

مقدمة

مما لا شك فيه أن نشأة القانون كان وليد رحم المجتمع وذلك بفعل تطوراته المستمرة فكلما تجدد الواقع صاحبه استحدث قانوني جديد وذلك لضبط وتقويم سلوك الأفراد داخل المجتمع، بحيث تكون هذه الترسنة القانونية على ارتباط وثيق ودائم ببيئة الاجتماعية المتولد عنها سواء الأسرة بمفهوم ضيق أو الدولة بالمفهوم الواسع وهذا ما يعرض هاته القواعد القانونية لتغيير والتعديل دائم.

حيث أن هذا المجتمع الذي هو عبارة عن عدة خلايا والمتمثلة في الأسرة التي تعتبر النواة الأساسية المشكلة للمجتمع فلا يمكن صلاحه إلا بصالح الأسرة لما لها من أهمية كبرى المشكلة في حياة الأفراد فلهذا كان لها نصيب وافر في اعتناء المشرع بها ووضع قوانين لها بينها.

ويعتبر الزواج هو السبيل الوحيد في تكوين الأسر وتطورها ابتداء من نشأة عقد الزواج وامتداده إلى عدة مراحل لما له من أهمية كبيرة.

حيث خضعت هذه العملية لحرص من طرف المشرع لما له خصوصية تجعله مختلفا عن أشكال الأخرى المتمثلة في العلاقات الجنسية التي تجمع بين المرأة والرجل.

ومن جهة أخرى يعد الزواج من الحريات العامة للشخص لهذا نظمت أحكامه في شكل قواعد امرة متعلقة بالنظام العام فمفادها الحرية في الزواج يتجلى في كون الشخص حرا في أن يتزوج وأن يختار مع من يتزوج وأخيرا ممن يرفض أن يتزوج، وقد اعتبر الإسلام الزواج فطرة من طرف الكون كله، فليس هناك شيء إلا وله زوج، إلا وله مكمل سواء أكان هذا في الحيوان أم في النبات

أم في الجمادات، وقد صدق الله العظيم إن يقول " وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ " (1) .

ولأن الزواج يعتبر رابطة بين الرجل والمرأة وما يتبادل بينهما من عواطف إنسانية نبيلة من رحمة وتعاون وتعاطف وتضحية كل هذا يؤدي إلى تكوين أسرة يسودها السكون والمودة ورحمة وكما قال تعالى: " وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ " (2) .

وطبيعة الحال إذا التقى ماء الرجل وماء المرأة سيشكل النواة الأساسية الأولى للمجتمع حيث قال تعالى: " وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا " (3) . ثم بعد ذلك تتسع الدائرة، دائرة المودة والتلاحم ودائرة الألفة والتناصر و المصاهرة ولقد كان صدور قانون الأسرة الجزائري في الوهلة الأولى دلالة على أن الأسرة كانت محط إهتمام بالغ من طرف المشرع الجزائري غير أنه تعرض لتعديل من جديد بمقتضى المر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 كان قد ألغى فقرات سابقة بفقرات جديدة.

غير أن هذا التعديل كان محل جدل فقهي وقانوني بسبب هذا التعديل الطارئ وهذا ما أحدث بلبلة فكرية بين رجال الدين والقانون من جهة والمدافعين

1- سورة الذاريات الآية 49.

2- سورة الروم الآية 21.

3- سورة الفرقان الآية 54.

عن هذا التعديل من جهة أخرى وعلى كل هذا كان لكل طرف نصيب من كلام حول هذا التعديل فهناك من يوافق على هذا التعديل.

وهناك من يرفض ولهذا فكرت في هذا الموضوع ودراسته دراسة تحليلية وفق منهجية عملية بعيدة عن أي فكر سياسي أو اهتمام حزبي يعكس صفو هاته الدراسة، لكن قبل صدور التعديل الخير كانت هناك انتقادات ودراسات قانونية موجهة لأحكام قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1981 وكل ذلك ساهم في جمع كل الأساتذة الجزائريين أمثال الأستاذ عبد العزيز سعد والأستاذ الغوثي بن ملحمة والأستاذ العربي بلحاج والأستاذ تشوار الجيلالي ومحمد محدة كل هؤلاء ساهموا في الشروحات بنسبة لقانون الأسرة الجزائري وقد خص هذا الموضوع بدراسات متعددة من كل الجوانب.

ولهذا كان هذا الموضوع محل اهتمامي وموضوع دراستي مناقشة التعديل في إطار أحكام الزواج ولآثار المترتبة عنه وبما أن الموضوع متشعب وكثيرة مسائله سوف أسلط الضوء إلا على جانب من جوانب أحكام المواد المعدلة ولكي لا يطول الموضوع من جهة أخرى. كما أنه أن هاته الدراسة تسهل من مهمة المحامين والقضاة في تفسير كثير من المواد التي مصدرها رأي الفقهي وذلك لتطبيقها تطبيقا سليما على الخصومات كما تمهد للقاضي الطريق كيلا يتوسع في سلطته التقديرية خاصة أنه في نظام القضاة الجزائري لا يوجد قضاة مختصون فمثلا لو نرجع إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تنص على ما يلي:

كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ عندئذ يصدر عمل القضاء أمرا موكلا بحرية إلى الاجتهاد القضائي نفسه إذا لم يجد بها حكم حسب هواه وإرادته أو تقييد بمذهبه تقليدا⁽²⁾.

وإن الإشكالية التي أريد أن أطرحها المتمثلة على شكل الأسئلة التالية:

- ما هي الأسس والمبادئ والمنطلقات الفقهية والقانونية التي اعتمد عليها المشرع في تعديله الأخير لهاته المواد؟

- هل من خلال هذا التعديل استطاع لحد ما من صياغة مواد سليمة بعيدة عن الانتقادات بمختلف صورها؟

- هل استطاع المشرع من استدراك النقائص الموجودة في ظل القانون القديم؟

- وفي الأخير هل نحتاج إلى تعديل آخر يتماشى مع الواقع الحقيقي للمجتمع الجزائري ولطبيعة المنازعات الناشئة عن عقد الزواج.

وكما سأعلن عن خطة البحث التي أسير عليها من خلال هاته الدراسة والمتكونة من فصلين المتمثلين:

الفصل الأول: الإطار القانوني المستحدث لقد الزواج.

الفصل الثاني: آثار المترتبة عن عقد الزواج.

¹- المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

²- نص كثير من اتباع الأئمة الأربعة على ان ليس للقاضي أن يحكم بخلاف مذهبه الذي ولي به القضاء مهما كان مذهبه في نظره ضعيفا ومهما كان مذهب غيره قويا " أنظر القول المفيد للشوكاني (97-109).

الفصل الأول:

الإطار القانوني المستحدث لعقد

الزواج

المبحث الأول: إعادة بناء العقد

إن العقود كانت شكلية في أوروبا قبل القرن الثالث عشر ميلادي إذ لم يقتصر على تواجد إرادة المتعاقدين ورضاهما، بل كان يعتمد على رسوم وأشكال يلزم بها القانون.

فلما جاء القرن الثالث عشر جاء ما يسمى بعصر النهضة اخذت الارادة الإنسانية تفرض وجودها في العقد فأخذت العقود تتحول من عقود شكلية إلى عقود رضائية، حتى صارت الارادة هي الأساس الأول لتكوين العقد مع ذلك بقيت بعض الرسوم والأشكال الضرورية الاعتراف القانون بآثار بعض العقود، وذلك كإشراك التسجيل لنقل الملكية في العقود الناقلة للملكية إذا كان المحل عقاراً⁽¹⁾.

إن الرضا في عقد الزواج لا يكفي عند الفقهاء لصحة الانعقاد بل لابد من الإعلام ليكون العقد صحيحا في حين اكتفى بعض الائمة بشهادة الشاهدين لهذا الإعلام وأمام كل هذا تساءل عن اعتبار المشرع الجزائري عقد الزواج عقد شكلي أم رضائي.

المطلب الأول: الركن والشروط الموضوعية:

يعد عقد الزواج كباقي العقود التي تقوم على أساس أركان وشروط ولقد تعددت النظريات الفقهية حول تأصيل بناء العقد.

كما اختلفت التشريعات القانونية فيما بينها حول تحديد الأركان الشروط المتعلقة بعقد الزواج فمنهم من يرى الولاية كركن والبعض الآخر يرى المهر شرط من شروط

¹ - أنظر. محمد أبو الزهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية . دار الفكر العربي، ص 198.

صحة عقد الزواج ومن خلال هذا نحاول في هذه الدراسة بيان أهم النقاط المنتقدة الموجهة إلى تعديل المشرع لهذا العقد.

الفرع الأول: ركن الرضا في الزواج

ولكي نزيل الغموض عن موضوع الرضا عند الاستعمال وعند الفهم لابد من تأصيل مفهومه عند جمهور الفقهاء وعند المشرع الحديث وكيف تطرق إليه.

أ- تأصيل مفهوم عند الفقهاء

إن جمهور الفقهاء يعتبرون أن عقد الزواج يعتبر من العقود الشكلية، بحيث لا يكتفي في تكوينه برضا الطرفين، ولكن لابد مع هذا الرضا من إعلان وشهرة أو شهادة شهود أما ما ذهب إليه أبو حنيفة على أن الشهود شرط لصحة النكاح وليس شرط الانعقاده كما قرر السنهوري في نظرية العقد أن عقد الزواج عقد شكلي ويقول الإمام أو زهرة " والرأي عندي أن عقد الزواج عند أبي حنيفة وأصحابه ينطبق على اسم عقد الشكلي"⁽¹⁾.

إن الاشهاد عند المذاهب الأربعة شرط في صحة الزواج فلا يصح بلا شهادة اثنين غير الولي لقوله صلى الله عليه وسلم: " فيما روته عائشة" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽²⁾.

1- أنظر. محمد أبو الزهرة، المرجع السابق، ص 202.

2- رواه الدار قطني في السنن(3\225) برقم 23 والبيهقي في السن الكبرى (125/07) برقم (13497) والطبراني في المعجم الأوسط (9291) وابن حبان في صحيحه(4075) و صححه الالباني في (صحيح الجامع)(7557)

وتتجلى أهميتها في أنها وسيلة للحفاظ على حقوق الزوجة والولد وأبعاد التهمة عن الزوجين ولهذا قالت المالكية بفسخ نكاح السر⁽¹⁾.

وهو الذي يوحى فيه الزوج الشهود بكتمه عن إمرأته، أو عن جماعة فسخ النكاح بدخول الزوجين بلا إشهاد ويحذان معا حد الزنا جلدا أو رجما إن حدث وافر به واثبت الوطء بأربعة شهود كالزنا ولا يعذران بجهل وقولاً لحنابلة " لا يبطل العقد بناوحي بكتمانه فلو كتمه ولي والشهود والزوجان صح وكره"⁽²⁾.

في الحين أن المذهب الحنفي يعتبرون الزواج خاصا اذا فقد شرط من شروط الصحة ومن انواع الزواج بغير شهود، وليس للزواج الفاسد كم قبل الدخول فلا يترتب عليه شيء من آثار الزوجية، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة ولا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة ولا تجب فيه العدة و لا تثبت به حرمة المصاهرة ولا يثبت به النسب ولا توارث ويجب على الزوجين أن يتفرقا بأنفسهما وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما.

ب- المفهوم لدى المشرع الجزائري:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة الأصلي على أن الزواج هو عقد دون أن يذكر أو يصرح بأنه عقد شكلي أو رضائي في حين أن في التعديل الجديد أصبحت المادة الرابعة تنص بصريح العبارة على أن الزواج هو عقد رضائي وبالتالي يرى بأن المشرع الجزائري قد خالف جمهور الفقهاء في تكييف عقد الزواج⁽³⁾.

1- أنظر. محمد أبو الزهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية . دار الفكر العربي، ص 198.

2- أنظر. الدسوقي، الشرح الكبير، ج2، دار المعارف المصرية، ط2، ص236.

3- أنظر. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج09، دار الفكر ، ط2، 1984، ص 6560.

فهل يستخلص من هذا التكييف أن الرضا هو الركن الأساسي لعقد الزواج ام أراد الحط من كافة الأركان والشروط الأخرى بالنظر إلى المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يمكن استخلاص بأن عقد الزواج يقوم على الشروط الآتية:

- أهلية الزواج
- الشاهدان
- الصداق
- الولي
- انعدام الموانع الشرعية.

وكذلك أيضا ما جاء في المادة 11 من نفس القانون على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره. مما يمكن استنتاجه ان المشرع الجزائري اعتبر عقد الزواج في المادة الرابعة على أنه عقد رضائي.

فمسألة الرضا وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إبرام عقد الزواج ليكون العقد صحيحا ولا يعتد إلا بإرادة الواضحة من حيث اللفظ ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول من الطرفين فالإرادة الباطنة ليس لها أثر قانوني، وعليه فإنه لا بد من التعبير على وجود الإرادة وقد بين المشرع الجزائري في نص المادة 10 من نفس القانون عن كيفية التعبير عن إرادة وهي الآتي " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من طرف آخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

عند استقراء المادة 10 من قانون الأسرة يتضح لنا أن المشرع سلط الضوء على وجوب توفر رضا الزوجين كركن إنعقاد الزواج ولكنه سكت عن ذكر الطريقة التي يعبر بها الطرفان عن إرادتهما ورضاهما بالزواج، والمشرع لم يجعل كذلك

طرق التعبير عن الإرادة في نفس الدرجة بل أعطى أولوية للكلام إذا كان المقبل على الزواج يستطيع الكلام.

أما إذا كان عاجزا عن الكلام فله أن يعبر عن إرادته بكتابة أو بإشارة لكن المشرع جعل الكتابة وإشارة في نفس المرتبة بل كان عليه ان يعطي مثل ما فعله بالنسبة للطريق الأول للكتابة عن الإشارة⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري قد أغفل العيوب التي تشوب الرضا التي قد تؤدي إلى بطلان عقد بطلانا نسبيا أو مطلقا كذلك كان عليه ان يبين شروط المتعلقة بالتعبير عن الإرادة مثل كون الرضا حالا أو معلق على شرط أو يقترن بأجل.

الفرع الثاني: الأهلية

باعتبار أن عقد الزواج كباقي العقود يجب أن تتوفر فيه الأهلية لتكون التصرفات صحيحة و العكس اذا كانت الاهلية ناقصة او يشوبها نقص يمكن ان تكون التصرفات غيرصحيحة ومنها ما يؤدي بها إلى البطلان سواء النسبي أو المطلق ولنا أن نتساءل حول مدى توفيق المشرع الجزائري في تحديد السن القانونية للزواج.

1- مفهوم الأهلية لدى الفقه:

يقصد بأهلية في الفقه الإسلامي صلاحية الشخص للالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره، وتثبت له حقوق قبل غيره، فإن الشخص أهلا لثبوت الحقوق المشروعة له وثبوت الحقوق المشروعة عليه، وأهلا لان يستلزم

¹ - أنظر تشوار الجيلالي. محاضرات في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، غير مطبوعة، 2000-2001.

بحقوق ينشئ أسبابها القولية، كانت عنده الأهلية بجزئيتها أو كانت عنده ما يسمى في العرف الفقه أهلية الأداء⁽¹⁾.

وإذا كان لشخص صلاحية لثبوت الحقوق له وجوب الواجبات عليه كإنتقال الملك له وكوجوب نفقته على الغير إن لم يكن له مال، تسمى أهلية الوجوب⁽²⁾.

إن أهلية الأداء تثبت كاملة للبالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه، أما الناقص الأهلية فهو من كان عنده أصل التمييز ولكن لم يكن عنده كمال العقل.

ولم يشترط جمهور الفقهاء لانعقاد الزواج البلوغ والطفل وقالوا بصحة الزواج الصغير والمجنون⁽³⁾.

لقد كانت آراء الفقهاء واضحة فلم يعينوا للرشد سنا خاصة وإن عينوا للبلوغ سنا إذا جعل أو حنفية نهاية لسن الحجر، ونقص الأهلية فحدهما بخمس وعشرون سنة ولكن وجهة نظره ليس تعيين سن الرشد بل لأنه يرى هو وزفر والنخعي أنه لا يصح أن يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبلغ الرجال ببلوغه الخامسة والعشرون ولو كان أفسق الفساق وأشدهم تبذيرا للمال ما دام عاقلا ليست عنده لوثة جنون ولكن الجمهور الفقهاء خالفوهم. وقرروا أن يستمر الشخص ناقص الأهلية حتى يبلغ رشده ويستطيع القيام على ماله".

ب- المفهوم القانوني للأهلية

¹- أنظر. الإمام أو زهرة، المرجع السابق، ص 261.

²- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6682.

³- الشوكاني نيل الأوطار. ج3. دار الكتب العلمية، لبنان، 1980، ص 60.

بالنظر إلى آثار عقد الزواج من المسؤولية ملقاة على عاتق طرفي العقد لما لها من آثار اجتماعية واقتصادية سعت معظم التشريعات الأحوال الشخصية على أهلية الزواج وتعيين السن المحدد لها.

ولقد حددها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في مادته السابعة بـ21 سنة للفتى و18 سنة للفتاة بموجب قانون رقم 84-11 ثم جاء التعديل المادة ليخفضها إلى سن 19 سنة للفتى وهي نفس السن المتطلبة في الفتاة وهي كالاتي " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي يرخص بالزواج⁽¹⁾. قبل ذلك لمصلحة او ضرورة من تأكدت قدرة الطرفين على الزواج

إن الشيء الجديد الذي جاءت به المادة السابعة من قانون الأسرة الجزائري هو رفع السن لكل من الجنسين عكس المادة الأولى من قانون 29 جوان 1963 وخاصة بتحديد السن.

وما يمكن قوله من هذا التعديل هو أن المادة الأولى قد الغيت ضمناً لما اشتملت عليه مادة السابعة والسؤال المطروح هل الإلغاء المتضمن في المادة السابعة للمادة الأولى من قانون 1963 قد مس جميع النصوص التالية لها والتي قد اشتملت على احكام تتعلق بتنظيم قواعد لميتعرض لها قانون الأسرة ضمن قواعده.

كذلك الجديد في المادة السابعة بعد تعديلها ان استثناء الخاص بزواج قبل بلوغ سن الأهلية أصبح يشتمل على كل من المرأة والرجل بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط.

¹ - تنص المادة 07 من قانون رقم 84-11 على تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة .

ولقد ساوى المشرع الجزائري بين المرأة والرجل في سن الأهلية وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية خاصة إذا علمنا جميعا من جهة ان المشكلة التي يشكو أكثر منها المجتمع الجزائري ليس مشكلة الزواج المبكر، بل هل مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة ومشكلة العجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للشباب، ومن جهة اخرى فإننا نلاحظ بعد التعديل المادة فقد أتى بشرط آخر وهو إمكانية منح الإعفاء من سن أهلية الزواج بإضافة إلى إلزام القاضي مراعاة المصلحة والضرورة عند الترخيص وإعفاء من سن أهلية الزواج، يجب عليه مراعاة إذا كان المرخص لهما يتمتعان بالقدرة الكافية على الزواج أم لا .

كذلك فقد منح المشرع الجزائري عناوين عريضة للاجتهد فهل أصاب المشرع بمنح السلطة التقديرية الكافية للقاضي.

من خلال منحه الترخيص لزواج القصر وعلى أي أساس استند المشرع في تحديد سن اللازمة للزواج ؟

هذه التساؤلات نطرحها على المشرع الجزائري الذي حدد سن الزواج وكذلك توسيع السلطة تدخل القاضي.

وأما ما أتى به من جديد في هذه المادة هو ما تضمنته الفقرة الأخيرة في المادة والتي منحت الزوجين اللذين لم يبلغا سن الرشد المدني صلاحية وأهلية التقاضي فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة، واثبات النسب والحضانة وطلب الطلاق والخلع وغير ذلك⁽¹⁾.

¹ - تنص المادة 07 من قانون رقم 84-11 على تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة والمرأة بتمام 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو ضرورة .

هذه جملة الانتقادات الموجهة للمشرع الجزائري فيما يخص الركن الشرط الموضوعية لعقد الزواج وهناك انتقادات أخرى التي تخص شرط الولي إضافة إلى تعديلات الجديدة في هذا الشرط، وبالتالي جعلت هذا المطلب تحت تسمية الشروط الشكلية.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

إن المادة التاسعة من قانون الأسرة قبل التعديل كانت تنص على أنه يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة الشاهدين والصدق ولما وقع التعديل قسمت هذا المادة إلى ثلاثة مواد هي المادة 09 ونصت على أن بتعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين والمادة 09 مكرر ونصت على أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: وهي أهلية الزواج الصدق، الولي، الشاهدين، انعدام موانع الشرعية والمادة 11 التي جاءت فيها أن المرأة الراشدة تعقدزواجها بحضور وليها وهو أبوها وأحد أقاربها أو بحضور أي شخص تختاره.

ومن خلال كل هذا يتضح لنا أن عقد الزواج أعيد بناؤه من جديد وهذا بعد دراستنا وتحليلنا لهاته المواد وهذا الأمر الذي سنتطرق إليه في هذه النقطة.

الفرع الأول: شرط الولي

إن جمهور الفقهاء قد اختلفوا في تكييف هذا الشرط يعني هل هو شرط من شروط الصحة عقد الزواج أم هو ركن أم هو غير ذلك وما هو موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

أ- الولاية عند الفقهاء

الفصل الأول: الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج

الولاية بفتح الواو وبكسرهما حضور فيقال ولي عليه ولاية إذا أمكن أمره وقام

به.

والولاية في الاصطلاح الفقهاء السلطة الشرعية تخول صاحبها أثناء العقود والتصرفات وجعلها نافذة سواء كان الموضوع التصرف يخصه هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع إمتداد أو مستمد من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة⁽¹⁾.

والولاية قمران ولاية على المال وولاية على النفس والولاية على المال هي القدرة على إنشاء العقود الخاصة بأموال وتنفيذها، والولاية على النفس هي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد⁽²⁾.

والولاية في الزواج يقسمها الفقهاء إلى قسمين ولاية إجبار وولاية اختيار والولاية الأولى هي التي يستمد فيها الولي بإنشاء عقد الزواج أما الولاية الثانية فتشرك المرأة البالغة مع وليها في إنشاء العقد.

والولي هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباه أو وصيا عليها أو وكيلها أو قريبا عاصبا أو حاكما⁽³⁾.

إن للولاية أهمية كبيرة على المرأة وذلك من خلال أن هي سبب في اختيار الزوج الصالح لها لأن المرأة ضعيفة عقل والدين سريعة العاطفة وتكون دائما مخدوعة فيمكن أن يأتي رجل يغرها ويمدح نفسه عندها ويجعل نفسه فوق الناس وتحت الله في المال والكمال والأخلاق والدين وهو من أفجر وأرذل الناس فتتخدع

¹- أنظر. عبد العزيز سعد. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد دار هومة. 2007. ص 25.

²- محمد سلام منكور أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1958، ص 63.

³- أنظر عيسى حداد، المرجع السابق، ص 114.

لأنها ضعيفة التصور والعقل ويستهوئها الشيطان وكل فاجر وفاسق فكان من الحكمة ألا تتزوج إلا بولي وهذا الذي عليه عامة أهل العلم وجمهور الأمة⁽¹⁾.

وقد اشترط الفقهاء في الولي سبعة شروط بحيث لو عدمت فيه فوجوده كعدمه.

الأول: التكليف، فلا يتزوج الصغير ولا المجنون ولو أحياناً.

الثاني: الذكورية: فلا تزوج المرأة للمرأة للحديث " ولا تزوج المرأة المرأة"

الثالث: الرشد في العقد بحيث يعرف الكفو والمصالح النكاح إن رشد كل مكان بحسبه.

الرابع: اتفاق الدين: فلا ولاية لكافر على مسلمة.

الخامس: العدالة: لما جاء لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد أو سلطان فإن نكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل ، أخرجه الدار قطني في السنن (" 21/13) برقم (11)، والبيهقي في السن الكبرى 124/07 برقم 13494 من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال الألباني في " إرواء الغليل" 1845 "ضعيف مرفوعاً وصحيح موقوف"

السادس: الحرية لان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى

السابع: مراعاة الترتيب في الولاية فلا يزوج الأبعد مع وجود الأقرب بدون مبرر.

وقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف ينفذ النكاح حرة المكلفة البالغة العاقلة على رضا الولي فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زوجها وزواج غيرها لكن إذا تولت عقد

¹ - أنظر . شرح الممتع على زاد المستقنع لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله، المجلد الخامس، كتاب الفرائض و النكاح و العتق والطلاق ص146.

زوجها وكان لها ولي اشترط لصحة زواجها أن يكون الزوج كفوًا وألا يقل المهر عن مهر المثل⁽¹⁾. بينما ذهب مالك إلى أنه لا يتم النكاح إلا بولي وأنه شرط في الصحة وبه قال الشافعي وأحمد⁽²⁾.

فدليل الولي من القران كقوله تعالى " ولا تتكحوا المشركين حتى يؤمنوا"⁽³⁾. تتكحوا خطاب موجه لأولياء فدل على أن أمر النكاح راجع إليهم ولذلك خوطبوا به وقوله تعالى أيضا " فلا تعضلوهن" تمنعوهن من أن ينكحن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ووجهة الدلالة من الآية انه لو لم يكن الولي شرط لكان عضله لا أثر له ففي الآية دليل على انه لا فرق في اشتراط الولي بين البكر والثبت .

ب-موقف الفكر القانوني من شرط الولي:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأسرة قبل تعديلها على أن لا يتولى زواج المرأة وليها" ولكن بعد التعديل بموجب المر رقم 05-02 على أن المرأة الراشدة تعقد زواجها بحضور وليها في الفقرة الثانية منها على انه " دون الإخلال بأحكام المادة 07 من هذا القانون يتولى زواج القاصرين أوليائهم ..."

وامام هذه النصوص القانونية لنا أن نطرح السؤال التالي: هل تعتبر الولاية شرط أساسي جوهري في عقد الزواج أم هو من أمور الشكلية؟

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6698.

2- الإمام ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط10، دار الكتب العالمية، بيروت، لبنان، 1988، ص08.

3-سورة النقرة الآية 230.

من خلال استقراءنا وتحليلنا لنصوص السالفة ذكر ومقارنتها بأحكام المذاهب الإسلامية نستنتج ما يلي:

• اختيار المشرع أن يجمع بين المتناقضين ونص على أن المرأة الراشدة يجوز أن تبرم عقد زواجها ولكن فقط بحضور وليها أو أي شخص تختاره⁽¹⁾.

وكذلك المادة 13 المعدلة ومن خلال قراءتنا لها نجد أنها تنص على أنه لا يجوز للولي سواء كان ابا أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز أن يزوجها دون موافقتها ويتضح لنا أن مشرع قد تحول عن مذهبه وأخذ برأي بعض آراء الفقهية التي لا تقول بولاية اجبار إلا على الصغار⁽²⁾.

في حين أننا نرى أن المادة 09 مكرر قد وضعت الولي في الدرجة الثالثة من درجات سلم الشروط عقد الزواج فهل يعنى هذا أن تغييب الولي عن مجلس إبرام العقد سيؤدي إلى بطلان العقد أو فسادة. وكذلك ما الهدف من نص الفقرة الثانية من المادة 33 معدلة على أن عقد الزواج بدون شاهدين أو صدق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ العقد قبل الدخول ويثبت بعده والواقع بدل على أن المشرع الجزائري قد وقف من شرط الولي موقفا متذبذبا فلا هو قرر الغاء نهائيا ولا قرر اشتراطه وهذا ما يدل على ان المشرعين الجزائريين قد تعرضوا للضغوطات من جهات مختلفة واختاروا أن يقفوا هذا الموقف الغامض⁽³⁾.

¹ - راجع في ذلك عبد العزيز سعد، المرجع السابق، دار هومة، ط1، 2007، ص 40.

² - ابن رشد، المرجع السابق، ص37.

³ - أنظر عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 42.

وإذا لم يكن الأمر كذلك فما الذي يقصده المشرع الجزائري من المادة 11 المعدلة من قانون الأسرة على ان المرأة الراشدة تعقد زواجها ثم تقول بحضر وليها وبعد برهة يضيف أو أي شخص آخر تختاره؟

ومن خلال هاته المادة يمكن الملاحظة أن المشرع الجزائري قد جعل من شرط ولي شرط شكليا وأنه بهذا الحكم قد خالف جميع المذاهب الاسلامية.

علما أن الحنيفة يستحسنون شرط الولي مع انهم يجعلون له حق به الاعتراض على الزواج من في ولايته من غير كفى أو أن المهر المقدم لا يمثل قيمة من تشابهها أي مهر مثل.

ومن خلال كل هذا يمكن معرفة نية المشرع ومدى تأثيره بأحكام القانون المدني الفرنسي فمن خلال حكمه على الولي بأنه شرط شكلي سيؤدي حتما إلى فتن عظيمة بين الأسر في المجتمعات الإسلامية وأحيانا لو منح الولي حق الاعتراض على تزويج البنت لنفسها لأنها إذا خرجت عن طاعتها لولي امرها وتزوجت مع فاسق أو فاجر أو عاجز عن توفير أدنى شروط الحياة سيؤدي حتما إلى تعكير صفو العلاقات الزوجية ويؤدي إلى انحلالها ومالها من تبعات سلبية على مجتمع والأسرة مبدئيا.

وما يمكن قوله في تهميش سلطة الولي بحكم احقاق المساواة بين الرجل والمرأة بغية تسديد تعاليم حقوق الإنسان وهذا ليس من شيم الإسلام ولا الدول الإسلامية لأن القوامة للرجل على المرأة لأن الله عز وجل خلق والرجل والمرأة وفرق بينهما في خلقه كل واحد منها وما يتمتع به من صفات وخصائص تجعل لكل واحد منهما تأثيره ومؤثراته.

ويتضح لنا مما سبق ان المشرع الجزائري قد أعاد بناء عقد الزواج من جديد وأضفى عليه طبيعة قانونية مستحدثة مما يترتب عليه آثار قانونية مغايرة على السابق وبالتالي سنحاول البحث عن هذه الآثار في المبحث التالي.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف الركن والشرط.

ينبغي أن يصدر رضا الزوجين خاليا مما يعيبه أو نظرية عيب الرضا مترتبة على مبدأ سلطان الإدارة وعيوب الإدارة في القانون الفرنسي هي الغلط والإكراه⁽¹⁾. نأخذ بها كلها في عقد الزواج.

المطلب الأول: البطلان

على رغم من ان المشرع الجزائري أحجم عن وضع نص يتعلق بعيوب الرضا في عقد الزواج عكس ما هو في القواعد العامة وسببا لبطلان العقد إلا أنه أعطى الحق لكل من وقع في الغلط في طلب إبطال العقد غير أن هذا النص لم يكن له أثر في تعديل قانون الأسرة⁽²⁾.

الفرع الأول: آثار الغلط

يعرف الفقه الغلط بأنه " وهم يقوم في ذهن فيصور الامر على خلاف الواقع"⁽³⁾.

¹- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام ط1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 42.

²- أنظر. عيسى حداد، المرجع السابق، ص 114.

³- أنظر محمد حسن قاسم، الالتزامات، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 114.

إذا وقع الغلط في ماهية العقد وطبيعته أو في شرط من شروط انعقاده أو في ذات المعقود عليه، فإن هذا التعامل يحكم ببطلانه في رأي الجمهور الفقهاء وهو ما أخذت به القوانين العربية⁽¹⁾.

أما الغلط في طبيعته محل العقد وذاته فيوضحه ما جاء في المادة 208 من المجلة العدلية ولفضها "إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع شيئاً زاجاً على أنه الماس بطل البيع"⁽²⁾.

النظرية التقليدية في الغلط على ثلاثة أنواع هي:

1. الغلط يبطل العقد بطلان مطلقاً وهو الذي يعدم الرضا ويكون في ماهية العقد أو في ذاتية محل الإلزام أو في سبب الإلتزام.
2. غلط يبطل العقد بطلان نسبياً ويكون في حالتين هما الغلط في مادة الشيء وغلط في شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار.
3. غلط أثر له في صحة العقد وهو الغلط في صفة غير جوهرية⁽³⁾. وفي هذا الإطار نص المشرع الجزائري في المادة 82 من قانون المدني الجزائري على أن يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد على إبرام العقد لو لم يقع في هذا العقد.

ومن خلال كل هذا يتبين لي أن المشرع أخذ بالمعيار الذاتي الشخصي قوامه الصفة الجوهرية في نظر المتعاقدين.

1- أنظر محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، سعد سمك للنسخ والطباعة، الاسكندرية، دون سنة الطبع، ص 82.

2- الكساني، البدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، ص 139.

3- محمد حسنين، المرجع السابق، ص 114.

ولكن بنظر إلى عقد الزواج نلاحظ ان شخصية الزوج أو الزوجة مسألة جوهرية وبالتالي إذا كان الغلط في الشخص يترتب عليه بطلان العقد كان يتزوج شخص فتاة على أساس انها ليلي، ثم يتبين له بعد ذلك انها هند.

أما الغلط اذا كان في صفة من صفات المتعاقد لا يمكن بطلان العقد⁽¹⁾.
كأن يتزوج رجل فتاة معتقدا أنها بنت فلان الغني ثم يتبين له أنها بنت فلان فالزوج صحيح.

هذا كل ما يخص الغلط وموضوع الغلط ودونه في ترتيب الآثار على العقد من صحة وبطلان، التدليس والإكراه، لكن يا ترى إذا كان العقد يشوبه عيب تدليس فما هو مصيره، وهذا ما سوف أجييب عنه في الفرع التالي:

الفرع الثاني: آثار التدليس

يعتبر التدليس عيب من عيوب الرضا خصوصا إذا توفر السبب للشخص الذي تعاقد بسبب ما دلس عليه بحيث يمكن إنهاء العقد ولهذا يجب معرفة التدليس في عقد الزواج باعتباره عيبا من عيوب الرضا.

يعرف التدليس عند الفقه الإسلامي بمصطلح التغيير أو الضرر وقد وصل هذا الفقه في تقرير نظرية التدليس طبقا لما ذكره السنهوري إلى مدى بعيد لا يقل عن المدى الذي وصل إليه الفقه العربي، فهو يعرف التغيير باستعمال الطرق

¹ - أنظر عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المجتمع العربي الاسلامي، منشورات محمد الداية، بيروت، 1953، ص 104.

الاحتمالية ويعرفه عن طريق الكذب. بل يعرفه عن طريق محض كتمان ثم هو كالفقه العربي يعتمد بالتدليس الصادر من الغير⁽¹⁾.

تنص المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من جسامه بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

إن إمكانية تطبيق هذه المادة في عقد الزواج امر ممكن خصوصا مع غياب النص القانوني في قانون الأسرة حول التدليس في عقد لأنه يكون قابلا للإبطال فالتدليس يأخذ صور عديدة في عقد الزواج البعض منها مقتض ويمكن تجاوزه كما يذكر الفقهاء بالنسبة للضرر اليسير مثلا إذا تظاهر الرجل بالكرم والترفع لحمل المرأة على قبول الزواج منه وتظاهرات هي بالحياء والتربية والخلاق فهنا لا يمكن اعتبار هذا التدليس مصيب للرضا. أما إذا ادعى شخص عدم الزواج وتبين للمرأة خلاف ذلك فلها أن تبطل العقد لوقوعها في التدليس كما تجدر الإشارة على أنه لا يمكن تطبيق نظرية التدليس في إبطال عقود الزواج حيث الأخذ بذلك يؤدي إلى بطلان نسبة كبيرة من العقود وخاصة بعد الدخول إذ تظهر حقيقة كل طرف ويصعب الرجوع على كل شيء خصوصا أن عقد الزواج بعد الدخول يستهلك.

إن من شروط لزوم⁽²⁾. العقد أن يكون خاليا من التغيرير لأنه إذا غر الزوج الولي أو موليته التي تزوجها بأنه كفؤ لها أو ادعى نسب غير نسبه فظهر نسبة دون ما ادعاه لنفسه من نسب وكان ذلك مخلا في الكفاءة فحق الفسخ كانت للمرأة

¹ - أنظر . عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص149.

² - يراد بالعقد اللازم ما ينفرد أحد عاقيه و لا غيرهما بحق فسخه.

ولأوليائها لأن العقد حقهم في هذه الحالة غير نسبه فظهر نسبه دون ما ادعاه لنفسه من نسب، وكان ذلك مخلا في الكفاءة فحق الفسخ ثابت للمرأة ولأوليائها لأن العقد في حقهم في هذه الحالة غير لازم لتقريرهم، ولكن إذا كان ما ظهر من ظهر من نسبه الحقيقي فوق ما ادعاه وأخير به فلا أحد له حق في الفسخ، لأن العقد هنا يعتبر لازما في حقهم جميعا لعدم الضرر عليهم بما ادعاه لنفسه⁽¹⁾.

وبعد معرفة آثار التدليس على العقد تجدر الإشارة إلى بيان آثار الاكراه الذي يعد عيبا آخر من عيوب الإرادة التي تغير من طبيعة العقد.

المطلب الثاني: الفسخ

يعتبر الفسخ الجزاء الذي رتبته القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته أي انحلال الرابطة العقدية لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما عليه من التزام طبقا للمادة 119 من التقنين المدني.

ويترتب على تطبيق كل من البطلان والفسخ كقاعدة عامة زوال العقد باثر رجعي استنادا إلى وقت إبرامه حسب (المادتين 103 و132) من قانون المدني الجزائري".

ويمكن معرفة الفرق بين الفسخ والبطلان من خلال السبب والنطاق وكذا السلطة التقديرية.

أ- من حيث السبب: يرد الفسخ على عقد بعد أن يكون قد نشأ نشأة صحيحة بينما يرد البطلان على العقد لم ينشأ نشأة صحيحة ففي الفسخ يفترض وجود عقد صحيح

¹ - انظر. عبد الكريم زيدان. المفصل. ص 127.

ولكن الواقعة لاحقة على نشوئه هي التي أجازت طلب فسخه وتتمثل هذه الواقعة في تخلف أحد طرفي العقد عن تنفيذ ما يفرضه عليه من التزامات⁽¹⁾.

ب- من حيث النطاق نظرية البطلان أوسع نطاق من نظرية الفسخ، ذلك ان الفسخ لا يكون إلا في العقود التي تولد التزامات متبادلة أما البطلان فيمكن تطبيقه بغض النظر عن كون العقد ملزم لجانب واحد أو لجانبين لأن سبب البطلان يتمثل في عدم مراعاة أحكام قانون في مرحلة تكوين العقد⁽²⁾.

ج- من حيث السلطة التقديرية للقاضي ليس مجبرا على حكم دائما للفسخ لصالح طالب فله سلطة التقديرية في الحكم بالفسخ أو بعدمه وهذا طبقا لما جاء في المادة 119 / 02 من تقنين المدني التي تنص على أنه " يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف" كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفيه المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، أما في البطلان فتتعدم هذه السلطة التقديرية. متى تحققت شروطه فلا يكون في وسع القاضي إلا الحكم به⁽³⁾.

الفرع الأول: آثار الإكراه:

إن من عيوب التي تؤثر في رضا تأثير كبيرا يجب الإكراه الذي يصيب الرضا عند الإنسان.

والإكراه ضغط تتأثر به إدارة الشخص فيندفع إلى التعاقد والذي يفسد الرضا ليست الوسائل بل الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد⁽⁴⁾.

1- أنظر. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق. ص 47.

2- أنظر محمد سعيد جعفرور نظريات في صحة العقد وبطلاته في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، ص 47.

3- أنظر. محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 48.

4- أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 334.

ويعد الإكراه من الأعذار الشرعية، ولقد تعددت الآراء في تكييف نظرية الإكراه فنذهب الحنفية إلى تقسيمه إلى قسمين.

أ- الإكراه الملجئ:

وهو الذي يعرض الشخص أو المال لتلف شديد كالتهديد بالقتل أو تلف عضو من أعضاء الجسم أو الضرب الشديد الذي قد يؤدي عادة إلى الهلاك⁽¹⁾.

ب- الإكراه غير الملجئ:

هذا الإكراه خفيف عن الأول بحيث يكون أقل خطورة بحيث يعرض النفس الاصابات الطفيفة كالتهديد بإتلاف جزء من المال أو بالضرب الذي لا يؤدي إلى هلاك. أما جمهور الفقهاء ذهب إلى ضرورة أن يغلب على ظن المكره جدية المكره حتى لا يكون هناك معيار للجدية على تهديد وبعث الخوف والرهبة في النفس⁽²⁾.

أما في القانون يعرف الفقهاء الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد. والذي يعيب إرادة المتعاقد هنا ليست هي الوسائل المستعملة في الإكراه بل هي حالة نفسية التي أدت إليها وهي: الرغبة التي تولدت في نفس الشخص فدفعته إلى التعاقد. فإرادة المكره تكون على هذا النحو إدارة معينة تعوزها حرية الاختيار⁽³⁾.

إذا كان الزواج يتم بإيجاب والقبول فما تأثير الإكراه على عقد الزواج ذهب الجمهور فيما ذكره الإمام الشوكاني، إلى بطلان عقد الزواج في حالة إكراه أحد الطرفين وعن عائشة رضي الله عنها قالت: "قلت يارسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن قال

¹- عيسى حداد عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، 2006، ص 58.

²- أنظر. فخري، أبو حنيفة، الإكراه في الشريعة الإسلامية، ط1، مطابع المدنية المنورة، المملكة العربية السعودية 1982، ص 22.

³- محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون والالتزامات، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 281.

نعم، قلت: فإن البكر تستأمر فتستحي فتسكت فقال. سكاتها اذنها(1). وقد أشار الناظم العلامة الجليل حافظ بن احمد بن علي الحكمي رحمه الله بقوله"

والبكر تستأذن وتست *** يتيمة وثيب للخبر

ومن يزوجها الولي إجبارا *** ولو أيا أثبت لها الخيارا

أي إنه لا يجوز للولي أن يجبر موليته على الزواج ولو كان أبا سواء كان أبؤها من الزواج مطلقا أو كان من شخص بعينه، وذلك لأحاديث المتقدمة في وجوب الاستئذان، ولما جاء عن الخنساء بنت خدام الأنصارية أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها.

إن الإكراه في حد ذاته لا عيب الرضا، وإنما الذي يعيبه ما يولده في نفس المكره من رهبة وخوف يحملانه على ابرام العقد وهذه المسألة متعلقة بالاكراه الجوهري لأن وسيلة الاكراه يجب أن تؤثر في نفس المتعاقد وتبعث فيها الرهبة أو الخوف يدفعه إلى التعاقد وللقاضي تقدير مدى تأثير الاكراه في نفس المتعاقد وهل بلغ هذا الحد من الجسامة أو لم يبلغها مع مراعاة جنس من وقع عليه الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية وحالته الصحية وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3/88 (2). من القانون المدني

كذلك ما يجب الاشارة اليه وهو أنه هناك فرق بين الإكراه كعيب للرضا والاكراه الأدبي وكذلك طاعة المرأة لأبيها بدافع الاحترام والحشمة فتقبل بالعقد، فلا يجوز لها في هذه الحالة أن تتحجج أنها وقعت في الاكراه.

1- أخرجه البخاري (4946) واللفظ له، ومسلم (1420).

2- أنظر عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعية ، باجي مختار عنابة، 2006، ص61-

الفرع الثاني : السن القانونية للزواج

ولقد استحدثت معظم قوانين الأحوال الشخصية بما فيها قانون الاسرة الجزائري شرط المحدد لأهلية الزواج تماشيا ومقتضيات العصر وذلك حسبما يراه المشرع من عواقب في نظره من أضرار صحية واجتماعية التي تترتب على الزواج المبكر حيث تنص المادة 07 المعدلة بأمر رقم 05-02 بأن " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" ذلك لأن هذه السن لا تسمح بتكوين أسرة قادرة على تحمل الأعباء الكبيرة والمسؤوليات الناجمة أو المنجرة عن عقد الزواج.

فإذا ألقينا نظرة على الكتب الفقهية القديمة وجدنا أنها لا تأخذ في الأصل بفكرة السن في الزواج وإنما البلوغ أي البلوغ الجنسي الذي يكون بظهور أمارته الطبيعية وهي اثنان يشترك الذكر والأنثى كإنزال و انبات شعر العانة وتنفرد الأنثى بزيادة الامور التالية: الحيض والتدبين ومن ثم يصعب تحديد سنا معيننا تنطبق على جميع الأشخاص ومع ذلك فيلاحظ أن الفقه الاسلامي قد جعل اكتمال أهلية الزواج بسن كحالة استثنائية الفقهاء في تحديد هذه السن، فحددها الإمام أبو حنيفة بثمانى عشرة سنة للفتى وسبع عشرة سنة للفتاة بينما حددها الشافعية الأحناف في رأي المشهور عنهم بخمس عشر سنة للفتاة والفتى معا وحددها أخيرا الفقه المالكي بثمانى عشر سنة لكلا الجنسين (1).

وعليه لو رجعنا إلى نص المادة التي تحدد سن أهلية الزواج نجد أنه لم يوقع جزاء لمن خالف سن أهلية الزواج وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية طبقا للمادة

¹ - أنظر تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون ، الجزائر، 2001، ص 48-49.

222 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن الزواج صحيحا على الرغم من ترتيبه لمسؤوليات على عاتق الطرفين .

لكن إذا كان لا يوجد نص صريح يبطل عقد زواج صغار لا في الكتاب والسنة ومادام المشرع الجزائري قد فتح المجال بصفة زواج الصغار بالإذن والرخصة من القاضي وسمح بتسجيل الزواج العرفي ضمنا رتب الصحة على عقد الزواج الصغار فلماذا حدد السن القانونية للزواج بالنسبة للرجل والمرأة ببلوغ سن 19 سنة مع العلم أنه يمكن البلوغ مبكرا سواء للرجل أو المرأة.

لا يمكن ترتيب جزاء البطلان على مخالفة سن الزواج بحجة الرجوع إلى أحكام قانون 1963 وبحجة أن ما لم ينص عليه القانون الجديد فأحكام القانون القديم تبقى قائمة وهذا الرأي الذي تبناه الاستاذ عبد العزيز سعد يكون صائبا في حال إذا لم يكن قانون الأسرة يحتوي على نصوص أخرى إذ أنه من أحكام الغاء القاعدة القانونية ما نصت عليه المادة 02/02 من القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أن نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم (1).

ولقد جاء في الاجتهاد القضائي الجزائري ما يلي: من المقرر شرعا أن عدم توافر أهلية الزواج ينتج عنه بطلانه ومن المقرر أيضا أن الزواج المنعقد بدون رضا الولي الشرعي للزوجة هو زواج باطل بطلانا مطلقا ومن ثم يجوز للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

¹- أنظر بلحاج العري، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، ص490. القرار صادر في 07-12-1966 أنظر المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، ج الجزائر، ج1، ص139.

ومن خلال ما عالجناه من مواضيع سابقة وماطراً عليها من تعديلات على آثار عقد الزواج من حيث صحته وبطلانه طالت كذلك أنواع، وأصناف الزواج المفتشية في المجتمع الجزائري ولهذا في هذا مست الزواج بالفاتحة أو مايسمى بالزواج العرفي و مسألة تعدد الزوجات(1).

المبحث الثالث: أصناف الزواج وموقف المشرع الجزائري منها

باعتبار أن عقد الزواج من العقود الشكلية فإنه لا تكفي فيه الرضائية بل يجب أن يكون فيه الرسمية والشهود والتسجيل لما يرتبه من آثار قانونية وحمايتها لأن عقد الزواج سيتولد عنه من إنجاب للأولاد الذين بدورهم سيتحصلون على حقوق ولكن تلك الحقوق لا ينالونها إذا كان عقد الزواج مدون رسمياً في سجلات عقود الزواج ومع ذلك نظم المشرع الجزائري مسألة مثار حولها جدل فقهي كبير وهي مسألة تعدد الزوجات وضبط حرية التعاقد في ذلك فإلى أي حد وفق المشرع الجزائري في ذلك؟

المطلب الأول : الزواج العرفي:

إن مصطلح الزواج العرفي مصطلح غير صحيح عن المجتمع الجزائري وأن عقد الزواج لا يستمد أحكامه من العرف وإنما من شريعة الإسلام ومسألة تسمية الزواج العرفي تسمية مأخوذة من المشرق العربي خاصة مصر(2).

وباعتبار الزواج عقد بين الرجل والمرأة يربط المرأة بالرجل بعقد شرعي لكن هل يكفي العقد الشرعي لعقد الزواج من خلال ضمان حقوق الطرفين فالذي

1- المرجع نفسه.

2- اجراءات التسجيل والتوثيق لعقد الزواج من أركان العقد في التشريع المصري وعدم خضوعها لعقد هذه الاجراءات يجعله عقد عرفياً استناداً إلى الورقة العرفية التي كتب فيه

يقتضيه الواجب أن يقال بعدم كفاية العقد الشرعي إلا إذا اكتمل بالعقد المدني أو بالاكتماء بالعقد المدني ليكون منتجا لآثار عقد الزواج ذلك لان العقد الشرعي مجرد خطبة في نظر القضاء الجزائري فلا يكون به للمرأة الحصانة القضائية الكافية للمطالبة بحقوقها فيما إذا توفي زوجها أو حدث نزاع بينهما أدى إلى الفراق بعد أن اختلى بها واختلط لذلك يجب اتمام العقد الشرعي بالعقد المدني ومع ذلك أكره له الخروج معها بالنظر إلى تغير الأزمان وفسادها وخلوته بها في أماكن التهم التي تتعكس سلبا على عموم المستقيمين من جهة ومن جهة أخرى ففسح المجال له لقضاء مآربه قد يورثه بغضا وكراهة لها >> ومن استعجل الأمر قبل أوانه عوقب بحرمانه << الأمر الذي يعجل في انحلال عقد الزواج القائم بينهما كل ذلك سدا للذريعة صيانة لعرض المسلم وقد أفتى بعض علماء الأحناف بناء على جواز تغيير الحكم بتغيير الزمان بأنه لا تخرج المرأة إلى صلاة المسجد خشية افتتان ومما يؤكد ذلك النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست مكتملة وداخلة في السابعة ودخل بها وهي بنت تسع سنين (1) في شوال في سنة الأولى من الهجرة (2) ولم يعلم عنه صلى الله عليه وسلم أنه خرج معها أو اختلى بها وخير الهدي هدي محمد صلى الله عليه وسلم .

1- أنظر الحديث الذي أخرجه البخاري في " النكاح" باب انكاح الرجل ولده صغار(5133) ومسلم في " نكاح" (642/1) رقم (1422) والنسائي في " النكاح" باب انكاح الرجل ابنته الصغيرة (3255) وابن حبان(1718) والطبراني في (المعجم الكبير) (42) وفي(المعجم الصغير) (2042) من حديث عائشة رضي الله عنها.

2- أخرجه مسلم في " النكاح" (642/1) رقم (1423) والترمذي في النكاح باب ما جاء في الأوقات التي يستحب فيها النكاح (1093) والنسائي في " النكاح" باب بناء في شوال (3377) وابن ماجه في النكاح" باب ما يستحب البناء بالنساء(1990)وأحمد(24272) من حديث عائشة رضي الله عنها.

هذا إذا كان لم يخل بها ولم يخرج معها قبل السؤال أما إذا كان قد فعل ذلك فينصح ألا يعود ولا يترتب على فعله اثم لوجود العقد الرابط بينهما شرعا <<(1).
إذا كان الزواج العرفي غير موجود في أحكام الشريعة الإسلامية وإنما يتم عن طريق الفاتحة كما هو معروف في التقاليد المغرب العربي وخاصة الجزائر فما تأصيلها القانوني؟ هل تعتبر عقدا أم مجرد وعد بالزواج؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للفاتحة

لقد نص المشرع في المادة 06 المعدلة من قانون الأسرة " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن الفاتحة إذا اقترنت بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا من توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من هذا القانون".

وما يمكن ملاحظته من النص التالي ان المشرع الجزائري قد راعى التقاليد الجزائرية والعادات التي تجعل فاتحة عقدا شرعيا غير موثق متى توافر على الأركان وتدارك المشرع ما كان سائدا قبل التعديل بأن الخطبة والفاتحة واقعان في مركز قانوني واحد.

إن الزواج عن طريق الفاتحة هو عقد شفهي على عكس الخطبة التي لا تسمو إلى ذلك الوصف فلا يطلب فيها رضا الزوجين ولا يحضرها شهود ولا يتم فيها تحديد الصداق وإنما هي مجرد اجراءات تحضيرية واعلان رغبة الخاطبين في الزواج.

¹ - الفتوى رقم (246) في اكمال العقد الشرعي بالعقد المدني لشيخ ابي عبد المعز محمد علي فركوس حفظه الله استاذ و دكتور في كلية العلوم الاسلامية بجامعة الجزائر 1

وبرغم من تنظيم المشرع للشكلية في الزواج وذلك بتوفيق عقود الزواج وتدوينها في سجل الحالة المدنية وذلك قبل الدخول إلا أنه هناك عدد كبير ومعتبر لا يسجل أو يكمل عقده الشرعي بالعقد المدني. مما يجعل هذا العقد غير موجود في مواجهة القانون حتى يقوم أحد الزوجين بإثباته لكن الواقع يحول دون ذلك لأن الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي قد يثبتها وقد يرفض الدعوى شكلا وموضوعا.

إلا أن الأمر لا يقف عند الزوجين بل يتجاوزهما إلى الأبناء والأقارب عند مطالبة بإلحاق النسب أو تعيين الورثة الشرعيين عند وفاة الزوجين أو أحدهما باعتبار إن الزواج سبب لإثبات النسب (1) كذلك سببا من أسباب استحقاق الميراث(2).

ومن خلال النظر إلى التعديل الجديد لقانون الاسرة لم يكثر ولم يراعي المشرع اهتمامه بهذا النوع من الزواج بحيث يمكن التماس فراغ قانوني كبير وبرغم من اقرار المشرع لهذا الزواج وتسجيله إلا انه في اغلب الحالات يستحيل ذلك ومع اهتمام وحرص المشرع بالكتابة واثبات إلا انه لم يراع بالخصوص القضاء على هذه الظاهرة التي استفحلت في المجتمع الجزائري وما يترتب عليه من آثار سلبية ستطال أفراد الأسرة من صغيرهم الى كبيرهم ولعل ما يدفع الثاني الى هذا النوع من الزواج ربما يكون التهرب من أحكام القانونية كاشتراط السن لأهلية الزواج أو تقييد في تعدد الزوجات أو تأثرهم بالعادات والتقاليد وكذلك لما كان الزواج قبل البلوغ خاضع للسلطة التقديرية للقاضي في إطار قيد مصلحة أو ضرورة مما يؤدي الى استغناء المقبلين على الزواج عن هذا الاذن وينطبق هذا القول أيضا على تقييد

1- تنص المادة 40 من قانون الاسرة على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح "

2- تنص المادة 126 من قانون الاسرة على انه : " أسباب الارث القرابة الزوجية".

تعدد الزوجات بالمبرر الشرعي وبعد حصول على موافقة الزوجية السابقة واللاحقة حسب ما قضت به المادة 08 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني : آثار الزواج العرفي

مما أن الزواج الذي تم بدون تسجيل في سجل عقود الزواج أو بالأحرى لم يخضع للرسمية يصبح عرضة للإنكار من طرف الزوج ولا يكون منتجا لآثاره وبالتالي لا يكون للمرأة الحضانة الكافية للمطالبة بحقوقها فيما إذا توفي زوجها أو حدث نزاع بينهما أدى إلى الفراق والسؤال المطروح إذا ارتبطت المرأة بزواج عرفي وأرادت أن تفك الرابطة الزوجية فهل الضمانات الموجودة في هذا الزواج هي نفسها الموجودة في الزواج الرسمي؟

وقد تظن المرأة في الوهلة الأولى من زواجها عرفيا أنها يمكن تثبيت ذلك الزواج ولكن الواقع هو عكس ذلك بحيث أن المرأة لما تعقد العقد الشرعي دون العقد المدني فيعتبر عند المشرع مجرد خطبة وفي نظر القضاء الجزائري وبالتالي تجد المرأة نفسها خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي قد يثبت ذلك الزواج وقد يرفض الدعوى شكلا وموضعا ولو نظرنا من زاوية القضاء المقارن نجد أن المحاكم المصرية ترفض الدعوى في هذه الحالة ذلك لأنها لا تعترف بورقة الزواج العرفي إذا أنكرها أحد الطرفين وبالتالي المتضرر الأول والأخير هي المرأة في هذا الوضع.

إن المشرع الجزائري قد أغفل هذه الآثار المترتبة عن الزواج غير الرسمي وخاصة إذا لم يرسم بحكم قضائي وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وذلك من خلال نص المادة 06 من قانون الأسرة اعترف بأن اقتران الفاتحة بخطبة المجلس العقد يعتبر زواجا أما في حالة نشوب خلاف بين الزوجين قبل الترسيم هنا

يوجد فراغ قانوني وهل تستطيع الزوجة في هاته الحالة أن تطلب التطلق أو الخلع وهل يستطيع القضاء ضمان حقوقها ؟ .

في حين إذا غاب عنها الزوج أو توفي تبقى هذه الزوجة معلقة لا هي حرة تستطيع أن ترتبط بزواج آخر ولا هي متزوجة لهذا اجتهد وزير الشؤون الدينية والأوقاف في إصدار تعليمة بعدم عقد قران دون عقد مدني لتجنيب الائمة المسائلة أمام القضاء.(1)

وعند نظرنا للمشرع المصري مثلا، نجده قد أنقذ المرأة من هذا المأزق وفتح لها الطريق الطلاق الرسمي لما تكون زوجة عرفيا حيث تنص المادة 17فقرة 03 من القانون رقم 01 لسنة 2000 بقولها: " تقبل دعوى التطلق أو الفسخ بحسب أحوال دون غيرها إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة" فنجد أن هذا النص لم يشترط ثبوت العلاقة الزوجية بوثيقة رسمية لقولها أمام القضاء وإنما اكتفى أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة بخلاف المشرع الجزائري الذي لا يعترف بالطلاق اللفظي وإنما يعتد فقط بالطلاق الحكمي الصادر عن المحكمة طبقا لنص المادة 49 من قانون الاسرة.

لا يزال الزواج العرفي في المجتمع ينجم عنه عواقب وخيمة وآثار سلبية على أسرة ومجتمع لان فيه ضياع لنسب الطفل ولأن غالبية من يتزوج بعقد شرعي دون العقد المدني يترك زوجته بعد فترة خصوصا إذا علم انها حامل ولا يكون سبيل لزوجة إلا الذهاب إلى المحكمة لا ثبات النسب المولود لأبيه وهذه الحالة تعتبر الوحيدة التي تقبل المحكمة النظر في دعوى الزواج غير رسمي من أجل اثبات

¹ - وإن كانت هذه التعليمة الوزارية مخالفة لصريح القانون وكان الأولى معالجة الموضوع عن طريق مشروع تتقدم به الوزارة الوصية.

النسب استنادا للقاعدة الفقهية " الولد للفراش " واصطلاحا كما عرفه الجرجاني " الفراش هو كون المرأة متعينة للولادة لشخص واحد" (1) لكن الأمر ليس ببسيير خصوصا في حالة إنكار الزوج ونفي النسب لأن هذه من أكبر القضايا المطروحة أمام القضاء وللأسف المشرع في التعديل الأخير لم يستطع تنظيم ذلك الباب الذي فتحه من قبل وهو الزواج بالفاتحة وبالتالي إذا كان هناك انكار للنسب من طرف الزوج فما هو مصير الأبناء من ذلك التعسف ؟

الأمر لا يقل صعوبة في حالة إذا ما اعترف الزوج بالنسب حيث بمجرد علمه بحمل الزوج يسارع إلى البلدية ويصرح بزواجه لكن ضابط الحالة المدنية مقيد برقم تسلسلي لسجل الزواج فإنه يمنع قانونيا أن يقيد في تاريخ سابق ومن ثم يصبح تاريخ الزواج الرسمي غير تاريخ الزواج بالفاتحة وبعد وضع الزوجة حملها يرفض " ضابط الحالة المدنية " (2) بتسجيله باسم أبيه في سجلات الحالة المدنية وفي هذه الحالة يلجأ الزوجان إلى القضاء لتثبيت الزواج العرفي فيلاقي الزوجان اما بالرفض وإما بالقبول بحسب القاضي برغم من وجود عقد رسمي والدليل على ذلك أن عقد الزواج محرر من طرف ضابط الحالة المدنية وبالتالي يرفض الدعوى القضائية لعدم التأسيس.

المطلب الثاني: نظام تعدد الزوجات بين الشرع والقانون الوضعي

لا يغدو موضوع تعدد الزوجات إلا أن يكون محل جدال واختلاف آراء علماء والفقهاء ما بين مؤيد لهذا التعدد وما بين مضيق له في حدود ما يسمى

1- " التعريفات " ، ص 213.

2- << ضابط الحالة المدنية >> هو من موظفو الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي الوطني ونوابه (المادة 01 من قانون الحالة المدنية) أو بموجب تفويض العون البلدي القائم بوظائف الدائمة لا يقل سنة عن 21 سنة (المادة 02) ويمارس هؤلاء الموظفون مهامهم تحت مسؤولية ورقابة السيد النائب العام.

بالضرورة ولهذا ستكون دراستي لهذا الموضوع من جانبين من جانب الشرع أولاً ثم من جانب القانون ثانياً.

الفرع الأول: موقف الشرع من تعدد الزوجات

إن التعدد يقره الاسلام وذلك لقوله تعالى:

>>فَاتَّخِذُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا<<(1).

ولقد تزوج عدد من أنبياء الله ورسله أكثر من واحدة منهم إبراهيم ويعقوب وداوود وسليمان وآخرهم نبينا محمد صلوات الله وسلامه عليهم جميعاً.

ولما جاء الاسلام كان الناس يعددون الزوجات من غير قيد ولا حد ولكن الله عز وجل قد حد في كتابه الكريم أصل التعدد وجعله أربعة نساء فقط وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : >> أسلم غيلان الثقفي وتحتة عشرة نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعاً<<(2)، لأن هناك من الناس من يرى بأن واحدة لا تكفي ولا تغفه فإنه يتزوج بثانية وثلاثة ورابعة حتى يحصل له الطمأنينة ورض البصر وراحة النفس لأنه من الممكن أن شهوة إنسان إذا لم تندفع بأولى تندفع بثانية وهكذا الأمر إلى الرابعة وكذلك إذا كانت الأولى مريضة إما مرضاً مزمناً أزواً وجود عيب جنسي يمنعه من القيام بنكاحها وكذلك إذا كانت عقيمة وغير قادرة على الانجاب فيحق له التعدد وهذه مقاصد النكاح كما يمكن اعتبار من المبررات الأخرى كثرة النساء عدداً على الرجال فإذا

1- سورة النساء - الآية 03-

2- أخرجه الترميذي (1128)، وابن ماجه (1951)، وأحمد (5533) وصححه الألباني في >> صحيح سنن الترميذي<<.

نظرنا إلى الاحصائيات وجدنا أنه إذا أخذ كل واحد أربعة نسوة ستقل العنوسة والعزوبة وك ذلك التعدد من سنة النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك قلة إعفاء للمساء وستر لهن من الوقوع في الفاحشة ووصن لهن من حياة القلق والمرض النفسي الذي ينتج عن فقد الحياة الزوجية التي هي سنة الله في خلقه.

قيود تعدد الزوجات: قال الله تعالى: >> **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسُطُوا فِي الْيَتَامَىٰ انكِحُوا**

مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا<<(1).

إن العدل شرط جعله الله مبيحا للتعدد العدل الذي يكون في قدرة الانسان واستطاعته وذلك في الامور الظاهرة كالتسوية بينهن في المبيت ومسألة النفقة أما قوله تعالى : >> **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ** (2) فهي خاصة بالميل القبلي وهو غير ملام بدليل قوله تعالى : >> **فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوا كَالْمِغْلَقَةِ وَإِنْ تَصَلَحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**<<(3).

ومما تقدم يعلم أنه لا تعارض بين قوله تعالى : >> **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً**<< وبين قوله تعاله: >> **وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ**<< لأن العدل الذي يجعل شرطا لإباحة التعدد في الآية الأولى هو العدل الظاهري في المبيت، والمعاملة والانفاق والعدل غير المستطاع في الآية الثانية، هو العدل بين النساء في الميل

1- سورة النساء - الآية 03-

2- أنظر سنن الترمذي ، حديث رقم (1140)

3- الشرح الممتع على الزاد المستقنع لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله، المجلد الخامس كتاب الفرائض والنكاح والعتق والطلاق.

القلبي وهذا لم يطلبه الله عز وجل من أزواج وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال: << فلا تلمني فيما تملك ولا أملك >>(1).

وذهب بعض أهل العلم إلى انه يسن أن يقتصر على واحدة وعلل ذلك بأنه أسلم للذمة من الجور لأنه إذا تزوج اثنين أو أكثر لا يستطيع العدل بينهما، لأنه أقرب إلى منع تشتت الأسرة فانه إذا كان له أكثر من امرأة كان ذلك سببا لتشتت الأسرة و إلا اختصت كل امرأة من الزوجات بعدد من الأولاد وربما يحدث بينهم تنافر بناء على التنافر الذي بين الأمهات وكان ذلك سببا لتشتت الأسرة كما هو مشاهد في كثير من الأحيان فالأولى أن يقتصر على واحدة لأنه أقرب إلى القيام بواجبها من النفقة الواجبة.

وأهون على المرء من مراعاة العدل فإن مراعاة العدل أمر عظيم يحتاج إلى معاناة وهذا هو المشهور عند مذهب الحنفي (2).

كل هذا كان عن نظرة الشريعة الإسلامية لتعدد الزوجات ثم ننقل إلى رأي المشرع الجزائري تجاه تعدد الزوجات فيما جاء به في التعديل الجديد ونرى فيما كان يتوافق والشريعة الإسلامية أم يناقضها ؟

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعدد في التعديل الجديد

إنه من خلال استقراءنا للمادة الثامنة من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع لم يكن ليخالف أحكام الشريعة الإسلامية ولا أن ينهج نهج التحول لبعض التشريعات

1- أنظر سنن الترمذي ، حديث رقم (1140)

- الشرح الممتع على زاد المستقنع لفضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله المجلد الخامس كتاب الفرائض و النكاح والعنق والطلاق مركز الفجر للطباعة دار الآثار _ القاهرة

العريسة لمنع التعدد وتجريمه ومن ثم معاقبة مقترفيه وهناك بعض الدول العربية مثال حي على ذلك مثل دولة تونس التي تمنع التعدد وتعاقب عليه.

ومن خلال تحليل المادة 08 نستنتج جميع الشروط التي فرضها القانون للممارسة التعدد وهي على النحو التالي:

أ. أن يكون التعدد في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية كما هو مقرر شرعا أنه يجوز للرجل تزوج أربعة نسوة وهو الحد الأقصى المسموح به شرعا ومنصوص عليه في القرآن والسنة واجماع العلماء.

ب. إثبات وجود مبرر شرعي: لقد اشترط المشرع لإمكانية تعدد الزوجات وجود مبرر شرعي إلا أن ما يعاب عليه هو عدم تحديد ماهية المبرر الشرعي، ولم يضع اي معيار لتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي، وترك القضاء مرة أخرى الحرية ليمارسوا سلطتهم التقديرية المطلقة لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بالثانية⁽¹⁾.

ويقع الاعتراض على هذا التقييد بأنه اجتهاد مع وجود مبررات خاصة خصوصا إذا علمنا أن معظم المقبلين على الزواج لا يحوزون على مبررات وبالتالي هذا ما يدفع المقبلين على التعدد بتحايل على القانون، ومن الجهة الأخرى لا يستطيع القاضي إدراك كل الملابسات التعدد الحقيقية وكذلك اشراف القاضي على الأمور الشخصية أمر يعد عبث في حرية الأشخاص وتعدي على خصوصياتهم ويؤدي إلى فضح الأسرار الزوجية.

¹ - عبد عزيز سعد، المرجع السابق، ص 86.

ج. شروط ونية العدل

إن هذا الاشتراط هو أمر داخلي مخفي لا يعلمها إلا الله تعالى وضعها كشرط إنما هو ديني بحت ويتعلق بالخوف من الله ولذلك لا يصح أن يكون شرطاً للتعدد.

ثم إن مسألة العدل تصرف مادي يظهر بعد التعدد يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت وفي بعض الاحيان لا يجب على الزوج العدل بين زوجاته في النفقة والكسوة إذا ما وفى بالواجب الذي عليه وقام به اتجاه كل واحدة منهن فله أن يفضل أحدهما على الأخرى في النفقة والكسوة إذا كانت إذا كانت الأخرى في كفاية لمكان المشقة في التسوية في ذلك كله فلو أمر به فلا يسعه القيام به إلا بخرج فسقط وجوبه كالتسوية في الجماع⁽¹⁾، وهذا ما يجعلنا نقول أن شرط توفير نية العدل كشرط مسبق لا يبرام عقد الزواج في غير مكانه ولا نستطيع التسليم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما لا يمكن إثبات وجوده مادياً قبل العقد لا يمكن التسليم بأنه قيد أو شرط لا يبرام العقد⁽²⁾

د. شرط اخبار الزوجة السابقة واللاحقة بالرغبة في الزواج، إن هذا الاجراء مقرر لمصلحة الزوجين السابقة واللاحقة ولكن الأمر الذي يعاب عليه هو ان المشرع لم يحدد كيفية التي تصلح بإخبار أو تبليغ أو إخطار الزوجة السابقة واللاحقة ولم ينص على طريقة التي تكون مقبولة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي سيتولى تحرير وتوثيق الزواج أو القاضي عندما يتصدى للفصل في مدى صحة أو عدم صحة الاخبار.

¹ - أخرجه البخاري (3662)، ومسلم (2384) من حديث عمر ابن العاص رضي الله عنه.

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

ومن جهة أخرى هذا الشرط ليس له قيمة قانونية ما دام الباب مفتوح أمام الزوج للتحايل على عدم إخبار بأن يعقد على الثانية بعقد شرعي دون العقد المدني ثم يتوجه لقاضي بداعي تسجيل هذا العقد وهو ما نصت عليه المادة 06 فقرة الثانية منها والمادة 22 من قانون الاسرة الجزائري.

والقاضي يستجيب لهذه الدعوى وخاصة إذا تم استغلال عقد الزواج وأصبحت الزوجة حاملا.

هـ. شرط الحصول على رخصة من القاضي:

كذلك هذا الشرط يعد تعديا على حريات الأشخاص المضمونة ويعتبر خرقا للحريات وتعد صارح على حق الانسان في التعاقد بحيث وسع المشرع الجزائري من السلطة التقديرية للقاضي وما يمكن قوله أنه يمكن علاج مساوئ التعدد بأمور التالية.

أولا: تربية الجيل الصاعد تربية دينية وخلقية حصينة بحيث يدرك الزوجان خطورة الرابطة الزوجية المقدمة وارتكازها على اساس الود والرحمة.

ثانيا: معاقبة من يظلم زوجته أو يقصر في حقوقها أو يهمل تربية أحد أولاده سواء كان ذلك ناتجا عن زوجة واحدة أو عدة زوجات والسؤال المطروح هل تعد هذه الشروط كفيلا بتحقيق عنصر العدل بين الزوجات وماهي العقوبات أو الضمانات المسلطة على الزوج في حالة مخالفة هاته الشروط المنصوص عليها قانونا؟

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على مخالفة اجراءات التعدد

جاء في المادة 08 مكرر من قانون الأسرة في حالة تدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق وفي المادة 08 مكرر 01 من نفس القانون : " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

منة خلال تحليل هاتين المادتين يتضح لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد فرض جزاء وعقوبة صريحة على مخالفة القانون فيما يتعلق بعدم اخبار الزوجة الأولى بها بأنه متزوج بامرأة ثانية ويعد إخبار المرأة المقبل على الزواج بها بأنه متزوج من غيرها زواجها مازال قائما لم ينحل يعد ويتمثل هذا الجزاء في منح الزوجتين السابقة واللاحقة في رفع دعوى قضائية أمام قسم شؤون الأسرة بمحكمة التي يوجد موطن الزوج ضمن دائرة اختصاصها لتطلب الحكم بالتطليق في حالة خداع الزوج لها.

لكن ما يمكن ملاحظته هو وجود فراغ قانوني يتمثل أولا في عدم وجود المدة الزمنية المتاحة لرفع الدعوى وثانيا في حالة الرضا ابتداء ثم النكول عن ذلك.

وكذلك جعل جزاء في عدم الحصول على رخصة من القاضي سيكون فسخ عقد الزواج الثاني لكن قبل الدخول لكن ما جزاء بعد الدخول ؟

ما يعاب على هذا الجزاء هو سكوته عن حالة بعد الدخول لأن معظم المقبلين على التعدد يطلبون الرخصة ولكن تلك الرخصة تكون بدون جدوى لأن عقد الزواج قد استهلك.

وهناك مسألة أخرى يجدر إشارة إليها تتعلق بموافقة الزوجين على ابرام عقد الزواج الثاني فالمشرع لم يعط كيفية أو طريقة التي يستطيع الزوج بواسطتها أن يثبت لرئيس المحكمة بما هو مقبل على فعله وأنها قد رضيتا بذلك وما تجدر ملاحظته في حالة رضا إحدى الزوجتين ورفض أخرى هل يمكن لرئيس المحكمة منح الرخصة للزوج دون الالتفات لرفض الزوجة الأولى مثلا وبالتالي يمكن استكشاف فراغات قانونية واجرائية في موضوع بشكل كبير وفاضح.

الفصل الثاني:

الآثار المترتبة على عقد الزواج

تمهيد:

مما لا شك فيه أن عقد الزواج حين انعقاده سيرتب آثار قانونية ثابتة شرعا وقانونا وتكون ملزمة لكلا الطرفين وتتمثل هذه الآثار في الحقوق والواجبات والنفقة الزوجية والأولاد وإثبات النسب ولقد خصصت الفصل الثاني من هذه الدراسة بنقد التعديل الجديد فيما يخص الحقوق والواجبات وكذلك بالنسبة لإثبات النسب وكذلك التلقيح الاصطناعي

المبحث الأول: حقوق وواجبات الزوجين

لقد كانت الحقوق والواجبات في المواد 36 وما بعدها قبل التعديل بالنسبة للرجل والمرأة كل له حقوق وواجبات أما بعد التعديل فأصبح الأمر مغاير لما كان في السابق بحيث أصبحت الحقوق والواجبات الزوجية معا مثل ما هو موجود في المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري ترى فما نية المشرع من هذا الجمع؟ وهل هذا الجمع بين الزوجين يساعد في تحقيق مبدأ التوازن بين طرفي العقد؟

المطلب الأول: الحقوق والواجبات المعنوية

إن الله عز وجل قد رتب بمقتضى عقد الزواج حقوق للزوجين حقوقا للزوج على زوجته وحقوقا للزوجة على زوجها.

الفرع الأول: المعاشرة بالمعروف

>> العشرة بالمعروف التي تتجلى في حسن التعامل معها في حدود شريعة الله الرحيمة العادلة فقد أمر الله في كتابه بها في غير ما آية حيث قال سبحانه: >> وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً<<(1).

قال ابن كثير: >> رحمه الله تعالى قوله وعاشروهن بالمعروف << أي طيبوا أقوالكم لهن وحسنوا أفعالكم وهيئاتكم بحسب قدرتكم كما تحب ذلك منها فافعل أنت مثله لقوله تعالى: >> وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ<<(2).

وقوله تعالى: >> فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِيَتَّعْتُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ<<(3).

وفي هذه الآية ارشاد عظيم في حسن العشرة والتحذير من الحاق الضرر بالمرأة الضعيفة التي وصى الله القيام عليها بالمعروف واحسان(4).

وكذلك خلقت المرأة من ضلع أعوج فإذا ذهب تقيمه تكسره كما قال النبي صلى الله عليه وسلم بل لا بد من النصح والتوجيه والرعاية والأمر النهي كي يسعد الزوج في حياته الدنيوية الآخروية.

وما يمكن ملاحظته أن المشرع قد تنبه للنقص الموجود في المادة 36 والذي كان لا يحتوي على الحق الأساسي وهو التعاشر بالمعروف وبناء حياة زوجية قوامها الاحترام المتبادل ولبها المودة والرحمة لكن الذي لا يجب أن يغفل علينا هو أن المشرع الجزائري من خلال استقراءنا للمادة 36 من قانون الأسرة نجده قد وسع من حقوق الزوجة بينما أغفل وأنقص من حقوق

1- سورة النساء - الآية 19 -

2- سورة البقرة - الآية 228 -

3- سورة البقرة - الآية 231 -

4- زيد بن محمد بن هادي المدخلي رحمه الله تعالى، المرجع السابق، ص 564.

الزوج وهذا ما يؤدي إلى عدم طاعة الزوج وعدم احترامه وحرمانه من حق التأديب في حالة النشوز وجعل المرأة في نفس مركزه منة خلال الحقوق والواجبات ومن خلال المطلب سنتطرق إلى قوامة الزوج على زوجته.

الفرع الثاني: قوامة الزوج على زوجته.

إن الله عز وجل قد اعطى قوامة لرجل على امرأته لسببين هما :

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ<<(1)

السبب الأول: فضل الله الرجال على النساء في أصل الخلقة وأعطاهم من الحول والقوة ما لم يعطهن فكان من أجل ذلك التفاوت في التكاليف وأحكام الشرعية وفي الحقوق والواجبات مترتبا على هذا التفاوت في فطرتهم وأصل خلقتهم و جبلتهم واستعداداتهم.

السبب الثاني : لقوامية الرجل على امرأته هو بما أنفقه وينفقه الرجال من مهر النفقة وتكاليف أخرى ألزمه الشر بها(2).

كذلك من أحكام وتكاليف تيسر للزوجة القيام بوظيفتها الفطرية وهي الحمل والولادة تربية الأطفال وهي آمنة في بيتها مكفية ما يههما من أمر رزقها فقد جاء حديث أنس بن مالك رضي الله عنه >> أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: >> لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر ولو صلح لبشر يسجد لبشر لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها والذي نفسي بيده لو كان من قدمه إلى مرفق رأسه قرحة تنبجس بالقريح والصديد ثم استقبلته تلحسه ما أدت حقه<<(3).

1- سورة النساء - الآية 34 -

2- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ج7، ط3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان ، 2000، ص277.

3- أخرجه أحمد (12203) وصححه الالباني في "صحيح الجامع" (7725).

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو؟ ان القوامة المقررة شرعا للرجل لا يجب أن يتعسف في استعمالها لما يلحق المرأة من ضرر.

الفرع الثالث: حق التأديب

إن حق التأديب عند النشوز حق أذن الله فيه وأرشد إليه بقوله الحق >>«وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَ— لَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا»>>(1).

ففي هذا المقطع من الآية 34 من سورة النساء ترتيب شرعي لتأديب الرجل امرأته بحيث إنه يجب أن يعرضها أولا بما فيه ترغيبها في طاعة ربها وطاعة رسوله وطاعة الزوج الشرعية ويخوفها بعقوبة الله وسخطه ومقته للمرأة الخارجة عن طاعة زوجها فإن هي سمعت وأطاعت فذلك هو المطلوب منها وإن لم تطع بل تمادت في عصيانها وطاعة شيطانها فإن له هجرها في الفراش أو في البيت أو اعتزال عنها خارج حجرتها حتى تشعر بألم العقوبة فترجع عن خطئها فإن لم ترجع فله تأديبها بالضرب الخفيف الذي لا يكسر عظمها ولا يهريق دما لما جاء عن الله بن زمعة رضي الله عنه >> «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: >> لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجمعها في آخر اليوم»>> أخرجه البخاري (5204) ، وفي رواية >> «من آخر الليل»>> ثم أطاعته فإنه يجب عليه أن يرفع عنها أنواع التأديب كلها ولا يتمادى في ذلك حبا للتشفي ورغبة في الانتقام فإن الله أقدر عليه منه عليها فليحذر نعمة الله التي تنزل بمن تعدى حدود الله إن عاجلا أو آجلا ولهذا ختم الله الآية بقوله: >> إن الله كان عليا كبيرا»>>(2).

1- سورة النساء-الآية 34-

2- أنظر فضيلة الشيخ زيد بن محمد بن هادي المدخلي، المرجع السابق، ص570.

وبما يوجه نقدا للمشرع الجزائري، إسقاطه للمادة 38 السابقة والتي تنص خاصة في الفقرة الأولى على أنه >> يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها << فألغى المشرع هذه المادة التي كانت تنص على زوجته في الطاعة لأنه كان ينص صراحة على وجوب طاعة الزوجة للزوج وإلا كانت ناشزا .

وعند ما نراجع تراثنا الفقهي نجد مايلي:

النشوز أصله في اللغة الارتفاع والعلو ويراد به ترفع المرأة وعصيانها وسوى عشرتها للزوج والخروج عن طاعة الواجبة في التفريط في حقوقه(1).

المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المادية

يقصد بالحقوق والواجبات المادية تلك الحقوق والواجبات المحسوسة والملموسة لكلا الطرفين بحيث يتميز هذا الجانب من حقوق بالثقة وضبط، ولنا أن نتساءل ما مدى ضبط المشرع لهذا النوع من حقوق وواجبات مادية من خلال تعديله الأخير ؟

الفرع الأول : الذمة المالية المستقلة

لا يؤثر الزواج على أهلية المرأة في الشريعة الإسلامية إذ يحق للزوجة الرشيدة التصرف في ما لها كله سواء بعوض أو بغير عوض ولا تحتاج في ذلك إلى ترخيص أو إذ من زوجها(2).

الواقع أن فقهاء المسلمين لم يروا حاجة للنص في كل عقد أو تصرف مالي على ان المرأة كالرجل في أهلية إجراء هذا العقد أو التصرف اكتفاء منهم بأن المرأة تتمتع بأهلية الوجوب والأداء كالرجل تماما فتكون لها أهلية إجراء التصرفات المالية كالرجل.

1- أنظر الصادق عبد الرحمن العرياني، المرجع السابق، ج2، ص657.

2- أنظر مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في تشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق تلمسان، ص122.

والمرأة تملك أهلية أداء كاملة كالرجل ما دامت عاقلة رشيدة ومعنى ذلك صحة تصرفاته المالية المتعلقة ون تصرفاتها هذه نافذة دون حاجة إلى إذن أحد مادامت غير محجور عليها إلا أنه ورد بعض الخلاف في ذلك أولاً قول الجمهور قال الإمام البخاري في صحيح " باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز إذا لم تكن سفيهة فإذا كانت سفيهة لم يجز .

قال العسقلاني تعليقا على قول البخاري وبهذا الحكم قال الجمهور وقال ابن الحزم الظاهري " لا يجوز أيضا على المرأة ذات زوج ولا بكر ذات أب ولا عز ذات أب، وصدقتهما نافذة كل ذلك من رأس المال وإذا حاضت كالرجل سواء بسواء وهو قول سفيان الثوري، وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وأبي سليمان وأصحابهم بينما يرى الاتجاه الثاني وهو رأي المخالفين للجمهور .

" قول الإمام طاووس لا يجوز للمرأة إن تهب أو تتصدق بشيء من مالها إلا بإذن زوجها وبهذا يرى الإمام الليث لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتصدق بشيء من مالها أو تهبه إلا بإذن زوجها إلا في شيء التافه فلها أن تتصدق به دون إذن زوجها، كما يرى إمام مالك بأنه لا يجوز للزوجة أن تعطي من مالها بغير إذن زوجها ولو كانت رشيدة إلا في حدود الثلث مالها أما ما زاد على الثلث فلا يجوز التصديق به أو هبته إلا بإذن زوجها⁽¹⁾. وقد استدل جمهور الفقهاء بجملة من الأدلة نذكر منها ما يلي:

أخرج الإمام البخاري في صحيحه عن جابر بن عبد الله قال: قام النبي صلى الله عليه وسلم يوم الفطر فصلى فبدأ بالصلاة ثم خطب فلما فرغ نزل، فأتى النساء فذكرهن وهو يتوكأ على يد بلال باسط ثوبه يلقي فيه النساء الصدقة قلت (أي أحد الرواة) زكاة يوم الفطر، قال: لا ولكن صدقة يتصدقن حينئذ قال ابن حجر استدل بهذا الحديث على جواز صدقة المرأة من

¹-أنظر ابن حجر ، الفتح الباري، ج5، دار الريان للتراث، القاهرة ، ط1، 1987، ص217.

مالها بغير توقف على إذن زوجها أو على مقدار معين من مالها كالثالث خلافا لبعض المالكية⁽¹⁾، وقال الإمام القرطبي فليس فيه تسليم أزواجهن لهن ذلك أو إرضائهن على ما يتصدقن به لأن من يثبت له الحق فالأصل بقاؤه حتى يصرح بإسقاطه ولم ينقل أن الأزواج صرحن بذلك⁽²⁾.

وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الله بن عمر بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: << لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها >> قال الإمام الخطابي: عند أكثر العلماء.

ومن مناقشة هذه الأدلة (أدلة المخالفين) حديث عمرو بن شعيب قال الإمام الشافعي عنه، هذا الحديث يمعناه وليس بثابت فيلزمنا القول به والقرآن يدل على خلافه وقبل المراد بالقرآن في قول الشافعي قوله تعالى: <<فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ>>⁽³⁾، وقوله تعالى <<مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ>>⁽⁴⁾.

ومن خلال ما تقدم من أدلة فالراجح هو قول الجمهور فيجوز للمرأة أن تهب بما لها دون توقف على إذن زوجها لكن من كمال العشرة بين الزوجين يستحب أن تستأذن زوجها ذلك لأنه يطيّب خاطر الزوج ويجعل العلاقة الزوجية جد وثيقة بينهما.

وكذلك من خلال المادة 37 من قانون الأسرة المعدلة بأمر رقم 05-02 ترى أن المشرع الجزائري قد فصل بين الذمة المالية للزوج وذمة المالية للزوجة كذلك كان عليه أن يراعي استئذان الزوجة لزوجها فيتصرف في مالها هذا أقرب لتجنب تعكير العلاقة بين الزوجين وكذلك مراعاة للخلاف بين الفقهاء وعندما نذهب إلى الفقرة الثانية من المادة 37 من نفس

¹-أنظر ابن حجر، المرجع السابق، ج2، ص466.

²- المرجع نفسه، ص 468.

³- سورة البقرة - الآية 229-

⁴- سورة النساء -12-

القانون نجد أنها تنص على: >> غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما>> التي يكسبها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تقول إلى كل واحد منهما << حيث أن التعديل الجديد أجاز للزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة بعد الزواج على سبيل الاشتراك وهذا ما يقود للبحث في الشروط المتفق عليها من طرف الزوجين في الشريعة الإسلامية لمعرفة الأصل في هذه الشروط المتفق عليها.

لإجابة عن ذلك يرى أنصار الرأي الأول أن الأصل في العقود والشروط ولا يباح منها إلا ما أذن الشرع في إباحته وحله، وهذا مذهب الظاهرية بينما أصحاب الرأي الثاني بأن الأصل في العقود والشروط الحل ولا يحرم ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا وقياسا وأصول مذهب الإمام أحمد بن حنبل أكثرها يجري على هذا القول والإمام مالك قريب منه لكن الإمام أحمد أكثر تصحيحا للشروط من الإمام مالك وغيره فليس في الفقهاء أكثر تصحيحا للشروط من الإمام أحمد وقد رجح الإمام ابن تيمية هذا القول (1)، والدليل من الكتاب قوله تعالى: >> يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود<<>> وافوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا>> وكذلك الحديث الذي روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً" وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " كل شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان شرطاً << فالحاصل أن الأصل في الشروط الحل والصحة سواء في النكاح أو في البيع أو في الإجازة أو في الرهن أو في الوقف.

وحكم الشروط المشروطة في العقود إذا كانت صحيحة أنه يجب الوفاء بها لعموم قوله تعالى: >> يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود<< فان الوفاء بالعقد يتضمن الوفاء به وبما تضمنه من شروط وصفات وقد قيل:

¹ - أنظر ابن تيمية ، مجموع الفتاوي ، ج29، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب، ص126.

الأصل في الأشياء حل وامنع ** * عبادة إلا بإذن الشارع

وهذا البيت قاعدة

والغريب أن المذهب يرون أن الوفاء بالعقود سنة وليس واجب حتى فيمن لا يملك الفسخ ولكن هذا القول ضعيف ومخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت عنه في الصحيحين : " إن أحق الشروط ان توفوا به ما استحلتم به الفروج " فهذا الحديث صحيح صريح في الوجوب الوفاء بالشروط على كل من يشترط عليه شرطا استنادا الى الآيات التي أشرنا إليها وإلى هذا الحديث الصحيح (1).

وبهذا يكون المشرع الجزائري أخذ برأي الحنابلة الذي يقضي بأن أصل العقود والشروط الإباحة.

وقد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ في كثير من أحكامه : " حيث أن من المقرر فقها وقضاء " جواز اشتراط المرأة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة يشترط أن لا تحلل حراما أو تحرم حلالا وبشرط أن لا تتناقض روح العقد (2).

هذا من ناحية مشروعية اقتران عقد الزواج بالشروط أما من الناحية العملية وخاصة عندما يقع نزاع على الاموال المشتركة المشرع الجزائري لم يعدل المادة 73 رغم أنه تعرض إلى نوع جديد من أموال الأسرة والمتمثلة في تلك الأموال التي يكسبها خلال الحياة الزوجية (3).

1- شرح الممتع على الزاد المستقنع لفضيلة الشيخ محمد ابن صالح عثيمين ، ج5، مركز الفجر للطباعة، دار الآثار القاهرة، ص 234.

2- أنظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج6 ، ص 133.

3- مجلس الأعلى، خ.ق.ج، 1971/03/03، مقتبس عن بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص94.

لذلك صياغة المادة 73 سالفه الذكر صياغة جديدة لا تدع مجالاً للشك والتأويل وذلك على الشكل التالي (1)، إذا وقع نزاع بين الزوجين أو ورثتهما في المتاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين للنساء والقول للزوج أو وورثته مع اليمين في المعتاد للرجل.

يحق للزوجين الاتفاق على جعل ملكية متاع البيت مشتركة طبقاً للمادة 19 من هذا القانون ويكون ملزماً للزوجين ويعمل بموجبه في حالة حدوث نزاع بينهما على ملكية متاع البيت.

وفي حالة النزاع بين الزوجين أو ورثتهما حول الممتلكات المنقولة الأخرى والعقارات يتم اقتسامها حسب مساهمة كل من زوجين.

يتم الإثبات بكل الوسائل ويقوم الحكم القضائي محل سند الملكية هذا فيما يخص مسألة استقلالية الذمة المالية أما في الفرع الآتي سنتحدث عن مسألة العدل بين الزوجين في حالة التعدد.

الفرع الثاني: العدل بين الزوجين في حالة التعدد

وجوب العدل في القسم بين الزوجين فيما يملكه الزوج من مبيت وطعام وكسوة ونحوها ولا يجوز له الميل على إحدى زوجاته في شيء من هذه الأمور لأن الله قد نهاه عن ذلك بقوله

تعالى >حَوْلَن تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ، فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَ لَقَّةٍ<< النساء - الآية 129 -

1- أنظر، مسعود رشيد، المرجع السابق، ص 280.

كما جاء التحذير عن الميل المراد من الآية وهو الميل في المبيت والطعام والمسكن والكسوة لا في المحبة والرغبة في الاتصال الجنسي الشرعي فإن هذا لا يملكه الإنسان فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: >> من كانت له امرأتان فمال أحدهما جاء يوم القيامة وشقه مائل <<(1).

وثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقسم بين نسائه فيعدل وتلك فيما جاء عن عائشة رضي الله عنها قالت: >> كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بين نسائه، ثم يقول: "اللهم هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك"(2)، يعني القلب (3).

هذا من ناحية القانون فنجد أن المشرع الجزائري قد أقر بمشروعية التعدد في المادة الثامنة من قانون الأسرة مع ذكر شروط ذلك التعدد بما في ذلك حق الزوجات في العدل بعد ما كان منصوص عليه في المادة 37 من نفس القانون قبل التعديل وكل هذا يدل على أن المشرع الجزائري له النية في محاولة التقليل من ظاهرة التعدد التي استفحلت في المجتمع بالرغم أن هذا التعدد منصوص عليه في الكتاب والسنة وهو من سنة الأولين والآخرين ومع كل ذلك ترى المشرع يتملص من تنظيم مسائل التعدد التي بدورها لو طبقت في المجتمع الجزائري وكان منصوص عليها صراحة لا ضمناً لعولجت الكثير من المشاكل في المجتمع منها التحصن لكلا الطرفين وكذلك القضاء على العنوسة والقضاء على تعسف الأزواج في استعمال هذا الأمر المشروع شرعاً وقانوناً فنرى المشرع يتدخل بقواعده التي تحد من هاته الظاهرة التي تعتبر هضماً للحقوق في المسألة.

1- أخرجه أبو داود (2133) والترمذي (1141)، والنسائي (3942)، وابن ماجه (1969) وصححه ألباني في " صحيح الجامع" (1949).

2- أخرجه أبو داود (2134)، والنسائي (3943)، والترمذي (1140)، وابن ماجه (1981)، صححه ألباني في (الضعيف الجامع).

3- أنظر زيد بن محمد بن هادي المدخلي رحمه الله تعالى، ج5، ص573، 574، 575، دار الميراث النبوي للنشر والتوزيع.

وبعد تعرفنا على بعض الآثار المادية للعقد الزواج فهناك آثار لا تقل أهمية عن الأخرى بما في ذلك من نسب الذي يتعلق بشخصية الفرد وماله من أثر في العلاقة الزوجية.

المبحث الثاني: إقرار النسب وثبوته.

إن النسب نعمة ربانية من الله بها على عباده فقال " والله جعل من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون" [سورة النمل 76]، لهذا عني الشارع الحكيم بالنسب في الدين فنظمه وأرسى قواعده وكان النسب في الدين الإسلامي ضمن الكليات المقاصدية الخمس التي لها تلك الأهمية البالغة والمكانة العالية التي أولتها الشريعة الإسلامية لهذه الكلية من خلال تنظيم النسب بتشريع أسباب معلومة يثبت بها.

ومن خلال تلك الأحكام التي شرعت لأجل الحفاظ على النسب الزواج وجعله المنظومة التي يتناسل بها الخلق.¹

كذلك منع التبني وفيه وعيد للذين يجحدون أولادهم أو ينتسبون لغير آبائهم لأن هذا ما يحافظ على الأنساب من الاختلاط أو الاضطراب والفساد.

المطلب الأول: أسباب ثبوت النسب وفقا للنظام الشرعي والقانوني

ومن أسباب ثبوت النسب سوف أتطرق إليها من خلال ثبوت النسب من جهة الأم ثم ثبوت النسب من جهة الأب.

أسباب ثبوت النسب من الأم:

¹ - انظر عبد الله بوزنون، مجلة الإصلاح، 2014 رقم 43، ص 17.

بسبب ثبوت النسب من الأم هو الولادة شرعية كانت (يعني الزواج صحيحا أو فاسدا، أم غير شرعية).

أسباب ثبوت النسب من الأب:

أ/ السبب الأول النكاح الصحيح: فأما النكاح الصحيح فقد اتفق الفقهاء على ثبوت النسب الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" والمراد بالفراش الزوجية وما في حكمها.

ب/ السبب الثاني النكاح الفاسد: اتفق الفقهاء على أن النسب يثبت في النكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول الحقيقي، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء الولد.

ج/ السبب الثالث: الوطء بشبهة: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوطء بشبهة يثبت النسب لأن النسب هنا إنما جاء من جهة ظن الواطئ بخلاف الزنا: فلا ظن فيه، فإذا وطئ المرأة لا زوج لها بشبهة منه كأن ظنها زوجته أو أمته فأنت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر من وقت الوطء ثبت نسبه منه سواء وجد منها شبهة أم لا.¹

وبعضهم زاد سببا وهو الاستيلاء وهو تصيير جارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته إن صيرها أم ولده ويترتب على استيلاء ثبوت النسب إذا أقر السيد بالوطء عند الجمهور، خلافا للحنفية حيث اشترطوا إقراره بأن الولد منه.²

الفرع الأول: ثبوت النسب على ضوء النظام القانوني

¹ - انظر عبد الله بوزنون .مجلة الاصلاح 2014 رقم 43 ص 17

² - انظر عبد الله بوزنون، المرجع السابق، ص 17، موضوع البحث رسالة ماجستير في العلوم الشرعية، ولاية المدية ، استلحاق ولد الزنى.

نصت المادة 40 المعدلة بأمر رقم (05-02) المؤرخ في 27 فبراير 2005 على ما يلي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بإقرار أو بالبيئة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32-33-34 من هذا القانون.

ما يمكن ملاحظته في نص المادة 40 هو صياغته الخاطئة، ويعاب على هذا النص أنه أقر ثبوت النسب بنكاح شبهة وبكل زواج فاسد في آن واحد.¹ وكان على المشرع أن يتكلم على الوطء بشبهة وليس النكاح بشبهة ما دام انه أقر بثبوت النسب بالزواج الفاسد في النص ذاته وإعادة صياغة النص على النحو التالي: "يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالزواج الفاسد وإقرار وبالنية والوطء بشبهة"، يضاف إلى النقائص التشريعية أن المشرع من خلال المادة 40 من قانون الأسرة حصر ترتيب النسب بالزواج الفاسد على كل زواج تم فسخه بعد الدخول وفقاً للمواد 23-33-34 من هذا القانون علماً أن الحصر في هذه المسائل غير موقف لأنه يتعارض أتم التعارض مع مصلحة الطفل بل مع حياة أحد حقوقه السامية وهو نسبه لأبيه، لذلك وحتى تتوافر الحكمة التي توخاها المشرع عند وضعه لهذا النص كان عليه أن يكتفي بالتخصيص على ثبوت النسب بالزواج الصحيح دون الإشارة إلى المواد المتعلقة به.²

وهذا ما يمكن قوله في إثبات النسب في التشريع الإسلامي من طرق مشروعة مقررة شرعاً لكن بظهور التطور البيولوجي وتوسع دائرة استعمال هذا التطور أصبح يمكن الاعتماد عليه في إثبات هذا النسب ونفيه، لكن السؤال المطروح ما مدى مشروعية استخدام هذا التطور في النسب؟ وهل يعتبر هذا التطور بمثابة قرينة يستعان بها على إثبات النسب أو نفيه فحسب.

¹ انظر تشوار الجيلالي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان 2005، رقم 03، ص 06.

² انظر تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص 07.

الفرع الثاني: الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ونفيه

تتمثل الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب أو نفيه في البصمة الوراثية¹ فيمكن استعمالها كوسيلة إثبات أو بحيث تتوقف مشروعيتها على عدم وجود نصوص شرعية تعارضها أو أصول كلية تنافيها سواء في ميدان التحقيق الجنائي أو في ميدان النسب صحة ونفياً.²

هذا ويحول دون الأخذ بمثل هذه الوسائل في الحدود الشرعية والقصاص، ما تورثه من شبهة يعارضها قوله صلى الله عليه وسلم " ادروا الحدود بالشبهات" كما يمنع الاعتماد عليها في إثبات النسب والتأكد من صحتها من غير اشتباه لما يؤدي بطريق أو بآخر على المساس بالأعراض والاجتزاء على الأنساب ويعارضه قوله صلى الله عليه وسلم " كل المسلم على المسلم دمه وماله وعرضه" ومن جهة أخرى لا يجوز تقديم البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه على اللعاب المقرر حكمه بنص الآية القرآنية في قوله تعالى " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم" إلى قوله تعالى "... والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" [النور 6-7-8-9]³

ولقد وجد هذا الكشف يعني البصمة الوراثية تطبيقاته السريعة والقوية في مجال علم الجريمة بحيث تستخدم في قضايا السرقة، القتل والاعتصاب. ويتم رفع الآثار الموجودة لإثبات أنها مخلفات آدمية ثم تقارن بدم المتهم أو المجني عليه.

¹ - البصمة الوراثية: هي البنية الجينية، نسبه إلى الجينات أي الموروثات التي تدل على هوية كل إنسان بعينه، وأفادت البحوث والدراسات العلمية أنها من الناحية العلمية تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي، ويمكن أخذها من أي خلية بشرية من الدم أو اللعاب أو المنى أو غيره.

² - الفتوى رقم 463، الصنف الفتاوى الطبية لفضيلة الشيخ محمد علي الفركوس، دكتور و أستاذ بكلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر.

³ - انظر موقع الشيخ محمد علي الفركوس، الفتوى رقم 463، الصنف، الفتاوى الطبية.

كما أن القرار السابع من الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 26 /10 /1422 - 21 هـ نص على أنه يجوز استعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في الحالات التالية:

- حالات النزاع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء كان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة ونحوه.
- حالات الاشتباه في مواليد المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم أو وجود جنث لا يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التحقق من هويات أسرى الحروب والمفقودين.

كذلك أصدر المجلس عددا من التوصيات والقرارات التي تنظم شرعيا الأخذ بالحمض النووي الوراثي كدليل مادي في قضايا الجنائية والقضايا البنوة والتي كثير من القضاة يجدون نوعا من الحرج في استخدام الحمض النووي الوراثي كدليل يترتب عليه الحكم الشرعي في القضايا الجنائية وبعض القضايا لعدم وجود إجماع فقهي على مشروعية استخدام الحمض النووي في القضايا الجنائية وقضايا النسب المتنازع فيها.

من العيوب الواردة على قانون الأسرة وبخصوص ثبوت النسب عدم تماشي نص المادة 40 مع نص المادة 41 من نفس القانون، ذلك أن هذه الأخيرة تنص على " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، فالتعارض القائم بين النصين السابقين وإذ يقضي نص المادة 41 صراحة بثبوت نسب الطفل لأبيه، إلا إذا كان الزواج شرعيا أي صحيحا في حين تنص المادة 40 على ثبوت نسبه حتى ولو كان الزواج

فاسدا أو جاء نتيجة لوطن بشبهة أي حتى إذا كان غير شرعيا وبالتالي مفهوم المخالفة لنص المادة 41 أن الطفل لا ينسب لأبيه إلا إذا كان الزواج صحيحا.¹

إذا كان ثبوت نسب الطفل نتيجة حتمية عن عقد الزواج وإمكانية اتصال الزوج بالزوجة فما هو الحال لثبوت النسب في حال استخدام الطرق العلمية المستحدثة؟

المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي

إن التلقيح الاصطناعي هو عكس الإخصاب الطبيعي الذي يتم بصورة طبيعية بين الرجل والمرأة وذلك من خلال قذف مني الرجل في رحم المرأة مباشرة، أما بالنسبة للتلقيح الاصطناعي فقد اكتشفه علماء الأجنة والوراثة في العصر الحديث وأثبتتجاعته في الحالات التي تكون فيها الإصابة في أحد الزوجين بالعقم أو ضعف في الخصوبة يحول دون إتمام الحمل بطريقة طبيعية.

ويتم التلقيح الاصطناعي عن طريق التقاط بويضة المرأة ولقاحها مع مني الرجل خارج الرحم ثم غرسها داخل الرحم، وهناك طريقة أخرى تقضي بتخزين البويضة في سائل الآزت لإخصابها لاحقا، لأن المرأة قد تحمل بغير جماع أي بلا وطء من قبل الرجل، ثم تضع حملها فما نسب هذا الحمل الذي وضعتة؟ كذلك الجمع بين ماء الرجل وماء المرأة فينشأ منهما الولد فسميت هذه الطريقة بالتلقيح الاصطناعي أو أطفال الأنابيب، وهذا ما سأعالجه هذا المطلب وسأقسمه إلى ثلاثة فروع المتمثلة فيما يلي:

الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع.

الفرع الثاني: الإطار الشرعي للإنجاب الصناعي.

¹ - انظر تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 11.

الفرع الثالث: رضا الزوجين على التلقيح الصناعي.

الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع

قد يحصل حمل المرأة من غير جماع، وقد ذكر فقهاء الإسلام ذلك وبينوا ما يترتب عليه من أحكام، كما بينوا كيفية حصول الحمل عن غير الطريق المألوف ونذكر فيما يلي بعض أقوالهم:

جاء في "المغني المحتاج" في فقه الشافعية: غنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة بعد وطء... أو الفرقة بعد استدخال المني أي مني الزوج لأنه أقرب إلى العلق بمجرد الإيلاج، ولا بد أن يكون المني محترماً حال الإنزال وحال الإدخال، فقد حكى **الماوردي** عن الأصحاب أن شرط ووجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال أو الاستدخال معا في حال الزوجية.¹

وجاء في "الدر المختار" في فقه الحنفية: "أدخلت مني في فرجها، هل تعتد؟ نعم لاحتياجها لتعرف براءة الرحم، قال **ابن عابدين** تعليقا: أي أدخلت مني زوجها في فرجها من غير خلوة ولا دخول، وعن "البحر" إذا عالج الرجل زوجته فيما دون الفرد فانزل فأخذت الزوجة ماءه واستدخلته في فرجها فحملت وولدت فالولد ينسب إليه.²

وجاء في **كشاف القناع**: "وقال في "المبدع" فيما يلحق بالنسب إذا حملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه".³

¹ - انظر عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، نقلا عن المغني المحتاج، ج 19، ص 120.

² - انظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، نقلا عن الدر المختار ورد المختار، ج 03، ص 528.

³ - انظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، نقلا عن "كشاف القناع"، ج 3، ص 257.

وفي فقه الحنبلي : شرط وجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معا في حالة الزوجية... ثم أبانها واستدخلته، ثم تجب العدة ولو يلحقه الولد¹ أي أنه لو طلق زوجته بائنا ثم أدخلت هذه المطلقة بائنا زوجها الذي طلقها.

ويستعمل التلقيح الاصطناعي للنساء اللاتي عجزن ميكانيكيا عن الإخصاب بالإنجاب وتتم العملية عن طريق عدة مراحل منها المرحلة الأولى التي يتم فيها التقاط البويضة بشرط ان تكون هذه الأخيرة قابلة للاستعمال، ومما هو معروف أن كل امرأة تحمل عددا معيناً من البويضات تستعملها طيلة حياتها، وفي كل شهر تتبلور بويضة واحدة بيد أنه قد تستعمل الهرمونات من أجل تسهيل صنع البويضات ومعرفة الوقت المحدد الذي ينبغي فيه التقاط البويضة، ذلك بعد تخدير المرأة كلياً، ثم ينسق ثاني أكسيد الكربون داخل الرحم حتى تتفصل البويضة عن الأمعاء ثم يدخل أنبوب خاص لاستخراج البويضة..

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة الإخصاب داخل الأنبوب بعد تحضير المنى، ثم تجري عملية التلقيح الاصطناعي بعد فرز الحيوانات الذكرية بواسطة آلة تسمى "Catheter" تقذف الحيوانات داخل الرحم، فإذا لم تحض المرأة بعد 12 يوماً فإن ذلك علامة من علامات نجاح العملية.

أما بالنسبة للتلقيح خارج الرحم فإنه يتم بواسطة تقليد نفس العمليات التي تجري داخل الرحم ، غير أن المرحلة الثالثة أعقد مرحلة بحيث تتم بإحياء البويضة المعلقة لعدة أيام داخل أنبوب والمعروف أنه في الإنجاب الطبيعي تنتظر البويضة المنى خارج عنق الرحم (فالبوب) لتعود ملقحة إلى الداخل في مسلك طبيعي ينتهي داخل الرحم، وحتى ترتب الأمور اصطناعياً بشكل قريب إلى الموضع الطبيعي ينجز الأطباء محيطاً يشبه رحم المرأة وتأتي أجزاء المرحلة الرابعة التي تنتمى في البويضة طيلة تسعة أشهر بعد أن تظهر أولى إشارات

¹ - انظر المرجع السابق، ج 3، ص 384.

الحمل، ثم حملت من هذا الماء فالولد الذي تضعه لا يلحق به أي لا يثبت نسبه لأن الولد يكون من ماء أجنبي عن المرأة وعلى هذا يمكن طرح السؤال التالي: ما حكم الشرع من هذا التلقيح الاصطناعي؟ وإن كان حكمه الجواز فما هي ضوابط استعماله؟

إن هذه المسألة عند الفقهاء ترجع إلى مدى اعتبار العقم ضررا فمن اعتبر كذلك أباح اللجوء إلى طلب علاجه كغيره من الأمراض كالعمى والعرج بجامع كونه إصابة ينتج عنها خلل وظيفي وهو ما قرر المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة في عمان (صفر 1407) موضحا أن فيه طرقا جائزة وأخرى محرمة شرعا ومما قرروه أنه لا حرج في اللجوء إلى تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها تلقيحا اصطناعيا ثم إعادته إلى رحم الزوجة ليتم الحمل عاديا عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة الأخذ بكل الاحتياطات اللازمة.

أما من لم يعتبر العقم ضررا فإنه لا يرى إباحة علاجه كانتقاء الضرورة الشرعية والحاجة الشديدة إلى علاجه.¹

أما المولود بالطرق الأخرى للتلقيح الصناعي فلا يثبت بها نسبه لأنها تكون من ماء أجنبي ولم يتكون من ماء الزوج وماء الزوجة فلا يلحق نسبه به، فيكون حكمه من جهة النسب حكم ولد الزنا.²

الفرع الثاني: الإطار الشرعي للتلقيح والإنجاب الاصطناعي

ما لا شك فيه أن قضية التلقيح الاصطناعي والإنجاب هي قضية عصرية، لهذا اعتنى فقهاء الشريعة الإسلامية بدراستها دراسة فقهية لما من أخطار ومحاذير شرعية تكون سببا في اختلاط الأنساب، هذا من جهة، أما من جهة أخرى لما وراءها من تنافس بين المراكز

¹ - فتوى طبية في حكم التلقيح الاصطناعي، مجلة "الأحياء" لفضيلة الشيخ محمد علي الفركوس، دكتور و أستاذ بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، ص 51.

² - انظر عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج 9، ص 392.

المخبرية المتعددة في تحسين نسبة النجاح وطلب الربح والتجارة فيه، ومع إقبال الناس على مثل هاته العمليات لرفع العقم عنها الأمر الذي ترك علماء هاته الأمة بجوازها مع شروط ومحاذير شرعية لأن البعض يرى أن حكم هاته العمليات أمر عادي ولكن الأمر الذي يُعكّر الحكم بالجواز على العمليات أي عمليات التلقيح الاصطناعي هو خطورة احتمال الخطأ فيها وترتب اختلاط الأنساب بالتبع إذ لا يؤمن أن يدخل في العملية ما هو محظور كأن يضيف المختص في المختبر إلى مني الرجل الضعيف منيا آخر ليقويه أو يغير بعض مقومات بويضة الزوجة بإحلال مقومات أخرى لبويضة أجنبية قصد إصلاحها وطمعاً في رفع نسبة النجاح علماً أن التنافس بين المراكز المخبرية المتعددة في تحسين نسبة النجاح وطلب الربح والتجارة فيه لا يستعيد من ورائه إطلاقاً وقوع إهمالات، تجاوزات، الأمر الذي المساس بعرض الرجل ودينه. فهذه المفسدة الشرعية مرتبة أساساً بعدالة المختصين المباشرين لعملية التلقيح الصناعي ومقدار الأمانة وحجم الثقة الموضوعة فيهم فضلاً عن تكشف المرأة أمام الطبيبة أو الطبيب الذي غالباً ما يقوم بنفسه بفحص البويضة الملقحة بحقنة في الجهاز التناسلي للمرأة.¹

إن وسائل الإنجاب الصناعي من بين أهم المواضيع التي تداولتها الندوات كذلك اهتم مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة العالم الإسلامي وكذا المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بالمملكة العربية السعودية بهذه المواضيع وصدرت عنها قرارات متعددة بالإضافة إلى ذلك سلسلة مؤتمرات الأزهر الشريف السنوية على المسائل الطبية والأحكام الشرعية الخاصة بها لأنها مواضيع حساسة وشائكة كما أقره علماء هاته الأمة.

الفرع الثالث: رضا الزوجين عن التلقيح الاصطناعي

¹ - انظر فتوى الطبيبة في حكم التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق لفضيلة الشيخ محمد علي الفركوس، دكتور و أستاذ بكلية العلوم الإسلامية بجامعة الجزائر، ص 52.

يعتبر الرضا ركن أساسي في عملية التلقيح سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة وذلك لما فيه المساس بعرض الإنسان ودينه ناهيك عن نتائج هذه العملية على جسم الإنسان إذ يجب اختيار الطرفين المعنيين لهذه العملية بخطورتها والاطلاع على محتواها وإدراك نتائجها.

ولما كان التركيز الاصطناعي يركز على رضا الطرفين سواء بالنسبة للرجل أو المرأة فيجب أن يكون هذا الأخير صادرا من شخص ذي أهلية والتي حددها المشرع في المادة 07 الفقرة 01 المعدلة من قانون الأسرة ببلوغ الزوجين سن 19 وقت إبرام الزواج.

لكن ما يغلب على النص في الفقرة 02 من نفس المادة على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات وهذا ما يدعوننا أن أهلية القاصر ناقصة لإبداء موافقته على التلقيح الاصطناعي أي أن أهليته تحول دون ذلك وهنا يمكن القول أن السكوت التشريعي حول هذه النقطة لا يمكن أن يؤول إلى التأويل والاجتهاد.¹

كذلك يجب أن يكون رضا الزوج مع رضا الزوجة على حد سواء من خلال صحته والتراجع عنه إذا لم يشرع في عملية التلقيح، وهناك مشكل مثار أيضا وهمّوا بعد الشروع في تلك العملية بحيث يؤدي ذلك إلى الإجهاض الذي هو محرم شرعا وقانونا ولأنه جناية على الموجود الحاصل خصوصا إذا نفخ فيه الروح.

ولكي يكون التلقيح سليما صحيحا من الناحية الشرعية يجب أن يكون بماء الزوجين، بحيث يلقح ماء الزوج بويضة الزوجة كما قدره المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثالثة في عمان، أما إذا كان التلقيح بغير ماء الزوجين فهذا غير مشروع وغير جائز ومحرم شرعا سواء كان التلقيح داخلي أو خارجي لأن كلا المائين ليسا من الزوجين.

¹ - انظر تشوار الجيلالي، المرجع السابق، ص 57.

ولهذا اشترط المشرع في الفقرة الخامسة من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة على: " أن يتم التلقيح الاصطناعي بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها".

كذلك بالنسبة للتلقيح الاصطناعي لا يكون في حياة الزوجين يعني يعتد برضا الزوج إل إذا كان على قيد الحياة وقت البدء في عملية التلقيح وهذا حسب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الفقرة 02 تنص على أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما، كذلك إذا وافق على التلقيح ثم توفي مباشرة وقبل البدء فإنه يمنع التلقيح في هذه الحالة أو وقع التلقيح بعد الوفاة فإنه يمنع التلقيح وهذا حسب نص المادة 45 الفقرة 02" تقول أثناء حياتهما" فالمادة صريحة.

خاتمة

إن ما يمكن ملاحظته من خلال هاته الدراسة لموضوع التعديل في مسائل الزواج وآثاره من قانون الأسرة الجزائري الذي صدر سنة 1984 ومن خصائصه أن مواده كانت في غاية السهولة وذلك لعددتها المحدود وهذا ما سهل على القاضي والمتقاضين معرفة الأحكام الخاصة بالنزاع وأصبح كل فرد يعرف ما عليه من حقوق وواجبات وكذلك وفر على الدارسين والمنغمسين في المجال القانوني من الخوض في أمهات الكتب الفقهية التي لا حصر لها.

لكن بعد صدور قانون الأسرة توالى ردود الفعل وتوالى الانتقادات عليه نتيجة لظهور الثغرات والنقائص في المواد القانونية وذلك من خلال تطبيقها في الميدان، كذلك سوء صياغة المواد القانونية. هذا ما أدى بالمشروع إلى ضرورة تعديل هذا القانون، وكان كذلك بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ، الموافق ل 27 /02 /2005م، لكن هذا التعديل كان محل جدال فقهي وقانوني، ذلك لأن مواده المنصبة على مسائل الزواج وآثاره تظهر أن المشروع الجزائري اعتبر عقد يقوم على ركن واحد وهو الرضا مع إغفاله لموضوع مهم ألا وهو مسألة عيوب الرضا وما يترتب عليه من آثار.

أما فيما يخص مسألة السن القانونية للزواج المقدر ب 19 سنة فهو شيء منطقي تماشيا مع التقنين المدني، إلا أن الإشكال يقع في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية، لأن النص لم يحدد السن القانونية للزواج ب 19 سنة.

كذلك بالنسبة لموضوع الولاية في الزواج فالمشروع تناقض كثيرا في الأحكام الخاصة بها، فإذا نظرنا إلى المواد الخاصة بالولاية فنرى أنه لا ألغى الولي ولا اعتبره مشاركا ومرشدا للزوجة في العقد، وبالتالي وقف المشروع موقفا يشوبه الغموض وبالتالي يحدث شرخا واسعا داخل الأسرة.

كذلك بالنسبة لمسألة تعدد الزوجات فقد وقع المشرع الجزائري في جملة من التناقضات التي لا حصر لها في هذا الموضوع، فمن جهة قيّد التعدد بشروط لا يمكن تحقيقها على أرض الواقع خصوصا على موضوع التعدد عند طلب الحصول على الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجين لأن هذه الموافقة تعد مستحيلة في الوقت الراهن وكذلك ترك المجال مفتوحا من خلال الزواج بالفاثحة أو بالأحرى العقد الشرعي ثم الدخول بالزوجة من جهة أخرى.

ومن الأفضل استحداث استمارة لدى الجهات المختصة يتعهد فيها الزوج بإقامة العدل في حالة الزواج من أخرى.

كذلك إغفال المشرع الجزائري حق الزوج في الطاعة وإلغاء القوامة الذي هو حق أصيل للرجل على المرأة وبالتالي الاستجابة لبنود اتفاقية سيداو التي تسعى للمساواة بين الجنسين بيد أن في الشريعة الإسلامية المرأة ليست كالرجل، لكنهم يعارضون فطرة الله، صحيح أن المرأة متساوية مع الرجل في الأحوال العامة الشرعية كالمساواة في أصل التكليف وفي الجزاء من ثواب وعقاب وفي التملك وفي اختيار شريك الحياة ونحوها ، لكن مثل هاته الاتفاقيات ستتنسق بقانون الأسرة.

وعلى كل فإن هذا التعديل لا يصب في صالح الأسرة الجزائرية بل سيدخلها في متاهات ونزاعات لا حصر لها ولا طائل منها، لذلك تجدر الإشارة إلى تعديل جديد يكون في مستوى تطلعات الأمة الإسلامية خصوصا الشعب الجزائري وموافقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا مخالفا لها، هذا من جهة أما من جهة أخرى يجب أن تكون الصياغة القانونية للمواد سهلة وفي متناول الجميع لا يشوبها لا غموض ولا إبهام، وما تجدر الإشارة إليه يجب أن يكون هذا التعديل بإشراك المختصين في الدين ليتسنى لهم دراسة كل الاختلافات المتعلقة بالمواضيع المتنازع فيها أو يكثر فيها الخلاف والخروج منها بآراء

وترجيحات تكون في اعتقادنا مساهمة في تجلية ما يجب إدخاله في قانون الأسرة من زيادات أو تعديلات في المواضيع التي يثار فيها الجدل.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1) آيات القرآن الكريم

- سورة الذاريات الآية 49.
- سورة الروم الآية 21.
- سورة الفرقان الآية 54.
- سورة النساء الآية 19.
- سورة البقرة الآية 228.
- سورة البقرة الآية 251.
- سورة النساء الآية 34.
- سورة البقرة الآية 229.
- سورة النساء الآية 12.
- سورة النساء الآية 03.

2) الشرح الممتع على زاد المستقنع للشيخ محمد بن صالح العثيمين رحمه الله، المجلد الخامس، مركز الفجر للطباعة، دار الآثار القاهرة.

3) التمهيد كما في الموطأ في المعاني والأسانيد، تأليف الإمام الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد الله، ابن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، المجلد الحادي عشر، الناشر، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر.

4) ابن حجر العسقلاني في فتح الباري شرح البخاري، ج 7، دار الفكر، بيروت، لبنان.

5) الأفنان، الندبة، شرح منظومة السبل السوية لفقهِ السنن المروية للشيخ زيد بن محمد بن هادي المدخلي رحمه الله، ج 5، دار الميراث النبوي للنشر والتوزيع وإمام دار الهجرة.

- (6) محمد أبو زهرة، الملكية والنظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
- (7) ابن تيمية، مجموع الفتاوى ج 29، مكتبة المعارف، الرباط، المغرب.
- (8) تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر 2001.
- (9) محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، طبع سمك سعد بدون سنة الطبع.
- (10) الشوكاتي، نيل الأوطار ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان 1980.
- (11) عبد العزيز سعد ق. أ. ج في ثوبه الجديد، دار هومة 2007.
- (12) عيسى حداد، عقد الزواج، دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة 2006.
- (13) ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2، الطبعة 10، دار الكتب العالمية، بيروت لبنان 1988.
- (14) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والمبيت المسلم ج 7، ط 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان 2000.
- (15) محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة ط 3 2009، الجزائر.
- (16) عبد الرزاق الهنسوري، مصادر الحق، المجتمع العربي الإسلامي، منشورات محمد داية بيروت 1953.
- (17) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، ط 1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1983.

- 18) محمد حسن قاسم، الالتزامات، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003.
- 19) فخري أبو صفية، الإكراه في الشريعة الإسلامية، ط 1، مطابع المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية 1982.
- 20) الصادق عبد الرحمان العرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته ج 2، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان 2001.
- 21) مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع المالي، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق تلمسان.
- 22) ابن حجر، الفتح الباري، ج 5، الريان للتراث، القاهرة، ط 1، 1987.
- 23) بلحاج العربي في شرح قانون الأسرة الجزائري ج 1، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية.
- 24) ميلود ديدان، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2006.
- 25) تشوار الجيلالي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2005، رقم 03.
- 26) سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية 1998.
- 27) سنن الترميذي ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، دون تاريخ، ص 435.
- 28) الإمام مسلم، صحيح مسلم شرح النووي، ج 10، دار ابن هيثم، القاهرة سنة 2000.
- 29) الإمام القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ج 5، بيروت 1965.

المجلات والدوريات

- 1- بلحاج العربي، قانون الأسرة مع التعديلات الأمر 05- 02 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 66- 2006، ص 49، قرار صادر في 07 /12 /1966، أنظر المجلة الجزائرية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ج 1.
- 2- تشوار الجيلالي، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، تلمسان، 2006. 04.
- 3- مجلة الإصلاح 2014، رقم 43، ص 17.
- 4- الدكتور محمد علي الفرکوس، حكم التلقيح الاصطناعي، مجلة الأحياء رقم 11 ص 51 لعام 2015.

مواقع الإنترنت:

- 1- ملتقى أهل الحديث، منتدى الدراسات الفقهية، إثبات النسب عن طريق تحليا البصمة الوراثية (ADN) لا يثبت، فتوى العلامة الفوزان ورأي الشيخ الششتري.
- 2- الموقع الرسمي لفضيلة الشيخ أبي عبد المعز محمد علي الفرکوس.

الفهرس

01.....	مقدمة.....
05.....	الفصل الأول: الإطار القانوني المستحدث لعقد الزواج.....
06.....	المبحث الأول: إعادة بناء العقد.....
06.....	المطلب الأول: الركن وشروط الشكلية.....
07.....	الفرع الأول: الركن الرضائي للزواج.....
10.....	الفرع الثاني: الأهلية.....
14.....	المطلب الثاني: الشروط الشكلية.....
14.....	الفرع الأول: شروط الولي.....
20.....	المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف الركن والشروط.....
20.....	المطلب الأول: البطلان.....
20.....	الفرع الأول: آثار الغلط.....
22.....	الفرع الثاني: آثار التدليس.....
25.....	المطلب الثاني: الفسخ.....
25.....	الفرع الأول: آثار الإكراه.....
28.....	الفرع الثاني: السن القانونية للزواج.....
30.....	المبحث الثالث: أصناف الزواج وموقف المشرع الجزائري منها.....

- 30.....المطلب الأول: الزواج العرفي.
- 32.....الفرع الأول: الطبيعة القانونية للفتحة.
- 34.....الفرع الثاني: آثار الزواج العرفي.
- 36.....المطلب الثاني: نظام تعدد الزوجات بين الشرع والقانون الوضعي.
- 37.....الفرع الأول: موقف الشرع من تعدد الزوجات.
- 39.....الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من التعدد في التعديل الجديد.
- 42.....الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن مخالفة إجراءات التعدد.
- 44.....الفصل الثاني: الآثار المترتبة على عقد الزواج.
- 45.....المبحث الأول: حقوق وواجبات الزوجين.
- 45.....المطلب الأول: الحقوق والواجبات المعنوية.
- 45.....الفرع الأول: المعاشرة بالمعروف.
- 47.....الفرع الثاني: قوامة الزوج على الزوجة.
- 48.....الفرع الثالث: حق التأديب.
- 49.....المطلب الثاني: الحقوق والواجبات المادية.
- 49.....الفرع الأول: الذمة المالية المستقلة.
- 54.....الفرع الثاني: العدل بين الزوجين في حالة التعدد.
- 56.....المبحث الثاني: إقرار النسب وثبوته.

56.....	المطلب الأول: أسباب ثبوت النسب وفقا للنظام الشرعي والقانوني
57.....	الفرع الأول: ثبوت النسب على ضوء النظام القانوني
59.....	الفرع الثاني: الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب ونفيه
61.....	المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي
62.....	الفرع الأول: نسب المولود بغير جماع
65.....	الفرع الثاني: الإطار الشرعي للإنجاب الصناعي
66.....	الفرع الثالث: رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي
68.....	الخاتمة
72.....	قائمة المصادر والمراجع
79.....	الفهرس