المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد

المجلد: 05 العدد: 02 السنة: 2020 الصفحة: 70-82

مدى ارتباط موانع الزواج بالنظام العام في ظل قانون الأسرة الجزائري

The extent of the link between the obstacles to marriage and public order under Algerian family law

وردة دلال*

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر –

Wasala83@yahoo.com

تاريخ الإستلام: 27/ 09/ 2020 تاريخ القبول: 07/ 12/ 2020 تاريخ النشر: 27/ 12/ 2020

الملخص:

إن تطبيقات فكرة النظام العام كثيرة سواءً في مجال فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص، ومن بين مواضيع الأسرة التي لها ارتباط وثيق بفكرة النظام العام في قانون الأسرة الجزائري هو موانع الزواج.

فقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على موانع مؤبدة وموانع مؤقتة للزواج ورتّب البطلان حالة مخالفة هذه الموانع، والبطلان هو أهم ما يميز فكرة النظام العام.

ولعل ارتباط الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة للزواج بفكرة النظام العام أمر بديهي، وذلك لارتباطها بالأسرة السليمة البناء التي يقوم عليها المجتمع.

الكلمات المفتاحية: موانع، زواج، النظام العام، مؤبدة، مؤقتة.

Abstract:

There are many implementations of the idea of public order, both in the field of branches of public law and that of branches of private law, and among family matters tenderly linked to the idea of public order in the law of the Algerian family are the obstacles to marriage. The Algerian legislator stipulates in family law permanent and temporary obstacles to marriage, as well as classifies annulment of marriage as a case opposed to these obstacles. The annulment of marriage is the most important feature of the idea of public order.

The connection of permanent and temporary barriers to marriage with the idea of public order is perhaps intuitive, due to its close connection to the healthy family upon which society relies.

Key Words: *obstacles, marriage, public order, permanent, temporary.*

* المؤلف المرسل.

المقدمة:

فكرة النظام العام من الافكار التي تتصف بالعمومية، على اعتبار أنها تسود جميع فروع القانون، وتلعب دورا ذا اهمية بالغة في النظام القانوني بأكمله، غير أنها فكرة نسبية ومرنة تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وهذه الأسس قد تتبدل بتبدل عواملها وتختلف باختلاف المجتمعات، لذلك فإن فكرة النظام العام تتغير بتغير الزمان والمكان.

وتعد تطبيقات فكرة النظام العام كثيرة سواء في مجال فروع القانون العام أو فروع القانون الخاص، فالنظام العام في إطار القانون الخاص هو مجموع الأسس والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها، بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها. وعلى اعتبار أن أهم دعامة يقوم عليها المجتمع هي الأسرة وذلك لارتباطها بالمصالح العليا للمجتمع، فقد أولى لها المشرع الجزائري أهمية كبيرة وأكد على ضرورة حمايتها سواء في الدستور أو قانون العقوبات، وجعل من الشريعة الإسلامية المصدر المادي والرسمي الأصلي لقانون الأسرة. وكل هذا يؤكد ارتباط قانون الأسرة بالنظام العام، ولعل ما يؤكد ذلك ما جاء في نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون ".

ومن بين مواضيع قانون الأسرة التي لها ارتباط بالنظام العام والتي يتم الحد فيها من سلطان الإرادة هو موانع الزواج. فقد نص المشرع الجزائري على موانع مؤبدة وموانع مؤقتة للزواج، ورتب البطلان حالة مخالفة هذه الموانع.

والإشكال المطروح هنا يتمحور حول مدى ارتباط موانع الزواج بفكرة النظام العام ؟

ومن أجل الإجابة عن هذه الإشكالية قسمت هذه الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية النظام العام.

سنحاول بداية توضيح المقصود بفكرة النظام العام في فرع أول، ثم نتطرق للدور الوظيفي لفكرة النظام العام في فرع ثان:

الفرع الأول: مفهوم فكرة النظام العام.

لم يختلف الفقه القانوني بخصوص مفهوم من المفاهيم اختلافهم حول تحديد المقصود بالنظام العام، وبيان طبيعته وإبراز مجاله وحدوده. بسبب ما يطبعه من النسبية والظرفية والمرونة، وسعة النطاق. وهذا ما جعل الكثير من الفقهاء والمشرعين يحجمون عن تقديم تعريف جامع ومانع له[1]. ومع ذلك كانت هناك محاولات جادة في هذا الجانب أبرزها:

ما عرفه به أحمد مسلم، من أن " النظام العام في دولة ما هو إلا الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي لهذه الدولة، بما يقوم عليه هذا الكيان من معتقدات تتعلق بالأمن والحرية والديمقراطية، ومعتقدات اجتماعية تتعلق بالمساواة أمام القانون أو احترام أفكار دينية أساسية معينة، أو عقائد مذهبية

[1] P. Wery: Droit Des Obligations, Théorie Générale Du Contrat, Larcier, Belgique, 2010, p278.

اقتصادية كالاشتراكية أو الرأسمالية، أو نحوها من المذاهب والأفكار الاقتصادية؛ كالعدالة الاجتماعية وتكافؤ الفرص وغير ذلك "[1].

وعرفه غالب الداودي، بأنه: " مجموع المصالح الجوهرية الأساسية والمثل العليا التي ترتضيها الجماعة لنفسها، ويتأسس عليها كيانها، كما يرسمه نظامها القانوني. سواء كانت هذه المصالح الأساسية والمثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية، ويعرض الإخلال بها كيان الجماعة إلى التصدع والانهيار"[2].

وعليه يمكن تعريف النظام العام بصفة عامة بأنه "مجموعه متجانسة من المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت تتعلق بالمصالح الدينية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية في المجتمع".

ولا يشترط ان يكون مجال النظام العام في إطار القانون العام فقط، بل توجد في القانون الخاص أحكام من النظام العام بما يمس كيان الأسرة والشخص، ومن هذا يمكن القول إن للنظام العام جانبين: جانب مادي، وهو يمثل مجموعة النظم السياسية والإدارية والمالية والجنائية لمجتمع ما، وجانب معنوي يتمثل في مجموعة القيم الأخلاقية والاجتماعية التي يتبناها المجتمع.

الفرع الثاني: الدور الوظيفي لفكرة النظام العام.

لتوضيح الدور الوظيفي لفكرة النظام العام نبين **(أولا)** ارتباط سلطان الإرادة بفكرة النظام العام، ثم البطلان يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات النظام العام **(ثانيا)**.

أولا: سلطان الإرادة مقيد بفكرة النظام العام:

جميع القواعد القانونية، وهي تقوم بتنظيم علاقات الأفراد، فإنها تضع القيود على سلطان إرادتهم وهي بصدد قيامها بالتصرفات القانونية، لكن إذا تعلق الامر بالمسائل العليا للدولة، او تعلق بكليات الجماعة وأصولها، فإن هذه القيود يفرضها النظام العام، باعتباره الاداة القانونية العصية على الخرق ولمخالفة، فهو يستقيم بشكل خطاب جازم يوجه الى المكلفين بأحكامه، بحيث يتمثل هذا الخطاب في هيئة إطار لا يكون بمقدور الارادة الفردية مجاوزته وهي بصدد اتيان تصرف قانوني فلا يكون بمقدورها سوى الانصياع له[3].

فالنظام العام بهذا المفهوم لا يشكل عدوانا على الحرية وسلطان الإرادة، وإنما يعمل على تحذير الإرادة من تجاوز الإطار الذي رسمه لها لتعمل داخله، فهو يقطع الطريق أمام الاستعمال السيء للحرية، ويحول دون الفوضى والاضطراب ويقف بوجه الارادة ان شاءت تحويل الحقوق الى عدوان وظلم، ومناقضة

[1] أنظر، الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 1997، ص 184.

[2] أنظر، الداودي غالب والهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، الجزء الأول، ص 145.

[3] أنظر، البشري عماد طارق، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2005، ص 101.

للعدل واستغلال الحريات، وتحويلها الى رتب ونياشين وامتيازات يستأثر بها الاقوياء، ويحوزها الخاصة دون العامة[1].

وبناء عليه نقول أن النظام العام يمثل قيدا على حرية الإرادة، وهي بصدد تصرف قانوني ترغب في ترتيب آثار قانونية عليه في الحالة التي يكون هذا التصرف القانوني عدوانا على أسس النظام القانوني أو اسس النظام الاجتماعي او المسائل العليا المتعلقة بالدولة، أو إذا نتج عن هذا التصرف إخلال بالتوازن بين مصالح أطراف متعارضة أو كان في أصله مشروعا والباعث عليه غير مشروع، فلا يكفي ان يكون التصرف مشروعا بأصله، فلا يكتسب صفة المشروعية إلا إذا كان مآله مشروعا، فيعمل النظام العام على حرمان الإرادة من التمتع بالآثار القانونية التي رغبت في ترتيبها عندما قصدت التصرف القانوني المخالف، وهذا الدور الوظيفي لفكرة النظام العام يعطيها دوار تلقائيا آخر، يتمثل في الكشف عن القواعد القانونية المتعلقة بأسس النظام القانوني وغايات الدولة العظمى وكليات الجماعة وأصولها، وهو كشف باعتبار المسائل التي تحميها هذه القواعد، الأمر الذي يؤدي الى تصنيف وحصر القواعد القانونية التي تحمي المسائل العليا الخاصة بالمجتمع والدولة، وتحقيق العدل والتوازن بين مصالح اطر متعارضة باعتبارها قواعد نظام عام.

ثانيا: البطلان يلحق التصرف القانوني المخالف لمقتضيات النظام العام:

إن النظام العام في دوره الوظيفي كما ذكرنا يمثل حدا على سلطان الإرادة، وهي بصدد القيام بالتصرف القانوني الذي ترغب في ترتيب آثار قانونية عليه، وبالتالي يغدو التصرف القانوني هو المجال الحركي الذي تنفعل فيه فكرة النظام العام. والإرادة عندما تتجه لإحداث تصرف قانوني ترغب في أن ينتج آثارا يقرها القانون، يجب ان ينسجم هذا التصرف مع مقتضيات النظام العام، وبالتالي يغدو صحيحا منتجا لآثاره القانونية.

والتصرف القانوني الذي يأتي على خلاف مقتضيات النظام العام يكون باطلا، فالبطلان صفة تلحق التصرف القانوني عند أي انتهاك أو إخلال بحيثيات النظام العام، مما جعل البطلان الصفة الغالبة لفكرة النظام العام على الاطلاق، فحيثما كان النظام العام حاضرا، خطرت على الأذهان فكرة البطلان الذي يعد من أهم الآثار القانونية لفكرة النظام العام[2]. والبطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق لا البطلان النسبي أو القابلية للإبطال أو التصرف الموقوف على الإجازة، فهذه جميعها يتمسك بها من تقررت لمصلحته، غير أن البطلان الذي يلحق التصرف الذي ينتهك القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام غير مقصورة على أحد، بل لكل من له مصلحة أن يتمسك به، وكذلك للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وذلك لأنه يشكل اعتداء على المصالح العليا للدولة أو كليات المجتمع السائدة[3].

---

[1] أنظر، عصفور محمد، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون دار نشر، 1961، ص 95.

[2] البشري عماد طارق، المرجع السابق، ص 135.

[3] أنظر، سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة والنشر والتوزيع، الطبعة السادسة، 2012، ص 156-157.

والتصرف القانوني الذي يلحقه البطلان هو تصرف قائم وموجود، بحيث ان الارادة تكون منصبه على محل وسبب موجودين وترغب في ترتيب آثار قانونية عليهما، إلا ان البطلان يعترض سبيل هذه الاثار في الأحوال التي يخالف فيها هذا المحل وذاك السبب قواعد المشروعية التي يتطلبها القانون وجوبا، باعتبار أن هذه القواعد تمثل الانعكاس القانوني لأسس الدولة ومسائلها العليا وكليات المجتمع وأصوله وتعمل على تنسيق المصالح المتعارضة وتقيم التوازن بينها على أساس العدل والعدالة ومنع الظلم والضرر، التي ليس بالمستطاع خرقها أو مخالفتها، والا كان التصرف باطلا، فهي قواعد ليس بالمقدور انتهاكها أو النيل منها[1].

المطلب الثاني: علاقة النظام العام بموانع الزواج.

يعتبر عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يبرمها الإنسان في حياته على الإطلاق نظرا لما يترتب عليه من آثار لا تنحصر في الزوجين فحسب بل تتعداهما إلى أولادهما وأسرتيهما كذلك، لذلك يحرص قانون الأسرة كل الحرص على ضرورة توفر كافة المقومات والشروط المطلوبة فيه عند إبرامه حتى يضمن له نشأة صحيحة واستمرارا، فإذا نشأ كذلك ترتبت جميع آثاره عليه فور تمامه.

ومن بين أهم الشروط التي يجب أن تتوافر في الزواج حسب المادة 9 مكرر من قانون الأسرة هي انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي أكد عليها المشرع الجزائري في فصل مستقل تحت عنوان" موانع الزواج " حيث جاء في المادة 23 أنه يجب أن يكون كل من الزوجين خلوا من الموانع الشرعية المؤبدة والمؤقتة، وإن دل ذلك على شيء فإنه يدل على أهمية هذا الشرط لبناء زواج صحيح وبالتالي أسرة سليمة، وباعتبار الأسرة هي من الدعامات التي يقوم عليها المجتمع فإنه من الطبيعي أن ترتبط بالنظام العام، وما يؤكد ذلك هو الأثر الذي يترتب على مخالفة موانع الزواج، فقد خصص المشرع الجزائري الفصل الثالث من الباب الثاني للنكاح الفاسد والنكاح الباطل.

وقبل أن نوضح الأثر المترتب على مخالفة موانع الزواج في الفرع الثاني، لا بد من تبيان ما هي هذه الموانع في فرع أول:

الفرع الأول: موانع الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

تعتبر موانع الزواج قاسما مشتركا بين جميع الشرائع السماوية والنظم القانونية، تتسع وتضيق حسب تصورها لنظام الزواج ودوره في المجتمع، فمنها ما يتصل بالشخص اتصال دوام لا يزول فيكون مانع مؤبد، ومنها ما يتصل بروابط قد تزول فيكون مانع مؤقت. وقد جاء في المادة 23 من قانون الأسرة سابقة الذكر أنه يجب أن يخلو كل من الزوجين من الموانع المؤبدة والمؤقتة.

أولا: الموانع المؤبدة للزواج:

يعتبر الزواج بالبعيدات عاملا من عوامل تقوية النسل، لأن الزواج بالقريبات يؤدي إلى ضعف النسل وإصابته بالعلل، فالدم بحاجة إلى الاختلاط وفيه يقول صلى الله عليه وسلم: «اغتربوا لا تضووا» أي تزوجوا بالغريبات حتى لا تصابوا بعدم تقوية النسل، كذلك من الناحية الأدبية فالحياة الأسرية كثيرا ما تجمع

[1] البشري عماد طارق، المرجع نفسه، ص 169.

بين الأقارب تحت سقف واحد وقد يؤدي توقع إمكان الزواج إلى الفوضى بين الأقارب وأفراد الأسرة، وعليه حرم الشرع على الرجل والمرأة الزواج من المحارم[1]، والمحرمات تحريماً مؤبدا أو كما سماها المشرع الجزائري الموانع المؤبدة حسب المادة 24 من قانون الأسرة هي: القرابة، المصاهرة، والرضاع:

أ-قرابة الدم أو النسب:

نصت عليها المادة 25 من قانون الأسرة: " المحرمات بالقرابة هي: الأمهات والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ وبنات الأخت ". ويقصد بقرابة النسب الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على الدم والأصل المشترك[2]، وهي إما تكون قرابة مباشرة أو غير مباشرة (قرابة حواشي):

1-القرابة المباشرة: وهي التي تنحصر في عمود النسب وهي الصلة بين الأصول والفروع أي أن يكون أحدهما أصل أو فرع للآخر، فالمانع هنا قائم مهما كانت الدرجة، أي لا يجوز للشخص الزواج بأصوله ولو علوا كالأم والجدة وإن علت، أو بفروعه وإن نزلوا كالبنت وبنت البنت وبنت الابن وإن نزلت.

ونشير هنا إلى أن المانع في هذه الحالة يقع حتى ولو كانت العلاقة بين الطرفين ناتجة عن زنا وليس من زواج صحيح، وبذلك تحرم البنت غير الشرعية على أبيها غير الشرعي كما تحرم الأم على ابنها غير الشرعي وفروعه.

2-القرابة غير المباشرة (حواشي): وهي القائمة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهما فرع للآخر[3]. وبذلك يحرم الزواج بالأخت مطلقا وبناتها وبنات ابنها وبنات الأخ وبنات ابنه وابنته مهما نزلن ومهما كانت نوع الأخوة وبالعمة مطلقا سواء كانت شقيقة لأب أو لأم ومهما علت وبالخالة مطلقا ومهما علت. أما الزواج بين بنات وأبناء الأعمام وبنات وأبناء الأخوال والخالات فهو جائز[4].

ب-قرابة المصاهرة: عرف ابن عرفة المصاهرة بأنها: " زوجة أصله وفرعه، ومن لها على زوجه ولادة، وفرع زوجة مسها، وإن لم تكن في حجره ". فتعتبر المصاهرة علاقة زواجية، فعلاقة الزوج بزوجته هي علاقة مصاهرة[5].

وعليه فإن قرابة المصاهرة تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقراب الزوج الآخر، وقد نصت المادة 26 من قانون الأسرة على المحرمات بالمصاهرة، وهي كالتالي:

---

[1] أنظر، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 43.

[2] أنظر، رمضان أبو السعود، شرح قانون الأسرة للمسلمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 410.

[3] أنظر، محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية " دروس في نظرية الحق "، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص412.

[4] أنظر، بويعلي وسيلة، زواج الأقارب في المجتمع الحضري، وانعكاساته على الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في علم الاجتماع العائلي، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العام الدراسي 2004-2005، ص 63.

[5] أنظر، حسان محمد الحسن، العائلة والقرابة والزواج، دار الطليعة، بيروت، 1981، ص 19.

-**أصول الزوجة بمجرد العقد عليها:** وذلك وفقا للقاعدة الفقهية القائلة: " **العقد على البنات يحرم الأمهات** " والمقصود بالأمهات هنا هن الأم والجدة وإن علت ومهما كان نوعها سواء أبوية أو أموية مصداقا لقوله تعالى: "... وأمهات نسائكم ".

-**فروع الزوجة إن دخل بها:** ويعني بذلك بأنه يحرم على الشخص الزواج بفروع زوجته بالدخول وليس بمجرد العقد، والمقصود بالفروع هن البنت الصلبية وبنت بنتها وبنت ابنها مهما نزلت وذلك كله طبقا للقاعدة الفقهية: " **الدخول بالأمهات يحرم البنات** "، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "... وربائبكم التي في حجوركم من نسائكم التي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ".

ولكن السؤال الذي يطرح في هذه المسألة وهو متعلق بما يلي: **هل تثبت حرمة المصاهرة بالزنا ؟**

اختلفت آراء الفقهاء في ثبوت حرمة المصاهرة بطريق الزنا فقال الشافعي ومالك في القول المعتمد: " إن الزنا لا يثبت به حرمة المصاهرة فإن زنا بامرأة فلا يحرم عليه الزواج بأمها ولا بإحدى بناتها كما لا تحرم هذه المرأة لا على أصول الرجل ولا على فروعه فلا يمكن للحرام أن يحرم الحلال "، وقد استدلوا على ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن رجل زنى بامرأة فأراد أن يتزوج بأمها أو بنتها فقال: " لا يحرم الحرام الحلال إنما يحرم ما كان من نكاح "[1]. بينما قال الحنفية وأحمد بن حنبل: " إن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة بجميع أنواعها ومن ثم لا يجوز للشخص أن يتزوج بفروع أو أصول من زنا بها "[2]. وأمام هذين الرأيين نرجح ما ذهب إليه الرأي الأول، بحيث أن الله عز وجل عندما ذكر في القرآن الكريم المحرمات من النساء بقوله: "حرمت عليكم أمهاتكم..."، ثم جاء بعد ذلك وقال عز وجل: " وأحل لكم ما وراء ذلكم "، ومن ثم فإنه لم يذكر المرأة التي زنا بها، وعليه لا يمكن أن يكون الزنا مانعا من موانع الزواج بسبب المصاهرة فمن زنا بامرأة فيجوز له عندئذ الزواج بابنتها وكذلك بأمها وإن علت فلا يمكن أن نرتب أي أثر في هذه الحالة.

-**أرامل ومطلقات الأصول بمجرد العقد عليهن:** أي من كن زوجات للأب أو زوجات للجد مهما علا استنادا لقوله تعالى: « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا ».

-**أرامل ومطلقات الفروع بمجرد العقد:** والمقصود بهن من كن حلائل للفروع أي الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا وذلك مصداقا لقوله تعالى: « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم »، والحليلة هي الزوجة عكس الخليلة والله عز وجل قد ركز على هذه الآية: " أصلابكم " أي الابن الصلب وليس الابن الذي كان محل كفالة فهو في هذه الحالة يعتبر أجنبي عنها.

ويشترط في هذه الموانع القائمة بمجرد العقد أن يكون هذا الأخير عقدا صحيحا وإلا لا يقع المانع، بمعنى من تزوج بامرأة وكان زواجه فاسدا وقضي بذلك فإنه يجوز لبنه أن يتزوج بهذه المرأة التي سبق لأبيه أن تزوج بها، غير أنه إذا كان العقد فاسدا وتم الدخول فيقع التحريم لا بالعقد وإنما بالدخول.

[1] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 200.

[2] أنظر، جانم جميل فخري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 76.

ج-الرضاع كمانع للزواج: نص عليه المشرع الجزائري في المادة 3/24 من قانون الأسرة، والمادة 27 من نفس القانون بقوله: " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ". غير أن التحريم على أساس الرضاعة لا يقع إلا بتوافر شروط معينة يجب أن تتوافر مجتمعة حتى يقع التحريم، وهي كالآتي:

-يشترط أن تكون المرضعة امرأة فلبن الحيوان لا يقع به التحريم. غير أنه يقع التحريم إذا كانت المرضعة خنثى.

-مدة الرضاعة حسب المادة 29 من قانون الأسرة، هي ما حصلت قبل الفطام أو في الحولين، وهنا كان على المشرع الجزائري أن يضع حرف "و" بدل " أو"، وبذلك إذا تم الرضاع بعد الحولين لا يقع التحريم.

-عدد الرضعات: حسب المادة 29 من قانون الأسرة يقع التحريم سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا.

أما فيما يخص حالات التحريم الناشئة عن الرضاع فهناك حالات قائمة على النسب، وهناك حالات قائمة على المصاهرة بحيث تنص المادة 27 من قانون الأسرة على أنه: " يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب "، ولكن عملا بـ المادة 222 من نفس القانون، فإن التحريم يقع بسبب الرضاع حتى ولو كان الأمر متعلقا بالمصاهرة.

ثانيا: الموانع المؤقتة للزواج:

نصت عليها المادة 30 من قانون الأسرة، وهي على خلال الموانع المؤبدة تزول بزوال السبب الذي أدى إلى إقامتها أي أنها مؤقتة، غير أنه لا يجوز للشخص الزواج بامرأة وبها مانع من هذه الموانع، وتتمثل هذه الموانع فيما يلي:

أ-المحصنة: يحرم على الرجل أن يتزوج امرأة هي زوجة لغيره لأن حق الغير متعلق بها وهذا لقوله تعالى: " والمحصنات من النساء "، فالمراد بالمحصنات هو المتزوجات (بالغير). والحكمة من التحريم هو منع الانسان من الاعتداء على حق الغير وحفظ الأنساب من الاختلاط ومن أن تضيع. لكن يزول التحريم بمجرد زوال السبب أي انقطاع العلاقة الزوجية وزوال أثرها بموت أو طلاق فيجوز للرجل الزواج منها بمجرد انقضاء عدتها. أما إذا تزوجت المرأة بالفاتحة وهي لا تزال على عصمة زوجها فإنها تعد مرتكبة لجريمة زنا، ويعد ذلك الزواج باطلا[1].

ب-المعتدة: يحرم على المسلم أن يتزوج معتدة غيره سواء كانت معتدة من طلاق أو من وفاة، وهذا لبقاء بعض أحكام النكاح السابق ومنعا لاختلاط الأنساب، لأن الحكمة من العدة معرفة براءة الرحم، كما أنها تعتبر فترة حداد في حالة وفاة الزوج، وتختلف فترة العدة حسب نوعية فك الرابطة الزوجية من جهة، وحسب الحالة الفيزيولوجية للمرأة من جهة أخرى، فعدة الحامل هي أن تضع حملها (المادة 60 من قانون الأسرة)، وعدة المطلقة المدخول بها غير الحامل في 3 قروء، أما اليائس من المحيض فعدتها 3 أشهر من التصريح بالطلاق (المادة58 من قانون الأسرة). أما عدة المتوفى عنها زوجها فهي 4 أشهر و10 أيام (المادة 59 من قانون الأسرة).

[1] أنظر، في هذا الصدد قرار المحكمة العليا الصادر في 1986/05/13، والقرار الصادر في 1989/06/06.

ج-المطلقة ثلاثا: إذا طلق الزوج زوجته للمرة الثالثة فإنها لا تحل له إلا إذا تزوجت بغيره وطلقها أو توفي عنها بعد الدخول (المادة 51 من قانون الأسرة). وتعتبر المرأة مطلقة ثلاثا حسب قانون الأسرة الجزائري إذا طلقها زوجها بثلاث أحكام قضائية متتالية.

د-الجمع بين المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها: وذلك سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع. أما إذا طلق الزوج زوجته وانتهت عدتها فيجوز له أن يتزوج من أختها أو عمتها أو خالتها.

هـ-الزوجة الخامسة فوق الرابعة.

و-اختلاف الدين: أي أنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، كما لا جوز للمسلم الزواج بالمشركات أو الملحدات (المادة 222 من قانون الأسرة)، بينما يجوز له الزواج بالكتابية سواء كانت مسيحية أو يهودية.

الفرع الثاني: الأثر المترتب على مخالفة موانع الزواج.

يجب علينا هنا أن نشير إلى المقصود بالزواج الباطل والزواج الفاسد أولا، ثم نوضح هل يعد الزواج الذي يتضمن مانعا للزواج باطلا أم فاسدا حسب قانون الأسرة الجزائري، ومن ثم علاقته بالنظام العام ثانيا:

أولا: المقصود بالزواج الباطل والزواج الفاسد:

الزواج الباطل هو الذي يحدث فيه خلل من الناحية الجوهرية للعقد كعدم حصول التراضي بين الزوجين، فيكون العقد في هذه الحالة باطلا أي منعدما لا وجود له ولا يترتب عليه أي أثر مطلقا سواء تم الدخول أم لا. أم الزواج الفاسد فهو الذي يحصل فيه خلل في ناحية غير جوهرية، فالعقد هنا موجود لكنه غير صحيح لأنه اتصف بعيب أفسده، ولا أثر للزواج الفاسد مثله مثل الباطل إلا إذا حصل الدخول فيرتب بعض آثار الزواج الصحيح، فيثبت النسب للأولاد، كما تثبت العدة والمهر وحرمة المصاهرة دون باقي الآثار كحق التوارث بين الزوجين[1].

وقد نص المشرع الجزائري على النكاح الفاسد والباطل في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة، حيث اعتبر الزواج فاسدا حسب إذا وجد فيه الإيجاب والقبول أي ركن الرضى إلا أنه فقد أو اختل شرط من شروط صحته الواردة في المادة 9 مكرر أو في حالة عدم استصدار الزوج ترخيصا من القاضي للزواج حسب المادة 8 من قانون الأسرة. أما الزواج الباطل فهو فيكون في حالة فقدان العقد لركنه الأساسي وهو الرضى، أو لاشتمال العقد على شرط ينافي مقتضيات العقد.

والسؤال الذي نطرحه هنا هو: **في حالة وجد مانع من موانع الزواج الشرعية في عقد الزواج، فهل هذا العقد يعد باطل أم فاسدا؟**

تناول المشرع الجزائري مسألة موانع الزواج في مادتين منفصلتين من قانون الأسرة تضمنتا حكمين متناقضين نتيجة الخلط بين العقد الباطل والفاسد، حيث قرر المشرع في المادة 32 بطلان الزواج عند

[1] أنظر، شندارلي توفيق، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 1263.

اشتماله على مانع من الموانع، ليعود بعد ذلك في المادة 34 ليقرر أن الزواج بإحدى المحرمات يعتبر زواجا فاسدا ينتهي بالفسخ، حيث جاء فيها ما يلي: " كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده...".

ونشير إلى أن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية ثابتة وواضحة في هذا الشأن حيث تجمع على إقرار بطلان عقد الزواج إذا ما اشتمل على مانع من الموانع المؤبدة أو المؤقتة والتي لا شبهة فيها أو خلاف والتي ورد فيها نص شرعي صريح بحيث لا يترتب عنه أي أثر ويجب التفريق بين المتعاقدين إذا ما ثبت علمهما بسبب التحريم أقيم عليهما الحد عقوبة لهما[1]. إلا أنهم لم يرتبوا أحكام البطلان كاملة في جميع حالات اشتمال العقد على إحدى الموانع، كما في حالة الزواج بمعتدة الغير أو في حالة الجمع بين الأختين أو من في حكمهما. إذن فرغم إقرارهم بعدم صحة العقد في مثل هذه الحالات فإنهم يرتبون بعض آثار الزواج الصحيح إذا ما حصل دخول بالزوجة مع وجوب التفريق بين الزوجين.

وعليه نستنتج أن موانع الزواج ليست على درجة واحدة من الأهمية ولا يمكن التسوية بينهما في الحكم فالزواج بالأم مثلا لا يمكن أن يكون مثل الزواج بمعتدة الغير، لأن سبب التحريم في الحالة الأولى دائم لا يزول، أما في الحالة الثانية ففيها اعتداء على حق الغير بصفة مؤقتة فقط، وهو ما لم يدركه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إذ الأولى والأجدر أن ينص على الحالتين على النحو المقرر في الشريعة الإسلامية، وهو حالة الزواج بإحدى المحرمات التي لا شبهة فيها فيكون العقد باطلا ولا يرتب أي آثار، وحالة الزواج بإحدى المحرمات التي فيها شبهة فيكون العقد فاسدا للفرق الكبير بينهما وهو ما يجب على المشرع الجزائري تصحيحه وتداركه وهو ما قام به بنجاح المشرع الكويتي مثلا[2].

---

[1] أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان/ الأردن، 2012، ص 260.

[2] حيث تناول العقد الباطل في المادتين 48 و49 على التوالي حيث تنص الأولى على ما يلي: "الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج". أما الثانية، فتنص على ما يلي: "يكون الزواج باطلا:

أ. إذا حصل خلل في الصيغة، أو في أهلية العاقد يمنع انعقاد العقد،

ب. إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة، أو رضاعا أو مصاهرة، أو زوجة للغير أو معتدته، أو مطلقة الزوج ثلاثا أو لا يحل الجمع بينها وبين من في عصمته، أو لا تدين بدين سماوي،

ج. إذا كان أحد الزوجين مرتدا، أو كان الزوج غير مسلم والمرأة مسلمة.

ويشترط في الفقرتين (ب) و(ج) السابقتين ثبوت العلم بالتحريم وسببه، ولا يعتبر الجهل عذرا إذا كان ادعاؤه لا يقبل من مثل مدعيه".

أما الزواج الفاسد فقد خصص له أيضا مادتين وهما 50 و51 على التوالي: حيث جاء في الأولى ما يلي: " كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسدا، ويترتب على الدخول فيه:

أ. وجوب الأقل من المهر المسمى ومهر المثل عند التسمية، ومهر المثل عند عدمها.

ب. ثبوت نسب الأولاد بشرائطه، ونتائجه المبينة في هذا القانون.

ج. وجوب العدة عقب المفارقة رضاءا أو قضاءا وبعد الوفاة.

د. حرمة المصاهرة ". أما الثانية فقد جاء فيها ما يلي: " الزواج الفاسد لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول".

ثانيا: النظام العام وموانع الزواج:

كما وضحنا آنفا يترتب على التصرفات القانونية المخالفة للنظام العام البطلان المطلق، وإذا أردنا الربط بين موانع الزواج والنظام العام كان لا بد علينا من تبيان الأثر الذي رتبه القانون على مخالفة أحكام تلك الموانع. فكما لاحظنا أن الزواج هو من العقود التي يقيد القانون فيها الطرفان بشروط معينة، وبذلك يحد من سلطان ارادتهما، ولعل أن أهم القيود التي وضعها القانون على عقد الزواج هو عدم اشتماله على مانع من موانع الزواج، غير أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض حول اعتبار الزواج الذي يشتمل على مانع باطلا أم فاسدا، حيث نجده وفقا للمادة 32 من قانون الأسرة اعتبره باطلا بطلانا مطلق، بينما رجع في المادة 34 من نفس القانون ورتب عليه بعض آثار الزوج الصحيح مما يجعله زواجا فاسداً لا باطلاً.

وهنا نقول سواء كان الزواج المشتمل على مانع من موانع الزواج باطلا أم فاسدا فإن ارتباطه بالنظام العام واضح جدا، فهو يعد باطلا قبل الدخول ولا يرتب أي أثر من آثار الزواج، ومع ذلك الأجدر بالمشرع الجزائري أن يفرق بين ما يعتبر جوهري وغير جوهري من تلك الموانع، فلا يساوي بين الموانع المؤبدة والمؤقتة من حيث الأثر المترتب على مخالفتها، ذلك أن الموانع المؤبدة لا تزول أبدا، فلا نتصور إطلاقا أن يتم ترتيب أثر على زواج تم بين الأم وابنها أو بين الأخت وأخيها أو بين الابن وعمته أو خالاته، فهذه موانع تتعلق بالنظام العام ومخالفتها تؤدي إلى بطلان مطلق سواء تم الدخول أو لم يتم.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج أهمها:

الارتباط الوثيق بين موانع الزواج التي ذكرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وبين فكرة النظام العام، وذلك على اعتبار أن المشرع الجزائري رتب على وجود مانع من تلك الموانع البطلان، والبطلان هو أهم ما يميز فكرة النظام العام، فحتى وإن كان هذا الأخير يتسم بالمرونة إلا أن الجزاء المترتب على مخالفته هو البطلان.

وموانع الزواج سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة إذا اشتمل عليها عقد الزواج يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء (المادة 34 من قانون الأسرة). ومن خلال هذا الأثر المترتب على مخالفة الموانع يتضح أن المشرع الجزائري قد خلط بين الزواج الباطل والذي لا يرتب أي أثر سواء قبل الدخول أو بعده، وبين الزواج الفاسد الذي لا يرتب أي أثر إلا إذا تم الدخول، وبذلك يكون المشرع الجزائري تارة يعتبر مخالفة عقد الزواج للموانع زواج باطل (المادة 32 من قانون الأسرة)، وتارة أخرى زواج فاسد (المادة 34 من قانون الأسرة).

وبناء على هذه النتائج نقترح التوصيات الآتية:

كان من الأفضل أن يزيل المشرع الجزائري الخلل الواقع في المواد فيما يخص الفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد.

لعل ارتباط الموانع المؤبدة والمؤقتة بالنظام العام أمر بديهي لارتباطها بالأسرة السليمة البناء التي يقوم عليها المجتمع، غير أن في الوقت الراهن قد انتشرت بعض الظواهر التي قد تؤثر على الأسرة السليمة

ألا وهي ظاهرة التغيير الجنسي، فحتى وإن كانت الجزائر لا تسمح ولا تعترف بالتغيير الجنسي، إلا أن النصوص التي تجرم الشذوذ الجنسي (المادة 338 من قانون العقوبات) أو الخصاء (المادة 274 من قانون العقوبات) غير كافية، فحبذا لو يجرم التغيير الجنسي ضمن نصوص قانون العقوبات وتعطى له العقوبة المناسبة، ومن جهة أخرى يدرج الزواج بالشخص الذي غير جنسه ضمن موانع الزواج المؤبدة، وبذلك يكون –من وجهة نظر الباحثة– تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية أوضح من الإحالة إليها حسب المادة 222 من قانون الأسرة، وإن كان هذا سيعتبره البعض مخالفا للاتفاقيات الدولية التي تحمي الحرية الجنسية بكل أشكالها، وهو ما سارت عليه عدة قوانين غربية حيث أباحت زواج المثليين والتغيير الجنسي، وهو ما نجد العديد من الفئات في مجتمعاتنا العربية يطالب به باسم الحرية الجنسية، لذلك السؤال الذي يطرح هو: ألا تؤثر إباحة هذه الحرية الجنسية المزعومة على الأسرة السليمة؟ ألا يكون من الأصح التشدد حول هذا الموضوع من طرف المشرع الجزائري خاصة والمشرع العربي عامة من أجل تحصين هذه الأسرة من أي شذوذ يمكن أن يطرأ عليها نتيجة الحرية الجنسية المطلقة ؟

قائمة المصادر والمراجع:

– الهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الطبعة الثانية، دار الثقافة، الأردن، 1997.

– الداودي غالب والهداوي حسن، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

– البشري عماد طارق، فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، 2005.

– عصفور محمد، الحرية في الفكرين الديمقراطي والاشتراكي، بدون دار النشر، 1961.

– سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار الثقافة والنشر والتوزيع، 2012.

– جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

– رمضان أبو السعود، شرح قانون الأسرة للمسلمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

– محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية " دروس في نظرية الحق "، الجزء الثاني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

– بويعلي وسيلة، زواج الأقارب في المجتمع الحضري، وانعكاساته على الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، في علم الاجتماع العائلي، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، العام الدراسي 2004–2005.

– حسان محمد الحسن، العائلة والقرابة والزواج، دار الطليعة، بيروت، 1981.

– جانم جميل فخري محمد، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

– بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفق آخر التعديلات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمان/ الأردن، 2012.

– شندارلي توفيق، تناقض الأحكام المنظمة لأسباب عدم صحة عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019.

- P. Wery: Droit Des Obligations, Théorie Générale Du Contrat, Larcier, Belgique, 2010.