

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

أثر العولمة السلبي في صياغة نصوص قانون الأسرة الجزائري

The negative impact of globalization on drafting the texts of the Algerian family law

وليد ضيف*

جامعة محمد خيضر بسكرة oualid.dif@univ-biskra.dz مخبر الحقوق والحريات

تاريخ النشر: 2024/09/01

تاريخ القبول: 2024/08/01

تاريخ ارسال المقال: 2024/06/05

*المؤلف المرسل

الملخص:

فن الصياغة القانونية من الفنون الهامة، يقوم به شخص مؤهل علميا وعمليا ولغويا، بغية إخراج النص القانوني في شكل يصبح معه سهلا للتطبيق، والصانع أثناء أداء مهمته هذه لا يعتمد على معتقداته وقناعاته الشخصية، إنما يحاول التوفيق بين مختلف التيارات المؤثرة في الدولة والمجتمع. إلى جانب الفقه الإسلامي كعامل مؤثر في قانون الأسرة الجزائري، ظهرت العولمة متمثلة في المعاهدات الدولية، التي تحمل نظرة مغايرة لنظرة للفقه الإسلامي في تنظيمها للزواج، حيث كان لازما على السلطة التي تحول لها تعديل قانون الأسرة مراعاتها، حيث تم التوصل إلى أن أثرها انعكس سلبا على النظام القانوني لطبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية من حيث عدم احترامه لأصول الصياغة القانونية، وعلى رأسها توافق وعدم تعارض الأحكام القانونية.

الكلمات المفتاحية: العولمة؛ المعاهدات الدولية؛ العقد الشكلي؛ العقد الرضائي.

Abstract :

The art of legal drafting is one of the important arts. It is carried out by a person who is scientifically, practically, and linguistically qualified, in order to produce the legal text in a form that becomes easy to apply. The craftsman, while performing this task, does not rely on his personal beliefs and convictions, but rather tries to bring together the various currents affecting the state and society. In addition to Islamic jurisprudence as an influential factor in Algerian family law, globalization appeared in the form of international treaties, which carry a view different from that of Islamic jurisprudence in regulating marriage, as it was necessary for the authority that was authorized to amend the family law to take them into account, as it was concluded that their impact was negatively reflected. The legal system criticizes the nature of the marriage contract between consensual and formal in terms of its lack of respect for the principles of legal drafting, most importantly the compatibility and non-conflict of legal provisions.

Keywords : Globalisation; International agreements; Consensual contract ; formal contract.

مقدمة:

اتفق الباحثون والمفكرون باختلاف مذاهبهم في أن مفهوم العولمة الأعم هي محاولة فرض النظام الغربي على جميع أنحاء العالم، سواء تعلق الأمر بالمجال الاقتصادي، السياسي، الاجتماعي أو الثقافي¹، إذن فالعولمة حركة واسعة النطاق لا تنحصر في حد معين إنما تتسع لتشمل عديد المجالات، وهذه الأخيرة ترتبط بالقانون - ذلك أن القانون من الوسائل المهمة التي تحكم الروابط الاقتصادية والسياسية والاجتماعية في الدولة - ارتباطا وثيقا، لذلك رأت الأقطاب المستفيدة من العولمة، الضغط على الحكومات بغية تعديل أو إضافة أو إلغاء قوانين لتحقيق هدفها المتمثل في فرض نظامها الجديد، وهذا الضغط لن يتأتى إلا بطريق رسمي متمثل فيما تعقده الأمم المتحدة من مؤتمرات وما يتمخض عنها من معاهدات دولية، تعرض للتوقيع والتصديق عليها لتصبح بعدها متمتعة بدرجة مرموقة داخل تشريعات الدول طبقا لقاعدة سمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، لتنافس وتزاحم مختلف التيارات والتوجهات والمرجعيات المؤثرة في خلق وصياغة القواعد القانونية في الدولة.

إذن فالمبدأ والمنطلق هو أن العولمة تسعى للتأثير على قوانين الدول الداخلية وسبيلها في ذلك المؤتمرات والمعاهدات الدوليين، وفي هذا المقال سيتم الاكتفاء بتسليط الضوء على تأثير العولمة على فرع من فروع القانون مستقل وذاتي في غالبية الدول الإسلامية والعربية، المتمثل في قانون الأسرة في التشريع الجزائري، مع تقييد نطاق الدراسة في زاويتين أساسيتين، تتمثل الأولى في كون الحديث عن أثر العولمة على صياغة نصوص قانون الأسرة الجزائري يطول إذا ما تعلق الأمر بجميع مواده، لذلك تم تركيز موضوع المقال في جزئية متعلقة بالزواج متمثلة في طبيعته بين كونه عقد رضائي أو شكلي، الجزئية التي تستوجب البحث في نظام الزواج من حيث انعقاده، والذي يقتضي استقرار العديد من النصوص القانونية في قانون الأسرة الجزائري، أما الزاوية الثانية فتتمثل في أنه إذا كان للعولمة آليتان مهمتان متمثلتان في المؤتمرات والمعاهدات الدوليين، ولا يمكن إنكار العلاقة بينهما، فجهة صدورهما واحدة، ومنطلقهما وأهدافهما واحدة، إلا أنه سيتم التركيز على المعاهدات الدولية كآلية من آليات العولمة لوضوح موقف الحكومة الجزائرية منها على عكس المؤتمرات الدولية.

الإشكالية: إذا كانت الجزائر من بين الدول التي حاولت الاندماج مع المجتمع الدولي من خلال مصادقتها على مختلف المعاهدات الدولية المرتبطة بحقوق الإنسان داخل الأسرة، ليتم تعديل القانون 11-84 بموجب الأمر 05-02 استجابة لما تمليه المعاهدات الدولية، وعليه تطرح الإشكالية الآتية:

هل انعكس تعديل نصوص قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05-02 على صياغة النظام القانوني

لطبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية، بالسلب أم بالإيجاب؟

وهذه الإشكالية تطرح تساؤلات فرعية متمثلة فيما يلي:

ما طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية في كل من الفقه الإسلامي والمعاهدات الدولية؟

ما موقف قانون الأسرة الجزائري من طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم اقتراح الخطة التالية:

1: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية في ظل العولمة والفقه الإسلامي.

2: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية في قانون الأسرة الجزائري.

1: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية في ظل العولمة والفقهاء الإسلاميين.

يتفق الباحثون بمختلف مشاربهم في أن الزواج يسمو عن كونه عقد، لما له من مصالح مادية ومعنوية تخص الفرد والمجتمع²، ورغم اتفاقهم هذا، إلا أنه لا يمكن إنكار وصف "العقد" عنه، ذلك أنه ارتباط بين رجل وامرأة يتحقق عن طريق عبارات ونيات شأنه في ذلك شأن باقي العقود الأخرى، وباعتبار الزواج كذلك، فهو خاضع في بعض جوانبه لأحكام النظرية العامة للعقد، التي من بينها تقسيم العقود إلى رضائية وشكلية.

لقد درج فقهاء القانون المدني على تقسيم العقود من حيث تكوينها إلى عقود رضائية وأخرى شكلية، حيث يقصد بالرضائية في العقود كفاية التراضي لإبرام العقد³ فيتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المشتركة، بأي طريق من طريق التعبير عن الإرادة⁴، في حين يقصد بالشكلية عدم كفاية التراضي لإبرام العقد⁵، إنما يجب علاوة عليه إتباع شكلية معينة، حيث تعد هذه الأخيرة ركن من أركانها، والتي لها صور عديدة فقد تكون كتابة رسمية أو عرفية، قد تتمثل في صيغة للتعبير عن الإرادة، وقد يتطلب العقد حضور شاهدين أو أكثر أو أي إجراء شكلي آخر يرفق بالعقد⁶، وغالبا ما يكون الشكل المطلوب هو الكتابة⁷.

ولا يجب الخلط أو عدم التمييز بين الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد والطريقة التي يحددها لإثباته، فبعض العقود يتطلب القانون لإثباتها شكلا معينا ولا يعتبر العقد في هذه الحالة شكليا، لأن الشكل ليس ركنا لازما لقيامه بل مجرد طريق لإثباته⁸، والإثبات مسألة يُتطرق لها بعد قيام العقد، فطبقا لهذا تستبعد هذه الأخيرة لعدم تعلقها بقيام العقد، ويبقى المعنى الحقيقي والمنطقي للشكلية في العقود الذي يمكن التفرقة بين معنيين لها، الأول واسع وهو أي شكل يرفق بالعقد بمناسبة انعقاده سواء كان كتابة أو شرط شكلي آخر، والثاني ضيق وهو ترادفها مع الكتابة لكون هذه الأخيرة هي الغالبة أو الأصلية، والشكلية المقصودة في هذا المقال هي الشكلية بمعناها الواسع لا الضيق.

1-1: الطابع الشكلي لعقد الزواج في الفقهاء الإسلاميين.

لم يتطرق فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى إلى تصنيف عقد الزواج بين الرضائية والشكلية لما تقرر أنفاً أن هذا التصنيف قانوني بالدرجة الأولى، على عكس بعض فقهاء الشريعة المعاصرين الذين تناولوا دراسة "الأحكام الشرعية للموضوعات الحقوقية" تحت ما يسمى بعلم "النظريات الفقهية"⁹، وعند الرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين، يلاحظ أنهم صنفوا الزواج في خانة العقود الشكلية، من ذلك الشيخ محمد أبو زهرة¹⁰، ومصطفى أحمد الزرقا¹¹، والعلة عندهم اشتراط مراسيم وطقوس للزواج تجعل منه عقدا شكليا بامتياز، وتتمثل القيود الشكلية في إبرام الزواج على الخصوص في النظم التالية:

نظام الإشهاد على الزواج¹²: الشهادة شرط صحة للزواج وجب تحققها في مجلس العقد عند الجمهور متمثلين في أبي حنيفة، الشافعي، والمشهور عند أحمد، وقال بهذا من الصحابة أمير المؤمنين عمر، وعبد الله ابن عباس، ومن التابعين سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن النخعي وقتادة والثوري والأوزاعي، وعند المالكية لا

تعد الشهادة شرطا للصحة، إنما الواجب عندهم إعلان النكاح وإشاعته بين الناس والنهي القطعي عن كتمانها، ونفس القول أخذ به كل من الظاهرية، والأمام أحمد في رواية، وابن عمر وشيخ الإسلام ابن تيمية¹³.

نظام الولاية في الزواج¹⁴: من شروط الزواج في الفقه الإسلامي الولاية، ولا تثير الولاية إشكالا في جانب الرجل البالغ، على عكس المرأة البالغة والقصر مطلقا، أما فيما يخص البالغة فلقد ذهب جمهور الفقهاء لاعتبار الولي شرطا من شروط زواجها، على عكس الحنفية الذين يرون أن للمرأة البالغة الراشدة الزواج دون إذن وليها بشرط زواجها من كفاء ومهر المثل، وإن كان يستحب أن يتولى وليها عنها صيغة زواجها¹⁵، أما في جانب القصر ومن في حكمهم فالولي شرط واجب بالإجماع¹⁶.

نظام المصلحة المرسلية: من القوانين الوضعية من قيدت إبرام الزواج عبر مصالح حكومية تتولى كتابته حماية لحقوق أطرافه خاصة حقوق المرأة، ويعد هذا التقييد عند بعض العلماء من قبيل المصالح المرسلية المعتمدة شرعا، لذلك جاءت الاجتهادات الفردية للعلماء وجهود المحام الفقهاء في شكل فتاوى فحواها إلزامية إتباع تلك الإجراءات القانونية¹⁷، التي بها حتما يُحكم على الزواج أنه من صنف العقود الشكلية.

من خلال ما تقدم يستخلص عجز التراضي المجرد على إنشاء زواج صحيح يعترف به الشرع ويرتب عليه جميع آثار الزواج الشرعية، بل لا بد من اقترانه بما يعد من قبيل الشروط الشكلية، التي بلا شك بما يعد عقد الزواج عقدا شكليا¹⁸، ومع هذا هناك من اختار أن الزواج عقد رضائي وما دور الشهود والولي إلا لنقل إرادة أطراف عقد الزواج¹⁹، وهذا القول غير صحيح وآية عدم صحته تظهر. في أن الشكلية المعروفة في القوانين الحالية لا تغني عن الرضا فهو ركن أصيل في جميع العقود دون استثناء، خلافا لما كان عليه الأمر في القانون الروماني حيث كانت الشكلية لب العقد وجوهه، إذ كانت تغني عن الرضا وتحل محله²⁰.

2-2: الطابع الرضائي لعقد الزواج في ظل العولمة.

صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة العديد من الصكوك الدولية المعنية بحقوق الإنسان أهمها من حيث علاقتها بالموضوع محل الدراسة، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان²¹، العهدين الدوليين²²، واتفاقية سيداو²³.

حيث تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على ما يلي:

- (1- للرجل والمرأة، متى أدركا سن البلوغ، حق التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله
- 2- لا يعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه.

3- الأسرة هي الخلية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة).

كما تنص المادة 10 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على ما يلي:

(تقر الدول الأطراف في هذا العهد بما يلي:

- 1- وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نضجها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيّلهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه....)

أضف إلى ذلك المادة 23 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي جاءت صياغتها بالآتي:

(1- الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة.

2- يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة.

3- لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه...)

ويبقى أخيرا وليس آخر نص المادة 16 من اتفاقية سيداو التي تعد الأهم والأخطر في مجال حقوق المرأة، حيث جاءت بما يلي:

(1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج؛

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل؛...)

من خلال مجمل هذه النصوص الدولية، يتبين توجه العولمة نحو تحرير الزواج من جميع الطقوس الشكلية، التي قد تعيق إرادة الطرفين في إبرامه من ذلك الولي، الصداق، الشهادة الطبية السابقة للزواج، ففي ما يخص الولي تقترح المعاهدات الدولية إلغائه بكل بساطة، بحجة أن وجوده يحط من كرامة المرأة ويمس بكيانها ووجودها²⁴، ويتناف ومبدأ المساواة بين الجنسين الذي يعد منطلقا رئيسيا للمعاهدات الدولية، أما فيما يخص الصداق فلقد أصدرت اليونسيف تقريرا سنة 2000 رأت فيه أن "طقوس الزواج"، (المهر/ ثمن العروس)، يمثل سببا من أسباب تفشي استمرار العنف العائلي، كما جاء أيضا في تقرير لجنة الخبراء الصادر عن شعبة الارتقاء بالمرأة سنة 2007، تحت عنوان القضاء على كافة أشكال التمييز والعنف ضد الطفلة الأنثى، "في الفقرة 49 منه: نظم المهر- ويعبر عنه بثمن العروس- يسئ الفتيات ويتعامل معهن كملكية خاصة"²⁵،

وكذلك الأمر بالنسبة للخضوع للفحص الطبي قبل الزواج فلقد اعتبرت الاستشارة الدولية الأولى حول مرض السيدا وحقوق الإنسان المنظمة من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف، من 26 إلى 28 جويلية 1989، أن كل سياسية تفرض كشفا عن الإصابة بفيروس فقدان المناعة قبل الزواج يشكل إجراء يتعارض وجوه وحقيقة الزواج المضمون في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان²⁶.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 2/16²⁷ من اتفاقية سيداو حثت على ضرورة تسجيل الزواج في سجلات رسمية معدة لذلك، ونصها على هذا الإجراء ليس من باب جعل الزواج عقدا شكليا لا يقوم إلا بتسجيله، حيث تنحصر ثمرته في صون حقوق أطراف الزواج في حالة النزاع، خاصة ما تعلق منها بحقوق المرأة.

لم تكن العولمة بإقرار الرضائية في الزواج فقط، إنما توسعت فيها أكثر في حدود العلاقة بين الرجل والمرأة، حيث أباحت العلاقات غير الشرعية بين هما، تحت ما يسمى: "بالعلاقات الاستمرارية"²⁸، والأكثر من ذلك والأخطر عدم وضع قيود معينة للرضائية في مجال العلاقات بين الأفراد، حيث سمحت بزواج شخصين من الجنس، وذلك تحت مسميات عديدة منهما "زواج نمطي وغير نمطي" "المتحدين والمتعايشين" "الزواج المثلي"²⁹.

2: طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية في قانون الأسرة الجزائري.

يمكن القول أن قانون الأسرة الجزائري³⁰ تشريع مزدوج من حيث مصادره المادية بعد تعديله بموجب الأمر 02-05³¹، يتمثل المصدر الأول في الفقه الإسلامي، والثاني فيما تفرضه المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، ويختلف المصدران من حيث مرجعية كل منهما، فالأول مرجعه الكتاب والسنة، أما الثاني يركز على مرجعيات كثيرة أهمها وأخطرها على الإطلاق "العولمة"³²، هذا الازدواج في المصدر المادي لقانون الأسرة هو ما أثر سلبا على صياغة نصوصه، خاصة منها ما تعلق بطبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشكلية، فعند استقراء مجمل نصوص قانون الأسرة يلاحظ أن المشرع الجزائري في بعض الأحيان يقر بالطبيعة الشكلية لعقد الزواج موافقا للفقه الإسلامي، وفي جانب آخر يقر طبيعته الرضائية موافقا في ذلك للمعاهدات الدولية، وهذا التخبط والخلط في طبيعة عقد الزواج هو ما لا ينسجم وأصول الصياغة القانونية الحكيمة، ذلك أن الزواج إما يكون شكليا كما في الفقه الإسلامي، وإما رضائيا كما في المعاهدات الدولية، وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين يتناول الأول مظاهر اعتبار الزواج عقدا شكليا في قانون الأسرة الجزائري، والثاني مظاهر اعتبار الزواج عقدا رضائيا في قانون الأسرة الجزائري.

2-1: مظاهر اعتبار الزواج عقدا شكليا في قانون الأسرة الجزائري.

تم التوصل في ما سبق إلى أن العقد بوجه عام والزواج بوجه خاص يكون شكليا حينما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل علاوة عليه يجب أن تقتزن به مقومات أخرى خارجة عن إرادة أطراف العقد، وعند التمعن في نصوص قانون الأسرة يلاحظ أنه اشترط جملة طويلة من المقومات الشكلية الخاصة بعقد الزواج، والمتتمثلة فيما يلي: الولي، الصداق، الشاهدان، اشتراط الشهادة الطبية، الترخيص الخاص بالتعدد، ما يلاحظ على هذه المقومات أنها كثيرة ومتعددة، وهذا لم يمنع من تركيزها في طائفتين من المقومات، مقومات شكلية ذات طبيعة موضوعية، ومقومات شكلية ذات طبيعة إجرائية.

2-1-1: مقومات عقد الزواج الشكلية ذات الطبيعة الموضوعية.

وتتمثل هذه المقومات أساسا في ثلاث-الصداق، الولي، شاهدان- ورد ذكرها في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي:

" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الآتية:- أهلية الزواج،-الصداق،-الولي،-شاهدان،

-انعدام الموانع الشرعية للزواج."

من خلال صريح المادة 09 مكرر يعد الصداق مقوما من مقومات الزواج في قانون الأسرة الجزائري بوصفه شرطا له، ويعرف الصداق من الناحية الشرعية على أنه: حق مالي أوجبه الشرع على الرجل لصالح زوجته بالعقد أو بالدخول³³، أما من الناحية القانونية فالصداق من المسائل التي تعد على رؤوس الأصابع التي حظيت بتعريف تشريعي حيث تكفلت المادة 14 من قانون الأسرة بوضع حد له بنصها: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"، والحكمة من الصداق أنه رمز من رموز تكريم المرأة العاطفية والمالية يُبدي الزوج من خلاله قدرته المالية والنفسية على التكفل بالزوجة وبشؤون البيت³⁴، وأداء دور القوامه كما يقتضيه الشرع.

هذا، ولقد اتفق علماء الشريعة الإسلامية حول مشروعية الصداق، إلا أنهم اختلفوا بخصوص طبيعته الشرعية من حيث كونه مقوماً من مقومات الزواج أو أثر من آثاره، وفي هذا قال جمهور الفقهاء متمثلين في الحنفية، الشافعية، الحنابلة، أن الصداق أثر من آثار الزواج³⁵، وخالف في ذلك المالكية إذ يرون فيه مقوماً من مقومات للزواج مع اختلاف علماء المذهب في تكييفه، فمنهم من قال أنه ركن ومنهم من قال أنه شرط³⁶، ورغم عدم اتفاق الفقهاء المالكية في تصنيفه الدقيق إلا أنهم اتفقوا على كونه نظاماً مطلوب لقيام الزواج، وموقف قانون الأسرة الجزائري جاء مالكي مخالف لجمهور الفقهاء في شأن طبيعة الصداق، وهذا الموقف من قانون الأسرة لا يدع مجالاً للشك للقول بأن الزواج عقد شكلي حسب هذه النظرة، ذلك أن القول بأن الصداق شرط بوصفه أداء مالي لصالح الزوجة، والصداق ليس له علاقة بالتراضي أو بالإرادة أو بطريق التعبير عنها، إذن فهو شرط خارج عن التراضي وعن مناطه وجب تحقيقه إلى جانبه، فهو شرط شكلي به يعد الزواج عقداً شكلياً لا رضائياً.

أما الولي فهو شرط صريح بموجب المادة 09 مكرر ولقد تمت الإشارة فيما سبق إلى أن الولاية في الزواج من المراسيم الشكلية التي بها يكون الزواج عقداً شكلياً، والولاية في الزواج إما قاصرة وإما متعددة، حيث يقصد بالأولى قدرة الشخص على إبرام زواج نفسه، والثانية قدرة الشخص على إبرام زواج غيره إبراماً صحيحاً نافذاً مرتباً لجميع آثاره³⁷، ويقترب معنى الولاية القاصرة من معنى الأهلية، بل هو نفس المعنى، وأهلية الزواج في قانون الأسرة شرط مستقل بذاته، المادة 1/09 مكرر، لذلك يكون معنى الولاية المقصود في نص ذات المادة هو الولاية المتعدية، التي تثبت على المرأة البالغة عند جمهور الفقهاء، كما تثبت على الصغير مطلقاً.

ويبقى في الأخير الشاهدان اللذان يعتبران شرطاً من شروط الزواج بصريح نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، الذي لم يبين زمنها فهل تشترط عند إبرام العقد أم عند الدخول، الأمر الذي ينعكس على طبيعة شرط الشهادة في الزواج، هل هو من شروط الصحة أو من شروط التمام³⁸.

هكذا يكون قد انتهى الحديث عن مقومات عقد الزواج الشكلية ذات الطبيعة الموضوعية في قانون الأسرة الجزائري، ليُفتح المجال لمقومات الزواج الشكلية ذات الطبيعة الإجرائية.

2-1-2: مقومات الزواج الشكلية ذات الطبيعة الإجرائية.

على عكس الفقه الإسلامي جعل قانون الأسرة الجزائري من بعض التراخيص الخاصة بالزواج شرطاً من شروطه، وهو ما يتمثل في الشهادة الطبية قبل الزواج المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والترخيص الخاص بالتعدد المادة 08 من قانون الأسرة الجزائري، والشهادة الطبية والترخيص الخاص بالتعدد من الشروط الشكلية التي تطلبها قانون الأسرة الجزائري لانعقاد الزواج، وفيما يلي شرح موجز لكل منهما.

2-1-2-1: الفحص الطبي قبل الزواج.

لم تنص المادة 09 مكرر - المادة التي بينت شروط الزواج في قانون الأسرة الجزائري - على شرط السلامة الصحية لطالبي الزواج، إلا أنه وبمقتضى المادة 07 مكرر من قانون الأسرة أصبح الإدلاء بالشهادة الطبية قبل الزواج إجراء لازماً لكل من أراد الزواج³⁹، الغرض منها إثبات خلو كل واحد من أطراف الزواج من الأمراض المعدية، التي يمكن أن تشكل خطراً يتعارض مع المصالح الأساسية للزواج⁴⁰، حيث تنص المادة 07 مكرر على ما يلي:

"يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

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

تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

أوجبت هذه المادة تقديم شهادة طبية من قبل كل واحد من الزوجين إلى الموثق أو ضابط الحالة المدنية المكلفين بتحرير عقد الزواج، وإذا تخلفت هذه الشهادة يجب على من هو مخول بتحرير عقد الزواج الامتناع وإلا فإنه يقع تحت طائلة المسؤولية الإدارية والجنائية⁴¹.

بهذا تكون الشهادة الطبية القبلية شرط من شروط الزواج حسب نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، وهي من الشروط الشكلية الإجرائية، ذات الطبيعة العامة يجب توفرها في كل مقبل على الزواج، وإلى جانبه ثمة هناك شرط شكلي إجرائي خاص ينحصر نطاقه في مسألة تعدد الزواج، وهو شرط الرخصة القبلية الخاصة بالتعدد.

2-1-2: الرخصة القبلية الخاصة بالتعدد.

تنص المادة 08 من قانون الأسرة على ما يلي:

"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 موافقتهم وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية."

طبقا لهذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري أباح تعدد الزوجات موافقا للفقهاء الإسلامي من حيث المبدأ العام، مخالفا له في تنظيمه التفصيلي، حيث أوجب على الزوج طلب ترخيص يصدر عن رئيس محكمة مسكن الزوجية، ولن يُمنح الترخيص إلا بعد التحقق من شروط تعدد الزوجات المذكورة في صدر المادة 08 والمتضمنة في موافقة الزوجة السابقة واللاحقة، إثبات المبرر الشرعي، إثبات قدرته على النفقة وتوفير العدل⁴²، ومع تحقق هذه الشروط تبقى السلطة التقديرية مطلقة لرئيس المحكمة في منحه الترخيص من عدمه، إذن فالعبرة بتعدد الزوجات طبقا للمادة 08 هي بالترخيص الذي يمنحه القاضي فهو المرأة التي تعكس تحقق قيود تعدد الزواج في التشريع الجزائري، فطبقا لهذا الشرط يعد الزواج من العقود الشكلية من حيث تكوينه.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى نص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري⁴³ التي حثت على تسجيل الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا، وهذا النوع من الشكلية، مقرر للإثبات لا للانعقاد وهذا ما يتجلى من نص المادة 22 التي تنص على ما يلي:

"يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عم تسجيله يثبت بحكم قضائي يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".⁴⁴

2-2: مظاهر اعتبار الزواج عقدا رضائيا.

تم التوصل في المطلب السابق إلى أن المشرع الجزائري يقر ويعترف من خلال صريح نصوصه بطبيعة عقد الزواج الشكلية، ومع هذا في جانب آخر تجده يدافع عن فكرة رضائية الزواج-الفكرة المندوبة دوليا وعالميا- هذا ما يتجسد من خلال تنصيبه صراحة على رضائية الزواج هذا من جهة، ومن جهة أخرى يسلب شروط الزواج الشكلية مفاعيلها القانونية في تأثيرها على انعقاد الزواج. وعليه قسم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الأول التنصيب على رضائية الزواج، والثاني سلب الشروط الزواج الشكلية مفاعيلها القانونية.

2-2-1: التنصيب على رضائية عقد الزواج.

بسبب الضغوطات الدولية والداخلية التي تنادي بضرورة احترام حقوق الإنسان، حاول المشرع الجزائري تفادي بعض الانتقادات الموجه إليه، وإلى أغلب تشريعات الأسرة العربية والإسلامية بسبب مخالفتها لقواعد القانون الدولي في مجال الأسرة، حيث قام بتعديل نص المادة الرابعة من قانون الأسرة التي تكفلت بتعريف الزواج حيث كانت تنص قبل التعديل على ما يلي:

"الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي،..." أما بعد التعديل فلقد أضاف لها المشرع لفظ "رضائي" حيث أصبحت تنص على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي،...". فالأمر 02-05 أبقى على المادة 04 كما هي غاية ما في الأمر أنه أضاف وصف "الرضائي" لعقد الزواج، وباعتبار مدونة الأسرة الجزائري قانونا، والقانون علم من العلوم الاجتماعية له أسسه وقواعده⁴⁵، ولعل أهم ما يميزه حسب أحد فقهاء القانون الجزائريين، استعماله لبعض المصطلحات التي تضيف عليه طابع الخصوصية⁴⁶، ومن الألفاظ التي تحمل معنى اصطلاحيا عند فقهاء القانون "عقد رضائي"، فطبقا لمعناها القانوني، يلاحظ توجه المشرع الجزائري في اعتبار التراضي وحده كاف لإنشاء الزواج في التشريع الجزائري، وهذا ما ذهب إليه بعض شراح قانون الأسرة الجزائري الذي شبه تعريف عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري بنفس تعريف نظام الزواج في التشريع الفرنسي، ذلك أن الزواج في القانون المدني الفرنسي عبارة عن نظام يقوم على توافق إرادتين بين رجل وامرأة⁴⁷، فطبقا لهذا الرأي يلاحظ تعارض نص المادة الرابعة مع المادة 09 مكرر والمادة 07 مكرر والمادة 08 المواد التي أقرت شروطا شكلية للزواج.

مع هذا هناك من شراح قانون الأسرة الجزائري من ذهب إلى غير ذلك، وبرر إضافة وصف رضائي للزواج بحرص المشرع الجزائري على عنصر التراضي في الزواج باعتباره أهم موضوع فيه، ومنعا وتحززا من الإكراه في الزواج⁴⁸، وطبقا لهذا الرأي يوجه نقد للمشرع الجزائري لاستعماله مصطلح له معناه ودلالته بين جميع من ألف في نظرية العقد، في مكان غير مكانه.

دائما تحت الضغوطات الدولية واستجابة لها عدل قانون الأسرة المادة 09 من قانون الأسرة التي كانت تنص قبل التعديل على ما يلي: يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصادق. "أما بعد التعديل

فلقد أصبحت تنص على ما يلي: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" فالمادة القديمة كانت تعترف بأربعة أركان للزواج المتمثلة في التراضي، ولي الزوجة، الشاهدين، الصداق، في حين أن المادة المعدلة أبقى على ركن التراضي لوحده، أما باقي الأركان فلقد اعتبرتها المادة 09 مكرر من شروط الزواج⁴⁹. ولا يمكن القول بأن المادة 09 بعد تعديلها تأثرت بطريقة مباشرة بالمعاهدات الدولية بل الأولى أن يقال أن المادة 09 والمادة 09 مكرر جاءتا موافقتان للفقهاء الحنفية الذي لا يرى للزواج إلا ركن واحد وهو الصيغة⁵⁰، بينما باقي المقومات الأخرى - كالشهود، الولي بالنسبة للصغير،... - تعد من قبيل الشروط، ذلك أن المشرع الجزائري طبقا لظاهر المادة 09 مكرر لم يغيب باقي الأركان والشروط.

هذا، ويتشترط في ركن التراضي المنصوص عليه في المادة 09 من قانون الأسرة، أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما - الإرادة الأولى تسمى "الإيجاب" والثانية "القبول" - بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا طبقا للمادة 10 من قانون الأسرة الجزائري، ومن متطلبات التراضي في عقد الزواج ما تعلق بأطرافه الذي يشترط فيهم اختلاف الجنس طبقا للمادة 04 من قانون الأسرة، كما يشترط فيهما المحلية بمعنى انتفاء الموانع الشرعية طبقا للفقرة الخامسة من المادة 09 مكرر، كما يشترط فيهما الأهلية طبقا للفقرة الأولى من المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري⁵¹، فبهذا تخرج الأهلية وانتفاء الموانع الشرعية الشرطان المتضمنتان في نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري من تعداد الشروط الشكلية وضمهما إلى الشروط الرضائية لتعلقهما بطرفي الزواج.

فصفوة الكلام أن المشرع الجزائري يتجه نحو اعتبار الزواج عقد رضائي، من خلال المادة الرابعة من قانون الأسرة التي نصت صراحة على رضائته، وكذلك المادة التاسعة منه، التي جعلت من التراضي الركن الوحيد له، أما المادة 09 مكرر وغيرها من المواد التي أقرت شروطا شكلية لعقد الزواج، التي تبدو أنها معارضة لفكرة رضائية الزواج، فلم يعطيها القانون حماية قانونية كاملة بوصفها شروطا للزواج في التشريع الجزائري، وتفصيل النقطة الأخيرة في الفرع التالي.

2-2-2: سلب المقومات الشكلية مفاعيلها القانونية.

يكفي لانعقاد الزواج من وجهة نظر العولمة تحقق ركن الرضا، أما من وجهة نظر الفقهاء الإسلاميين فلا يكفي تحققه - ركن الصيغة عندهم - لينعقد الزواج إنما يجب أن تقتزن بالصيغة مقومات أخرى شكلية، و ما يلاحظ من ظاهر نصوص المواد 09 مكرر والمادة 07 مكرر والمادة 08 من قانون الأسرة أن المشرع الجزائري استجاب للفقهاء الإسلاميين في هذا الشأن، لكن عند استقراء مختلف نصوص قانون الأسرة الأخرى يلاحظ أنه أفرغ القيود الشكلية من محتواها القانوني استجابة للضغوط الدولية الواقعة على الحكومة الجزائرية بسبب مصادقاتها على أغلب اتفاقيات حقوق الإنسان والمرأة.

لا يمكن استيعاب فكرة سلب شروط عقد الزواج مفاعيلها القانونية إلا بعد التطرق لحقيقة الشرط في الاصطلاح، حيث يقصد به: "هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يتوقف عليه وجود الحكم من إفضاء إليه" أو هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم وجوده الوجود ولا عدم، ومثال الشرط الوضوء للصلاة، فهذه الأخيرة متوقفة على الأول وبدون طهارة لا توجد صلاة، ولا يلزم وجود الطهارة وجود الصلاة ما لم يؤديها المكلف فعلا⁵².

كما يمكن تعريف الشرط على أنه ما لا قوام للماهية إلا به، بكونه خارجا عن حقيقتها⁵³، فطبقا لهذا التعريف يتساوى الشرط مع الركن من حيث أن كل منهما مقوم من المقومات لا بد منهما لوجود الماهية، غير أن الركن جزء من الماهية وداخل فيها كالركوع في الصلاة، بينما الشرط يكون خارجا عن الماهية كالمثال السابق المتعلق بالوضوء بالنسبة للصلاة⁵⁴.

عند تطبيق هذا الكلام على عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، يُتوصل إلى أن تخلف أحد شروط الزواج الشكلية يتواز معه عدم وجود الزواج، بمعنى بطلانه، غير أن المشرع الجزائري خالف هذا الحكم إذ اعتبر الزواج موجودا صحيحا منتجا لجميع آثاره في حال تخلف أحد شروطه الشكلية ما دام الرضا كركن متحقق بين أطرافه، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أفرغ شروط الزواج من آثارها القانونية، وإذا كانت النتيجة واحدة وهي إفراغ الشروط الشكلية للزواج مفاعيلها القانونية، إلا أن ذلك لا يتم إلا بطريقتين، الأولى عن طريق إرادة الأطراف، والثاني عن طريق تمام إجراءات الدخول.

2-2-2-1: سلب الشروط الشكلية مفاعيلها القانونية بموجب إرادة الأطراف.

ينصب الحديث في هذه النقطة عن شرط الولي بوصفه شرط شكلي موضوعي للزواج من جهة، وشرط الشهادة الطبية للزواج بوصفها شرط شكلي إجرائي من جهة أخرى.

2-2-2-1: حرية البالغة في تولي زواج نفسها.

طبقا للمادة 09 مكرر من قانون الأسرة الصريحة في صياغتها، التي اعتبرت الولي شرطا من شروط الزواج في التشريع الجزائري، والولاية في الزواج كما تقدم ولاية قاصرة وأخرى متعدية، وهذه الأخيرة هي التي تعكس فكرة الولاية الأصدق، وتثبت على المرأة عند الجمهور، وتثبت على الصغير مطلقا عند جميع الفقهاء وفي جميع المذاهب. بالرجوع إلى المادة 11 بعد تعديلها تجدها تنص على ما يلي:

"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره.

دون الإخلال بإحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له."

هذا ولقد كانت المادة 11 من قانون الأسرة قبل تعديلها تنص على ما يلي:

"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له."

ما يلاحظ على عبارة المادة 11 بعد تعديلها أنها تحمل إسناد الفعل للمرأة، بينما حضور الولي لا يدل على "الفعل"، فبهذا يمكن القول وبحق أن المشرع الجزائري ألغى الولاية على البالغة الراشدة، وأعطى لها مطلق الحرية في أن تبرم زواجها بنفسها، وما يزيد هذا القول تدليلا ما يلي:

نص المادة 04 من قانون الأسرة التي حددت أطراف الزواج بالرجل والمرأة فقط، دون أن تذكر للولي دور في زواج المرأة.

نص المادة 10 من قانون الأسرة المبين للأطراف التي يصدر منها الإيجاب والقبول وهما: الزوج والزوجة، بنصها على ما يلي: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا...".

إلغاء نص المادة 12⁵⁵ التي كانت تعطي الولي الحق في منع موليته من الزواج، فزوال المنع يعني زوال الولاية⁵⁶.

الفقرة الثانية من المادة 11 التي أعطت الولي صلاحية تولي زواج القصر، فبهذا تخرج المرأة البالغة الراشدة، المكتملة الأهلية بمجرد بلوغها سن الرشد ولم يحجر عليها، من نطاق الولاية في الزواج.

فالولاية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون الأسرة كشرط من شروط الزواج هي الولاية في حالة الوجوب، والتي تشمل زواج القصر بصرف النظر عن جنسهم، دون غيرهم من البالغين، ولا يستساغ القول بأن المشرع الجزائري استجاب لأحكام الولاية في الفقه الإسلامي بشأن زواج القصر، ما دام حاد عن أحكام الفقه الإسلامي بشأن زواج البالغة⁵⁷، بل الحق القول أنه استجاب لدعوى العولمة التي ترى في الزواج المبكر جنائية في حق الأطفال⁵⁸.

2-2-1-2: حرية طرفي الزواج إزاء الشهادة الطبية.

إن المادة 07 من قانون الأسرة التي نصت على وجوب الشهادة الطبية قبل الزواج، جاءت في شكل عام في التشريع الجزائري، لهذا لم تحتوي على تنظيم تفصيلي لها، حيث أحالت شروط تطبيقها على التنظيم، وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 154-06⁵⁹ المؤرخ في ربيع الثاني عام 1427 هـ الموافق ل 11 مايو 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، حيث أكد هذا المرسوم على ضرورة تقديم الشهادة الطبية إلى ضابط الحالة المدنية المكلف بتسجيل عقد الزواج طبقا للمادة 06 منه، كما يجب على ضابط الحالة المدنية أو الموثق إخبار كل من الطرفين بحالة الطرف الآخر الصحية كما هو مبين في الشهادة المسلمة إليه، المادة 07/1، ومع هذا لا يجوز لضابط الحالة المدنية أو الموثق الامتناع عن تسجيل عقد الزواج خلافا لإرادة الأطراف المادة 07/2، وهذا الحكم الأخير فيه تكريس صريح لرؤية الزواج في قانون الأسرة الجزائري، حيث حرر الزواج من قيد الشهادة الطبية قبل الزواج إذا كانت متعارضة مع مبدأ الرضاية.

إن هذا الحكم الأخير يعد انعكاسا للاستشارة الدولية الأولى حول السيدا وحقوق الإنسان المقام من قبل مركز حقوق الإنسان بجنيف من 26 جويلية إلى 28 جويلية 1989، المؤكدة على أن كل ما من شأنه فرض كشف عن الإصابة بفيروس السيدا قبل الزواج إجراء يتعارض وحرية وحق الشخص في الزواج المكفول والمقرر في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان⁶⁰، وما قيل بشأن مرض السيدا الذي يعد أخطر الأمراض جسامة وانتقالا وفتكا بالنفوس على الإطلاق، يقال من باب أولى على غيره من الأمراض المختلفة.

2-2-2-2: سلب الشروط الشكلية مفاعيلها القانونية بسبب إتمام إجراء الدخول.

ينصب الحديث في هذه النقطة عن شرط الصداق والشاهدين والولي في حالة وجوبه باعتبارها من الشروط الشكلية الموضوعية، وشرط الرخصة القبلية الخاصة بالتعدد باعتبارها شرط شكلي إجرائي.

2-2-2-1: الشروط الشكلية الموضوعية.

تنص المادة 33 من قانون الأسرة على ما يلي:

"يُطل الزواج إذا اختل ركن الرضا.

إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

فالفقرة الأولى من هذه المادة بينت جزاء تخلف الرضا، وهو بطلان الزواج، بينما جزاء تخلف شرط الصداق، الولي في حالة وجوبه، الشاهدان، فلقد فرقت الفقرة الثانية بين حالتين، الأولى قبل الدخول حيث حكمت بفسخ الزواج، ويقصد بالفسخ تلك الفرقة بين الزوجين التي تكون لسببين إما لأمر عارض يمنع بقاء الزواج الذي انعقد صحيحا، وإما تداركا لأمر اقترن بتكوين عقد الزواج ومثال الأول ردة أحد الزوجين⁶¹، ومثال الثاني تخلف كل من الصداق أو الشاهدان أو الولي في حالة وجوبه في قانون الأسرة.

ما يمكن ملاحظته على الحالة الأولى من الحالات التي أقرتها 33/2 أن المشرع الجزائري أعترف لكل من الصداق والولي في حالة وجوبه والشاهدان بمفعولهم القانوني في التأثير على انعقاد الزواج، ففي حالة تخلف أحدهم يكون حكم الزواج هو الفسخ.

لكن الحالة الثانية من 33/2 أقرت صحة الزواج في حال تخلف أحد الشروط الصداق، الولي في حالة وجوبه، الشاهدان، بعد إتمام إجراء الدخول بمهر المثل⁶²، وبهذا الحكم تفقد الشروط الشكلية الموضوعية مفعولها القانوني في التأثير على انعقاد الزواج، فيعتبر صحيحا الزواج الذي تخلف فيه الصداق أو الولي في حالة وجوبه أو الشاهدان في حالة تحقق الدخول ويثبت الزواج بمهر المثل.

وكتعليق على الحكم الأخير يمكن القول أنه من المقبول تثبيت الزواج في حالة تخلف الصداق بالدخول وبمهر المثل، ذلك أن المهر كما تقدم لقي خلافا فقهيها بشأن تحديد طبيعته بين كونه شرط أو أثر للزواج، هذا ما دفع بعض شراح قانون الأسرة للقول أن طبيعة الصداق في قانون الأسرة أثر من آثار الزواج في الواقع الاجتماعي الجزائري⁶³، رغم أن المادة 09 مكرر من القانون الأسرة جاءت صريحة في اعتباره شرطا، وفي المقابل ليس مقبولا ألبتة القول بتصحيح الزواج في حالة تخلف الشاهدان أو الولي في حالة وجوبه بالدخول ومهر المثل، فهذا الحكم يجانب الصواب، فلا يقبل المنطق ولا الذوق السليم أن يقوم الدخول، مدعما بصداق المثل، مقام الشاهدان أو الولي في حالة وجوبه.

كهذا يكون المشرع قد خلق حيلة قانونية⁶⁴ من شأنها إرضاء تيار العولمة الذي يرى في الزواج عقدا رضائيا، فيسهل في المجتمع الجزائري على رجل وامرأة التواطؤ والتحايل على أحكام شروط الزواج، فيحققان التراضي ويُغفلان باقي الشروط الأخرى ويسارعان لإتمام إجراءات الدخول، هكذا يكون زواجهما زوجا صحيحا من الناحية القانونية ما دام مستوفيا لركن التراضي، ولا يقتصر نطاق هذه الحيلة في التشريع الجزائري على تخلف شرط الصداق، أو الولي في حالة وجوبه أو الشاهدان، إنما تتسع لتشمل تخلف الرخصة القبلية الخاصة بالتعدد وهذا ما سيتم تناوله في النقطة التالية.

2-2-2-2: تخلف الرخصة الخاصة بالتعدد.

أباح المشرع الجزائري تعدد الزوجات موافقا للفقهاء الإسلامي مخالفا للعولمة من حيث المبدأ العام⁶⁵، غير أنه تعتمد تكديس مجموعة من الشروط التعجيزية بهدف منع أو الحد من ممارسة نظام التعدد وسط الشعب الجزائري دون أن تكون له الشجاعة الكافية لمنعه بنص صريح⁶⁶، والأكثر من هذا إخضاع شروط التعدد لرقابة المحكمة، فهي الجهة التي يرجع إليها في تقرير مدى توافر شروط التعدد من عدمها، فإذا لم تتحقق امتنع القاضي حتما عن منح الترخيص الخاص بالتعدد، وحتى مع تحققها تبقى سلطته التقديرية واسعة في منح الترخيص من عدمه.

طبقا للمادة 08 من قانون الأسرة تعد الرخصة القبلية شرط من شروط الزواج في حالة التعدد، والقول بأن الرخصة الخاصة بالتعدد شرط يعني أن تخلفها يترتب عليه عدم انعقاد الزواج، غير أن قانون الأسرة خالف هذا الحكم من خلال نص المادة 08 مكرر 1 التي تنص على ما يلي: " يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه"، ففي حالة تدليس الزوج من خلال إبرام زواجه بثانية دون استصدار الترخيص الخاص بالتعدد يفسخ الزواج قبل الدخول، أما بعد الدخول فمن خلال مفهوم مخالفة المادة 8 مكرر 1 يعتبر الزواج صحيحا منتجا لجميع آثاره، وما يبقى للزوجة إلا طلب التطليق والتعويض عن الضرر الواقع عليها⁶⁷.

طبقا لنص المادة 08 مكرر التي تنص على ما يلي: " في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق." فهذه المادة أعطت لكل من الزوجة السابقة واللاحقة الحق في طلب التطليق، وفي إعطاء الزوجة اللاحقة الحق في التطليق إقرار ضمني بصحة الزواج اللاحق رغم عدم استصدار الترخيص الخاص بالتعدد، ذلك أن التطليق صورة من صور الطلاق، وهذا الأخير لا يكون إلا بعد زواج صحيح.

بهذا يكون المشرع الجزائري قد أفرغ الرخصة الخاصة بالتعدد كشرط شكلي من شروط الزواج من أثرها القانوني في حالة تخلفها في حالة تحقق الدخول، فمع توفر هذا الأخير يكون الزواج صحيحا منتجا لجميع آثاره.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم يستخلص أن العولمة -بما تحمله من أفكار متعارضة مع الفقه الإسلامي- متمثلة في المعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، دخلت في تكوين قواعد قانون الأسرة التي حاولت البقاء وفيه لأحكام للفقه الإسلامي، حيث أثرت العولمة تأثيرا سلبيا على صياغة نصوص قانون الأسرة بشأن مسألة طبيعة عقد الزواج بين الرضائية والشككية، فلم يتجلى في تنظيمها المظهر التوافقي بين نصوصه، الأمر الذي تتطلبه الصياغة القانونية الحكيمة، بل على العكس تماما، فلقد جاءت الكثير من النصوص متعارضة على وجه يستحيل فيه الجمع بينها، مما أدى إلى التوصل إلى نتائج متعارضة ظاهريا فيما بينها.

أهم النتائج:

✓ أقر المشرع الجزائري شكلية عقد الزواج بموجب نصوص صريحة متمثلة في نص المادة 07 مكرر، المادة 08، المادة 09 مكرر من قانون الأسرة.

- ✓ إقرار المشرع الجزائري طبيعة الزواج الرضائية من جهة أخرى بموجب نص صريح في المادة 04 من قانون الأسرة، إضافة إلى جعل التراضي الركن الوحيد المادة 09، للزواج في قانون الأسرة الجزائري.
- ✓ إلغاء الولاية على المرأة البالغة الرشيدة بموجب نص المادة 11 من قانون الأسرة، وتقييد نطاق الولاية المذكورة في نص المادة 09 مكرر في زواج القصر مساويا في ذلك بين الذكر والأنثى.
- ✓ عدم توفير حماية قانونية للشروط الشكلية الخاصة بالزواج، بل فتح المجال للناس لاستبعادها إما بموجب الإرادة الصريحة، وإما بالمبادرة لإتمام إجراء الدخول.
- ✓ في الأخير تم التوصل إلى أن ركن التراضي وما تعلق به في عقد الزواج هو الركن الذي لم يتساهل المشرع فيه من حيث تخلفه، أما باقي الشروط الشكلية الأخرى فلقد خلق مجالا للتحايل عنها، مما يجعل بعض الزيجات في المجتمع الجزائري التي توفر فيها ركن التراضي لوحده زيجات صحيحة منتجة لجميع آثار الزواج.

التوصيات:

- ✓ يجب على المشرع إعادة النظر في نصوص قانون الأسرة النازمة لمسألة طبيعة عقد الزواج، من خلال تعديلها، على وجه يتوافق مع الفقه الإسلامي، الذي وضع تشكيلات للزواج فيها حماية لأعراض وحقوق الناس، وحماية للأسرة وأفرادها.
- ✓ يجب على المشرع الجزائري أن يكفل حماية لشروط عقد الزواج الشكلية من خلال تقرير فسخ الزواج من خلال قبل وبعد الدخول في حالة تخلف أحدها، فما الغاية من اعتبار النظام شرط دون أن تعطى له الحماية القانونية التي يجب أن يحظى بها الشرط؟

الهوامش:

- 1- الزحيلي وهبة، 2006، قضايا الفقه والفكر المعاصر، دار الفكر العربي، دمشق، سوريا، ص 655.
- 2- بلحاج العربي، 2013، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 89.
- 3- صبري السعدي محمد، 2004، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام - التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج 01، دار الهدى، ط 2، ص 57.
- 4- حميداني محمد، 2020/2019، مطبوعة في مصادر الالتزام (نظرية تكوين العقد) لطلبة السنة ثانية ليسانس جذع مشترك، جامعة قلمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 31.
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، د ن، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 01، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 150.
- 6- محمد حميداني، المرجع السابق ص 31.
- 7- الأصل في الشكلية أن تكون بحكم القانون، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تقرير الشكلية بناء على إرادة المتعاقدين طبقا لمبدأ سلطان الإرادة. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، هامش ص 151.
- 8- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58-59.
- 9- راجع في النظريات الفقهية: الزرقا مصطفى أحمد، 2004، المدخل الفقهي العام إخراج جديد بتطوير في الترتيب والتبويب، وزيادات، ج 01، ط 03، دار القلم، دمشق، سوريا، ص 329. - الزحيلي وهبة، 1985، الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية

- وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ج 04 النظريات الفقهية، دار الفكر، ط002، دمشق، سوريا، ص 05-06.
- 10- أبو زهرة محمد، 1957، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 03، القاهرة، مصر، ص 57.
- 11- الزرقا مصطفى أحمد، المرجع السابق، ص 637.
- 12- بن صغير محفوظ، 2009/2008، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص : فقه وأصول، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة الجزائر، ص 293.
- 13- أكلي زازون وجبار أمال، 2018، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري 05-02، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 55، العدد 01، الصفحة 405-535، الجزائر، ص 363.
- 14- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 293.
- 15- شامي أحمد وبن شنوف فيروز، 2020، الرضائية في إبرام عقد الزواج وانحلاله: الزوجة معقود معها أم عليها؟ المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 04، الصفحة 289-309، الجزائر، ص 395.
- 16- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 108.
- 17- عيدوني عبد الحميد، 2014/2013، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج وإنهائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ص 77.
- 18- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 57.
- 19- عيدوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص 76.
- 20- السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 152.
- 21- صادقت الجزائر على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموجب أول دستور عرفته البلاد بعد الاستقلال المتمثل في دستور 1963 في مادته 11 التي تنص على : "توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كافة منظمة دولية تستجيب لمطامح العشب الجزائري وذلك اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي".
- 22- صادقت عليهما الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 الصادر بتاريخ 17/05/1989، ج ر، رقم 20.
- 23- صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 51-96، المؤرخ في 22 يناير 1996.
- 24- الشيخ شمس الدين، 2003، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، من رسائل الإسلام والمجتمع (2)، دار الأمة، الجزائر، ص 94.
- 25- عبد الباقي غفور، 2021، الأمن الأسري في ظل وثائق المؤتمرات الدولية، حوليات جامعة قلمة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 15، العدد 02، ص ص 207-221، الجزائر، ص 216.
- 26- يحياوي أعمار، 2010، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، ص 240-241.
- 27- تنص المادة 2/16 من اتفاقية سيداو على ما يلي: 2... لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً).
- 28- تشوار جيلالي، 2008، مدى تأثير عولمة القانون على أحكام الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 03، ص ص 89-131، الجزائر، ص 95.
- 29- يستنتج من المؤتمرات الدولية التي اعترفت صراحة بالزواج المثلي، راجع في ذلك: الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص 193. جيكيبي إبراهيم بن تيجان، 2016، الزواج المثلي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مركز باحثات لدراسات المرأة، جدة، السعودية، ص 113-114.
- 30- القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، ج ر، ع 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، ص 910.

- 31- الأمر رقم 02-05 يعدل ويتمم القانون 84-11، ج ر، ع 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18، الموافق بالقانون 09-02، ج ر ع 43، مؤرخة في 22 مايو 2005، ص 04.
- 32- فؤاد بن عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، 1423/1422 هـ، قضايا المرأة في المؤتمرات الدولية دراسة نقدية في ضوء الإسلام، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الثقافة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، السعودية، 1423/1422 هـ، ص 104.
- 33- بن شويخ الرشيد، 2008، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، ص 73.
- 34- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 343.
- 35- الزحيلي وهبة، 1985، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 07 الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 02، دمشق، سوريا، ص 253.
- 36- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 345.
- 37- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 63.
- 38- زازون ألكلي وحبار آمال، المرجع السابق، ص 26.
- 39- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 221.
- 40- سعد عبد العزيز، 2018، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، سلسلة تبسيط القوانين 5، دار هومة، ط 03، الجزائر، ص 50.
- 41- سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 51.
- 42- بن شيخ آث ملويا أ. لحسن، 2016/2015، المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا (من سنة 1982 إلى سنة 2014) ملحقات: الموائيق والإعلانات والاتفاقيات والتقارير الدولية المتعلقة بحقوق المرأة والطفل، دار هومة، ط 03، الجزائر، ص 39-40.
- 43- تنص المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".
- 44- عيادوني عبد الحميد، المرجع السابق، ص 79.
- 45- عجة الجيلالي، 2009، مدخل للعلم القانونية، ج 01 نظرية القانونية بين التقليد والحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام L.M.D، السلسلة الجامعية - نظام LMD، برقي للنشر، الجزائر، ص 37.
- 46- بوضياف عمار، 2019، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر والتوزيع، ط 05، الجزائر، ص 160.
- 47- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 35. - تطور مفهوم الزواج في القانون المدني الفرنسي باعتبار فرنسا من الدول الرائدة في مجال حقوق الإنسان حيث سارعت هي الأخرى كغيرها من البلدان الغربية إلى تقنين ما يسمى بالزواج المثلي، الزواج الذي يجمع بين طرفين من نفس الجنس.
- 48- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 289.
- 49- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 55.
- 50- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 40. - الصيغة ومعناها الإيجاب والقبول، وهي تعبير أدق على ركن التراضي الذي هو أمر نفسي غير مدرك ولملموس. - بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 51.
- 51- هنان مليكة، 2014-2013، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة، المركز الجامعي نور البشير، البيض، معهد الحقوق والعلوم السياسية، ص 23-25-26.
- 52- الزحيلي وهبة، 1986، أصول الفقه الإسلامي وأدلته، ج 01، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص 98-99.
- 53- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 339.
- 54- الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي وأدلته، ج 01، ص 100.

- 55- تنص المادة 12 من القانون 84-11 الملغاة بموجب الأمر 02-05 على ما يلي: " لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فلقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."
- 56- بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 288-289.
- 57- لا يمكن القول بأن المشرع الجزائري حذا حذو الفقه الحنفي الذي أعطى للمرأة حق تزويج نفسها بألفاظها وعبارتها، حيث أن هذا الأخير قيد حق الزوجة، بشرط مهر المثل وأن تتزوج بكفء لها، وهذا ما لم يتبنه المشرع الجزائري.
- 58- فؤاد عبد الكريم بن عبد العزيز العبد الكريم، المرجع السابق، ص 442. - أعمار يحياوي، المرجع السابق، ص 22.
- 59- المرسوم التنفيذي رقم 154-06، المؤرخ في ربيع الثاني عام 1427 هـ الموافق ل 11 مايو 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية، العدد 31، مؤرخة في 14/05/2006.
- 60- كيفاجي الضيف، 2014، حماية الأسرة في المعاهدات والمواثيق الدولية، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد 03، العدد 05، ص ص 231-253، الجزائر، ص 245. - يحياوي أعمار، المرجع السابق، ص 240.
- 61- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 277.
- 62- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 501.
- 63- قري غنية، 2011، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، دار طليعة، الجزائر، ص 32.
- 64- الحيلة القانونية هي أحد طرق الصياغة القانونية أو التشريعية الخاصة، ويقصد بها جعل من الشيء غير الصحيح سيئا صحيحا. تناغو سمي، 1974، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، مصر، ص 400.
- كما أن فقهاء الشريعة الإسلامية تناولوا مسألة الحيل الشرعية حين حديثهم عن سد الذرائع. راجع وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي وأدلته، ج 02، ص 940.
- 65- أعمار يحياوي، المرجع السابق، ص 242.
- 66- سعد عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 93.
- 67- بن شيخ آث ملويا أ. الحسن، المرجع السابق، ص 42.