونة الأسرة المعدلة سنة 2004: "الزواج ميثاق تراض وترابط...". وكذلك تم تعديل المادة 04 من ق.أ.ج حيث أكدت هي الأخرى على رضائية عقد الزواج بنصها: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة..". وكانت قبل التعديل "الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة" كما ألغى المشرع الجزائري المادة 22 ق.أ. التي كانت تنص على الوكالة في الزواج، وأصبح الرضا هو الركن الأساسي في الزواج (المادة 09) فيبطل الزواج إذا تخلف ركن الرضا (المادة 1/33). وهذا استجابة للمادة 16 في فقرتها ب من اتفاقية سيداو (نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل).

ب- توحيد أهلية الزواج بين الرجل والمرأة

استجابة إلى مطالب لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والتي ألحت على وجوب المساواة في أهلية الزواج بين الرجل والمرأة، قام المشرع بموجب الأمر 05-02 بتعديل المادة 07 التي جاء فيها: "أهلية الزواج 19 لكلا الجنسين" فأصبحت موحدة مع أحكام القانون المدني الذي نصّ على سنّ الرشد القانوني 19 سنة، ويبقى الاستثناء بالنسبة لزواج القاصر فيمكن أن يرخص له القاضي بالزواج متى تأكد من قدرة على الزواج ووجود مصلحة أو ضرورة كما سيأتي تفصيله في المحاضرات أدناه.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 08-426، مؤرخ في 28/12/2008، يتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج. مؤرخة في 21/01/2009، عدد 05، ص.4.

² أحمد عبادة، التحفظات الجزائرية على اتفاقية سيداو من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، جوان 2020، مجلد 7، ع2، ص.96.

ووحدت مدونة الأسرة المغربية في تعديلها لسنة 2004 أهلية الزواج بين الرجل والمرأة وجعلته 18 سنة لكلا الجنسين في المادة 19 بعد أن كان كانت تميز بينهما في مدونة الأحوال الشخصية ب 18 سنة للذكر و 15 سنة للأثني. وهو نفس ما اتجهت إليه مجلة الأحوال الشخصية التونسية في تعديلها لسنة 2007 فجعلت سنّ زواج المرأة والرجل 18 سنة في الفصل 32.

ت- تعدد الزوجات

منعت تونس في الفصل 58 تعدد الزوجات بموجب تعديل مجلة الاحوال الشخصية التونسية سنة 1958 وهذا قبل انعقاد اتفاقية سيداو بأكثر من عقدين. أما الجزائر والمغرب فأبقيا على نظام تعدد الزوجات لكن قيدها بوجوب استصدار رخصة قضائية بعد توفر مجموعة من الشروط، مما يعني تقييد حرية الزوج في التعدد.

ث- تراجع مركز الولي

بعد أن كانت مجلة الأحوال الشخصية المغربية تشترط الولي بالنسبة للراشدة وغيرها، ألغت دوره في ظل مدونة الأسرة بالنسبة للراشدة وجعلت المادة 24 الولاية حق للمرأة تمارسه حسب اختيارها ومصحتها والمادة 25 نصت على أنه: " للرشيدة أن تعقد زواجها بنفسها...".

وفي القانون الجزائري، كانت المادة 11 من القانون رقم 84-11 تنص على أنه يتولى زواج المرأة راشدة أم قاصرة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له ، أما بعد التعديل فأصبحت ولاية اختيار بالنسبة للقاصرة فقط 2/11 وتم تعديل المادة 13 التي كانت تمنع الولي أبا كان أو غيره عن إجبار من ولايته على الزواج ليقصر هذا المنع على القاصرة بعد تعديل النص الذي جاء فيه: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

أما الراشدة فطبقا للمادة 1/11 المعدلة فتعقد زواجها بنفسها، وتعبّر عن إرادتها في الزواج شخصيا، بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره.

وهذه التعديلات تتماشى مع جاءت به المادة 16 فقرة 1 ب: " من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية، وبوجه خاص من أجل ضمان تساوي المرأة والرجل في حرية الاختيار للزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحرّ والكامل، تلتزم الدول الأطراف بتغيير تشريعاتها وتضمينها في تشريعاتها الخاصة لأن حق المرأة في اختيار زوجها وفي التزوج بحرية هو حق أساسي لحمايتها وكرامتها ومساواتها كإنسان". وبموجب ذلك قد تصدت لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة للولي وإلزاميته في عقد الزواج، فبعد أن كان الولي ركنا في القانون رقم 84-11 أصبح شرط صحة بموجب تعديل ق.أ بالأمر 02-05 (المادة 09 مكرر) ولا يوجد أي مذهب من المذاهب يقول بأن للمرأة أن تختار أي شخص وليا لها في عقد الزواج، حتى عند الحنفية تتولى الراشدة زواجها بنفسها ويقتضى للولي حق الاعتراض على الزواج إن كان الزوج غير كفاء لها أو قدم لها مهرا أقل من مهر مثلها.

الفرع الثاني: في آثار الزواج

أ- المساواة في الحقوق والواجبات وإلغاء واجب الطاعة

بإلغاء المادة 39 من ق.أ.ج بالأمر رقم 05-02 ألقى المشرع واجب طاعة الزوجة لزوجها، وعوضت بالتشاور في تسيير شؤون الأسرة في المادة 4/39 لغرض إلغاء أشكال التمييز ضد المرأة في الحقوق والواجبات، ووضع منهاجا جديدا لتسيير الأسرة يتماشى مع ما تمليه بنود اتفاقية سيداو، وهو بذلك يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي منحت القوامة للرجل بما فيها رئاسة الأسرة. فألغت الجزائر تمييزها بين حقوق الرجل وحقوق المرأة في قانون الأسرة وأصبحت حقوقا وواجبات مشتركة في نص المادة 39 المعدلة التي جاء فيها: "يجب على الزوجين:

- 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،
- 2- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،
- 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الاولاد وحسن تربيتهم،
- 4- التشاور في تسيير شؤون الاسرة وتباعد الولادات
- 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،
- 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحسنى والمعروف،
- 7- زيارة كل منهما لأبويه واقاربه واستضافتهم بالمعروف."

ب- الاتفاقات المالية بين الزوجين

حماية لأموال المرأة والرجل، أدخل المشرع الأسري الجزائري تعديلا على المادة 37 التي جاء فيها: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما". فاحتفظ المشرع بالأصل وهو مبدأ استقلال الذمة، وأضاف حرية عقد اتفاقات مالية بين الزوجين بخصوص الأموال المكتسبة بعد الزواج مع تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما حماية لأموالهما في حالة النزاع أو انحلال الزواج بوفاة أو طلاق.

الفرع الثالث: في فك الرابطة الزوجية

ساوى المشرع التونسي بين المرأة والرجل في فك الرابطة الزوجية في الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية التي جاء فيها أن الطلاق يكون بتراضي الزوجين أو بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر أو بناء على رغبة الزوجة إنشاء الزواج أو مطالبة الزوجة به. وبالتالي لا نجد الخلع في النظام التونسي. ووضع قانون الأسرة الجزائري عدّة صور للطلاق، الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج(المادة 48) والطلاق بالخلع(المادة 54) والتطليق(المادة 53 ق.أ) والطلاق بالتراضي والطلاق للنشوز.

واستجابة لمساعي لجنة القضاء على أشكال التمييز ضد المرأة التي تدعو إلى تكريس المساواة بين الجنسين في ما يتعلق بفك الرابطة الزوجية (المادة 1/16/ج) أدخلت الجزائر تعديلات على المادة 53 من ق.أ. فوسعت من حالات التطليق لتصبح 10 بدلا من 06 حالات في قانون 84-11. وتجدر الملاحظة إلى أن الفقرة الأخيرة من المادة 10/53 وسعت من حالات التطليق بنصها "كل ضرر معتبر شرعا" وبذلك فتح باب التطليق بسبب كل ضرر مادي أو معنوي شرط إثباته، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في فك الرابطة الزوجية بالتطليق. كما قامت بتعديل المادة 54 ونصت على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة زوجها أن تخالع نفسها..." فأصبح الخلع يتم دون موافقة الزوج وهذا بعد أن اختلف القضاء في موافقة الزوج على الخلع قبل التعديل فتضارب أحكام وقرارات القضاء. فجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2011: "الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج" وهو شكل من أشكال رفع التمييز ضد المرأة وتكريس مبادئ المساواة بين الجنسين فأصبح الخلع دون موافقة الزوج يقابل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة.

وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد وسعت من دائرة الضرر الموجب للتطليق في المادة 99: "كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخل بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة مادية أو معنوية تجعلها غير قادرة على الاستمرار في العلاقة الزوجية." وأبقت الخلع بالاتفاق بين الزوجين كأصل عام.

ومن خلال اتفاقية حقوق الطفل بنيويورك سنة 1989 والمادة 16 من اتفاقية سيداو: "في جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول". ويحتاج الطفل رعاية أكثر إذا كان محضونا بعد فك الرابطة الزوجية لذلك نجد أن المشرع أعاد النظر في النصوص النازمة للحضانة المواد (62-72) وتحديد نص المادة 62 حيث أعاد ترتيب الحاضنين: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب ثم الجدة لام ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العم ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". في حين قبل التعديل كانت تنص على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة ثم الأب ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك..". وتقابلها المادة 171 من مدونة الأسرة المغربية. فجعلت مرتبة الأب بعد الأم مباشرة في ترتيب الحاضنين تحقيقا لمبادئ المساواة.

كما تم تعديل المادة 87 من ق.أ. في حكم جديد أين أسندت الولاية للحاضن بمقتضى الفقرة الثالثة فجاء النص كالآتي: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". وفي منح الولاية للحاضن خروج عن أحكام الفقه الإسلامي إذ تبقى عندهم الولاية للأب ولو كانت الحضانة للأم أو غيرها.

والسؤال المطروح ماذا لو كانت الأم كتابية غير مسلمة وكانت حاضنة؟ فالقانون يمنحها حق الولاية أيضا وهذا تناقض مع الثوابت الشرعية التي تشترط الإسلام في الولي على المسلم: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾².

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2011/09/15، ملف رقم 656259، م.م.ع، 2012، ع01، ص.318.

² سورة النساء، الآية رقم 141.

كما تأثرت قوانين الأسرة بالتطورات الطبية والبيولوجية فأخذ بما ذهب إليه الفقه المعاصر والجامع الفقهي من جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي للإنجاب بإضافة المادة 45 مكرّر إلى قانون الأسرة وتقييده بالشروط التي جاء بها الفقه الإسلامي المعاصر، وكذلك جواز إثبات النسب بالطرق العلمية المادة 40 فقرة 2. إضافة إلى تقنين الشهادة الطبية وإلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوص طبية باستحداث المادة 07 مكرّر إلى قانون الأسرة. كما أسلفنا الذكر، فقط تمسكت قوانين الأسرة المغربية بالاجتهاد الفقهي لكن خرجوا عن الآراء الفقهيّة السنية في العديد من الأحكام استجابة لضغط الجمعيات التي تدافع عن حرية المرأة والالتزامات الدولية، وبدا واضحا تأثرها بمبادئ المساواة فخرجت عن أحكام الشريعة الإسلامية في كثير من النصوص، وأبقت على الصداق وموانع الزواج والعدّة وأحكام الميراث المستمدة من الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة

إنّ الوظيفة الأساسية للنيابة العامة هي الدفاع عن النظام العام والمجتمع، فهي الهيئة المخول لها قانونا تحريك الدعوى العمومية، تمثل الدولة وتطالب بتطبيق القانون، تعمل على احترام القانون والدفاع عن المجتمع وحرّيات أفرادها وحماية النظام العام. ولأنّ الأسرة هي اللبنة الأولى لبناء المجتمع فإنها تحظى بحماية الدولة (المادة 1/71 من الدستور). وحرصا على التطبيق السليم للقانون وحسن سير العدالة واستجابة لتوصيات لجنة اصلاح العدالة لسنة 2000 استحدثت المشرع المادة 03 مكرّر التي جاء فيها: "تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون.". ويقابها نص المادة 03 من مدونة الأسرة المغربية. ويعتبر نص المادة 03 مكرّر إجرائيا، ورد في قانون الأسرة دون تفصيل، مما أثار العديد من التساؤلات بسبب الاختلاف في التفسير بين القضاة من محكمة لأخرى وحتى بين الفقهاء. ولفهم دور النيابة العامة يجب بداية الإمام بأدوار النيابة العامة في الدعوى المدنية (المطلب الأول) لفهم تدخلها كطرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أدوار النيابة في الدعوى المدنية بصفة عامة

تتدخل النيابة العامة في الدعوى المدنية إما كطرف أصلي أو طرف منظم طبقا لنص المادة 256 من ق.إ.م.إ¹: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم".

الفرع الأول: النيابة العامة طرف أصلي في الدعوى

من منح القانون للنيابة حق الادعاء أمام القضاء أو الدفاع كطرف أصلي، فيمكنها أن تدعي حقا أو تطلب حمايته. فإذا كانت مدعى عليها فلها حق مناقشة ادعاءات المدعي، لذلك يشترط فيها الصفة والمصلحة حتى تقبل الدعوى طبقا للمادة 13 من ق.إ.م.إ. أمّا المصلحة التي تهدف إلى تحقيقها النيابة العامة فهي الحفاظ على

¹ القانون رقم 08-09، مؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ح، مؤرخة في 2008/04/23، ع21، ص.3.

النظام العام حماية للمجتمع وتحقيقا لمصلحته، وبخصوص الصفة فلها مركز صاحب الحق، ترتدي النيابة العامة ثوب الخصم الشكلي دون أن تعتبر خصما موضوعيا تتصرف في الدعوى باعتبارها حارس الشرعية¹. والقول بأن النيابة العامة طرف أصلي في الدعوى يقصد به أنها خصم، تقف موقف المدعي أو المدعى عليه تتمتع بالحقوق التي يتمتع بها الخصم وعليها ما عليهم من واجبات. وتقف مثلا موقف المدعى عليه في حالة رفعها دعوى التفليس بالتقصير أو التفليس بالتدليس وفي حالة الطعن لصالح القانون². وتكون مدعى عليها حين ترفع ضدها الدعوى مثال ذلك رفع دعوى الجنسية حيث جعلت المادة 37 من قانون الجنسية بعد التعديل النيابة العامة طرفا أصليا.

الفرع الثاني: النيابة العامة طرف منظم في الدعوى

زيادة على تدخلها الأصلي في الدعوى، تتدخل النيابة العامة أيضا كطرف منظم إما انضماما وجوبيا أو اختياريا.

أ- الانضمام الوجوبي

نصت المادة 259 من ق.إ.م.إ على أن ممثل النيابة العامة يكون طرفا منضمما في جميع القضايا التي يوجب القانون إبلاغه بها. وتدخلها كطرف منضم لا يقصد منه أن تنضم إلى أحد الخصوم، بل إن تدخلها في الخصومة هو فقط لضمان تطبيق القانون تطبيقا سليما فتحضر المحاكمة وتبدي الرأي ممثلة للمصلحة العامة دون أن تكون طرفا في الدعوى. وقد أوجب ق.إ.م.إ عرض ملفات بعض الدعاوى على النيابة العامة، وتقديم الملاحظات في كل القضايا التي تبلغ إليها. ونصت المادة 260 من ق.إ.م.إ على القضايا التي يجب فيها إبلاغ النيابة العامة في مدة لا تقل عن 10 أيام قبل الجلسة من أجل إبداء رأيها الكتابي حول تطبيق القانون وكلما وجدت مصلحة عامة كان تدخلها وجوبيا، وتخلفها يعرض الحكم للبطلان.

1- التدخل الاختياري

أو الجوازي، أو الانضمام التلقائي، طبقا للفقرة 9 من المادة 260 من ق.إ.م.إ: "ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضروريا". كما يمكن للقاضي من تلقاء نفسه أن يطلب من النيابة العامة التدخل كطرف منضم طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 260 من ق.إ.م.إ: "يمكن للقاضي تلقائيا أن يأمر ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى". في هذه الحالة، ليس للنيابة العامة رفض طلب المحكمة ويمكنها الاكتفاء فقط بالإشارة إلى أنها اطّلت على الملف دون أن تلتزم بإبداء الرأي.

¹ سي بوعزة إيمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص.40.

² بوشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.161-162.

المطلب الثاني: تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة

بعد تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 تم استحداث المادة 03 مكرّر التي نصت على أنه: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". معنى ذلك أن النيابة لها مركز الخصم في قضايا شؤون الأسرة، فلها أن تقدم طلبات والتمسك بجميع الدفوع، ويمكن لها رفع الدعوى وممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية، وتتقاضى تلقائياً مدعية أو مدعى عليها.

لذلك، يجب تبليغ ممثل النيابة العامة رسمياً بنسخة من العريضة عن طريق كتابة ضبط المحكمة، ويجب ذكر صفته في العريضة، كما يجب على ممثل النيابة العامة حضور الجلسات وتقديم طلباته تحت طائلة بطلان الاجراءات.

والملاحظ أن، المادة 03 مكرر اعتبرت النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع قضايا شؤون الأسرة، مع أنه لا يمكن اعتبارها طرفاً أصلياً بصفة مطلقة، لأن بعض القضايا تكون فيها النيابة العامة طرفاً منضمماً. فهي تتدخل في دعوى سبق رفعها من الأشخاص من أجل إبداء الرأي فيها كتابياً وفي حالة التدخل الوجوبي يجب اطلاعها بالقضية والا كان الحكم باطلاً.

إذن، قصد المشرع اعتبار النيابة طرفاً أصلياً في قضايا شؤون الأسرة إعطاءها مركز الخصم في الدعوى، تتقاضى مدعية أو مدعى عليها، لها ما للخصم من حقوق وواجبات. تبدي طلباتها والتماساتها مكتوبة ويظهر عبارة ممثل النيابة العامة كطرف أصلي في الحكم بعبارة "بمضور النيابة العامة" وفي محاكم أخرى تستخدم عبارة "ضد النيابة العامة" مع أن دورها ينحصر في مراقبة تطبيق القانون وحماية النظام العام.

إذن، يجب إبلاغ النيابة العامة بكل قضايا شؤون الأسرة، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 11 أكتوبر 2006: "يجب إطلاع النيابة العامة على اعتبارها طرفاً أصلياً في قضايا الأحوال الشخصية".¹

بعد كل ذلك، النيابة العامة لا تعد خصماً بالمعنى الحقيقي حيث يكتب في العريضة الافتتاحية بمضور السيد وكيل الجمهورية، وفي الحكم القضائي بمضور وكيل الجمهورية وفي القرارات القضائية بمضور النيابة العامة، فالمقصود هو وجوب تبليغها كما للخصم، وحضورها في الجلسة وتقديم رأيها ومنحها حق الطعن في الأحكام والقرارات.

ويوجد بعض المواد في قانون الأسرة تكون فيه النيابة العامة طرفاً أصلياً فتكون إما مدعية أو طالبة فتمتع بجميع حقوق والتزامات الطرف الأصلي فيمكنها تقديم طلب الحجر طبقاً للمادة 102 وطلب تعيين مقدم إن لم يوجد ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها طبقاً للمادة 99، و طلب تصفية التركة، طلب استصدار حكم بالفقدان أو الوفاة. وحفظاً للنظام العام يمكن للنيابة العامة رفع دعوى بطلان الزواج كحالة وجود مانع من موانع الزواج وفي هذه الحالة تكون طرفاً أصلياً.

¹ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم 401317، م.ق، 2007، ع2، ص489.

الفصل الثاني: دراسات معمقة في بعض أحكام الزواج

الزواج لغة هو الاقتران والاختلاط، واصطلاحا هو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعا، وعرفه قانون الأسرة في المادة 04 المعدلة: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساها المودة والرحمة والتعاون واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب". فاكتمل المشروع بذكر أهداف الزواج. وفي هذا الفصل سيتم الاكتفاء بأحكام الخطبة (المبحث الأول)، ركن الرضا في الزواج بين الاحكام الشرعية والقوانين الوضعية (المبحث الثاني) أهلية الزواج وإشكالاتها القانونية (المبحث الثالث) أوصاف الزواج (المبحث الرابع) اعدد الزوجات (المبحث الخامس) الاجراءات الشكلية والتنظيمية لتوثيق الزواج (المبحث السادس) وأخيرا بعض آثار الزواج (المبحث السابع).

المبحث الأول: أحكام الخطبة

لم تجعل الشريعة الإسلامية للعقود مقدمات، إلا عقد الزواج فقد نظمت المرحلة السابقة له لأهميته وخطورة آثاره ووضعت من الأحكام ما يكفل حقوق كل من الخاطب والمخطوبة، ويجدر التنويه أن الخطبة ليست ركنا للزواج ولا شرطا لصحته ذلك أنه يجوز إبرام عقد الزواج دون أن تسبقه مقدمات. و الخطبة مشروعة بالكتاب والسنة، فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ...﴾¹. ومن السنة النبوية الشريفة، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"². ولفهم الأحكام القانونية المسطرة لمرحلة الخطبة يجب البحث عن المفهوم الخطبة (المطلب الأول) وطبيعتها القانونية (المطلب الثاني) وأحكامها (المطلب الثالث) ثم قواعد الاختصاص والإثبات في الخطبة (المطلب الرابع).

المطلب الأول: مفهوم الخطبة

يشمل مفهوم الخطبة، البحث عن تعريف لها (الفرع الأول) وكذا أنواع الخطبة وشروطها (الفرع الثاني).

¹ سورة البقرة، الآية رقم 635.

² محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، اعنى به أبو عبيدة مشهود بن حسن آل سلمان، حديث رقم 1022، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004، ص.432.

الفرع الأول: تعريف الخطبة

من الفقه القديم اخترنا تعريف ابن عابدين من الحنفية: "الخطبة بكسر الخاء هي طلب التزوج"¹ وتعريف المالكية بقول القرطبي: "الخطبة بكسر الخاء فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول"². وعرفها الشافعية بأنها: "التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة"³ والحنابلة: "خطبة الرجل المرأة لينكحها"⁴. ومن الفقه الحديث عرفها وهبة الزحيلي بأنها إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أو وليها بذلك⁵. من التعاريف أعلاه نلاحظ بأن تعريف المالكية والحنفية شامل لخطبة الرجل والمرأة، ويمكن لنا تعريف الخطبة بأنها: "التماس الزواج ممن يحل للخاطب شرعا"⁶ هذا التعريف جامع يشمل خطبة الرجل والمرأة والخطبة المشروعة فقط أي عدم اشتمال الخطبة على موانع الزواج.

لأنه يجوز للمرأة أو وليها خطبة الرجل، فقد عرض سيدنا شعيب احدى ابنتيه على موسى عليه السلام، ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾⁷. وكذلك خطبة خديجة بنت خويلد رضي الله عنها للرسول محمد ﷺ.

وفي النصوص القانونية، لم يعرف المشرع الجزائري الخطبة بل بيّن طبيعتها القانونية في الفقرة الأولى المادة 05 من ق.أ: "الخطبة وعد بالزواج".

وعرفها المشرع التونسي في الفصل الأول: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به. أما المدونة المغربية فقد عرفت الخطبة في المادة 1/05: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج". فالخطبة مجرد وعد بالزواج غير ملزم، ولو تم تقديم الصداق والمهدايا واقتربت بالفاتحة فإنها لا تعد زواجا، ولا تبيح شيئا مما هو مباح في الزواج.

الفرع الثاني: أنواع الخطبة وشروط صحتها

أولا: أنواع الخطبة

يمكن أن تكون الخطبة صريحة كما يمكن أن تكون بالتعريض:

¹ ابن عابدين محمد امين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الوجود وعلي محمد عوض، ج4، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، الرياض، 2003، ص.66.

² الخطاب الرعيبي أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، ج5، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، د.س.ن، ص.25.

³ الشريبي شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج على معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ج3، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص.183.

⁴ ابن قدامي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلون كتاب النكاح، ج9، ط3، دار عالم للكتب، الرياض، 1997، ص.567.

⁵ وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، 2000، ص.50.

⁶ بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019، ص.18.

⁷ سورة القصص، الآية رقم 27.

أ- الخطبة بالتصريح: أن يذكر كلاما صريحا لا يدع أي شك على مقصود صاحبه منه، فيقصد به مباشرة طلب الزواج، باستخدام ألفاظ ما تدلّ عليه كأن يقول أريدك زوجة لي أو أرغب في التزوج بك وغير ذلك.

ب- الخطبة بالتعريض: فيقصد بالتعريض الكلام الذي يحتمل معنيين، معنى خفي ومعنى ظاهر غير مقصود، كأن يقول الخاطب إنك امرأة صالحة أو من يجد مثلك أو رُبّ طالب لك وغيرها من الجمل التي يفهم منها معنى الخطبة¹.

ثانيا: شروط الخطبة

وضع الفقه بعض الشروط للخطبة، وخصها بالمخطوبة وسنقتصر على أهمها، وهي خلو المخطوبة من الموانع الشرعية للزواج (أ) وألا تكون مخطوبة للغير (ب).

أ- الخلو من الموانع الشرعية

بمعنى، يجب ألا تكون بالمخطوبة موانع مؤبدة كالأخت والحالة والعمة أو موانع مؤقتة كالمحصنة والمعتدة. فلا تحل خطبة معتدة الغير سواء من وفاة أو طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى لا بطريق التصريح ولا التعريض، واستثنى الفقهاء حالة واحدة هي المعتدة من وفاة فإنه تباح خطبتها بطريق التعريض فقط ولا يجوز التصريح لها بالخطبة². لأن العلاقة الزوجية قد انقطعت بالوفاة واكتفى النص على التعريض أو التلميح لما في التصريح من احترام لمشاعر المرأة وهي في فترة عدّة وحزن لوفاة زوجها.

ب- ألا تكون مخطوبة للغير

لا يجوز خطبة المرأة المخطوبة للغير لما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحطب أحدكم على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه حتى يأذن له"³. لما في ذلك من اعتداء على هذا الغير مما ينتج عنه البغضاء والعداوة. مع ملاحظة أن عقد الزواج الذي يبرم مع مخطوبة الغير هو عقد صحيح مرتب لآثاره القانونية مادام استوى ركنه وشروط صحته، ويبقى الشخص آثما آخرويا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة

الخطبة ليست عقدا ملزما، وأقصى ما تؤديه إذا تمت أن تكون وعدا ليس له قوة الإلزام عند جمهور الفقهاء، خلافا للإمام مالك في بعض أقواله: أما الوعد فهو ملزم ويقضى به في كل الأحوال⁴ لقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁵.

¹ عبد الفتاح تقيه، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص.83.

² عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنش والتوزيع، الكويت، 1990، ص.20.

³ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحد التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص.29.

⁴ مصطفى راتب أحمد علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، 2016، ج4، ع31، ص.1884.

⁵ سورة الإسراء، الآية رقم 34.

ولا أدل على عدم إلزاميتها النص على حق العدول، أما التعويض المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 05 من ق.أ.ج فيكون عن إلحاق الأضرار بالطرف الآخر وليس عن فعل العدول في حد ذاته.

فالخطبة ليست عقدا، والخاطب والمخطوبة أجنبيان عن بعضهما وكل علاقة جنسية في هذه المرحلة تعتبر زنا بالمعنى الشرعي، والنسب الناتج عنها هو ابن زنا. وأكدت المحكمة العليا ذلك في عدة قرارات لها أن الخطبة مجرد وعد، منها القرار الصادر بتاريخ 17 مارس 1992: "الخطبة هي وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها". وهي وعد من نوع خاص لا ينطبق عليه احكام المادة 71 و 72 من القانون المدني، كما لا يمكن للقاضي اجبار الخاطب على إبرام عقد الزواج.

وقرر الفقه الفرنسي أيضا بأن الخطبة ليست عقدا لأن العقد في جوهره ملزم للطرفين، في حين ان الخطبة توجب ترك حرية في الزواج¹، فهي مجرد إعلان نية لزوجي المستقل²، رغم وجود رأي آخر من قبل رأى أن طلب الزواج من شخص وموافقة الآخر على الخطبة يعتبر عقدا على اعتبار أن المراكنة بين الخاطبين وما يجري بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد³ مما يجعله ملزما لأطرافه التزاما بعمل وهو إبرام العقد الموعد له، فإذا نكل أحد الخاطبين اعتبر مخلا بالتزامه، ولما كان التنفيذ العيني مستحيلا لاصطدامه بالحرية الشخصية اقتصر الأمر على التعويض استنادا إلى نص المادة 1231-1 من القانون المدني الفرنسي⁴.

وقد أخذ اتجاه من القضاء المصري بهذا الرأي، فاعتبر أن الخطبة عقد يسبق الزواج لا يتم فسخه إلا بمبرر مقبول، وفي حالة انتفاء المبرر لا يمكن إلزام الخاطبين على إبرام عقد الزواج، وإنما إلزام الطرف العادل بتعويض الطرف الآخر عن الأضرار التي لحقت من هذا العدول⁵.

لكن، اعتبار الخطبة عقدا لا يتناسب مع تعريفها الشرعي " التماس النكاح"، فلا يمكن أن تشكل المراكنة تراضي على الزواج لأن الرضا تكون صيغته منجزة.

وتنص المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج..."، وأضافت المادة 06: "يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على الزواج، ولكل من الطرفين حق العدول عنها".

¹ Philippe MALAURIE & Laurent AYNES, LA FAMILLE, 3^e édition, DEFRENOIS

Lextenso éditions, 2008, p.77.

² Yvaine BUFFELAN-LANORE & Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civile, 17^e édition, p.SIREY, 2011, p.540.

³ بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص.53.

⁴ نصت المادة 1231 من القانون الفرنسي على التعويض في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر في التنفيذ:

"Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure"; Ordonnance n° 2016-131, du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 .

⁵ إلياس مسعود نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص.30.

كذلك نص الفصل الأول مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواجا ولا يقضى به"؛ ونصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا تكون زواجا".

فالخطبة بمفهومها التماس النكاح تبقى مجرد وعد غير ملزم ولو اقترنت بالفاتحة طبقا للمادة 06 المعدلة في فقرتها الأولى: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا." فلا يغير تلاوة الفاتحة في الخطبة من طبيعتها القانونية. وفي فقرة ثانية من نفس المادة أضاف المشرع: "غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعتبر زواجا". فالمشرع ركز على تكوين مجلس العقد لانعقاد الزواج وهو الرضا من الزوجين وشروط الزواج الموضوعية، ومن ثم إذا اقترن بالفاتحة عُدَّ زواجا شرعا وقانونا ويمكن إثباته أمام المحكمة (المادة 22 من ق.أ).

فالعبرة إذن، بركن الزواج وشروطه الموضوعية، أما الخطبة فلا ترتب أي أثر من آثار الزواج وقراءة سورة الفاتحة في الخطبة لا يغير من طبيعتها فتبقى مجرد وعد غير ملزم¹. كما أن تخلف الفاتحة عن مجلس عقد الزواج لا يؤثر في صحته فهي ليست ركنا ولا شرطا وإنما فقط لتبركة الزواج. ونظرا لارتفاع حالات الزواج بالفاتحة والطرح المتكرر لملفات إثباته أمام القضاء، أصدرت وزارة الشؤون الدينية تعليمة في 2005 تمنع فيها الاثمة من قراءة الفاتحة دون تمام العقد المدني².

ولم يميز المشرع المغربي بين اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد من عدمه، إذ أدخل الفاتحة في حكم الخطبة التي لا ترقى إلى درجة عقد الزواج (المادة 05 من مدونة الأسرة). أما مجلة الأحوال الشخصية فلا تعترف بالزواج بالفاتحة ولا حتى بمجلس العقد الذي يتم دون استيفاء الشروط الشكلية.

المطلب الثالث: أحكام الخطبة

من أهم أحكام الخطبة مسألة النظر إلى المخطوبة والاختلاء بها (الفرع الأول) وحكم النسب الناتج في هذه المرحلة (الفرع الثاني) ثم العدول وآثاره القانونية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: النظر إلى المخطوبة والاختلاء بها

أولا: النظر إلى المخطوبة

من الأحكام التي أهمل تنظيمها قانون الأسرة، مسألة النظر إلى المخطوبة، فيُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 منه، ومعلوم أنّ الفقه اتفق على مشروعية نظر الخاطب إلى خطيبته والعكس صحيح، لكن اختلف في مقدار وحدود هذا النظر، فروي عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: "إذا

¹ قبل تعديل قانون الأسرة بالأمر 05-02 استقر القضاء الجزائري على أن اقتران الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافرت أركانه؛ م.ع، غ.أ.ش، 1995/04/04، ملف رقم 111876، م.ق، 2001، عدد خاص، ص36.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.147.

خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ" فقال: فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت ما دعاني إلى نكاحها (وتزوجتها) فتزوجتها¹.

وفيما رواه الترمذي عن بكر بن عبد الله المنزلي عن المغيرة بن شعبة، أنه خطب امرأة فقال النبي ﷺ: "انظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُؤَدِمَ بَيْنَكُمَا"².

فالأحاديث الشريفة لم تبين مواضع النظر ولا حدوده، لذلك اختلف الفقهاء في شأنه، والزاجح هو قول المالكة والشافعية بجواز رؤية الوجه والكفين، شرط أن يكون بإذنها وقول الشافعية بجواز رؤية الوجه والكفين بأولوية النظر بإذنها³.

ثانيا: الاختلاء بالمخطوبة

بما أن الخطبة عبارة عن وعد بالزواج، فلا تبيح شيئا مما يبىحه عقد الزواج، فتبقى المخطوبة أجنبية عن خاطبها ولو قدم لها المهر، بل ولو تم قراءة الفاتحة في الخطبة دون مجلس عقد، كما سبق بيانه. لذلك يحرم عليهما الاختلاط ومتى أراد النظر إليها فلا يجوز لهما النظر في خلوة بل بحضور محرم للمخطوبة. لأن الإسلام ينهى عن الخلوة بالمرأة لما روي عن جابر أن النبي ﷺ قال: "لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم"⁴. وهذا النهي لما قد يترتب عن الخلوة من علاقات محرمة التي قد تصل إلى حد المواقعة الجنسية والتي تعتبر زنا في الشريعة الإسلامية. ومع تطور وسائل الاتصال ذاع ما يعرف بالخلوة الإلكترونية، التي تتم عن طريق الوسائل المكتوبة أو عن طريق الصور المتحركة باستعمال كاميرات وسائل الاتصال التفاعلية أو ما يعرف بمؤتمر الفيديو، وآثارها تختلف أن آثار الخلوة الشرعية، ولا ترتب أي أثر ولو كانت بعد إبرام العقد، ولا حماية للمخطوبة في هذه الحالة، وهي محرمة لما قد ينتج عنها من فتن وإتيان للمحظور.

الفرع الثاني: حكم النسب الناتج في مرحلة الخطبة

يمكن أن يترتب على الخلوة بالمخطوبة إمكانية الاتصال الجنسي، الذي قد يسفر عن ولادة طفل لامرأة من رجل أجنبي عنها لا يربطهما عقد زواج، ويأخذ نسب ابن الزنا فينسب لأمه. وهذا حكم الإسلام وقوانين الأسرة العربية، إلا أن المشرع المغربي جاء بحكم خاص في المادة 156 من مدونة الأسرة أين ألحق النسب

¹ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997، ص.391.

² الترمذي الحافظ محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، باب ما جاء في المصومين، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.س.ن، ص.257.

³ أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب الرعيبي)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب النكاح، دار عالم الكتب، د.س.ن، ص.21؛ الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج5، باب في النكاح، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن، ص.215.

⁴ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا يخلون رجل بامرأة الا ذو محرم والدخول على المغيبة، ط1، دار بن كثير، دمشق، 2006، ص.1333.

بالخاطب في حالة حمل المخطوبة من خاطبها بنصه: "إذا تمت الخطوبة، وحصل الإيجاب والقبول وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل بالمخطوبة، ينسب للخاطب للشبهة إذا توفرت الشروط التالية:

- أ- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتيهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء؛
- ب- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة؛
- ج- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منهما

تتم معاينة هذه الشروط بمقرّر قضائي غير قابل للطعن.

إذا أنكر الخاطب أن يكون ذلك الحمل منه، أمكن اللّجوء إلى جميع الوسائل الشرعية في إثبات النسب". فالمرشع المغربي تكلم عن نسب في مرحلة خطبة، واستعمل مصطلحي المخطوبة والخاطب وفي نفس الوقت يشترط حصول الإيجاب القبول الذي يختص به عقد الزواج، ووجود ظروف قاهرة تمنع من توثيق الزواج، فالحقيقة أن صياغة النص تحمل العديد من التناقضات، لذلك فهو بحاجة إلى توضيح العلاقة بين الرجل والمرأة هل هي مجرد خطبة أم أنها زواج غير مسجل.

الفرع الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره القانونية

أولاً: حق العدول

العدول عن الخطبة هو رجوع الخاطب أو المخطوبة أو كلاهما عن رغبتهما في الزواج، بمبرّر أو بدون مبرّر، ولو اقترنت الخطبة بالفاثحة دون مجلس عقد، لافتقارها لقوة الإلزام، وأجمع الفقهاء على جواز العدول عن الخطبة لأنه لو ألزم الخاطب بخطبته كان في ذلك حمل له على العقد، وإن كان في بعض الأقوال المروية عن الإمام مالك أنه ملزم.

إلا أنه لا يلزم الوفاء بالوعد في الخطبة لأن الوفاء بهذا الوعد يفضي إلى أن يبرم عقد الزواج مع شخص غير راض به وليس للقضاء سلطان الإكراه على هذا العقد الخطير¹.

وفي القانون، العدول حق نص عليه المرشع الجزائري في لفقرة 02 من المادة 05 من ق.أ : "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة". والمادة 03 مدونة الأسرة المغربية والفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. وأكدت قرارات المحكمة العليا على حق العدول في قراراتها، من ذلك القرار الصادر بتاريخ 07 مارس 1992 جاء فيه : "من المقرر شرعا وقانونا أنّ الخطبة هي وع بالزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها..."².

فالخطبة ليست عقدا ولا تلزم أحدا من أطرافها بإتمام الزواج، ولا يمكن اللّجوء إلى القضاء والمطالبة بإتمام العقد لأن ذلك يتعارض مع حرية الزواج ورضائيته.

ثانياً: آثار العدول عن الخطبة

¹ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن، ص.35.

² م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 17/03/1992، ملف رقم 81129، م.ق، 1994، ع3، ص.62.

إنّ مرحلة الخطبة في الأعراف العربية وجدت لتعارف الخاطبين وعائلتيهما، والتحضير للزواج، فمن الوارد تبادل الهدايا وأيضا يمكن أن يمنح للمخطوبة صداقها في هذه المرحلة، لذلك يتوجب دراسة مصير الهدايا(أ) ثم الصداق(ب) وكذلك التعويض(ت).

أ- مصير الهدايا

غالبا ما يتم تبادل الهدايا في فترة الخطبة تعبيرا عن الاهتمام وصدق المشاعر، وفي حالة العدول كثيرا ما تتور نزاعات حول مسألة استرداد الهدايا المقدمة في فترة الخطبة. واختلف الفقه في مسألة ردّ الهدايا في حالة العدول عن الخطبة، فبالنسبة للحنابلة تأخذ الهدية حكم الهبة ولا يحق الرجوع في الهبة إلا للأب وحده، وبالتالي ليس للخاطب الرجوع في شيء مما أهداه سواء كانت قائمة أو هالكة¹. وقال الحنفية أن هذه الهدايا تعدّ هبة، يجوز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع كالهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها، ولا فرق بين ما إذا كان الرجوع من الرجل أو المرأة². أما الشافعية فلم يفرقوا أيضا بين ما إذا كان العدول من المخطوبة أو من الخاطب فالمهدي له أن يسترد هديته كاملة، فللخاطب استرداد ما قدمه من هدايا إن كانت قائمة وإن هلكت فيسترد قيمتها أو مثلها ففي جميع الحالات لا مبرر للاحتفاظ بها³.

وكان للمالكية رأي مختلف، حيث ميزوا بين ما إذا كان العدول من الخاطب أو من المخطوبة، فإذا كان العدول من جهة المخطوبة فله استرجاع ما أهداه إليها ومطالبتها برده، أما إذا كان العدول من جهة الخاطب فلا رجوع له عليها، وفي الحالة التي يكون له حق في استرجاع ما أهداه، فإنه يأخذه بعينه إن كان موجودا، وإذا ضاع ما أهداه أو استهلكه فالقاعدة في الضمان تقضي بأن يسترد مثلها إن كانت مثلية أو قيمتها إن كانت قيمة⁴. بمعنى الطرف الذي يتسبب في العدول لا يسترد ما أهداه للطرف الآخر وعليه أن يرد له ما قدم له من هدايا إن كانت قائمة أو مثلها أو قيمتها إن استهلكت.

فكان الرأي المالكي أكثر تجسيدا لمبادئ العدالة، من حيث أن الطرف العادل هو من يتحمل خسارة الهدية. وبهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري في الفقرتين 03 و04 من المادة 05 المعدلة من قانون الأسرة التي جاء فيها: "لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته."

وهذا التعديل جاء تحقيقا لمبادئ المساواة بين المرأة والرجل في استرداد الهدايا، فقبل التعديل كان ينص على حق الخاطب في استرداد الهدايا ولم ينص على حق المخطوبة في استردادها بل نص على ردّها الهدايا فقط،

¹ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.306

² بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.306.

³ خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص.58.

⁴ الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، مؤسسة الريان، دون بلد، د.س.ن، ص.504

كما أنه كان مقتصرًا على ردّ الهدايا التي لم تستهلك فقط وأهمّ قيمة الهدية المستهلكة. وتزداد أهمية التعديل مع ارتفاع قيمة الهدايا المقدمة في فترة الخطبة، ومبادرة المرأة أيضًا بتقديم الهدايا للخطاب فكان النص في ثوبه الحالي أكثر ملاءمة للتطور الاجتماعي.

ومع ذلك، يبدو أنّ المشرع كان منحازًا لكفة المرأة حين نص في الفقرة 3 على أنه لا يسترد الخطاب من المخطوبة شيئًا مما أهداها إن كان العدول منه في حين لم ينص على ذلك في الفقرة 4 أين نص على حالة العدول من المخطوبة بمعنى، لا يوجد نص يمنع المخطوبة من استرداد الهدايا التي قدمتها لخطابها إذا كان العدول منها. وللقضاء الجزائري عدة تطبيقات في قضايا الهدايا نذكر منها القرار الصادر 23 أبريل 1991 جاء فيه: "من المقرر شرعًا وقانونًا، أنه لا يسترد الخطاب شيئًا مما أهداه إن كان العدول منه، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه يتناقض الأسباب غير سديد يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج والدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون.¹ وفي قرار آخر بتاريخ 13 جويلية 1993 جاء فيه: "من المقرر قانونًا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج، أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها...".²

وبالمذهب المالكي أيضًا اقتدى المشرع المغربي في مسألة الهدايا في المادة 08 من مدونة الأسرة: "لكل من الخطاب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من الهدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال."

وهو نفس موقف المشرع التونسي حيث نص في الفصل 02 من مجلة الأحوال الشخصية: "لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، ما لم يكن العدول من قبله أو وجد شرط خاص". فقيّد حق استرداد الهدايا بعدم العدول من قبله وعدم وجود شرط يقضي بعدم استرجاع الهدايا في حالة عدول الطرف الآخر.

ويجدر التنويه، إلى حالة انتهاء الخطبة بوفاة أحد الخطابين، التي أهملت تنظيمها التشريعات المغاربية، انقسم الفقه القانوني بشأنها، حيث ذهب بعضهم إلى القول بأن حق استرجاع الهدايا مرهون بمسألة العدول عن الخطبة، فإذا توفي الخطاب قبل أن يصدر عنه أي عدول كان من حق ورثته المطالبة باسترجاع تلك الهدايا التي قدمها مورثهم لخطيبته لأن الزواج لم يتم لسبب خارج عن إرادة الخطاب المتوفى وكان هذا موقف محكمة التعقيب التونسية، ورأي آخر قال بعدم أحقية الورثة في استرجاعها لأن حكمها حكم الهبة والوفاء مانع من الرجوع فيها.³ والراجح هو عدم أحقية الورثة في المطالبة في الهدايا بعد وفاة مورثهم لأن العدول غير إرادي من الطرف الآخر في حالة الوفاة.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم 73919، م.ق، 1993، ع2، ص.58.

² م.ع، غ.أ.ش، 1993/07/13، ملف رقم 92714، م.ق، 1995، ع1، ص.128.

³ خدام هجيرة، المرجع السابق، ص.63.

ثانيا: مصير الصداق

إن ما يقدم في فترة الخطلة على أنه صداق يجب أن يردّ للخاطب بعد العدول، لأن المهر شرط من شروط الزواج، وإذا لم يتم الزواج فلا يُستحق، ويرد بذاته إن كان قائما، أو بمثله أو قيمته إن هلك أو استهلك¹. وفي قانون الأسرة الجزائري، الصداق شرط من شروط صحة عقد الزواج (المواد 09 مكرّر، 14، 15، 16، 17 من ق.أ.ج) لكن قد يمنح الخاطب الصداق للمخطوبة قبل إبرام عقد الزواج، ولا يوجد نص في قانون الأسرة الجزائري عن مصير الصداق إذا تم عدول. لذلك يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222) فإذا حدث عدول سواء من الخاطب أو من المخطوبة ودون النظر إلى الأضرار الناتجة عن العدول وإلى المتسبب في العدول، فعلى المخطوبة ردّ الصداق كاملا إلى الخاطب، لأن عقد الزواج لم يتم والصداق هو حق للزوجة المدخول بها كاملا، وتستحق المطلقة قبل الدخول نصفه (المادة 16 من ق.أ.). أما المخطوبة فلا تستحق شيئا من الصداق سواء كان العدول منها أو من الخاطب، وحتى في حالة وفاتها يسترد الخاطب الصداق كاملا وفي حالة وفاة الخاطب فإنه يحق لورثته المطالبة باسترداد الصداق لأن الصداق شرط من شروط الزواج ولا علاقة له بالخطبة. وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 13 جويلية 1993: "من المقرر قانونا أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد ما لم يستهلك من هدايا وغيرها، ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول."².

ونفس الحكم بالنسبة للمشرع التونسي على مصير الصداق في حالة العدول عن الخطبة، لم يحدد أيضا ما هو المصدر الذي يلجأ إليه القاضي في حالة غياب النص التشريعي، فقامت محكمة التعقيب بسدّ هذا الفراغ بتاريخ 1970 "كل ما يعتبره العرف جزءا من المهر لا يأخذ حكم الهدية التي يقدمها الخطيب من تلقاء نفسه توددا ومجاملة، وتأسيسا على ذلك يتوجب على قضاة الموضوع التعرف على نوع الأشياء التي يقدمها الخطيب هل هي من قبيل المهر أم الهدية."³.

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

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.37.

² م.ع، غ.أ.ش، 13/07/1993، ملف رقم 92714، م.ق، 1995، ع.1، ص.128.

³ محكمة التعقيب التونسية، 14/04/1970، رقم 6924، نقلا عن بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.159.

ثالثاً: التعويض عن الأضرار المصاحبة للعدول

أ- أساس التعويض في العدول عن الخطبة

لا نجد للتعويض عن الأضرار المصاحبة للعدول عن الخطبة أثر في كتب الفقه الإسلامي القديم، وهذا راجع لعدة أسباب منها، اختلاف الحياة الاجتماعية والأعراف والعادات في عصرهم عن هذا العصر لاعتبارهم أن الزواج لا يقوم إلا بالرضا الكامل وأن التعويض لا يكون إلا لسبب من أسباب الالتزام¹، فكانت الخطبة قائمة آنذاك على الصدق والأمانة، إضافة إلى أن المال لا يمكن أن يعوض الإساءة إلى الأشخاص في كرامتهم وسمعتهم. وبالنسبة للفقه الإسلامي الحديث فقد اختلف في شأن استحقاق التعويض عن أضرار العدول عن الخطبة وهذه أقوال الفقهاء في ذلك:

- 1- **الرأي الأول:** للشيخ محمد بخيت المطيعي مفتي الديار المصرية، يرى بأنه لا تعويض في حالة العدول عن الخطبة لأن العدول حق مأذون للخطاب، ولأن الإذن الشرعي ينافي الضمان².
 - 2- **الرأي الثاني:** للشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر سابقاً، العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر من غير تفصيل في ماهية الضرر³.
 - 3- **الرأي الثالث:** قال به الشيخ محمد أبو زهرة، وهو أن العدول يستوجب التعويض إذا ترتب عنه ضرر مادي، أما مجرد العدول أو الأضرار المعنوية فلا تعويض عنهما⁴.
 - 4- **الرأي الرابع:** وهو للأستاذ مصطفى السباعي، والسنهوري وأغلب الفقهاء المعاصرين الذين قالوا بوجوب التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية إذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الحاصل، طبقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار وأن الضرر يُزال. أما إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة سبب في الأضرار الناتجة فلا يلزمه التعويض عنها⁵.
- وسايرت التشريعات الحديثة هذا الرأي الأخير، فنصت على تعويض الأضرار المعنوية والمادية، كما أنّ هذا الرأي ميّز بين حدوث الضرر بتدخل من أحد الطرفين فهنا يلزم بالتعويض، وبين حدوث الضرر دون تدخل له فلا تعويض في هذه الحالة.
- وتبنت التشريعات فكرة التعويض عن الأضرار المصاحبة للعدول عن الخطبة جبراً للضرر، على أن يتأسس بناء على قواعد المسؤولية التقصيرية، مع أنه يجب التمييز بين نوعين من الضرر في هذا الشأن:
- ضرر ينشأ وللخطاب دخل فيه غير العدول عن الخطبة، وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فحينئذ يحكم بالتعويض.

¹ بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.167.

² الحموي أسامة محمد منصور، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2001، مجلد 27، ع3، ص.432.

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.16.

⁴ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.37.

⁵ الحموي أسامة محمد منصور، المرجع السابق، ص.429 وما بعدها.

- وضرر ينشأ عن مجرد العدول في الخطبة، بدون أن يكون لمن عدل دخل فيه، وهذا لا يستوجب الحكم بالتعويض¹.

وفي القانون الجزائري نصت الفقرة 03 من المادة 05 من ق.أ على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". ما يستفاد منه أن مجرد العدول لا يترتب عنه التعويض أما إذا صاحب هذا العدول ضرر للطرف الآخر هنا جاز له طلب التعويض. الملاحظ أن المشرع رتب التعويض عن الضرر الناشئ عن العدول مباشرة وليس على الأفعال التي للخاطب دخل فيها غير العدول كالتشهير بالمخطوبة وغيرها. وهو ما تجنبتة مدونة الأسرة المغربية بنصها في المادة 07: "مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض".

غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض. " فقد وفق المشرع المغربي في صياغته لهذا النص، إذ ومتى صدر من أحد الطرفين فعل أو تصرف ألحق ضررا بالطرف الآخر، ثم اختار التراجع عن الخطبة، أمكن للمتضرر مطالبته بالتعويض طبقا للقواعد العامة كأن يحمل الخطيب خطيئته على ترك الدراسة أو الاستقالة من وظيفتها ثم يقوم بالعدول عن الخطبة دون سبب أو أن تحمله هي على تغيير مهنته أو إنفاق مصاريف لكراء وتأثيث محل ثم تراجع عن الخطبة دون سبب². وكذلك القضاء المغربي أثناء تطبيقه للنص القانوني ربط إمكانية التعويض بإتيان أحد الخاطبين أفعالا تسبب الضرر للآخر وهو ما جاء في حكم عن محكمة الحسيمة بتاريخ 07 يوليوز 2008: "...وحيث إن التراجع عن الخطبة لا يترتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من أفعال المتراجع عن الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة...وحيث أنه لم يثبت للمحكمة من خلال اطلاعها على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية، ما عدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سالفًا."³.

ولم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية نصا بخصوص التعويض في العدول عن الخطبة، ولأنها وعد غير ملزم، والعدول حق للطرفين، فإنه يمكن التعويض إذا ثبت تعسف في استعمال هذا الحق. وكان هذا موقف القضاء التونسي في قرار تعقيبي بتاريخ 03 مارس 1959 جاء فيه: "إن الوعد بالزواج وإن كان غير ملزم بإتمامه لكنه من قبيل الحق الذي ينبغي عدم إساءة استعماله تمكن من حق المطالبة بجبر الضرر على قاعدة الجنحة المدنية لا المطالبة بغرم ناتج عن عدم الوفاء بالالتزام."⁴.

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.34.

² عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص.36.

³ قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، رقم 503 بتاريخ 07/07/2008، ملف رقم 07/651، غير منشور، نقلا عن ادريس الفاحوري، المرجع السابق، ص.33.

⁴ محكمة التعقيب، رقم 1556، بتاريخ 03/03/1959، مجلة القضاء والتشريع، 1959، ع6، ص.30 نقلا عن ساسي بن حليلة، المرجع

السابق، ص.36.

والتعويض عن الضرر المصاحب للعدول عن الخطبة يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، هذا ولم يضع المشرع معايير للضرر المادي والمعنوي فترك ذلك لتقدير قضاة الموضوع.

ولم تثر مسألة التعويض في حالة العدول عن الخطبة أمام القضاء المصري إلا بعد أن استقدمت القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية، فانقسم القضاء فيها أول الأمر إلى فريقين، فريق يرى بوجوب التعويض محاولاً جعل الخطبة اتفاقاً ملزماً باعتباره التزام كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت اللازم ومن ثمّ يكون العدول عن الوفاء بهذا الالتزام موجبا للتعويض عن الضرر المادي والأدبي إلا إذا أثبت سبباً معقولاً لعدوله. ويرى فريق آخر أن العدول حق لا يوجب التعويض، لكن مسلك الفريقين فيه نوع من المغالاة، فالأول يتنافى مع الطبيعة غير العقدية للخطبة وإكراهه على الزواج، والثاني لم يلتفت إلى أن حق العدول قد يساء استعماله فيترتب عنه الضرر أو ينضم إليه أمور أخرى يتسبب عنها الضرر¹.

وقد انتهى القضاء في مصر على قول السنهوري: إلى المبادئ الثلاثة الآتية:

- 1- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- 2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجبا للتعويض.
- 3- إذا اقتزن العدول عن الخطبة بأفعال ألحقت ضرراً بأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض².

ب- أنواع الاضرار المصاحبة للعدول عن الخطبة

- 1- **الضرر المادي:** هو الذي يمس بمصلحة مالية داخلية ضمن الذمة المالية للمتضرر، ويكفي إثبات تحقق الضرر وعلاقته السببية بالخطأ حتى يلزم من صدر منه بالتعويض وعلى القاضي ان يبين ذلك بوضوح في حكمه. وغالبا ما تكون الأضرار المادية المصاحبة للعدول عن الخطبة متعلقة بالتحضير للزواج، كإنفاق مبالغ كبيرة في إعداد الجهاز، كراء قاعة الحفلات، إيجار الشقة وفرشها كما يعتبر ضرراً مادياً طلب الخاطب من خطيبته الاستقالة من وظيفتها وتنفيذها لذلك.
 - 2- **الضرر المعنوي:** هو الأذى الذي يلحق بغير ماديات الإنسان فيمس مشاعره وأحاسيسه وبعاطفته أو بنفسيته أو بمكانته المهنية أو الاجتماعية، محدثاً لديه آلاماً نفسية أو شعوراً بالانتقاص من قدره. ومن أمثلة الضرر المعنوي طول أمد الخطبة الذي يفوت على المخطوبة فرصة الزواج برجل آخر، التشهير وكثير الاشاعات التي تؤذي أحد الخاطبين وتسيء إلى السمعة...
- ونصت المادة 182 مكرر من القانون المدني المستحدثة بالقانون 05-10 على يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ت- شروط استحقاق التعويض

التعويض ليس إكراهاً على إتمام العقد وإنما هو جبر للضرر، لذلك يشترط لاستحقاقه:

¹ مصطفى راتب حسن علي، المرجع السابق، ص. 1905.

² عبد الفتاح تقي، المرجع السابق ص. 93.

- أن لا يكون لمن عدل مبرّر شرعي، فإذا كان له مبرّر للعدول فلا يعتبر مرتكباً للخطأ الذي يعتبر ركناً للمسؤولية، كأن يكتشف أحد الخاطبان وجود مانع من موانع الزواج.

- أن يتعسف العادل في استعمال حقه، لأن العدول حق له، فإحداث الضرر للطرف الآخر هو الموجب للتعويض، كأن يقوم بأفعال وأقوال من شأنها الإساءة للطرف الآخر.

ث- سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة

نص المشرع الجزائري في المادة 05 من ق.أ.ج على حق الطرف المضرور من العدول عن الخطبة في طلب التعويض جبراً للضرر الذي أصابه نتيجة المساس بمصلحة مشروعة أو حق من حقوقه ذات طبيعة مادية أو معنوية، دون أن يضع معايير لتقدير هذا التعويض ولا طريقة حسابه ولا تحديد شروطه، فهو ليس بتعويض قانوني ولا تعويض اتفاقي بل هو تعويض قضائي يخضع لسلطة تقدير القاضي المنوط به تحديد مقدار وطريقة دفعه استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية.

ولم يحدّد قانون الأسرة كيفية تقدير التعويض عن الضرر المادي، لكن بالرجوع إلى المادة 132 من ق.م: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصحّ أن يكون التعويض مقسّطاً، كما يصحّ أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

إذن، التعويض القضائي الأصل فيه أن يكون أن مقدراً بالنقد، وبناء على طلب المضرور يمكن للقاضي أن يأمر بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، ويكون التنفيذ العيني بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وإذا رأى القاضي أن التنفيذ العيني غير ممكن قضى بالتعويض بمقابل، وهو الغالب في دعاوى التعويض عن العدول عن الخطبة، كإيجار شقة وفرشها أو شراء الجهاز استعداداً للحياة الزوجية فهنا يتعذر التنفيذ العيني، لذلك يحكم القاضي بالتعويض النقدي.

كما يمكن أن يأمر القاضي ببعض الإعانات، وهو التعويض غير النقدي، كأن يأمر القاضي بنشر حكم الإدانة للخاطب الذي أساء لسمعة خطيبته.

والتعويض عن الضرر الناجم عن العدول عن الخطبة هو مسألة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع وفقاً لسلطتهم التقديرية¹ وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 16 مارس 1999: "من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع".

كما أنه مسألة جوازية، فقد منح المشرع للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم بالتعويض، مما يعني إمكانية عدم الحكم به متى لم يكن هناك مبرّر له، كحالة الضرر الذي يكون بمناسبة مخالفة الأحكام الشرعية وهو

¹ إلياس مسعود نعيمة، المرجع السابق، ص.271؛ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.26.

ما جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 13 أكتوبر 1984 جاء فيه أنه لا تعويض عن الأضرار التي تكون بمناسبة مخالفة الأحكام الشرعية في الخطبة¹. كالحلوة بالمخطوبة وما يترتب عنها.

واعتبر القضاء أيضا طول أمد الخطبة الذي يتبعه عدول ضرر معنوي يستحق التعويض ذلك أنه يفوت على المخطوبة فرصة زواج من رجل آخر ويستوي الأمر إن كان عدولا عن الخطبة أو طلاقا قبل الدخول². ونصت الفقرة 3 من المادة 5 على التعويض عن الضرر ماديا أو معنويا، فجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 28 مارس 2000: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره". في القوانين المغاربية للأسرة يعتبر العدول عن الخطبة حق لكلا الطرفين وهذا تكريس لمبدأ الحرية في الزواج غير أنه يمكن للطرف المتضرر من العدول أن يطلب التعويض الذي يبقى خاضعا في كل الأحوال لسلطة تقدير القاضي ماديا أو معنويا مع ملاحظة أن إثبات الضرر المادي أسهل من إثبات الضرر المعنوي.

المطلب الرابع: قواعد الاختصاص والإثبات في الخطبة

كل منازعة في مرحلة الخطبة تستوجب احترام قواعد الاختصاص (الفرع الأول) ثم إثبات واقعة الخطبة وما يتعلق بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قواعد الاختصاص في منازعات الخطبة

أولا: الاختصاص الإقليمي

طبقا للمادة 426 من ق.إ.م.إ: "تكون المحكمة مختصة إقليميا :

1- في موضوع العدول عن الخطبة بمكان وجود موطن المدعى عليه..."

وهي نفسها القاعدة العامة في الاختصاص الإقليمي، فتتفرع الدعاوى المتعلقة بالعدول عن الخطبة والتي تتعلق بمنازعات التعويض والصدقات المعجل والهدايا بمحكمة موطن المدعى عليه. والاختصاص الإقليمي بصفة عامة ليس من النظام العام طبقا للمادة 46 ن ق.إ.م.إ: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا".

فيمكن للطرفين الاتفاق على مخالفة قاعدة محكمة موطن المدعى عليه في المنازعات المتعلقة بالعدول عن الخطبة. لأنها لم ترد في تخصيص المسائل التي يعتبر فيها الاختصاص الإقليمي من النظام العام والمذكورة في المادة 40 من ق.إ.م.إ: "فضلا عما ورد في المواد 46، 38، 37 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها..."

¹ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 13/10/1984، ملف رقم 11236، المجلة القضائية، 1990، ع1، ص.23.

² "يحق للزوجة، في حالة الطلاق قبل الدخول، بما، الحصول على تعويض، من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها"؛ م.ع، غ.أ.ش، 2006/11/1، ملف رقم 372290، م.م.ع، 2007، ع1، ص.487.

- في مواد الميراث، دعاوى الطلاق أو الرجوع، الحضانة، النفقة الغذائية والسكن على التوالي أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المتوفى، مسكن الزوجية، مكان ممارسة الحضانة، موطن الدائن بالنفقة، مكان وجود المسكن...".

ثانيا: الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي من النظام العام في كل حالاته ولا يوجد استثناء لذلك، وقد نصت المادة 423: "ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعاوى المتعلقة بالخطبة...".

فيختص قسم شؤون الأسرة نوعيا بكل منازعات الخطبة من هدايا وتعويض وغيرها.

الفرع الثاني: إثبات الخطبة

قبل النظر في قضايا التعويض عن العدول عن الخطبة أو النزاعات المتعلقة بالهدايا والصدقات والجهاز، على القاضي أن يتأكد بداية من وجود خطبة ومن توافر شروط صحتها شرعا وقانونا. وعلى من يدعي نزاعا متعلقا بالخطبة أن يثبت هذه الخطبة بكل وسائل الإثبات كالإقرار، البيّنة وهي شهادة الشهود الذين حضروا الخطبة أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين مخطوبين كما تثبت الخطبة بالقرائن والصور الفتوغرافية بالأجهزة الحديثة كالكاميرا¹.

والتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي المصاحب للعدول عن الخطبة أساسه الفعل الضار لا العقد فيحوز إثباته بجميع الوسائل لأنه واقعة قانونية. أما إثبات الهدايا فقد اعتمد القضاء طريقتين بالنظر إلى معيار مدى إقرار الطرف الآخر (المدعى عليه):

الطريقة الأولى: اقرار المدعى عليه بما يوافق ادعاء المدعي من حيث نوع الهدية وقيمتها.

الطريقة الثانية: اعتماد كل طرق الإثبات المعتبرة في ذلك الكتابة كالفواتير التي تحمل اسم المشتري، الشهود الذي شهدوا شراء الهدية منحها للطرف الآخر ولو كانوا من أفراد العائلة. إضافة إلى اليمين بنوعيتها الحاسمة والمتممة في حالة انعدام الأدلة أو عدم كفايتها.

المبحث الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج بين الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية

حدّد فقهاء الشريعة الإسلامية أركان الزواج وشروطه، فعند المالكية أركان الزواج خمسة، هي ولي المرأة، الصداق لا بد من وجوده ولا يشترط ذكره في العقد، الزوج، الزوجة الخالية من الموانع الشرعية، والصيغة، ويرى العلامة أحمد الدردير بأن للنكاح ثلاثة أركان هي المحل والولي والصيغة فعبر عن الزوجة والزوجة بالمحل، أما الشافعية فقالوا أن أركان النكاح خمسة وهي زوج، زوجة، ولي، شاهدان، صيغة، وقد عدّ أئمة الشافعية الشاهدين من

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2006/10/11، ملف رقم 369494، م.م.ع، 2007، ع2، ص.454.

الشروط لا الأركان¹. وذهب بعض الحنابلة إلى عدّ أركان النكاح ثلاثة، الزوجان والإيجاب والقبول لأن ماهية النكاح مترتبة منهما ومتوقفة عليها ولا ينعقد النكاح إلا بها وهو نفسه رأي الحنفية².

وفي قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 كان ينص على أركان الزواج في المادة 09 قبل تعديلها: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصدّاق". ثم بعد التعديل نص على ركن واحد للزواج وهو ركن الرضا وشروط موضوعية عدّتها في المادة 09 مكرّر. وكان اقتصر القانون على ركن الرضا تنفيذا للالتزامات الجزائرية المترتبة عن مصادقتها على الاتفاقيات الدولية، والحقيقة أن الفقه الإسلامي كان سابقا في الاجماع على ركنية الرضا في عقد الزواج.

والركن هو ما يقوم عليه الشيء، والرضا هو أهم ما يقوم عليه الزواج، ذلك أنه يعبر عن رغبة أبدية في إنشاء أسرة مع شخص ما، ويتحقق ركن الرضا بمجموعة من العناصر هي الإيجاب والقبول (المطلب الأول) والاختلاف في الجنس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في الزواج

التعبير عن الإيجاب والقبول في عقد الزواج يقتضي حضور الزوجين شخصيا مجلس العقد (الفرع الأول) لضمان تطابق الإيجاب مع القبول (الفرع الثاني) على أن القانون يعترف بعدة طرق للتعبير عن الإرادة (الفرع الثالث) شريطة خلوها من العيوب (الفرع الرابع).

الفرع الأول: حضور الزوجين شخصيا مجلس عقد الزواج

إن الناظر في تعديل قانون الأسرة يلاحظ توجه المشرع نحو وجوب حضور المعنيين بالزواج شخصيا وهذا تنفيذا للالتزامات الجزائرية الدولية لاسيما اتفاقية سيداو التي أكدت على حرية ورضائية الزواج ووجوب التأكد من رغبة كل طرف في الاقتران بالآخر، فألغى المشرع الوكالة في الزواج التي كان ينص عليها في المادة 20 من ق.أ.ج وتوحي صياغة جلّ النصوص القانونية المتعلقة بالزواج بوجوب حضور المعنيين بالزواج شخصيا.

في حين أن المشرع المغربي لازال يسمح بإبرام الزواج عن طريق الوكالة بإذن من القاضي في المادة 17 من مدونة الأسرة بشروط منها وجود ظروف خاصة تمنع الموكل من إبرام زواجه بنفسه، وأن تحرّر وكالة الزواج في ورقة رسمية أو عرفية مصادق على توقيع الموكل فيها ومَنَحَ للولي أيضا حقّ التوكيل بشروط نصت عليها ذات المادة. وكذلك المشرع التونسي نص على أنه للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلتا من شاء، ومنح هو الآخر حق التوكيل للولي في الفصل 09 من مجلة الأحوال الشخصية.

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ج4، ط2، بيروت، 2003، ص17؛ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.325.

² بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص.325.

الفرع الثاني: تطابق الإيجاب مع القبول

أو ما يعبر عنه بالصيغة في الفقه الإسلامي، نصت عليه المادة 09 من ق.أ.ج بقولها: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" وتقابلها المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية والفصل 03 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية والمادة 146 من القانون المدني الفرنسي¹.

إذن، كسائر العقود يستلزم عقد الزواج تطابق إرادتين، إرادة الزوج مع إرادة الزوجة على إنشاء الزواج، ولأن الإرادة أمر باطني فيجب أن تتخذ مظهرها خارجيا وهو الإيجاب والقبول. ويشترط لصحة الإيجاب والقبول صدورهما من شخصين يتمتعان بالأهلية الكاملة وهي 19 سنة غير محجور عليه وإن كان قاصرا فتطبق عليه أحكام المادة 07/ 2 من ق.أ. وسيأتي تفصيل ذلك لاحقا.

أولاً: الإيجاب

هو التعبير البات والمنجز الصادر من الشخص الذي يرغب في الزواج، يصدر منه أولاً، بشرط أن يكون جازماً ونهائياً ويصل إلى علم الطرف الآخر².

ثانياً: القبول

هو لفظ يصدر ثانياً من المتعاقد الآخر يعبر فيه عن موافقته على الإيجاب الموجه إليه، وهو الآخر يجب أن يكون جازماً ومطابقاً للإيجاب.

ولم يضع قانون الأسرة الجزائري شروطاً للإيجاب والقبول باستثناء طرق التعبير عن الإرادة، في حين نص نظيره المغربي في المادة 11 من مدونة الأسرة على شروط الإيجاب والقبول وهي أن يكونا شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة، وأن يكونا متطابقين في مجلس واحد، وباتين غير مقيدتين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ.

والحقيقة أن إغفال المشرع الجزائري لشروط الإيجاب والقبول سدّته أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222 من ق.أ.ج) فيشترط في صيغة الزواج أن تكون منجزة، لأن عقد الزواج يرتب آثاره في الحين، وأن تكون بصيغة التأييد غير مقترنة بأجل، وباستعمال الألفاظ الدالة عليه كالنكاح أو الزواج، وأن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد متطابقين فإذا تفرقت المجالس سقط الإيجاب.

وينعقد الزواج بأي لغة يفهمها العاقدان والحاضرين مجلس العقد وفي حالة استعمال لغة غير مفهومة من أعضاء المجلس فيجب الاستعانة بمترجم.

¹ Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ; Création Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803.

² بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 57.

الفرع الثالث: طرق التعبير عن الإرادة

تختلف طرق التعبير عن الإرادة في الزواج في القانون بحسب القدرة على الكلام من عدمه فنصت المادة 10 من ق.أ.ج على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا.

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة." والتي تقابلها المادة 10 من مدونة الأسرة المغربية: "ينعقد الزواج بإيجاب من احد المتعاقدين وقبول من الآخر، بألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.

يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب، وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين."

الملاحظ أن المشرع الجزائري جعل الكتابة والإشارة في مرتبة واحدة في حين قدّم المغربي الكتابة لأنها أبلغ في التعبير وأخر الإشارة للعاجز غير القادر على الكتابة واشترط أن تكون مفهومة من الطرف الآخر والشاهدين. كما أنّ، القوانين المغاربية نصت على مجلس عقد الزواج الحقيقي، وأن الكتابة المقصودة في النصوص هي الكتابة للتعبير عن الإرادة للعاجز الحاضر مجلس العقد وليس للغائب، أما في شأن المجلس الحكمي فيمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أن المشرع الجزائري لم يقيد بمذهب معين، فإنّ المذهب الحنفي يرى بصحة انعقاد الزواج بالكتابة لأن الكتاب من الغائب خطابه¹. واستدل الفريق المجيز لإبرام عقد الزواج كتابة على مجموعة من الأدلة:

-أنه روي عن الرسول ﷺ أنه كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها فزوجها النجاشي منه وكان وليها بالسلطة، وروي أنه زوجها من النبي ﷺ قبل أن يكتب إليه رسول الله ﷺ فأجاز الرسول ﷺ كتابه²، وكلاهما حجّة على أن النكاح يصح بالكتاب³. بشرط أن تقترن الشهادة على الكتاب بالقبول لأن سماع الشطرين شرط لصحة العقد.

فشرط المواولة بين الإيجاب والقبول متحقق في هذا العقد، إذ أن مجلس العقد يتراخى إلى الوقت الذي يقبل فيه من وجه إليه الإيجاب كتابة⁴، فيتلى الكتاب الذي يحمل الإيجاب في مجلس العقد ويصدر القبول المطابق له فوراً على مسمع الشهود والولي فينعقد العقد في زمان ومكان تلاوة الإيجاب وإصدار القبول. قياساً على ذلك، ينعقد الزواج بالوسائل التفاعلية كمؤتمر الفيديو وهو أيضاً مجلس عقد حكمي لأن الفقه أعطى للوسيلة حكم الرسول.

¹الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، كتاب النكاح، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.322.

²الكاساني، ج3، كتاب النكاح، ص.322.

³السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج5، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص.15.

⁴السرخسي شمس الدين، المبسوط، ص.15.

وبالنسبة لصلاحيّة السكوت للتعبير عن الإرادة، فالقاعدة أنه لا ينسب لساكت قول، غير أنّ الفقه الإسلامي اعتبر سكوت البكر الموجه إليها عرض الزواج قبولاً فيما روي عن ابن عباس قوله ﷺ: "التيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها".¹

الفرع الرابع: خلو الإرادة من العيوب

يصحّ الإيجاب والقبول من الراشد العاقل، شرط أن تكون إرادته خالية من العيوب، وعيوب الإرادة في الزواج هي كل ما يطرأ على إرادة المتعاقد مما يؤثر على رضاه بالعقد. ورغم أهمية تعيب الإرادة في الزواج وما ترتبه من آثار قد تصل إلى بطلان العقد إلا أن المشرع الجزائري لم يمنحها الاهتمام الكافي باستثناء نص المادة 13 المعدلة التي منعت ولاية الإيجاب، ونصه على التدليس في المادة 08 مكرّر بمناسبة تعدّد الزوجات، لذلك يستوجب الأمر الرجوع إلى نظرية عيوب الإرادة في الفقه الإسلامي.

قبل ذلك، لا بدّ من الإشارة إلى أن الاستغلال لا يعيب الإرادة في عقد الزواج، ذلك أنه عقد غير مالي قائم على الاعتبار الشخصي، فلا يمكن أن يحدث اختلال اقتصادي في هذا العقد، لذلك يعيب الإرادة في عقد الزواج الغلط (أولاً) والتدليس (ثانياً) والإكراه (ثالثاً).

أولاً: الغلط

وهمّ ينشأ في ذهن المتعاقد يصور له الأمور على غير حقيقتها فيكون هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد، وينقسم إلى نوعين، غلط مانع يعدم الرضا وغلط مفسد يعيب الرضا. أما المانع فهو غلط في طبيعة العقد أو غلط في شخص المتعاقد ومثاله أن تتجه إرادة المرأة إلى إبرام عقد زواج في حين تتجه إرادة الرجل إلى علاقة حرّة، ومثاله الغلط في شخص المتعاقد، أن تبرم المرأة عقد الزواج مع رجل وفي اعتقادها أنها تتزوج من شقيقه. والغلط المانع يعدم الرضا فيبطل الزواج بطلاناً مطلقاً (المادة 1/33 من ق.أ.ج) والحقيقة أنه لا يمكن تصور هذا النوع من الغلط في الزواج الذي يتم بحضور ضابط مختص لإبرام عقد الزواج الذي يتأكد من صورة وهوية الشخص ويطلع كل طرف على ذلك، لاسيما مع إلغاء الوكالة ووجوب حضور الزوجين شخصياً مجلس العقد.

أما الغلط المفسد فهو الذي يعيب الإرادة ولا يعدمها، يقع في صفة جوهرية من صفات الشخص كالعيوب الجسدية مثلاً، التي جعلتها الفقرة 2 من المادة 53 من ق.أ.ج من أسباب التطليق. فله طلب إبطال الزواج ما لم يكن عالماً بما قبل العقد لأنه متى علم ورضي بها يسقط حقه في الإبطال. كالعجز الجنسي مثلاً حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19 نوفمبر 1984: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية"². وفي قرارات

¹ أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، حديث رقم 1421، كتاب النكاح، مجلد 1، ط 1، دار طيبة، الرياض، 2006، ص. 641.

² م.ع، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م.ق، 1989، ع.3، ص.73.

المحكمة العليا لا تشكل عذرية المرأة عيبا موجبا للفسخ ما لم يشترطها الزوج قبل العقد، مثال ذلك القرار الصادر بتاريخ 23 ماي 2000 جاء فيه: " إن عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية."¹

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي، نجد نص صراحة على الغلط في المادة 2/180 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 399-2006 على حق الطرف الذي وقع في غلط في شخص المتعاقد أو في صفة جوهرية من صفاته أن يطلب بطلان الزواج²، ويسقط الحق في طلب البطلان بمضي 05 سنوات من تاريخ الزواج(المادة 181 من ق.م.ف).

ثانيا: التدليس

هو استعمال طرق احتيالية لدفع الطرف الآخر إلى التعاقد، وفي عقد الزواج يقع التدليس باستعمال طرق احتيالية لإخفاء الحقيقة عن الطرف الآخر مما يدفعه إلى إبرام العقد. والفرق بين الغلط والتدليس، أن الأول ينشأ تلقائيا في ذهن المتعاقد دون دخل للطرف الآخر، أما الثاني فهو تغليط متعمد باستعمال طرق احتيالية لخداع الآخر مما يجعله على الزواج به. كما أن مجرد السكوت لإخفاء الحقيقة لدفع الطرف الآخر إلى التعاقد يعتبر تدليسا كإخفاء أحد الطرفين مرضه الذي يتعارض مع تحقيق أحد أهداف الزواج أو السكوت عن إجراءات عمليات تحميل يغير بها ملامحه مثلا³.

فالتدليس عيب من عيوب الإرادة يخول من وقع فيه حق طلب إبطال العقد، ولم يفصل قانون الأسرة في أحكام التدليس باستثناء النص عليه بمناسبة تعدد الزوجات بمنح كل زوجة الحق في طلب التطليق للتدليس(المادة 08 مكرّر)، ويعتبر إخفاء الزوج حقيقة أنه متزوج من امرأة أخرى تدليسا يخول الزوجة المدلس عليها طلب التطليق.

وفي مدونة الأسرة المغربية نصت المادة 63 أنه: " يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في التعويض."⁴ وفي هذا النص حماية للرضا الذي يعتبر أساس إبرام العقد، ومن نص المادة نستخلص شروط طلب الفسخ واستحقاق التعويض سواء قبل البناء أو بعده وهي:

- وجود وقائع كان التدليس بها دافع إلى قبول الطرف المدلس عليه الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم 2243417، م.ق، ع.2002، 1، ص.301.

² Art 180/2 du c.cf : "S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage. ";
Modifié par Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 - art. 5 JORF 5 avril 2008.

³ بلعباس أمال، بطلان عقود لزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2021، مجلد6، ع2، ص.167.

- أن ترفع الدعوى خلال أجل شهرين من العلم بالتدليس أو زوال الإكراه.
تفعيلا لذلك، جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض المغربية حاليا): "لئن ثبت تدليس الزوج بإدلائه بتصريح كاذب بخصوص وضعيته الاجتماعية تسهيلا لعقده على امرأة ثانية دون احترام مسطرة، فإن القانون وإن جرم فعله، لم يخول الزوجة الأولى طلب فسخ عقد زواج ضررتها ويبقى للزوجة الثانية وحدها الحق في المطالبة ببطالان عقد زواجها، إذا ما ارتأت ذلك، وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى".¹
وهذا اجتهاد سليم، ذلك أن الزوجة الثانية هي التي تعيبت إرادتها بالتدليس ويثبت لها الحق في طلب إبطال زواجها، أما الزوجة الأولى فلم يدلس عليها وإرادتها كانت سليمة وقت إبرام زواجها.

ثالثا: الإكراه

هو الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية، أو بتهديده بما لإجباره على فعل أو ترك²، فيولد حالة من الرهبة والخوف، الأمر الذي يجمله على التعاقد، فيعيب الإرادة في عنصر الحرية والاختيار فيندفع إلى التعاقد بفعل الرهبة التي ولدها الإكراه³. ويمكن أن يقع الإكراه ماديا باستعمال العنف مثلا، كما يمكن أن يقع معنويا كالتهديد مما يبعث رهبة في المتعاقد تدفعه إلى إبرام العقد، فينعقد الزواج معيبا بعيب الإكراه.
وقال جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة أنه لا يجوز نكاح المكره ولا يصح، بل هو لغو مما يجعل تصرف المكره باطلا فلا ينشأ عنه زواج ولا طلاق⁴.

وفي قانون الأسرة، اقتصر ذكر الإكراه على المادة 13 المعدلة جاء فيها: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجه دون موافقتها". فيبطل زواج القاصر المكره، وكذلك يبطل زواج الراشدة المكره.

وكما لا يجوز الإكراه على الزواج، لا يجوز أيضا للولي منع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان كفتا لها، فيمكنها اللجوء إلى القاضي لتزويجها، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1993/03/30⁵.
وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد ذكرت الإكراه مع التدليس في نص المادة 63 من مدونة الأسرة، ولطلب فسخ الزواج المعيب بالإكراه والتعويض يشترط.

- أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد

- أن يقدم الطلب خلال أجل شهرين من يوم زوال الإكراه.

¹ المجلس الأعلى، قرار عدد439، بتاريخ 2011/08/23، ملف شرعي عدد 2011/1/154، منشورات مجلة القضاء المدني، نقلا عن ادريس الفاحوري، المرجع السابق، ص.570

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 2004، ص.452.

³ بوخاتم آسية، أثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، "دراسة في ضوء قانون الاسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعام، 2017، مجلد3، ع2، ص.49.

⁴ بلحاج العريبي، المرجع السابق، ص.277.

⁵ م.ع.، غ.أ.ش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م.ق، 1994، ع3، ص.66.

ومتى تحققت الشروط حكمت المحكمة بفسخ الزواج والتعويض عن الأضرار التي خلفها الإكراه.

المطلب الثاني: اختلاف الجنس

لا اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في ركنية الرضا لإنشاء الزواج، وهذا الرضا لا يتحقق إلا بالشرائط سالفة الذكر، ناهيك عن وجوب توفر شرط آخر برزت أهمية فرضه في الآونة الأخيرة وهو شرط اختلاف الجنس لأطراف عقد الزواج، وهو في الحقيقة ركن من أركان الزواج عند الفقهاء الذي يرون من الزوج والزوجة محلا للعقد، الأمر الذي يوجب البحث عن حالات اختلال هذا الشرط بالبحث عن حكم كل من الزواج المثلي (الفرع الأول) وزواج الخنثى (الفرع الثاني) وأخيرا زواج المغير الجنسي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الزواج المثلي

عقد الزواج شرعا لا يتم إلا بين رجل وامرأة ويجرم كل زواج يخرج عن نطاق ذلك لقوله تبارك وتعالى: ﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾¹ وقوله أيضا: "أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِّن مَّيِّ يُمْنَى ثُمَّ كَانَ عَلَقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّىٰ فَجَعَلَ مِنْهُ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى" ² وهذا موقف قانون الأسرة الجزائري في المادة 04 المعدلة بنصها: "الزواج عقد رضائي بين رجل وامرأة...". ويثبت جنس الشخص بمستخرج من شهادة الميلاد.

وتبرز أهمية هذا الشرط لصحة التراضي على الزواج في شرعية عقود الزواج في الدول المسلمة التي لا تقبل عقود زواج بين شخصين من نفس الجنس، وبالمقابل ارتفاع عدد الدول التي تعترف بالزواج المثلي في العالم. وكانت هولندا أول دولة فعلت زواج المثليين عام 2000، ثم تبعتها بلجيكا سنة 2003 اسبانيا 2005 كندا سنة 2005 جنوب افريقيا 2006³. بحيث يكتسب المثليين نفس حقوق الأزواج العاديين إلا الحق في الإنجاب، ثم تبنت دول أخرى هذا الزواج، وكانت جنوب إفريقيا أول دول إفريقية تعترف بالزواج المثلي وكذلك المشاركة المدنية للمثليين سنة 2006 مع إمكانية تبني اطفال⁴. ثم تبنت دول عديدة هذا الزواج، وأقرت فرنسا الزواج المثلي سنة 2013 بموجب نص المادة 143 المعدلة بالقانون رقم 2013-404 من القانون المدني التي جاء فيها بأن عقد الزواج يتم بين شخصين من جنسين مختلفين أو من نفس الجنس⁵ في إطار مبدأ الزواج للجميع.

ومن أهم أسباب ظهور حركة تقنين زواج المثليين في دول العالم هو التوجه الجديد للقضاء، سواء في الولايات المتحدة الأمريكية أو في أوروبا رغم معارضة رجال الدين، وكان أيضا توجه التشريعات الحديثة انطلاقا من مبادئ المساواة وحظر التمييز على أساس الجنس. كما كان للمنظمات والجمعيات دور في الاعتراف بالزواج المثلي استنادا

¹ سورة النجم، الآية رقم 45.

² سورة القيامة، الآيات من 36 إلى 39.

³ Philippe MALAURIE & Laurent AYNES, op.cit, P.11

⁴ بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.146.

⁵ Art 143 du c.c.f: "Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. "; Modifié par Loi n° 2013-404, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.

على قاعدتي حقوق الإنسان وعدم التمييز. فعولمة حقوق الإنسان ودعمها لزواج المثليين أسست لاعتراف القانون بهم، فقد جعلت لجان الأمم المتحدة من العلاقات الجنسية الرضائية بين بالغين من نفس الجنس من مقتضيات حقوق الإنسان¹.

وتبقى الدول العربية تجرم أفعال الشذوذ الجنسي وتستنكرها، ومثال ذلك، تجرّمها الجزائر في المادة 338 من ق.ع التي جاء فيها أن: "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج"².

وتطبيقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري، فإنه لا يمكن إبرام عقد زواج بين شخصين من نفس الجنس لتخلف عنصر جوهرى في الرضا، وهو الاختلاف في الجنس بين الزوجين الذي نستشفه من نص المادة 04 من ق.أ "الزواج عقد بين رجل وامرأة". فلا يمكن اضاء وصف الميثاق الغليظ على أفعال الشذوذ التي لا يمكنها بحال من الأحوال تحقيق الأهداف المسطرة للزواج شرعا وقانونا بل ستشكل معضلة اجتماعية تتوارثها الأجيال عبر تبني أسر مثلية لأطفال أبرياء، حتما سيورثونهم أفعال الشذوذ.

وبناء على ما سبق، فإن إبرام عقد زواج بين شخصين من نفس الجنس يقع باطلا بطلانا مطلقا ولكل من له مصلحة طلب إبطال هذا الزواج، وللنيابة العامة طلب إبطاله أيضا طبقا للمادة 3 مكرّر من ق.أ وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

الفرع الثاني: زواج الخنثى

الأصل في الجنس ذكر وأنثى، غير أن الطبيعة قد تفرز حالة مرضية تسمى بالخنثى تحمل صفات الذكورة والأنوثة معا، وقد وضع الفقه الإسلامي أحكامه الشرعية ومنها حكم زواجه الذي يعتبر صحيحا متى تم ردّه إلى جنس محدد ذكر أو أنثى، فيصح زواجه مع الجنس المغاير له شرط علم الطرف الآخر بحالته ورضاه بما لتفادي التدليس، وفي الغالب يتحدد جنسه بعد البلوغ حيث تبرز أمارات الأنوثة أو الذكورة حسب الحالة. وفي العصر الحالي أين تطورت تخصصات الطب والجراحة فإن أغلب حالات الخنثى يجري لها عمليات تصحيح جنسي فيتحدد جنسه حتى قبل البلوغ وتصحح وثائقه الرسمية.

والخنثى نوعان، النوع الأول، خنثى عادية يتمايز جنسها بالبلوغ إن حاضت، كانت امرأة فيصح زواجها من رجل، وإن ظهرت عليه علامات البلوغ الخاصة بالرجل فيصحّ زواجه من امرأة. ونوع ثان هو الخنثى المشكل الذي لا يتحدد جنسه بالبلوغ فيحتاج إلى تدخل جراحي لتصحيح جنسه وفق الجنس الغالب، بعد تحاليل وأشعة تثبت تغلب أحد الجنسين في الشخص، وإن نجحت العملية تصحّح وثائقه الرسمية ويمكنه الزواج من الجنس المغاير له.

¹ بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.141.

² الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ج.ج.ج، مؤرخة في 1966/06/11، ع49، المعدل والمتمم .

وأجاز المجمع الفقهي الإسلامي عمليات تصحيح جنس الخنثى في قرار له جاء فيه: "...أما من اجتمع في أعضائه علامات النساء والرجال فينظر فيه إلى الغالب من حاله، فإذا غلبت عليه الذكورة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في ذكورته، ومن غلبت عليه علامات الأنوثة جاز علاجه طبيًا بما يزيل الاشتباه في أنوثته، سواء أكان العلاج بالجراحة أم بالهرمونات، لأن هذا مرض والعلاج يقصد به الشفاء منه، وليس تغييرًا لخلقه عز وجل"¹.

وهي عمليات مسموح بها في المستشفيات بشرط أن تتم تحت رقابة القاضي الذي يعين خبيرًا من أجل تقديم تقرير مفصل عن حالة الخنثى قبل وبعد العملية.

الفرع الثالث: حكم زواج المغير الجنسي

إن كنا في الزواج المثلي تحدثنا عن ذكر كامل الذكورة وأنثى كاملة الأنوثة إلا أنهما لا يميلان إلى الجنس المغاير، فإن الفئة المقصودة في هذه الجزئية تعاني من اضطراب في الهوية الجنسية، لا يتقبل جنسه الفعلي وهو إما يحس بأنه ذكر يعيش في جسد أنثى أو أنثى تعيش في جسد ذكر، وتسمح له بعض الدول بإجراء عملية تغيير جنسي مسيطرة لجنسه البسيكولوجي. فالعديد من الدول الغربية كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وتايلاند وغيرها تسمح بإجراء هذه العمليات وتعديل وثائق الحالة المدنية للمغير الجنسي وإبرام عقد الزواج.

وفي الدول العربية الإسلامية تعتبر المغرب قبلة للراغبين في إجراء عمليات تغيير الجنس لانخفاض تكاليفها وتدعم الحكومة الإيرانية هذه العمليات وتحتل المرتبة الثانية من حيث عمليات تغيير الجنس².

وكان موقف المجمع الفقهي الإسلامي في القرار السادس الصادر عن الدورة الحادية عشر المنعقدة بمكة المكرمة الممتدة من 19 فبراير 1989 إلى 26 فبراير 1989 الذي نظر في موضوع تحويل الذكر إلى الأنثى وبالعكس، حيث جاء في القرار: "الذكر الذي كملت أعضائه ذكورته والأنثى التي كملت أعضائه أنوثتها، لا يجوز تحويل أحدهما إلى النوع الآخر، ومحاولة التحويل جريمة يستحق فاعلها العقوبة لأنه تغيير لخلق الله..."³. واستدل في ذلك بإخباره جلّ وعلا عن قول الشيطان: ﴿وَأْمُرْتَهُمْ فَلْيَغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللَّهِ...﴾⁴.

ولم يمنع القانون الجزائري صراحة هذه العمليات ولم يجزها، لكن النصوص القانونية تؤكد على عدم جواز اقتطاع الأعضاء إلا لدواعي علاجية وبشروط ومن ذلك نص المادة 355 من قانون الصحة رقم 18-11⁵: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا

¹ القرار السادس الصادر عن الدورة الحادية عشرة بشأن تحويل الذكر إلى أنثى والعكس، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2006، ع12، ص.159.

² حدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2020، مجلد5، ع2، ص.44.

³ قرار رقم 6، دورة 11، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، ط2، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، 2006، ع12، ص.159.

⁴ سورة النساء، الآية رقم 119.

⁵ القانون رقم 18-11، مؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2018/07/29، ع 46، ص.3.

القانون". ونصت الفقرة الثالثة من المادة 264 المعدلة¹ من ق.ع التي تنص: "وإذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه - الضرب والجرح - فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله ... يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات".

وبالتالي يقف النظام العام الجزائري أمام عمليات تغيير الجنس، فيبطل زواجه في القانون الجزائري ودعوى البطلان يرفعها كل من له مصلحة والنيابة العامة أيضا، وعلى ضابط الحالة المدنية الامتناع عن تحرير عقد الزواج متى تفتن إلى أن الشخص المائل أمامه مغير جنسي مع إبلاغ النيابة العامة. ومتى أخفى الشخص خضوعه لعمليات التغيير الجنسي فإنه يحق للزوج الآخر أن يرفع دعوى بطلان الزواج للتدليس طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أو تطبيق للضرر أو للعب (المادة 53 من ق.أ.ج)، وبالنسبة للرجل دعوى طلاق (المادة 48 من ق.أ.ج).

المبحث الثالث: الأهلية في الزواج وإشكالاتها القانونية

الأهلية لغة هي الصلاحية، وفي القانون تقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، تثبت الأولى للشخص بمجرد ولادته حيا، حيث تكون له صلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما أهلية الأداء فيتمتع بها الشخص ببلوغه سنا معينة قدرها القانون المدني في المادة 40 ب 19 سنة ومتى بلغها الشخص متمتعا بقواه العقلية غير محور عليه تثبت له صلاحية القيام بالتصرفات القانونية.

وكأي تصرف قانوني، يشترط توفر الأهلية في طرفي عقد الزواج (المطلب الأول) ولأنها قاعدة قانونية يجب أن تقتزن بجزء وهو ما لم ينص عليه قانون الأسرة، فإنها تثير العديد من الإشكالات القانونية، وهو ما يستلزم البحث عن جزاء تخلف الأهلية في الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اشتراط الأهلية في عقد الزواج

اشتراط القانون وجوب توفر الأهلية في الشخص المقبل على الزواج، فوضع قاعدة عامة (الفرع الأول) وأورد استثناء على ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القاعدة العامة في سنّ الزواج

أهلية الزواج هي صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، ولم يضع الفقه الإسلامي سنا معينة للزواج، بل ربطها بالبلوغ الذي يصحبه ظهور آمرات طبيعية خاصة بالمرأة وأخرى خاصة بالرجل متى ظهرت رتب البلوغ آثاره دون النظر إل السنّ.

وفي القواعد العامة تعتبر الأهلية شرطا لصحة الرضا في التصرفات القانونية، والأهلية المقصودة هي أهلية الأداء التي تكتمل ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه (المادة 40 من ق.م) فهي عنصر من عناصر ركن الرضا حيث لا يكتمل بتخلفها ويجعله خاضعا لأحكام خاصة.

¹ المعدلة بالقانون رقم 06-23، مؤرخ في 20/12/2006، المضمن تعديل قانون العقوبات، ج.ر.ج. لسنة 2006، ع84، ص.22.

وفي حالة تأخر العلامات الطبيعية للبلوغ فقد اختلف الفقه في تقديره، فحدّده أبو حنيفة بثمانية عشر (18) سنة للفتى وسبعة عشر (17) سنة للفتاة، في حين قدّره المالكية بثمانية عشرة (18) لكلا الجنسين وقال الشافعي والحنبلي والأحناف في الرأي المشهر عندهم بخمسة عشرة سنة للطرفين¹.

وحدّد المشرع المغربي والتونسي أهلية الزواج ببلوغ الرجل والمرأة 18 سنة وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 144 من القانون المدني الفرنسي.

أما قانون الأحوال الشخصية الكويتي² فنص في المادة 24 على أنه: "يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ". وبالتالي أخذ بمعيار الفقه الإسلامي في تحديد سنّ الزواج، ومنع توثيق عقد الزواج والمصادقة عليه إذا لم تبلغ الفتاة 15 سنة والفتى 17 سنة وقت التوثيق في المادة 26 من نفس القانون.

وفي قانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى النص على أن الأهلية شرط لصحة الزواج في المادة 09 مكرّر، فإنه وضع أحكامها في المادة 07 منه التي جاء فيها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكّدت قدرة الطرفين على الزواج. يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

إذن، حدّد المشرع الجزائري سنّ تسعة عشر (19) سنة للمرأة والرجل تطبيقاً لمبادئ المساواة بين الجنسين موافقاً بذلك سن الرّشد المدني، وهذا بعد أن كان ينص على سنّ 21 سنة للذكر و18 سنة للأنثى في القانون رقم 84-11 قبل التعديل.

ويعتبر سنّ 19 سنة مقبول ويفوق سن البلوغ التقديري عند الفقهاء ويفوق أيضاً تصورات الاتفاقيات الدولية التي حددته في غالبيتها ب 18 سنة وبهذا التحديد يتم القضاء على زواج الصغار الذي يمكن أن يخلف آثاراً لا جبر لها.

ومع ذلك، نص قانون الأسرة في المادة 07 على استثناء النزول عن السنّ القانوني للزواج بشروط أخضعها لسلطة تقدير القاضي لحماية للمجتمع وأفراده، وحسن ما فعل المشرع، ذلك أن هناك حالات تستعجل الزواج لظروف معينة فيطرح الأمر أمام القاضي وهو الذي يقرّر منح الإذن بزواجها أم لا وهو ما يتم دراسته في الآتي.

الفرع الثاني: الإعفاء من السنّ القانوني للزواج (الإذن القضائي بزواج قاصر)

يدخل الترخيص القضائي ضمن الأعمال الولائية للقاضي، يختص بمنحه قاضي شؤون طبقاً للمادة 480 من ق.إ.م.إ: "يقرّر قاضي شؤون الأسرة ترشيد القاصر بأمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانوناً". وبالرجوع إلى الواقع العملي فإن رئيس المحكمة هو من يمنح ترخيص الزواج للقاصر. وعلى القاضي قبل منح الترخيص التأكّد من وجود مصلحة أو ضرورة (أولاً) وقدرة الطرفين على الزواج (ثانياً).

¹ خدام هجرية، حرية المرأة في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص.156، بلحاج العربي، الرجوع السابق، 193.

² قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الاحوال الشخصية، المعدل بالقوانين 11-199 و 29-2004 و 22-2007، مجموعة التشريعات الكويتية، ط1، مطابع الخط، 2011.

أولاً: المصلحة والضرورة

لم يحدّد المشرع مفهومهما، ولم يضع أيضاً معايير تساعد القاضي في تحديدهما، وترك كل ذلك لسلطته التقديرية كوجود مبررات قوية لزواج القاصر. وعلى القاضي أن يتأكد من وجود المصلحة التي يستخلصها من خلال الاستماع إلى القاصر وأبويه، أو رأي الطبيب المختص أو إجراء تحقيق اجتماعي في الموضوع أو من لقاء قد تم بين القاضي والقاصر، ويمكن أن يستعين بخبرة طبية للتأكد من الضرر إذا تأخر القاصر في الزواج، لذلك تعتبر شهادة الطبيب أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج¹. ومن أبرز حالات تحقق المصلحة أن يكون القاصر يتيماً لا عائل له، وحالة تزويج القاصر لتلافي الوقوع في العلاقات المحرّمة.

ويرى بعض الفقه أن احتطاف القاصرة ضرورة لمنح الترخيص بزواجها من خاطفها(المادة 326 من ق.ع)². ويكفي تحقق المصلحة وحدها لمنح الترخيص بالزواج أو الضرورة وحدها ويبقى كل ذلك خاضعاً لسلطة تقدير القاضي متى تأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

ثانياً: قدرة الطرفين على الزواج

وهذه القدرة يتأكد منها القاضي عن طريق شهادة طبية تثبت قدرة القاصر على تحمل الزواج وآثاره، وكذلك من خلال حديثه مع القاصر، كما يمكنه الاستعانة بمساعدة اجتماعية أو مختص نفسي. وعليه أيضاً أن يتأكد من توفر هذه القدرة في الشخص المقبل على الزواج به هذا القاصر، لا سيما القدرة على تحمل أعباء الزواج من نفقة ومسؤولية.

فإذا وافق القاصر ووليه الشرعي وتحقق من وجود المصلحة أو الضرورة مع القدرة على الزواج في القانون الجزائري، فإن القاضي ووفقاً لسلطته التقديرية يُعفي القاصر من السنّ القانوني للزواج ويمنحه إذناً لكي يبرم عقد زواج أمام الموظف المختص.

أما في حالة رفض القاصر وموافقه وليه، فعلى القاضي أن يرفض طلب الترخيص لأن المادة 13 من ق.أ.ج تمنع الولي من إجبار القاصرة على الزواج أو تزويجها دون موافقتها. وفي الحالة العكسية أين يوافق القاصر على الزواج ويمتنع الولي عن الموافقة فإن الأمر يرجع للقاضي الذي يراعي شروط المادة 07 من ق.أ.ج. والإذن القضائي بزواج القاصر عمل ولائي غير قابل لأي طعن.

وفي مدونة الأسرة المغربية أجازت المادة 20 النزول عن السنّ القانوني للزواج عن طريق منح إذن بزواج القاصر من قاضي الأسرة بمقرّر معلّل يبيّن فيه المصلحة والأسباب المبرّرة لذلك. الملاحظ أن المشرع المغربي ارتكز على المصلحة التي تخدم القاصر والأسباب المبرّرة التي تكون قابلة للإثبات أمام القاضي على عكس الضرورة التي

¹ شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص.50.

² تنص المادة 326 على أنه: "كل من خطف أو أبعده قاصراً لم يكمل الثامنة عشرة وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار. وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد هذا الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله."

استعملها نظيره الجزائري التي لا تخدم مصالح القاصر. وبعد تقديم الطلب يستمع القاضي لولي القاصر أو نائبه الشرعي وهو ما جاء في المادة 20 من مدونة الأسرة المغربية.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد اشترط الفصل 6 من مجلة الأحوال الشخصية موافقة الولي والأم في زواج القاصر وفي حالة عدم موافقتهما وتمسك القاصر بالزواج فيرفع الأمر إلى القاضي ليمنحه إذنا بالزواج.

وبخصوص زواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية، فقد نصّ على هذه الحالة القانونين المغربي والتونسي في المادة 23 والفصل 07 على التوالي، حيث جاء في الأول أنه يأذن القاضي بزواج المصاب بإعاقة ذهنية ذكراً أو أنثى بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة. كما اشترط الفصل 07 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية موافقة المحجور له لزواج المحجور عليه لسفه من أجل صحة الزواج، وللمحجور له أن يطلب فسخ العقد قبل البناء.

وأجازت المادة 23 فقرة ب من قانون الأحوال الشخصية الكويتي للقاضي أن يأذن بزواج المجنون أو المعتوه، ذكراً كان أو أنثى إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه يفيده في شفاؤه، ورضي الطرف الآخر بحالته.

وهو الأمر الذي لم ينظمه قانون الأسرة الجزائري، لكن يمكن منح الترخيص القضائي بزواج المصاب بعاهة ذهنية كالمجنون والمعتوه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من ق.أ.ج. فيمنح الإذن بالزواج بشروط وضعها الفقه الإسلامي، وهي موافقه وليه ووجود مصلحة في زواجه ويثبت ذلك بتقرير طبيب مختص يؤكد فيه أن زواج المجنون يساعد في علاجه، إضافة إلى موافقة الشخص المقبل على الزواج به.

مع ملاحظة أنّ، الإذن بزواج القاصر يرشده لإبرام عقد زواج واحد، كما أنه لا يمتد إلى التصرفات المالية التي تبقى خاضعة لنظام الولاية على مال القاصر، وحدود هذا الترخيص تقف عند إبرام عقد الزواج والتقاضي في آثار هذا الزواج من نفقة ونسب وغيرها طبقاً للمادة 07 من ق.أ.ج. ولا يرشده الإذن بالزواج لرفع دعوى الطلاق وآثاره، فترفع دعوى الطلاق باسم القاصر من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة وهو ما نصت عليه المادة 437 من ق.إ.م.إ.

وبالنسبة لقواعد الاختصاص: فالاختصاص الإقليمي يؤول لقسم شؤون الأسرة، وهو ما جاء في المادة 7/426 من ق.إ.م.إ. على أن المحكمة المختصة: "في موضوع الترخيص بالزواج هي مكان طالب الترخيص.

وفي نص المادة 224 من ق.أ.: "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر.". كما أن قسم شؤون الأسرة يختص نوعياً بكل ما رد في قانون الأسرة ومنها صلاحية الترشيح للزواج لأن الحالات التي تم ذكرها في المادة 423 من ق.إ.م.إ. جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الأهلية في عقد الزواج

بالاطلاع على القانونين التونسي والمغربي لا نجد نصاً على جزاء تخلف أهلية الزواج، في حين نص صراحة قانون الأحوال الشخصية الكويتي على جزاء تخلف الأهلية فرتب البطلان في المادة 49 منه بنصها:

"يكون الزواج باطلا: إذا حصل خلل في الصيغة، أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد..."¹. وهذا النص يحسب للمشرع الكويتي.

وكنظيره التونسي والمغربي سكت قانون الأسرة الجزائري عن جزاء تخلف أهلية الزواج، والحقيقة أن هذا السكوت لا يتناسب مع أهمية الأهلية في الزواج وارتباط أحكامها بالنظام العام وضرورة حماية ناقضي وعديمي الأهلية، فهل سكوت التشريعات المغاربية كان سهواً، أم أنها أسقطت الجزاء عمداً وما هو مصير الزواج الذي يتم إبرامه دون توفر الأهلية والترشيد؟

في قانون الأسرة الجزائري، نصت المادة 09 مكرّر على أن الأهلية شرط لصحة عقد الزواج، وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 33 من نفس القانون التي نصت على جزاء تخلف شروط صحة الزواج من ولي وصادق وشاهدين، ولم يرد ذكر الأهلية معهم، فسكوت المشرع عن ذكر الجزاء جعل الفقه يختلف في حكمه ومن الآراء الفقهية:

يقول الدكتور الغوثي بن ملحّة أن عدم احترام سن الزواج المحددة قانوناً، لا يترتب عليها إبطال أو فسخ عقد الزواج². وهذا الرأي رغم أنه يتماشى مع النصوص القانونية التي جاءت خالية من الجزاء إلا أنه يتجاهل أهمية الأهلية في التصرف وارتباطها بالنظام العام.

في حين يرى عبد العزيز سعد بتطبيق القانون رقم 224-63³ المتعلق بسن الزواج الذي نص في المادة 02 على معاقبة ضابط الحالة المدنية والقاضي (الموثق) والزوجين وممثليهما الذين لم يراعوا شرط السنّ القانوني الذي كان محددًا بـ 18 سنة للفتى و 16 سنة للفتاة، والمادة 03 نص على بطلان الزواج لتخلف الأهلية، ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين أو من النيابة العامة أو ممن له مصلحة فيه، لكن لا يجوز الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانوني أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن الزواج⁴.

وهذا الرأي رغم أنه يحلّ بعض المشاكل القانونية كحالة الحمل والدخول إلا أنه منتقد، لأن قانون الأسرة رقم 84-11 ألغى صراحة كل الأحكام المخالفة له في المادة 223 منه. إضافة إلى أنه نظم أحكام الأهلية من جديد مما يعتبر الغاء ضمناً طبقاً لنص المادة 02 من ق.م.

ثم، قال رأي ثالث للدكتور تشوار جيلالي بأنه لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب السنّ القانوني، فيبطل الزواج الذي تم إبرامه من شخص لم تتوفر فيه الأهلية ولم يحصل على إذن قضائي⁵. ويؤيد هذا الرأي الدكتور بلحاج العربي⁶ والعديد من شراح قانون الأسرة. والحقيقة أن هذا الرأي الأخير مبني على أسس منطقية

¹ قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51-1984، معدل بالقوانين 11 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 22 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، ج8، مجموعة التشريعات الكويتية، ط1، مطابع الخط، وزارة العدل الكويتية، 2011.

² الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص.31.

³ القانون رقم 63-224، مؤرخ في 29/06/1963، يحدد سن الزواج الأدنى، ج.ر.ج.ج، لسنة 1963، ع44، ص.681.

⁴ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.26.

⁵ تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 1999، ع4، ص.89.

⁶ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.197.

وتحليل قانوني ذلك أن نصوص الأهلية ترتبط بالنظام العام الذي يتدخل لإبطال التصرفات التي تتعارض معه، والإذن القضائي للزواج يدخل ضمن المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص والنظام العام، فتؤهل القاصر لإبرام عقد الزواج ويتخلفها بغير الرضا وينعدم معه عقد الزواج¹ طبقاً للمادة 1/33 من ق.أ.ج التي نصت على بطلان الزواج لتخلف ركن الرضا.

ومن تطبيقات القضاء في تخلف أهلية الزواج، ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 07 ديسمبر 1966: "من المقرر شرعاً أن عدم توفر أهلية الزواج ينتج عنها بطلان الزواج"². وفي قرار آخر بتاريخ 03 جويلية 2002: "إن الزواج الباطل هو ذلك الزواج الذي لم يستوف شروطه الموضوعية (السن، الولي، الصداق...)..."³.

فبطلان الزواج الذي تخلف فيه شرط الأهلية في أحد عاقديه أو كليهما يوفر حماية لناقصي وعديمي الأهلية، ويكبح زواج الأطفال ومن هم دون السن القانوني دون إذن قضائي.

مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي اختلف في صحة زواج الصغير الذي لم يبلغ، إذ يتحدد عندهم سنّ الزواج بالبلوغ الجنسي وفي حالة تأخر ظهور أمارات البلوغ وضع الفقه سناً تقديرية كما اسلفنا الذكر. فقال اتجاه أول بعدم جواز تزويج الصغار قبل البلوغ مطلقاً ذكراً كان أم أنثى، لأن الزواج لا مصلحة فيه للصغار، فيقع الزواج باطلاً ولا يرتب أي أثر واستند هذا الرأي إلى قوله تعالى: ﴿وَأَبْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللهِ حَسِيبًا﴾⁴. فالبلوغ إذن من علامات تبين سنّ الرشد.

ورأي ثاني قال بجواز تزويج الصغيرات دون الصغار لأن تزويج الصغيرة قد يحصل منه مصلحة بخلاف الصغير الذي يتحمل النفقة والمهر بلا فائدة⁵. وقال رأي ثالث بجواز تزويج الصغار وهو رأي جمهور الفقهاء وهو قول المذاهب الأربعة وغيرها شرط المصلحة وانتفاء الضرر إضافة إلى شروط اختلف فيها الفقهاء⁶. استند هذا الرأي إلى قوله تعالى: ﴿وَالَّذِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِن أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللهَ يَجْعَلْ لَهُ مِن أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁷. فقدرت الآية الكريمة عدة

¹ بلعباس أمال، بطلان عقود الزواج...، المرجع السابق، ص.171.

² م.ع، غ.ق.خ، 1966/12/07، ج1، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، خلال أربع وأربعين سنة 196-2010، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص.127.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم 261925، م.ق، 2003، ع2، ص.271-272.

⁴ سورة النساء، الآية رقم 06.

⁵ بخوش رزيق، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة، مجلة الباحث للدراسات القانونية، جامعة باتنة، 2016، ع 09، ص.354.

⁶ بخوش رزيق المرجع السابق، ص.354.

⁷ سورة الطلاق، الآية رقم 04.

المرأة التي لم تحض واليائس من الحيض بثلاثة أشهر، وكما هو معلوم فإن العدة أثر من آثار الطلاق، والطلاق لا يحلّ إلا رابطة زوجية صحيحة، مما يعني أن زواج الصغيرة التي لم تحض صحيح. كانت هذه آراء الفقهاء وحججهم، والرّاجح هو الرّأي القائل بعدم جواز تزويج الصغير لاسيما بعدما أثبت العلم أضرار الزواج والحمل على جسمه. والقاضي عند منحه ترشيد الزواج يراعي مجموعة من المعايير منها البلوغ وشهادة طبية تثبت القدرة على الزواج. وبالتالي فإن الرّاجح هو بطلان زواج من لم يبلغ السن القانوني ولم يستصدر إذنا قضائيا للزواج.

المبحث الرابع: أوصاف عقد الزواج

نص قانون الأسرة في المادة 09 على أن ركن الزواج هو الرضا، وفي المادة 09 مكرّر المستحدثة بالأمر 02-05 على شروط صحته وهي الأهلية، الصداق، الولي، وشاهدان وانعدام الموانع الشرعية¹. وهي الشروط الموضوعية للزواج بتوفرها ينعقد صحيحا (المطلب الأول) وبتحلفها يطرأ عليه خلل مما يجعل إمّا باطلا (المطلب الثاني) أو فاسدا (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الزواج الصحيح

الزواج الصحيح هو الزواج الذي استوفى ركنه وشروطه الموضوعية (المواد 09 و 09 مكرر من ق.أ) ولو كان زواجا عرفيا يمكن إثباته بحكم قضائي (المادة 22 من ق.أ). وهذا الزواج صحيح قبل الدخول وبعده ويرتب آثاره في الحين. وسبق أن فصلنا في ركن الرضا، أما شروط الزواج طبقا للمادة 09 هي الأهلية والصداق والولي وشاهدان وانتفاء الموانع الشرعية. (يرجع إلى المحاضرات أعلاه ومحاضرات قانون الأسرة للسنة الثانية جذع مشترك).

المطلب الثاني: الزواج الباطل

الزواج الباطل هو الزواج المنعدم، الذي لا يصحح بالدخول ولا بأي وسيلة أخرى، فيحكم ببطلانه بطلانا مطلقا قبل وبعد الدخول، وفي قانون الأسرة المعدل بالأمر رقم 02-05 الزواج الباطل هو الذي انعدم فيه ركن الرضا أو أحد شروط صحته المرتبطة بالنظام العام كانعدام الموانع الشرعية للزواج. وبصفة عامة كل زواج انعقد مخالفا للنظام العام يحكم ببطلانه بناء على طلب أحد الزوجين أو النيابة العامة أو كل من له مصلحة، ولأهمية الموضوع لا بد من البحث عن أسباب البطلان (الفرع الأول) والآثار المترتبة عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أسباب بطلان الزواج

أولا: تخلف ركن الرضا

نصت المادة 1/33 من ق.أ: "بيطل الزواج لتخلف ركن الرضا". وينعدم الرضا في الزواج في عدة حالات، منها ما نص عليه قانون الأسرة ومنها ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية (المادة 222) وأهم هذه الحالات:

¹ نص قانون الأسرة على موانع الزواج من المادة 23 إلى المادة 30.

- انعدام تطابق الإيجاب بالقبول (المادة 10 من ق.أ).
- الرضا الصادر من شخصين من نفس الجنس أو رضا المغير الجنسي.
- عيوب الإرادة التي تعدمها كالإكراه والغلط المانع.
- التراضي على التحليل (زواج المحلل): كأن يتزوج الرجل المطلقة ثلاثا بنية تحليلها لزوجها الأول، فيبطل هذا الزواج ولا يحدث التحليل، بمعنى تبقى محرمة على زوجها الأول.
- الزواج الصوري أو ما يصطلح عليه بالزواج الأبيض: هو زواج يكون بتراضي طرفية امام ضابط مختص، ويتفق الطرفان على عدم المعاشرة الزوجية أو عدم الإقامة في بيت واحد وغير ذلك، فهو زواج مصلحة كالحصول على الإقامة في دولة ما أو تأمين أو معاش وغير ذلك. فيقع هذا الزواج باطلا لأنه مخالف للمادة 04 من ق.أ فيعطل تحقيق أهداف الزواج وآثاره والأهم تكيفه أنه زواج مؤقت ينتهي بتحقق المصلحة المتفق عليها. فالزواج ميثاق غليظ له خصوصياته التي تميزه عن باقي العقود وبالتالي يتنافى الزواج الأبيض مع الغرض من تشريع وديمومة الزواج.
- التراضي على الشغار، وهو أن يتزوج رجلان بامرأتين على أن تكون إحداهما صداقا للأخرى، كأن يقول الرجل زوجتك أختي على أن تزوجني أختك وليس بينهما صداق ويقبل الطرفان بذلك.
- التراضي على المتعة: أو على تأقيت الزواج، صورتها أن يتم الاتفاق في العقد على بقاء الزواج مدة محددة ويفترقا بعد ذلك، وهو نكاح نهي عنه رسول الله ﷺ. فيقع باطلا لأن الأصل في الزواج أنه ينعقد على نية التأييد.

ثانيا: وجود مانع من موانع الزواج

- إذا اشتمل الزواج على مانع من موانع الزواج المؤبدة أو المؤقتة كان الزواج باطلا بطلانا مطلقا، طبقا لنص المادة 32 التي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع ...". ثم نصت المادة 34 من ذات القانون: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".
- وتعتبر موانع الزواج من الثوابت في قانون الأسرة التي لم تتغير رغم مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية، اهتم بها قانون الأسرة وفصل في الأحكام المتعلقة بها المقتبسة أصلا من النصوص الشرعية. فجعلها مرتبطة بالنظام العام، وضبطها بنصوص واضحة وصريحة لا تحتاج إلى التأويل والاجتهاد، واشترطها لإبرام عقد الزواج في المادة 09 مكرّر، وهذه الموانع تقسم إلى موانع مؤبدة وموانع مؤقتة.
- موانع الزواج المؤبدة، تحرم الزواج وتمنعه مهما تغيرت الظروف والأوضاع، نصت عليها المادة 24 من ق.أ وتشمل القرابة والمصاهرة والرضاع. أما موانع الزواج المؤقتة فيزول المانع بزوال سبب التحريم نص عليها قانون الأسرة في المادة 30 المعدلة: "يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا،
- الجمع بين الاختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع،
- زواج المسلمة من غير المسلم."

كما يبطل زواج المسلم بغير كتابية أو مرتدة عن الإسلام، ولو انعقد الزواج صحيحا عندما كانت مسلمة فيجب التفريق بينهما فوراً بعد ردتها، وكذلك يبطل زواج المرأة من مرتد عن الإسلام.

ثالثاً: اقتران الزواج بشرط ينافيه

طبقاً للمادة 19 المعدلة من قانون الأسرة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون." إذن يجوز للزوجين تضمين عقد زواجهما شروطاً يريانها ضرورية شريطة عدم مخالفتها لأحكام قانون الأسرة. ونص في المادتين 32 و35 من ق.أ.ج على جزاء تخلف هذه الشروط. وتنقسم الشروط الجعلية إلى:

- 1- **شروط صحيحة:** وجب الوفاء بها لما روي عن عقبه بن عامر رضي الله عنه قال: "قال رسول الله ﷺ أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج"¹. والشرط الصحيح هو الذي لا ينافي مقتضى عقد الزواج كأن تشترط عليه أن ينفق عليها أو أن تقيم معه وهي في الأصل يقتضيها عقد الزواج، وجب الوفاء بها طبقاً للمادة 19 من ق.أ.ج.
 - 2- **شروط منافية لمقتضى العقد:** هي شروط زائدة على أصل العقد لا تمس بتكوينه، فقط تُشَقِّط حقاً من حقوق أحد الزوجين كأن يشترط عليها أن تنفق على نفسها كما في زواج المسيار، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً. وهو ما نص عليه المشرع في المادة 35 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلاً والعقد صحيحاً."
 - 3- **شروط باطلة تبطل عقد الزواج:** وهي تلك الشروط التي تمس أصل العقد أي تكوينه، كاشتراط تأقيت الزواج مثلاً، فيبطل الشرط والعقد معاً، نص عليها المشرع في المادة 32 من قانون الأسرة: "يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."
- ويعاب على المشرع الجزائري استعماله مقتضى العقد في المادة 32 وجعل الشرط باطلاً مع العقد، مع أن مقتضى العقد لا يبطل الزواج وإنما يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً وبالتالي تحتاج هذه النصوص إلى ضبط في الصياغة القانونية.
- ومن التشريعات الدقيقة، نجد المشرع الكويتي أكثر تفصيلاً ووضوحاً في الأحكام بشأن مسألة الاشتراط بموجب نص المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية:
- أ- إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد.
 - ب- وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه، وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق الفسخ.

¹ أي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم 2721، ط1، دار بن كثير، دمشق، 2006، ص. 666.

ت- ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف المشروط في أحد الزوجين.

وأكثر من ذلك نصت المادة 41 من نفس القانون على أنه: "يجب أن يكون الشرط مسجلا في وثيقة العقد." وأضافت المادة 42: "يستقط حق الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمنا."

من خلال النصوص القانونية، حدّد المشرع الكويتي نوع الشرط الذي يبطل معه العقد تحديدا دقيقا وهو الشرط الذي ينافي أصل العقد فيمس بتكوينه وأركانه الأساسية، وحدّد حالات الشرط الصحيح ونص صراحة على حق طلب الفسخ إذا لم يوف به الطرف الآخر.

وأعطى المشرع الكويتي حكم الشرط الصحيح أي حق الفسخ، في حالة فوات الوصف المشروط في أحد الزوجين، كأن تكون بكرا لم يسبق لها الزواج أو تحمل شهادة علمية معينة أو أن تكون عذراء¹. كما نصّ على وجوب إفراغ الشرط في وثيقة العقد مما يجعلها ذات حجية في الإثبات لتلافي الإنكار والجحود.

رابعا: تخلف أهلية الزواج

نص قانون الأسرة الجزائري على الأهلية كشرط صحة في المادة 09 مكرر المستحدثة، لكن لم يذكر جزاء الأهلية في الفقرة 02 من المادة 33 بمناسبة نصّه على جزاء تخلف شرط من شروط عقد الزواج. و كما سبق تفصيل ذلك، فإن اعتبار الأهلية عنصر من عناصر الإرادة لا يكتمل الرضا إلا بتمامها ولارتباطها بالنظام العام فإنه يبطل الزواج لتخلف شرط الأهلية لتخلف الرضا(المادة 1/33).

الفرع الثاني: آثار الزواج الباطل

الزواج الباطل لا يرتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح سواء قبل الدخول أو بعده، فلا يتأكد المهر، ولا توارث بين الزوجين (المادة 131 من ق.أ.ج) ولا يرتب حقوقا وواجبات بين الرجل والمرأة. غير أن القانون نصّ على بعض الآثار للزواج الباطل لعدم اختلاط الأنساب وحماية للولد الناتج من زواج باطل، وهذه الآثار هي:

1- **وجوب الاستبراء:** ويقصد به براءة الرحم من الحمل لذلك لا استبراء للمرأة قبل الدخول بها في

زواج باطل، وإنما يجب الاستبراء إذا تم الدخول(المواد 34-58). واستبراء الحامل وضع حملها باتفاق المذاهب، أما غير الحامل فاستبراؤها بثلاث حيضات منذ وطئها عند المالكية والحنفية².

2- **ثبوت النسب:** حماية للولد قرّر له قانون الأسرة ثبوت النسب في الزواج الباطل في نص المادة 40

يثبت النسب... وكل زواج تم فسخه بعد الدخول. "والزواج الذي يفسخ قبل الدخول بعده هو الزواج الباطل. مع أن الفقه الإسلامي اشترط حسن النية لثبوت النسب أي عدم علم الرجل والمرأة ببطلان زواجهما أما إن كانا على علم بأن الزواج باطل وتم الدخول فيجب عليهما حد الزنا³.

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.135.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط2، دار الفكر، دمشق، 1980، ص473.

³ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.493.

وعليه، في القانون الجزائري تحكم المحكمة ببطلان الزواج سواء قبل الدخول أو بعده وبصدور الحكم تستبرئ المرأة المدخول بها ويثبت النسب، وتقضي المحكمة بالبطلان من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الزوجين أو من له مصلحة أو من النيابة العامة طبقاً للمادة 03 مكرّر المستحدثة من ق.أ.ج.

المطلب الثالث: الزواج الفاسد

هو الزواج الذي استوفى ركنه بتراضي طرفيه لكن يفتقر إلى أحد شروط صحته المذكورة في المادة 2/33 والمتمثلة في الصداق والولي والشاهدان.

فبالنسبة للصدّاق نصت عليه المادة 14 من ق.أ.ج: "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء". وطبقاً للمادة 16 تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول الحقيقي أو الحكمي، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. يحدّد الصداق في العقد معجلاً أو مؤجلاً، وفي حال عدم تحديده تستحق الزوجة صداق المثل. وهنا يظهر التعارض مع المادة 2/33 التي نصت على أن الزواج يفسخ قبل الدخول، فحالة عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة صداق المثل ولا يفسخ الزواج.

أما بالنسبة للولي فقد سبق الحديث عنه، ونظم قانون الأسرة أحكام الولاية في الزواج بموجب المواد 11 و13 من ق.أ.ج، ونصت المادة 2/33 على جزاء تخلف الولي، فالزواج الذي تمّ بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ويصحّ بصدّاق المثل.

وبخصوص الإشهاد على الزواج، فله أهمية بالغة في حفظ حقوق الزوجين عند جحود أحدهما، كما له أهمية في التفرقة بين النكاح والسفاح، فالنكاح الحلال يقتضي الإعلان عنه ودور الشاهدان أساساً يتمثل في إعلان وإشهار الزواج بين رجل وامرأة. واتفق أهل العلم على اشتراط الإشهاد لصحة عقد الزواج، لما روي عن ابن عباس قوله ﷺ: " لا نكاح إلا ببيّنة"¹.

والزواج بدون شاهدين يفسخ قبل الدخول ويصحّ بعده بصدّاق المثل طبقاً للمادة 2/33 من ق.أ.ج. ويجدر التنويه إلى أن المادة 33 عدلت بالأمر رقم 05-02 وكانت قبل التعديل تنص على أن الزواج يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصدّاق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.

ويختلف الزواج الفاسد عن الباطل في، أن الأخير يقع باطلاً قبل الدخول وبعده، أما الزواج الفاسد فيصحّ بالدخول بصدّاق المثل وإذا لم يتحقق الدخول فيفسخ شأنه شأن الزواج الباطل.

ومن آثار الزواج الفاسد، استحقاق الزوجة صداق المثل، وثبوت النسب ووجوب النفقة وكل ما يترتب على الزواج الصحيح متى تمّ الدخول.

¹ محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترميذي، تحقيق محمد بن ناصر الالباني، كتاب النكاح، ط1، مكتبة معارف، الرياض، دون سنة، ص.261.

ولا بد من الإشارة إلى المادة 34 من ق.أ.ج حيث استعمل عبارة فسخ العقد قبل الدخول وبعده في حالة الزواج بإحدى المحرمات وعبارة يبطل الزواج الذي اشتمل على مانع في المادة 32 وموانع الزواج تتمثل في المحرمات، والزواج الذي يفسخ بعد الدخول هو الزواج الباطل وليس الفاسد، لذلك على المشرع استعمال مصطلح البطلان في المادة 34 لا سيما أنه استعمله في النص الفرنسي (...est déclaré nul).

المبحث الخامس: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية

قيدت المادة 08 المعدلة من ق.أ.ج تعدد الزوجات بمجموعة من الشروط يجب على القاضي مراعاتها وتخضع لتقديره، وهذه الشروط هي:

- العدد في حدود الشريعة الإسلامية (الجمع بين 4 زوجات)
- توفر نية العدل وشروطه
- وجود مبرر للتعدد
- إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بما بالتعدد ويتأكد القاضي من موافقتهما.

وقبل الخوض في الشروط الواجب مراعاتها لمنح ترخيص التعدد لا بد من التعرض لأحكامه في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول) ليتم الانتقال إلى دراسة تلك الشروط في القانونين الجزائري والمغربي (المطلب الثاني) وكان للقانون الفرنسي والتونسي موقف آخر من زواج الرجل بأكثر من امرأة واحدة (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

التعدد هو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من امرأة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، وقد أثار موضوع تعدد الزوجات جدلا واسعا بين الفقهاء قديما ولازال يطرح باستمرار على طاولات النقاش، ويراه الغرب واجب من واجبات الإسلام، وهذا غير صحيح لأن الإسلام شرع التعدد لتحقيق مقاصد كثيرة وحل العديد من المشاكل والآفات الاجتماعية. وهو نظام قديم قدم المجموعات الإنسانية، عرفته الحضارات القديمة، وعرفه العرب قديما دون قيود، إلى أن جاء الإسلام الذي لم ينشأ هذا النظام بل عدّله وهدبه بوضع قيود له لمنع الظلم في المجتمع. فحرّم الزيادة فوق أربع نسوة في ذمة الرجل الواحد وحرّم الجمع بين الأختين. كما أن الإسلام اشترط العدل بين الزوجات مع القدرة على الإنفاق والمعاشرة بالمعروف وهو مشروع لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ أَمْوَالَهُنَّ وَلَا تَتَّبِعُوا الْخَيْبَتِ بِالطِّبِّ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُنَّ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي النِّسَاءِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتَلْتُمْ وَرُبِعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾¹. (حوبا: إيما)

¹ سورة النساء، الآية رقم 03.

ومن ثمّ، في ظلّ الإسلام ليس للرجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة، لما روي عن سالم عن أبيه: أن لغيلان الثقفي أسلم وتحتة عشرة نسوة. فقال النبي ﷺ: "اختر منهن أربعاً"¹. بمعنى أمسك في ذمتك أربعة نسوة وفارق سواهنّ.

وقد جعلت الآية الكريمة الخوف من عدم العدل مانعا للتعدد وسببا للاكتفاء بواحدة، مما يعني أن الأصل هو الزواج بواحدة والاستثناء هو الزواج بأكثر من واحدة متى دعت إلى ذلك مبررات.

وقد اشترط القرآن الكريم العدل لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ ثم ينفي استطاعة العدل فيقول جل وعلا: ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾². ولا يمكن أن نقول بأن هناك تعارض بين الآيتين الكريمتين، فالآية الأولى تشير إلى العدل المادي بين الزوجات في المبيت والمعاملة والمأكل والملبس والسكن والأمور التي يتحكم الإنسان فيها، وعدم العدل في الأمور المادية يسأل عنها الزوج، أما العدل المقصود في الآية الثانية فهو العدل الوجداني والقلبي غير المادي، وهذا العدل صعب تحقيقه لاختلاف كل زوجة عن الأخرى وكان النبي ﷺ يقول: "اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك.". بمعنى أن العدل بين الزوجات أمر يمكن تحقيقه لكن العدل القلبي لا يمكن التحكم فيه³.

من أهم مبررات تشريع التعدد وتنظيمه في الشريعة الإسلامية ما يلي:

- في التعدد علاج لارتفاع نسبة النساء مقارنة بالرجال، واختلال العدد راجع إلى الحروب والثورات وطبيعة عمل الرجل الذي يعرضه إلى المخاطر كالمناجم مثلا.
- كما أنه علاج للعديد من المشاكل الأسرية كمرض الزوجة وعجزها عن القيام بواجباتها، عقم الزوجة، كما فيه تلبية للحاجات الطبيعية البيولوجية للرجل، فالتعدد في الشريعة الإسلامية علاج ووقاية، لأن التعدد القانوني والشرعي يأتي في إطار منظم ومشروع أما ما يشهده الغرب من تعدد فعلي في علاقات غير شرعية فهو مصدر للأمراض والانحلال الخلقي والأطفال غير الشرعيين.

المطلب الثاني: شروط تعدد الزوجات في القانون الجزائري والمغربي

أجاز المشرعين المغربي والجزائري تعدد الزوجات وقيدها بشروط وكان المغربي أكثر تفصيلا عندما نظم هذا الموضوع في 7 مواد أما الجزائري فتتنظيمه جاء يكتنفه بعض الغموض في 3 مواد لا تفي بالغرض. وبمناسبة تنظيم موانع الزواج نصت المشرع المغربي في المادة 39 من مدونة الأسرة على أن: "موانع الزواج المؤقتة هي: ...الزيادة في الزوجات على القدر المسموح به شرعا..." ثم نظم تعدد الزوجات في المواد من 40 الى 46 من مدونة الأسرة.

¹ أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، شرحه ووضع فهارسه أحمد محمد شاكر، حديث رقم، 4609، ج4، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1995، ص426.

² سورة النساء، الآية رقم 129.

³ بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص.108.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نظم تعدد الزوجات بموجب القانون رقم 84-11 في المادة 08 وقيده بشروط هي العدد في حدود الشريعة الإسلامية والعدل بين الزوجات والمبرّر الشرعي وعلم الزوجة السابقة واللاحقة. لكن تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر رقم 05-02 وتم تقييد تعدد الزوجات بشروط أكثر صرامة فجعلها تحت رقابة القاضي، في المواد المادة 08 و المادة 08 مكرّر و08 مكرّر 1 والمادة 53 ف6 من ق.أ. وهذه الشروط هي: وجود المبرر الشرعي (الفرع الأول) توفر العدل (الفرع الثاني) وجود الموارد الكافية لإعالة أكثر من أسرة واحدة (الفرع الثالث) إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها الفرع الرابع) والحصول على ترخيص قضائي (الفرع الخامس) واختص المشرع المغربي بشرط سادس هو عدم وجود شرط في عقد الزواج بعدم التعدد (الفرع السادس).

الفرع الأول: وجود المبرر الشرعي

جاء في المادة 1/41 من مدونة الأسرة المغربية: "لا تأذن المحكمة بالتعدد إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي". ونص المشرع الجزائري في المادة 08 من ق.أ.: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي..".

الملاحظ، هو اختلاف وصف المبرر بالنسبة للمشرعين، فوصف المبرر الموضوعي بالاستثنائي في المدونة المغربية أضيق نطاقا من المبرر الشرعي في القانون الجزائري كما أن وصف المشرع الجزائري ب"الشرعي" معيب لأن الشريعة الإسلامية لم تشترط مبررا للتعدد. ومع عدم وضوح المقصود من المبرر ولا وجود معايير لتحديدته تبقى السلطة التقديرية للقاضي لتقدير ما يكون مبررا للتعدد من عدمه.

ولتفسير المقصود بالمبرر وإزالة اللبس، أصدرت وزارة العدل الجزائرية منشورين، صدر أولا المنشور رقم 102/84 بتاريخ 23 ديسمبر 1984 جاء فيه: "على الموثق أو ضابط الحالة المدنية عند إبرام عقد الزواج بزوجة ثانية، أن يتحقق من توفر المبرر الشرعي فيكتفي في إثباته بشهادة طبية من طبيب اختصاصي تثبت عقم الزوجة الأولى أو مرضها العضال وفي حالة عدم إثبات ذلك يرفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام العقد.". نلاحظ أن هذا المنشور اعتبر مبررا شرعيا مرض العضال وعقم الزوجة فقط متجاهلا المبررات الأخرى فقد ضيق من نطاق المبرر الشرعي مما يجعل تطبيقه محصورا في حالتين فقط.

ثم صدر منشور وزاري آخر رقم 14/45 بتاريخ 22 أوت 1985 جاء فيه: خارج مرض العضال أو عقم الزوجة الأولى يستوجب أخذ رأي القاضي في تقرير سبب الزواج الثاني، لاسيما في حالة رفض الزوجة الأولى، فللقاضي السلطة التقديرية في ترخيص الزواج الثاني أو رفضه بموجب أمر على عريضة غير قابل للطعن¹. وهنا وسّع المشرع من دائرة المبرر الشرعي مع خضوع كل ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

¹ خدام هجيرة، حرية المرأة...، المرجع السابق، 543.

كما أصدرت وزارة العدل المغربية هي الأخرى نصا تفسيريا للمبرر الشرعي الاستثنائي بتاريخ 17 جانفي 1994 فحدّته في مرض الزوجة مرضا لا علاج له وعقم الزوجة الذي مضى عليه أكثر من ثلاث سنوات¹. وقد توسع القضاء المغربي في تفسير المبرر الموضوعي الاستثنائي في قرار بتاريخ 13 جوية 2021 حيث رأت محكمة النقض أن عودة الزوج من ديار المهجر والاستقرار بالمغرب بعد تقاعده من عمله هناك ورفض زوجته الانتقال معه إلى المغرب يعتبر مبررا موضوعيا استثنائيا للتعدد². ويبقى للقاضي سلطة تقدير ما يدخل في المبرر الموضوعي الاستثنائي من عدمه.

الفرع الثاني: توفر العدل

ويقصد به العدل المادي، المعاملة والانفاق والمسكن والمبيت وغيرها، وفي العدل قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاجِدَةٌ﴾ فمجرد الخوف من عدم العدل بين الزوجات يوجب الاكتفاء بزوجة واحدة. وقد جاء في المادة 40 من مدونة الأسرة المغربية: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات...". ونصت المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري: "يسمح بالزواج بأكثر من واحدة... وتوفرت شروط ونية العدل" فاشتراط المشرع نية العدل مع أنّ النية أمر نفسي. ثم جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 08 بالنص على قدرة الزوج على تحقيق العدل. وبالتالي اشترط القانونين الجزائري والمغربي توفر العدل، ومجرد الخوف من عدم العدل يعتبر مانعا للتعدد في مدونة الأسرة المغربية.

وفي شأن عدم العدل في المبيت، جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 11 فيفري 2009: "يعد الهجر في المضجع، في حالة تعدد الزوجات، دليلا على انعدام نية العدل، يرر طلب الزوجة المتضررة التطلاق"³. وشروط العدل يعتمد في إثباته على الوضعية الاقتصادية للزوج بكشف راتب الزوج أو ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك وغيرها من الأمور التي تثبت إمكانية إعالة أسرتين فأكثر. وهذا يعتبر من أمور الواقع يخضع تقديرها لرئيس المحكمة التي يجب أن يراعى فيها ظروف الزمان والمكان أثناء التقدير.

الفرع الثالث: وجود الموارد الكافية لإعالة أكثر من أسرة واحدة

اشتراطت المادة 2/41 من مدونة الأسرة المغربية توفر الموارد الكافية لإعالة الأسرتين وضمن جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة. ونصت المادة 42 من المدونة على الراغب في التعدد إرفاق طلب الإذن بإقرار عن وضعيته المادية. وبالنسبة للمشرع الجزائري فيستنتج شرط وجود الموارد الكافية لإعالة الأسرتين في آخر نص المادة 08 من ق.أ. "... الشروط الضرورية للحياة الزوجية". ويكون ذلك مثلا بتقديم كشف لراتب الزوج أو رقم معاملاته التجارية وغير ذلك مما يثبت إمكانية تحقيق العدل بين الزوجات من خلال توفير الشروط الضرورية للحياة لكل زوجة وأولادها.

¹ خدام هجيرة، المرجع نفسه، ص.544.

² محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، القرار عدد366، بتاريخ 2021/07/13، الملف الشرعي عدد2019/1/2/175.

³ م.ع.غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم480240، م.م.ع، 2009، غ1، ص.279.

الفرع الرابع: إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها بالتعدد

نصت المواد 43 و 44 و 45 من مدونة الأسرة المغربية على الاجراءات المتبعة لمنح الاذن بالتعدد فنص في المادة 43 على استدعاء الزوجة المراد التزوج عليها ومحاولة أخذ موافقتها في مسألة التعدد، وفق إجراءات إضافية تم النص عليها في المادة 44. وإذا اتضح للمحكمة تعذر استمرار العلاقة الزوجية مع إصرار الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حكمت لها بذلك، بعد إيداع المبلغ المستحق للزوجة والأطفال من قبل الزوج في أجل لا يتعدى سبعة (07) أيام (المادة 45 من مدونة الأسرة).

وإجراءات التعدد حسب المدونة المغربية تتم باستدعاء الزوجة من طرف المحكمة، ويجب أن يسلم الاستدعاء لها شخصيا، وإذا أدلى الزوج بعنوان غير صحيح لزوجته أو حرّف اسمها بسوء نية يتعرض للعقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي متى طالبت الزوجة المتضررة بذلك (الحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات وغرامة).

وقد اشترط المشرع الجزائري هو الآخر في الفقرتين 2 و 3 من المادة 05 من ق.أ إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها ويتأكد القاضي من موافقتها إلا أنه لم يفصل في إجراءات ذلك كما فعل نظيره المغربي . فكيف تتم اجراءات إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها في القانون الجزائري؟ بما أن المشرع أوجب إبلاغ المرأتين وموافقتها أمام القاضي من أجل استصدار رخصة قضائية للتعدد فلا بد أن يتم التبليغ بمحضر قضائي طبقا لنصوص قانون الاجراءات المدنية والادارية. (313-321-336-367-406-426-488). وتجدر الملاحظة أنه من صياغة المادة 8 يتبين أن المشرع الجزائري علّق منح الترخيص بالتعدد على مجموعة من الشروط منها موافقة الزوجة الأولى، فلو توفرت كل الشروط السابقة من نية العدل والمبرّر ولم توافق الزوجة فلا يمنح الترخيص. لذلك على القاضي ألا يأخذ بحرفية النص لأن هناك العديد من الحالات كمرضها بمرض يقعدها عن ممارسة واجباتها الزوجية ومع ذلك تتعسف وتمتنع عن الموافقة على التعدد فكان الأحرى بالمشرع ترك كل ذلك للسلطة التقديرية للقاضي.

وأضافت المادة 46 من مدونة الأسرة المغربية: يعلم القاضي المرأة (المقبل على الزواج بها) بأن الرجل متزوج ويحصل على رضاها قبل إبرام عقد الزواج معها ويفرغ في محضر رسمي ليكون دليلا على عدم التدليس عليها.

ومن خلال قراءة للنصوص التشريعية، نجد أن المشرعين الجزائري والمغربي تكلموا عن الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها، مما يجعلنا نستنتج أنه يحدّد التعدد بزوجتين فقط. وعليه، فما دام العدد محدّد بأربع نسوة فكان على المشرع أن ينص على موافقة الزوجة أو الزوجات السابقات لذلك على القاضي أن لا يتقيد بحرفية النص وأن يرجع إلى الشريعة الاسلامية في تفسير النصوص القانونية.

الفرع الخامس: الحصول على ترخيص قضائي بالزواج

قيّد المشرعين المغربي والجزائري حق الرجل في تعدد الزوجات بترخيص قضائي، وبذلك وضعا شروط التعدد تحت سلطة القاضي، بمعنى يتأكد من مدى توفر شروط تعدد الزوجات المنصوص عليها في القانون. وطبقا لمدونة الأسرة المغربية فإن المحكمة هي المختصة بمنح إذن التعدد. ومنح المشرع الجزائري الاختصاص بمنح ترخيص تعدد الزوجات لرئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصه مكان مسكن الزوجية المادة 2/08 من ق.أ. وباشتراط الترخيص القضائي للزوج من أجل التعدد، قد جعل المشرعين المغربي والجزائري التعدد استثناء عن الأصل الزواج بوحدة.

ثم نصت المادة 08 مكرر 1 من ق.أ ج على أنه: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه". بمفهوم المخالفة أن العقد على زوجة ثانية دون ترخيص قضائي يصحح بالدخول. أكثر من ذلك فرغم تقييد المشرعين للتعدد بشروط إلا أن الاعتراف بالزواج العرفي في كلا القانونين (المادة 16 من مدونة الأسرة المغربية والمادة 22 من ق.أ.ج) يجعل التحايل على القانون قائما، فيمكن للرجل أن يعدد بعيدا عن مراقبة القاضي لشروط التعدد ثم يقوم بإثبات الزواج الثاني أو الثالث أو الرابع أمام المحكمة. وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 16 جانفي 2014: "استقر الاجتهاد القضائي لغرفة شؤون الأسرة والمواريث بالمحكمة العليا على جواز إثبات القضاة الزواج الثاني حتى ولو كان عرفيا بجميع طرق الإثبات. الإقرار القضائي من وسائل الإثبات وحجة قاطعة على المقر"¹.

الفرع السادس: عدم وجود شرط في عقد الزواج بعدم التعدد في القانون المغربي

تميزت مدونة الأسرة المغربية في المادة 41 بنصها على قيد مهم يمنع الزوج من التعدد هو اشتراط الزوجة عدم التزوج عليها في حين جعله المشرع الجزائري في المادة 53 سببا من أسباب التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها لا مانعا للتعدد كتنظيره المغربي. فكان على المشرع أن يضيف فقرة في المادة 08 في شروط التعدد بعدم وجود شرط اتفاقي بعدم التعدد. وهذا لتلافي العديد من المشاكل القانونية والتعارض بين النصوص كالمادة 19 التي تعطي للمرأة في اشتراط عدم الزواج عليها والمادة 08 لتي تمنح الزوج حق التعدد. وجاء في المادة 08 مكرر 1 من ق.أ.ج: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلق". فيحق لكل زوجة طلب التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها كعدم علمها وموافقها على التعدد. ويحق لها طلب التطلق لمخالفة الشروط المتفق عليها إذا اشترطت عدم الزواج عليها المادة 9/53، ويمكنها أيضا طلب التطلق للضرر² طبقا للمادة 10/53 من ق.أ فمتى تضررت الزوجة من التعدد كأن يهملها الزوج أو

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2014/01/16، ملف رقم، 0881943، م.م.ع، 2014، ع1، ص.332.

² م.ع، غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم 356997، م.م.ع، 2006، ع2، ص.446.

لا يعدل بينها وبين ضررتها في الأمور المادية كالإنفاق والمعاملة والإسكان والمبيت وغيرها فيحق لها في هذه الحالة طلب التلطيق. كما يجوز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بها (المادة 53 مكرر من ق.أ).

ومتى رأى القاضي توفر شروط التعدد منح للمعني رخصة للزواج، يقدم نسخة منها مع الملف الإداري إلى الضابط المختص بإبرام عقود الزواج. وفي القانون المغربي يقدم الزوج طلبه إلى قسم قضاء الأسرة في المحكمة الابتدائية.

المطلب الثالث: حكم الزواج بأكثر من واحدة في القانونين التونسي والفرنسي

يمنع القانون التونسي تعدد الزوجات وفقا للمادة 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي نصت على أن: "تعدد الزوجات ممنوع.

كل من تزوج وهو في حالة الزوجية، وقبل فك عصمة الزواج السابق، يعاقب بالسجن لمدة عام، وبغرامة قدرها 240 الف فرنك أو إحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون. ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون رقم 03 لسنة 1957 المتعلق بتنظيم الحالة المدنية، ويبرم عقد زواج ثان، ويستمر على معايشة زوجة، ويعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يعتمد إبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين."

فقد قرّر المشرع التونسي وجود جريمة الزواج بأكثر من واحدة حتى في حالة الزواج على خلاف الصيغ القانونية كعامة الأزواج والمعايشة وغيرها، وقاضي الموضوع هو من ينظر في جريمة التزوج بثانية، وهو صاحب النظر أيضا في فساد الزواج الثاني. وموقف المشرع التونسي في منع التعدد لا يوجد له مثيل في تشريعات الدول العربية، وهو بذلك خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية ولم يجعل استثناءات لهذا المنع وأكثر من ذلك جعل تعدد الزوجات جريمة يعاقب عليها القانون.

ومنع القانون الفرنسي تعدد الزوجات (La polygamie) في المادة 147 من القانون المدني الفرنسي¹، جاء فيها أنه لا يمكن إبرام زواج ثاني قبل انحلال الأول. هذا النص أقرّ منع التعدد، أما جزاء مخالفة هذه القاعدة القانونية فقد نص عليه قانون العقوبات الفرنسي في المادة 433-20: "كل شخص مرتبط بزواج ويبرم زواجا آخر قبل انحلال الأول يعاقب بسنة حبس وبغرامة 45.000 أورو. يعاقب بنفس العقوبات الضابط العام الذي يبرم هذا الزواج وهو يعلم بقيام زواج سابق"².

¹ On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Création Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803

² Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent. [Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3](#)

وتعفى الزوجة الثانية من العقوبة إذا لم تكن تعلم بزواجه الأول، أما إن كانت تعلم فتطبق عليها الأحكام العامة للشريك. وتتقدم المتابعة بعد مرور ثلاث (3) سنوات ابتداء من يوم إبرام الزواج الثاني.

ومن بين أسباب تجريم تعدد الزوجات في فرنسا رؤيتهم للتعدد بأنه يكثر النسل ما ينتج عنه الفقر، كما أن التعدد بالنسبة إليهم لا يقيم وزنا لمشاعر المرأة، ويولد الشقاق والحصام وتنشئة الأولاد على مفاسد الأخلاق.

لكن بالنسبة للأمة الإسلامية فإن التعدد يقضي على العديد من المشاكل متى تم مراعاة ضوابطه لاسيما شرط العدل الذي يضع حدًا للنزاع بين الزوجات والأولاد.

المبحث السادس: الإجراءات الشكلية والتنظيمية لتوثيق الزواج وتسجيله

ينعقد الزواج صحيحا مرتبا لآثاره بمجرد توفر الشروط الموضوعية وهي ركن الرضا وشروط صحة العقد (المادة 9 والمادة 9 مكرر)، وهو زواج قانوني وشرعي، وطبقا للمادة 04 فإن الزواج عقد رضائي. لكن يحتاج هذا الزواج لشكل معين من أجل اكتسابه حجية قانونية وإثباته، لاسيما عند إنكار أحد الزوجين لوجود علاقة زوجية. لذلك، وحماية للزوجين ولحقوقهما وحقوق الأولاد يجب أن يفرغ هذا الزواج بشروطه الموضوعية في شكل رسمي. ويقصد بالشكلية في الزواج توثيقه وتسجيله، وهي شكلية إثبات لا شكلية انعقاد، لأن الزواج في القانون الجزائري ينعقد بمجرد توفر ركنه وشروطه كما أسلفنا. ولإتمام تسجيل الزواج لا بد من استظهار مجموعة من الوثائق (المطلب الأول) أمام الجهة المختصة بتحرير العقد (المطلب الثاني) قبل تحرير العقد (المطلب الثالث) ومن ثم تسجيله في الحالة المدنية (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الوثائق المطلوبة قانونا

هي مجموعة من الوثائق يشترطها القانون لإبرام الزواج لإثبات الحالة المدنية (الفرع الأول) والحالة الصحية عن طريق شهادة طبية (الفرع الثاني) إضافة إلى الترخيص الذي يشترطه القانون في بعض الحالات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وثائق الحالة المدنية

حدّد قانون الحالة المدنية الوثائق التي يقدمها طالبي الزواج لإبرام العقد بصفة رسمية وهذه الوثائق هي:

- يجب على كل واحد من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم مستخرج مؤرخ بأقل من 03 أشهر إما لشهادة الميلاد أو لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة طبقا للمادة 74 من ق.ح.م.¹
- شهادة إقامة لطالب الزواج أو تصريح شرطي، في حالة لم يكن ضابط الحالة المدنية أو الموثق مطلعاً على حقيقة مسكنه أو محل إقامته. المادة 75 من ق.ح.م.
- على المرأة التي سبق لها الزواج أن تقدم وثيقة وفاة زوجها السابق أو نسخة من حكم الطلاق الذي صار نهائياً (المادة 75 من ق.ح.م) وعلى الضابط المكلف بإبرام عقد الزواج التحقق من انقضاء عدتها في كلتا الحالتين.

الفرع الثاني: تقديم شهادة طبية وفقاً لما نصت عليه المادة 07 مكرّر من قانون الأسرة

نصت المادة 07 مكرّر من قانون الأسرة المستحدثة بالأمر 05-02 على وجوب تقديم شهادة طبية من طالبي الزوج لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج. وألزمت الفقرة الثانية من نفس المادة ضابط الحالة المدنية والموثق أن يتأكداً قبل تحرير العقد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج وألزمته أيضاً بالتأشير بذلك في عقد الزواج.

إذن، يجب أن يعلم الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج طالبي الزواج بنتائج الفحوص الطبية، فيقران إما إبرام العقد أو التراجع عن إبرامه.

ثم، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-154² مؤرخ في 11 ماي 2006 يحدّد شروط تطبيق أحكام المادة 7 مكرّر من القانون رقم 84-11 والمتضمن قانون الأسرة، فنصت المادة 02 منه على أنه يجب على كل طالب زواج أن يقدم شهادة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة 03 أشهر تثبت خضوعه للفحوصات الطبية. وتسلم الشهادة من طرف طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم. وقد اشترطت المادة 03 من ذات المرسوم أن تسلم الشهادة بناء على:

- فحص عيادي شامل

- تحليل فصيلة الدم (ABO+ Rhésus)

وتبقى السلطة التقديرية للطبيب في اللجوء إلى الفحوص الاختيارية في حالة وجود أعراض تدلّ على وجود مرض ما في أحد المقبلين على الزواج، فيمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية عن

¹ الأمر رقم 70-20، مؤرخ في 19/02/1970، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، 27/02/1970، مؤرخة في ص.274. المعدل بالقانون رقم 14-08، مؤرخ في 09/08/2014، ج.ر.ج.ج صادرة في 20/08/2014، ع.49، ص.3، المعدل والمتمم بالقانون 17-03 مؤرخ في 10/01/2017، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/01/2017، ع.2، ص.9.

² مرسوم تنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 11/05/2006، يحدّد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرّر من القانون رقم 84-11، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 14/05/2006، ع.31، ص.4.

بعض العيوب أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض. كما يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض المعدية التي تشكل خطر الانتقال إلى الزوج الآخر أو الذرية. وتضمن النموذج المرفق بالمرسوم التنفيذي للشهادة الطبية مجموعة من البيانات الملزمة الطبيب منها لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل والتأكيد على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

ورغم أهمية الفحص ما قبل الزواج، إلا أنه يبقى شرط الشهادة الطبية شرط إجرائي شكلي يدخل في تكوين الملف الإداري لعقد الزواج، وتختلفها لا يؤثر على صحة عقد الزواج، لأن الزواج ينعقد صحيحا بتوفر شروطه الموضوعية (المادة 4 والمادة 9 والمادة 9 مكرر) فيمكن بعد ذلك إثباته. ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج إلا بعد أن يقدم طالبي الزواج شهادة طبية بالشروط القانونية.

الفرع الثالث: الترخيص في عقد الزواج (القضائية والادارية)

أولاً: الترخيص القضائي في عقد الزواج

حماية للمجتمع بصفة عامة، وحماية للأسرة والزواج بصفة خاصة، أعطى القانون للقاضي صلاحية منح الإذن القضائي بالزواج لمن لم تتوفر فيهم أهلية الزواج، وكذلك في حالة إبرام عقد زواج مع زوجية ثانية أو ثالثة أو رابعة. فيصدر القاضي الترخيص في شكل أمر على عريضة، وبالتالي يدخل الترخيص القضائي ضمن الأعمال الولائية للقاضي.

أ- الإعفاء من السنّ القانوني للزواج (الاذن القضائي بزواج قاصر)

حدّدت التشريعات المغربية للأسرة سنّ الزواج للرجل والمرأة بتطبيق مبادئ المساواة وكان 19 سنة لكلا الجنسين في القانون الجزائري، وللقاضي أن يرخّص بالزواج قبل ذلك بناء على طلب القاصر أو وليه، وهذه الرخصة تؤهله لإبرام عقد الزواج عقدا صحيحا مرتبا لجميع آثاره كما تمنحه أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار الزواج، وهو ما نصت عليه المادة 07 من ق.أ.ج.

وطبقا للمادة 07 دائما يأذن القاضي لمن لم يبلغ سنّ الزواج لمصلحة أو ضرورة مع قدرة الطرفان على الزواج، وتوفر الشروط القانونية يمنح للقاصر ترخيصا يعفيه من السن القانوني للزواج من أجل إبرام عقد زواج وتسجيله في الحالة المدنية، ويرفق الإذن بملف الزواج. وعلى الضابط المختص أن يمتنع عن إبرام العقد إذا كان أحد طرفيه قاصرا لم يحضر إذنا من المحكمة.

ب- الرخصة القضائية للتعدد

وهي رخصة لإبرام عقد زواج ثاني أو ثالث أو رابع، مع قيام رابطة زوجية مع زوجة سابقة أو زوجات سابقات ترفق بملف الزواج، فيمتنع الضابط المختص بإبرام عقود الزواج عن تحرير الزواج اللاحق للسابق دون الحصول على ترخيص قضائي يراعي شروط تعدد الزوجات الواردة في المادة 08 من ق.أ. مع ملاحظة أن الاعتراف بالزواج العربي في المادة 22 من ق.أ.ج يعيق الحماية التي تحققها رخصة التعدد فيمكن للرجل إبرام

عقد زواج ثاني عرفيا ثم إثباته أمام المحكمة ومن ثم تسجيل الحكم في الحالة المدنية دون حاجة لاستصدار رخصة قضائية للتعدد ودون علم زوجته الأولى.

ثانيا: الرخص الإدارية

قيدت بعض النصوص القانونية والتنظيمات زواج بعض موظفي الدولة بشرط الترخيص الإداري لإبرام عقود زواجهم، وهذا راجع للمكانة الخاصة لهؤلاء وحفظا للنظام العام ومصصلحة الدولة.

أ- أفراد الجيش ورجال الدرك الوطني

يوجب القانون على أفراد الجيش الوطني الشعبي، ورجال الدرك الوطني وكذا المجندين الخاضعين لمصالح الدفاع الوطني ضرورة الحصول على رخصة مسبقة من الجهة المختصة بهيئة الدفاع الوطني. وإذا أبرم عسكري عقد زواج وقد أخفى صفته دون الإدلاء بالرخصة المذكورة فإنه يتعرض إلى المتابعة الإدارية والجزائية.

ب- المنتمين لأسلاك الأمن الوطني

لا يجوز لموظفي الأمن الوطني عقد زواجهم دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها صلاحية التعيين وهو ما نصت المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 10-322 الذي يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاصة بالأمن الوطني¹: "لا يمكن موظفي الشرطة عقد زواج دون حصولهم على رخصة كتابية مسبقة من السلطة التي لها صلاحية التعيين.

ويتعين عليهم التصريح بأي تغيير يطرأ على حالتهم العائلية". فكل ما يطرأ على حياة المنتمي لسلك الأمن وجب عليه التصريح به كإنجاب طفل أو الطلاق وغيرها.

ونفس الأحكام بالنسبة للمستخدمين الشبيهين للأمن الوطني فلا يمكنهم إبرام عقد زواجهم دون رخصة طبقا للمادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 10-323 الذي تضمن الأحكام الخاصة المطبقة على المستخدمين الشبيهين للأمن الوطني².

غير أن إبرام عقد الزواج دون الرخص الإدارية المذكورة أعلاه لا يعيب العقد بالبطلان أو الفساد، فيبقى الزواج صحيحا مرتبا لآثاره القانونية، ويتعرض الموظف إلى المتابعة الإدارية والجزائية بجنحة مخالفة التعليمات العسكرية وفي ما جاء في للمحكمة العليا بتاريخ 17 ديسمبر 2009 جاء فيه: "زواج عسكري بدون رخصة يشكل جنحة مخالفة التعليمات العسكرية. وتتقدم هذ الجنحة بمرور ثلاث سنوات من يوم اقترافها، باعتبارها جنحة فورية"³.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 10-322، مؤرخ في 2010/12/22، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2010/12/26، ع 78، ص.4.

² مرسوم تنفيذي رقم 10-323، مؤرخ في 2010/12/22، يتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على المستخدمين الشبيهين للأمن الوطني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2010/12/26، ع 78، ص.20.

³ م.ع، غ.ج، 2009/12/17، ملف رقم 602345، م.م.ع، 2010، ع 1، ص.273.

أما عقد الزواج فيبقى صحيحا متى استجمع أركانه وشروطه وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 14 جوان 2006: "رخصة الزواج التي تمنحها بعض الجهات الوصية لموظفيها وأسلاكها، لا تعدّ عنصرا أساسيا في الزواج، ولا تعتبر ركنا من الأركان التي نصت عليها المادة 09 مكرر من قانون الأسرة"¹. فهي مجرد رخصة إدارية يتعلق أمرها بالموظف والإدارة لا غير.

ت- الزواج بالأجنبي

نصت المادة 31 من ق.أ: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية". وألزمت التعليمات الوزارية رقم 02-80 الصادرة بتاريخ 11 فيفري 1980 الأجنبي بالحصول على رخصة، فلا يجوز له إبرام عقد زواج أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري إلا بعد الحصول على رخصة كتابية مسلمة من طرف والي الولاية التي يقيم بها، وذلك بعد أخذ رأي مصالح الأمن إثر تحقيق شامل حول وضعية الأجنبي. وكل ما يتعلق بهذه الرخصة وشروط الزواج المختلط موجود على موقع وزارة الداخلية².

ولأن هذه الرخص تخضع لإجراءات صارمة وفي كثير من الأحيان لا تمنح للأجنبي في الجزائر، فإن الواقع كشف عن كثرة اللجوء إلى الزواج العربي بالأجنبي، ومن ثم رفع دعوى إثبات زواج. لكن القضاء اشترط مؤخرا رخصة الزواج حتى في الإثبات أمام المحكمة وهو ما نستشفه من عدة قرارات للمحكمة العليا. وألها كان القرار الصادر بتاريخ 03 فيفري 2016 جاء فيه أن تثبت الزواج العربي بين طرفي العقد من جنسيتين مختلفتين، دون مراعاة الأحكام التنظيمية المنصوص عليها، يعد مخالفة للقانون³.

وفي قرار آخر بتاريخ 13 جويلية 2016: "توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب، الحصول على رخصة إدارية، سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته"⁴. ونفس الموقف في قرار آخر بتاريخ 2016/12/07⁵. فالمحكمة لم تقضي ببطان الزواج فهو صحيح مادام استوفى أركانه وشروطه الموضوعية، غير أنّ إثباته يخضع لنفس شروط تسجيله وهو وجوب استصدار رخصة إدارية. وإن كان يظهر بأن هذا الشرط تقييد للحرية في الزواج إلا أنّ النظام العام تدخل لفرض مجموعة من الإجراءات قبل منح الأجنبي رخصة الزواج في الجزائر، وكما هو معلوم فإن النظام العام أحد أهم قيود الحرية في الزواج.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بتحرير عقد الزواج

نصت المادة 18 المعدلة من ق.أ.ج: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو ضابط مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 09 و 09 مكرّر من هذا القانون". ونصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية بأنه يختص ضابط

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2006/06/14، ملف رقم 357354، م.م.ع، 2007، ع1، ص.461.

² وزارة الداخلية، الأجانب في الجزائر، الزواج المختلط، <https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar>، 2022/01/19، 08:00.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2016/02/03، ملف رقم 0942668، م.م.ع، 2016، ع1، ص.130.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 2016/07/13، ملف رقم 1005800، م.م.ع، 2016، ع2، ص.207.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، 2016/12/07، ملف رقم 102871، م.م.ع، 2016، ع2، ص.2011.

الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم فيه أحدهم باستمرار من شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. ولا تطبق هذه المهلة على المواطنين". وفي حالة ما إذا تم العقد خارج الوطن فيحرره موظفون دبلوماسيون أو القناصل أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية. المواد 96 وما بعدها من ق.ح.م.

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية يتبين لنا ان المشرع اعطى صلاحية تحرير عقود الزواج داخل الجزائر لهيئتين فقط هما ضابط الحالة المدنية (الفرع الأول) والموثق (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموثق

هو ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة (المادة 03 من قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم (06-02)¹. كان ينتمي إلى سلك الموظفين مساعدي القضاء ويخضع لسلطة النائب العام بموجب الأمر رقم 91-70 مؤرخ في 15/01/1970 الذي تم إلغاؤه بالقانون رقم 27/88 ساري المفعول ابتداء من 01/01/1990 أنشأ مكاتب التوثيق يمتد اختصاصها عبر كامل التراب الوطني يسيره موثق يمارس مهنته لحسابه الخاص مع تمتعه بالضبطية العمومية² ثم صدر قانون التوثيق رقم 02-06 بتاريخ 20 فبراير 2006، فنصت في المادة 03 منه أن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة.

الفرع الثاني: ضابط الحالة المدنية

هو الموظف المؤهل قانونا لتحرير عقد الزواج وتسجيله، والذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما، وهو ما نصت عليه المادة 71 من ق.ح.م ونصت المادة 03 من نفس القانون على أن ضابط الحالة المدنية يكلف بتحرير عقود الزواج وأكدت ذلك المادة 18 من ق.أ.ج.

وطبقا للمادة الأولى المعدلة من قانون الحالة المدنية فإن ضابط الحالة المدنية هو رئيس المجلس الشعبي البلدي، الذي يمكنه أن يفوض إلى نائب أو عدة نواب أو إلى المندوبين البلديين أو إلى المندوبين الخاصين وإلى أي موظف بلدي مؤهل، المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية لتلقي التصريحات بالولادات والزواج والوفيات وتسجيل العقود والأحكام في سجلات الحالة المدنية وتحرير جميع العقود المتعلقة بها.

وأضافت ذات المادة أن ضابط الحالة المدنية خارج الجزائر هم رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية. وهم الذين يكلفون بتحرير عقود الزواج بين الجزائريين في الخارج.

¹ قانون رقم 02-06، مؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، 08/03/2006، ع14، ص15.

² أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحد التعديلات، المرجع السابق، ص105.

وأعطى القانون المغربي صلاحية إبرام عقود الزواج للعدلين اللذين يقومان بالإشهاد على الزواج وتوثيقه، ولا يقومان بذلك إلا بعد تجهيز الملف من طرف قاضي الأسرة المكلف بالزواج فيحال إلى العدلين لتوثيقه والإشهاد عليه ثم يؤشر عليه قاضي الأسرة المكلف بالتوثيق لإضفاء الرسمية. ثم يوجه ملخص عنه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين خلال أجل 15 يوما من تاريخ الخطاب عليه. (المواد من 65 إلى 68 من مدونة الأسرة المغربية).

وبالنسبة للقانون التونسي فقد نص الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه يبرم عقد الزواج بالبلاد التونسية أمام عدلين أو أمام ضابط الحالة المدنية بمحضر شاهدان من أهل الثقة. "وبذلك أعطى المشرع التونسي صلاحية إبرام عقد الزواج للعدلين، وإذا تم إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية فيشترط حضور شاهدين من أهل الثقة.

المطلب الثالث: تحرير عقد الزواج

بعد تأكد الضابط المختص بإبرام عقد الزواج (الموثق أو ضابط الحالة) من توفر الوثائق والرخص المطلوبة، يأتي إلى مرحلة تحرير العقد بحضور الزوجين شخصيا والولي وشاهدين فيتأكد بداية من هوية الطرفين عن طريق الوثائق المقدمة، ثم من رضاها طبقا للمادة 09 من ق.أ.ج بتطابق الإيجاب مع القبول وفقا للمادة 10 ومن أهليتهما، ويتأكد من خلوهما من الموانع الشرعية للزواج وتسمية الصداق وحضور الولي والشاهدان طبقا للمادة 09 مكرر من ق.أ. ويبلغ الطرفان بنتائج الفحوص الطبية ويؤشر بذلك في عقد الزواج، وبعد إلغاء المادة 20 من ق.أ. لا يمكن التوكيل في الزواج بل يجب حضور المعنيين شخصيا أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية. ويمكن للزوجين أن يشترطان في عقد الزواج أو في عقد رسمي لا حق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة طبقا لما نصت عليه المادة 19، وعلى الضابط المختص تدوين الشروط المتفق عليها بين الزوجين.

كما يمكن الاتفاق على الأموال التي يكتسبها أثناء الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق. وعليه يجب أن تتضمن وثيقة الزواج البيانات التي نصت عليها المادة 73 من ق.ح.م والمادة 29 من قانون تنظيم مهنة التوثيق وهي كالآتي:

- 1- الألقاب والأسماء والتواريخ ومكان ولادة الزوجين وجنسياتهم
- 2- مهنة الأزواج وتوقيعاتهم
- 3- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما
- 4- ألقاب وأسماء وأعمار الشهود وتوقيعاتهم
- 5- الاعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني
- 6- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء

7- الإشارة لخضوع الطرفين للفحوصات الطبية وعلمهما بما قد تكشف عنه من الامراض وعوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

المطلب الرابع: تسجيل الزواج

في تسجيل الزواج نميز بين ما إذا كان العقد رسميا (الفرع الأول) أم عرفيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حالة الزواج الرسمي

إذا قام بتحرير عقد الزواج ضابط الحالة المدنية في البلدية المختصة إقليميا فإنه يسجل عقد الزواج فور إتمامه في سجلاته ويسلم الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج (المادة 1/72 من ق.ح.م). أما إذا تم تحرير العقد من طرف الموثق لزواج تم أمامه، فإنه يسلم للمعنيين شهادة (تسمى لفيف الزواج)، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام¹ إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام من تاريخ استلامه الملخص، ثم يسلم للزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين. (المادة 2/72).

الفرع الثاني: حالة الزواج العرفي

رغم المشاكل التي يثيرها الزواج العرفي أمام القضاء إلا أن المشرع الجزائري لا زال يعترف به في المادة 22 والمادة 4 والزواج بالفاتحة في المادة 2/6. ومتى تم إبرام عقد الزوج بتوفر الشروط الموضوعية 9 و9 مكرر اعتبر الزواج صحيحا شرعا وقانونا مرتبا لآثاره في الحال. غير أنه لا يمكن أن يحتج به إلا اذا تم تسجيله بسجلات الحالة المدنية. ويتم تسجيله بعد استصدار حكم قضائي بتسجيله وهذا طبقا للمادة 22 من ق.أ: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". وعليه حتى يكتسب الزواج العرفي حجية قانونية يجب أن يصدر حكم قضائي بصحة الزواج وإثباته، لأن القاضي هو من يقدر أدلة الإثبات، وبسعي من النيابة العامة ترسل نسخة من الحكم إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي تم فيها إبرام عقد الزواج ليقوم هذا الأخير بتسجيل وقيد الزواج في سجلات الحالة المدنية.

ولا يقبل إثبات قيام علاقة زوجية إلا باستظهار نسخة مستخرجة من سجلات الحالة المدنية.

وبالنسبة للقانون التونسي فلا يعترف بالزواج العرفي فلا يمكن إثبات الزواج إلا بحجة رسمية، فقضت تونس على الزواج غير المسجل. أما مدونة الأسرة المغربية فنصت الفقرة الأخيرة من المادة 16 على أنه: "يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ". وطبقا للنص فإنه ترفض دعوى إثبات الزواج غير المسجل ابتداء من فيفري 2019 وهو تاريخ انتهاء المرحلة الانتقالية

¹ "عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية بالبلدية لا يؤثر على صحة الزواج."؛ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 062007/13، ملف رقم 396339، م.م.ع، 2008، ع1، ص.253.

المحدّدة ب15 سنة من تاريخ صدور مدونة الأسرة. فأجّه القانون المغربي إلى القضاء على الزواج العربي رغم أن القضاء لم يتفق على رفض دعوى إثبات الزواج العربي بعد هذا التاريخ.

المبحث السادس: حق الزوجان في الإنجاب وحق الولد في النسب

إضافة إلى الحقوق المشتركة في المادة 36 من ق.أ.ج والتي سبق تناولها، تضمّن قانون الأسرة في نصوص متفرقة حقوقاً أخرى كالحق في الإنجاب المادة 04 وحق الزوجة في العدل بينها وبين زوجها، ويمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق.أ.ج لتقرير بعض الحقوق الشرعية كحق الزوجية في بيت منفرد وحق الزوج في منع زوجته من الخروج من المنزل بغير إذنه والحق في المعاشرة بالمعروف وغيرها. وسنركز في هذا المبحث على الحق في الإنجاب (المطلب الأول) وحق المولود في النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحق في الإنجاب

يعتبر الإنجاب من مقاصد الشريعة الإسلامية، وهدف من أهداف الزواج طبقاً لما نصت عليه المادة 04 من ق.أ.ج: "...من أهدافه.. وحفظ النسل...". وبناء عليه يعتبر الإنجاب من أهم الحقوق المشتركة بين الزوجين، فلا يجوز للزوج أن يشترط على زوجته عدم الإنجاب والعكس صحيح، وكل شرط من هذا القبيل يقع باطلاً لأنه مخالف لمقتضى العقد، فيبطل الشرط ويبقى العقد صحيحاً طبقاً للمادة 35 من ق.أ.ج.

الأمومة والأبوة حلم كل رجل وامرأة، والأصل أن يتم حمل الزوجة من زوجها بطريق الاتصال الطبيعي، لكن قد يتعذر تحقق ذلك طبيعياً بين الزوجين، لأسباب مرضية أو خلقية قد تعود للزوج أو للزوجة. وقد فتح العلم آفاقاً جديدة للإنجاب بطرق غير طبيعية، وتتعدد هذه الوسائل بين طرق مشروعة وأخرى غير مشروعة تتنافى مع حرمة الجسم البشري كالاستنساخ مثلاً. من الطرق المشروعة، اختار المشرع التلقيح الاصطناعي ونظمه في تعديله لقانون الأسرة بالأمر 05-02 بموجب المادة 45 مكرّر ثم في قانون الصحة رقم 18-11.

الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي

نصت المادة 45 مكرّر من ق.أ.ج أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمبي وبويضة رحم الزوجة دون غيرها.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة."

ثم، أكد قانون الصحة رقم 18-11 هذه الشروط في نصوصه المتعلقة بالمساعدة الطبية على الإنجاب وأضاف شروطاً أخرى جوهرية بالنسبة للعمل الطبي المنصب على وسائل الإنجاب. نلخص كلّ ذلك في الآتي:

أولاً: أن يكون الزواج شرعياً

يجب أن يكون الزوجان الراغبان في التلقيح الاصطناعي مرتبطان بعقد زواج شرعي صحيح مكتمل الأركان والشروط، ومرتب لآثاره القانونية. وتثار هنا مشكلة الزواج العربي الذي يعتبر أيضا زواجا شرعيا، اعترف به القانون، لكن الواقع أن عقد الزواج لا يثبت إلا بمستخرج من سجلات الحالة المدنية لذلك على المتزوجين عرفيا إثبات زواجهما بحكم قضائي وتسجيله في الحالة المدنية من أجل إثبات زواجهما أمام المؤسسة المعالجة باستظهار نسخة من مستخرج الحالة المدنية.

ثانيا: رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي وأثناء حياتهما

يجب أن يكون الرضا صريحا ومكتوبا لطلب التلقيح الاصطناعي، ويشترط الخلو من عيوب الإرادة، صادر عن زوجين يتمتعان بالأهلية الكاملة أثناء حياتهما مما يعني عدم جواز التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين.

ثالثا: أن تكون الخلايا الجنسية للزوجين دون غيرها

يشترط أن يتم التلقيح الصناعي ببويضة الزوجة ونطفة الزوج ويمنع تدخل طرف ثالث في العملية كأن تكون الزوجة مريضة لا تنتج بويضات فتؤخذ ببويضة من امرأة أخرى وتلقح بماء الزوج وتزرع في رحم الزوجة، أو تتلقح ببويضة الزوجة ببويضة رجل أجنبي مثلا، فهذه الحالات غير جائزة في القانون الجزائري بصريح النص، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب.

رابعا: العقم المؤكد طبيا

لم يتضمن قانون الأسرة هذا الشرط، بل جاء به قانون الصحة، ويقصد به أنّ الزوجان اللذان يمكنهما الإنجاب بطريق طبيعي لا يمكن لهما إجراء عمليات تلقيح اصطناعي، ويجب تأكيد العقم بشهادة طبية. طبقا لنص المادة 370 من قانون الصحة: "المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي، حالة العقم المؤكد طبيا."

خامسا: طلب مكتوب

يجب تقديم طلب مكتوب من الزوجين وهما على قيد الحياة ويجب عليهما تأكيده بعد شهر واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية.

الفرع الثاني: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب

جاء في المادة 2/370 من قانون الصحة: "وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي". فعرضت المادة مجموعة من التقنيات المشروعة في إطار المساعدة الطبية على الإنجاب وهي:

أولا: تنشيط الإباضة عند الزوجة

بمعنى تحفيز إنتاج البويضات بهدف الحصول على بويضة أو بويضات قابلة للإخصاب، ويتم ذلك باستخدام الهرمونات.

ثانيا: التلقيح بواسطة الأنابيب

بحيث يتم تلقيح بويضة الزوجة بنطفة الزوج خارج الجسم، في أنبوب اختبار، وهو الذي يصطلح عليه بالتلقيح الاصطناعي الخارجي.

ثالثا: نقل الأجنة

ويقصد به نقل البويضة الملقحة إلى رحم الأم صاحبة البويضة زوجة الرجل صاحب النطفة، لتتم أطوار حياتها إلى غاية الولادة.

رابعا: التخصيب الصناعي

يقصد به المشرع التلقيح الاصطناعي الداخلي.

ومنعت المادة 374 تداول لغاية البحث العلمين التبرع والبيع وكل شيء اخر من المعاملة المتعلقة :

- بالحيوانات المنوية

- بالبويضات حتى بين الزوجات الضرات

- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا.

كما أكد على وجوب أن تكون الخلايا الجنسية من الزوجان دون تدخل طرف ثالث في العملية ومنع الإنجاب باستعمال الأم البديلة الذي منعته أيضا المادة 45 من ق.أ.ج.

والأم البديلة أو الأم الحماله هي المرأة التي تؤجر رحمها بمقابل أو بدون مقابل، فتقوم بحمل اللقيحة إلى غاية الولادة، لتسلم المولود إلى أبويه البيولوجيين صاحبي البذرتين الجنسيين. وغالبا ما يتم ذلك بعقد ينظم العملية من بداية الحمل أي زرع اللقيحة إلى غاية التسليم وهو ما اصطلح عليه بعقد الاجتتان.

والأم البديلة محرمة في كل صورها إضافة إلى منعها في قانون الأسرة وقانون الصحة، لكن يبقى منع دون جزاء يهدد النسب والأمومة.

المطلب الثاني: حق الولد في النسب

يعتبر النسب أهم حق من حقوق الطفل، أحاطته الشريعة الإسلامية بعناية خاصة ذلك أنه أحد مقاصدها السامية، ثم جاءت القوانين الوضعية لتهتم به، فالاتفاقيات الدولية نصت دئما على حق الطفل في النسب وكذلك قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 نظم أحكامه ثم مسه تعديل بالأمر رقم 05-02، لذلك يتم دراسة أحكام النسب في عدة فروع، يتضمن الفرع الأول إثبات النسب بالزواج والإقرار والبيئة ويخصص الفرع الثاني للطرق العلمية لإثبات النسب.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج والاقرار والبينة

النسب من آثار الزواج غير المالية المترتبة على الولادة، يقول تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا¹ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا¹﴾. ونسب الطفل ثابت لأمه مادامت هي التي حملت وولدت سواء كان من نكاح أو من سفاح، أما نسبه من أبيه فقد نصت المادة 40 من ق.أ: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب."

أولاً: ثبوت النسب بالزواج

أ- ثبوت النسب بالزواج الصحيح

وهو ما يعبر عنه الفقهاء بثبوت النسب بالفراش لقوله ﷺ: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" متى انعقد الزواج صحيحاً بركنه وشروطه كان صحيحاً ورتب آثاره ومنها النسب. وفي حالة الزواج غير المسجل ترفع دعوى إثبات الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية وإلحاق نسب الأولاد.

ويشترط لثبوت النسب بالزواج توفر مجموعة من الشروط عددها المادة 41 و المادة 42 على التوالي من ق.أ: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة." "أقل مدة للحمل ستة 06 أشهر وأقصاها عشرة 10 أشهر." والمادة 43 "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة." وبالتالي يشترط لثبوت النسب للأب بالفراش:

1- إمكانية الاتصال بين الزوجين

أي إمكانية التلاقي، ويقصد بذلك الدخول لثبوت النسب، فإذا تم عقد الزواج ولم يحدث اتصال بين الزوجين وحملت الزوجة فلا ينسب الولد للزوج، ويجوز لهذا الأخير رفع دعوى نفي النسب لعدم إمكانية الاتصال. كحمل الزوجة وزجها مسافر أو في السجن لعدة سنوات وتأتي بالولد، فهنا يحق له نفي النسب لاختلال أحد شروط الفراش وهي عدم إمكانية الاتصال.

2- عدم نفي النسب بالطرق المشروعة

وهو ما نصت عليه المادة 41 من ق.أ، وقد استخدم المشرع مصطلح الطرق المشروعة دون أن يحددها باللّعان صراحة، وسارت قرارات المحكمة العليا على اعتبار اللّعان هو الطريق الوحيد لنفي النسب الثابت بالفراش، ويلجأ الزوج إلى هذا الطريق لنفي النسب في حالة عجزه عن إثبات زنا الزوجة بالوسائل القانونية.

واللّعان شهادات مؤكدة تؤديها الزوجان، تقوم مقام حدّ القذف في حق الرجل ومقام حدّ الزنا في حق المرأة، ولا يتم اللّعان إلا بحكم قضائي صادر عن القضاء، وبناء على طلب من الزوج وذلك في حالتين:

- إما بدعوى رؤية الزنا شريطة أن لا يطاء الزوج زوجته بعد الرؤية؛

¹ سورة الفرقان، الآية رقم 54.

- وإما بدعوى نفي الحمل عندما يتأكد الزوج بأن الحمل الذي في بطن زوجته أو الولد الذي وضعتة ليس من صلبه¹.

وترفع دعوى اللعان طبقا للفقرة 2 من المادة 40 من ق.أ. والفقرة 3 من المادة 426 من ق.إ.م.إ أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وفقا لإجراءات رفع الدعوى المدنية بموجب عريضة مستوفية الشروط المنصوص عليها في المادتين 14 و15 من ق.إ.م.إ، وتكون الملاعنة أمام القاضي في جلسة سرية². وتتطلب الملاعنة أن يقسم الزوج بالله أربع مرات أنه لصادق في اتهامه لزوجته من أن الولد ليس منه، ويقول في الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ثم تحلف الزوجة أربع مرات بالله أنه من الكاذبين فيما رماها به، وتقول في الخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين، ثم يحكم القاضي بالتفريق بينما فورا وينتفي نسب الولد من الزوج ويثبت نسب الولد من أمه⁽³⁾. في هذا يقول تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَنفُسَهُمْ أَحَدُهُمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ٦ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ٧ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ٨ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ٩﴾⁴.

ولقبول دعوى اللعان، يشترط التعجيل في إقامتها، وقد حدّد القضاء الجزائري مدة رفع الدعوى بـ 08 أيام من يوم رؤية الزنا أو العلم بالحمل، ومن ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 ديسمبر 2002 الذي جاء فيه: "... حيث أن الحكم المستأنف والقرار المنتقد قد أجابا الطاعن بأن دعوى الملاعنة قد جاءت متأخرة جدا أو غير مقبولة لأنها محددة بوقت قصير، والقرار المنتقد قد تبنى أسباب الحكم المستأنف إضافة إلى أن المدة المحددة للملاعنة التي أشار إليها قضاة الموضوع قد استقر بشأنها اجتهاد المحكمة العليا على أن لا تتجاوز فترة أسبوع فقط من يوم رؤية الزنا أو من يوم العلم بالحمل..."⁵.

3- ولادة الطفل بين أدنى وأقصى مدة للحمل:

لا يكفي وجود عقد زواج وإمكانية الاتصال بين الزوجين، بل يجب أن يكون الحمل خلال المدة القانونية فلا تطبق قاعدة الولد للفراش إلا إذا ولد الطفل بعد ستة أشهر من تاريخ العقد أو خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال بوفاة أو طلاق طبقا للمواد 41-42 من ق.أ.

إذن، بالنسبة لأقل مدة للحمل هي ستة أشهر، فقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، مستدلين بأيتين كريمتين، قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.637.

² سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014، ص.151.

³ عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلاع على دقائق زاد المستنقع(فقه الأسرة)، مجلد 4، ط1، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، 2010، ص.271 وما بعدها؛ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.638.

⁽⁴⁾ سورة النور، الآيات من رقم 6 إلى 9.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم 296020، المجلة القضائية، 2004، ع1، ص.282.

تُلْتَوْنَ شَهْرًا¹ وقوله أيضا: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾². بإجراء عملية حسابية بسيطة، الآية الأولى ذكرت الحمل والفصال أي الفطام 30 شهرا والآية الثانية قصرت الفصال على عامين أي 24 شهر، وبطرح هذه الأخيرة من 30 شهرا يبقى 06 أشهر للحمل أي 180 يوما وهي أقل مدة للحمل. وعند الأطباء مدة الحمل 180 يوما -14 تحتسب من تاريخ آخر حيضة.

أما بالنسبة لأقصى مدة للحمل فقد اختلف الفقهاء بشأنها والسبب راجع لعدم وجود دليل في الكتاب أو في السنة النبوية، فقال الحنفية بأن أقصى مدة للحمل سنتين وعند الشافعية والحنابلة أربع سنين والمالكية قدروها ما بين أربع إلى خمس سنين وعند الإمامية والاثني عشر وابن حزم تسعة أشهر وما قاربها³.

وحدها قانون الأسرة ب 10 أشهر، تحتسب من تاريخ الانفصال ويقصد به تاريخ الحكم بالطلاق وليس من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23 مارس 2005: "ينسب الولد لأبيه إذا ولد إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا المحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق".⁴

ب- ثبوت النسب في الزواج الفاسد الباطل

الزواج الفاسد هو عقد اختل فيه أحد شروط صحته المذكورة في المادة 09 مكرر، فيفسخ قبل الدخول ويصح بصدق المثل بعد الدخول (المادة 2/33)، فينقلب العقد صحيحا ويثبت به النسب شأنه شأن الزواج الصحيح. أما الزواج الباطل فهو الزواج الذي لا يصح بالدخول فيبقى باطلا كما في حالة تخلف ركن الرضا أو اشتغال العقد على مانع من موانع الزواج وغيرها من مبطلات الزواج، فالزواج الذي يفسخ بعد الدخول يثبت به النسب حماية لحقوق الطفل والأنساب من الاختلاط والضياع.

ت- ثبوت النسب بوطاء الشبهة

وطاء الشبهة أو نكاح الشبهة هو نكاح يقع فيه خطأ بسبب غلط يقع في الشخص⁵، ويقصد أيضا بشبهة الزواج كل معاشرة بين رجل وامرأة ليست زواجا شرعيا صحيحا وليست زنا حتى توجب الحد، فالشبهة إذن هي ما لم يُتَيَقَّن كونه حراما أو حلالا. كما لو دخل رجل على امرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين له أنها غير ذلك. أو أن يواقع الرجل امرأته التي طلقها طلاقا بائنا وهي في عدتها منه، ظنا منه أن وقاعها يكون مراجعة لها كما في الطلاق الرجعي وغيرها.

وتثير الشبهة الكثير من المشاكل القانونية تتعلق أساسا بإثبات حسن النية، فمتى انعدمت كان الوطاء زنا ولا يثبت به النسب، ويختلف الوطاء بشبهة عن الزنا من حيث الأحكام والآثار، فنكاح الشبهة ينشأ أساسا عن

¹ سورة الأحقاف، الآية رقم 15.

² سورة لقمان الآية رقم 14.

³ بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، المرجع السابق، ص.325.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 2005/03/23، ملف رقم 330464، م.م.ع، 2005، ع1، 293.

⁵ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص.646.

غلط، ويشترط حسن النية، ومتى علم الرجل أن الوطاء غير شرعي يتحول إلى زنا، ولا يثبت به النسب. أما إذا كان هذا الوطاء عن حسن نية فيثبت النسب بقوة القانون.

وبالنسبة للولد ثمرة التلقيح الاصطناعي فإنه ينسب للزوج صاحب الفراش وصاحب النطفة بتوفر شروط التلقيح الاصطناعي الواردة في المادة 45 مكرر من ق.أ.

ثانياً: إثبات النسب بالإقرار

الإقرار بالنسب هو الاعتراف به بمعنى الاستلحاق وهو طريق شرعي وقانوني لإثبات النسب طبقاً للمادة 40 من ق.أ.ج: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار...". والإقرار بالنسب نوعان:

أ- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة

أو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على المقر نفسه، وقد نصت عليه المادة 44 بقولها: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة مجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة." وعليه يثبت النسب طبقاً لهذا النوع بتوفر شرطين أساسيين:

1- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب: فإن كان ينتسب لرجل معين أو امرأة معينة فلا يمكن أن يقر به هذا الرجل أو هذه المرأة.

مع ملاحظة أن ابن الملاعنة لا يجوز الإقرار بنسبه وكذلك ابن الزنا لا يجوز الإقرار بنسبه.

2- أن يصدق العقل أو العادة: أي أن يكون فارق السن بينهما يقبل أن يكون للأب ابن، بمعنى من الممكن أن يولد مثل هذا الولد المقر له للمقر، فلا يصدق العقل والعادة أن يقر شخص عمره 30 سنة بولد عمره 25 سنة. فيشترط أن يكون فارق السن بينهما على الأقل 11 سنة كسن تقريبي للبلوغ.

هذه الشروط نصت عليها صراحة المادة 44 من ق.أ. وأضاف الفقه شروطاً أخرى هي:

- ألا يصحح المقر أثناء إقراره بالنسب بأن هذا الولد من زنا، لأن الزنا لا يثبت به النسب.
- أن يكون المقر بالغاً وعاقلاً.

ب- الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة

ويعرف عند الفقهاء بالإقرار بنسب محمول على الغير وهو إقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلاً للآخر ولا فرعاً له وإنما قريب له قرابه الحواشي. ولصحة هذا الإقرار وجب أن يكون المقر له مجهول النسب وأن يصدق العقل أو العادة إضافة إلى شرط ثالث هو تصديق المحمول عليه النسب هذا الإقرار. فإن قال المقر هذا أخي فيجب أن يصدق أبوه في ذلك وإذا أقر بأن هذا الشخص عمّه فيشترط أن يصدق الجد. فلا تلزم المقر له إلا إذا أقره بنفسه أن قال هذا صحيح. وإن لم يصدقه وتمسك المقر بإقراره فإنه يمكن له في هذه الحالة أن يرفع دعوى قضائية ويقيم بيّنة إن وجدت أو يتم اللجوء إلى خبرة علمية لإثبات النسب طبقاً للمادة 2/40.

وعليه نميز بين حالتين:

- إذا تم تصديق الإقرار من الجد أو الأب فإن النسب يثبت وينتج آثاره القانونية من نفقة وتوارث وموانع...

- إذا لم يصدقه الأب أو الجد فالنسب يلزم من أقر به (أخوه أو عمه) ولا يلزم من أنكره. فيعامل المقرّ بمقتضى إقراره في حق نفسه فيطالب بالحقوق المالية كالميراث في حق نفسه وليس لذلك أثر في حق غيره¹.

ثالثاً: إثبات النسب بالبينة

المعنى العام للبينة هو الحجج والدلائل التي تؤكد وجود واقعة ما، أما معناها الخاص فهو شهادة الشهود، ويمكن إثبات النسب بالبينة، طبقاً لما جاء في المادة 40 من ق.أ. يثبت النسب... وبالبينة...² ويقصد بالبينة هنا معناها الخاص أي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان. والبينة أقوى من الإقرار في إثبات النسب. ومتى ثبت النسب بالإقرار أو بالبينة فلا يمكن نفيه بعد ذلك.

وقد توسع القانون في أدلة إثبات النسب وشدّد في النفي حماية للنسب وهو جاء في قرار للمحكمة العليا 15 ديسمبر 1998 أنه: "يقع التسامح في إثبات النسب ما أمكن، لأنه من حقوق الله، فيثبت حتى مع الشكّ وفي الأنكحة الفاسدة، طبقاً لقاعدة إحياء الولد."²

الفرع الثاني: الطرق العلمية لإثبات النسب

نصت المادة 40 المعدلة من ق.أ. ج في فقرتها الثانية: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". بموجب هذا النص أقرّ المشرع طريقاً جديداً منذ 2005 لإثبات النسب مسائراً بذلك التطورات الحاصلة على الساحة العلمية والبيولوجية. والطرق العلمية المقصودة في هذا النص هي الطرق قطعية الدلالة كـ DNA وتستبعد الطرق الظنية كتحليل فصائل الدم لأنها لا تعطي نتائج دقيقة، فإثبات النسب بالبصمة الوراثية نتائجها تقترب من 99%، أما النفي فبنسبة 100%.

فالبصمة الوراثية تمتاز بالدقة في التحقق من النسب البيولوجي للشخص، فهي الأساس المادي لكل الصفات الوراثية، ولا يمكن أن يتشابه فيها مع شخص مع آخر، أي لا يمكن لشخصين أن يحملوا نفس البصمة الوراثية، فكل شخص يحمل في أنوية خلاياه 46 كروموزوما يرث من أبيه 23 ومن أمه 23 كروموزوما تحمل الصفات الوراثية.

ومن أهم شروط إثبات النسب بالبصمة الوراثية أن يكون الشخص مجهول النسب بحيث لا يمكن اللجوء إلى الطرق العلمية لإبطال بنية ثابتة بطرق شرعية والطرق العلمية أدنى مرتبة منها لأن النسب الثابت بالطرق الشرعية لا ينتفي إلا باللعان.

وبعد أن اعترف المشرع بالدليل العلمي لإثبات النسب صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات في هذا الشأن وأولها، كان القرار الصادر بتاريخ 5 مارس 2006 لينقض قراراً صادراً عن مجلس قضاء مسيلة بسبب عدم استجابته لطلب الطاعنة اعتماد البصمة الوراثية ADN من أجل إلحاق نسب الطفل لأبيه. فأقرت المحكمة العليا بإلحاق الولد لأبيه استناداً إلى نتيجة الخبرة العلمية، فجاء في القرار "... حيث بالاطلاع على القرار المطعون فيه الذي تبني الحكم المستأنف تبين منه أن قضاة الموضوع لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق النسب

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية...، المرجع السابق، ص. 656.

² م.ع، غ.ش.أ، 1998/12/15، ملف رقم 202430، م.م.ع، 2001، عدد خاص، ص. 77.

معتمدين في ذلك على المادة 40 من ق.أ رغم أن هذه الأخيرة تفيد وأنه يثبت النسب بعدة طرق ومنها البيّنة، ولما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن للمطعون ضده، ومن صلبه بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة...¹.

وتستعمل البصمة الوراثية لإثبات النسب دون النفي، وهذا ما اتجه إليه القضاء الجزائري في رفضه دعاوى نفي النسب بالبصمة الوراثية في عدة مناسبات². وجاء في المادة الأولى من القانون 03-16 المتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص³: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد استعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية وإجراءات التعرف على الأشخاص المفقودين أو مجهولي الهوية". فحصر استعمال البصمة الوراثية إضافة إلى الإجراءات القضائية في الأشخاص المفقودين ومجهولي الهوية مما يعني عدم جواز استعمالها للتأكد من الأنساب الثابتة والمعلومة.

دائما في إطار حماية النسب من الاختلاط، حرم الإسلام التبني وأبطله لقوله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾. فللمسلم أن يربي من يشاء من اليتامى وأبناء الزنا أو يكفلهم فلا ينسبه إلى نفسه بل ينسبه إلى أبيه إن كان له أب معروف، وعلى هذا المنوال سار قانون الأسرة في المادة 46: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

ثم، النص على نظام الكفالة من المادة 116 إلى المادة 125 من ق.أ.ج، والكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي طبقا للمادة 116 من ذات القانون ونصت المادة 119 على أنّ الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب. وأضافت المادة 120 يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية .

وصدر مؤخرا مرسوم تنفيذي رقم 20-223⁴ يعدل المرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب الذي سبق أن عدّل بالمرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992. فأجاز للكافل أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم الولد ولفائده وذلك قصد مطابقة لقب المكفول بلقب الكافل، وهو لقب دون نسب. وحسب المادة الأولى مكرّر يشترط أن يكون الطفل المكفول مجهول النسب من الأب ويقدم الطلب باسم هذا الطفل ولفائده إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو مكان ولادة الطفل. إضافة إلى موافقة الأم إن كانت معلومة وعلى قيد الحياة في شكل عقد رسمي، وفي حالة تعذر ذلك يرفق الطلب بتصريح شرقي في شكل عقد رسمي يصرح فيه

¹ م.م.ع، غ.أ.ش، 2006/03/05، ملف رقم 355180، م.م.ع، 2007، ع1، ص. 469.

² م.م.ع، غ.أ.ش، 2013/03/15، ملف رقم 704222، م.م.ع، ع1، ص. 262.

³ القانون رقم 03-16، المؤرخ في 19/06/2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 22/06/2016، ع37، ص. 5.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 20-223، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب، مؤرخ في 08/08/2020، ح.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/08/2020، ع47، ص.9.

أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأُم بقيت دون جدوى وهنا يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بمطابقة اللقب العائلي للطفل المكفول مع لقب الكافل.

المبحث السابع الحقوق المالية المترتبة على الزواج

يرتب الزواج مجموعة من الحقوق المالية، أهمها واجب النفقة (المطلب الأول) وحق التوارث بين الزوجين (المطلب الثاني) كما اهتم القانون بالنظام المالي للزوجين (المطلب الثالث).

المطلب الأول: النفقة

تعرف النفقة في اصطلاح الفقهاء بأنها الادرار على الشيء بما به بقاؤه من طعام وكسوة وسكنى¹، أو هي المال الذي يدفعه الشخص لمن هو مكلف بإعالته².

حكمها أنها واجبة بالكتاب والسنة والاجماع. من الكتاب قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾³ وقوله أيضا: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ﴾⁴. وقوله جلّ وعلا: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّرُ وَلا تُؤَلَّدُ بِأُولَادٍ﴾⁵ والمراد بالمولود له هو الأب والرزق في هذا الحكم هو الطعام الكافي والكسوة واللباس والمعروف هو العرف المتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط⁶. ومن السنة النبوية قوله ﷺ في حجة الوداع: "ولهنّ عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁷.

الفرع الأول: أنواع النفقة في قانون الأسرة

أولاً: النفقة الزوجية

شرعا للزوجة حق النفقة على زوجها بالعقد الصحيح في مقابل حقه في احتباسها ودخولها في طاعته مع تحقق الاستمتاع بها، وتجب عليه ولو كانت الزوجة موسرة، وسواء كانت مسلمة أو ذات دين آخر. وهو ما جاء في المادة 74 من ق.أ: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه على بينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.". وعليه لا تستحق الزوجة النفقة بمجرد إبرام العقد في القانون الجزائري بل يشترط الدخول في القانون الجزائري وهو رأي الجمهور.

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.175.

² جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.221.

³ سورة الطلاق، الآية رقم 06.

⁴ سورة الطلاق، الآية رقم 08.

⁵ سورة البقرة، الآية رقم 233.

⁶ السيد سابق، المرجع السابق، ص.585.

⁷ صحيح مسلم، كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، حديث رقم 1218، ص.558.

كما تتأكد نفقة الزوجة إذا لم يتحقق الدخل في حالة ما إذا دعت الزوج إلى الدخل بها بشرط أن تقيم بينة على ذلك.

ويشترط لوجوب نفقة الزوج على زوجته:

1. أن يكون الزوج صحيحاً غير باطل، أما إن كان الزوج فاسداً فلا نفقة لها قبل الدخل، وإن تم الدخل صحح بصداق المثل فتستحق الزوجة النفقة.
2. الدخل بالزوجة ويقصد به الحلوة الصحيحة
3. أن تكون الزوجة سالحة لأن يدخل بها الزوج ويحقق أغراض الزواج المقصودة¹.

ثانياً: نفقة الأصول والفروع

تجب نفقة الولد على أبيه ما لم يكن له مال، فإن كان ذكراً فالأب ملزم بالإنفاق عليه إلى غاية بلوغه سن الرشد 19، أما إذا كانت أنثى فيستمر الإنفاق عليها إلى غاية الدخل بها. وتستمر النفقة في حالة ما إذا كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب طبقاً للمادة 75 من ق.أ.ج. وقد فسرت المحكمة العليا الدراسة الواردة في هذه المادة بالدراسة النظامية فقط وهو ما جاء في قرارها بتاريخ 2016/07/13: "المبدأ يقصد بالدراسة التي يستحق عنها الولد النفقة، الدراسة النظامية حسب التنظيم المعمول به في كل طور والمرتبط بسن المت مدرس وليس التعليم والتكوين عن بعد."²

ونصت المادة 76 على أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. وبذلك تلزم الأم بالإنفاق على أولادها إذا عجز والدهم عن ذلك.

وجاء في المادة 77 تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث. ومن تطبيقات القضاء، قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2000/11/21 أن القضاء بإسقاط حق الأم عندما طلبت النفقة من أولادها رغم أن هذا الحق مقرر لها شرعاً وقانوناً هو حكم باطل ومخالف للشرع والقانون³.

ثالثاً: نفقة الإهمال: الأصل أن النفقة تحدّد من تاريخ رفع الدعوى القضائية، إلا أن القانون أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاقها متى وجدت بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى طبقاً للمادة 80 من ق.أ.ج التي جاء فيها: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

¹ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقاً لأحدث التعديلات، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص.129.

² م.ع، غ.ش.أ.م، 2016/07/13، ملف رقم 0997381، م.م.ع، 2016، ع2، ص.86.

³ م.ع، غ.ش.أ.م، 2000/11/21، ملف رقم 254643، م.ق، 2001، عدد2، ص.290.

الفرع الثاني: مشمولات النفقة

نصت المادة 78 من ق.أ.ج: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضرورات في العرف والعادة." طبقاً لذلك تشمل النفقة:

- الغذاء من طعام وشراب
 - الكسوة وهي اللباس
 - السكن إن لم يستطع توفير السكن فعليه أن يدفع أجرته
 - العلاج وهو مصاريف الطبيب والدواء والولادة وغيرها
- وقد وسدع المشرع من مشمولات النفقة إلى كل ما يعتبر من الضرورات في العرف والعادة، وهذه الضرورات تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر بل في نفس المكان والزمان من زوجة إلى أخرى ومن ولد إلى آخر، واعتبر القضاء الكهربائي والغاز من ضروريات الحياة فألزم الأب بدفع الفواتير.

الفرع الثالث: تقدير النفقة

نصت المادة 79 من ق.أ.ج: "يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم."

وفقاً لمستحقي النفقة ومشمولاتها أعلاه يقدر قاضي الموضوع النفقة بمراعاة حال الطرفين أي الزوج والزوجة من يسر وعسر، وظروف المعيشة زماناً ومكاناً على ألا تقل على حد الكفاية تبعاً للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة¹.

على أنه يمكن مراجعة تقدير النفقة بعد مضي سنة من الحكم، ولا يعتبر خرقاً لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه لأن إعادة التقدير نص عليها القانون صراحة في المادة 79 من ق.أ.ج. ويمكن الطعن بالاستئناف في الحكم خلال الآجال القانونية المحددة بشهر من تاريخ صدور الحكم، فيعاد تقديرها على مستوى المجلس القضائي.

الفرع الرابع: خصائص النفقة

أولاً: النفقة من التدابير الوقائية

لارتباطها بأمور لا تقبل الانتظار، وأي تأخر في دفعها قد يؤدي إلى إضرار الدائن بها فإن القانون أجاز للقاضي الفصل فيها على وجه الاستعجال طبقاً للمادة 57 مكرر من ق.أ.ج: "يجوز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة ولا سيما ما تعلق منها بالنفقة والحضانة والزيارة والمسكن."

ثانياً: النفقة دين ممتاز

¹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها...، المرجع السابق، ص.590.

متى تم الدخول بالزوجة التزم الزوج بالإنفاق عليها طبقاً للمادة 74 من ق.أ.ج، فإن امتنع عن أدائها أصبح مديناً بها من يوم الامتناع. وكذلك الأمر بالنسبة للمدين بالنفقة أصلاً كان أو فرعاً. وتعتبر النفقة مستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة دينا ممتازاً طبقاً للمادة 993 من ق.م. في حالة وفاة المدين فالنفقة تتقدم على الديون العادية وتؤخذ من التركة بعد مصاريف التجهيز والدفن (المادة 180 من ق.أ.ج).

الفرع الخامس: جزاء الإخلال بواجب النفقة

أولاً: في قانون العقوبات

النفقة واجبة بنص القانون، فيجوز للمتضرر من عدم الانفاق أي الدائن بالنفقة رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة ضد المشخص المكلف بالإنفاق وهو المدين وتقوم المحكمة بإصدار حكم يلزمه بالنفقة، وفي حالة امتناعه عن تنفيذ الحكم بعد أكثر شهرين من صدوره، فإنه يمكن للدائن اللجوء إلى القضاء الجزائي الذي يطبق المادة 331 المعدلة من قانون العقوبات والتي جاء فيها: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وغرامة من خمسين ألف 50.000 دينار إلى ثلاث مئة ألف 300.000 دينار كل من امتنع عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين 2 عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته.. رغم صدور حكم ضده بإلزامه دفع النفقة إليهم.

ثانياً: في قانون الأسرة

نص القانون على جزاء عدم الانفاق في المادة 1/53 من ق.أ.: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:
1- عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون."

طبقاً للنص، يمكن للزوجة أن ترفع دعوى التطليق لعدم الانفاق بشروط:

- ألا تكون عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج
- أن يصدر حكم قضائي يلزم فيه الزوج بالإنفاق على زوجته. فإذا لم يستجب الزوج بعد تبليغه وانقضاء مدة شهرين يمكن لها رفع دعوى تطليق.

المطلب الثاني: حق التوارث بين الزوجين

يثبت حق التوارث بين الزوجين بمجرد العقد، فلو مات أحد الزوجين بعد إبرام العقد وقبل الدخول فإن الحي منهما يرث المتوفى، فالزوج والزوجة من أصحاب الفروض أي من الورثة الذين يتمتعون بنصيب مفروض بحكم الشرع فالتوارث بين الزوجين حق من حقوق الله التي لا يجوز إسقاطها أو الاتفاق على تعديلها أو التنازل عنها للغير¹. والنصوص الناظمة للميراث من النظام العام في القانون الجزائري، فلا يجوز لأحد الزوجين أن يشترط على الآخر التنازل عن نصيبه في الميراث بعد الوفاة.

¹ جميل فخري محمد جاتم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، در حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص.57.

ونصت المادة 126 من ق.أ.ج : "أسباب الإرث: القرابة والزوجية". فإذا توفي أحد الزوجان فلآخر الحق في الميراث بسبب الزواج، فترث الزوجة الربع (1/4) في حالة عدم وجود فرع وارث والثلث (1/8) إذا وجد فرع وارث. ويقتسم هذا النصيب بين الزوجات بعدد الرؤوس. ويرث الزوج النصف (1/2) في حالة عدم وجود الفرع الوارث والربع (1/4) إذا وجد فرع وارث (المواد 144 و 145 و 146 من ق.أ.ج) فالملاحظ أن الزوج والزوجة يحجب حجب نقصان بوجود الفرع الوارث للزوج المتوفى، ولا يحجب أبدا حجب حرمان. ولاستحقاق الميراث بسبب الزوجية يجب توفر مجموعة من الشروط هي:

- 1- أن يكون عقد الزواج صحيحا ولو لم يقع البناء فبمجرد العقد يثبت حق التوارث المادة (130 من ق.أ.) بين الزوجين فالزواج الباطل قبل وبعد الدخول، والفاسد قبل الدخول لا أثر لهما ولا توارث بينهما ويسري ذلك من تاريخ الحكم ببطلان الزواج (المادة 131 من ق.أ.ج).
- 2- لكي يحق للزوج الحي أن يرث زوجه المتوفى يجب أن تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة أو أن تكون الزوجة في عدّة وفاة (المادة 132 من ق.أ.ج).
- 3- ألا يكون بالزوج الحي مانع من موانع الميراث كقتل المورث (الزوج) عمدا (المادة 135) من ق.أ.ج أو مانع اختلاف الدين والزوج(ة) المرتد(ة) (المادة 138).

المطلب الثالث: النظام المالي للزوجين

نصت المادة 37 المعدلة من ق.أ.ج على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".
فالأصل إذن، هو مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين على أنه يمكن الاتفاق حول الأموال المكتسبة بعد الزواج.

الفرع الأول: مبدأ استقلال الذمة للزوجين

لكل زوج ذمة مستقلة عن زوجه، مما ينتج عنه حرية كل واحد منهما في التصرف في ماله، فأموال الزوجة المكتسبة قبل الزواج أو بعده (راتبها، هبة، صداق...) يمكنها التصرف فيها بكل حرية. ومبدأ الاستقلال المالي للزوجين مبدأ وضعته الشريعة الإسلامية فلا أثر للزواج على مال الزوجين بألا سلطة للزوج على أموال زوجته والعكس صحيح، ولو كان أحد الزوجين ناقص الأهلية فلا سلطة للآخر على ماله لأنها تبقى خاضعة لنظام الولاية على المال.

وخص قانون العقوبات حماية جنائية لأموال الزوجية بإضافة المادة 330 مكرّر بالقانون رقم 15-19 المتضمن تعديل قانون العقوبات¹ جاء فيها: "يعاقب بالحبس من ستة 6 أشهر إلى سنتين 2 كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية. يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية."

وعلى سبيل الجواز لا الإلزام أضاف المشرع إمكانية إبرام اتفاقات مالية بين الزوجين في الفقرة الثانية للمادة 37 من ق.أ.ج بموجب تعديله بالأمر 05-02.

الفرع الثاني: الاتفاق حول الأموال المشتركة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية

أجازت المادة 2/37 للزوجين أن يتفقا حول المكتسبة أثناء الحياة الزوجية وذلك بشروط

- أ- أن يكون الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق
 - ب- أن يشمل الاتفاق المالي بين الزوجين فقط الأموال التي تكتسب خلال الحياة الزوجية، أما لأموال المكتسبة قبل الزواج فتبقى خاضعة لنظام استقلال الذمة.
 - ت- أن يتم تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما.
- ولم يفصل قانون الأسرة في أحكام هذا الاتفاق، لذلك يشترط فيه الرضا والأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، ومحل وسبب مشروعين، وينتهي هذا الاتفاق بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق، أو بالاتفاق.

الفصل الثالث: دراسات معمقة في بعض أحكام الطلاق

الأصل في الزواج أنه أبدي، فلا يجوز تعليقه على أجل ولا شرط، فوضعت الشريعة الإسلامية أحكاما صالحة لكل زمان ومكان، تضمن قيام علاقة زوجية قائمة على إرادة حرّة وبناء أواصر الأسرة على أسس متينة وهو ما يضمن استمرارها واستقرارها. ومع ذلك يمكن ألا يأتلف الزوجان ولا يتفقان، فيحدث الشقاق والصراع الذي يؤدي إلى استحالة العشرة بينهما ويرتب استمرار الزواج في هذه الحالة العديد من المفاسد التي تضر بالأولاد والزوجين. فشرع الله سبحانه تعالى الطلاق.

ويتم دراسة هذا الفصل من خلال سبعة مباحث، تُستهل بالطلاق في الإسلام (المبحث الأول) ثم، الطلاق بطلب من أحد الزوجين في قانون الأسرة (المبحث الثاني) الطلاق بالتراضي (المبحث الثالث) إجراءات الصلح (المبحث الرابع) الآثار المالية للطلاق (المبحث الخامس) أحكام العدة (المبحث السادس) أحكام العدة (المبحث السابع).

¹ القانون رقم 15-19، مؤرخ في 2015/12/30، يعدل ويتمم الامر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج، ج.ج، 2015/12/30، ع71، ص3.

المبحث الأول: الطلاق في الإسلام

الطلاق لغة هو حل القيد والإطلاق، وشرعا هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه¹، وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع أهل العلم والقياس، فمن القرآن الكريم نجد عدة آيات تضمنت لفظ الطلاق، منه قوله تعالى: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَأَيْمَانُكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾² ومن السنة النبوية الشريفة ما روي عن نافع، عن ابن عمر قال: طلقت امرأتي على عهد رسول الله ﷺ وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فقال: "مره فليراجعها، ثم ليدعها حتى تطهر، ثم تحيض حيضة أخرى، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها، أو يمسكها، فإنها العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء."³

وفي تشريع الطلاق حكمة، إذا ساءت العشرة واستفحل الشقاق قد يؤدي إلى ارتكاب الجرائم لذلك شرع الطلاق لإنهاء المفاصد التي تنشأ عن الشقاق وانعدام المودة والرحمة وعدم التوافق بين الزوجين. ومع ذلك يبقى الطلاق آخر حل وفي حدود ضيقة، يلجأ إليه الزوجان بعد فشل مساعي الإصلاح بينهما. وبإلقاء نظرة على أحكام وقرارات القضاء نجد للطلاق عدة أسباب أهمها الشقاق المستمر، الخيانة الزوجية، الزنا عدم الانفاق، تدخل عائلات الزوجان في شؤونهما الخاصة، العقم وغيرها...

المطلب الأول: الطلاق قبل الدخول

الأصل أن يتم الزواج بتراضي الزوجين الحرّ والرغبة في بناء أسرة قادرة على مواجهة عواصف الحياة، ورغم ذلك قد يتبين أن أحد الزوجان كان مكرها على إبرام العقد أو أنهما لم يتفقها بعد إبرام العقد الصحيح وقبل الدخول فيتم الطلاق قبل البناء وتستحق المطلقة غير المدخول بها نصف الصداق المسمى في العقد لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾⁴. وإن طلقها قبل الدخول ولم يسمى لها صداق فتستحق الزوجة متعة لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁵.

ولم يفصل قانون الأسرة في أحكام الطلاق قبل الدخول باستثناء نصه في المادة 16 على استحقاق الزوجة الصداق: "...وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". وطبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إذا لم يسمى لها صداق فتستحق متعة، ولا عدة للمطلقة قبل الدخول.

¹ أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص.213.

² سورة البقرة، الآية رقم 229.

³ صحيح مسلم، كتاب الطلاق، حديث رقم 1471، ص.274.

⁴ سورة البقرة، الآية رقم 236.

⁵ سورة البقرة، الآية 237.

المطلب الثاني: الطلاق السني والطلاق البدعي

الطلاق السني هو ما جاء على النحو الذي أمر به الشارع والسنة في الطلاق من وجهتين، الأول هو العدد أي ألا يزيد على الواحدة، بكلمة واحدة ولا فرق بين المدخول بها والحامل والآيسة، والثاني هو الوقت أي أن تكون المرأة في طهر لم يمسه فيها الزوج وهذا بالنسبة للمدخول بها غير الحامل والآيسة¹.
الطلاق البدعي فهو ما جاء على خلاف الشرع، كأن يطلقها وهي فترة حيض أو نفاس أو في طهر عاشرها فيه، أو يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة أو يطلقها ثلاثا متفرقات في مجلس واحد، وأجمع الفقهاء على أن الطلاق البدعي حرام وأن فاعله آثم²، أما في القانون فينفذ حكم الطلاق ولو طلق الزوج زوجته طلاقا بدعيا.

المطلب الثالث: الطلاق الرجعي والطلاق البائن

ينقسم الطلاق من حيث الرجعة وعدمها وما يترتب عليها من آثار إلى طلاق رجعي (الفرع الأول) وطلاق بائن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطلاق الرجعي

هو الذي يملك الزوج بعده إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة سواء رضيت بذلك أو لم ترض³.

الفرع الثاني: الطلاق البائن

وهو نوعان:

أولاً: البائن بينونة صغرى

هذا الطلاق ينهي الزوجية، ولا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بإبرام عقد جديد ومهر جديد. من صور الطلاق الرجعي ينقلب بائنا بانقضاء العدة، أيضا الخلع يقع بائنا وكذلك التطليق، وكل طلاق قبل الدخول يقع بائنا.

ثانياً: بائن بينونة كبرى

هو الذي استوفى ثلاث طلاقات، وهذا النوع أيضا ينهي الزوجية، غير أنه لا يمكن للرجل الزواج من مطلقة إلا بعد أن تتزوج غيره ثم يطلقها أو يموت عنها بعد الدخول طبقاً للمادة 51 من ق.أ.ج التي جاء فيها: "لا يمكن أن يراجع الرجل منطلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه بعد البناء".
ويقع الطلاق شرعاً بكل الوسائل الحديثة الصوتية والمكتوبة والمرئية مادامت صادرة بلفظ دال على الطلاق، وتم التأكد من هوية المرسل وهو الزوج. أما في القانون فلا يقع الطلاق إلا بصدر حكم قضائي.

¹ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.83.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص.639.

³ أماني علي المتولي، المرجع السابق، ص.226.

وفي قانون الأسرة لم يعترف المشرع بالطلاق الرجعي فكل طلاق وقع بحكم قضائي يقع بائنا فلا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا بعقد جديد المادة 50 من ق.أ.

المطلب الرابع: طلاق المريض مرض الموت

لم يرد في القرآن ولا في السنة حكم طلاق المريض مرض موت، ولم يرد نص في قانون الأسرة بخصوص طلاق المريض مرض الموت، إلا أنه ومتى صدر حكم قضائي بهذا الطلاق فإنه ينفذ، ويبقى من الممكن الطعن فيه بالنقض متى توفرت الأوجه القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية . وثبتت عن الصحابة رضوان الله عليهم توريث المطلقة في مرض الموت بعد وفات الزوج حيث أطلقوا عليه اسم طلاق الفار.

المطلب الخامس: طلاق التفويض

الطلاق حق من حقوق الزوج، فله أن يطلق زوجته بنفسه، وله أن يفوضها في تطليق نفسها، وله أيضا أن يوكل غيره في التطليق، واحتلف الفقهاء في صيغ التفويض، اختاري لنفسك، و أمرك بيدك، طلقتي نفسك إن شئت¹.

أخذ به المشرع المصري سنة 2000 حيث نصت لائحة المأذونين الصادرة في 2000/8/15 بقرار من وزير العدل رقم 1727 لسنة 2000 رقم 33 على أن: "يبصر الزوجان أو من ينوب عنهما بما يجوز الاتفاق عليه في عقد الزواج من شروط خاصة منها على سبيل المثال: هو الاتفاق على تفويض الزوجة تطليق نفسها". فالمشرع المصري جعل تفويض الطلاق إلى الزوجة من ضمن الشروط الخاصة التي يجب الاتفاق عليها بين الطرفين وتدوينها في وثيقة الزواج. وكذلك نص عليه المشرع العراقي والسوري. أما المغربي فنص في المادة 89 من مدونة الأسرة: "إذا ملك الزوج زوجته حق إيقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقا للمادتين 79 و 80 تتأكد المحكمة من توفر شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجين تحاول الإصلاح بينهما... ولا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه". ولا يوجد نظير لهذه النصوص في القانون الجزائري الذي لا يعترف بطلاق التفويض.

المبحث الثاني: الطلاق بطلب من أحد الزوجين في قانون الأسرة

نصت المادة 47 من ق.أ.ج: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة". ومنه فإن انحلال الزواج يمكن أن يكون بسبب لا دخل فيه لإرادة الزوجين وهذا في حالة الوفاة التي يمكن أن تكون حقيقة أو حكما فتنهي الرابطة الزوجية.

ثم، نصت المادة 48 من ذات القانون: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أداناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا

¹ لمزيد من التفصيل حول هذه الصيغ راجع، السيد سابق، المرجع السابق، ص.648 وما بعدها.

القانون." وفي هذا المبحث يتم دراسة الطلاق بطلب من أحد الزوجين فتكون البداية بالأحكام الموضوعية (المطلب الأول) ثم إجراءاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأحكام الموضوعية للطلاق بطلب من أحد الزوجين

تتمثل صور الطلاق بطلب من أحد الزوجين، في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (الفرع الأول) والخلع (الفرع الثاني) والتطليق (الفرع الثالث) والطلاق للنشوز (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

العصمة بيد الزوج، وهي أساس إقرار الشريعة الإسلامية لحقه في الطلاق بالإرادة المنفردة، ثم نص قانون الأسرة بموجب المادة 48 من ق.أ: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج... وهو إنهاء الرابطة الزوجية من طرف الزوج.

يتميز هذا النوع من الطلاق بأنه حق أصيل للزوج، يقع دون موافقة الزوجة، ذلك أن ملكية العصمة ثابتة للزوج، فهو الأحرص على بقاء العلاقة الزوجية التي أنفق في سبيلها المال وهو من يقع عليه مسؤولية تعويض الزوجة والانفاق عليها إذا أقدم على طلاقها¹. ويقع هذا الطلاق بسبب جدي أو بسبب تافه، أو حتى بدون سبب. ولا سلطة للقاضي في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج فله ذلك دون حتى أن يصرح بأسباب الطلاق، فيحكم القاضي بالطلاق وإن رأى أنّ الزوج تعسف في ذلك يقدر التعويض المناسب بالنظر إلى الأسباب.

أولاً: شروط الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

أ- أن يكون عقد الزواج صحيحاً: فالزواج غير الصحيح يحكم ببطلانه قبل وبعد الدخول أو فسخه إن كان فاسداً قبل الدخول.

ب- الأهلية الكاملة للزوج: أي بلوغه 19 سنة كاملة متمتعاً بقواه العقلية يوم رفع الدعوى، فلا طلاق للمجنون أو ناقص الأهلية، مع ملاحظة أن الإذن القضائي بزواج القاصر يرشده ويكسبه أهلية التقاضي بالنسبة لآثار الزواج فقط، أما دعوى الطلاق فيقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة طبقاً لنص المادة 437 من ق.إ.م.إ.

ت- يشترط أيضاً أن يكون الزوج مختاراً في صدور الطلاق عنه، فلا طلاق للمكره والسكران والمجنون². ويقع طلاق الهازل لقوله ﷺ: "ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة."

¹ باديس ديباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.17.

² قال عثمان رضي الله عنه: "ليس لمجنون ولا سكران طلاق. وقال ابن عباس: "طلاق السكران والمستكره ليس بجائز."؛ البخاري، صحيح البخاري، باب الطلاق في الإغلاق والكره والسكران والمجنون وامرهما والغلط والنسيان في الطلاق والشرك وغيره، كتاب الطلاق، ص.1343.

ثانيا: الطلاق التعسفي

التعسف هو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل¹ و الطلاق التعسفي هو مناقضة قصد الشارع في الطلاق.

وحسب الممارسة القضائية فإن معايير التعسف في الطلاق هي:

- أ- **الطلاق دون سبب**، لا يذكر الزوج الأسباب التي دفعته إلى الطلاق، ويمكن في هذه الحالة أن توجد أسباب إلا أن الزوج تحفظ بها ولم يفصح عنها. وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1699: "... ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرج أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم. وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون."².
- ب- **الطلاق بسبب غير جدي**: وهو أن يذكر الزوج في عريضة الطلاق سببا يعتبر تافها لا يستدعي حل الرابطة الزوجية.
- ت- ذكر الأسباب مع عدم إقامة الدليل عليها: كثيرا ما يذكر الرجل في عريضة الطلاق أسبابا كالتشقق المستمر وعدم التفاهم، لكن لا يقيم دليلا على ذلك والأمر أن تكون مجرد أقوال للتملص من مسؤولية التعويض عن الطلاق التعسفي.
- ث- **عقم الزوجة**: يعتبر طلاق الزوجة لعقمها طلاقا تعسفيا، وجاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 نوفمبر 2006: المبدأ عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة."³ . ذلك أن الزوج يمكنه الزواج من ثانية وثالثة ورابعة من أجل الإنجاب دون حاجة لطلق زوجته.
- ج- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالزوجة.

ثالثا: التعويض عن الضرر في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج

وذلك طبقا لنص المادة 52 من ق.أ التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". يتبين من النص أن المطلقة تستحق التعويض إذا تعسف الزوج في طلاقها، وتبقى السلطة التقديرية للقاضي في الحكم بالتعويض ونظر ما إذا كان الطلاق تعسفيا أم لا وكذلك في تقدير مبلغ التعويض.

¹ لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، 2016، مجلد2، ع2، ص.261.

² م.ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 223019، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.1004. نقلا عن الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص.103.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم 345707، م.م.ع، 2007، ع1، ص.499.

وهناك بعض الأمثلة عن الطلاق التعسفي الموجب لتعويض الزوجة تجددونها في قرارات المحكمة العليا، فمثلا طلاق الزوجة بسبب عقمها هو طلاق تعسفي، أما تطليق الزوج بسبب العقم فتتقدم حالة التعسف ولا تعويض للزوج ولا للزوجة¹.

رابعا: الفرق بين المتعة التعويض

المتعة هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبرا لخاطرها ومواساة لها، وسميت متعة لأن المطلقة تنتفع وتمتع بها قليلا أو كثيرا. لم ينص قانون الأسرة على المتعة التي تجدد أساسها في الشريعة الإسلامية، فجاء في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتِرِ قَدْرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾². وقوله أيضا: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾³.

وقد نص المشرع الجزائري على التعويض ولم تتضمن نصوصه المتعة، أما المغربي فقد نص عليها في المادة 84 من مدونة الأسرة، وكذلك نظيره المصري في المادة 1 مكرر من قانون الأحوال الشخصية المصري. كما نصت على المتعة المادة 2/61 من قانون الأحوال الشخصية السوري، في حين تشريعات نصت على التعويض كالتشريع الاردني والكويتي والجزائري.

ونجد القضاء الجزائري كان يحكم بالمتعة كما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 08 أبريل 1985: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تُعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يتوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"⁴.

وفي قرار لاحق بتاريخ 07 ابريل 1986: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم لها من جراء الطلاق التعسفي..."⁵. فالقضاء الجزائري تارة اعتبر المتعة تعويض وتارة أخرى اعتبرها جبر لخاطر الزوجة عن فراق زوجها والتعويض عن التعسف في الطلاق. وفي القانون يرتبط التعويض بعنصر التعسف.

¹ "المبدأ: لا يتحمل الزوج المصاب بالعقم مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطليق، عن الضرر الحاصل لها، بفعل عدم قدرته على الإنجاب."؛ م.ع، غ.أ.ش، 2011/01/13، ملف رقم 59619.م.ع، 2011، ع2، ص.270.

² سورة البقرة، الآية رقم 236.

³ سورة البقرة، الآية رقم 241.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 359112، م.ع، 1989، ع1، ص.89.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، 1985/04/08، ملف رقم 35911، م.ع، 1989، ع1، ص.89.

وأساس التعسف في الطلاق يستند إلى عدة أسس وضعتها الشريعة الإسلامية في عدم التعسف في استعمال الحق وتبناها القانون المدني في المادة 41 والتي تعتبر خطأ في حد ذاتها من عناصر المسؤولية التقصيرية (المادة 124 من ق.م) وغيرها من الأسباب التي ترمي إلى تحقيق مصالح غير مشروعة بأن تكون مخالفة للنظام العام مثلاً. فالتعويض في قانون الأسرة هو عن فعل التعسف وفي نفس الوقت جبر للضرر اللاحق بالزوجة.

الفرع الثاني: الخلع

من عدالة الشريعة الإسلامية أنها منحت المرأة أيضاً حق فك الرابطة الزوجية لرفع الظلم عنها، ومنها الخلع الذي يتميز عن غيره من صور الطلاق، لذلك وجب تعريفه (أولاً) وعرض دليل مشروعيته (ثانياً) ثم البحث عن موقف القانون من موافقة الزوج عليه (ثالثاً) وصولاً إلى شروطه (رابعاً).

أولاً: تعريفه

يقال خلع النعل وغيره (خلعاً) أي نزعته، خالعت المرأة زوجها (مُخَالَعَةً) إذا افتدت منه وطلقتها على الفدية، والاسم الخُلْع بالضم هو استعارة من خلع اللباس لأن كل واحد منهما لباس للآخر¹. وتعددت التعريفات الفقهية، من أدقها تعريف الإمام النووي الشافعي في شرحه على المنهاج بقوله: "هي فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع"².

إذن، الخلع هو إزالة الزوجية بلفظ الخلع أو بما في معناه مقابل عوض تدفعه الزوجة لزوجها. أما قانون الأسرة، فلم يورد تعريفاً للخلع، وهو نوع من أنواع الطلاق نص عليه المشرع في المادة 48 بمناسبة تعريفه الطلاق التي جاء فيها: "الطلاق هو حل عقد الزواج... أو في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون."

إذن فالخلع طلاق يحل به عقد الزواج، ويقع بائناً شرعاً وقانوناً. تضمنت أحكامه المادة 54: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع زوجها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم." ومن خلال النص يمكن تعريف الخلع بأنه طلاق بإرادة الزوجة مقابل عوض مالي تدفعه لزوجها دون انتظار موافقة هذا الأخير.

ثانياً: مشروعيته

يرجع أصل تشريع الإسلام للخلع في الآية الكريمة: ﴿الطَّلُقُ مَرَّتَانٍ فَأَمَّا إِنْ طَلَّقَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

¹ أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرئ، المصباح النير في غريب الشرح الكبير، الجزء 1، حرف الخاء، مكتبة لبنان، دون بلد نشر، 1987، ص.178.

² محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص.115.

الْظُّلْمُونَ ﴿٢٢٩﴾¹. فذكرت الآية الكريمة الطلاق الذي يقع بإرادة الزوج، وهو حق من حقوقه الشرعية، ثم ذكرت الخلع الذي يقع من الزوجة إذا خافت ألا تقيم حدود الله بأن كانت الكراهية من جهتها فأبغضته ولم تقم بحقوق زوجها، فلها أن تخالعه شرط أن تعطي زوجها ما قدمه لها للزواج "صداق" وهو العوض المالي في الخلع "فيما افتدت به".

ومن السنة الشريفة، دلّ على مشروعية الخلع ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه: "جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي ﷺ فقالت، يا رسول الله، ما أنقمتُ على ثابت في دين ولا خلق، إلا أتيّ أحاف الكفر، فقال الرسول ﷺ، فتزدين عليه حديقته؟ فقالت نعم. فردّ عليه، وأمره ففارقها."². وفي رواية أخرى أمره بطلاقها وهذا أول خلع في الإسلام. وفي معنى قولها "أكره الكفر الإسلام": أكره الإقامة عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر والمراد ما يصاد الإسلام من النشوز وبغض الزوج ونحوه.³

فشرع الخلع لرفع الحرج عن الزوجة، وأجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الخلع لثبوته في القرآن والسنة.

ثالثا: الخلع بين اشتراط رضا الزوجين والارادة المنفردة للزوجة

تباينت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن اشتراط رضا الزوج من عدمه في الخلع، فاشتراط الجمهور من الكيفية وحنابلة وحنفية وظاهرية رضا الزوج على الخلع. وأخذت العديد من التشريعات بمبدأ رضائية الخلع منها القانون المغربي في المادة 115 من مدونة الأسرة المغربية التي جاء فيها: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه". فالمشرع المغربي اشترط تراضي الزوجين على الخلع، ثم نصت المادة 120 من نفس القانون على أنه إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة.

وإذا أصرت الزوجة على طلب الخلع ولم يستجب لها الزوج يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق. فالمشرع المغربي جعل الأصل هو التراضي على الخلع، وفي حالة عدم موافقة الزوج على الخلع وتمسكت الزوجة به فعلى القاضي أن يحكم بفك الرابطة الزوجية بالخلع.

¹ سورة البقرة، الآية رقم، 229.

² أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 2002، ص13345.

³ عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الاسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، 2015، ع3، ص.107.

وفي القانون المصري نصت المادة 20 من القانون رقم 1 لسنة 2000 على أن الأصل في الخلع أنه يتم بتراضي الزوجين، وإذا رفض الزوج ولم يتراضيا، وأقامت الزوجة دعوى بطلبه وافتدت نفسها، وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية والشرعية وردت عليه الصداق الذي أعطاه لها حكمت المحكمة بتطليقها عليه.

أما القانون الجزائري فكان النص قبل التعديل يعتريه بعض الغموض فكانت المادة 54 الأصلية تنص على أنه: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي يتفقان عليه". ، فاحتلف الفقه في رضائية الخلع، حيث اعتبر بعضهم أن الخلع هو حصول الفرقة بين الزوجين وبرضاها بعوض تدفعه الزوجة لزوجها. وحتى تفسير القضاء لهذا النص مر بمرحلتين:

المرحلة الأولى: اشترط فيه رضا الزوج على الخلع: في قرار بتاريخ 1984/06/11 جاء فيه: "من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع"¹. وفي قرار آخر بتاريخ 1988/11/21 جاء فيه: "من المقرر فقها وقضاء أن قبول الزوج للخلع وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه"². وفي قرار آخر بتاريخ 1991/04/30: من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون"³.

فكان موقف المحكمة العليا خلال هذه المرحلة في اشتراط رضائية الزوجين على الخلع من موقف أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية.

المرحلة الثانية: الخلع حق للمرأة دون رضا الزوج: بسبب تغير المجتمع والمصادقة على الاتفاقيات الدولية، وكذا تعسف بعض الأزواج في الموافقة على الخلع، تراجعت المحكمة العليا عن اعتبار الخلع يتم بموافقة الزوج في عدّة قرارات لها، منها القرار الصادر بتاريخ 21 جويلية 1992 حيث ألغت صراحة شرط موافقة الزوج، جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1984/06/11 ملف رقم 33652، م.ق، 1989، ع3، ص.38.

² م.ع، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف 51728، م.ق، 1990، ع3، ص.72.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1991/04/04، ملف رقم 73885، م.ق، 1993، ع2، ص.55.

يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم...وعليه فإن قضاة الموضوع في قضية الحال لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن.¹

ونفس الموقف أكدته في القرار الصادر بتاريخ 30 جويلية 1996 جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الخلع حق حولته الشريعة الاسلامية للزوجة لفك الرابطة الزوجية عند الاقتضاء وليس عقدا رضائيا..."².

وقرار آخر بتاريخ 16/03/1999 ورد فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفساد نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون."³

إضافة إلى العديد من القرارات التي أكدت على حق المرأة في الخلع دون رضا زوجها، وبعد هذا الاستقرار القضائي، قام المشرع بتعديل المادة 54 بموجب الامر 05-02 على النحو الآتي: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع زوجها بمقابل مالي."⁴

وكان موقف المشرع الجزائري بإلغاء موافقة الزوج من موقف ابن رشد الحفيد وبعض العلماء الذين فسروا الآية الكريمة والحديث الشريف بأنه أمره بتطبيقها ولم يطلب موافقته.

فحسم المشرع الأمر بعدم اشتراط موافقة الزوج، وأكثر من ذلك جعل القضاء الخلع حقا أصيلا للزوجة في مقابل حق الزوج فك العصمة وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15/09/2011: "المبدأ: الخلع حق إرادي يقابل حق العصمة للزوج"⁴.

ولم تتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية نصا للخلع، فالمرأة إذا رغبت في إنهاء الرابطة الزوجية فلها ذلك تماما مثل حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة تطبيقا لمبادئ المساواة. فلم يشترط القانون أن تمنحه مقابلا ماليا لطلاقها وهو ما جاء في الفصل 3/31: "أو بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو بناء على مطالبة الزوجة به."⁵ وإذا سبب طلاقها ضررا للزوج فيحكم القاضي له بالتعويض والتعويض يختلف تماما عن بدل الخلع.

رابعا: شروط الخلع

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.134.

² م.ع، غ.أ.ش، 1996/07/30، ملف رقم 141262، م.ق، 1998، ع1، ص.120.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 216239، م.ق، ع خاص، 2001، ص.138.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 2011/09/15، ملف رقم 656259، م.م.ع، 2012، ع1، ص.318.

أ- عقد زواج صحيح

لا يقع الخلع إلا بعقد صحيح، أما بالنسبة للزواج غير الصحيح فيحكم القاضي ببطلانه قبل وبعد الدخول، أو فسخه قبل الدخول إن كان الزواج فاسدا طبقا للنصوص القانونية.

ب- الدخول

الدخول شرط جوهري في كل أنواع الطلاق المنصوص عليها في المادة 48 من ق.أ.ج ومنها الخلع أما الطلاق قبل الدخول فله أحكام خاصة نظمت بعضها المادة 16 من ق.أ.ج.

ت- بدل الخلع (عوض الخلع)

نصت المادة 54 من ق.أ.ج على أن الأصل هو اتفاق الزوجان على مقابل مالي، فإن لم يتفقا يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل. ويقصد بصدق المثل الصداق المتعارف عليه والمعمول به في المدينة وفي المجتمع الذي يقيم فيه الزوجان¹.

إذن فبدل الخلع هو العوض المالي الذي تدفعه الزوجة لزوجها مقابل فرقتها، من شروطه، أن يكون مالا ومما يمكن تقويمه بالمال. فيصلح بدلا للخلع ما يصلح أن يكون صداقا، وخلافا لهذا الأخير ليس لبديل الخلع حد أدنى فيتحقق الخلع بأي عوض قلّ أو كثر، ويستحب ألا يأخذ الرجل أكثر مما أعطى زوجته من صداق عند أكثر العلماء². وعموما يصلح بدلا للخلع ما يصلح أن يكون محلا للالتزام بمعنى غير مخالف للنظام العام الآداب العامة. أما إن قدمت الزوجة لزوجها بدل خلع مجهول أو حرام أو مسروق فإن الخلع يقع وينفذ ويكون طلاقا بائنا لكن يرد الحرام ويرد المسروق إلى مالكة. أما إن لم يعلم بالحرم فلا يلزمه الخلع وإن جهلا معا يقع الخلع هذا عند المالكية.

ث- الأهلية

يشترط بلوغ الزوجين الأهلية القانونية، وبالنسبة للزوجة المختلعة فيصح منها الخلع ولول كانت قاصرة بشرط أن يرفع وليها دعوى الخلع باسمها طبقا للمادة 437 من ق.أ.ج.إ.م.إ. غير أن الفقه اختلف بشأن إمكانية دفعها بدل الخلع، فالفقه يشترط أن يكون لها أهلية التبرع أي بلوغها 19 سنة كاملة غير محجور عليها. أما إن كان محجورا عليها فيقع الخلع لكن دون بدل له (107 من ق.أ.ج.) ويقول فقه آخر بأن الولي هو من يلزم بدفع بدل الخلع في هذه الحالة.

هذا ما لم يغفله المشرع المغربي، حيث نصت المادة 116 من مدونة الأسرة على أن الراشدة تخالع عن نفسها، والتي دون سنّ الرشد القانوني إذا خولعت وقع الطلاق، ولا تلزم ببديل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي.

¹ يوسف دلادة، دليل المتقاضين في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، 2019، ص.51.

² عادل عيساوي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة قسنطينة، 2016، مجلد 5، ع10، ص.156.

وبالتالي لا يشترط أهلية الزوجة في القانون المغربي، بل يشترط أهلية الزوج الذي يملك حلّ العصمة ويشترط القانون موافقته على الخلع.

أكثر من ذلك، نص المشرع المغربي في المادة 117 من المدونة الأسرة على حق المخالعة في استرجاع ما خلعت به إذا أثبتت أن خلعها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها وينفذ الطلاق في جميع الأحوال.

ج- إجراء محاولات الصلح وجوبا قبل الحكم بالخلع.

الفرع الثالث: التطليق

التطليق من طرق فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة متى توفرت الحالات المذكورة في المادة 53 من ق.أ.ج، وسلطة القاضي واسعة في تقدير هذه الحالات وتقدير أدلة إثباتها. وأسباب التطليق طبقا لنص المادة 53 من ق.أ.ج: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

أولا: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون،

تأصيل هذه الحالة جاء مما ذهب إليه الإمام مالك والشافعي وأحمد الذين أجازوا التطليق لعدم الإنفاق بحكم القاضي إذا طلبته الزوجة وليس له مال ظاهر¹. أما الأحناف فلا يجيزون التطليق لعدم الإنفاق إعسارا أو امتناعا²، وربط ابن القيم الجوزية المسألة بالتغير من عدمه³.

فالزوج ملزم بالنفقة على زوجته بالدخول ويستمر هذا الواجب ما استمرت الحياة الزوجية ما لم يثبت نشوز الزوجة

ويشترط للحكم للزوجة بالتطليق لعدم الإنفاق:

أ- الشرط الأول: امتناع الزوج عن الإنفاق

يجب أن يمتنع الزوج عن الإنفاق لإمكانية رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق، كأن يمتنع عن توفير الغذاء واللباس والعلاج وغيرها، ويمكن أن يكون الامتناع عن الإنفاق بسبب عسره فلا يملك مالا، ويمكن أن يكون معه مال لكن يتعمد عدم الإنفاق إضرارا بالزوجة.

ب- الشرط الثاني: ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج

¹ باديس ديباني، المرجع السابق، ص.36.

² محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص.78.

³ غوثي بن ملح، المرجع السابق، ص.190.

فإذا ثبت علمها بإعساره قبل العقد فإنه يسقط حقها في طلب التطليق طبقاً للنص، ويقع على الزوجة إثبات عدم علمها بإعساره بكل وسائل الإثبات وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي.

ت- الشرط الثالث: صدور حكم قضائي يلزم الزوج بالنفقة

إذا امتنع الزوج عن الإنفاق فإن أول ما على الزوجة القيام به هو اللجوء إلى قاضي شؤون الأسرة بدعوى النفقة، وبعد صدور الحكم القضائي بإلزام الزوج بالنفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ الحكم حينها يمكن لها رفع دعوى التطليق مع إرفاق نسخة من حكم الإلزام بالنفقة الذي يعتبر وحده دليلاً لإثبات عدم الإنفاق وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2014/09/11¹. ولم يتضمن قانون الأسرة الأجل الممنوح للزوج من أجل تنفيذ حكم النفقة وإمكانية رفع دعوى التطليق وبالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا نجد القرار الصادر بتاريخ 1984/11/19 جاء فيه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبرراً لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقاً لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله الزوج إن عجز عن الإنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدها الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسوة كمثلها فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزائياً من محكمة الجناح بتهمة الإهمال العائلي وحكم عليه غيائياً بسنة حبساً منفاً، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعة التعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي..."². وحددت المادة 331 من قانون العقوبات مدة شهرين بعد صدور الحكم بوجوب النفقة من أجل المتابعة الجزائية وجنحة عدم تسديد النفقة.

ونظم المشرع المغربي التطليق لعدم الإنفاق في المادتين 102 و 103 من مدونة الأسرة فنص على أنه للزوجة حق طلب التطليق في حال أحلّ الزوج بواجب الإنفاق فتكون المحكمة أمام إحدى الحالات الآتية طبقاً للنص: 102:

أ- إذا تبين للمحكمة سواء من خلال وثائق الملف أو من خلال البحث الذي تقوم به أو من تصريح الطرفين أمامها أو الشهود أن للزوج المدعى عليه مال، يمكن تحصيل نفقة الزوجة منه فإن المحكمة لا

¹ "المبدأ: يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب عدم الإنفاق، يتم إثبات عدم الإنفاق بحكم قضائي وليس بسماع شاهدين."؛ المحكمة العليا، غ.ش.أ، بتاريخ 2014/09/11، ملف رقم 0934996، م.م.ع، 2015، ع1، ص.251.

² المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م.م.ق، 1989، ع3، ص.76.

تستجيب لطلب التطليق وإنما تحدّد في الحكم طريقة تنفيذ النفقة على الزوج حسب كل ملف وظروف، كالاقتطاع من الراتب وغيرها¹.

ب- إذا أثبت الزوج عجزه عن الإنفاق على زوجته تمهله المحكمة مدة لا تتعدى ثلاثين (30) يوماً حتى يتسنى له الحصول على ما ينفق منه عليها فإن لم يوف بذلك طلقها عليه، إلا إذا وجد ظرف قاهر أو استثنائي، وتلك حالة مؤقتة موكول تقديرها إلى المحكمة، فإن مضى الأجل وزالت حالة الاستثناء، وثبت قدرته واستعداده للنفقة حكم عليه بما وإن بقي عاجزاً عن الإنفاق مع تمسك الزوجة بالتطليق فإن القاضي يأمر الزوج أن يطلق زوجته فإن امتنع طلقها المحكمة عليه².

ت- وتطلق المحكمة الزوجة حالاً، إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز. ونص المشرع التونسي في الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية: "لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له بشهرين فإن عجز بعد إتمامهما عن الإنفاق طلق عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عاملة بعسره حين العقد فلا حق لها في طلب الطلاق".

ثانياً: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

منح الفقه والقانون للزوجين حق طلب الطلاق إذا تبين وجود عيوب في الطرف الآخر من شأنها أن تؤثر على تحقيق أهداف الزواج، فإذا اكتشف عيباً في زوجته فله إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يكون متعسفاً في ذلك. ونصت صراحة الفقرة 02 من المادة 53 المعدلة من ق.أ على حق الزوجة في طلب التطليق للعيوب بقولها: "للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج." فاكتمى المشرع بالنص على التطليق للعيوب دون أن يبين أو يحصر العيوب المعتبرة في التطليق واشترط أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج، ويبقى للقاضي سلطة تقدير كل ذلك استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وقسم الفقه العيوب إلى عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة كالجنون والبرص والجذام والخنثى والعقم والعمى، وعيوب خاصة بالزوج كالعنة والجب والخصاء وعيوب خاصة بالزوجة كالرتق القرن وغيرها³.

وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 19/11/1984: "متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي - وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزاً عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن

¹ عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة أطروحة دكتوراه القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018، ص.36.

² عماري نور الدين، المرجع نفسه، ص.36.

³ تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص.285 وما بعدها.

الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية.¹

ونصت مدونة الأسرة المغربية على العيوب في المادة 107: "تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحول طلب إنائها:

- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة". فاشتراط القانون المغربي أن تمتنع العيوب من المعاشرة الزوجية. بل ونص في المادة 108 على شروط طلب أحد الزوجين الطلاق للعيوب وهي ألا يكون علماً بالعيوب حين العقد، وألا يصدر منه ما يدل على رضاه بالعيوب بعد علمه بتعذر الشفاء. وطبقاً للمادة 111 من مدونة الأسرة تستعين المحكمة بالخبرة المتخصصة للتأكد من حقيقة المرض أو العيب. وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي بتاريخ 1987/06/30: "استنتاج العيب من اختصاص الأطباء ولا يحق للمحكمة تقييمه وحدها ويتعين إجراء خبرة."²

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فتضمن الفصل 2/31 منها الطلاق للضرر، وبالتالي فإن العيب الذي يلحق ضرراً بأحد الزوجين ويطلب الطلاق، يكون طلبه مؤسساً قانوناً.

ثالثاً: الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

نصت الفقرة 4 من المادة 53 على حق الزوج في طلب التطليق للهجر في المضجع بنصها: "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر". فاكتمل المشرع بالنص على الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق وحدده بمدة فوق أربعة أشهر دون تحديد شروطها. ونص القرآن الكريم على نوعين من الهجر، الأول غير محدد المدة بغرض تأديب الزوجة³ والثاني هو الإيلاء وهو الهجر المصحوب باليمين فيقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر⁴ لقوله جل وعلا: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾⁵. وفي مقارنة بسيطة بين الإيلاء والهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق في القانون الجزائري نجد أنهما يتشابهان من حيث قصد الإضرار بالزوجة بهجرها في المضجع وترك وطئها وكذلك في المدة وهي أكثر من أربعة أشهر. ويختلفان في اليمين الذي يختص به الإيلاء، وإن

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1984/11/19، ملف رقم 34789، م.ق، 1989، ع3، ص.73.

² المجلس الأعلى، 1987/06/30، قرار عدد744؛ نقلاً عن إدريس الفاحوري، المرجع السابق، ص.370.

³ ﴿وَالَّذِي تَخْتَفُونَ نُشُوزَهُنَّ فِعْظُهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِن أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً﴾ سورة النساء، الآية 34.

⁴ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.197.

⁵ سورة البقرة، الآية رقم 226.

عاد الزوج إلى زوجته قبل انقضاء المدة فعليه كفارة اليمين، وإن انقضت المدة ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي طلقها عنه. أما في القانون الجزائري فلا يتطلب المهر في المضجع يمينا وبمجرد انقضاء أربعة أشهر دون أن يتخللها انقطاع، يمكن للزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي على أساس الفقرة 3 من المادة 53 من ق.أ.ج. مع ملاحظة أن هذه الحالة من حالات التطليق يصعب إثباتها من الناحية العملية.

ونص المشرع المغربي صراحة على الإيلاء في المادة 112 من مدونة الأسرة جاء فيها: "إذا ألى الزوج من زوجته أو هجرها، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى المحكمة التي تؤجله أربعة أشهر، فإن لم يفئ بعد الاجل طلقها عليه المحكمة."

الملاحظ أن المشرع المغربي أعطى للهجر في المضجع والإيلاء نفس الحكم مما يجعله مختلفا عن نظيره الجزائري من حيث إمكانية رفع دعوى الطلاق قبل انقضاء مدة أربعة أشهر أما القانون الجزائري فيجب انتظار انقضاء المدة لإمكانية رفع دعوى التطليق.

رابعاً: الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة،

يجوز المالكية التفريق بين الزوج وزوجته بسبب الحبس لما قد يصيب الزوجة من ضرر، والراجع عند الحنابلة عدم التفريق بين الرجل وزوجته بسبب الحبس، والحنفية أيضاً لا يجيزون الحبس كسبب من أسباب التطليق¹. وفي قانون الأسرة نصت الفقرة 04 من المادة 53: "الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية".

هذه الفقرة لم تحدّد مدّة العقوبة المسلطة على الزوج حتى يمكن للزوجة طلب التطليق، مع ملاحظة أنه قبل التعديل كانت محدّدة بمدة أكثر من سنة مقيدة للحرية.

وبعد التعديل لم يحدد المدة، فمجرد الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ولو كانت موقوفة النفاذ فإنه يمكن للزوجة طلب التطليق على أساسها إذا استحالت معها مواصلة الحياة الزوجية، ويشترط في الحكم أن يكون حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه.

كما لم يحدد الجرائم الماسة بالشرف وترك الأمر لسلطة تقدير القاضي، وتتعدد الجرائم الأخلاقية الماسة بالشرف منها جريمة هتك العرض، جريمة الاعتداء على المحارم وجريمة الزنا أضف إلى ذلك الجرائم التي تسيء إلى سمعة الزوجة والأسرة ككل والمنصوص عليها في قانون العقوبات والقوانين المكملة. فإذا ثبت إدانة الزوج وأصبح الحكم الصادر نهائي ونفت العقوبة فيتأسس حق الزوجة في التطليق بناء على المادة 4/53².

¹ محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص. 107.

² يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2019، ص. 65.

فيجب على الزوجة إرفاق عريضة الطلاق بحكم إدانة الزوج في الجريمة الذي يعتبر الدليل الوحيد للإثبات هذه الحالة، ولا يقبل دليل غيره.

ولم يقيد المشرع المغربي بجريمة ماسة بشرف الأسرة واكتفى بتحديد مدة الحيس في نص المادة 106 من مدونة الأسرة: "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجنا أو حبسا، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكنها أن تطلب التطليق بعد سنتين من اعتقاله".

خامسا: الغيبة بعد مرور سنة،

التطليق لغيبة الزوج هو مذهب مالك وأحمد دفعا للضرر عن المرأة فلها أن تطلب التفريق للغيبة ولو كان له مال تنفق منه بشروط عندهم¹:

1. أن يكون غياب الزوج لغير عذر مقبول فلو سافر لطلب العلم مثلا فلا يجوز لها طلب التفريق.
2. أن تتضرر بغيابه
3. أن تكون الغيبة في بلد غير الذي تقيم فيه الزوجة
4. أن تمر سنة تتضرر فيها الزوجة

ونص قانون الأسرة الجزائري على التطليق لغيبة الزوج في الفقرة 05 من المادة 53: "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة". فالقانون اشترط:

1. مرور سنة على غياب الزوج مما يلحق ضررا بالزوجة
 2. أن يكون الغياب بدون عذر، فإن غاب لعمل أو طلب علم فلا يحق لها رفع دعوى التطليق لهذا السبب
 3. بدون نفقة، فإن ترك لها مالا تنفق به على نفسها فلا حق لها في التطليق تأسيسا على هذه الفقرة، وهو ما يتعارض مع موقف الفقهاء الذين قالوا بحقها في طلب التطليق للغياب ولو ترك لها مالا من أجل الإنفاق.
- وعلى الزوجة عند رفع دعوى التطليق بسبب غياب الزوج أن تثبت حالة الغياب التي تجاوزت السنة بدون عذر، وعدم وجود مال للإنفاق على نفسها.

واعترفت المحكمة العليا غياب الزوج عن الجلسة رغم تبليغه قرينة على الغياب في القرار الصادر بتاريخ 2020/02/05 الذي جاء فيه: "بعد غياب الزوج عن الجلسة، رغم تبليغه عن طريق التعليق، قرينة على غيابه عن مسكن الزوجية لمدة تفوق السنة، ويترتب عليه الحكم بالتطليق".²

¹ السيد سابق، المرجع السابق، ص.655.

² م.ع، غ.ش.أ، 2020/02/05، ملف رقم 1371857، م.م.ع، 2020، ع1، ص.63.

وبالرجوع إلى المادة 112 من قانون الأسرة التي نظمت أحكام المفقود نجدها أحالت إلى الفقرة 05 من المادة 53 من نفس القانون، ولا يعتبر مفقودا إلا بعد صدور حكم الفقدان والذي بدوره لا يمكن صدوره إلا بعد مرور سنة من فقدانه بعد التحري.

وفي مدونة الأسرة المغربية نصت المادة 104 على أنه: "إذا غاب الزوج عن زوجته مدة تزيد سنة، أمكن للزوجة طلب التطلاق.

تتأكد المحكمة من هذه الغيبة ومدتها ومكانها بكل الوسائل.

تبلغ المحكمة الزوج العروف العنوان مقال الدعوى للجواب عنه، مع إشعاره بأنه في حالة ثبوت الغيبة، ستحكم المحكمة بالتطلاق إذا لم يحضر للإقامة مع زوجته أو لم ينقلها إليه."

ونص القانون المصري في المادة 12: "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه."

فلم يشترط القانون المغربي عدم الإنفاق ونص المصري صراحة على تضرر الزوجة من الغياب ولو كان له مال من أجل الإنفاق، على عكس القانون الجزائري الذي اشترط عدم الإنفاق في التطلاق للغيبة.

سادسا: مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه،

بالرجوع إلى المادة 08 من ق.أ.ج نجدها نصت على شروط تعدد الزوجات، حيث قيدها بوجوب استصدار ترخيص قضائي يراعي فيه القاضي وجود المبرر الشرعي للتعدد وشروط العدل وموافقة الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بها. فإذا تم الزواج بأكثر من زوجة ولم يتوفر شرط العدل مثلا فإنه يمكن للزوجة المتضررة من عدم العدل رفع دعوى التطلاق مع إثبات ذلك. وكذلك الحال إذا خالف الزوج شروط التعدد الأخرى المذكورة في المادة 08 من ق.أ.ج كعدم وجود المبرر الشرعي للتعدد مثلا أو عدم إثبات رضاها بالزواج الثاني¹.

كما نصت المادة 08 مكرّر على أنه: "في حالة التدليس، يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطلاق."

سابعا: ارتكاب فاحشة مبينة،

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1995/09/26، ملف رقم 122443، النشرة القضائية، 1999، ع55، ص.171؛ نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة... المرجع السابق، ص.60.

جاءت هذه الفقرة فضفاضة لم تحدد المقصود بالفاحشة، ولم يقيد المشرع حق الزوجة في طلب التطليق بوجود حكم قضائي بل مجرد تحقق الفاحشة كاف لطلب التطليق. وعموما تشمل كلمة الفاحشة كل الجرائم الأخلاقية كالزنا وجرائم الاغتصاب والاعتداء على الأصول أو الفروع وغيرها.

والفاحشة في المدلول الشرعي تشمل كل الجرائم التي أقر لها الشارع الحكيم عقوبات محددة ومعينة تسمى الحدود وهذه الجرائم هي الزنا، القذف، السرقة، السكر، المحاربة، الردة والبغي وهي أيضا تسمى بالفواحش¹. فإذا رفعت الزوجة دعوى تطليق على أساس ارتكاب زوجها فاحشة مبينة فيجب عليها إثبات ذلك ويبقى للقاضي سلطة تقدير ذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ثامنا: الشقاق المستمر بين الزوجين،

استحدث المشرع الجزائري هذه الفقرة في تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02، وهذا بعد كثرة طرح النزاعات المتعلقة بالشقاق بين الزوجين أمام القضاء، ويقصد بالشقاق الخصام وهو استحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للانحيار والضياع²، فيكون سببا للتطليق إن كان مستمرا وعلى القاضي أن يعين حكيمين لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾³.

وقبل استحداث هذه الفقرة استقر القضاء على أن استفحال الخصام وطول أمده يعتبر ضرا شرعيا موجبا للتطليق⁴.

وخصصت مدونة الأسرة المغربية للتطليق بسبب الشقاق أربع مواد من المادة 94 إلى المادة 97، فنصت المادة 94: "إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وجب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه". فتبذل المحكمة كل وسائل الإصلاح من محاولة الصلح وتعيين الحكمان وإذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة (المادة 96). وفي حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر وتحكم بالتطليق بالمستحقات مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول في فائدة الزوج الآخر. على أن يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب. (المادة 97).

تاسعا: مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

¹ باديس ديباني، المرجع السابق، ص.52.

² باديس ديباني المرجع السابق، ص.54.

³ سورة النساء، الآية 35.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 224655، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.129.

هذه الفقرة مستحدثة أيضا بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر رقم 05-02، نصت على جزاء مخالفة الشروط التي نص عليها بموجب المادة 19 من قانون الأسرة: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

وعليه، يمكن للزوجين تضمين عقد زواجهما شروطا، على ألا تخالف أحكام قانون الأسرة بما فيه أحكام الشريعة الإسلامية ومقتضى عقد الزواج وأعطى القانون مثالين، هما شرط عمل المرأة وشرط عدم التعدد. وإذا خالف الزوج هذه الشروط فإنه يعتبر مخالفا بالتزامه، فمنح القانون للزوجة حق طلب التطليق في المادة 9/53 من ق.أ.

غير أن الملاحظ على هذه النصوص، أن المشرع الجزائري نص على جواز الاشتراط في عقد الزواج وفي عقد رسمي لاحق وعندما جاء إلى جزاء مخالفة الشروط المتفق عليها اكتفى بحق الزوجة بالتطليق فالفقرة 9 من المادة 53 عن مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط ولم ينص على الشروط المتفق عليها في العقد الرسمي اللاحق .

وفي ملاحظة أخرى، أعطى القانون على سبيل المثال الحق للزوجة في اشتراط عدم الزواج عليها، وفي نفس الوقت نص على حق الزوج في تعدد الزوجات في المادة 08 من ق.أ.ج وهو ما يضعه أمام تعارض في الأحكام فكان يمكنه تجنب كل ذلك لو نص في المادة 08 على منع التعدد إذا وجد شرط في عقد الزواج بعدم التعدد كما فعل المشرع المغربي المادة 40 من مدونة الأسرة التي جاء فيها: "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

ونص القانون المغربي على حق الزوجة في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في المادة 98 من مدونة الأسرة على أنه "للزوجة طلب التطليق بناء على أحد الأسباب التالية:

إخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج". وأضافت المادة 99: "يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضررا مبررا لطلب التطليق".

ونصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 11: "يثبت خيار الشرط ويترتب على عدم وجوده أو مخالفته طلب الفسخ بطلاق من غير أن يترتب على الفسخ أي غرم إذا كان الطلاق قبل البناء".

والملاحظ من خلال النصوص المغاربية للأسرة، أنها منحت حق الاشتراط للزوجين تطبيقا لمبدأ المساواة بين الجنسين، لكن أقر الجزائري والمغربي بحق الزوجة في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها، وتفرد التونسي بمنح نفس الحق للزوج، بمعنى يحق لكلا الزوجين المطالبة بالطلاق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها. ومع ذلك في

القانونين الجزائري والمغربي إذا خالفت الزوجة الشروط المتفق عليها فإنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة دون أن يكون متعسفا في ذلك فلا يُلزم بالتعويض.

عاشرا: كل ضرر معتبر شرعا

حث الإسلام على حسن معاشرة الزوج لزوجته، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾¹. لكن، قد تسوء العشرة ويقع الضرر، الذي قد يصدر من الزوج أو من الزوجة، وحصول الضرر من الزوجة يعالج بالتأديب أو الصلح، وإذا فشل الصلح فالطلاق بيد الزوج يستطيع أن يرفع به الضرر عن نفسه. وإن كان الضرر من الزوج فإن الإسلام لم يتركها ضحية ظلم الزوج وتجبره، بل شرع لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي ليرفع عنها الضرر بالتطليق، والقاضي في حكمه بالتطليق للزوجة بسبب الضرر يكون نائبا عن الزوج الذي امتنع عن طلاقها². وقد روي عن الرسول ﷺ أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار".

ويراد بالضرر هنا، ما يلحقه الزوج بزوجه من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية، كالضرب المبرح وإكراهها على فعل ما حرم الله وهجرها لغير التأديب مع إقامته في بلد معها أو أخذ مالها وغير ذلك.³ ويعرف بأنه إخلال بمصلحة مشروعة أو هو إلحاق الأذى بالغير وهو نقيض النفع، وفي التطليق للضرر يقصد به كل أنواع الضرر التي تززع استقرار الأسرة وتلحق الأذى بالزوجة، والضرر نوعان:

إما ضرر مادي أو ضرر معنوي، فالضرر المادي هو الذي يصيب المضرور في جسمه أو في ماله وهو الغالب الحدوث كضرب الزوجة ضربا مبرحا مثلا، وامتناع الزوج عن الانفاق على زوجته واختلاس أموالها وغيرها. أما الضرر المعنوي فهو الذي يصيب المضرور في شعوره أو في سمعته أو في شرفه وغيرها من الأمور المعنوية. ونصت على الضرر المعنوي المادة 182 مكرر من ق.م: "التعويض عن الضرر المعنوي يشمل كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة...". ومن أمثلة الأضرار المعنوية الشتم والإساءة إلى سمعة الزوجة...

ونص قانون الأسرة في الفقرة 10 والأخيرة من المادة 53 من ق.أ: "كل ضرر معتبر شرعا". وبذلك وسع المشرع من حالات التطليق، لا يمكن بأي حال من الأحوال حصر الأضرار التي تصيب الزوجة، وسلطة القاضي واسعة في تقدير الضرر لأن المشرع لم يحدّد معيارا له ولم يضع له شروطا، فكل الأضرار القابلة للإثبات تعتبر سببا موجبا للتطليق متى قدر ذلك قاضي شؤون الأسرة.

¹ سورة النساء، الآية 19.

² عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة...، المرجع السابق، ص.192.

³ عماري نور الدين، المرجع نفسه، ص.191.

وعليه، إضافة إلى الفقرة العاشرة، كل الحالات التسعة المذكورة في المادة 53 تسبب أضرارا للزوجة، وتنطوي كلها تحت مفهوم الضرر الموجب للتطليق، ومتى رأى القاضي أنه يتوجب التفريق حكم لها بالتطليق. ولم يتقيد المشرع الجزائري بضرر معين، فأجاز لكل زوجة إذا تضررت من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق، ومتى ثبت ما ادعته وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه¹.

فاستعمل المشرع الجزائري مصطلح الضرر بمعناه الواسع يفتح باب الطلاق على مصراعيه، والتطبيقات القضائية للضرر كسبب من أسباب التطليق كشفت عن عديد من الأضرار التي تختلف من زمن لآخر ومن مكان لآخر، ومن شخص لآخر، فقد يشكل الفعل الواحد ضررا بالنسبة لامرأة معينة يدفعها لتطلب التطليق، ونفس الفعل لا تعتبره امرأة أخرى ضررا وتتعايش معه بصفة عادية.

ويشترط للتطليق للضرر:

أ- تثبت الزوجة أن الضرر الذي أصابها واقع من الزوج سواء بالفعل أو بالقول بكل وسائل الإثبات. ولا تعتبر الشهادات الطبية دليلا لإثبات ضرب الزوجة وفقا لما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 02 جانفي 1989 لأنها وإن كانت تثبت تعرض الزوجة للضرب إلا أنها لا تثبت العلاقة السببية بين هذا الضرب والزوج باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب وإنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان². لا يتم اثبات الضرر بحكم جزائي فقط وهذا في قرارها الصادر بتاريخ 2010/07/15³.

ب- يشترط أن يكون الضرر محقق الوقوع، بمعنى وقع الضرر فعلا في الحال أو محقق الوقوع في المستقبل. نقصد بذلك الضرر المستقبل تقوم أسبابه في الحال وتتراخي آثاره إلى المستقبل. أما الضرر الاحتمالي فلا يعتبر سببا لطلب التطليق.

ت- أن يبلغ الضرر من الجسامة ما يستحيل معه دوام العشرة، ومعيار الضرر هنا شخصي يختلف من واقعة إلى أخرى ويخضع للسلطة التقديرية للقاضي فما يعتبر ضررا بالنسبة لزوجة معينة لا يعتبر كذلك بالنسبة لأخرى⁴.

¹ دليلة برف، التطليق للضرر المعترف شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، ص213.

² م.ع، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 52278، م.ق، 1991، ع4، ص.95.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2010/07/15، ملف رقم 572240، م.م.ع، 2010، ع2، ص.278.

⁴ خدام هجيرة، حرية المرأة... المرجع السابق، ص.486.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري حول الضرر الموجب للتطليق، نجد قرار المحكمة العليا بتاريخ 15 جوان 1999: "يجوز للزوجة طلب التطليق بسبب استفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين لاعتباره ضررا شرعيا".¹ وفي قرار بتاريخ 18 جويلية 2001: "إن القضاء بتطليق الزوجة بسبب تضررها من تصرفات الزوج وعدم تحقيق الهدف من الزواج طبقا للمادة 04 ق.أ هو تطبيق سليم للقانون".²

دوقبل أن يحكم القاضي بالتطليق للضرر عليه أن يحاول الإصلاح بين الزوجين وفي حالة عدم ثبوت الضرر يعين الحكّمين، وإن فشلت كل مساعي الصلح يحكم لها بالتطليق.

وفي كل حالات التطليق المذكورة في المادة 53 من ق.أ فإنه يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها طبقا للمادة 53 مكرر من ق.أ. ج المستحدثة بالأمر 05-02.

الفرع الرابع: الطلاق للنشوز

النشوز هو حكم الزوج أو الزوجة الذي يمتنع عن أداء واجباته الزوجية، والنشوز لغة هو المتن المرتفع عن الأرض، استعير هذا المعنى الحسي للدلالة على ترفع المرأة أو الرجل واستعلائهما³. فنشوز الزوجة هو ترفعها وامتناعها عن أداء واجباتها الزوجية وكذلك نشوز الزوج أي ترفعه وعدم قيامه بواجباته تجاه زوجته.

ونصت المادة 55 من ق.أ: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر". يقول تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾⁴. بمعنى تخافون العواقب السيئة للنشوز فالمعنى أنه قد حصل النشوز، والموعضة عمل تهذيبي مؤثر بدأ الله به، لكن قد لا ينفع مع بعض النساء فيلجأ الزوج إلى الهجر في المضجع ويهجرها في الكلام مدة لا تزيد على ثلاثة أيام، وآخر علاج للنشوز هو الضرب، وفي قوله تعالى "واضربوهن" للإباحة، والاباحة تعني أن الأصل فيه المنع ولكنه أبيض لدرء الفساد، لذلك قيد الفقهاء الهجر والضرب أن يكونا مجرد التنبيه فقط بأن يكون بعود السواك مثلا فالمقصود منه ليس الاضرار أو الإيلام أو التشفي أو الإهانة فكل ذلك محرم باتفاق العلماء⁵. مع ملاحظة أن ضرب الزوجة بكل أنواعه معاقب عليه قانونا.

ويجدر التنويه أن النشوز عند الفقهاء يختلف عنه في القانون، فيتحقق النشوز عند الفقهاء بتخلي الزوج عن زوجته وإهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي داخل البيت أو كان خارجه، وتكون الزوجة ناشزا بمجرد

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1999/06/15، ملف رقم 224655، إ.ق.غ.أ.ش، ع خاص، ص.129؛ نقلا عن بلحاج العربي، قانون الاسرة وفقا لأحدث التعديلات...، المرجع السابق، ص.269.

² م.ع، غ.أ.ش، 2001/07/18، ملف رقم 269594، م.م.ع، 2003، ع1، ص.349.

³ مختارة يوسف، التأصيل الإسلامي لمشكلات الزواج -نشوز الزوجين- نموذجاً، المحلة المغاربية للدراسات التاريخية والاجتماعية، جامعة سيدي بلعباس، 2021، مجلد 13، ع1، ص.247.

⁴ سورة النساء، الآية 34.

⁵ مختارة يوسف، المرجع السابق ص. من 251 إلى 253.

خروجها عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه ومتى تحققت حالة من الحالات المذكورة تطلب التشريع الإسلامي اللجوء إلى الاصلاح بين الزوجين¹.

وتتحقق حالة النشوز في القانون بامتناع أحد الزوجين عن واجباته شرط إمكانية إثبات ذلك.

إثبات النشوز: استقر قضاء شؤون الأسرة على أن النشوز لا يثبت إلا بحكم مع عدم انصياع الزوج أو الزوج للحكم القاضي باستئناف الحياة الزوجية. ومن تطبيقات القضاء، ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23 فيفري 2021: "يثبت النشوز، إذا انتقل الزوج إلى مكان إقامة الزوجة، رفقة المحضر القضائي، لتبليغها بالحكم القاضي برجوعها إلى مسكن الزوجية، وصرحت برفضها الانصياع للحكم".².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 21 أبريل 1998 ثبوت نشوز الزوج بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة³. وفي قرار بتاريخ 19 ماي 1998 جاء فيه لا يعتبر نشوزا امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد ثبوت إهانتها⁴. وقرار آخر بتاريخ 27 أبريل 1993: "متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، فإن القضاء بغير ذلك يعد حرقا للقانون.

ومن ثم، فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة -في قضية الحال- تلجأ إلى طلب التطبيق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لاعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق. وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها، مما يتوجب نقض قرارهم جزئيا دون إحالة".⁵.
ويحكم القاضي للطرف المتضرر من الطلاق للنشوز بالتعويض طبقا للمادة 55 من ق.أ.ج وفي قرار بتاريخ 17 نوفمبر 1998 جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".⁶.

المطلب الثاني: إجراءات الطلاق بطلب من أحد الزوجين

في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو الخلع أو التطليق يجب احترام الأحكام الإجرائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من رفع الدعوى إلى غاية صدور حكم الطلاق وهي كالاتي:

- ترفع الدعوى من الزوج بتقديم عريضة وفقا للأشكال القانونية أمام كتابة ضبط المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية(المادة 460 من ق.إ.م.إ. و المادة 436 من ق.إ.م.إ.).

¹ بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص.215.

² م.ع، غ.أ.ش، 2021/02/23، ملف رقم 1389211، م.م.ع، 2021، ع1، ص.70.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189226، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات...، المرجع السابق، ص.285.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 1998/05/19، ملف رقم 189324، إ.ق.غ.أ.ش، عدد خاص، ص.147، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة...، المرجع السابق، ص.286.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، 1993/04/27، ملف رقم 90947، م.ق، 1994، ع2، ص.71.

⁶ م.ع، غ.أ.ش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، إ.ق.، عدد خاص، ص.252، نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات...، المرجع السابق، ص.286.

- تبليغ الزوجة رسمياً والنيابة العامة بنسخة من العريضة (المادة 438 ق.إ.م.إ.).
- إجراء محادثات الصلح بين الزوجين دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى وتحرير محضر بذلك. وإذا اشتد الخصام دون ثبوت الضرر يعين القاضي الحكيمين (المادة 49 و56 من ق.أ.ج.والمواد من 439 إلى 449 من ق.إ.م.إ.).
- النطق بالحكم في جلسة علنية.
- تسجيل حكم الطلاق في سجلات الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة (المادة 3/49 من ق.أ.).
- الحكم بالطلاق هو حكم ابتدائي نهائي في شقه القاضي بفك الرابطة الزوجية، ويمكن الطعن بالاستئناف في التوابع المالية للطلاق والحضانة المادة 57 من ق.أ.). مع أنه يمكن الطعن بالنقض في حكم الطلاق متى توفرت أحد الأوجه المذكورة في المادة 358 من ق.إ.م.إ.
- وأخيراً لا يوقف الطعن بالنقض تنفيذ أحكام الطلاق وهذا طبقاً لنص المادة 452 من ق.إ.م.إ.

المبحث الثالث: الطلاق بالتراضي

جاء في المادة 48 : يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم ب... أو بتراضي الزوجين. " طبقاً للنص هو صورة من صور فك الرابطة الزوجية، لم يفصل قانون الأسرة في أحكامه، مما يقتضي البحث عن مفهومه (المطلب الأول) ثم إجراءاته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي

يضم تعريف الطلاق بالتراضي (الفرع الأول) وشروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي

الطلاق بالتراضي هو اتفاق الزوجان على إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة وفق الأشكال القانونية. وهذا النوع من الطلاق يتميز بأنه طلاق دون نزاع، مما يحول دون كشف سبب الخلاف بين الزوجين في المحاكم. اعترف به القانون في المادة 48 من ق.أ.ج. وقد عرفته المادة 427 من ق.إ.م.إ. بأنه: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة".

الفرع الثاني: شروط الطلاق بالتراضي

- 1- عقد زواج صحيح
- 2- بلوغ الزوجان سن الرشد 19 سنة كاملة متمتعان بقواهما العقلية، مع خلو الإرادة من العيوب لأنه طلاق يتم بإرادة مشتركة. إرادة جادة تتجه إلى إنهاء الرابطة الزوجية بالتراضي.
- 3- لا يجوز تقديم طلب الطلاق بالتراضي، إذا كان أحد الزوجين تحت وضع التقديم أو ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية تمنعه من التعبير إرادته (المادة 432 من ق.إ.م.إ.).

4- محاولات الصلح وجوبية مع إمكانية تعيين الحكّمين.

المطلب الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي

نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 على إجراءات خاصة للطلاق بالتراضي وهي كالآتي:

- 1- تقديم طلب مشترك في عريضة واحدة مشتركة وموقعة من الزوجين بأمانة ضبط (428 ق.إ.م.إ.) المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما (3/426 ق.إ.م.إ.).
- 2- يخطر أمين الضبط الطرفين في الحال بتاريخ حضورهما أمام القاضي ويسلمهما استدعاء بذلك 430
- 3- يسري أجل الطعن بالنقض من تاريخ النطق بالحكم
- 4- يتأكد القاضي من رضاها على الطلاق ويجاوب الصلح بينهما 431 ق.إ.م.إ. ويسمع لكل واحد على حدى

يجب أن تتضمن عريضة الطلاق بالتراضي جميع شروط الاتفاق الحاصل بينهما حول توابع الطلاق 4/429 ق.إ.م.إ.

القاضي غير ملزم بالشروط المتفق عليها فله إعمال سلطته التقديرية في تعديل أو إلغاء الشروط إذا كانت تتعارض مع النظام العام أو مصلحة الأولاد طبقا للمادة 431 من ق.إ.م.إ. كما يعتبر اللعان أحد أسباب إنهاء الرابطة الزوجية، لم ينص عليه المشرع الجزائري وكما رأينا من آثار اللعان التفريق بين الزوجين وانتفاء النسب.

المبحث الرابع: إجراءات الصلح

الصلح هو إجراء يقوم به قاضي شؤون الأسرة في جلسة سرية تجمع به بالزوجين محاولا فيها إصلاح ذات البين والحفاظ على الأسرة. وفي القانون هو إجراء لاحق على رفع دعوى الطلاق. وطبقا للمادة 49 فإنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي، مما يعني أن كل الأحكام التي تناوّلها قانون الأسرة عن الطلاق تستلزم صدور حكم بالطلاق، فلا يعتد بالطلاق اللفظي لتطبيقها. ويجدر التنويه إلى أن الطلاق بحكم قضائي هو طلاق بائن، بمعنى من أراد مراجعة زوجته بعد صدور حكم الطلاق ولو في فترة العدة فعليه إبرام عقد زواج جديد بأركانها وشروطه. واول ما يجب دراسته مدى إلزامية محاولات الصلح في دعوى الطلاق (الفرع الأول) ومن ثم وجب التفصيل في إجراءاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدى إلزامية محاولات الصلح في دعوى الطلاق

محاولات الصلح كانت موجودة منذ قانون الأسرة رقم 84-11 فكانت بصيغة المفرد، لكن بعد التعديل تحدث المشرع عن محاولات الصلح، ففرضها المشرع على القاضي.

وللتذكير، فإنّ الطلاق في شقه القاضي بفك الزوجية هو حكم ابتدائي نهائي. وتنص الفقرة الأولى من المادة 49 من ق.أ.ج على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة(3) أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

ونصت المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية: "محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسة سرية". إذن من النصوص أعلاه نستنتج بأن محاولات الصلح وجوبية وإلزامية بالنسبة للقاضي وهي من النظام العام. وجاء المشرع بهذه النصوص التي تفيد وجوب محاولات الصلح في دعاوى فك الرابطة الزوجية بعد التضارب في أحكام وقرارات القضاء. فبعضها قرّر أن القاضي ملزم بإجراء الصلح، والبعض الآخر قرّر أن الصلح ليس إجراء جوهرياً.

فقبل صدور قانون الأسرة سنة 1984 كانت المحاكم تطبق المادة 17 من ق.إ.م فكانت محاولة الصلح اختيارية. وبعد صدور القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة أبقّت المحكمة العليا على التناقضات في قراراتها بهذا الشأن.

ففي قرار بتاريخ 25 ديسمبر 1989 جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح... ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون...".
المادة 49 من ق.أ.ج كانت تنص قبل التعديل: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح "أي محاولة صلح واحدة تكفي".

ثم، في قرار بتاريخ 21 جويلية 1998 قالت أن محاولة الصلح بين الطرفين في دعاوى الطلاق ليست من الإجراءات الجوهرية. ولكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والادارية رقم 08-09 أزال التناقض الذي وقع فيه القضاء فأصبحت بموجب المادة 439 منه: محاولات الصلح وجوبية يلتزم القاضي بإجرائها.
ثم، أكدت المحكمة العليا ذلك في عدة قرارات، منها في قرار بتاريخ 14 جانفي 2009 رقم: "التطبيق خلعا دون إجراء محاولة صلح بين طرفي النزاع، مخالف أحكام المادة 49 من ق.أ.¹".

وفي قرارا بتاريخ 14 جانفي 2009 جاء فيه: "يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصياً، تحت طائلة رفض دعواه"².

إذن، الصلح إجراء أوجبه القانون وهو من النظام العام، ومخالفة إجراءات الصلح يؤدي إلى نقض وإبطال الحكم القاضي بفك الرابطة الزوجية³.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 477546، م.م.ع، 2009، ع2، ص.279.

² م.ع، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 474956، م.م.ع، 2009، ع2، ص.271.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق، 1993، ع1، ص.65.

الفرع الثاني: القواعد الإجرائية المنظمة للصلح في دعوى الطلاق

فصل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في إجراءات الصلح بنصوص خاصة في الفصل الخاص بقسم شؤون الأسرة، فنص على سرية محاولات الصلح حيث جاء في المادة 439 من ق.إ.م.إ. أن: "محاولات الصلح وجوبية وتتم في سرية". ثم، نص في المادة 440 من قانون إ.م.إ.: "في التاريخ المحدد لإجراء محاولات الصلح يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح". بمعنى يستمع لكل زوج على انفراد ويجاوب تقريبا وجهات النظر ثم يستمع إليهما معا ويجاوب إصلاح ذات البين.

وطبقا للمادة 441 في فقرتها الأولى من ق.إ.م.إ، إذا استحال على أحد الزوجين حضور محاولات الصلح في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي تحديد تاريخ لاحق للجلسة أو يقوم بنذب قاضي آخر لسماعه بموجب إنابة قضائية. أما إذا تخلف أحد الزوجين عن حضور الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا يجرر القاضي محضرا بذلك (المادة 441 فقرة 2). نلاحظ أنه يشترط ان يتأكد القاضي من تبليغ الزوج تبليغا شخصيا.

ثم، نص في المادة 443 من ق.إ.م.إ.: "يثبت الصلح بين الزوجين بموجب محضر، يجرر في الحال من أمين الضبط تحت إشراف القاضي. يوقع المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين ويودع بأمانة الضبط. يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا.

في حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى".

من هذا النص، يتبين أن جلسات الصلح يحضرها الزوجان والقاضي وأمين الضبط فلا المحامي ولا أي نائب عن الزوجين يمكنه حضور جلسات الصلح. مع ملاحظة أنه يجوز توكيل المحامي في الإجراءات لكن لا يجوز له حضور جلسات الصلح. وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 16 جانفي 2008 أنه: "لا تجوز النيابة عن الزوجين في محاولة الصلح"¹.

وفي حالة عدم الصلح أو تخلف أحد الزوجين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة له، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.

ويشترط أن تتم محاولات الصلح خلال المدة من يوم رفع الدعوى إلى غاية النطق بالحكم دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر.

وإذا اشتد الخصام ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين، حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة للتوفيق بينهما(المادة 56 من ق.أ. والمادة 446 من ق.إ.م.إ.).

¹ م.ع، غ.أ.ش،، 16/01/2008 ملف رقم 417622، م.م.ع، 2009، ع1، 302.

وإذا تم الصلح من طرف الحكمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأي طعن (448 من قانون إ.م.إ.). وإذا تبين للقاضي صعوبة الإصلاح بين الزوجين، جاز له إنهاء مهام الحكمين تلقائياً، فيعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة (449 من ق.إ.م.إ.).

غير أن تطبيق نصوص الصلح على أرض الواقع أبان العديد من الإشكالات، أهمها التعارض الذي يمكن أن يحصل بين العدة الشرعية والعدة المنصوص عليها في قانون الأسرة. فالمادة 49 من ق.أ.ج تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم..." أي أن الطلاق لا يقع إلا بحكم قضائي. إلا أنه غالباً ما يتلفظ الزوج بالطلاق قبل أن يرفع الدعوى فتتقضي العدة الشرعية قبل رفع الدعوى أو أثناء الاجراءات، في حين لا يبدأ احتساب العدة القانونية إلا من يوم التصريح بالطلاق (58 ق.أ.). فإذا انتهت العدة الشرعية فلا فائدة من الصلح، فلا يجوز له شرعاً مراجعتها لأن الطلاق يصبح بائناً ويستلزم عقداً جيداً. كذلك إذا كان الطلاق للمرة الثالثة فما الفائدة من الصلح.

والمشكلة أنه ولو صرح الزوج بأنه طلق لفظاً وأن أجل العدة قد انقضت أو توشك على الانقضاء فالقاضي ملزم بتطبيق القانون وإجراء محاولات الصلح في كل الأحوال وإلا عرض حكمه للنقض والإبطال لأن الصلح إجراء وجوبي. وقد صدر عن المحكمة العليا عدة قرارات قضائية بإبطال حكم الطلاق لعدم إجراء محاولات الصلح¹.

المبحث الخامس: الآثار المالية للطلاق

يترتب على الطلاق آثار مالية تتمثل في النفقة (المطلب الأول) والنزاع حول متاع البيت (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النفقة كأثر من آثار الطلاق

سبق دراسة النفقة كأثر من آثار الزواج، لكن تستمر نفقة المرأة بعد الطلاق إلى غاية انقضاء عدتها، ويستحق الأولاد أيضاً بعد الطلاق النفقة إلى غاية سقوطها قانوناً. وكما يجوز للقاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة الإهمال متى وجدت بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى طبقاً للمادة 80 من ق.أ.ج.

وفي حالة عجز الأب عن أداء مبالغ النفقة المقررة قضاء فإن الدولة وفي إطار دورها الحمائي للأسرة والمجتمع المقرر دستورياً، استحدثت صندوق النفقة كآلية تنفيذ حكم النفقة. تم إنشاؤه بالقانون رقم 15-01 الصادر بتاريخ 2015/01/04² يتضمن إنشاء صندوق النفقة، وهو صندوق احتياطي يتولى تنفيذ مستحقات نفقة الطفل المحضون والمرأة المطلقة المحكوم لها قضائياً بعد تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للحكم القضائي الملزم بالنفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته. لا يتمتع بالشخصية القانونية ولا الذمة المالية المستقلة تسييره المصالح الولائية التابعة للوزارة المكلفة بالتضامن الوطني.

¹ م.ع، غ.أ.ش، بتاريخ 2009/01/14، ملف رقم 477546، م.م.ع، 2009، ع2، ص.279؛ 1991/06/18، ملف رقم 75141، م.ق، 1993، ع1، ص.65.

² قانون رقم 15-01، مؤرخ في 2015/01/04، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج، 2015/01/07، ع1، ص.7.

وقد حددت المادة 2 من القانون رقم 15-01 المقصود بالنفقة في هذا القانون وهي النفقة المحكوم بها وفقا لاحكام قانون الأسرة لصالح الطفل أو الأطفال المحضونين بعد طلاق الوالدين. وكذلك النفقة المحكوم بها مؤقتا لصالح الطفل أو الأطفال في حالة رفع دعوى الطلاق والنفقة المحكوم بها للمرأة المطلقة. فيدفع الصندوق المستحقات المالية للدائن بالنفقة والذي يساوي مبلغ النفقة. ونصت المادة 03 على أنه يتم دفع المستحقات المالية للمستفيد، إذا تعذر التنفيذ الكلي أو الجزئي للأمر أو الحكم القضائي المحدد لمبلغ النفقة بسبب امتناع المدين بها عن الدفع أو عجزه عن ذلك أو لعدم معرفة محل إقامته.

ومنه يستنتج شروط الاستفادة من صندوق النفقة

1- تعذر تنفيذ السند القضائي المحدد للنفقة ك حيازة المطلقة أو الحاضنة على سند تنفيذي نهائي يثبت حقهم في استيفاء النفقة من الأب المدين -حكم مهور بصيغة تنفيذية-حائز لقوة الشيء المقضي فيه.

-التبليغ الرسمي للمدين بالنفقة المنفذ عليه عن طريق محضر إلزام الدفع وتكليفه بالوفاء خلال 15 يوما من ق.إ.م.إ. ويمكن إجراء التنفيذ فورا إذا تم بموجب امر استعجالي أو حكم مشمول بالنفاذ المعجل.

2- عجز المدين عن الدفع: كالإعسار بسبب المرض، يجب ان يكون العجز مؤسسا على مبرر شرعي. وعلى القاضي ان يتأكد من حال الأم فاذا كانت موسرة طبقا للمادة 76 من ق.أ فلا يمكنها للاستفادة من إعانة الصندوق، وإذا كانت معسرة كفل لها القضاء الحق في الحصول على النفقة من الصندوق.

3- جهل مكان إقامة المدين بالنفقة

يسقط حق الاستفادة من صندوق النفقة بسقوط الحق في الحضانة أو انقضاؤها طبقا لأحكام قانون الأسرة أو ثبوت دفع النفقة من قبل المدين بها.

المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت

من أكثر النزاعات إثارة في الطلاق، ولا إشكال في حال وجود دليل إثبات على الملكية فيحكم القاضي بناء على ذلك، لكن كثيرا ما يكون متاع البيت دون دليل فوضع القانون أحكاما تسهل على القاضي الفصل فيها. نصت المادة 73 من ق.أ.ج على أنه: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال." والمشتركات بينهما يفتسمانها مع اليمين." وعليه بداية يجب تحديد المقصود بمتاع البيت (الفرع الأول) ثم قواعد الإثبات في النزاع حول متاع البيت (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بمتاع البيت

متاع البيت هو ما ينتفع به في بيت الزوجية من فراش وأدوات منزلية وأثاث ويستوي في ذلك أن يكون ما يخص النساء أو مما يخص الرجال أو مما يخص النساء والرجال معا¹. أو هو مجموعة الأشياء الموجودة في منزل الزوجية والمخصصة للاستعمال المشترك بين الزوجين وباقي أفراد الأسرة². وقد يقع خلط بين متاع البيت والأموال المشتركة الواردة في الفقرة الثانية من المادة 37 من ق.أ.ج فوجب التمييز بينهما.

ينشأ المال المشترك بموجب اتفاق بين الزوج والزوجة في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، محله مال ينشأ بعد الزواج وليس قبله، وتوثق نسبة مشاركة كل زوج، فيشارك الزوجان بمالهما كل حسب نسبته في شراء منزل مثلا أو سيارة أو أثاث ولهذا العقد أحكام خاصة من حيث الإدارة والديون المترتبة عليه وانقضاؤه. لذلك يختلف عن متاع البيت الذي لا يحتاج إلى اتفاق لإنشائه ويمكن أن ينشأ قبل الزواج كالجهاز وتأتي بيت الزوجية من طرف الزوج أو مشترياته تنفيذا لواجب النفقة كالأثاث والأجهزة المنزلية كالغسالة والتلفاز وغيرها. وفي حالة عدم وجود دليل إثبات الملكة قد تكون هذه الامتعة محل نزاعات قضائية حول ملكيتها بين الزوجين أو ورثة أحدهما في حالة وفاة أحد الزوجين أو ورثتهما معا في حالة وفاة الزوجين.

الفرع الثاني: قواعد الإثبات في النزاع حول متاع البيت

أول ما يجب على القاضي فعله في حالة النزاع حول متاع البيت هو التأكد من وجود الأمتعة ومشاهدتها³ سواء كانت في بيت الزوجية أو مكان آخر، فإذا كانت الأمتعة محل إنكار من الطرف الآخر⁴ وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري فتطبق القاعدة الفقهية "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" فإذا أنكر الطرف الآخر وجود الأمتعة أصلا فإنه يؤدي يمين النفي⁵. وعلى من يدعي وجود المتاع وملكيتها أن يقيم بينة على دعواه طبقا للقواعد العامة للإثبات.

أولا: البينة أساس الإثبات في النزاع حول متاع البيت

¹ حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 2021، مجلد 58، ع1، ص.131.

² عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بين التعديل، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018، ص.164.

³ "إن الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود او عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسيب وخرق واضح لقاعد الإثبات..." م.ع، غ.أ.ش، ، ملف رقم 26097، اجتهاد قضائي، ملف رقم 86097، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.233.

⁴ "من المقرر قانونا أنه في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبيق القاعدة العامة في الإثبات "البينة على من ادعى اليمين على من أنكر ومتى تبين في- قضية الحال- أن المدعى عليه انكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال، دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الاساس القانوني. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" م.ع، غ.أ.ش، 1999/03/16، ملف رقم 2168366، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص.245؛ نقلا عن بلحاج العربي، قانون الأسرة... المرجع السابق، ص.401. "

⁵ شامي أحمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، 2019، ع1، ص.33.

وطبقا لنص المادة 73 من ق.أ: "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بيعة....". استعمل المشرع مصطلح البيعة مع أنها تحمل معنى واسعا يتمثل في كل يثبت بها الحق من كتابة وغيرها ومعنى ضيق وهو شهادة الشهود، ويبدو أن المشرع استعملها للدلالة على معناها الواسع، وفي النص باللغة الفرنسية وردت كلمة "preuve" بمعنى دليل.

فتؤول ملكية متاع البيت إلى من يملك دليل كالفواتير وسندات الملكية ويثبت أيضا متاع البيت بشهادة الشهود أو بالإقرار عن طريق اعتراف أحد الزوجين أمام القضاء بملكية الآخر. فلا إشكال هنا فتؤول الامتعة إلى من يجوز دليل إثباتها. مع مراعاة قواعد الإثبات في القانون المدني، فإذا تجاوز الحق مائة ألف دينار لا يجوز إثباته بالبيعة طبقا للمادة 333 ق.م أي بشهادة الشهود. ومع ذلك يمكن أن تقف الرابطة الزوجية كحاجز أمام تطبيق هذه القاعدة في مسألة متاع البيت بتطبيق المادة 336 من ق.م فتشكل الرابطة الزوجية مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابي فالثقة بين الزوجين مفترضة لذلك أجازت المادة 336 من ق.م الاثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة أي تجاوز قيمة الحق 100.000 دج إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

وتعتبر البيعة أساسا لتحديد مالك المتاع من رأي جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة عندهم أن متاع البيت ملك لصاحب البيعة وإن أقاما بينتين ترجح بيعة من يثبت خلاف الظاهر¹. فمثلا لو أثبتت الزوج أن المصوغ ملك له فترجح بينته لأن الظاهر يشهد للمرأة وهو أثبت خلاف الظاهر. وبالبيعة أساس إثبات ملكية المتاع في القانون المغربي، وهو ما نصت عليه المادة 34 من مدونة الأسرة المغربية: "غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بيعة...". وكذلك المادة 26 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "إذا اختلف الزوجان في متاع البيت ولا بيعة لهما...".

ثانيا: اليمين في حالة عدم وجود بيعة

يعتبر متاع البيت من خصوصيات الحياة الزوجية التي لا يطلع عليها الغير في الغالب مما قد يتعذر معه الحصول على بيعة لإثبات ملكيته، لذلك وضع القانون قاعدة أخرى في حالة عدم وجود بيعة هي المعتاد للنساء والمعتاد للرجال والمشاركات بينهما.

أ- المعتاد للنساء المعتاد للرجال

إذا لم تثبت ملكية متاع البيت يفصل في النزاع باليمين طبقا للمادة 73 من ق.أ فالمعتاد للنساء يؤول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وما هو معتاد للرجال يؤول للزوج أو رثته مع أدائه اليمين. ويتم التعرف على ما هو معتاد للرجال والنساء عن طريق العادة والعرف. ومسألة التفرقة بين ما هو ملك للزوج عادة وعرفا وبين ما هو ملك

¹ لاتي محمد، القواعد الموضوعية والإجرائية في المنازعات المادية للطلاق، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانونين المغربي والتونسي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018، ص.80.

للزوجة عادة وعرفا مسألة لا يحكمها ولا ينظمها معيار محدد متفق عليه، وإنما هي مسألة موضوعية تخضع لسلطة التقديرية لقاضي الموضوع استنادا إلى التقاليد المعروفة لدى إقليم المتقاضين¹.

فمثلا لو قدمت الزوجة قائمة إلى القاضي بما هو ملك لها فعلى القاضي أولا أن يطلب دليلا لإثبات الملكية فإن لم يتوفر الدليل فعليه أن يتأكد أن الأشياء المذكورة في القائمة هي من المعتاد للنساء فيوجه لها اليمين بشأها فإن حلفت فلها مليكة الأشياء المذكورة.


ب- المتاع المشترك بين الزوجين

أما المتاع المشترك بين الزوجين فيقتسمانه مع اليمين². والمتاع المشترك هو الذي لا يميل فيه العرف ولا الظاهر لاحد الأطراف سواء كان الزوج أو الزوجة فهذه الأغراض تصلح وتستعمل عادة للرجال والنساء معا³. ولم يبين القانون مكان أداء اليمين ولا على إجراءاتها، لذلك تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادتين 4433 و434 من ق.إ.م.إ التي تنص على أن الخصم يقوم بحلف اليمين في الجلسة⁴ بحضور القاضي والخصم الآخر أو بعد تبليغه بتاريخ ومكان الجلسة وأن تصدر صيغة اليمين بعبارة "أحلف بالله العظيم".

المبحث السادس : أحكام العدة

العدة من العدّ، بمعنى الإحصاء والاحتساب وجمعها عدد، ويقصد بها ما تعده المرأة من أيام. والعدة شرعا أجل حدده الشارع لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفرقة⁵، والفرقة يمكن أن تتحقق بوفاة أو طلاق. فالزوجة المدخول بها حقيقة أو حكما تترتب مدة معينة ولا تتزوج حتى تنقضي هذه المدة. وإذا تزوجت وهي معتدة يكون زواجها باطلا.

والعدة واجبة بالإجماع، ودليل وجوبها ومشروعيتها قوله تعالى في سورة الطلاق: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدَ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾⁶.

وآيات أخرى نوردها في أنواع العدة كلها دلت على مشروعيتها وأحكام العدة. ومن السنة النبوية الشريفة قوله  لفاطمة بنت قيس: "اعتدي في بيت أم مكتوم".

والعدة واجبة على المرأة بعد الفرقة في حالة وفاة الزوج وفي كل أنواع الطلاق سواء كان بإرادة منفردة للزوج أو خلعا أو تطليقا أو طلاقا بالتراضي.

¹ عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.165.

² "بتقاسم الزوجان، في حالة النزاع، الأثاث المشترك بينهما مع توجيه اليمين."؛ م.ع، غ.أ.ش، 2002/03/13، ملف رقم 277411، م.م.ع، 2004، ع2، ص.359.

³ قطبي أحمد ومنصوري المبروك، متاع البيت في التشريع الجزائري ومتطلبات الإثبات في نزاعاته، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، 2022، مجلد11، ع02، ص.514.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 1998/04/21، ملف رقم 189245، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.239.

⁵ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص.168.

⁶ سورة الطلاق، الآية رقم01.

والحكمة من وجوب العدة تتمثل في معرفة براءة رحم المرأة حتى لا تختلط الأنساب وفي الطلاق الرجعي تعتبر مدة العدة بمثابة إعطاء فرصة للزوج تمكنه من مراجعة زوجته، كما أن للعدة حكمة في حالة الوفاة تتمثل في الحداد والأسف على الزوج المتوفى¹.

المطلب الأول: أنواع العدة

بداية يجب الإشارة إلى أن المرأة المتزوجة غير المدخول بها لا عدة عليها إن طلقت، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعُوهُنَّ وَسَرَحوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾².

الفرع الأول: عدة المطلقة التي تحيض بالأقراء

لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾³. واختلف المفسرون حول لفظ القرء فذهب الحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم إلى أنها الحيض وهو اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، وذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية قديمة مرجوحة إلى أنها الأطهار⁴. أقرت المرأة فيهما جميعا، وأصله من دنو وقت الشيء.

وجاء في لسان العرب أن القرء هو الوقت، وقيل أنه لفظ مشترك بين الطهر والحيض، الأقراء: الحيض والأقراء، الأطهار، وقد أقرت المرأة، في الأمرين جميعا، وأصله من دنو وقت الشيء. قال الشافعي: القرء اسم للوقت فلما كان الحيض يجيء لوقت والطهر يجيء لوقت جاز أن يكون الاقراء حيضا وأطهارا⁵. فيصح أن يطلق القرء على الحيض وكذلك على الطهر.

بالنسبة للقائلين بأن القرء هو الحيض فإن بداية احتساب العدة يكون من أول حيضة تستقبلها المرأة، وتنتهي بانتهاء ثالث حيضة، فإن طلقها وهي حائض فلا تحتسب تلك الحيضة لأنها غير كاملة لكي نسميها قرء، ويرجى الحساب إلى أن تطهر وتستقبل أول حيضية في العدة. أما إن طلقها في طهر فتعددت الأقوال والراجح أن لا يحتسب الطهر الذي طلقها فيه وأول طهر يحتسب هو الذي تستقبله المرأة بعد أول حيضة من الطلاق فتنتهي العدة ببداية الحيضة الرابعة.

وفي القانون لم يحدد المشرع المقصود بالقرء وغن رجعنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فالفقه غير متفق كما أسلفنا الذكر. وفي كل الأحوال لا حيض دون طهر ولا طهر دون حيض فهما متلازمان، فإن طلقها في حيض فيبدأ الحساب من أول طهر، بمعنى طهر ثم حيض، فطهر ثم حيض فطهر ثم حيض فتنتهي عدة بانتهاء الطهر

¹ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، 168.

² سورة الأحزاب، الآية رقم 49.

³ سورة البقرة، الآية رقم 228.

⁴ محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ج1، ط1، مكتبة دار البيان الحديثة، 1422هـ-

2001، ص.603.

⁵ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ص.130-131.

الثالث وبداية الحيضة الرابعة. أما إن طلقها في طهر فيبدأ الحساب من أول حيض تستقبله، بمعنى حيض ثم طهر، فحيض ثم طهر، فحيض ثم طهر، فتنتهي العدة بانتهاض الحيضة الثالثة.

وفي قانون الأسرة الجزائري نصت المادة 58 من ق.أ: "تعتد المطلقة المدخول بها بثلاثة قروء، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق".

إذن، فالمطلقة المدخول بها تعتد بثلاثة قروء ويبدأ الحساب من يوم التصريح بالطلاق طبقاً للنص أعلاه، بمعنى من تاريخ صدور حكم الطلاق.

أما المشرع التونسي فلم يستعمل لفظ القراء في العدة، وسوى بين المرأة التي تحيض وغيرها التي لا تحيض بنصه على عدة المطلقة غير الحامل بصفة عامة في الفصل 35 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية: "تعتد المطلقة غير الحامل مدة ثلاثة أشهر كاملة...".

وأحصى المشرع المغربي العدة بالأطهار فجاء في المادة 136 من مدونة الأسرة: "تعتد غير الحامل بما يلي: 1- ثلاثة أطهار كاملة لذوات الحيض...".

وفي القانون السوري أحصى العدة بالحيض بنصه في المادة 121 "ثلاث حيضات كاملات لمن تحيض...". وهو نفس ما ذهب إليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 147: "عدة غير الحامل لأي سبب غير الوفاة: أ- ثلاث حيضات كوامل لذوات الحيض...".¹

وبذلك يتجلى بوضوح الاختلاف بين التشريعات في تفسير القراء فكان على المشرع الجزائري أن يحدده أيضاً صراحة.

الفرع الثاني: المرأة اليائس من المحيض

نص قانون الأسرة في المادة 58: "... واليائس من الحيض بثلاثة اشهر من تاريخ التصريح بالطلاق." فعدة المرأة التي بلغت سن اليأس من الحيض ثلاثة أشهر وردت في قوله تعالى: ﴿وَاللَّيِّ يَيْسُنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ آرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيِّ لَمْ يَحِضْنَ﴾². على أن هناك حالات أخرى شملت الآية الكريمة ولم يتعرض لها قانون الأسرة وحكمها حكم اليائس من الحيض وهي المرأة التي لم تر الحيض لصغر سنها أو وكانت بالغة وتعذر الحساب بالقراء بسبب مرضها فعدتها ثلاثة أشهر.

الفرع الثالث: عدة المرأة الحامل

عدة الحامل بوضع حملها سواء كانت معتدة من وفاة أو من طلاق لقوله تعالى: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾³. وقد نص قانون الأسرة على هذه الحالة في المادة 60 جاء فيها: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة". ويبدأ حساب عدة الحامل من يوم

¹ قانون رقم 15 لسنة 2019، بتاريخ 2019/06/2019، يتضمن قانون الاحوال الشخصية لسنة 2019، جريدة رسمية عدد 5578.

² سورة الطلاق، الآية رقم 4.

³ سورة الطلاق، الآية رقم 4.

الطلاق أو يوم وفاة الزوج، وليس لها أجل محدد فيمكن أن تكون قصيرة لأيام بعد الوفاة أو الطلاق تضع حملها خلالها، ويمكن أن تطول إلى تسعة أشهر مثلاً على ألا تتجاوز مدة عدة الحامل 10 أشهر طبقاً للمادة 60 أعلاه وهي نفس المدة لثبوت النسب بعد الانفصال نص عليها قانون الأسرة في المادة 43.

الفرع الرابع: عدة المتوفى عنها زوجها

تعد المتوفى عنها زوجها غير الحامل مدة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا¹﴾. سواء كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده وترثه بمجرد العقد ولو لم يتم دخول.

ونص قانون الأسرة في المادة 59: "تعد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده". وعدة المتوفى عنها زوجها في قانون الأسرة والقوانين العربية هي نفسها المدة الواردة في الآية الكريمة ويبدأ حسابها من تاريخ الوفاة وتشمل المرأة مهما كان سنها صغيرة لم تحض أو بالغة أو بلغت سن اليأس أو مريضة.

الفرع الخامس: عدة زوجة المفقود

أورد قانون الأسرة في المادة 59 حكماً آخر إضافة إلى عدة المتوفى عنها زوجها، هو عدة زوجة المفقود، إذ تعد أيضاً بأربعة أشهر وعشرة أيام ويبدأ حساب هذه المدة من يوم صدور الحكم بفقده وليس من يوم صدور الحكم بوفاته طبقاً للنص.

المطلب الثاني: انتقال العدة وتداخل العدد

يمكن أن تنتقل العدة من تقدير إلى تقدير آخر، قد تبدئ المعتدة عدتها بنوع من أنواعها كان هو المتفق مع حالها وقت ابتدائها ثم يعرض أن يتغير حالها فيتغير نوع عدتها ويتغير تبعاً لذلك تقديرها². قال المالكية انه متى طرأ موجب لعدة أو استبراء قبل تمام عدة أو استبراء سبقه فقد انهدم الأول وتبطل العدة الأولى وتلغى الأيام التي اعتدت فيها المرأة لتبتدئ عدة جديدة سواء كانت العدة الأولى من طلاق بائن أو رجعي من وفاة أو طلاق³.
انتقال العدة من الأشهر إلى الأقران: إذا طلقت المرأة التي لا تحيض كالصغيرة والمريضة فإن عدتها تبدأ بالأشهر أما إذا حاضت فتتحول عدتها إلى الأقران فتبدأ إحصاء عدتها من جديد.
انتقال العدة من الأقران إلى الأشهر: المرأة التي تحيض تعتد بالأقران، فتحيض حيضة مثلاً ثم تبلغ سن اليأس هنا تتحول عدتها إلى الأشهر فتعتد ثلاثة أشهر.

¹ سورة البقرة، الآية رقم 234.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 377.

³ عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص. 379.

انتقال العدة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة: إذا بدأت المرأة حساب عدتها من طلاق رجعي ثم أثناء ذلك توفي الزوج فتتحول عدتها إلى عدة المتوفى عنها زوجها فتبدأ من جديد حساب أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة. والحقيقة أن هذا الحكم لا يطبق في حالة صدور حكم الطلاق في القانون الجزائري لأنه طلاق بائن، وتطبق فقط في حالة الطلاق الرجعي أين الزوج يكون لا يزال زوجها لها أثناء العدة أما الطلاق البائن فتصبح المرأة أجنبية عنه ووفاته لا تعتبر وفاة لزوجها فلا تتحول العدة.

ولم يتضمن قانون الأسرة نصا لحالات انتقال العدة أو تداخل العدد، لذلك يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية المادة 222. ونص المشرع المغربي على انتقال العدة من عدة الطلاق الرجعي إلى عدة الوفاة في المادة 137 من مدونة الأسرة جاء فيها: "إذا توفي زوج المطلقة طلاقا رجعيا وهي في العدة، انتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة".

المطلب الثالث: نفقة العدة

أجمعت الأمة الإسلامية أن المعتدة من طلاق رجعي لها النفقة، أما المعتدة من وفاة فلا نفقة لها لانتهاء الرابطة الزوجية. واختلف الفقهاء في نفقة المعتدة من طلاق بائن، قال الحنفية لها النفقة سواء كانت حاملا أو غير حامل وقال الشافعي لا نفقة للمطلقة بائنا ما لم تكن حاملا ولها السكنى فقط إن كانت غير حامل لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ﴾¹ وقال ابن أبي ليلى ليس للمطلق البائن نفقة ولا سكنة لان وجوب النفقة بحق الزوجية وقد زالت ولأنه عليه السلام لم يفرض لفاطمة بنت قيس نفقة فقال لها: لا نفقة لك لا سكنى" وقد كانت مبتوتة وحجة الحنفية قوله تعالى ينفق ذو سعة من سعته وما اشتملت علي من العموم الشامل لجميع المطلقات سواء أكان رجعيا أو بائنا وعدم وجود يقتضي الخصيص².

وفي القانون، نصت المادة 61 من ق.أ: "لا تخرج المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة، ولها الحق في النفقة في عدة لطلاق". فالنص يتحدث عن المطلقة والمتوفى عنها زوجها ونلخص مضمونه في الآتي:

- للمتوفى عنها زوجها حق البقاء في السكن العائلي خلال مدة عدتها ولم ينص على حقها في النفقة.
- للمطلقة حق البقاء في السكن العائلي أثناء العدة ولها الحق في النفقة، كما يمكن ان يحكم بها بمبلغ شهري ومبلغ النفقة يحكم به للمطلقة حتى ولو كان الطلاق على مسؤوليتها إذ هي من النظام العام مادامت مقيمة بدار الزوجية طوال مدة العدة ومسألة تقدير مبلغ نفقة العدة متروكة للقاضي مع مراعاة حال الزوج المطلق³. إذن وضع المشرع حكما عاما في هذا النص يشمل المطلقة بكل أنواع الطلاق فتستحق النفقة طيلة فترة عدتها لأن تعريف الطلاق في المادة 48 من ق.أ شمل كل أنواعه.

¹ سورة الطلاق، الآية رقم 6.

² بدران او العنين بدران، المرجع السابق، ص.308.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص.53.

المبحث السابع: الحضانة

تعتبر الحضانة من حقوق الصغير المترتبة على الطلاق، وأحكام الحضانة المنصوص عليها في المواد من 62 إلى المادة 72 في فصل آثار الطلاق، صاغها المشرع لتطبق على الولد المحضون في حالة الطلاق وبأي صورة كانت للطلاق. وقبل ذلك، أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالطفل المحضون فوضع الفقهاء من القواعد ما يكفل حقوق الولد وتنشئته تنشئة سليمة بعيدا عن صراعات والديه.

والحضانة مصدر الحاضن والحاضنة، وحضنَ الصبي يحضنه حَضْنَا: رباه، والحاضن والحاضنة: الموكلان بالصبي يحفظانه ويربانه، والحاضنة هي التي تربي الطفل والحضانة بالفتح فعلها¹. وفي اصطلاح الفقهاء هي القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره، وتعهده بما يصلحه، ووقايته مما يؤذيه ويضرهن وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسئولياتها².

وعرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 62: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا". الملاحظ من هذا النص تعداد شروط الحضانة ومنها تربية الولد على دين أبيه، لأنه يمكن أن تكون الأم غير مسلمة فتكون كتابية وبعد الطلاق وتؤول إليها الحضانة، لذلك عليها أن تربي الصغير على دين أبيه والذي هو الإسلام في الغالب وتسقط عنها إذا ثبت أنها تربيته على غير دين أبيه³. وعرفت المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه". والفصل 54 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية: "الحضانة حفظ الولد في مبيته والقيام بتربيته". فكانت التربية والحماية هي العامل المشترك في تعريف الحضانة في التشريعات المغاربية للأسرة.

قواعد الحضانة يحكمها مبدأ هام على القاضي مراعاته قبل تطبيقها وهو مصلحة المحضون (المطلب الأول)، وعدل في أحكام الولاية للمحضون (المطلب الثاني) وليس كل شخص أهل للممارسة الحضانة، فوضع القانون والشريعة الإسلامية شروطا للحاضن (المطلب الثاني) ثم ترتيب الحاضنين (المطلب الرابع) ونص على حالات انتهاء الحضانة (المطلب الخامس) وحق الزيارة (المطلب السادس) مع ضمان نفقة المحضون وسكنها (المطلب السابع) وأخيرا سقوط الحضانة وعودتها (المطلب الثامن).

المطلب الأول: مصلحة المحضون

تعتبر مصلحة المحضون صورة من صور حماية الطفل المقررة في قانون الأسرة، والتي ألزم القاضي بمراعاتها أثناء تطبيق أحكام الحضانة لاسيما إسناد الحضانة وإسقاطها. ولم يحدد القانون مفهوم مصلحة المحضون ولا كل

¹ ابن منظور، لسان العرب، مجلد 13، ص.123.

² السيد سابق، المرجع السابق، ص.679.

³ "من المقرر شرعا وقانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة، إلا إذا خيف على دين أبيه...م.ع، غ.أ.ش، 13/03/1989، ملف رقم 52221، م.ق، 1993، ع1، ص.48.

معاييرها بل ذكر بعضها في عدة نصوص كرعاية الولد وتعليمه وأولوية الأم في ترتيب الحاضنين وغيرها. وفي الحقيقة هذا النقص في تحديد نطاق المصلحة والعناصر المكونة لها لا يعتبر عيبا تشريعا وإنما كان في محله، إذ أن مفهوم المصلحة بطبيعته مفهوم نسبي يتغير حسب الأزمنة وحسب المجتمعات والحالات الخاصة، فما كان يمثل مصلحة بالأمس لم يعد كذلك اليوم¹.

وعليه، فإنّ، مفهوم المصلحة مفهوم ذاتي، نسبي ومتطور، لا يمكن وضعه في قاعدة قانونية، ولا يمكن تحديد تعريف له لذلك ينبغي أن يستعمله القاضي لكونه مسألة واقع بجذر وفطنة حتى يحسن تفسيره ومن ثم تطبيقه تطبيقا سليما². وهو ما يفتح باب الاجتهاد أمام القاضي. وبالاطلاع على أحكام وقرارات القضاء نجد تباينا في تطبيق نصوص الحضانة وهذا الاختلاف راجع إلى تقدير القاضي لمصلحة المحضون.

المطلب الثاني: الولاية على المحضون

نصت المادة 87/3 من ق.أ.ج المعدلة: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن اسندت له حضانة الأولاد.". فيحكم القاضي بالولاية عند إسناد الحضانة بالتبعية للحاضن ولو لم يطلبها هذا الأخير، والحكم بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون يترتب عليه نقض جزئي. وأكدت المحكمة العليا على ذلك في قرارها بتاريخ 14 جانفي 2009: "إسناد الحضانة للأم، بعد الطلاق، دون منحها حق الولاية يعد خرقا للقانون."³.

ومقتضى هذا النص يصبح الحاضن وليا على المحضون، وغالبا ما تكون الحضانة أما، فجمع المشرع الحضانة والولاية بيد الشخص الذي اسندت له الحضانة رغم أن الحضانة مؤسسة نسوية بالدرجة الأولى في حين أن الولاية محتكرة للرجال⁴.

والولاية للحاضن هي ولاية على نفس ومال المحضون، للقيام بشؤونه من رعاية يومية وإدارية لتعليم القاصر والقيام بشؤونه بما يخدم مصالحه وإن كانت الأم حاضنة فلا تخولها ولاية التزويج لأن من شروطها المذكورة.

المطلب الثالث: شروط الحاضن

الفرع الأول: الأهلية

نصت الفقرة الثانية من المادة 62 من ق.أ.ج على أنه: "ويشترط في الحضان أن يكون اهلا للقيام بذلك.". والأهلية القانونية تفترض بلوغ الشخص 19 سنة كاملة (المادة 4 من ق.م والمادة 7 و 86 من ق.أ.ج) متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه. غير أن القانون أجاز للقاصر أن يتزوج بالشروط الواردة في المادة 2/7 من ق.أ. بعد الحصول على إذن من القاضي فيكون زواجه صحيحا مرتبا لآثاره القانونية، وبعد هذا الزواج

¹ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، 2004-2005، ص.80.

² حميدو زكية، المرجع السابق، ص.84.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 476515، م.م.ع، 2009، ع1، ص.265.

⁴ بن عزيزة حنان، المرجع السابق، ص.59.

إن أنجبت القاصرة ولدا مثلاً ثم طلقت دون أن تبلغ سن الرشد، فإن الأهلية تقف عائقاً أمام منحها حضانة ولدها لأن القانون يشترطها صراحة في الحاضن بموجب المادة 62 / 2 من ق.أ.ج والترشيد للزواج يؤهلها فقط لإبرام عقد الزواج والتقاضي في آثاره.

هذا النقص التشريعي يضع القاضي في حيرة، بل في حرج بالرغم من السلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا المجال، لوجود تناقضين بارزين، إذ من جهة لا ينبغي غسناد الحضانة لشخص في سن صغيرة، ومن جهة أخرى وجود حاجة ماسة للطفل لأمه، لذلك ينبغي على القاضي أن يجعل نصب عينيه في كل ذلك مصلحة المحضون في إسناد الحضانة بدل الانشغال بسن الحاضن¹.

وبالنسبة لمدونة الأسرة المغربية فقد تفادت الإشكال في هذا الشأن بنصها في المادة: 173 على شرط الحاضن حيث تضمنت الفقرة الأولى: - الرشد القانوني لغير الأبوين؛" بمفهوم أن الأبوين لا يشترط فيها بلوغ سن الرشد القانوني مما يمكن معه للأم القاصرة حضانة ولدها بعد الطلاق.

الفرع الثاني: القدرة على التربية والقيام بشؤون المحضون

وتقتضي الحضانة خلو المرشح لها من الأمراض الجسدية التي تحول دون قيام الحاضن بواجب تربية ورعاية المحضون، بشرط أثبات المرض ونسبة العجز التي تشكل عائقاً أمام السهر على حماية المحضون ورعاية مصالحه. ومن تطبيقات القضاء، ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 13 فيفري 2002: "إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقلياً دون إثبات هذا المرض، يعد انعداماً في الأساس القانوني، ومخالفة للقانون، ينجر عنه النقص دون إحالة".²

وفي قرار آخر بتاريخ 09 جويلية 1984: "من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة ومن بينه القدرة على حفظ المحضون ومن ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة الحضانة دون توفر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الإسلامي. ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن الحاضنة فاقدة للبصر وهي بذلك تعد عاجزة عن القيام بشؤون أبنائها، ومن ثم فإن قضاة الاستئناف باسناد حضان الأولاد لها وهي على هذا الحال، حادوا عن الصواب وخالفوا القواعد الفقهية، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ".³

الفرع الثالث: الأمانة والاستقامة

يقصد بالأمانة أن يكون من شأن القائم بحضانة الصغير المحافظة عليه وصيانته مما يضر بصحته وسلوكه ويؤثر في نفسيته أو دينه⁴. أما الاستقامة فهي السلوك القويم الذي لا اعوجاج فيه، أي الالتزام بقواعد السلوك

¹ حميدو زكية، المرجع السابق، ص.241.

² م.ع، غ.أ.ش، 2002/02/13، ملف رقم 265727، م.ق، 2002، ع2، ص.432.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 33921، م.ق، 1989، ع4، ص.76.

⁴ حميدو زكية، المرجع السابق، ص.268.

المأمور بها دينياً، والمحمودة أخلاقياً واجتماعياً دون انحراف إلى التصرفات المشينة أو الاعمال الساقطة المنبوذة¹. فبالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية لا حضانة لمشتهر بالزنا أو راقصة وغيرها وهو ما جاء في عدة قرارات للمحكمة العليا منها القرار الصادر بتاريخ 09 جانفي 1984: "متى كان من المقرر شرعاً أن سقوط الحضانة عن الأم لفساد أخلاقها وسوء تصرفاتها، فإنه يسقط أيضاً حق أمها في ممارسة الحضانة لفقد الثقة فيهما معا".² وفي قرار آخر بتاريخ: 30 سبتمبر 1997: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مراعاة مصلحة المحضون".³

المطلب الرابع: ترتيب الحاضنين

أسمى لون من ألوان التربية، هو تربية الطفل في أحضان والديه، إذ ينال من رعايتهما وحسن قيامهما عليه ما يبني جسمه، وينمي عقله ويزكي نفسه ويعيده للحياة، فإذا حدث أن افترق الوالدان وبينهما طفل فالأم أحق من الأب ما لم يقم بالأم مانع يمنع تقديمها أو بالولد وصف يقتضي تخييره⁴. وسبب تقديم الأم، أن لها ولاية الحضانة والرضاع.

أحكام الشريعة الإسلامية وضعت ترتيباً للحاضنين بمراعاة حاجات الطفل وقدرة الأبوين في كل مرحلة من مراحل حياة الطفل، فقررت الأولوية للأم وهي الولاية الأولى أي ولاية التربية لأن الولاية الثانية هي الولاية على النفس والثالثة هي الولاية على المال.

كما أن، الآثار الصحيحة وردت بأن النساء أحق بالحضانة، فروي عن عبد الله بن عمرو: أن امرأة قالت يا رسول الله هذا ابني، كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁵.

وروي عن ابن عباس أنه قال: طلق عمر بن الخطاب امرأته الانصارية أم ابنه عاصم فلقيها تحمله بمحسر، وقد فُطم ومشى، فأخذه بيده لينتزعه منها، ونازعها إياه حتى أوجع الغلام وبكى، وقال أنا أحق بابني منك، فاختصما إلى أبي بكر، ففُضي لها به وقال: ريجها وفراشا وحجرها خيرٌ له منك حتى يَشِبَّ ويختار لنفسه، ومحسر سوق بين قباء والمدينة⁶.

فالمرأة أدرى بشؤون ولدها وأقدر على القيام بتربيته في المراحل الأولى من حياته أما الرجل فيأتي دوره بعد انتهاء مرحلة الصغر.

¹ حميدو زكية، المرجع السابق، ص.268.

² م.ع، غ.أ.ش، 1984//01/09، ملف رقم 31997، م.ق، 1989، ع1، ص.73.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1997/09/30، ملف رقم 171684، م.ق، 2001، عدد خاص، ص.169.

⁴ السيد سابق، المرجع السابق، ص.680.

⁵ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق شهاب الأرنؤوط ومحمد كامل قروبللي، كتاب الطلاق، باب من احق بالولد، حديث 2276، ج3، طبعة خاصة، دار الرسالة العلمية، دمشق، 2009، ص.588.

⁶ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ص.391.

ونصت المادة 64 المعدلة من ق.أ.ج على ترتيب أصحاب الحق في الحضانة: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك...". وبالتالي أصبح ترتيب الأب في المرتبة الثانية مباشرة بعد الأم، مقدما على الجدة لأم والخالة في الترتيب القديم. واحتفظ المشرع بشرط مصلحة المحضون التي يجب على القاضي مراعاتها لإسناد الحضانة، بمعنى أن القاضي غير مقيد بالترتيب الوارد في المادة 64 متى استدعت مصلحة المحضون ذلك، فيمكنه مثلا أن يمنح الحضانة للجدة لأم متى رأى بأنها أحرص على تربية الولد وحفظه صحة وخلقا.

ويخضع تقدير مصلحة المحضون لسلطة قاضي الموضوع، فعليه مراعاة سن الولد وحاجته للرعاية فإن كان رضيعا فمصلحته تقتضي أن تكون الحاضنة أمه، كذلك يراعي القاضي توفر شروط ممارسة الحضانة في الحاضن. وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة أو مساعدة اجتماعية قبل الحكم بالحضانة. على أنه يمكن الاستئناف في الأحكام المتعلقة بالحضانة طبقا للمادة 57 المعدلة من ق.أ.ج.

المطلب الخامس: انتهاء الحضانة

نصت المادة 65 من ق.أ.ج على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات، والأنتى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة اما لم تتزوج ثانية على ان يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون". ومن النص يتضح أن:

- حضانة البنت تنتهي ببلوغها سنّ الزواج وهي 19 سنة طبقا للمادة 07 من قانون الأسرة.
- حضانة الذكر تنتهي ببلوغه 10 سنوات، على أنه يمكن للقاضي أن يمددها إلى 16 سنة بشرط أن تكون الحاضنة هي الأم ولم تتزوج ثانية. وكل ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة أو تمديدتها.

المطلب السادس: حق الزيارة

نصت المادة 64 من ق.أ.ج: "...على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة ان يحكم بحق الزيارة". وبالتالي جاء حق الزيارة ملازما لحق الحضانة، وعلى القاضي في حكمه القاضي بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ولو لم يطلبه صاحب الحق. حق الزيارة يرتب عدة آثار إيجابية على المحضون، منها التوازن النفسي لاسيما إن كان حق الزيارة للأب والحضانة للأم، فهي أداة رقابة، تمكن الأب من مراقبة سلوك ابنه في كل مرة يزوره فيها لاسيما تربيته على دين أبيه إن كانت الحاضنة غير مسلمة.

وبالاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية فإن زيارة المحضون تكون تبعا لسن الصغير فإن كان رضيعا يحدد القاضي مدة الزيارة بساعات في يوم واحد من أيام الاسبوع، أما إن كان الطفل تجاوز الفطام فيحكم القاضي بالزيارة ليوم أو يومين في الاسبوع ويمكن ان يحكم بالمبيت إذا طلبه من له حق الزيارة والاعياد مناصفة. وإذا كان

المحزون متمدرسا فيحكم القاضي بالزيارة يوم واحد في العطلة الأسبوعية والعطل والأعياد مناصفة بين الحاضن ومن له حق الزيارة.

والحقيقة أن المشرع لم يمنح حق الزيارة الاهتمام الكافي لاسيما في ظل تطور الوسائل التكنولوجية التي تمكن الأب من مراقبة ابنه وتوجيهه إضافة إلى حق الزيارة والاستضافة. ومن القوانين التي تواكب التطور قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي أدرج وسائل الاتصال لرؤية المحزون في تعديله سنة 2010 وأبقى على ذلك في تعديله لسنة 2019 فجاء في المادة 181 فقرة أ: "لكل من الأم والأب الحق في مبيت المحزون الذي بلغ السابعة من عمره عنده خمس ليال في الشهر متصلة أو متفرقة. اما المحزون الذي لم يبلغ السابعة من عمره فلكل منهما وللجد لأب عند عدم وجود الأب الحق في رؤية المحزون واستزارت واصطحابه مرة في الأسبوع والاتصال به عبر وسائل الاتصال الحديثة المتوفرة عندما يكون في يد أحدهما او غيرهما ممن له حق الحضانة وللأجداد والجدات حق رؤية المحزون مرة في الشهر وذلك كله إذا كان محل إقامة طربي الدعوى والمحزون داخل المملكة.". فالملاحظ على نصوص قانون الأحوال الشخصية الأردنية أنها اهتمت اهتماما كبيرا بالحضانة وأعطت حق الزيارة حتى للأجداد وهو ما يحقق توازنا للطفل من حيث نشأته في أحضان عائلته الكبيرة ومن حيث رقبته والتعاون على تحقيق مصالحه.

المطلب السابع: نفقة المحزون وسكنه

لم يخصها المشرع بنصوص في أحكام الحضانة وإنما تطبق المادة 75 وما بعدها من قانون الأسرة والتي سبق دراستها، وفي حالة عجز الأب عن دفع المبالغ المستحقة فإن الدولة هي التي تتولى دفعها عن طريق صندوق النفقة.

أما السكن فهو حق للمحزون، وليس حقا للحاضنة إنما تستفيد منها بسبب ممارستها الحضانة يلتزم الأب بتوفيره لممارسة الحضانة، وللحاضنة البقاء في مسكن الزوجية حتى تنفيذ الأب الحكم القاضي بتوفير السكن، وهو ما جاء في المادة: 72 من ق.أ.ج: "في حال الطلاق، يجب على الأب أن يوفر، لممارسة الحضانة، سكننا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الإيجار. وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسكن.". ويشترط أن يكون السكن ملائما وفي حالة تعذر توفير السكن يحكم القاضي ببديل الإيجار يلتزم الأب بدفعه تبدأ سريان مدته من تاريخ الحكم الناطق بإسناد الحضانة¹.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2009/1/14، ملف رقم 460137، م.م.ع، 2009، ع1، ص.251.

وبالاطلاع على قرارات القضاء الجزائري، نجد استقر على أولوية توفير السكن لممارسة الحضانة ومتى تم ذلك، فلا يجوز الاختيار بين السكن وبدل الإيجار¹، ولا يحق للحاضن المطالبة ببدل الإيجار بعد ذلك² إلا إذا قدم الأب سكنا غير لائق لممارسة الحضانة³.

نصت مدونة الأسرة المغربية على نفقة الحاضنة أما قانون الأسرة الجزائري فلم ينص عليها ومع ذلك يمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق.أ.ج.

المطلب الثامن: سقوط الحضانة وعودتها

تضمنت المواد من 66 إلى 70 أسباب سقوط الحضانة، ويجب صدور حكم قضائي لإسقاط الحضانة لأنها لا تسقط بقوة القانون⁴. فيتم دراسة أسباب سقوط الحضانة (الفرع الأول) ثم عودتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سقوط الحضانة

أولاً: زواج الحاضنة بغير قريب محرم

نصت المادة 66 من ق.أ.ج: "يسقط الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون." ومعنى ذلك أن زواج الحاضنة ساء كانت أن المحضون أو جدته لأم أو جدته لأب أو خالته أو عمته برجل غير محرم بالنسبة للمحضون يسقط عنها الحضانة ما لم يضر بمصلحة المحضون⁵، أخذا برأي المالكية ويقع عبء إثبات الزواج على المدعي⁶. على أن يطلب صاحب الحق في الحضانة بإسقاطها خلال مدة سنة ما لم يثبت وجود عذر.

من تطبيقات القضاء ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18 ماي 2005: "حيث أن القرار المطعون فيه لم يخالف القانون ولم يخطئ في تطبيقه، ذلك لأن الطاعنة وهي أم الطفل قد سقط حقها في حضانتها بمجرد زواجها من غير محرم هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يحق لها المطالبة نيابة عن أمها إسناد حضانة ولدها لهذه الأخيرة"⁷.

ثانياً: سقوط الحضانة عن الجدّة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم

نصت على هذا الحكم المادة 67 من ق.أ.ج ومقتضى ذلك أن إسناد الحضانة إلى الخالة أو الجدّة وإقامتهما مع أم المحضون المتزوج برجل أجنبي عن المحضون يعتبر مسقطاً لحضانتهم.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2009/01/14، ملف رقم 474255، م.م.ع، 2009، ع2، ص.267.

² م.ع، غ.أ.ش، 2010/09/16، ملف رقم 566381، م.م.ع، 2010، ع2، ص.268.

³ م.ع، غ.أ.ش، 2013/03/14، ملف رقم 0729230، م.م.ع، 2013، ع2، ص.276.

⁴ الحسين بن شيخ آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2019، ص.95.

⁵ م.ع، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353، م.ق، 1992، ع1، ص.45.

⁶ الحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.96.

⁷ م.ع، غ.أ.ش، 2005/05/18، ملف رقم 331058، م.م.ع، 2005، ع2، ص.385.

ثالثا: إذا لم يطلبها من له الحق في الحضانة لمدة تزيد عن السنة

أضافت المادة 68: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها". على صاحب الحق في الحضانة أن يطالب بالحضانة خلال أجل سنة وبعد هذا الأجل يسقط حقه في المطالبة بها ما لم يثبت وجود عذر حال دون المطالبة في الأجل المحدد. مثلا لو كان الولد في رعاية جدته، والأم لم تطالب بالحضانة، بعد مضي سنة يسقط حقه فيها ما لم تثبت وجود عذر.

واختلف الفقه في شأن سقوط الحضانة في هذه الحالة بقوة القانون أم بحكم قضائي، والراجح هو سقوطها بحكم قضائي، فالقاضي هو الذي يقدر من الظروف إذا كان التأخير يعني به أن من تجب له الحضانة قد تنازل عنها أو لم يتنازل وهذه السلطة مستمدة من عبارة "بدون عذر" التي توسع من سلطة القاضي فلا يمكن أن نقول بأن حق الحاضن يسقط بقوة القانون في أجل سنة¹.

ومن الانتقادات الموجهة إلى المادة 68 أنها لم تحدد تاريخ بداية حساب مدة سنة لسقوط الحضانة، فقال بعض الفقه بأن تاريخ حساب المدة يبدأ من يوم علم صاحب الحق في الحضانة بحقه وهو رأي المالكية². وخلال كل ذلك على القاضي أن يراعي مصلحة المحضون.

ومن تطبيقات القضاء الجزائري للمادة 68 من قانون الأسرة نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09 جويلية 1984 الذي جاء فيه أن مدة سنة يبدأ حسابها من تاريخ الحكم القضائي الفاصل في الحضانة³. وأكدته ذات المبدأ في قرار آخر بتاريخ 25 جوان 1984 جاء فيه: "إذا كان من الثابت في قضية الحال أن الجدة لأم طالبت بإسناد الحضانة بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقه"⁴. فاعتبر القضاء أن صدور الحكم بإسناد الحضانة قرينة على العلم بها.

رابعا: اختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من قانون الأسرة

نصت على هذه الحالة المادة 67 من ق.أ.ج، وسبق دراسته في الشروط المتعلقة بالحاضن، وعموما إذا ثبت عدم أهلية الحاضن لممارس الحضانة أو أنه يربيه على غير دين أبيه، أو مرض الحاضن مرضا يعجز معه عن تربية المحضون ورعايته، أو عدم قيامه برعاية المحضون لأي سبب كان والاهتمام بشؤونهم وحفظ مصالحهم تسقط عنه الحضانة.

ولا يعتبر عمل المرأة سببا من أسباب اسقاط الحضانة عنها ومع ذلك ألزمت المادة 67 القاضي بمراعاة مصلحة المحضون.

خامسا: التنازل عن الحضانة

¹ حميدو زكية، المرجع السابق، ص.504.

² حميدو زكية، المرجع السابق، ص.506؛ عبد العزيز سعد، الحسين بن الشيخ آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، المرجع السابق، ص.99.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م.ق، 1990، ع1، ص.60.

⁴ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1984/06/25، ملف 336336، م.ق، 1989، ع3، ص.45.

نصت عليه المادة 66 من ق.أ.ج: "يسقط حق الحاضنة ... وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون". فالنص أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة لكن بشرط عدم الإضرار بمصلحة المحضون، فإن تقدمت الحاضنة الأم على التنازل عن طفلها الرضيع أو المريض الذي يحتاج إليها فعلى القاضي أن يراعي مصلحة هذا الطفل، فإن اقتضت مصلحته البقاء مع أمه فعليه أن يرفض طلب التنازل عن الحضانة. وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 21 جانفي 1998: "من المقرر قانونا أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضاوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلهما مراعاة لمصلحة المحضونين فإنهم طبقوا صحيح القانون".¹

ويجب أن يتم التنازل عن الحضانة بحكم قضائي، ومتى صدر حكم بالتنازل فإنه لا يعتبر نهائي ولا تطبق في شأنه قاعدة قوة الشيء المقضي فيه، لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون.²

سادسا: الإقامة بالمحضون في بلد أجنبي

نصت المادة 69 من ق.أ.ج: "إذا أراد الشخص الموكل له الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

إذا ثبت حق الحضانة للأب أو الأم أو غيرهما بحكم قضائي فإنه يثبت حق الزيارة بموجب نفس الحكم، وبالتالي فإن انتقال الحاضن مع المحضون إلى بلد أجنبي سيحول دون ممارسة حق الزيارة، مما يخول لصاحب هذا الحق اللجوء إلى القضاء والمطالبة بإسقاط الحضانة. وقد ترك القانون سلطة تقديرية واسعة للقاضي في هذا الشأن بمراعاة مصلحة المحضون. واستقر القضاء على أن من يكون بالجزائر من أبوي الطفل هو الأحق بممارسة الحضانة وأصبح مبدءا قضائيا.

ومن قرارات المحكمة العليا (الجلس الأعلى سابقا) في هذا الشأن، القرار الصادر بتاريخ 02 جانفي 1989: "وحيث أنه سبق للمجلس الأعلى وأن أصدر عدة قرارات في مسألة الحضانة واتخذ فيها مبدءا، وهو أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة اجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد منهما بها يكون أحق بهم ولو كانت الأم غير مسلمة، ويتأكد هذا أكثر إذا كان الأبوين مسلمين، وكل حكم أجنبي يتعارض مع هذا المبدأ ينظر إليه من هذه الزاوية ويحول بينه وبين تنفيذه".³ وبرت المحكمة موقفها أن حضانة الأولاد في بلد غير مسلم يغير من اعتقادهم ويبيدهما عن دينهم، كما يحرم الأب من حق الرقابة على أولاده.

¹ م.ع، غ.أ.ش، 1998/01/21، ملف رقم 189234، الاجتهاد القضائي، 2001، عدد خاص، ص.175.

² م.ع، غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم 235456، م.ق، 2001، ع1، ص.282؛ 1999/04/20، ملف رقم 220470، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص.181؛ 2019/07/03، ملف رقم 1302053، م.م.ع، 2019، ع2، ص.87.

³ المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم 5207، م.ق، 1990، ع2، ص.75.

كما جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 06 جوان 2018 أن مجرد سفر الأم الحاضنة وترددتها على الخارج لا يسقط حقها في الحضانة، لأن مناط السقوط ليس العمل أو الدراسة أو السفر المشروع المتكرر وإنما الضياع والإهمال المترتب على ذلك السفر، مع إشراك أهل الثقة من الأقارب لرعاية المحضون¹. مع ذلك، متى ثبت وجود مصلحة للمحضون في الإقامة مع حاضنه في بلد أجنبي فإن القاضي يثبتها له ولا يسقطها عنه.

الفرع الثاني: عودة الحضانة بعد سقوطها

نصت المادة 71 من ق.أ.ج على أنه: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري". ويكون سقوط حق الحضانة عن الحاضن غير اختياري في عدة حالات كالمرض والسفر لسبب مشروع وغيرها، وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا بتاريخ 21 جويلية 1998 أن سقوط الحضانة بسبب زواج الأم بغير قريب محرم وطلاقها أو فاته عنها، يخولها الحق في الحضانة من جديد². وهذا بعد أن قررت في قرار سابق بتاريخ 05 فيفري 1992 أن زواج الحاضنة بأجنبي يعتبر تصرفا رضائيا واختياريا يحول دون عودة الحضانة إليها بعد سقوطها عنها³. وفي قرار بتاريخ 05 أبريل 2017 "يعود الحق في الحضانة، إذا زال سبب السقوط غير الاختياري. يعد سقوطا اضطراريا غير اختياري المرض، العجز المؤقت، أو الإقامة في الخارج لسبب مشروع".⁴

¹ م.ع، غ.أ.ش، 2018/06/06، ملف رقم 1265504، م.م.ع، 2018، ع2، ص.85.

² م.ع، غ.أ.ش، 1998/07/21، ملف رقم 201336، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ص.178.

³ م.ع، غ.أ.ش، 1992/02/05، ملف رقم 58512، م.ق، 1992، ع4، ص.58.

⁴ م.ع، غ.أ.ش، 2017/04/05، ملف رقم 10167582، م.م.ع، 2017، ع1، ص.153.

خاتمة

وجد الزواج بوجود الإنسان، وجاءت الشريعة الإسلامية وضبطت أحكامه بنصوص دقيقة قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان، ومهما حاول المشرع ضبط أحكامه سيقى تدخله مشوبا بالنقص قابلا للمراجعة والتعديل من حين لآخر حسب تطور المجتمع، وهو ما يفتح مجال التفسير أما القاضي الذي يستعين في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية بمختلف مدارسها وفقا للمادة 222 من ق.أ.ج.

ولأنه قد ينشأ نزاع بين الزوجين مما يستحيل معه مواصلة العشرة، أوجد الشرع الطلاق، ولم يميز بين المرأة والرجل في طلب فك الرابطة الزوجية، وهو ما أخذ به القانون الوضعي حين نظم أحكام الطلاق بكل صورته، والآثار الناجمة عنه.

ولأن الأسرة هي لبنة المجتمع الأولى حظيت بحماية الدولة والمجتمع لذلك وسع المشرع من صلاحيات النيابة العامة وجعلها طرفيا أصليا في كل القضايا الرامية إلى تطبيق قانون الأسرة حارسة للشرعية.

قد بدا واضحا تأثير قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية بالاتفاقيات الدولية لاسيما تلك التي تنادي بالمساواة بين الجنسين، وبدا واضحا أيضا تأثيرها بالتطورات العلمية لاسيما في تقنين الشهادة الطبية والتلقيح الصناعي مع تمسكها دائما بالأحكام الشرعية في أغلب النصوص.

وتفعيلا للدور الحمائي للدولة على الأسرة، تدخلت كضامنة للوفاء بالنفقة المقررة قضاء في حالة عجز المزمع بها عن أدائها وحصرتها على حالات الطلاق، وكان ذلك باستحداث صندوق النفقة ووضع شروط الاستفادة منه.

تمسك المشرع بالأحكام الشرعية في نصوص العدة بعد الطلاق والوفاء، على أن يبدأ العدّ من يوم الحكم بالطلاق أو من يوم الوفاة حسب الحالة.

وبالنسبة لأحكام الحضانة فتبقى راسخة يحكمها مبدأ مصلحة المحضون، مع إضافة بعض التعديلات تعلقت بترتيب الحاضنين أين تقدم مركز الأب إلى المرتبة الثانية، فأصبح مباشرة بعد الأم مع أن الحضانة مؤسسة نسوية. وتم النص صراحة على أن عمل المرأة لا يسقط عنها الحضانة، إضافة إلى حكم جديد وهو منح الولاية للحاضن بقوة القانون.

ولازالت التطبيقات العملية تكشف عن نقائص القانون سواء الأحكام الموضوعية أو الإجرائية، ذلك أن منازعات شؤون الأسرة تمتاز بالتعقيد والتجديد.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية حفص

أولاً: النصوص القانونية

أ- النصوص القانونية الجزائرية

1. المرسوم الرئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 2020/12/30، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء اول نوفمبر 2020، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2020/12/30، ع82، ص.3.
2. المرسوم الرئاسي رقم 96-51 مؤرخ في 1996/01/22، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 ج.ر.ج.ج، ع 06، صادرة بتاريخ 1996/01/24، ص.04.
3. المرسوم الرئاسي رقم 08-426، مؤرخ في 2008/12/28، يتضمن رفع تحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول المادة 2/9 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، ج.ر.ج.ج مؤرخة في 2009/01/21، عدد 05، ص.4.
4. القانون العضوي رقم 11-12، مؤرخ في 26 يوليو 2011، يحدد تنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصاتها، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 31 يوليو 2011 عدد 42، ص.07.
5. القانون رقم 63-224، مؤرخ في 1963/06/29، يحدد سن الزواج الأدنى، ج.ر.ج.ج، لسنة 1963، ع44، ص.681.
6. الأمر رقم 66-156، مؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 1966/06/11، ع49، المعدل والمتمم.
7. الأمر رقم 70-20، مؤرخ في 1970/02/19، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، 1970/02/27، مؤرخة في ص.274. المعدل بالقانون رقم 14-08، مؤرخ في 2014/08/09، ج.ر.ج.ج صادرة في 2014/08/20، ع49، ص.3، المعدل والمتمم بالقانون 17-03 مؤرخ في 2017/01/10، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2017/01/11، ع 2، ص.9.
8. الأمر رقم 75-58، مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 1975/11/30، السنة 12، ع78، ص.990، المعدل والمتمم.

9. القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، مؤرخ في 09/06/1984، ج.ر.ج.ج، لسنة 1984، ع24، ص.910، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.ج لسنة 2005، عدد 15، ص.18.
10. قانون رقم 06-02، مؤرخ في 20/02/2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، 2006/03/08، ع14، ص.15
11. القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 23/04/2008، ع21، ص.3.
12. قانون رقم 15-01، مؤرخ في 04/01/2015، يتضمن إنشاء صندوق النفقة، ج.ر.ج.ج، 2015/01/07، ع1، ص.7.
13. القانون رقم 16-03، المؤرخ في 19/06/2016، يتعلق باستعمال البصمة الوراثية في الإجراءات القضائية والتعرف على الأشخاص، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 22/06/2016، ع37، ص.5.
14. القانون رقم 18-11، مؤرخ في 02/07/2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2018/07/29، ع46، ص.3.
15. مرسوم تنفيذي رقم 06-154، مؤرخ في 11/05/2006، يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 2006/05/14، ع31، ص.4.
16. مرسوم تنفيذي رقم 10-322، مؤرخ في 22/12/2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالأمن الوطني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 26/12/2010، ع78، ص.4.
17. مرسوم تنفيذي رقم 10-323، مؤرخ في 22/12/2010، يتضمن الأحكام الخاصة المطبقة على المستخدمين الشبهين للأمن الوطني، ج.ر.ج.ج، مؤرخة في 26/12/2010، ع78، ص.20.
18. مرسوم تنفيذي رقم 20-223، يعدل ويتمم المرسوم رقم 71-157 المتعلق بتغيير اللقب، مؤرخ في 08/08/2020، ح.ر.ج.ج، مؤرخة في 11/08/2020، ع47، ص.9.

ب- النصوص القانونية للدول العربية

1. المرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 1953/09/07 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل والمتمم.
2. الأمر المؤرخ في 1956/08/13، الصادر بالرائد التونسي، بتاريخ 1956/08/17، ع66، المنقح بالقانون ع32، لسنة 2007، مؤرخ في 2007/05/14.
3. قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم 51-1984، معدل بالقوانين 11 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و22 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء، ج8، مجموعة التشريعات الكويتية، ط1، مطابع الخط، وزارة العدل الكويتية، 2011.
4. قانون رقم 68 لسنة 1985 مؤرخ في 1985/07/12، الرائد الرسمي الصتدر بتاريخ 1985/07/12، عدد54، 929.
5. قانون عدد 74 لسنة 1993 الرائد الرسمي الصادر بتاريخ 1993/07/20، عدد53، ص.1004.
6. ظهير شريف رقم 1.04.22 الصادر بتاريخ 2004/02/05، جريدة رسمية رقم 5184، بتنفيذ القانون 03-70، 05 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
7. قانون رقم 15 لسنة 2019، بتاريخ 2019/06/2، يتضمن قانون الاحوال الشخصية لسنة 2019، جريدة رسمية عدد5578.

ت- النصوص القانونية الفرنسية

1. Loi 1803-03-17 promulguée le 27 mars 1803.
2. Loi n°57-778, du 11 juillet 1957, portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman, JORF du 13 juillet 1957, p.6923.
3. Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 - art. 5 JORF 5 avril 2008
4. Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002.
5. Loi n° 2013-404, du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, JORF n°0114 du 18 mai 2013.
6. Ordonnance n° 2016-131, du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 .

ثانيا: الكتب والمؤلفات

أ- باللغة العربية

1. ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق عادل أحمد عبد الوجود وعلي محمد عوض، ج4، كتاب النكاح، دار عالم للكتب، الرياض، 2003.
2. ابن قدامي، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح الحلون كتاب النكاح، ج9، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
3. ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار صادر، بيروت، د.س.ن.
4. أبي الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، مجلد1، ط1، دار طيبة، الرياض، 2006.
5. أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، ج11، كتبة ابن تيمية، دون بلد، د.س.ن.
6. أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق شهاب الأرنؤوط ومحمد كامل قروبللي، كتاب الطلاق، ج3، طبعة خاصة، دار الرسالة العلمية، دمشق، 2009.
7. أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، ج2، ط1، دار ابن حزم، بيروت، 1997.
8. أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطلاق، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 2002.
9. أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار ابن كثير، دمشق، 2006.
10. أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي (الخطاب الرعيني)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، كتاب النكاح، دار عالم الكتب، د.س.ن.
11. أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم وساعده ابنه محمد، ج11، كتاب التصوف، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1425هـ-2004م.
12. أحمد بن محمد بن حنبل، المسند، شرحه ووضع فهارسه أحمد محمد شاكر، ج4، ط1، دار الحديث، القاهرة، 1995.
13. أحمد بن محمد بن علي الفيومي القرئ، المصباح النير في غريب الشرح الكبير، الجزء1، حرف الخاء، مكتبة لبنان، دون بلد نشر، 1987.
14. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحد التعديلات، دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.

15. أماني علي المتولي، الضوابط القانونية والشرعية والمشكلات العلمية للأنواع الحديثة للزواج والطلاق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.
16. باديس ديباني، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012.
17. بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2015.
18. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة، خلال أربع وأربعين سنة 196-2010، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
19. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
20. بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
21. الترميذي الحافظ محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترميذي، تعليق محمد ناصر الدين الألباني، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.س.ن.
22. تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.
23. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
24. الحسين بن شيخ آث ملويا، تطبيقات منازعات شؤون الأسرة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2019.
25. الخطاب الرعيبي أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، ج5، دار عالم الكتب، د.س.ن.
26. الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج5، دار إحياء الكتب العربية، د.س.ن.
27. ساسي بن حليلة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2011.
28. السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج5، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1989.
29. سعد عبد العزيز، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014.
30. الشريبي شمس الدين محمد الخطيب، مغني المحتاج غلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به محمد خليل عيتاني، ج3، كتاب النكاح، ط1، دار المعرفة، بيروت، 1997.

31. الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج2، مؤسسة الريان، دون بلد، د.س.ن.
32. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009..
33. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، ج4، ط2، بيروت، 2003.
34. عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018.
35. عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011.
36. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع(فقه الأسرة)، مجلد 4، ط1، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، 2010.
37. عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018.
38. عبد الوهاب خلاف، أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
39. عثمان التكروري، شرح قانون الاحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009.
40. علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي، ج8، كتاب النكاح، مطبعة السنة المحمدية، دون بلد، 1975.
41. الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط02، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2008.
42. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية، العراق، 2004.
43. الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
44. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن.
45. محمد الكبشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الاول عقد الزواج وآثاره، نادي الطلبة والباحثين في العلوم القانونية 2008.

46. محمد بن عبد الله بن عابد الصواط، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في فقه الأسرة، ج1، ط1، مكتبة دار البيان الحديثة، 1422هـ-2001.
47. محمد بن عيسى بن سورة الترميذي، سنن الترميذي، تحقيق محمد بن ناصر الالباني، كتاب النكاح، ط1، مكتبة لمعارف، الرياض، دون سنة.
48. محمد عمارة، الإسلام والمرأة في رأي الإمام محمد عبده، ط1، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 2007.
49. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة الخاصة بالفرقة بين الزوجين وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007.
50. محمد كمال الدين إمام، أحكام الأسرة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
51. محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الاحاديث الصحيحة، اعتنى به أبو عبيدة مشهود بن حسن آل سلمان، حديث رقم 1022، ط1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 2004.
52. مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري أو الحسين، صحيح مسلم، ط1، دار طيبة، جدة، 2006.
53. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط2، دار القلم، دمشق، 2004.
54. وهبة الزحيلي، الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، دمشق، 2000.
55. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط2، دار الفكر، دمشق، 1980.
56. يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2019.

ب- باللغة الفرنسية

1. Philippe MALAURIE & Laurent AYNES, LA FAMILLE, 3 e édition, DEFRENOIS Lextenso éditions, 2008.
2. Yvaine BUFFELAN-LANORE & Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, Droit civile, 17e édition, p.SIREY, 2011.

ثالثا: أطروحات الدكتوراه

1. إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.
2. بلعباس أمال، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.

3. بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.
4. بن عومر محمد الصالح، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2015-2016.
5. حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، تلمسان، 2004-2005.
6. خدام هجيرة، حرية المرأة في القوانين المغربية للأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018.
7. سي بوعزة إيمان، دور النيابة العامة في المسائل الأسرية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.
8. شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013-2014.
9. عماري نور الدين، دور إرادة الزوجة في فك الرابطة الزوجية في القوانين المغاربية للأسرة. أطروحة دكتوراه القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017-2018.
10. لاتي محمد، القواعد الموضوعية والإجرائية في المنازعات المادية للطلاق، دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والقانونين المغربي والتونسي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2018-2019.
11. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2008-2009.

رابعاً: مذكرات الماجستير

1. إسماعيل الشيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، جامعة وهران، 2012-2013.

خامساً: المقالات

أ- باللغة العربية

1. أحمد عبادة، التحفظات الجزائرية على اتفاقية سيداو من منظور القانون الدولي العام، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة ام البواقي، جوان 2020، مجلد7، ع2.
2. أعراب بلقاسم، مسقطات الحق بالحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي المقارن، دراسة تأصيلية، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، جامعة باتنة 1، 1994، مجلد1، ع1.

1. بخوش رزيق، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة، مجلة الباحث للدراسات القانونية، جامعة باتنة، 2016، ع 09.
2. بلعباس أمال، بطلان عقود لزواج المخالفة للنظام العام، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2021، مجلد6، ع2.
3. بوخاتم آسية، آثار عيوب الإرادة على عقد الزواج، "دراسة في ضوء قانون الاسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية"، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي صالحى أحمد بالنعامة، مجلد3، ع2، 2017.
4. تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 1999، ع4، ص.89.
5. حسيني عزيزة، النزاع حول متاع البيت قراءة في نص المادة 73 من قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، 2021، مجلد 58، ع1.
6. الحموي أسامة محمد منصور، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، 2001، مجلد 27، ع3.
7. خدام هجيرة، فرض الركن البيولوجي باسم النظام العام الأسري حماية لمؤسسة الزواج، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2020، مجلد5، ع2.
8. دليلة براف، التطبيق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2011، مجلد1، ع1.
9. شامي أحمد، إثبات متاع البيت في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، 2019، ع1.
10. عادل عيساوي، عوض الخلع في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الشريعة والاقتصاد، جامعة قسنطينة، 2016، مجلد 5، ع10.
11. عماري نور الدين، الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الاسرة الجزائريين، دفاتر السياسة والقانون، 2015، ع3.
12. قطبي أحمد ومنصوري المبروك، متاع البيت في التشريع الجزائري ومتطلبات الإثبات في نزاعاته، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، 2022، مجلد11، ع02.
13. لاتي محمد، أساس التعويض عن الطلاق التعسفي، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي بالنعامة، 2016، مجلد2، ع2.
14. مختارية يوسف، التأصيل الإسلامي لمشكلات الزواج -نشوز الزوجين-أمودجا، المجلة المغاربية للدراسات التاريخية والاجتماعية، جامعة سيدي بلعباس، 2021، مجلد 13، ع1.

15. مصطفى راتب أحمد علي، أثر العدول عن الخطبة وموقف القضاء منه، مجلة كلية الشريعة والقانون، طنطا، 2016، ج4، ع31.

ت- باللغة الفرنسية

1. Malika BOUZIANE, Les regles de filiation et leur application par les tribunaux en ALGERIE, les cahiers du LADREN, Volume 3, No 1.
2. Mohamed DJAGHAM, La polygamie en Algérie divergences autours d'un droit en mutation, Revue des Sciences Humaines, Université Mohamed Khider Biskra, Volume 14, No2.

سادسا: المواقع الإلكترونية

1. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> ، اطلع عليه بتاريخ 2023/01/11، الساعة 23:00.
2. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf ، تاريخ الاطلاع 2023/01/25، 22:00.
3. وزارة الداخلية، الأجناب في الجزائر، الزواج المختلط، <https://www.interieur.gov.dz/index.php/ar>، 2022/01/19، 08:00.

المفهرس

1	مقدمة
3	خريطة ذهنية توضع مجاور مقاييس قانون الأسرة المعقق
4	الفصل الأول: مباحث أساسية لدراسة قانون الأسرة المعقق
4	المبحث الأول: مفهوم قانون الأسرة
4	المطلب الأول: تحديد المصطلح قانون الأسرة أم قانون الأحوال الشخصية
6	المطلب الثاني: التطور التاريخي لقانون الأسرة
8	المبحث الثاني: نطاق تطبيق قانون الأسرة
8	المطلب الأول: نطاق تطبيق قانون الأسرة من حيث الأشخاص
9	المطلب الثاني: نطاق تطبيق قانون الأسرة من حيث الزمان
9	المبحث الثالث: مصادر قانون الأسرة
9	المطلب الأول: المرجعية الشرعية لقانون الأسرة
10	الفرع الأول: المنهجية اللا مذهبية في تشريعات الأسرة المغربية(تشريع الاسرة/ المصدر الرسمي الأصلي)
13	الفرع الثاني: منهجية المصدر الاحتياطي في قوانين الأسرة المغربية
16	المطلب الثاني: مظاهر تأثير قوانين الأسرة المغربية بالقانون الوضعي (اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أمودجا)
18	الفرع الأول: في مرحلة إبرام عقد الزواج
20	الفرع الثاني: في آثار الزواج
20	الفرع الثالث: في فكّ الرابطة الزوجية
22	المبحث الرابع: دور النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة
22	المطلب الأول: أدوار النيابة في الدعوى المدنية بصفة عامة
22	الفرع الأول: النيابة العامة طرف أصلي في الدعوى
23	الفرع الثاني: النيابة العامة طرف منظم في الدعوى
24	المطلب الثاني: تدخل النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا شؤون الأسرة
25	الفصل الثاني: دراسات معمقة في بعض أحكام الزواج
25	المبحث الأول: أحكام الخطبة

25.....	المطلب الأول: مفهوم الخطبة
26	الفرع الأول: تعريف الخطبة
26	الفرع الثاني: أنواع الخطبة وشروط صحتها
27.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للخطبة
29.....	المطلب الثالث: أحكام الخطبة
29	الفرع الأول: النظر إلى المخطوبة والاختلاء بما
30	الفرع الثاني: حكم النسب الناتج في مرحلة الخطبة
31	الفرع الثالث: العدول عن الخطبة وآثاره القانونية
39.....	المطلب الرابع: قواعد الاختصاص والإثبات في الخطبة
39	الفرع الأول: قواعد الاختصاص في منازعات الخطبة
40	الفرع الثاني: إثبات الخطبة
40.....	المبحث الثاني: ركن الرضا في عقد الزواج بين الأحكام الشرعية والقوانين الوضعية
41.....	المطلب الأول: الإيجاب والقبول في الزواج
41	الفرع الأول: حضور الزوجين شخصيا مجلس عقد الزواج
42	الفرع الثاني: تطابق الإيجاب مع القبول
43	الفرع الثالث: طرق التعبير عن الإرادة
44	الفرع الرابع: خلو الإرادة من العيوب
47.....	المطلب الثاني: اختلاف الجنس
47	الفرع الأول: الزواج المثلي
48	الفرع الثاني: زواج الحنثي
49	الفرع الثالث: حكم زواج المغير الجنسي
50.....	المبحث الثالث: الأهلية في الزواج وإشكالاتها القانونية
50.....	المطلب الأول: اشتراط الأهلية في عقد الزواج
50	الفرع الأول: القاعدة العامة في سنّ الزواج
51	الفرع الثاني: الإعفاء من السنّ القانوني للزواج (الإذن القضائي بزواج قاصر)
53.....	المطلب الثاني: جزاء تخلف الأهلية في عقد الزواج
56.....	المبحث الرابع: أوصاف عقد الزواج
56.....	المطلب الأول: الزواج الصحيح

56.....	المطلب الثاني: الزواج الباطل
56	الفرع الأول: أسباب بطلان الزواج
59	الفرع الثاني: آثار الزواج الباطل
60.....	المطلب الثالث: الزواج الفاسد
61.....	المبحث الخامس: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية
61.....	المطلب الأول: تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية
62.....	المطلب الثاني: شروط تعدد الزوجات في القانون الجزائري والمغربي
63	الفرع الأول: وجود المبرر الشرعي
64	الفرع الثاني: توفر العدل
64	الفرع الثالث: وجود الموارد الكافية لإعالة أكثر من أسرة واحدة
65	الفرع الرابع: إخبار الزوجة السابقة والمرأة المقبل على الزواج بما بالتعدد.....
66	الفرع الخامس: الحصول على ترخيص قضائي بالزواج.....
66	الفرع السادس: عدم وجود شرط في عقد الزواج بعدم التعدد في القانون المغربي
67.....	المطلب الثالث: حكم الزواج بأكثر من واحدة في القانونين التونسي والفرنسي
68.....	المبحث السادس: الإجراءات الشكلية والتنظيمية لتوثيق الزواج وتسجيله.....
68.....	المطلب الأول: الوثائق المطلوبة قانونا
68	الفرع الأول: وثائق الحالة المدنية
69	الفرع الثاني: تقديم شهادة طبية وفقا لما نصت عليه المادة 07 مكرر من قانون الأسرة
70	الفرع الثالث: الترخيص في عقد الزواج (القضائية والادارية)
72.....	المطلب الثاني: الجهة المختصة بتحرير عقد الزواج
73	الفرع الأول: الموثق
73	الفرع الثاني: ضابط الحالة المدنية
74.....	المطلب الثالث: تحرير عقد الزواج
75.....	المطلب الرابع: تسجيل الزواج
75	الفرع الأول: حالة الزواج الرسمي
76.....	المبحث السادس: حق الزوجان في الإنجاب وحق الولد في النسب
76.....	المطلب الأول: الحق في الإنجاب
76	الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي

77	الفرع الثاني: تقنيات المساعدة الطبية على الإنجاب
78	المطلب الثاني: حق الولد في النسب
79	الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج والاقرار والبينة
85	المبحث السابع الحقوق المالية المترتبة على الزواج
85	المطلب الأول: النفقة
87	الفرع الثاني: مشمولات النفقة
87	الفرع الثالث: تقدير النفقة
87	الفرع الرابع: خصائص النفقة
88	الفرع الخامس: جزاء الإخلال بواجب النفقة
88	المطلب الثاني: حق التوارث بين الزوجين
89	المطلب الثالث: النظام المالي للزوجين
89	الفرع الأول: مبدأ استقلال الذمة للزوجين
90	الفرع الثاني: الاتفاق حول الأموال المشتركة المكتسبة أثناء الحياة الزوجية
90	الفصل الثالث عشر: دراسات معمقة في بعض أحكام الطلاق
91	المبحث الأول: الطلاق في الإسلام
91	المطلب الأول: الطلاق قبل الدخول
92	المطلب الثاني: الطلاق السني والطلاق البدعي
92	المطلب الثالث: الطلاق الرجعي والطلاق البائن
92	الفرع الأول: الطلاق الرجعي
92	الفرع الثاني: الطلاق البائن
93	المطلب الرابع: طلاق المريض مرض الموت
93	المطلب الخامس: طلاق التفويض
93	المبحث الثاني: الطلاق بطلب من أحد الزوجين في قانون الأسرة
94	المطلب الأول: الأحكام الموضوعية للطلاق بطلب من أحد الزوجين
94	الفرع الأول: الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج
97	الفرع الثاني: الخلع
102	الفرع الثالث: التطلق
113	الفرع الرابع: الطلاق للنشوز

114.....	المطلب الثاني: إجراءات الطلاق بطلب من أحد الزوجين.
115.....	المبحث الثالث: الطلاق بالتراضي
115.....	المطلب الأول: مفهوم الطلاق بالتراضي
115.....	الفرع الأول: تعريف الطلاق بالتراضي
115	الفرع الثاني: شروط الطراق بالتراضي
116.....	المطلب الثاني: إجراءات الطلاق بالتراضي
116.....	المبحث الرابع: إجراءات الصلح
116	الفرع الأول: مدى إلزامية محاولات الصلح في دعوى الطلاق
118	الفرع الثاني: القواعد الإجرائية المنظمة للصلح في دعوى الطلاق
119.....	المبحث الخامس: الآثار المالية للطلاق
119.....	المطلب الأول: النفقة كأثر من آثار الطلاق
120.....	المطلب الثاني: النزاع حول متاع البيت
121	الفرع الأول: المقصود بمتاع البيت
121	الفرع الثاني: قواعد الإثبات في النزاع حول متاع البيت
123.....	المبحث السادس : أحكام العدة
124.....	المطلب الأول: أنواع العدة
124	الفرع الأول: عدة المطلقة التي تحيض بالأقراء
125	الفرع الثاني: المرأة اليائس من الحيض
125	الفرع الثالث: عدة المرأة الحامل
126	الفرع الرابع: عدة المتوفى عنها زوجها
126	الفرع الخامس: عدة زوجة المفقود
126.....	المطلب الثاني: انتقال العدة وتداخل العدد
127.....	المطلب الثالث: نفقة العدة
128.....	المبحث السابع: الحضانة
128.....	المطلب الأول: مصلحة المحضون
129.....	المطلب الثاني: الولاية على المحضون
129.....	المطلب الثالث: شروط الحاضن
129	الفرع الأول: الأهلية

130	الفرع الثاني: القدرة على التربية والقيام بشؤون المحضون
130	الفرع الثالث: الأمانة والاستقامة
131	المطلب الرابع: ترتيب الحاضنين
132	المطلب الخامس: انتهاء الحضانة
132	المطلب السادس: حق الزيارة
133	المطلب السابع: نفقة المحضون وسكناه
134	المطلب الثامن: سقوط الحضانة وعودتها
134	الفرع الأول: سقوط الحضانة
137	الفرع الثاني: عودة الحضانة بعد سقوطها
138	خاتمة
139	قائمة المصادر والمراجع
149	الفهرس