جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

معهد العلوم الإسلامية

قسم الشريعة

محاضرات في مقياس:

قانون الأسرة المقارن

ثانية ماستر شريعة وقانون

السنة الجامعية: 1440-1441هـ/2019-2020م

أولا-مدخل إلى قانون الأسرة الجزائري

1-**تعريف قانون الأسرة الجزائري:** هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الأفراد فيما بينهم من حيث صلة النسب والزواج، وما ينشأ عنه من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة وحقوق وواجبات متبادلة، وما قد يعتريها من انحلال تترتب عليه حقوق النفقة والحضانة والإرث والوصية.

2-**التطور التاريخي لقانون الأسرة الجزائري:** لقد مر التنظيم القضائي الجزائري في مجال الأسرة بمراحل:

***مرحلة ما قبل سنة 1830م:** كان هذا التنظيم قبل الاحتلال الفرنسي مثله مثل التنظيم القضائي في مختلف البلدان الإسلامية يخضع لقواعد الشريعة الإسلامية في أصوله ومختلف إجراءاته، أي أن الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال كانت خاضعة لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية وللمعاملات والأعراف المحلية.

***مرحلة ما بعد سنة 1830:** لما دخلت الجزائر في ظل الاستعمار الفرنسي استوطنها عدد كبير من المدنيين والعسكريين من أجناس أوروبية مختلفة، حيث أصبحت الجزائر تحتضن خليطا من أجناس متنافرين في معتقداتهم، متعادين في سياستهم، دون أن ينسخ أحدهم في الآخر أو يقبل به، مما أثر ذلك على النظام القضائي بصفة عامة، وفي مجال الأسرة بصفة خاصة، أدى هذا بالمستعمر إلى محاولة طمس معالم النظام القضائي الإسلامي الذي كان قائما قبل مجيئه ومحاولة دمجه في النظام القضائي الفرنسي خدمة للأغراض الاستعمارية، إلا أن جميع محاولاته في هذا المجال باءت بالفشل، مما اضطره إلى ترك الجزائريين وشأنهم يطبقون الشريعة الإسلامية في مجال الأسرة.

ونتيجة لذلك فقد نشأت في الجزائر حالة من الازدواجية والثنائية في التنظيم القضائي في مجال الأسرة، حيث أصبحت الجزائر تضم محاكم فرنسية تختص بالفصل في جميع الدعاوى القائمة بين غير الجزائريين، بالإضافة إلى محاكم إسلامية تختص بالفصل في جميع قضايا المواطنين الجزائريين المتعلقة بأحوال الأسرة، هذه الأخيرة يشرف عليها قضاة جزائريون مسلمون يطبقون أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، مع الميل كثيرا إلى فقه المذهب المالكي، باعتبار أنه لم يوجد لديهم أي قانون مكتوب يستندون إليه في أحكامهم.

***مرحلة من ما بعد 1962إلى 1984:** لما استردت الجزائر سيادتها وتحررت من الهيمنة الاستعمارية، عمل المشرع على التخلص من الازدواجية والتبعية القضائية للقوانين الفرنسية وإنشاء جهاز قضائي يتناسب مع تطلعات الشعب الجزائري، فأصدر القانون رقم 218/63 يلغي بموجبه ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة على محاكم الاستئناف الشرعية، وأنشأ بدلا عنها المجلس القضائي الجزائري الأعلى، كما

أصدر مرسوم يقضي بنقل اختصاصات المحاكم الشرعية إلى المحاكم العادية، وبالرغم من المجهودات المبذولة من المشرع الجزائري فقد صعب عليه أمر إصدار قانون أسرة جزائري، ليظل هذا الوضع قائما لـــ 20 سنة من الاستقلال، فأصبح موضوع العمل على إصدار هذا القانون محل أخذ ورد ونقاش استغرق مدة من الزمن، إلى أن صدر القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

***مرحلة من ما بعد 1984 إلى 2005:** صدر قانون الأسرة الجزائري لعام 1984م، وقد اشتمل على أربعة كتب: الكتاب الأول: يتعلق بالزواج وانحلاله، والكتاب الثاني: يتعلق بالنيابة الشرعية، والكتاب الثالث: يتناول الميراث، والكتاب الرابع: يتناول التبرعات (الوصية، والوقف، والهبة)، ومن مميزات هذا القانون:

- أنه قانون متكامل اشتمل على أغلب أحكام الأسرة.
- استمد أحكامه من الشريعة الإسلامية.
- أثبت أنه بالإمكان تقنين أحكام الفقه الإسلامي.

وقد تم تعديله عام 2005، حيث مس التعديل جملة من المواد تتعلق بالزواج والطلاق والحضانة.

ثانيا-الخطبة وآثارها في التشريع المقارن:

تمثل الخطبة إجراء أوليا يسبق عقد الزواج، وتشكل فرصة للخاطبين وللعائلتين في التعارف والتقارب، ولقد تضمنت مختلف قوانين الأسرة في البلاد العربية نصوصا تتعلق بالخطبة وطبيعتها وآثار العدول عنها، بما في ذلك قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية.

1-مفهوم الخطبة:

لغة: من معانيها طلب الزواج، يقال خطب فلان فلانة أي طلبها للزواج، ويقال خطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج.

اصطلاحا:

***قانونا:** لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف الخطبة، واكتفى بوصف طبيعتها، وسار على ذلك المشرع المغربي والتونسي، حيث نصت المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على: "...الخطبة وعد بالزواج...". ونص الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على: "كل من الوعد بالزواج والمواعدة به لا يعتبر زواج ولا يقضى به"، وأوردت المادة 05 من مدونة الأسرة المغربية على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج".

***شرعا:** تعددت التعاريف الاصطلاحية للخطبة، من بينها:

- **المالكية:** هي فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول.

- **بعض الفقهاء المعاصرين:** قال الإمام أبو زهرة: " الخطبة طلب الزواج وإبداء الرغبة في امرأة معينة وقع عليها اختياره، خالية من الموانع الشرعية، بالتقدم إليها أو إلى وليها ببيان حاله والتفاوض معهم في أمر العقد".

ويرى فتحي الدريني بأن الخطبة هي توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا".

***الخطبة والفاتحة:**

لقد حرص المشرع الجزائري في تعديله الجديد لقانون الأسرة على وضع النقاط على الحروف في مسألة علاقة الفاتحة بالخطبة، حيث جاء في المادة 06 منه: " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا " غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري "، وشروط الزواج هي: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج.

وقد سار المشرع المغربي في نفس السياق حيث جاء في مدونة الأسرة المغربية: " يدخل في حكم الخطبة قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا "، في حين لم تتعرض مجلة الأحوال الشخصية التونسية لهذه الإشكالية، وعليه نستنتج أن الفاتحة والخطبة سواء كانا قد وقعا منفردين أو مقترنين فإن أي منهما لا يعدوا أن يكون وعدا بالزواج، أما اقتران الفاتحة بالخطبة أثناء مجلس العقد وتوفر ركن الرضا وشروط صحة الزواج فيعتبر زواجا بشرط أن يتبع بالتسجيل في سجلات الحالة المدنية المنصوص عليها في المواد 21 و22 من قانون الأسرة.

2-العدول عن الخطبة والآثار المترتبة عليه:

العدول عن الخطبة يعني رجوع أحد الطرفين عن وعده والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، ولا يتوقف العدول على طلب رضا الطرف الثاني، لكونه جائز شرعا وقانونا، وهذا ما أكدته المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري: "... يجوز للطرفين العدول عن الخطبة..." وهو نفس المعنى التي تضمنته مدونة الأسرة المغربية في المادة 06، وتضمنه تعريضا الفصل الثاني في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وعليه يمكن العدول عن الخطبة في أي وقت، ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل و لم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام العقد دون رغبته وإرادته.

***آثار العدول عن الخطبة:** إن آثار العدول عن الخطبة تتجلى في ثلاثة مسائل:

مسألة الهدايا: إن ما يميز فترة الخطبة كثرة تبادل الهدايا بين الخطيبين لبناء جسور المحبة وتحقيق الألفة والمودة، فإذا حدث العدول من أحد الطرفين فما مصير هذه الهدايا؟

جاء في الفقرة الثانية من المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يُستهلك مما أهدته له أو قيمته، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها أن ترد للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته ".

في حين نصت المادة 08 من مدونة الأسرة المغربية على أن " لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبَله، ترد الهدايا بعينها أو بقيمتها حسب الأحوال "، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نص الفصل الثاني منها على أن " لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي قدمها للآخر ما لم يكن العدول من قبَله أو وجد شرط خاص ".

بناء على ما سبق، يمكن ملاحظة النقاط التالية:

- أن المشرع الجزائري ربط استرجاع الهدايا من عدمه بمجرد العدول عن الخطبة لا بسبب العدول.
- أمر المشرع الجزائري باسترجاع الهدايا للطرف المعدول عنه سواء كان العادل رجلا أم امرأة.
- أمر المشرع الجزائري باسترداد الهدايا بعينها أو بقيمتها.

مسألة الصداق: لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري صراحة ولا ضمنيا لمسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطبة، وبالتالي فتح المجال للقاضي للرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بناء على نص المادة 222 منه، وهذا بخلاف مدونة الأسرة المغربية التي تطرقت إلى مسألة الصداق في المادة 09، حيث جاء فيها: " إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إذا كان قائما، وإلا فمثله أو قيمته يوم تسلمه، وإذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى "، أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فلم تتطرق إلى موضوع الصداق المقدم للمخطوبة خلال فترة الخطبة.

التعويض عن الضرر: قرر المشرع الجزائري أحقية المعدول عنه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، حيث نصت الفقرة 02 من المادة 05 على أنه " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض "، ويكون التعويض على أساس القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 124 من القانون المدني، وقد سار المشرع المغربي في نفس السياق، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 07 على التالي: " غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض"، أما المشرع التونسي فلم يتطرق لهذه المسألة.

ثالثا-أهلية الزواج:

رغبة في تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين لم يتوانى المشرع في تعديل بعض شروط عقد الزواج مثل المساواة في سن الزواج بين الرجل والمرأة، والمساواة في الولاية في التزويج، وقد جاء في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري: " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات ".

1-مفهوم الأهلية:

***لغة:** هي الصلاحية مطلقا.

***اصطلاحا:** هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلا صالحا للخطاب بالأحكام الشرعية، وتنقسم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

2-توحيد سن الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

إن تحديد سن معينة للزواج لم يكن معروفا لدى الفقهاء القدامى وذلك لعدم ورود نص شرعي، غير أنهم اشترطوا في الزواج البلوغ، واجتهدوا في وضع علامات البلوغ التي يظهر من خلالها توفر أهلية كل من الفتى والفتاة لإبرام عقد الزواج، أما التشريعات الوضعية ومنها قانون الأسرة الجزائري فقد تناولت المسألة بالتنظيم باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع، ولهذا فلقد حدد المشرع الجزائري سن الزواج بـــ 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، ومن جهة ثانية تهدف لتوحيد سن الأهلية في مختلف القوانين الداخلية (الأهلية الجزائية: 18 سنة-الأهلية المدنية: 19 سنة).

ما يُلاحظ على المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري:

- المساواة في تحديد سن الزواج بين الرجل والمرأة بـــ19 سنة كاملة، وهذه المساواة في الحقيقة شكلية، لأن المشرع لم يعطها أي قيمة قانونية عندما لم ينص على توقيع العقاب عند مخالفة هذا التحديد.

- أن المشرع الجزائري رخص بإبرام عقد الزواج دون هذا السن، و لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة، حيث أنه خول للقاضي سلطة الإعفاء من السن المحدد للزواج إذا تبين له أن في الزواج مصلحة لأحد الزوجين أو كليهما، أو أن هناك ضرورة تتطلب النزول عن سن الزواج، بشرط التأكد من قدرة الطرفين على الزواج.

- أن المشرع الجزائري قد أنهى مسألة كانت قائمة على مستوى الفقه القانوني والاجتهاد القضائي بخصوص إمكانية مباشرة الزوج القاصر حقه في التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، إذ أقر المشرع في الفقرة الثانية أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج (النفقة، وإثبات النسب، والحضانة، إلخ).

– أن المشرع سمح بطريق غير مباشر بمخالفة هذا النص والزواج دون السن المحددة عندما أجازه بموجب المادة 22 من قانون الأسرة: " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي... "، وبالتالي فمن أراد الزواج قبل بلوغ سن 19 سنة فله ذلك، وكل ما في الأمر أنه لا يمكنه تسجيل الزواج، وعند بلوغه السن المطلوبة يمكنه رفع دعوى والمطالبة بتسجيل الزواج بأثر رجعي.

3–أهلية الزواج في التشريعين المغربي والتونسي:

سار كل من المشرعين التونسي والمغربي على نفس المنوال الذي سار عليه المشرع الجزائري في تحديد سن الزواج تكريسا لمبدأ المساواة بين الجنسين، والاختلاف بينهما هو في السن، بحيث نصت المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية على أنه " تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية 18 سنة شمسية"، ونصت المادة 20 على أن " لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي ".

أما مجلة الأحوال الشخصية التونسية فقد نص الفصل الخامس منها على أنه " يجب أن يكون كل من الزوجين خاليا من الموانع الشرعية، وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهم سن 18 سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج، وإبرام عقد الزواج دون السن المقرر يتوقف على إذن خاص من الحاكم ولا يعطى الإذن المذكور إلا لأسباب خطيرة وللمصلحة الواضحة للزوجين ".

رابعا–إثبات عقد الزواج:

في هذا الموضوع ثلاث مسائل أساسية تتعلق ببيان كيفية تحرير عقد الزواج وتحديد الأشخاص المؤهلين قانونا لتحريره، ثم إثباته والاستدلال عليه.

1–الأشخاص المؤهلين للإثبات: نصت المادة 18 من ق. أ. ج المعدل بموجب الأمر 05–02، على ما يلي: " يتم عقد الزواج أمام موثق أو أمام موظف مؤهل قانونا، مع مراعاة ما ورد في المادة 09 و09 ومكرر "، كما نصت الفقرة 03 من المادة 03 من قانون الحالة المدنية على ما يلي: " يكلف ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج ".

من خلال قراءة النص يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد حصر وظيفة تحرير وتوثيق عقود الزواج في شخصين، هما: الموثق والموظف الذي يؤهله القانون صراحة بتحرير وتوثيق عقود الزواج، ومعنى هذا أن تحرير عقد الزواج من شخص آخر غير الموثق أو ضابط الحالة المدنية يعتبر تحريرا غير قانوني ولا يحتج بهذا العقد أمام

الجهات القضائية، كما يمكن ملاحظة من خلال نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية التي حددت الأشخاص المختصين بتحرير وتوثيق عقد الزواج بصفاتهم دون أن تطلب منهم مراعاة ضرورة توفر أركان وشروط إبرام عقد الزواج، فإن المادة 18 من قانون الأسرة نصت على وجوب أن يلتزم هؤلاء بمراعاة ما ورد النص عليه في المادة 09 و09 مكرر لهذا القانون، وهو يوجب على كل واحد منهم أن يتحقق من توفر ركن الرضا وتوفر الشروط القانونية لبناء العقد، كما يجب على كل واحد منهم عند مباشرة تحرير عقد الزواج أن يلتزم بمراعاة تقديم كل واحد من الزوجين الأوراق والمستندات المنصوص عليها في المادة 74 من ق. ح. م، والمتعلقة بإثبات حالة وهوية وموطن أو محل إقامة كل واحد من الزوجين، وتأكيدا لذلك نصت المادة 77 من ق. ح. م على معاقبة ضابط الحالة المدنية والموثق الذي لا يحترم شروط تحرير عقد الزواج.

2-إثبات قيام عقد الزوجية:

نصت المادة 22 من ق. أ. ج المعدل بالأمر 05- 02 على ما يلي: " يثبت عقد الزواج بمستخرج عن سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ".

من خلال تحليل هذا النص نستنتج ما يلي:

- إذا قام الزوجان بإبرام عقد زواجهما أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية في خلال الوقت المناسب فلا تبدو هناك أي إشكالية، ومن السهل جدا على الزوجين أو على أحدهما أن يستخرج نسخة من عقد الزواج ويقدمها إلى الجهة المعنية لإثبات قيام عقد زواجهما.

- إذا لم يقم الزوجان بإبرام عقد زواجهما أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية فإنه لا سبيل لهما أو لأحدهما لإثبات عقد الزواج إلا باللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات وجود عقد زواج صحيح، ومن ثم يسجل مضمون هذا الحكم في سجلات الحالة المدنية، ويستطيع الزوج المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج ويحتج به كل من يهمه إثبات عقد الزواج.

- إذا وقع صدور حكم قضائي بناء على طلب الزوجين أو أحدهما وقرر صحة إثبات عقد الزوجية، فإن القانون قد أعفى الزوجين من تعقيدات الإجراءات اللازمة لتسجيل منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية للبلدية، وكلف ممثل النيابة العامة بالقيام بكل ما يتطلبه ذلك.

3-إثبات عقد الزواج في المشرع المغربي والتونسي:

تناول المشرع المغربي مسألة إثبات عقد الزواج في المادة 16 من المدونة، حيث نصت الفقرة 01 منها على ما يلي: " تعتبر وثيقة عقد الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات عقد الزواج، إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية على سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة ".

وتحدث المشرع المغربي في المواد 65 و66 و67 و68 و69 عن إجراءات إدارية وشكلية لإبرام عقد الزواج.
أما المشرع التونسي فقد تناول هذا الموضوع في الفصل 04، حيث جاء فيه: " لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص".

خامسا-الولاية في الزواج:

1-تعريف الولاية: لغة تعني النصرة، واصطلاحا يراد بها القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد.

2-مركز الولي في مباشرة زواج المرأة في قانون الأسرة الجزائري:

كان الولي في ظل قانون الأسرة قبل التعديل يشكل ركنا في عقد الزواج، وأصبح شرطا في عقد الزواج في ظل التعديل الجديد، حيث اعتبره المشرع بموجب المادة 09 مكرر شرطا من شروط الزواج وليس ركنا، لأنه قصر الأركان على ركن واحد وهو الرضا، وهو بذلك يكون قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين يعتبرون الولي ركنا في عقد الزواج، ووافق الأحناف في اعتباره شرطا في العقد.

وقد اتخذ المشرع الجزائري موقفا متذبذبا في حكم انفراد المرأة البالغة الراشدة بمباشرة عقد زواجها بنفسها، فلم يقرر إلغاء إذن الولي صراحة، ولم يقرر اشتراطه صراحة، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 11 في فقرتها الأولى: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره ".

فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور" لا تدل على الفعل، ويبدو أن المشرع قد تأثر بمطالب الجمعيات النسائية التي تنادي برفع ما تسميه بالحجر على المرأة في عقد الزواج، وأصبح يؤمن بأن المرأة لم تعد بحاجة إلى وليها، لأنها بهذا السن تصبح مدركة لما ينفعها وما يضرها، غير أنه أبقى الولاية للقصر وحصرها في الأب، فإن لم يوجد، انتقلت إلى الأقارب الأولين، وإلا فالقاضي ولي من لا ولي له، وهنا قدر عنصر الشفقة التي تقوم على أساس الولاية، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد قرر حماية القصر في عقد الزواج، ولم يخرج عن القاعدة العامة الموجودة في مختلف القوانين الأخرى، وعليه، بناء على ما تقدم يمكن استخلاص ما يلي:

- المشرع الجزائري لم يأخذ برأي الحنفية والذي يوافق مذهب الجمهور، ولا حتى برأي الظاهرية، بل جاء برأي جديد، والذي استقر عليه الرأي الفقهي في ولاية التزويج.

- الأعراف والتقاليد الجارية في البلد في مجال تنظيم الأسرة تلعب دورا فعالا في التمسك بأحكام الفقه الإسلامي بغض النظر عما هو منصوص عليه في القانون، وذلك بتأكيد دور الولي في عقد الزواج.
- إن إلغاء الولي في قانون الأسرة يطرح إشكالا إجرائيا نلمسه في التحكيم عند وقوع الشقاق والمعضلة التي يقع فيها القاضي عندما يحتاج إلى تعيين حكم من أهل الزوجين، فما دام الولي لم يشارك في عقد الزواج، فسيمتنع حتما عن الصلح.
- أن تعديل المادة 11 من ق. أ. ج لم يستجب لطبيعة الأسرة الجزائرية بكل خصائصها وعاداتها وثوابتها، الأمر الذي سيساهم في تفاقم المشاكل الأسرية ويزيد من تفكك الأسر.

وعليه فإن المشرع عليه أن يعيد النظر في التعديل بما يتوافق وأحكام الشريعة الإسلامية وأعراف ومبادئ المجتمع الجزائري.

3-الولاية في الزواج في مدونة الأسرة المغربية:

تناول المشرع المغربي مسألة الولاية في المادة 24 من المدونة، جاء فيها: "الولاية حق للمرأة، تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها"، وأضافت المادة 25: "للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها".

4-الولاية في مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

تناول المشرع التونسي الولاية في الفصل التاسع من المجلة، جاء فيه: "للزوج والزوجة أن يتوليا زواجهما بأنفسهما وأن يوكلا به من شاء، أو للولي حق التوكيل أيضا".

سادسا-أحكام تعدد الزوجات في قانون الأسرة الجزائري:

نص قانون الأسرة الجزائري على مسألة تعدد الزوجات في المادة 08، جاء فيها: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.

يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.

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

كما نصت المادة 08 مكرر على ما يلي: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، وأضافت المادة 08 مكرر 01: "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 08 أعلاه".

من خلال هذه النصوص القانونية نستخلص أن المشرع الجزائري قد سمح بالزواج بأكثر من واحدة، لكنه بالمقابل وضع جملة من الشروط والإجراءات لا يمكن إبرام عقد الزواج إلا من خلالها، هذه الضوابط هي:

- وجود المبرر الشرعي: هي عبارة عامة لم تحدد المقصود بالمبرر الشرعي، لأن المبررات الشرعية كثيرة وتختلف من شخص إلى آخر، ولعل من المبررات الشرعية التي ذكرها بعض الفقهاء المعاصرين حالة العقم بيقين علمي، أو الأمراض التي تؤثر على سير الحياة الزوجية، وفي جميع الأحوال، فإن الأمر متروك للمحكمة بناء على السلطة التقديرية للقاضي.
- توفر شروط ونية العدل: بمعنى أن يثبت الزوج قدرته على توفير العدل من الناحية المادية، كقدرته على النفقة والمسكن وغير ذلك من الأمور المادية، ويجب عليه تقديم الإثباتات اللازمة لذلك، كسند الملكية، أو عقد الإيجار، وكشف الراتب، أو سجل تجاري، وأن يصرح أنه ينوي العدل في الجانب المعنوي.

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الطريقة التي يتم بها إثبات نية العدل، وهل تتم شفويا أم أنه ينبغي إفراغها في قالب مفتوحة.

- يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها: إذا، العلم بهذا الزواج من الطرفين أمر وجوبي حتى لا تفاجأ الزوجة الأولى أو الثانية، ولم يتطرق القانون إلى الكيفية التي يتم بها الإخبار، هل يتم بشكل شفوي، أم برسالة، أم تتولى الجهات المعنية بإبرام العقد أمامها إخبار الزوجتين بذلك.
- تقديم طلب الترخيص المسبق بالزواج لرئيس المحكمة الكائن بمكان مسكن الزوجية: إذا توفرت الضوابط السابقة، جاز لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج، ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يتأكد من موافقة الزوجة السابقة واللاحقة على الزواج، بالإضافة إلى إثبات المبرر الشرعي وقدرة الزوج من الناحية المادية على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة، ولم يحدد القانون طريقة التعرف على هذه الموافقة، هل تتم في شكل مكتوب، وهل يجوز للجهة المعنية بمنح الترخيص استدعاء الأطراف للحصول أو التأكد من الموافقة.

وفي حالة التدليس من الزوج، بأن أخفى على إحدى الزوجات حقيقة أمره، فيجوز للزوجة المتضررة رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتطليق، ومن المفروض أن ينص القانون أيضا على حقها في التعويض في حالة حصول الضرر.

كما نص القانون على ضرورة فسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا تزوج الزوج بدون ترخيص من القاضي بناء على الشروط الواردة في المادة 08، ويفهم من هذا أنه إذا حصل دخول فلا يمكن فسخ الزواج، وبالتالي لا يكون أمام الزوجة إلا المطالبة بالتطليق والتعويض عن الضرر، والحقيقة أن ما جاء

به التعديل الجديد يصعب تحقيقه من الناحية الواقعية، وخصوصا مسألة حصول الموافقة المسبقة على الزواج من طرف الزوجتين السابقتين، كما أن هذا الأسلوب قد يؤدي لانتشار ما يسمى بالزواج العرفي في البداية، ليتم تثبيته لاحقا بحكم قضائي تمهيدا لتسجيله فيصبح أمرا واقعا.

والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هو: كيف يمكن لرئيس المحكمة أو القاضي في حالة نزاع أن يوازن بين المبرر الشرعي وعدم الحصول على موافقة الزوجة الأولى؟

أحكام التعدد في القانون المغربي والتونسي:

نظم المشرع المغربي أحكام التعدد في المواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة، حيث نصت المادة 40 على أنه "يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حال وجد شرط من الزوجة الأولى بعدم التزوج عليها".

وجاء في المادة 41: "لا تأذن المحكمة بالتعدد إذا لم يظهر لها المبرر الموضوعي الاستثنائي، وإذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة".

كما تنص المادة 42 على أنه "في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك للمحكمة، يجب أن يتضمن الطلب بيان الأسباب الموضوعية الاستثنائية المبررة له، وأن يكون مرفقا بإقرار عن وضعيته المادية".

أما القانون التونسي فقد اختصر العملية من أساسها، واعتبر التعدد جريمة معاقب عليها بحسب الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية، حيث جاء نصها كما يلي: "تعدد الزوجات ممنوع، كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها 240 ألف فرنك، أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبقا لأحكام القانون".

ثامنا–الذمة المالية للزوجين:

كرس المشرع الجزائري مبدأ استقلال الذمة المالية للزوج والزوجة في المادة 37 من قانون الأسرة، حيث أعطى حرية أكثر للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، فنص على إمكانية اتفاقهما في عقد زواج أو بعقد رسمي لاحق حول مصير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسبة التي تؤول إلى كل واحد منهما، جاء في هذه المادة: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

أهمية استقلال الذمة المالية ومكوناتها:

تبرز أهمية إقرار مبدأ الذمة المالية المستقلة لكل واحد من الزوجين في الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الآخر، والسعي إلى ركوب مطية الزواج بهدف الاغتناء، بعيدا عن القيم والمقاصد السامية لعقد الزواج، كما أنها تخول لكل واحد من الزوجين المحافظة على ثروته المكتسبة قبل الزواج وتنميتها في استقلال تام عن الذمة المالية للزوج الآخر، وهي توفر أيضا الحماية للزوج في مواجهة الزوج الآخر عندما تكون ذمته سلبية من خلال تحمله لديون سابقة، أو حل أجلها بعد إبرام عقد الزواج.

وتتكون الذمة المالية للزوج من الأموال المنقولة والعقارات التي اكتسبها قبل إبرام عقد الزواج، ومن الديون المستحقة له تجاه الغير، والديون الموجودة بذمته لفائدة الغير، وكذلك ما قد يؤول له عن طريق الهبة أو الوصية، أو الإرث، بالإضافة إلى الصداق والهدايا للزوجين.

نظام الاشتراك المالي:

عرف بعض الفقهاء الاشتراك المالي بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقة المالية بين الزوجين، وعلاقتهما معا بالأموال المشتركة.

توثيق الاشتراك المالي:

أورد المشرع الجزائري في الفقرة 02 من المادة 37 استثناء أعطى من خلاله الحرية للزوجين لتنظيم شؤونهما المالية، حيث نص على إمكانية اتفاقهما في عقد الزواج أو بعقد رسمي لاحق حول الاستثمار أو التسيير أو التصرف في الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية، وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما.

موقف المشرعين المغربي والتونسي في الذمة المالية:

كرست الذمة المالية للزوجين في التشريع المغربي من خلال المادة 49 من مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت على ما يلي: "لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها وتوزيعها، يُضَّمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج".

أما المشرع التونسي فقد اكتفى بإقرار الذمة المالية للزوجة، حيث نص الفصل 24 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: "لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها".

تاسعا-ثبوت الطلاق في التشريع المقارن:

الطلاق في التشريع الجزائري: تناول المشرع الجزائري المسائل المتعلقة بالطلاق في الباب الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المواد 47، 48، 49، 50، 51، 52، 53، 54،55، 56، 57، حيث جاء في المادة 47: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة"، فذكر سببين هامين لانحلال الرابطة، وهما الوفاة والطلاق،

ووضعت المادة 48 طرق انحلال الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق، جاء فيها: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يُحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون"، وعليه فطرق الطلاق هي:

- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج.
- الطلاق بالتراضي بين الزوجين.
- الطلاق بطلب من الزوجة، وقد نصت عليه المادة 53 و54 من نفس القانون.

ثبوت الطلاق:

اشترط المشرع الجزائري لثبوت الطلاق صدور حكم قضائي، فنصت المادة 49 على أنه "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية".

يلاحظ على هذا النص أنه أقر بأن الطلاق لا يكون ثابتا ولا يعتد به إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، وهنا نتساءل على مصير الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، كما أن نص المادة 49 لم يشر إلى طبيعة حكم القاضي، هل هو منشئ للطلاق، أو هو حكم كاشف لطلاق الزوج.

الطلاق في التشريع المغربي والتونسي:

تناول المشرع التونسي الطلاق في الكتاب الثاني من مجلة الأحوال الشخصية، حيث عرف الفصل 29 الطلاق كما يلي: "الطلاق هو حل عقدة الزوج"، وبين الفصل 30 مكان وقوع الطلاق، جاء فيه: "لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة"، والفصل 31 بين طرق الطلاق، جاء فيه: "يحكم بالطلاق: بتراضي الزوجين، بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر، بناء على رغبة الزوج إن شاء أو مطالبة الزوجة به].

أما المشرع المغربي فقد تناول مسألة الطلاق في القسم الثالث من المدونة، حيث عرفت المادة 78 منها الطلاق كما يلي: "الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء". وبينت المادة 71 أسباب الانحلال: "ينحل عقد الزواج بالوفاة أو الفسخ أو الطلاق أو التطليق أو الخلع". وبينت المادة 79 طلب الإذن بالطلاق من المحكمة: "يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك... ".

عاشرا- الخلع وأحكامه:

أورد المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالخلع في نص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري، جاء فيها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال قراءة المادة نجد أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها بمقابل مالي دون رضا الزوج، والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة، كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه، وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها، وبالتالي لابد أن تتحمل نتائج هذه الفرقة، والخلع بهذا المعنى يختلف عن التطليق المقرر بالمادة 53، وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة، إلا أن أسبابهما مختلفة، فالتطليق المقرر بالمادة 53 يبنى على أسباب مادية ذكرتها هذه المادة، ويبقى على الزوجة إثباتها أمام القضاء حتى يقضى لها بالطلاق، زيادة على حقها في طلب التعويض، أما الخلع فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية، ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين، بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة المطلوبة في الزواج، وإذا لم يحصل اتفاق بين الزوجين على المقابل المالي للخلع، يتعين على القاضي أن يحكم بمبلغ لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم.

أما المشرع المغربي فنص على أحكام الخلع في المواد من 115 إلى 120 من مدونة الأسرة المغربية، حيث نصت المادة 115 منها على "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114"

ونصت المادة 120 على "إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع واختلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله مراعية في ذلك مبلغ الصداق وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع والحالة المادية للزوجة، إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع و لم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسألة الشقاق".

أما المشرع التونسي فلم يتناول الأحكام المتعلقة بالخلع في المجلة، واكتفى بالأحكام المتعلقة بالطلاق في الفصل 31 منه.

*****انتهــى*****