التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول

بقلم : الدكتورة تشوار حميدو زكية
أستاذة محاضرة بكلية الحقوق،
جامعة تلمسان

الأسرة هي الخلية الأساسية لتكوين المجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم القرابة وصلة الزوجية [1]. ولذلك كانت العناية بتقوية الأسرة، من أهم ما يجب على المشرع رعايته[2] ؛ ولا يكون ذلك إلا بوضع نصوص قانونية منسجمة، تضمن نموها وتقدس أصلها المتمثل في الميثاق الغليظ أي الزواج [3]. ومن ثم، فالزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة تحل له شرعا ويهدف إلى تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون [4] وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب [5].

1 - وهذا ما أكدته المادة الثانية من قانون الأسرة بقولها : " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة ".

2 - ويرشد إلى هذا الدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته 58 التي تنص على أن " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع ".

3 - وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءاتيم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا". سورة النساء، الآية 20 .

4 - وإلى هذا يشير قوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة ". سورة الروم، الآية 21 .

5 - ومن هنا، فإن تنظيم الفطرة البشرية عن طريق الزواج أمرا قرره الله تعالى في قوله " والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات ". سورة النحل، الآية 72.

ودليل ذلك في الكتاب والسنة. فقد أجاز الله تعالى الزواج لإحصان الزوجين وحرم الزنى لأنه فاحشة "**ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا**"[6] . وحث الرسول صلى الله عليه وسلم على النكاح فقال "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر، وأحصن للفرج، ومن لم يستطيع فعليه بالصوم فإنه له وجاء"[7].

وعليه، إذا كان الزواج علاقة مقدسة شرعها الله لخلقه للعفاف والإحصان وتحقيق معاني سامية وغايات نبيلة في الكون، إلا أنه لا يتم إلا بتوافر أركان شرعية بدونها يبطل عقد القران وهي رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين[8] . وبالإضافة إلى هذا يقضي المشرع الجزائري، على غرار الإمام مالك[9]، بركنية الصداق في عقد الزواج [10].

وقد نص على هذا صراحة في المادة التاسعة من قانون الأسرة. وعرف الصداق في المادة 14 من ذات القانون على أنه "ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا." فالصداق إذن هو حق للزوجة وملك لها تتصرف فيه كما تشاء؛ ومن ثم فهو ليس مقابل استمتاع، و إنما إعزاز الزوجة وإكرامها، وتقديم الدليل على بناء حياة زوجية كريمة[11] .

6- سورة الإسراء، الآية 32 .

7- البخاري، صحيح، المجلد الثالث، ج. 5 و6، دار الفكر، القاهرة، ص. 117. والمقصود بالباءة التكليفات اللازمة للزواج، أي القدرة على تحمل تكاليف النكاح.

8- انظر، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص. 93 وما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1968، ص. 35 وما بعدها؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص. 175 وما بعدها؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 7، دار الفكر، الجزائر،1992، ص. 36 وما بعدها.

9- انظر، الإمام مالك، الموطأ، ص. 179؛ الدسوقي، حاشية، ج. 2، ص. 294 وما بعدها؛ ابن رشد، بداية المجتهد، ج. 2، ص. 11؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، دار الكتاب، الجزائر، 1987، ص. 163 .

10 - Cf. Tchouar D., le régime juridique de la dot en droit algérien, R.A.S.J.E.P., 1996, n° 4, pp.569 et s.

11 - Sur les différents rôles du sadaq, cf Tchouar D., op. cit., R.A.S.J.E.P., 1996, n° 4, pp.575 et s.

ولكن بالرغم من هذا التوضيح، فمسألة الصداق تطرح جملة من المشاكل القانونية إلا أن التي نريد الخوض و التدقيق في دراستها هنا هي تلك المتعلقة بتأكد كل الصداق بالدخول. ومن ثم، يحق لنا أن نتساءل عن مفهوم الدخول في نظر المشرع الجزائري؛ أيقصد به الدخول الحقيقي والحكمي معا، أم الدخول الحقيقي دون الحكمي ؟

1 ـ طرح الإشكال :

تنص المادة 16 من قانون الأسرة على أن "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول". ومعنى ذلك هو أن الزوجة بتأكد لها كل المهر بالدخول. إلا أن تعريف الدخول بخصائصه يتح تعيين الدخول الموجب لكل المهر من غير تعقيد كلما كانت الحالة كاشفة من لها الحق في الصداق تأكيدا. غير أنه قد تعرض حالات خاصة تتداخل فيها المعطيات فيستلزم تحديد الدخول في هذه الحالات إعمال روح النصوص وتحليل المبادئ التي أقيمت عليها.

وهذا، فإن المشرع قد جاء بهذا النص ليؤكد ما للزوجة من حق في الصداق، وذلك سواء قد تحقق لها نصفه مباشرة بعد إبرام عقد الزواج أو كله بعد الدخول. ولكن ما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أن صياغة الشطر الأول من المادة 16 لهذا القانون جاءت بصياغة غامضة ومنعدمة الوضوح إذ من بين الإشكاليات التي تعترضنا أثناء قراءتنا للنص هو التساؤل عن التكييف القانوني لهذا الدخول. هل يقصد به المخالطة الجنسية بمعناها الفعلي ؟ [12] أم الاختلاء بمعناه الشرعي ؟ [13] وعلى أي أساس تم اختياره ؟ وما هي البواعث التي دفعت المشرع لسلوك هذا المسلك ؟

12 ـ الدخول الحقيقي (الوطء) هو إيلاج الحشفة، أو قدرها في قبل المرأة، أو دبرها ولا يشترط الخلو من الموانع الشرعية، فإذا وطأها وهي حائض، أو نفساء، أو كان أحدهما صائما، أو غير ذلك، فإن الصداق جميعه يتأكد بذلك.

13 ـ الدخول الحكمي (الخلوة الصحيحة) وهو أن يجتمعا الزوجان في مكان، وليس هناك مانع يمنعهما من الوطء، حسا ولا شرعا و لا طبيعيا. وعليه، فالمكان الذي تصح فيه الخلوة، أن يكونا آمنين من إطلاع الغير عليهما بغير إذنهما.

إذا كنا نرى أن المسألة المطروحة تستوجب البحث فيها من عدة جوانب استخراجا لحل يجد له أساسا في القانون والمنطق الواقعي والعدالة، فإننا لا نريد الدخول في تفاصيل كافة هذه التساؤلات، و يكفينا هنا أن نعترف أنها تدور جميعا حول مسألة واحدة هي الطبيعة القانونية للدخول الوارد في تلك المادة، أي تبيان متى يتأكد للزوجة كل الصداق.

والواقع إذا كان مشرعنا الأسري قد أحاط الزواج بعناية يسيرة، إن غموض النص الذي جاءت به المادة 16 قد يفسر حول ما إذا كان الغرض المنشود منه هو ترك بابا مفتوحا لتطوير قانون الأسرة؛ وإما إلزام القاضي، في حالة انتفاء النص التشريعي، أن يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

فمن البحث في الفلسفة التشريعية التي انتهجها مشرعنا في هذا المجال، يتضح لنا جليا أن الوجهة التي تستلزم القاضي بالرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي مرتكزة على سند قانوني قوي إذ تنص المادة 222 من قانون الأسرة على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وانطلاقا من هذه المنهجية والتقنية التشريعية في وضع القوانين، يمكن لنا وضع الضوابط التي يتم بموجبها تطوير ومسايرة التشريع لحاجات الناس ومصالحهم واجتناب الجمود الذي اتهمت به الشريعة الإسلامية [14]. وعليه، فعوض التفكير في تشجيع المنهجية التغريبية للقوانين بأية طريقة كانت ومهما كان الثمن، ومن ثم القول بإلغاء الصداق في عقد الزواج تنفيذا لمبدأ المساواة بين الجنسين، أن نعمل جاهدين في إيجاد المنهجية التشريعية التي بموجبها يتم تحقيق تطور الحياة الاجتماعية.

14 - انظر، تشوار جيلالي، الاجتهاد الفقهي والتطور التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية، محاضرة ألقيت خلال الملتقى الدولي الذي نظمه المعهد الوطني للتعليم العالي للحضارة الإسلامية بوهران، أيام 21 - 22 - 23 نوفمبر 1998 حول "الإسلام والدراسات المستقبلية".

هذا هو الهدف وهو الدعوة إلى التحرر الفكري، أي الاجتهاد الذي يتماشى وأصول الدين الإسلامي. وذلك ما سنحاول تطبيقه على المسألة التي نحن هنا بصددها، أي تحديد مفهوم الدخول الموجب لكل الصداق.

2 ـ التكييف القانوني للدخول الموجب لكل الصداق

وتطبيقا لهذا وذاك، لقد أثيرت أمام القضاء الجزائري مسألة الدخول في عقد الزواج، ووصل الأمر إلى المجلس الأعلى فقضى بتاريخ 19 نوفمبر 1984 "من المقرر شرعا أن الزوجة المطلقة بعد الدخول بها تستحق كامل صداقها ...، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج" [15].

فمن تحليل هذا القرار في ضوء معطياته وبالرجوع إلى المصطلحات المستعملة فيه، ومن الاسترشاد بالمنطق الشرعي، لا نرى فيه ما يوضح لنا المعنى الفعلي لعبارة الدخول، مما يجعل الغموض المشار إليه أعلاه قائما.

ولعل القرار الصادر بتاريخ 09 ماي 1988 عن المجلس ذاته كان أكثر صراحة في إفصاحه عن الأخذ بالدخول الحكمي كعامل موجب لكل الصداق، حيث قال فيه "من المقرر فقها وشرعا أن الزوجة تستحق الصداق كاملا بمجرد الدخول و اختلاء الزوج بها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة. ولما كان ثابتا ـ في قضية الحال ـ أن الزوج لم يدخل بزوجته بعد انتقالها إلى داره لكونه كان في حالة اعتقال مما يتعذر إتمام الخلوة، ومن ثم فإن المجلس القضائي لما قضى بالطلاق واستحقاق الزوجة لكامل الصداق يكون بقضائه كما فعل خرق القواعد الشرعية وانتهاك النصوص القانونية" [16].

---

15 ـ انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 34046، المجلة القضائية 1990، عدد 1، ص67.

16ـ انظر، المجلس الأعلى، غ.أ.ش.،1988/05/09 ، ملف رقم 49283، المجلة القضائية، 1992، عدد 2، ص44.

وتأكيدا لهذا القرار، قضى المجلس ذاته في قراره الصادر في 02 أكتوبر 1989 بأنه "من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى البيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته و غلق بابه عليها وهو الذي يعبر عنه شرعا "بإرخاء الستور" أو "خلوة الاهتداء" يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتنال الزوجة كامل صداقها ...، فإن قضاة الاستئناف الذين حكموا للزوجة بكامل صداقها، فإن قضاءهم هذا يندرج ضمن المادة 16 من قانون الأسرة ..." [17].

وتماشيا مع الفكرة ذاتها أقر المجلس الأعلى في 19 نوفمبر 1984 على أنه "من المتفق عليه فقها أن الخلوة الصحيحة توجب جميع الصداق المسمى ... " في قضية تتلخص وقائعها في أن الطرفين عاشا كزوجين في الخارج أثناء شهر العسل وفي الداخل بمحل الزوجية لمدة طويلة في فراش واحد [18].

وإذا كان لابد من إبداء الرأي في الوجهة التي كرستها المحكمة العليا القائلة بتأكد الصداق للزوجة بالدخول بنوعيه، فإنه يتبدى أن تلك الوجهة لا تخلو من عدة نقائص، بل تحمل في طياتها عدة عيوب إذا ما حاولنا تفسير النصوص بالنصوص.

فمن زاوية أولى يجب التنبيه إلى أن تمسك المحكمة العليا بموقفها هذا على أساس قولها أنه "من المتفق عليه فقها" ليس له ما يبرره من الناحية الفقهية وأنه من الغرابة القول بالإجماع إن كانت أراء الفقهاء متضاربة بعضها البعض، وبتوحيد معنى الدخول إن كان أثره يختلف باختلاف أنواعه.

ومن الرجوع إلى التفاسير الواردة في الفقه الإسلامي ومن البحث في تحديد مفهوم الدخول الموجب لكل الصداق، يتضح أن النقاش في أساسه (مفهوم) قام وما برح، حيث فانقسم الفقه وتعددت المذاهب لتحديد مفهوم الدخول المؤكد للصداق، وتوزعت هذه

17- انظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش.، 1989/10/02، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد 1، ص34.

18- انظر،المجلس الأعلى، غ.أ.ش.، 1984/11/19، ملف رقم 35107، المجلة القضائية، 1990، عدد 2، ص55.

المذاهب بين ثلاثة رئيسية [19]، أولها اعتمد الخلوة الصحيحة أساسا لترتيب الصداق كاملا [20]، والثاني استمد من عامل المخالطة الجنسية الأساس

19- انظر، د/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديله، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص142 .

20- فيرى الحنفية والحنابلة أن المهر يتأكد كله بالخلوة الصحيحة، وذلك بأن ينفرد الزوجان في مكان يأمنان فيه اطلاع أحد عليهما، و لم يكن بأحد منهما مانع شرعي، مثل أن تكون المرأة حائضا أو نفساء، أو أن يكون أحدهما صائما صيام رمضان أو محرما للنسك. أو مانع حسي وهو الذي يمنع من الوطء مثل أن يكون أحدهما مريضا لا يستطيع معه الدخول الحقيقي : و يعد من المانع الحسي، القرن (وهو شيء يوجد يسد فرج المرأة، فيمنع من دخول الذكر، وهو إما عظم أو غدة أو لحم زائد)، والرتق (وهو تلاحم بين ضفتي الفرج). بينما ليس من المانع الحسي كون الرجل عنينا أو مجبوبا أو خصيا. أو مانع طبيعي بأن يكون معهما ثالث يمنع الخلوة. و الخلوة إذا استوفت شروطها يتقرر بها كل الصداق المسمى، وجميع مهر المثل عند عدم التسمية، وكذلك يثبت بها النسب، وتلزم بها النفقة والعدة وحرمة نكاح أختها وحرمة نكاح الخامسة فوق الرابعة أناء العدة. و لكن تختلف الخلوة عن الدخول الحقيقي في أنها تجعل المرأة بكرا تتزوج كالأبكار، و لا تجعل الزوجين محصنين، وأنه الرجل إذا خلا بالزوجة لا تحرم عليه بنتها، ولا ترفع المانع في حالة الطلاق الثالث، ولا توارث بالخلوة. (انظر فيما يتعلق بهذه المسألة، الكساني، البدائع، ج. 2، ص291 - 295؛ الشربيني الخطيب، مغني المحتاج شرح المنهاج، ج. 3، ص 224 وما بعدها؛ ابن قدامة، المغني، ج. 6، ص716).

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بقوله تعالى " وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا، كيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا " (سورة النساء الآيتين 20 و21). والإفضاء هو الاختلاء بالزوجة لأنه مأخوذ من الفضاء و هو الخلاء. و بقوله عليه السلام فيما روى الدارقطني " من كشف خمار امرأته، ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل "؛ و بما رواه أبو عبيدة عن زائد أبي أوفي، قال " قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أغلق الباب، وأرخى الستر، فقد وجب الصداق ". انظر، السيد سابق، فقه السنة، دار الفتح للإعلام العربي، 1994، المجلد الثاني، ص222، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر، الجزائر، ج7، ص228- 229؛ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التوفيقية، ج 4، ص102 - 104.

له [21] . والثالث استهدى بفكرة مكوث الزوجة في البيت الزوجية مدة سنة ليؤسس عليها استحقاق الزوجة كامل صداقها [22] .

ومن زاوية النصوص القانونية لا يبدو مستقيما مع روح المواد جعل الدخول الحكمي في درجة الدخول الحقيقي. فإذا نص المشرع في المادة 16 من قانون الأسرة على أن الزوجة لها كامل الصداق بالدخول، فيقضي التنويه هنا بشدة إلى أن الدخول الفعلي هو الذي أخذ به الشارع الأسري في هذا الصدد وأن المادة 17 من ذات القانون تظهر بجلاء هذه الصفة الأساسية إذ تقول "في حالة النزاع في الصداق ... وكان قبل **الدخول** ... وإذا كان بعد **البناء** ... ". وجاء المشرع في المادة51 من نفس القانون على أنه "لا يمكن أن يراجع الرجل ... إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد **البناء**".

21 - ويرى الشافعي ومالك وداود أنه لا يستقر الصداق كله إلا بالمخالطة الجنسية، ومعنى ذلك أنه لا يتأكد للزوجة إلا نصف المهر بالخلوة الصحيحة استنادا لقوله تعالى " و إن طلقتم النساء من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة. فنصف ما فرضتم " (سورة البقرة، الآية 237). أي أن الزوجة لها الحق في نصف ما فرض من الصداق إذا تم الطلاق قبل المسيس الذي هو الدخول الحقيقي. وعليه فإن المسيس الذي هو كناية عن الاتصال الجنسي لا يقع في حالة الخلوة، مما لا يستقر الصداق كله بدونه : فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة، ثم طلقها قبل الدخول بها، وجب نصف المسمى، والمتعة إن لم يكن الصداق مسمى. وفسروا المالكية والشافعية والجعفرية في المشهور عندهم الإفضاء الوارد في الآية " وقد أفضى بعضكم إلى بعض " التي اعتمد عليها كل من الحنفية والحنابلة بالجماع. (انظر، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ج. 2، ص. 300 و ما بعدها؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص. 323؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص. 101 و ما بعدها؛ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص202 203؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، 1983، ص394 - 396). وفي هذا يقول أيضا ابن جزي أن " الدخول الموجب لكمال الصداق هو الوطء لا مجرد الخلوة وإرخاء الستور.". انظر، ابن جزي، المرجع السابق، ص163.

22 - ويرى المالكية أنه إذا تزوج رجل امرأة، وزفت إليه، وأقامت عنده سنة يتقرر لها كل الصداق. انظر، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي، ج 2، ص300 .

ومن هذه النصوص التشريعية، يتضح لنا أن المشرع قد أعطى في المادة 17 للدخول نفس معنى البناء[23]، وأن البناء المستعمل من طرف نفس المشرع في المادة 51 من ذات القانون يقصد به الدخول الحقيقي أي المواطأة التي تفسد الصيام والحج، وذلك استنادا إلى ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها إذ قالت "جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى رسول (ص.) فقالت إني كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت الزبير وما معه إلا هدبة التوب (أي لا يقدر على المباشرة الجنسية) فقال لها عليه الصلاة والسلام : "أتريد أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك" [24].

ومع هذه المواد والمبادئ التي توجه إليها، وقياسا عليها يكون من المبرر القول بأن يكون الدخول الحقيقي ولا الحكمي سببا مؤكدا لكل الصداق، إذ لو أجزنا تحقيق الصداق كاملا بغير شرط المواطأة لاختلط العقد بالدخول وكان ذلك ذريعة للمرأة سيئة النية، حيث لا تعجز الزوجة التي يعاشرها زوجها عن دعوى أنه خلا بها.

وزيادة على ذلك، أنه مناف للعقل تماما إذا ما تمسكنا بقطعية قرينة المس في حالة الخلوة، حيث مما يجب ملاحظته في هذا الإطار، هو أن الرابطة الزوجية لا تعد بمثابة حقيقة قانونية مجردة قائمة بصفة مستقلة عن العلاقة الشخصية الزوجية.

ومن ثم، إن افتراض الدخول الفعلي بمجرد الخلوة يؤدي إلى قبول بصفة غير مباشرة القرينة التي يمكن أن تكون غير صحيحة : إذ أنه يمكن أن تتم الخلوة بين الزوجين ولكن دون إتمام المسيس بينهما. مما يدفعنا إلى القول بقبول إثبات عكس هذه القرينة أي عكس هذا الافتراض. ويمكن الاستدلال هنا بما جاءت به الشريعة العامة، بحيث تنص المادة 337 من القانون المدني على أن " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي... ".

23- وفي هذا تنص الفقرة الأولى من المادة 32 من مدونة الأسرة المغربية بأن الزوجة تستحق "الصداق كله بالبناء أو الموت قبله"

24- رواه الترميذي.

وكذلك من الرجوع إلى التحليل الوارد في الكتب الفقهية للمالكية في هذه المسألة، يتبين أن الوجهة التي اعتنقتها ليست مركزة على القرينة القطعية التي تؤكد كل الصداق، بل يرون أنه إذا اختلى الرجل بزوجته خلوة اهتداء ثم طلقها واختلفا في حصول الوطء، فالقول للزوجة بيمينها فيما تدعيه. فإن امتنعت عن اليمين حلف الزوج، ولزمه نصف الصداق. وان نكل عن اليمين، لزمه كل الصداق [25]. وتجدر الإضافة، تماشيا مع الفكرة ذاتها، أنه إذا اتفق الزوجان على عدم وقوع الوطء في الخلوة الصحيحة، فإنه لا يثبت للزوجة إلا نصف الصداق المؤكد بالعقد [26].

وجدير بالذكر أن نقف هنا أمام مصطلح " أمكن الاتصال " الوارد في المادة 41 من قانون الأسرة [27] ويمكن تفسيره بالدخول الحقيقي، أي أن المقصود بهذه العبارة هو المخالطة الجنسية بين الزوجين، وذلك لأن الترجمة الفرنسية استعملت مقابل عبارة " أمكن الاتصال " عبارة la possibilite des rapports conjugaux "، وهي تعني العلاقة الجنسية وحدها ولا يمكن أن تنصرف إلى الخلوة الصحيحة. ومع العلم، أن الذين قالوا بأن الصداق جميعه يتأكد بالخلوة الصحيحة يرتبون على هذه الأخيرة ثبوت النسب : فيما إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة، وجاءت به لأكثر من ستة أشهر بعد الخلوة. وبتعبير أدق، فالخلوة الصحيحة تتفق مع الدخول الحقيقي في بعض الآثار منها ثبوت النسب [28].

---

25 ـ انظر، ابن جزي، المرجع السابق، ص. 163 ـ 164 ؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص323.

26 ـ وذلك خلافا لما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1989/10/02 لما قالت بأنه " ... من المقرر أيضا أن الدخول المسلم به يوجب العدة ... والصداق والنفقة حتى ولو اتفق الطرفان على عدم الوطء ... ". انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.، 1989/10/02 ، ملف رقم 55116، المجلة القضائية، 1991، عدد 1 ، ص34.

27 ـ إذ تنص هذه المادة على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ".

28 ـ انظر، ابن قدامه، المغني، ط. 3، دار المنار، ج7، ص724 وما بعدها؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط. الجمالية، ج2 ، ص292 وما بعدها؛لميرغيناني، الهداية، ط. الحلبي، القاهرة، ج1، ص149 ـ 150؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص324.

وتماشيا مع الشرح المتقدم آنفا نقول أن المشرع لا يرتب النسب إلا بعد الدخول الحقيقي وكذا الشأن بالنسبة للصداق جميعه، بحيث ليس من المنطق القانوني ولا من المنهجية التشريعية السليمة أن نأخذ بأثر الخلوة الصحيحة في الصداق ونتركه في النسب، إذ فكيف القول من جهة بثبوت الصداق كاملا بالخلوة الصحيحة، ومن جهة أخرى تشترط المادة 41 الاتصال الجنسي لإلحاق الولد لأبيه [29] ، لأن لو كان الأمر كذلك لاكتفت المادة 41 بالخلوة الصحيحة.

كما تجدر الملاحظة إلى أن الخلوة الصحيحة تختلف عن الدخول الحقيقي في بعض الآثار الأخرى منها خاصة عدم ترتيب حرمة البنات، إذ أن حرمة بنات الزوجة تكون بالدخول الحقيقي بها، لأن القرآن الكريم علق تحريم الربائب بالدخول [30]. وذلك ما أكدته المادة 26 فقرة ثانية من قانون الأسرة لما نصت على أن المحرمات بالمصاهرة هي ... "فروعها (الزوجة) إن حصل الدخول بها". فالعبرة إذن بالدخول الحقيقي ذاته، والمشرع حينما أورد عبارة الدخول في هذه المادة وفي المواد التي سبقتها إنما أتى بها كدليل من دلائل استبعاد الخلوة الصحيحة في هذه المسائل.

وذلك ما يقطع في الدلالة على أن المشرع عندما وضع المادة 16 لم يقصد الخلوة الصحيحة إطلاقا. ويبدو أن كلمة الدخول لم تكن مقصودة بمعناها الواسع الذي قد ينصرف إلى الخلوة الصحيحة، بل بمعناها الضيق المتعارف عليه فقها والذي لا يعني غير الوطء، وهذا ما نفهمه أيضا عند تصفحنا للمواد 33، و34، و40 من قانون الأسرة، إن أننا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص.

---

29 ـ وهذا ما ذهب إليه الرأي الراجح لشراح قانون الأسرة، إذ يرى الأستاذ عبد العزيز سعد بأنه " يجب لإمكانية إسناد الولد إلى والده أن تتوفر حالة التلاقي بين الزوجين وحالة الاتصال الجنسي بينهما بصورة فعلية لأنه إذا ثبت أو تأكد عدم الاتصال وعدم التلاقي فلا يثبت النسب " (انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون السرة الجزائري، ط2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص209)؛ كما يقول الأستاذ بلحاج العربي بأنه " يشترط المشرع في المادة 41 العقد الصحيح، وإضافة إلى العقد تحقق الدخول أو إمكانية الاتصال الجنسي " (انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص191)

30 ـ إذ يقول سبحانه و تعالى " وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم " سورة النساء، الآية 23.

خـــاتمة

وصفوة القول، أن الزوجة يكون لها كل الصداق بالدخول الحقيقي، وذلك حتى وإن كان قد يقال إن المشرع استعمل في المادة 16 المذكورة كلمة الدخول في حين أنه استعمل في المادة 17 تارة كلمة " الدخول " وتارة كلمة " البناء " وفي المواد 33، و34، و40 و41 كلمة "الدخول"، وإن هذا الاستعمال المختلف مقصود عمدا من المشرع، ولكن إذا رجعنا إلى الترجمة الفرنسية لهذه النصوص التشريعية نجد أنها استعملت كلمة consommation فيها جميعا، مما يدل على اتحاد في المعنى مقصود فيها من المشرع.

ومع هذه النصوص الصريحة لا يبقى من أساس قانوني للتوقف عند الخلوة الصحيحة للاعتداد به سببا مؤكدا للصداق. فإن كان لاجتهاد المحكمة العليا أن يبني على مثل هذه الخلوة أثرا يتمثل في تحقيق الصداق كاملا، فإنه ليس في النص الذي يطبقه عند إعماله مؤكدات الصداق ما يؤيده.

ولكن الأمر يختلف لو أن المشرع حدد صراحة حالات تأكد الصداق جميعه وعدد من بينها الخلوة الصحيحة، فيكون من اللازم الارتباط بما حدده. وهذا ما فعله المشرع المصري في النصوص التي عالجت أحكام الصداق [31] فيقتضي الارتباط بمشيئته من غير تأويل يخرج عنها، وبالتالي يكون على القاضي أن يتحقق من وقوع الخلوة بينهما لإقرار الصداق كاملا للزوجة.

31 - إذ قضت المادة 83 من قانون حقوق العائلة على أنه " إذا سمي المهر في العقد الصحيح وتوفي أحد الزوجين أو وقع الطلاق بعد الاجتماع الصحيح يلزم المهر المسمى تماما ". فكلمة الاجتماع الصحيح يراد بها الخلوة الصحيحة.