المركز الديمقراطي العربي برلين - ألمانيا

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

إشراف وتنسيق:

د. عمر بن عيشوش-مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط-الجزائر

الجزء الأول

وقائع اعمال المؤتمر الدولي الافتراضي أيام 24 يونيو - حزيران 2023

المركز الديمقراطي العربي

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

المركز الديمقراطي العربي ألمانيا – برلين
&
جامعة إب – اليمن
Demokratisches Deutsches Zentrum für MENA Studien, Berlin, Deutschland

VR . 3383 – 6816 B

DEMOCRATIC ARABIC CENTER
Germany: Berlin 10315 Gensinger- Str: 112
http://democraticac.de
TEL: 0049-CODE
030-89005468/030-898999419/030-57348845
MOBILTELEFON: 0049174274278717

كتاب وقائع المؤتمر الدولي العلمي:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

الجزء الأول

إشراف وتنسيق:

د. عمر بن عيشوش-أستاذ باحث – مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط – الجزائر

النـــاشر

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ألمانيا/برلين

Democratic Arabic Center

Berlin / Germany

لا يسمح بإعادة إصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه

في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال، دون إذن خطي مسبق من الناشر.

جميع حقوق الطبع محفوظة

All rights reserved

No part of this book may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, without the prior written permission of the publisher

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الإستراتيجية والسياسية والاقتصادية ألمانيا/برلين

البريد الإلكتروني

book@democraticac.de

المركز الديمقراطي العربي-برلين-ألمانيا

جامعة إب –اليمن

ينظمون المؤتمر الدولي العلمي الموسوم بـ:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

يوم 24 يونيو، حريزان، 2023

إقامة المؤتمر بواسطة تقنية التّحاضر المرئي عبر تطبيق Zoom

ملاحظة: المشاركة مجانا بدون رسوم

لا يتحمل المركز ورئيس المؤتمر واللجان العلمية والتنظيمية مسؤولية ما ورد في هذا الكتاب من آراء، وهي لا تعبر بالضرورة عن قناعاتهم ويبقى أصحاب المداخلات هم وحدهم من يتحملون كامل المسؤولية القانونية عنها

الرئاسة الشرفية:

أ.عمار شرعان، رئيس المركز العربي الديمقراطي-برلين-ألمانيا

أ.د نصر محمد الحجيلي – رئيس، جامعة إب – اليمن

أ.د فؤاد عبد الرحمن حسان – نائب رئيس جامعة إب للدراسات العليا والبحث العلمي – اليمن

رئيس المؤتمر : د .عمر بن عيشوش -أستاذ باحث – مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC)الأغواط – الجزائر

هيئة المؤتمر– :

رئيس اللجنة العلمية : د. محمد الفاروق عاجب-أستاذ باحث مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة (CRSIC) الأغواط الجزائر

مدير المؤتمر : د. فضل قاسم الحضرمي – جامعة إب – اليمن

رئيس لجنة المتابعة : د. مراد يحي الجحافي – جامعة إب – اليمن

رئيس اللجنة التحضيرية : د. أحمد بوهكو – المركز الديمقراطي العربي، ألمانيا – برلين
التنسيق والنشر: د. حنان طرشان – جامعة باتنة1 – الجزائر
رئيس اللجنة التنظيمية :أ. كريم عايش – المدير الإداري – المركز الديمقراطي العربي – ألمانيا –

أعضاء اللجنة العلمية:

أ د. محمد ورنيقي / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. إبراهيم رحماني/ جامعة الوادي(الجزائر)
أ د. محمد بن السايح / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. مناد سعودي / جامعة الجزائر1(الجزائر)
أد. عبد المنعم نعيمي / جامعة الجزائر1(الجزائر)	أ د. عباس حفصي / جامعة الأغواط(الجزائر)
أ د. مصطفي شطة / جامعة الأغواط(الجزائر)	أد. بلخيرعمر اني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
أ د. أحمد برادي / جامعة تامنغست(الجزائر)	أد. مسعودة عمارة / جامعة البليدة02(الجزائر)
أد. فريد صحراوي / جامعة الجزائر1(الجزائر)	د. حنان طرشان/ جامعة باتنة1(الجزائر)
د . علي لطرش /جامعة تلمسان(الجزائر)	د. عصام عيروط، جامعة نابلس للتعليم المهني والتقني(فلسطين)
د. الجيلالي بن طيب / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. حسين شنينة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. أم الخير شتاتحة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. توفيق برغوثي ، مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د.سمية سعال / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. محمد بن عزوزي/ مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. مراح سميرة / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. فريحة بوفاتح، مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. عتيقة عايسي / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. سليمان شلباك / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. علي غربي / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. علي دني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. بوزيدي أحمد التيجاني / مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)	د. فاطمة بالطيب / جامعة الجزائر1(الجزائر)
د. أحمد رباج / جامعة الجزائر1(الجزائر)	د. عبد الله بكراوي / جامعة أدرار(الجزائر)
د. فاطمة عامر / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. الأزهاري دمانة / جامعة الأغواط(الجزائر)
د. عبد الرحمن مايدي/ جامعة الأغواط(الجزائر)	د. أمحمد علالي / جامعة الأغواط(الجزائر)
د. أحمد شطة / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. مسعود فشيت / المركز الجامعي تيبازة(الجزائر)
د. حسان بوسرسوب/ جامعة سطيف2(الجزائر)	د. مرصالي حورية / جامعة المدية(الجزائر)
د. حياة حسين / جامعة البليدة02(الجزائر)	د. فاطمة الزهراء رباح /جامعة الجزائر1(الجزائر)

د. خيرالدين شرقي / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. محمد عيشوبة / جامعة الأغواط، (الجزائر)
د. الطيب بوفاتح / جامعة الأغواط(الجزائر)	د. السعيد جقيدل/ مركز البحث(CRSIC) ، (الجزائر)
د. أحمد بوفاتح / جامعة الأغواط ،(الجزائر)	د. العيد قعدة / جامعة الأغواط ،(الجزائر)
د. نعيمي زيغمي/ جامعة الأغواط،(الجزائر)	

ديباجة المؤتمر:

تعد رابطة الزواج من أسمى الروابط الإنسانية وأقدسها، إذ به تتوطد صلة الرحمة والمودة بين الزوجين، فالزواج عقد شرعي وميثاق متين بين الرجل والمرأة، وهو على سبيل الدوام بهدف العفاف و الإحصان، والغاية منه تأسيس أسرة مسلمة، وإنجاب أبناء وتربيتهم التربية الصالحة الحسنة؛ وهو الذي وصفه المولى عز وجل بالميثاق الغليظ في قوله:﴿ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء، جزء من الآية 21 ، وبكونه إحدى آياته الإعجازية في قوله: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ سورة الروم،الآية 21 .، ومن باب تحقيق خلافة سيدنا آدم لله في الأرض قال تعالى:﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾سورة البقرة جزء من الآية30 ، وشرع الزواج أيضاً للحفاظ على النفس البشرية وللتناسل والتكاثر قال رسول ﷺ: (تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ)

ويعد الزواج في الإسلام من أهم المنظومات الاجتماعية، ولضمان استمرار هذا النظام ونجاحه؛ وضح الإسلام حقوق وواجبات كل فرد من أفراد الأسرة، ومع التطور التكنولوجي السريع الذي تشهده وسائل الإعلام والاتصال في عصرنا هذا أضحت ظاهرة التعارف بقصد الزواج عبر الأنترنت ومنصات التواصل الاجتماعي منتشرة بكثرة في أوساط الشباب في المجتمعات العربية، فقد أقبل الكثير منهم على البحث عن الطرف الثاني من جنسية مختلفة؛ فالشباب العربي أضحى في الوقت الحالي أكثر تقبّلا للزواج عبر الأنترنت، حيث شهدت مواقع الزواج الإلكتروني انتشارا كبيرا في الآونة الأخيرة، وفي الكثير من الأحيان يكون الزواج صوريا بغرض حصول أحد الزوجين على الجنسية أو الإقامة في البلد المضيف.

ويقصد بالزواج المختلط (الزواج الدولي)، كل زواج يبرم بين رجل وامرأة يحمل كل منهما جنسية مختلفة عن الآخر، وهذا الوضع الجديد يثير العديد من الإشكالات خاصة في شأن تنازع القوانين.

هذا ويمثل الزواج المختلط أحد الروافد التي تتلاقح فيه الحضارات تارة وتتصادم فيما بينها تارة أخرى، وباعتباره يمثل ضرب من ضروب العلاقات الدولية الخاصة؛ وهو ميدان خصب لتنازع القوانين بين أنظمة قانونية علمانية وأنظمة قانونية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية.

إشكالية المؤتمر– :

الإشكالية التي يعالجها هذا المؤتمر هي : ما هو حكم الزواج المختلط في نظر الشرع والقانون وإلى أي حد استطاعت التشريعات الوطنية المتعلقة بالأحوال الشخصية تخطي العقبات والحواجز القانونية

والقضائية التي تضعها الدول الأجنبية في وجه تطبيق القانون الوطني على أفراد الجالية العربية والإسلامية المقيمة بالخارج ؟

أهداف المؤتمر الدولي :

- تسليط الضوء على موضوع الزواج المختلط (الزواج الدولي) وفق المنظور الشرعي والقانوني.
- الاطلاع على أهم المستجدات الفقهية والقانونية في قضايا الزواج المختلط.
- إثراء الرصيد العلمي والمعرفي وطرح الأفكار وتبادل الآراء بخصوص التجارب الدولية في موضوع المؤتمر.
- فتح المجال لتبادل الخبرات والآراء بين أساتذة وطلبة الجامعات والمعاهد المتخصصة في الشريعة والقانون

محاور المؤتمر الدولي– :

- **المحور الأول: الإطار المفاهيمي (تعريف عقد الزواج بصفة عامة والزواج المختلط بصفة خاصة، الحقوق والواجبات الزوجية)**
- **المحور الثاني: الأحكام المتعلقة بانعقاد الزواج المختلط في الفقه الإسلامي (حكم زواج المسلم بغير المسلمة (الكتابية)، زواج المسلمة بغير المسلم ،حكم الزواج المختلط الصوري، الذمة المالية للزوجة)**
- **المحور الثالث : الشروط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص**

المحور الرابع :الإشكاليات المترتبة عن الزواج المختلط (تنازع القوانين – جنسية الزوج، الزوجة ،الأبناء، فك الرابطة الزوجية، الحضانة، النفقة

فهرس المحتويات

الصفحة	عنوان المداخلة	الباحث
32-12	شروط عقد الزواج المبرم عن بُعد وإشكالاته	د.معمر بن علي
48-33	الواجب الوظيفي المنوط بالمرأة في حياتها الزوجية *ومقاصده* الاجتماعية في ضوء السنة النبوية الشريفة	د.عتيقة عايسي د. صونية حسيني
60-49	خطر الزواج المختلط الصوري وآليات مكافحته	ط د. مختار شامي
74-61	أحكام أهلية الزواج في القانون الدولي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري-دراسة مقارنة-"	د. نعيمي زيغمي
90-75	تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة بين تطبيق قواعد الاسناد والدفع بالنظام العام	ط د.كوثر هاني
104-91	حرية المعتقد وتأثيرها على الزواج	د. خيرالدين شرقي
118-105	الزواج المختلط و الحقوق والواجبات الزوجية المترتبة عليه في الفقه الإسلامي	د.السعيد جقيدل د.مسعود زقاو
132-119	تنازع القوانين في الزواج المختلط: الميراث أنموذجا	د.شكري الدّربالي
156-133	حقيقة الزواج المختلط الصوري؛ وحكمه والآثار المترتبة عليه من منظور إسلامي	ط د. عبد الله قدوس د. أمحمد علالي
164-157	الولي في الزواج المختلط وفقا للقانون الجزائري	د.جيلالي شويرب د.سليمان شلباك
178-165	زواج المسلمة بغير المسلم :دوافعه و آثاره بين الشريعة والقانون	د. حمزة رشيد زحالي د.كوثر بن كريرة
192-179	الزواج المختلط: رؤية شرعية قانونية	د. مايدي عبد الرحمن
206-193	أسباب الزواج المختلط الصوري وموقف الشرع منه	ط د.آمال بلاوي. أ. د. مسعود بن موسى فلوسي.

216-207	الجوانب القانونية للزواج المختلط الصوري	د.محمد بن قادة خويرة
228-217	أثر الزواج بجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي في ظل الأمر 01/05	د.شبورو نورية
250-229	تنازع القوانين بشأن كفالة الأطفال	د. كمال سمية

شروط عقد الزواج المبرم عن بُعد وإشكالاته

Conditions of a distance marriage contract and its problems

معمر بن علي

Maamar Benali

دكتوراه في القانون الخاص، جامعة عمار ثليجي، الأغواط/ الجزائر

Maa.benali75@lagh-univ.dz

الملخص:

لقد انتشرت في الآونة الأخيرة عقود تُبرم عن بُعد، من خلال الوسائط الالكترونية، ويكون هذا التعاقد من خلال توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، ومن ضمن هذه العقود ،عقد الزواج المختلط الذي يتم في الفضاء الالكتروني، حيث يتبادل فيه الطرفان الشروط الواجب توفرها لتحقق عقد زواج شرعي وقانوني متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية ولا يخالف النصوص القانونية للجنسية المنتمين إليها هذان المتعاقدان، ونظرا لأهمية عقد الزواج وخصوصا الذي يتم عن بُعد، تطرقنا في ورقتنا البحثية هذه إلى دراسة أهم الشروط الواجب توافرها لصحته سواءً من الناحية القانونية أو من الناحية الشرعية والإشكالات التي تعيق إبرام هذا العقد.

الكلمات المفتاحية: عقد الزواج التقليدي، عقد الزواج الالكتروني، الشروط الموضوعية ، الشروط الشكلية ، إشكالية تنفيذه.

Abstract:

Recently, the contracts were concluded via net, through the electronic media, and this contract is between a two wills agreement for producing a legal effect. Among these contracts are the mixed marriage contract that takes place in cyberspace, in which the two parties of the contract exchange their conditions about who should be available for achieving a legitimate and legal marriage contract. That is compatible with the provisions of the Islamic Sharia and does not contradict the legal texts of their nationality, given the importance of the mixed marriage contract, especially when it was concluded a distance. In our research paper we examined the study of the most important conditions that must be met for legality, whether from Islamic sharia or the law, and the problems that impede the conclusion of this contract.

Key words: traditional marriage contract, electronic marriage contract, objective conditions, formal conditions, problematic implementation.

مقدمة:

يعتمد عقد النكاح أساساً على شروط لصحته، فبدون هذا الأخير لا يتم النكاح، إما لفساده أو بطلانه، لذا وجب على كلا طرفي العقد معرفة أهم الشروط الموضوعية لانعقاده؛ ويكون ذلك بالإشارة

إليه في مجلس العقد حسب ما نصت عليه أحكام الشريعة الإسلامية وتوثقت في نصوص قانونية خاصة؛ إلا أننا في الآونة الأخيرة ظهرت بعض العقود الذي يتم عن بُعد، ويكون هذا الإبرام دون الحضور الفعلي والمتزامن لكلا طرفي العقد؛ ومن هذه العقود عقد الزواج الذي يعتبر عقد رضائي ينم بين الرجل والمرأة على أحكام نصوص قانونية وديانات مختلفة؛ ويكون هدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب؛ فرغم وجود اتفاق بين الرجل والمرأة من إيجاب وقبول، إلا أن هذا الركن لا يكفي لصحته، بل يجب أن تتوفر فيه شروط أساسية لقيامه؛ ومن هنا برزت بعض الإشكاليات القانونية والشرعية التي تُعيق إبرام هذا العقد؛ كون بعض الشروط الموضوعية متوفرة لطرف دون الطرف الآخر خصوصاً وأن انعقادها يتم في بيئة رقمية،

إضافة إلى اختلاف في جنسية وديانة الطرفين؛ ونظراً لأهمية الموضوع تطرقنا في دراستنا البحثية هذه إلى تبيان أهم الضوابط الأساسية لقيام عقد يتم بين طرفين من جنسيات وديانات مختلفة؛ كون هذا العقد ليس كأي عقد يتم عن بُعد لما له من أبعاد سياسية ودينية؛ ومن هنا ظهرت إشكالية الموضوع وهي إشكالية إبرام عقود الزواج المختلط الذي يتم في بيئة افتراضية.

وللإجابة على هذه الإشكالية؛ اتبعنا المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية الوطنية ومقارنتها مع التشريعات المقارنة التي تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب نصوص قانونية وطنية تضبطه؛ وعلى هذا الأساس قسمنا ورقتنا البحثية إلى محورين أساسيين؛ المحور الأول نتكلم فيه عن الشروط العامة لانعقاد الزواج الالكتروني المختلط، وأما المحور الثاني فيكون عن مراحل انعقاد الزواج وإشكالية تنفيذه.

المحور الأول: شروط عقد الزواج الالكتروني المختلط:

يُعتبر عقد الزواج كباقي العقود، لوجوب توفره على أركان وشروط لانعقاده، إلا أن هذا العقد يتميز بنوع من الخصوصية؛ حيث تحدث فقهاء الشريعة عن الأركان والشروط بنوع من التفصيل، ونتج عن ذلك نصوص قانونية مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية؛ لكن بظهور وسائل اتصالات حديثة جدَّت بعض الخصوصية في هذه الشروط؛ لذلك سنقوم في هذا المحور بدراسة عقد الزواج الالكتروني الذي يتم بين جنسيتين مختلفتين وأهم الأركان والشروط لانعقاده.

أولا: عقد الزواج الالكتروني المختلط:

يعتبر عقد الزواج من أهم الركائز الأساسية لبناء أسرة يجمعهم الود والتراحم، لذلك وجب على المتعاقدين معرفة محل العقد، خصوصا إذا كان هذا المحل يتم في بيئة الكترونية وطرفيه من جنسيات مختلفة لذلك وجب علينا معرفة هذا العقد.

1-عقد الزواج الالكتروني:

نظراً لعدم وجود قانون خاص يُنظم إبرام عقد الزواج الالكتروني؛ لذلك لابد من الرجوع إلى القاعدة العامة في المادة (04) من الأمر رقم: 05-02 المتعلق بقانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" (الشافعي -ع.، سنة 2008، صفحة 07).

وعرف المشرع الجزائري العقد الالكتروني على حسب ما جاء في القانون رقم: 05 لسنة 2018 والذي جاء في فقرته الثانية من المادة (06) على أنه " العقد بمفهوم القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بُعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني" (قانون رقم: 18-05، سنة 2018، صفحة 05 انظر المادة 06 الفقرة 02 منه)؛ وعند الرجوع إلى القانون رقم: 04-02، نجد تعريف العقد التجاري التقليدي من خلال المادة (03) الفقرة (04) على أن " العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً" (قانون رقم: 04-02، سنة 2004، صفحة 04 انظر المادة 03 الفقرة 04 منه). ولم يُشر المشرع الجزائري في هذا النص إلى تعريف العقد المدني الالكتروني كعقد الزواج الالكتروني واكتفى بتعريف العقد التجاري مما يستدعي منا تعريف الاتصالات الالكترونية التي جاءت في المادة (10) الفقرة (01) من القانون رقم: 18-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية والتي جاء فيها "كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك

أو الألياف بطريقة كهرومغناطيسية" (قانون رقم: 18-04، سنة 2018، صفحة 06 المادة 10 الفقرة 01 منه).

وقد تناول الفقه القانوني إلى تعريف العقد المبرم عبر مواقع التواصل الاجتماعي "بأنه التعاقد الذي لا يجمع المتعاقدين في مجلس عقد واحد، ويكون بينهما فيه اتصال مباشر بحيث تنشأ بينهما فترة من الزمن وإن كانت صغيرة تفصل بين صدور الإيجاب وعلم القابل به" (دودين، سنة 2010، صفحة 68). وبذلك نجد أن المشرع الجزائري نظم العقد الالكتروني الوارد على السلع والخدمات فقط؛ بحيث رتب آثاره بتمام إبرامه الكترونياً، من حيث تملك السلعة واستغلال الخدمة، ودفع الثمن إذا كان العقد الكترونياً.

أما عقد الزواج فلم يترتب على إبرامه الكترونياً، آثار الزوجية من نسب ونفقة وتوارث؛ إلا بعد تسجيله لدى الجهات المختصة كعقد زواج مبرم في بيئة تقليدية، لعدم وجود قانون خاص يُنظم عقد الزواج الالكتروني.

2- عقد الزواج المختلط:

أما بالنسبة لعقد الزواج المختلط المبرم الكترونياً فقد ارتبط هذا الزواج بجنسية أحد الزوجين المختلفة عن الزوج الآخر بتقنية التواصل الالكتروني؛ وقد عرف بعض الفقهاء الزواج المختلط بأنه زواج رجل من امرأة وكل منهما يحمل جنسية تعود إلى دولة عربية أو أجنبية. وعُرف أيضاً بأنه " الزواج الذي يُعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين" (قسوري، ديسمبر 2018، صفحة 45).

وعند البحث عن تعريف الزواج المختلط في التشريع الجزائري، لم نجد له تعريفاً خاصاً له، مما يصعب تحديد موقف المشرع الجزائري من ذلك؛ إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة (31) من قانون الأسرة، نستنتج موقف المشرع الجزائري من تعريف الزواج المختلط على أنه ذلك الذي يقع بين جزائري أو جزائرية مع شخص أجنبي من الجنسين، محدداً بذلك المعيار الوحيد في اعتبار الزواج مختلطاً هو الاختلاف في الجنسية دون الاعتبارات الأخرى من معتقدات دينية أو عرقية للرجل أو المرأة على السواء؛ إلا أن زواج المسلمة من غير المسلم يُحرم على حسب نص المادة (30) من ذات القانون (سعيداني، جوان 2019، صفحة 149)؛ وهذا ما تدعمه المادة (97) من قانون الحالة المدنية حيث تنص على أن الزواج المنعقد بين جزائري وأجنبية في البلاد الأجنبية، يُعتبر صحيحاً، مقتصراً في ذلك على معيار الاختلاف في الجنسية دون اعتبارات أخرى (الأمر رقم: 70-20، سنة 1970، صفحة 283 المادة 97 منه).

نجد أن المشرع الجزائري من خلال استقرائنا لنص المادة (97) من قانون الحالة المدنية، تعتبر أن الزواج المختلط هو كل زواج بين جزائريين في بلد أجنبي، وزاج جزائري بأجنبية في الجزائر، وزواج جزائري بأجنبية أمام الدبلوماسيين أو القنصلية الجزائرية بالخارج؛ وعليه يُعتبر زواجاً مختلطاً كل زواج يتضمن عنصر أجنبي لأحد الزوجين الحامل لجنسية غير جزائرية؛ ولم يتطرق المشرع لزواج أجنبيين في الجزائر، والذي يخضع لقواعد إسناد مكان إبرام العقد، طبقاً للمادة (18) من القانون المدني الجزائري.

ولكن ما يُعاب على المشرع الجزائري أن يعتبر عقد زواج بين جزائريين في الخارج، هو عقد زواج مختلط، فهذا العقد في الأصل يخضع لقواعد إسناد نص المادة (12) من القانون المدني الجزائري ولا يطبق عليه أحكام المادة (18) من نفس القانون المتعلقة بقاعدة الإسناد لمكان إبرام عقد الزواج (قسوري، ديسمبر 2018، صفحة 46).

وكنتيجة لعقد الزواج المختلط يُعتبر هذا الأخير كل عقد يربط بين زوج جزائري وآخر أجنبي، أو زواج أجنبيين في الجزائر، أو زواج جزائريين في بلد أجنبي وفق قواعد القانون الجزائري (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 173).

وعلى هدى ما سبق قوله؛ نجد أن المشرع الجزائري أهمل تعريف عقد الزواج الالكتروني، ولم يُعط كذلك المفهوم الواضح والدقيق لعقد الزواج المختلط.

وعليه؛ فإن عقد الزواج الالكتروني المختلط، هو كل اتفاق يتم بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين وفق وسائل اتصالات الكترونية، مع احترام قوانين الدولة المنتمين إليها؛ لكن هذا العقد لا يكون صحيحاً، إلا وفق شروط موضوعية وهذا ما سنبينه في النقطة الآتية.

ثانياً: ضوابط انعقاد الزواج الالكتروني المختلط:

لانعقاد الزواج الالكتروني المختلط؛ لابد من توافر فيه الركن الأساسي وهو الرضا الذي يتم بين إرادتي الرجل والمرأة ويصدر منهما إيجاب وقبول؛ إضافة إلى شروط اعتبرها أغلب الفقهاء شروط موضوعية لابد من توافرها وإلا بطُل العقد؛ لذلك سنقوم بإبراز أهم ما جاءت به النصوص القانونية لصحة هذا العقد والذي يتم إبرامه بوسائل الاتصالات الالكترونية.

1-ركن الرضا في العقد:

اختلفت المذاهب في تحديد أركان الزواج، وانعكس هذا الخلاف على التشريعات والقوانين العربية بصفة عامة، والقانون الجزائري بصفة خاصة؛ وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة رقم: 84-11 من المواد (09) إلى (17)، نجد أن أركان الزواج هي الرضا، الولي، الصداق، الشهود؛ إلا أن هذا القانون جاء مشوباً بالعديد من التناقضات والنقائص، حيث رتَّب على اختلال هذه الأركان فسخ العقد، وهذا في الحقيقة لا ينسجم من الناحية القانونية؛ لأن الفسخ يعني أن العقد مستجمع لجميع أركانه.

وعلى ذلك يمكن القول أنه في ظل القانون رقم 84-11، كان هناك خلط واضح ما بين فكرة الركن في العقد، وما يُعتبر شرطاً فيه؛ وهو ما حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد في صورة الأمر رقم: 05-02، والذي أبقى على ركن وحيد في عقد الزواج وهو الرضا، واعتبر الباقي شروطاً له، ليضع بذلك حداً فاصلاً بين ما يُعد ركناً وما يُعد شرطاً في عقد الزواج؛ والحقيقة أن الرضا (الإيجاب والقبول) هو العنصر الذاتي في ماهية العقد؛ وهو ما انتهى إليه الفقه الإسلامي وتسانده في ذلك أغلب التشريعات العربية (شامي، سنة 2010، الصفحات 50-51).

أما التشريع الفرنسي بدوره اعتبر ركن الرضا أساسي لصحة الزواج، واعتبر الزواج نظام مدني إجباري، مع بقاء المشرع محتفظاً بالقواعد العامة للقانون الكنسي والروماني لأنهما يُشكلان المصدر الأساسي للقانون (كبارة، سنة 1998، صفحة 41).

وركن الرضا قد يتم بين الرجل بطريقة تقليدية، وهي الوسائل المتعارف عليها، أو عن طريق تقنية الاتصالات الالكترونية، خصوصاً إذا كان أحد المتعاقدين بعيد عن مجلس العقد؛ فالمتعاقدان ومن خلال استخدام تقنية الاتصالات الالكترونية، يتبادلان الإيجاب والقبول كما لو كانا مجتمعين في مجلس عقد واحد، مع أن الواقع هو عكس ذلك تماماً. وتُعتبر تقنية الاتصالات الالكترونية من وسائل الاتصال الفوري، التي يكون فيها الفترة الزمنية التي تفصل ما بين صدور الإيجاب وصدور القبول قصيرة جداً، تصل إلى درجة التفاهة من حيث القيمة المترتبة على حسابها (أبا الخيل، سنة 2009، صفحة 16).

2-توافر الأهلية:

يُعتبر عقد الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما ينجم عنه من حقوق وواجبات اجتماعية، ولهذا حدد المشرع الجزائري سن أهلية الزواج في المادة (07) من قانون الأسرة بتمام (19) سنة للرجل والمرأة، وفي حالة الضرورة يمكن للقاضي أن يرخص بالزواج قبل هذا السن،

ونرى أن المقصود باكتمال الرجل والمرأة بتمام تسعة عشر (19) سنة، هو اكتمال أهلية عقد الزواج، وليس أهلية صلاحية كل منهما لأن يكون زوجاً، لأن هذه الصلاحية تُثبت بالبلوغ، لذا أجاز للقاضي أن يُرخص بالزواج قبل هذا السن (الجندي، سنة 2009، الصفحات 30-31).

ولأن الزواج الالكتروني المختلط يتم عن بُعد، ويكون بين أطراف من جنسيات مختلفة ويخضعون لقوانين مختلفة؛ فإن الطرف الأجنبي في العقد يخضع لتطبيق نص المادة (10) من القانون المدني الجزائري والتي نصت على انه تخضع أهلية العنصر الأجنبي إلى قانون الجنسية المنتمي إليها (قانون رقم: 10-05، سنة 2005، صفحة 18 انظر المادة 10 منه).

فالقاعدة العامة بالنسبة للأهلية تقضي خضوعها للقانون الشخصي، سواءً كان هذا القانون قانون الموطن، كما هو الشأن بالنسبة للأرجنتين، البرازيل، انجلترا، أو قانون الجنسية كما هو الحال بالنسبة لتشريعات الدول العربية (جمال الدين، سنة 2007، صفحة 167). كما أن في التشريعات العربية بصفة عامة، لا يمكن للمرأة أن تتزوج بدون حضور وليها أو أحد أقاربها لعقد القران، حتى وإن بلغت السن القانوني لأهلية الزواج (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 177). ويمكن للإدارات الجزائرية الكشف عن أهلية الأزواج الجزائريين في عقد قرانهم دون مطالبتهم بالهوية، وذلك من خلال الولوج إلى السجل الوطني الآلي سواءً كانوا في الداخل أو الخارج (مرسوم تنفيذي رقم: 15-204، سنة 2015، صفحة 16 انظر المادة 02 منه).

3-حضور الولي:

الولي هو من يتولى أمر المرأة في عقد الزواج من أقاربها العصبة، ويُعتبر الولي في النكاح معيناً للمرأة في الاختيار، فهو مكلف بذلك، رعاية لمصلحة المرأة في الزواج؛ وإليه تسند مهمة إبرام العقد مع

الرجل الراغب في الزواج المرتضى من قِبل المرأة ووليها؛ فلا يصح الزواج إلا بحضوره وإذنه لقوله صل الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي" (إبراهيم -م.، أفريل 2018، صفحة 1234). وهذه الولاية تكون على البالغة العاقلة؛ فزواجها لا ينعقد بإرادتها المنفردة بل بحضور الولي؛ وهذه الولاية اعتبرها المشرع الجزائري كركن في العقد، وهذا ما نصت عليه المادة (09 مكرر) من قانون الأسرة؛ بينما قوانين عربية أخرى اعتبرتها شرط لصحة العقد. ويُعد هذا الشرط من النظم الغريبة عن النظام الوطني الفرنسي (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 176). وتكون صورة تعاقد الزواج الالكتروني بأن يُرسل العاقد إلى ولي المعقود عليها الأجنبي الجنسية بطلب الزواج من موليتهم مع تحديد اسمها، فيرد الولي بالإيجاب كتابة، فيرسل العاقد القبول كتابة، ويكون ذلك بجميع وسائل الاتصال الحديثة: كرسائل البريد الالكتروني أو الرسائل النصية أو غيرها؛ ولقد تحدث علماء الفقه الإسلامي عن مسألة قريبة من ذلك، وهي عقد الزواج بصيغة الكتابة؛ والفرق بينهما اختلاف وسيلة الكتابة وسرعة النقل (العيسى، فيفري 2015، صفحة 109).

4-حضور الشاهدين:

حضور الشاهدين يعني الإعلان والإشهار عن الزواج، وهذا هو المعزى في الشارع الإسلامي، لقوله صل الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". فبحضور الشاهدين دليلاً لإثبات وإظهار آثار الزواج القانونية أمام القضاء؛ ورغم أن الشهادة عند جمهور الفقهاء تُعد شرطا لصحة العقد؛ إلا أن المشرع الجزائري اعتبرها ركناً في العقد، بنص المادة (09 مكرر) من قانون الأسرة؛ لكنه لم يرتب في حالة انعدامه البطلان على حسب نص المادة (33) من نفس القانون. ويبدو أن هذا الشرط لا يُعمل به في القانون الفرنسي، بل اعتبره إجراءً شكلياً فقط (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 176). فإذا لم تتحقق الشهادة لا وقت العقد ولا بعده قبل الدخول كان العقد فاسدا، أما بعد الدخول فهو معصية محرمة (فركوس و عياشي، سنة 2016، صفحة 157).

ولكي يُعتد بشهادة الشهود في عقد الزواج الالكتروني، لابد من توفر شروط معينة منها البلوغ والعقل، لأن القصد من الشهادة إعلان وإشهار الزواج بين الناس والاعتماد عليها في الإثبات (الجندي، سنة 2009، الصفحات 45-46). إضافة إلى إسلام الشاهدين إذا كان الزوج مسلم؛ وعليه لا يصح نكاح المسلم إذا كان الشهود غير مسلمين، لأنه لا يرجى بشهادتهم وحدهم أن يُذيع أمر العقد في أهل الإسلام؛ والشهادة نوعاً من الولاية ولا ولاية لغير مسلم على مسلم (التكروري، سنة 2015، الصفحات 63-64). ولكننا نلاحظ في التشريع الجزائري على حسب المادة (09 مكرر) من قانون الأسرة لم يشترط إسلام الشاهدين بشكل صريح وإنما ترك ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص صريح يحال إلى نص المادة (222) من نفس القانون (فركوس و عياشي، سنة 2016، صفحة 151).

ونجد في السجل الوطني الآلي جميع عقود الزواج المنسوخة الكترونيا؛ حيث يشمل جميع المعلومات الخاصة بالزوج والزوجة وولي الأمر وأسماء الشهود وصفة رشدهم فقط (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 05 انظر المادة 30 منه). كما يجب على الشهود بلوغ السن القانوني وهو تسعة عشر (19) سنة، سواءً كانوا من الأقارب أو غيرهم،دون تمييز فيما يخص الجنس ، ويتم اختيارهم من قِبل

الأشخاص المعنيين (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 05 انظر المادة 33 منه). ويمكن تقديم طلبات تسجيل عقود الزواج عن طريق الاتصالات الالكترونية (قانون رقم: 17-03، سنة 2017، صفحة 10 انظر المادة 38 مكرر منه). وتتمتع وثيقة عقد الزواج الالكتروني بنفس شروط الصحة التي تتمتع بها الوثيقة الأصلية، إذا أُعِدَّت وفق قواعد السلامة والأمن المنصوص عليها في التشريع المعمول به (مرسوم تنفيذي رقم: 15-315، سنة 2015، صفحة 06 انظر المادة 05 منه).

5-الصداق:

شرع الإسلام الصداق تكريماً للمرأة وبياناً لنية الرجل على شراء مودتها وحسن التقرب منها لبناء الأسرة، ولقد قامت الأدلة من الكتاب والسنة على وجوبه؛ وهذا ما أكده قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد (14، 15، 16،17)؛ وقد اعتبر المشرع الجزائري الصداق ركناً أساسياً لصحة عقد الزواج الالكتروني بنص المادة (09 مكرر) من القانون السالف الذكر (شامي، سنة 2010، صفحة 91). وهذا الشرط يُعد شرطاً غير معروف في القانون الفرنسي وسائر الأنظمة الغربية؛ إلا أن محكمة النقض الفرنسية أقرت بنظام المهر في قرار صدر في 1978/04/04 باعتباره غير مخالف للنظام العام الفرنسي (زلاسي، جانفي 2011، الصفحات 176-177).

ويمكن دفع الصداق بطريقة الكترونية للزوجة إذا كان مجلس العقد في بلاد أجنبية مع حضور الشاهدين وولي الزوجة وعاقد النكاح معاً على حسب أعراف البلد المنتمي إليها هذا الأجنبي. أما إذا كان الزواج من ديانة غير الديانة الإسلامية؛ فعلى حسب القانون الفرنسي يمكن دفع الصداق للزوجة مع حضور وليها فقط، وحضور الشاهدين المسلمين لدى الزوج. وقد نص المشرع الجزائري على كيفية دفع النقود الكترونياً خارج الحدود عبر الاتصالات الالكترونية؛ وتتكفل منصة الدفع بذلك، لأنها الوسيط الآمن بين المتعاقدين (بن عمير، جانفي 2019، صفحة 105).

5-خلو الزوجين من الموانع الشرعية:

من شروط انعقاد الزواج، أن تكون المعقود عليها محلاً للعقد، أي أن لا يكون بين الزوجين مانع من موانع الزواج؛ والمحرمات من النساء من الأحكام التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، لأنها لا تقبل التغيير والتبديل وليس فيها مجال للاجتهاد. ولقد تناول المشرع الجزائري أحكام موانع الزواج في قانون الأسرة من المادة (23) إلى المادة (31) منه، كما نصت المادة (09 مكرر) منه المضافة بالأمر رقم: 05-02 على أنه يجب أن يتوافر في عقد الزواج انعدام الموانع الشرعية للزواج (بلحاج، سنة 2012، صفحة 224). وهذه الموانع الشرعية مقسمة إلى حسب نوع التحريم قد تكون محرمات مؤبدة أو محرمات مؤقتة.

أ-المحرمات المؤبدة:

وهي المحرمات بسبب القرابة والمحرمات بسبب المصاهرة، والمحرمات بسبب الرضاع.

ب-المحرمات المؤقتة:

وهي زوجة الغير، والمعتدة من الغير ، والمطلقة ثلاث طلقات متتالية، ومن لا تدين بدين سماوي، والجمع بين أكثر من أربع زوجات، وكذلك الجمع بين الأختين أو من في حكمهما (الجندي، سنة 2009، الصفحات 64-73).

ويترتب عن الزواج بإحدى المحرمات الفسخ، لكن مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء بنص المادة (34) من قانون الأسرة الجزائري (لوعيل، سنة 2012، صفحة 55). وقد نصت غالبية تشريعات الدول العربية والإسلامية على ذلك؛ كما نظم المشرع الفرنسي كغيره من القوانين الغربية موانع الزواج، ورتب عن ذلك بطلان عقد الزواج في حالة مخالفته؛ وهذا إلا تأكيد لانتماء النظام الفرنسي للقانون الكنسي المسيحي؛ وهي تتمثل في موانع بسبب النسب والمصاهرة، ومنع عدم احترام مدة (300 يوم) بعد وفاة أو طلاق ومانع تعدد الزوجات كذلك (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 178).

اقتداءً بما سبق ذكره؛ نجد أن الشروط الموضوعية في عقد الزواج التقليدي المختلط لا تختلف كثيراً في العقود المبرمة بوسيلة الكترونية، لكن هناك إشكاليات تُعيق إبرام هذا الأخير رغم رضا المتعاقدين عن طريق الانترنت، ولكي يكون العقد نافذاً، لابد من مرور هذا العقد بعدة مراحل لتنفيذه، وإلا أصبح العقد آيل للزوال.

المحور الثاني: مراحل انعقاد الزواج وإشكالية تنفيذه:

يخضع عقد الزواج الالكتروني المختلط لبعض الخصوصية، وذلك لبعض الشروط الشكلية؛ كون هذا العقد هو تصرف قانوني يشترك في إبرامه عدة إرادات أشخاص من جنسيات مختلفة وفي بيئة الكترونية؛ ويُقصد بالشروط الشكلية للزواج كل الوسائل والإجراءات التنظيمية التي يتم بها التعبير عن الإرادة وإظهارها في صورة مادية محسوسة.

أولا: التصور العملي لإتمام عقد الزواج الالكتروني المختلط:

بعد أن يستوفي عقد الزواج الالكتروني المختلط جميع الشروط الموضوعية، يمر هذا الأخير بمراحل لابد من إتباعها، لإتمام إجراءات عقد النكاح الكترونياً وهي كالتالي:

1-حجز موعد: ويكون ذلك عن طريق قيام أحد أطراف العقد المعنيين (الزوج أو الزوجة أو ولي الزوجة) بالدخول على الخدمة المخصصة لعقد الزواج الالكتروني؛ وإدخال بيانات الزوجين والمهر والشهود والولي، عن طريق تعبئة النموذج الخاص بذلك، ومن ثم اختيار مأذون الأنكحة، وتحديد الموعد المناسب والمكان بالاتفاق، بعد ذلك ستصل إلى مأذون الأنكحة رسالة نصية فيها اسم وجوال مقدم الطلب وتاريخ الموعد (الحارثي، سنة 2022، صفحة 162).

ويُقصد بمأذون الأنكحة هو الشخص المرخص له، بإجراء عقد النكاح احتساباً؛ ومأذون عقد النكاح يُطلق على من أذن له بعقد النكاح سواءً من قِبل الحاكم أو من طرفي العقد؛ والمراد به أيضاً من يجري عقد النكاح على الترتيب الشرعي من حيث الأركان والشروط، حيث يعتبر هذا عاقد النكاح مندوب الشرع الحنيف، وهو المُنفذ للقواعد والأصول والأحكام التي وضعها الإسلام لإتمام هذا العقد المقدس (الشعبي، سنة 2003، صفحة 24). ويكون هذا المأذون الشرعي أو ما يُعرف بعاقد النكاح مُعين من طرف

وزارة العدل للمملكة العربية السعودية (الشعبي، سنة 2003، صفحة 22). أما في الجزائر فإن مأذون الأنكحة يكون في غالب الأحيان هو إمام مسجد، وقد نظم التشريع الجزائري مهامه في إطار المرسوم التنفيذي رقم: 08-411 الذي يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف؛ وقد حددت مهام الإمام على حسب المادة (34) منه بأن يُساهم هذا الأخير في إحياء المناسبات والأعياد الدينية والوطنية، وإصلاح ذات البين بين الأفراد، عندما يُطلب منه ذلك (مرسوم تنفيذي رقم:08-411، سنة 2008، صفحة 30 انظر المادة 34 منه)؛ولم تنص المادة على إبرام عقد النكاح الرسمي، مما يُفهم أن الإمام له صفة عقد النكاح الشرعي وليس القانوني؛ إلا أن قرارات المحكمة العليا وعلى حسب الملف رقم: 111876 قرار بتاريخ 04-04-1995، والتي قررت أنه متى اقترنت الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد، تُعتبر زواجاً متى توافرت أركانه طبقاً لنص المادة (09) من قانون الأسرة، واعتبر الزواج صحيحاً (لوعيل، سنة 2012، صفحة 46).

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري منح الحرية لعاقد النكاح سواءً كان إمام مسجد أو أي شخص أخر يختاره طرفي العقد يمكن له عقد النكاح متى توافرت أركانه وشروطه، ولا توجد موانع شرعية به؛ كما أنه تسري الشروط الموضوعية الخاصة بالقانون الجزائري وحده، بالنسبة إذا كان المعقود عليه أجنبي الجنسية فيما عدا أهليته فإنها تخضع لقانون الدولة المنتمي إليها (الأمر رقم: 75-58، سنة 1975، صفحة 991 انظر المادة 13 منه). وعلى عاقد النكاح أن تتوفر فيه شروط وهي

-أن يكون صالحاً لهذه الولاية أميناً، ويُشهد له حسن السيرة والسلوك.

-أن يكون ضابطاً، أي متحرياً للدقة حريصاً على التثبت من صحة كل ما يدونه، مما يُلزم تدوينه في عقد النكاح

-أن يكون لائقاً طبياً، أي سليماً صحيحاً من الأمراض المعدية والعاهات المانعة لقيامه بتوثيق عقد النكاح (الشعبي، سنة 2003، الصفحات 27-28).

2-الحضور في مجلس العقد: ويكون ذلك بتواجد كل من عاقد النكاح وولي المرأة والزوج والشهود في مجلس العقد في الوقت المحدد حضوراً حقيقياً في مجلس واحد (الحارثي، سنة 2022، صفحة 162)؛ ويُفترض في عقد النكاح أن يتم الإيجاب والقبول في مجلس العقد صيغة النكاح بين أطراف العقد مع حضور الزوج وعاقد النكاح وولي الزوجة والشاهدين.

وباعتبار تنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي؛ بالنسبة للنوع الأول يُقصد به المجلس الذي يُجمع فيه الزوج وولي الزوجة وعاقد النكاح والشهود في مكان واحد بحيث يُسمع إيجاب وقبول لكلا المتعاقدين؛ أما بالنسبة لمجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر.

ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الالكتروني، على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد (إبراهيم -خ.، سنة 2011، الصفحات 362-363). ويتم عقد الزواج الالكتروني في مجلس العقد؛ بطريقة المحادثة والمشاهدة، أو البريد الالكتروني؛ فإذا كان عن طريق المحادثة والمشاهدة فيستمر الإيجاب إلى

غاية انتهاء المحادثة؛ أما في حالة الكتابة الالكترونية فيبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كلاهما من الموقع (إبراهيم -خ.، سنة 2011، الصفحات 363-364).

3-التحقق من هوية الأطراف: ويكون ذلك بتحقق عاقد النكاح من بيانات أطراف العقد (الزوج، الزوجة، ولي الزوجة والشاهدين) وهو في مجلس العقد سواءً كانوا في مجلس عقد حقيقي أو حكمي، ويكون ذلك بأخذ بصمة لكل الأطراف إما عن طريق جهاز لوجي معد خصيصا لذلك أو عن طريق التحقق في السجل الوطني الآلي (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 04 انظر المادة 25 مكرر منه). وتُعتبر الوثيقة المستخرجة عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني رسمية لما نصت عليه المادة (02) من المرسوم التنفيذي رقم: 15-204 (مرسوم تنفيذي رقم: 15-204، سنة 2015، صفحة 16 انظر المادة 02 منه).

4-التحقق من توافر متطلبات الزواج:

أ-التأكد من إجراء الفحص الطبي الكترونياً قبل موعد جلسة النكاح مع عاقد النكاح، ويكون صادراً من مستشفى معتمد، وهذا ما نصت عليه المادة (07 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها "يجب على طالبي الزواج أن يُقدم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) ثلاثة أشهر، تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يُشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمها بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، ويُوثر بذلك في عقد الزواج (لوعيل، سنة 2012، صفحة 42).

ب-ويتحقق بعد ذلك عاقد النكاح من توافر أركان الزواج وشروطه وخلوه من الموانع الشرعية وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة (الحارثي، سنة 2022، صفحة 162)؛ إضافة إلى الشروط السابق ذكرها، يجب حصول العنصر الأجنبي على رخصة الزواج، ويكون ذلك بتوفره على رخصة الإقامة الخاصة به سواءً كان مقيم في الجزائر أو بصفته مقيم مؤقت (قانون رقم: 08-11، سنة 2008، صفحة 05 انظر المادة 04 منه)؛ وهذا ما سنتكلم عليه في النقطة القادمة؛ ويُعتبر الشخص أجنبيا في نظر المشرع الجزائري كل شخص من يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو لا يحمل أية جنسية (قانون رقم: 08-11، سنة 2008، صفحة 05 انظر المادة 03 منه).

5-قيام عاقد النكاح بإبرام عقد الزواج الكترونياً: ويكون ذلك بقيام عاقد النكاح بإجراء العقد بين العاقدين ولي الزوجة والزوج، بأن يتلفظ ولي الزوجة بالإيجاب بقوله "زوجتك ابنتي فلانة"، ويكون القبول من طرف الزوج مباشرة بقوله "قبلت"؛ وتتم شهادة الشهود على ذلك؛ ومن ثم توثيق ذلك الكترونياً عن طريق قيام عاقد النكاح والزوج والزوجة وولي الزوجة بالتوقيع، وذلك بإثبات البصمة ويقوم الشاهدان بالتوقيع على الجهاز اللوحي (الحارثي، سنة 2022، صفحة 162). ويُكلف ضابط الحالة المدنية في الجزائر بتحرير عقود الزواج المستوفاة لأركان وشروط الزواج الالكتروني وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 04 انظر المادة 03 منه). وتُسجل هذه العقود في سجل عقود الزواج؛ حيث يحتوي هذا الأخير على هامش لوضع البيانات الهامشية، وتُرسل نسخة رقمية من العقود المدونة بهذه السجلات إلى مصلحة السجل الوطني الآلي للحالة المدنية (قانون رقم: 14-08، سنة

2014، صفحة 04 انظر المادة 06 منه). ويكون لدى وزارة الداخلية والجماعات المحلية سجل وطني آلي للحالة المدنية، يرتبط بالبلديات وملحقاتها الإدارية وكذا البعثات الدبلوماسية والدوائر القنصلية؛ ويُربط هذا السجل كذلك بالمؤسسات العمومية الأخرى، لاسيما المصالح المركزية لوزارة العدل (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 04 انظر المادة 25 مكرر منه).

وضباط الحالة المدنية هم رؤساء البلديات ورؤساء البعثات الدبلوماسية، وكل موظف مخول قانوناً بممارسة تحرير عقود الزواج (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، الصفحات 03-04 انظر المادتين 01 و 02 منه). وبالتالي يمكن لضابط الحالة المدنية توثيق نسخة الكترونية لعقد الزواج (قانون رقم: 14-08، سنة 2014، صفحة 05 انظر المادة 25 مكرر 4 منه). كما يمكن للموثق تحرير هذه العقود بصفته ضابط عمومي ومؤهل قانوناً بذلك (قانون رقم: 06-02، سنة 2006، صفحة 15 انظر المادة 03 منه). ويمكن لهذا الأخير توثيقه الكترونياً (قانون رقم: 06-02، سنة 2006، صفحة 17 انظر المادة 28 منه). ويُرسل بذلك النسخة الالكترونية إلى الوزارة المعنية بتوثيقه في السجل الوطني الآلي.

وفي الأخير؛ نجد أن القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على التصرفات القانونية التي يتم إبرامها في الجزائر ماعدا أهلية الزوج الأجنبي التي تُطبق عليه قانون جنسية الدولة المنتمي إليها وفق ما نصت عليه المادة (13) من القانون المدني الجزائري؛ وعليه فإن قانون الأسرة الجزائري هو الذي يحدد الشروط الموضوعية: كأركان العقد وشروطه؛ وقد نصت عليه المواد (09) و(09 مكرر)، (25)، (26)، (27)، (30). ويُستخلص من هذه المواد أن عقد الزواج الالكتروني المختلط، يشتمل على رضا الزوجين، الأهلية، الولي، الشهود، الصداق، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية، إضافة إلى عاقد النكاح الذي يرى مدى شرعية تطبيق أركانه العقد وشروطه ؛ إلا أنه توجد بعض الإشكالات التنظيمية في تنفيذ عقد الزواج الالكتروني المختلط؛ لذلك سنبين أهم الإجراءات التنظيمية الواجب توفرها لتنفيذ هذا العقد وفق الثقة والسرعة والأمان.

ثانياً: إشكالية تنفيذ عقد الزواج الالكتروني في الجزائر:

إن مسألة توافر الشروط الموضوعية في عقد الزواج وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه لا تكفي لإتمام الزواج الالكتروني المختلط؛ بل لابد من إجراءات الواجب اتخاذها لتنفيذ هذا العقد أهمها المتطلبات التقنية والإدارية

1-المتطلبات التقنية: تُعتبر منصة خدمة الزواج الالكتروني من أهم المتطلبات التقنية لإبرام هذا العقد؛ ويكون ذلك على حسب التشريع العراقي استمارة الكترونية لطلب الزواج والتي أطلقها مجلس القضاء الأعلى في جميع محاكم الأحوال الشخصية في بغداد؛ حيث أنشأت بتاريخ 2019/07/01؛ فهي عبارة عن منصة رقمية رسمية صادرة من وزارة العدل العراقية. وتُعتبر خدمة الكترونية الغرض منها تسهيل كافة الإجراءات الروتينية لعقد الزواج الالكتروني، وتوفير الوقت والجهد، والكُلفة، والتنظيم للمواطن ، والتقليل من استغلال المعقبين للمواطنين المقبلين على الزواج.

وعليه؛ فإن الخدمة الالكترونية أي استمارة الكترونية لطلب الزواج التي أطلقها المجلس القضاء الأعلى للعراق، تنصب على تسهيل تنفيذ الشروط الشكلية اللازمة لتسجيل عقد الزواج الالكتروني وإثباته؛ ولا يعني هذا إبرام عقد الزواج الكترونياً؛ إنما يبقى إبرام عقد الزواج بشكل رسمي أمام عاقد النكاح الرسمي، وهو قاض الأحوال الشخصية على حسب القانون العراقي وفق الشروط الموضوعية الواجب توفرها (عذيب، سنة 2020، صفحة 651)؛ وهو ما نصت عليه المادة (10) من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث جاء فيها "يُسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص، وفقاً للشروط الآتية: 1-تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج، على أن يُوقع هذا البيان من العاقدين ويُوثق من مختار المحلة أو القرية أو شخصين معتبرين من سكانها؛ 2-يرفق هذا البيان بتقرير طبي يُؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون؛ 3-يُدون ما تضمنه البيان في السجل ويُوقع بإمضاء العاقدين أو بصمة إبهامهما بحضور القاضي ويُوثق من قِبله وتُعطى للزوجين حجية بالزواج (علي، سنة 2019، صفحة 113).

واعتبر قاض محكمة الأحوال الشخصية هو عاقد النكاح الرسمي لإبرام عقد الزواج الالكتروني؛ فعقود الزواج خارج المحكمة ليس لها سند من القانون؛ لأن كثيراً من رجال الدين الفارضين أنفسهم على هذا الموضوع، كثيراً ما يُبرمون عقود زواج باطلة، وعند مباشرة طرفي العقد بتصديقه لدى المحكمة المختصة، يكتشف قاض الأحوال الشخصية أن رجل الدين تعوزه المعرفة المطلوبة بالطرفين، لكون المعلومات التي يتطلبها عقد الزواج غير متوافرة لديه لكونه غير مخول رسمياً بمفاتحة دوائر الأحوال الشخصية الكترونياً، لإرسال صورة قيد الطرفين؛ لأن قاض الأحوال الشخصية له خاصية الكشف عن المعلومات الخاصة بالطرفين الكترونياً؛ وقد وقعت قضية بأن قام رجل دين بعقد قران قاصر دون السن القانوني-انظر القضية رقم: 2709 أحوال شخصية 2008 بتاريخ 12 كانون أول سنة 2008 (علي، سنة 2019، الصفحات 110-112). بخلاف المشرع الجزائري فقد اقتصر دور القاضي على منح رخصة لزواج القاصر ، مراعاةً للضرورة أو المصلحة، انظر المادة (07) من قانون الأسرة الجزائري (الجندي، سنة 2009، صفحة 31).

كما أن القاضي له دور أيضاً في إثبات عقد الزواج الالكتروني؛ حيث قام المشرع الجزائري بتعريف المحرر الالكتروني في نص المادة (323 مكرر) من القانون المدني الجزائري " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها" (قانون رقم: 05-10، سنة 2005، صفحة 24 انظر المادة 323 مكرر منه)؛ ويُعتبر نص المادة أول تعريف للمحرر الالكتروني على حسب المشرع الجزائري، والذي يمكن استعمال هذا المحرر الالكتروني كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الالكترونية بصفة خاصة (خشان الأسدي، سنة 2013، الصفحات 15-16)؛ وقد ساوى المشرع الجزائري بموجب المادة (323 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري بين المحرر التقليدي والمحرر الالكتروني من حيث الإثبات

(قانون رقم: 05-10، سنة 2005، صفحة 24 انظر المادة323 مكرر 1 منه)؛ فدور القاضي مقتصر في تقدير صحة المحررات الالكترونية، دون إبرام عقد الزواج الالكتروني.

وكنتيجة لما تقدم ذكره؛ نجد أن المحرر الالكتروني هو مثل المحرر التقليدي يمكن استخدامه في إبرام عقد الزواج المختلط عبر وسائل الاتصال الحديثة، ولإبرامه لابد من توفر جميع الشروط التي تم ذكرها؛ بحيث يُصبح دليل قاطع لضمان حقوق كلا الزوجين؛ لكن ما يُعاب على المشرع الجزائري أنه لم يضع منصة الكترونية مخصصة لهذا الغرض، على مستوى وزارة العدل ليتولى قاضي شؤون الأسرة من التعرف على بيانات الزوجين سواءً كان زواج تقليدي أو زواج الكتروني مختلط؛ إلا أن هذا الأخير قد تُعيقه متطلبات إدارية أخرى غير المتطلبات التقنية وهذا ما سيتم معرفته في النقطة التالية.

2-المتطلبات الإدارية:

يدخل في متطلبات عقد الزواج الالكتروني المختلط، كل ما يتعلق من إجراءات قبلية ومسائل الاختصاص والزواج بالوكالة، وإشهار الزواج، وتحرير عقده وإثباته؛ كما لا ننسى الشروط الشكلية اللازمة لإظهار الزواج والإفصاح عنه إلى العالم الخارجي.

أ-الإجراءات القبلية لعقد الزواج:

حدد المشرع الجزائري شروط إبرام عقد الزواج المختلط بموجب المادة (73) من القانون رقم: 70-20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم، وكذا المنشور الوزاري رقم: 02 المؤرخ في 1980/02/11، المتعلق بإبرام عقد زواج الأجانب والترخيص الإداري القبلي من طرف الولاة (قسوري، ديسمبر 2018، صفحة 46)؛ وهذه الرخصة تكون صادرة من الوالي المختص إقليمياً، وهي عبارة عن قرار إداري يرتب آثاراً قانونية بالنسبة لمن طلبها؛ ويُعتبر هذا القرار شرطاً أساسياً لتسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية على مستوى مصالح البلدية المختصة تحت طائلة عدم التسجيل (سعيداني، جوان 2019، صفحة 152).

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد الاختصاص الإقليمي للوالي في إصدار رخصة الزواج المختلط؛ يستند إلى كون الأجنبي مقيم أو عير مقيم في الدولة؛ ففي الحالة الأولى فإن إصدار الرخصة يكون من المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي؛ أما إذا كان الأجنبي غير مقيم، فإن الرخصة تصدر من المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري (سعيداني، جوان 2019، الصفحات 152-153). كما يمكن استخراج مطبوعة الرخصة من الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية، وتعبئتها وإرسالها بالوسائل العادية، حيث ينتقل الطرف المعني إلى مقر الولاية وإيداع الملف لمصلحة التنقل للأجانب للولاية؛ ويجب أن يودع الملف بثلاثة (03) أشهر قبل عقد القران على حسب نص التعليمة 09 المؤرخة في 05 نوفمبر لسنة 2018 التي تحدد الإطار التنظيمي لكيفيات إصدار هذه الرخصة (تاربحة، أفريل 2020، صفحة 121).

ونظم المشرع الجزائري الإقامة القانونية في الجزائر بالنسبة للأجانب وكيفية الحصول عليها؛ وكذا طرق تمديد تأشيرة الإقامة للأجانب منظمة بموجب القانون رقم: 08-11 السالف ذكره؛ وجاء في نص المادة (13) منه يمكن للسلطات الإدارية المختصة إقليمياً أن توافق بصفة استثنائية على تمديد التأشيرة

لمدة أقصاها تسعون (90) يوماً؛ وللأجنبي الذي يرغب في تمديد مدة إقامته بالإقليم الجزائري لأكثر من المدة المرخص بها في التأشيرة، دون أن يكون له عندئذ القصد في تثبيت إقامته بالإقليم الجزائري (قانون رقم: 08-11، سنة 2008، صفحة 06 انظر المادة 13 منه).

يُقدم الطلب في الآجال المحددة لدى مصالح الأجانب، مكان ولاية الإقامة مرفقاً بجواز السفر ، وكذا طابع جبائي تحدد قيمته حسب جنسية الطالب (قسوري، ديسمبر 2018، صفحة 47).

وأخيراً تمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج، والتي يتم إثباتها عن طريق تسليم شهادة القدرة على الزواج؛ وهي وثيقة إدارية تصدرها الممثلية الدبلوماسية للطرف الأجنبي؛ تتضمن مختلف المعلومات حول تحديد هويته من حيث الاسم، اللقب، السن، تاريخ الميلاد والديانة والحالة الاجتماعية؛ ويكون الهدف من هذه الشهادة إبداء عدم معارضة الدولة التي ينتمي إليها الطرف الأجنبي على هذا الزواج (سعيداني، جوان 2019، صفحة 153). وكذا عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية إذا كانت الزوجة جزائرية الجنسية لأنها يُحرم عليها الزواج من غير المسلم انظر المادة (30) من قانون الأسرة الجزائري (لوعيل، سنة 2012، صفحة 54).

تُعتبر هذه الشروط غير صعبة في الوهلة الأولى على الطرف الأجنبي؛ إلا أن هذا الأخير يجب عليه التنقل إلى مقر الولاية للحصول على هذه الرخصة، لكن هذه الرخصة لابد لها من وثائق من أجل الحصول عليها، والتي تخضع لاحترام آجال محددة حددت بموجب التعليمة الوزارية رقم 09 المؤرخة في 09 نوفمبر لسنة 2018 السابق ذكرها؛ وحددت هذه الآجال ليتسنى للإدارة القيام بالإجراءات اللازمة قبل إصدار هذه الرخصة؛ وبعد استكمال إجراءات التحقيق وإثبات الهوية بالنسبة للأجنبي والتأكد الهدف من عقد الزواج؛ يقوم الوالي بإصدار قراره النهائي حول قبول أو رفض منح رخصة الزواج المختلط (تاربحة، أفريل 2020، الصفحات 121-122)؛ ومن خلال متابعة إجراءات منح الرخصة، لا تزال الهيئات المختصة تمنح الرخص بطريقة تقليدية، رغم سياسة الجزائر الصريحة برقمنة الإدارة.

ب-الإجراءات الشكلية لانعقاد الزواج المختلط:

يخضع الزواج المختلط باعتباره تصرفاً قانونياً، من الناحية الشكلية إلى القاعدة العامة التقليدية التي تحكم التصرفات القانونية من الناحية الشكلية وهي قاعدة "LOCUS" والتي تقتضي بخضوع العقود ما بين الأحياء في شكلها لقانون البلد الذي تم فيه العقد؛ ويجوز أن يخضع شكل الزواج أيضاً للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين (زروتي، سنة 2008، صفحة 153).

وقد أسند المشرع الجزائري الشروط الشكلية لأكثر من ضابط إسناد، ونص على ذلك في المادة (19) من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم؛ باعتبارها تتناول كافة الأعمال التي تتم بين الأحياء، والتي أجازت أربع (04) قوانين على الشكل؛ وهو قانون محل إبرام العقد، أو القانون الوطني المشترك للزوجين، أو قانون الموطن المشترك للزوجين، أو القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية (قانون رقم: 05-10، سنة 2005، صفحة 20 انظر المادة 19 منه). وقد جسد المشرع الجزائري تطبيق قاعدة محل إبرام العقد في المواد (95)، (97)، (71) من قانون الحالة المدنية المعدل والمتمم؛ فنصت الماد (95) من ذات القانون على أن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين والأجانب يُعتبر صحيحاً، إذا حُرِّر طبقاً لمكان الإبرام (الأمر رقم: 70-20، سنة 1970، صفحة 283 انظر المادة 95 منه).ومنه يتبين أن المشرع الجزائري أبقى على قاعدة "LOCUS" في مجال الشروط الشكلية، وذلك بإخضاع العقد لقانون المكان الذي تم فيه الإبرام؛ كما اعتبرت المادة (97) من قانون الحالة المدنية الجزائري الزواج الذي يُعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية صحيحاً، شريطة ألا يُخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لمكان الزواج (زلاسي، جانفي 2011، صفحة 183).

وبعد تعرضنا للقانون الواجب التطبيق في الشروط الشكلية لعقد الزواج، وبعد الحصول على رخصة الزواج؛ يتقدم الزوج الجزائري والزوجة الأجنبية بالوثائق الثبوتية من بطاقات الهوية وجوازات السفر وشهادات الميلاد الأصلية؛ وكذا حضور ولي الزوجة وشاهدي عدل والتوجه للموثق من أجل تحرير عقد الزواج؛ وبعدها يقوم هذا الأخير بتسجيله بالبلدية، من أجل الحصول على الدفتر العائلي؛ وتبقى مسألة تسجيل عقد الزواج لدى الجهات الأجنبية المختصة بالتأشير على هامش سجلات الحالة المدنية للزوج الأجنبي بهذا الزواج (قسوري، ديسمبر 2018، صفحة 47). تعتبر هذه الإجراءات تقليدية بالنسبة لإدارة الكترونية، فعدم وجود منصة خاصة بالموثق تُعيق عملية سرعة الإجراءات، خاصة وأن مجلس العقد قد يكون حكمي في العقود الالكترونية؛ مما يستلزم تنقل ولي الزوجة وشاهدي العدل إلى مكتب الموثق؛ مما يستدعي إصدار رخص إقامتهم مع أن رخصة الزواج المختلط محددة بمدة زمنية وتنتهي صلاحيتها؛ كما لا يوجد روابط الكترونية بين الهيئات الوطنية المختصة في تسجيل عقود الزواج الالكترونية والهيئات الدبلوماسية الأجنبية الموجودة بالجزائر.

خاتمة:

على ضوء ما سبق التطرق إليه؛ يتضح لنا أن عقد الزواج الالكتروني المختلط لا يختلف كثيراً عن عقد الزواج التقليدي، فهو عقد رضائي يتم إبرامه بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين في بيئة الكترونية، ويكون الإيجاب والقبول بواسطة تقنية الاتصالات الحديثة في مجلس عقد حكمي، وهذا الأخير يلتقي فيه عدة إرادات أشخاص من الزوج وولي الزوجة والشاهدين وعاقد النكاح ويقوم هذا الأخير بدور عقد القران وفق الأركان والشروط الأساسية الموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية وغير مخالفة للنصوص القانونية سواءً كانت منصوص عليها في قانون الأسرة أو قانون جنسية الزوج أو الزوجة المنتمين إليها؛ وقد ساهم هذا العقد في تسهيل الترابط الأسري من جنسيات مختلفة؛ تجمعهم المودة والرحمة والتعاون فيما بينهم؛ إلا أن هذا العقد قد تصادفه بعض الصعوبات في البعض الدول وخاصة دولة الجزائر ؛ لذلك اقترحنا على المشرع الجزائري الأخذ بها:

-على المشرع الجزائري وضع نصوص قانونية خاصة يُنظم عقد الزواج الالكتروني المختلط؛

- على المشرع الجزائري وضع تعريف دقيق وواضح، بخصوص عقد الزواج الالكتروني المختلط ويكون كالتالي" عقد الزواج الالكتروني المختلط هو عقد رضائي يتم بواسطة تقنية الاتصالات الالكترونية بين رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين على الوجه الشرعي، هدفه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، والتعاون، وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب.

-على المشرع الجزائري وضع نصوص قانونية خاصة بعاقد النكاح وكيفية تعيينه وشروطه، ويا حبذا لو كان قاضي شؤون الأسرة هو المسؤول عن عقد القران، لتسهيل عملية الإطلاع على معلومات المتعاقدين الكترونياً.

-على المشرع الجزائري إضفاء صفة ضابط الحالة المدنية للإمام.

-على المشرع الجزائري إنشاء منصة رقمية متخصصة لطالبي عقد الزواج على مستوى وزارة العدل

-على المشرع الجزائري وضع شروط خاصة بشاهدي عقد النكاح وفق المذهب المالكي المتبع في بلادنا.

-على المشرع الجزائري تعديل نص المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري وإضافة فقرة خاصة في حالة تخلف شاهدي العدل.

- على المشرع الجزائري وضع خطوط اتصال بين القنصليات الأجنبية المتواجدة في الجزائر مع وزارة العدل لتسهيل عملية الاطلاع على بيانات العنصر الأجنبي الراغب في الزواج.

-تسهيل الولوج إلى مواقع المستشفيات المعتمدة للكشف عن صحة الفحوصات الطبية بالنسبة للمتعاقدين.

-على المشرع الجزائري وضع منصات رقمية متاحة الولوج للموثق المؤهل قانوناً بتحرير هذه العقود؛ وتسهيل له الاطلاع على معلومات العاقدين من خلال السجل الوطني الآلي.

وفي الأخير نجد أن إشكالية تنفيذ عقد الزواج الالكتروني المختلط، تكمن في النقاط الواجب وضعها في قانون خاص ينظم عقد الزواج الالكتروني المختلط؛ لكي لا يواجه أي من طرفي العقد الالكتروني إشكالية تنفيذه.

قائمة المراجع

- الأمر رقم: 70-20. (19 فبراير, سنة 1970). المتعلق بالحالة المدنية. *الجريدة الرسمية العدد 21* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- الأمر رقم: 75-58. (26 سبتمبر, سنة 1975). المتضمن القانون المدني. *(الجريدة الرسمية العدد 78)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 04-02. (23 يونيو, سنة 2004). يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. *الجريدة الرسمية العدد 41* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 05-10. (20 يونيو, سنة 2005). يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني. *(الجريدة الرسمية العدد 44)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 06-02. (20 فبراير, سنة 2006). يتضمن تنظيم مهنة الموثق. *(الجريدة الرسمية العدد 14)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 08-11. (25 يونيو, سنة 2008). يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. *(الجريدة الرسمية العدد 36)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 14-08. (09 أوت, سنة 2014). المعدل والمتمم للأمر رقم: 70-20، المؤرخ في: 19 فبراير سنة 1970، المتعلق بالحالة المدنية. *(الجريدة الرسمية العدد 49)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 17-03. (10 يناير, سنة 2017). المعدل والمتمم للأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فبراير لسنة 1970، المتعلق بالحالة المدنية. *(الجريدة الرسمية العدد 02)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 18-04. (10 مايو, سنة 2018). يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية. *الجريدة الرسمية العدد 27* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- قانون رقم: 18-05. (10 مايو, سنة 2018). يتعلق بالتجارة الالكترونية. *الجريدة الرسمية العدد 28* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- مرسوم تنفيذي رقم: 15-204. (27 يوليو, سنة 2015). يتضمن إعفاء المواطن من تقديم وثائق الحالة المدنية المتوفرة ضمن السجل الوطني الآلي للحالة المدنية. *(الجريدة الرسمية العدد 41)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- مرسوم تنفيذي رقم: 15-315. (10 ديسمبر, سنة 2015). المتعلق بإصدار نسخ وثائق الحالة المدنية بطريقة الكترونية. *(الجريدة الرسمية العدد 68)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- مرسوم تنفيذي رقم:08-411. (24 ديسمبر, سنة 2008). المتضمن القانون الأساسي للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشؤون الدينية والأوقاف. *(الجريدة الرسمية العدد 73)* . الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

-أحمد شامي. (سنة 2010). *قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات*. مصر: دار الجامعة الجديدة الإسكندرية.

-أحمد عبد الجبار الشعبي. (سنة 2003). المأذون الشرعي وواجباته الشرعية والنظامية في المملكة العربية السعودية. *مجلة العدل، الرياض* (العدد 03).

-أحمد نصر الجندي. (سنة 2009). *شرح قانون الأسرة الجزائري*. مصر: دار الكتب القانونية، ودار شتات للنشر.

-إشراق حسن عذيب. (سنة 2020). التنظيم القانوني لعقد الزواج الالكتروني-دراسة مقارنة-. *مجلة واسط للعلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة واسط، العراق ، المجلد (17)* (العدد 46).

-الطيب زروتي. (سنة 2008). *القانون الدولي الخاص الجزائري ، مقارنا بالقوانين العربية*. الجزائر: مطبعة الكاهنة.

-العربي بلحاج. (سنة 2012). *أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد*. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

-أمينة بن عميور. (جانفي 2019). متطلبات نظام الدفع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في إطار القانون رقم: 18-05. *مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1 ، المجلد (30)* (العدد 03).

-بشار محمود دودين. (سنة 2010). *الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت*. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

-بشرى زلاسي. (جانفي 2011). قيد النظام العام على الاجتهاد القضائي في الزواج المختلط. *مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة ، المجلد (01)* (العدد 01).

-خالد ممدوح إبراهيم. (سنة 2011). *إبرام العقد الالكتروني*. مصر: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

-دليلة فركوس، و جمال عياشي. (سنة 2016). *محاضرات في قانون الأسرة انعقاد الزواج*. الجزائر: منشورات دار الخلدونية.

-صلاح الدين جمال الدين. (سنة 2007). *تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج*. مصر: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

-عبد الغني تاربحة. (أفريل 2020). الإجراءات القانونية والتنظيمية المتعلقة بطلبات الرخصة الإدارية للزواج المختلط. *مجلة الشرطة، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر* (العدد 146).

-عبد الفتاح كبارة. (سنة 1998). *الزواج المدني ومشرع قانون الاحوال الشخصية اللبناني* (الإصدار ط1). لبنان: دار النفائس، بيروت.

-عبيدي الشافعي. (سنة 2008). *قانون الأسرة*. الجزائر: دار الهدى عين مليلة.

-عثمان التكروري. (سنة 2015). *شرح قانون الأحوال الشخصية* (الإصدار ط6). الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

-علي عبد العالي خشان الأسدي. (سنة 2013). *حجية الرسائل الالكترونية في الإثبات المدني*. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

-فائزة سعيداني. (جوان 2019). رخصة الزواج المختلط بين الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية -الجزائر نموذجا-. *مجلة السياسة العالمية، جامعة بومرداس ، المجلد (03)* (العدد 01).

-فهيمة قسوري. (ديسمبر 2018). عقد الزواج المختلط وإشكاليات النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري. *مجلة أبحاث قانونية وسياسية جامعة جيجل* (العدد 07).

-ماجد محمد سليمان أبا الخيل. (سنة 2009). *العقد الالكتروني* (الإصدار ط1). السعودية: مكتبة الرشد-ناشرون، الرياض.

-محمد لمين لوعيل. (سنة 2012). *الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي*. الجزائر: دار هومة.

-مريم بنت عيسى العيسى. (فيفري 2015). عقد النكاح عبر وسائل الاتصال الحديثة. *مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والإسلامية، جامعة وهران ، المجلد (16)* (العدد 26).

-مشاعل بتن نفال الحارثي. (سنة 2022). العقد الإلكتروني للزواج. *مجلة الجامعة العراقية ، المجلد(55)* (العدد 03).

-مفيدة عبد الوهاب محمد إبراهيم. (أفريل 2018). حكم إجراء عقد النكاح عبر الوسائل الالكترونية الحديثة. *مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر ، المجلد (20)* (العدد 02).

-هادي عزيز علي. (سنة 2019). *قانون الأحوال الشخصية الواقع والطموح* (الإصدار ط1). العراق: جمعية الأمل العراقية.

الواجب الوظيفي المنوط بالمرأة في حياتها الزوجية ومقاصده الاجتماعية في ضوء السنة النبوية الشريفة

Functional duty entrusted to women in their marital life and social purposes in the light of the Prophet's Sunnah

د. عتيقة عايسي أستاذ باحث قسم –أ مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة بالأغواط -
د.صونية حسيني أستاذ مشارك جامعة باتنة1 -الجزائر

الملخص:

إن الانفتاح العالمي الذي تشهده المجتمعات في الوقت الراهن، شكل تمازج الشرائع والعادات والتقاليد ببعضها، وهو ما جعل الكثير من المسلمين يتيهون في تيار الثقافات الغربية، متنصلين بذلك من الضوابط الشرعية، وكذا من العادات والتقاليد والأعراف الأصيلة، وهو ما دق ناقوس الخطر على المجتمعات الإسلامية؛ التي نراها تنحو منحى المجتمعات الغربية في عاداتها وتقاليدها الخاصة والعامة، وقد أُقحمت المرأة-بشكل مباشر وغير مباشر-في هذه التحديات مما جعل الكثير من حقوقها تضيع باسم الحرية، كما جعلها تتنصل من الكثير من الواجبات التي الأسرية التي أناطها الاسلام بها ،ومن أجل الحد من هذه الظاهرة كان لزاما على المجتمعات الإسلامية أن تعيد إحياء التعاليم الإسلامية في حياتها الأسرية والاجتماعية، من أجل إعادة التوازن الاجتماعي في المجتمعات التي أثر عليها الانفتاح العالمي، ومن أهم الأمور التي يجب النظر إليها بعين الحزم هي إعادة التذكير بالحقوق والواجبات الأسرية؛ مما يسهم في الاستقرار الاسري ومن ثم الاستقرار الاجتماعي، وإن التذكير بالواجبات الأسرية المناطة بالمرأة مع إبراز لأهم المقاصد الاجتماعية لهذه الواجبات هو ما يحفزها للقيام بها على وجه الرضى والاقبال عليها، وهو ما يسهم بشكل فعال في استقرار اجتماعي .

الكلمات المفتاحية: الواجب، الوظيفي، مقاصد ،اجتماعية، المعنوي.

Abstract:

The global openness that societies are witnessing at the present time is a form of mixing of laws, customs and traditions with each other, which is what made many Muslims wander in the stream of Western cultures, disavowing the legal controls, as well as from the customs, traditions and authentic customs, which sounded the alarm on Islamic societies. ; Which we see tending towards Western societies in their private and public customs and traditions, and women have been involved - directly and indirectly - in these challenges, which made many of their rights lost in the name of freedom, and also made them evade many of the family duties assigned to them by Islam, in order to limit As a result of this phenomenon, it was necessary for Islamic societies to revive Islamic teachings in their family and social life, in order to restore social balance in societies that have been affected by global openness, and one of the most important things that must be looked at with firmness is the revival of family rights and duties, which contributes to stability Family, and then social stability, and reminding women of the family duties entrusted to women, while highlighting the most important social purposes of these duties, is what

motivates them to carry out them with satisfaction and turnout, which contributes effectively to social stability.

Keywords:Duty.Career.Purposes.Social.MOoral.

مقدمة:

قال تعالى:(هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا) [الأعراف – 189] إن مقاصد الزواج هو تحقيق الاستخلاف، وتحقيق السكينة بين الزوجين، ولا يتأتى ذلك إلا بضبط العلاقة بين الرجل والمرأة بشروط وضوابط تكون بمثابة صمام أمن لهذه العلاقة بداية من تشريع الخطبة والرؤية الشرعية، وبعدها الربط بالميثاق الغليظ وهو عقد الزواج الذي سيجه الاسلام بأركان وشروط، وصولا إلى ضبط العلاقة بينهما بتشريع حقوق وواجبات .

أهمية الموضوع:

إن نجاح العلاقة الزوجية بين المرأة والرجل يرتكز على مدى نجاح كل واحد منهما في التزام وأداء واجباته قبل مطالبته بحقوقه قال تعالى: {وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ} [سورة البقرة: الآية 228]. وقد أوجب المشرع الحكيم حقوق وواجبات بين الزوجين من أجل الحفاظ على التوازن داخل الأسرة، ومن أجل حفظ حقوق الطرفين دون ضرر بينهما لما ينجم عن العلاقة من أولاد، فتؤمن لهم الحياة السعيدة الطيبة في ظل الأمن والاستقرار الأسري؛ مما يؤمن استقرار المجتمع بعد ذلك، كون صالحة الأسرة يؤدي إلى مجتمع يتمتع بالصلاح كونه يتكون من مجموع أسر صالحة، لأنه لا يكون فساد المجتمع إلا بفساد الأسر المكونة له، وفساد الأسرة يكون نتيجة اختلال في أداء الواجبات داخل الأسرة، فكل شيء مترابط فيما بينه ترابط عقد اللؤلؤ الذي يضيع جماله بضياع بعض حباته.

اشكالية البحث:

إن الحقوق والواجبات المشرعة بين الرجل والمرأة في إطار العلاقة الزوجية تعمل كصمام أمان لبقاء العلاقة قائمة على أصول ثابتة ينعم أفراد الأسرة بظلالها، فماهي أهم الواجبات الشرعية التي أنيطت بالمرأة وهي تؤدي وظيفتها الأسرية؟ وما هي أهم المقاصد الشرعية المترتبة عن هذه الواجبات؟

وهذا ما يوصلنا لطرح التساؤلات التالية:

-ماهي أهم الواجبات المعنوية التي كان لزاما على المرأة التحلي بها، والتي تساعد على الاستقرار الأسري؟

-ماهي أهم الواجبات الوظيفية التي للزوج الحق في تحصيلها من المرأة ؟

المطلب الأول: الواجب الوظيفي المعنوي المناط بالمرأة في حياتها الزوجية

إن الله سبحانه وتعالى عندما شرع الزواج في البشرية، وسنه في خلقه منذ خلق آدم عليه والسلام، إنما سنه من أجل الخلافة في الأرض. قال تعالى:" وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة" [سورة البقرة الآية 30]، فقد أخبر الله تعالى الملائكة بأنه جاعل في الأرض خليفة، "ففهموا من ذلك أن الله يودع في فطرة هذا النوع الذي يجعله خليفة أن يكون ذا إرادة مطلقة واختيار في عمله غير محدود...". (رشيد رضا، 1414هـ-1993م، الصفحات 255-256).

والخلافة في الأرض لا تتأتى إلا من عنصر عريق طيب نظيف الأصل، والذي لا يكون إلا نتيجة زواج شرعي صحيح من غير أي ريبة، ولن يتحقق ذلك إلا في نشأة هذا العنصر البشري في أسرة متكاملة الأفراد: الأب والأم اللذان هما ركزتا البيت والأسرة بجوها العام وعلاقتها مع المجتمع مما يجعل الإنسان ينشأ متوازنا نفسيا وجسديا وعقليا.

وقد شرع الاسلام واجبات معنوية تعمل على تكييف المرأة في أداء واجبها الوظيفي الأسري، فيما يلي نذكر أهمها :

1-التحلي بالدين :

إن دين الإسلام وأحكامه الشرعية هو أساس كل شيء في هذه الحياة، وهو مفتاح كل خير على الإنسان المؤمن، وصفة ملازمة للمرأة على طول حياتها التي تعيشها –سواء بمفردها أو مع زوجها- فلا تتبدل ولا تنطوي ولا تضمحل مع تقلبات الدهر والأيام.

والدين صفة يضمن الرجل بها على حياته الخاصة والاجتماعية، في ماله، وعرضه، وتربية أولاده، الذين يكونون ورثة لاسمه، وصورة مصغرة له، فالنبي ﷺ عندما حث الشباب على الزواج، حدد لهم صفات المرأة التي يجب أن تلفت انتباههم، ويقع اختيارهم عليها، وأول تلك الصفات: الدين: قال رسول الله ﷺ:"...فاظفر بذات الدين تربت يداك" (البخاري، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 5090)، لأن اختيار الزوجة هو اختيار المعاشرة وطول الصحبة، وطول الصحبة لا يصلح إلا مع ذات الدين:" إن اللائق بذي الدين والمروءة أن يكون الدين مطمح نظره في كل شيء لا يسما فيما تطول صحبته، فأمره ﷺ بتحصيل ذات الدين الذي هو غاية البغية". (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 110)

فالرجال أصناف كل له وجهة نظر للاختيار، وفي نفسه مواصفاته يبتغيها في المرأة، فالرسول ﷺ حث الرجال – بهذا الحديث-على جعل الدين في الرتبة الأولى من صفات الاختيار.

هذا لا يلغي أن الإسلام ينكر الجمال أو الحسب وغيرهما من الصفات التي تختار من أجلها المرأة، لكن الذي ينكره أن تكون هذه الصفات أساس الاختيار قبل الدين، ويهمل هذا الأخير ليوضع في الخانة الأخيرة من خانات الاختيار، أو يترك نهائيا إزاء توفر المواصفات الزائلة.

"إن النبي ﷺ أخبر عما يفعله الناس في العادة، فإنهم يقصدون هذه الخصال الأربع –المال، والجمال، الحسب، والدين- وآخرها عندهم ذات الدين، فاظفر أنت أيها المسترشد بذات الدين لأنه أمر بذلك..." وفي هذا الحديث حث على مصاحبة أهل الدين في كل شيء لأن صاحبهم يستفيد من أخلاقهم وبركاتهم وحسن طرائقهم، ويأمن المفسدة من جهتهم". (النووي، د .ط. ت.، صفحة 294).

والمرأة الدينة صالحة خلوقة راعية لحقوق زوجها عليها، حافظة له في كل أمره، وتعمل على راحة زوجها وولدها، فالمرأة المتدينة المؤمنة الصادقة القانتة لربها، ترقب الله في كل ما تفعل وتذر، فتكون الحياة الزوجة معها هانئة مستقرة، مأمونة الجانب على عرضها ومال زوجها. فالرسول ﷺ يوصي المقبلين على الزواج بأن يفضلوا ذات الدين على من عداها من النساء.

والنبي ﷺ يحذر أن ينحاز الإنسان إلى غير ذات الدين، فتصيبه نائبة في حياته، وكان ذلك –التحذير- بتعليقه في آخر ذكر الصفات بقوله:" تربت يداك" أي:" افتقرتا أو لصقتا بالتراب من شدة الفقر إن لم تفعل" (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 110). " وهذه الكلمة تأتي لمعان وأن كان أصلها دعاء كالمعاتبة، والتعجب، وتعظيم الأمر، والحث على الشيء وهو المراد هنا" (المرتضى.، د ت، صفحة 340).

2-النسب: وهي الصفة الثانية بعد الدين التي يجب أن يراعيها الانسان في اختيار زوجته، فالمرأة تربى في بيت له عاداته وتقاليده وأعرافه، فكلما كانوا ذو فضائل ومكارم أخلاقية ورثت عنهم تلك الأخلاق والفضائل، وهي بدورها تورثها أبناءها عن طريق تربيتهم عليها، وحملهم على تعاطيها عن طريق الاكتساب.

وإذا كانت أسرتها على غير الأخلاق الفاضلة فإنها تنشأ بالضرورة على أخلاق وخلال غير مرغوب فيها. وبذلك تعامل زوجها بما اكتسبته من أسرتها من فظاظة وسوء خلق، بل وتتعدى إلى أكثر من ذلك في أن تكسبها لأبنائها. وحتى لو كانت هي طفرة وخرجت على غير أخلاق أسرتها، فربما نزع أولادها إلى أخوالهم عن طريق احتكاكهم بهم.

وذكر رسول الله ﷺ النسب، عند ما عدد صفات اختيار المرأة فقال: "تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فالظفر بذات الدين تربت يداك" (البخاري، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 5090).

والنسب هنا هو أن تكون قد نشأت في بيت أهله صالحون نظيفو السمعة." وهم أهل العلم والتقوى والفقه فإنها إذا كانت كذلك تكون مؤدبة كاملة، فهي مظنة أنها ستربي بناتها وبنيها، وتؤدبهم وتعلم، وإن لم تكن مؤدبة في حد نفسها لم تحسن التأديب والتربية، وإذا أدبت لم تنجح ذلك ضرورة" (المرتضى.، د ت، صفحة 348)

والحديث عن النسب لا يعني أن يرمى بالدين ظهريا، إذ هو المعتمد، فبعد أن يكون الدين بغية المسلم، يبحث عن ذات الدين النسيبة، أفضل من ذات الدين فقط:" وتؤخذ منه أن الشريف النسيب يستحب له أن يتزوج نسيبة، إلا أن تعارض نسيبة غير دنية، وغير نسيبة دنية، فيقدم ذات الدين، وهذا في كل الصفات" (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 110)

المرأة ذات المنبت الطيب يرجى منها كل الخير، فهي تربي أولادها كما ربيت وتخرجهم صالحين لأمتهم ومجتمعهم، وحتى أخوالهم يساهمون في تهذيب أخلاقهم عن طريق احتكاكهم بهم.

وعن عثمان بن أبي العاص الثقفي لبنيه:" يا بني إني قد أمجدتكم في أمهاتكم، وأحسنت في مهنة أموالكم، وإني ما جلست في ظل رجل من ثقيف أشتم عرضه، والناكح مفترس، فلينظر امرؤ حيث يضع غرسه، والعرق السوء قل ينجب ولو بعد حين" (الجاحظ.، د .ت. ط.، صفحة 32). والمرأة المجبولة على الشر بسبب ما تلقته عن أهلها، وبالا على زوجها وأولادها و" يستحب أن تكون المرأة من كورة وقبيلة عادات نسائها صالحة فإن الناس معادن كمعادن الذهب والفضة، وعادات القوم ورسومهم غالبة على الإنسان، بمنزلة الأمر المجبول هو عليه" (الدهلوي، 1415هـ - 1995م، صفحة 224).

3 - **التحلى بالخلق الحسن**: حسن الخلق:" هو اختيار الفضائل، وترك الرذائل، وذلك لأن حسن الخلق يحمل على التنزه عن الذنوب والعيوب، والتحلي بمكارم الأخلاق من الصدق في المقال، والتلطف في الأقوال والأفعال، وحسن المعاملة مع الرحمان والعشرة مع الأخوان" (المناوي، 1391هـ-1972.، صفحة 529)،فحسن الخلق هي الأخرى صفة تلازم المرأة في كل حياتها، وتصلح للمعاشرة والصحبة فعن عبد الله بن عمرو قال: لم يكن رسول الله ﷺ فاحشا ولا متفحشا، وإنه كان يقول:" إن خياركم أحسنكم أخلاقا" (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 110).فقد جعل النبي صلى الله عليه وسلم خيرة المسلمين الأحسن أخلاقا." فأما الحسن، فقال الراغب: هو عبارة عن كل مرغوب فيه إما من جهة العقل، وإما من جهة العرض،... وقال القرطبي في المفهم: الأخلاق أوصاف الإنسان التي يعامل بها غيره وهي محمودة ومذمومة على الإجمال، أن تكون مع غيرك عل نفسك فتصنف منها ولا تصنف لها، وعلى التفصيل العفو والحلم والجود والصبر وتحمل الأذى والرحمة والشفقة وقضاء الحوائج والتوادد، ولين الجانب ونحو ذلك، والمذموم منها ضد ذلك" (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 110)، فالمرأة الخيرية هي ذات الخلق الحسن، والتي يدفعها دينها إلى حسن المقال، وحسن الفعال، والتي تعامل زوجها بكل رقة ورحمة وطيبة، ويعرف كل ذلك من حالها عند السؤال عنها، وتتبع أثرها في وسط قريناتها، وأهلها وجيرانها." ثم لا بد من الإشارة إلى المرأة التي يكون نكاحها موافقا للحكمة موفرا عليه مقاصد تدبير المنزل، لأن الصحبة بين الزوجين لازمة، والحاجات من الجانبين متأكدة، فلو كان لها جبلة سوء، وفي خلقها وعادتها فظاظة، وفي لسانها بذاء- ضاقت عليه الأرض بما رحبت وانقلبت عليه المصلحة مفسدة.

ولو كانت صالحة صلح المنزل كل الصلاح، وتهيأ له أسباب الخير من كل جانب، وهو قوله ﷺ:" الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة" (النووي، د .ط. ت.، صفحة 178) وهي خير شيء يمتلكه المرء بعد الإيمان بالله، فهي تعينه – زوجها- على طاعته، وعلى تربية ولده، وتهذيب أخلاقهم، لتطبع ما امتلكته من أخلاق فيهم، فهي مصدرهم ومنبتهم، ولقد بين عمر ابن خطاب ﷺ فضل المرأة ذات الخلق الحسن، والمرأة سيئة الخلق، فقال وهو يخطب في الناس:" ما استفاد عبد بعد إيمان بالله خيرا من امرأة حسنة الخلق، ودود ولود، وما استفاد عبد بعد كفر بالله فاتنة شرا من امرأة حديدة اللسان سيئة الخلق والله أن منهن لغلا لا يفتدى منه، وغنها ما يحذى منه" (البيهقي، 1413هـ/1992، صفحة 82)، ولا

يكون حسن الخلق آت من فراغ، بل هو نتيجة المنشأة على الدين والصلاح وفي بيت. أهله صالحون، يكرهون الرذيلة ويجتنبونها ويحبون الفضيلة ويتعاطونها والناس في السلف والخلق يتواصون في الظفر بحسنة الخلق -بعد أن تكون دينه- ويجعلونه أحد مقومات أسرهم. قال رسول الله ﷺ:" خير نساء ركبن الإبل صالحوا نساء قريش أحناه على ولد في صغره، وإعارة على زوج في ذات يده" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365).

4/ التحلي بالجمال : والجمال صفة تستريح لها النفس وتأنس معها، وخاصة إذا أضيف الجمال إلى الصفات السابقة وهي: الدين والحسب والأخلاق، فإنها تكون ثروة الإنسان في الوجود، وترتاح نفسه من عناء الفطرة التي تدفعه إلى ركوب الصعاب، فالمرأة حسنة الوجه تساعد زوجها على غض الطرف عن غيرها من النساء." لأن الجمال صفة لازمة...فإن سلم الجمال من إلا دلال المفضي للملل دامت الألفة واستحكمت الوصلة" (المرتضى.، د ت، صفحة 340) فهو يساعد على كبح النفس التي تحب كل شيء، " زُيِّنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ وَالْقَنَاطِيرِ الْمُقَنطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ " [سورة آل عمران الآية 14].إلا أن تعارض الجميلة غير دنية والدنية غير جميلة:" يؤخذ منه –حديث" تنكح المرأة لأربع...-استحباب تزوج الجميلة، إلا أن تعارض الجميلة غير دنية، والغير الجميلة الدنية، ثم لو تساوتا في الدين، فالجميلة أولى." (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 100) لأنه تساعده عن كبح نفسه وغض بصره.

5-التحلي برصانة العقل: والعقل صيفة مستحبة أن تكون في المرأة التي تقصد للزواج، فإن الحياة الزوجية مملوءة، بالحوادث والمفاجآت، والبيت يبنى بحسن التدبير وما حسن التدبير إلا نتيجة رجحان العقل، فعندما تكون المرأة عاقلة رضية، تعرف كيف تتصرف مع زوجها وأهله، وكذا مع أولادها، وتختار ما تقول في لين ولباقة، تهون على زوجها مصائب الدنيا، ومتاعب الكسب، عن أنس قال: مات لأبي طلحة من أم سليم، فقالت لأهلها: لا تحدثوا أبا طلحة بابنه حتى أكون أنا أحدثه، قال: فجاء فقربت إليه عشاء، فأكل وشرب، فقال: ثم وضعت له أحسن ما كانت تضع قبل ذلك، فوقع بها، فلما رأت أنه قد شبع وأصاب منها، قالت: يا أبا طلحة! أرأيت لو أن قوما أعاروا عاريتهم أهل بيت، فطلبوا عاريتهم، ألهم أن يمنعوهم؟ قال لا، قالت فاحتسب ابنك قال: فغضب وقال: تركتني حتى تلطخت ثم أخبرتني بابني فانطلق حتى أتى رسول الله ﷺ، فأخبره بما كان، فقال النبي ﷺ:" بارك الله لكما في غابر ليلتكما" (النووي، د .ط. ت.، صفحة 230)، فتصرف أم سليم ناجم عن رجحان عقلها، وسعة صدرها، وحبها لزوجها، الذي أشفقت عليه من هول المصاب، ورواية أنس لنا في كثير من العبر منها:

1) قوة الصبر التي أوتيتها أم سليم رغم أن الميت ولدها، وكيف أنها واجهت موت فلذة كبدها باحتساب.
2) رعايتها لشعور زوجها، واشفاقها عليه من شدة المصاب، مما دفعها إلى تقديم العشاء له حتى يذهب الجوع عنه، ولم تخبره بابنه.
3) محاولتها لإيناس زوجها، والتخفيف من متاعبه اليومية، حتى يتلقى مصابه بأكثر قوة وذلك بتزينها له، وموافقتها، رغم أن المصاب كان أيضا عليها.
4) وفوق كل ما صنعت أم سليم زادت على ذلك حيث هيأت زوجها تهيئة نفسية وعقلية وذلك بقولها:" أرأيت لو أن قوما أعاروا عاريتهم أهل بيت، فطلبوا عاريتهم، ألهم أن يمنعوهم؟". وكأنها تقول له من خلال كلامها هذا : هذا أمانة من الله، عندما شاء أعطاها لنا، وحين شاء أخذها أخذها ولا اعتراض على حكم الله.

فتصرف أم سليم إزاء هذا الموقف الشديد الوقع في النفس إن دل على شيء فإنما يدل على رجحان عقلها وحسن تصرفها، فكلما كانت المرأة كسبة فطنة وعرفت تسير أمور بيتها، وتراعي مشاعر زوجها، كان البيت هنيئا مستقرا، لا تحطمه النكبات والمصائب، فإن الحياة الأسرية لا تكاد تخلو منها. فعلى الرجل أن يكون فطنا في اقتناص مثل هذه

الصفة في المرأة التي ينجب منها أجيالا. فالحمقاء لا تكاد تكون إلا وبالا عليه وعلى أولادها، وتكون عالة عليه بدلا أن تكون شريكة له في حياته الخاصة والاجتماعية، وحتى لو صبر على حمقها وبلائها، فإنه لا يخلوان يرث ولدها عنها هذا الحمق.

المطلب الثاني: الواجب الوظيفي المناط بالمرأة والمتعلق بالزوج

وكما لا يخفى على أحد أن الأسرة هي النواة الأساسية لبناء المجتمع، وهي عبارة عن مجموعة أفراد أي هي مجتمع مصغر، وكل مجتمع يجب أن ينتخب له رئيس.

رئاسة الأسرة: وسبب انتخاب الرئيس للمجتمع هو من أجل سياسته، والقيام على شؤونه، ورعاية مصالحه.

وقد شاءت إرادة الله تعالى أن تكون رئاسة الأسرة بيد الرجل لحكم كثيرة، وبحكم التكوين الجسمي والنفسي لكل من الرجل والمرأة، فهو أدرى كيف يسدي لكل نوع من هذين الجنسين، الوظيفة التي تليق به وتقدر على أدائها، قال تعالى: "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها". [سورة البقرة الآية 286]، فالله سبحانه وتعالى جعل القوامة للرجل وهي الصيغة المميزة لهم عن النساء قال تعالى:" الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم" [سورة النساء، الآية 24].

قال ابن عباس:" يعني أمراء عليهن" (رضا، تفسير القرآن الكريم الشهير بتفسير المنار، 1414هـ-1993م، صفحة 385) فما دام قواما على المرأة فرئاسة الأسرة بيده بغير تجبر ولا تكبر. "فالحياة الزوجية حياة اجتماعية، ولا بد لكل اجتماع من رئيس، لأن المجتمعين لا بد أن تختلف آراؤهم ورغباتهم في بعض الأمور، ولا تقوم مصلحتهم إلا إذا كان لهم رئيس يرجع إلى رأيه في الخلاف لئلا يعمل كما على ضد الآخر، فتنفصم عرى الوحدة الجامعة" (بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، صفحة 270).

2/ أن رسول الله ﷺ يثبت على المرأة أنها: ما دامت أسدلت لها مهمة الرعاية في البيت زوجها فهي محاسبة عن كل ذلك، وهل أدت الأمانة أم ضيعتها.

3/ ورسول الله ﷺ يقرر في هذا الحديث مكانة المرأة في المجتمع المسلم، وكذا يحدد لها وظيفة في هذا الوجود مثلها مثل الرجل، وهذه الوظيفة لا على سبيل الاستئناس –حيث إذا لم تقم بها لا تثريب عليها- بل على سبيل الوجوب فإذا ضيعتها أثمت على ذلك.

هذا، ولقد شرع الإسلام حقوق للزوج يحصلها من الزوجة وهي واجبات في الظاهر تحملها في باطنها مقاصد اجتماعية جمة تعمل في مجموعها على حماية المرأة في نفسها وتبعدها عن كل شبهات، وفي نفس الوقت تحافظ بها الأسرة على كيانها الاجتماعي، وفيما يلي نذكر أهمها:

1- طاعة الزوج في المعروف: فالمرأة مكلفة بطاعة زوجها في كل ما يأمر به من معروف، فهو المسؤول عن الأسرة لقوله تعالى:" فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله" [سورة النساء الآية 34].

فعلى المرأة طاعته، لأن الله سبحانه وتعالى جعل القوامة للرجال قال تعالى:(الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ)[سورة النساء:34] "أي المهور والنفقات والكلف التي أوجبها الله عليهم لهن، وسنة نبيه" (ابن كثير، 1980، الصفحات 275-276)... فطاعتها لزوجها ليس إذلالا لها، وإنما هو واجب عليها القيام به، بكل رضى نفس وطيبة خاطر، لأن طاعتها لزوجها هي طاعة الله تعالى، فقد أمرت أن تطيع زوجها فطاعته وبذلك أطاعت الله تعالى:" أي تطيعه فيما أمر الله أن تعطيه" (عبد الرحمان الجريوي، 2000، صفحة 350) فالرجل رئيس الأسرة، وحق كل رئيس الطاعة من مرؤوسه" مما يترتب عليه وجوب طاعتها له وعدم عصيانه" [سورة النساء: الآية 34] فمن طبيعة المؤمنة الصالحة ومن الصفة الملازمة لها بحكم إيمانها وصلاحها، أن تكون قانتة...مطيعة، والقنوات: الطاعة عن إرادة والتوجه ورغبة ومحبة، لا عن قسر وإرغام وتفلت ومعاضلة، ومن ثم قال:" قانتات"، ولم يقل طائعات لأن مدلول اللفظ الأول نفسي وظلاله رغبة ندية" (قطب،

1429هـ-2008م، صفحة 652) فالمرأة المؤمنة تأخذ كل شيء في حياتها على أساس الطاعة الله والإخلاص لوجهه الكريم، سواء في علاقتها مع زوجها أو مع أولادها، وكذا مع أهلها أو أهل زوجها، وبذلك ترفرف السعادة على كل حياتها، فهي تقوم بواجباتها، وتنظر إليها بنظرتها إلى العمل الصالح الذي يقدمه الإنسان بين يدي ربه، فهي ليست مقهورة على قيام بواجبها بل هي من تبادر إلى قيام به، وإتقانه والتفاني في أدائه، فكل محبوب يحب أن يرضى عنه حبيبه، وهي تحب يرضى عنها الله تعالى، وبذلك تبذل كل ما تستطيع لكي تؤدي أمانة مسؤوليتها على أكمل وجه: "وهذا تفصيل لحال النساء في هذه الحياة المنزلية، التي تكون فيها المرأة تحت رياسة الرجل، ذكر أنهن قسمان، صالحات وغير صالحات: وإن من صفة الصالحات القنوت وهو السكون والطاعة لله تعالى، وكذا لأزواجهن بالمعروف" (رشيد رضا، 1414هـ-1993م، الصفحات 70-71).

-عدم الطاعة في المعصية:

ما دامت طاعة المرأة لزوجها هي طاعة الله تعالى، والله سبحانه وتعالى لا يرضى المعصية، ولهذا فلا تطيع المرأة زوجها في معصية الله سبحانه وتعالى، مهما بلغ بها العناء والمشقة، والمعصية: كأن يأمرها بشرب خمر أو نزع حجاب، أو تبرج وسط إخوته أو غيرها من الأمور التي نشاهدها في مجتمعنا بكره وعشية I فأمره هذا لا يتأتى والشريعة الإسلامية وقد بوب الإمام البخاري –رحمة الله تعالى أحد أبوابه في كتاب النكاح بالترجمة التالية: لا تطيع المرأة زوجها في معصية، إشارة منه – رحمه الله تعالى- إلى أنه يجب عليها مخالفته في المعصية:" لما كان الذي قبله يشعر بندب المرأة إلى طاعة زوجها في كل ما يرومه خصص ذلك، بما لا يكون فيه معصية الله، فلو دعاها الزوج إلى المعصية فعليها أن تمتنع فإن أدبها على ذلك كان الإثم عليه" (ابن حجر العسقلاني، ن حجر1421هـ - 2001م.، صفحة 250)وهذا رسول الله ﷺ يمنع المرأة أن تطيع زوجها فيما يغضب الله:" عن عائشة ﷺ أن امرأة من الأنصار زوجت ابنتها، فتمعط شعر رأسها، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فقالت: إن زوجها أمر في أن أصل في شعرها، فقال:" لا إنه قد لعن الموصيلات". فالحديث أشار إلى عدة أمور منها:

1/فقد ذكر النبي ﷺ أن الموصيلات ملعونات، وهي ستصل شعر ابنتها فإنها تدخل في ضمن الملعونات لا محالة.

2/ما دام الوصل موجب للعن فهو محرم، والمحرم لا يطاع فيه الزوج أو غيره"، ومطابقة الحديث للترجمة تؤخذ من المعنى، فلو دعاها الزوج إلى معصية وجب عليها الإمتناع" (القسطلاني، 1323، صفحة 102). وهذا ما يؤدي الحديث الذي أورده الإمام البخاري –رحمة الله تعالى- في كتاب الأحكام، فقد قال النبي ﷺ:" السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 7145).

فالنبي ﷺ حث على الطاعة لأولي الأمر في الحديث، والزوج ولي المرأة، فعليها طاعته فيما أحبت أو كرهت، وبقدر استطاعتها لأنه:" لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" [سورة البقرة الآية 286.] وجاء الاستثناء بقوله:" فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة". فالمعصية تدفع إلى هلاك الدين والنفس فلا طاعة له، وقد نبه حديث رسول ﷺ إلى عدة أمور منها:

1/ أوضح النبي ﷺ أن من الأمور التي تكرهها المرأة ويحبها الزوج، وهي ليست معصية فعليها أن تطيعه في ذلك، وعلى سبيل المثال لا الحصر: فالمرأة تحب كثرة الخروج من بيتها، والرجل يكره ذلك، فإذا منعها فلا يجوز لها الخروج، خاصة إذا كان خروجها لغير ضرورة شرعية كزيارة الوالدين أو الصلاة في المسجد، أو الحج وغير ذلك.

2/ طاعة المرأة لزوجها يحافظ على الكيان الأسري، ويجعل كل منهما يقوم بدوره دون عناء ويجعل من البيت مكان استقرار وراحة لكل من الزوجين، فهذه أم تخلو بابنتها عندما خطبت وقالت لها:" ومن الأمور التي يجب على المرأة طاعة زوجها فيها كثيرة منها أولا ما أجمله رسول ﷺ: بقوله:" لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه، ولا تأذن في بيته إلا بإذنه،وما أنفقت من نفقة عن غير إمره، فإنه يؤدي إليه شطره" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365) .

2-صوم التطوع بإذن الزوج: لقوله ﷺ:" لا يحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه" فعلى المرأة عدم الصوم –التطوع- إلا بإذنه لما في ذلك من الضرر على زوجها، الجنسي أو النفسي. فربما أرادها الزوج أثناء النهار، وهي صائمة، فتكون بذلك فوتت عليه مصلحة من مصالحه، وهو حقه في التمتع بها، وخاصة إذا كان شابا:" وسبب هذا التحريم أن للزوج حق الاستمتاع بها في كل وقت، وحقه واجب على الفور، فلا يفوته بالتطوع، ولا بواجب على التراخي، وإنما لم يجزلها الصوم بغير إذنه، وإذا أراد الاستمتاع بها جاز ويفسد صومها" (ابن حجر أ.، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) فلا يحق لها ترك الواجب وهو طاعة الزوج، والقيام بالتطوع وهو الصوم في غير رمضان والاقضاء الدين:" إن حق الزوج أكد على المرأة من التطوع بالخير لأن حقه واجب، والقيام بالواجب مقدم على القيام بالتطوع" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) وخاصة والفتن تحيط بالمسلم من كل جانب، فمن واجب المرأة إعانة زوجها على طاعة الله ولا تكون إعانته إلا بأداء حقوقه كاملة، مع النصح له بين الفينة والأخرى.

3-عدم الإذن لأحد في بيته: لقوله ﷺ:" ولا تأذن في بيته إلا بإذنه" وقال النووي في هذا الحديث إشارة إلى أنه لا يفتان على الزوج بالإذن في بيته إلا بإذنه وهو محمول على ما لم تعلم رضاه به، أما لو علمت رضا الزوج بذلك لا حرج" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 243).

أ- إذن الزوج لزوجته في إدخال أي شخص إلى بيته، حماية لها من الشبهات، ومظنة السوء، ولتبقى ثقته بها قائمة، خاصة في حالة غيابه عن البيت.

ب- يستثني من هذا إذنه العام في دخول المحارم لها، لأمان الشك من ناحيتهم.

ج- "يدخل في الإذن العام: دخول الضيوف إلى مكان معد لهم سواء في حضوره أو غيبته مما تعلم رضاه بدخولهم لأنه يعتبر إذنه تفصيلا أو إجمالا" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241).

4- عدم التصرف في مال الزوج إلا بإذنه :

ولا تتصرف المرأة في مال زوجها إلا بإذنه؟ فإذا أنفقت من ماله بغير إذنه يؤدي إليه شطره:" أي نصفه والمراد نصف الأجر، فقال النووي: عن غير أمره الصريح في ذلك القدر المعين، ولا ينفي ذلك وجود إذن سابق عام يتناول هذا القدر وغيره إما بالصريح وإما بالعرف، ويتعين هذا التأويل إجعل الأجر بينهما نصفين، ومعلوم أنها إذا أنفقت من ماله بغير إذنه لا الصريح ولا المأخوذ من العرف، لا يكون لها أجر بل عليها وزر" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) فالمال مال الزوج وهو من يتعب لإيجاده وتحصيله، فمن المعروف أن تستأذنه المرأة فيما تنفق منه، لكن إذا حصل وأنفقت أو تصديق على المساكين يكون ذلك بالمعروف، ولها أخذ إذن عام في التصرف في النفقة والبيت حسب المتطلبات التي تطرأ عليها وزوجها غائب، وكذا فإن إنفاقها ولو كان فيه إذن عام، يجب أن لا يتجاوز المعروف، مما قد يؤدي إلى مفسدة في مال الزوج.

5- إعطاؤها حق زوجها البيولوجي: لقوله ﷺ:" وطاعة المرأة لزوجها إذا طلبها إلى الفراش واجب عليها" عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ قال:" إذا دعا الرجل امرأته إلى الفراشه، فأتت أن تجيء لعنتها الملائكة حتى تصبح" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365) وقد حث النبي ﷺ المرأة طاعة زوجها في الفراش فالفراش حق آكد للزوج بل وأوجب اللعنة للمرأة عند هجران فراش زوجها لأن التكوين الجسمي والنفسي للرجل يختلف تماما عن المرأة، فالمرأة تصبر عن الجماع لكن الرجل لا يصبر بحكم الطبيعة الخلقية لكل منهما، فالحديث:" فيه الإشارة إلى مساعدة الزوج وطلب مرضاته، وفيه أن صبر الرجل على ترك الجماع أضعف من صبر المرأة، قال –ابن أبي حمزة- وفيه أن أقوى الشوشيات على الرجل داعية للنكاح، ولذلك حصن الشارع النساء على مساعدة الرجال في ذلك" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري،

1421هـ - 2001م، صفحة 241) والفراش في الحديث جاء تعبيرا عن الجماع، والمؤانسة بصفة عامة:" قال ابن أبي حمزة: الظاهر أن الفراش كنية عن الجماع، والظاهرة اختصاص اللعن بما إذا وقع منها ذلك ليلا لقوله:"حتى تصبح" وكأن السر تأكد ذلك الشأن في الليل وقوة الباعث عليه" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) وذلك لانشغاله بالنهار في استحصال الرزق، والضرب في الأرض مما يشغله عن الاستئناس:" ولا يلزم من ذلك أنه يجوز لها الامتناع في النهار" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) كأن يكون زوجها يشتغل بالليل دون النهار، أو كان له وقت راحة بين الفترتين الصباحية والمسائية، فإن الحديث يعم الامتناع كله ليلا أو نهارا:" وإنما خص الليل بالذكر لأنه المظنة لذلك" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 241) فبمجرد أن تمتنع المرأة عن الفراش تدفعه إلى كبت دوافعه الفطرية، وهذا الأمر إذا تكرر لدى الرجل يؤدي: إلى أحد أمرين: إما أن تضعف شهوته وخاصة إذا اختص، وهذا بسبب له مرض جسمي، وإما أن تثور فيرتكب المحرمات وكلا الطريفين منهي عنه:" إن الإسلام لا يكتب الدوافع الفطرية ولا يقبل إضعافها، إنما ينظم تلبيتها بالطريق الطبيعي" (الزعبلاوي، 1997، صفحة 207) و" لما كانت المصلحة المرعية في النكاح تحصين فرجه وجب أن تحقق تلك المصلحة، فإن من أصول الشرائع أنها إذا ضربت مظنة لشيء سجل بما يحقق وجود المصلحة عند المظنة، وذلك أن تؤمر المرأة بمطاوعته إذا أراد منها ذلك، ولولا هذا لم يتحقق تحصين فرجه، فإن أبت فقد سعت في رد المصلحة التي أقامها الله في عباده، فتوجه إليها لعن الملائكة على كل من سعر في فسادها" (الدهلوي، 1415هـ - 1995م، صفحة 246) ويدخل في إطار طاعته في الفراش، عدم إفشاء أسراره الزوجية خاصة أمور الفراش لما في ذلك من الفضح والهتك لحرمات الزوجية، وهو ما عبر عنه القرآن الكريم" حافظات للغيب" وهي أسرار الزوجية: يقول رشيد رضا: "والغيب هنا هو ما يستحى من إظهاره أي حافظات لكل ما هو خاص بأمور الزوجية، الخاصة بالزوجين فلا يطلع أحد منهن على شيء مما هو خاص بالزوج " ويدخل في قوله هذا وجوب كتمان كل ما يكون بينهن وبين أزواجهن في الخلوة ولا يسما حديث الرفث" (رشيد رضا، 1414هـ-1993م، الصفحات 70-71) .

6- الخروج من البيت بإذن الزوج: وعدم خروج المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها واجب عليها، لما في ذلك من المفسدة الواضحة، والتي تعود على المرأة وعلى الزوج معا، فزوجها مسؤول عنها وهو وليها، فلا يليق أن تخرج بدون إذنه، وخروجها من غير إذنه مما يطرح الشكوك والظنون في نفس زوجها، وخاصة إذا كان المكان الذي تقصده موضع شبهات مما يجعل الزوج يريب في أمر زوجته.

واستئذان المرأة لزوجها، كان متداولا في عهد رسول الله ﷺ ولذلك قال ﷺ:" إذا استأذنت امرأة أحدكم فلا يمنعها" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365) هذا في الخروج إلى المسجد نهيك عن الخروج إلى أماكن عادية وقد وضع الإمام البخاري هذا الحديث تحت ترجمة: "باب استئذان المرأة زوجها بالخروج إلى المسجد" وكأنه رحمة الله تعالى يشير من خلال الترجمة إلى وجوب استئذان المرأة زوجها في الخروج إلى أي مكان حتى لو كان مسجد من اجل اداء العبادة "قال النووي استدل به على أن المرأة لا تخرج من بيت زوجها إلا بإذنه لتوجه الأمر إلى الأزواج بالإذن" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 277) هذا في وقت أمنت الفتن على المرأة، وكيف ونحن في وقت كثرت فيه الفتن، واستبيحت الفواحش، فالأولى بالمرأة أن لا تتردد المرأة في استئذان زوجها في الخروج، حتى لو كانت الحاجة شرعية كالصلاة في المسجد أو الحج، أو إلى زيارة والديها.

7- حفظ الرجل في عرضه وحياته الاجتماعية: ويكون ذلك بمحافظتها على نفسها من كل الشبهات ما ظهر منها، وما بطن، وهذا سواء في غيبته أو في حضوره، لما في ذلك من حفظ للعرض، والحرمة وسط المجتمع الذي تعيش فيه:" ومن طبيعة المؤمنة الصالحة، ومن صفتها الملازمة لها بحكم إيمانها وصلاحها كذلك أن تكون حافظة لحرمة الرباط

المقدس، بينها وبين زوجها في غيبته –وبالأولى في حضوره- ما لا يغضب هو له، أو ما يمليه عليه وعليها المجتمع" (قطب، 1429هـ-2008م، صفحة 652).

ومن دقائق ما يجب أن تراعي المرأة في حرمة عرض زوجها أن تحترم غيرته، وتقدرها ولا تقبل على أمر يثير غيرته وغضبه، بل تتجنب كل ذلك، وهذا ما نلمسه من حديث أسماء بنت أبي بكر الصديق ﷺ، وهي تخدم زوجها وبيتها قالت ﷺ:"...فجئت يوما –من أرض زوجها الزبير بن العوام– والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله ﷺ ومعه نفر من الأنصار، فدعاني ثم قال:" إخ، إخ" ليحملني خلفه، فاستحيت أن أسير مع الرجال، وذكرت الزبير وغيرته، وكان أغير الناس، فعرف رسول الله ﷺ أني قد استحيت..." (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365) فهذه الرواية تشير إلى عدوة أمور في الحياة الاجتماعية للمرأة منها:

1/ أن السيدة أسماء ﷺ من بيت شريف، وهي شريفة في نفسها، والصحابة هم أشرف العرب، ورغم ذلك كله، حرصت على غيرة زوجها رغم الأذى الذي تلقته من حمل النوى على رأسها، فقالت:" فذكرت الزبير وغيرته". فلم تعتصم بأنها شريفة، بل راعت جانب الغيرة في زوجها كرجل.

2/ وقد ابتعدت عن موضع الشبهة رغم أن فيهم رسول الله ﷺ، وما كان ليحدث منهم شيئا وهم من هم في التقوى والورع، سوى أنها خافت أن تتكشف أمامهم، أو تتبذل، رغم أن تبذلها بحمل النوى على رأسها أشد من التبذل بالركوب مع الصحابة.

3/ التواضع الذي كانت تعيشه السيدة أسماء ﷺ مع زوجها، ومساعدتها له في حياته الخاصة وفي عمله المنوط به رغم عدم وجوب العمل عليها:" والذي يظهر أن هذه الواقعة وأمثالها كانت في حال ضرورة كما تقدم فلا يطرد الحكم في غيرهما" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 266) إلا أن كرمها وسخاء نفسها جعلانها تخدمه وتسوس فرسه وتنقل النوى على رأسها.

ومحافظة على الأعراض والحرمات نهى النبي ﷺ عن الدخول على النساء فقال ﷺ:" إياكم والدخول على النساء". فقال رجل من الأنصار: يا رسول الله أفرأيت الحمو؟ قال:" الحمو الموت" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 304) وقد جاء في هذا الحديث عدة إشارات للتحذير، لشدة خطورة الأمر منها:

1/ " قوله إياكم والدخول: هو تنبيه المخاطب على محذور ليجتز عنه، وتقدير الكلام اتقوا أنفسكم أن تدخلوا على النساء، والنساء أن يدخلن عليكم" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 272) لما في ذلك من الشبهة وإثارة الفتنة، وفتح باب الشر والريبة والشك.

2/ لما كان عرف الناس أن لا تكون شبهة في دخول الحمو على النساء، نبه إليه ﷺ ووصفه بالموت لما في ذلك من الخطورة، وعصما للأعراض من الشك والقذف، وبالتالي إلى تفكيك الأسرة، فكان أن نبه النبي ﷺ إلى بوادر الفتنة وأسبابها، وأرشد إلى تجنبها، وبالتالي قطع كل ما بوسعه زعزعة أركان الأسرة.

3/"جاء في معنى" الحمو الموت" قيل المراد أن الخلوة بالحمو قد تؤدي إلى هلاك الدين إن وقعت المعصية، أو إلى الموت إن وقعت المعصية ووجب الرجل أو إلى هلاك المرأة بفراق زوجها إن حملته الغيرة على تطليقها" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 272).

4/النبي ﷺ نهى المسلمين عن الدخول على النساء وغير المحارم، فجاء سؤال الصحابي ﷺ عن الحمو، لأنه أمر مألوف بين الناس، خاصة في الأسر الكبيرة التي تضم: الأب والأم، والإخوة وزوجاتهم، فدخول الحمو كان معمول به، فأجابه عليه الصلاة والسلام:" الحمو الموت" وكأنه ضاعف في النهى، لأنه شبهه بالموت، وهذا فيه نكتة جليلة: فلو كان في

دخول الرجال على النساء فيه فتنة وشر وفساد كبير، فإن دخول الحمو تزيد خطورة أضعافا مضاعفة على خطوة الناس العاديين، حيث أنه شبه بالموت، خاصة إذا كان في هذا الحمو ريبة أوشك في أخلاقه، والفتنة تكون أدهى وأمر لو حدث أن وقعت المعصية، ففيه تشتيت للأسرة، وكذا إنشاء للعداوة مع ذوي القربى، فكان الأولى قطع بوادر الفتنة ويمنع من دخول الإحماء على النساء، وبذلك يستبرئ المرء لدينه وعرضه قال رسول الله ﷺ:"فمن اتقى المشتبهات استبرأ لدينه وعرضه، وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 304).

وبهذا الدليل الشرعي يتضح أنه على المرأة أن تراعي مثل هذه الأمور الأسرية، في حال وجود زوجها أو في حال غيابه، فتحفظ عرضه، وتكون أمينته على نفسها وماله:" وذلك ببعدها عن التبرج والاختلاط بالأجانب في البيوت وخارجها، وعدم إبدائها زينتها إلا لزوجها" (الجربوي، 2000، صفحة 350).

وكذا يدخل في حفظ عرضه، حفظ عوراته عليه فلا تفشي أسراره لقريناتها أو أهلها، مما يشأ العداوة بينها وبينه، ويفضحه بين الناس في خصوصياته، وبالتالي يؤدي إلى عدم ثقته فيها، ويصير يتحفظ من الانبساط إليها، وكذا من البث إليها لتخفف عنه وتؤانسه وتواسيه من همومه، فيصير مثقلا بالهموم مما يكدر صفو حياته، فيبحث لنفسه عن مكان آمن ليرح فيه ما في صدره من آلام وهموم، وكل ذلك يؤدي إلى زعزعة الميثاق الغليظ الذي بينهما.

8- عدم كفران العشير:

عدم كفران المرأة لفضل زوجها عليها، خاصة إذا كان كريما جوادا، عن أبي سعيد الخذري ﷺ قال: خرج رسول الله ﷺ في أضحى –أو فر- إلى المصلى فمر على النساء فقال: يا معشر النساء تصدقن، فإني أورتيكن أكثر أهل النار. فقلن: وبم يا رسول الله؟ قال: تكثرن اللعن وتكفرن العشير، ما رأيت من ناقصات عقل ودين اذهب للب الرجل الحازم من إحداكن، قلنا وما نقصان ديننا وعقلنا؟ يا رسول الله؟ قال:" أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟ قلن: بلى. قال:" فذلك من نقصان دينها" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 304).

فرسول الله ﷺ نبه إلى عدة أمور في شخصية المرأة منها:

1/ أمر رسول الله ﷺ النساء بالتصدق، لأنهن أكثر أهل النار، وحدث أن رآهن ليلة الإسراء والمعراج.

2/ رغم أن أكثرهن في النار فإنه يستدل من الحديث على أن أقلهن في الجنة، والنساء اللواتي دخلن النار سببهن هو كثرة اللعن: وكذا كفران العشيرة، كما جاء في طريق آخر:" لو أحسنت إلى إحداهن الدهر، ثم رأت منك شيئا، قالت: ما رأيت منك خيرا قط" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 304) فجحد النعم من ذوي الأفضال من الخوارم التي تقدح في ثقة الزوج بزوجته، فهو يعمل ويكد ويتعب ويتلقى كل الصعوبات من أجل أن يوفر لها ما تحتاجه، وإذا بها في لحظة من لحظات غضب الزوج، تنسى كل تلك النعم، وتنكرها بقولها:" ما رأيت منك خيرا قط". فهذا من الجحود وهو منهي عنه:" إن جحد النعم حرام" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 133).

3/ وجه النبي ﷺ علاجا لمرضى النساء في كفران العشير، وهو التصدق حتى يستطعن أن يكن من الأقلية التي تدخل الجنة.

4/ ونبه النبي ﷺ النساء إلى أن رغم الضعف الذي يوجد فيهن:" من ناقصات عقل ودين" إنهن يستطعن إذهاب للب* الرجل الحازم:" حتى يفعل أو يقول ما لا ينبغي" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 122) وجعله يرى الحق باطلا والباطل حقا، كيف لا ونحن نصبح ونمسي على نساء بدلن من شخصيات رجال يعدهم المجتمع من القدوة، فتراه يلتفت إلى توافه الأمور، بل ولا يقوم حتى بواجباته اتجاه والديه وإخوته وأخواته، وكذا

يتغافل عن الشخصية زوجته والتي هي خلاف ما كان يقرر قبل الزواج فيصير مسيرا بعد أن كان مسيرا، وهذا ما أوضحه النبي ﷺ للرجال باختيار ذات الدين فهي ستساعده على الثبات على طريق الحق والاستقامة وكذا العدل في أهله وولده وذوي أرحامه.

5/ خصص النبي ﷺ نقصان عقل المرأة في :" شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل" وهذا إخلاف ما يعتقده البعض لأن المرأة لا تحسن التفكير ولا تصرف، وكأن حسن التفكير حكرا على جنس دون جنسوالذي يؤيد أن المرأة قادرة على التفكير والتقدير قوله تعالى:" فإن أراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما" [سورة البقرة الآية 233] وبذلك" كان للوالدين صاحبي الحق المشترك في الولد والغيرة الصحيحة عليه أن يفطمان قبل هذه المدة أو بعدها إذا اتفق رأيهما على ذلك بعد المشاورة فيه، بحيث يكونان راضيين غير مضارين به" (رشيد رضا، 1414هـ-1993م، صفحة 414).

فإذا لم ترض الأم بذلك لم يحصل النظام، إذن من الأمور التي تكون المرأة على بينة منها وتعرف ما يصلح فيها لها أن تدلي بدلوها فيها، غير مؤاخذة في ذلك. وكما تشترك الأم في تقرير زمن الرضاع للابن تشترك في تقرير كثير من أمور البيت، بل هناك من الأمور التي تعتري أحوال الأسرة لا تقررها إلا الأم، مثل النفقة والزيارات،...

فالنبي ﷺ خص المرأة بنصف شهادة الرجل لأسباب منها:

أ/ أن المرأة قليلة التعاملات خاصة في الجرائم، والأحكام فيها، وهذا راجع لقلة اهتمامها بهذا الجانب الذي تمرس الرجال فيه أكثر من النساء.

ب/ والمرأة بحكم عاطفتها ورقة مشاعرها:" أحناه على ولد" وكأنها خصت بذلك الحنان القوي دون الرجل، ولهذا فربما لا تشهد بموضوعية كاملة على ما تراه نتيجة شعورها بأن العقاب سينزل بمن تشهد عليه، فاختيرت امرأة أخرى تشهد معها حتى تذكرها بحكم شهادة الزور، وتوجهها إلى الحق بعد طغيان عواطفها على شهادتها.

لهذه الأسباب وغيرها لا ينبغي أن يعمم نقصان العقل على جميع أمورها، وإلا فتصبح غير مكلفة، وهذا ما ينفيه حديث رسول الله ﷺ حيث قال:" فإني أوريتكن أكثر أهل النار" ولا تدخل المرأة النار إذ لم تكن مكلفة، ومسؤولة عن كل ما تقوم به.

ج/ نقصان العقل المذكور لا يعني أنها تقرب الجنون، وإنما يحمل محل التركيز فالمرأة قليلة التركيز التي تخرج عن وظيفتها، وقضايا الأحكام والجرائم وغيرها من الأمور التي ترتبط بالرجال خاصة. والرجل أحذق منها في مثل هذه الأمور: فالرجل أدرى بنفسيات الرجال وخباياهم فهو كثير الخلطة معهم أكثر من المرأة مهما بلغت من الذكاء والجرأة، وكثرة المذاكرة فالنفس البشرية تبقى النفس البشرية والتي تحوي أسرار كثيرة.

وخلال هذا الحديث: يتبين مدى تأثير جحد نعمة الزوج من معاملة حسنة، وتنوع في الإنفاق لا يؤدي فقط إلى زعزعة الكيان الأسري، بل يؤدي بالمرأة إلى النار، فهي بذاءة اللسان شتامة لعانة لزوجها وأولادها، وهذا كله راجع إلى سوء خلقها وقلة باءها في الدين، فتجعل زوجها يهجر البيت ويحول أن يجد مكانا يهرب إليه من زوجته سلطة اللسان، فلا ربما أدى به ذلك إلى الانحراف، أو إلى إهمالها كليا هي وولدها، ولا يعود إلا في آخر الليل، ويخرج أول النهار.

9- حسن التدبير والتسيير في بيت الزوج:فكلما كانت المرأة ذات حكمة في حسن التصرف، ووضع كل ما يعطيها زوجها من نفقة البيت والعيال في موضعه: فلم تبذر ولم تقتر، وكانت وسطا في ذلك لقوله تعالى:" والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا، وكلم يقتروا، وكان بين ذلك قواما"... " وهذه سمة الإسلام التي يحققها في الحياة الأفراد والجماعات، ويتجه إليها في التربية والتشريع، يقيم بناءه كله على التوازن والاعتدال" (قطب، 1429هـ-2008م، صفحة 2578).

والاعتدال في الإنفاق من سمة المسلمين والمرأة بحكم أنها مسلمة، لا تضطر زوجها إلى ما لا يطيق، بل تنفق بحسب ما يستطيع زوجها، بل حتى ولو كان غنيا تنفق إلى بقدر الحاجة، قال الله تعالى:" ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك

ولا تبسطها كل بسط تقعد ملوما محسورا" [سورة الإسراء الآية 29] وبذلك تحفظ مال زوجها قال رسول الله ﷺ:"خير نساء ركبن الإبل صالحوا نساء قريش أحناه على ولد في صغره، وأرعاه على زوج في ذات يده" (البخاري م.، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري،، 1428هـ-2007م، رقم الحديث 304، صفحة 582) فقد ذكر رسول الله ﷺ الصالح في نساء قريش، ثم بين بعد ذلك وجه الصلاح أو الخصال التي رفعتهن إلى درجة تزكية النبي ﷺ:

1/ أحناه على ولد في صغره" فالنبي ﷺ نبه إلى خصلة الحنان التي يجب أن تختار لها المرأة. ونبه أيضا إلى تأثير لهذا الحنان على الولد خاصة في صغره.

2/ المحكوم عليه بالخيرية الصالحات من نساء قريش لا على العموم، والمراد هنا صلاح الدين وحسن المخالطة (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 102).

3/ " أرعاه على زوج: أي أحفظ وأصون لماله بالأمانة فيه وصيانة له وترك التبذير في الإنفاق" (ابن حجر ا.، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 1421هـ - 2001م، صفحة 102)

فكلما كانت المرأة حسنة التدبير في مال زوجها، وتقدر أنه يتعب ويشقى من أجل تحصيل ذلك المال، -والذي تقبضه هي من غير عناء ولا جهد- فتضعه موضعه، وما فضل منه، ادخرته لاستعماله في وقت الحاجة فيكون هذا تصرف أسلم لها ولزوجها، وكذا الاستقرار بينهما، فالمرأة عندما تبذر مال زوجها مدعية أن نفقة لا تكفيها، وتصرف مال زوجها في الكماليات الزائفة والزائلة، بل وأكثر من ذلك فتحاول أن تنفذ كل ما في جيبه ظن منها أنها بتصرفها هذا ستربطه إليها، وحتى لا تعدوا عيناه إلى غيرها، بحكم قلة باءها في العلم أو لأنها شاخت أو شيئا من هذا القبيل، ولكن في الحقيقة هي مخطئة وساذجة في تقديرها هذا، فإن تصرفا مثل هذا يجعله يتأكد أنها لا تصلح له، ويزهد فيها ليبحث عن غيرها ممن تصونه وماله.

والرجل يمضي في هوى زوجته ليسكنها ولكي ترض عنه فيما لا يرضى إليه، فهو يسعدها في تبذير قال تعالى:" وآت ذا القربى حقه والمسكين وبن السبيل، ولا تبذر تبذيرا، إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين وكان شيطان لربه كفورا" [سورة الإسراء الآية27].

وبذلك يدخل معها في دائرة الكفر من غير أن يشعر، أو ساهيا متناسيا حق نفسه عليه: "وينهى القرآن عن التبذير. والتبذير -كما يفسره ابن مسعود وابن عباس- الإنفاق في غير حق ...فليست هي الكثرة والقلة في الإنفاق، إنما هو موضع الإنفاق من ثم كان المبذرون إخوان الشياطين لأنهم ينفقون في الباطل"...والتوازن هو القاعدة الكبرى في نهج الإسلامي، والغلو كالتفريط، يخل بالتوازن، وتعبير هنا يجري على طريقة التصوير، فيرسم البخل يدا مغلولة إلى العنق، ويسم الإسراف يدا مبسوطة كل البسط لا تمسك شيئا.

خاتمة:

نصل في ختام هذا البحث إلى أن الاسلام أناط المرأة بواجبات شرعية تعمل في مجموعها على الاستقرار الأسري، من أجل الأداء الوظيفي في أكمل وجه، مما يخرج للمجتمع أفراد صالحين يعملون على بناء المجتمع .

توصيات البحث:

1-العمل على عقد دورات تكوينية في التأهيل الأسري.

2-عقد حصص إعلامية قارة على الوسائل الاعلامية في فقه الاسرة .

3-عقد مؤتمرات علمية تعالج موضوعات الحقوق والواجبات الأسرية.

قائمة المصادر والمراجع:

1. أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي. (1413هـ/1992). *السنن الكبرى* (الإصدار د. ط). بيروت. لبنان: دار المعرفة.

2. أبو عثمان عمر وبن بحر الجاحظ. (د .ت. ط.). *البيان والتبين: 32/2*. . بيروت-لبنان.: دار الكتب العلمية.

3. أحمد أبو الفضل بن علي ابن حجر العسقلاني. (ن حجر1421هـ - 2001م.). *فتح الباري بشرح صحيح البخاري*. مصر: مكتبة سعيد جودت السحار وشركائه.

4. أحمد أبو الفضل بن علي العسقلاني ابن حجر. (1421هـ - 2001م). *فتح الباري بشرح صحيح البخاري* (الإصدار 1). مصر: مكتبة سعيد جودت السحار وشركائه.

5. أحمد بن محمد أبو العباس شهاب الدين القسطلاني. (1323). *إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري*. بيروت. لبنان: دار الكتاب العربي.

6. أحمد شاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي. (1415هـ - 1995م). *حجة الله البالغة* (الإصدار ط1). بيروت- لبنان.: دار الكتب العلمية.

7. السيد محمد بن محمد الحسيني الزبيدي الشهير المرتضى. (د ت). *اتحاف السادة المتقين بشرح إحياء علوم الدين*. بيروت - لبنان: دار الفكر. للطباعة والنشر والتوزيع.

8. بدران أبو العينين بدران. (بلا تاريخ). *الفقه المقارن للأحوال الشخصية*. بيروت لبنان: دار النهضة العربية.

9. بن إبراهيم عبد الرحمان الجريوي. (2000). *منهج الإسلام في مكافحة الجريمة* (الإصدار ط1). المدينة المنورة.

10. سيد قطب. (1429هـ-2008م). *في ظلال القرآن* (الإصدار ط37). بيروت. لبنان: دار الشروق.

11. عبد الرحمان بن إبراهيم الجريوي. (2000). *منهج الإسلام في مكافحة الجريمة. 350/1*. (الإصدار ط1). المدينة المنورة.

12. عماد الدين أبي الفداء إسماعيل القريشي الدمشقي ابن كثير. (1980). *تفسير القرآن العظيم* (الإصدار 2). دار الأندلس للطباعة والنشر.

13. محمد أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة بن بردزبه البخاري. (1428هـ-2007م، رقم الحديث 304). *الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري*، (الإصدار ط5). بيروت. لبنان.: محمد علي بيضون دار الكتب العلمية.

14. محمد أبو عبد الله بن إسماعيل بن إبراهيم ابن المغيرة بن بردزبه البخاري. (1428هـ-2007م، رقم الحديث:5365). *الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري*، (الإصدار ط5). بيروت. لبنان.: محمد علي بيضون دار الكتب العلمية.

15. محمد السيد محمد الزعبلاوي. (1997). *تربية المراهق بين الإسلام وعلم النفس* (الإصدار ط3). بيروت- لبنان: مؤسسة الكتب الثقافية.

16. محمد المدعو بعبد الرؤوف المناوي. (1391هـ-1972.). *فيض القدير شرح الجامع الصغير* (الإصدار ط2.). بيروت لبنان: دار الفكر للطباعة والنشر.

17. محمد رشيد رضا. (1414هـ-1993م). *تفسير القرآن الكريم الشهير بتفسير المنار*. بيروت –لبنان: دار المعرفة.

18. محي الدين أبو زكرياء يحيى بن شرف النووي. (د .ط. ت.). *المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج*. القاهرة.: .الدار الذهبية للطباعة والنشر والتوزيع.

خطر الزواج المختلط الصوري وآليات مكافحته

Risques et mécanismes de lutte contre les mariages mixtes

شامي ختار

Chami Mokhtar

طالب دكتوراه، جامعة ابن خلدون، تيارت/الجزائر

Université Ibn Khaldoun, Tiaret, Algérie

الملخص:

يعد الزواج المختلط في الوقت الحالي من بين الزيجات الشائعة في المجتمع ولكن هذا الزواج أصبح يستعمل كوسيلة احتيالية يمكن من خلالها تحقيق مآرب خاصة على غرار الجنسية أو وثائق الإقامة.

وهذا ما أصبح يشكل تهديد صريح على المجتمع وربما قد يطال ذلك أمن الدولة في بعض الحالات مما يستدعي صراحة الوقوف في مواجهة هذا النوع من الزيجات والتي لا يهدف أصحابها من الأساس إلى تكوين أسرة " الزواج الصوري".

الكلمات المفتاحية:

الزواج المختلط، الزواج الصوري، المكافحة.

Résumé :

Les mariages mixtes sont actuellement parmi les mariages communs dans la société, mais ces mariages sont devenus un moyen frauduleux d'atteindre des objectifs spéciaux tels que la nationalité ou les documents de résidence.

Cela est devenu une menace explicite pour la société et, dans certains cas, peut affecter la sécurité de l'État, ce qui appelle explicitement à une prise de position contre ces mariages, dont les propriétaires ne sont essentiellement pas destinés à former une famille "faux mariage".

Mots clés : Mariage mixte, mariage simulé, bagarre.

مقدمة:

تقضي القاعدة العامة في مجال العقود، أن يدخل المتعاقدين في العلاقة التعاقدية بنية حسنة وبصفة جدية سواء كان ذلك في ظاهر المعاملات أو فيما يخفيانه، ولكن هناك طائفة أخرى وهم أصحاب النوايا السيئة الذين يبرمون عقود في ظاهرها جدية وفي باطنها غير ذلك، يكون حينها العقد الظاهر لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف وبالتالي يظهر في الوجود عقدين أحدهما ظاهر غير حقيقي والآخر مستتر حقيقي وهو ما يصطلح على تسميته بالعقد الصوري.

حيث كان أول ظهور للصورية في بداية الأمر في العقود المالية وما لبثت حتى انتقلت إلى عقود الحالة المدنية لتضرب بجذوره إلى حد أن وصلت إلى عقد الزواج، وبعدما كان ينظر إلى عقد الزواج من العقود المقدسة بصفته مؤسسة قانونية

تنشأ بواسطة عقد جدي بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، بهدف تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون على وجه التأبيد، أصبح ينظر إلى هذا العقد كوسيلة يحقق بها الشخص مصالح وأهداف خفية تختلف من شخص إلى آخر تحت ما يسمى الزواج المختلط الصوري الذي أصبح منتشرا بكثرة لدى فئة الشباب وغيرهم بحيث يتبع أطراف العلاقة التعاقدية جل الإجراءات المنصوص عليها في إبرام عقد الزواج ولكن في مقابل ذلك عدم اتجاه إرادة كل من الطرفين أو أحدهما بصفة صريحة أو ضمنية إلى عدم تكوين أسرة على النحو المعروف في المجتمع، كل ذلك في سبيل تحقيق بعض الأهداف أو تجاوز بعض العقبات القانونية والتي لا يمكن حلها إلا عن طريق الحصول على بطاقة المقيم أو الجنسية.

غير أن أرض الواقع أثبتت الآثار المترتبة على هذا النوع من الزيجات والتي وصلت إلى حد ضرب الاستقرار الأمني في البلاد بسبب تسرب الأجانب في النسيج المجتمعي بعد إبرامهم لعقود زواج صورية بمقابلات مالية، فكان لزاما على المشرع استحداث آليات قانونية تصل إلى حد التجريم يمكن من خلالها التصدي لهذا النوع من الزيجات

وعليه، يمكن طرح الإشكالية الآتية: كيف تصدى المشرع الجزائري لعقود الزواج المختلط الصوري من الجانب العقابي؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم الاعتماد على تحديد مفهوم الزواج المختلط الصوري في **(المحورالأول)** و

تجريم الزواج المختلط الصوري في الجزائر **(المحورالثاني)**.

المحورالأول: مفهوم الزواج المختلط الصوري.

إن الحديث عن تبيان مفهوم الزواج المختلط الصوري يقتضي منا معرفة المقصود بكل من الزواج المختلط والزواج الصوري لنخلص في الأخير إلى التوفيق بينهما، ومن ثم إبراز الآثار التي تترتب على هذا النوع من الزيجات.

أولا: المقصود بالزواج المختلط الصوري.

إن معالجة موضوع الزواج الصوري يقتضي التطرق إلى تحديد المقصود بكل من الزواج المختلط والصورية وهو ما سيتم التطرق إليه في العناصر التالية:

أ) الزواج المختلط.

نظرا لأهمية هذا النوع من الزيجات اندفع الفقه القانوني إلى تعريفه الأمر الذي أدى إلى ظهور العديد من التعريفات، وقبل الخوض في تحديد تعريف هذا النوع من الزيجات لابد أن نعرج على التأصيل التاريخي للضابط المحدد للزواج المختلط، بالرجوع قليلا إلى الأحقاب التاريخية التي قد مضت نجد أن الزواج المختلط كان ينظر إليه من ناجية الضابط الديني ثم تراجع هذا الأخير نتيجة بعض التطورات التي عرفتها الساحة القانونية لتحل محله الجنسية كضابط جديد.

أ_1) الدين كضابط للزواج المختلط.

لقد كان يعتبر الدين في الشريعة الإسلامية الضابط الأساسي في تحديد انتماء الشخص، والمرجع الأساسي في ذلك، فلق كان المجتمع يتكون من عدة طوائف "ديانات" إلى جانب الدين الإسلامي في ذلك العصر (زروتي، 2000، صفحة ص 13). ولما كان الدين الإسلامي هو الدين الحق الكامل، ساد مبدأ التفرقة في الدولة الإسلامية بين المسلمين وغير المسلمين من

ناحية الانتماء وكان كل شخص يعتنق الديانة الإسلامية يصبح ينتمي إلى الدولة في ذلك العصر، بمعنى الدين الإسلامي كان يمنح جنسية الدولة الإسلامية ولا جنسية للمسلمين إلا بدينهم، ومن هنا كان زواج المسلم بغير المسلمة يعتبر زواج مختلط بسبب اختلاف الديانة. (زلاسي ، 2001/2000، صفحة 08)

أ-2) الجنسية كضابط للزواج المختلط.

بعدما أصبحت الجنسية رابطة قانونية سياسية بين الفرد والدولة (http://arab-ency.com.sy/ency/details/2456، 2022/07/03) التي ينتمي إليها و بها يحدد من هو وطني ومن هو أجنبي أدى هذا التطور الذي عرفه مجال القانون الدولي الخاص بالتشريعات الحديثة إلى جعل عنصر الجنسية ضابط إسناد في مجال تنازع القوانين في مسألة الزواج المختلط بدلا من ضابط الدين كما كان معمول به سابقا ،حيث أصبحت الجنسية الوسيلة الوحيدة الرابطة بين الفرد والدولة بغض النظر عن ديانة الفرد، وبما أن القانون الجزائري يعتبر قانون حديث النشأة وذلك فيما يتعلق بالقواعد المتعلقة بالقانون الدولي الخاص فإنه لم يعمل بضابط الجنسية إلا بعد فترة الاستقلال من المستعمر الفرنسي. (زلاسي بشرى، الصفحات 08-09)

وبعد هذا التعريج البسيط حول الضوابط التي تحدد طبيعة الزواج، سيتم التطرق فيما يلي إلى بعض التعريفات الفقهية التي جاءت في هذا الصدد، فهناك من عرفه على أساس اختلاف الجنسية حيث قالوا بأنه:

" الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة." (مرزوق و بوسحساح ، 2016، صفحة 06)

يتضح من التعريف أنه إذا نظرنا إلى هذا النوع من الزيجات من الناجية الدينية يصبح فيه كل زواج يقام بين رجل وامرأة تختلف ديانتهما عن بعضهما البعض يعتبر هذا الزواج مختلط وهذا مقبول منطقيا وكان معمول به تاريخيا في التشريع الإسلامي، كما أن أول حالة لهذا النوع من الزيجات كانت للرسول ﷺ بزواجه من ماريه القبطية ومن ثم انتشر هذا الزواج بين المسلمين وازداد انتشارا مع الفتحات التي قام بها الجيش الإسلامي في الأندلس، أما إذا نظرنا إلى هذا الزواج من الناحية الاجتماعية فهل يعتبر اختلاف المستوى الثقافي بين الزوجين واختلاف العادات والتقاليد عبارة عن زواج مختلط ؟.

وفي مقابل ما قد سبق يعرف جانب آخر من الفقه القانوني هذا الزواج بأنه:

" هو عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين زوجين مختلفين الجنسية يسمى بالزواج المختلط." (زلاسي، المرجع السابق، صفحة 06)

ويرى آخر بأن الزواج المختلط هو.

" كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل جنسية جزائرية وعنصر آخر يحمل جنسية دولة أجنبية." (بالحاج، 2010، صفحة 284)

من خلال التعريفين السابقين يظهر أن صاحب التعريف الأول اعتبر كل زواج يكون طرفيه من جنسيتان مختلفتان يعتبر هذا الزواج مختلط، أما صاحب التعريف الثاني لقد اعتمد على معيارين من أجل تسمية الزواج بالزواج المختلط ويتمثل ذلك في مكان إبرام العقد سواء أبرم العقد داخل إقليم الدولة أو خارجه كمعيار أول، واختلاف الجنسيات بين الزوجين

التي يكون أحد أطرافها جزائري كمعيار ثاني، وما يعاب على التعريف الثاني هو أنه استثنى الزواج ذا الطابع الدولي ولم يدخله في نطاق الزواج المختلط مثل الزوجان الأجنبيان اللذان يختلفان في الجنسية كزواج فرنسي وأمريكية في الجزائر.

لنخلص في الأخير أن الزواج المختلط يجب أن ينظر إليه من الناحية القانونية من خلال ضابط الجنسية ليكون:

الزواج المختلط "هو كل زواج يبرم داخل إقليم دولة معينة أو خارجها بين شخصان يحملان جنسيتان مختلفتان."

وبهذا يستبعد كل زواج يقام بين شخص جزائري مسلم وجزائرية مسيحية من طائفة الزواج المختلط وذلك بسبب اتحاد الجنسية الجزائرية، كما لا يعتبر زواجا مختلطا بالنسبة للقانون الجزائري الزواج الذي يبرم بين جزائريين في الخارج وإن كانت المسألة ترتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الدولي الخاص، ومن هنا فإن الزواج المختلط يتأسس على أساس اختلاف جنسية الزوجين (الطيب، اجتهاد القضاء الجزائري في مسائل الزواج المختلط، صفحة 361)

ب): الزواج الصوري.

إن معرفة الزواج الصوري تتطلب منا التطرق إلى تعريف الزواج أولا: حيث يعتبر ذلك العقد بين رجل وامرأة يترتب على إبرامه مباشرة حل الاستمتاع كلا من الزوجين بالآخر، على الوجه المطلوب شرعا ويجعل لكل منهما حقوق وواجبات تجاه الطرف الآخر. (قانون الأحوال الشخصية العراقي)، لكن قد يدخل المتعاقدين في رابطة تعاقدية ظاهرها حقيقية وباطنها غير ذلك وهو ما يُعرف بالصورية التي تعرف بأنها اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، سواء كان ذلك بصورة مطلقة أو نسبية وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، (عرفات و فهمي ، 2010، صفحة 09) وبذلك نكون أمام وضعين أحدهما ظاهر غير حقيقي، وآخر مستتر حقيقي.

وبهذا يكون التصرف الظاهر هو تصرف قانوني صوري غير حقيقي، أما التصرف الخفي أو المستتر هو التصرف الحقيق، ومن هذا المنطلق يمكن القول بأن الصورية هي مخالفة الحقيقة، تتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدا عليها لسبب خاص بهما في غالب الأحيان ما يكون عن سوء نية (عبد الرزاق، 1998، صفحة 1178).

وتعرف الصورية بمفهوم واسع بأنها وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين المتعاقدين. (عرفات و فهمي مرداوي، المرجع السابق، صفحة 28)

وللإشارة فإن الصورية في بداية الأمر كانت معروفة في العقود المالية فقط ولكن سرعان ما نقلها الأشخاص إلى عقود الحالة المدنية وأصبحت تمس عقد الزواج وهو ما سيتم التطرق ليه بالبيان فيما يلي:

لقد عرفنا فيما سبق أن الزواج هو ما يقصد به حقيقة الارتباط بين الرجل والمرأة وهو ما ينتج أثره بمجرد أن يتحقق الوطء بينهما.

وبهذا يكون الزواج الصوري عكس ما قد سبق أي ما لا يقصد به الارتباط الحقيقي بين الزوجين ولا وطء فيه في غالب الأحيان، أي هو عقد لا تحترم فيه الأركان والشروط المقررة شرعا وقانونا في عقد الزواج، بل يتفق الطرفان على عدم المعاشرة سواء بصفة صريحة أو ضمنية ليصبح الزواج في هذا المقام مجرد إجراء إداري الهدف من ورائه حسب نص المادة 48 من نفس القانون المشار إليه سابقا إما الحصول على بطاقة إقامة في الجزائر، أو جعل الغير يحصل عليها، من أجل اكتساب الجنسية الجزائرية، أو جعل الغير يكتسبها.

ومن هنا يصبح الزواج الصوري هو عبارة عن:" الاتفاق الذي يبرم بين الرجل والمرأة على أن يظهرا للغير في صورة زوجين، إما عقدا أو قولا أوحالا، ولكنهما في الحقيقة لا يردان الارتباط ولا تحقيق أي غاية من غايات الزواج."

أما تعريف الزواج المختلط الصوري.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف الزواج المختلط الصوري تاركا ذلك للفقه القانوني وبعد البحث لم نجد من تطرق لهذا الموضوع بالدراسة لذلك سنحاول وضع تعريف لهذا النوع من الزيجات وبذلك يكون الزواج المختلط الصوري:

" هو العقد الذي يكون بين عنصر وطني وآخر أجنبي لا يقصد به حقيقة الارتباط."

أو هو

" الاتفاق الذي يبرم بين الرجل والمرأة، من جنسيتين مختلفتين على أن يظهرا للغير في صورة زوجين ولكنهما في الحقيقة لا يردان الارتباط ولا تحقيق أي غاية من غايات الزواج، بل يكون الهدف من ورائه إما تحقيق بعض الغايات أو دفع المفاسد"

أو هو:

"عقد ينطوي على عنصر أجنبي يظهر فيه المتعاقدين للجهات المكلفة بالتحقيق فيه أو إبرامه على أنهما زوجان وفي الحقيقة هما غير كذلك حيث تتجه نية الطرفان أو أحدهما لتحقيق مصلحة معينة غالبا ما تكون عبارة عن جنسية أو وثائق الإقامة ".

ثانيا: خصائص الزواج الصوري و آثاره.

من خلال التعريفات السابقة يمكن أن نستخلص جملة من الخصائص التي يقوم عليها هذا العقد وذلك على النحو التالي:

_ هو عقد خاضع لجميع الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها إبرام عقد الزواج في طابعه الدولي.

_ هو عقد يظهر فيه المتعاقدان للجهات المكلفة بالتحقيق فيه أو إبرامه على أنهما زوجان.

_ عقد يصعب إثباته كون أن الصورية في عقد الزواج مرجعها نية الطرفان أو أحدهما.

_ عقد يتم إبرامه لتحقيق مصلحة.

_ هو عقد تحايلي وذلك وفقا لاحتمالين: أولهما تحايل الطرفان على الجهة الموكل لها إبرام عقود الزواج، أو تحايل طرف العقد على نظيره في هذا العقد وغالبا ما يكون الأجنبي هو الذي يقوم بهذا الفعل بحيث يوهم الطرف الوطني على أنه جدي في هذه العلاقة.

_عقد الزواج المختلط الصوري يختلف عن عقد الزواج الباطل بسبب المنع المؤقت أو الدائم وكذلك عن عقد الزواج المنطوي على غش نحو القانون.

_ الصورية في عقد الزواج الدولي ضمنية بمعنى مناطها نية المتعاقدين أو أحدهما ولا يمكن كشفها من الوثائق المطلوبة في إبرام عقود الزواج.

ب : آثار الزواج المختلط الصوري.

لم يحدد المشرع الجزائري مسألة بطلان الزواج الصوري من عدمه إلا أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة فإن العقد الصوري هو عقد باطل ومن هنا فإن هذا البطلان يسري أيضا على الزواج المختلط ولكن وبرغم من أنه عقد زواج غير صحيح فاسد لعقده إلا أنه يترتب على هذا النوع من الزيجات المجرم من جانب التشريع الجزائري مجموعة من لآثار وهي:

_ لا توارث بين الزوجين (المادة 131)

_ ثبوت النسب رعاية لحقوق الطفل.

_ لا يترتب على العقد الباطل صداق للزوجة طبقا لأحكام المادة 33 من قانون الأسرة.

_ لا ينشأ للزوج أي حق على الزوجة ولا للزوجة على زوجها.

_ إثارة مسألة الغش نحو القانون وذلك باستعمال طريقة احتيالية الهدف من ورائها الحصول على الإقامة أو الجنسية.

_ قد ينتج عن اكتساب الإقامة في الجزائر تهديد الأمن الداخلي للبلاد من طرف العنصر المكتسب لها.

_ الحصول على إقامة قانونية باستعمال وسيلة غير مشروعة.

_ اكتساب الجنسية الجزائرية بطريقة غير قانونية ناتجة عن الزواج الصوري.

_ المحور الثاني: تجريم الزواج المختلط الصوري في الجزائر.

قد يدخل أشخاص وطنيين أو أجانب في عقود زواج مختلط صوري لتحقيق أهداف مختلفة تسمح للغير الحصول على الإقامة في الجزائر أو اكتساب جنسيتها لكن المشرع الجزائري قد تصدى لهذا الفعل بنص قانوني يرتب جزاء على مرتكب هذه الجريمة، ومن أجل ما قد سبق كان لزاما تحديد الأركان التي يقوم عليها هذا الفعل الإجرامي في وصف القانون الجزائري كعنصر أول ومن ثم التطرق إلى الجزاء المترتب عليه بعدما يتم الحديث على الأشخاص الذين يرتكبون هذا الفعل.

أولا: أركان جريمة الزواج المختلط الصوري وأشخاصها.

تقوم جريمة الزواج الصوري ذات العنصر الأجنبي على ركن مادي ومعنوي على غرار الجرائم الأخرى وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

أ: أركان الجريمة.

جرم المشرع الجزائري الزواج الصوري المختلط بموجب نص قانوني صريح، حيث تقوم هذه الجريمة على مجموعة من الأركان على غرار باقي الجرائم وهو ما سنبينه فيما يلي:

1): الركن المادي.

لابد من أن يكون لكل جريمة كيان مادي يعبر عن حقيقتها المادية وهذا الكيان لا يظهر في العالم الخارجي ولا يكون له وجود فيه إلا بعد قيام الشخص أو عدم قيامه بأفعال مادية محسوسة نص القانون صراحة على تجريمها، وعلى هذا الأساس فإن الركن المادي لجريمة الزواج المختلط الصوري يتكون من العناصر التالية: سلوك ونتيجة وعلاقة بينهما إلى جانب الشروع أو المحاولة. (عبود، الصفحات 122-122)

فبالرجوع إلى نص المادة 48 سابقة الذكر والتي تقضي بما يلي:

"... القيام بعقد زواج فقط من أجل الحصول على بطاقة المقيم أو جعل الغير يحصل عليها أو فقط من أجل اكتساب الجنسية أو جعل الغير يكتسبها.

ويعاقب بنفس العقوبات قيام الأجنبي بعقد زواج مع أجنبية مقيمة للغايات نفسها.

عندما ترتكب المخالفة من طرف جماعة منظمة...". (11-08)

1-1) السلوك.

يعتبر السلوك المظهر الخارجي للركن المادي للجريمة (https://political-encyclopedia.org/dictionary) فمن المسلم به أن فكرة الجريمة هي أول ما يتبادر أو يتكون في ذهن الفرد ومتى بدأت هذه الفكرة بالتحقق في العالم الخارجي وتتصل بنشاطها الإيجابي كما هو الشأن في الزواج المختلط الصوري متى قام الفرد الوطني أو الأجنبي بالدخول في رابطة تعاقدية موضوعها الزواج في ظهره وحقيقتها تهدف إلى إكساب الغير بطاقة المقيم أو الجنسية، يعد ذلك سلوك.

2-1) النتيجة.

يقصد بالنتيجة الأثر الناجم عن النشاط الإجرامي وهذه النتيجة غالبا ما تتمثل في تحقيق غاية مادية أي تظهر بصورة أثر مادي ضار له وجود محدد في العالم الخارجي، أو هي كل ما يترتب عن السلوك الإجرامي من ضرر، (معنصر ، 2001) وفي هذا المقام فإن النتيجة المحققة في مسألة الزواج المختلط الصوري تتمثل في:

_ اكتساب الشخص الحق في الحصول بطاقة المقيم على الإقليم الجزائري.

_ مساعدة الغير في الحصول على بطاقة المقيم عن طريق الزواج المختلط الصوري.

_ اكتساب الشخص الجنسية الجزائرية.

_ جعل الغير يكتسب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج الصوري.

وبهذا تكون النتيجة مادية تحقق ضررا للمجتمع والدولة بحد ذاتها وخاصة إذا كان الهدف من وراء الحصول على الإقامة أو الجنسية ضرب الاستقرار الأمني داخل البلاد ومن ثم تهديد النظام العام في البلد.

3-1) العلاقة السببية.

يشترط لتحقيق الكيان المادي للجريمة وجود علاقة مباشرة بين الفعل والنتيجة بمعنى أن تكون علاقة بين السبب والمسبب، (lawyer.com، 2022) وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري لم يبين السبب من وراء تجريم الزواج المختلط الصوري تاركا في ذلك الباب مفتوح مما يجعل كل نتيجة سلبية تحقق ضررا للدولة والنسيج المجتمعي في البلاد كان سببها الزواج المختلط الصوري ينطبق عليها نص التجريم وبالتالي العقوبة.

4-1) مرحلة ارتكاب الركن المادي لجريمة الزواج الصوري.

تعرف هذه المرحلة بمرحلة الشروع أو المحاولة، بحيث أنه يمر هذا الفعل الإجرامي كغيره من الجرائم بثلاثة مراحل التفكير والتحضير والتنفيذ (سراج عبود، صفحة 130) وطالما أن جريمة الزواج المختلط قد ترتكب من قبل فرد أو من قبل الجماعة التي تكون في شكل شبكة إجرامية تسعى للإتجار بهذا النوع من العقود وتحقيق دخل مادي من خلالها، بحيث يدخل الفرد في مرحلة نفسية وهي التي تنبت فيها الفكرة الإجرامية وتنعقد لديه النية في ارتكابها، بمعنى آخر التفكير في تقديم تسهيلات للغير من أجل الحصول على الإقامة أو الجنسية في الجزائر باستعمال عقد الزواج الصوري.

وبعد الاقتناع بالجريمة والتصميم عليها يدخل الفاعل في مرحلة جديدة والتي خلالها يظهر نشاط الفاعل على أرض الواقع كأن يقوم بالإعلان بطريقة سرية عن استعداده لإقامة عقد زواج صوري مع طرف آخر يسعى للوصول إلى الإقامة أو الجنسية الجزائرية بمقابل مادي.

فبمجرد أن يبرم هذا الأخير عقد الزواج المختلط على النحو الذي سبق بيانه يصبح خاضعا لنص المادة 48 من القانون 11-08 سابق الذكر وبالتالي تطبيق العقوبة على هذا الفعل.

ب): الركن المعنوي.

من المعروف قانونا أن كل شخص يصدر عنه فعلا مجرما بموجب نص قانوني تقوم في حقه المسؤولية الجنائية وذلك باعتبار أن الشخص مس أمن ومصلحة المجتمع بكامله، فمن دون الركن المعنوي لا تعد الجريمة قائمة حتى وإن اكتملت جل العناصر السابقة، وبهذا فإن أساس التجريم في التشريع ليس الفعل المحدد في النص القانوني فقط، وإنما هو أيضا اتصال هذا الفعل بإرادة إحداثه على النحو الذي يحدده القانون. (أنقوش سعاد و أشعلال صبرينة، صفحة 05)

بمعنى تحقق عنصر القصد (عبد القادر عبدو، 2010)والذي يقوم على عنصرين وهما العلم (بالعليات ابراهيم، 2007) والإرادة، فبرجوعنا إلى نص المادة 48 السابق فإن علم الجاني يكون مفترضا في إقدامه على هذا الفعل بمعنى أنه يكون:

1) عالما بطبيعة الفعل أي دخوله في عقد الزواج الصوري يمنح الغير الحق في الحصول على بطاقة المقيم أو الجنسية.

2) عالما بطبيعة النتيجة والتي تبقى دائما وفقا لهذا النص تنحصر في الحصول على بطاقة المقيم أو الجنسية الجزائرية.

3) العلم الكافي بالظروف التي تدخل في تكوين الجريمة أي أن الجاني على علم كافي بأن الزواج المختلط في الجزائر يمنح للأجنبي الحق في الحصول على بطاقة الإقامة أو الجنسية.

4) العلم بالقانون: إن العلم بالقانون مفترض في كل الأفراد المقيمين في الجزائر وذلك تطبيقا لمبدأ لا يعذر بجهل القانون وهو افتراض لا يقبل إثبات العكس كما لا يمكن الاحتجاج به ولا إثباته في هذه المسألة.

أما العنصر الثاني وهو الإرادة والتي تتمثل في العزم على ارتكاب هذا الفعل فهي واضحة من خلال نص المادة 48 سابق الذكر فلقد أدرج المشرع مصطلح "**...القيام بعقد زواج...من أجل الحصول...**" فدخول الفرد في إبرام عقد زواج صوري يثبت اتجاه إرادته الصريح في حصوله هو على الإقامة أو الجنسية أو تمكين الغير من ذلك.

ب): الأشخاص المقصودين بالنص القانوني.

من خلال استقرائنا لنص المادة 48 من القانون 08-11 المبين أعلاه يتضح أن جريمة الزواج المختلط الصوري ترتكب من قبل أشخاص طبيعيين في شكل أفراد أو جماعة.

1): **الأفراد**

إن الفرد الذي يقوم بجريمة الزواج المختلط الصوري قد يكون وطنيا كما قد يكون أجنبيا.

1-1) الفرد الوطني:

الفرد الوطني هو كل فرد تربطه رابطة الجنسية مع الدولة الجزائرية سواء كانت أصلية اكتسبها عن طريق رابطة الدم أو الإقليم أو كانت مكتسبة عن طريق الزواج أو الإقامة أو بسائر الطرق الأخرى التي تسمح باكتساب الجنسية الجزائرية.

2-1) الفرد الأجنبي. (إبن المنظور الإفريقي المصري، 1993، صفحة 277)

حدد المشرع الجزائري الفرد الأجنبي بموجب نص المادة 03 من القانون 08-11 المبين أعلاه بأنه:

" يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أي جنسية ".

ومن أجل القيام بهذا الفعل المنصوص عليه في المادة 48 من القانون 08-11 لابد أن يكون الأجنبي مقيم في الجزائر للغايات نفسها، حيث أنه يعتبر مقيم في نظر التشريع الجزائري:

" كل شخص يرغب في تثبيت إقامته الفعلية والمعتمدة والدائمة في الجزائر والذي رخص له بذلك بتسليمه بطاقة المقيم من قبل ولاية مكان إقامته مدة صلاحيتها 2 سنتان والتي تكون واجبة لكل

من بلغ سن 18 سنة ولكل طالب أجنبي أو عامل أجنبي.

3-1): الجماعة المنظمة.

لقد نص المشرع بموجب نفس نص المادة 48 من نفس القانون أن يرتكب فعل الزواج الصوري المختلط من قبل جماعة منظمة حيث تنشط هذه الجماعة بصفة سرية والتي قد تتكون من أفراد جزائريين مشكلين بذلك جماعة إجرامية أو من قبل مجموعة من الأفراد الأجانب المقيمين بصفة قانونية في الجزائر كما أنه لا يستبعد أن تحتوي هذه الشبكات أفراد جزائريين وأجانب مقيمين، وفي كل الحالات فإن القيام بهذا الفعل في شكل جماعة إجرامية يقتضي تطبيق القانون وبالتالي الخضوع للعقوبة المقررة في هذا الشأن.

ثانيا: الجزاء المترتب على ارتكاب هذه الجريمة.

أقر المشرع بموجب أحكام نص المادة 48 من القانون المبين أعلاه نوعين من الجزاءات منها ما هو سالب للحرية مقترن بظرف تشديد ومنها ما هو مادي ماس بالممتلكات.

أ): في حال ارتكاب الفعل من فرد.

كما وقد سبق الإشارة إليه أن الفرد قد يكون وطنيا أو أجنيا فإما أن يكون:

_ أجنبي مسلم تزوج من جزائرية مسلمة بهدف الحصول بطاقة المقيم أو الجنسية الجزائرية.

_ زواج الأجنبي غير المسلم بجزائرية غير مسلمة بهدف الحصول على نفس الغاية.

_ زواج الجزائري من أجنبية أو العكس بهدف الحصول على الإقامة أو الجنسية للطرف الأجنبي.

_ زواج ذو طابع دولي أي زواج شخصان أجنبيان في الجزائر.

في جميع الحالات المبينة سابقا فإن المشرع الجزائري قد قرر عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.00 دج إلى 500.00 دج إلى جانب العقوبات التكميلية التي تتمثل فيما يلي:

_ المنع من الإقامة في الإقليم الجزائري لمدة 5 سنوات.

_ المنع من النشاط المهني أو الاجتماعي الذي ارتكبت المخالفة بمناسبته لمدة 5 سنوات على الأكثر.

ب): في حال ارتكاب الفعل من قبل جماعة منظمة.

قد ترتكب الجماعة هذا الفعل الإجرامي المعاقب عنه بغض النظر عن الجنسيات المكونة لأفراد هذه الجماعة فإن ذلك يجعل العقوبة تقترن بظرف من ظروف التشديد حسب الفقرة الثالثة من المادة 48 من القانون 08-11 من نفس القانون وتصبح العقوبة:

10 سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج وإلى جانب هذه العقوبة يتعرض أفراد هذه المجموعة لمصادرة ممتلكاتهم أو جزء منها العقارية والمنقولة إذا كانوا جزائريين، أو الممتلكات المنقولة

كلها أو جزء منها إذا كانوا مقيمين، إلى جانب العقوبات التكميلية المذكورة فيما قد سبق.

خاتمة

ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذه الدراسة ما يلي:

_ هو أن الزواج بصفة عامة حق شرعي وقانوني لكل شخص طالما كان مبني على قاعدة صحيحة بما في ذلك الزواج المختلط الذي اعترف به المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية.

_ دخول الصورية في العقود المدنية " عقد الزواج" له أثر سلبي كبير على النسيج المجتمعي.

_ أصبح البعض يستعملون هذا العقد المقدس فيما لم يخصص له في سبيل تحقيق مصالح شخصية، بحيث يكون العقد في ظاهره زواج أما في باطنه هزل فأدى ذلك إلى عواقب وخيمة على الأسرة والنسيج المجتمعي وأبعد من ذلك في

بعض الحالات كون أن هذا العقد مرتب لآثاره حتى وإن كان صوريا مالم يتم إثارة هذا الأمر والسبب في ذلك الطبيعة الخاصة لعقد الزواج التي يستحيل فيها رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد خاصة وإن ترتب على هذا العقد أطفال.

التوصيات:

_ تحديد المقصود بالزواج المختلط الصوري في نص قانوني صريح ضمن قانون الأسرة.

_ وجوب تحصين عقد الزواج المختلط ضد الصورية وهو ما عمل به المشرع الجزائري حيث جرمها وشدد العقوبة فيها إلى جانب دعم آليات الكشف عنه سوء من حيث التحقيقات أو متابعة سير الحياة الزوجية.

_ يجب توسيع مجال التجريم أكثر في هذا النوع من الزيجات نظرا لخطورته على النسيج المجتمعي ليصل إلى حد وقوعه تحت تأثير الغلط أو الإكراه أو التدليس وبجل الطرق الاحتيالية الأخرى.

_ ضرورة استحداث آليات قانونية أخرى تمكن من التصدي لهذا النوع من الزيجات.

قائمة المصادر والمراجع:

1 _ القوانين

01- القانون 08-11 المؤرخ في الأربعاء21 جمادى الثاني عام 1429 الموافق ل 25 يونيو2008المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، الجريدة الرسمية العدد 36، الصادرة في 02 يوليو سنة 2008.

02 _القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية عدد 24 المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم.

2 _ المؤلفات.

أ) كتب:

01 _ الطيب، زروتي، (2000)، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، تنازع القوانين، ج 1، مطبعة الكاهنة، الجزائر.

02 _ ابن منظور، الإفريقي المصري، (1993)، لسان العرب، ط1، دار الصادر، بيروت.

03 _ بالحاج، العربي، (2010)، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.

04-بالعليات، إبراهيم، (2007)، أركان الجريمة وطرق إثباتها في قانون العقوبات الجزائري، دار الخلد ونية للنشر والتوزيع، الجزائر.

04_عبد الرزاق السنهوري، (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد آثار الالتزام، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان.

05_عبود، سراج، (بدون سنة النشر)، شرح قانون العقوبات_ القسم العام_، الجزء الأول، نظرية الجريمة، بدون دار النشر.

ب) مقالات:

01_ بن قادة، خويرة، (2018): صورية عقد الزواج، مجلة القانون، العدد 02، المجلد 06، سنة 2018، ص 131-145.

02 – معنصر، مسعودة، (2021): مفهوم السلوك الإجرامي وأساليب التكفل به، مجلة المقدمة للدراسات الإنسانية و الاجتماعية، العدد 01. المجلد 06.

ب) مذكرات:

01 _العيد، لغريب، (2015/2014): النظام القانوني لإبعاد وطرد الأجانب في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر.

03_زلاسي، بشرى، (2001/2000): الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون.

04_عرفات، نواف، فهمي، مرداوي، (2010)، الصورية في التعاقد " دراسة مقارنة"، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

05 _ مرزوق، تاسعديث، بوسحساح، زهرة، (2016): الزواج المختلط في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماستر، قانون الأسرة، جامعة أكلي محند اولحاج_ البويرة، الجزائر.

ج) المو اقع الالكترونية

_https://jordan-lawyer.com--http://arab-ency.com.sy/ency/details/2456

-https://uomustansiriyah.edu.iq/media/lectures.

أحكام أهلية الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

Provisions of the capacity of mixed marriage between Islamic jurisprudence and Algerian law

د. نعيمي زيغمي

Dr. Naimi Zighmi

أستاذ محاضر ب، تخصص شريعة وقانون

جامعة عمار ثليجي الأغواط / الجزائر

University: Ammar Telidji Laghouat / Algeria

الملخص:

الزواج عقد بين رجل وامرأة هدفه تكوين أسرة قوامها القيم وحفظ الحقوق الزوجية، ومع التسارع في مجال التواصل الاجتماعي كأثر من آثار التطور التكنولوجي الذي شهده أهل هذا العصر ،عمت ظاهرة الزواج المختلط، نتيجة التعارف عبر الانترنت ومنصات التواصل الاجتماعي، حيث تجاذبت قواعد الزواج المختلط بما في ذلك قواعد الأهلية في القانون الدولي الخاص باختلاف الجنسيات تشريعات الدول المتعددة، مما تطلب دراسة القواعد القانونية المنظمة لهذه العلاقات في سياق تنازع القوانين الخاصة بأهلية الزواج، حماية للأفراد وللنظام العام للدول، موسومة ب: **"أحكام أهلية الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري".**

الكلمات المفتاحية: الأهلية، الزواج، المختلط، الفقه، القانون،

Abstract:

Marriage is a contract between a man and a woman whose goal is to form a family based on values and preserve marital rights. With the acceleration in the field of social communication as one of the effects of the technological development that our time has witnessed, the phenomenon of mixed marriage has spread as a result of acquaintance through the Internet and social media platforms, where the rules of mixed marriage have attracted attention - including the eligibility rules. In international law concerning different nationalities - the legislation of multiple countries, which requires a study of the legal rules regulating these relations in the context of the conflict of laws related to the capacity of marriage to protect individuals and the public order of states, marked by: "Provisions of the capacity of mixed marriage between Islamic jurisprudence and Algerian law".

Key words:

, eligibility, marriage, mixed marriage, jurisprudence, law

مقدمة:

تربط الفرد بأسرته مراكز قانونية يصطلح عليها بالأحوال الشخصية، وقد ضبطت بشروط موضوعية من أهمها الأهلية وعليها مدار البحث في هذه المداخلة المتعلقة **بالمحور الثالث لهذا الملتقى: الشروط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص.**

وقد جاءت موسومة ب: **"أحكام أهلية الزواج في القانون الدولي الخاص بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري"**، لعلها تسد فجوة علمية أثارها الزواج المختلط، في موضوع معدود من الشروط الموضوعية، وما يتبعه من آثار وإجراءات مدنية، بغية الوقوف على حيثياتها، مع التعريف بموقف المشرع الجزائري منها، وصولا إلى اقتراح الحلول التي يراها الباحث ناجعة فيما تثيره هذه النقطة من إشكالات شرعية وقانونية.

أهمية الموضوع:

أهلية الزواج من المواضيع التي أولتها التشريعات السماوية والوضعية اهتماما بالغا تستدعي الوقوف عندها مليا عندما تتعارض فيها الأحكام، بسبب تعلقها بعقد زواج بعض أطرافه يمثل العنصر الأجنبي.

كما تظهر أهمية الدراسة لهذا البحث من حيث كونه يعالج قضية تمس لبنة أساسية في تكوين المجتمعات، وتعد بحق من الضروريات، ويزيد الأمر أهمية عندما تتعارض فيه القوانين المنظمة لها بسبب اختلاف الجنسيات والانتماءات.

وتتجلى الأهمية أيضا في ما يمكن الوصول إليه من حلول بعد عرض الإشكالات وما عسى أن يسده البحث من فراغات علمية فقهية وقانونية، تكون نبراسا للمشرع والقاضي على حد السواء .

أهداف المداخلة:

سد فجوة علمية فيما يثيره موضوع البحث من إشكالات مستجدة فقها وقانونا، في قضية أهلية الزواج كشرط من الشروط الموضوعية في الزواج عموما والزواج المختلط على وجه الخصوص، إثراء للبحث في الأحوال الشخصية على ما تكتسيه من أهمية .

الكشف على أحكام أهلية الزواج في الزواج المختلط (الزواج الدولي) في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

توضيح قاعدة الإسناد الخاصة بالأهلية، والتي اتجهت إليها غالبية تشريعات، كمبدأ، وما يرد عليها من استثناءات .،مع التعليل والتمثيل.

طرح الإشكال:

يثير موضوع الأحوال الشخصية إشكالات واسعة النطاق في مجال تنازع القوانين، تجعل البحث عن الحلول المناسبة لها بما يحفظ الحقوق ويكفل الحماية لأطراف العقد أيا كانت جنسيتهم أو موطنهم من أولى أولويات المجتمع، في عصر تقاربت فيه الحضارات، وتضاربت فيه المفاهيم والحقوق والالتزامات، في موضوع الأحوال الشخصية، وما ينطبع به من أوصاف حساسة كونها تمس ضرورية من ضروريات الدين- النسل، والعرض، والنسب- من جهة، وهي في نفس الوقت صورة من صور النظام العام من جهة ثانية، ومن هنا نطرح الإشكالي التالي:

ما هو حكم أهلية الزواج في الزواج المختلط في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

ما هي الإشكالات الفقهية والقانونية التي يثيرها موضوع أهلية الزواج المختلط؟ وكيف عالجها الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟ حماية للمواطن داخل دولته وخارجها، وحفظا للنظام العام وخصوصيات المجتمع المسلم.

المطلب الأول: مدخل مفاهيمي

الفرع الأول: الأحوال الشخصية وشروط الزواج الموضوعية قواعد التطبيق المتعلقة بها

يقصد بالأحوال الشخصية مجموع القواعد القانونية التي تنظم علاقات أفراد أسرة تجمعهم أواصر النسب والمصاهرة، وتهتم بحالة الشخص وأهليته وزواجه وطلاقه والحضانة والولاية على أبنائه، إضافة إلى الميراث والتبرعات (العربي، 2010م، صفحة 13) (زروتي، 2010م، صفحة 14)، وقد ألحق المشرع الجزائري بهذا عقود التبرعات، وقد ذهبت المحكمة العليا إلى هذ المفهوم بدورها (بلحاج، 2015م، الصفحات 20-21).

ويقصد بالشروط الموضوعية في عقد الزواج وفق القانون الجزائري ركن التراضي وشروط الصحة، من أهلية و ولي وصداق وشاهدين وخلو الزوجين من المو انع الشرعية، كما نصت عله المادة: 09، والمادة: 09 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير2005/، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم (الفريق القانوني لكليك للنشر، 2010-2011م، الصفحات 07-08).

والوقوف على الشروط الموضوعية للزواج الهدف منه: إسقاط القواعد العامة والكليات الفقهية والقانونية على جزئياتها إلا ما استثناه الدليل، والقاعدة العامة هنا: أن ضابط الإسناد هو الجنسية كمبدأ عام إلا ما استثنته القواعد الخاصة لمصلحة راجحة، وهذا المبدأ مأخوذ من نص المادة: 10، و11 من القانون المدني الجزائري. وقد نصت هذه الأخيرة: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" معدلة بالأمر رقم:05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2007م (لعور و صقر، 2007م، صفحة 11). ويعتد بجنسية الزوجين وقت إبرام العقد، ولا يتأثر بما وقع من تغيير بعده (بشور، 2016-2017م، صفحة 34).

وتجدر الإشارة إلى إشكال قانوني وفقهي عندما يكون الزوجان من جنسيتين متغايرتين حيث انقسم الفقه والقانون إلى مذهبين، الأول التطبيق الجامع - وفحواه التزام شروط الزواج لكلا الزوجين بحسب ما اجتمع عليه قانونا جنسيتهما معا-، والثاني التطبيق الموزع وهو أن يلجأ القاضي إلى مراعاة شروط الزواج لكل من الزوجين بما نص عليه قانون جنسيتهما كل على حدة، هذا وقد جنح مشرعنا الجزائري إلى هذا الأخير بنص المادة 11 أعلاه. حيث يسري على الشروط الموضوعية للزواج -ومنها الأهلية- قانون جنسية كل من الزوجين على حدة، أي وجوب توافر الشروط الموضوعية في الزوج بحسب قانون جنسيته دون اشتراط توافرها في الزوجة، ووجوب توافر الشروط الموضوعية الزوجة بحسب قانون جنسيتها دون اشتراط توافرها في الزوج (بشور، 2016-2017م، الصفحات 34-35).

ويستثنى من ذلك ما يتعلق بموانع الزواج فيطبق عليها القانونان معا إعمالا لمبدأ التطبيق الجامع.

وهناك استثناء آخر بهذا الخصوص، لكن الأهلية خارجة عن نطاقه، وهو ما نصت عليه م: 13 /1ق من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين: 11و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 12). حيث أسندت سلطة الفصل في النزاع في ما يتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون القاضي الجزائري خاصة، بشرط كون أحد أطراف القضية جزائريا حين انعقاد الزواج إلا ما كان يتعلق بالأهلية كما سبقت الإشارة إليه.

وبناء على ما تقدم فإنه يسري على حالة وأهلية الشخص الطبيعي قانون جنسيته. هذا الخير هو الذي يحدد للقاضي أهلية الأطراف حول الحقوق المتنازع عليها ومن يعتبر قاصرا وهكذا.

الفرع الثاني: تعريف الأهلية

نتناول في هذ المطلب مفهوم الأهلية، ونحدد من أنواعها الأهليةَ المقصودةَ بالدراسة في موضوع الزواج المختلط وتنازع القوانين، موضوع هذا البحث، وذلك فيما يلي:

أولا: الأهلية لغة واصطلاحا

1- الأهلية لغة

الأهلية في اللغة مصدر صناعيّ من أَهْل: كفاءة وجدارة مقدِرَة، مهارة "ذو أهليّة للعمل معنا". فالأهلية لأمر ما الصلاحية له، ويقال فلان أهل لهذا الشأن إذا كان صالحا له جديرا به، ولهذا يشترط في من يتحمل أي مسئولية أن يكون متصفا بالأهلية. وَ (أَهَّلَهُ) اللَّهُ لِلْخَيْرِ (تَأْهِيلًا)، وَتَقُولُ فُلَانٌ أَهْلٌ لِكَذَا وَلَا تَقُلْ: مُسْتَأْهِلٌ (الرازي، 1420هـ-1999م، صفحة 25). (رينهارت بيتر، من 1979 إلى 2000م، صفحة 642/06) (أحمد مختار وآخرون، 1429هـ-2008م، صفحة 136/01)

2- الأهلية اصطلاحا

الأهلية اصطلاحا صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وتحمل الواجبات، ولأن تصدر عنه التصرفات على وجه معتد به شرعا (الزحيلي و.، صفحة 2888/04).

أو نقول: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصح منه التصرفات (الزحيلي م.، 1414هـ- 1993م، صفحة 130).

ثانيا: أنواع الأهلية، وتحديد النوع المعني بالدراسة

نلاحظ من خلال التعريف أن الأهلية نوعان، الأولى صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق وتثبت عليه الالتزامات، وتسمى بأهلية الوجوب. ومناطها الصفة الإنسانية. وهذا النوع من الأهلية لا يعنينا دراسته في موضوع بحثنا.

والثانية صلاحيته لأن تصدر عنه التصرفات الشرعية أو القانونية على وجه يعتد به في الشرع أو القانون، ومناطها التمييز والإدراك.

وأهلية الأداء بهذا المعنى يصطلح عليها بأهلية الأداء العامة، وقد عرفها السنهوري بقوله: "صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا"، وفسرها بقوله: "صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، إذ يحصل أن يكون الشخص متمتعا بحق، ولكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه إلا في حدود معينة، فهو ناقص أهلية الأداء كامل أهلية الوجوب" (السنهوري، د س، صفحة 81).

وهناك أهلية أداء خاصة، يستلزم لتوافرها شروط خاصة، تتعلق ببعض الأعمال القانونية، ولا تقوم على اعتبار التمييز والإدراك أو السلامة من العيوب، يسري عليها القانون المنظم للعلاقات بين الأشخاص، ومنها على سبيل المثال: ضرورة حصول الزوجة على إذن زوجها للتصرف في مالها، وعدم أهلية رجال القضاء لشراء الأموال المتنازع عليها (زروتي، 2010م، صفحة 17).

وهذه الأهلية الخاصة ليست هي الأهلية المقصودة بالدراسة في هذه المداخلة أيضا . (بشور، 2016-2017م، صفحة 31)

نخلص من خلال هذا الطرح إلى أن الذي يعنينا من أنواع الأهلية في كونها شرطا موضوعيا من شروط الزواج هو أهلية الأداء العامة.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على أهلية الزواج المختلط بين القانون الجزائري والفقه الإسلامي

وللوقوف على ذلك نتعرض لأهلية الزواج وموقف القانون الجزائري والفقه الإسلامي منها، ثم نتعرض بالدراسة للقانون الواجب التطبيق في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أهلية الزواج في فقه الأسرة

أولا : أهلية الزواج في القانون الجزائري

القانون الجزائري يعتبر الزواج من التصرفات المستوجبة لتوافر الأهلية الكاملة، وذلك لما ينتج عنه من التزامات مالية واجتماعية وعائلية، فكان من المصلحة توافر شروط وانتفاء موانع معينة، ليُضفى على العقد مشروعيتُه، ومن ثم يثبت أثره في محله، ومن هذه الشروط: أهلية الزوجين الخاليين من الموانع الشرعية، فالأهلية مظنة النضج الفكري والقدرة البدنية والمالية المعبر عنها في الحديث النبوي الشريف: **«يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ»** (البخاري، 1422هـ، صفحة 03/07).

وعلى هذا الأساس حددت المادة: 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدلة بالأمر: 05-02 سن الزواج ب: 19 سنة ميلادية يوم إبرام العقد، ويعتمد في ذلك على دفتر الحالة المدنية عند وجوده أو شهاده الميلاد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية للزوجين. وقد حظر قانون الأسرة في المادة 13 من الأمر رقم: 05-02 إجبار القاصرة على الزواج، سواء في ذلك الولي وغيره (الفريق القانوني لكليك للنشر، 2010-2011م، صفحة 13)، وسكت عن القاصر، فتجري عليه القواعد العامة كالمادة 07 من قانون الأسرة أعلاه، والمادة : 40 من القانون المدني الجزائري.

فإذا وقع العقد قبل اكتمال الأهلية كان باطلا بطلانا مطلقا، ويمكن الطعن فيه قبل الدخول من طرف النيابة العامة من تلقاء نفسها أو من أحد الزوجين أو ممن له مصلحة (العربي، 2010م، صفحة 117). أما بعد الدخول فيؤول العقد إلى قابلية الإبطال، ولا يمكن الطعن فيه إلا من قبل الزوجين، وهذا كله إذا لم يوجد إذن من رئيس المحكمة وفق الضوابط القانونية الاتي ذكرها، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في حكمها المؤرخ في: 21 /02/ 2001، ملف رقم: 255711 . (العربي، 2010م، صفحة 119).

وللإشارة فإن ما سبق ذكره هو القاعدة و الأصل، ويرد عليه استثناء مفاده أنه للقاصر ذكرا كان أم أنثى الحق في الزواج دون السن المذكور، بشرط إذن رئيس المحكمة وثبوت المصلحة على الولي المقتضية للزواج، والسلطة التقديرية في ذلك للقاضي (العربي، 2010م، صفحة 119).

وفي هذه الحالة يثبت للقاصر أهلية الخصومة الزوجية بمجرد أن يتم له الإذن بالزواج، حيث يكتسب أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره، وما يتعلق به من التزامات وحقوق للزوجين كليهما.

أما المصاب بخلل عقلي من عته وجنون فإنه عديم التمييز فاقد للاختيار والتعبير عن الإرادة، وبالتالي تقع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، ولا يعتد بها شرعا ولا قانونا، بما في ذلك عقود الزواج وفق ما نصت عليه المادة: 85 من قانون الأسرة الجزائري: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه" (الفريق القانوني لكليك للنشر، 2010-2011م، صفحة 25). ونفس الأمر وبضبط ووضوح، وعبارة أدق أجاءت المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالأمر رقم: 05-10، حيث لم تذكر السفه في حكم واحد مع العته والجنون، ونعلم أنه لا يترتب عليهما نفس الأثر أو

الحكم، وإنما جمعت هذه الأخيرة بين حالات متناسبة فيما ذكر من: صغر السن والعته والجنون، ونصها: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أوعته أو جنون" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 23).

ثانيا: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

وضع فقهاء الإسلام من الضوابط والشروط ما يجعل هذه الولايو لمصلحة المُوَلَّى عليه، وحصروا ذلك فيمن تتوفر فيه الشفقة والأمانة والنظر من الأولياء، كما منع الولي تزويج المُوَلَّى عليه في الحالات التي يعود فيها الزواج عليه بالضرر ، وقد جاء تعريف الولاية بهذا الخصوص بأنها:

"سلطة ثابتة شرعا لولي مخصوص تخوله القدرة على إنشاء عقد الزواج بالنسبة لغيره الذي تعلقت به أسباب مخصوصة" (بوشمة، 2009، صفحة 50).

وعبارة: " إنشاء عقد الزواج" فيها إشارة إلى موضوع هذه الولاية وهو التزويج، وبهذا أخذت القوانين العربية - ومنها المشرع الجزائري- جملة وإن اختلفت في التفاصيل، حيث فتحت المجال للترخيص بالزواج دون سن الأهلية مع ربطه بالمصلحة وضرورة وقدرة المُوَلَّى عليه على الزواج" (بوشمة، 2009، صفحة 50).

يقول وهبة الزحيلي: " ..أما رأي فقهائنا في سن الزواج: فإنهم اتفقوا على عدم انعقاد زواج الصغير غير المميز، أما الصبي المميز فينعقد زواجه موقوفاً عند الحنفية على إجازة وليه، ويبطل زواجه كسائر عقوده عند الجمهور، وإنما يزوجه وليه، فإذا بلغ خمسة عشر عاماً تزوج بنفسه، وعند أبي حنيفة إذا بلغ سن الثامنة عشرة" (الزحيلي و.، الصفحات 09/ 6689-6690).

فالتصرفات الدائرة بين النفع والضرر يباشرها ناقص الأهلية تنعقد صحيحة، لكون عبارته تصلح لإنشاء التصرفات باعتبار كونه مميزا وله إمكانية فهم صيغ العقود والتعبير عنها، إلا أنها محدودة و" لا يومن على تقدير ما يجره عليه التصرف من نفع أو ما يلحقه من خسارة، فكان تصرفه موقوفا لهذا السبب حتى يراجعه الولي" وهذا عند سائر الفقهاء إلا الشافعي حيث تنقسم أهلية الأداء عنده إلى قسمين فقط فإما أن يكون الشخص على مذهبه عديم الأهلية أو يكون راشدا بلا واسطة بينهما وعليه فتصرف غير الراشد عنده باطل بطلانا مطلقا (السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 1998، صفحة 181/04).

أما عن أثر الجنون في أهلية الزواج، ففي وقت الجنون يكون المجنون كالصبي غير المميز، تنسلب عنه الولايات الثابتة بالشرع، ومنها ولاية الزواج ... لعدم قصده، ومعنى ذلك أن جميع عقوده وتصرفاته تبطل لأنه فاقد الأهلية، وعلة لك أن الإرادة في التصرفات الشرعية والقانونية محل اعتبار، و فاقد للتمييز لا يتأتى منه ذلك.

أما ما قد يصدر عن المجنون من وقائع مادية كالإحبال وإتلاف نفس الغير أو ماله على قاعدة العمد والخطأ في أموال الناس سواء، فهي معتبرة شرعا وقانونا وتترتب عليها آثارها، بغض النظر عن الإرادة وجدت أم فقدت بحيث ينسب إليه الولد، ويضمن أرش الجنايات وهكذا.

"وأما في وقت الإفاقة التامة بحيث يكون المصاب كامل العقل والتمييز فتعتبر تصرفاته صحيحة نافذة، فإن كانت إفاقته غير تامة، بأن كان يعقل بعض الأشياء دون بعض، فتعد تصرفاته كالمميز موقوفة على إجازة وليه إذا كانت محتملة الضرر والنفع، وتبطل إذا كانت ضارة، وتنفذ إذا كانت نافعة. وهذا عند الحنفية والمالكية" (الزحيلي و.، صفحة 4498/04).

الفرع الثاني: موقف القانون الجزائري من القانون الواجب التطبيق على الأهلية في الزواج المختلط في ضوء والفقه الإسلامي،

أولا: رأي المشرع الجزائري في القانون الواجب التطبيق على الأهلية في الزواج المختلط

1- المبدأ العام

دون أن ننسى ما أحاط به المشرع الجزائري هذه المسألة من حماية لخصوصيات المجتمع الجزائري المسلم، بحيث يطبق القانون الجزائري باعتباره قانون القاضي في حالات مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام والآداب العامة في الجزائر،[المادة : 24]، من القانون المدني الجزائري، أو إحالة القانون الأجنبي إلى قانون القاضي الجزائري [المادة : 23 مكرر1/2] من نفس القانون، أو كان المتقاضي المعني عديم الجنسية ومتوطنا أو مقيما فعليا في الجزائر، [المادة : 3/22]، من القانون أعلاه (لعور و صقر، 2007م، الصفحات 16-17). (زروتي، 2010م، الصفحات 17-18)، فقد وضع المشرع الجزائري قواعد إسناد تحكم الشروط الموضوعية للزواج في م:11 ق م ج: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 11). بقاعدة عامة فحواها الإخضاع للقانون الجنسية في حالة كون الزوجين من جنسية واحدة.

وتجدر الإشارة إلى إشكال قانوني أوفقهي عندما يكون الزوجان من جنسيتين متغايرتين، حيث انقسم الفقه والقانون إلى مذهبين، هما التطبيق الجامع عند البعض، والتطبيق الموزع عند البعض الآخر، وقد جنح مشرعنا الجزائري إلى هذا الأخير بنص المادة: 11 أعلاه. حيث يسري على الشروط الموضوعية للزواج - ومنها الأهلية- قانون جنسية كل من الزوجين على حدة، أي وجوب توافر الشروط الموضوعية في الزوج بحسب قانون جنسيته دون اشتراط توافرها في الزوجة، ووجوب توافر الشروط الموضوعية الزوجة بحسب قانون جنسيتها دون اشتراط توافرها في الزوج.

و هذا الحكم يشمل الأهلية كونها من جملة الشروط الموضوعية للزواج، فيطبق عليها قانون الجنسية كقاعدة عامة، بمعنى أن ما يقوم به الشخص الجزائري من تصرفات داخل الوطن أو خارجه خاضع للقانون الجزائري، ونفس الأمر بالنسبة للأجنبي فإنه يطبق على أهليته قانون جنسيته، وهذا حسب ما

نصت عليه م: 10 ق.م.ج: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 11).

وبناء على ذلك فقانون جنسية الشخص جزائريا كان أم أجنبيا هو الذي يحدد ما إذا كانت له صلاحية إبرام التصرف القانوني فيصدر منه معتدا به قانونا أم لا ؟ كما يحدد لنا عوارض الأهلية وموانعها، وآثار التصرفات التي يبرمها ناقص الأهلية، والأشخاص الذين من حقهم أن يطعنوا فيها حماية لمصلحة القاصر أو الغير بحسب ما تقتضيه المصلحة، إلا ما استثنته المادة أعلاه في فقرتها الثانية: وهي متعلقة بالأمور المادية دون سواها (زروتي، 2010م، الصفحات 16-17).

ملاحظة:

يستثنى من ذلك ما يتعلق بموانع الزواج فيطبق عليها القانونان معا إعمالا لمبدأ التطبيق الجامع.

وهناك استثناء آخر بهذا الخصوص، لكن الأهلية خارجة عن نطاقه، وهو ما نصت عليه م: 13 ق م أعلاه، حيث أسندت سلطة الفصل في النزاع في ما يتعلق بالشروط الموضوعية لعقد الزواج إلى قانون القاضي الجزائري خاصة بشرط كون أحد أطراف القضية جزائريا حين انعقاد الزواج إلا ما كان يتعلق بالأهلية كما سبقت الإشارة إليه.

2- الاستثناء: حالة ناقص الأهلية

خص المشرع الجزائري ناقصي الأهلية بقواعد إسناد خاصة تضبط مسائل النيابة الشرعية - الولاية والوصاية والقوامة- بنص م: 15 ق م ج: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته". (لعور و صقر، 2007م، صفحة 13). والمقصود من الولاية في هذا الخصوص الولاية على المال دون الولاية على النفس.

يتضح من نص المادة أن المشرع أسند هذه المسألة لقانون جنسية ناقص الأهلية، واستبعد قانون جنسية متولي الحماية, والسبب في ذلك مراعاة عجز القاصر، فقدم قانون جنسيته حماية له وسدا للخلل الواقع بسبب عجزه.

ويستثنى من أحكام الفقرة أعلاه ما يتعلق بالتدابير المستعجلة في الشؤون المالية لناقصي الأهلية وعديميها وكذا الغائبين بشرط تواجدهم في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، حيث يطبق القانون الجزائري وحده، دون نظر لجنسية القاصر المحمي، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من نفس المادة : "غير أنه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كان القصر وعديموا الأهلية والغائبون موجودين في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير، أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 13). . ينظر (بشور، 2016-2017م، صفحة 41).

والشرط ألا تمس قاعدة قانون موقع العقار. والمعنى أن قاعدة إسناد النزاع إلى قانون جنسية القاصر, لا تسري على دولة لا تعترف بحق القاصر المحمي -مثلا- في رهن قانوني على أموال الوصي, لضمان ما يثبت له في ذمة هذا الأخير, وإنما يخضع لقانون موقع وجوده فقط (رمضانية، 2018- 2019، صفحة 20).

ثانيا: حكم الفقه الإسلامي على تطبيق قواعد إسناد الأهلية في الزواج المختلط

1- فيما يخص المبدأ العام

قال تعالى: [فَإِنْ جاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئاً وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ] [المائدة: (42)].

جاء في التفسير المنير: "... يجب الحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا مع مسلم، وهو أصح قولي الشافعي، فلو ترافعوا إلينا مع مسلم وجب القضاء بينهم بِالْقِسْطِ بالعدل الْمُقْسِطِينَ العادلين في الحكم، أي يثيبهم" (الزحيلي و.، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، 1418هـ، صفحة 192/06).

وفي إطار المصالح المرسلة، وسد الذرائع كمصدر ين من مصادر الفقه الإسلامي، فضلا عن قاعدة تصرفات الإمام المنوطة بالمصلحة والسياسة الشرعية في ما من شأنه أن يحفظ للمسلمين ضرورياتهم الخمس ومنها مقصد النسل في المستجدات العصرية وما لم يرد فيه نص بخصوصه، وإن كانت مشمولة بعموم النصوص الشرعية والمصادر الفرعية، فإنه لا منافاة بين اختيار المشرع الجزائري لتطبيق قانون جنسية الأطراف، لا سيما وقد أحاطها بسياج حماية منيع لخصائص المجتمع الجزائري المسلم، بما قرره من وجوب احترام النظام العام بالمادة : 24 من القانون المدني الجزائري المعدلة بالقانون 05- 10: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والأداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش في القانون" (لعور و صقر، 2007م، صفحة 17).

2- حالة ناقص الأهلية في الفقه الإسلامي

نقص أهلية الأشخاص سواء كان النقص طبيعيا أصليا كصغر السن، أو طارئا كالجنون والعته، يجعلهم في حالة قصور من الناحية الحقوقية، مما يوجب الخروج بشأنهم من المبادئ العامة إلى حالات الاستثناء التي تقضي بإنشاء نيابة شرعية عن القاصرين صيانة لحقوقهم (الزرقا، 1420هـ- 1999م، الصفحات 259-260)، في إطار قاعدة فقهية جليلة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"

ومن ألفاظ ورود القاعدة: "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم" (الزحيلي م.، 1427هـ- 2006م، صفحة 494/01). والمعنى أن نفاذ تصرفات "كلّ من ولِيَ أمراً من أمور العامة، عامّاً كان كالسلطان الأعظم، أو خاصاً كمن دونه من العمال" كونه مأمورا بأن يحوطهم بالنصح، "وهذه القاعدة ترسم حدود الإدارات العامة والسياسة الشرعية في سلطات الولاة وتصرفاتهم على الرعية"، ويترتب على ذلك وجوب

بناء تصرفات الولاة ونفاذها على الرعية على وجود المصلحة فإن كان على خلاف ذلك في قصد ضرر أو فساد، أو وجوده بالفعل كان غير جائز (الزحيلي م.، 1427هـ- 2006م، صفحة 494/01)..

والأصل في هذه القاعدة ماروه مَعْقِلٌ عن رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، سَمِعْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «**مَا مِنْ عَبْدٍ اسْتَرْعَاهُ اللَّهُ رَعِيَّةً، فَلَمْ يَحُطْهَا بِنَصِيحَةٍ، إِلَّا لَمْ يَجِدْ رَائِحَةَ الجَنَّةِ**» (البخاري، 1422هـ، صفحة 64/09 الحديث رقم7150). وعن مَعْقِل أيضا عن رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقَالَ: «**مَا مِنْ وَالٍ يَلِي رَعِيَّةً مِنَ المُسْلِمِينَ، فَيَمُوتُ وَهُوَ غَاشٌّ لَهُمْ، إِلَّا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الجَنَّةَ**» (البخاري، 1422هـ، صفحة 09/ 64).

والولاية على المال: هي الإشراف على شؤون القاصر المالية من حفظ المال واستثماره وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال. وهي محل البحث هنا (الزحيلي و.، صفحة 04 /2986). والولاية على الغير بحسب المصدر أنواع ثلاثة، - وهي في الفقه شبيهة بما تقدم ذكره في القانون- ولاية أعطاها الشرع، وهي للأب والجد، ووصاية إذا أوصى بها هذان الأخيران للغير، وقوامة إذا كان مصدرها القضاء، وحتى تثبت هذه النيابة لابد من توافر شرط الرشد والإسلام وأن تتقيد التصرفات بالمصلحة كما رأينا (خلفي، 1433هـ-2013م، صفحة 164/02؛ خلفي، 1433هـ-2013م).

وخلاصة ما تقدم أنه ليس للولي القيام بأي تصرف من شأنه إلحاق الضرر المحض بالقاصر كالتبرع من ماله، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقدير المصلحة موكول إليه فيتصرف بما يراه محققا لها، كحفظ أمواله وإدارتها واستثمارها، وليس له أن يرفض ما كان فيه نفع محض للقاصر، فإذا أخل بشيء مما سبق ذكره، "جاز للقاضي تبديله بسبب نقص الأهلية أو الكفر أو الفسق. فإن صار الولي غير أمين ضم القاضي إليه مساعداً آخر يعينه" (الزحيلي و.، صفحة 2994/4).

والملاحظ هنا: أن المشرع الجزائري وافق الفقه الإسلامي في مسالة حماية القاصر، في وجوب حمايته، وتعيين من يقوم بشؤونه المالية (رمضانية، 2018- 2019، صفحة 19).

الخاتمة:

1- الأهلية المقصودة بالبحث في موضوع الزواج المختلط هي أهلية الأداء العامة دون أهلية الأداء الخاصة وأهلية الوجوب.

2- تنضوي أهلية الأداء العامة تحت الشروط الموضوعية للزواج، وقد أسند المشرع الجزائري الفصل فيها إلى قانون جنسية الأطراف، إلا ما خصته القواعد الخاصة بالاستثناء لتحقيق مصالح معينة.

3- الأصل في الشروط الموضوعية أن تسند إلى قانون جنسية الزوجين أخذا لما يعرف بالتطبيق الموزع ، إلا ما كان من الشروط متعلقا بموانع الزواج فيطبق القانونان معا في حلة اختلاف الجنسيتين، ويعتد بجنسية الزوجين وقت إبرام العقد، ولا يتأثر بما وقع من تغيير بعده.

4- أسند المشرع الجزائري القاصر إلى قانون جنسيته دون جنسية المكلف بحمايته حماية لمصلحته وتقديرا لعجزه، إلا في حالات استثنائية حيث أسنده إلى القانون الجزائري دون قانون جنسيته بضوابط معينة، منها حالة الاستعجال. وهو أمر موافق لمبادئ الفقه الإسلامي مطابق لقواعده الفقهية وبعض مصادره التشريعية ومنها المصلحة المرسلة وسد الذرائع.

5- يختلف القانون الجزائري عن الفقه الإسلامي في تحديد السن القانوني للرشد حيث أناطه الفقه الإسلامي بالبلوغ وعلاماته تختلف من شخص لآخر، بينما أناطه المشرع الجزائري بسن التاسعة عشر ميلادية مطلقا. وجعله شرطا لأهلية الزواج كسائر التصرفات القانونية الأخرى.

6- فيما يخص أهلية الزواج من حيث السن والعوارض تعامل قانون الأسرة الجزائري معها بمرونة مقارنة مع القانون المدني، حيث تجوَّز فيها وأجاز للقاضي الترخيص بزواج القاصر عند الضرورة أو المصلحه وعلى الأخص قدره الطرفين على الزواج والسلطة التقديرية في ذلك كله للقاضي.

7- يختلف القانون الجزائري في زواج المميز ناقص الأهلية حيث جعله الفقه الإسلامي منعقدا صحيحا موقوفا على إجازة الولي بما يراه من مصلحة لناقص الأهلية، بينما فصل فيه قانون الأسرة الجزائري، حيث جعله باطلا بطلانا مطلقا قبل الدخول، وقابلا للإبطال بعد الدخول، ما لم يترتب على إذن من القاضي وفق ضوابط خاصة .

8- كان المشرع الجزائري في غاية التوفيق والتوافق مع الفقه الإسلامي حيث أحاط تطبيق القانون الأجنبي بسياج النظام العام والآداب العامة، في حفظ خصوصيات المجتمع الجزائري المسلم، في أمر له أهميته من حيث كونه يشكل كلية من كليات الدين التي جاءت الشرائع السماوية بحفظها وهي من الضروريات الخمس متمثلة في حفظ النسل.

الاقتراحات

- أن يوفق المشرع الجزائري بين القانون المدني وقانون الأسرة في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر بما في ذلك آثار زواج القصر ناقصي الأهلية ،ويجعلها موقوفة بدورها على إجازة الولي دون توقف على إذن المحكمة، ولو قبل الدخول أخذا بما درج عليه الفقه الإسلامي وتوحيدا للتشريع.
- إدراج مقياس القانون الدولي الخاص في الفقه المقارن لطلبة الشريعة والقانون
- اقتراح مواضيع في الرسائل الجامعية والأطروحات لتغطية جوانب هذا الميدان الخصب

قائمة المصادروالمراجع

القرآن الكريم

BIBLIOGRAPHY

1. أبو عبد الله محمد زين الدين الرازي. (1420هـ-1999م). مختار الصحاح (المجلد 05). بيروت-صيدا: المكتبة العصرية-الدار النموذجية.
2. أحمد لعور، و نبيل صقر. (2007م). موسوعة الفكر القانوني القانون المدني نصا وتطبيقا طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05. عين مليلة الجزائر: دار الهدى.
3. الطيب زروتي. (2010م). القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا (المجلد 01). الجزائر: مطبعة الفسيلة.
4. العربي بلحاج. (2015م). أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري (المجلد 02). الجزائر: دار هومة.
5. الفريق القانوني لكليك للنشر. (2010-2011م). قانون الأسرة (المجلد 01). الجزائر: كليك للنشر.
6. أمير رمضانية. (2018- 2019). المساعد في شرح القانون الدولي الخاص "علما وعملا".
7. آن دوزي رينهارت بيتر. (من 1979 إلى 2000م). تكملة المعاجم العربية (المجلد 1). (محمد سليم النعيمي-جمال الخياط، المترجمون) العراق: وزارة الثقافة والإعلام.
8. بلحاج العربي. (2010م). الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (المجلد 06). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
9. خالد بوشمة. (2009). نظرية النيابة الشرعية. الجزائر: دار بغدادي للطباعة والنشر.
10. عبد الحميد عمر أحمد مختار، و وآخرون. (1429هـ-2008م). معجم اللغة العربية المعاصرة (المجلد 1). عالم الكتب.
11. عبد الرزاق أحمد السنهوري. (د س). الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (المجلد دط). بيروت: دار أحياء التراث العربي.
12. عبد الرزاق أحمد السنهوري. (1998). مصادر الحق في الفقه الإسلامي (المجلد 02). بيروت لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
13. فتيحة بشور. (2016-2017م). محاضرات في القانون الدولي الخاص. البويرة.
14. محمد الزحيلي. (1414هـ- 1993م). النظريات الفقهية (المجلد ط1). دمشق- بيروت: دار القل دمشقم-الدار الشامية بيروت.
15. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري. (1422هـ). الجامع المسند الصحيح المعروف بصحيح البخاري (المجلد 01). دار طوق النجاة.

16. محمد مصطفى الزحيلي. (1427هـ- 2006م). القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة (المجلد 01). دمشق: دار الفكر.

17. مصطفى أحمد الزرقا. (1420هـ- 1999م). المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه غلإسلامي (المجلد 01). دمشق: دار القلم.

18. وسيلة خلفي. (1433هـ-2013م). نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي. الجزائر: دار الوعي.

19. وهبة الزحيلي. (1418هـ). التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج (المجلد 02). دمشق: دار الفكر المعاصر.

20. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. سورية: دار الفكر.

21. مصطفى أحمد الزرقا. (1420هـ- 1999م). المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي (المجلد 01). دمشق: دار القلم.

22. وسيلة خلفي. (1433هـ-2013م). نظرية الاستقرار في الفقه الإسلامي. الجزائر: دار الوعي.

23. وهبة الزحيلي. (1418هـ). التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج (المجلد 02). دمشق: دار الفكر المعاصر.

24. وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي وأدلته. سورية: دار الفكر.

تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة بين تطبيق قواعد الاسناد والاحتجاج بالنظام العام

Polygamy in private international relations between the application of the rules of attribution and the invocation of public order

كوثر هاني
Kaoutar Hani
باحثة بسلك الدكتوراه، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس/ المغرب
PhD student researched, University sidi Mohamed ben abdellah, Faculty of Legal science, Economic and Social, Fez /Morocco.

المخلص:

مما لا شك فيه أن التشريعات المعاصرة تختلف في نظرتها إلى مؤسسة التعدد في الزوجات من بلد إلى آخر، حيث تنظر إليه التشريعات الغربية بأنه غير مقبول، بل تعده جريمة يعاقب عليها، في حين تنظر إليه المجتمعات الإسلامية بأنه نظام اجتماعي تفرضه الحاجة أو الضرورة الملحة، لذا تبيحه وفق تنظيمات وقوانين، وهذا ما يثير إشكالية تنازع القوانين بسبب ارتباط الأحكام القانونية التي تنظمه بالنظام العام، ومن هنا يهدف البحث إلى تحديد الصعوبات التي تقف أمام تطبيق قواعد التنازع التي تحكم تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة، سواء في مرحلة التكييف، أو عند تحديد القانون الواجب التطبيق عبر الإسناد إلى قانون الزوجين، وحتى بعد تحديد القانون الذي يحكم صحة الزواج الثاني، فمعركة القاضي الثانية تبدأ عند تعارض مضمون القانون الأجنبي مع النظام العام الدولي في بلده، وعند التذبذب في كيفية استخدام الدفع بالنظام العام ونطاقه، من تم يطرح التساؤل حول موقف الاجتهاد القضائي من هذه الواقعة تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة، هل يراعي ثقافة تعدد الزوجات عند تطبيقه لقواعد الاسناد أم يعمل على استبعاد القانون الأجنبي محتجا بتعارضه أحكامه مع النظام العام في دولته.

الكلمات المفتاحية: تعدد الزوجات، الزواج المختلط، قواعد الاسناد، النظام العام.

Abstract:

There is no doubt that contemporary legislation differs in its view of the institution of polygamy from one country to another, where Western legislation considers it unacceptable, but considers it a punishable crime, while Islamic societies consider it a social system imposed by urgent need or necessity, so it allows it according to regulations and laws, and this raises the problem of conflict of laws because of the link between the legal provisions that regulate it with public order, hence the research aims to identify the difficulties facing The application of the rules of conflict governing polygamy in private international relations, whether at the stage of adaptation, or when determining the applicable law by reference to the law of spouses, and even after determining the law governing the validity of the second marriage, The judge's second battle begins when the content of foreign law conflicts with the international public order in his country, and when the fluctuation in how to use the public order defence and its scope, so the

question arises about the position of jurisprudence on this incident polygamy in private international relations, whether it takes into account the culture of polygamy when applying the rules of attribution or works to exclude foreign law, arguing that its provisions conflict with the public order in his State.

Key Words : polygamy, mixed marriage, attribution rules, public order

مقدمة:

مما لا شك فيه أن التشريعات المعاصرة تختلف في نظرتها إلى مؤسسة الزواج من بلد إلى آخر، وذلك ناتج عن اختلاف المرجعيات التي أسست عليها هذه التشريعات، فمنها من يعتبر الدين مرجعا أساسيا فيها، وهو ما عليه المجتمعات الإسلامية، ومنها ما هو قائم على أسس علمانية لا تعترف بالمعتقدات ولا بالقيم الدينية، ولذلك بنت أحكامها الأسرية على نظريات مادية صرفه.

ومن المواضيع التي تكشف عن صعوبة التوفيق فيها بين أنظمتها العامة، بل إلى استحالة التنسيق بين أنظمة متنافرة في المرجعيات، موضوع تعدد الزوجات، الذي تنظر إليه التشريعات الغربية بأنه غير مقبول، بل تعده جريمة يعاقب عليها، في حين تنظر إليه المجتمعات الإسلامية بأنه نظام اجتماعي تفرضه الحاجة أو الضرورة الملحة، لذا تبيحه وفق تنظيمات وقوانين – باستثناء القانون التونسي-، وهذا ما يثير إشكالية تنازع القوانين وعدم الاعتراف بهذه المؤسسة في أوروبا.

وتعد قواعد الاسناد في العلاقات الدولية الخاصة مرشدا للقاضي إلى القانون الواجب التطبيق، إلا أن اختصاص القاضي مقيدا، لأن القاضي الوطني قد يستبعده عن طريق الدفع بالنظام العام نظرا لكون مضمونه يخالف القيم والمبادئ الجوهرية لدولته ، ذلك أن تطبيق القوانين الأجنبية يتطلب وجود حد من التعايش القانوني بينها وبين قانون القاضي، فإنه متى وصل الاختلاف بين القانونين حد التعارض والتنافر، فإن القاضي يستبعد القانون الأجنبي الذي حددته قاعدة الإسناد حفاظا على نظامه العام، وحمايته للمبادئ والقيم السائدة في مجتمعه، ففي الحالة التي يجيز فيها القانون الأجنبي أمرا يمنعه النظام العام في بلد القاضي يستبعد القانون الأجنبي بالقدر الذي يلزم لحماية مقتضيات هذا النظام، وفيما عدا هذا القدر تظل العلاقة محكومة بالقانون الأجنبي (عز الدين عبد الله، 1986).

وتعدد الزوجات يعتبر مخالفا للنظام العام في معظم الدول غير الإسلامية، وخصوصا الأوروبية والغربية منها، لكنه جائز بالنسبة لأغلب الدول الإسلامية، وأغلب الدول الإفريقية، بل التعدد المباح في بعض الدول الإفريقية يصبح بدوره مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية، وذلك عندما يتزوج الرجل بأكثر من أربع زوجات، وهذا حال الكثير من الدول الإفريقية والأسيوية التي لا تضع حدا معينا للزوجات التي يمكن للرجل الزواج بها في نفس الوقت، ففي هذه الحالة ابرام هذه الزيجات أمام القانون المغربي مثلا يعتبر مخالفا للنظام العام، بينما في الدول الغربية نجد درجة مخالفة النظام العام تصل لدرجة التحريم.

وتزداد حدة هذا التصادم حينما يكون التعارض قائما بين قوانين عقائدية تستمد مقوماتها من مرجعيات دينية بالأساس من جهة، وقوانين لائكية لا تقيم أي وزن لعنصر الدين، ولقواعده في تنظيم الروابط العائلية، جاعلة من مواثيق حقوق الإنسان، والاتفاقيات الدولية مرجعيتها الأسمى من جهة أخرى.

ويقصد بالتعدد في اللغة الاكثار، والاصطلاح الاكثار من الزوجات في إطار الحد المسموح به شرعا، والمقصود من عبارة تعدد الزوجات هو التزوج بأكثر من امرأة واحدة، وهو ما توقف عنده الفقه الإسلامي عرفاً لا تعريفاً، ويقابله في اللغة الفرنسية لفظ (Polyganie)، لكن كتاب الفقه القانوني من الفرنسيين لا يستخدمونه، بل يسود في مصنفاتهم مصطلح (Polygamie) المشهور في اللغتين الفرنسية والإنجليزية.

ويعرف Maximin De Fontmichel النظام العام: «بكونه مجموعة من القواعد القانونية والتي لا يمكن للأطراف تجنبها لا في سلوكهم ولا في اتفاقهم للمحافظة على المصلحة العامة"(Maximin De Fontmichel, 2013) ويستنتج أخر أن "النظام العام الداخلي يشمل بالفعل جميع القوانين الضرورية للدولة، التي تنطوي على شرط احترام القواعد والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع" (Gaston Kenfack Douajni, 2005).

وعلاوة على ذلك، إذا تنوع تعريف النظام العام فإن مصدره يتنوع كذلك أيضا، (Bertrand Louvel, Bertrand Louvel, 2017) فمن حيث المبدأ، فإن للنظام العام مصدرا نصيا حيث يحرص القانون على تحديد أن هذه القاعدة أو تلك هي من النظام العام، إما بتحديد أنها تسن على أساس أن جزاء مخالفتها هو البطلان، أو بحظر هذا العقد أو ذاك رسميا. (Gaston Kenfack Douajni, 2005)

ومن ثم، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان هي نفسها التي تنظم مواجهة نظامين عامين، أي ذلك المتعلق بالدولة وذلك المتعلق بالفرد، من خلال مفهوم التناسب الذي يعمل مثل خط تقاسم .ligne de partage فمفهوم التناسب هو الذي يتيح الآن قياس نطاق الانتهاكات المشروعة للحريات عن طريق تدخل النظام العام للدولة، كما ذكر مجلس الدولة بوضوح في قرار مؤرخ ب 26 غشت 2016 بشأن البوركيني (لباس البحر الإسلامي) (Bertrand Louvel, Bertrand Louvel, 2017).

وتعتبر فكرة النظام العام الدولي فكرة متسعة عن فكرة النظام العام الداخلي فهي تحتوي على أنظمة مختلفة من العالم أجمع، بمصالحها المختلفة وتطلعاتها والتي في كثير من الأحيان تصطدم مع الكيان الواحد المتمثل في الدولة (ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي، سنة 2000)، ولقد فرق الفكر القانوني في العالم بين النظام العام الدولي والداخلي، فالمصلحة العليا للمجتمع هي شيء والمصلحة العليا لكل المجتمعات الدولية شيء آخر (جميلة بلعيد، 2012).

ولقد اختلف الفقه عند تحديد طبيعة النظام العام، حيث ذهب الفقه التقليدي إلى اعتباره تطبيقا لقاعدة عامة، وحسب هذا الرأي تصبح القاعدة هي الدفع بمخالفة النظام العام كلما خالف القانون الأجنبي النظام العام لدولة القاضي، وهذا سيؤدي إلى التضييق من حالات تطبيق القوانين الأجنبية، وفي هذا المنهج تعطيل وإنكار لدور قواعد الإسناد، لأنه في معظم الأحوال سيطبق القاضي قانونه على النزاعات الدولية الخاصة عوض القوانين الأجنبية، وهذا الوضع يسبب ضررا بمصالح الأفراد في الزواج المختلط، ويقلص من مجال التعاون الدولي في مختلف المجالات (عماد طارق النشري، 2005).

وللاعتبارات السابقة تغيرت النظرة إلى طبيعة النظام العام، حيث يرى الفقه المعاصر أن النظام العام ما هو إلا وسيلة استثنائية في يد القاضي، لا يدفع بها إلا إذا كان تطبيق القانون الأجنبي فيه انتهاك للقيم، والمبادئ الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع (عناية عبد الحميد ثابت، 1995).

وهذا التحفظ أو الاستثناء على تطبيق القوانين الأجنبية مهم وضروري، لأن المشرع عندما يسمح بتطبيق القوانين الأجنبية، لا يعلم مضمونها وما هو سائد في مختلف دول العالم من مبادئ، وأسس أخلاقية اجتماعية، دينية، سياسية، ويترتب على الطابع الاستثنائي لفكرة النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص، انكماش مقتضيات النظام العام، بحيث لا يستبعد القانون الأجنبي كلما خالف القواعد الآمرة في القانون الداخلي، وهذه النتيجة منطقية وسليمة، إذ لو طبق القاضي النظام العام كلما وجد اختلاف بين حكم القانون الأجنبي، والقوانين الداخلية، لا انتهى به الأمر إلى

عدم إعمال قواعد الإسناد في معظم الأحوال، لأن هناك دائما مجالا للاختلاف حتى بين الدول القريبة من بعضها البعض، من حيث الحضارة، والأنظمة القانونية (مساوي, محمد، 2002).

أولا: أهمية الموضوع

إن فكرة التعدد تعد حقلا خصبا لتنازع القوانين بالنظر لتشعب هذه العلاقات وترشيحها للاتصال بأكثر من نظام قانوني، وذلك نظرا للاختلاف الواسع بخصوصه بين الدول العربية، والغربية، إذ غالبا ما يحول النظام العام في هذه الدول دون تطبيق القوانين الأجنبية المختصة، ومنه فإن الهدف من هذه الدراسة هو محاولة الكشف عن الصعوبات التي تقف أمام تطبيق قواعد التنازع التي تحكم تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة سواء في مرحلة التكييف، أو عند تحديد القانون الواجب التطبيق عبر الإسناد إلى قانون الزوجين، وحتى بعد تحديد القانون الذي يحكم صحة الزواج الثاني، فمعركة القاضي الثانية تبدأ عند تعارض مضمون القانون الأجنبي مع النظام العام الدولي في بلده، وعند التذبذب في كيفية استخدام الدفع بالنظام العام ونطاقه.

ويمكن تقسيم هذه الأهمية إلى:

1-أهمية قانونية: تتجلى في أن ارتفاع نسب الزواج المختلط يستوجب إثارة الانتباه إلى واقع هذه الأسر، والقصور القانوني الذي تعرفه معالجة قضاياهم، سيما في ظل التحولات العميقة التي عرفتها القوانين المنظم لشؤون الأسرة، ولا سيما أيضا فيما يخص إشكالات تعدد الزوجات في الزواج المختلط، ومدى اعتبارها من متعلقات النظام العام.

2 -أهمية اجتماعية: تتمثل في أن تأثير النظام العام على عقد الزواج المختلط في حالة التعدد يؤثر على الأسر في الدول العربية خاصة وذلك في حالة رفض انعقاد هذا الزواج وترتيب آثاره، وما يخلفه ذلك من تباعد على مستوى العلاقات الأسرية، وبالتالي فلا بد من ضرورة حماية الشخصية الوطنية، وتمكينها من الاستقرار الذاتي، مع إمكانية الاندماج الاجتماعي والثقافي الذي يفرضه الدخول في علاقة زواج مختلط، كما تتجلى هذه الأهمية في أن النظام العام في الدول العربية مستمد من الشريعة الإسلامية، هو في أصله عبارة عن أخلاق عامة واجبة الاحترام.

ثانيا: إشكالية الموضوع:

يعتبر تنازع القوانين من أهم مباحث القانون الدولي الخاص، ولعل أبرز ما يطرح أنه كلما تضمن القانون الأجنبي الذي دلت عليه قواعد الإسناد في قانون القاضي أحكاما تتعارض مع أحكام قانونه الوطني تعين على القاضي استبعاده، ومما يفرض هذا الاستبعاد هو ضرورة حماية النظام العام الوطني.

ويشكل الدفع بالنظام العام في نطاق العلاقات الخاصة الدولية استثناء- على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي- فيعمل على استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كانت أحكامه متعارضة مع النظام العام في دولة القاضي، وعليه يلعب النظام العام دورا هاما في حماية الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي، ودوره على هذا النحو يبرز خاصة في مجال تعدد الزوجات لاختلاف الدول حوله واختلاف أنظمتها القانونية.

الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن ماهي الصعوبات التي تعترض القانون الواجب التطبيق في مجال التعدد، وموقف الاجتهاد القضائي من هذه الواقعة، فهل يراعي ثقافة تعدد الزوجات عند تطبيقه لقواعد الاسناد أم يعمل على استبعاد القانون الأجنبي محتجا بتعارضه أحكامه مع النظام العام في دولته؟

وللإلمام بكل جوانب الموضوع قدر المستطاع اعتمدت على تقسيم ثنائي عن طريق الحديث في (المبحث الأول) عن قواعد التنازع التي تحكم تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة، و(المبحث الثاني) موقف الاجتهاد القضائي من واقعة تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة.

المبحث الأول: قواعد التنازع التي تحكم تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة

إن أي محكمة تنظر في نزاع يتعلق بتعدد الزوجات تعترضها صعوبة تكييفه بأنه نوع من أنواع الزواج فهذه المسألة تعتمد على المعطيات الثقافية الراسخة في النظام القانوني لبلد المحكمة، وأيضا تعارض محتوى القانون الأجنبي الذي يجيز تعدد الزوجات مع النظام العام الدولي للمحكمة الذي يحظره.

وعليه فالعقبة الأولى في ميدان تنازع القوانين تتعلق بالصعوبات التي يواجهها القاضي عند تطبيق قواعد الاسناد، والثانية تتعلق بالاحتجاج بالنظام العام الدولي لرفض تطبيق القانون الأجنبي.

المطلب الأول: المعيقات التي تواجه تطبيق قواعد الاسناد في مجال تعدد الزوجات

تعتبر مرحلة البحث عن القانون الواجب التطبيق من أهم المراحل في مجال العلاقات الدولية الخاصة، إلا أنه قد تعترض هذه المرحلة مجموعة من العراقيل لا سيما في مسائل الزواج، لأن هذه القضايا تتعلق بعقائد الأفراد وتقاليدهم، وبناء على ذلك، يعتمد مدى تطبيق منهج الإسناد على تعدد الزوجات على ارتباط هذا النظام بالمعتقدات السائدة في بلد القاضي، فمحاكم الدول العربية عدا تونس لن تفرق بين الزواج الأول والثاني في تطبيق قاعدة الإسناد الخاصة بصحة الزواج من الناحية الموضوعية، أما محاكم الدول الأوروبية فستجتهد في تحييد الإسناد وتتمسك بمسوغات مختلفة، من أجل حصر تطبيق قاعدة الإسناد على صحة الزواج الأول فقط.

فقانون القاضي هو الذي يحدد كون العلاقة زواج أحادي أم متعددة، وهذه القاعدة تطبق بيسر إذا كان كل من قانون القاضي والقانون الأجنبي يعرف المسألة أو النظام محل النزاع، بيد أن مشكلة تظهر عندما يجهل النظام القانوني لبلد القاضي نظام تعدد الزوجات واعتراف النظام القانون الأجنبي به، فالتكييف في هذه الحالة طبقا لقانون القاضي لن يقدم حلولا للإشكالات التي يطرحها النزاع، ولن يجد صنف إسناد في تشريعه ليسكنه فيه، فيستبعد الزواج المتعدد في نطاق القانون في هذا البلد.

وأمام تزايد المعارضة الشديدة لمؤسسة التعدد، لكونها تثقل كاهل الدول الأجنبية المستقبلة للمهاجرين بأعباء مالية إضافية، نتيجة ازدياد أصحاب الحقوق والمستفيدين من الخدمات الاجتماعية والتعويضات العائلية، اتجهت أنظار المشرع الأوروبي نحو إيجاد وسائل كفيلة للحد من هذه الظاهرة عن طريق ضرورة الاستبدال الكلي والشامل لقاعدة الإسناد التقليدية التي تعطي الاختصاص للقانون الوطني للأجنبي فيما يتعلق بنظام أحواله الشخصية، إلا أن هذا الحل من شأنه زيادة التنافر بين النظام القانوني الإسلامي والنظام الأوروبي، وتعمق الشعور لدى العالم الإسلامي بالسقوط ضحية، لانعدام التبادل والتكافؤ بين النظامين (جان ديري، 1992).

وفي هذا الإطار ذهب القانون المدني الهولندي في الفصل 33 منه على أنه " القانون المدني الهولندي يستوجب أحادية الزواج ليس فقط بالنسبة للطرف الهولندي وإنما لكل طرفي العلاقة الزوجية". ومن تم فإن الزواج المتعدد الذي يتم إبرامه بأي دولة عربية في الروابط العائلية المختلطة لا يكون له محل بهولندا لمخالفته مبدأ أحادية الزواج (وهو من النظام العام الهولندي)، كما أن التشريع الهولندي من خلال دوريات الحكومة أقر بأنه لا يسمح بالتجمع العائلي سوى لزوجة واحدة ولأولادها، دون الزوجة الثانية وأولادها.

وفي نفس السياق اعتبر القانون المدني الفرنسي قيام الزواج الأول مانعا مؤقتا لإبرام الزواج الثاني طبقا للمادة 147، كما عاقب المشرع الفرنسي على التعدد من خلال المادة 20/433 من القانون الجنائي بسنة حبسا، وبغرامة مقدارها 300.000 فرنكا. كما أن المواطن الأجنبي الذي أبرم فوق التراب الفرنسي زواجا ثانيا ولو أن قانون أحواله الشخصية يسمح له بذلك يعاقب، غير أنه متى تزوج هذا الأجنبي في بلده الأصلي طبقا لقانونه الوطني بدون غش ولا تحايل، فالتعدد في هذه الحالة لا يخالف النظام العام الفرنسي طالما أنه لم يبرم في فرنسا، إلا أن هذا الزواج لا تنتج عنه كل الآثار المترتبة عن الزواج الأحادي (شاذة, محمد الشافعي، 2001).

ولعل التدخل التشريعي الذي تم بمقتضى القانون الصادر في 24 غشت 1993، والخاص بضبط الهجرة وبشروط دخول وإقامة الأجانب بفرنسا، يشكل تطورا مهما في سبيل تقييد مؤسسة التعدد، وذلك من خلال نصه على أن بطاقة الإقامة لا يمكن أن تسلم إلى أي أجنبي يعيش في فرنسا في حالة التعدد، كما لا يمكن أن تسلم لأي واحد من زوجاته (القانون رقم 1027/93 الصادر بتاريخ 24 غشت 1993 الجريدة الرسمية 29 غشت 1993).

المطلب الثاني: النظام العام وعلاقته بتعدد الزوجات

إن اعتبار النظام العام قاعدة أصلية يؤدي إلى توسع القاضي في التمسك به، مما يترتب عليه استبعاد القانون الأجنبي المطبق على الزواج المختلط كلما خالف القانون الوطني للقاضي، أما القول بأنه استثناء على تطبيق القوانين الأجنبية المشار إليها بموجب قواعد الاسناد، فيؤدي إلى التضييق من مجال إعمال النظام العام، بحيث لا يدفع به في مواجهة القوانين الأجنبية إلا عند وجود تنافر صارخ بين أحكامه، وأحكام القانون الوطني.

وفي الحالة التي يمنع فيها قانون القاضي التعدد فإن هناك جانب من الفقه يرى أن القاضي يتعين عليه أن يستبعد القانون الأجنبي في جميع أحكامه، فطالما تعارضت أحد هذه الأحكام مع النظام العام الوطني فلا مفر من وجوب استبعاد القانون الأجنبي برمته، ويستند هذا الفريق إلى القول بأن القانون الأجنبي كل لا يتجزأ، فلا يصح للقاضي أن يستبعد جزء منه دون الأجزاء الأخرى، والقول بغير هذا يتنافى مع حكمة قاعدة الإسناد، إذ تهدف إلى تطبيق القانون الأجنبي كاملا لا بعض أحكامه (مريم الفطناسي، 2015).

وعليه فإن القانون الأجنبي وفقا لهذا الاتجاه يستبعد تماما، ويحل محله القانون الوطني، فيقال حينئذ إن للدفع بالنظام العام أثرا سلبيا وإيجابيا في آن واحد، على أساس أنه متى تم استبعاد القانون الأجنبي، تعين إخضاع العلاقة لقانون آخر غيره، إلا أن معظم القوانين المقارنة ومنها القانون العراقي في المادة 32 من القانون المدني العراقي، والمادة 28 من القانون المدني المصري، لم تنص سوى على الأثر السلبي للنظام العام (محمود, سلطان عبد الله، 2010)، فما هو القانون الذي سيحل محل القانون الأجنبي؟

يرى جانب من الفقه الألماني أن استبعاد النصوص المتعارضة مع النظام العام في القانون الأجنبي الواجب التطبيق لا يعني استبعاد هذا القانون، بل لابد من البحث في هذا القانون ذاته عن قاعدة أخرى بديلة لتحل محل القاعدة المستبعدة (صادق, هشام علي، 1974).

وفي رأيي فإن هذا الاتجاه لا يستقيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة على اعتبار أنها تكون منظمة بقانون واحد، فإذا عارض هذا القانون قانون القاضي في أن يبيح تعدد الزوجات، فلا يتصور أن نجد في نفس القانون ما يمنع هذا الزواج، وبالتالي يتعذر على القاضي البحث في نفس القانون المخالف للنظام العام عن حل موافق لهذا النظام.

ونتيجة لهذه الاستحالة ظهر اتجاه آخر في الفقه والقضاء وهو الغالب، يرى ضرورة إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي الذي تم استبعاده، وهذا ما عملت به بعض التشريعات العربية كالقانون المدني الجزائري الذي نص في الفقرة الثانية من المادة 24 على أنه " يطبق القانون الجزائري محل القانون المخالف للنظام العام أو الآداب العامة" (الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية رقم 44 ص 22).

ومهما كان من شأن الاتجاهات الفقهية التي أسلفنا عرضها، فلا شك أن تطبيق قانون القاضي بدلا من حكم القانون الأجنبي- الذي استبعد باسم النظام العام- هو خير الحلول جميعها ، فهو أكثر الحلول ملاءمة للاعتبارات العملية، بل إنه الحل الذي يتماشى مع طبيعة فكرة النظام العام بوصفها فكرة وطنية بالدرجة الأولى، والطريقة المثلى لسد الفراغ التشريعي الناجم عن هذا الاستبعاد ، ولعل الاعتراض الوحيد على هذا الاتجاه هو ما قد يؤدي إليه قانون القاضي من هيمنة على جانب كبير من القوانين المقارنة، وإهدار لمتطلبات الحياة الخاصة الدولية، ذلك أن قانون القاضي قد لا يكون ملائما لطبيعة العلاقة الدولية محل البحث (محمود, سلطان عبد الله، 2010).

وتجدر الإشارة إلى أنه للدفع بالنظام العام لا بد من توفر شروط وهي كالآتي:

-انعقاد الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي بموجب قواعد الإسناد في قانون القاضي:

يجب أن يثبت الاختصاص التشريعي للقانون الأجنبي في الزواج المختلط بموجب قواعد الإسناد الوطنية لدولة القاضي، لأن الدفع بالنظام العام لا يثار إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي، لكن ومع ذلك يمكن تصور الدفع بالنظام العام في مواجهة القوانين الوطنية في الدول الفيدرالية كأمريكا، وكندا المقسمة إلى ولايات، وكل ولاية لها سلطة تشريعية مستقلة، فإذا نص قانون إحدى هذه الولايات على مانع من موانع الزواج، وكان هذا المنع غير معترف به في قانون الولاية الأخرى، فيقوم قاضي الولاية الثانية باستبعاده باسم النظام العام (أحمد عبد الكريم سلامة، 1998).

-أن تكون مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام حالية:

سبق القول إن مفهوم النظام العام ليس ثابتا، بل يتغير ويتطور باستمرار، فما كان في السابق يصطدم مع النظام العام في الزواج المختلط، قد يصبح غير ذلك في وقت آخر، وعلى أساس ذلك فالعبرة عند تقدير النظام العام يكون في الوقت الذي يطلب من القاضي الفصل في النزاع، وليس وقت نشوء المركز القانوني المتعلق به، فليس من المعقول أن يترك القاضي المفهوم الحالي للنظام العام ويتمسك بمفهوم سابق ومتجاوز له تخلى عنه قانونه الوطني ، وأصبح غير ساري في دولته.

-أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي : أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام الوطني سواء كان تعارضا كليا، أو جزئيا، فمقتضيات النظام العام تختلف من مجتمع لآخر، ومن زمان لآخر، حتى داخل المجتمع نفسه، فتعدد الزوجات مثلا يعتبر مخالفا للنظام العام في معظم الدول غير الإسلامية، وخصوصا الأوروبية والغربية منها، لكنه جائز بالنسبة لأغلب الدول الإسلامية، وأغلب الدول الإفريقية، بل التعدد المباح في بعض الدول الإفريقية يصبح بدوره مخالفا للنظام العام في الدول الإسلامية، وذلك عندما يتزوج الرجل بأكثر من أربع زوجات، وهذا حال الكثير من الدول الإفريقية والأسيوية التي لا تضع

حدا معينا للزوجات التي يمكن للرجل الزواج بها في نفس الوقت، ففي هذه الحالة ابرام هذه الزيجات أمام القانون المغربي يعتبر مخالفا للنظام العام ، بينما في الدول الغربية نجد درجة مخالفة النظام العام تصل لدرجة التحريم.

ونتيجة لصعوبة تحديد مقتضيات النظام العام عبر الأزمنة المتعاقبة منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو مخالف له، أو غير مخالف، وفي هذا السياق فإنه يتعين عدم إحلال القاضي لآرائه وقناعته الشخصية محل آراء ومذهب الجماعة، وعليه فلا ينبغي للقاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، أن يعتبر مصلحة ما، مصلحة خاصة بالجماعة ، أو مصلحة خاصة بالأفراد حسب رأيه الشخصي، بل يتعين عليه أن ينظر إلى الاتجاه الغالب في المجتمع، والنظام القانوني الذي يحكمه، حتى ولو اختلف مع رأيه الشخصي.

المبحث الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من و اقعة تعدد الزوجات في العلاقات الدولية الخاصة

لقد شكل تعدد الزوجات نقطة أساسية من النقاط التي دار حولها جدال واسع حيث تنظر إليه التشريعات الغربية بأنه غير مقبول، كما انقسمت فيه حتى التشريعات العربية أيضا إلى مواقف، فمنها تبنت نظام التعدد بدون شروط ولا قيد، ومنها من لم تسمح به بشكل مطلق، بل وفق شروط.

وعليه سأتطرق لموقف الاجتهاد القضائي الغربي في مجال تعدد الزوجات (المطلب الأول)، الاجتهاد القضائي العربي في مجال تعدد الزوجات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاجتهاد القضائي الغربي في مجال تعدد الزوجات

بالرغم من أن تعدد الزوجات صحيحا في أغلب الدول العربية ومنتجا لأثاره طالما تم بطريقة شرعية بدون تحايل على القانون، لكن القضاء الأوروبي يرى غير ذلك، فكما نعلم أن هذا الأخير يحضر نشوء التعدد بمفهومه الوارد في التشريعات الإسلامية ويعتبره مخالف لنظامه العام، ويتدخل باسم هذا الأخير لاستبعاد كل زواج تعدد نشأ فوق التراب الأوروبي، ولو كان مباحا في القانون الوطني لأطراف النزاع ليحل محله القانون القاضي من أجل عدم الخروج عن الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع ، ومن أمثلة ذلك نذكر القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 يوليوز 1988 جاء فيه أن الزواج الثاني الذي تم إبرامه في الخارج لا يمكن أن يرتب أي أثر في مواجهة الزوجة الفرنسية، وفي نفس السياق ذهبت محكمة الدرجة الثانية بزيبروكن بألمانيا في قرارها الصادر بتاريخ 21 نونبر 2003 أنه " لا يمكن الاعتراف بصحة عقد الزواج المبرم بالخارج بين مواطنة ألمانية ومواطن يسمح قانون أحواله بإمكانية التعدد في الزواج، باعتباره لا زال في علاقة زوجية مع زوجة أخرى" . (المهوطي, جميلة، 2007-2009)

يتضح من خلال الحكمين القضائيين المذكورين، أن عدم الاعتراف بالتعدد يأخذ به القضاء الأوروبي، سواء كانت الزوجة الأوروبية تحتل مركز الزوجة الأولى، أو الثانية، بالإضافة إلى قرار أخر أبطل فيه زواج انعقد في فرنسا مخالفا لمبدأ منع تعدد الزوجات المعتمد وذلك في 07 يونيو 1994 من قبل محكمة استئناف باريس.

والأكثر من ذلك فقد أعلنت الوزيرة المنتدبة المكلفة بالمواطنة مارلين شيابا، أنها ستدرج إجراء يمنع إعطاء تصريح الإقامة لكل شخص يصل من دولة أجن (المهوطي, جميلة، 2007-2009) وهو متعدد الزوجات، على الرغم من أن هذا الاجراء موجود في القانون الفرنسي منذ سنة 1993، كما أن الحكومة الفرنسية في إطار مشروع قانونها ضد النزعة الانفصالية اقترحت أيضا سحب تصريح الإقامة من الأجانب متعدد ي الزوجات المقيمين في البلاد.

وقد ذهبت المحكم النقض بفرنسا بتاريخ 12 أبريل 2022 إلى إلغاء تسجيل إعلان الجنسية الفرنسية لمغربية متزوجة من فرنسي في حالة تعدد حيث جاء فيه: " وفقا للحكم قيد الاستئناف (باريس 15 دجنبر 2020)، أن مغربية دخلت في زواج مع فرنسي في أبريل 2003، وفي 12 شتنبر 2005 وقعت على إعلان الجنسية الفرنسية على أساس المادة 21-2 من القانون المدني الذي سجل في 8 شتنبر 2006، وفي 17 نونبر 2017 أعلن المدعي العام بطلان التسجيل بحجة أن الزواج من زوجة ثانية يستبعد أي حياة اجتماعية بين الزوجين.

في الوسيلة الأولى، إن قرار رفض طلب المدعي العام بإلغاء تسجيل إعلان الجنسية الفرنسية غير مؤسس، لأن الحياة الاجتماعية المطلوبة لاكتساب الجنسية الفرنسية عن الطريق الزواج على أساس المادة 21-2 من القانون المدني، والتي يلتزم بها الزوجان بموجب المادة 215 من القانون المدني عنصر من عناصر المفهوم الفرنسي للزواج الأحادي، وأن حالة الزواج من زوجين في تاريخ تسجيل إعلان الجنسية الفرنسية يعيق اكتساب الجنسية الفرنسة، وأن محكمة الاستئناف لما خلصت إلى أن حالة تعدد الزوجات للزوجين الفرنسيين لا تكفي لتوصيف انعدام الحياة الاجتماعية بين الزوجين تكون قد انتهكت المادة 21-2 من القانون المدني".

وقد ردت المحكمة بأنه وفقا للمادة 21-2 من القانون المدني يجوز للأجنبي أو الشخص عديم الجنسية الذي يتزوج من شخص يحمل الجنسية الفرنسية أن الجنسية الفرنسية بعد مرور أربع سنوات على الزواج شريطة ألا تكون الحياة الاجتماعية العاطفي والمادية على حد سواء قد توقفت بين الزوجين، وتشكل حالة التعدد في تاريخ تسجيل طلب الحصول على الجنسية عقبة أمام اكتساب الزوج الأجنبي للجنسية الفرنسة، ورأى الحكم في رفضه للطلب أن حالة تعدد الزوجات للزوج الفرنسي هي الظرف الوحيد الذي احتج به المدعي العام ولم تكن كافيا في حد ذاتها لوصف انعدام الحياة الاجتماعية بين الزوجين، وفي هذا الحكم انتهكت محكمة الاستئناف النص المذكور أعلاه.

وقد خلصت محكمة النقض إلى بإلغاء الحكم الصادر في 15 نونبر 2018 عن المحكمة الابتدائية في باريس، وأيضا إلغاء تسجيل إعلان الجنسية الفرنسية الذي تم بتاريخ 8 نونبر 2006". (cour de cassation, chambre civile 1, 12 Janvier 2022, N° de pouvoir 20-50.036, Non publié au bulletin)

بل وقد ذهبت محكمة النقض إلى أبعد من ذلك إذ نجدها منعت ترتيب آثار لتعدد الزوجات على الضمان الاجتماعي في قرار صدر عنها في 08 مارس 1990 ووقائعها تعلقت بمواطن جزائري تزوج حسب الشريعة الإسلامية بامرأتين، وتحصل على مبالغ تتعلق بالتأمين على المرض والأمومة عن الزوجة الثانية، إلا أن القاضي أبطل هذا السداد من صندوق الضمان الاجتماعي على أساس أن الزواج الثاني غير معترف به وفقا للقانون الفرنسي ولا يدخل ضمن المادة 13 من قانون 02 جانفي 1978 التي تحدد الشخص صاحب الحق على تلك المبالغ بصفته زوج للمؤمن له.

ويفهم من هذه القضية أنه لا يمكن الاعتراف بتعدد الزوجات في مجال الضمان الاجتماعي في فرنسا على الرغم من أن القاضي أغفل في القضية ما أثاره الزوج في أنه في فترة النزاع الزوجة الثانية كانت الوحيدة المقيمة في فرنسا مع المؤمن أما الزوجة الأولى فعادت إلى الجزائر لذلك لا يوجد احتمال لعودتها على الأقل أثناء النظر في القضية.

وفي اتجاه آخر ذهبت المحكمة النقض في فرنسا بتاريخ 20 شتنبر 2018 إلى أنه في ظل عدم التصريح ببطلان عقد الزواج بالزوجة الثانية، فتبقى لها صفة الزوجة طبقا لمقتضيات المادة 353 من قانون الحماية الاجتماعية وتستحق المعاش اسوة بالزوجة الأولى، حيث جاء فيه:" حسب هذا القرار أن هناك شخص تزوج زوجتين وبعد احداهن طلبت أداء النفقة والتأمين.

بخصوص الوسيلة الأولى، لا يمكن انعقاد الزواج الثاني إلا بعد إنهاء علاقة الزوجية الأولى، والزواج المنعقد خلافا لأحكام القانون الفرنسي لا أثر له، ولا يعطي حق للزوجة الثانية المطالبة بالنفقة، علما أن الزوج ذو جنسية فرنسية، وبالتالي تواجدها في حالة تعدد الزوجات المخالفة للنظام العام الفرنسي، ودفعت بخرق محكمة الاستئناف للمادة 353 الفقرة الثالثة من قانون الحماية الاجتماعية

بخصوص الوسيلة الثانية الزواج انعقد في إطار التعدد وخارق للقانون الفرنسي للزوجة الثانية، إلا أن البطلان لم يصرح به وبالتالي لا يمكن عرضه على صندوق التأمين الاجتماعي من أجل الاستفادة من المعاش، بدليل لا وجود لأي نص ينظم قسمة المعاش في حالة تعدد الزوجات بسبب مخالفة القانون الفرنسي، بالمقابل في ظل عدم التصريح ببطلان عقد الزواج بالزوجة الثانية، فتبقى لها صفة الزوجة طبقا لمقتضيات المادة 353 الفقرة الأولى منه.

وبالتالي ذهب محكمة النقض إلى أنه يجب على القاضي وفي جميع الأحوال، ملاحظة وتطبيق مبدأ الوجاهية حتى يكون حكمه معللا، وليس من تلقاء نفسه وبدون استدعاء الأطراف لإبداء أوجه ملاحظاتهم، ولا يستشف سواء من طلبات الزوجة الأولى أو منطوق محكمة الاستئناف أن علاقة الزوجية الثانية تم التصريح ببطلانها، وبالتالي لها صفة الزوجة طبقا لأحكام المادة 353 الفقرة الأولى منها، وتستحق المعاش اسوة بالزوجة الأولى". (Cour de cassation, chambre civile 2, 20 décembre 2018, N° de pouvoir 17-27.987, Non publié au bulletin)

أما فيما يخص حالة كون التعدد يتصل بأشخاص كلهم من نفس الجنسية، فإن القضاء الأوروبي عموما اتخذ موقفا لينا بخصوص علاقات الزواج في إطار التعدد الناشئ بالخارج والمتعلق بأطراف كلهم من نفس الجنسية، حيث عمد إلى الاعتراف ببعض آثارها في مواجهة الزوجة المغربية المقيمة في أوروبا، ويظهر ذلك من خلال مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عن محاكم أوروبية مختلفة، فقد أقر القضاء الفرنسي مرارا بأن الزواج الثاني المبرم في الخارج بين زوجين يبيح قانونهما الشخصي ذلك، يحجب عنه الحكم ببطلانه في فرنسا، ويوجب التسليم بوجوده والاعتراف ببعض آثاره المالية، من خلال الاعتراف للزوجة الثانية بحقها في نفقة الزوجية، وكذا بحقها في ميراث زوجها (قرار مدني صادر بتاريخ 1982/01/03). (المهوطي, جميلة، 2007-2009).

كما أكد الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف بباريس في قضية أخرى، أن النظام العام لا يتعارض مع الممارسة- في فرنسا- للحقوق التي تخولها رابطة زوجية مبنية على التعدد ثم إبرامها بشكل قانوني في الخارج طبقا للقانون الوطني للزوجين، وبشكل خاص فإن النظام العام ليس من شأنه إعاقة إنتاج الزواج المبني على التعدد لآثاره في فرنسا، إذا كان إبرامه خارجها قد تم طبقا للقانون الشخصي للأجنبي، الذي سبق له أن تزوج بفرنسية. وبذلك يكون الاجتهاد القضائي الفرنسي بهذا الخصوص، مع موقف الاجتهاد القضائي الألماني الذي أبطل قرارا إداريا قضى بطرد الزوجة الثانية لأحد الأجانب المقيمين بألمانيا، حيث جاء في هذا الحكم الصادر بتاريخ 18 يوليوز 1974 " إن الزواج المبني على التعدد والمبرم بالخارج والذي تسري آثاره في ألمانيا لا يشكل أي انتهاك للنظام العام الألماني أو مساس بالسلم الاجتماعي.

يظهر من خلال هذه الاجتهادات القضائية أنه على الرغم من كون القوانين الأوروبية لا تعترف بنظام التعدد وتعتبره مخالفا لمبادئها الأساسية فقد عمدت المحاكم الأوروبية إلى تطبيق ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص الأثر المخفف للنظام العام، أمام واقعية حالات التعدد من نفس الجنسية أو لدهم جنسية دول تبيح التعدد.

من ذلك القضاء الفرنسي الذي سمح بأن يرتب تعدد الزوجات آثاره المدنية في فرنسا إذا اكتملت شروط الزواج في الخارج وفقا لقانونهما الشخصي الذي يسمح بذلك، فالقاضي الفرنسي مثلا لا يستطيع أن ينصب نفسه رقيبا للأنظمة القانونية، ما دام ذلك يشكل مساسا بسيادة ذلك البلد الذي يختص وحده بالاعتراف للشخص بالتعدد أو

إنكاره عليه، لهذا طبق الأثر المخفف للنظام العام الذي أساسه احترام الحقوق المكتسبة في الخارج في عدة قضايا تبين على إثرها إلزامية توفر شروط معينة لتطبيقه، فالقاضي يقبل هذا التعدد ويقر بآثاره، رغم ملاحظته للاختلاف الموجود بين قانونه والقانون المختص، إما تسليما بالأمر الواقع أو لأن الرأي العام في دولته لا يتأثر إزاء هذا الحق، إذا نشأ في الخارج عكسه إذا تم في دولة القاضي، فيتعين عليه إبطال مفعول هذا الحق (هنية شريف، بدون سنة).

في نفس السياق نجد أن القضاء البلجيكي من جهته تأثر بهذه النظرية (أي الأثر المخفف للنظام العام) فاعتبرت محكمة الاستئناف بلياج في قرارها المؤرخ في 23 ابريل 1970 " أن النظام العام يسمح بالاعتراف بآثار وضعية قانونية نشأت بالخارج (تعلقت نازلة الحال بمسالة تعدد الزوجات) في حين أنه ما كان ليسمح بنشأة هذه الوضعيات في بلجيكا".

وإذا كان القضاء الأوروبي أظهر تفهما إيجابيا للتعدد عندما تتحد جنسية الزوج والزوجة الأولى والثانية، ويكون جميع أطرافه منتمون إلى بلد يبيحه، فكيف ينظر إلى زواج التعدد الذي توجد فيه زوجة تحمل جنسية دولة أوروبية (أي زواج مختلط)؟

فإذا كان القضاء الأوروبي أبدى تسامحا كبيرا بخصوص الاعتراف بآثار الزواج الثاني داخل الدول الأوروبية عندما ينحصر ذلك الزواج بين أشخاص كلهم من جنسية أجنبية، فإنه نحى منحى مخالفا عندما يرتبط ذلك الزواج بزوجة تحمل جنسية إحدى الدول الأوروبية، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 يوليوز قرارا أقرت فيه أن الزواج الثاني الذي تم إبرامه في الخارج لا يمكن أن يرتب أي أثر في مواجهة الزوجة الفرنسية، وفي نفس السياق ذهبت محكمة الدرجة الثانية بزيبروكن بألمانيا في قرارها الصادر بتاريخ 21 نونبر 2003 أنه " لا يمكن الاعتراف بصحة عقد الزواج المبرم بالخارج بين مواطنة ألمانية ومواطن يسمح قانون أحواله بإمكانية التعدد في الزواج، باعتباره لا زال في علاقة زوجية مع زوجة أخرى" (المهوطي, جميلة، 2007-2009).

يتضح من خلال الحكمين القضائيين المذكورين، أن عدم الاعتراف بالتعدد يأخذ به القضاء الأوروبي، سواء كانت الزوجة الأوروبية تحتل مركز الزوجة الأولى، أو الثانية.

فيما يخص النظام القانوني الأمريكي، فهو يحظر تعدد الزوجات ويعاقب على ممارسته بموجب القوانين النافذة، لكن ذلك لم يمنع من وجود عدد لا يستهان به من الأسر التي تجمع رجلاً بأكثر من امرأة واحدة، وبشكل خاص لدى المسلمين، وهي ظاهرة تتكاثر خارج إطار القانون فالمحاكم الأمريكية اليوم تواجه صعوبات تتعلق بصحة الزواج الإسلامي عند مخالفة القواعد القانونية العلمانية في هذا البلد.

وكذلك الأمر بالنسبة للأديان الأخرى، فقد واجهت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية طلب كنيسة المورمون بحق ممارسة تعدد الزوجات في أربع قرارات بين سنتي (1890/ 1879) أكدت فيها أن القانون العام يعرف دائماً الزواج بأنه الزواج من امرأة واحدة، وتغيير هذه القواعد سيكون بمثابة عودة إلى الهمجية و لا يمكن للحرية الدينية أن تصبح وسيلة تسمح بانتهاك القوانين الجنائية وإحداث الفوضى و الزواج الأحادي هو حجر الزاوية في الحضارة ولا يمكن إزاحته من دون قلب ثقافتنا كلها.

المطلب الثاني : الاجتهاد القضائي العربي في مجال تعدد الزوجات

إن الزواج في النظام القانوني في الدول العربية تضبطه أصول دينية وأخلاقية وتحكمه قواعد قانونية آمرة غالباً، ولما كانت الشريعة الإسلامية مصدراً لهذه القواعد وأساساً لتلك الأصول، فهي جزء من النظام العام المحلي والدولي

وبناء على ذلك، ففي العراق مثلا لا يتعارض النظام العام الدولي العراقي إبرام الزواج الثاني في بغداد فيما بين أجنبي وعراقية، أو ما بين أجنبيين سواء كانوا مقيمين في العراق أم خارجه، إذا كان القانون الشخصي يجيز التعدد، ما لم تكن أحكام هذا القانون تتناقض مع النظام العام الدولي، كما لو كانت لا تضع الزوجات جميعهن في مركز متساو بل تجعل الثانية خادمة للأولى، أو كان الزواج المطلوب إبرامه بين رجل وامرأة خامسة.

أما إذا كان القانون الشخصي يحظر تعدد الزوجات، فيجب التفريق بين فرضيتين الأولى: أن الزوج غير مسلم، فمن المؤكد هذا أن احترام القاضي للإسناد ونتيجته، وتطبيقه للقانون الأجنبي لا يصطدم مع النظام العام الدولي، فالمحكمة العراقية تطبق القانون الشخصي وتحترم أحكامه بشأن بطلان عقد الزواج الثاني، ولا يحق لها أن تستبعد القانون الأجنبي الذي يحظر التعدد وتحتج بالنظام العام الدولي لأن اختلاف القوانين مسألة متوقعة، كما أن الحظر لا يشكل انتهاكاً لمفهوم النظام العام الدولي في العراق.

والفرضية الثانية: أن الزوج مسلم، فالحظر الوارد في القانون الشخصي بشأن إمكانية الزواج من امرأة ثانية لا يمكن التعاطي معه، ويجب الامتناع عن تطبيقه لأنه يتعارض مع النظام العام الدولي العراقي.

والجذير بالذكر أن المحاكم المغربية لا تزال تصدر أحكاما بمنح الإذن بالتعدد لأشخاص مغاربة متزوجين بزوجات من جنسيات أوروبية، ويمكن أن نذكر في هذا الصدد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة- قسم قضاء الأسرة – المتعلق بمنح الإذن بالتعدد لزوج مغربي متزوج بزوجة من جنسية سويدية بعلة أنه يريد الاستقرار في المغرب، وأن زوجته الأولى التي وافقت على هذا الزواج، وحضرت إجراءات الدعوى، تريد أن تربي أولادها بدولة السويد (حكم صادر بتاريخ 2008/07/22 عن المحكمة الابتدائية بطنجة قسم قضاء الأسرة، غير منشور)، وفي نازلة مماثلة، منحت نفس المحكمة الإذن بالتعدد لزوج مغربي بزوجة إسبانية، بناء على طلبهما المشترك بعدما أقرت الزوجة الأجنبية في جلسة البحث أنها مريضة، وأن الزوج يعيش في حالة إهمال وأنها من اختارت الزوجة الثانية لكونها متفاهمة معها (حكم عدد 432 صادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة – قسم قضاء الاسرة – بتاريخ 2008/08/18 في الملف عدد 2008/38، غير منشور).

فرغم أن هذا الزواج الثاني له أسباب موضوعية، وبإقرار وموافقة الزوجة الأجنبية، فلن يتم الاعتراف به وبآثاره، ما دام أن واجب احترام النظام العام في كل الدول يرجح على إرادة الأطراف.

خاتمة :

وفي الختام يمكن القول إن مسالة التنازع الدولي للقانون في مجال تعدد الزوجات تعتبر من اعقد المسائل القانونية، لما تنطوي عليه من إشكالات لا بد للقاضي أن يتصدى لها قبل الوصول إلى الحلول الموضوعية، وإدانة تعدد الزوجات تبدو قضية لا علاقة لها بما يمارسه رجل مع مجموعة من النساء، ولكن له علاقة شديدة الصلة بمحاولات التشويه المعتمدة ضد الإسلام كدين، وكمشروع حضاري أو ثقافي، فكيف للقانون الغربي أن يمنع تعدد الزوجات في حين لا يوجد في التشريع ما يمنع تعدد العشيقات، ويبيح العلاقة الجنسية الرضائية.

وعلى أي حال، فإن تعدد الزوجات في إطاره التشريعي الصحيح، يقصد حماية حقوق المرأة وتأطيرها في عقود ذات طبيعة قانونية ملزمة، بينما تعدد العلاقات الجنسية الرضائية لا يحمي أحد من أي شيء، بما في ذلك تداول الأوبئة، وهذا الفرق بين تعدد الزوجات الذي يجيزه التشريع الإسلامي بين تعدد العشيقات والعلاقة الجنسية الرضائية التي تبيحها الدول الغربية أو تغض البصر عنها.

ومن خلال هذه الدراسة التي قمت بها توصلت لبعض النتائج أقوم بعرضها كالآتي:

- نتيجة لصعوبة تحديد مقتضيات النظام العام عبر الأزمنة المتعاقبة منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد ما هو مخالف له، أو غير مخالف، وفي هذا السياق لا ينبغي للقاضي المعروض عليه النزاع المشتمل على عنصر أجنبي، أن يعتبر مصلحة ما، مصلحة خاصة بالجماعة، أو مصلحة خاصة بالأفراد حسب رأيه الشخصي، بل يتعين عليه أن ينظر إلى الاتجاه الغالب في المجتمع، والنظام القانوني الذي يحكمه، حتى ولو اختلف مع رأيه الشخصي.
- القضاء الأوروبي يحضر نشوء التعدد بمفهومه الوارد في التشريعات الإسلامية ويعتبره مخالف لنظامه العام، ويتدخل باسم هذا الأخير لاستبعاد كل زواج تعدد نشأ فوق التراب الأوروبي، ولو كان مباحا في القانون الوطني لأطراف النزاع ليحل محله القانون القاضي من أجل عدم الخروج عن الهدف الاجتماعي الذي وضعه المشرع.
- إن المبدأ الذي يحظر تعدد الزوجات وأجازه القانون الفرنسي لا يمكن فرضه على الأجانب الذين يحق لهم الارتباط بأكثر من زوجة وفقا لقانون بلادهم الأم، ومما تقدم يتبين أن النظام العام الدولي سلاح فعال في يد القضاء الفرنسي يمكنه من استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية كلما أراد ذلك.
- عدم الاعتراف بالتعدد يأخذ به القضاء الأوروبي، سواء كانت الزوجة الأوروبية تحتل مركز الزوجة الأولى، أو الثانية
- التعدد في الزواج المختلط في المغرب يخضع لتوفر المبرر الموضوعي الاستثنائي وموافقة الزوجة، فالمحاكم المغربية لا تزال تصدر أحكاما بمنح الإذن بالتعدد لأشخاص مغاربة متزوجين بزوجات من جنسيات أوروبية إذا كانت له أسباب موضوعية، وبإقرار وموافقة الزوجة الأجنبية.

ومن منطلق هذه النتائج يمكن لنا أن نقترح بعض الاقتراحات التي نهدف من خلالها إكمال بعض النواقص التي لاحظناها عند دراسة هذا الموضوع ومن بينها:

_ ضرورة إدراك القضاء الأوروبي والغربي بصفة عامة، المضامين الفلسفية لإباحة التعدد الزوجات، لكي يتم تقليص وتقريب التباعد بين النظام القانوني الغربي والنظام القانوني العربي في مجال تعدد الزوجات في الزواج المختلط.

- تعزيز مركز الإرادة كمعيار أساسيا في تحديد وتغيير القانون الواجب التطبيق.
- ضرورة استيعاب القوانين الغربية أن تعدد الزوجات في إطاره التشريعي الصحيح، يقصد حماية حقوق المرأة وتأطيرها في عقود ذات طبيعة قانونية ملزمة.

ومن الضروري لفت النظر هنا بأن البحث لا يهدف إلى تسويغ نظام تعدد الزوجات أو الدفاع عنه، بل يقصد تحديد إمكانية المحاكم العربية والغربية في مراعاة الثقافة المختلفة أي التعدد، عند تطبيقهم لقواعد القانون الدولي الخاص الوطني، فبعض أسباب تعدد الزوجات جديرة بالاعتبار، فالزواج من امرأة أخرى إذا ظهر أن الأولى لا تنجي خير من تطليقها، الأمر الذي يتوقف على الاختيار الحر بين الطرفين في معظم الأحوال، وبالمقدار نفسه يبيح للمرأة أن تطلب الطلاق إذا ظهر أن زوجها لا ينجب.

قائمة المراجع:

Bertrand Louvel, Bertrand Louvel. (2017). "Propos introductifs" a l'occasion de Colloque "L'ordre public: regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation. 2. Récupéré sur https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/colloques-et-conferences/l-ordre-public-regards-croises-du-conseil-d-etat-et-de-la-cour-de-cassation

Gaston Kenfack Douajni. (2005). La notion d'ordre public international dans l'arbitrage OHADA. *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*(n° 29), 3.

Maximin De Fontmichel. (2013). *le faible et l'arbitrage*. Paris: Economica.

أحمد عبد الكريم سلامة. (1998). *الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي*. الرياض: جامعة الملك سعود.

المهوطي, جميلة. (2007-2009). *إشكالية الزواج المختلط وزواج المغاربة بالخارج وفق العمل القضائي*. بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء.

المهوطي, جميلة. (2007-2009). *إشكالية الزواج المختلط وزواج المغاربة بالخارج وفق العمل القضائي*. بحث نهاية التمرين، المعهد العالي للقضاء.

جان ديري. (نونبر, 1992). جانب غير منتظر من التبادل غير المتكافئ في القانون الدولي الخاص علاقة الأحوال الشخصية بين الإسلام وأوروبا من خلال الحالة المغربية الفرنسية . *مجلة القضاء والقانون*(العدد 144).

جميلة بلعيد. (2012). التحكيم التجاري الدولي بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي. *مجلة مصر المعاصرة*(العدد 505)، 421.

شاذة, محمد الشافعي. (2001). الأسرة في فرنسا دراسة قانونية وحالات. *سلسلة البحوث القانونية*، 75.

صادق, هشام علي. (1974). *تنازع القوانين دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري*(éd. منشأة المعارف .الإسكندرية: مطابع الأهرام التجارية .(نشر

عز الدين عبد الله. (1986). *القانون الدولي الخاص المصري*. القاهرة: دار النهضة العربية.

عماد طارق النشري. (2005). *" فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي*. بيروت.

عناية عبد الحميد ثابت. (1995). *مدى الاعتراف لحكم القضاء الأجنبي بآثاره في مصر*. القاهرة: ا مطبعة دار النهضة العربية.

محمود, سلطان عبد الله. (2010). الدفع بالنظام العام وأثره. *مجلة الرافدين للحقوق*(العدد 43)، 97.

مريم الفطناسي. (2015). الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص. *مجلة القضاء والتشريع*(العدد 7)، 70.

مساوي, محمد. (2002). *قاعدة الاسناد في القانون الدولي الخاص المغربي* (الإصدار الطبعة الأولى). مراكش: المطبعة والوراقة الوطنية.

ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي. (سنة 2000). تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه - دراسة مقارنة-. *مجلة الأمن والقانون، مجلة دورية لأكاديمية دبي*،(العدد 11)، 479 .

هنية شريف. (بدون سنة). الاجتهاد القضائي الفرنسي في مجال تعدد الزوجات. *مجلة الحوث والدراسات القانونية والسياسية*، 51-52. تم الاسترداد من www.acjp.cerist.dz

حرية المعتقد وتأثيرها علي أصل الزواج

Freedom of belief and its impact on the origin of marriage

د. خيرالدين شرقي .D .chergui khaireddine

أستاذ محاضر.ب، جامعة عمارثليجي ، الأغواط/ الجزائر

Lecturer. B, Ammar Thaliji University, Laghouat/ Algeria

الملخص:

يعد موضوع الزواج أحد الروابط الاجتماعية التي تساعد أفراد المجتمع على تحقيق التواصل الاجتماعي والثقافي والإنساني فيما بينهم، والفرد في حاجة إلى بناء أسرة أساسا للاستقرار الأسري واشباع حاجاته المتعددة، ففي خضم التحولات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية التي طرأت على الأفراد والمجتمعات ظهر ما يسمى بالزواج المختلط ، في ظل هذه المعطيات جاءت هذه المداخلة لتعالج مسألة حرية المعتقد وأثرها في أصل الزواج، موضحة حرية المعتقد واختلاف الدين بضوابطها ومبادئها خاصة إذا تعلقت بالزواج مبينا موقف الشريعة الإسلامية في ضبط هذه العلاقة(الزواج المختلط) ،لبناء أسرة وفق منهج رباني وتجنب أي آثار سيئة وذلك لتحقيق لحكمه الاستقرار والمودة والرحمة والقدوة الحسنة وهو ما نبينه في هذه المداخلة.

الكلمات المفتاحية:المعتقد، حرية ، الكتابية ،الزواج المختلط .

Abstract:

The subject of marriage is one of the social bonds that help members of society to achieve social, cultural and human communication among themselves, and the individual needs to build a basic family for family stability and to satisfy his multiple needs. In light of these data, this intervention came to address the issue of freedom of belief and itsimpact on the origin of marriage, explaining the freedom of belief and the difference of religion with its controls and principles, especially if it relates to marriage, indicating the position of Islamic law in controlling this relationship (mixed marriage), to build a family according to a divine approach and avoid any bad effects in order to achieve For his wisdom is stability, affection, mercy, and a good example, which we show in this intervention

Key words: Belief, freedom, clericalism, mixed marriage.

مقدمة:

إن الزواج في الإسلام عقد له مقاصده العظيمة، وغاياته النبيلة، والأسرة هي نواة الأمة وأساسها، وقد اعتنى بها الإسلام عناية فائقة تحفظ كيانها وفي واقعنا المعاصر اليوم يقيم عدد كبير من المسلمين خارج الوطن الإسلامي لأسباب مختلفة، وقد يضطرون إلى الزواج من غير المسلمات، وهو أمر يقع كثيراً في مجتمع الأقليات المسلمة .ونظراً لأهمية البحث في فقه الأقليات الإسلامية. ارتأيت أن ابحث في هذا الموضوع الموسوم ب: **حرية المعتقد وتأثيرها علي الزواج**

انطلاقا من **الإشكالية التالية**: هل لحرية المعتقد تأثير على عقدأصل الزواج ؟

وتتجلى **أهمية الموضوع** فيما يلي:

موضوع الزواج بين مختلفي الدين، من الموضوعات الفقهية المعاصرة، والتي لا يخفى ما لها من أهمية بالغة، وقد كثرت تساؤلات الناس في وقتنا الحاضر عن انتشار هذه الظاهرة ومايتعّلق بها من أحكام

ويكمن **سبب اختيارنا** للموضوع هو أنه يتناول أحد محاور الملتقي الدولي.

وقد عالجت **الإشكالية** في نقاط أساسية:

أولا: ببيان أهم المصطلحات التي يرتكز عليها هذا البحث.

ثانيا :أثر اختلاف معتقد الزوجين على صحة أصل الزواج

و خاتمة حوت بعض التوصيات.

أولا: تحد المصطلحات والمفاهيم(حرية المعتقد ، الزواج ، المختلط ،وما يتعلق بهم)

1- حرية المعتقد

1.1مفهوم حرية المعتقد:

حرية العقيدة في الإسلام تختلف في مفهومها ومضمونها عن باقي الأديان والنظم وفيما يلي تحديد المصطلحات والمفاهيم:

حرية العقيدة بحق المسلم: هي حرية الرأي والمذهب والتعبير بشرط أن لا يخرج عن أصل الدين

غير المسلم: فهي مطلقة فله أن يختار من العقائد ما يشاء ما دام الأمر لم يدخل في حيز التنفيذ(الاشقر، 1999)

حرية العقيدة حسب المفهوم الغربي: فله أن يعتقد ما يشاء وله أن يعتقد بأي شيء أي حقه في اعتناق ديانة معينة وممارسة الطقوس والشعائر المتعلقة بهذه الديانة وحقه في أن يختار ألا يكون مؤمنا بأي دين .

إن مفهوم حرية الاعتقاد في الإسلام تختلف اختلافا كليا على المفهوم الغربي فهي في الإسلام ليست سائبة ولا مطلقة بل هي حرية واعيه تدعو الى الانضباط وعدم الإضرار بالآخرين ولا تدعوا إلى الفوضى والانفلات والشذوذ والخروج على المصالح العامة والجماعة.

2.1مبادئ حرية الاعتقاد في الإسلام:

في نطاق حرية العقيدة في الشريعة الإسلامية فإن الإسلام يحترم الديانات السماوية الاخرى حيث انها في أصلها تقوم على التوحيد وعبادة الله وحده لا شريك له وكلها تركز على الأخلاق والمبادئ السامية ومن مبادئها ما يلي:

- الشهود الحضاري : **الإسلام هو الرسالة السماوية التي أرسل بها تعالى سيدنا محمد بن عبد الله ﷺ شاهدا ومبشرا ونذيرا وداعيا الى الله وهذه الرسالة تمثل الحلقة الأخيرة من سلسلة الرسالات السماوية التي حملها الرسول السابقون عليهم السلام**
- **العقيدة الصحيحة في الاسلام بأركانها تقوم على اليقين والاقتناع لا التقليد والاتباع عن طريق إعمال العقل والفكر والاعتماد على الدليل العقلي فالله سبحانه وتعالى قد خص الانسان بالعقل وميزه بالفكر وبحريه الإرادة وجعل التفكير والتبصر هو الطريق الصحيح للإيمان به .**

قال تعالى:(قل أرأيتم إن كان من عند الله ثم كفرتم به من أضل ممّن هو في شقاق بعيد) سورة فصلت الآية52

- **عدم الإكراه الدخول في الدين يجب أن يكون عن قناعة واختياروفقا لعقل الإنسان وتفكيره دون جبر او اكراه لأنه محاسب يوم القيامة على اختياره قال تعالى:** (لا إكراه في الدين) سورة البقرة الآية 256

وهذا يعني ان الله عزوجل يأمر بعدم إكراه أحد الدخول في دين الإسلام فانه بين وواضح فمن هداه الله للإسلام وشرح صدره ونور بصيرته دخل فيه على بينة ومن اعمى قلبه فإن دخوله مكرها لا يفيده شيئا حيث يقول الله تعالى: (إن الذين حقّت عليهم كلمت ربك لا يؤمنون)**سورة يونس،الآية96 .**

وجاء القرآن مؤكدا على عدم جواز الإكراه في الدين معللا ذلك بطبيعة وظيفة الرسل المكلفين بالتبليغ لا بأن يصبحوا جبارين مهيمنين قال تعالى فقد قال تعالى: (ولو شاء الله ما أشركوا وما جعلناك عليهم حفيظا وما أنت عليهم بوكيل)**سورة الانعام ،الآية 107**

- **احترام الاخر يؤكد القرآن الكريم على الانسجام بين الديانات السماوية وجوب احترام كل منهما للآخر وكلها من عند الله ويشير إلى أن الرسول شهداء على الأمة مصدقين لدعوات وكتب الرسل السابقين قال تعالى: وإذ قال عيسى بن مريم الفتح 7**
- **المناقشة والحوار: القرآن الكريم جاء منسجما مع الطبيعة التكوينية للإنسان الذي يسأل ويشك فإن الله عزوجل اقر حق الانسان بحرية المناقشة والحوار قال تعالى:** (ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن) سورة النحل،الآية 125.

3.1 ضوابط حرية المعتقد:

حرس الاسلام الاعتراف للحريات الدينية ولكنه بالرغم من ذلك لم يطلق هكذا دونما قيد او ضابط حتى يصونها من عبث العابثين او النفاذ من خلالها الى التلاعب بشريعة الله لهذا جعل ضوابط تقترن بمبدأ حرية الاعتقاد في الإسلام لابد من مراعاتها وهي كالتالي:

- **حرية المقدسات الإسلامية وعدم المساس بها:**

الحرية لا تعني الإذن بالتعرض او المساس بالدين الاسلامي أو احد مقوماته الأساسية او حتى التنقيص منها او تفضيل دين اخر عليه او المساس بمشاعر اتباعه كما أن المحافظة على مبدأ الحرية أصحاب الديانات الاخرى في ممارسة شعائرهم وعباداتهم لا تصل الى حد التطاول على الإسلام أو الاعتداء على حرماته بدعوى الحرية الدينية وأن يراعوا هيمنة الدولة الإسلامية وهيبتها التي تظلهم بحمايتها ورعايتها فلا يجوز لهم ان يسيئوا للإسلام ورسوله وكتابه(يوسف، 1973)

تعتبر اي حريه مشروعه لغير المسلم لممارسة شعائره وطقوسه مكفولة ما لم تؤدي هذه الحرية الى بث افكار مسمومة وتصورات وشبه تهدم وحدة المجتمع الإسلامي(ناجي، 2022)

- **عدم اظهار طقوسهم وشعائرهم امام المسلمين :**

شعائر اليهود و النصارى وطقوسهم لا تخلو من أقوال وأفعال قد حكم عليها الدين الإسلامي بالضلال والكفر وهذا الفساد لا يرجع إلى كتبهم المنزلة وانما يعود الى الانحرافات والتبديل والتحريف الذي طال هذه الكتب، وإن كان هذا الضابط شارع على أصحاب الكتب السماوية فمن باب أولى أن يطبق على غيرهم ممن لا يستندون في عقائدهم أصلا إلى كتاب منزل فلا يحق لأصحاب الديانات السماوية وغيرها ممارسة شعائرهم أمام المسلمين لما في ذلك من إفساد المجتمع الإسلامي ولا يظهر في صورة المتحدي لجمهور المسلمين حتى تعيش عناصر المجتمع كلها في سلام وئام(يوسف، 1973، صفحة 35)

- **عدم السماح بالخروج من الإسلام بعد الدخول فيه:**

لا يسمح للمسلم بالخروج عن الاسلام وهديه او الرجوع عنه بالارتداد إلى غيره من الديانات والاعتقادات سواء كانت سماوية كتابيه أو لغيرها من الديانات الاخرى المتعددة ومهما كان المتغير سواء مسلما أصليا

أو دخل إلى الإسلام بعدما كان كتابيا أو كان مشركا لعقيدة و ملة أخرى والتحق بجماعة المسلمين فيطبق عليه حق الردة. قال تعالى: (ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة) سورة البقرة،الآية217

وللردة شروط لابد من اعتبارها وهي البلوغ والعقل والاختيار(الكويتية، 2005)
وخلاصة القول :أن الإسلام كفل حرية العقيدة لمن يدخل في الإسلام وترك له حرية الاختيار أما إذا دخل في الإسلام فقد وضع له ضوابط حتى لا تصطدم بحريات الآخرين وحتى لا تتحول هذه الحرية إلى فوضى خلاقة تصل بصاحبها وربما بالمجتمع إلى الضلال والانحراف.

2.الزواج

1.2 تعريف الزواج والزواج المختلط

- الزواجفيلغةالعربقالالفيوميفيالمصباحالمنيرالزواجشكللهنظيركالأصنافوالالوانأويكونلهنقيضكالرطبواليابسوالذكروالانثواللیلوالنهاروالحلووالمر (محمد ا.)

وقد جاء الزوج بمعنى النوع أو الصنف في قوله تعالى:(وأنبتت من كل زوج بهيج) الحج،الآية5.والشعراءالآية 7 (أو لم يروا إلى الأرض كم أنبتنا فيها من كل زوج كريم) والرحمنالآية 52 (فيهما من كل فاكهة زوجان)52(سليمان، 1997)

- **وفيالاصطلاح**:هوعقديفيدحلالاستمتاعكلواحدمنالزوجينبالآخرعلىالوجهالمشروعويجعلكلمنهماحقوقامنقبلصاحبهوواجباتعليه(خلاف، 1990)
- **تعريف الزواج المختلط**: هو زواج رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين عند إبرام العقد ،وعرفه وعلاقة اقتران بين زوجين من أديان وثقافات وجنسيات مختلفة (الحنيطي، 2016)

وعرفه الكاتب ياسينشايب: بأنه اتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفين الثقافة و الجنسية والديانات(بشري، 2001)

الزواج المُختلط وهو شكل من أشكال الزواج، يكون فيه الأزواج ذو أجناس مُتعددة أو إثنيات عرقية أو ديانات مُختلفة، ومن المعروف أن الزواج المُختلط يواجه تحديات كثيرة لصعوبة التوفيق بين ثقافات أو ديانات البشر، كما يترتب على الزواج المُختلط إشكاليات عدة بين مُختلفي الجنسية، أبرزها نيل الجنسية وجنسية الأطفال والإرث.

2.2 ضوابط الزواج المختلط

يخضع الزواج المختلط من خلال التعاريف السابقة إلى ضابطين:

ضابط الدين:

الدين هو الذي يحدد به انتماء الشخص، ففي الشريعة الإسلامية قد قسم الفقهاء المسلمين المجتمع الى دار الاسلام ودار الحرب، فدار الإسلام تشمل الأقاليم الواقعة تحت حكم المسلمين ويتمتع فيها كافة المسلمين بنفس الحقوق والواجبات، ودار الحرب تضم المناطق غير الخاضعة للإسلام وتسمى باختلاف الدارين

ويسود في دار الإسلام إلى جانب المسلمين طوائف غير مسلمة و يسمون بأهل الذمة وكذلك المستأمنين الذين يقيمون في دار الإسلام بصفة مستمرة بمقتضى عقد ذمة أبدي ،أما المستأمنين هم الذين جاءوا من دار الحرب ويتمتعون بالحماية الكاملة بمقتضى عقد لمدة محددة(بشري، 2001)

الجنسية:

مع ظهور التطور الفقهي في المجال القانوني خاصة في مجال القانون الدولي الخاص عامل التشريعات الحديثة على جعل عنصر الجنسية باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي تربط الفرد بدولته في عقد الزواج المختلط.

فالجنسية سيطرة الدولة وسيادتها في تحديد ركن من أركانها وهو الشعب وهي رابطة قانونية من ناحية اخرى لأنه يترتب على هذه الرابطة حقوق وواجبات متبادلة بين الفرد والدولة(زهرة، 2016)

3.2 موقف الأديان من الزواج المختلط

- **موقف الديانة اليهودية:**

يشجع اليهود المتدينين زيادة النسل؛ لاعتقادهم أنهم يخوضون صراعاً ديموجرافيًا مع المجتمع الفلسطيني، .لاسيما الفلسطينيين الذين يقيمون داخل ما يسمى بـ"إسرائيل" ،. فالأسرة الفلسطينية تتميز بكبر الحجم مقارنة بالأسرة اليهودية، فيخشون من حدوث خلل في التركيب السكاني في المجتمع الإسرائيلي، فتصبح الغلبة العددية في صالح الأسرة الفلسطينية، بالتالي تنقلب الموازين. لذا تشجع الجماعات اليهودية المتدينة الزواج المبكر، وكثرة الإنجاب؛ ليبقوا محافظين على الأغلبية العددية اليهودية.

تبقى الفتاة تحت ولاية والدها ما لم تتزوج، فإن تزوجت تنتقل ولايتها إلى زوجها، ويصبح مسؤولاً عنها مسؤولية كاملة، وله حق التمتع بها كيفما يريد، في المقابل عليها أن تقوم بكافة الوظائف الزوجية المطلوبة منها: (الطحن، والغسيل، والطهي، وإرضاع أولادها، وترتيب فراش زوجها، وغزل الصوف).

الجدير بالذكر، يشجع اليهود الزواج الداخلي، ويحرمون الزواج المختلط. أي لا يتزوج الشاب اليهودي إلا من فتاة يهودية، ولا تتزوج الفتاة اليهودية إلا من شاب يهودي، ولا يجوز لهما الزواج من أتباع الديانات والأمم الأخرى. استندوا في هذا التحريم على النص التوراتي: "ولا تصاهرهم. بنتك لا تعطه لابنه، وبنته لا تأخذ ابنك". الحكمة اليهودية من هذا المنع؛ خوفهم أن يعبد اليهودي أو اليهودية آلهة الديانات الأخرى. فضلًا عن اعتبار اليهود أنفسهم خلفاء الله على الأرض، وشعبه المختار، وأنقى الأعراق التي خلقها على الإطلاق، وأن الأمم الأخرى أغيار خلقوا لخدمة سادتهم اليهود. تشدد اليهود كثيرًا في مسألة الزواج المختلط، ومن صور التشدد: أن من تزوّج بغير يهودية يجبر على طلاقها والانفصال عنها، وإن وقع الزواج يعتبر زواجاً وثنياً، والعلاقة بين الزوجين علاقة زنا، وأولادهما أولاد زنا. ولا يعتبر الابن يهوديا إلا إذا كان من أب وأم يهوديين.

على الرغم من التشدد اليهودي السابق، إلا أنه بدأ ينتشر الزواج المختلط في أوساط الشباب، فالشاب اليهودي أصبح يقبل على الزواج من غير اليهوديات، والشابات اليهوديات أصبحن يقبلن على الزواج من الشباب غير اليهودي(عليان، 2023)

- **موقف الديانة المسيحية.**

اعتنت الديانة المسيحية بدورها بتنظيم رابطة الزواج ومنحت لها أهمية في جميع مراحلها وحرصت على أن يكون اختلاط الرجل بالمرأة اختلاطا مشروعا

فالزواج في الديانة المسيحية سر من أسرار الكنيسة ومقدساتها لهذا حرمت تعدد الزوجات والطلاق كقاعدة عامة ونصت : " من اجل أن يترك الرجل أبا هو أمه ويلتصق بامر أته ويكونا لاثنان جسدا واحدا والذي يجمعه الله لا يفرقه الإنسان " إن الزواج في المذاهب المسيحية من المقدسات الدينية ,ويعتبر صحيحا إذ ما تم بين معمدين من نفس الديانة والمذهب وبتو افر أركانه وشروطه الموضوعية والشكلية،أما الزواج المختلط كقاعدة عامة اعتبرته الديانات المسيحية بجميع مذاهبها باطلا ,وهو ذلك الزواج الذي يتم بين مسيحي معمد وآخر غير معمد (اختلاف الدين) لأن أحد الطرفين فقط في مثل هذا الزواج يكون قد نال سر العماد وفي عقيدتهم ,إلا أنها إجازته بصفة استثنائية إذا تو افر حد معين من الشروط والضمانات, أما

الزواج الذي يتم بين مختلفي المذهب فهو باطل نسبيا وإجازته تكون أيضا بتوافر شروط معينة(بشري، 2001، صفحة 21)

وقد حذرعدد من رجال الدين الكاثوليك النساء الإيطاليات من الزواج بالمسلمين، وقد ورد التحذير في وثيقتين تم نشرهما في2006، ومنهم الكاردينال خوسيه بوليكاربو البرتغالي، الذي حذر الفتيات البرتغاليات من الزواج من المسلمين، وأرجع ذلك إلى حقيقة أنه من الصعب في بعض الأحيان تربية الأطفال على الإيمان المسيحي بعد الزواج .(wikipedia، 2023).

- **موقف الشريعة الإسلامية من الزواج المختلط**

لقد أحلت الشريعة الإسلامية الزواج المختلط للزوج المسلم دون المرأة المسلمة ووضعت شروطه في العديد من الآيات القرآنية و لله في ذلك حكمته ,لأن الشريعة الإسلامية لا تحتوي إلا لما فيه من صلاح للإنسانية, و سواء كان الزواج عاديا أو مختلطا نجدها تحرص على تحقيق الهدف الطيب منه و هو الاستقرار و السكينة الأسرية. فالإسلام يعتبر الزواج ذلك الميثاق الغليظ الذي تتوحد به الأنفس و العقائد و تنشأ المودة و الرحمة لقوله تعالي:(وأخذن منكم ميثاقا غليظا) سورة النساء الآية 21، وقوله تعالى: (وجعلنا بينكم مودة ورحمة) سورة الروم الآية 21.

و على هذا الأساس ضبطت الشريعة الإسلامية الزواج المختلط بضوابط و قيدته بقيود لا يجوز مخالفتها سواء للمسلم أو المسلمة ,فالمسلم لا يجوز أن يتزوج ممن تخالفه في العقيدة ,و باتفاق جمهور الفقهاء يجوز له الزواج إلا مع فئة اليهود و النصارى ,أما المسلمة لا يجوز لها أن تتزوج لا مع كتابي أو غيره فالمسلمة لا ينكحها إلا المسلم، وهو ما نحاول أن نوضحه أكثر في العنصر الموالي بالتفصيل.

ثانيا:أثرحرية المعتقد في أصل الزواج.

إن الأصل في إبرام عقد الزواج هو الإباحة، وانه يجوز للرجل ان يتزوج مع من يريد من النساء. وبالمقابل يجوز للمرأة ان تتزوج مع من تشاء من الرجال الا ان نظام الأسرة وحمايه المجتمع في التشريع الاسلامي قيد هذه الإباحة ووضع ضوابط لبناء الأسرة ولحمايتها ولحفاظ على استقرارها وتماسكها ووسع من مجال الموانع اكثر من غيرهم من التشريعات

1. **زواج المسلم بغيرالمسلم:**

1.1زواج المسلم بالكتابية:

- **تعريف الكتابية:**

الكتابية هي كل امرأة من أهل الكتاب وأهل الكتاب في عرف القرآن هم كل من اعتقد دينا سماويا ،وقد خص الله عز وجل أهل الكتاب في كتابه بطائفتين فقط في قوله تعالى: (أن يقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وإن كنا عن دراستهم لغافلين)سورة الأنعام، الآية 156

وقد أجمع أهل التفسير على أن الطائفتين من أهل الكتاب هم اليهود والنصارى دون غيرهم، وهو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من مالكية شافعية بقولهم إن أهل الكتاب وصف يطلق على اليهود والنصارى وعليه في الكتابية عند أهل العلم هي اليهودية او النصرانية دون غيرها(الجوزية، 1995)

- **حكم زواج المسلم من الكتابية:**

اختلف علماء الإسلام في مسألة الزواج بالكتابية حسب رأي الجمهور من السلف والخلف والأئمة الأربعة يجوز نكاح الكتابيات مستندين في ذلك الى ظاهر الآية: (اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) سورة المائدة، الآية5

لأن الله سبحانه وتعالى عطف المحصنات في الآية الكريمة على الطيبات ومنه يستفاد الزواج المحصنات من أهل الكتاب، كما احتج أصحاب هذا الرأي بما رواه ابن جرير الطبري في تفسير عن جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ قال:(نتزوج نساء اهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا)(الطبري، 1992)

ومنهم من انكر الزواج من الكتابات منهم ابن عمر فيما يرويه عنه فيما يروى عنه والاماميه واستدل هذا الفريق بأدلة منها قوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) سورة البقرة الآية221

قالوا نزلت هذه الآية مرادا بها تحريم نكاح كل مشرك على كل مسلم من أي أجناس الشرك كانت عابدة وثن او يهودية او نصرانية أو مجوسية أو غير ذلك من أصناف الشرك ذلك أن الجمع المحلى بأل يفيد العموم

وما روي عن ابن عمر ﷺ أنه كان إذا سئل عن عن نكاح النصرانية او اليهودية قال: (إن الله حرم المشركات على المؤمنين ولا أعلم من الإشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله)(البخاري)

فمنشأ الخلاف بين الفقهاء في مسألة الزواج بالكتابية يرجع الى اختلافهم في فهم الآية الكريمة ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن فقال طائفة من العلماء أن الله عز وجل حرم نكاح المشركات في سورة البقرة ثم نسخ هذا الحكم بآية المائدة في قوله والمحصنات الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، وهو قول ابن عباس ﷺ وبه قال مالك أنس وسفيان الثوري والأوزاعي (القرطبي، 2006)

وذهب آخرون إلى أن الآية التي في سورة البقرة هي الناسخة والتي في المائدة هي المنسوخة وبالتالي نكاح كل مشركة سواء كانت كتابية أو غير كتابية، إلا أن هذا الكلام مردود لأن سورة البقرة من أول ما نزل بالمدينة و سورة المائدة من آخر ما نزل والقاعدة أن المتأخر ينسخ المتقدم وليس العكس

الترجيح وبعد استعراض أدلة كل فريق فالراجح ما ذهب إليه العلامة الدكتور يوسف القرضاوي رحمه الله وهو حل الزواج المسلم بالكتابية كما قال جمهور الفقهاء لإطلاق الأدلة القاضية بجواز ذلك فآية المائدة صريحة في الدلالة بحل الزواج بالكتابيات، أما قوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) سورةالبقرة، الآية 221

حكم عام خصصته آية المائدة كما أن لفظ المشركات لا يشمل اليهود النصارى فقد فرق الله سبحانه وتعالى بين المشركين وأهل الكتاب في مواضع كثيرة، ويعلل الدكتور ما ذهب اليه بقوله ترغيبا لها في الاسلام وتقريبا بين المسلمين واهل الكتاب(القرضاوي، فتاى معاصرة، 1993)

فزواج المسلم بالكتابية التي لم تخرج عن دينها إلى الوثنية أو الالحاد جائز مع الكراهة إذا تزوجها في دار الإسلام وهي الذمية

2.1 زواج المسلم بغير الكتابية :

أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلم ولا المسلمة أن ينكحوا المشركين قال ابن قدامة: ولا يحل نكاح الكفار غير أهل الكتاب فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم (القرضاوي، فقه الأقليات المسلمة، 2001)

واستدلوا بأدلة من القرآن في قوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) سورة البقرة، الآية 221

ووجه الدلالة من الآية أن الله عز وجل حرم على المؤمنين نكاح المشركات لان معاشرتهم ومخالطتهم تبعث على حب الدنيا واقتناءها والافتتان بها و إيثارها على الدار الآخرة(كثير، 2000)

3.1 الحكمة من تحريم الزواج بالمشركات:

حرم الله عز وجل الزواج بالمشركة لما تحمل من أفكار ضالة ومنحرفة تخالف مبادئ وأخلاق المسلم والتي تؤدي الى فساد جو المودة والرحمة بين الزوج وزوجته وخشيته على إيمانه وإيمان أبنائه، فيؤدي الى الانعدام مقاصد الزواج مع هذه المرأة،

فكانت القطيعة حرمة زواج المسلم من المشركة منسجما تماما الانسجام مع مقاصد الزواج ودوام استمراره وفق منهج رباني صحيح فضلا عن ذلك أن الأولاد تكون تنشئتهم منسجمة مع ما يحملن أمهاتهم من عقيده.(كريم، 2004)

وهكذا يبدو أن الإسلام هو المنهج الوحيد الذي يسمح لقيام مجتمع عالمي لا عزله فيه بين المسلمين وأصحاب الديانات الكتابية ولا حواجز بين أصحاب العقائد المختلفة التي تظلها راية المجتمع الإسلامي فيما يختص بالعشرة والسلوك(قطب، 2006)

الأمل والرجاء في إسلام الزوجة اليهودية النصرانية، وهي الحكمة التي يكاد يجتمع عليها الفقهاء ذلك لأنهن أقرب من غيرهن من الكافرة الى الفطر والايمان ، بسبب كونهن مؤمنات بمعظم أركان الإيمان ولم يبق منهن سوى إخلاص التوحيد لله والإقرار بنبوة محمد ﷺ، في بذلك صار إسلامها في مقدور الزوج المسلم إذا اجتهد.

2 زواج المسلمة بغير المسلم:

استقر الحكم في كل المذاهب الإسلامية كلها، على أن المرأة إذا كانت مسلمة، فلا تحل لكافر أبدا، سواء كان كتابيا أو غيره، واستدل لذلك بأدلة منها:

قوله تعالى: (فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) سورة الممتحنة، الآية 10

وفي قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين)سورة النساء ،الآية144

وفي السنة قال رسول الله ﷺ: (نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نسائنا)(أنس، 2013)

والحكمة من التحريم: أن في انكاح المؤمن الكافر خوف المؤمنة من الكفر لأن الزوجة يدعوها إلى دينه، والنساء في العادات يتبعن الرجال فيما يؤثرون من الأفعال ويقلدونهم في الدين وهي العلة التي نهى عليها الله عز وجل في آخر الآية اولئك يدعون الى النار

أي أن الأزواج المشركين يدعون إلى الكفر، فيتعمم الحكم بعموم العلة. فلا يجوز انكاح المسلم الكتابي كما لا يجوز نكاحها الوثني المجوسي.(حموش، 2007)

2.2الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم:

أن للرجل حق القوامة على زوجته، وان عليها طاعته فيما يأمرها به بالمعروف وفي هذا معنى الولاية والسلطان عليها، وما كان لكافر أن يكون له سلطان على مسلم او مسلمة، ثم إن الكافر لا يعترف بدين المسلمة، بل يكذب بكتابها، ويجحد رسالة نبيها محمد ﷺ، ولا يمكن لبيت أن يستقر وللحياة أن تستمر مع هذا الخلاف الواسع وعلى العكس من ذلك المسلم، إذا تزوج بكتابية فإنه يعترف بدينها ويجعل الإيمان بكتابها ونبيها جزء لا يتم إيمانه إلا به .(سابق، 2004)

فقد أحل الإسلام للمسلم الزواج من غير المسلم ولم يحل للمسلمة الزواج من غير المسلم، حرصا على نشر وتوسيع لنطاق المسلمين به، وخاصة فإن تأثيره قد يتعدى نطاقها الأولاد إلى الزوجة نفسها فتعتنق الإسلام وينقذها مما كانت عليه .

خاتمة:

بعد إلقاء الضوء على هذا الموضوع وهو حرية المعتقد وأثرها على الزواج توصلنا الى ما يلي:

إن الإسلام دين كامل شامل ينظم كل شؤون الحياة وينظم علاقة العبد بربه وينظم علاقة الأفراد المجتمع الواحد على سائر اختلاف دينهم والوانهم .

عرف الإسلام حرية الاعتقاد منذ نزول الوحي على النبي محمد ﷺ ومارس غير المسلمين حرية العقيدة داخل المجتمع الإسلامي عبر كل العصور الإسلامية.

وضع الإسلام ضوابط ومبادئ لممارسة حرية الاعتقاد

وما توصلنا اليه من خلال هذا البحث أنه يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية سواء كانت يهودية أو نصرانية ما دامت على دينها ولم تخرج منه الى الالحاد والشرك وفي ذلك حكمة لإدخالها في دين الإسلام وتوسعه العلاقات المسلمين مع غيرهم من أهل الكتاب المتدينين

كذلك لا يجوز للمسلم أن يتزوج من غير الكتابية سواء كانت ملحدة أو مجوسية أو غيرها من المذاهب الإلحادية لانعدام الانسجام والاتفاق في بناء الأسرة والذرية من بعده لأن تأثير الزوجة في الأولاد له أثر.

كما لا يجوز للمسلمة أن تتزوج غير المسلم .

التوصيات:

إعادة النظر في عقود الزواج بالأجنبيات ،والتفريق بين الكتابية المتدينة من غيرها . حفاظا علي هوية الأمة الدينية والعقدية ،لأن العقيدة الإسلامية هي الأساس الصحيح لبناء الأسرة والمجتمع. ولا يكون ذلك إلا بتفعيل أركان الزواج وفق مقومات الشريعة وأسسها .

قائمة المراجع:

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

2. wikipedia. (14 ماي, 2023). *wikipedia*. تم الاسترداد من wikipedia: https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%AC_%D8%A7%D9%84%D8%AF%D9%8A%D9%86%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D8%AA%D9%84%D8%B7_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%8A%D8%AD%D9%8A%D8%A9
3. ابن قيم الجوزية. (1995). *أحكام أهل الذمة*. بيروت: دار الكتب العلمية.
4. ابن كثير. (2000). *تفسير ابنكثير* (المجلد 1). لبنان: دار ابن حزم.
5. الأشقر عمر سليمان. (1997). أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. تأليف الأشقر عمر سليمان، *أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة* (صفحة 7). الاردن : دار النفائس.
6. البخاري. (بلا تاريخ). *صحيح البخاري*.
7. السيد سابق. (2004). *فقه السنة* (المجلد 1). مصر: دار الحديث.
8. الفيومي احمد محمد. (بلا تاريخ). المصباح المنير. القاهرة: ا دار المعارف.
9. القرضاوي يوسف. (1973). *غير المسلمين في المجتمع الإسلامي*. مؤسسة الرسالة.
10. القرطبي. (2006). *الجامع في أحكام القرآن* (المجلد 1). مؤسسة الرسالة.
11. الموسوعة الكويتية. (2005). *الموسوعة الفقهية الكويتية* (المجلد الرابعة). الكويت : أصدرتها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت.

12. بسام أبو عليان. (14 ماي, 2023). *محاضر بقسم الاجتماع . جامعة الأقصى:ا*. تم الاسترداد من المدونة الالكترونية : بسام أبو عليان محاضر بقسم الاجتماع . جامعة الأقصى: http://bassam79.blogspot.com/2015/03/blog-post_18.html

13. بكير بن داود حموش. (2007). *اختلاف الدين وأثره في الاحوال الشخصية*. الاردن: الجامعة الأردنية.

14. زلاسي بشري. (2001). *الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده واثاره*. الجزائر.

15. سيد قطب. (2006). *في ظلال القرآن*. دار الشروق.

16. عبد الوهاب خلاف. (1990). أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. تأليف عبد الوهاب خلاف، *أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية* (صفحة 15). الكويت، الكويت، الكويت: دار العلم.

17. عمر سليمان الاشقر. (1999). *العقيدة في الله* (المجلد ط12). الاردن: دار النفائس.

18. فاروق عبد الله كريم. (2004). *الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصي*. العراق.

19. فراس فالح الحنيطي. (2016). *أحكام الزواج والطلاق للأقليات المسلمة*. جامعة ال البيت .

20. مالك بن أنس. (2013). *الموطأ* (المجلد 1). دمشق، سوريا: مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع.

21. محمد بن جرير الطبري. (1992). *تفسير الطبري* (المجلد ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.

22. مرزوق تسعديت ،بوسجاح زهرة. (2016). *الزواج المختلط في التشريع الجزائري*. البويرة.

23. يوسف القرضاوي. (1993). *فتاى معاصرة* (المجلد ط2). دار الوفاء.

24. يوسف القرضاوي. (2001). *فقه الأقليات المسلمة* (المجلد ط1). دار الشروق.

25. يوسف عبد احميد بن ناجي. (ابريل, 2022). حرية الاعتقاد بين النصوص الإسلامية والدساتير الغربية . *حوليات اداب* ، صفحة 50.

الزواج المختلط والحقوق والواجبات الزوجية المترتبة عليه في الفقه الإسلامي

Mixed marriage and the marital rights and duties resulting from it in Islamic jurisprudence

د.السعيد جقيدل Said Djekidel
أستاذ بحث(أ)، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط/ الجزائر CRSIC
د. مسعود زقاو Masoud Zaqao
جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة/ الجزائر

الملخص:
ينعقدُ الزَّواج الصحيح في الشريعة الإسلاميّة باجتماع أركانه وشروطه، ومتَى تمَّ ذلك ترتبت عليه جملة من الحقوق والواجبات لكلٍّ من طرَفَيْ العقد يجبُ مراعاتها وتجسيدها وفق مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها من أكمل النُّظم وأصلحها لكلّ زمان ومكان، ولقد جاء الفقه الإسلاميّ في باب الحقوق والواجبات الزوجيّة جامعًا لكلّ الآثار التّي قد تنشأ عن عقد الزوجيَّة الصحيح، بما في ذلك الآثار التّي قد تترتَّبُ عن الزَّواج المختلط بسبب الإختلاف الحاصل بين الزّوجين سواء في الدِّين أو الجنسيّة، وما ينشأُ عليه من إلتزامات خاصّة يقتضيها الاختلاف الحاصل بين طَرَفي العقد، فكانت بذلك الشريعة الإسلاميّة شاملة في هذا الباب ومن أكمل الشرائع وأصلحها في حفظ العلاقات الأسريّة والاجتماعيّة،
الكلمات المفتاحية: عقد الزواج، الزواج المختلط، الحقوق، الواجبات، الفقه الإسلامي.

Abstract:
Marriage in Islam is complete if its pillars and conditions are met, and when this is accomplished, effects arise from this legal contract that brings together a man and a woman, and among the effects that arise from the marriage contract is the issue of marital rights and duties.
Islam has been concerned with clarifying the rights and duties of each of the husband and wife, and has given great attention to that in order to preserve the family, just as Islam clarified the rights and duties of spouses who are different in the state or religion, and this matter indicates that the comprehensiveness of the message of Islam and that this religion is valid for every time and place.
Key words: Marriage contract, mixed marriage, rights, duties, Islamic jurisprudence.

مقدمة:

تُعتبر الأسرة النَّواةُ الأولى لبناء المجتمع، ويُعَدُّ الزواج في الإسلام الميثاق الغليظ الذي يربط بين الرجل والمرأة بغرض تحقيق مقاصد نفسيَّة وأسريّة وإجتماعيّة وغيرها، لذا نظَّمت الشريعة الإسلاميّة العلاقة

بين الزوجين وبيَّنت الحقوق والواجبات لكلٍّ منها لضمان اِستمراريَّة هذه العلاقة الشرعيَّة، وبما أنَّ رسالة الإسلام عالميةٌ شاملةٌ وعامَّةٌ اِختَصت بصلاحيتها لكلّ زمان ومكان، نجدها راعت في بناء الأسرة العلاقات الاجتماعيّة وما قد يترتَّب على العقود الزوجيّة التي قد يختلفُ فيها طَرَفَا العقد في جانب الدِّين أو جانب الجنسيَّة؛ وهو ما يُعرف بالزَّواج المختلط الذي يُعتبر حالة اِستثنائيّة من الاِرتباط بين الرجل والمرأة، لذا كان لِزامًا معرفة نظرة الفقه الإسلامي للحقوق والواجبات الزوجيّة في الزواج المختلط، وهل الحقوق و الواجبات في هذا النّوع من الزواج نفسها في الزواج العادي أم تختلف؟

في هذا الإطار ظهرت الحاجة الماسَّة للكتابة في هذا الموضوع في جانبه الشرعيّ لمعرفة أثر الزواج المختلط على الحقوق والواجبات الزوجيَّة، وتمَّ مُعالجة الموضوع وفق الخطة التَّالية سعْيًا للوُصول لنظرة الفقه الإسلامي في هذا الموضوع:

أوَّلًا: الزواج المختلط في الفقه الإسلاميّ.

ثانيًا: الحُقوق والواجبات في الزَّواج المختلط.

أولا: الزَّواج المختلط في الفقه الإسلامي.

من الموضوعات الفقهيّة المعاصرة موضوع الزواج المختلط الذي اِنتشر في واقع النّاس اليوم، وكثرت التّساؤلات عنه وما يتعلق به من أحكامٍ شرعيّة وآثار قانونيّة، وما يهمّنا هو الجانب الشرعيّ لهذا الزواج، ولبيان ذلك لا بدّ من معرفة حقيقة هذا الزواج في الفقه الإسلاميّ وصوره الواقعيّة، وما المعيار المعتمد لضبط حقيقته.

إذا نظرنا للزواج المختلط بالمعيار الدولي فقط أو ما يُعرف بمعيار الجنسيّة فنجدُ من عرَّفوه بهذا المعيار أهملوا جانبًا مهمًّا وهو الاختلاف بين الزوجين في الدِين أو ما يُعرف بمعيار الدِّين. وبينهما فارق واختلافٌ في صور الزواج المترتّب عن كلّ منهما.

فَصُوَر الزواج المختلط وفق معيار الجنسيَّة (الدولي) حاصلها كالآتي:

- ✓ زوجين مختلفين في الجنسيّة مُتفِقَين في الدّيانة. كجزائري بسعودية مثلًا.
- ✓ زوجين مختلفين في الجنسيّة مختلفين في الدِّيانة. كجزائري بفرنسية مسيحية مثلًا.

واعتمادُ هذا المعيار وحده يُغفل أهم صور الزواج المختلط وهو: الزوجين المتفقين في الجنسيّة والمختلفين في الدِّيانة، كزواج لبناني مسلم بلبنانية مسيحية.

وصُوَرُ الزواج المختلط وفق معيار الدّيانة حاصلها كالآتي:

- ✓ زوجين مُختلفين في الدِّيانة متّفقين في الجنسيّة.

- ✓ زوجين مختلفين في الدِّيانة مختلفين في الجنسيّة.

واعتمادُ هذا المعيار وحده يُغفل أهم صور الزواج المختلط وهو: الزوجين المتفقين في الدِّيانة والمختلفين في الجنسيّة.

لذا يجدُر الجمع بين المعيارين للوصول لحقيقة الزواج المختلط في الفقه الإسلاميّ فيكون وفق المعيارين: هو "عقدٌ بين طرفين مختلفين في الجنسيّة أو الدِّيانة"، وتكون صور الزواج المختلط في الفقه الإسلاميّ حينئذ أربعة صور:

- ✓ زواج الزوج المسلم من زوجة مسلمة مُختلفين في الجنسيّة.
- ✓ زواج الزوج المسلم من زوجة كتابيّة مختلفين في الجنسيّة.
- ✓ زواج الزوج المسلم من زوجة كتابيّة مُتفقين في الجنسية.
- ✓ زواج المسلمة من زوج مُسلم مختلفين في الجنسيّة.

فهذه هي حقيقة صور الزواج المختلط الجائزة شرعًا؛ والتي جمعت بين معيار الدِّيانة ومعيار الجنسيّة. "فالإسلام أباح للرجل الزواج من الكتابيّة التي لها في الأصل دينٌ وكتاب سماويّ، فأمّا التي لا دين لها أصلًا كالشيوعيّة المُلحدة أو التي لها دينٌ يرفضه الإسلام كالبهائيّة والدُّرزية والنُّصيريّة ونحوها، فالزواج منها باطلٌ بيقين وإنْ حُسبت أو حُسِب أهلها في عِداد النَّصارى أو اليهود أو المسلمين... كما يحرُم على المسلمة أن تتزوّج غير مسلم، كتابيًّا أو غير كتابيّ، ولا يحِلُّ لها ذلك بحال، قال تعالى: (وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا) [سورة البقرة: 221]، وقال في شأن المؤمنات المهاجرات: (فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ۖ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ) [سورة الممتحنة: 10]، ولمْ يَرِد نصٌ باستثناء أهل الكتاب من هذا الحُكم، فالحُرمةُ مُجمعٌ عليها بين المسلمين" (القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، 2012، الصفحات 213-214).

والمشرّع الجزائري "لم يورد نصًّا يتعلّق بهذه المسائل صراحة سواء ما تعلق بزواج الجزائري من الأجنبيّة الكتابيّة، أو زواج المسلمة من غير المسلم –وفق التعديل الجديد- تاركًا حُكمها إلى ما تُقرّره قواعد الشريعة الإسلاميّة عملًا بأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتّي تنص على ما يلي: "كلُّ ما لم يَرِد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلاميّة" (شيباني، 2020، صفحة 37).

فحقيقةُ الزواج المختلط إذن لا تُفارق الزواج العادي في تحقيق مقاصده بل كلاهما واحد وإن اختلفت الدولة أو الدِّيانة، فالزواج عُمومًا بما في ذلك الزواج المختلط هو: "عقدٌ يُفيدُ حِلَّ العشرة بين الرجل والمرأة بما يُحقّق ما يتقاضاه الطبع الإنسانيّ، وتعاونهما مدى الحياة، ويُحدِّد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات" (أبوزهرة، 1971، صفحة 44). غير أنَّ الحقوق والواجبات في الزواج المختلط قد تتغيّر بما

يتلائمُ مع طبيعة الزوجين مراعاةً للجوانب الدولية والثقافية والدينيّة لطرفَيْ العقد، وهو ما سنراه في العنوان الثاني من هذا البحث.

فخلاصة الزواج المختلط أنّه كان منتشرٌ منذ عُهود الإسلام الأولى، لذا كانت الأحكام الشرعيّة واضحة بخصوص زواج المسلم بغير المسلمة الكتابيّة، وزواج المسلمة بغير المسلم. ولعلّ ظهوره بهذا الاصطلاح في العصر الحالي هو باعتبار النظر لمعيار الجنسيّة فقط (الدولي) نظرًا للآثار القانونيّة المترتّبة عليه في واقع النّاس اليوم، أمَّا الجانب الدِّيني فقد عالج الموضوع من قديم وإن لمْ يكن بنفس الاصطلاح الحالي.

لذا يعتبر المؤرخون أوّل حالة زواج مختلط في التَّشريع الإسلاميّ هي زواج النبي ﷺ بمارية القبطية في بداية تاريخ الإسلام، وبعده اِزدادت الزِّيجات المختلطة عند الفتوحات الإسلاميّة خاصّة في تاريخ الأندلس، فقد كثرت الزِّيجات بين المسلمين وأهل الأندلس، حيثُ أنّ الزّواج المختلط كان ظاهرة شائعة في إسبانيا الإسلاميّة والمسيحية على السَّواء تماشِيًا مع عادات هذه البلاد، وإن كان زواج المسلمين من الإسبانيات المسيحيات أكثر شُيوعًا من زواج المسلمات بمسيحيين (باي، 2018، صفحة 45).

ولم يكن ثمَّة ريْبٌ في خطورة الآثار الاجتماعية، التي يُحدثها مثل هذا الامتزاج الوثيق، وقد كانت فيما بعد من أهمِّ العوامل التي أدَّت إلى انحلال المجتمع الإسلامي، وانحلال عصبية الدَّولة الإسلامية (المصري، 1990، صفحة 199/5).

ثانيًا: الحقوق والواجبات الزّوجية في الزواج المختلط.

الزواج كغيره من العقود تترتَّبُ عليه آثار بين العاقدين حقوقًا وواجبات، وفق التقسيمات السَّابقة والصور الأربعة الجائزة للزواج المختلط في الشريعة الإسلاميّة التي تقدّم ذكرها، وإنَّ حقوق كلًّا من الزّوجين على الآخر هي في الوقت نفسه تمثّل واجباتهما تُجاه الآخر، لذا سأكتفي بذكر الحقوق الزّوجية كالآتي:

- ✓ الحقوق المشتركة في الزوج المختلط.
- ✓ حقوق الزوجة في الزواج المختلط.
- ✓ حقوق الزوج في الزواج المختلط.

وهذا التَّقسيم وغيره من التَّقسيمات هي تقسيمات منهجيّة أكاديميّة –إن صحَّ التَّعبير- تبيّن ما لطرفي العقد من اِلتزامات وحقوق.

"ولا يجوز بتاتاً أن يُقام عقد الزواج على ما الذي لي وما الذي لك ولكن يجب أن يقوم على: ما المقدار الذي أستطيع أن أبذله لك وما المدى الذي يستطيع الطرف الآخر أن يقدمه لي وهذا هو باب الإحسان والفضل والحب والرحمة والوداد" (اليوسف، 1988، الصفحات 102-103).

1- الحقوق المشتركة في الزواج المختلط:

أ- الحقوق المشتركة بين الزَّوجين: وهي حقوق يشترك فيها الزوجان كما يشترك فيها الزواج المختلط بالزواج العادي، ولا فرق بينهما.

وتتمثل في حِلّ العشرة الزوجية واستمتاع كل من الزوجين بالآخر؛ وهذا الحِلُّ مشترك بينهما، فيحلّ للزوج من زوجته ما يحلّ لها منه، وهذا الاستمتاع حقٌّ للزوجين، ولا يحصلُ إلا بمشاركتهما معا، لأنَّه لا يمكن أن ينفرد به أحدهما.

ومن الحقوق المشتركة حقُّ المعاشرة بالمعروف: فيجب على كلٍّ من الزوجين أن يعاشر الآخر بالمعروف حتى يسودهما الوئام، ويُظلَّهما السَّلام، قال الله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [سورة النساء:19]. (سابق، 1977، الصفحات 2/151-152)

ومن الحقوق الزوجيّة التّي يُمكن إدراجها في الحقوق المشتركة هي الحق في الجنسيّة وهذا الحقّ من الحقوق المترتّبة عن الزواج المختلط الدولي بمفهومه المعاصر، ويعتبر من القضايا المُستّجدّة التّي تحتاج بيان رأي الفقه الإسلاميّ فيه. خاصَّة وأنّ الأمر يتعلّق بأمرٍ تعبُّدي يتطلبُ صدق النيّة والقصد من وراء الزّواج، ولا يخفى واقع النَّاس اليوم وحالهم في جعل الزَّواج مَطِيَّةً للحصُول على الجنسيَّة وغيرها من النَّوايا التّي قد تؤثر على صحة العقد شرعًا. وتتعدَّد صوره الفاسدة منها ما ورد على هيئة سُؤال إلى المجلس الأوربي للإفتاء كالآتي:

- يتفق الرجل و المرأة على عقد زواجٍ مقابل مبلغ من المال يدفعه إليها مقابل أنْ تذهب معه إلى مصلحة شرطة الأجانب عند تجديد الإقامة كلّ سنة، إلى أنْ يحصل على الإقامة الرَّسمية، ومن ثمَّ يُفسخ العقد. وفي أثناء هذه المرحلة إمَّا يعيشان عيشة الأزواج، وفي بعض الصور لا تخالطه ولا يُخالطها.

- يتزوج الرجل المرأة بصداق وهو يُضمر في نفسه ويُصرّح لأصدقائه أنَّ غرضه ليس الزوّاج، بل الغرض الحصول على الإقامة فقط.

والحالتان اِنتهى المجلس الأوربي للإفتاء بتحريمهما، وجاء في فُتياه ما يلي: "الصورة الأولى: حرامٌ يأثمان عليه، وذلك بسبب مُنافاة هذا العقد لمقصد الشريعة في الزّواج؛ إذْ هو عقدٌ صوريٌّ مقصودٌ به أمرٌ آخر غير الزَّواج...و الصورة الثانية: مثل الأولى في التَّحريم، وفيها قضيّة مقطوعٌ بحرمتها، وهي زواج المسلمة بغير المسلم، فإنَّ مجرد العقد فاسد".

وخلاصة مسألة حقّ الجنسيّة للزوجين لا بُدّ من التَّنبه لمحاذيره وضوابطه، منها:

- ✓ أن يكون العاقد ممَّن تحِلّ له تلك الإقامة الدائمة أو المؤقتة بتلك الدِّيار، أو ممَّن يُباح له التَّجنس بجنسيتها.
- ✓ إذا كانت المرأة غير مسلمة فيُشترط فيها ما يلي:
  - أن تكون متديّنة بدين أهل الكتاب، وإلّا اعتُبرت مشركة كافرة.

- أن تكون عفيفة ليست بعاهرة، ولا ذات أخدان، وإلّا جاءته بأبناء سفاح ونسبتهُم إليه بالقانون، وكان ديُّوثًا. والأولى أن تكون الزَّوجة من أهل دار الإسلام، أو من أهل دار الكُفر إذا دخلت في الإسلام حديثًا.

✓ أن يخلو العقد عن كلِّ سببٍ يُبطله أو يُفسده، من الخلوّ عن الوليّ، أو الشهود، أو التَّصريح بالتَّأقيت ونحوه.

فإذا خلا العقد المدنيّ عن ذلك أو بعضه، فليُصَحح بطريقةٍ شرعيَّة. فإنْ تخلَّف شيءٌ من هذه الشروط فلا مفرَّ من القول بالحُرمة (إبراهيم م.، 2011، الصفحات 985-999). (بتصرف)

ومن الحقوق المالية المشتركة بين الزّوجين حقٌّ ماليّ وهو: في التوارث بين الزّوجين، والمقصود بالزوجين المختلفين في هذا الباب الاختلاف الدولي وليس الاختلاف في الدِّيانة.

فديارُ المسلمين مهما تباعدت تُعتبرُ واحدة، لذلك لم يكُن لِإختلاف الدار أو الجنسيّة أثرٌ في التَّوراث بين المسلمين متى وُجد سبب الإرث مع توافر شروطه وإنتفاء موانعه، لأنّ أدلة التوريث عامّة لم تعرض لِإختلاف الجنسيّة، ولكنّها عرضت للملّة والدِين فجعلته مانعًا، فالمسلم من أي دولة إسلامية يرث قريبه أو زوجته المسلمة، سواء جعتهما دارٌ واحدة أو إختلفت داريهما، بعبارةٍ أخرى جمعتهما جنسيّةٌ واحدة أو إختلفت جنسيتهما (مصطفى، 1985، صفحة 100).

قال أبو زهرة رحمه الله: "إختلافُ الدِّين لا يمنع التوارث بين المسلمين، ولا بين رعايا الدولة الإسلامية، ولو كانوا غير مسلمين، فالمسلم يرث المسلم ولو كان أحدهما تحت سلطان دولة غير إسلاميّة، لأنَّ الولاية الإسلاميّة تعُمُّ المسلمين جميعًا بحُكم الإسلام، ولو كانُوا تحت ظلِّ دولةٍ أخرى، والمسلمون جميعًا مهما تختلفُ دولهم وتتباينُ أصقاعُهم يُعدُّون دولة واحدة، وعلى ذلك لو كان مسيحيّ تحت سلطان دولة إسلاميّة، ومات مسيحيّ آخر تحت سُلطان دولةٍ إسلاميّة أخرى فإنَّهما يتوراثان" (زهرة، صفحة 86).

فكلّ ما سبق من بيان حقّ التّوارث بين الزوجين هو باعتبار الاختلاف في الجنسيّة لا غير.

ومن المسائل التي تُذكر في باب الميراث بين الزَّوجين المختلفين في الدّار (الجنسيَّة)، هي مسألة اِرتداد أحد الزوجين.

فإذا ارتدّ الزوج عن الإسلام بانت منه زوجته واِعتدّت عدّة طلاق من وقت الردَّة، لأنّه يُعتبر ميّتًا من هذا الوقت، فيكون بهذه الردّة فارًا من ميراثها، فترثه إذا مات أو قتل أو لحِق بدار الحرب ما دامت في العدَّة لأنَّنا لا نحكم بالميراث إلَّا بعد موته حقيقة، ويستوي في ذلك رِدَّتُه في الصحة ورِدَّته في مرض الموت لأنَّه يستحقُّ القتل بكلٍّ منهما.

وما ينبغي التنبُّه إليه هنا أنَّ الزوجة التّي ترثُ هي المدخول بها، لأنَّها التي يجبُ عليها عدَّة الطَّلاق، أمَّا إذا ارتدَّ قبل الدخُول بها فإنَّها تبينُ منه لا إلى عدَّة ولا ترثُه لأنَّ الفُرقة هنا فُرقة طلاق لا فُرقة موت، ولو كانت فُرقة موتٍ لوجب عليها العدَّة سواء أكان مدخولًا بها أمْ لا. أمَّا إذا كانت الرِدَّة بعد الخُلوة فلا ميراث أيضًا لأنَّ العدَّة وجبت هنا اِحتياطًا، والميراثُ حقٌّ مالي لا يثبتُ إلَّا إذا وُجد سببه بيقين، ولا يثبتُ للاِحتياط، وفي رأي بعض فقهاء الحنفية أنَّ الميراث يثبتُ لوُجود العدَّة، والرَّاجح أولى.

أمَّا إذا اِرتدَّت الزوجة فإنْ كانت رِدَّتها في صحتها فلا يرثُ منها زوجها لأنَّها تبينُ منه بمجرد رِدَّتها، وإذا بانَت اِنقطَعت الزَّوجيّة وزال سببها، وأمَّا إذا اِرتَدَّت وهي مريضة مرض الموت فإنَّها تُعتبرُ فارَّةً فتُعامل بنقيضِ مقصودها فيرثُها زوجها إذا ماتت قبل اِنقضاء عدَّ تها.

وإذا مات زوجها وهي في العدَّة (عدَّة الطَّلاق) فلا ترثه في الحالَتَيْن لأنَّ المُرتدَّ لا يرِث أحدًا، وكذلك إذا اِرْتَدَّا معًا لا يرث أحدهما الآخر (فتيحة، 2018، صفحة 119).

جاء في المغني لابن قدامة رحمه الله: "وإذا اِرتدَّ أحد الزوجين قبل الدُّخول اِنفسخ النِّكاحُ في الحال، ولم يرث أحدهما الآخر، وإنْ كانت رِدَّته بعد الدّخول ففيه روايتان: إحداهما: تتعجَّل الفُرقة، والثانية: تقفُ الفُرقة على اِنقضاء العدَّة، فأيهما مات لم يرثهُ أحد، و هو قولُ أبي حَنيفةَ، ومالكٍ، ورُوِيَ ذلك عَن الحَسَنِ، وَعمر بنِ عبدِ العزيزِ، والثَّوْرِيّ " (المقدسي، 1968، صفحة 174/7).

2- حقوق الزَّوجة في الزَّواج المختلط: من حقوق الزوجة على زوجها:

- الحقّ في ممارسة الشعائر الدينيّة: يبرُزُ هذا الحقّ في حالة كان الزواج المختلط قائم على معيار الاختلاف في الدِّين بين المسلم والكتابيّة، فمن حقوق الزوجة إذًا الحقّ في ممارسة شعائرها الدِّينيّة دون إكراه، وحريّة الكتابيّة في اِختيار أداء هذه الشعائر هو من صُلب دينها الذي تعتقدُ صحته، والإسلام يحترم الديانات الأخرى ورسالته الدَّعوة إلى الله بالتّي هي أحسن دون إكراه أو إجبار.

أمَّا الضابط العام الذي يُعطي الحقّ للزوج في منع زوجته من ممارسة شعائرها وطقوسها الدينيَّة هو كل ما يمنعه من كمال الوطْء والاستمتاع لا من أصله، وكلّ ما كان فيه مصلحة قاصرة على الزَّوجة فلها حقّ الاِختيار بين الفعل من تركه، أمَّا إن كانت مصلحتها القاصرة عليها ستُؤدي إلى ضررٍ متعدّي على الزوج أو الأولاد فللزوج الحقّ في إجبارها على عدم الفعل وحقُّه عليها في المنع، كما يحقُّ للرجل أن يضع شروطًا في عقد الزّواج تتعلّق بهذه الأمور حتَّى يتجنَّب المواجهة مع الزّوجة، أو المشاكل التّي قد تنتج من منعها في ممارستها لبعض الطقوس الدينيّة (خرمه، 2021، صفحة 1068).

وفي سياق العلاقة بين الزوجين المختلفين في الدِّيانة وما قد ينشأ عن هذا العلاقة من خلافٍ بين الزَّوجين ساقَ الامام ابن القيم مسألة عن الامام أحمد رحمه الله وهي: هل للزوج أن يمنع زوجته الكتابيَّة أن تُدخل منزله الصَّليب؟ قال: يأمرها، فأمَّا أن يمنعها فلا. (الجوزية م.، 2002، صفحة 494/1)

فأشار قول الامام أحمد رحمه الله إلى حقّ الزوجة في الزَّواج المختلط وأنَّ حقَّها مضمون لممارسة شعائرها دون إكراه.

و إدخال الصَّليب إلى بيت المسلم هو مظهرٌ من مظاهر الشرك بالله، وليس للزوج منع زوجته الكتابيّة من إدخال الصَّليب إلَّا في حال تحويل مظاهر بيته من بيت مسلم إلى بيت كافر، وتبعًا لذلك فإنَّ هذه المظاهر ستُعرَّضُه للاتّهام بالتَّحابي مع زوجته الكتابيَّة والإقرار على شركها، بالإضافة إلى أنَّ هذا المظهر سيُطبعُ في

أذهان الأولاد ممَّا سيُؤثر على عقيدتهم في المستقبل، فسَدًّ للذريعة يحقُّ للرجل منع زوجته من إدخال الصَّليب إلى بيته إنْ ترتَّب على ذلك الآثار السَّابقة، أمَّا إذا لم يُثر لهذه الدّرجة أو بهذه الطّريقة فيبقى الحكم على أصله بعدم منعها من إدخال الصَّليب إلى بيته، أمَّا إذا لبست هذه الزّوجة قلادة على شكل الصليب فهذا مُعتقدها وهو قاصرٌ عليها فقط ولا يتعدَّى بإظهاره في أركان البيت، فهي هنا بالخيار بين أنْ تلبسه أم لا، وهذا هو الفرق بين إظهار الصَّليب في البيت كمظهر شرك وبين تعليقه في عُنقها كقلادة، وإن اِجتمع في كلاهما مظهر الشرك إلّا أنَّ في إدخاله للبيت وتزيين الجدار به أو غير ذلك دليلٌ على نشر هذا المظهر في البيت فيُصبح المظهر مُتعدِّيًا من كونه قاصرًا عليها ليتعَدَّى البيت كلَّه" (خرمه، 2021، صفحة 1082).

كما نجدُ أنَّ حقّ ممارسة الشعائر مضمونٌ خارج البيت وداخله، فلا تُمنع الزوجة من الذهاب للكنيسة للصَّلاة ونحوها، قال العدوي رحمه الله في حاشيته: " لا يجوزُ له إكراهها على ما لا يحلُّ لها في دينها كما لا يجوز له منعها من التَّوجه إلى نحوِ الكنيسة" (المالكي، 1412، صفحة 560/1).

- <u>الحق في النفقة</u>: وهذا يعني أن يقوم الزوج بالإنفاق على زوجته منذ عقد العقد وحتى الانفصال عنها ، وهذه النفقة تشمل كل لوازم الزوجة من طعام ومسكن وكسوة ونحو ذلك وأن لا يلزم المرأة شيئاً من هذا أصلاً سواء كانت مالكة وغنيَّة أم لا. وأنَّ العمل بقصد الكسب ليس واجباً على المرأة بحال وعلى ضوء القواعد السابقة فلا تحديد لحجم النَّفقة وكيفيتها وفي هذا يقول تعالى: (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا) [سورة الطلاق: 07] (اليوسف، 1988، صفحة 103).

والنفقة كما سبق تشمل السُكنى والكسوة والطعام، قال أبو زهرة رحمه الله: "النفقة هي كفايةُ من يمونه من الطعام والكسوة والسكن" (الزحيلي، 1997، صفحة 468).

وقد ثبتت النفقةُ بالسنّة كما ثبتت بالقرآن الكريم، فعن عائشة ﷺ قالت: (قالَتْ هِنْدُ: يا رَسولَ اللَّهِ، إنَّ أبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، فَهلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أنْ آخُذَ مِن مَالِهِ ما يَكْفِينِي وبَنِيَّ؟ قالَ: خُذِي بالمَعروفِ) [صحيح مسلم].

كما أنّه لا خلاف في وُجوب نفقة الزوجة الكتابيّة على زوجها المسلم، والدّليل عليه هو العُموم في الأدلّة السّابقة، فإنّها ليست مقيّدة بإسلام الزّوجة، وبالتّالي وتكون نفقتها واجبةٌ على زوجها". (السرخسي، صفحة 226/5)

- حقّ المهر: الأصل في الشريعة الإسلاميّة هو اِستقلال الذمم الماليّة للزوجين فكلٌّ من الزوجين حرٌّ في أمواله الخاصّة وتسييرها وإدارتها، غير أن ذلك لا يمنع أنْ يتّفق الزوجان على إدارة أموالهما مشتركة على النّحو المعروف لدى الدُّول الغربية (لاتي، 2001، صفحة 07).

فالزوجة تستحق على زوجها حقوقا مالية وهي المهر إضافة إلى الحقّ ماليّ سبق ذكره وهو الحق في النفقة على عمومها.

والمهر تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها، أو الدخول بها. ويسمى الصداق، والفريضة، والأجر، والعُقر، والنِّحْل، ويثبت وجوبه على الزوج بأحد سببين: إما بمجرد العقد على الزوجة، أو بالدخول الحقيقي بها (خلاف، 1938، صفحة 76).

3- حقوق الزَّوج في الزَّواج المختلط: من حقوق الزوج على زوجته:

- حقُّ المساكنة: من حقّ الزوج على زوجته أن تقيم معه في موطن الزَّوجيّة، وأن تقوم على رعايته وتدبير شؤون البيت إضافة إلى ما تقرّره الشريعة الإسلاميّة من حقّ الزوج في تأديب زوجته والأصل في ذلك قول الله تعالى: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللّهُ وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا) [سورة النساء:34].

وقد نشأ عن هذا الحقّ أنَّ الزوج إذا تمرَّدت عليه زوجته وإمتنعت عن أداء حقوقه عليها كزوج، بأنْ لم تُمكنه من المعاشرة كان للزوج تأديبها لهذا السبب، بشرط ألّا يتجاوز حُدود التَّأديب التِّ حدَّدها الشارع. (شبورو، 2016، الصفحات 344-345)

ويُشارُ في باب حقّ المساكنة إلى أنَّ من المسائل المستجدَّة المعاصرة هي زواج المسلم من الكتابيَّة والإقامة في غير بلد الإسلام .

ولقد فرّق الفقهاء في هذا بين الكتابيّة وغير الكتابيّة، والكتابيّة الحربيّة من غير الحربيَّة.

وقد اتَّفقوا في الجملة على جواز نكاح الكتابيّة بدار الحرب إذا خشيَ العنت وغلبت عليه شهوته؛ لأنّ التَّحرز عن الزنا فرض ولا يُتوصَّل إليه إلّا بالنِّكاح. (إبراهيم م.، 2011، صفحة 955).

وأمَّا الكتابية الحربيّة في دار الحرب فذهب جمعٌ من العلماء إلى حرمة الزَّواج بها، قال الشيخ أحمد حمَّاني رحمه الله: "فإنْ كانت الكتابيّة لا تنالها أحكامنا لم يَجُز التَّزوج بها خشيةً على أولاد المسلمين من أن تغلب عليهم، ولهذا أفتى الشيخ عبد الحميد بن باديس رحمه الله بحُرمة تزوّج المسلمين من الفرنسيين اليهوديات والنَّصرانيات؛ لأنَّ القوانين الفرنسيّة تعتبر أولادهنّ فرنسيين مُتجنّسين لا تنالهم أحكام الشريعة الإسلامية في الزّواج والطّلاق والإرث وغير ذلك" (حماني، 1993، صفحة 143/2).

وقال الشيخ القرضاوي رحمه الله: " لا يجوز لمسلم في عصرنا أن يتزوج يهوديَّة، ما دامت الحرب قائمة بيننا وبين إسرائيل، ولا قيمة يُقال من التّفرقة بين اليهودية والصّهيونيّة، فالواقع أنَّ كلّ يهوديّ صهيونيّ، لأنَّ المكوّنات العقلية والنَّفسية للصهيونيّة إنَّما مصدرها التَّوراة ومُلحقاتها وشروحها والتُّلمود" (القرضاوي، في فقه الأقليات المسلمة، 2001، الصفحات 99-100). والحديث هنا عن الإقامة دون الجنسيّة.

- حقّ القوامة: ونعني بالقوامة كون الرجل مسؤولاً عن تقويم زوجته وأنَّ له الكلمة الأخيرة في شئون الحياة الزوجية، وهذا الأمر قد ينظر أناس إليه أنَّه حقّ للرجل ولكن يحسن بنا أن نجعله واجباً لا حقًّا، فالرجل مسئول عن زوجته لأنَّها رعيَّة استرعاه الله إيَّاها... والقوامة لا تعني التسلط والقهر ولا إنفاذ رأي الرجل صوابًا كان أو خطأ وإنَّما تعني حسن السِّياسة وإدارة دفَّة الحياة الزوجية على وجه الشورى والإحسان والحرص الدائم على بذل النصح والخير، والوقوف الحازم أمام الانحراف والنُّشوز (اليوسف، 1988، صفحة 104).

- حقّ النَّسب: ومفَادُه أنْ يُنسب الأولاد الذين وُلدُوا في الزَّواج الشرعي إلى كلٍّ من الزَّوجة والزَّوج، فالأولاد وإنْ نُسبُوا إلى آباءهم في الأسماء إلَّا أنَّ ثُبوت النَّسب حقٌّ للأب والأمّ معًا.

والإنسان يُنسبُ إلى أبيه لقوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ) [سورة الاحزاب:05]

و نسب المولود لرجلٍ معيّن لا يتِمُّ إلا بشرطين:

أوَّلاً: أن يكون هذا المولود قد وُلد بعد مدة كافية لتخلقه جنينًا في بطن أمّه وولادته حيًّا وجمهور علماء المسلمين أنَّ أقلّ مدّة يثبت فيها صحة النّسب هي ستة أشهر، وقد فهموا هذا من الجمع بين النصوص الشرعيّة، واستقراء الحالات التي كانت في أزمانهم فقد جاء في الحديث الصحيح: (إنَّ أحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ في بَطْنِ أُمِّهِ أرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذلكَ، ثُمَّ يَكونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذلكَ، ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فيُؤْمَرُ بأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ، ويُقَالُ له: اكْتُبْ عَمَلَهُ، ورِزْقَهُ، وأَجَلَهُ، وشَقِيٌّ أوْ سَعِيدٌ، ثُمَّ يُنْفَخُ فيه الرُّوحُ) [صحيح البخاري]. وهذا يدلّ على أنَّ حياة الجنين الإنسانيّة (الرُّوح) لا تكون إلا بعد مائة وعشرين يومًا أيْ أربعة أشهر، وأمَّا الحياة الحيوانيّة فالجنين حيٌّ منذ كان حيوانًا منويًا وكذلك بعد إخصابه للبويضة وانفصال خلاياه لصناعة الجسم. ولكن الحياة الإنسانية أيْ الرّوح لا تكون إلا بعد أربعة أشهر، ويبدو أنَّ حالات الولادة قبل الشهور الستَّة لا يكتب لها الحياة، وعلى كل حال فعلوم الطب تستطيع الآن الحكم على عمر الجنين وبذلك يعلم صحة النَّسب بكونه قبل العقد أو بعده.

ثانيًا: وأمَّا الشرط الثاني لثبوت النَّسب فهو الدخول بالمرأة، وهذا الشرط اشترطه جمهور العلماء إلّا الإمام أبو حنيفة رحمه الله الذي لم يَعُدَّ هذا شرطًا ولذلك فصحيح في مذهبه أنْ يعقد رجلٌ قِرانَهُ وهو في المشرق بامرأة في المغرب ولم يلتقيا مطلقًا بعد عقد النكاح ثمَّ جاءت بولدٍ أنْ يُنسب هذا الولد له شاء أم

أبى ولا يخفى شذوذ هذا القول ومُجانبته للصَّواب وإن كان قائله قد راعى مصلحة الولد في هذا الأمر ولكن لا يجوز لكي نراعي مصلحة الولد والأمّ أن نُهدر مصلحة الأب الذي يُجْبر على أن ينسب له غير ولده الذي يعلم قطعًا أنه ليس ولده، وكذلك مصلحة المجتمع المسلم الذي يجب التَّمييز فيه بين أولاد النِّكاح وأولاد السفاح (اليوسف، 1988، الصفحات 98-99).

والنَّسب كحقّ شرعي مهمّ جدًّا وتظهرُ أهميَّته أكثر في الزَّواج المختلط وفي حالات خاصّة كإنحلال عقد الزَّوجية بين المسلم والكتابيّة، لذا كان المقصد من وراء إثبات النَّسب فيه حفظٌ لكليّةٍ من الكليَّات الخمس، ومقصدٌ ضروريّ من مقاصد الشريعة الإسلامية.

قال محمّد الطاهر بن عاشور رحمه الله: "ولاشك عندي أنَّ حفظ النَّسب الراجع إلى صِدق إنتساب النَّسل إلى أصله سائقٌ النَّسل إلى البرّ بأصله، والأصل إلى الرأفة والحُنو على نسله، سَوْقًا جِبِلِيًّا، وليس أمرًا وهميًّا، فحِرْصُ الشريعة على حفظ النَّسب وتحقيقه ورفع الشك عنه ناظرٌ إلى معنى نفسانيّ عظيم من أسرار التَّكوين الإلاهي، علاوةً على ما في ظاهره من إقرار نظام العائلة، ودَرْءِ أسباب الخُصُومات النَّاشئة عن الغِيرة المجبُولة عليها النُّفوس، وعن تطرّق الشك من الأصُول في إنتساب النَّسل إليها والعكس" (عاشور، 2001، صفحة 442).

وهذه الحقوق والواجبات وغيرها من الحقوق التّي ترتَّبت عن الزّواج عُمومًا والزوَّاج المختلط خُصُوصًا هي في حقيقة الأمر عاكسةٌ لصورة الإسلام ومدى إهتمامه بالأسرة وبالعلاقات الإجتماعية، قال سيّد قطب رحمه الله عند تفسيره لقوله تعالى: (اليَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّباتُ وطَعامُ الَّذِينَ أُوتُوا الكِتابَ حِلٌّ لَكم وطَعامُكم حِلٌّ لَهُمْ) [سورة المائدة: 05].

" وهنا نطلع على صفحة من صفحات السَّماحة الإسلاميّة في التعامل مع غير المسلمين، ممّن يعيشون في المجتمع الإسلامي في دار الإسلام، أو تربطهم به روابط الذّمة والعهد من أهل الكتاب. إنَّ الإسلام لا يكتفي بأن يترك لهم حريتهم الدِّينية ثمّ يعتزلهم فيصبحوا في المجتمع الإسلامي معزولين أو منبوذين إنَّما يشملهم بجوّ من المشاركة الاجتماعيّة والمودة والمجاملة والخُلطة، فيجعلُ طعامهم حِلًّا للمسلمين وطعامُ المسلمين حِلًّا لهم كذلك، ليَتِمَّ التَّزاور والتَّضايف والمؤاكلة والمشاربة، وليَظلَّ المجتمع كلّه في ظلّ المودة والسماحة ، وكذلك يجعل العفيفات من نسائهم؛ وهنَّ المحصنات بمعنى العفيفات الحائر -طيّبات للمسلمين-، ويَقْرِنُ ذكرهنّ بذكر الحرائر العفيفات من المسلمات، وهي سماحة لم يشعر بها إلَّا أتباع الإسلام من بين سائر أتباع الديانات" (إبراهيم س.، صفحة 848/2).

خاتمة:

في ختام بحثنا حول الحقوق والواجبات الزوجيّة في الزواج المختلط التّي دارت معالمه بين الحقوق المشتركة والحقوق الخاصَّة بالزوجة والحقوق الخاصَّة بالزوج وفق نظرة الفقه الإسلاميّ، يمكن القول أنّ هذا الموضوع عمومًا –الزواج المختلط- يحتاج لمزيد عناية وبحث خاصة وأنَّ جُلّ مواضيعه قد تترتَّبُ عليها نزاعات بين الزَّوجين فضلًا عن النِّزاعات القانونية الموجودة في هذا النوع من أنواع الزّواج القديم الحديث الذي صُبغ بصِبغةٍ قانونية.

ولعلّ أهم ما يجبُ البحث فيه هو حقيقة هذا الزواج وطبيعته من النَّاحيتين القانونية والشرعيّة، فالزواج المختلط الدّولي له أحكامه الخاصّة التّي تُميّزه عن الزواج المختلط الوطني، وكذا الزواج المختلط الدِيني. وإهمال نوعٍ من أنواع الزواج المختلط من ناحية الدراسة الفقهية معناه الوُقوع في إشكالات واقعية.

ويُمكن التَّوصية بما يلي:

1- إدراج معيار اِختلاف الدِّين في النصوص القانونيّة وعدم ترك الزّواج المختلط دينيًّا تحت الأحكام والنصوص العامّة.

2- الفصل في بعض المواد القانونيّة المتعلّقة بزواج الأجانب، خاصّة في ما تعلَّق بزواج المسلمة بغير المسلم مثلما كان عليه قانون الأسرة قبل التعديل –مثلًا-

3- التَّنصيص على الآثار الماليّة والشخصيَّة المترتّبة عن الزواج المختلط، مع اِزدواجيّة الدِّراسات الجامعة بين القانون والشريعة الإسلاميّة.

قائمة المراجع:

أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي. (1968). المغني لابن قدامة. القاهرة: مكتبة القاهرة.

أحمد حماني. (1993). فتاوي الشيخ حماني. الجزائر: وزارة الشؤون الدينة والأوقاف.

سيد سابق. (1977). فقه السنَّة. لبنان: دار الكتاب العربي.

سيّد قطب إبراهيم. (بلا تاريخ). في ظلال القرآن. القاهرة: دار الشروق.

شلبي محمد مصطفى. (1985). أحكام المواريث بين الفقه والقانون. القاهرة: دار النهضة العربية.

عبد الرحمن بن عبد الخالق اليوسف. (1988). الزواج في ظل الإسلام. الكويت: الدار السَّلفية.

عبد العزيز شيباني. (2020). الزواج بالأجانب وإشكالاته في الفقه الإسلاميّ والقانون الجزائريّ -حق الحضانة نموذجًا-. غرداية، كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية، غرداية: جامعة غرداية.

عبد الوهاب خلاف. (1938). أحكام الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلاميّة. القاهرة: مطبعة دار الكتب المصريّة.

علي الصعيدي العدوي المالكي. (1412). حاشية العدوي. بيروت: دار الفكر.

قسوري فهيمة/ يزيد عربي باي. (2018). عقد الزَّواج المختلط وإشكاليات النِّظام المالي للزوجين في التَّشريع الجزائري. صفحة 42.

لعطر فتيحة. (2018). الزواج المختلط بين الفقه الإسلاميّ والتَّشريع الجزائري. تيزي وزي، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تيزي وزو: جامعة مولود معمري .

محبوبه محمود حجو خرمه. (2021). حقّ الزوجة الكتابيّة في ممارسة شعائرها الدينيَّة" بين الإختيار والإجبار". صفحة 1068.

محمد أبو زهرة. (بلا تاريخ). أحكام التَّركات والمواريث. دار الفكر العربي.

محمد أبوزهرة. (1971). محاضرات في عقد الزواج وآثاره. القاهرة: دار الفكر العربي.

محمد الطاهر بن عاشور. (2001). مقاصد الشريعة الإسلاميَّة. عمان: دار النَّفائس.

محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية. (2002). أحكام أهل الذمة. بيروت: دار الكتب العلمية.

محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. (بلا تاريخ). المبسوط . مصر: مطبعة السعادة.

محمد عبد الله عنان المؤرخ المصري. (1990). دولة الإسلام في الأندلس. القاهرة: مكتبة الخانجي.

محمد لاتي. (2001). المنازعات المالية بين الزوجين في الشريعة الإسلاميّة وقانون الأسرة الجزائري. تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان: جامعة تلمسان.

محمد يسري إبراهيم. (2011). فقه النَّوازل. قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

نورية شبورو. (2016). الزواج المختلط وتأثيره على حالة الزوجين. تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان: جامعة أبي بكر بلقايد .

وهبة الزحيلي. (1997). الفقه الإسلامي وأدلته . دمشق: دار الفكرالعربي.

يوسف القرضاوي. (2001). *في فقه الأقليات المسلمة*. القاهرة: دار الشروق.

يوسف القرضاوي. (2012). *الحلال والحرام في الإسلام*. القاهرة: مكتبة وهبة.

تنازع القوانين في الزواج المختلط: الميراث أنموذجا

Conflict of Laws in Mixed Marriage: Inheritance as a Model

د. شكري الدّربالي
Dr. Chokri derbali
الجامعة الإسلامية بمنيسوتا الولايات المتّحدة الأمريكيّة(فرع السنغال).
Islamic University of Minnesota, USA (Senegal Branch).

الملخّص:.

لم تكن المجتمعات القديمة تعترف للأجنبي بالشخصية القانونيّة، فقد كان مجرّدا من أهمّ حقوقه، إلاّ أنّه بتغيّر الظروف الاقتصاديّة والاجتماعيّة انفتح أمام الأجنبي واقع جديد ضمن له مركزا قانونيا يقرّ له بجملة من الحقوق إلى أن وصل الأمر إلى اعتباره من أشخاص القانون في الدّولة. ومن أهم هذه الحقوق الزواج المختلط الذي يتم بين طرفين يكون أحدهما وطنيّا والآخر أجنبيّا، فهو رابطة تحتوي على عنصر أجنبي.، وبقدر ما مثّل الزواج المختلط رافدا لتلاقح الأفكار والقناعات وانفتاح الأسر على مجتمعات مختلفة بقدر ما كان مصدرا لإشكاليات قانونيّة متعدّدة منها مسألة توزيع الميراث. ليطرح إشكال قانوني يتمثّل في القانون الواجب تطبيقه عند توزيع الميراث الناتج عن الزواج المختلط. وهذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة من منظور القانون التّونسي، فالصعوبة الأساسيّة في مسألة تنازع القوانين كإحدى موضوعات القانون الدولي الخاص هي كيفيّة الوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة.

الكلمات المفاتيح: الزواج المختلط، الميراث، تنازع القوانين، القانون واجب التطبيق.

Abstract

The old societies did not recognize the foreigner as a legal personality, he was stripped of his most important rights, but with the change of economic and social conditions, a new reality opened up for The Foreigner, which guaranteed him a legal status that recognized him with a set of Rights until it came to being considered a subject of law in the state. One of the most important of these rights is the mixed marriage that takes place between two parties, one of which is a national and the other is a foreigner, it is a bond that contains a foreign element. To the extent that mixed marriage was a source of cross-fertilization of ideas and convictions and the openness of families to different societies, it was also a source of multiple legal problems, including the issue of inheritance distribution. A legal problem arises in the form of the law applicable to the distribution of inheritance resulting from a mixed marriage. This is what we will try to answer through this study from the perspective of Tunisian law, the main difficulty in the issue of conflict of laws as one of the subjects of private international law is how to reach the applicable law among the conflicting laws.

Keywords: mixed marriage, inheritance, conflict of laws, applicable law.

مقدمة:

تتنوّع نشاطات الإنسان في علاقته مع غيره، وفي السّابق كانت الدّول لا تقبل تطبيق القوانين الأجنبية على هذه العلاقات لتعارضها مع مبدأ سيادة الدّولة، فلم تعترف المجتمعات السّابقة للأجنبي بالشّخصيّة القانونيّة، وظل مجرّدا من الحقوق الضروريّة والملازمة لإنسانيته، كحقّ الزواج، والتملّك ،والإرث، إلاّ أنّه بتغيّر الظروف الاقتصادية والاجتماعيّة، وتنامي الحاجّة للتجارة الخارجيّة، فُرض واقع جديد يواكب التطوّرات الحاصلة غيّرت الوضع القانوني للأجنبي، وبدأ وضعه في تحسّن تدريجي إلى أن تمتّع بحقوق جمّة وصلت به إلى اعتباره من أشخاص القانون في الدّولة، فأصبح الأجنبي ينمتّع بشتى الحقوق التي للوطني، فقد وقع الاعتراف له بالشخصيّة القانونيّة وما يترتّب عن ذلك من حق الزّواج والطلاق والولاية والإرث وغيرها من الحقوق.

هذا الانفتاح والتعايش بين المجتمعات ترتّب عليه نوع جديد من العلاقات القانونيّة لتضمّنه عنصرا أجنبيا، وبناء عليه تحوّلت القواعد القانونيّة من قواعد محكومة بالقانون الوطني الدّاخلي، إلى علاقات قانونيّة قائمة بين أكثر من قانون وأكثر من نظام قضائي.

ومن القضايا المطروحة في هذا الجانب والتي هي موضوع بحثنا مسألة الزواج المختلط وتأثيرها على مسألة الميراث. والذي يعالج إشكاليّة مركزيّة تتعلّق بمدى تأثير الزواج المختلط في الميراث على المستوى القانون المنطبق؟

إنّ مشكل تنازع القوانين هو في الواقع مشكل اختيار القانون المنطبق على الوضعيّة المطروحة أمام القاضي وذلك بواسطة قاعدة الإسناد بعد تصنيفها ضمن أحد أصناف الإسناد من أجل تحديد القانون المنطبق.

لذا وجب علينا للإحاطة بمسألة تحديد القانون المنطبق في الميراث الناتج عن الزواج المختلط، أن نتطرّق في مرحلة أوّليّة إلى تكييف الميراث لتحديد القانون الواجب التطبيق في الزواج المختلط (المبحث الأوّل) يلي ذلك التطرّق إلى قاعدة الإسناد المتعلّقة بالميراث الناتج عن الزواج المختلط.

المبحث الأوّل: تكييف الميراث في الزواج المختلط

يعتبر التّكييف من المسائل الضروريّة التي يقوم عليها تسمية القواعد التي يقوم عليها تسمية القواعد لكلّ فرع من فروع القانون، فعلى سبيل المثال في القانون الجنائي يتم تكييف الأفعال بإدراجها في فئة تجريميّة معيّنة، كالقتل والسرقة والزنا وغيرها.

أمّا في إطار تنازع القوانين، فإنّ التكييف يكون بتحديد العلاقة القانونيّة في فئة معيّنة خاصّة، كالأحوال الشّخصيّة أو العينيّة وذلك تمهيدا لتحديد القانون المنطبق. (منصور، سامي بديع: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للطباعة والنشر، لبنان، ط 10، 1994م، ص 174.) .

لكن يجدر بنا قبل أن نتطرّق لتكيف الميراث الناتج عن الزواج المختلط وجب علينا تحديد مفهوم الميراث والزواج المختلط

المطلب الأوّل: مفهوم الميراث والزواج المختلط

إنّ أوّل خطوة يخطوها الباحث وهو يتناول بالدّراسة موضوعا من الموضوعات، هي الوقوف عند تعريف المصطلحات المكوّنة لموضوع بحثه، فتعريف المصطلح يعدّ خطوة منهجيّة هامّة لا غنى للباحث عنها، وهذا التوجّه يعد من الأصول التي كانت موضوع اهتمام المفكّرين العرب من أمثال الخوارزمي، وابن سينا، وأبي حامد الغزالي.((مراد) سعيد: المدخل في تاريخ الأديان، عين للدّراسات والبحوث الإنسانيّة والاجتماعيّة، (د، ت) ص 9.).

وبالنّظر إلى موضوع بحثنا، فإنّ الأمر يتطلّب تحديد مصطلحَيْ الميراث والزواج المختلط

الفقرة الأولى: مفهوم الميراث

1. **الميراث في عرف أهل اللغة**

يطلق لفظ الميراث في اللغة على أطلاقين، أوّلهما بمعنى المصدر، وثانيهما بمعنى اسم المفعول.

والميراث بالمعنى المصدري له معنيان:

أحدهما: البقاء أو البقيّة من كل شيئ، فهو يفيد البقاء، ومنه اسم الله تعالى (الوارث)، وهو اسم من أسماء الله الحسنى، أي الباقي الدّائم الذي يرث الأرض ومن عليها بعد فناء خلقه.(ابن منظور: لسان العرب ، ج 1، ص 113.).

وثانيهما: الانتقال، أي انتقال الشيء من شخص إلى شخص ، وهذا الانتقال قد يكون حسيّا كانتقال المال إلى وارث موجود، فيقال ورث فلان مال أبيه، أو معنويا، كانتقال العلم.

أمّا الميراث بمعنى اسم المفعول،فهو مرادف للإرث، ومعناه في اللغة الأصل والبقيّة، فيقال هو في إرث صدق أي أصل صدق، ويسمّى به ما يتركه الميّت لأنّه بقيّة تركها للوارث، ومن ذلك ما رواه النبيّ صلى الله عليه وسلّم حينما بعث ابن مريم الأنصاري إلى عرفة" "اثبتوا على مشاعركم، فإنّكم على إرث أبيكم إبراهيم. ((النّسائي) أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: سنن النسائي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1422 هـ - 2002 م، كتاب المناسك، باب رفع اليدين في الدعاء يعرفه، ص 490.).

2. **الميراث عند أهل الاصطلاح**

إنّ المتصفّح لأمهات الكتب الفقهيّة، يلاحظ أنّها قدّمت تعريفات عدّة لمصطلح الميراث، فقد عرّفته الفتاوى الهندية بأنّه: "انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة. (نظام ابراهيم وجماعة من علماء الهند الإعلام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 1، 1421 هـ - 2000 م، ج6، ص 497.).

هذا التعريف يمكن الاحتراز عليه من خلال ذكره "على سبيل الخلافة"، فعدم ضبط صنفها (أي الخلافة) يجعلها تجري على مجريين اثنين، خلافة اختياريّة، وخلافة إجبارية، والخلافة الإجبارية تكون بالإرث، أما الخلافة الاختيارية فتكون

بالوصيّة، فهذا التّعريف "غير مانع لأغياره، فلا يكون تعريفا تاما للإرث، لأنّ التّعريف يشترط فيه أن يكون جامعا مانعا. ((فرانقيل) جاسم زاهد: أسباب الإرث وموانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير، المملكة العربيّة السعوديّة، جامعة أم القرى، كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، 1981 م- 1982 م. ص 4.)

وعرّف الحنابلة الإرث بأنّه "انتقال مال الميّت إلى الحيّ بعده. ((البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس: الرّوض المربع شرح زاد المستنفع مطبوع مع حاشية للشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض (د.ت)، ج 3 ، ص 22.).

هذا التعريف بهذه الشاكلة لا يكون مانعا لأغياره، فهو وإن اشتمل على معنى الإرث، فإنّ انتقال المال من الميّت إلى حيّ بعده قد يكون بطريق الوصيّة، كما يكون بطريق الإرث، فلو ذكر فيه عبارة على سبيل الخلافة الإجباريّة لكان أوضح بامقارنة مع التّعريف الذي سبقه.

بعد عرض هذه التعريفات، يمكن أن نعرّف الإرث كما يلي: الإرث في الشرع هو انتقال مال الميّت، وحقّه القابل للانتقال إلى حيّ بعده على سبيل الخلافة الإجباريّة.

هذا التّعريف يخرج من انتقال المال، المال الذي لا ينتقل إلى الوارث، وهو مقدار تجهيز الميّت، وسداد ديونه، وتنفيذ وصيّته فتقسيم الميراث لا يكون إلاّ بعد أداء الحقوق المتعلقة بالتركة سابقة الذكر.

كما خرج بالمال من الانتقال من حي إلى حي بسبب العقد، كالبيع والهبة، فقد ورد في التّعريف : ... القابل للانتقال إلى حي بعده....

وقول " على سبيل الخلافة الإجباريّة " يخرج الوصيّة، وقول " القابل للانتقال" يدخل الحقوق العينيّة ويبعد الحقوق الشّخصيّة.

الفقرة الثّانية: مفهوم الزواج المختلط

كان الزواج المختلط من أهم عوامل تلاقح الحضارات باعتباره النموذج الأمثل للعلاقات الدوليّة الخاصّة، كما يعدّ المجال الخصب لتنازع القوانين.، ومع التطوّر الهائل في وسائل الاتصال وحركة المواصلات ومرونة انتقال الأفراد من مكان إلى آخر، هذا إضافة إلى التقنيات والتكنولوجيا الحديثة في مجال التواصل الاجتماعي التي سهّلت دخول الأفراد في علاقات مختلفة من بينها الزواج ومن هنا برزت مسألة الزواج المختلط. وقد تعدّدت مفاهيم الزواج المختلط واختلفت .

وقد تمّ تعريف الزواج المختلط بكونه : " عقد يربط أحد الزّوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تمّ بين زوجين مختلفي الجنسيّة سمّي بالزواج المختلط " (القاضي، محمّد فتحي: الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الاتحاد، مجلّة الأمن العام. عدد 62، جويلية 1973،ص 8.)

ومن جهة أخرى وقع تعريفه بكونه: الرّابطة الزّوجيّة التي تعقد بين رجل وامرأة يختلفان في الجنسيّة أو الديانة أو معا". (لعطر، فتحيّة: الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه جامعة مولدي معمري، تيزي وزو، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة،، 2018-2019 ص 20)

المطلب الثّاني: التّكييف في الميراث في الزواج المختلط

إنّ للتكييف أهميّة قصوى في عمل القاضي ورجل القانون لتحديد القانون المنطبق. ويجدر بنا التعرّض لمفهوم التكييف قبل بيان التكييف القانوني للميراث الناتج عن الزواج المختلط

الفقرة الأولى حقيقة التكييف

التكييف هو أوّل عمل يقوم به القاضي في حال عرضت عليه مسالة مشوبة بعنصر أجنبي ويمكن تعريف التكييف بكونه:

" العمليّة الذهنيّة التي يقوم بها القاضي لتحديد الطبيعة القانونيّة للمسألة الحقوقيّة المحتوية على عنصر أجنبي، بهدف إدراجها ضمن واحدة من الطوائف القانونيّة المعروفة لديه بغية التوصّل إلى قاعدة الإسناد وتطبيقها عليها، بحثا عن القانون الواجب التطبيق". (المصري، محمّد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر واالتوزيع، عمان، ط1، 2009م، ص 75).

ويعرّفه الأستاذ هشام علي صادق بكونه: " تحليل للوقائع والتصرّفات القانونية تمهيدا لإعطائها وصفها الحق ووضعها في المكان الملائم من بين التقسيمات السائدة في فرع معيّن من فروع القانون"، فالتكييف إذا مسألة قانونيّة المنهج إذ يقوم على جدليّة مقارعة الواقع بالقانون وقانونيّة المضمون غذ غايتها تنظيميّة رقابيّة على السلوك الاجتماعي. وهي تخضع تبعا لذلك للرقابة المباشرة لمحكمة القانون، وهي هنا محكمة التعقيب.(ابن محمد، فاطمة الزهراء، السالمي، حسين: منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2016 م، ص 261)

ومن أشهر القضايا التي تعرّضت لمسالة التكييف نجد قضيّة ما يعرف بميراث المالطي. وتتلخّص وقائع هذه القضيّة في أنّ زوجين مالطيين تزوّجا في مالطا، ثمّ انتقلا للعيش في الجزائر عندما كانت مستعمرة فرنسيّة، ثمّ مات الزّوج عن ثروة ضخمة من بينها عقارات في الجزائر، فطالبت الزوجة أمام القضاء الفرنسي بنصيبها من زوجها وفقا لما يعرف بـ" نصيب الزّوج المحتاج " وهو يعرفه القانون المالطي ولا يعرفه القانون الفرنسي، فطبّقت المحكمة الفرنسيذة قانونها المالطي، حيث كيّفت الموضوع بأنّه ميراث ومن ثمّ يخضع للقانون الفرنسي.(حكم محكمة استئناف الجزائر بتاريخ 1889/12/24م،).

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ التكييف مرحلة أوّليّة ضروريّة يقوم بها القاضي من أجل تحديد القانون المنطبق على النزاع المعروض عليه والمشوب بعنصر أجنبي. وقد يختلف التّكييف من دولة إلى أخرى وبالتالي من قانون إلى آخر، وهي ما يصطلح بتسميته " تنازع التكييفات.(نورية، شورو: التصرّفات النافذة بعد الوفاة في القانون الدولي الخاص، ص 14).وقد طرحت نظريّتان في هذا الشأن:

النظريّة الأولى: التكييف يكون بالرّجوع إلى القانون المقارن. وبمقتضاها يتمّ الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن، فقواعد الإسناد تهدف إلى حل إشكاليات المعاملات الدوليّة. وعليه فإنّ ما تنظّمه هذه القواعد يجب أن يعطي معنى عالميا من دون الاعتماد على المقصود منه وفقا لقانون دولة معيّنة. (الهداوي، حسن: تنازع القوانين، المبادئ العامّة والحلول الوضعيّة في القانون الأردني،دراسة مقارنة، الدار العلميّة الدوليّة ودار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، 2001 م، ض 54-55.

والملاحظ أنّ هذه هذه النظريّة لاقت العديد من الصعوبات العمليّة، فليس هناك آليات محدّدة يعتمدها القاضي عند الرّجوع إلى القانون المقارن خاصة مع وجود نظم قانونيّة مختلفة يصعب معها الترجيح.(محمد عبد العال، عكاشة: تنازع القوانين، ص 117-118.).

النظريّة الثانية: التكييف يكون بالنظر إلى قانون القاضي من أجل تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع وإلحاقه بإحدى الأصناف القانونيّة التي خُصّص لكل منها في دولة القاضي قاعدة إسناد مستقلّة. ومن أهم من أرسى قواعد هذه النظريّة الفقيه الفرنسي " بارتان" وقد استندت على أنّ مبدأ وحدة التكييف في دولة القاضي يستلزم إجراؤه وفقا لقانون القاضي، فلا يمكن أن نتصوّر على سبيل المثال في مسألة استحقاق الدّولة للميراث الذي لا وارث له أن يتمّ تكييفها وفقا لقانون القاضي في نزاع وطني وتارة بحسب القانون الأجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي، فالتكليف يجب أن يكون واحدا في الدولة نفسها.(عبد الرحمن، جابر جاد: القانون الدولي الخاص، ص 529-530.)

وقد وقع تبنّي هذه النظريّة من قبل العديد من قبل غالبيّة التشريعات ومن بينها القانون الوضعي التونسي، فقد نصّ الفصل 27 من مجلّة القانون الدولي الخاص على أنّه: " يتمّ التكييف إذا كان الهدف منه تحديد قاعدة التنازع التي تُمكّن من تعيين القانون المنطبق، طبقا لأصناف القانون التونسي".

الفقرة الثانية: التكييف القانوني للميراث

تعدّ المواريث من المسائل المثيرة للجدل فهي تقع على الحد الفاصل بين الحالة الشّخصيّة والحالة العينيّة، وهذا التموقع المزدوج يعود إلى أنّ الميراث من جهة هو يؤمّن انتقال الذمّة الماليّة للشخص بسبب الوفاة، فهي بذلك تندرج ضمن الأحوال الشّخصيّة، ومن جهة أخرى فإنّها تتعلّق بالأموال، وعليه فهي تتّبع الأحوال العينيّة. لذلك اختلفت الاتجاهات بين من رأى تكييف الميراث ضمن الأحوال الشّخصيّة. وآخر ذهب إلى اعتبار الميراث ينضوي تحت الأحوال العينيّة، إلاّ أنّه برز اتجاه أكّد على أنّه لا يمكن إدراج الميراث ضمن الأحوال الشّخصيّة ولا الأحوال العينيّة.وإنّما يندرج في إطار فئة قانونيّة مستقلّة.

الفرع الأوّل: تكييف الميراث ضمن الأحوال الشخصيّة

بداية تجدر الإشارة إلى أنّ مصطلح الأحوال الشّخصيّة لم يقع استعماله في الفقه الإسلامي في الكتب التي أدرجت مسائل البحث المتعلّقة بالنكاح والطلاق والنفقة ...، بل أخذت منذ القدم عن القوانين الغربيّة، فنشأ المصطلح في ايطاليا خلال القرون الوسطى، وهو نظام مستمد من القانون الروماني، هذا المصطلح امتدّ بعد ذلك إلى العديد من الدول مثل فرنسا. (الجمال، مصطفى: قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعيّة، 1987 م، ص13).

اعتبرت معظم التّشريعات أنّ المواريث تندرج ضمن مسائل الأحوال الشّخصيّة، ويستند هذا الاتّجاه على اتّصال الميراث بواقعة حياة ووفاة الشّخص، وقيامها على رابطة القرابة والنسب (نوريّة، شبورو: الميراث والتصرّفات بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص، ص 24.).

وقد أخذ القانون التّونسي بهذا الاتّجاه الذي أدرج الميراث ضمن الأحوال الشخصيّة، فقد تمّ إدراج أحكام الميراث ضمن مجلّة الأحوال الشخصيّة في الكتاب التّاسع المتضمّ للفصول 85 إلى 132.والأمر نفسه بالنسبة للقانون العراقي الذي شمّن أحكام الميراث في قانون الأحوال الشخصيّة رقم 188 لسنة 1959 م. وبالمثل القانون الجزائري والقانون الليبي وغيرها.

ويعدّ الفقيه " مانشيني " رائد مبدأ شخصيّة القوانين وقد كان يرى أنّ القوانين توضع للأشخاص لا لإقليم، فقد رأى أنّ مبدأ شخصيّة القوانين يجب أن تكون هي الأصل. (فتحيّة، لعطر: الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري،دراسة مقارنة، ص 25.).

ومن بين دوافع الأخذ بهذا الاتجاه هي المصلحة العائليّة وتنظيم الأسرة وتكريس للتضامن بين أفراد العائلة، فالأمر يتعلّق بالأسرة أكثر منها مجرّد بملكيّة للأموال، ولهذا الاعتبار فإنّ الميراث يخضع للنظام القانوني الذي يخضع له الشخص نفسه سواء كان قانون الجنسيّة أو قانون الموطن. (موشعال، فاطيمة: دور الجنسيّة في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 م/2012 م. ص 75.).

الفرع الثّاني: تكييف الميراث ضمن الأحوال العينيّة

يقابل مصطلح الأحوال الشخصيّة الذي تمّ التطرّق إليه مصطلح الأحوال العينيّة، وهو يشير إلى المركز القانوني للأموال. (اللافي، محمّد المبروك: تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي، ص 113).

والحقوق العينيّة هي الحقوق التي تكون فيها الرابطة بين صاحب الحق رابطة مباشرة، فالحق العيني سلطة مباشرة لصاحب الحق على شيء معيّن يمارسها عليه من دون أن تتوقّف هذه السلطة على إرادة أحد، فصاحب المنزل على سبيل المثال له الحق في التصرّف فيه بالبيع أو الهبة أو التأجير من دون أن يخضع لإرادة خارجيّة. (السّعدي، محمّد صبري: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينيّة، دار الهدى، عين مليلة، 2010 م، ص 12-13.).

يعتبر أنصار هذا الاتجّاه أنّ الإرث بما هو وسيلة من وسائل انتقال المال فهو بذلك لا يختلف عن بقيّة وسائل انتقال الملكيّة، وعليه فقد وقع تكييف الميراث ضمن الأحوال العينيّة، فانتقال الأموال بسبب الوفاة يعتبر سببا من أسباب انتقال الأموال، والاختلاف حاصل فقط في سبب الانتقال وهو هنا الوفاة.

وبناء على ما تقدّم فإنّ النظام القانوني الذي من الواجب أن يخضع إليه الميراث هو النظام نفسه الذي يخضع إليه المال وهو هنا القانون العيني.(زيروتي، الطيّب: القانون الدّولي الخاص، ج 1، مطبعة الكاهنة، 2000 م، ص 184).

الفرع الثّالث: تكييف الميراث ضمن فئة قانونيّة مستقلّة

يقرّ هذا الاتجاه أنّه لا يمكن إدراج الميراث ضمن إحدى التكييفات السابقة، فهو يندرج ضمن فئة قانونيّة مستقلّة، فالإرث هو نتيجة لانتهاء الحالة الشّخصيّة، في حين الأحوال الشّخصيّة هي نتيجة لوجود الشّخص وارتباط العلاقات التي تدخل فيها مباشرة، ومن الناحيّة المقابلة لا يمكن إدراج الميراث ضمن دائرة الأحوال العينيّة، لأنّها تختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال، فمضمونها يختلف تماما عن مضمون فكرة مركز الأموال، فموضوع الارث هو تركة المتوفى ينظر إليه كمجموعة شائعة ولم ينظر إليه منفردا.(صلاح الدّين جمال الدّين: تنازع القوانين، ط 1، 2006 م، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست. مصر، ص 284-285.).

من خلال ما تقدّم يتبيّن لنا أنه إذا عرض على القاضي نزاع في الميراث مشوب بعنصر أجنبي وجب عليه تحديد التكييف القانوني المناسب لمحل النزاع، وهذا يؤكّد أنّ مسألة التكييف هي مرحلة أوّليّة ضروريّة تنتهي بتعيين القانون المختص للمسألة الارثيّة محل النزاع.

المبحث الثّاني: تعيين القانون المنطبق على الميراث في الزواج المختلط في القانون التّونسي

بداية نشير إلى أنّه قبل دخول مجلّة القانون الدولي الخاص حيّز التنفيذ كانت مسألة تنازع القوانين تخضع لأحكام الأمر العلي المؤرّخ في جويلية 1956 الذي أقرّ بأنّ الجنسيّة عنصر ارتباط رئيسي في مادّة الأحوال الشخصيّة، فقد نصّ الفصل الرّابع من الأمر المذكور أنّ القانون المنطبق على المواريث هو القانون الشّخصي أي قانون الدّولة التي يحمل المتوفّى جنسيتها.

وبتاريخ صدور مجلّة القانون الدولي الخاص تمّ إقرار قاعدة إسناد خاصّة بالمواريث صلب الفصل 54 الذي نصّ على أنّه: " يخضع الميراث للقانون الدّاخلي للدولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون الدّولة التي ترك فيها أملاكا".

يتّضح من خلا منطوق الفصل 54 من مجلّة القانون الدولي الخاص التونسيّة أنّها أقرّت قاعدة تنازع استثنائية ممّا يؤدّي إلى تعدّد الحلول الممكنة لاختيار القانون المنطبق على المواريث المشوب بعنصر أجنبي. لكن قبل التعرّض إلى محتوى القاعدة الاستثنائيّة الواردة صلب الفصل 54 المذكور. تحديد مفهوم قاعدة الاسناد وبيان أهمّيتها.

المطلب الأوّل: مفهوم قاعدة الإسناد وأهمّيتها

أعلنّا في مرحلة سابقة من البحث أنّ التكييف هو المرحلة الأوّليّة التي تلعب دورا مهما في العلاقات الدوّليّة الخاصّة ومنها مسألة الميراث، فهذا الإجراء الأوّلي يؤدّي إلى تحديد القانون المختص في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي ومن بينها قضايا الميراث عبر قاعدة الإسناد.

فما هو مفهوم قاعدة الإسناد ومدى أهمّيتها في القانون الدّولي الخاص؟

يعدّ موضوع تنازع القوانين من أهمّ موضوعات القانون الدّولي الخاص، والتنازع يتمّ بين قانونين أو أكثر في إطار علاقة مشوبة بعنصر أجنبي، فهي تضطلع بالدّور الأساسي في تحديد القانون الملائم والجدير بحكم العلاقة القانونيّة ذات الطابع الدّولي والتي تزاحم على حكمها أكثر من قانون. (شبي، كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين،مجلّة جامعة كربلاء، المجلّد الثالث، العدد 13، كانون الأوّل، 2005م، ص1.).

وقد عرّف فقهاء القانون الدّولي الخاص قاعدة الإسناد من بينهم إبراهيم أحمد إبراهيم الذي عرّفها بكونها: " القواعد التي تكون وظيفتها الأساسيّة هي الإشارة أو الإسناد إلى قانون يتولى حلّ النزاع في العلاقات ذات الطابع الدّولي".(إبراهيم، إبراهيم أحمد: القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربيّة، 2002 م، ص 153.).

كما عرّفها عوض الله شيبة الحمد السيّد بأنّها: " القواعد التي تقوم بتحديد القانون الأنسب والأجدر بحكم القانون الأنسب والأجدر بحكم العلاقة ذات الطابع الدّولي التي يتزاحم على حكمها أكثر من قانون'. (السيّد، عوض الله شيبة الحمد: الوجيز في القانون الدّولي الخاص، دار النهضة العربيّة، 1977 م، ص 333.).

وعرّفها ماجد الحلواني بأنّها: " قواعد وطنيّة بحتة يضعها المشرّع في دولة معيّنة بماله من سلطة التّشريع، للتعرّف بواسطتها على الأحكام الموضوعيّة التي ستنطلق من حيث النهاية على القضيّة ذات العنصر الأجنبي". (الحلواني، ماجد: القانون الدّولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974 م، ص 191.).

يتّضح من خلال ما تقدّم أنّ قاعدة الإسناد هي القاعدة التي بمقتضاها يتمّ تحديد القانون المختص عند تنازع القوانين في مجال القانون الدّولي الخاص.

وفي كلّ دولة نجد أنّ قواعد الإسناد قد تكون مضمّنة في القوانين المدنيّة أو غيرها من القوانين ذات الصلة أو قد تكون صادرة في شكل قانون مستقل.

يتّضح من خلال ما تقدّم من تعريفات أنّ قواعد الإسناد تحتل أهميّة كبيرة، فقد ارتبطت بقواعد تنازع القوانين ارتباطا وثيقا، ذلك أنّ فقهاء القانون الدّولي الخاص يستعملون اصطلاح تنازع القوانين للدّلالة على قواعد الإسناد.

والحاجة إلى هذه القواعد تبرّرها الطبيعة الخاصّة للمنازعات في علاقات القانون الدّولي الخاص وتعلّقها بأكثر من دولة، ممّا تطلّب البّحث عن القانون الأنسب من بين جملة القوانين المتزاحمة. (إبراهيم، أحمد إبراهيم: القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين، ص 153.).

وبالنّظر إلى قواعد الإسناد يتبيّن أنّ لها العديد من المزايا يمكن عرضها في النقاط التالية:

- توطين النّزاعات ذات الطّابع الدّولي في بلد معيّن تخضع لقانونه، وهذا يمثّل الدّور الرئيسي الذي تقوم به قواعد الإسناد. (السيّد، عوض الله شيبة الحمد: الوجيز في القانون الدّولي الخاص، ص 333).
- تكمن أهمّيتها في مجال العلاقات المستحدثة في مجال القانون الدّولي الخاص، فمتساكني العالم اليوم يتواصلون من خلال " الأنترنات " ممّا يجعل إمكانيّة نشوء المنازعات بين المتعاملين في هذا العالم الافتراضي، فأغلب العمليات والعقود التي تتمّ من خلال شبكة " الأنترنات " هي بالضرورة ذات طابع دولي، حيث يتدخّل فيها أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة، هذه العلاقات التي أفرزتها تقنية " الأنترنات " تعارض مع منهد تنازع القوانين التقليدي، ممّا يحتّم البحث عن قواعد موضوعيّة تحكم هذه العلاقات المستحدثة وإيجاد قواعد قواعد إسناد أكثر تطوّرا إلى جانب قواعد الإسناد التقليديّة. (شبي، كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في نتازع القوانين، ص3.).

يتّضح ممّا تقدّم أنّ قاعدة الإسناد هي قاعدة مرشدة تشير إلى القانون الواجب التّطبيق، فهي لا تتكفّل بحسم المسألة المطروحة بل ينحصر دورها في الإرشاد إلى القانون. وهي بالإضافة إلى ذلك قاعدة محايدة، أي أنّها تشير إلى أكثر القوانين اتّصالا بالعلاقة المشوبة بعنصر أجنبي بغضّ النّظر عن مضمون هذا القانون، أي سواء كان هذا القانون هو القانون الوطني أم قانون آخر أجنبي. (عبد العال، عكاشة محمّد: تنازع القوانين، ص 15.).

المطلب الثّاني: الهيكلة الاستثنائية لقاعدة التنازع في الميراث في الزواج المختلط في القانون التونسي

ورد في الفصل 54 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التونسيّة ما يلي: " يخضع الميراث للقانون الدّاخلي للدّولة التي يحمل المتوفى جنسيتها عند وفاته أو لقانون دزلة آخر مقرّ له أو لقانون الدّولة التي ترك فيها أملاكا".

يختزل هذا الفصل نظام تصفية التركة الدّوليّة من جهة. ويختزل أصناف قواعد الإسناد المتعدّدة ، ويعمّق التنازع في شأن التركات بمحاولة التوفيق بين كل عناصر الإسناد المتزاحمة محمّلا القاضي مسؤوليّة الخيار الموجّه المبدئي الذي تعتمده المحلّة. (بن محمّد، فاطمة الزّهراء، السّالمي، الحسين: منظومة القانون الدّولي الخاص التّونسي، ص 404.).

وتتميّز قاعدة التنازع الواردة في الفصل 54 المذكور بهيكلة استثنائيّة لا نجد لها مثيلا في القانون المقارن، فلا يمكن القول بأنّ هذه القاعدة هي من قبيل قواعد التنازع ذات الترتيب التفاضلي لعناصر الإسناد بسبب غياب الترتيب الهرمي لعناصر الارتباط الواردة بالفصل وهي الجنسيّة والمقر ومكان وجود الأملاك.

ولا يمكن الجزم من جهة أخرى بأنّ القاعدة الواردة صلب الفصل 54 تتعلّق بقواعد التنازع الماديّة لانعدام التنصيص على الغاية من وراء عناصر الارتباط.

وقد اختلفت الآراء حيال هذا الأمر وانقسمت إلى اتجاهين.

الفقرة الأولى: قاعدة الإسناد في الميراث في الزواج المختلط ذات ترتيب تفاضلي

يرى الأستاذ علي المزغني أنّ الفصل 54 من قانون الدّولي الخاص التونسي هو من قبيل قواعد الإسناد ذات الترتيب التفاضلي لعناصر الارتباط (A. Mezghani, Commentaires du code de droit international privé, Tunis, C.P.U. 1999, p. 131.)، أي أنّ تلك العناصر وردت في شكل هرمي من جنسيّة المورّث باعتبارها عنصر

إسناد رئيسي ليصل إلى مقر الهالك باعتباره عنصر إسناد ثانوي، لينتهي الأمر إلى مكان وجود المخلّف كعنصر ارتباط احتياطي.

وقد كرّس المشرّع التونسي صلب مجلّة القانون الدّولي الخاص قواعد إسناد ذات ترتيب تفاضلي وذلك صلب الفصول 47 و48 و49 من مجلّة القانون الدّولي الخاص التونسيّة، فقد نص الفصل 47 على انّه " تخضع واجبات الزّوجين للقانون الشّخصي المشترك. وإذا لم يكن الزّوجان من جنسيّة واحدة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك لهما وإلاّ فقانون المحكمة".

وقد أكّد الفصل 48 على نفس قواعد الإسناد ذات الترتيب التفاضلي حيث نصّ على أنّه " يخضع النظام المالي للزّوجية للقانون الشّخصي المشترك إذا كان الزّوجان من جنسيّة واحدة عند انعقاد الزّواج وعند اختلاف الجنسيّة يخضع النّظام المالي للزوجية لقانون أوّل مقر مشترك لهما إن وجد وإلاّ فلقانون مكان إبرام عقد الزّواج".

وقد نص الفصل 49 على أنّ " الطلاق والتّفريق الجسدي ينّظمهما القانون الشّخصي المشترك عند إقامة الدّعوى، وعند اختلاف الجنسيّة يكون القانون المنطبق هو قانون آخر مقر مشترك للزّوجين إن وجد وإلاّ تطبّق المحكمة قانونها".

وتتميّز قاعدة الإسناد ذات الترتيب التفاضلي بخاصيّتين، تتمثّل الأولى في أنّ تعدّد عناصر الارتباط يمثّل مخالفة للقاعدة الكلاسيكيّة التي تعتمد على عنصر ارتباط وحيد.

أمّا الخاصيّة الثانيّة فتتمثّل في كون عناصر الإسناد ليست متساوية من حيث القيمة، فهناك عنصر ارتباط رئيسي يجب على القاضي المتعهّد بالنزاع اللجوء إليه أوّلا لتحديد القانون المنطبق. وعليه لا يجزو للقاضي المرور إلى عنصر الارتباط الثانوي إلاّ عند تعذّر العمل بالعنصر الرئيسي.

وكنتيجة لقاعدة الترتيب التفاضلي، فإنّ القاضي لا يتمتّع بالسلطة التقديريّة في اختيار القانون المنطبق، فالمشرّع فرض عليه احترام الترتيب التفاضلي الهرمي لعناصر الارتباط.(الغنوشي، مصعب: النزاع الدّولي في مادّة المواريث، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنيّة للمحامين بتونس، الفرع الجهوي بتونس، 2010م / 2011 م ، ص 21.).

وإذا ما طبّقنا هذا التمشّي على مقتضيات الفصل 54، فإنّ الأولوية في التّطبيق تكون لقانون الدّولة التي يحمل المتوفى جنسيتها، وينزّل قانون آخر مقر للمورّث منزلة ثانويّة.

الفقرة الثّانية: : قاعدة الإسناد في الميراث في الزواج المختلط تكريس لقاعدة تنازع ماديّة

بخلاف الاتجاه الأول الذي كرّس قاعدة إسناد ذات ترتيب تفاضلي، فإنّ هذا الاتجاه يقول بقاعدة التنازع الماديّة التي تتميّز بخاصيّتين رئيسيتين، وهما المساواة بين عناصر الارتباط من ناحية. ووجود غاية معلن عنها تسعى المحكمة المختصّة إلى تحقيقها من خلال تطبيق القاعدة القانونيّة المذكورة من ناحية أخرى.

ولمزيد الوقوف على هذه القاعدة سنتطرّق إلى خاصياتها والمتمثّلة مثلما أعلنا في : المساواة بين عناصر الارتباط و الغاية الماديّة المعلن عنها.

1. **المساواة بين عناصر الإسناد**

تتميّز قاعدة الإسناد الماديّة في كونها تكرّس مجموعة من عناصر الإسناد المتساوية، وهذا يؤكّد أنّ للقاضي سلطة تقديريّة في الالتجاء إلى أي عنصر أراد، فهو غير مقيّد بعنصر إسناد رئيسي وآخر ثانوي.

بحسب هذا الاتجاه، فإنّ كلّ من القانون الشخصي للمورّث وقانون دولة آخر مقر له وقانون الدّولة التي ترك فيها أملاكا إ وردت متساوية من حيث تعيينها لحسم النزاع الدولي المتعلّق بالميراث في الزواج المختلط.

وهذا ما يؤكدّه استعمال المشرّع التّونسي صلب الفصل 54 لفظ " أو " الذي يفيد التساوي بين جميع عناصر الارتباط.

إلاّ أنّه بالتمعّن في عناصر الإسناد المتساوية يلاحظ أنّها تطرح مشكل يتعلّق باختيار القانون واجب التطبيق، فصحيح أنّ المشرّع منح القاضي سلطة تقديريّة واسعة لكنّها ليست مطلقة، فقد قيّده بحتميّة تحقيق الغاية المعلن عنها عند تحديد قاعدة التنازع.

2. **الغاية المادية المعلن عنها:**

من خلال هذا الأمر يكون من أوكد واجبات المحكمة اختيار القانون الذي يضمن أكثر من غيره تحقيق الغاية المعلن عنها صراحة ضمن قاعدة الإسناد الماديّة، فعلى سبيل المثال تضمّن الفصلان 50 و 51 من مجلّة القانون الدّول الدّولي الخاص التونسيّة إعلانا صريحا عن غايتين ماديّتين تتمثّلان في حماية مصلحة المحضون صلب الفضل 50 وحماية مصلحة الدّائن صلب الفصل 51.

والسؤال الذي يطرح هنا: هل تضمّن الفصل 54 غاية ماديّة معلن عنها ؟

بالنّظر إلى مقتضيات الفصل 54 يتّضح أنّه لم ينص على غاية ماديّة، الأمر الذي يؤدّي بنا إلى القول بأنّه لا ينتمي إلى صنف قواعد الإسناد المادّي.

فما هو موقف فقه القضاء التونسي من هذه المسألة؟

بالنّظر إلى القرارات الصادرة في هذا الشأن يتبيّن أنّه متأثّر بالاتّجاه الذي يكرس قاعدة تنازع مادية، من ذلك مثلا ما ورد في قرار تعقيبي عدد 5128 المؤرّخ في 9 مارس 2006م، فقد ورد في مضمونه ما يلي: " أورد الفصل 54 حالات القانون المنطبق ولم يكن ترتيب ورودها وتعدادها على وجه التّفضيل والأسبقيّة الملزمة وإنّما على سبيل ترك خيار القانون المنطبق للمحكمة المتعهّدة بالنّظر لاعتماد القانون الأفضل والأكثر نجاعة في تطبيقه"

الخاتمة

في خاتمة البحث يجدر التأكيد على أنّ النزاعات المتعلّقة بالميراث الناتج عن الزواج المختلط يقع حلّها في إطار قواعد القانون الدّولي الخاص لاشتمالها على عنصر أجنبي.

وقد توصّلنا في إطار هذا البحث على جملة من النتائج نورد أهمّها في النقاط التالية:

- ✓ التكييف هو أوّل عمل يقوم به القاضي في حال عرضت عليه مسالة تتعلّق بالميراث في زواج مختلط.
- ✓ وقد يختلف التّكييف من دولة إلى أخرى وبالتالي من قانون إلى آخر ويكون كالتالي،
  - التكييف يكون بالرّجوع إلى القانون المقارن.
  - التكييف يكون بالنظر إلى قانون القاضي.
- ✓ تعدّ المواريث من المسائل المثيرة للجدل فهي تقع على الحد الفاصل بين الحالة الشّخصيّة والحالة العينيّة.
- ✓ اعتبرت معظم التّشريعات أنّ المواريث تندرج ضمن مسائل الأحوال الشّخصيّة، ويستند هذا الاتّجاه على اتّصال الميراث بواقعة حياة ووفاة الشّخص، وقيامها على رابطة القرابة والنسب.
- ✓ وقد كرّس المشرّع التونسي صلب مجلّة القانون الدّولي الخاص قواعد إسناد ذات ترتيب تفاضلي لحل النزاع ألإرثي في الزواج المختلط.

التّوصيات:

- ➢ نوصي بتكثيف الدراسات حول النزاع في الميراث المشوب بعنصر أجنبي وبالأخص الناتج عن الزّواج المختلط لتنامي هذه الظاهرة في عصرنا الحاضر.
- ➢ نقترح إبرام اتفاقيات دوليّة لتنظيم مسألة تنازع القوانين في مسألة الميراث بصفة عامّة ةفي الزواج المختلط بصفة خاصّة.

المصادروالمراجع:

- ❖ منصور، سامي بديع: الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم للطباعة والنشر، لبنان، ط 10، 1994م،
- ❖ مراد سعيد: المدخل في تاريخ الأديان، عين للدّراسات والبحوث الإنسانيّة والاجتماعيّة، (د، ت).
- ❖ ((النّسائي) أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب بن علي الخراساني: سنن النسائي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1422 هـ - 2002 م،.
- ❖ (نظام ابرايهم وجماعة من علماء الهند الإعلام: الفتاوى الهندية، دار الكتب العلميّة، بيروت، لبنان، ط 1، 1421 هـ - 2000 م.

- لعطر، فتحيّة: الميراث في الزواج المختلط بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدّكتوراه جامعة مولدي معمري، تيزي وزو، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة،، 2018-2019.
- (فرانقيل) جاسم زاهد: أسباب الإرث وموانعه في الفقه الإسلامي، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الماجستير، المملكة العربيّة السعوديّة، جامعة أم القرى، كليّة الشّريعة والدّراسات الإسلاميّة، 1981 م- 1982 م..
- المصري، محمّد وليد: الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر واالتوزيع، عمان، ط1، 2009م
- ابن محمد، فاطمة الزهراء، السالمي، حسين: منظومة القانون الدولي الخاص التونسي، مجمع الأطرش للكتاب المختص، ط 1، 2016 م
- الهداوي، حسن: تنازع القوانين، المبادئ العامّة والحلول الوضعيّة في القانون الأردني،دراسة مقارنة، الدار العلميّة الدوليّة ودار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، 2001 م.
- الجمال، مصطفى: قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعيّة، 1987 م،
- موشعال، فاطيمة: دور الجنسيّة في حل مشاكل تنازع القوانين، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011 م/2012 م.
- السّعدي، محمّد صبري: الواضح في شرح القانون المدني، التأمينات العينيّة، دار الهدى، عين مليلة، 2010 م،
- صلاح الدّين جمال الدّين: تنازع القوانين، ط 1، 2006 م، التركي للكمبيوتر وطباعة الأوفست. مصر.
- شبي، كريم مزعل: مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، دراسة مقارنة في تنازع القوانين،مجلّة جامعة كربلاء، المجلّد الثالث، العدد 13، كانون الأوّل، 2005م.
- الحلواني، ماجد: القانون الدّولي الخاص وأحكامه في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1974 م،
- السيّد، عوض الله شيبة الحمد: الوجيز في القانون الدّولي الخاص، دار النهضة العربيّة، 1977 م،
- إبراهيم، إبراهيم أحمد: القانون الدّولي الخاص، تنازع القوانين، دار النهضة العربيّة، 2002 م.
- ((البهوتي) منصور بن يونس بن إدريس: الرّوض المربع شرح زاد المستنفع مطبوع مع حاشية للشيخ عبد الله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض (د.ت).
- القاضي، محمّد فتحي: الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الاتحاد، مجلّة الأمن العام. عدد 62، جويلية 1973.
- الغنوشي، مصعب: النزاع الدّولي في مادّة المواريث، محاضرة ختم التمرين، الهيئة الوطنيّة للمحامين بتونس، الفرع الجهوي بتونس، 2010م / 2011 م.
- A. Mezghani, Commentaires du code de droit international privé, Tunis, C.P.U. 1999, p. 131. (،

حقيقة الزواج المختلط وحكمه والآثار المترتبة عليه من منظور إسلامي

أ.قدوس عبد الله Kadous Abdellah د . أمحمد علالي
a.kadous.si@lagh-univ.dz mh.allali@lagh-univ.dz
جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة
مخبر الدراسات الإسلامية واللغوية

الملخص

إن مما اعتنت به الشريعة الإسلامية وسمته بالميثاق الغليظ أمر الزواج، وهو وإن كانت أصول مسائله وأغلب أحكامه محكمة قديمة الطرح، غير أنه وكباقي حركة البشر تستجد لهم في حياتهم ألوان من الإشكالات، وأنواع من التصرفات، يكتسي بعضها طابع النازلة؛ ومن ذلك مسألة الزواج المختلط أو الدولي أو الصوري، وقد نتج ذلك عن حركة الهجرة إلى بلاد الغرب التي يراها الكثير من الشباب جنات الدنيا، فكان من وسائلهم التحايل على الأنظمة قصد الحصول على إقامة أو جنسية تلك البلاد فاتخذوا الزواج المختلط سببا لذلك، وتكمن أهمية بحثه في كونه من النوازل المعاصرة، وكونه يتعلق بأهم مؤسسة منتجة لأغلى منتوج وهو البشر، والآثار المترتبة على الأفراد أو المجتمع ككل، وبخاصة ما لا ينبغي أن يتصف به المسلم؛ ومن ثم كان الهدف من هذه المداخلة إماطة اللثام عن حقيقة الزواج المختلط، وبيان منزلته من مقاصد الشريعة.

الكلمات المفتاحية: الجنسية، الإقامة، نوازل الزواج الصوري، الزواج المختلط، مقاصد التحايل.

Abstract:

The Islamic Shari'a cared about the issue of marriage and called it the solemn covenant, although the origins of its issues and most of its rulings are an old-fashioned court, but like the rest of the human movement you will find various kinds of problems and types of behavior arise for them in their lives some of which take on the new thing ; Among that is the issue of mixed marriage, International or shame Marriage (irreal) . This resulted from the movement of migration to the countries of the West ,which many young people see as the darkness of the world or as a solution of their problems ,they had the means of the cirumventing system in order to obtain that country's residence of citizenship ,and they took the mixed marriage as a reason, the importance of his research is that he is a contamporary home ,and being related to the most important institutio n that produces the most precious product which is human beings , the implications for individuals or society as a whole, especially what a Muslim must not be characterized by. so the aim of this intervention was to uncover the reality of mixed marriage, and to clarify its status as one of the purposes of the Shari'a.

Key words: residency, marriage calamities, sham marriage, mixed marriage, intentions of fraud

مقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والصلام على من بعثه الله رحمة للعالمين ورسولا لهم كافة، وبعد؛ فإن الزواج يعد الرابطة الأهم التي تحافظ على الصفة الاجتماعية المدنية لبني الإنسان، وبها تتعارف الأمم والشعوب وتترابط، ويترتب عليها التعاون والتكامل والتكافل والتناصر. (ابن كثير، 1420هـ/1999م، صفحة 360ج7)، وذلك معنى قول الله تعالى :﴿ **يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ** ﴾ (قرآن كريم، الحجرات: 13). ولا يختلف اثنان أن وجود البشرية واستمرارها واستقامة حياتها ينطلق من الْتقاء رجل وامرأة، في إطار فطري وشرعي، بعيدا عن أخلاق الغاب وشريعة الغاب والناب، ولا يمتري اثنان عاقلان أن مشاكل العالم تزداد، ومجتمعاته تتفكك بقدر ما يسوء حال الأسرة، وبقدر ما الخطأ في منشئها، فينتشر التحلل والتشرد والعنف والتنمر، وتشيع الفاحشة وتختلط الأنساب وتذهب الأصول، وما إلى ذلك من الكوارث، وبدلا من أن يتحقق في البشر قول الله تعالى :﴿**وَإِذۡ قَالَ رَبُّكَ لِلۡمَلَٰٓئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٞ فِي ٱلۡأَرۡضِ خَلِيفَةٗۖ** ﴾ (قرآن كريم،البقرة: 30)؛ فإنه يتحقق ما تخوفته الملائكة الكرام قائلة لربها العليم الحكيم ﱡ نح نخ نم نى ني هج هم ﱠ(قرآن كريم، البقرة: 30) ، ولعلم إبليس بهذه الحقيقة فإنه أول ما بدأ به عمله الشيطاني هو تخريبه الاجتماعي، والمتمثل في التفريق بين الزوجين وتشتيت الأسرة، فقبل أن يدعو أبوينا إلى الشرك والكفر، فإنه غرر بهما ووسوس إليهما ودلهما على الشجرة الممنوعة-كما يدلهم في كل زمان ومكان على الأشجار الممنوعة ذات الثمار المرة؛ فكان السبب في أكل والدينا الكريمين من الشجرة فتفرقا، وأخرجت أمنا من بيتها-الجنة- وتاهت في الأرض، وأهبط أبونا آدم عليه السلام...كما يريد أبالسة اليوم إخراجها من جنتها ومملكتها التي جعلها الله لها قرارا، فلا تخرج إلا إلى هدف شريف أو حاجة نافعة، وبأدب رفيع وخلق سام، ولباس تقوى، وتمشي على استحياء متأنئة لا مترجلة.

ولأجل هذه المنزلة الخطيرة التي تحتلها الأسرة في الكون، ربط الله بين طرفيها بحبل وثيق، سماه الميثاق الغليظ، وجعل الآخذ له المرأة نفسها، فقوّى به ضعفها:ﱡ ذٰ رٰ ىٰ ﱠ(قرآن كريم، النساء: 21)، فحفظ به حقها وحمى حماها، ولا زال الشيطان يفعل فعله ويوحي لأوليائه لاختراع خيوط أخرى بدلا عن الميثاق الغليظ؛ ليتحايلوا عليه، ويخط لهم خطوطا معوجة بدلا عن الصراط المستقيم، فهاموا في كل واد ، ووقعوا في الحمى وعاثوا فيه الفساد.

ومن ذلك مناكح الجاهلية التي كانت شائعة قبل مجيئ الإسلام، فأعاد الأمر إلى فطرة الله التي فطر الناس عليها، وإلى سنن الأنبياء بالأنكحة المشروعة؛ فأبقى ما يصلح، ونفى ما لا يصلح، وحلل وحرم ما هو مفصل في الكتاب والسنة الصحيحة.

ومما أحيي من سنة الجاهلية في عصرنا، وما زيد عليه من سهام أصابوا بها هذا الميثاق الغليظ؛ ما يسمى بالزواج المختلط، والزواج الصوري، فما حقيقة هذا الزواج، وما حكمه في الفقه الإسلامي، وما هي آثاره على الفرد والمجتمع، وهل من فرق بين الزواج الصوري والزواج المختلط؟

ذلك ما نحاول الإجابة عليه من خلال هذه المداخلة، وقد اتبعت المنهج التحليلي المقارن، والتي جاءت بعد مقدمة فيما يلي:

حقيقة الزواجي الشرعي وشروطه، لغة واصطلاحا.
حقيقة الزواج المختلط لغة وشرعا، وأنواعه وأحكامه.
أركان وشروط الزواج المختلط.
حقيقة الزواج الصوري.
الفرق بين الزواج المختلط والزواج الصوري.
آثار ومساوئ الزواج المختلط المحرم.
الآثار الواقعية للزواج المختلط.
خاتمة، وفيها أهم النتائج والتوصيات.

أولا: حقيقة الزواج الشرعي في اللغة والاصطلاح

بما أن مبحث الزواج الشرعي له مداخلة خاصة في فقرات هذا الملتقى، فلا نفصل فيه إلا بقدر ما يكون مقدمة لبيان ما يضاده من العقود والأنكحة، وما تفتقده من شروط اشترطها الشرع الإسلامي؛ لأنه وكما يقال : وبضدها تتبين الأشياء. ولذلك نعمل على تطبيقها على الزواج المختلط مباشرة ليظهر مدى موافقته أو مخالفته.

1- تعريف الزواج في اللغة

هو من الجمع والتثنية وضم الشيء إلى جنسه، وشفعه به، ويطبق على عقد القران بين الزوجين. ويطلق على النكاح في أحد معنييه، "فرقت العرب فرقا لطيفا يعرف به موضع العقد من الوطء، فإذا قالوا :نكح فلانة أو بنت فلان أرادوا عقد التزويج، وإذا قالوا :نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الجماع والوطء (الفيروزآبادي، 1426هـ/ 2005م، صفحة 502 ج 1) (الجرجاني، 1403هـ/1983م، صفحة 246).

2- تعريف الزواج في الاصطلاح الشرعي

وردت عدة تعريفات للزواج الشرعي، وبينها بعض الاختلاف؛ حسبما يراه المعرفون من شروط وأركان، نذكر بعضها، ثم نذكر المختار منها:

من التعريفات: "عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصدًا" (الجرجاني، 1403هـ/1983م، صفحة 246)، وفي القيد الأخير احتراز عن البيع ونحوه؛ لأن المقصود فيه تمليك الرقبة، وملك المنفعة داخل فيه ضمنًا، وهنا منفعة البضع خاصة.

ومن التعريفات: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونها، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات". (أبو زهرة، 1377هـ- 1957م، صفحة 19)
ومنها: "تعاقد بين رجل وامرأة يقصد به استمتاع كل منهما بالآخر وتكوين أسرة صالحة ومجتمع سليم". (العثيمين، صفحة 12)

وهذه كلها تعريفات تشير إلى حقيقة الزواج، لكن كل منها ليس جامعا ولا مانعا، ومن مجموعها، ولأجل إيراد أركان وشروط النكاح وتضمين مقاصده في تعريفه، يمكن القول بأن الزواج الشرعي هو: "عقد قران معلن لرجل مسلم على امرأة تحل له شرعا على مهر بإذن وليها وشاهدين، قصد الاستمتاع بالوطء والإحصان والتناسل وتكوين أسرة".
فأي زواج تتوفر فيه الأركان والشروط الشرعية فهو صحيح، دون التركيز على مسماه إذا فهم معناه وسلم من الانطواء على محظورات ومخالفات، وعليه يمكن إجراء شروط الزواج الشرعي على الزواج المختلط، ليتبين حكمه.

ثانيا: حقيقة الزواج المختلط:

1- الزواج المختلط في اللغة

سبق معنا معنى الزواج، وبقي معنى الاختلاط هنا، حيث إنه يتناول عدة معاني، حسب مجال وعناصر الخطلة، و "خَلَطَ الشَّيْءُ بِالشَّيْءِ يَخْلِطُه خَلْطاً وخَلَّطَه فاخْتَلَطَ: مَزَجَه واخْتَلَط، وخالطَ الشيءَ مُخالَطة والخِلْطُ :اسْمُ كُلِّ نَوْعٍ مِنَ الأَخْلاطِ كَأَخْلاطِ الدَّوَاءِ وَنَحْوِهِ". (ابن منظور، 1414هـ، صفحة 191 ج 7)

فاجتماع كل جنسين مختلفين بنوع مميز من الاختلاف هو اختلاط، كاختلاط الرجال بالنساء؛ لاختلافهم في الذكورة والأنوثة، وكاختلاط المواشي باعتبار الزكاة، من ضأن ومعز، أو اختلاط مالين مختلفين بحسب المالك، وهكذا. ويشمل معناه هنا اختلاط الزوجين باختلافهما في اعتبار من الاعتبارات، الجنسية أو الدينية أو القومية وهكذا.

2- الزواج المختلط في الاصطلاح

تتعدد تعريفات الزواج المختلط بحسب المعتبر في الاختلاف، كما يختلف حكمه في الشرع بعدة اعتبارات، يأتي ذكرها في ثنايا الموضوع. وقد عُرف بأنه: " كل زواج يختلف طرفاه سواء في الدين أو الجنسية أو الموطن"(شايل، 2002)

فباعتبار الاختلاف الديني يعرف بأنه: "ارتباط رجل بامرأة مختلفي الديانة"، وقد يكون أحدهما مسلما، وقد يكونان من وطن واحد، أو من وطنين مختلفين، لكن كون البحث متعلقا بالفقه الإسلامي فيلزم أن يكون نقاشنا في عقد يكون أحد طرفي على الأقل مسلما.

أما باعتبار الموطن والانتماء الوطني، فيعرف بأنه: "ارتباط رجل وامرأة من جنسيتين مختلفتين، بغض النظر عن الديانة"، وقد يكونان مسلمين معا، أو أحدهما مسلما والآخر غير مسلم، كتابيا كان أو غيره.

والذي يعنينا هنا بالتفصيل هو الزواج المختلط الدولي، والذي يعتبر فيه الجنسية المختلفة. كما إنه يعنينا أن نناقش حكمه الشرعي من حيث الفقه المحض، ثم من حيث الأثر الواقعي، لأن "قاعدة المفاسد والمصالح" محورية في عملية الفتوى، ولها أثر حتى في تغير الفتوى، ذلك أن الواقع غير منفصل عن الأثر القانوني حين يقع الزواج المختلط. ولذلك لا بد من الجمع بين فقه الشرع وفقه الواقع حتى تستقيم الأحكام على النوازل، وكما قال ابن القيم - رحمه الله - : "ولا يتمكن المفتي، ولا الحاكم، من الفتوى، والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم: **أحدهما** : فهْم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع، بالقرائن، والأمارات، والعلامات، حتى يحيط به علماً. **والنوع الثاني**: فهم الواجب في الواقع, وهو فهم حكم الله الذي حكم به، في كتابه، أو على لسان رسوله في هذا الواقع، ثم يطبق أحدهما على الآخر" (ابن القيم، 1442هـ/ 2021 م، صفحة 81ج1)

فمن الناحية الشرعية الفقهية البحتة؛ فإنه لا مانع من أن يتزوج رجل وامرأة من دولتين مختلفتين، وقد مثل لها بزواج سيدنا سليمان عليه السلام، بملكة سبأ، بعد أن أسلمت معه واستسلمت له، بشرط أن يكون الرجل مسلما، وأن تكون المرأة مسلمة أو كتابية محصنة عفيفة.

ثالثا: الزواج المختلط الجائز شرعا وأركانه وشروطه

من المؤكد وحسبما سبق أن للزواج المختلط أنواع عديدة، حسب جهة الاختلاط المتصف بها، ولا شك أيضا أن فيه الجائز وفيه الممنوع شرعا، فما الذي ينبغي أن يتوفر فيه حتى يكون شرعيا؟ و كما سبق في تعريف الزواج الشرعي أنه: "**عقد قران معلن لرجل مسلم على امرأة تحل له شرعا على مهر بإذن وليها وشاهدين، قصد الاستمتاع بالوطء والإحصان والتناسل وتكوين أسرة**". فهذا التعريف يشتمل عما يجب أن يتوفر في العقد، ويحدد مقصده الشرعي الذي من أجله قامت سوق الزواج ونصبت خيمته، كما إنه يخرج بمحترزاته أنواعا من الأنكحة التي يجيزها بعض أنظمة الغرب، مما لا يتوافق والزواج الشرعي، بل ولا الفطرة الإنسانية..

وفيما يلي ذكر أركانه وشروطه مرتبة ترتيب التعريف السابق:

الإيجاب والقبول:

وهذه حقيقة كل عقد، أن يتم بالإيجاب والقبول، بأي لفظ دل على المقصود، لأن العقود مبناها على القصود والمعاني وليست الألفاظ والمباني، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنبلية خلافا للشافعية، فيشترطون اللفظ فيه. (الزحيلي، 1405هـ/1985م، صفحة 1946ج4)

الإعلان:

ولا بد من إعلانه في وسط معتبر، درءا للشبهة وقطعا للطريق عمن قد يتستر به على الفاحشة، ويحتج بجواز السر، إذ أن نكاح السر أخو السفاح، وأقل أحكامه الكراهة، وعند المالكية يفسخ إذا لم يطل ويشيع، إذا أوصى الشهود بالكتمان، إلا أن يخاف ظالما، كما جاء في شرح الدردير : "ومحل الفسخ (إن لم يدخل ويطل) أي إن انتفيا معا بأن لم يدخل أو دخل ولم يطل، فإن دخل وطال لم يفسخ. واستظهر أن الطول هنا بالعرف لا بولادة الأولاد وهو ما يحصل فيه الظهور والاشتهار عادة " (الدسوقي، د ت، صفحة 137ج2)

واستند القائلون بذلك على جملة من الأدلة منها قوله ﷺ: «فَصْلٌ بيْن الحلالِ والحرامِ الدُّفُّ والصَّوتُ في النِّكاحِ» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م)، ومقصوده بالحلال والحرام، النكاح الشرعي والزنا وأخواته.

ولذلك اتفقت كلمة العلماء على أنه حرام، قال ابن العربي المالكي: "النِّكاحُ عَقدٌ يفتَقِرُ إلى إعلانٍ لا خِلافَ فيه، ونِكاحُ السرِّ ممنوعٌ لا خلاف فيه" (ابن العربي، 1418هـ/1997م، صفحة 306ج4). وقال ابن رشد المالكي: "اتفقوا على أنَّه لا يجوزُ نِكاحُ السِّرِّ". (ابن رشد، 1408هـ/1988م، صفحة 17 ج2)، وقال النووي الشافعي: "أجمعت الأمَّةُ على أنَّه لو عَقدَ سِرًّا بغير شهادةٍ لم يَنعَقِدْ". (النووي، 1392هـ، صفحة 227ج9)، وقال ابن تيمية المحقق الحنبلي: "نِكاحُ السِّرِّ الذي يتواصَون بكتمانِه ولا يُشهِدون عليه أحدًا، فهو باطِلٌ عند عامَّةِ العلماء، وهو من جِنسِ السِّفاحِ" (ابن تيمية، 1408هـ-1987م، صفحة 247ج3)

فإذا جرى الزواج المختلط بطريقة سرية غير معلنة كما سبق . فلا يعد صحيحا، وهو ما يلجأ إليه البعض، خاصة إذا كان الزواج صوريا أو مصلحيا، ليس الغرض منه حقيقة الزواج ولا بناء أسرة ولا تحصين الطرفين، وإنما طلبا للحصول على الجنسية أو عمل أو غير ذلك.

بل إن هذا الشرط يخل به بعض الناس حتى في بلاد المسلمين من غير اختلاط، للحصول على وظيفة أو سكن أو ترقية في عمل إذا كان في القانون ما يثمنه، أو للتحايل من الذهاب إلى الخدمة العسكرية الإجبارية بحجة كفالة أسرة. (مسعد و أوكسل سفيان، 2021-2022، صفحة 38)

الإسلام

وهذ الشرط فيه تفصيل، باعتبار الفرق بين الرجل والمرأة، على النحو التالي:

أ- زواج المسلمة بغير المسلم:

أما زواج المسلمة بغير المسلم، فلا يجوز ولا يصح إجماعا لا خلاف فيه، سواء كان كتابيا أو غير كتابي، لقوله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ۖ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ ۖ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ۖ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ۖ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا ۚ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ۚ ذَٰلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ ۖ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ**﴾ (قرآن كريم، الممتحنة: 10)، وقوله تعالى:﴿ **وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۖ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ** ﴾(قرآن كريم، البقرة: 221)، فقد دلّت الآية الكريمة دلالة قطعية على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم ، والمقصود بغير المسلم كل كافر أو مشرك سواء أكان من الوثنيين أو المجوس أو من أهل الكتاب، وهو ما اتفقت عليه كلمة الفقهاء سلفا وخلفا، قال القرطبي: " أي لا تزوجوا المسلمة من المشرك وأجمعت الأمة على أن المشرك لا يطأ المؤمنة بوجه لما في ذلك من الغضاضة على الإسلام". (القرطبي، 1384 هـ - 1964 م، صفحة 72ج3) (ابن حجر، ١٣٧٩، صفحة 224ج1)، وقال الرازي: "فلا خلاف ها هنا أن المراد به الكل-أي جميع غير المسلمين- وأن المؤمنة لا يحل تزوجها من الكافر البتة على اختلاف أنواع الكفرة " (الرازي، 1420هـ، صفحة 65ج6) (ابن كثير، 1420هـ/1999م، صفحة 258ج1)

ومما يذكر في الحكمة من منع المسلمة من الزواج بغير المسلم أنّ المسلم يؤمن بكل الرسل بما فيهم موسى وعيسى عليهم السلام، وبكل الكتب بما فيها التوراة والإنجيل، بينما لا يؤمن أهل الكتاب إلا برسلهم وكتبهم؛ فوق ما فيها من التحريف.

وكذلك أنّ الإسلام يعلو ولا يعلى عليه، ومن صور علوه ألا يعلو كافر على مسلم، لأن الزواج ولاية وقوامة ﴿ **الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ**﴾ (قرآن كريم، النساء: 34)، فيمكن أن يكون المسلم وليا وقواما على زوجته الكتابية، بينما لا يمكن أن يكون غير المسلم وليا أو قواما على المسلمة، فالله تعالى يقول:﴿ **وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا** ﴾ (قرآن كريم، النساء: 141). والزوجة عليها طاعة زوجها. وقد يؤثر عليها أو يغلبها بشخصيته فتتبع دينه وتخرج من الإسلام، وهو الجانب المرعي في زواج المسلم من الكتابية فقد يؤثر عليها فتسلم، وشواهد الواقع في هذا كثيرة.

ب- زواج المسلم بغير المسلمة

جاء في التعريف السابق " رجل مسلم" لأن البحث يتعلق بالزواج الشرعي، والذي تلزمه فروعه وفقه شريعة الإسلام هو المسلم، ويمكنه أن يتولى العقد بنفسه أو يوكل من يقوم به، ورجل لا مفهوم لها من حيث الكبر والصغر، إذ يمكن أن يزوج الصغير وليه. إلا من جهة الذكورة فلها مفهوم، يتعلق بأنواع الزواج الباطلة، والتي يأتي ذكرها في الكلام عن المرأة.

وغير المسلمة إما أن تكون كتابية-يهودية أو نصرانية- أو غير كتابية من مشركي العرب وأهل الأوثان وأهل الإلحاد؛ الذين لا يؤمنون بكتاب ولا رسول، ول و على و محرف يحسبون فيه أنهم على حق، كاليهود والنصارى.

وقد اختلف علماء الإسلام من لدن الصحابة إلى اليوم في حكم زواج المسلم بالكتابية، ومن هي الكتابية المقصودة؛ على أربعة أقوال:

1- القول بتحريم الزواج بالكتابية

فقد ذهب عبد الله بن عمر ﷺ إلى تحريمه؛ حيث كان يمنع منه ويقول: لا أعلم شركا أعظم من أن تقول: إن ربها عيسى، وقد قال الله تعالى: ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" (ابن كثير، 1420هـ/1999م)، وعلى هذا القول جماعة من العلماء، وه ما يشير إليه صنيع البخاري في صحيحه، "قَوْلُهُ بَابُ قَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَلَا تَنْكِحُوا المشركات" حيث بوّب في تفسير آية التّحريم بأثر ابن عمر ﷺ، قال ابن حجر رحمه الله: " وَهَذَا مَصِيرٌ مِنْهُ إِلَى اسْتِمْرَارِ حُكْمِ عُمُومِ آيَةِ الْبَقَرَةِ فَكَأَنَّهُ يَرَى أَنَّ آيَةَ الْمَائِدَةِ مَنْسُوخَةٌ وَبِهِ جَزَمَ إِبْرَاهِيمُ الْحَرْبِيُّ (ابن حجر، 1379هـ/1960م، صفحة 417ج9)." ومنهم من قصر الكتابيات على الإسرائيليات، كالشافعي، وقيل المراد بهن الذميات لا الحربيات (ابن كثير، 1420هـ/1999م)، وهن اللاتي يعشن في دار الإسلام خاصة، وبمصطلح اليوم المواطنات.

2- القول بإباحة الزواج بالكتابية

الذي عليه جماهير العلماء خلفا وسلفا أن رجال المسلمين أحل الله تعالى لهم الزواج بالكتابيات النصرانيات واليهوديات المحصنات، لقوله تعالى: ﴿ **الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ** ﴾(قرآن كريم، المائدة: 5)، ويلاحظ في سياق الآية أنها أحلت طعام الطرفين للطرفين، بمعنى ذبائحهم التي يذبحونها وفق دينهم، فلما ذكرت الأنكحة ذكرت فقط حل الكتابيات للمسلمين، ولم تذكر حل المسلمات للكتابيين، مما يدل على المغايرة في الحكم.

وقد جاء النهي عن زواج المسلم بالمشركات، وهو ما جاء في قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۖ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴾

"(قرآن كريم، البقرة: 221)، ووجه الجمع بين آية سورة البقرة في النهي عن نكاح المشركات وبين آية المائدة في حله، أن عادة القرآن في التعبير عن اليهود والنصارى لا يسميهم المشركين والمشركات، رغم ووقوعهم في الشرك والكفر جميعا، وإنما يسميهم أهل الكتاب تمييزا لهم عن أهل الكفر بالله تعالى ورسله عليهم السلام، أما كفار العرب والوثنيين فيسميهم المشركين، كقوله تعالى: ﴿ لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنفَكِّينَ حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ ﴾ (قرآن كريم، البينة: 1)، وقوله تعالى﴿ إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ فِي نَارِ جَهَنَّمَ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ أُولَٰئِكَ هُمْ شَرُّ الْبَرِيَّةِ﴾قرآن كريم، البينة: 6)،وقوله تعالى: ﴿ مَّا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ أَن يُنَزَّلَ عَلَيْكُم مِّنْ خَيْرٍ مِّن رَّبِّكُمْ ۗ وَاللَّهُ يَخْتَصُّ بِرَحْمَتِهِ مَن يَشَاءُ ۚ وَاللَّهُ ذُو الْفَضْلِ الْعَظِيمِ ﴾(قرآن كريم، البقرة: 105)، والعطف يقتضي المغايرة، وعليه يكون نهي رجال المسلمين عن الزواج بالكتابيات غير وارد أصلا في مثل هذه الآيات، على هذا الوجه.

والوجه الثاني هو اعتبار بعض العلماء أن آية المائدة مخصصة لآية البقرة في رجال المسلمين، قال السعدي رحمه الله (السعدي، 1420هـ/2000 م): " لأن المؤمنة مهما بلغت من الدمامة ما بلغت خير من المشركة ولو بلغت من الحسن ما بلغت، وهذه عامة في جميع النساء المشركات، وخصصتها آية المائدة ، في إباحة نساء أهل الكتاب كما قال الله تعالى : ﴿ الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ ۖ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ ﴾(قرآن كريم، المائدة: 5)". وقال ابن قدامة رحمه الله: " فرخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم... وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم". (ابن قدامة، 1417هـ/ 1997م، صفحة 548ج9) وبهذا يتحقق شرط الإسلام في الزوج، وشرط الإسلام أو الكتابية في الزوجة.

والوجه الثالث أن آية سورة البقرة المانعة منسوخة بآية سورة المائدة المبيحة؛ لأنها متقدمة عنها (ابن تيمية ت.، 1420 هـ - 2004 م، صفحة 56ج7)

فبهذه الأوجه الثلاثة يجوز الزواج المختلط باعتبار الدين، بين المسلم والكتابية العفيفة، وإذا صح زواج المسلم من الكتابية ولو كانت من غير بلده، فصحة زواجه من مسلمة من غير بلده أولى وأصح، لأنها

أصلا ليست محل خلاف أو نقاش من الناحية الفقهية البحتة، وإذا كانا من بلدين مسلمين فذاك ما لا مجال لطرحه أصلا، وخاصة مع اعتبار انقسامات المسلمين وتفرقهم من مخلفات الاستعمار! إلا بالنظر إلى الجانب القانوني من أجل الأثر الواقعي المصلحي؛ كما سيأتي ذكره.

فيبقى الجواز القانوني لأن فيه تعقيدات كثيرة، ويشترط لقبول الزواج به شروط عديدة، شكلية وموضوعية تختلف من قانون بلد إلى بلد (حواسي، 2016)، ويترتب عليه حقوق وواجبات والتزامات قد تخالف الشريعة الإسلامية، تتعلق بالحضانة وبحدود مسؤولية الوالدين على أطفالهم، والميراث، ونحو ذلك، كما تتولد عنه أوضاع للزوجين ولأولادهم قد تتسبب لهم في مشاكل وصعوبات. فعلى المقبل على أي نوع من أنواع الزواج الجائز شرعا ألا يهمل الجانب القانوني حتى لا يتنكد عيشه أو تتفكك أسرته. مع ما سيأتي من مساوئ الزواج المختلط.

3- القول بكراهة الزواج بالكتابية

فقد ورد عن الخليفتين عمر وعلي ﷺ وعطاء بن أبي رباح، واختاره بعض المالكية تبعا لما جاء عن الإمام مالك قال: " أَكْرَهُ نِكَاحَ نِسَاءِ أَهْلِ الْكِتَابِ - الْيَهُودِيَّةَ وَالنَّصْرَانِيَّةَ وَمَا أُحَرِّمُهُ، وَذَلِكَ أَنَّهَا تَأْكُلُ الْخِنْزِيرَ وَتُشْرِبُ الْخَمْرَ وَيُضَاجِعُهَا وَيُقَبِّلُهَا وَذَلِكَ فِي فِيهَا وَتَلِدُ مِنْهُ أَوْلَادًا فَتُغَذِّي وَلَدَهَا عَلَى دِينِهَا وَتُطْعِمُهُ الْحَرَامَ وَتَسْقِيه الْخَمْرَ" (مالك ، 1415هـ/1994م، صفحة 219ج2)

ومنهم من كرهه من غير تحريم؛ سدا للذريعة المؤدية إلى تعنيس النساء المسلمات، لأنهم يرون أن فتح الباب في هذا الاتجاه، مع سهولة ما يصل المسلم إلى كتابية في بلاد الغرب يجعلهم يتركون أخواتهن عانسات، وحياطة لأمر المسلمين، وهو ما ذهب إليه أمير المؤمنين عمر بم الخطاب ﷺ، كما جاء في كتابه إلى واليه حذيفة حين كان واليا له على المدائن فتزوج كتابية، فأرسل إليه يأمره بطلاقها قائلا:" أعزم عليك ألا تضع كتابي هذا حتى تخلي سبيلها، فإني أخاف أن يقتدي بك الناس فيختاروا أهل الذمة لجمالهن؛ وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين"، ولما سأله حذيفة أحرام هي، قال: لا.

بل نقل ابن تيمية الكراهة عن أكثر العلماء، حيث قال: "وَيُكْرَهُ نِكَاحُ الْحَرَائِرِ الْكِتَابِيَّاتِ مَعَ وُجُودِ الْحَرَائِرِ الْمُسْلِمَاتِ قَالَهُ الْقَاضِي وَأَكْثَرُ الْعُلَمَاءِ كَمَا يَكْرَهُ أَنْ يَجْعَلَ أَهْلَ الْكِتَابِ ذَبَّاحِينَ مَعَ كَثْرَةِ ذَبَّاحِينَ مُسْلِمِينَ وَلَكِنْ لَا يَحْرُم" (ابن تيمية، 1408هـ/1987م، صفحة 461ج5).

4- القول باستحباب نكاح الكتابيات

أما إذا وجد الأمن من شرورها، وزاد الأمل في إسلامها، فقد ذهب النووي أن الأوجه استحباب نكاحها، إذا رجي إسلامها، وقد روي أن عثمان ﷺ، تزوّج نصرانيّة فأسلمت وحسن إسلامها، وقد ذكر القفّال أنّ

الحكمة في إباحة الكتابية ما يرجى من ميلها إلى دين زوجها، إذ الغالب على النساء الميل إلى أزواجهن وإيثارهم على الآباء والأمهات، ولهذا حرمت المسلمة على المشرك " (العجيلي، د ت، صفحة 194ج4)

والذي يبدو راجحا القول بالجواز مع أمن المفاسد المذكورة، مما يعود على الفرد أو المجتمع وحتى الأمن القومي، وخاصة مع ما آل إليه حال الزواج الغربي، وما يسمع ويرى من مآسي المسلمين المغتربين الذين تزوجوا زواجا مختلطا، ثم لم ينجح زواجهم فآل ببعضهم إلى خسران الدنيا والآخرة، ومنهم من انتهى المطاف بالانتحار!

فجواز هذا الزواج مقيد بقيود من أهما: أن تكون كتابية، عفيفة غير فاجرة، وألا تكون من قوم معادين محاربين صراحة أو بالدسائس، ولهذا فرق بعض العلماء بين الذمية والمعاهدة فأجازه، وبين الحربية فلم بجزه، ومنه قول ابن عباس ﷺ: "من نساء أهل الكتاب من يحل لنا ومنهم من لا يحل لنا؛ ثم قرأ قول الله تعالى في الجزية، فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه ولم لم بعط الجزية لم بحل لنا نساؤه (القضاوي، 2005م، صفحة 236)

أن يكون الزوجان رجلا وامرأة

جاء في التعريف (عقد رجل على امرأة)، وهذا واضح في اشتراط تحقيق الفطرة في الزواج، وهو وقوع الزواج بين رجل حقيقي وامرأة حقيقية، ويخرج به الأنكحة الباطلة، من عمل اللوطية والسحاقية والمسمى الآن بالزواج المثلي. وهو ما أجمعت الأمة على تحريمه وتجريمه، واتفقت العقول السليمة والفطر المستقيمة على استنكاره واستبشاعه،:﴿**أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ ۚ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ** ﴾ (قرآن كريم، الشعراء: 165 – 166)، :﴿ **وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ النِّسَاءِ ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ** ﴾ (قرآن كريم، الأعراف: 80- 81)، فكان عاقبتهم أن قلب الله بهم الأرض كما قلبوا الفطرة التي فطر الناس عليها،:﴿ **قَالَ هَٰؤُلَاءِ بَنَاتِي إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ(71)لَعَمْرُكَ إِنَّهُمْ لَفِي سَكْرَتِهِمْ يَعْمَهُونَ(72)فَأَخَذَتْهُمُ الصَّيْحَةُ مُشْرِقِينَ(73)فَجَعَلْنَا عَالِيَهَا سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهِمْ حِجَارَةً مِنْ سِجِّيلٍ(74)**﴾ (قرآن كريم، الحجر: 71 - 74)؛ وفي الحديث : «لَعَنَ اللهُ مَن عَمِلَ عَمَلَ قَومِ لوطٍ كررها ثلاثا» (أحمد ا.-2.، 1421هـ/ 2001م، صفحة 326ج4)، وقال ابن عباس لما سئل عن حدِّ اللوطيّ : "يُنْظَرُ أعلا بناءٍ في القريةِ فيُرْمَى منهُ مُنَكَّسًا ثم يُتْبَعُ بالحجارةِ" (ابن حجر، 1384م/1964م، صفحة 103ج2)، وكذلك عمل المرأة مع المرأة، فهو محرم بالإجماع لا تفعله إلا شرار النساء، يقول الخرشي المالكي رحمه الله: "شرار النساء إذا فعل بعضهن ببعض، وإنما في هذا الفعل الأدب باجتهاد الإمام" (الزرقاني، 422 هـ/2002 م، صفحة 78ج8)، وقال ابن رشد رحمه الله : "هذا الفعل من الفواحش التي دل القرآن على تحريمها بقوله تعالى: :﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ(6) فَمَنِ**

ابْتَغَى وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (7) ﴾(قرآن كريم، المؤمنون: 5 – 7)، وأجمعت الأمة على تحريمه، فمن تعدى أمر الله في ذلك وخالف سلف الأمة فيه كان حقيقا بالضرب الوجيع" (ابن رشد، 1408هـ/1988م، صفحة 323ج16)، وقد تفلت الغرب من الشرائع الربانية وانسلخ من الفطرة الإنسانية -إلا القليل- وسمى ذلك حرية!

ويجمع النوعين قوله ﷺ: «إذا استحلَّت أمَّتي خمسًا فعليهم الدَّمارُ إذا ظهر التَّلاعُنُ وشربوا الخمورَ ولبَسوا الحريرَ واتَّخذوا القَيْناتِ واكتفَى الرِّجالُ بالرِّجالِ والنِّساءُ بالنِّساء» (المنذري، 1417هـ، صفحة 138ج3)

تحل له شرعا (عدم المانع)

فحتى لو توفرت كل أركان الزواج وشروطه، فلا بد من انتفاء الموانع، الدائمة والمؤقتة، وهذا القيد يتعلق بموانع الزواج بين رجل وامرأة، سواء كان بسبب الرحم أو العقد أو الملة، فيمنع الزواج من المحرمات شرعا كما هن مذكورات في سورة النساء، من الأمهات والبنات والخالات، ومنهن بسبب العقد، كالجمع بين الأختين والجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، أو العقد على امرأة في عقد رجل آخر، لم تخرج منه بعدة كاملة من طلاق أو موت أو فسخ، وأدلته مبثوثة في مظانها، لا تخفى، ولا هي من صلب الموضوع، فنتركها للاختصار. ولا أن تكون كافرة كما سبق في شرط الإسلام. وكذلك أن تكون عفيفة محصنة، لا فاجرة، لقوله تعالى: ﴿ **الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ** ﴾ (الكريم، النور: 3)، فالمسلم لا يتزوج بغيا أو بائعة هوى ولو انتسبت على الإسلام، فكيف لو كانت مشركة، وخاصة أن الآية قرنتها بها، قال ابن كثير "وَحُرِّمَ ذلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ أي تعاطيه والتزوج بالبغايا، أو تزويج العفائف بالرجال الفجار" (ابن كثير، 1420هـ/1999م، صفحة 7ج6)

المهر

المهر هو الصداق، وسماه القرآن صدقات "(قرآن كريم، النساء :5)، وهو ما يعطيه الرجل للمرأة لتأكيد صدق الزوج فيما يقصده من الارتباط بها واستحلال الاستمتاع بها، وسماه البعض شرط صحة "(قرآن كريم، المائدة: 5) وقد اتفقت كلمة الفقهاء على وجوبه أصله، لقوله تعالى: (القرآن الكريم، النساء: 24)؛ فقيّد الإحلال به (الشوكاني، 1414هـ /1994م، صفحة 434ج2)، ولكن اختلفوا في ماهيته ومقداره، والصحيح أنه يصح بكل ما له قيمة، وترضى به الزوجة، ويكون أيضا على قول بعض العلماء بالشيء المعنوي، كتحفيظ قرآن (الزحيلي، 1405هـ/1985م، صفحة 6761ج9)أو أخذها للحج مثلا.

ومن حكم ومقاصد المهر، أنه برهان صدق على القصد الحسن، وإكرام للمرأة، وتمييز للزواج عن العلاقات غير الشرعية، وهي ذات أهمية في موضوعنا هذا.

أما لو انعكس الأمر فطولبت المرأة بأن تسعى في طلب الرجل وأن تدفع المهر، فإنه يخالف الفطرة ويخالف عادة القرآن في أنه غالبا يخاطب الرجال ويوجه إليهم المطالب بأمر المرأة ونهيها والإنفاق عليها ووقايتها والموت دونها دفاعا عنها، وهو ما يلخصه ويجمعه مبدأ القوامة، كما قال الله تعالى : ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ (قرآن كريم، النساء: 4).

ومما يقع في الزواج المختلط الدولي خاصة حين يكون صوريا فقط؛ أنه يكون من غير مهر، فيحدث عقد دونه لأن الغرض مجرد الحصول على وثيقة أو مصلحة، والأسوأ منه أن يكون مقابل مال، لا على سبيل المهر، وإنما بيع وثيقة يدفعها الرجل كالتيس المستعار، ومن وراء عقده تعاشر من تشاء.

الولي

في الزواج المختلط بالكتابية، يكون وليها رجلا على دينها من عصابتها (ابن قدامة، 1417هـ/ 1997م، صفحة 27ج7)، أما إن كانت مسلمة ووليها على دينه كتابي فلا يتولى تزويجها، وإن حضر العقد مجاملة، وإنما يتولى تزويجها رئيس المركز الإسلامي هنا أو الجمعية الدينية، أو مؤسسة فتوى أو إمام مسجد ونحو ذلك[1] (موقع الإسلام سؤال وجواب، السؤال رقم: 159297)، وكذلك لو كان وليها قد أسلم وهي مازالت كتابية لم تسلم، فلا يتولى تزويجها، فلا يزوج المسلم الكافرة سواء كانت بنته أو غيرها (ابن تيمية، 1420هـ/2004 م، صفحة 35ج32) (ابن القيم، 1442هـ/ 2021 م، صفحة 786ج2).

فإذا تبين من يكون وليا للكتابية الأجنبية التي وليها غير مسلم، أو التي أسلمت سواء أسلم وليها أو لم يسلم؛ فإن جماهير العلماء وعامة الفقهاء على اشتراط الولي في النكاح، إلا ما يروى عن أبي حنيفة رحمه الله (الزحيلي، 1405هـ/1985م، صفحة 6761ج9)، وهو ما يدل عليه خطاب الله تعالى في هذا الشأن، حيث خاطب الرجال والأولياء في عقود النكاح، ومعلوم أن الرجل المريد للزواج ينطبق عليه خطاب الذكورة، ولا يستقيم خطاب الأنثى بخطاب الذكورة، إلا أن يكون وليها، وهو المقصود، من نحو قوله تعالى: ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ** ﴾(قرآن كريم، البقرة: 232)، قال الإمام الشافعي- رَحِمَهُ اللَّهُ - فَهَذِهِ الْآيَةُ أَبْيَنُ آيَةٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ دَلَالَةً عَلَى أَنْ لَيْسَ لِلْمَرْأَةِ الْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ نَفْسَهَا (الشافعي، 403 هـ/1983م، صفحة 178ج5)، وقوله تعالى:﴿ الَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَتْلُونَهُ حَقَّ تِلَاوَتِهِ أُولَٰئِكَ يُؤْمِنُونَ بِهِ ۗ وَمَن يَكْفُرْ بِهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾ "(قرآن كريم، البقرة : 121)، فخاطب الرجال في النهي عن إنكاح المشركين، يعني تزويج مولياتهن من المشركين حتى يؤمنوا، ﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ۚ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ ۚ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ**

1 - *موقع الإسلام سؤال وجواب، السؤال رقم: 159297.*

مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ۚ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ (قرآن كريم، النساء: 25)، وهو ما جاءت به السنة صريحة صحيحة، من نحو قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م)، وقوله ﷺ: « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م)، فلو اتفقت امرأة مع رجل على الزواج وحدث العقد دون إذن الولي بطل النكاح ولو حضره من حضره، ولو كان على شاشة تلفاز يشاهده سكان العالم.

إضافة إلى أن الولي يضفي على المرأة قوة ويعطيها منعة تأوي إليه عند الحاجة، ويحميها من الاستضعاف عند زوج سيء العشرة؛ لأنه ليس كل الأزواج كرماء العشرة، كما إن اشتراط الولي لصالح العفيفة ليساعدها في الاختيار.

كل هذه الفوائد من وجود الولي يفتقدها كثير من حالات الزواج المختلط، إما تساهلا من الناس، وإما تغليبا للمصالح والأغراض التي من أجلها حدث الزواج أو أبرم العقد، أو تأثرا بما آلت إليه أحوال الغرب.

الشهود

يتجاوز كثير من الناس في الزواج المختلط هذا الركن، تأثرا بالغرب وتلبسا بالحرية المزعومة، والتي هي في حقيقتها تمرد على قوانين المجتمع الصالح، ودوسا على قيم إنسانية أحاطها الله تعالى بهذا الميثاق الغليظ، وهذه الرابطة المقدسة وما يتبعها من اتصال الرجل بالمرأة؛ تكريما لها، وليخرجها من حالة البهيمية الهابطة. وقد ورد «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م)، وشدد فيه الفقهاء لصحة وثبوت العقد، وهو مذهب الجمهور، حيث يرى الحنفية والحنابلة أنه شرط، ويرى الشافعية أنه ركن (الجصاص، 1416 – 1995، صفحة 251ج2)، ويرى المالكية وجوب الإشهاد عند العقد، فإن لم يحصل عند العقد فعند البناء، وإن بني بها دون إشهاد فسخ العقد بطلقة من قبل الحاكم سدا لذريعة الفساد (الزرقاني، 422 هـ/2002 م، صفحة 291ج3).

وللإشهاد حكم ومقاصد، أنه فصل بين نكاح السر والعلن، وبين الحلال والحرام، وسد لذريعة الفساد، وكذلك حماية لحق الزوجة وحفظ عرضها لو طلقت بعد الدخول؛ خاصة في حالة عدم التوثيق المدني في المحاكم ونحوها، وقد حدثت كوارث بسبب عدم التوثيق الكتابي والشهود.

قصد التأبيد والاستمرار

فقدان قصد التأبيد يجعله أقرب شيء للزواج المختلط الصوري، وزواج المتعة المحرم عند علماء المسلمين، حيث يقع من البعض هذا العقد لا يريدون حقيقته أصلا ؛ وإنما الحصول على الوثيقة فقط،

أو يريدونه على سبيل التأقيت، لغرض شهواني؛ مما يجعل منه عقدا باطلا (الطيار و آخرون، 1432/ 2011، صفحة 33 ج11).

فالأصل في الزواج الشرعي أن يقصد به التأبيد والاستمرار، وألا يكون مؤقتا بوقت أو ظرف، وهو بهذا الشرط يخرج زواج المتعة المحرمة شرعا، لأن حقيقة الزواج المتفق فيه على التأقيت ليس إلا متعة مهما اختلفت أسماؤه. فضلا عما يترتب عليه من امتهان المرأة واختلاط الأنساب وشيوع الزنا تحت غطاء المتعة، وضياع من يتنتج عنه من أطفال، يُعذبون باليتم، ويصبحون قنابل موقوتة تنمو وسط المجتمعات، قد تنفجر فيه بسوء الخلق والتطرف ونحو ذلك؛

قصد الاستمتاع والتحصين والنسل

قصد الاستمتاع بالوطء والإحصان والتناسل والسكن وتكوين أسرة: هذه الغايات تمثل مقاصد الزواج الشرعي، فالإسلام يقصد من الزواج حل الاستمتاع وإشباع الرغبة الجنسية بين الزوجين، وتحقيق الإحصان للطرفين من الفتن، والتناسل لاستمرار الجنس البشري، وإصلاحه وإعداده في محضن البيت وتصنيعه في مؤسسة الأسرة، ويدل لذلك عديد من النصوص الشرعية التي تبين هذه المقاصد، منها:

- مقاصده الإحصان والاستعفاف:

«يَامَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فإنَّه أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَن لَمْ يَسْتَطِعْ فَعليه بالصَّوْمِ، فإنَّه له وِجَاءٌ " (مسلم، 1427هـ/2006م)، ودرءا للفتنة بعد أن أباح ملك اليمين بعد أن لم يستطع طولا للمحصنات:﴿ **وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ۚ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ ۚ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ ۚ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ ۗ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾((قرآن كريم، النساء: 25).

- مقصد التناسل؛ حيث امتن الله تعالى على الناس بأن جعل لهم من أنفسهم زوجات يسكنون إليها، وأن جعل من هذه الزوجات ذرية من البنين والحفدة: :﴿ **وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُم مِّنْ أَزْوَاجِكُم بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ ۚ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ**﴾(قرآن كريم، النحل: 72)، وقوله ﷺ: «تزوجوا الودودَ الولودَ فإني مكاثرٌ بكم الأممَ يومَ القيامةِ» (أحمد ا.-2.، 1421هـ/ 2001م).

- مقصد السكن والراحة النفسية:﴿ **هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ**﴾(قرآن كريم: الأعراف: 189).

- مقصد الاستمتاع مرعي في الزواج الشرعي، فقد ورد «أنَّ رِفاعَةَ القُرَظِيَّ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَها، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ، فأتَتِ النبيَّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ فَذَكَرَتْ له أنَّه لا يَأْتِيها، وأنَّهُ ليسَ معهُ إلَّا مِثْلُ هُدْبَةٍ، فقالَ: لا، حتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ ويَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ» (مسلم، 1427هـ/2006م)، فجعل الاستمتاع والتّعسل بين الزوجين مقصدا، وغاية من الزواج لا بد أن تتحقق.

هذه هي الأدبيات التي ينبغي أن تتوفر في الزواج المختلط ليصح من الناحية الشرعية؛ أركانا وشروطا ومقاصد، وهو الذي ينبغي أن يقصد من عقود القران، وعليه تقاس عقود الناس، فما وافقها شكلا ومضمونا، فهو المقبول، وما خالفها لم يكن على الهدي الشرعي، ولم يحقق مقاصده، ولم يحظى بالقبول، وكانت مفاسده بقدر المخالفة.

رابعا: حقيقة الزواج الصوري

العقد الصوري في أي مجال هو ما لا يقصد فيه العاقدان حقيقة العقد، ولا تجسيده في الواقع، ولا كان محل العقد مقصودا لهما أصلا، وإنما يتوصل به إلى وضعية كاذبة لأغراض خارجة عن نطاق ذلك العقد أصلا.

ومن ذلك عقد الزواج الصوري، حيث يقدم الرجل والمرأة على إبرام عقد تزاوج، يقتصر فيه على الإيجاب والقبول اللفظي أو الموثق، حسب ما تقتضيه الحاجة، ولا تراعى فيه بقية الأركان والشروط، ولا الوفاء بالالتزامات المترتبة عنه، ولا تحفظ فيه الحقوق والواجبات الشرعية للزواج؛ فهو تظاهر بالزواج من غير قصد لحقيقته.

بل ويتفق طرفاه على عدم المعاشرة صراحة أو ضمنًا، فهو لا يعدو أن يكون إجراءً إداريًّا لتحصيل بعض المصالح أو دفع بعض المفاسد، فهو أشبه ما يكون بنكاح التحليل الذي لا يراد به النكاح حقيقة بل لتحليل المرأة لمطلقها ثلاثًا، لزوجها الأول.

ولكونه حادثا وشكليا مصلحيا احتياليا، فقد أطلقت عليه عدة أسماء، منها: زواج المصلحة، زواج الجنسية، الزواج الورقي وزواج الحيلة والتزوير والزواج الأبيض- وما رؤي أسود منه أحلك!- لما يترتب علنه من مفاسد.

حكم الزواج الصوري

بناء على قاعدة" الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، وأنه بما سبق قد تبينت صورة وحقيقة الزواج الصوري، فإن تسمياته الدالة على حقيقته كافية في بيان حكمه، وكما يقال: حكاية تبطله؛ فالزواج الصوري من ناحية الشرع باطل وحرام ولا عبرة به، لأنه يخل بالأركان ويهدر القصود المتوخاة منه، وتترتب عليه آثار وخيمة على الفرد والمجتمع، وهو أشبه بزواج المحلل، الذي يعقد فيه الرجل على المرأة صوريا فقط ليحللها لآخر حرمت عليه بالبينونة الكبرى، وقد سماه النبي ﷺ التيس المستعار ولعنه: «ألا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ ؟ قالوا : بلى ، قال : هو الْمُحَلِّلُ ، لَعَنَ اللهُ الْمُحَلِّلَ والْمُحَلَّلَ لهُ» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م).

وكل الأدلة التي تحرم الكذب أو تحرم التزوير أو تحرم أكل أموال الناس بالباطل هي ناهية عن الإقدام عن مثل هذا العقد، ومن أعظم هذه الأدلة على تحريمه أنه يدخل في الاستهزاء بكتاب الله تعالى والتلاعب به، ويستهين بهذا الميثاق الذي عظم الله شأنه، فإن رسولَ اللَّهِ صلَّى اللَّهُ عليهِ وسلَّمَ: «أُخبِرَ عن رجلٍ طلَّقَ امرأتَه ثلاثَ تطليقاتٍ جميعًا فقامَ مُغضَبًا ثمَّ قالَ: أيُلعَبُ بِكتابِ اللَّهِ وأنا بينَ أظهُرِكم» (النسائي، 1421هـ/2001م).

بعض الآثار السيئة للزواج الصوري:

الزواج الصوري حتى إذا توافرت فيه الشروط والأركان من الصيغة والشهود والولي، فقد ألحقه جماعة من أهل العلم بزواج الهازل، الذي يتلفظ فيه الطرفان بما يدل على الإيجاب والقبول، ولا يريدان حقيقته، وينعقد عند جمهور المذاهب الأربعة، وإن كان حراما باعتبار القصد، وهو أسوأ من زواج الهازل، الذي قال فيه النبي ﷺ: «ثلاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ وهَزْلُهنَّ جِدٌّ: النِّكَاحُ والطَّلَاقُ والرَّجْعَةُ» (الترمذي، 1417هـ/ 1996م).

قال ابن تيمية: وأما الهازل فقد جاء في الحديث المشهور عن أبي هريرة قال قال رسول الله - ﷺ -: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة" (الترمذي، 1417هـ/ 1996م)؛ وعن الحسن قال: قال رسول الله - ﷺ -: "من نكح لاعبًا، أو طلق لاعبًا، أو أعتق لاعبًا فقد جاز". وعن عمر بن الخطاب قال: "أربع جائزات إذا تكلم بهن: الطلاق، والعتاق، والنكاح، والنذر"، وعن علي: "ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والنكاح"، وعن أبي الدرداء قال: "ثلاث اللعب فيهن كالجد الطلاق والنكاح والعتق"، وعن عبد الله بن مسعود قال: "النكاح جده ولعبه سواء" (ابن تيمية ، 1408هـ-1987م، الصفحات 63-66ج6).

فإذا أخذنا بقول الجمهور فإنه يترتب عليه حقوق للزوجية، وعلى الزوج حماية عرضه، فإن لم يلتزم مقتضى العرض فعاشرت غيره فيكون ديوثا يرضى الخبث في أهله، فإن أنجبت فالولد للفراش، فيجد نفسه أمام أولاد غير شرعيين والقانون في جانبهم!

الفرق بين الزواج الصوري والزواج المختلط:

الزواج المختلط يشترط فيه الاختلاف بين الزوجين في أحد الاعتبارات الدينية أو الجنسية، أما الزواج الصوري، فلا يشترط فيه ذلك، بل يحدث كل ما كان قصد العاقدين غير الزواج.

والزواج المختلط منه ما هو معتبر شرعا، جائز، مما لا يخل بركن أو شرط من شروط العقد الصحيح، أما الزواج الصوري فكل صوره محرمة؛ لأنها تشترك في حقيقة جوهرية، هي عدم قصد الزواج أصلا.

الآثار الواقعية للزواج المختلط

رغم إنه يمكن أن يكون العقد صحيحا من الناحية الفقهية، لكونه استوفى الأركان والشروط، وخلا من الموانع، فهو صحيح في ذاته، لكن بالنظر إلى الواقع فقد يُمنع ما هو جائز، ويحرم لغيره ما جاز لذاته، وليس بغريب على الفقه الإسلامي ذلك، وكيف وهو دين الشمول والمرونة، ودين الواقعية، كما إن قواعد المصالح والمفاسد تعتبر الدليل الأكبر في معاملات الناس وعقودهم، وعليها مدار المنع والإباحة؛ فمتى ما تسبب عقد في مفسدة راجحة أو فوت مصلحة راجحة، كان النظر إليه من هذا الجانب لا من مجرد الدليل الفرعي الجزئي.

وعليه وبالنظر إلى القوانين الدولية وما يسمى بالقانون الدولي الخاص، الذي جُعل خصيصا لمعالجة هذه المسائل، ومعالجة ما ترتب عنها من مشاكل، إلا أن واضعيه لهم عقليات خاصة، وإيديولوجيات خاصة، ومبادئ ومقومات مجتمع تختلف عما هي عليه في المجتمعات المسلمة، وفلسفة حياة خاصة، بل وتضادها وتناقضها في كثير منها، على مستوى الأصول والمبادئ؛ لا على مستوى الفرعيات فحسب.

ومن ثم يمكن الإشارة إلى أهم مجالات الأمن التي يمكن أن تتأثر بهذا الخطر:

1- الأمن الشخصي والأسري

أما بالنسبة للذين وقعوا في الزواج المختلط، ويعيش في بلاد الغرب، فإن الكثير منهم يعاني في أسرته، حيث يفرض عليهم أو على أولادهم ما لا يتوافق ودينهم ومبادئهم، في شكل أنظمة حياتية أو قوانين أسريه، وخاصة بحكم جنسية أحد الوالدين، التي تخوله ربما ما لا يستحق من الحقوق؛ فتؤثر حتى على الأسرة وقد تورثها أمورا فكرية أو أخلاقية أو تراتيبية في الأسرة تؤدي إلى هدمها وتشتيتها، كما هو حادث في الغرب عموما، وما يشهده من انحلال أخلاقي واختلاط أنساب، وانحراف عقدي وتفكك أسري، وتناحر لا يخفي، بل صاح منهم مفكرون عقلاء أن الغرب إلى زوال وقلة، لأن المنبع الذي الذي يمده بالنمو قد انكمش، والذي يمده بالعدد قد قل وانحل، والذي يمده بالاستقرا ر والاستمرار قد اضطرب وتفكك، والذي يمده بالرحمة والتراحم قد قسى وتنمر على نفسه؛ لفقده الصدر الرحيم والحضن الدافئ في بداية تنشئته، فيخرج مجتمع متنافر متناحر، وإن بدا للبعض أنه هادئ ساكن ودود، وإن هي إلا سكرة شهوات مؤقتة.

الأمن الاجتماعي

إن الوضع العالمي للدول القطرية، وخصوصيات كل قطر، وما هو جار بين أكثر الدول وغالبها التوجس من الغزو الثقافي المغاير لمبادئ كل دولة وثوابتها وثقافتها، هو أيضا جانب ينبغي مراعاته، إذ إنه مع مثل هذا الاختلاط تختلط الثقافات والأخلاق ويكون ذلك بريدا لنقل عادات وتقاليد الغرب، وتتغير أخلاقيات الشباب المولع بالغرب الغالب تكنولوجيا وماديا؛ فتصبح مجتمعاتنا نسخا مهلهلة من المجتمعات الغربية، ومسخا مشوهة، لا إلى هؤلاء ولا إلى هؤلاء! ولا شك أن ذلك يعود بالضرر على الدولة وعلى الأمة في جوانب الحياة كلها.

الأمن القومي

عادت بعض الشعوب بذاكرتها إلى الوراء عقودا من الزمن، فوجدت أنفسها تحت تصرف أناس أصل منبتهم من الزواج المختلط، ترعرعوا في الغرب أو تحت عقليات تشربت الفكر الغربي وتلبست بالخلق الغربي، وربما أشربت مبادئه، ثم إنهم بحكم الحصول على الجنسية وما لها من قوة قانونية وجدوا أنفسهم مواطنين! لهم من الحقوق ما للمواطنين في ممارسة الحكم أو الملك والسيادة والتوجيه، أو صناعة الرأي، أو حتى استعملوا في الجوسسة واختراق الأنظمة والإدارات والمؤسسات، وصاروا معول هدم للأمة والدولة، وخطرا على أمنها القومي!

وفي عصرنا تجد كثير من الدول تمنع على موظفيها في المناصب الحساسة والسيادية من الأسلاك العسكرية والأمنية والدبلوماسية؛ في مستوى معين من الزواج بالأجنبيات؛ حرصا على أبنائها، وحفاظا على أسرارها (القضاوي، 2005م، صفحة 237)

فرغم الحل الفقهي المحض لمثل هذه الأنحكة إلا أن ما يترتب عليه من مفاسد أو مخاطر- واقعة أو متوقعة- يستدعي النظر فيه بجدية لتفادي مضاره والحفاظ على الأمة أفراد وأسرا ومجتمعات.

خاتمة

بعد هذه الجولة الخاطفة، وقد تبين فيها أن حقيقة ما يسمى بالزواج المختلط، هو ما اختلف فيه الرجل والمرأة في أحد الاعتبارات، الموجود قديما كاختلاف الدين أو الحادثة بوجود الدولة الحديثة والدولة القطرية واختلاف الجنسية.

ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث:

- أن الأصل في الزواج المختلط من الناحية الفقهية المحضة جائز على قول جماهير أهل العلم، إذ ليس من أركان ولا من شروط الزواج الشرعي أن يكون الزوجان من دولة واحدة.

- أن الزواج المختلط إذا كان بين رجل مسلم وامرأة مسلمة أو كتابية عفيفة جائز شرعا، تترتب عليه كل آثار الزواج الشرعي.

- أما زواج المسلم بغير الكتابية فلا يصح، وكذلك زواجه بالفاجرة غير العفيفة لا يجوز، لأن الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك، وكذلك الحال بالنسبة إلى المسلمة؛ لا تتزوج إلا مسلما، ولا يحل لها أهل الكتاب، ولا تتزوج فاجرا ولو كان مسلما، لما في ذلك من أضرار أخلاقية وأسرية تؤثر على الأبناء من حيث الأصول واختلاط الأنساب، وكما الأمراض الصحية مثل الإيدز ونحو.

ومما يمكن أن يوصى به في هذا المقام:

- أن النكاح من العقود التي عظم الله شأنها وسماها الميثاق الغليظ، فلا ينبغي التلاعب بها والاستهانة بشأنها. ولا أن تباع بثمن بخس رخيص للحصول على عوائد مادية أو مكاسب دنيوية.

- أنه ينبغي مراعاة الآثار الوخيمة التي تعود بالضرر على الأمن الفردي والأسري والجماعي والقومي للأمة من جراء هذه العقود، وأن يستفاد من التاريخ لتأمين المستقبل.

- ينبغي توعية الجيل بمخاطر هذا النوع، وحدود الأمن فيه، وأن الأمور ليست بظواهرها فقط، ولا هي الحياة الزوجية جلدة بيضاء ولا شعور شقراء أو أعين زرقاء! وأن نكاح مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم، في جمالها أو مالها؛ وإنما الجمال الحقيقي في الجمال الخلقي، والسعادة الحقيقية في السعادة الروحية، وأن الغنى غنى النفس، وأن الدار الدنيا محطة عبور لا دار قرار وحبور.

والله أعلم وصلى الله على نبيه الكريم وسلم.

قائمة المراجع:

1- البخاري أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ابن بردزبه الجعفي، صحيح البخاري، تحقيق: جماعة من العلماء، الطبعة: السلطانية، بالمطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، 1311 هـ، دار طوق النجاة - بيروت، عدد الأجزاء: 9.

2- بركات نجلاء إبراهيم، الزواج الصوري وحقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي، مجلة كليه أصول الدين والدعوة، العدد السادس والثلاثون، 2018م، الجزء الثاني، من ص 1300- 1368، ص 1315.

3- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (-279هـ/892م) الجامع الكبير، تحقيق بشار عوَّاد معروف، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1417،1هـ/ 1996م، [1- 6].

4- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)، الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، 1408هـ - 1987م، عدد الأجزاء: 6.

5- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد الحراني الحنبلي الدمشقي (ت 728هـ)، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم رحمه الله، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف - المدينة المنورة - السعودية عام النشر: 1420 هـ - 2004 م، عدد الأجزاء 35.

6- الجرجاني علي بن محمد بن علي الزين الشريف ا (ت 816هـ)، كتاب التعريفات، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، الطبعة: الأولى 1403هـ - 1983م، عدد الصفحات: 262.

7- الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر ، مختصر اختلاف العلماء لأبي جعفر الطحاوي، المحقق: عبد الله نذير أحمد، الطبعة 1، 1416 – 1995، عدد المجلدات: 5.

8- الحجاوي أبو النجا شرف الدين موسى المقدسي (ت 968هـ)، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تعليق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، الناشر: دار المعرفة بيروت – لبنان، عدد الأجزاء: 4.

9- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (777هـ) ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ/1960م.

10- ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني (-241هـ/ 852م)، المسند، تحقيق شعيب الأرناؤوط وجماعة، بيروت، الرسالة، ط1، 1421هـ/ 2001م، [1-50].

11- حواسي يامنة، انعقاد الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الدكتور يحي فارس- المدية، ص 398- 414.

12- خالد محمد حسين إبراهيم، الزواج بقصد الحصول على الجنسية، صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة روح القوانين- العدد المائة، إصدار أكتوبر 2022، الجزء الثاني، ص 936- 1048.

13- الرازي أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي فخر الدين (ت 606هـ)، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثالثة - 1420 هـ

14- الزُّحَيْلِيّ، وَهْبَة بن مصطفى، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ (الشَّامل للأدلّة الشَّرعيَّة والآراء المذهبيَّة وأهمّ النَّظريَّات الفقهيَّة وتحقيق الأحاديث النَّبويَّة وتخريجها، دار الفكر - سوريَّة – دمشق، الطبعة: الرَّابعة المنقَّحة المعدَّلة ، عدد الأجزاء: 10.

15- الزرقاني عبد الباقي بن يوسف بن أحمد المصري (ت 1099هـ)، شرح مختصر خليل، ضبطه وصححه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، 1422 هـ - 2002 م، عدد الأجزاء: 8.

16- أبو زهرة محمد ، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، الطبعة 3، 1377هـ، 1957م، ص 19.

17-السعدي، عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله (-376هـ/ 1956م)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمن اللويحق، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط 1، 1420هـ/2000 م، 974 صفحة

18-شايل لطيفة، ظاهرة الزواج المختلط في المغرب أسبابها ونتائجها على الاسرة. منشور بمجلة البحوث، فقهية قانونية، . (2002). صفحة 180.

19-الشَّوكاني، محمد بن علي بن محمد (-1250هـ/ 1759م)، فتح القدير الجامع بين فَنَّي الرواية والدراية من علم التفسير، تحقيق عبد الرحمن عميرة، المنصورة، دار الوفاء، 1414هـ/1994م، [1- 5].

20-عبد الله الطيار وآخرون، الفقه الميسر، دَارُ الوَطن للنَّشر، الرياض– السعودية الطبعة: الأولى 1432/ 2011عدد الأجزاء: 13.

21-العثيمين، محمد بن صالح (1421هـ، دار الوطن، الطبعة: 1425هـ، عدد الصفحات: 46.

22-ابن العربي أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، (المتوفى: 543 هـ)، عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة:، عدد الأجزاء: 13

23-الفيروز آبادي أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (-817هـ/ 1377م)، **القاموس المحيط**، إشراف محمد العرقسوسي، بيروت، الرسالة، ط 8، 1426هـ،/ 2005م، 1338.

24-ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد (-620هـ/ 1223م)، **المغني**، تحقيق عبد المحسن التركي ومحمود الحلو، الرياض، دار عالم الكتب، ط 3 1417هـ/ 1997م، [1-15].

25-ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي (ت 520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م، عدد الأجزاء: 20 بمجلدي الفهارس.

26-القرضاي، يوسف بن عبد الله، السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها، مكتبة وهبة، القاهرة، ط2، 2005.

27-ابن قيم محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين الجوزية (ت 751هـ ، أحكام أهل الذمة، دار عطاءات العلم (الرياض) - دار ابن حزم بيروت، الطبعة: الثانية، 1442 هـ - 2021 م (الأولى لدار ابن حزم، عدد الأجزاء: 2.

28-ابن كثير، أبو الفداء عماد الدين إسماعيل بن عمر (-774 هـ/1372م)، تفسير القرآن العظيم، تحقيق سامي بن محمد سلامة، الرياض، دار طيبة، ط 2، 1420هـ/ 1999 م ، [1-8].

29-مسعد فاتح وأكسيل سفيان، الزواج الصوري في ضوء الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، 2021-2022،جامعة مولود معمري-تيزي وزو.

30-مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري(-261هـ/874م) **صحيح مسلم**، الرياض، دار طيبة، الطبعة 1، 1427هـ/2006م، [1-2].

31-المنذري عبد العظيم بن عبد القوي بن عبد الله، أبو محمد، زكي الدين (ت 656 هـ)، الترغيب والترهيب من الحديث الشريف، تحقيق إبراهيم شمس الدين، دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة: الأولى، 1417، عدد الأجزاء:4

32-النووي، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت 676هـ) ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، الطبعة: الثانية، 1392، عدد الأجزاء: 18 (في 9 مجلدات).

33-موقع الإسلام سؤال وجواب.

الولي في الزواج المختلط وفقا للقانون الجزائري

Guardian in mixed marriage according to Algerian law

جيلالي شويرب

Djilali Chouirab

أستاذ محاضر أ، جامعة عمار ثليجي، الأغواط/ الجزائر

Ammar Theliji University, laghouat / Algeria

سليمان شلباك

Slimane Chelbak

أستاذ بحث أ، مركز البحث في العلوم الإسلامية والحضارة، الأغواط/ الجزائر

Research Center in Islamic Sciences and Civilization, laghouat / Algeria

الملخص:

مسألة الزواج المخلط والذي من خلال المصلح يفهم منه أنه يجمع بين زوجين من جنسيتين مختلفتين، وغالبا ما يخضعان لنصوص قانونية تختلف من جنسية الزوج إلى جنسية الزوجة، وهو ما يثير إشكالات على مستوى القضاء، سواء من حيث الانعقاد أو حتى من بعده، من حيث آثاره.

وفكرة إشتراط وجود الولي من عدمه في عقد الزواج طرحت خلافا كبيرا بين رجال الشريعة ورجال القانون، باعتباره شرطا أساسيا ينعكس على حياة الأسرة وعلى المجتمعات الإسلامية.

الكلمات المفتاحية: عقد الزواج، الزواج المختلط، الولي، قانون الأسرة.

Abstract:

The issue of mixed marriage, which through the reformer is understood to bring together a couple of different nationalities, and they are often subject to legal texts that vary from the nationality of the husband to the nationality of the wife, which raises problems at the judicial level, both in terms of convening and even after it, in terms of its effects.

The idea of requiring the presence of a guardian or not in the marriage contract has raised a great disagreement between Sharia and jurists, as it is a prerequisite that reflects on family life and Islamic societies.

Key words: marriage contract, mixed marriage, guardian, family law societies.

مقدمة:

يعتبر الزواج من خلال صفحات التاريخ من بين وسائل التقارب بين الشعوب والقبائل، وكانت القبائل تضمن به أمانها وسلامها عبر التزاوج مع بعضها البعض، ثم تدريجيا انتقلت الشعوب إلى حياة الحضر، وتشكلت هوية جديدة مبنية

على المناطقية، وتشكلت معها أسوار تقلص الدائرة المجتمعية، وبات من معايير الزواج أن يكون العروسان من أبناء المنطقة الواحدة، وراجت فكرة أن اختلاف الثقافات هو عامل أساسي في فشل الزواج.

أما اليوم مع ازدياد الغربة والهجرة خاصة في صفوف الشباب لأسباب مختلفة منها الاقتصادية بدرجة أولى، ومع انتشار مواقع التواصل الاجتماعي بات العالم قرية كونية، وازدادت من جديد حالات الزواج المختلط، لكن لايزال يرتطم الجيل الجديد في الكثير من الأحيان بتمسك محيطه القريب بمقاربته المناطقية للزواج، ورفضه لتأسيس ثقافة مشتركة وهوية جديدة للمساهمة في كسر الحواجز الثقافية، ودور اللغة في خلق الانسجام وتوطيد العلاقة الزوجية خاصة حين يتعلق الأمر بأزواج مختلفي الجنسيات والديانة ومغتربين.

إن إبرام زواج بين شخصين من جنسيات وديانات وثقافات وأعراق مختلفة يعتبر زواج مختلط، حيث يبلور كل الحريات والصراعات التي يواجهها هؤلاء الأزواج من أجل تأكيد هويتهم واستيفاء حقوقهم.

فالزواج المختلط على سبيل المثال هو ذلك الزواج الحاصل بين طرفين أحدهما جزائري الجنسية مسلم الديانة، والطرف الأخر أجنبي الجنسية غير مسلم، فالزواج المختلط في المجتمع الجزائري يثير مشكلات عويصة لانعقاده بين أطراف ما يفرق بينهما أكثر مما يجمع، إذ لا توافق بين الزوجين ولا ترابط بين المجتمع الذي ينتمي إليه طرفا الزواج.

وعلى هذا الأساس كان الزواج المختلط حقلا خصبا تتنازع فيه قوانين عدة دول، فقد أصبح النموذج الأمثل للتنازع في العلاقات الدولية الخاصة بين أنظمة قانونية ذات مرجعية علمانية وأنظمة قانونية ذات مرجعية إسلامية، وهذا ما جعل طريق انعقاده محفوفا بالصعوبات، بما أن قواعد التنازع من القواعد القانونية الوطنية التي يضعها المشرع الداخلي لكل دولة، فإن ذلك يؤدي حتما إلى اختلاف نظرة كل مشرع في تحديد ضابط الإسناد الذي يبين القانون واجب التطبيق على العلاقة القانونية المشتملة على العنصر الأجنبي.

ولإنعقاد الزواج وجب توفر أركان وشروط وقد حصرها المشرع الجزائري في المادة (09 مكرر) من قانون الأسرة الجزائري 84-11 يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الأتية: (أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج)، ألزم المشرع الجزائري طرفي الزواج بإحترام الإجراءات الشكلية المنصوص عليها بموجب القانون ورتب على تخلفها أثار.

الإشكالية المطروحة هي: هل تخلّف ركن الولي في الزواج المختلط يرتب أثار في القانون الجزائري؟

أولا: التأصيل التاريخي للزواج المختلط في المجتمع الجزائري

إن الزواج بين متعددي الجنسيات ليست جديدة على المجتمع الجزائري والإسلامي بصفة عامة، فمن بين أسباب انتشاره قديما بين المسلمين والغرب الفتوحات الإسلامية غالبا، أما في المجتمع الجزائري فسببه الرئيسي هو الاحتلال الفرنسي لبلادنا (بن الشيخ، 2022، صفحة 08)، وما أوجده من عادات دخيلة لم تكن معروفة لدى مجتمعنا، مثل التجنس بالجنسية الفرنسية وما يتبع ذلك من تنازل المسلم عن أحواله الشخصية المستمدة من الشريعة الإسلامية وخضوعه للقانون الفرنسي، فهناك أساب أخرى أقل أهمية من الأولى لكن لها ارتباط بها، وهي ارتفاع تكاليف الزواج في بلادنا بالإضافة لضعف الوازع الديني والغزو الفكر (راشدي، 2018، صفحة 63).

1- **الزواج المختلط في المجتمع الجزائري**

لم يقتصر الزواج المختلط على مجتمع واحد دون غيره، ولا عن بلد معين دون سواه، بل عُرف في كل المجتمعات العربية مع تباين في المرحلة التاريخية وفي الأسباب و أيضا في النسب، فقد ظهر الزواج المختلط في المجتمع الجزائري ثم سرعان ما انتشر بصفة أكثر وضوحا أثناء الفترة الاستعمارية، ومن أشهر أمثلته زواج كل من مالك بن نبي ومصالي الحاج من امرأة فرنسية، مع بداية الاستقلال سنة 1962 بدأ إقبال على الزواج المختلط ومنه زواج الجزائريين من الروسيات أثناء المرحلة الاشتراكية والاتحاد السوفياتي (1965-1989).

ومؤخرا ومع انتشار وسائل التواصل الاجتماعي وتأثيراتها على المجتمعات بصفة عامة وعلى المجتمع الجزائري بصفة خاصة ازدادت هذه الحالات، دون إغفال دور الهجرة؛ سواءُ شرعية أم غير شرعية أيضا لها نصيب في زيادة حالات الزواج المختلط لدى الشباب الراغبين في العيش في الضفة الأخرى.

إتبع الفرنسيون عند احتلالهم للجزائر عام 1830 سياسة الأرض المحروقة، وقضوا على الأخضر واليابس من الأرض قتلوا، شردوا، خربوا كل شيء صادفهم اشتموا فيه رائحة المقاومة لهم (راشدي، 2018، صفحة 39)، في هذه الفترة بالذات ظهرت أولى الزيجات المختلطة نتيجة اللقاء الأول بين الحضارتين المتصارعتين: الحضارة الغربية المسيحية الصليبية الفرنسية، والطرف المسلم الجزائري الذي يجد نفسه مقدما على زواج لم يعد له العدة ممثلا لحضارة إسلامية مقاومة.

تزوج الكثير من العساكر الفرنسيين ضباطا وجنودا من مسلمات جزائريات صغيرات تحت سلطة القوة، ومقابل لقمة العيش حيث كان فارق السن كبير جدا بين الأطراف المسيحة الفرنسية والجزائريات المسلمات.

تبدأ الزيجة المختلطة تلك برباط غير شرعي في شكل معايشة بدون زواج تعتبرها الشريعة الإسلامية لاغية و غير معترف بها، ولا يقرها القانون الفرنسي ويغضى الطرف عنها، ثم تتحول إلى زواج يقره القانون الفرنسي ولكن بشروط.

ومنه تزايد العوامل المؤثرة والمساعدة في انتشار الزواج المختلط في الآونة الأخيرة نتيجة مد العولمة ومواقع التواصل الاجتماعي، وسرعة التقدم التكنولوجي وتأثيرها على المجتمع، فإن الزيجات المختلطة الجزائرية (الخارجية)، لم تعد محصورة مع جنسية أجنبية واحدة بل تعدت ذلك واتسعت ولم تقتصر على بلد معين (عون، 2014، الصفحات 44-45).

2- مفهوم الزواج المختلط

أهم ميزة للنكاح هي الوصول إلى حياة سعيدة وإنجاب أبناء يبعثون في النفس السعادة، والزواج المختلط يجمع بين شريكين في علاقة زوجية رجل وأنثى ينتميان إلى مجتمعين مختلفين، فإن هذا النوع من الزواج في تزايد كبير نتيجة لما يتسم به عصرنا الحالي من سرعة واختصار الوقت و المسافات واختلاط للثقافات وسهولة التواصل السريع.

وتفسير هذه الظاهرة كما يراها الأستاذ حسن محمد خير الدين بأنها ليست ظاهرة عشوائية بقدر ما هو سلوك غائي يقوم به الفرد بطريقة متكاملة، بغية الوصول إلى تمتين العلاقات في شكل مواقف يسعى من خلالها إلى تبادل المنافع المعنوية والمادية، بهدف إشباع الحاجات على هدي قواعد دينية ومدنية تنظم تلك الروابط (خير الدين، 1975، صفحة 20).

أما Gabreil Varro فيعتبر العلاقة الزوجية في الزواج المختلط هي البنية الأساسية لتكوين الزواج والتوافق بين الزوجين، ويحصل التوافق حت باختلاف ديانة الزوجين، أي أن التوافق يتم بشروط صحيحة وأفكار مشتركة بين الرجل والمرأة (Varro, 2003, p. 263).

وعلى ضوء ما تقدم، فقد وردت تعاريف مختلفة للزواج المختلط من طرف رجال القانون ومختصين في علم الاجتماع، حيث عرفه أحدهم: "أن الزواج عقد يربط أحد الزوجين بالأخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين زوجين مختلفين الجنسية يسمى بالزواج المختلط" (زلاسي، 2000، صفحة 6).

ويعرفه أخر على أنه: "أنه كل زواج يبرم بالجزائر أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية الجزائرية وعنصر أخر يحمل جنسية دولة أجنبية"، ومثال ذلك زواج جزائري مسلم بألمانية مسيحية أو زواج جزائرية مسلمة من فرنسي مسلم (بلحاج، 2010، صفحة 274)

بالنظر إلى هذين التعريفين للزواج المختلط نلاحظ من الناحية القانونية أنهما يشتركان في نظرتهما للزواج المختلط على أنه يقوم على الاختلاف في الجنسية والديانة.

أما الأستاذ عمار عون فيرى بأن الزواج المختلط هو: "عقد قران شرعي بين الرجل والمرأة على أساس ديني، وقانوني، لاختيار شخصي للقرينين، توحَّد بتصور وأفكار مشتركة في إطار الرضا والتفاهم، والتوافق الزواجي لبناء الحياة الزوجية، والتحم فيها الزوجان بامتزاج ثقافي ديني عرقي" (عون، 2014، صفحة 54).

ثانيا: ركن الولي في الزواج المختلط في القانون الجزائري

لقد أثار شرط الولي في عقد الزواج جدلا واسعا في الجزائر منذ صدور قانون الأسرة لأول مرة سنة 1984، فقد اعتبرت العديد من الجمعيات النسوية أن شرط الولي في عقد الزواج هو مساس بحرية المرأة في اختيار زوجها، فالمرأة حسب رأيهم ليست كائن معاق ذهنيا لكي تكون بحاجة إلى ولي، وحتى المنظمات الحقوقية الدولية مارست ضغوطات على الجزائر في هذا الموضوع، فهي ترى أن اشتراط الولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة هو منافٍ لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة المنصوص عليه في المواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر، وفي الجانب الآخر نجد رجال الدين والتيارات الإسلامية المحافظة التي تعتبر أن شرط ولي المرأة واجب في عقود الزواج لكونه مستمد من الشريعة الإسلامية والجزائر هي دولة مسلمة طبقا لدستور البلاد بل حتى قانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

1- الولي في عقد الزواج وفقا لقانون الأسرة الجزائري

تجدر الإشارة إلى أن معظم قوانين الدول العربية تستمد شروطها الموضوعية للزواج من الشريعة الإسلامية، ومنها الجزائر، ودليل ذلك ما ورد في نص المادة من قانون الأسرة، والتي تنص على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

ومع ما جاء في نص المادة سابقة الذكر، ورغم ذهاب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج لا يصح إلا بولي، وليس للمرأة أن تزوج نفسها أو غيرها ولا أن توكل غير وليها في تزويجها، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ لا برأي الجمهور ولا برأي الأحناف، ضف إلى ذلك فإن المشرع الجزائري خالف جمهور الفقهاء في ترتيب الأولياء (بقة، 2015، صفحة 112).

1-1- موقف المشرع الجزائري من وجود الولي أثناء إبرام العقد

المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 84-11 كيّف الولي في عقد الزواج على أنه ركن من أركان عقد الزواج من خلال نص المادة 09، والتي نصت على أنه: ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

وهو ما أكدته المادة 11 من نفس القانون بقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره، دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له"، أي أن المشرع قد أعطى للمرأة الراشدة حق إبرام عقد زواجها وبصفة مطلقة، وجعل دور الولي في العقد لا يتعدى الحضور الشرفي، هذا إذا تعلق الأمر بأبيها أو أحد أقاربها، أما إذا تعلق بشخص أخر فإنه وحسب رأينا لا يعتبر وليا أصلا وإنما يعتبر نائبا أو وكيلا عنها في إبرام العقد (يحياوي، 2017، صفحة 46).

وإذا اعتبرناه نائبا أو وكيلا فإن الزواج قد أبرم دون ولي، وقد سبقت الإشارة إلى أن الزواج لا يصح إلا بولي لقوله ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي)) ويقع باطلا لقوله ﷺ: ((أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن أصابها فلها مهرها وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له)).

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني فإنه إذا اختل ركن من أركان العقد يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري في القانون 84-11 سالف الذكر، وهو ما جعله يتدخل من خلال التعديل بموجب الأمر 05-02 في المادة 9 مكرر منه والتي جاء فيها: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج؛
- الصداق؛
- الولي؛
- شاهدان؛
- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وبالتالي لم يعد الولي ركنا في عقد الزواج، وإنما شرطا من شروط صحته، يترتب على تخلفه أو أي شرط آخر فسخ العقد قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

وفي حالة انعدام الولي المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة قد لا يؤدي إلى انعدام الزواج، لأن المادة 9 مكرر تطبق في مضمون ما جاء في المادة 33 في فقرتها الثانية، ويبدو من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أخذ بما ذهب الجمهور بأنه إذا تم الزواج بدون ولي(في حالة وجوبه) يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا استوفى الأركان والشروط الأخرى المنصوص عليها في المادة 9 سابقة الذكر (شامي و بن شنوف، 2017، صفحة 205).

1-2- موقف المشرع الجزائري من مراتب الأولياء وفقا للمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري

إذا كان الفقه الإسلامي قد فصل في مراتب الأولياء رغم الاختلاف المذهبي في ترتيب من هم أحق بالولاية، إلا أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو أي مذهب من المذاهب الأربعة، ورغم نصه على أن الولاية للأب إلا أنه جعلها شرفية وشكلية، ولم يمنح للأب دورا فعالا في العقد، بأن جعله هو من يتولى إبرام عقد زواج ابنته بل ركز على حضوره فقط لنقل رغبة المرأة و إرادتها إلى مجلس العقد على اعتبار أن حياءها يمنعها من حضور مجالس الرجال.

ويمكن ترتيب الأولياء بالنسبة للمرأة الراشدة وبالنسبة للبنت القاصر كما يلي:

➢ بالنسبة للمرأة الراشدة:

- قرابة الأبوة: وهي القرابة الأولى التي تؤهل صاحبها للممارسة ولايته على المولى عليها، وهنا حصرها القانون في الأب فقط، ويفهم من ذلك أنه استبعد الجد عكس ما كان معمول به قبل تعديله.
- القرابة: يفهم من خلال مضمون المادة أن المشرع ترك الحرية للمرأة في اختيار أحد الأقارب دون تحديد الدرجة من يكون وليا في عقد الزواج، وبهذا يكون المشرع سلك طريقا آخر في مسألة الولي المؤهل للزواج.
- الولي المختار: في حالة عدم اختيار الأب أو أحد الأقارب خول المشرع الحق للمرأة اختيار الولي، وبهذا يكون لها أن تختار أي شخص من غير العائلة وبعيدا عنها، لذا يفهم من النص أن المشرع حرر المرأة في مسألة اختيار الولي (حميدي، 2017، صفحة 122).

➢ بالنسبة للبنت القاصر:

- قرابة الأبوة: وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في كون الأب يأتي في المرتبة الأولى في الولاية على على البنت القاصر مثلها مثل المرأة الراشدة.

- الأقارب: كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 11 فقد جمع المشرع الجزائري بقية الأولياء الأقارب بعد الأب، وذلك من خلال عبارة "أحد أقاربها الأولين"، وحتى وإن لم توضح لنا من هؤلاء الأقارب الأولين؛ هل هم القرابة من العصبة أم ذوو الأرحام، أم هم معا، إلا أن المادة 222 أحالت مثل هذه المسائل إلى أحكام الشريعة الإسلامية.
- القاضي: بعد الأب فأحد الأقارب الأولين فالقاضي، أي أن القاضي ولي من لا ولي له، ومن هنا يتضح الأمر، خاصة بالعودة للمادة 222 سابقة الذكر، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الأخيرة ورد في أحكامها بالنسبة لهذه المسألة أن القاضي يأتي دوما في آخر ترتيب الأولياء من غير العصبة في عقد الزواج (الأشقر، 2004، صفحة 151)

2- أثر تخلف الولي في عقد الزواج

سوف نتطرق إلى أثر تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية ثم أثر تخلفه في قانون الأسرة الجزائري.

1-1- أثر تخلف الولي في الشريعة الإسلامية

إن الولي في عقد الزواج هو ما يتوقف عليه صحة نكاح المرأة مطلقا، سواء سميناه ركنا أم شرطا، لأن الخلاف الفقهي لا يؤثر في النتيجة، وهذا على رأي جمهور الفقهاء –بخلاف الحنفية- على تخلف الولي عدم صحة العقد، وبالتالي يكون العقد باطلا مستدلين بأدلة كثيرة منها قوله ﷺ: ((أيما امرأة نكحت بغير وليها فنكاحها باطل قالها ثلاثا))، وحكمه الفسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال الزمن.

أما الحنفية فيرون بأنه إذا زوجت الحرة البالغة العاقلة نفسها بدون إذن وليها سواء كانت ثيبا أو بكرا فزواجها صحيح ونافذ ولازم متى تحقق شرط الكفاءة ومهر المثل، ولا عبرة لرضى الولي، ويذهب بعض الحنفية إلى أن الزواج يكون صحيحا موقوفا على إجازة الولي (بن الصغير، 2013، صفحة 150).

والخلاصة أن الأثر المترتب على تخلف الولي في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية هو البطلان عند الجمهور، ويكون موقوفا على إجازة الولي عند الحنفية، وحكم الزواج الباطل الفسخ قبل الدخول وبعده، وأما الموقوف فإن أجيز صار نافذا، وأما إن دخل بها وجب التفريق بينهما.

1-2- أثر تخلف الولي في قانون الأسرة الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على أثر تخلف الولي في عقد الزواج في المادة (32)، والتي نصت على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اشتملت على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بالإضافة إلى المادة (33) من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضى. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

يمكن تقسيم المادة سالفة الذكر إلى حالتين :

- في حالة ما إذا تخلف شرط الولي وتم معرفة ذلك قبل الدخول فإن الفقرة الثانية من المادة (32) قد نصت على أنه يفسخ العقد، ولا تستحق الزوجة الصداق.
- إذا تخلف شرط الولي ولم يتم معرفة ذلك إلا بعد الدخول، فإن الفقرة الثانية من المادة (33) على أن الزواج يثبت بصداق المثل، ويترتب أثار العقد الصحيح وهو بذلك يوافق ما ذهب إليه الأحناف في ترتيب أثر تخلف الولي في عقد الزواج (يحياوي، 2017).

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة نخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري اعتبر الصداق والشاهدين شرطان من شروط صحة الزواج، أي إذا تخلف أحدهما يفسخ عقد الزواج قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل، أما الولي فلم يعتبره كذلك إلا في حالة وجوبه، أي في زواج القصر، والذي أكد المشرع على ضرورة توفره.

وبهذا فتح المشرع الجزائري المجال على كل الاحتمالات التي يمكن أن تلجأ إليها المرأة، فتتخذ من أي شخص وليا لها حتى وإن لم تتوفر فيه شروط الولي، وحتى وإن كان غير حريص على مصلحة من ولته، كما إتضح أن المشرع لم ينحرف عن المذهب المالكي نحو المذهب الحنفي، بل إنحرف عن كل المذاهب الإسلامية.

وإذا كان المشرع الجزائري قد ألغى شرط الولي فإنه من غير المعقول أن تطرح مسألة مراتب الأولياء وتزويج المرأة بالولي البعيد مع وجود الولي الأقرب، وبهذا الصنيع يكون المشرع الجزائري قد هدم الحصن المنيع الذي يمكن أن تلجأ إليه المرأة في حالة فشل زواجها وهو الاحتماء بوليها.

النتائج:

- من خلال ما يتقدم يستنتج أن تغيب دور الولي في عقد الزواج من ركن في العقد إلى شرط صحة في عقد زواج المرأة الراشدة غير منطقي، وعدم منحه الاعتراض على تزويج البنت لنفسها خروج عن طاعته، خاصة إذا كان الزوج غير كفء أو فاسق أو فاجر، وهو خروج عن أحكام الشريعة الإسلامية وعن الأخلاق والعادات.
- تهميش الولي وإبرام المرأة لعقد الزواج بولي لا تربطها به صلة قرابة من الأصول والفروع وجعله إحدى الشكليات القانونية والإدارية يمكن أن يخلق للمرأة مستقبلا إشكالات هي في غنىً عنها، وهو ما يساعد في انتشار ظاهرتي الخلع والطلاق في مجتمعنا في السنوات الأخيرة وبنسب عالية جدا، وبالتالي يكون المشرع قد هدم الحصن المنيع الذي يمكن أن تلجأ إليه المرأة في حال فشل زواجها وهو الاحتماء بوليها.

من خلال ما سبق يمكن تقديم التوصيات التالية:

- إضافة مادة جديدة لقانون الأسرة الجزائري بخصوص الولاية في الزواج تنص على حق اعتراض الولي على زواج المرأة التي تحت ولايته إذا كان الزوج غير كفء.
- أن يتدخل المشرع لتعديل المادة 11 وذلك بحذف عبارة "أو أي شخص أخر" ويضيف مادة أخرى تضع ترتيب استحقاق الولاية، في حالة وفاة والدها، أو تعذر حضوره بعذر شرعي مقبول، ولا تلجأ إلى شخص غريب أبدا، و أن يتولى هذه المهمة الحاكم أو القاضي لأن القاضي هو ولي من لا ولي له.

قائمة المراجع:

1. العربي، بلحاج (2010): الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية.
1. بقة، عبدالحفيظ (2015): ركن الولي في عقد الزواج و الإشكالات التي تثيرها المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، ع23، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.
2. بن الصغير، محفوظ (2013): أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر و التوزيع ، الجزائر.

3. بن الشيخ، سمية (2022): الزواج المختلط و انعكاساته على الوضع الحقوقي للأسرة -دراسة مقارنة، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر.
4. عون، عمار (2014): التوافق الزواجي دراسة مقارنة بين الزواج المختلط الجزائري عربي و الزواج المختلط الجزائري أجنبي، جامعة وهران، الجزائر.
5. راشدي، بن زايدي (2018): الزواج المختلط في المجتمع الجزائري و أثاره، جامعة الجزائر 1، الجزائر.
6. زلاسي، بشرى (2001): الزواج المختلط -إشكالية تنازع القزانين من حيث انعقاده و أثاره، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر.
7. يحياوي، صبرينة (2017): المركز القانوني للولي في عقد الزواج بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.
8. شامي، أحمد، بن شنوف، فيروز (2017): الولي من ركن إلى شرط وجوب في عقد الزواج – دراسة على ضوء أحكام قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، م 2، ع1، جامعة تسمسيلت، الجزائر.
9. الأشقر، عمر سليمان (2004): أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 3، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن.
10. حميدي، إيمان الزهرة (2017): دور الولي في إبرام عقد الزواج- دراسة مقارنة بين الفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر.
11. Varro, Gabrielle (2003), Sociologie de la mixté, de la mixté amoureuse aux mixtés sociales et culturelles, Editions Be, Paris.

زواج المسلمة بغير المسلم دو افعه و آثاره بين الشريعة والقانون.

The marriage of a Muslim woman to a non-Muslim man, its motives and effects between Sharia and law.

د. حمزة رشيد زحالي
Hamza rachid zahali
أستاذ مؤقت، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة / الجزائر
Centre Universitaire Morsili Abdallah, Tipaza / Algérie
د.كوثر بن كريرة
Kawther benkreira
أستاذة مؤقتة، المركز الجامعي مرسلي عبد الله، تيبازة/الجزائر
Centre Universitaire Morsili Abdallah, Tipaza / Algérie

الملخص:

تعاني الفتيات المسلمات من الكثير من المشكلات التي تعيق معيشتهم وفق ما يريدون، ولذلك ترى الكثيرات يقصدن دار الغرب بالهجرة من أجل تحسين وضعيتهم الاجتماعية، مما قد يحدث ما يسمى بزواج المسلمة من غير المسلم.

ومن هنا يهدف البحث إلى الإحاطة بحقيقة هذه الظاهرة وتداعياتها والكشف عن دوافعها، مع إبراز آثارها على الفتيات المسلمات بصورة خاصة والمجتمعات الإسلامية بصورة أعم.

الكلمات المفتاحية: الشريعة. القانون. المسلمة. غير المسلم. الزواج المختلط.

Abstract:

Muslim girls suffer from many problems that hinder their living according to what they want, and that is why you see many who go to the West to emigrate in order to improve their social status, which may cause what is called the marriage of a Muslim woman to a non-Muslim.

Hence, the research aims to understand the reality of this phenomenon and its repercussions, and to reveal its motives, while highlighting its effects on Muslim girls in particular, and Islamic societies more generally.

Key words: Sharia. the law. muslim. non-Muslim. Mixed marriage

مقدمة:

يعتبر الزواج أحد أهم اللبنات التي تبنى عليها المجتمعات، وقد حباه الله عز وجل بخصوصيات عدة وأحكام شتى تحقيقا لمقاصده، وأرسى شروطا لصحته، ومن أوكدها: إسلام الرجل إذ لا يصح نكاح المسلمة من أهل الكفر، وهذا ما تقرر في القانون الوضعي.

غير أن الواقع المعاش في المجتمعات الغربية يشهد إخلالا بهذا الأصل بالنسبة للمرأة المسلمة حيث سجلت كثير من حالات الزواج المختلط والتي هي في تزايد مستمر وانتشار ملحوظ.

أولا: أهمية الدراسة:

نوجز أهمية النشر العلمي في هذا الموضوع في النقاط الوارد ذكرها بعد هذا السطر :

- إثراء المعرفة العلمية الإنسانية.
- خلق إطار تحفيزي بزواج المسلمة من المسلم لا غير أي ليس من الكافر.
- النشر في هذا الموضوع يعد عاملا مهما للهيئة العلمية في الجامعات و المؤسسات الدينية و التربوية.

ثانيا: إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث:

ما أثر زواج المسلمة من غير المسلم بين الشريعة والقانون؟.

ومنها تتفرع الأسئلة الآتية: ما دوافع زواج المسلمة من غير المسلم؟، وما نظرة رجال الدين والقانون في هذا النوع من الزواج؟.

ثالثا: الدراسات السابقة:

-رسالة ماجستير، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، إعداد أميرة مازي، تحت إشراف: د. مروان علي القدومي، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2007م.

- مقال: زواج المسلمة بغير المسلم بين منع النظام العام و تطبيق مبدأ المساواة البين الجنسين، سمية بوكايس، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، 2020م.

-مقال: من فقه الجاليات: زواج المسلمة من غير المسلم، جهاد منصور محمد كباش، كلية الآداب، جامعة جنوب الوادي، 2021م.

رابعا: المنهج المتبع في البحث:

اتبعنا في خدمة هذا المقال: المنهج التحليلي مع اعتماد آلية الاستقراء والمقارنة: فأما الأول: فلدراسة وتقويم المادة العلمية وتفكيكها وترتيبها، وأما الثاني فلجمع المادة العلمية وتصنيفها، وأما الثالث: فلمقارنة التشريع الوضعي مع التشريع الرباني.

خامسا: خطة البحث:

أولا: مفهوم زواج المسلمة من غير المسلم تشريعا وتقنينا

ثانيا: دوافع زواج المسلمة من غير المسلم

ثالثا: نظرة رجال الدين والقانون إلى زواج المسلمة من غير المسلم

رابعا: آثار زواج المسلمة من غير المسلم

خاتمة.

أولا: مفهوم زواج المسلمة من غير المسلم تشريعا وتقنينا:

1: مفهوم زواج المسلمة من غير المسلم تشريعا وتقنينا:

خلق الله سبحانه وتعالى الخلق وجعل التمييز بينهم ثابتا، ومن جملة التمييز قوله سبحانه: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ [الذاريات: 49] فجعل من جميع المخلوقات زوجين اثنين بينهما ترابط وثيق، ومن هذه المخلوقات: الجنس البشري بما فيه الذكر والأنثى، قال ابن كثير: ((أي: جميع المخلوقات أزواج: سماء وأرض، وليل ونهار، وشمس وقمر، وبر وبحر، وضياء وظلام، وإيمان وكفر، وموت وحياة، وشقاء وسعادة، وجنة ونار، حتى الحيوانات [جن وإنس، ذكور وإناث])). (كثير، 1420هـ/2000م.، صفحة 395/7) .

وقد رسم الذكر والأنثى طريقا يكمل أحدهما به الآخر، هذا الطريق هو الزواج الذي سماه الله ميثاقا غليظا، وأناطه بمميزات أهمها: الكفاءة بين الزوجين، قال القرافي في ذخيرته في خضم حديثه عن معيار الكفاءة: ((ونفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس، بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء والعار على مر الأعصار في الأخلاف والأسلاف، فإن مقاربة الدنيء تضع، ومقاربة العلي ترفع، والقاعدة: أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع، والكفاءة متفق عليها بين العلماء)). (القرافي) القرافي، الذخيرة، (إدريس، 1431هـ/2010م.، صفحة 211/4)

من أبرز سمات الكفاءة بين الزوجين: الدين الإسلامي، حيث ذكر أهل العلم أن الأصل اتحاد الدين بين الزوجين، قال النووي: ((وأما الدين فهو معتبر، فالفاسق الذي يشرب الخمر ويزني أو لا يصلي ليس بكفء للحرة العفيفة)). (شرف،، (د.ت.ن)، صفحة 188/16).

واستثني من هذا الأصل زواج المسلم بالكتابية دون غيرها لقوله تعالى: ﴿ٱلْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ ۖ وَطَعَامُ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حِلٌّ لَّكُمْ ۖ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ ۖ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِىٓ أَخْدَانٍ ۗ﴾ [المائدة: 5] . قال ابن جرير الطبري في تأويل هذه الآية: ((وأولى هذه الأقوال بتأويل الآية ما قاله قتادة، من أن الله تعالى ذكره عنى بقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: 221] من لم يكن من أهل الكتاب من المشركات، وأن الآية عام ظاهرها خاص باطنها، لم ينسخ منها شيء، وأن نساء أهل الكتاب غير داخلات فيها)). (جرير، (د.د.ن)، صفحة 3/ 714)

وقد كان الزواج ماشيا على هذا الأصل، لكن مع مرور الزمان واتساع رقعة المسلمين، وتغير العادات والأعراف، وتبدل معاشات الناس ظهر ما يسمى بزواج المسلمة من الكافر، وقد بين ابن جزي أن هذا الشكل من الزواج هو أحد أشكال الزواج المختلط. (أحمد، (د.ت.ن)، صفحة 131)

هذا الشكل من الزواج لم يكن نافذا حقيقة وشرعا، إذ كان حرص الناس على اتباع أوامر الله واجتناب نواهيه، بخلاف زماننا هذا الذي غلبت فيه المادة وطغت فيه العصرنة فتسبب في انتشار زواج المسلمة من الكافر والذي يعتبر إخلالا جسيما بمعيار الكفاءة، قال ابن حجر: واعتبار الكفاءة في الدين متفق عليه فلا تحل المسلمة لكافر أصلا. (حجر، 1426هـ/2005م، صفحة 9/ 132) .

وأما مفهوم زواج المسلمة من الكافر تقنينا فإنه يتوافق مع مفهومه الشرعي، غير أنه سمي بمصطلحات أخرى مغايرة كما هو الحال في القانون الجزائري، حيث أطلق عليه: زواج المسلمة من غير المسلم. (قانون الأسرة، 2007، صفحة 5)

ومن الأسماء التي استعملت للدلالة على هذا النوع من الزواج: الزواج الأبيض، وكذلك الزواج بالآخر. (بركات، 2018م، صفحة 1314)

هذا وإن اختلفت الأسماء وتباينت المصطلحات إلا أن المفهوم واحد، وهو زواج المسلمة من الآخر ممن يدين بغير دين الله وشرعة محمد ﷺ .

ثانيا: دوافع زواج المسلمة من غير المسلم:

ترجع دوافع إنشاء هذا الشكل من الزواج إلى دوافع دينية تربوية، وأخرى اقتصادية اجتماعية، وليكن البدء بإبراز الدوافع الدينية التربوية ثم الدوافع الاقتصادية الاجتماعية:

1- دوافع دينية وتربوية:

ترجع الدوافع الدينية والتربوية إلى ثلاثة دوافع أساسية وهي:

الخلاص من المسؤولية الدينية والتربوية؛ إذ كثير من الأسر لا يستشعرون المسؤولية الملقاة على عاتقهم تجاه بناتهم؛ إذ لو كبرت البنت على أسس صحيحة وعقيدة ثابتة ما كان ليؤول الأمر بزواجها بغير المسلم، والنبي ﷺ يقول:»كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها، ومسؤولة عن رعيتها...«. (اسماعيل، 1400هـ، صفحة رقم 893) (مسلم، 1427هـ/2006م، صفحة رقم: 1829) .

ضعف الوازع الإيماني مما يؤدي إلى الانحلال الديني والسقوط الأخلاقي.

الرغبة في تحصين الفرج، وحفظ العرض، والخوف من ارتكاب فاحشة الزنا، خاصة الفتيات المؤمنات اللواتي يهاجرن من أجل الدراسة أو العمل، وذلك من أجل الصمود أمام الانحلال الخلُقي.

2- دوافع اقتصادية اجتماعية:

ترجع العوامل الاقتصادية والاجتماعية إلى ثلاثة دوافع أساسية وهي:

العولمة التي سهلت تقارب المعلومات، وتطور وسائل المواصلات، واختصار المسافات بين القارات حتى صارت كالقرية الواحدة.

الرغبة في الحصول على جنسية الدولة التي ينتمي إليها الزوج، حتى تسهل لها الإقامة فيها والحصول على الوظيفة؛ وذلك من أجل الهروب من الأوضاع المعيشية المزرية التي تعانيها الفتيات في بلدانهم.

الرغبة في تحقيق الاحتواء المجتمعي، فبعض الفتيات لا يجدن في أوطانهن مأوى ولا أهلا فيصطدمن بواقع مرير عنوانه التشرد والنفور الذي تلقاه من أبناء مجتمعها.

ثالثا: نظرة رجال الدين والقانون إلى زواج المسلمة من غير المسلم:

اتفقت كلمة علماء الدين على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم، ومن خلال هذه الأسطر سنقوم بذكر قول من كل مذهب من المذاهب الأربعة، وبعض قرارات دور الإفتاء والمجامع الفقهية المعاصرة، ثم نورد أهم الأدلة التي تم الاستدلال بها، لنخلص في الأخير إلى ذكر القانون المقرر في الجزائر حول هذا الشكل من أشكال الزواج :

1 -المذاهب الفقهية:

سنقوم بذكر المذاهب الأربعة معتمدين الترتيب الزمني، حيث يأتي مذهب أبي حنيفة النعمان (ت150ه) ثم مذهب مالك بن أنس (179ه) ثم مذهب الشافعي (204ه) ثم مذهب أحمد بن حنبل (241ه) أصحاب المذاهب الأربعة :

أ- مذهب الحنفية:

اتفق علماء المذهب الحنفي على تحريم زواج المسلمة من الكافر كتابيا كان أو غير كتابي، قال السرخسي: ولا يصح عقد النكاح من الكافر على المسلمة. (أحمد ا.، (د.ت.ن)، صفحة 13/ 130)

ب-مذهب المالكية:

اتفق علماء المالكية على تحريم إنكاح المسلمة الكافرَ، قال اللخمي في تبصرته: «باب في المناكح بين المسلمين وأهل الكفر»: نكاح المشرك المسلمة محرم .. وأجمع أهل العلم على أن نكاح الكتابي المسلمة محرم. (اللخمي، 1433ه/2012م.، صفحة 5/ 2110)

ت-مذهب الشافعية:

اتفق علماء الشافعية على تحريم زواج المسلمة من الكافر، قال الماوردي في حاويه: وإذا تزوجت مسلمة رجلا على أنه مسلم فكان نصرانيا فالنكاح باطل، وكذلك لو تزوجت بغير شرط، لأن المسلمة لا تحل لكافر. (الماوردي، 1419ه/1999م، صفحة 9/ 350).

ث-مذهب الحنابلة:

اتفق علماء الحنابلة على تحريم زواج المسلمة من الكافر، قال ابن قدامة في مغنيه: إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ من أهل العلم. ابن قدامة، (قدامة، 1417ه/1997م.، صفحة 10/ 32)

هذه النصوص التي أوردناها عن أئمة المذاهب الأربعة توضح الإجماع على تحريم زواج المسلمة من الكافر ولو كان كتابيا.

2- دور الإفتاء والمجامع الفقهية:

اتفقت فتاوى دور الإفتاء والمجامع الفقهية على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم، ومما أوردناه للدلالة على الحكم الشرعي:

الفتوى التي أصدرها المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث في قرار 113 (27/5)، ونصه: تناول المجلس قضية زواج المسلمة من غير المسلم ابتداء، وبعد مناقشة للبحث المقدم في هذا الموضوع خلص المجلس إلى ما يلي: تحريم زواج المسلمة من غير المسلم ابتداء أيا كانت ملته، وأنه يقع باطلا لا يترتب عليه أثر شرعي، وهذا ما أجمع عليه العلماء منذ عصر الصحابة إلى يومنا هذا، لم يخالف في ذلك من يعتد بخلافه، وهو الذي عليه الفتوى والقضاء في جميع الاتجاهات الفقهية المعتبرة عبر العصور. المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث منذ تأسيسه (1417هـ 1997م) وحتى الدورة الثامنة والعشرين (1440هـ 2018م)، (يوسف، (1440هـ 2018م، الصفحات 183- 298).

وهكذا غيرها من المجامع الفقهية ودور الإفتاء، فمن ذلك: مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة قرار رقم 3، 1401هـ، ص68. ودار الإفتاء المصرية رقم الفتوى 813، (يوسف، (1440هـ 2018م، صفحة 1857).

3-أهم الأدلة على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم:

أهم الأدلة التي تم الاستدلال بها على تحريم زواج المسلمة من غير المسلم:

قوله سبحانه: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْد مُّؤْمِنٌ خَيْر مِّن مُّشْرِك وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَٰٓئِكَ يَدْعُونَ إِلَى ٱلنَّارِ وَٱللَّهُ يَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلْجَنَّةِ وَٱلْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِۦ وَيُبَيِّنُ ءَايَٰتِهِۦ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ [البقرة: 221].

هذه الآية صريحة في تحريم زواج المسلمة من غير المسلم، وأهل الكتاب يشملهم الحكم بدلالة تتم الآية بجامع الدعوة إلى النار؛ فالكفر بنبوة محمد ﷺ يستحق صاحبها النار، وزواج المسلمة من كتابي يجعلها تحت سلطته مع كفره، والكفر ملة واحدة وإن تعددت الشرائع وتغايرت الطقوس؛ إذ هم جنس واحد في مقابلة المسلمين، وكلهم يضادون الإسلام، والوصف الجامع لهم هو الكفر. (العثيمين، 1423هـ.، صفحة 2/ 32) .

قال الكاساني كلاما مهما يوضح العلة المفضية إلى تعميم الحكم على الكتابي وغيره: ((والنص وإن ورد في المشركين لكن العلة وهي الدعاء إلى النار يعم الكفرة أجمع فيتعمم الحكم بعموم العلة فلا يجوز إنكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز إنكاحها الوثني والمجوسي؛ لأن الشرع قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 141] فلو جاز إنكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل، وهذا لا يجوز)). (مسعود،، 1424هـ/2003م.، صفحة 2/ 271).

كذلك من الأدلة: حديث: «اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهنَّ بأمانة الله، واستحللتم فروجَهنَّ بكلمة الله». أبو داود، رقم: 1905. والنسائي: رقم: 9135. فرسول الله ﷺ أوصى المتزوج أن يتقي الله في النساء لأنه جعلها تحت سلطانه باسم الله، واستحل فرجها باسم الله، وما كان موصولا بالله سبحانه وتعالى فإنه لا يصح فعل ما يناقضه، والكافر لا يتصور منه تحصيل هذا القصد.

ومنها كذلك: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: 10]. وحديث رسول الله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه...» الترمذي في سننه رقم: 1084. وابن ماجه رقم: 1967. وحديث رواه أنس قال فيه: «خطب أبو طلحة أم سليم فقالت: والله ما مثلك يا أبا طلحة يرد، ولكنك رجل كافر، وأنا امرأة مسلمة، ولا يحل لي أن أتزوجك، فإن تسلم فذاك مهري وما أسألك غيره، فأسلم فكان ذلك مهرها». قال ثابت: فما سمعت بامرأة قط كانت أكرم مهرا من أم سليم: الإسلام، فدخل بها فولدت له. (شعيب،، 1421هـ/2001م.، صفحة رقم: 5478).

وإن كان الزواج عبارة عن عقد إلا أن الله سماه ميثاقا غليظا، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَٰقًا غَلِيظًا﴾ [النساء: 21] وذلك لقداسته، ولما له من آثار تنعكس على عدة مجالات حياتية، فكان ضبطه موكولا إلى مقرره وهو الله، لا إلى مباشره وموقعه وهو الزوج والزوجة، وقد ميز الله بين المعاملات بأن جعلها مبنية على الطلق والإباحة بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج2/ص166. بينما قرر الفقهاء في الزواج قاعدة مهمة وهي: الأصل في الأبضاع التحريم، القرافي، الفروق، ج3/ص539. خاصة وأن من بين الكليات الخمس التي تنبني عليها مصالح الخلق في الدنيا والآخرة: حفظ العرض والنسل. الشاطبي، الموافقات، ج1/ص31. قال ابن عاشور: فبقي تزويج المسلمة من الكتابي لا نص عليه، ومنعه جميع المسلمين إما استنادا منهم إلى الاقتصار في مقام بيان التشريع، وإما إلى أدلة من السنة ومن القياس وسنشير إليه، أو من الإجماع وهو أظهر .. وأما الكافر فهو لا يؤمن بدين المسلمة ولا برسولها فيوشك أن يجرها إلى دينه. (عاشور،، 1984م.، صفحة 2/ 360).

4- حكم زواج المسلمة من غير المسلم تقنينا:

سار المشرع الجزائري وفق التشريع الرباني من منع زواج المسلمة من غير المسلم، وهذه المواد القانونية تثبت ذلك، فقد نصت المادة القانونية 30 على أن زواج المسلمة من غير المسلم مما يحرم مؤقتا .

كما نصت المادة القانونية 31 على أنه: ((يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية)). (الأمر رقم: 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005م ص8-9).

ونصت المادة القانونية رقم 32 على بطلان الزواج إذا اشتمل على مانع: ((يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)).

من خلال هذه النصوص القانونية يتبين أن المشرع القانوني الجزائري سد هذا الباب ابتداء وتبعا، حيث أنه لو وقع هذا الزواج فإنه باطل لا تترتب عليه آثار الزواج الصحيح؛ وذلك لوجود مانع مؤقت.

رابعا: آثار زواج المسلمة من غير المسلم:

يتبع هذا النوع من الزواج (زواج المسلمة من غير المسلم) آثار عديدة نذكر منها:

- إذا وقع هذا الزواج وقد مضى بينهما، فإن الولد يلحق بالرجل في مذهب مالك بن أنس رحمه الله،

قال ابن القاسم: ((وإذا تزوجت المسلمة نصرانيا فأولدَها إنه يلحق به)). (الرحمن.، 1999م.، صفحة 14/ 271)

- التفريق بينهما، مع التعزير بالضرب إن علما التحريم، قال مالك بن أنس: ((في ذمي اشترى

مسلمة فوطئها قال: أرى أن يتقدم إلى أهل الذمة في ذلك أشد التقدم ويعاقبون على ذلك ويضربون بعد التقدم)). (سعيد، 1415هـ/1994م.، صفحة 2/ 212) .

قال القرافي: ((.. لا يطأ الذمي مسلمة بنكاح ولا ملك، وليقدم في ذلك إلى الذمة ويعاقبون بعد التقدم ولا يحدون ويعفى عن الجاهل)). (إدريس، 1431هـ/2010م.، صفحة 4/ 325)

- لها حقها من المهر إن أسلم مع ثبوت التفريق بينهما، قال ابن يونس: ((قال ربيعة: وإن نكحها

وزعم أنه مسلم فلما خشي الظهور عليه أسلم وقد بنى بها فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضي أهل المرأة، لأن نكاحه كان لا يحل)). ابن يونس، (الله.، 1433هـ/2012م.، صفحة 9/ 371)

- ينبني على هذا الزواج محبة الزوجة لزوجها وتقليده والتأثر به وموالاته وطاعته ونصرته ولو على

أهل الإيمان، وكل هذا يتعارض مع العقيدة السليمة ويهدمها ويورد الزوجة المسلمة المهالك، وقد تقع في الكفر الصريح، والرجل الكافر يدعو امرأته إلى الكفر، وما كان سببا داعيا إلى الحرام فهو حرام. قال الشافعي: ((وإذا تزوجت المسلمة ذميا .. ثم إنّ مقتضى عقيدة الولاء والبراء أن لا تتزوج المسلمة بغير المسلم)). الشافعي، (إدريس ا.، ، 1403هـ/1983م.، صفحة 5/ 62)

- قد يؤدي هذا الزواج إلى حرمانها من النفقة الواجبة من طعام وشراب ومسكن وملبس والتي تعتبر مقومات الحياة، إذ لا يستطيع الإنسان الاستغناء عنها والله سبحانه قد قال: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: 228].

- يؤدي هذا الزواج إلى أن ينشأ الأبناء على الكفر، فإذا توفيت أمهم حرم عليهم إرثها لاختلاف الديانة، وقد انعقد الإجماع على عدم جواز إرث الكافر من المسلم، وحتى لو مضى الأمر على إسلامهم فإنهم لا يرثون أباهم الكافر لاختلاف ديانتهم، وقد قال صلى الله عليه والسلام: »لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم«. (اسماعيل، 1400هـ.، صفحة رقم: 6764)، (مسلم، 1427هـ/2006م، صفحة رقم : 1614)

- يتضمن هذا الشكل من الزواج خطورة بالغة، فقد يكون الزوج تبشيريا ينشر ديانته والزوجة لا تعلم

حاله فتقع في مغبة الهوى، ومزلة الكفر، يقول عبد المتعال الجبري متكلما عن خطر الزواج بالكتابية عن غير قصد: ((.. بل لابد لزوجها بالذات أن يتأثر بها ولا يسلَم...)) (الجبري.، 1403هـ/1983م.، صفحة 31)

هذا بالنسبة لمن يتزوج كتابية حيث قد تؤثر على زوجها وأولادها وأقارب زوجها، فما الظن بمن له سلطة وسبيل على غيره.

- حتى من الناحية الاجتماعية، فقد يترتب على هذا النوع من الزواج انتشار الفواحش والشذوذ

الجنسي، فقد أكدت بعض الدراسات أن أكثر من 85% من الزواج المختلط من جنسيات وأديان مختلفة يفشل بعد فترة زمنية قصيرة، (مازن، 2007م.، صفحة 173)

- سقوط شعيرة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وهذه سمة اليهود حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿لُعِنَ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنۢ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ عَلَىٰ لِسَانِ دَاوُۥدَ وَعِيسَى ٱبۡنِ مَرۡيَمَۚ ذَٰلِكَ بِمَا عَصَواْ وَّكَانُواْ يَعۡتَدُونَ (٧٨) كَانُواْ لَا يَتَنَاهَوۡنَ عَن مُّنكَرٖ فَعَلُوهُۚ لَبِئۡسَ مَا كَانُواْ يَفۡعَلُونَ﴾ [المائدة: 78-79]، فعندما تتكرر المنكرات أمام الزوجة من تعليق الصليب وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير وغيرها مما يناقض خصائل أهل الإيمان الخلص فإن ذلك عرضة لزوال الإيمان، وضياع الشخصية المسلمة التي امتدحها الله بقوله: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖۚ يَأۡمُرُونَ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَوۡنَ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ ٱلصَّلَوٰةَ وَيُؤۡتُونَ ٱلزَّكَوٰةَ وَيُطِيعُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥٓۚ أُوْلَٰٓئِكَ سَيَرۡحَمُهُمُ ٱللَّهُۗ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٞ﴾ [التوبة: 71].

- عدم توثيق العقد وهذا فيه رجوع إلى العادات التي كانت سائدة قبل مجيء الإسلام، وشيء من صدر الإسلام إلى قريب القرنين 2 و 3 هـ، وتوثيق عقد الزواج فيه كفالة لحق الزوجة. (الشامي، 1982م، الصفحات 12- 16)

- قد يكون هذا الزواج عبارة عن زواج هبة، والذي معناه: أن تقول المرأة: وهبت نفسي لك، وهذا

الزواج لا يصح ولا ينعقد به النكاح لعدم توفره على شروط وأركان الزواج. (يوسف ع.، 1427هـ/2006م، صفحة 115)

- هذا الشكل من الزواج يؤدي إلى ما يسمى بزواج المتعة الذي يعني: أن يقع الزواج بين الطرفين

على أن يتمتع بها لمدة كذا ويكون فيها الإطلاق، ومثله الزواج المؤقت: وهو أن يتفقا على إيقاع الزواج بينهما لمدة معينة، وقيل: هما سيان وزنا ومعنى، وهذا فيه تعطيل لأهم مقاصد الزواج وهو الديمومة والاستمرار وكلاهما باطل لتضمنه التوقيت. (مصطفى،، صفحة 7/ 117).

- هذا الزواج قد يؤدي إلى إسقاط المهر طمعا في الحصول على الجنسية، وقد يتضمن إخلالا بشرط الإشهاد، وإسقاط حق الولاية، وتفويتا لآثار الزواج من كون المعاشرة بالمعروف، ووجوب النفقة لها على الزوج، وتحريم أصول وفروع الطرفين، والحواشي كذلك، وقد يكون الإجهاض، وتعطيل شعيرة التوارث، وإبطال لروح الزواج من السكينة والمودة والرحمة، وقد قال الله سبحانه ذاكرا مقاصد الزواج: ﴿وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ خَلَقَ لَكُم مِّنۡ أَنفُسِكُمۡ أَزۡوَٰجٗا لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةٗۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: 21]؛ لأن المصلحة طاغية، والابتزاز قد ألقى بظلاله.

- هذا النوع من الزواج يسقط مقصدا مهما من مقاصد النكاح وهو إعمار الأرض، فعن معقل بن يسار قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال، وأنها لا تلد، أفأتزوجها؟، قال: «لا «ثم أتاه الثانية فنهاه، ثم أتاه الثالثة، فقال: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم». (داود، 1430هـ/2009م.، صفحة رقم : 2050)

- قد يقع هذا الزواج في صورة الزواج المسيار: الذي هو عبارة عن زواج شرعي ينحصر في سير الزوج إلى زوجته من غير عكس في أوقات متقطعة وضيقة مع إعفائه من واجباته المتمثلة في النفقة والسكن، وحكمه الكراهة، وأفتى الألباني ومحمد الزحيلي بعدم جوازه لأنه يحمل صبغة السرية والكتمان، وكونه ذريعة إلى الفاحشة كما لا يحقق مقاصد الزواج.

(يوسف ع.، الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها دراسة فقهية واجتماعية نقدية، 1427هـ/2006م.، صفحة 316)

- وآخر ما نختم به بحثنا هذا أن من مقتضيات هذا الزواج أن تكون الزوجة تحت سلطان الزوج، مما يؤدي إلى: الميل والانقياد والخضوع حبا أو كراهية، وقد سد رسول الله ﷺ هذا الباب بأحاديث صريحة، منها حديث: «الإسلامُ أعَزُّ مِن ذَلِكَ، الإسلامُ يَعلو ولا يُعلَى» (الحسين، 1424هـ/2002. رقم 12283) وخرجه البخاري عن ابن عباس ﷺ معلقا.

خاتمة: تضمنت الخاتمة نتائج وتوصيات:

النتائج:

أهم أسباب زواج المسلمة من غير المسلم الضعف هجرة المرأة إلى دار الآخر وذلك نظرا لما تشعر به من ضعف اجتماعي واقتصادي.

زواج المسلمة من غير المسلم قسم من أقسام النكاح الفاسد لعقده، إذ أقسام النكاح الفاسد ثلاثة: ما فسد لعقد، وما فسد لصداقه، وما فسد لشروط فاسدة اقترنت به، وهذا القسم يفسخ النكاح فيه قبل الدخول وبعده.

يتوافق التشريع القانوني مع التشريع الرباني في تحريم زواج المسلمة من غير المسلم، وكذلك في عدم ترتب آثار عقد النكاح الصحيح على هذا الشكل من الزواج.

زواج المسلمة من غير المسلم من الموانع المؤقتة تشريعا وتقنينا؛ إذ يرتفع هذا الحكم بارتفاع الوصف، أي: لو أسلم لصح زواجه منها، وحتى لو وقع العقد وكان الزوجان كافرين ثم أسلمت قبل إسلامه فإنه أحق بها مادامت في عدتها فلو أسلم فإنها ترجع إليه.

العبرة بما عند الله وبرضاه، إذ لا يعتبر رضى المكلف مسوغا لفعل ما لا يصح شرعا.

التوصيات:

إنشاء جمعيات ومؤسسات تهتم بالمسلمات تعليما وتوجيها وتذكيرا بمكانتهن المرموقة، فقد تظن بعض الفتيات أن منع زواج المسلمة من غير المسلم تقييد لحريتها وسبب لضياعها، إلا أن الحقيقة عكس ذلك، فما منع هذا الشكل من الزواج إلا صونا لكرامتها.

ضرورة تعديل المشرع القانوني ما تعلق بزواج المسلمة من غير المسلم فيما تعلق بالجزائريين فيما بينهم.

وضع وسائل تحد من انتشار زواج المسلمة من غير المسلم.

قائمة المراجع:

أحمد الشامي، (1982م) التطور التاريخي لعقود الزواج في الإسلام دراسة مقارنة، كلية الآداب، جامعة الزقازيق.

أحمد بن يوسف بن أحمد الدريويش، (1426هـ/2005م) الزواج العرفي حقيقته وأحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، ط1، دار العاصمة، السعودية.

أميرة مازن، (2007م) أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا فلسطين.

البخاري، محمد بن إسماعيل، (1400هـ) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله وسننه وأيامه، تح محب الدين الخطيب ومحمد فؤاد عبد الباقي وقصي محب الدين الخطيب، ط1، المكتبة السلفية، القاهرة.

البيهقي، أحمد بن الحسين، (1424هـ/2002م) السنن الكبرى، تح محمد عبد القادر عطا، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

الترمذي، محمد بن عيسى، (1388هـ/1968م) الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تح محمد فؤاد عبد الباقي، ط2، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.

الجديع، عبد الله بن يوسف، (1440هـ 2018م) تقديم الدكتور يوسف القرضاوي، المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، القرارات والفتاوى الصادرة عن المجلس الأوربي للإفتاء والبحوث منذ تأسيسه (1417هـ 1997م) والدورة الثامنة والعشرين.

ابن جزي، (د. ت. ن) محمد بن أحمد، القوانين الفقهية.

ابن حجر، أحمد بن علي، (1426هـ/2005م) فتح الباري شرح صحيح البخاري، تح عبد الرحمن بن ناصر البراك، اعتنى به أبو قتيبه الفاريابي، ط1، دار طيبة، الرياض.

أبو داود، سليمان بن الأشعث، (1430هـ/2009م) دار الرسالة العلمية.

ابن رجب، عبد الرحمن بن شهاب الدين، (1417هـ/1997م) جامع العلوم والحكم، تح شعيب الأرناؤوط وإبراهيم باجس، ط7، مؤسسة الرسالة.

الزحيلي، وهبة بن مصطفى، (د. ت. ن) الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها وفهرسة ألفبائية للموضوعات وأهم المسائل الفقهية، ط4، دار الفكر، دمشق.

سحنون، عبد السلام بن سعيد، (1415هـ/1994م) المدونة الكبرى ويليها مقدمات ابن رشد لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام للإمام الحافظ أبو الوليد محمد بن رشد، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان.

الشاطبي، إبراهيم بن موسى، (1417هـ/1994م) الموافقات، تح أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1، دار ابن عفان، السعودية.

الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، ط2، (1403هـ/1983م)، ط2، دار الفكر، بيروت.

الصقلي ابن يونس، محمد بن عبد الله، (1433هـ/2012م) الجامع لمسائل المدونة والمختلطة، تح أبو الفضل أحمد بن الدمياطي، ط1، كتاب ناشرون، بيروت لبنان.

الطبري، محمد بن جرير، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر .

ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد، (1984م) تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية للنشر.

عبد المتعال الجبري، (1403هـ/1983م) جريمة الزواج بغير المسلمات فقها وسياسة، ط3، دار التوفيق، الأزهر.

العثيمين، محمد بن صالح، (1423هـ) تفسير القرآن الكريم، ط1، دار ابن الجوزي، السعودية.

الفتوحي، محمد بن أحمد، (1429هـ/2008م) شرح منتهى الإرادات، تح عبد الملك دهيش، ط5، مكتبة الأسدي، مكة.

ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (1417هـ/1997م) المغني، تح عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض.

القرافي، أحمد بن إدريس، (1437هـ/2010م) الذخيرة، تح محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت.

القيرواني، عبد الله بن عبد الرحمن، (1999م) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تح عبد الفتاح محمد الحلو، ط1، دار الغرب الإسلامي، ط1.

الكاساني، علاء الدين بن مسعود، (1424هـ/2003م) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح علي محمد معوّض وعادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

ابن كثير، إسماعيل بن عمر، (1420هـ/2000م) تفسير القرآن العظيم، ط1، دار ابن حزم، بيروت لبنان.

اللخمي، علي بن محمد، (1433هـ/2012م) التبصرة، تح أحمد بن عبد الكريم نجيب، مركز نجيبويه للمخطوطات وتحقيق التراث، القاهرة.

ابن ماجة، محمد بن يزيد، (د. ت. ن) سنن ابن ماجه، تح محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.

الماوردي، علي بن محمد، (1419هـ/1999م) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تح علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان.

مسلم بن الحجاج، (1427هـ/2006م) صحيح مسلم المسمى المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله، تح أبو قتيبة نظر بن محمد الفاريابي، ط1، دار طيبة، الرياض.

المطلق، عبد الملك بن يوسف، (1427هـ/2006م) الزواج العرفي داخل المملكة العربية السعودية وخارجها دراسة فقهية واجتماعية نقدية، ط1، دار العاصمة، السعودية.

نجلاء إبراهيم بركات، (2018م) الزواج الصوري وحقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي، مجلة كلية أصول الدين والدعوة، ع36.

النسائي، أحمد بن شعيب، (1421هـ/ 2001م) السنن الكبرى، تح حسن عبد المنعم شلبي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان.

النووي، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازي، تح محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة السعودية.

قانون الأسرة، (2007م) الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية.

الزواج المختلط: رؤية شرعية قانونية

Mixed Marriage : A Legal Perspective

د. عبد الرحمان مايدي
Dr maidi abderrhamane
أستاذ محاضر أ، جامعة عمارثليجي، الأغواط -الجزائر
Amar Thaliji University, Laghouat - Algeria

الملخص:
لقد تغيرت الكثير من المعطيات في عالمنا المعاصر المتعلقة بالأفراد، أو بالجماعات، أو بالأسر، أو بالدول سواء كانت هذه المعطيات مرتبطة بالقوانين أو المعتقدات والديانات أو بالعلاقات المنظمة لعيش الأفراد داخل أوطانهم أو خارجها، ومن بين الأمور التي تغيرت معطياتها ومجرياتها هي آليات الزواج بين الأفراد المختلفين على مستوى عرقي أو ديني أو من حيث اختلاف الجنسية، وبخاصة عندما يتعلق بالزواج بين المختلِفَين في الجنسية، وهو ما صار يصطلح عيه بالزواج المختلط.
وقد صار الزواج المختلط يحصل في بعض الدول لعدة أسباب لعل من بينها سهولة التنقل بين البلدان، أو مصلحة العمل أو الرغبة في إيجاد إقامة للعيش في وطن ما ومن ذلك الرحلات الجوية السريعة وانفتاح الدول على بعضها البعض وربما أزمات
الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط؛ قانون الزواج؛ الزواج والجنسية؛ المختلط.

Abstract:

A lot of data has changed in our contemporary world related to individuals, groups, families, or countries, whether these data are related to laws, beliefs, and religions, or to the relationships regulating the living of individuals inside or outside their homelands. Ethnic, religious, or in terms of nationality difference, especially when it comes to marriage between people of different nationalities, which is what has come to be termed mixed marriage.

Keywords: mixed marriage; marriage law; marriage and nationality; mixed.

مقدمة:

يعتبر الزواج من أهم العقود والمواثيق بين الأفراد في الشريعة الإسلامية وقد راعته القوانين والنظم كذلك بالرعاية بمجموعة من القوانين والشروط وذلك لما له من مقصد نبيل في بناء المجتمع واستقرار الأسر والحفاظ على النسل البشري، ومن ذلك الإحصان والإنجاب ونشوء الأولاد في ظل عائلة مستقرة متكاملة في ديمومة؛ وفي الدين الإسلامي أحكام وقواعد وأسس متعلقة بالزواج وما يترتب عليه من آثار؛ ومن يتأمل فيها يجد أن الغرض هو القصد إلى ديمومة هذا الزواج لا إلى تأقيت أو مصلحة وإلى استقرار وحصول الثمار من الأولاد والذرية لا إلى أن يكون لأجل مصلحة مثل

الحصول على الإقامة أو الجنسية أو لتحقيق غرض من الأغراض كالزواج الصوري أو المصلحي وغيره من الزيجات التي أصبحت تظهر في مجتمعنا المعاصر.

لقد تغيرت الكثير من المعطيات في عالمنا المعاصر المتعلقة بالأفراد، أو بالجماعات، أو بالأسر، أو بالدول سواء كانت هذه المعطيات مرتبطة بالقوانين أو المعتقدات والديانات أو بالعلاقات المنظمة لعيش الأفراد داخل أوطانهم أو خارجها، ومن بين الأمور التي تغيرت معطياتها ومجرياتها هي آليات الزواج بين الأفراد المختلفين على مستوى عرقي أو ديني أو من حيث اختلاف الجنسية، وبخاصة عندما يتعلق بالزواج بين المختلِفَين في الجنسية، وهو ما صار يصطلح عيه بالزواج المختلط.

وقد صار الزواج المختلط يحصل في بعض الدول لعدة أسباب لعل من بينها سهولة التنقل بين البلدان، أو مصلحة العمل أو الرغبة في إيجاد إقامة للعيش في وطن ما ومن ذلك الرحلات الجوية السريعة وانفتاح الدول على بعضها البعض وربما أزمات الحروب والنزوح الذي أحوج الناس إلى الزواج على اختلاف الجنسيات والأعراق وربما على اختلاف الديانة، وقد يشترط لذلك الحصول على الجنسية وقد يكون الزواج أحيانا أهم طريق لها؛ ولهذا يلجأ بعض الأفراد للزواج خارج الوطن وبالتالي خارج الجنسية، مما يسبب الحاجة إلى عرض هذا الأمر على القوانين المنظمة لمثل هذا الزواج و هو الذي أصبح يصطلح عليه الزواج المختلط، وذلك بسبب اختلاف الجنسية وهنا أوجدت بعض الدول قوانين ومراسيم تنظم مثل هذه الزيجات، وقد تختلف القوانين مما يسبب أحيانا حدوث تعليق للزواج وعدم إتمام مراسيمه بسبب المشكلات القانونية المختلفة بين دولة وأخرى وكذلك مسألة توثيق الزواج وتوثيق نسبة الأولاد وهذا ما ولد العديد من النزاعات والمشكلات الأسرية بسبب الإقدام على مثل هذا الزواج ولهذا احتاج إلى التكييف الشرعي والقانوني اللازم وحلحلة المشكلات المترتبة بسبب توقفه مجرياته ، ودراسة آثاره وذلك من الناحية الشرعية ومن الناحية القانونية من طرف أحد الزوجين أو من الناحية الدولية عند اختلاف القوانين بين الدولتين.

وعلى الرغم من أنه هناك قوانين تنظم هذا الجانب إلا أن الوضوح في الرؤية بالنسبة لهذا الزواج ما زالت معتمة وكذلك القوانين ما زالت قليلة وكلها تحتاج إلى مزيد من الإيضاح والبيان مع دراسة الآثار المترتبة على مثل هذا العقد؛ وكذلك المشكلات التي تترتب بعد حصوله دون توثيق أو بعد التنازع واختلاف القوانين أو كونه يحصل بسبب المصلحة للحصول على الإقامة أو الجنسية وكذلك المشكلات المتعلقة بمصير الأولاد بعدم التوثيق أو الطلاق وكذلك مشكلة رفض التوثيق من بعض الدول وهذا ما يجعل الموضوع ذو أهمية للبحث والدراسة والتحقيق؛ وهذه الزيجات الجديدة كان لا بد أن ينظر فيها المجتهدون والفقهاء في الشريعة والقانون من حيث أحكامها الشرعية كونها تعتبر من النوازل الجديدة وينبغي أن يوجد لها التكييف الصحيح والتوجيه وبيان الحكم ودراسة الآثار المترتبة عليه

أهداف البحث

- الوقوف على الإطار المفاهيمي للزواج المختلط مقارنة بماهية الزواج العادي في صورته العادية
- بيان واقع التشريعات المحلية حول الزواج المختلط وطرق توثيقه والآثار المترتبة عليه عند فك الرابطة فيما يتعلق بالحضانة والإرث وغير ذلك من الأمور
- دراسة الموضوع من حيث بيان الإيجابيات والسلبيات لهذا الزواج والموازنة بينها من حيث المبدأ المصالح والمفاسد المعروف في الشريعة الإسلامية

أهمية البحث

يعتبر الزواج في أشكاله المعاصرة من زواج عرفي، أو زواج مسيار، أو زواج المصلحة، أو الزواج المختلط من الزيجات التي ينبغي دراستها من الناحية التشريعية وذلك لمعرفة موافقتها لإرادة الشارع الحكيم وأيضا لموافقة القوانين المنظمة لها والتي تحمي حقوق أطراف هذا العقد وخاصة إذا تم وحصلت آثاره ووجدت بعض المشكلات في توثيقه أو في نسبة الأولاد أو حقوقهم المعيشية بعد حصول الفرقة أو أي إشكال من إشكالات الحياة دخل تلك الدولة.

وأيضا لا بد من معرفة ما يترتب عليه مثل هذا الزواج في بعض الدول التي ربما لا تقر به أو لا تنظمه وفقا لقوانين الدول الأخرى وهنا تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع وتجليته من الناحية التشريعية بصفة عامة وهذا ما تريده هذه الدراسة من الوقوف على الزواج المختلط من الناحية الشرعية والقانونية بما تسمح به حدود هذه الدراسات العلمية.

وتكمن أهميته أيضا من ناحية الحاجة إلى معرفة آثار الإقبال على هذا الزواج وما يترتب عليه عند الوقوع بالنسبة للزوجين المختلفين في الجنسية وكيف يتم التعامل معها مع الدول الأخرى وهاته الدراسة تحاول أن تتعرض لواقع قانون الأسرة الجزائري في هذا الموضوع أو ما يتعلق بذلك من قوانين أو مراسيم تنظيمية.

الإشكالية المطروحة

وهذه الدراسة ستتوجه إلى الوقوف على أحكام الزواج المختلط من حيث الفقه الإسلامي ومن حيث القوانين الموجودة في هذا الإطار وبخاصة في الجزائر، ودراسة المشكلات المترتبة عليه؟؛ وعليه نطرح الإشكالية التالية للبحث والنظر:

- ما هو الزواج المختلط في سياق مفاهيمي واصطلاحي وما هي الرؤية الشرعية لمثل هذا الزواج؟
- ما حكم الزواج المختلط في نظر الشرع والقانون وما آثار المشكلات المترتبة عليه فيما يتعلق بالتوثيق وغير ذلك برؤية من الجانب الشرعي في الفقه الإسلامي؟
- وما هي الرؤية القانونية المترتبة على حصول هذا الزواج عند الإقدام عليه أو بعد ترتب آثاره؟؛ وإلى أي حد استطاعت التشريعات الوطنية المتعلقة بالأحوال الشخصية تخطي المشكلات والآثار المترتبة عليه من خلال القانون الدولي وما هو ضباط والإسناد القانوني الذي تضعه بعض الدول الأجنبية في حالة إجراء الزواج المختلط على أفراد الجالية العربية والإسلامية المقيمة بالخارج؟

أولا: الإطار المفاهيمي للزواج المختلط

1- مفهوم الزواج المختلط

يتم ضبط هذا المفهوم من خلال الوقوف على لفظ الزواج ووصفه بـ"المختلط".

- أما تعريف الزواج فهو: «الزواج: هو حل الاستمتاع المشترك بين الزوجين» (الزحيلي و.، الفقه الإسلامي وأدلته، صفحة ج4 ص 3030)

وعرفه بعضهم بأنه: «عقد يفيد ملك المتعة قصداً، أي حل استمتاع الرجل من امرأة، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، بالقصد المباشر» (الزحيلي و.، الفقه الإسلامي وأدلته، صفحة ج9 ص 6514)

- وأما وصف المختلط فهو الذي يعنيه اختلاف الجنسية بين الزوجين

-الزواج المختلط: " هو الزواج الذي يعقد بين رجل وامرأة مختلفين في الجنسية أو الديانة أو في كليهما " (المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، 2020)؛ وعرفه بعضهم بأنه الزواج الذي يربط بين مختلفين في الجنسية (قاضي محمد فتحي 1973، ص8)

وهناك من عرفه على أساس اختلاف الجنسية حيث قالوا بأنه: " الإتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة" (تاسعديث مرزوق، ص2)

وأغلب التعاريف الاصطلاحية للزواج المختلط تركز على أنه الزواج الواقع بين مختلفين في الجنسية وقد يكون مع ذلك الاختلاف في الدين أو العرق أو الموطن؛ من خلال التعريفات أيضا يظهر أن هناك تأثر ا بمحدد الزواج المختلط من الناحية القانونية من حيث إنه المحدد الديني أما محدد الجنسية كمحدد للقوانين الحاكمة فيه؛ وبالتالي فان الزواج المختلط هو ما وقع بين مختلفي الجنسية

2- اختلاف الدين والزواج في الإسلام

لقد كان الدين عبر التاريخ الدولة الإسلامية هو معيار انتماء الشخص إلى ذلك الموطن أو إلى ذلك البلد واعتمد كضابط لمعرفة انتماء الأفراد على ما كان عليه المجتمع آنذاك من اختلاف الطوائف في الديانات وكان التصنيف داخل الدولة الإسلامية للأفراد إلى مسلم وغير مسلم ، وبمجرد الإسلام يعتبر ذلك الفرد منتميا إلى تلك الديار بغض النظر عن لغته وعرقه ، ويعتبر بمقام الجنسية حيث أن هذا الفرد سيصبح و بمجرد الدين أو الإسلام أحد أفراد هاته الدولة ومواطنيها وموالها، وقد كان يحصل بعض الزواج من المسلم بغير المسلمة التي حددت الشريعة الإسلامية ويعتبر هذا الزواج مختلطا بسبب اختلاف الديانة لا بسبب اختلاف الجنسية التي ظهرت معيارا في العصر الحديث (زروتي الطيب 2000، ص 13)

من المعلوم أن الشريعة الإسلامية تبيح للمسلمين من الرجال الزواج بالكتابيات وهن من كن نصرانيات أو يهوديات، ولا يحل الزواج بغير الكتابيات وذلك لقوله تعالى: {الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلاَ مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَن يَكْفُرْ بِالإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ} [سورة المائدة:5].

والزواج للمسلم إنما يجوز بالحرائر من نساء اليهود والنصارى الذين آمنوا بما في التوراة والإنجيل فهم أهل كتاب ولا يحل لمسلم أن يتزوج المجوسية مثلا أو الشيوعية أو الوثنية لأنهم ليسوا من أهل الكتاب وليسوا من أهل الإيمان بما نزل في التوراة والإنجيل من الإيمان بالرسالات ، وهذا من ناحية زواج الرجال بالكتابيات من النصارى واليهود أما بالنسبة للمرأة المسلمة فإنه لا يحل لها أن تتزوج بغير المسلم من اليهود ولا من النصارى ولا من المجوس ولا من عبادة الأصنام وذلك لقوله تعالى: {وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُوْلَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللّهُ يَدْعُوَ إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ} [سورة البقرة:221].

ومن هنا يظهر أن اختلاف الدين في الزواج (زلاسي بشرى، الزواج المختلط،إشكالية تنازع القوانين من حيث الإنعقاد والآثار، 2000- 2001، الصفحات ص31 - 32) بالنسبة للرجال لا يعتبر مانعا من ناحية الزواج بالكتابيات ، إذا تحققن

بشروط تراجع في مضانها ؛ وقد كان في دار الإسلام يعيش المسلمون إلى جانب المسيحيين واليهود وكان المعيار الذي يفرق بين هؤلاء هو الإسلام وكل من كان من اليهودي أو المسيحيين وأسلم فإنه يعتبر منتمي لهيئة الأمة الإسلامية وقد كان في الزمن الأول معيار الدين هو من يكتسب صفة الجنسية وعلى هذا الأساس كانت الديانة هي التي تحدد الصفة الوطنية للشخص ويمكن أن نقول أن الإسلام قد عرف فكرة الجنسية كمعيار الانتماء الفرد الدولة الإسلامية قبل أن يكون هناك ما يسمى بصفة الجنسية والقوانين المنظمة لها (سلامة أحمد عبدالكريم 1987، ص 63)

3- اختلاف الجنسية وأثره في الزواج

وعبر تاريخ تغيرت موازين معرفة انتماء الأفراد وذلك من خلال معرفة الجنسية والتي أصبحت عنوان الولاء والانتماء الفرد إلى ذلك الموطن أو إلى ذلك الشعب ، وعلى أساسها أصبحت هناك التزامات قانونية تعرف بالحقوق والواجبات في ذلك الموطن الذي ينتمي إليه ذلك الفرد، وهو ما أدى إلى جعل الجنسية ضابط ومحدد من محددات القانون الدولي الخاص المتعلق بقضايا الزواج المختلط وذلك من حيث إدارته وإنشاء آثاره أو رفعه التنازع الحاصل فيه ، وذلك لأن الوسيلة الوحيدة لمعرفة الانتماء وتقديره بعيدا عن أي شبهات أو مشكلات هو الجنسية وحاملها يعتبر من موالي تلك الدولة و القوانين تجري بناء على امتلاك تلك الوثيقة من حيث المطالبة بالحقوق أو الفصل في الحقوق من طرفي القضاة فيما يتعلق بقضايا الزواج المختلط مثلا (زروتي الطيب 2000، ص 13).

يعتبر الزواج المختلط بما سبق من المعاني مرتبطا أساسا بالجنسية والتبعية لتلك الدولة وبالتالي حق المواطنة واستجلاب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا ما تذكره القوانين الدولية فيما يتعلق اختلاف الجنسية في الزواج وقد أشار المشرع الوضعي في الجزائر إلى الجنسية عند اختلاف الزواج وكيفين يعقد في الخارج ، في المادة 97 من قانون الحالة المدنية تنص على أنه:" أن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائري و أجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأشكال المقررة في ذلك البلد بشرط ألا يخالف الجزائري الشروط الموضوعة التي يتطلبها القانون الوطني لإمكانية عقد الزواج" (القانون المدني الجزائري 1975)

ثانيا: شروط الزواج واختلاف الجنسية بين الزوجين

يعتبر الزواج رابطة مبنية على أنها عقد مدني تجب له مجموعة من الشروط الواجب تطبيقها لأجل انعقاده وقيامه صحيحا وهذه الشروط لأجل ضمان ديمومته وسلامته من المشكلات التي تؤدي إلى الفرق بين الزوجين والآثار المترتبة على ذلك بينهما واتجاه الأولاد ، وبما أنه من العقود الشخصية المهمة فقد حظي بقوانين داخلية منظمة لانعقاده، كما أن له في القانون الدولي الخاص مجموعة من الشروط التنظيمية والغرض منها استبعاد النزاعات بين أطراف عقد الزواج إن وقع بين زوجين مختلفين في الجنسية وهذا هو الزواج المختلط؛ وبسبب اختلاف الجنسية يظهر التعقيد القانوني له، وقد جعلت الدول قواعد سيرورة لهذا الزواج بصفة عادية وإن وقع مع اختلاف الجنسية أو حتى الديانة تبعا لذلك وقد سلف بيان الأحكام الشرعية المتعلقة بالزواج بغير المسلمات ؛ وهذه القواعد تسمى ضوابط الإسناد لتنظيم قضايا الزواج المختلط ، وبين اختلف في ما هو الضابط الأساسي للتعامل مع قضايا الزواج المختلط، والتي كان الهدف منها حماية مصالح الأفراد لكل دولة وما ينجر على ذلك من تبعات مالية أو حقوقية للزوج أو الزوجة المختلفة من حيث الجنسية.

ولهذا سنوجه الحديث إلى الوقوف على شروط عقد الزواج بصفة عامة وباختصار ومحاولة الاستفادة من قراءتها فيما يتعلق الزواج المختلط (سعد عبدالعزيز 1990، ص 200)

ومن المعلوم أن غالبية الدول العربية تستمد قوانين الزواج من الشريعة الإسلامية وهذا ما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" (قانون الأسرة الجزائري 1984)

وكذلك نصت المادة 1 في الفصل الثاني من قانون المدني الجزائري على ما يلي:" إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف" (القانون المدني الجزائري 1975)؛ وشروط الزواج هي الرضا والرضا بعبارة أخرى هو ما يسمى الإيجاب والقبول أو الصيغة؛ والولي والشاهدين والصداق والأهلية وعدم المحرمات.

1- شرط الرضا

الرضا شرط أساسي لانعقاد الزواج و هو مطلوب شرعا وقانونا وقد جعل الشارع الحكيم التعبير عن الرضا عن طريق الإيجاب والقبول في صيغة عقد الزواج وفي القانون الجزائري في المادة 9 نص على لزوم الرضا وهي شرط معتبر في أغلب القوانين الدولية وقد جاء في قانون الأسرة الجزائري كالتالي : يتم عقد الزواج برضى الطرفين وبولي زوجة وشاهدين وصداقة (قانون الأسرة الجزائري، ق أ ج، 2005) ؛ وإن وقع الزواج بدون رضا فإنه يقع باطلا وهذا ما نص عليه القانون في المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري ؛ وينبغي أن يكون خاليا من أي عيب مثل التدليس والحيل والخداع والإكراه وهذا ما أشارت إليه المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري (قانون الأسرة الجزائري، ق أ ج، 2005).

2- الولاية في الزواج:

يعتبر الولي مطلوب شرعا وقانونا، وذلك لمجموعة من الأسباب منها الصغر والبكارة والجنون وقد اشترطه جمهور الفقهاء واعتبر في مقام الركن ما عدا الأحناف وقد استدل الجمهور بحديث عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ، فَإِنْ تَشَاجَرُوا، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)) (ابن حبان محمد 2012، ج2 ص 299) ؛ و مجموعة من الآيات القرآنية التي تحدثت عن الولاية .

وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 9.

3- الشاهدين

الشهادة من الأمور المهمة في العقود لرفع اللبس والاختلاف الذي يقع ولحفظ الحقوق قال ﷺ: ((لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ)) (ابن حبان محمد 2012، ج 2 ص 299)؛ والإشهاد يعتبر في مقام الإعلان والإشهار عن الزواج وين يشترط والسادة الملكية على حدي وهو إشهار الزواج وهذا الاشتراط في الحقيقة في كل المذاهب النبي ذلك الشاهدين في الزواج.

وهذا ما نصت عليه المادة 9 (قانون الأسرة الجزائري، أمر رقم 84 - 11، المادة9)

4- الصداق

الصداقة بالشريعة الإسلامية يعتبر كالهدية والنحلة في فاتحة الزواج وأنه في مقام التعبير عن السورة الأولية للرغبة في الاقتران والعيش معا، قال تعالى: {وَآتُواْ النِّسَاء صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا} [سورة النساء:4] ، وفي قانون الأسرة الجزائري في المادة 14: الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء (قانون الأسرة الجزائري، ق أ ج، 2005، صفحة المادة 14).

5- الأهلية هو بين الزوجين

يلزم في الزوجين الأهلية لما في ذلك من جدية عقد الزواج الذي تترتب عليه حقوق وواجبات وفي الشرع أن الأهلية تكون بالبلوغ وله علامات خاصة للذكر وأخرى خاصة بالأنثى وإن اختلف الفقهاء في تسمية سن المحددة؛ بخلاف ما أورد القانون فقد حدد السن وكما في قانون الأسرة الجزائري في المادة 7 قال" تكتمل أهلية الرجل للزواج بتمام 21 سنة والمرأة بـ18 سنة " (قانون الأسرة الجزائري، أمر رقم 84 - 11 1984، المادة7)؛ ويمكن أن يوجد استثناء لما قبل ذلك بحسب إجازة الولي أو القاضي

6- خلو العقدي من المحرمات

هناك موانع تمنع حصول العقد وهي المحرمات وتقع على نوعين (قانون الأسرة الجزائري، ق أ ج، 2005، صفحة المادة 30)

محرمات مؤبدة:

وهي مثل الزواج بالأخت أو الأم أو الخالة أو غير ذلك وقد نصت الشريعة على منع ذلك في القرآن الكريم ، قال تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالاَتُكُمْ وَبَنَاتُ الأَخِ وَبَنَاتُ الأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نسائكم اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا} [سورة النساء:23] ، وهذا المنع واضح وله مقاصد والمحرمات وقع تحريمها إما بسبب القرابة القوية أو بسبب المصاهرة أو بسبب الرضاعة وتفاصيل ذلك تراجع في مظانها وليس هذا من غرض الدراسة

محرمات مؤقتة:

وهي ما يكون المنع فيها مؤقتا إلى زوال سبب ومن ذلك منع زوجة الغير ما دامت الزوجية قائمة وأيضا المعتدة من الغير وأيضا المطلقة طلاق البتة لمن طلقها وكذلك من المنع من الزواج بأكثر من أربع زوجات وكذلك الزواج بمن لا دين لها سماوي وقد سبق ذكر ذلك؛ ومن الموانع منع زواج المسلمة بالكافر لاختلاف الدين وقد نص على ذلك في القانون في المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري

ماذا يترتب عن اختلاف الدين في الزواج

في القانون الجزائري يترتب عليه الفسخ لا البطلان وذلك إن حصل زواج بين المختلفين في الدين في الجزائر وذلك لمنع زواج المسلمة بالكفر ويعتبر في القانون من المحرمات (سعد عبدالعزيز 1990، ص 200)

ثالثا: الرؤية الشرعية في الزواج عند اختلاف الجنسية

لقد نظمت الشريعة الإسلامية أحكام الزواج بالعديد من المبادئ وضوابط والتي في مجملها تؤدي إلى مقاصد تحافظ على كيان المجتمع انتهاء بالمحافظة على كيان الأسرة ابتداء، وضمان ديمومة الزواج وإنشاء آثاره من غير مشكلات تعود إلى أحد الزوجين أو على الأولاد، وأيضا قررت العديد من الأحكام عند وجود المشكلات المتعلقة بالزواج من حيث الانتهاء أو من حيث انعكاسات حصول الفرق بين الزوجين فيما يتعلق بالحقوق لهما أو للأولاد وغير ذلك.

ويعتبر الزواج من أهم العقود والمواثيق المغلظة في الإسلام وقد جاءت العديد من الآيات تنظم هذا الأمر وتشير إلى مكانة الزواج قبل الإنشاء وبعد الإنشاء وعندما تحصل نهاية للعلاقة الزوجية، بل وجعله آية من آيات الله في خلقه وقد ذكرها بصفة إنسانية لا تختص فقط بالمسلمين ولهذا قال تعالى: {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون} [سورة الروم:21].

والمختصر في ذلك فيما يتعلق بزواج المسلم من الرجال أنه يجوز له أن يتزوج المسلمة والكتابية من اليهود أو النصارى؛ أما المسلمة فإنه لا يجوز لها أن تتزوج إلا من مسلم وهذه المقاصد عالية المعنى والفائدة ليس هذا مقام التوسيع في بيانها، وما يذكر في هذا المقام أن العلماء أجاز زواج المسلم بالكتابية من اليهود أو النصارى حتى وإن وصفهم القرآن بأنه مشركون على أحد بعض الفقهاء وبالتالي يترتب على ذلك ما يترتب على منع الزواج بالمشركة وهي الكافرة والتي تختلف مع المسلم في المعتقد وذلك لأن المشرك لا يؤمن بأي كتاب

والغرض من ذكر هذا هو التنبيه على حصول خلاف بين العلماء في زواج المسلم بالكتابيات من اليهود أو النصارى؛ وجمهور الفقهاء على جوازه مع الكراهة وذلك لوجود شبهة الشرك وغالبا عدم تحقق شروط الكتابيات بالشروط المجيزة لهذا الزواج وذلك في قوله تعالى: {الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُواْ الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلاَ مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ وَمَن يَكْفُرْ بِالإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي الآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِين} [سورة المائدة:5].

وقد ذكر في آيات أخرى قوله تعالى: {وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مِّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلاَ مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَن تَصْبِرُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللّهُ غَفُورٌ رَّحِيم} [سورة النساء:25] ، وفي الآية شروط من يجوز الزواج بها من حيث عدم السفاح وعدم اتخاذ الأخذان

ومن خلال ما سبق سنتناول في الفروع التالية:

1- زواج المسلم بالمشركة وما في قياسها

منعت الشريعة الإسلامية أن يتزوج المسلم المشركة وهي عابدة الأوثان، أو الأصنام، أو الكواكب، أو الحيوانات وذلك لعدم اعتقادها بوجود الإله وديانات والرسول، وليس المشركين كتاب منزل ويلحق بالمشركة المرتدة وهي التي تولت عن الإسلام إلى الكفر وذلك بسبب الجامع وهو الكفر على ما ذهب إليه بعض الفقهاء من الشافعية والأحناف؛ ويلحق بذلك أيضا الملحدة (الفيومي احمد، صفحة مادة " لحد") وهي التي ترى بأن الحياة مادة وأنه لا إله و أن الحياة مادة وتنكر وجود الإله والديانات جميعا من ذلك الشيوعية والوجودية والبهائية والقاديانية والبوذية كل هؤلاء في حكم الملاحدة؛ وذلك لقوله تعالى: {وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلاَ تُنكِحُواْ الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُواْ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ } [سورة البقرة:221] (الزحيلي و.، الفقه الإسلامي وأدلته، صفحة ج 9 ص 6651)

وعليه فإن زواج المسلم خارج وطنه أو ممن ليست بمسلمة وممن تحمل جنسية غير جنسيته لا مانع منه إلا إذا كانت كافرة وهي من لا دين لها سماوي تعتقد أو تؤمن به ومن ذلك المشركات من عبدة الأصنام أو الحيوانات أو الكواكب مما ذكر سابقا.

2- زواج المسلمة بالكافر

اتفق العلماء على منع زواج المسلمة بالكافر، لقوله تعالى: {ولا تُنْكحوا المشركين حتى يؤمنوا} [البقرة:221/ 2] وقوله تعالى: {فإن علمتموهن مؤمنات، فلا ترجعوهن إلى الكفار، لا هن حل لهم، ولا هم يحلون لهن} [الممتحنة:10/ 60] وذلك لخوف غلبة الرجل الكافر على زوجته فيردها إلى الكفر وفي الغالب أن المرأة تتأثر بديانة زوجها مخافة أن يتركها أو أن يفارقها و قد يدعوها إلى الكفر وذلك لقوله تعالى: {أولئك يَدْعون إلى النار} [البقرة:221/ 2] وعلى ذلك فإنه يلحق بمعنى المشرك الكتابي وهو اليهودي أو النصراني وكذلك المجوسي أو الوثني ، ويوافق هذا السياق مجموعة من آيات القرآن الكريم في منع ولاية الكافر على المسلم لقوله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً} (الزحيلي و.، الفقه الإسلامي وأدلته، صفحة ج9 ص 6652)، وعلى هذا الأساس فإن من ترغب في الزواج خارج الوطن أو من رجل لا يحمل جنسية وطنها لا يكون جائزا إلا إذا كان مسلما ويعتبر من الممنوعات على ما قرره الشارع الحكيم.

وأيضا هو ما اختاره قانون الأسرة الجزائري حيث منع زواج المسلمة بغير مسلم وعلى هذا الأساس يكون الزواج المختلط يكون محل نظر إذا كانت الزوجة مسلمة وتزوجت بغير المسلم وخاصة ممن يحمل جنسية مختلفة وذلك لأننا نتحدث عن الزواج المختلط.

3- زواج المسلم بالكتابية

- من هم أهل الكتاب؟

أهل الكتاب عند جمهور الفقهاء هم اليهود والنصارى ويزيد الحنابلة والحنفية كل من دان بدينهم، فيدخل في اليهود عندهم السامرة؛ لأنهم يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام، ويدخل في النصارى كل من دان بالإنجيل وانتسب إلى عيسى عليه السلام بالادعاء والعمل بشريعته ويقتصر المعنى على اليهود والنصارى عند الشافعية والمالكية (الإسلامية 1404-1428، ج 7 ص 121) ؛ والكتابية هي كل من تؤمن بدين سماوي، كاليهودية والنصرانية.

- حكم زواج المسلم بالكتابية

وقد أجمع العلماء على إباحة الزواج بالكتابيات مع الكراهة عند الحنفية والشافعية، وعند المالكية في قول، لقوله تعالى: {اليوم أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم، وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات، والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم} [المائدة:5/ 5].

ولأن الصحابة رضي الله عنهم تزوجوا من أهل الذمة، فتزوج عثمان ﷺ نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهي نصرانية، وأسلمت عنده، وتزوج حذيفة ﷺ بيهودية من أهل المدائن. وسئل جابر ﷺ عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية، فقال: تزوجنا بهن زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص

وقال الحنابلة: الزواج بالكتابية خلاف الأولى؛ لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب: «طَلِّقوهن» فطلقوهن إلا حذيفة، فقال له عمر: «طلقها» قال: تشهد أنها حرام؟ قال: هي خمرة، طلقها، قال: تشهد أنها حرام؟ قال: هي خمرة، قال: قد علمت أنها خمرة، ولكنها لي حلال. فلما كان بعد، طلقها، فقيل له: ألا طلقتها حين أمرك عمر؟ قال: كرهت أن يرى الناس أني ركبت أمراً لا ينبغي لي. ولأنه ربما مال إليها قلبه ففتنته، وربما كان بينهما ولد، فيميل إليها (الزحيلي و.، الفقه الإسلامي وأدلته، الصفحات ج 9 ص 6653 - 6654)

ومن خلال ما سبق يتبين أن الزواج المختلط مرتبط بما ذكره وقرره الفقهاء وقارنت الشريعة الإسلامية ولا يهم في ذلك اختلاف المواطن أو اختلاف الجنسية وإنما يهم في ذلك اختلاف الدين في بعض الحيثيات وعليه فإن الزواج المختلط إذا وقع بما يوافق ما قررته الشريعة الإسلامية من زواج المسلم بالكتابيات فإن هذا لا يعتبر من الموانع حتى وإن اختلفت الجنسية أو اختلف الموطن؛ وأن الممنوع من ذلك هو زواج المسلم بالكافرة أو المشركة أو بمن لا دين لها سماوي كما سبق بيانه.

رابعا: القوانين التي ينبغي تطبيقها في الزواج المختلط

يعتبر هذا الزواج بوصفه مختلطا بسبب اختلاف الجنسية وبالتالي يعتبر هذا اختلاف دولي وهذه الاختلافات قانونية المنظمة لعقد الزواج تختلف من دولة إلى أخرى ولهذا يبحث المختصون في القانون حول ما هو القانون الذي يطبق لتنظيم هذا الزواج أو لرفع مشكلاته إن وقع وخاصة أنه يمتد بصلة هي القانون الدولي الخاص ولهذا فقد وضعت قواعد منظمة لهذا الزواج بالنظر إلى مجموعة من الضوابط والآليات و يصطلح على هذه الضوابط بما سمي بقواعد الإسناد وعلى أساس ذلك يعرف القاضي المختص ما هو القانون الواجب تطبيقه في مجريات هذا الزواج أو حل مشكلاته أو ما يترتب عليه

اختلف فقهاء القانون فيما هو الضابط الذي يلزم لمعرفة هاته القوانين وذلك بناء على ضابطين في الإسناد حيث دعا بعضهم إلى ضابط الجنسية حيث يسند تنظيم قضايا الزواج المختلط إلى قانون الجنسية وما يتعلق به بالدولة، ودعا بعضهم إلى ضابط المواطنة حيث يتم إسناد قضايا الزواج المختلط إلى الموطن وقوانين المواطنة وبيان ذلك يكون في التالي (زلاسي بشرى، الزواج المختلط،إشكالية تنازع القوانين من حيث الإنعقاد والآثار، 2000- 2001، الصفحات ص 56 -62):

أولا: دعاة إسناد الزواج المختلط إلى قانون الجنسية

ذكرنا سابقا بأن هذا الزواج اختلفت فيه الجنسية بين الزوجين ولهذا فقد دعا بعض القانونيين إلى إسناد الزواج المختلط إلى قانون الجنسية وذلك لأنه الأهم في استقرار الزواج حيث إن الجنسية يصعب تغييرها أما الموطن فإن الإنسان قد يغير موطنه لظروف الحياة ؛ وكذلك أن إسناد هذا الزواج في تنظيمه إلى قانون الجنسية حتى يبقى هؤلاء المواطنين يشعرون بالولاء إلى الوطن وأن الدولة تهتم بقضاياهم عن طريق تلك السفارات بغرض الدفاع عن حقوقهم وتنظيم عقودهم في إطار القانون الدولي ؛ ومن دعاة هذا الإسناد دولة الجزائر (القانون المدني الجزائري 1975)، وقد نصت المادة 221: يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني (قانون الأسرة الجزائري، أمر رقم 84 - 11 1984، المادو 221).

وقد أخذت أغلب الدول العربية بهذا القانون أي قانون الجنسية كضابط في إسناد القانون الدولي الخاص في قضايا الأحوال الشخصية ومن بين ذلك الجزائر، هو ضابط الجنسية وذلك لصلته بالقانون الدولي الخاص ولهذا فإن رفع النازعات أو تنظيم هذه العقود ومن بين ذلك الزواج المختلط فإنه يرجع فيه إلى هذه الآلية من التفسير

ثانيا: دعاة إسناد قضايا الزواج المختلط إلى ضابط المواطنة

وقد دعا بعض القانونيين إلى إسناد الزواج المختلط إلى قانون الموطن واعتبر كضابط في معرفة القانون الذي يلزم تطبيقه في تنظيم الزواج المختلط أو في رفع إشكالياته أو ما يتعلق بذلك وهناك اعتبارات لترجيح هذا المسلك ومن بينها أن الموطن يعتبر أقدم من نظام الجنسية وهو ما يتماشى مع حاجات الأفراد من حيث المكان الذي يباشرون فيه حقوقهم وهو أسهل للقضاة من تطبيق قانون الجنسية أو من إسناد هذا الزواج إلى قانون الجنسية وذلك الاحتمال الخطأ في تفسير هذا القانون ؛ وقيل أنا تطبيق هذا القانون في بعض البلدان التي يكثر فيها الأجانب قد يظهر ممارسة في تضييق تطبيق القوانين المحلية وسيرورة إلى القوانين الخارجية وهذا مساس بالسيادة وقد اختارته بعض الدول مثل إنجلترا وأغلب الدول الأنجلوسكسونية والدول اللاتينية

خاتمة:

ومن خلال ما تتم عرضه من مباحث في هذه الدراسة يمكن تقرير بعض النتائج والحث على بعض التوصيات

نتائج البحث:

- يعتبر الزواج حقا من الحقوق الأفراد من الناحية القانونية والشرعية معا، ولا بد له أن يقوم صحيحا من حيث تحقق شروطه وانتفاء موانعه ولهذا فإن الزواج المختلط بشروطه الصحيحة وانتفاء موانعه يعتبر زواجا صحيحا مؤسسا ولهذا يعتبره القانون الجزائري كذلك ما دام القصد فيه التأسيس للديمومة ولا حيلة فيه للحصول على بعض الحقوق داخل تلك الدولة بطرق فيها تحايل أو تأقيت للزواج مما يعتبر مخالفة شرعية يبنى عليه الكثير من الأحكام وتختلف عند ذلك الأمور من الناحية الشرعية.
- لعل من أفضل قواعد الإسناد القانوني لعقد الزواج المختلط هو ضابط الجنسية وهو الأساس في تنظيم عقد الزواج هذا من حيث انعقاده وما يترتب عليه من آثار وذلك من خلال قانون الجنسية الذي اعتبرته الجزائر أهم

معيار لضبط قضايا هذا الزواج لرعاياها في الخارج وذلك لأنه الأنسب والأفضل المحافظة على الشروط الانتماء والولاء لهذا الوطن وأيضا في استقرار الأحوال الشخصية.

- يتعرض هذا العقد إلى مجموعة المشكلات القانونية والتي يعود سببها فيما هو القانون الذي يمكن الاعتماد عليه في إدارة هذا العقد ورفع مشكلاته والإجابة على ما يقع فيه من تنازعات وحقوق وواجبات خارج الدولة الوطن ولهذا يعتبر محفوفا بالمخاطر وذلك التزام كل دولة بقوانينها الخاصة في قضايا الأحوال الشخصية وتفسيرها من عدة منظورات من المنظور الاجتماعي والعرفي السائد في البلد الأم والتي قد تختلف مع الدولة الثانية التي يقع فيها الزواج.

توصيات :

- محاولة رصد المشكلات القانونية المختلفة سواء من الأفراد أو من أصحاب الاختصاص في المحاماة والقضاء برصد كل المشكلات التي تقع في اطار هذا الزواج في مختلف الدول التي بها جالية جزائرية ومن ثم تقديم الحلول والاقتراحات القانونية المناسبة لقوانين تلك الدول وما تتطلبه الالتزامات القانونية أو التنظيمية بين الدول ومن ثم ترفع المخرجات إلى المشرع الجزائري لمزيد من الضبط لهذا العقد من جميع جوانبه وهذا ما يسهل الكثير من العوائق في هذا العقد.

قائمة المراجع:

القانون المدني الجزائري. (26 12, 1975). أمر رقم 70 -20. *قانون الحالة المدنية*. الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.

المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، (2020). صفحة 259.

ابن حبان محمد. (2012). *صحيح ابن حبان*. بيروت: دار ابن حزم.

الفيومي احمد. (بلا تاريخ). *المصباح المنير*. بيروت: المكتبة العلمية.

تاسعديث مرزوق. (بلا تاريخ). *الزواج المختلط في التشريع الجزائري*. البويرة الجزائر: جامعة آكلي محند أولحاج.

زروتي الطيب. (2000). *القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنة بالقوانين العربية تنازع القوانين*. الجزائر: مطبعة الكاهنة.

زلاسي بشرى. (2000- 2001). *الزواج المختلط،إشكالية تنازع القوانين من حيث الإنعقاد والآثار*. بن عكنون ، الجزائر: كلية الحقوق بن عكنون.

سعد عبدالعزيز. (1990). *الجرائم الواقعة في نظام الاسرة*. الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب.

سلامة أحمد عبدالكريم. (1987). *مبادئ القانون الدولي الخاص الإسلامي*. بيروت: دار النهضة العربية.

قاضي محمد فتحي. (جويلية, 1973). الزواج المختلط وآثاره في جمهوريات الاتحاد. *مجلة الأمن العام القاهرة*، صفحة 8.

قانون الأسرة الجزائري. (1984). *أمر رقم 84 - 11*. الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية.

قانون الأسرة الجزائري. (27 2, 2005). ق أ ج.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (1404-1428). *الموسوعة الفقهية الكويتية* (المجلد ط2). الكويت: دار السلاسل ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.

وهبة الزحيلي . (بلا تاريخ). *الفقه الإسلامي وأدلته* (المجلد ط4). سورية دمشق، سوريا: دار الفكر.

أسباب الزواج المختلط الصوري وموقف الشرع منه

Reasons for mock mixed marriage and Sharia's position on it

طالبة الدكتوراه: آمال بلاوي أ.د/ مسعود بن موسى فلوسي
amel bellaoui Messaoud feloussi
كلية العلوم الإسلامية – جامعة باتنة -1- الجزائر
Amel.bellaoui@univ-batna.dz messaoudfeloussi@yahoo.com

الملخص:

مع التقدم العلمي والتطور التكنلوجي وانفتاح العالم بعضه على بعض واختلاط الشعوب ماديا ومعنويا، وكثرة المغريات التي تدفع ببعض الشباب للهجرة إلى أوطان أخرى سواء كانت عربية أو غربية، وذلك لأجل تحصيل ما يرونه مفقودا في بلادهم، ومع انصدامهم بالقوانين التي تجبرهم على الخروج من تلك البلدان لعدم امتلاكهم الحق في المكوث فيها، قد يلجأ بعضهم إلى توقيع عقود في ظاهرها تدخل في مسمى النكاح، غير أن باطنها يخفي مقصدا آخر يخرج هذا العقد من كينونته الأساس في بناء أسر أساسها التواد والتراحم غايتها إعمار الأرض وإنشاء نسل يعبد الله وحده، إلى عقد يُعَدُّ مجرد حبر على ورق يوقَّع لتحقيق غايات دنيوية وأهداف مادية، وعليه تنشأ الإشكالية التالية والتي تبحث عن معنى هذا النكاح ومحله من أنواع الأنكحة وحكمه الشرعي، ولبيان ذلك قسمنا خطة مبحثنا إلى قسمين؛ الأول منهما يبحث مفهوم النكاح بنوعيه العام والمختلط وحكم كل منهما، والثاني يبحث معنى النكاح الصوري وتكييفه الفقهي وأهم أسبابه.

الكلمات المفتاحية:

التطور التكنلوجي؛ أنواع الأنكحة؛ مفهوم النكاح؛ إعمار الأرض؛ النكاح الصوري.

Abstract:

With scientific progress, technological development, the openness of the world to each other, the mixing of peoples materially and morally, and the large number of temptations that push some young people to migrate to other countries, whether Arab or Western, in order to obtain what they see as missing in their countries, and with their collision with the laws that force them to leave those countries because they do not have the right to stay , some of them may resort to signing contracts ostensibly that fall into the name of marriage, but their purpose hides another destination that comes out of this contract from His being the basis in building families based on sympathy and compassion aimed at the reconstruction of the land and the establishment of offspring worshiped by God alone, to a contract is just ink on paper signed to achieve worldly goals and material goals, and accordingly arises the following problem, which is looking for the meaning of this marriage and its place of types of marriage and its legal ruling, and to clarify that we divided the plan of our section into two parts; the first of them examines the concept of

marriage of both types of general and mixed and the rule of each, and the second examines the meaning of mock marriage and its jurisprudential adaptation and the most important reasons

Key words:

Technological development; types of marriage; The concept of marriage; reconstruction of the land; mock marriage

مقدمة:

أعود بالله من الشيطان الرجيم، بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

الزواج ميثاق غليظ ينعقد بين الرجل والمرأة لغاية إعمار الأرض من خلال بناء أسر أساسها الدين ولبناتها الأفراد، ولا تتماسك هذه الأسر إلا بتماسك لبناتها، فإنِ اِنخرم جزء منها كانت عرضة للتصدع والانهيار.

والأسرة في بنائها ومجموع أفرادها قد تتفق في الانتماء الوطني والديني وقد تختلف؛ فإن اختلفت سمي رابط الزواج الجامع بينها زواجا مختلطا، وهذا النوع من الزواج ليس بالحادث النازل الجديد على الأمة العربية عموما والإسلامية خصوصا؛ بل عرف منذ فجر الإسلام، فقد تزوج النبي –ﷺ- أم المؤمنين صفية بنت حيي -ﷺ- وقد كانت على غير دين الإسلام حينئذ.

ومع التطور التكنلوجي وانتشار وسائل التواصل الاجتماعي، كثر التعارف بين الشباب، وتلاقحت أفكارهم داخليا –عربيا عربيا- وخارجيا –عربيا غربيا- وأصبح الإنسان العربي والغربي على حد سواء أكثر تقبلا للآخر، فكثر هذا النوع من الزواج، وتعددت أسبابه وغاياته.

غير أنه مع ضعف الوازع الديني والانتماء الوطني والقومي وفساد الأخلاق بشكل عام، ظهر ما يسمى بالزواج المختلط الصوري، الذي يلجأ إليه الكثير من أفراد المجتمع العربي أو الغربي لأسباب عدة ومختلفة، أهمها الحصول على الجنسية وما ينجر عنها من نتائج كالحصول على عمل أو إتمام دراسة أو غيرها.

وبناء على ما سبق يتبادر إلى الفكر الإشكال التالي: ما المقصود بالزواج المختلط الصوري؟ وما أهم أسبابه، وما حكم الشرع في هذا النوع من الزواج؟

وإجابة على هذا الإشكال قسمنا مبحثنا هذا قسمين؛ الأول منهما أجملنا الكلام فيه عن مفهوم الزواج عموما والزواج المختلط خصوصا وحكم الشرع فيهما، وأما القسم الثاني فقد شمل الكلام عن مفهوم الزواج المختلط الصوري وأسبابه وحكم الشرع فيه.

واللهَ نسأل التوفيق والسداد في القول والعمل، ونرجو منه العفو عن الخطأ والزلل.

أولا: مفهوم الزواج

1- تعريف الزواج عموما:

- **أ- الزواج (النكاح) في اللغة:**

الزواج: مصدر الفعل زوج، و " (الزاء)و(الواو) و(الجيم) أصل يدل على مقارنة شيء لشيء، من ذلك [الزوج زوج المرأة. والمرأة زوج بعلها]، قال الله جل ثناؤه: (اسكن أنت وزوجك الجنة) [البقرة: 35] (فارس، 1979م، صفحة 35).

النكاح: مصدر للفعل نكح، و"**(النون) و(الكاف) و(الحاء) أصل واحد، وهو البضاع. ونكح ينكح. وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم. يقال نكحت: تزوجت. و أنكحت غيري** (فارس، 1979م، صفحة 475). **قال صاحب تاج العروس: "النكاح هو التزويج لأنه سبب الوطء، وتزوج في بني فلان أي نكح فيهم** (الزبيدي، 1424هـ، صفحة 23، 195)، **فسمي الزواج نكاحا لاقتران الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل على الوجه المشروع.**

- **ب- الزواج (النكاح) في الشرع:**

يطلق ويراد به أحد معنيين؛ العقد أو الوطء، وقد جاء في كتاب الله تعالى وحديث نبيه عليه السلام كثيراً للعقد، وهو أكثر استعماله في الشرع؛ قال الله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) [النساء:22]، (وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ) [البقرة: 219]، (وَلَاتَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا) [البقرة: 219]، و (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) [النساء: 03]، و {فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} [النساء: 25]، وقد ورد أيضاً بمعنى الوطء وذلك في قوله تعالى: {حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ} (5)، وقوله سبحانه: (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً)(6) الآية، على خلاف في تأويلها بين العلماء (عياض، 2011، الصفحات 235-236).

- **ج- الزواج في اصطلاح الفقهاء:**

اختلف الفقهاء في بيان تعريف الزواج (النكاح) وكلها تدور حول معنى واحد، منها ما جاء في كتاب الأحوال الشخصية لأبي زهرة أنه "عقد يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع" (محمد، 1957، صفحة 17).

فقوله "على الوجه المشروع" متضمن لقول الفقهاء "عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة، وحل استمتاع المرأة بالرجل" (الزحيلي و.، صفحة 6512)، فلا يحل بين متماثلي الجنس، كما أنه متضمن لشروط النكاح التي بينها الفقهاء في هذا الباب، والتي اذا اختل منها شرط أو ركن يكون العقد فيها باطلا أو فاسدا على خلاف بين العلماء في المعنين، والمتعلق من هذه الشروط في بابنا هذا شرط الديمومة وهو من شروط صحة الزواج حيث تكون الصيغة مؤبدة غير مؤقتة (الزحيلي و.، صفحة 6550)، قصدا إلى بناء الأسرة وإكثار النسل وإعمار الأرض، والتأقيتُ يخالف ذلك.

- **د- حكم الزواج (النكاح):**

الزواج مشروع بالكتاب والسنة والإجماع، وله أحوال (الزحيلي و.، الصفحات 6516-6517):

- يكون الزواج عند عامة الفقهاء فرضاً إذا تيقن الإنسان الوقوع في الزنا لو لم يتزوج، وكان قادراً على نفقات الزواج من مهر ونفقة الزوجة، وحقوق الزواج الشرعية، ولم يستطع الاحتراز عن الوقوع في الفاحشة بالصوم ونحوه؛ لأنه يلزمه إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وطريقه الزواج.

- يحرم الزواج إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والإضرار بها إذا تزوج، بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج، أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى؛ لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام.

- يكره الزواج إذا خاف الشخص الوقوع في الجور والضرر خوفاً لا يصل إلى مرتبة اليقين إن تزوج، لعجزه عن الإنفاق، أو إساءة العشرة...

- ويكون للاستحباب أو الندب في حال الاعتدال: يستحب عند الجمهور غير الشافعي الزواج إذا كان الشخص معتدل المزاج، بحيث لا يخشى الوقوع في الزنا إن لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته إن تزوج. وحالة الاعتدال هذه هي الغالبة عند أكثر الناس.

2- تعريف الزواج المختلط:

كان الدين في بداية الأمر الضابط الذي يقيد مفهوم الزواج المختلط، فكان كل شخص يدخل في الإسلام يعتبر من المسلمين وينتمي إلى دولتهم، ثم لما انقسمت الدولة الإسلامية وصارت دويلات، وصار حكم العالم الغربي هو الغالب وكانت هذه الدول خاضعة للقانون الدولي، انتقل الضابط من الضابط الديني إلى ضابط الجنسية السياسية، هذه الأخيرة التي صارت تنبنى على أساها العلاقة بين الفرد والدولة في مسألة الزواج المختلط، والجزائر من الدول التي اعتمدت ضابط الجنسية بعد الاستقلال باعتبار أن قانونها حديث النشأة (مختار و بن بعلاش خليدة، 2022)، فالمشرع الجزائري أسند قانون الأحوال الشخصية ومنها عقد الزواج إلى مبدأ الجنسية، مع العلم أن معظم مواده القانونية مستمدة من الشريعة الإسلامية، (زلاسي، 2000م، الصفحات 07-08).

فجمعا بين الضابطين وتحقيقا لجميع وجوه الزواج المختلط خاصة المبني على أساس الجنسية والمستمد من التشريع الإسلامي اخترنا التعريف التالي:

- الزواج المختلط هو "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة" (زلاسي، 2000م، صفحة 06).

3- حكم الزواج المختلط:

قبل بيان حكم الزواج المختلط نقدم لهذا الباب بذكر أقسامه بناء على ضابطَيِ الدين والجنسية:

أ- **أقسامه:**

1- باعتبار الدين:

متفقين في الدين	مسلمين		1/ جنسية واحدة
			2/ جنسيتين مختلفتين
	كتابيين		3/ جنسية واحدة
			4/ جنسيتين مختلفتين
	كافرين		5/ جنسية واحدة
			6/ جنسيتين مختلفتين
مختلفين في الدين	الرجل مسلم	المرأة كتابية	7/ جنسية واحدة
			8/ جنسيتين مختلفتين
		المرأة كافرة	9/ جنسية واحدة
			10/ جنسيتين مختلفتين
	المرأة مسلمة	الرجل كتابي	11/ جنسية واحدة
			12/ جنسيتين مختلفتين
		الرجل كافر	13/ جنسية واحدة
			14/ جنسيتين مختلفتين

2- باعتبار الجنسية:

متفقين في الجنسية	متفقين في الدين	1/ مسلم/ مسلمة
	مختلفين في الدين	2/ مسلم/ كتابية
		3/ مسلم/ كافرة
		4/ مسلمة/ كتابي
		5/ مسلمة/ كافر
مختلفين في الجنسية	متفقين في الدين	6/ مسلمين
		7/ كتابيين
		8/ كافرين
	مختلفين في الدين	9/ مسلم/ كتابية
		10/ مسلم / مشركة
		11/ مسلمة /كتابي
		12/ مسلمة/ مشرك

ينتج مما سبق ستة وعشرون نوعا من أنواع الزواج، نطرح ما لا يدخل في الزواج المختلط بناء على الاعتبارين؛ (1+ 3+ 5) من القسم الأول (اعتبار الدين)، و(1) من القسم الثاني (اعتبار الجنسية)، يبقى لنا اثنان وعشرون نوعا موزعة على ثلاثة أضرب:

الأول: يجمع ستة أوجه وهي؛ متفقين في الدين مختلفين في الجنسية بأن كانا:

- مسلمين مختلفين في الجنسية: كأنا يكون الرجل جزائري والمرأة فلسطينية أو ألماني والمرأة جزائرية ...أو العكس.
- كتابيين مختلفين في الجنسية.
- كافرين مختلفين في الجنسية.

الثاني: يجمع ثمانية أوجه مكررة وهي؛ مختلفين في الدين متفقين في الجنسية:

- مسلم / كتابية: سواء كانا جزائريين أو فلسطينيين أو ألمانيين.
- مسلم / كافرة // // // // // // // // // // // // // // ///
- مسلمة / كتابي // // // // // // // // // // // // // // ///
- مسلمة كافر // // // // // // // // // // // // // // ///

الثالث: يجمع ثمانية أوجه كذلك مكررة وهي: مختلفين في الدين مختلفين في الجنسية:

- مسلم / كتابية: سواء كان الرجل جزائري والمرأة ألمانية أو العكس.
- مسلم / كافرة. // // // // // // // // // // // // // // ///
- مسلمة / كتابي // // // // // // // // // // // // // // ///
- مسلمة كافر // // // // // // // // // // // // // // ///

ب- **حكمه:**

وبما أننا لسنا في مسرد هذا البحث بصدد بيان حكمه بالنسبة للقوانين الوضعية فالبحث هنا فقهي خاص، والقوانين الوضعية قد يكون لها اتفاق كلي بهذه الأحكام أو انفاق جزئي أو اختلاف تام وليس هذا مقام ذكرها وبيانها، إذ الأولى بيانها في مقام خاص يتم فيها المقارنة بين الأحكام التشريعية الإسلامية والأحكام الوضعية، وعليه نقول أن حكم الزواج المختلط في الشريعة الإسلامية بناء على الأقسام السالفة الذكر هو :

أ- أحكام الضرب الأول -الاتفاق في الدين- :

أ-1- إن كانا مسلمين فهما يخضعان لأحكام الشريعة في عقود النكاح، سواء اتفقا في الجنسية أو اختلفا، والنكاح صحيح وحكمه على حسب حاجة المسلم من الضرورة والحاجة للنكاح أو لا كما بيناه في باب "حكم النكاح"، كما أنهما يخضعان للأحكام الوضعية للدولة التي تم فيها العقد، وذلك ما لم تخالف (الأحكام الوضعية) شرطا من شروط عقد الزواج الشرعي.

أ-2- إن كانا غير مسلمين بأن كانا كتابيين أو كافرين سواء اتفقا في الجنسية أو اختلفا فلا يخضعان لأحكام الدين الإسلامي وكل يخضع لأحكام شريعته وكل ينكح حسب أحكام دينه، وأما عن حكم الشرع في صحة نكاحهما فالاختلاف بين الفقهاء في ذلك، فالمالكية على أنها فاسدة والحنفية والشافعية صحيحة (الوهاب، 1999م، صفحة 709).

ب- أحكام الضرب الثاني والثالث -الاختلاف في الدين-:

ب-1- ، مسلمة بكتابي، مسلمة بكافر: الاتفاق بين الفقهاء على حرمة نكاح أمثال هؤلاء وعدم صحته إن وقع، وكذلك نكاح مسلم بكافرة (الغرناطي، 2013م، صفحة 341).

ب-2- مسلم / كتابية:

الأصل في الزواج من الكتابيات في الشريعة الإسلامية عند جمهور الفقهاء الإباحة قال تعالى: (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ) [المائدة: 05]، وخالف بعض الصحابة ذلك، إلا أن الراجح هو الإباحة توسيعا لدائرة التسامح والألفة شرط:

- الاستيثاق من كونها كتابية غير ملحدة ولا مرتدة أو تدين بدين غير سماوي، وذلك آكد في زماننا هذا حيث غاب الدين وخيف على أبنائنا المسلمين من موجة الإلحاد والعلمانية، فما بالك بمن ولد بين والدين لا يعرفان من مسيحيتهما أو يهوديتهما إلا الاسم.
- ثم تقيد الإباحة أيضا بكونها –أي الكتابية- عفيفة محصنة (وذلك يقل أو يندر ولكن لا ينعدم ففي كل مكان تكمن بذرة خير)، كما يشترط لهذا النوع من النكاح ألا تكون حربية فقد فرق جماعة من الفقهاء بين الذمية والحربية، قال ابن عباس –ﷺ: "من نساء أهل الكتاب من يحل لنا ومنهم من لا يحل لنا، وقرأ قوله تعالى: ق(قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ)، [التوبة: 29]، فمن أعطى الجزية حل لنا نساؤه ومن لم يعط الجزية لم يحل لنا نساؤه"، قال

الإمام القرضاوي –رحمة الله عليه-: "ولا ريب أن لرأي ابن عباس وجاهته ورجحانه لمن يتأمل.. "، إلى أن قال: "...وكيف يؤمن أن تطلع على عورات المسلمين وتخبر بها قومها؟!" وكانت خاتمة كلامه –رحمه الله- رجحان هذا القول مع اليهوديات خاصة في وقتنا الحالي الذي قامت فيه الحرب بيننا وبين اليهود" (القرضاوي، 2017م، صفحة 164، 270).

ثانيا: مفهوم الزواج المختلط الصوري:

1- تعريف الزواج المختلط الصوري:

ويسمى الزواج الأبيض أو الخيالي وهو العقد الذي لا يقصد أطرافه حقيقة الزواج الذي شرعه الله ورسوله، فلا يتقيدون بأركانه وشروطه، ولا يحرصون على انتفاء موانعه، بل يتفق أطرافه على عدم المعاشرة صراحة أو ضمنا، فهو مجرد إجراء إداري لتحصيل بعض المصالح أو دفع بعض المفاسد (الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، و محمد بن إبراهيم الموسى، 2011، صفحة 33).

2- التكييف الفقهي للزواج المختلط الصوري:

أ- الزواج المختلط الصوري والزواج الشرعي:

بالنظر إلى مفهوم الزواج المختلط الصوري والزواج الشرعي نجده يختلف عنه وذلك لاختلال بعض الشروط المعتبرة في النكاح الشرعي وهي:

1- **الديمومة**: وهو شرط في الصيغة وهو أحد أركان النكاح، فإذا اقترن النكاح بالتاقيت انصرف إلى نكاح المتعة وهو منهي عنه، ولأن ذلك ينافي الحكمة منه وهي إدامة المودة والألفة وإقامة الأسر المستقرة ورعايتها، لبناء المجتمع المسلم الصالح (الغرياني، 2002م، صفحة 517).

2- كما اتخرم المقصد الأساس في هذا العقد وهو استمرار النسل وإعمار الأرض بالفرد الصالح وذلك عن طريق إحصانه بالنكاح الصحيح لتحقيق العبودية لله وهو المقصد الأعظم لخلق البشر،

3- **عدم إعسار الزوج**: وهو شرط في الكفاءة، وهو غالبا مفقود فيمن يقصد الزواج بأجنبية قصد الحصول على الجنسية في البلد الأجنبي بغية الحصول على عمل، فهو في أصل حاله معسر محتاج للمال قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "ودليلنا على اعتبار المال أن في عدمه إضرارًا بها، لأنه إما أن يأكل مالها، أو لا ينفق عليها، فتحتاج إلى مطالبته بالطلاق، وذلك نقص في العادة" (الوهاب، 1999م، صفحة 696).

ثم إن حكم الزواج في ذلك كله إن كان بين شخصين مختلفي الجنسية خاضع للقانون الحاكم في عقد الزواج؛ فإن كان البلد ممن يخضع أهله عقود النكاح للشريعة الإسلامية، أو ممن كانت قوانين الأسرة الوضعية فيه مستمدة من أحكام الأسرة الشرعية فالحكم بالصحة، أما إن حكم قانون دولة قد يختل فيه بعض شروط النكاح الشرعي أو كله، فلا يصح النكاح في ذلك قال القاضي "ودليلنا أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط منها ولي، ورضا المرأة، وأن لا تكون في عدة، وأنكحتهم خالية من هذا، فوجب فسادها، ألا ترى أن أنكحة المسلمين إذا عريت منه كانت فاسدة، فأنكحة أهل الشرك أولى" (الوهاب، 1999م، صفحة 709)، ووجه استدلالنا أنه إن عريب أنكحة المسلمين من بعض شروط النكاح عدت فاسدة، وكذا

أنكحة الكفار بعضهم ببعض، دل على فساد أنكحة الكفار والمسلمين بعضهم ببعض إن خلت من تلك الشروط أو بعضها، والله تعالى أعلى وأعلم.

ب- الزواج المختلط الصوري و:

1- **نكاح المتعة**: وهو قول الرجل للمرأة أعطيك كذا على أن أتمتع بك يوما أو شهرا أو مدة إقامتي في البلد، واتفق جمهور الفقهاء على حرمته وبطلان عقده ولم يفرق المالكية والشافعية في صيغته بين لفظ التمتع أو الزواج والنكاح المؤقتين، وفرق بينهما الحنفية (الإسلامية، 002م، صفحة 333، 340).

فيتفقان في التأقيت، ويختلفان في قصد الاستمتاع أو عدم القصد له، فسبب نكاح المتعة الاستمتاع مدة معينة سواء كانت في نفس البلد أو غيره، وسواء مسلمة أم لا، أما النكاح الصوري فلا يقصد به الاستمتاع ولا هو من أسبابه، وإنما القصد منه تحقيق غرض لولا هذا النكاح لامتنع عنه الظفر به، كاكتساب الجنسية (الإقامة في بلد)،...

2- **النكاح المؤقت**: وهو أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام أو سنة أو نحو ذلك، وهو عند الحنفية يخالف نكاح المتعة بالشهادة وذكر لفظ التزويج في المؤقت دون المتعة (الإسلامية، 002م، صفحة 242).

والنكاح المؤقت يختلف عن النكاح الصوري في قصد الاستمتاع، فيقصد إليه في المؤقت ولا يقصد في الصوري، ويتفقان في التأقيت إلا أن التأقيت في الصوري محدد بغاية وفي المؤقت بزمن معين كقوله عشرة أيام ونحوها.

3- **النكاح بنية الطلاق**: وهو أن يتزوج امرأة بنية الطلاق بعد شهر أو أكثر أو أقل، ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى صحة هذا الزواج سواء علمت المرأة أو وليها بهذه النية أم لا، لخلو العقد من شرط يفسده، ولا يفسد العقد بالنية، لأنه قد ينوي ما لا يفعل ويفعل ما لا ينوي، وذهب البعض من الشافعية إلى الكراهة، والصحيح عند الحنابلة حرمته لأنه نوع من أنواع نكاح المتعة (الإسلامية، 002م، الصفحات 343-344).

قد يضمر التأقيت فيهما معا وقد يصرح في الصوري دون النكاح بنية الطلاق فيتفقان في أحد الأوجه، ويختلف عنه في قصد الاستمتاع فيقصد في النكاح بنية الطلاق ولا يقصد في الصوري.

4- **النكاح بشرط الطلاق**: وهو لا يصح عند المالكية والشافعية والحنابلة سواء كان محددا بوقت معلوم كشهر أو سنة، أو بمجهول كأن يشترط طلاقها إن قدم أبوها، وذهب الحنفية وبعض الشافعية والحنابلة إلى صحته وعلتهم في ذلك أن اشتراط القاطع يدل على انعقاد النكاح مؤبدا وبطل الشرط كما ان اشترط أن لا يتزوج عليها أو يسافر بها (الإسلامية، 002م، صفحة 344).

فالفرق بينهما في القصد للاستمتاع، فيقصد في النكاح بشرط الطلاق ولا يقصد في النكاح الصوري.

ملاحظات:

- الزمن في كل من المعلق بشرط والمتعة والمؤقت محدد بوقت، أما الصوري فمحدد بانقضاء الحاجة والسبب الدافع له .
- الزواج الصوري في تكييفه الفقهي يقترب من النكاح بنية الطلاق، إلا أنه يفارقه في قصد الاستمتاع، فالزواج بنية الطلاق تتحقق فيه شروط النكاح عدا النية، وهي ليست سببا موجبا لبطلانه عند الجمهور، لأن النية أمر خفي، وهي إلى جانب ذلك خاضعة لحال الزوجين قد تتغير بتغير حالهما، فتنقلب من التأقيت إلى التأبيد، غير أن الزواج الصوري قد لا تتحقق فيه شروط

النكاح الشرعي، وقد تكون النية فيه مصرح بها، وقد يخضع الرجل والمرأة لمجرد عقد مدني لتحقيق غاية وبلوغ هدف فيتم الطلاق.

- فيتفقان في التأقيت وقصد عدم الاستمرارية، وعدم إرادة المقصود الحقيقي للنكاح من تكوين الأسرة وإعمار الأرض.
- ويختلفان في كون الصوري قد يصرح بالتأقيت فيه أثناء العقد بخلاف الزواج بنية الطلاق، كما يختلفان في القصد للاستمتاع من عدمه فيقصد له في الزواج بنية الطلاق بخلاف الزواج الصوري، كما أن الزواج الصوري غالبا ما يتفق فيه على مبلغ من المال للشخص المريد تحصيل غاية من الغايات التي ألجأته لهذا النوع من الزواج.

5- **نكاح المحلل**: الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فإن مالكا قال: هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي: هو نكاح صحيح، وعلة الخلاف اختلافهم في معنى قوله –ﷺ: «لعن الله المحلل»، فمن فهم من لفظ "لعن" التأثيم قال بصحة العقد، ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال بفساده (رشد، 1975م، صفحة 59).

فيتفق معه الصوري في اثنتين؛ التأقيت، وإحدى صور نكاح المحلل وهو أن يقصد ابرام العقد من غير وطأ -أي نكاح على ورق- ، ويخالفه في الصورة الأخرى التي يحصل بها الوطء مع التأقيت.

3- **حكم الزواج الصوري:**

بناء على ما سبق بيانه:

النكاح الصوري أشبه بنكاح المحلل لأنه لا يراد به النكاح حقيقة بل لتحليل المرأة لمطلقها ثلاثا (الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، و محمد بن إبراهيم الموسى، 2011، صفحة 33)، إذ لا يحصل منه الوطء غالبا.

وألحق بعض المعاصرين هذا النوع من النكاح بنكاح الهازل الذي اختلف فيه بين الفقهاء –الخلاف في نكاح الهازل- فقال الشافعي نكاحه –أي الهازل- لا يصح بخلاف طلاقه، وسوى المالكية بين جميع تصرفاته (خويرة، 2018).

والظاهر أن الزواج الصوري أقرب إلى كونه من باب نكاح التحليل وإن تردد بينهما –أي المحلل ومن قال بعدم صحة نكاح الهازل- لأن عدم القصد والهزل فيه سواء، إذ القصد أساس في كل الأعمال والعقود من الأعمال خاصة إذا وصف هذا العقد "بالميثاق الغليظ" فيتوجب أن يكون القصد فيه واضحا أكيدا صحيحا لا غبار عليه من إعراض عنه كنكاح المحلل، أو عدم اتضاحه –أي القصد- كقصد الهازل، والله تعالى أعلى وأعلم.

4- **أسباب الزواج الصوري** (خويرة، 2018):

تختلف أسباب المقبلين على الزواج باختلاف غاياتهم، نذكر منها:

أ- نقل ألقاب النبلاء أو أي لقب آخر مشهور، وقد لا يكون هذا الغرض دافعا في وقتنا الحالي إلا في بعض الدول القائمة على النظام الملكي، حيث يلجأ إليه ولي العهد للحفاظ على اسم العائلة الملكية ثم هو من جانب آخر يعيش حياته مع شخص آخر.

ب- التخلص من عدم الأهلية للخلافة كما هو مقرر في بعض القوانين كالقانون الكاثوليكي.

ت- الإعفاء من الخدمة الوطنية في الفترة التي كان يعفى فيها الرجال المتزوجون.

ث- يسمح الزواج الصوري في فترة الحرب العالمية الثانية لبعض اليهود بتجنب ترحيلهم إلى ألمانيا، ومن أهم أسباب الزواج المختلط الصوري:

ج- الحصول على الجنسية في البلد المضيف:

والتجنس بالجنسية الأجنبية إما أن يكون جائز إذا لم يكن من شروط الدولة التي تمنح الجنسية التخلي عن مبادئ الشريعة الإسلامية، أو الحرمة إن اشترط في منح الجنسية التخلي عن مبادئ الشريعة (صابر، 2012م، صفحة 213، 281).

وينتج عن الحصول على الجنسية فروع عدة من الفوائد:

- الحصول على فرصة اتمام الدراسة في حال لم يتحصل الشخص على منحة لذلك.
- تجنب الطرد من البلد الأجنبي والحصول على المساعدات المالية.
- الحصول على منحة البطالة كما هو حال بعض الجزائريين في فرنسا.
- الحصول على فرصة عمل أفضل لانخفاض عملة البلاد وارتفاع عمل البلدان الأجنبية.
- وقد يلجأ له البعض من أجل الإقامة في المملكة العربية السعودية للحج أو العمرة لعدم القدرة على تكاليفهما
- الحق في التمتع بمباشر الحقوق السياسية فيها، وكذلك حق الدخول إليها والخروج منها دون قيد، كما تعد وسيلة لحماية الفرد في المجتمع الدولي إذ تستطيع الدولة حماية من ينتسب إليها حين تواجدهم خارجها، وكذا يستحق المكتسب للجنسية في دولة ما تولي بعض الوظائف التي تقصرها تلك الدولة على مواطنيها (حسين إبراهيم، 2022م).

خاتمة:

وخلاصة الكلام في هذا الباب:

- الزواج الصوري أو ما يسمى بالأبيض أو الوهمي أو على الورق زواج بقصد الحصول على الجنسية زواج محرم لا يصح، وهو باطل يفسخ من غير طلاق ولا تلحق صاحبيه آثار النكاح الصحيح من الحاق نسب وتوارث وغيرها...، وذلك لأنه زواج لم تتحقق فيه أركانه وشروطه وعري من مقصده الأساس في بناء الأسرة من استمرار النسل، وصار كعقود البيع حيث بيعت المنفعة الناتجة عنه من الحصول على الجنسية مقابل مال يدفع لمن تتحقق بالزواج به هذه المصلحة.
- الراغب في مثل هذا الزواج لتحقيق غاية الحصول على الجنسية أمام أمرين يحتكم فيهما للشريعة:
- الأول: النظر في هذا التجنس هل يحصل معه التخلي عن مبادئ الشريعة أم لا.
- الثاني: النظر في مقصد هذا النكاح.

فالعمل عليه اثنين؛ تحقيق المقصد من الزواج ليكون شرعيا، ثم النظر في أثر التجنس إن لم يتخل معه عن بعض مبادئ الشريعة أو كلها.

لذلك يوصى في ختام كلامنا:

- العودة بأبنائنا إلى مبادئ دينهم والاهتمام بتربيتهم تربية إسلامية وسد الثغرات التي تركها التعليم بأطواره المختلفة كما تركتها الأسرة لانشغال الوالدين عن أهم دور لهما وهو تربية النشأ على مبادئ الشرع.
- توعية شبابنا المقبلين على الهجرة بأحكام دينهم وما يتعلق بها من النوازل في البلاد الغربية وخاصة ما يتعلق ببناء الأسرة، إذ أكثرهم يغفلون عنها بسبب بعدهم عن دينهم.

قائمة المراجع

أبو الحسين أحمد بن فارس. (1979م). *معجم مقاييس اللغة* (المجلد 03، 05). دمشق، سوريا: دار الفكر.

أبو الفضل القاضي عياض. (2011). *التنبيهات المستنبطة على الكتب المدونة والمختلطة* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، ابنان: دار ابن حزم.

أبو الفضل محمد مرتضى الزبيدي. (1424هـ). *تاج العروس من جواهر القاموس* (الإصدار 2، المجلد 6،7). دمشق، سوريا: دار الفكر.

أبو الوليد محمد بن رشد. (1975م). *بداية المقتصد ونهاية المجتهد* (الإصدار 4، المجلد 2). مصر: مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

أبو زهرة محمد. (1957). *الأحوال الشخصية* (المجلد 3). القاهرة، مصر: دار الفكر.

أبو محمد القاضي عبد الوهاب. (1999م). *الإشراف على نكت مسائل الخلاف* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: دار ابن حزم.

الزحيلي, و. ب. (s.d.). *الفقه الإسلامي وأدلته* (éd. 4, Vol. 9). دمشق, سوريا :دار الفكر.

الصادق عبد الرحمن الغرياني. (2002م). *مدونة الفقه المالكي وأدلته* (الإصدار 1، المجلد 2). بيروت، لبنان: مؤسسة الريان.

بشرى زلاسي. (2000م). الزواج المختلط إشكالية تنازع القوانينمن حيث انعقاده وبثاره (رسالة ماجستير). كلية الحقوق بن عكنون، الجوائر.

خالد محمد حسين إبراهيم. (أكتوبر, 2022م). الزواج بقصد الحصول على الجنسية صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي. *مجلة روح القوانين، 2*(100)، الصفحات 935-115.

شامي مختار، و بن بعلاش خليدة. (2022). القانون المختلط الصوري وتجريمه في القانون الجوائري. *المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، 7*(2)، الصفحات 338-351.

عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، و محمد بن إبراهيم الموسى. (ديسمبر, 2011). *الفقه الميسر* (الإصدار 1، المجلد 11). الرياض، السعودية: دار الوطن للنشر.

محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي. (2013م). *القوانين الفقهية* (الإصدار 1). بيروت، لبنان: دار ابن حزم.

محمد بن قادة خويرة. (3 8, 2018). صورية عقد الزواج. *مجلة القانون، 6*(2)، الصفحات 131-145.

مصطفى صابر. (2012م). *فتاوى الشيخ أحمد حماني استشارات شرعية ومباحث فقهية* (الإصدار 1، المجلد 1). الجزائر، الجزائر: عالم المعرفة.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (002م). *الموسوعة الفقهية* (الإصدار 1، المجلد 41). الكويت، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامة.

يوسف القرضاوي. (2017م). *فقه الأسرة وقضايا المرأة* (الإصدار 1). تركيا: الدار الشامية.

الجوانب القانونية للزواج المختلط الصوري

Légal aspects of sham mixed mariage

محمد بن قادة خويرة
أستاذة محاضرة " أ "، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، وهران/ الجزائر
University Oran2 Mohamed Ben Ahmed , Oran/ Algeria

الملخص

الزواج المختلط هو الزواج الذي يجمع شخصين من جنسية وعرق أو الدين مختلفة، وهو يثير العديد من الإشكالات القانونية، في الحالات العادية، و يزداد الأمر تعقيدا إدا ما كان مختلطا وصوريا في نفس الوقت، حيث تجتمع إشكالات الاختلاط و إشكالات الصورية.

وقد عرفت ظاهرة الزواج المختلط الصوري أو ما يسمى بالزواج المختلط الأبيض في الدول الأوروبية، انتشارا واسعا خاصة لدى فئة الشباب، فقد يقوم رجل وامرأة بإتباع كل الإجراءات الشكلية اللازمة لعقد الزواج، دون أن تكون لديهما نية المعاشرة كزوجين ، ودلك من أجل تحقيق أهداف معينة أو تجاوز بعض العقبات القانونية أو الواقعية.

وقد تباينت الآراء الفقهية والقضائية حوله، فهناك من قال بصحته واعتبره زواجا صحيحا مرتبا لكل آثاره القانونية، وهناك من قال ببطلانه واعتبره زواجا باطلا لا أساس له، وبين الرأيين يبقى الحل الأمثل هو تحصين الزواج ضد الصورية، بتجريمها عامة وفي عقد الزواج خاصة، باعتباره عقد مقدس في الشريعة الإسلامية و في جميع الديانات، لا يمكن أن يكون محلا للهزل، ولا أن يتخذ طريقا للوصول إلى أغراض أخرى غير التي شرع من أجلها.

الكلمات المفتاحية:

الزواج المختلط، الزواج الصوري، الزواج المختلط الصوري، الصورية المطلقة، الصورية النسبية

Abstract

Mixed marriage is the marriage that brings together two people of different nationality, race or religion, and it raises many legal problems, in normal cases, and the matter becomes more complicated if it is mixed and fake at the same time, where the problems of mixing and the problems of sham meet.

The phenomenon of sham mixed marriages, or the so-called white mixed marriages, has become widespread in European countries, especially among young people. A man and a woman may follow all the formal procedures necessary for a marriage contract, without having the intention of cohabiting as a married couple, and that is in order to achieve certain goals or Overcome some legal or factual hurdles.

The jurisprudential and judicial opinions differed about it, as there are those who said its validity and considered it a correct, arranged marriage for all its legal effects, and there are those who said its invalidity and considered it an invalid and baseless marriage. Sacred in Islamic law and in all religions, it cannot be a place for humor, nor be taken as a way to reach purposes other than the one for which it was prescribed.

key words:

Mixed marriage, sham marriage, sham mixed marriage, Absolute sham, sham relative

مقدمة

الزواج المختلط هو ظاهرة اجتماعية ترتبط مباشرة بالهجرة، وهي حاليا في تزايد مسمتر، بسبب الانفتاح الاجتماعي والثقافي الذي يعيشه العالم اليوم، والذي يرجع سببه الرئيسي إلى التطور الهائل في وسائل الاتصال، التي سهلت التعارف والاختلاط بين الأديان والجنسيات، وقربت المسافات بين الدول، حتى جعلت من العالم قرية صغيرة.

ويختلف مفهوم الزواج المختلط عند الباحثين المختصين، كل منهم يراه من وجهة نظره، وبناء على معار اعتمده، فهناك من أخد بمعيار الجنسية وعرفه الزواج بأنه عقد يربط أحد الزوجين بالآخر برباط قانوني واجتماعي، وإذا تم بين الزوجين مختلفي الجنسية يسمى بالزواج المختلط (بلحاج، 2010، صفحة 284) .

والبعض قال بأنه ارتباط بين شخصين من جنسيتين مختلفتين(sosieté-et- immigration) .

وهناك من أخد بمعيار بلد الميلاد وعرف الزواج المختلط بأنه الارتباط بين شخصين مولودين في بلدين مختلفين.

وغالبا ما يؤدي الاختلاف في الأسس الاجتماعية والدينية والأخلاقية والقانونية الزواج، إلى اختلاف أحكامه من دولة إلى أخري، وهدا ما يجعل الزواج المختلط يثير عدة مشاكل، ومن جميع النواحي.

هدا ويمكن أن يكون الزواج المختلط زواجا حقيقيا قائما بكل أركانه وشروطه، ويحقق الهدف منه في الحالات العادية، كما يمكن أن يكون صوريا تغيب فيه النية الحقيقية للمعاشرة الزوجية، ويكون الهدف منه لدي أحد الزوجين أو كلاهما، هو الحصول على أحد ميزات الزواج.

وقد عرفت ظاهرة الزواج المختلط الصوري أو ما يسمى الزواج المختلط الأبيض في الدول الأوروبية، انتشارا واسعان خاصة لدى فئة الشباب، فقد أن نكون يقوم رجل وامرأة بإتباع كل الإجراءات الشكلية اللازمة لقد الزواج، دون لديهما نية المعاشرة كزوجين ، ودلك من أجل تحقيق أهداف معينة أو تجاوز بعض العقبات القانونية أو الواقعية، التي يمكن حصرها فيما يلي تسهيل الحصول على جنسية دولة معينة، التهرب من تطبيق نظام الأجانب على الأجنبي المقيم بدولة أجنبية والاستفادة من مزايا مواطنين الدولة، فقد لجأ إليه في البداية من نقل ألقاب النبلاء أو أي لقب آخر مشهور، و لجأت إليه إمرة من أجل الحصول على الحرية، وشاب أعزب من أجل التخلص مكن عدم أهليته للخلافة بسبب عدم زواجه، وفقا لما كان مقررا بموجب أحكام القانون الكاثوليكي، وبعدها قامت فتاة بعقد زواج صوري من أجل الحصول على هبة والدتها فطبقا لقوانين الجمهورية الليغورية، لا يمكن للبنت أن تستفيد إلا من حق الانتفاع من الهبة إلى غاية زواجها، وأن الملكية الكاملة لا تنتقل إليها إلا بالزواج، لجا إليه كذلك من أجل إضفاء الشرعية على الابن المولود قبل الزواج، ومن أجل عبور الحدود، والتخلص من الخدمة الوطنية خلال الفترة التي كان يعفى فيها الرجل المتزوج، كما مكن الزواج الصوري خلال الحرب العالمية الثانية بعض اليهود من تجنب الترحيل إلى ألمانيا، وفي البرتغال يسمح الزواج الصوري الذي لم تكتشف صورية بتخفيض العقوبة، فيمكن مثلا للأب الطبيعي الذي لا يدفع النفقة الغدائية لابنه من التخلص من عقوبة السجن، كما يسمح بتجنب الطرد نمن البلد الأجنبي والحصول على المساعدات المالية (السنهوري، 1998، صفحة 407).

وتجدر الإشارة إلى أن الزواج المختلط الصوري يكون في الأغلب الحالات بناء على اتفاق الطرفين أي الزوجين، وبمقابل مادي يتم الاتفاق عليه ، يدفع مسبقا أو على أقساط ، حسب الاتفاق، وفي باقي الحالات القليلة لا يسبقه أي اتفاق ، حيث يخفي الطرف الذي يرغب في الزواج الصوري، نيته الحقيقية ويتظاهر بأنه يرغب في الزواج حقيقة، ويوهم على الطرف الثاني بدلك و في الحالتين يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية له **فهل يعتبر للزواج المختلط الصوري زواجا حقيقيا نافدا ومرتبا لكل الآثار القانونية لعقد الزواج الصحيح، أم أنه مجرد زواج على ورق لا أساس له من الناحية القانونية؟.**

ومن أجل الإجابة على هده الإشكالية، حاولنا جمع المعلومات المتعلقة بالموضوع وتحليلها بإتباع المنهج التحليلي، ثم استخلاص الأحكام القانونية التي تؤطر الموضوع، كما عرجنا على أراء ومواقف الفقه والقضاء والشريعة الإسلامية بخصوص هدا النوع الزواج، من خلال المنهج الوصفي .

وقد قسمنا هده الدراسة إلى ثلاث محاور رئيسية، تناولنا في المحور الأول مفهوم الزواج المختلط الصوري، وفي الثاني أحكامه، وفي المحور الثالث موقف الفقه والقضاء والشريعة الإسلامية منه.

أولا: مفهوم الزواج المختلط الصوري

إدا كان من المفروض أن يطابق مضمون العقود الواقع فتكون بدلك عقودا حقيقية، إلا أن الطرفان قد يتفقان على إخفاء حقيقة تصرفهما، وإظهار تصرف قانوني آخر، فيكون هناك اتفاقين، أحدهما خفي والثاني ظاهر، حيث يعدم أو يغير أو ينقل التصرف الظاهر آثار التصرف الخفي، و هدا ما اصطلح على تسميته بالصورية التي تجد في العقود المالية مجالا خصبا لها، علا خلاف عقود الحالة المدنية، لهدا تعتبر الصورية في عقود الزواج حالة خاصة.

وقد ارتبطت الصورية في عقود الزواج بالزواج المختلط، فنجد نسبة كبيرة من الزواج المختلط صوريا، ونادرا ما تكون في الزواج العادي، كحالة تحليل المرأة لزوجها بعد طلقها ثلاثا[1].

1.تعريف الزواج المختلط الصوري

الزواج المختلط الصوري هو الزواج الذي يجمع شخصين من جنسية وعرق أو الدين مختلفة، والدي لا يقصد به حقيقة الارتباط، فهو مجرد زواج اسمي لا تترتب عليه أي حقوق أو واجبات(Le petit la rousse, 2007) .

ويستعمل الباحثون الأمريكيون مفهوم العرق كمعيار أساسي في الزواج المختلط ، ومعيار الثنائيات (ابيض، أسود) ، (أبيض، آسياوي) ، أو (أبيض، اسباني)، الدين يمثلون في الولايات المتحدة الأمريكية التركيبة الرسمية لزواج المختلط .(Byrd & Garwick, 2006)

أما الباحثون في كندا فيولون أهمية اكبر للأبعاد الدينية واللغوية، كعامل أساسي للزواج المختلط (Le Gall et al., 2003)

[1] انتشرت مؤخرا حالة الطلاق الصوري الذي يكون عبارة عن مجرد طلاق على ورق، يتم فيه إتباع كل الإجراءات القانونية للطلاق، دون أن تكون لدى الزوجين نية حقيقية في الانفصال، وهدا من اجل تحقيق بعض الأهداف كالاستفادة من منحة المرأة المطلقة، أو من راتب تقاعد والد المرأة المطلقة المتوفى، أو كوسيلة لكسب دعوى إسقاط الحضانة التي يرفعها الأب على الأم بعد زواجها بأجنبي، طبقا لقانون الأسرة الجزائري.

وهو العقد الذي لا يقصد أطرافه حقيقة الزواج الذي شرعه الله ورسوله، فلا يتقيدون بأركانه و شروطه، ولا يحرصون على انتفاء موانعه، بل يتفق أطرافه على عدم المعاشرة صراحة أو ضمنا، فهو مجرد إجراء إداري لتحصيل بعض المصالح أو دفع بعض المفاسد.

وفي العلوم الاجتماعية فإن مفهوم الزواج المختلط أو غير المتجانس، هو الزواج الذي يربط شخصين مختلفين عن بعضهما البعض من الناحية الدينية والأخلاقية والجنسية.

1-1: التفرقة بين الزواج الصوري المختلط والزواج المقترن بشرط

وتجب الإشارة إلى ضرورة التفرقة بين الزواج الصوري المختلط والزواج المقترن بشرط، ففي بعض الحالات يمكن أن يصحب عقد الزواج، مثل ما هو الحال بالنسبة لباقي العقود، بشروط مختلفة ومتنوعة تتعلق أما بحفل الزفاف ومراسيمه أو بتربية الأولاد أو بثروة و أعمال أحد الزوجين، وهو بهدا يقترب من الزواج الصوري المختلط، لكن الفرق بينهما يكمن في أن الرضا في الزواج المقترن بشرط يكون موجودا وصحيحا، في حين لا يكون له أي وجود في الزواج الصوري المختلط.

2-1: التفرقة بين الزواج الصوري المختلط والزواج بالغش

يقترب الزواج الصوري المختلط من الزواج بالغش كثيرا ويكاد يختلط به، ومن أجل التفرقة بينها يجب الرجوع إلى التفرقة التقليدية بين الصورية والغش، فالزواج المغشوش هو زواج حقيقي تم فعلا وما يأخذ عليه أن الغرض منه كان الغش والخداع، أما الزواج الصوري المخلط فليس إلا اصطناع لمظهر كاذب من أجل خداع الغير.

2- أنواع الزواج المختلط الصوري

قد يكون الزواج المختلط صوريا صورية مطلقة تتناول وجود العقد ذاته، أو نسبية تنصب على أحد جوانبه فقط.

1-2:عقد الزواج المختلط الصوري صورية مطلقة

الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود عقد الزواج في الحقيقة، أي عملية إبرامه من الناحية القانونية، فيكون الزواج ظاهريا لا وجود له، ويقتصر عقد الضد هنا، في حالة وجوده، على تقرير أن العقد الظاهر هو مجرد عقد صوري لا وجود له، دون أن يتضمن عقدا حقيقيا آخر يختلف عنه، بالتالي يكون وضع الطرفين أي الزوجين، بعد عقد الزواج الظاهر هو ما كان عليه قبل التعاقد (السنهوري، 1998، صفحة 1074)، و يعتبر هدا النوع الأكثر انتشارا بين الشباب.

وفي هده الحالة ليس هناك إي التزام حقيقي ناتج عن هدا العقد، لأنه يقوم على اصطناع مظهر كاذب وهمي، يبقي الوضعية القائمة قبله دون أي تغيير، لأنه ليست هناك أية إرادة حقيقية ترمي إبرام العقدة والالتزام بآثاره في الواقع. (عبد الله، 2004، صفحة 129) ، وغاليا ما يكون الزواج المختلط صوريا صورية مطلقة في الحالة التي يكون فيها الهدف منه هو الحصول على جنسية دولة ما والإقامة بها .

2.عقد الزواج المختلط الصوري صورية نسبية

لا تتناول الصورية النسبية وجود عقد الزواج و إنما تنصب على أحد جوانبه، أي أنه في هده الحالة توجد علاقة قانونية حقيقية بين الزوجين، يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها، و هي بدلك تختلف عن الصورية المطلقة من حيث أن الطرفان لم يقصدا أن يكون العقد وهميا لا وجود له في الحقيقة، بل أرادا إنشاء العقد حقيقة مع تضمينه

عنصر أو عدة عناصر وهمية، أي إعطاءه صورة أخرى غير الصورة التي انصرفت إليها إرادتهما الحقيقية، كالزيادة أو الإنقاص من الصداق المسمى في العقد (طلبة، 1981، صفحة 05).

وقد ترد الصورية النسبية على شرط من شرود عقد الزواج أو ركن من أركانه، كصورية مقدار الصداق المسمى فيه، والصداق هو المهر عند المالكية، و أحد شروط العقد، و يمثل ما يدفع نخلة للزوجة من نقود أو غيرها منكل ما هو مباح شرعا، وملك لها تتصرف فيه كما تشاء.[1]

ثانيا: أحكام الزواج المختلط الصوري

يتطلب الإلمام بأحكام الزواج الصوري المختلط، تحديد بداية أصحاب الحق في التمسك بصورية هدا الزواج، ثم التطرق إلى كيفية مباشرة الدعوى وموضوعها والطلبات فيها، وفي الأخير التطرق إلى عبء الإثبات وطرقه.

1.الحق في التمسك بصورية الزواج المختلط

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني فإنه متى ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر، فإن العقد النافد فيما بينهما وبالنسبة إلى خلفهم العام هو العقد الحقيقي، لأنه العقد الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية للأطراف، وأنه يحق للغير التمسك بالعقد الصوري، إذا كان لديه مصلحة في ذلك[2].

بالتالي يمكن للزوجين الصوريين التمسك بصورية العقد الذي أبرماه، كما يمكن للغير ذلك.

أ.أطراف العقد

يحق لأطراف عقد الزواج المختلط الصوري التمسك بصوريته، فلا يمكن إنكار حق الزوجين في كشف الحقيقة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بحالة الأشخاص، كما هو الحال بالنسبة للزواج الصوري الذي يريد طرفاه الزواج مرة أخرى، هنا يمكن لأحد الزوجين طلب إبطال العقد لصوريته، من أجل تفادي آثار الحكم بالطلاق.

ب.الغير

يحق للغير تحريك دعوى إبطال الزواج لصوريته، ولكن ليس لديهم الحق في التمسك بالزواج الصوري، بما أن الأمر يتعلق بحالة الأشخاص، خلافا لما هو مقرر بموجب النظرية العامة للصورية التي تعطي للغير حق الخيار في التمسك بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي، ولا يبقى لهم في هده الحالة إلا اللجوء إلى دعوى التعويض بناء على الأحكام العامة للمسؤولية المدنية.

ويعتبر من الغير الذي يحق له التمسك بصورية الزواج السلطات العامة للدولة، فقد أقرت بعض البلدان التي تعرف انتشارا واسعا للزواج المختلط الصوري كألمانيا وسويسرا لسلطاتها العامة الحق في التدخل وتجريد الزوج الصوري من مزايا هدا الزواج، كالجنسية وآثارها، بالإضافة إلى الحق في رفع دعوى الإبطال، بالنظر إلى آثاره الوخيمة على النظام العام (السنهوري، 1998)(Dagot, 1967) .

[1] المادة 14 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

[2] المادة 198 منالأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 20 رمضان1395 الموافق لـ 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم: " إدا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري".

وقد أصدرت محكمة الاستئناف الشرعية السنية العليا في لبنان حكما قضى بإبطال عقد لصوريته، وتتمحور حيثيات القضية حول امرأة يهودية دخلت إلى لبنان بطريقة غير قانونية وفي ظروف مشبوهة، مما أدى إلى اشتباه السلطات اللبنانية بأنها عميلة إسرائيلية، فأصدر النائب العام الاستئنافي قرارا بوجوب مغادرتها لبنان خلال مهلة حددها، غير أن هده المرأة استغلت المهلة وقامت بالزواج من رجل لبناني قبل انتهاءها، و تمكنت بالتالي من الحصول على الجنسية اللبنانية، بناءا على نص القرار رقم 15 الصادر بتاريخ 1965/01/19 الذي كان ينص قبل تعديله أن تكتسب المرأة الأجنبية الجنسية اللبنانية بقوة القانون بمجرد زواجها من لبناني، وأنه لا يجوز إخراج امرأة لبنانية من لبنان وطردها.

تفطنت النيابة العامة للحيلة، وقامت بالطعن في صحة هدا الزواج بالتحايل والصورية وطلبت تجريدها من الجنسية اللبنانية، فأبطلت المحكمة الشرعية في طرابلس هدا الزواج لأنه يسبب ضرر للمصلحة العامة، رغم تمسك دفاع المرأة بأحكام الشريعة الإسلامية، وخاصة بالحديث الشريف:" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد...."، ثم استأنفت المرأة اليهودية هدا الحكم أما المحكمة الشرعية، التي أيدته على أساس أن الضرر لا يزال قائما.

2- دعوى إثبات صورية الزواج المختلط

سبق القول بأنه يمكن لطرفي عقد الزواج المختلط الصوري وللغير التمسك بصوريته، عن طريق رفع دعوى قضائية أمام الجهة المختصة موضوعها إسقاط الزواج وإعلان وهميته، أو عن طريق الدفع بصوريته، وليس لهم تقديم طلب إبطاله، لأن الإبطال في حالة الصورية يكون بدون فائدة، إلا في الحالات التي يكون فيها العقد قد خلق ظاهرا يحق للغير التمسك به، و بما أنه لا يحق للغير التمسك بالزواج الصوري، فلا فائدة من دعوى الإبطال، هدا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من التناقض أن نسعى إلى إبطال حيلة خلقت ظاهرا وهميا، لأن طلب الإبطال لا يكون إلا في الحقائق الثابتة، كما أننا لسنا بحاجة إلى إثارة مسألة عيوب الرضاء، الصورية تكفي.

3 - عبء إثبات صورية الزواج المختلط

يقع عبء إثبات صورية الزواج المختلط على من يدعيه، ويخضع المتعاقدان وخلفها العام في دلك إلى القواعد العامة في إثبات الصورية، وباعتبارها واقعة مادية فإنه يمكن إثباتها بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود واليمين، ولا تعتبر الرسمية هنا عائق للطعن بالصورية، لأن موظف الحالة المدنية ليس موكلا بمراقبة رضاء الأطراف أمامه، لدلك لا يحول إبرام عقد الزواج أمام موظف رسمي و إتباع الإجراءات الشكلية دون حصول زواج صوري، يهدف إلى خلق ظاهر كاذب يخالف الحقيقة.

لهدا يمكن إقناع المحكمة بصورية الزواج بكل وسائل الإثبات الممكنة، توصلا إلى إبطاله، ولا يحق هنا للغير المتمثل في دائني الطرفين وخلفهم الخاص الدين خدعوا بالظاهر الكاذب، استعمال الخيار المقرر لهم بالتمسك بالعقد الظاهر الذي اطمأنوا إليه، لأن مصلحة الأسرة والمجتمع تعلو على حقوق الغير ، فضلا عن أنه لا يمكن حماية الغير بالاستناد إلى دعوى المسؤولية (Dagot، 1967، الصفحات 233-240).

وتجدر الإشارة في هدا الصدد بأنه لا يطبق مبدأ اشتراط الكتابة لإثبات ما هو مكتوب في عقد الزواج الصوري، لأننا العقد لم يكن صحيحا من الناحية القانونية، بما أن الرضاء لم يكن حقيقيا .

ثالثا: موقف الفقه والقضاء من الزواج المختلط الصوري

أصبح الزواج المختلط الصوري ظاهرة جدية تهدد الزواج الصحيح السليم، خاصة بعد الانتشار الواسع سنتطرف فيما يلي إلى موفق الفقه والقضاء الفرنسي والمصري وموقف الشريعة السلامية من الزواج المختلط الصوري.

1. موقف الفقه والقضاء الفرنسي

اتفق أغلبية الفقه الفرنسي على أن عقد الزواج المختلط الصوري يمكن إبطاله، بالتركيز على الرضاء باعتباره الركن الأساسي الذي تقوم عليه العقود عامة، حيث يمكن في هده الحالة الدفع بانعدام الرضاء أو بتعييبه لدى أحد الطرفين أو كلاهما، أو الدفع بالإكراه أو التدليس أو الغلط أو أي عيب آخر من شأنه إبطال العقد، ويرى الفقه الفرنسي بأنه الدفع بصورية هدا الزواج غير مجدي، لأن فكرة الزواج الصوري ليست صحيحة، باعتبار أن الصورية تقتصر على التصرفات المالية، ولا يمكن أن تتعداها إلى مسائل الأحوال الشخصية، ونظرا لعدم وجود عقد ضد، وحتى في حالة وجوده، فإنه لا يقوى لوحده على هدم عقد الزواج أيا كانت طبيعته (Clement, 2007).

وباعتبار أن للزواج طبيعته الخاصة التي تميزه عن بقية العقود، فهو عبارة عن عقد رسمي شكلي مرتبط بصميم المصلحة العليا للأفراد والمجتمع، فإن فكرة الصورية فيه ليست صحيحة، وأن ادعاءها مجرد وسيلة لمخالفة القانون الذي يرفض حل الزواج بإرادة طرفيه.

في حين يعترف فريق آخر من الفقهاء بوجود هدا النوع من الزواج، و يرى أن الدفع بصورية الزواج من أجل إبطاله أو إعلان وهميته، تغني عن أي دفع أو سبب آخر للإبطال، وأن مصلحة الأسرة والمجتمع تتضافران معا لإعلان وهمية هدا الزواج (عبد الله، 2004، صفحة 95) .

وهناك اتجاه آخر يساند الرأي القائل بإبطال الزواج الصوري، ويرى بأن الإبطال وحده غير كافي كعقاب، وأنه يجب متابعة الزوجين جزائيا (Clement, 2007, p. 02).

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية في البداية الزواج صوريا ورضاء الزوجين معيبا، عندما يقدم رجل وامرأة على الزواج دون أن تكون لهما نية حقيقية في الزواج، حتى وإن كانت نية مؤقتة، وجعلت جزاءه هو البطلان للغش نحو القانون، ثم تراجعت عن موقفها بعد سنة 2003 ولم يعد القضاء الفرنسي يبني بطلان الزواج الصوري على أساس الغش نحو القانون، وتخلى عن هدا السبب الخاص، و اعتمد سبب آخر هو غياب الرضاء، فأصبح يبنى بطلان عقد الزواج الصوري على أساس غياب الرضاء(Cour de cassation, 1999) ، هدا وقد سبق للقضاء الفرنسي أن حكم بصحة زواج صوري وصحة كل آثاره، مع تجريد الزوجين من المزايا التي أرادا الحصول عليها من هدا الزواج (Cour de cassation, 1981).

بالتالي يبطل الزواج المختلط الصوري حسب القضاء الفرنسي بطلانا مطلقا لانعدام الرضاء لدى الطرفين، و هدا ما أكد عليه من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 01 جوان 2017[1].

[1] Un mariage purement fictif ne relève pas de la sphère protégée par les articles 8 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en l'absence de toute intention matrimoniale et de toute vie familiale effective.

Attendu qu'ayant relevé, d'une part, que Gilbert Z... avait vécu maritalement avec Mme Geneviève Y... depuis les années 1990 jusqu'à son décès et qu'aucun élément n'établissait une autre communauté de vie que celle qu'il

2. موقف الفقه والقضاء المصري

أسس الفقه المصري موقفه من الزواج الصوري سواء كان مختلطا أم لا على موقف الشريعة الإسلامية، واتفق على أنه لا تجوز الصورية في الزواج و الطلاق والعتاق باعتبارها من الأحكام الشرعية، لقوله صلى الله عليه و سلم :" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق ". وقوله :" من لعب بطلاق أو عتاق لزمه ". وأنه لا يمكن الطعن بالصورية في عقد الزواج، إلا إذا كان الغرض من الزواج الصوري هو التحايل على الأحكام الشرعية التي يرتبها العقد، وهي أحكام آمرة وتكاليف وجوبيه متعلقة بالنظام العام والآداب العامة، ليحكم في هده الحالة ببطلان ما ترتب على عقد الزواج من آثار أو تصرفات مخالفة لأحكام القانون، وليس ليحكم ببطلان العقد لصوريته (المنجي، 1998، صفحة 310).

أي أن الزواج الصوري عند الفقه المصري هو عقد صحيح وقائم، لا يمكن إبطاله بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا، حيث تبطل فقط آثاره المخالفة لأحكام القانون والشريعة الإسلامية .

وسار القضاء المصري على نفس الاتجاه واتخذ نفس رأي فقهاءه، حيث قرر أنه لا يمكن إبطال الزواج لصوريته إلا إذا كانت ديانة الزوجين تسمح بذلك، فإذا ما أقام المؤجر دعوى لطرد المستأجرة لأنها قامت بالتنازل عن عقد إيجارها لزوجها، بناء على أن عقد زواجها هو عقد صوري، وأن المستأجرة قصدت به التحايل على القانون لتتمكن من التنازل عن عقد الإيجار. في هده الحالة وبالرغم من أن المؤجر له المصلحة في الطعن بصورية عقد الزواج، إلا أن الصورية في عقد الزواج لا يمكن الدفع بها من قبل الغير في الأحوال التي يتم فيها الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بالنظر إلى ديانة الزوجين، لأن الزواج ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول، حتى وإن قصد أحد طرفيه عدم نفاده، أما في الحالات التي تكون فيها ديانة الزوجين تسمح بإثبات صورية العقد، والتي لا تطبق فيها قواعد الشريعة الإسلامية، فإنه يجوز للغير إثباته بكافة الطرق (محمكة الاسكندرية، 1973).

3. موقف الشريعة الإسلامية

قاس العلماء المعاصرين الزواج الصوري على زواج الهازل في الشريعة الإسلامية، هدا الزواج الذي أجازه رأي وأبطله رأي آخر، فقد ذكر البعض أن الشافعي نص على أن نكاح الهازل لا يصلح بخلاف طلاقه. وروى علي بن زياد عن الإمام مالك قوله:" إن نكاح الهازل لا يجوز و قال بعض أصحابه: فإن قام دليل الهزل، لا يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من الصداق " (ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، (د.ت.ن)).

هدا وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من المالكية من سوى بين كل تصرفات الهازل، وبالنسبة لكل العقود على السواء، دون أن يستثنوا منها شيئا، فزواج الهازل وطلاقه وعتقه وبيعه وهبته وإجارته وكل عقوده لاغية لانعدام النية، إذا ثبت بالدليل هزله.

---

entretenait avec celle-ci, d'autre part, qu'il n'y avait pas eu, entre Mme Brigitte Y... et Gilbert Z..., le [...], échange de consentements véritables en vue d'une union matrimoniale mais un mariage de façade destiné, pour Gilbert Z... et Mme Geneviève Y..., à assurer l'avenir de la fille de celle-ci, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à Cour de cassation,1 ere .une recherche que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision chambre civile ,N 16-13441, 01/06/2017.

وتتفق هذه الطائفة من فقهاء المذهبين مع المذهب الجعفري فقد قال الإمام جعفر الصادق: " لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق"، إلى غير ذلك من أحاديث الرسول ﷺ وروايات أهل البيت عن جدهم. فإذا ما ثبت عدم قصد المعنى من اللفظ، يكون وجوده وعدمه سواء، كما أنه من المعلوم أن العقود تقوم على النية، و قصد الهزل لا يعتد به مادام لم يتجه اتجاها جديا لآثار العقد والأخذ بها، ومثله تماما عقد الزواج المختلط الصوري الذي يبنى على تواطؤ الطرفين (عبد الله، 2004، صفحة 49).

ومن الناحية القانونية فإن انعدام الرضاء في أي عقد يعرضه للبطلان المطلق لاختلال أحد أركانه، وبما أن الرضاء غائب في عقد الزواج المختلط الصوري، فإنه من المفروض أن يكون جزاءه هو البطلان، ولكن هذا الاعتبار القانوني الذي يؤدي إلى أبطاله يصطدم مع قواعد الشريعة الإسلامية، لهذا فإن الاعتداد بالزواج المختلط الصوري مع إبطال آثاره لمخالفة أحكام القانون والشريعة الإسلامية يعتبر الرأي الصواب.

خاتمة

وفي الأخير توصلنا إلى أن للزواج المختلط الصوري آثارا وخيمة على الأسرة والمجتمع، لأنه قد يرتب أثارا حتى و لو كان صوريا، أو كان هازلا أو تحت تأثير الغلط أو التدليس أو الإكراه، ولأن الطبيعة الخاصة لعقد الزواج، تجعل من المستحيل إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، خاصة إدا ما نتج عنه أولاد، وهدا يودي بنا إلى القول بضرورة الاعتداد به من جهة، ولكن ومن جهة أخرى فإن تقرير صحة هذا الزواج و إلزام طرفيه به، يؤدي إلى تحقيق مآربهم، وهذا يعد انتصارا لهم على مبادئ القانون وتحايلا على أحكامه، لهدا يبقى الحل الأمثل هو تحصين الزواج ضد الصورية، بتجريمها عامة وفي عقد الزواج خاصة، باعتباره عقد مقدس في الشريعة الإسلامية وفي جميع الديانات، لا يمكن أن يكون محلا للهزل، ولا أن يتخذ طريقا للوصول إلى أغراض أخرى غير التي شرع من أجلها.

التوصيات:

.تجريم الصورية عامة وفي جميع العقود، باعتبارها وسيلة للتحايل على القانون والتهرب من أحكامه.

.إحاطة الزواج المختلط بضمانات قانونية، تجعل من المستحيل أو الصعب الانحلال منه.

.تجريم الزواج الصوري المختلط ومعاقبة طرفيه، لردع المجتمع.

. توعية الجيل الصاعد بأهمية وقدسية عقد الزواج، وبأنه لا يمكن أن يتخذ سبيلا إلى غير ما شرع له في الشريعة الإسلامية، ومختلف الأنظمة القانونية.

قائمة المراجع:

1. ابن قيم الجوزية أبو عبد الله ,م .ب .د.ت.ن .(اعلام الموقعين عن رب العالمين) .د.م.ن.
2. السنهوري ,ع .ا .(1998) .الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، ، آثار الالتزام .بيروت :منشورات الحلبي الحقوقية .

3. المنجي, ا .(1998) .دعوى الصورية و دعوى عدم نفاد التصرفات، التنظيم القانوني و الاجرائي لرفع الدعويين . الاسكندرية, مصر :منشأة المعارف.

4. بلحاج, ب .ا .(2010) .الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري .الجزائر, الجزائر :ديوان المطبوعات الجامعية.

5. طلبة, أ .(1981) .الصورية وأوراق الضد .مصر :المكتب الجامعي الحديث.

6. عبد الله, س .(2004) .نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة .بيروت, لبنان.

القوانين:

7. .الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 20 رمضان1395 الموافق لـ 26 سبتمبر1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم.

8. .الأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

9. . القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

10. (s.d.). Consulté le 03 07, 2032, sur sosieté-et- immigration: https:// www.histoire-immigration.fr

11. Clement, C. (2007). la nullité du maiage. Consulté le 03 20, 2023, sur htt://www.france-jus.ru

12. Dagot, M. (1967). la simmulation en droit privé. paris: librairie générale de droti et de jurisprudence.

13. le petit Robert. (1988), france.

14. le petit larousse. (2007), france.

أثر الزواج بجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي في ظل الأمر 01/05

the effect of marriage to algerian on nationality of the foreign husband under the order n 05/01.

شبـــورونـــورية ،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس – سيدي بلعباس-

الملخص:

واكب المشرع الجزائري من خلال الأمر 01/05 أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في العائلة، بحيث استحدث طريقا جديدا لاكتساب الجنسية هو " الزواج المختلط" الذي لم يكن ينص عليه الأمر 86/70.

فبموجب أحكام المادة 09 مكرر من قانون الجنسية بدا المشرع الجزائري أقل تشددا، حيث قرر إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية على السواء، وبذلك لم يجعل للزواج المختلط أثرا مباشرا وحتميا على جنسية الزوجين وإنما جعل له أثرا غير مباشر، بحيث يبقى الزوج الأجنبي محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقررها قانون الجنسية الجزائرية.

كلمات مفتاحية: الجنسية، الزواج المختلط، الزوج الأجنبي، شروط اكتساب الجنسية، قانون الجنسية.

Abstract:

The Algerian legislator, by Ordinance 05/01, has followed most of the comparative legislations which have adopted the contemporary theory of the independence of nationality in the family, by introducing a new way of acquiring nationality, which is the "mixed marriage", which was not provided for by Ordinance 70/86.The text of article 09 bis of the law on nationality shows that the Algerian legislator was less demanding, since it decided on the possibility of acquiring Algerian nationality for the foreign spouse, and therefore did not of mixed marriage a direct impact on the nationality of the spouse, but rather gave it an indirect effect, so that the foreign spouse retains his original nationality. However, he has the right to request the acquisition of the nationality of his wife under the conditions set by the Algerian law on nationality.

Keywords: Nationality, mixed marriage, foreign spouse, conditions for acquisition of nationality, nationality law

مقدمة:

تشكل رابطة الزوجية أهمية بالغة على الصعيد القانوني والاجتماعي كونه يهدف إلى تشكيل الخلية الأساسية التي يبنى عليها كل مجتمع. فالأسرة المثالية في الأصل هي ثمرة الزواج القائم على أساس المودة والرحمة والتعاون بين الزوجين في ظل الاحترام المتبادل والمحافظة على حقوق العائلة بمختلف صورها.

وتزيد أهمية هذا الزواج إذا كان مختلطا لاعتباره ظاهرة قانونية جد معقدة طرحت نقاشا كبيرا في المجال القانوني والفني الدولي حول إشكالية مدى تأثيره في الجنسية من عدمه لا سيما مع اختلاف التشريعات المقارنة حول المسألة تبعا لاختلاف الاعتبارات الفلسفية أو العملية أو السياسية التي يمكن أن تحكم هذا الموضوع أو التي يجري ترجيحها من دولة إلى أخرى بحسب مصالحها ، ظروفها و أحوالها.

والزواج المختلط هو ذلك الزواج الذي يعقد بين طرفين من جنسيتين مختلفتين. وقد تضاعفت نسبة الزواج المختلط في الآونة الأخيرة إلى أن أصبحت ظاهرة اجتماعية في معظم دول العالم، ويعود ذلك إلى عدة عوامل دفعت الناس إلى الزواج خارج إطار الدولة الواحدة، ومن أهم هذه العوامل تطور وسائل الاتصال والمواصلات، وكذا هجرة مواطني دول الجنوب إلى دول الشمال رغبة في توفير مستقبل ميسور آمن.

أما الجنسية فهي نظام قانوني يضبط انتماء الشخص إلى دولة معينة وينظم تكوين ركن الشعب في تلك الدولة، فهي تعد الوسيلة المعترف بها دوليا لتوزيع سكان الكرة الأرضية على مختلف الدول، فهي إذن الرابطة السياسة والقانونية التي تربط الفرد بالدولة.

وللجنسية طرق وفنيات مختلفة لاكتسابها تختلف من دولة إلى أخرى وكل دولة تضع القوانين التي تنظم جنسيتها حسب مصالحها. إذ نجد جنسية أصلية تكتسب منذ الميلاد سواء على أساس الدم أو على أساس رابطة الإقليم، وأخرى مكتسبة يراعى فيها غالبا إرادة الفرد، وتختلف طرق اكتسابها حسب السياسة السكانية للدولة كالتجنس والزواج...

وعليه، أصبح الزواج المختلط من أهم أسباب اكتساب الجنسية في أغلب دول العالم ولعل اكتساب الجنسية بالزواج أكثر انتشارا من اكتسابها بأسباب أخرى في العصر الراهن، وذلك بعد أن كثر اختلاط الشعوب ببعضها البعض وانتشرت الهجرة بين مختلف الدول فأصبح الزواج المختلط ظاهرة عادية.

وعلى غرار جميع التشريعات المقارنة خص المشرع الجزائري قواعد الجنسية بالتنظيم بدءا بقانون الجنسية رقم 96/63 المؤرخ في 1963/03/27 الذي ألغي بموجب الأمر رقم 86/70 الصادر بتاريخ 1970/12/15 المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 2001/02/27.

وقد استحدث المشرع الجزائري بمقتضى هذا الأمر طريقا جديدا لاكتساب الجنسية لم يكن ينص عليه الأمر 86/70، حيث جعل الزواج بجزائري أو جزائرية ظرفا مسهلا لاكتساب الجنسية الجزائرية، وبذلك واكب أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في العائلة.

فما مدى تأثير الزواج بجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي بمقتضى الأمر 01/05؟

وما هي شروط اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط طبقا للأمر 01/05؟

للإجابة عن هاتين الاشكاليتين وللإلمام بالموضوع قسمت هذه الدراسة إلى قسمين رئيسيين على النحو التالي:

المحور الأول: مدى تأثير الزواج بجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي بمقتضى الأمر 01/05.

المحور الثاني: شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية وفقا للأمر 01/05.

المحور الأول: مدى تأثير الزواج بجزائري أو جزائرية على جنسية الزوج الأجنبي في ظل الأمر 01/05

جاء الأمر 05-01 المعدل والمتمم للأمر 70-86 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية بهدف مسايرة التطور الذي عرفه المجتمع الجزائري، وما طرأ عليه من تغييرات في شتى مناحي الحياة تماشيا مع الأنظمة التقدمية في مجال الجنسية لاستيعاب حالات الأشخاص والتكفل بها و إزالة كل العقبات التي تعيق تفتح شخصية الانسان وتحول دون المشاركة الفعلية في بناء مجتمع إنساني ينبذ كل أشكال التمييز، خاصة التمييز ضد المرأة الذي أحدث ضجة كبيرة من أجل المساواة بين الرجل والمرأة في كافة الحقوق والواجبات (قريشي، 2010-2009، صفحة 37).

هذا الحق الذي جسده الدستور الجزائري في نص المادة 29 من الدستور بنصها على أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". وكذا المادة 31 التي تنص على أنه:" تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الانسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية". وكذا المادة 31 مكرر منه بنصها على أنه: "تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة...".

وبعدما كان المشرع الجزائري في إطار قانون الجنسية لعام 1970 لا يرتب أي أثر للزواج المختلط على جنسية الزوجة فإنه بعد التعديل عدل كذلك موقفه بهذا الخصوص بحيث جعل الزواج سبب من أسباب اكتساب الجنسية بتعديل عنوان الفصل الثالث من "اكتساب الجنسية بفضل القانون" إلى " اكتساب الجنسية بالزواج"، فلم يجعل المشرع الجزائري دخول الأجنبية التي تتزوج من جزائري في الجنسية الجزائرية بقوة القانون وإنما تبقى محتفظة بجنسيتها الأصلية، ويمكنها اكتساب جنسية زوجها الجزائري بناء على طلبها ومع مطابقة الشروط التي أوردها قانون الجنسية الجزائري في المادة المضافة بالتعديل وهي المادة 09 مكرر.

هذا كله يدل على أن المشرع الجزائري لم يجعل للزواج المختلط أثرا مباشرا وحتميا على جنسية الزوجين وإنما جعل له أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين. حيث نصت المادة 9 مكرر المعدلة على أنه: " يمكن اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية، بموجب مرسوم متى توفرت الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج قانونيا وقائما فعليا منذ ثلاث (3) سنوات على الأقل عند طلب تقديم طلب التجنس، الإقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين (2) على الأقل، التمتع بحسن السيرة والسلوك، إثبات الوسائل الكافية للمعيشة. يمكن ألا تؤخذ بعين الاعتبار العقوبة الصادرة في الخارج".

ويستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري أعاد إدراج إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية واشترط شروطا لاكتسابها بموجب مرسوم بعد أن كان ينص عليها قانون الجنسية الجزائري الصادر في 1963/03/27 الملغى بقانون 1970 والذي نص في المادة 12 منه على أنه: " يمكن للمرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا أن تحصل على الجنسية الجزائرية بمفعول زواجها ويجب التصريح قبل الزواج برفضها لجنسيتها الأصلية..." (طيبة، 2005، صفحة 36).

يلاحظ أن هذه المادة حصرت اكتساب الجنسية الجزائرية على المرأة الأجنبية التي تتزوج بجزائري وألزمتها بالتصريح برفضها لجنسيتها الأصلية. بينما المادة 09 مكرر من الأمر 01/05 تقضي باكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج من جزائري أو جزائرية على حد سواء، فالمشرع قد سوى هذه المرة بين الرجل والمرأة، وعلى ذلك يمكن للأجنبي الذي يتزوج من جزائرية أن يكتسب الجنسية الجزائرية، كما يمكن للأجنبية التي تتزوج من جزائري اكتساب جنسية زوجها الجزائري، وهذا بهدف تحقيق وحدة جنسية الأسرة بما ينجر عن ذلك تطبيق قانون واحد على الزوجين وعلى الخصوص بشأن الأحوال الشخصية من زواج ونسب وطلاق وميراث ...إلخ. مع الإشارة بأن النص لم يشترط أن يتخلى الزوج أو الزوجة على الجنسية الأجنبية (الأصلية).

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أدرك الواقع المعاش لجزء من الأسرة الجزائرية، خاصة إذا علمنا أن كثير من المواطنين الجزائريين متزوجون بأجنبيات ويعانون من بعض المشاكل الإدارية، الاجتماعية والنفسية، وبقاء الزوجة تحتفظ بجنسيتها الأجنبية يترتب عليها سلبيات عديدة نذكر منها:

1- تفكك العائلة واختلافها في التقاليد والأخلاق.
2- عدم خضوع الأحوال الشخصية للزوجين لنظام قانوني واحد، خاصة في حالة نشوء خلافات ونزاعات بين الزوجين أو وفاة أحدهما (طيبة، 2005، صفحة 37).

ويلاحظ أن المشرع الجزائري تطرق في قانون الجنسية الجزائري لعام 1970 المعدل والمتمم بالأمر 01/05 لمسألة أثر الزواج على جنسية الزوجة أو الزوج الأجنبي على السواء، ولكنه لم يتطرق لحالة الجزائرية التي تتزوج من أجنبي وأثر الزواج على جنسيتها فأبقى على الحكم الوارد قبل التعديل، بحيث تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي مع إمكانية فقدها للجنسية الجزائرية بإثبات اكتسابها لجنسية زوجها الأجنبي ورغبتها في التخلي عن جنسيتها الجزائرية وصدور إذن من وزير العدل بمرسوم يسمح لها فيه بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وله في ذلك كامل السلطة التقديرية في القبول والرفض.

وبعد أن توضح لنا موقف المشرع الجزائري بخصوص تأثير الزواج المختلط على جنسية الزوجين في قوانين الجنسية المختلفة؛ ننتقل فيما يلي لتحديد شروط اكتساب الجنسية الجزائرية على أساس الزواج المختلط وفقا للأمر 01/05.

المحور الثاني: شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية وفقا للأمر 01/05

يعد الزواج المختلط طريق يخول لصاحبه اكتساب الجنسية طبقا للقانون، وهذه الأخيرة لا تقوم إلا بناء على ضوابط وبتوافر شروط تخص الأجنبي الذي يرغب في اكتساب جنسية الدولة التي ينتمي إليها زوجه، وهذه الشروط تختلف من دول إلى أخرى وتخضع لاعتبارات متعددة (عمار، 2023).

و بموجب أحكام المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائري ، بدى المشرع أقل تشددا، بحيث جعل الأصل أنه لا أثر للزواج على جنسية الأجنبي، بحيث يبقى محتفظا بجنسيته الأصلية، ولكن يحق له طلب اكتساب جنسية زوجه طبقا للشروط التي يقررها قانون الزوج بخصوص التجنس (جبار، 2014، صفحة 147).

وعلى ضوء نص المادة 09 مكرر سنقوم بتحليل شروط اكتساب الجنسية الجزائرية بمقتضى رابطة الزوجية على النحو التالي:

الشرط الأول- الزواج بجزائري أو جزائرية

هذا هو الشرط الأساسي والسبب الفعال لاكتساب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية، فيلاحظ في هذا المقام مساواة المشرع الجزائري بين زواج أجنبي بجزائرية وزواج أجنبية بجزائري، وهذا الزواج ليرتب آثاره لا بد أن يكون:

1- زواجا قانونيا:

بمعنى أن يكون قد تم صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه طبقا لما يستلزمه قانون الأسرة والقانون المدني. هذا وتثير صحة الزواج بين مختلفي الجنسية مسألة تحديد القانون الذي يرجع إليه اختصاص الفصل في صحة هذا الزواج، فهل يرجع في مثل هذه الحالة إلى القواعد الداخلية في القانون الجزائري، أم لقواعد تنازع القوانين فيه؟

ذهب فريق من الفقه إلى القول بوجوب انعقاد الزواج صحيحا وفقا للقانون الجزائري، أي طبقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري. حتى يرتب أثره بالنسبة لجنسية الزوج الأجنبي، كون هذه المسألة تتعلق بالقانون العام ومادام أن المشرع رتب على الزواج الصحيح إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية، وبهذا المفهوم لا يعتبر تقدير انعقاد الزواج وصحته من القانون الخاص، لأن الأمر يتعلق بسيادة الدولة ومصالحها العليا، ومنه لا يمكن إخضاع مسألة الزواج أو بطلانه إلى قانون دولة أجنبية ولو بطريق غير مباشر (جبار، 2014، صفحة 148).

أما الفقه الراجح، فقد ذهب إلى اعتبار مسألة التحقق من صحة انعقاد الزواج مسألة أولية، تخضع من حيث الشكل ومن حيث الموضوع للقانون المختص بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية، وسواء قضت هذه القواعد بتطبيق القانون الوطني أو قانون الزوج الأجنبي أو القانونين معا (مقني، 2009، صفحة 180).

وعلى ذلك يجب أن يكون الزواج صحيحا طبقا للقانون الواجب التطبيق بموجب المبادئ العامة في تنازع القوانين (ملويا، 2010، صفحة 100،101) .

2- أن يكون الزواج قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل

إلى جانب وجوب انعقاد الزواج قانونيا صحيحا وفقا لقواعد الاسناد الجزائرية، استلزمت الفقرة الأولى من المادة 09 مكرر من قانون الجنسية الجزائري أن يكون الزواج قائما فعليا منذ ثلاث سنوات على الأقل عند تقديم طلب التجنس، أي يجب أن تستمر الحياة الزوجية لمدة ثلاث سنوات على الأقل ودون انقطاع بتاريخ تقديم طلب التجنس. فإذا وقع طلاق قبل اكتمال مدة الثلاث

سنوات ثم راجع الزوج زوجته بعد ذلك، فلا بد من الاستمرار في الزواج لمدة ثلاث سنوات جديدة على الأقل وتقديم طلب التجنس بعد ذلك. وهذا هو المقصود في النص الذي أوجب أن يكون الزواج قائما فعليا، وعلى ذلك لا يكون الزواج قائما فعليا في حالة الطلاق الرجعي، حتى ولو كان في مقدور الزوج مراجعة زوجته خلال فترة العدة دون عقد جديد.

وتكمن الحكمة من تقرير هذا الشرط في إعطاء الجهة المختصة الفرصة الكافية للتعرف على هوية الأجنبي، وكذا الاستدلال على جدية العلاقة الزوجية وقابليتها للدوام، حتى يتسنى لها اكتشاف الحالات التي يتخذ فيها الزواج حيلة للانضمام إلى المجتمع الوطني للقيام بنشاط سياسي أو اجتماعي لا يتفق ومصلحة البلاد (جبار، 2014، صفحة 149)، وبذلك يكون المشرع قد تفادى الزواج الصوري أو على بياض للتحايل على قانون الجنسية (قريشي، 2010-2009، صفحة 38).

الشرط الثاني - الاقامة المعتادة والمنتظمة في الجزائر منذ عامين على الأقل

أي أن يكون الزوج أو الزوجة الطالبة للجنسية الجزائرية مقيما مع الزوج الآخر بالجزائر لمدة سنتين على الأقل، ويجب أن تكون تلك المدة قد اكتملت عند تقديم طلب التجنس وأن تكون معتادة ومنتظمة.

إن شرط الإقامة يفرض عادة للتأكد من اندماج الأجنبي في المجتمع الجزائري، فهذه الفترة التجريبية فرصة لمراقبة سلوك طالب الجنسية، ومدى اندماجه في المجتمع ودرجة تراخي روابطه بالدولة الأجنبية (طيبة، 2005، صفحة 36).

فالإقامة تمنح لرابطة الجنسية واقعية وحجية في مواجهة الدول الأخرى، بحيث دون هذا الشرط لا توجد أية رابطة تبرر منح الدولة جنسيتها لطالبها، إذ لا يمكن لدولة أن تفرض جنسيتها على شخص غير مقيم فيها، لأن ذلك يشكل مساسا بحقوق دولة ذلك الأجنبي (جبار، 2014، صفحة 150).

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط ضمن الفقرة الثانية من المادة 09 من الأمر 01/05 "الاقامة المعتادة والمنتظمة بالجزائر مدة عامين على الأقل". والإقامة المقصودة هي الإقامة المتكونة من عنصرين أحدهما مادي متمثل في الإقامة الفعلية بالجزائر، والثاني معنوي يتمثل في توافر نية الاستقرار بها. وبذلك يجب:

أ- أن تكون الاقامة لمدة سنتين قد اكتملت عند تقديم الطلب

أي أن الحد الأدنى للإقامة هو سنتين، في حين أنه اشترط مدة 07 سنوات على الأقل لطالب الجنسية في غير حالة الزواج المختلط. إذن فقد خفف المشرع من شدة الشروط للحصول الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج المختلط مقارنة بشروط الحصول عليها عن طريق التجنس، وذلك مراعاة لظروف الزوجين وحرصا على الوحدة العائلية.

وعلى ذلك، إن كانت مدة الإقامة أقل من سنتين، فإن الشرط ينتفي. كما لو أقام الزوج أو الزوجة سنة في الجزائر ثم توجه إلى الخارج للإقامة هناك ولم يرجع إليها إلا عند تقديم طلب التجنس، فهنا لا بد من البدأ في حساب مدة جديدة.

ب- أن تكون الاقامة معتادة

بمعنى أن يتخذ طالب التجنس من الجزائر موطنا له، ولم يشترط النص أن تكون الإقامة قانونية؛ بمعنى أن يحصل الأجنبي على بطاقة الإقامة، بل المقصود هو الإقامة الفعلية والتي تؤكد اندماجه في المجتمع الجزائري (ملويا، 2010، صفحة 101).

ج. أن تكون الاقامة منتظمة

بمعنى أن تستمر لمدة سنتين على الأقل بدون انقطاع، وعلى ذلك لو غادر الأجنبي أو الأجنبية الجزائر قبل انقضاء مدة السنتين ثم عاد للجزائر ليطلب الجنسية بعد ذلك، فإنه لا بد من بدأ حساب مدة جديدة لطلب التجنس وهذا لإثبات رغبته في الاندماج ضمن المجتمع الجزائري.

أما إذا كانت مغادرة الجزائر قبل انتهاء مدة السنتين بسبب قوة قاهرة أو لضرورة أو لأسباب مؤقتة مثل السفر إلى الخارج للعلاج؛ ففي مثل هذه الحالات مدة العامين لا تنقطع ولا يحتاج طالب التجنس مدة جديدة، لأن خروجه من الجزائر كان بنية العودة إليها، وبالتالي فإن نيته في الاندماج متوفرة وليست له رغبة في الاستقرار خارج الجزائر (ملويا، 2010، صفحة 102).

وأما نية الاستقرار أو العودة إلى الجزائر، فهي مسألة موضوعية يستنبطها قاضي الموضوع من الظروف الملابسة لكل حالة على حدة، كأن يسجل طالب الجنسية أبناءه في المدارس الجزائرية أو يقيم مشروعا استثماريا فيها (زيروتي، 2009، صفحة 336).

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يشترط أن تكون الإقامة مشروعة ومرخص بها كي ترتب آثارها، بمعنى أنه يجب أن يكون الأجنبي قد دخل الجزائر وأقام فيها وفقا للتنظيم الساري المفعول بالنسبة للأجانب على أرض الجزائر، وبالتالي فالإقامة غير المشروعة لا يعتد بها مهما طالت مدتها (جبار، 2014، صفحة 150).

الشرط الثالث- التمتع بحسن السيرة والسلوك

يجب أن يتمتع الزوج أو الزوجة الطالبة للتجنس بسلوك لائق وأخلاق حسنة. والهدف من تقرير هذا الشرط هو حرص المشرع على حماية سلامة المجتمع الجزائري من خلال استبعاد العناصر غير الصالحة ذات السمعة والأخلاق السيئة كونها قد تشكل خطورة تهدد أمن وهدوء المجتمع، فضلا عن أن حسن السمعة والسلوك دلائل تعبر عن صلاحية الشخص للانضمام إلى المجتمع الجزائري ومدى اندماجه فيه.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع هنا لم يشترط كما في الحالة المنصوص عليها في المادة 10 الخاصة بشروط التجنس انعدام الحكم على الأجنبي بعقوبة مخلة بالشرف. وعلى ذلك، فإنه يكتفي بالتحقيق الاجتماعي الذي تقوم به مصالح الأمن حول سيرة وسلوك المعني، وهذا بواسطة سماع الجيران أو الزملاء في العمل وكذا التأكد من خلال الأرشيف من عدم تورطه في أية قضية، ولوزير العدل السلطة التقديرية في أن لا يأخذ بعين الاعتبار العقوبة الجزائية الصادرة في الخارج (ملويا، 2010، صفحة 103).

الشرط الرابع- إثبات الوسيلة الكافية للمعيشة

اشترط المشرع أن يثبت طالب الجنسية الوطنية الوسائل الكافية للمعيشة، وتكمن الحكمة من سن هذا الشرط في التأكد من أن طالب الجنسية الوطنية لن يكون عبء على المجتمع الجزائري ولا يشكل عالة على الدولة بفقره، ويقصد بهذا الشرط أن يثبت الشخص قدرته على الكسب المشروع ووجود مصدر مشروع للاسترزاق كأن يكون عاملا في إحدى الشركات أو ممارسا لحرفة أو تجارة (جبار، 2014، صفحة 151). ويكون الاستشهاد بعقد عمل أو شهادة توظيف مؤسسا وكذا بوجود رصيد مصرفي معتبر. ويصدق هذا الشرط إذا كان طالب التجنس بسبب الزواج رجلا، أما إذا كانت امرأة فإنها تكون عادة تحت رعاية زوجها الجزائري (ملويا، 2010، صفحة 103).

ومن ثم يلاحظ أنه بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أدرج هذا الشرط بصفة عامة بحيث ينطبق على الأجنبي الذي يتزوج جزائرية وأيضا على المرأة الأجنبية التي تتزوج جزائريا مراعيا بذلك مبدأ المساواة في إثبات وسائل المعيشة بين الرجل والمرأة؛ إلا أنه

يصلح بالدرجة الأولى للأجنبي الذي يتزوج بجزائرية باعتباره المسؤول على الانفاق على عائلته طبقا لقانون الأسرة الجزائري، ولا يتصور بالنسبة للأجنبية التي تتزوج جزائريا لأن نفقتها تقع على زوجها الجزائري فلم يجب عليها إثبات الوسائل الكافية للمعيشة؟

الشرط الخامس- تقديم الزوج الأجنبي طلب اكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج المختلط

قيد المشرع الجزائري اكتساب الزوج الأجنبي الجنسية الجزائرية بالزواج، إضافة إلى الشروط السابقة بإعلان الزوج الأجنبي عن رغبته في اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق تقديم طلب إلى وزير العدل مشمولا بالمستندات والوثائق التي تدل على استيفاء الشروط القانونية. حيث نصت المادة 25 من قانون الجنسية على أنه:" ترفع طلبات اكتساب الجنسية الجزائرية أو التخلي عنها أو استردادها إلى وزير العدل، مصحوبة بالعقود والوثائق والمستندات التي تثبت استيفاء الشروط القانونية".

وباعتباره تصرفا قانونيا يتطلب بلوغ سن الرشد ولعل سبب عدم ذكر المشرع الجزائري هذا الشرط يعود إلى بداهة الامر، لأن الزوج إن لم يكن بالغا سن الرشد وقت إبرام الزواج يرخص له بذلك، وبعد مرور الثلاث سنوات اللازمة لتقديم الطلب، يكون قد بلغ سن الرشد (العيون، 2009، صفحة 11)، ومن ثم يصبح بإمكانه طلب الدخول في جنسية الزوج الجزائري (أحمد، 2006-2007، صفحة 95).

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشترط في ظل قانون 96/63 بلوغ الأجنبية سن الرشد وقت الاعلان عن رغبتها في كسب جنسية زوجها الجزائري، إذ نص في المادة 12 أنه يمكن للمرأة القاصرة أن تعلن عن رغبتها في ذلك بدون ترخيص (جبار، 2014، صفحة 152).

الشرط السادس- صدور مرسوم يقضي بالموافقة على طلب التجنس

أما الشرط الأخير لاكتساب الجنسية الجزائرية بالزواج المختلط؛ فيتمثل في موافقة الدولة الجزائرية صراحة على طلب الدخول في جنسيتها بصدور مرسوم يتضمن قبول الطلب. وهذا يعتبر أمر خاص بسيادة الدولة. إذن، الجنسية لا تكتسب بقوة القانون بل لا بد من صدور مرسوم التجنس كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 09 مكرر أعلاه بعد تأكد وزير العدل من توفر الشروط القانونية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لوزير العدل الأجل القانوني الذي يجب أن يرد خلاله على طلب طالب الجنسية الجزائرية بعد تعديله للمادة 27 التي كانت قبل التعديل تتضمن أجل 12 شهرا، وهذا يجعل الأجل مفتوح لوزير العدل للبث في الطلب. وما على طالب الجنسية في هذه الحالة إلا انتظار الرد الصريح من وزير العدل لأن الرد الضمني لم يعد ممكنا تصور وجوده ما دام لا يوجد أجل (قريشي، 2009-2010، صفحة 42).

وفي حالة ما إذا لم تتوفر الشروط القانونية يعلن وزير العدل عدم قبول الطلب بموجب قرار معلل يبلغ إلى المعني طبقا لما جاء في نص المادة 1/26 من قانون الجنسية. كما نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه يمكن لوزير العدل رغم توفر الشروط القانونية أن يرفض الطلب بموجب قرار يبلغ إلى المعني. ما يعني أن المشرع الجزائري منح لوزير العدل سلطة تقديرية واسعة للبث في مسألة طلب اكتساب الجنسية الجزائرية، أو التخلي عنها أو استردادها.

عند استقراء الشروط سابقة الذكر، يتجلى بوضوح النهج الذي سار عليه قانون الجنسية الحالي بخصوص مدى تأثير الزواج المختلط حيث تبنى مبدأ استقلال الجنسية في العائلة بشكل مخفف. أي أنه جعل اكتساب الجنسية الجزائرية ظرف مخفف

لشروط التجنس، فخفف مدة الاقامة من 07 سنوات إلى سنتين. وبتبنيه لهذا المبدأ يكون المشرع الجزائري قد احترم إرادة المرأة الأجنبية وجعل اكتسابها للجنسية الجزائرية مرهون برغبتها وطلبها وليس مفروض عليها، واحترم مصلحة الأسرة أيضا بتحقيقه وحدة الجنسية فيها في الحالة التي تطلب الزوجة الدخول في الجنسية الجزائرية وأجيب طلبها. ويحقق كذلك مصلحة الدولة الجزائرية بإعطائها سلطة رقابية على دخول الأجنبية في جنسيتها من خلال إمكانية رفض طلب اكتسابها الجنسية الجزائرية إذا رأت أنها من النساء غير المرغوب فيهن في المجتمع الجزائري وكان تواجدها فيه يضر بمصلحته.

ولكن من الناحية الواقعية يبدو أن التعديل باستثناء تخفيض مدة الاقامة من 7 سنوات إلى سنتين، لم يأت بأي جديد يذكر فيما يخص الزوجة الأجنبية لجزائري حيث أن الإجراءات الادارية لمنحها الجنسية مازالت بالتعقيد التي كانت عليه، حيث قد تنتظر الأجنبية الجنسية الجزائرية لمدة سنوات وقد يرد على طلبها وقد لا يرد خصوصا بعد إلغاء أجل وزير العدل للرد على طلبها، فهي منحة من الدولة فلا تستطيع إجبارها على ذلك، فما عليها سوى الانتظار الذي قد يطول دون الرد عليه.

خاتمة:

مما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال الأمر 01/05 واكب أغلب التشريعات المقارنة التي أخذت بالنظرية المعاصرة لاستقلال الجنسية في العائلة، بحيث استحدث طريقا جديدا لاكتساب الجنسية هو " الزواج المختلط" الذي لم يكن ينص عليه الأمر 86/70، إذ أنه اعتنق مبدأ استقلال الجنسية بشكله المخفف حيث قرر إمكانية اكتساب الجنسية الجزائرية بالنسبة للزوج الأجنبي أو الزوجة الأجنبية على السواء، وبذلك يكون قد احترم إرادة المرأة وجسد مبدأ المساواة التامة بين الجنسين في مجال الجنسية على غرار مجالات أخرى .

ونستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري من خلال هذه الأحكام قد جعل من الزواج المختلط مجرد ظرف مسهل لاكتساب الجنسية الجزائرية، فيمكن للزوجة الأجنبية الاحتفاظ بجنسيتها السابقة وخول لها إمكانية الدخول في جنسية زوجها إذا أبدت رغبتها في ذلك كما منح الأجنبي المتزوج من جزائرية كذلك حق اكتساب الجنسية الجزائرية مثله مثل الأجنبية المتزوجة بجزائري .

وعليه، نستخلص أن الأمر 01/05 حاول التخلص من الآثار السلبية لقوانين الجنسية الجزائرية السابقة، حيث بدى المشرع الجزائري أقل شدة في المادة 09 مكرر من قانون الجنسية إذ أنه جعل للزواج أثرا غير مباشر على جنسية الزوجين، فلا يدخل الزوجين الأجنبيين في الجنسية الجزائرية بقوة القانون وإنما يحتفظان بجنسيتهما الأصلية ويمكنهما اكتساب الجنسية الجزائرية بناء على طلبهما وطبقا للشروط التي أوردها قانون الجنسية الجزائرية في المادة المضافة بالتعديل وهي المادة 09 مكرر، وما يلاحظ على هذه الشروط أنها شروط مبالغ فيها تشبه إلى حد كبير شروط التجنس باستثناء تخفيض شرط مدة الاقامة من 7 سنوات إلى سنتين، خصوصا شرط إثبات الوسائل الكافية للمعيشة التي تصلح للأجنبي الذي يتزوج بجزائرية على خلاف الأجنبية التي تتزوج جزائريا، فالزوج هو الملزم بالإنفاق عليها، فلم يلزم عليها إثبات الوسائل الكافية للمعيشة؟

وفي حقيقة الأمر إن التعديل باستثناء تخفيض مدة الاقامة من 7 سنوات إل سنتين لم يأت بأي جديد يذكر فيما يخص الزوج الأجنبي لمواطن جزائري حيث أن الاجراءات الادارية لمنحها الجنسية ما زالت كما كانت حيث قد ينتظر

الجنسية الجزائرية لمدة سنوات وقد يجاب على طلبه أو لا يجاب، خصوصا بعد إلغاء أجل وزير العدل للرد على طلبها، لأنها منحة من الدولة فلا يستطيع إجبارها على ذلك ، وبالتالي ما عليه سوى الانتظار الذي قد يطول دون الرد عليه.

هذا ويلاحظ أن المشرع لم يتطرق لتبيان آثار اكتساب الجنسية الجزائرية عن طريق الزواج على أبناء الزوج الأجنبي من زواج سابق، وبذلك يكون قد ضيق آثار امتداد اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط لكنه أقر باكتساب الأولاد الجنسية الجزائرية عن طريق الانتساب إلى أم جزائرية أو أب جزائري على حد سواء.

كما يلاحظ أن المشرع تطرق في قانون الجنسية لعام 1970 المعدل والمتمم لمسألة أثر الزواج على جنسية الزوجة أو الزوج الأجنبي على السواء، ولكنه لم يتطرق لحالة الجزائرية التي تتزوج من أجنبي وأثر الزواج على جنسيتها فأبقى على الحكم الوارد قبل التعديل ، بحيث تبقى محتفظة بجنسيتها الجزائرية بالرغم من زواجها من أجنبي مع إمكانية فقدها للجنسية الجزائرية بإثبات اكتسابها لجنسية زوجها الأجنبي ورغبتها في التخلي عن جنسيتها الجزائرية وصدور إذن من وزير العدل بمرسوم يسمح لها فيه بالتخلي عن الجنسية الجزائرية وله في ذلك كامل السلطة التقديرية في القبول والرفض.

التوصيات:

- يجب على المشرع الجزائري تحديد الأثر المترتب على الجنسية المكتسبة بالزواج في حالة اكتشاف بطلان هذا الأخير بعد صدور مرسوم اكتساب الجنسية الجزائرية ، والحل الذي ينطبق مع المنطق القانوني السليم في هذه الحالة هو سحب الجنسية الجزائرية كون أن الأساس القانوني لاكتسابها أصبح منعدما – فما بني على باطل فهو باطل-.
- نظرا لسكوت المشرع عن الآثار التي ترتبها وفاة أحد الزوجين قبل أو بعد اكتساب الجنسية الجزائرية على جنسية الزوج الذي بقي حيا، نرى أنه يجب ان ينص صراحة على تحديد اثر الوفاة على الجنسية المكتسبة بمقتضى الزواج في هذه الحالة مثل ما هو معمول به في جل التشريعات المقارنة .
- كما يجب على المشرع الجزائري إعادة النص القديم للمادة 27 من القانون رقم 70-86 التي كانت تنص على أن وزير العدل يفصل في التصريحات أو الطلبات المعروضة عليه في غضون 12 شهر، فتعديل هذا النص بموجب الأمر 05-01 والذي استغنى عن الأجل المقرر لوزير العدل للفصل في طلبات اكتساب الجنسية غير صائب فمن شأن ذلك المساهمة في تماطل الإدارة وتفويت مصالح الأفراد بتعسفها.

قائمة المراجع:

أحمد, ص .(2006-2007) .*الجنسية الجزائرية بين الاكتساب والفقد* .الجزائر :جامعة تلمسان.

العيون, ق .م .(2009) .*شرح أحكام الجنسية* .بيروت :دار الثقافة للنشر.

بن عامر مقني. (2009). *إجراءات التقاضي والاثبات في منازعات الجنسية*. مصر: دار الجامعة الجديدة.

رزيقة قريشي. (2010-2009). *أثر الزواج المختلط على جنسية أفراد الاسرة - دراسة مقارنة-*. بومرداس، الجزائر: جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس.

زيروتي ,ا .(2009) .*الوسيط في الجنسية الجزائرية* .الجزائر :دار هومة.

صلاح الدين جبار. (2014). اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط وآثاره في القانون الجزائري. *مجلة المفكر*، 147.

طيبة ,م .(2005) .*الجديد في الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات* .الجزائر :دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع.

عمار ,م .ا .(2023) .اكتساب الجنسية عن طريق الزواج المختلط .*مجلة النبراس للدراسات القانونية*.35 ,

ملويا ,ل .ب .(2010) .*قانون الجنسية الجزائرية* .الجزائر :دار الخلدونية للنشر والتوزيع.

تنازع القوانين بشأن الكفالة

Conflicts of laws about adoption legal (kafala)

كمال سمية

KAMEL Soumia

أستاذة محاضرة "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان،/الجزائر.

Faculty of law and political sciences, University of Tlemcen / ALGERIA

الملخص:

تعتبر الكفالة نظام يهدف إلى حماية القاصر مجهول النسب أو اليتيم وهي مقررة في الشريعة الإسلامية، أقرها المشرع الجزائري في قانون الأسرة وعرفها بأنها التزام على وجه التبرع من خلال رعايته والإنفاق عليه وتربيته قيام الأب بابنه. تثير مشكلة تنازع القوانين عند اختلاف جنسية الكافل والمكفول، كما تثير مشكلة الاعتراف بآثارها والاحتجاج بها في الدول التي لا تعترف بها وتعترف في المقابل بنظام التبني المحرم شرعا والممنوع قانونا، ومن هنا يهدف البحث إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على الكفالة وعلى آثارها.

الكلمات المفتاحية: الكفالة، القانون الواجب التطبيق، الآثار، الجنسية.

Abstract:

The kafala (legal adoption) or legal guardianship or legal care, is a child protection measure prevalent in Islamic countries, it is the commitment to voluntarily take charge of maintenance, education and protection of a minor child who has been abandoned or orphaned. It is occurs when a person (kafil) cares for the specific needs of a child (makfoul) in the same way as a father would for his son.

Kafala may be of an international nature when implementation occurs in a different country different to where it was decided, these situation raise complex issues particularly in countries where kafala is unknown such a applicable law.

The validity of kafala is subject to the national law of kafil and that of makfoul, the effects of kafala are subject to the national law of kafil.

Key words: kafala, applicable law, effects, nationality.

مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع تتكون نتيجة الزواج باعتباره الطريق الشرعي والطبيعي الذي يربط بين الرجل والمرأة كما يعتبر النسب الشرعي الرابطة التي تجمع بين الوالدين وأبنائهما، فأساس النسب الزواج، وقد نصت المادة الثانية من القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة

(الجريدة الرسمية، 1984) المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، 2005) على أن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة" والقرابة المباشرة هي الصلة بين الأصول والفروع مصدرها الأساسي الزواج الذي يتم به إنجاب الأولاد إذ يترتب عليه النسب وانتماء الأولاد إلى الأسرة، فقد أقام قانون الأسرة النسب على أساس الزواج ولم يعترف إلاّ بالنسب الشرعي وفقا للمواد من 40 إلى 45، ونفى التبني حيث تنص المادة 46 :" يمنع التبني شرعا وقانونا".

والنص القانوني يجد أساسه في الشريعة الإسلامية إذ استقى قانون الأسرة منها أحكامه، فقد منعت الشريعة الإسلامية الآباء من إنكار نسب الأولاد وحرّمت على النساء نسبة ولد إلى غير أبيه الحقيقي، كما منعت الأبناء من انتسابهم إلى غير آبائهم وحرّمت نظام التبني وأبطلته بعد أن كان سائدا في الجاهلية وصدر الإسلام، وقد ألغت الآيتين الرابعة والخامسة من سورة الأحزاب تبني النبي صلى الله عليه وسلّم قبل النبوة لزيد بن حارثة (الزحيلي، 1992، صفحة 673)

لكن نظرا لوضعية بعض الأطفال وبعض الأسر التي لا تسعد بالإنجاب ارتأى المشرع الجزائري أن يلجأ إلى حلّ يتمثل في الكفالة ونظم أحكامها في المواد من 116 إلى 125 من قانون الأسرة (بنملحة، 2005، صفحة 168) ولقد ورد معنى الكفالة بصيغة الفعل (كفل- يكفل) في عدّة آيات من القرآن الكريم مثل الآيتين 37 و 44 من سورة آل عمران، والآية 40 من سورة طه، كما فتح الإسلام باب المعروف والإحسان والخير لكفالة ورعاية اليتامى واللقطاء ومجهولي النسب بشرط أن ينسب الطفل المجهول إلى أبيه الحقيقي إذا كان معروفا أو ينسب لأمه إذا لم يكن له أب شرعي معروف، على أساس الأخوة في الإسلام وفي إطار التعاون على البر والتقوى لما لكفالة اليتيم من جزيل الثواب (بلحاج، 2013، الصفحات 717-718) .

وفي إطار العلاقات الدولية الخاصة يثير الزواج المختلط الذي يربط بين شخصين مختلفين في الجنسية العديد من الإشكالات من بينها تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية والشكلية لانعقاده وعلى آثاره وعلى انحلاله، ووفقا لتكييفه ضمن طائفة الأحوال الشخصية يعتبر القانون الشخصي هو الأفضل للتطبيق ولقد أخذ المشرع الجزائري بضابط الجنسية ليحكم مختلف المسائل الناتجة عن الزواج المختلط بما فيها النسب حيث يكون القانون الشخصي هو الواجب التطبيق عليه، ولقد اختلف الفقه في تحديده حيث يميز البعض بين النسب الشرعي والنسب الطبيعي ويخضع الأول للقانون الذي يحكم آثار الزواج لأن من الأفضل أن يكون القانون الذي يحكم الأسرة قانون واحد وهو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهو فعلا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 (الجريدة الرسمية، 1975) المتضمن القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الجريدة الرسمية، 2005) إذ أخضع النسب الشرعي لقانون جنسية الأب، أمّا الثاني وهو النسب الطبيعي فيخضع لقانون جنسية الطفل وكان هذا الاتجاه سائدا في فرنسا قبل القانون الصادر في 1972، ويوجد اتجاه ثان يقول بتطبيق قانون جنسية الطفل على النسب سواء كان شرعيا أو طبيعيا، والاتجاه الثالث يخضع النسب لقانون جنسية الأم لأنها المحور الأساسي في جميع

دعاوى النسب فمن النادر أن تكون مجهولة وقد أخذ القانون الفرنسي الصادر في 1972 بهذا الاتجاه فأخضع النسب بنوعيه الطبيعي والشرعي للقانون الشخصي للأم وإذا كانت مجهولة فيخضع للقانون الشخصي للطفل (أعراب، 2003، الصفحات 263-264-265) واستحدث المشرع الجزائري في القانون المدني المادة 13 مكرر المتعلقة بقاعدة الإسناد الخاصة بالنسب الشرعي إلى جانب المادة 13 مكرر 1 التي تتضمن قاعدة الإسناد الخاصة بالكفالة والتبني وهي مواد جديدة تضمنت أحكاما أساسية في التنازع لم تكن محلّ تنظيم أصلا في القانون المدني القديم (زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، صفحة 254) والتي جاءت لتكملة نقص قاعدة الإسناد في ما يخص الكفالة كما أخضع نفس النص التبني لنفس الأحكام مع العلم أنه ممنوع شرعا وقانونا من خلال قانون الأسرة، فقد فكرر محررو المادة 13 مكرر 1 في الأشخاص غير المسلمين (BENMELHA، صفحة 106).

تنص المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني على أن : " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل.

وتطبق نفس الأحكام على التبني".

إذن أخضع المشرع الجزائري الكفالة والتبني للقانون الشخصي ولنفس الأحكام فهل يعني هذا أنهما مؤسستين متشابهتين، أم أنهما مختلفتين وما هي أوجه الاختلاف بينهما؟ ولماذا أدرج المشرع التبني في المادة 13 مكرر 1 واعترف به في العلاقات الدولية الخاصة بالرغم من أنه ممنوع شرعا وقانونا في العلاقات الداخلية؟ وما هو القانون الواجب التطبيق في حالة الاختلاف في الجنسية بين الكفيل والمكفول؟ وما هي آثار الاحتجاج بالكفالة في الخارج في الدول التي لا تعرفها؟

تتم الإجابة على هذه التساؤلات من خلال نقطتين الأولى: القانون الواجب التطبيق على الكفالة، والثانية: القانون الواجب التطبيق على آثارها والاحتجاج بها في الخارج.

أولا: القانون الواجب التطبيق على الكفالة

تنص المادة 116 من قانون الأسرة على أن:" الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي"، فهي تندرج ضمن الأحوال الشخصية وفي إطار حماية الطفل القاصر خاصة اليتيم أو المتخلى عنه نتيجة عدم قدرة والديه على الإنفاق عليه أو مجهول النسب أو ما يعرف باللقيط.

فالكفالة مؤسسة قانونية اجتماعية تهدف إلى رعاية الطفل تقترب وتختلف عن مؤسسات قانونية أخرى لها نفس الهدف مثل الحضانة والولاية والتبني، لهذا ينبغي تحديد مفهومها وتكييفها قبل تفسير ضابط الإسناد المعتمد عليه لتحديد القانون المطبق عليها في إطار تنازع القوانين ونطاقه.

1- تكييف الكفالة

تتعدد في قانون الأسرة النظم القانونية التي تهدف إلى حماية الطفل وتربيته ورعايته نفسيا أو معنويا وماديا من خلال الإنفاق عليه ففي الأسرة وأثناء قيام العلاقة الزوجية تتم حماية الطفل من خلال الولاية

عليه، وبعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق تتم حمايته بإسناد حضانته لمن يستحقها، وفي حالة عدم قدرة الأبوين على التكفل بطفلهما أو في حالة عدم وجودهما بسبب أنهما متوفيان أو بسبب أن الطفل مهمل أو لقيط يتم التكفل به وبعض الأنظمة القانونية تبيح تبنيه، لهذا ينبغي التمييز بين الكفالة والأنظمة التي تشبهها أو تختلط معها والتي تشترك معها في الهدف وهو حماية الطفل ورعايته والإنفاق عليه.

أ- الكفالة والولاية على النفس

أدرج المشرع الجزائري الكفالة في الفصل السابع من قانون الأسرة ضمن الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية بعد الولاية التي خصص لها الفصل الثاني، وبالتالي تعتبر كلّ من الكفالة والولاية من أساليب النيابة الشرعية، وتعتبر الولاية مؤسسة أقيمت من أجل حماية القاصر وتتصل بنفسه أو بماله تمارس عليه تحت رقابة سواء أكانت له أسرة أو لم تكن له أسرة (بنملحة، 2005، صفحة 202) ففي ظل الأسرة بين الأب الذي يحمي والأم التي تنمّي تجتمع الولاية على النفس وتلتقي مع الحضانة فإذا انفصلا أو مات أحدهما أو كان أحدهما غير صالح للعمل الواجب عليه تكون الحضانة للأم أو لغيرها من النساء وتكون الولاية للأب أو لغيره من ذوي القرابة ويكون توزيع الاختصاص بحكم الفقه لا بحكم الاتفاق بين الأبوين فقط، فإذا كان على الحاضنة الرعاية والقيام على شؤون الطفل القاصر من مأكل وملبس فإن على الولي العناية بالتهذيب والإصلاح والحماية والإنفاق، وتثبت الولاية على النفس في حالة عجز الشخص عن الوقوف بمفرده في الحياة واحتياجه إلى من يحميه ويقوم على شؤونه فيكون بحاجة إلى التأديب والتهذيب والتعود على العادات الإسلامية لهذا تتحقق في الصغير والمجنون والمعتوه والأنثى في دائرة محدودة (أبوزهرة، الولاية على النفس، 1994، الصفحات 7-15) وتكون الولاية على النفس من احتكار الرجال إذ أنها تمارس من الأب وغيره من العصبة حسب ترتيبهم في الإرث وفقا للفقه الإسلامي لكن خلافا لذلك فإن المشرع الجزائري من خلال المادة 87 من قانون الأسرة لم يجعلها من احتكار الرجال (تشوارحميدو، 2008، صفحة 111) بنصها: " يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له تحلّ الأم محلّه في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد". كما تنص المادة 92 من قانون الأسرة على أنه:" يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتهما لذلك بالطرق القانونية..." وفي حالة عدم وجود ولي أو وصي تعيّن المحكمة مقدما على فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه وفقا للمادة 99 من قانون الأسرة، وتكون مهمة الوصي أو المقدم هي رعاية أموال القاصر أو فاقد الأهلية أو ناقصها.

تعتبر الولاية سلطة أبوية من خلال ممارستها داخل الأسرة وهي نظام خاص حيث تتكفل الأسرة برعاية القاصر وتمارس من طرف أشخاص يتم تعيينهم من بين أفرادها ولا تتدخل الدولة إلاّ في ظروف استثنائية عند غياب أقارب القاصر أو عدم وجود من يتطوع لممارسة الولاية (بنملحة، 2005، الصفحات 202-203) وتنتهي الولاية على الصغير ببلوغه سن الرشد كما يشترط في الولي أن يكون على دين المولى عليه

(تشوارحميدو، 2008، صفحة 112) حيث أنه من خلال المادة 93 من قانون الأسرة يشترط أن يكون الوصي مسلما ومن باب أولى يشترط أن يكون الولي مسلما.

أمّا الكفالة فهي عقد شرعي وفقا للمادة 116 من قانون الأسرة، تكون أمام المحكمة أو أمام الموثق وتكون برضا الأبوين وفقا للمادة 117 بنصها : "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا الأبوين" والولد المكفول قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب وفقا للمادة 119 من قانون الأسرة، وبمقتضاها تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول وعلى ماله فالكافل يتمتع بنفس الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس من تربية المكفول ورعايته (بنملحة، 2005، صفحة 173) فتخوّل الكفالة للكافل حق الولاية على الطفل المكفول وتعطى له جميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي وذلك بالشروط والأوضاع التي تنص عليها القوانين واللوائح السارية (بلحاج، 2013، صفحة 718) كما تشترط المادة 118 من قانون الأسرة أن يكون الكافل مسلما.

إذن الولاية هي نظام قانوني مقرر لحماية القاصر تمارس من طرف الأب أو الأم أمّا الكفالة فهي عقد للتكفل بالطفل القاصر بمقتضاها تمارس الولاية وبهذا تكون الولاية أشمل وأوسع من الكفالة، ويمكن القول أن الكفالة ولاية تتم بعقد شرعي بمقتضاها تمنح السلطة الأبوية للكافل، تشترك مع الولاية في أنها تهدف إلى تحقيق مصلحة الطفل القاصر وتختلف معها من حيث المدّة إذ يمكن أن تنتهي الكفالة إذا طلب الأبوان عودة طفلهما .

وفي إطار العلاقات الدولية الخاصة يحكم الكفالة قانون كلّ من الكافل والمكفول من حيث الشروط أمّا بالنسبة للولاية فتنص المادة 1/15 من القانون المدني على أن:" يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته".

ب-الكفالة والحضانة

الكفالة لغة هي الضم أو الالتزام وكفل فلانا بمعنى ضمنه والمعنى الاصطلاحي للكفالة يتحدد بالإعالة والإنفاق والقيام بأمور المكفول أمّا الحضانة فتعني لغة ضم الصبي إلى الجنب أو الصدر، ونتيجة لذلك تتعلق الحضانة بطفل أصغر من المكفول (تشوارحميدو، 2008، صفحة 114) فهي تتقرر للطفل منذ صغره أمّا الكفالة فيمكن أن تبدأ من الصغر من أي سن، وتشترك الكفالة مع الحضانة في أنها تهدف إلى حماية مصلحة الطفل لهذا يترتب على كلّ من الكفالة والحضانة إسناد الولاية على الطفل المكفول أو المحضون للكافل أو للحاضن وفقا للمواد 121 و87 فقرة3 من قانون الأسرة، لهذا هناك من يخلط بين الحضانة والكفالة (الزحيلي، 1992، صفحة 717).

تعتبر الحضانة من آثار الطلاق تعرض لها المشرع في المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة، نصت المادة 62 على أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

وتكيّف الحضانة بأنها حق للطفل مقررة لمصلحته في حين أن الكفالة التزام يقع على عاتق الكافل لكن بمفهوم المخالفة لا يمكن اعتبارها حقا للمكفول وإنما هي التزام على وجه التبرع، تسند الحضانة بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق أو الخلع لأحد الأبوين غالبا الأم أمّا الكفالة فيمكن أن تمارس من الكافل في إطار عقد الزواج، لشخصين متزوجين أو لشخص واحد رجل أو امرأة، بالإضافة إلى أن الحضانة تسند للأمّ بصفة أولية وكقاعدة عامة ويمكن أن تسند للأب أمّا الكفالة فتمارس من الغير.

بالإضافة لما سبق هناك عدّة اختلافات بين الكفالة والحضانة أهمّها أن الكفالة التزام بالإنفاق على المكفول فهي تقدم دون مقابل في حين أن الحضانة تتم بأجر من خلال النفقة التي يلتزم بها الأب بداهة (بنشويخ، 2008، صفحة 259))، الكفالة تتم بعقد رسمي أمام الموثق أو من المحكمة بأمر ولائي وفقا للمادة 493 من قانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية، 2008) المعدل والمتمم بالقانون 22-10 المؤرخ في 12 يوليو 2022 (الجريدة الرسمية، 2022) من طرف قاضي شؤون الأسرة بعد أخذ رأي ممثل النيابة العامة ويمكن أن يأمر بإجراء تحقيق أو أي تدبير يراه مناسبا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته (المادة 495 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) وتسند الحضانة بحكم قضائي، تنتهي الكفالة بالتخلي عنها أو طلب إلغاءها بموجب دعوى قضائية أو بوفاة الكافل (المادة 125 من قانون الأسرة والمادتين 496 و497 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية) كما يمكن للأبوين طلب عودة المكفول أمّا الحضانة فتنتهي مدتها ببلوغ الذكر عشر (10) سنوات مع إمكانية تمديدها إلى ستة عشر (16) سنة وببلوغ الأنثى سن الزواج أي تسعة عشر (19) سنة، الطفل المكفول يكون عند كافله أي يكون عند غير والديه الأصليين وقد يكون معلوم النسب أو مجهوله أمّا الطفل المحضون فيكون عند والديه الأصليين سواء الأمّ أو الأب وهو بالضرورة طفل معلوم النسب (تشوارحميدو، 2008، صفحة 117) كما يشترط في الكافل أن يكون مسلما ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلما لكن تشترط المادة 62 من قانون الأسرة تربية الطفل على دين أبيه المفترض أنه مسلم حتى ولو كانت الحاضنة غير مسلمة لكن المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1979/04/16 نقضت حكما أسند الحضانة لأم تدين بالمسيحية وثبت أنها تربي الولد على دينها (بنملحة، 2005، صفحة 131) .

من القضايا الشائكة التي يثيرها الزواج المختلط عند انفصال الرابطة الزوجية مشكل الحضانة حيث لا توجد قاعدة إسناد خاصة بها لهذا يتم إعمال قاعدة الإسناد المتعلقة بالطلاق وآثاره فيطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وفقا للمادة 2/12 من القانون المدني، حيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ومنها نص المادة 62 المتعلقة بتربية الولد على دين أبيه إذا كانت الزوجة غير مسلمة أو في حالة زواج بين أجانب غير مسلمين وتتجنس الزوجة بالجنسية الجزائرية وتسلم أمّا الزوج فيبقى على ملته ليتم الطلاق بينهما فإذا أسندت الحضانة للأمّ كيف تربي الولد على دين أبيه غير المسلم (بنشويخ، 2008، صفحة 263)

ج-الكفالة والتبني

تعني كلمة التبني التكلف والاصطناع بما يخالف الفطرة وهو يفيد إنشاء رابطة غير حقيقية بين شخصين لا توجد بينهما قرابة الأبوة أو البنوة الحقيقية وترتب آثار العلاقة الحقيقية عليها وكان التبني معروفا في الجاهلية حيث يكون الابن المتبنى في مرتبة الابن الحقيقي (الشامي، 2009، الصفحات 2-3) وهو أن يعمد رجل ما أو امرأة ما إلى ولد معروف النسيب إلى أبيه أو إلى أمه فينسبه إلى نفسه أو تنسبه إلى نفسها ويسمى الولد المتبنى دعيّا وجمعه أدعياء (عبدالحميد، 2003، صفحة 387) وهو أن يتخذ الإنسان ابن غيره المعروف نسبه ابنا له (بلحاج، 2013، صفحة 711) وأن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به ومع ذلك يتخذه ولدا له ويعطيه اسمه (بنشويخ، 2008، صفحة 250) إذن يمكن القول أن التبني هو ادعاء أو إلحاق بالنسب حيث يقوم المتبني بإلحاق نسبه إلى شخص ليس ابنه الطبيعي سواء كان هذا الأخير معلوم النسب أو مجهولة، أمّا الكفالة فليست إلحاق بالنسب وإنما هي تربية الطفل الصغير والإنفاق عليه وتندرج ضمن النيابة الشرعية.

وإذا كان التبني إلحاق بالنسب فهو ليس إقرارا بالنسب لأن الإقرار لا ينشئ النسب وإنما هو طريق لإثباته وظهوره أمّا التبني فهو تصرف منشئ للنسب ولأن البنوة التي تثبت بالتبني تتحقق ولو كان للمتبنى أب معروف أمّا البنوة التي تثبت بالإقرار فلا تتحقق إلاّ إذا لم يكن للولد أب معروف (الزحيلي، 1992، صفحة 695) فالإقرار بالنسب يكون لشخص مجهول النسب قبل الإقرار وبعد الإقرار يصير معلوم النسب ممّن ادعاه أمّا التبني فينصب على شخص معلوم أو مجهول النسب مع علم المتبني بأن لا صلة تربط بينه وبين الطفل المتبنى (بنشويخ، 2008، صفحة 251) فالإقرار بالنسب هو ادعاء نسب واقع فعلا لكنه غير ثابت والمقر يصحح وضعه بالنسبة لنسب الصغير الذي أقر ببنوته فهو قائم شرعا وقانونا ولا يجوز الرجوع فيه وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا على أنه لا يجب الخلط بين التبني والإقرار بالنسب كما أنه لا يجوز تطبيق قاعدة الولد للفراش في مجال التبني لأنه لا يوجد أي فراش في التبني (بلحاج، 2013، الصفحات 712-714) وقد يكون الإقرار بالنسب لمجهول النسب أو اللقيط إذا ادعى شخص نسبة اللقيط تصح دعوته ويثبت النسب منه كما لو ادعى الملتقط أي الشخص الذي وجد اللقيط أو غيره أن اللقيط فتسمع دعواه من غير بيّنة فيكون ادعائه إقرار بما ينفع اللقيط لأنه يتشرف بالنسب وتصديق المدعي لا يتطلب البينة (الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته-الجزء الخامس، 1992، صفحة 767) ولهذا هناك فرق بين المتبني واللقيط فلو ادعى الملتقط أو غيره أنه ابنه وثبتت دعواه ثبتت بنوته لمن يدعيها وصار اللقيط ابنا له وصار المدعي أباه ووجب على كلّ واحد منهما من الحقوق قبل الآخر أمّا المتبنى فلا يثبت له شيئ من ذلك وأساس التفرقة أن اللقيط مجهول النسب وأن المتبنى معلوم النسب إلى أب معيّن فلا مصلحة له في نفي نسبه عنه (عبدالحميد، 2003، الصفحات 387-388) أمّا الكفالة فإنها تحافظ على النسب الحقيقي للطفل إذا كان الطفل معلوم النسب (بنشويخ، 2008، صفحة 251) .

التبني تزييف للنسب يسمح بإدخال شخص غريب ليصبح ضمن أفراد العائلة ويشاركهم في نسبهم بدون سند قانوني ممّا يشكل اعتداء على اللقب العائلي المحمي مدنيا وجنائيا كما أنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب (بلحاج، 2013، صفحة 713) في حين أن الكفالة نظام بديل عن التبني لا يترتب عنه تزييف النسب لأن

الولد المكفول قد يكون معلوم النسب أو مجهول النسب، وتنص المادة 120 من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية"، وتنص الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة 64 من الأمر 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية (الجريدة الرسمية، 1970) على أن:" يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

التبني هو اتفاق أو تصرف قانوني بمقتضاه يتخذ الشخص ولد غيره المعروف أو المجهول نسبه كولده ونسبته إليه وإعطائه كلّ حقوق الولد الشرعي رغم عدم وجود صلة دم بينهما ويمكن أن يلجأ إليه الرجل أو المرأة كما يمكن أن يلجأ إليه شخصان متزوجان ليس لهما أولاد، والتبني محرم في الشريعة الإسلامية لكنه نظام معروف لدى بعض الطوائف غير الإسلامية ولدى أغلب القوانين الأجنبية (سلامة، 2008، صفحة 888) والحكمة من تحريمه في الشريعة الإسلامية أن العدل يقضي والحق يوجب نسبة الابن إلى أبيه الحقيقي لا لأبيه المزور والإسلام دين الحق والعدل والعنصر الغريب عن الأسرة ذكرا أو أنثى لا ينسجم معها قطعا في خلق ولا دين وقد تقع منكرات ومفاسد عليه أو منه لإحساسه بأنه أجنبي فمن تبنى لقيطا أو مجهول النسب دون أن يدعي أنه ولده لم يكن ولده حقيقة، ومن كان له أب معروف نسب إلى أبيه ومن جهل أبوه دعي مولى وأخا في الدّين منعا من تغيير الحقائق (الزحيلي، 1992، صفحة 673) .

إذن يشترك التبني والكفالة في الهدف وهو رعاية الطفل الصغير وتربيته والإنفاق عليه وهما تصرفان قانونيان إراديان يتمان في صورة عقد شرعي، بين المتبني أو الكافل من جهة وأبوي الطفل موضوع التبني أو الكفالة أو الهيئة أو مؤسسة الرعاية الاجتماعية التي ينتمي لها الطفل من جهة أخرى ويكون ذلك تحت رقابة القضاء، إلاّ أنه من حيث التكييف القانوني يمكن القول أن التبني يندرج ضمن مسألة النسب حيث يميز فقهاء القانون الدولي الخاص بين النسب الشرعي والنسب غير الشرعي والبنوة بالتبني فالتبني يعني اعتراف وتقرير بنوة يترتب عليها انتساب الطفل للشخص المتبني، فهو ينشئ النسب، أمّا الكفالة فتندرج ضمن النيابة الشرعية على الطفل القاصر ومن في حكمه، ولهذا يمكن القول أنهما يختلفان من حيث التكييف ممّا يترتب عليه اختلاف في القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين بالرغم من أن المشرع الجزائري أخضعهما لنفس القانون، فبالرغم من كون نظامي الكفالة والتبني مختلفين عن بعضهما قانونا إلاّ أن حكم الإسناد بهما واحد من حيث الصحة والآثار وفقا لما جاء في المادة 13 مكرر 1 (زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، صفحة 193).

في أغلب الأحيان يتخذ التبني طابعا دوليا لأن الأشخاص الراغبين فيه يبحثون عن الأطفال الذين يمكن تبنيهم من خارج دولهم، لهذا يطرح العديد من المشاكل بسبب أن الأطفال قد ينحدرون من دول لا تعترف بالتبني(HEUZE, 2007, pp. 465-466) مثل الجزائر التي تقرر نظاما يقترب منه والمتمثل في الكفالة، على خلاف تونس التي تقرر النظامين معا من خلال القانون عدد 27 لسنة 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة والتبني (بنشويخ، 2008، صفحة 251) كما نصت المادة 3/20 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة

1989 المصادق عليها بالمرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 (الجريدة الرسمية، 1992) على أنه :" يمكن أن تشمل الرعاية ... الحضانة أو الكفالة الواردة في القانون الإسلامي أو التبني..." وبهذا تكون الكفالة نظاما إسلاميا اعترفت به اتفاقية حقوق الطفل واعتبرته مثل التبني وبديلا له في المجتمعات الإسلامية.

وفي المقابل تعثر كلّ من التشريع والقضاء الفرنسيين أمام نظام الكفالة باعتبارها نظاما اسلاميا فريدا من نوعه والذي يصعب وضعه في قالب خاص منسجم مع النظام التشريعي الفرنسي حيث يصعب تعريفه من حيث المبادئ العامة أو الآثار وما زاد في تفاقم هذه الصعاب هو تنوع وغنى أحكام الشريعة الإسلامية، ولقد حاول الفقه والقضاء احتضان الكفالة مع محاولة إدماجها في نظام الأسرة وتكييفها تكييفا خاصا ووضعها في نظام خاص بها لأنها ليست تبني كامل وليست تبني بسيط كما أنها ليست طريقا وسطا للتبني (دنوني، بدون سنة، الصفحات 16-17) وهناك من يعتبرها عائقا ضد التبني لأن المادة 370 -3 الفقرة 2 من القانون المدني الفرنسي تمنع تبني طفل قاصر أجنبي إذا كان قانونه الشخصي يمنع التبني إلاّ إذا كان القاصر ولد في فرنسا ويقيم فيها بصفة عادية (Boursicot, 2010-1)

2-ضابط الإسناد في الكفالة

المبدأ أن يخضع التكييف وفقا لقانون القاضي وعليه تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين الواجب تطبيقه" فيكون قانون الأسرة هو المرجع في تكييف علاقات الأحوال الشخصية ومادام أن نظام الكفالة منصوص عليه في المادة 116 وما يليها من قانون الأسرة فيمكن القول أنها صنف من النيابة الشرعية على فاقد الأهلية أو ناقصها مع أن المشرع في قانون الأسرة حصرها على القاصر فقط، وهي التزام يقع على عاتق الكافل ويكون على وجه التبرع أي دون مقابل ويجب أن تكون أمام قاضي شؤون الأسرة أو أمام الموثق ويجب أن تتم برضا الأبوين، وتكون في شكل عقد شرعي، فهي مثل الزواج الذي يتم برضا الزوجين في شكل عقد، وعلاقات الأحوال الشخصية وإن كانت في شكل عقود فتخضع للقانون الشخصي أي قانون جنسية الأطراف، ولقد اعتمد المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في جميع علاقات الأحوال الشخصية بما فيها الكفالة وهذا ما ورد في المادة 13 مكرر1 من القانون المدني بنصها:" يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كلّ من الكفيل والمكفول وقت إجرائها. ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل".

إذن ينبغي التمييز بين شروط الكفالة وبين آثارها حيث تخضع الكفالة من حيث الصحة والشروط الموضوعية لقانون جنسية الكافل والمكفول و من حيث الشروط الشكلية لقانون مكان إجرائها.

أ-القانون الواجب التطبيق على شروط صحة الكفالة

تكون علاقة الكفالة وطنية محضة إذا كان كلّ من الكافل والمكفول جزائريان وإذا تمّت الكفالة في الجزائر، وفي المقابل تكون الكفالة علاقة دولية عندما يتخلل العنصر الأجنبي أحد أطرافها ويكون عنصرا مؤثرا فيها ويتعلق الأمر بالكافل أو الطفل المكفول عندما يكون أحدهما أو كلاهما أجنبيا حيث أخذ المشرع بضابط الجنسية ولم يهتم بموطن أو محل إقامة الأطراف.

والجدير بالذكر أن أغلب الأنظمة القانونية تعرف التبني ولهذا اهتمت الآراء الفقهية به بشأن تحديد القانون المطبق عليه باعتباره علاقة دولية فمختلف الآراء التي قيلت بشأن التبني في تحديد القانون المطبق على شروطه الموضوعية يمكن تطبيقها قياسا عليه فيما يخص الكفالة.

إذا اختلفت جنسية الكافل والمكفول يتحدد القانون الواجب التطبيق بضابط الجنسية ولقد اختلفت الحلول الفقهية من حيث القانون المطبق على الشروط الموضوعية (سلامة، 2008، صفحة 889)، ذهب اتجاه إلى تقرير الاختصاص لقانون الدولة التي تتم فيها الكفالة ويذهب اتجاه ثان إلى تقرير الاختصاص لقانون من يريد الكفالة بصفة أصلية بحيث لا يرجع إلى قانون المراد كفالته إلاّ بخصوص رضا أو موافقة هذا الأخير ، ويذهب اتجاه ثالث إلى تقرير الاختصاص لقانون كلّ من الراغب في الكفالة والمراد كفالته بحيث يطبقان كلاهما على الكفالة.

عند اتحاد جنسية الكافل والمكفول يطبق قانون جنسيتهما المشتركة، وعند اختلاف الجنسية طرحت عدّة حلول إمّا التطبيق الجامع لقوانين أطراف العلاقة وهذا ما يؤدي إلى تطبيق القانون الأشد وإمّا تطبيق قانون الطفل المكفول، وإمّا تطبيق قانون الكافل على أن تتم العودة إلى قانون الولد المكفول فيما يتعلق بشروط الرضا أو التمثيل (غصوب، 2008، صفحة 281)

يمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بوجوب التطبيق الجامع لكلّ من قانون الكافل والمكفول وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى تطبيق القانون الأشد منهما فإذا كان قانون جنسية المكفول يسمح بالكفالة أمّا قانون جنسية الكافل لا يعرف الكفالة وإنما يعرف التبني فإن الكفالة لا تتم إذ تكون الكفالة جائزة إذا أقرها كل من قانوني الكافل والمكفول.

والأخذ بتطبيق قانوني جنسية كلّ من الكافل والمكفول أن الكفالة تتعلق بالحالة الشخصية للطفل المكفول من جهة وهي التزام على سبيل التبرع على عاتق الكافل وبناء على إرادته، فلا يمكن اعتبارها عقدا بأتمّ معنى الكلمة لأن العقد في القانون الدولي يخضع لقانون إرادة أطرافه وهذا لا يمكن إعماله في الكفالة لأن أحد الأطراف قاصرا.

تطبيق قانون جنسية الكافل لا يثير صعوبة إذا كان شخصا واحدا لكن في حالة ما إذا كانا زوجين يختلفان في الجنسية فقد تثار مسألة القانون الواجب التطبيق، لحلّ مثل هذا الإشكال يمكن اعتبار أن قانون الكافل هو القانون الذي يحكم العلاقات الشخصية بين الزوجين وهو القانون الذي ينظم آثار الزواج (HEUZE، 2007، صفحة 466) فالكافل يتصرف بصفته زوجا والزوجين معا يلعبان دور الكافل، وبالتالي وفقا للقانون الجزائري يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وفقا للمادة 12 من القانون المدني وإذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فيطبق القانون الجزائري وفقا للمادة 13.

بالنسبة للطفل مجهول النسب فإنه وفقا للمادة 07 من الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، 2005) المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية الجزائرية (الجريدة الرسمية، 1970) "يعتبر من الجنسية الجزائرية بالولادة في الجزائر: 1-الولد

المولود في الجزائر من أبوين مجهولين. 2- الولد المولود في الجزائر من أب مجهول وأمّ مسماة في شهادة الميلاد دون بيانات أخرى تمكّن من إثبات جنسيتها."

من بين الشروط الموضوعية للكفالة والتي تخضع للتطبيق الجامع لقانوني الكافل والطفل المكفول ضرورة مراعاة مصلحة الطفل باشتراط أن يكون المكفول قاصرا لم يبلغ سن الرشد وأن يكون الكافل قادرا على توفير الرعاية النفسية والصحية والمادية وأن يتعهد بذلك وضرورة حصول موافقة الممثل القانوني للطفل وهو أبوه أو أمه أو حاضنه أو المؤسسة التي ينتمي إليها.

اهتم المشرع في قانون الأسرة بالشروط الواجب توفرها في الكافل باعتبار أن الكفالة هي تصرف بإرادته المنفردة ولم يتطرق لشروط المكفول لأن هذا الأخير ليس طرفا في عقد الكفالة وإنما اشترط أن تتم الكفالة بموافقة أبوي الطفل المكفول وموافقتهما.

تنص المادة 118 من قانون الأسرة على أنه: " يشترط أن يكون الكافل مسلما، عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته"، فيجب أن يكون راشدا متمتعا بقواه العقلية والصحية تؤهله للكفالة، ولابد أن تتجاوز سن الكافل سن المكفول وأن يكون ذو مال حتى يتمكن من الإنفاق على المكفول ولا فرق بين أن يكون الكافل رجلا أو امرأة وإذا أراد أحد الزوجين كفالة طفل يتعيّن موافقة الزوج الآخر (بنملحة، 2005، صفحة 169) وهذه الشروط من المسائل المهمة التي حرص الشرع والقانون على وجودها وعلى القاضي أو الموثق أن يراعي هذه الجوانب حتى لا يتضرر الصغير من هذه الكفالة (بنشويخ، 2008، صفحة 248) بحيث يجب مراعاة مصلحة الطفل بصفة أولية ويمكن إضافة إلى ذلك اشتراط وحدة الجنس بين الكافل والمكفول فلا تقبل كفالة رجل لطفلة أو عدم قبول كفالة رجل أعزب غير متزوج، وأن يكون الكافل قريبا للمكفول كأن يكون عمّه أو خاله ومراعاة مصلحة الطفل المكفول من زوجين خاصة فيما يتعلق بالسن والجنس، كما يمكن إضافة اشتراط أن يقيم الكافل في نفس بلد المكفول لكي يكون قريبا من عائلته، والسلطة التقديرية ترجع للقاضي في حالة طلب إنهاء الكفالة.

وبحسب موقع وزارة الشؤون الخارجية الجزائرية يشترط الحدّ الأقصى لسن الرجل بـ60 سنة و55 سنة بالنسبة للمرأة وأن يكون الكفيل في صحة جيّدة يتم إثباتها بالشهادات الطبية المطلوبة وأن يكون الكافل جزائريا ومسلما وأن يكون له سكن وبالنسبة للمرأة يمكن أن تكون عزباء أو أرملة أو مطلقة (www.mfa.gov.dz/services-for-algerians/social-legal-affairs-1, 2023)

من المسائل التي يثيرها التطبيق الجامع لقانوني جنسية كلّ من الكافل والمكفول أن قانون جنسية الكافل يعرف مؤسسة الكفالة في حين يجهلها قانون جنسية الطفل فيما إذا يجوز لجزائري أن يتكفل بطفل فرنسي إذ يجهل القانون الفرنسي الكفالة ويقر نظام التبني البسيط أو التّام، في هذه الحالة لا تمنح الكفالة الحقوق التي يمنحها التبني خاصة فيما يتعلق بالنسب والإرث وبالتالي فإن التطبيق الجامع يؤدي إلى عدم قبول كفالة جزائري لطفل فرنسي لكن قد يتدخل النظام العام خاصة إذا كان الطفل الفرنسي مسلما فالاتحاد في الديانة الإسلامية يعتبر مبررا لإنشاء الكفالة.

وتثار الصعوبة بالنسبة للأنظمة القانونية التي تعترف بالتبني وتجهل الكفالة مثل القانون الفرنسي إذا ما أراد فرنسي تبني طفل جزائري مثلا، فلقد تردد القضاء الفرنسي بشأن معرفة فيما إذا يمكن الأخذ بعين الاعتبار قانون الطفل عندما يجهل نظام التبني، في قرار Pistre بتاريخ 31 جانفي 1990 قررت محكمة النقض أنه يستحيل تبني طفل برازيلي تطبيقا للقانون البرازيلي الذي كان يجهله –في ذلك الوقت- التبني الكامل أو التّام من طرف شخص أجنبي لا يقيم في البرازيل، لكن بعد ذلك أعلنت في قرار مؤرخ في 10 ماي 1995 أنه باستطاعة زوجين فرنسيين إجراء تبني طفل قانونه الشخصي لا يعرف أو يمنع التبني (HEUZE، 2007، صفحة 467) بشرط وبصفة مستقلة عن هذا القانون إذا كان الممثل القانوني للقاصر قد وافق بإرادته مع علمه بالآثار التي يرتبها القانون الفرنسي فيما يخص التبني الكامل أو التام خاصة فيما يتعلق بقطع الروابط بين الطفل وعائلته الأصلية (Boursicot، 2010-1).

من الصعوبات التي يثيرها ضابط الجنسية حالة تعدد الجنسيات وحالة انعدامها ولقد وضع المشرع الجزائري حلا لهذه المشكلة في المادة 22 من القانون المدني فإذا كان الشخص مزدوج أو متعدد الجنسية بأن يحمل الجنسية الجزائرية وجنسية أجنبية فالعبرة بالجنسية الجزائرية وتطبيق القانون الجزائري وإذا كان يحمل جنسيتين أجنبيتين أو أكثر فالعبرة بالجنسية الفعلية وإذا كان الشخص منعدم الجنسية فيطبق عليه قانون موطنه.

وبالنسبة للتنازع المتحرك فقد ضبطها المشرع بوقت إجراء الكفالة فإذا غيّر الكافل جنسيته ما بين وقت تكوين أو انعقاد أو إجراء الكفالة وبين وقت الاحتجاج بآثارها والحقوق المترتبة عنها، كأن يقوم جزائري مقيم في فرنسا بكفالة طفل جزائري وينتقل به إلى موطنه ثم يغيّر جنسيته ويكتسب الجنسية الفرنسية فهل يحتج بالكفالة وتبقى صحيحة أو أنها تكون باطلة؟ العبرة بصحة الكفالة بوقت إجرائها من وجهة نظر القانون الجزائري وفي هذه الحالة إذا تبين أن تغيير الجنسية قد يؤثر في تربية أو ديانة الطفل المكفول يمكن إنهاء الكفالة بطلب من له المصلحة والصفة.

ب-القانون الواجب التطبيق على الشروط الإجرائية للكفالة

وفقا للقاعدة العامة في تنازع القوانين تخضع التصرفات القانونية من حيث الشكل لقانون مكان إبرامها وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القانون المدني :" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمّت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وباعتبار الكفالة تصرف قانوني يجب اتباع بعض الإجراءات لضمان حقوق أطرافها مثل توثيقها أو إصدار ها من طرف المحكمة إذ تنص المادة 117 من قانون الأسرة على أنه: "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق..." وبالتالي تخضع الكفالة التي تتم في الجزائر إلى القانون الجزائري، على أن بعض الفقه يعتقد أن الشكل الرسمي المطلوب لصحة الكفالة بحيث تتم في عقد رسمي أمام الموثق أو أمام المحكمة يتعلق بحماية الطفل القاصر وبالتالي يخضع لقانونه الشخصي فهو يخرج عن اختصاص قانون

المحل طبقا للقاعدة العامة في شكل التصرفات القانونية (زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، صفحة 194)

ويمر طلب ممارسة الكفالة على مرحلتين أمام القضاء، المرحلة الأولية للإجراءات حيث يتم فيها التعبير عن إرادتي أبوي الطفل موضوع الكفالة عن موافقتهما بموجب تصريح أمام الموثق أو أمام القاضي الموجود بموطن أو محل إقامة من يوافق على الكفالة أو أمام مسؤولي البعثات الدبلوماسية الجزائرية في الخارج، فالتعبير عن موافقة أبوي المكفول يكون بموجب ورقة رسمية حيث أقرت المادة 116 من قانون الأسرة أن تتم الكفالة بعقد رسمي، والمرحلة الثانية تثبيت الكفالة من القضاء حيث يرفع الطلب بموجب عريضة تقدم من الكافل إلى القاضي ويرفق إليها نسخة من التصريح بموافقة أبوي الولد المكفول أو لأحدهما، والقاضي المختص محليا هو الذي يتواجد بموطن صاحب الطلب وإذا كان موطن الكافل صاحب الطلب يتواجد خارج الجزائر فيرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول، ويتمثل دور القاضي في الوظيفة الولائية بمعنى أنه يفصل في الطلب دون مرافعة ودون إلزام تدخل النيابة العامة فمهمته تنصب أساسا على التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة ثم يصدر أمرا بإسناد الكفالة لطالبها، والأمر الذي يصدره القاضي غير قابل للطعن ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الطفل المكفول (بنملحة، 2005، الصفحات 171-172) ويمنع التأشير بالكفالة في الدفتر العائلي للكافل بحيث لا يدون اسم الطفل المكفول في الدفتر العائلي (Saadi, 2014, p. 108)

نصت على إجراءات الكفالة المواد من 492 إلى 495 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فطلب الكفالة حتى يكون مقبولا يجب أن يقدم من الكافل نفسه أو ممثله القانوني إلى قاضي شؤون الأسرة الموجود بالمحكمة التي يوجد ضمن دائرة اختصاصها موطن طالب الكفالة وذلك بموجب عريضة مؤرخة وموقعة منه أو من محاميه أو وكيله تتضمن كل البيانات الضرورية والتي يجب أن تكون في أي عريضة افتتاحية خاصة ما يتعلق منها ببيان شخصية طالب الكفالة من اللقب والاسم والموطن وتحديد شخصية الطفل المكفول وإرفاق ما يثبت قدرات ومؤهلات الكافل، بعد أن يتم تسجيل العريضة بأمانة الضبط يقوم قاضي شؤون الأسرة بتحديد جلسة تعقد في غرفة المشورة أو بمكتب القاضي للنظر في طلب الكفالة ثمّ يقوم بالتحقيق في توفر أو عدم توفر الشروط المتعلقة بالكافل ويمكنه عند الاقتضاء أن يأمر كتابيا بإجراء أي تحقيق أو أي تدبير يراه مفيدا للتأكد من قدرة الكافل على رعاية المكفول والإنفاق عليه وتربيته ورعاية شؤونه ثمّ يفصل في طلب الكفالة بموجب أمر ولائي وليس بحكم قضائي مسبب يتضمن قبول أو رفض الطلب (سعد، 2014، الصفحات 163-164)

يمكن للجزائريين المقيمين بالخارج تقديم طلب الكفالة أمام المصالح القنصلية التي تحيله إلى وزارة التضامن الوطني والعائلة والمرأة في الجزائر، وتتمثل الوثائق المقدمة أمام الممثليات الدبلوماسية في طلب مكتوب يتضمن الأسباب ومبررات الكفالة، شهادة ميلاد الزوجين، شهادة عائلية، شهادة طبية، صحيفة السوابق القضائية صادرة عن سلطات بلد الإقامة، شهادة عمل، كشف الأجر لثلاثة أشهر الأخيرة،

نسخة من بطاقة التعريف القنصلية، عقد ملكية أو عقد إيجار، وجميع الوثائق يجب أن تكون مترجمة إمّا للغة العربية أو اللغة الفرنسية (www.mfa.gov.dz/services-for-algerians/social-legal-affairs-، 1، 2023)

يصدر عقد الكفالة بموجب أمر ولائي من طرف قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا إمّا قاضي موطن الكافل إذا كان مقيما في الجزائر أو قاضي موطن الطفل المكفول إذا كان الكافل مقيما في الخارج أو من طرف الموثق.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على آثار الكفالة والاحتجاج بها في الخارج

إذا تمّت الكفالة بشروطها الموضوعية والإجرائية فإنها ترتب آثارها التي تتنوع بين الآثار الشخصية والآثار المالية، من بينها أن ينتقل المكفول مع كافله في الخارج ليقيم معه فيحتج بالكفالة بالرغم من جهلها في قانون الدولة الأجنبية ليطالب الكافل حقوقا للمكفول.

1-القانون الواجب التطبيق على آثار الكفالة

نصت المادة 13 مكرر 1 الفقرة 1 المقطع 2 على أن: "يسري على آثارها قانون جنسية الكفيل"، باعتبار الكفالة التزام على عاتق الكافل فإنه يترتب عليها حقوق للطفل المكفول وإذا كان تكوينها يخضع للتطبيق الجامع لقانوني جنسية الكافل والمكفول فإن آثارها تخضع لقانون واحد وهو قانون جنسية الكافل لأن الطفل المكفول سيعيش معه وبالتالي يتحمّل الكافل مسؤوليته وقد يتضمن قانون جنسية الطفل المكفول عدّة أحكام يجهلها قانون الكافل فيتقاعس عن مراعاتها ممّا قد يهدد الكفالة بالإضافة إلى أن قانون الكافل يضمن وحدة القانون الواجب التطبيق في حالة تعدّد الأطفال المكفولين (سلامة، 2008، صفحة 891)

باعتبار أن الكفالة تنشأ رابطة جديدة بين الكافل والمكفول وهذه الرابطة تكون مستمرة ودائمة والقواعد القانونية التي تحكمها لا تستنفذ في لحظة تكوينها (HEUZE، 2007، صفحة 471) لهذا يختلف القانون الذي يحكم إنشاء الكفالة عن القانون الذي تخضع له آثارها، فمن الطبيعي أن تخضع صحة الكفالة لقانوني الكافل والمكفول معا لتفادي أن تكون الكفالة صحيحة وفقا لقانون أحدهما وباطلة وفقا للقانون الآخر أمّا آثار الكفالة فتخضع للتطبيق المباشر لقانون الكافل لأنه هو من طلب الكفالة وهو من سيكون مسؤولا عن المكفول فلا يعذر بجهله لقانونه الذي يطبق فورا منذ لحظة إتمام عقد الكفالة.

وفقا للمادة 116 من قانون الأسرة تتمثل الكفالة في رعاية ولد قاصر رعاية الأب لابنه فيعامل المكفول كأنه ابن الكافل حيث ينفق عليه إلى أن يبلغ سن الرشد إذا كان ذكرا وإلى أن تتزوج البنت المكفولة، وتخول الكفالة للكافل الحق في تقاضي المنح العائلية والدراسية التي تصرف عادة للولد الأصلي وفقا للمادة 121 من قانون الأسرة، وبمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل على نفس المكفول وعلى ماله (بنملحة، 2005، صفحة 173) وقد يطرح تساؤل حول ما إذا تشمل الولاية على النفس ولاية الزواج بالنسبة للبنت إذ كان على المشرع أن يراعي أن الكفالة ليست مانعا من موانع الزواج فقد يتضرر المكفول بزواجه من أحد أفراد أسرة الكافل إذ لا يمكن اعتبار الكافل وليا في هذه الحالة فحماية للمكفول يمكن

بالاستناد على أحكام الشريعة الإسلامية بجعل القاضي وليا عليه فقد تكره الفتاة ولو كانت راشدة على الزواج من الكافل نفسه أو أحد فروعه لهذا لابد من التنصيص بنص خاص تطبيقا للمادة 11 من قانون الأسرة "القاضي ولي من لا ولي له" واشتراط موافقة القاضي على زواجها (محمدي، 2000، الصفحات 93-94)

تحفظا على نطاق تطبيق قانون جنسية الكافل تخضع بعض الآثار لقانون آخر بسبب دخولها في نطاق قواعد تنازع أخرى من بينها الولاية على المال (سلامة، 2008، صفحة 891) حيث تنص المادة 15 من القانون المدني على أن: "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته" وينصرف معنى هذا النص إلى حماية القاصر في ماله وليس في شخصه وقد أسندت إلى قانون الشخص الذي تجب حمايته بدلا من قانون جنسية الشخص الذي يتولى ممارسة الحماية لأن هذه النظم مقررة لمصلحة القاصر والمحافظة على أمواله (زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، 2008، صفحة 157) وتنص المادة 122 من قانون الأسرة على أن: "يدير الكافل أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية أو الهبة لصالح الولد المكفول".

وفقا لذلك يكون للكافل الولاية على نفس الولد المكفول ويستثنى منها ولاية الزواج وليس للكافل الولاية على مال الولد المكفول وإنما له الإدارة فقط تطبيقا للمادة 88 من قانون الأسرة وما يليها، فإذا كان الطفل المكفول جزائريا تطبق أحكام هذه المواد.

لكن قد يؤدي إعمال قواعد الإسناد على اختلافها إلى تنازع بين القوانين، بين قانون جنسية القاصر المحمي (المكفول) وقانون مكان وقوع المال وقانون القاضي وقانون جنسية الكافل.

من بين الآثار الشخصية التي تترتب على الكفالة أن يحمل المكفول لقب الكافل في الحالة التي يكون فيها الطفل مجهول الأبوين، فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13 يناير 1992 المعدل والمتمم للمرسوم 71-157 المؤرخ في 3 يونيو 1971 المتعلق بتغيير اللقب (الجريدة الرسمية، 1992) في المادة الأولى المقطع 2 أنه:" كما يمكن أن يتقدم الشخص الذي كفل قانونا في إطار الكفالة ولدا قاصرا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائدته، وذلك قصد مطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي، وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب". وتنص المادة 5 مكرر 1: "يترتب على المرسوم المتضمن تغيير اللقب، التسجيل والإشارة على الهامش في سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية ضمن الشروط والحالات التي ينص عليها القانون". والمادة 5 مكرر 2: "لا يكون الطلب محل النشر ... عندما يقدم طلب تغيير اللقب في إطار المادة الأولى المقطع الثاني أعلاه، يعدل اللقب بموجب أمر من رئيس المحكمة، ويتم النطق به بناء على طلب من وكيل الجمهورية الذي يخطره وزير العدل بالطلب المذكور في المادة الأولى المقطع 2، يصدر الأمر في غضون الأيام الثلاثين(30) الموالية لتاريخ الإخطار من وزير العدل ويكون محل تسجيل وإشارة على الهامش على النحو المنصوص عليه في المادة 5 مكرر 1 أعلاه".

وتعديلا له صدر المرسوم التنفيذي رقم 20-223 المؤرخ في 8 غشت 2020 (الجريدة الرسمية، 2020) نصت المادة الأولى مكرر أنه: "يمكن الشخص الذي كفل قانونا طفلا مجهول النسب من الأب أن يقدم باسم هذا الطفل ولفائدته إلى وكيل الجمهورية لمكان إقامته أو لمكان ميلاد الطفل طلب تغيير اللقب العائلي للطفل ومطابقته مع لقبه. عندما تكون أمّ الطفل معلومة وعلى قيد الحياة فإنه يجب أن يرفق الطلب بموافقتها المقدمة في شكل عقد رسمي، وفي حالة تعذر ذلك يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بمطابقة اللقب العائلي للطفل مع لقب الكافل بناء على طلب هذا الأخير الذي يرفق به تصريحا شرفيا في شكل عقد رسمي يصرح فيه، تحت مسؤوليته، أن كل المساعي التي قام بها للاتصال بالأمّ بقيت دون جدوى" . وتنص المادة 5 مكرر2 أنه: " يغيّر اللقب العائلي للطفل المكفول بموجب أمر من رئيس محكمة مكان ميلاد الطفل أو مكان إقامة الشخص الكافل بناء على طلب وكيل الجمهورية لنفس المحكمة الذي يمكنه عند الاقتضاء استطلاع رأي قاضي الأحداث لدى نفس الجهة القضائية. يصدر الأمر خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لتاريخ تقديم الطلب ويكون بسعي من وكيل الجمهورية محلّ تسجيل وإشارة على هامش سجلات وعقود ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول، وإذا كان هذا المقر خارج دائرة اختصاصه يقوم بإخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا للقيام بذلك. تسلّم نسخة من الأمر للطالب".

وتغيير لقب المكفول ليطابق لقب الكافل لا يترتب عليه إلحاق النسب ولا توارث بينهما، حيث يعتبر حمل المكفول لقب الكافل أمرا ضروريا بهدف تحقيق استقراره النفسي وهذا لا يتعارض مع روح الشريعة الإسلامية لأنه لا يترتب عليه اختلاط الأنساب بحيث يبدو واضحا من خلال شهادة الميلاد أن الشخص مكفولا وفقا لما تقضي به المادة 5 مكرر 2 بضرورة الإشارة على هامش شهادة الميلاد، كما أن حمل المكفول لقب الكافل لا يثير مشكل التوارث إذ التأشير على هامش سجلات الحالة المدنية دليل على عدم وجود صلة النسب وعليه لا توارث بينهما (محمدي، 2000، صفحة 89).

لا يكتسب الولد القاصر المكفول الجنسية الجزائرية كأثر جماعي لاكتساب والده الكافل الجنسية الجزائرية إذ تنص المادة 01/17 من الأمر 05-01 المؤرخ في 27 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية، 2005) المعدل والمتمم للأمر 70-86 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون الجنسية: "الآثار الجماعية: يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائري بموجب المادة 10 من القانون جزائريين في نفس الوقت كوالدهم"، وفي حالة كفالة طفل أجنبي من طرف جزائري فإنه لا يكون جزائريا ولا يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية بناء على رابطة الدم أو النسب لأن تغيير لقب المكفول ليكون مطابقا للقب الكافل لا يترتب عليه إلحاق النسب ولا التوارث.

فالتوارث بين الكافل والمكفول مستبعد لمخالفته الشريعة الإسلامية وكذلك التنزيل لكن تصح الوصية والهبة في حدود الثلث وإذا زاد مقدار الوصية أو الهبة عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة وفقا للمادة 123 من قانون الأسرة.، على أن تقييد هبة الكافل للمكفول بالثلث منتقد (محمدي، 2000، صفحة 90)

بسبب اختلاف الهبة عن الوصية وتناقض المادة 123 مع المادة 205 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

يمكن للكافل أن يسافر بالمكفول إلى الخارج، أو اصطحاب المكفول رفقة زوج الكافل أو رفقة شخص من الغير برخصة من الكافل، ويمكن للطفل المكفول أن يسافر منفردا برخصة من الكافل)وزارة الداخلية , 2023)

إذا كان قانون جنسية الكافل باعتباره القانون الذي تخضع له آثار الكفالة يمس بحقوق الطفل القاصر المكفول بأن يجيز للكافل التصرف بحرية في مال المكفول فيكون مخالفا للنظام العام الجزائري لأن الكفالة نظام يهدف إلى رعاية المكفول والمحافظة على حقوقه وفقا للمادة 122 والمادة 88 وما يليها من قانون الأسرة حيث يطلب الكفيل باعتباره وليا قانونيا على أموال القاصر الإذن من القاضي في بيع العقار المملوك للقاصر وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة، بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة، إيجار عقار القاصر لمدّة تزيد على ثلاث سنوات أو تمدّد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد، وإذا تعارضت مصالح الكافل مع مصلحة المكفول يعيّن القاضي متصرفا خاصا تلقائيا بناء على طلب من له مصلحة"، وتضمنت المواد من 464 إلى 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات حماية القاصر فيما يتعلق بالولاية، إذا كانت أموال القاصر موجودة في الجزائر حيث يختص قاضي شؤون الأسرة في إطار التدابير الاستعجالية بذلك.

كما يكون قانون جنسية الكافل مخالفا للنظام العام إذا ترتب عن تطبيقه منح حقوق للمكفول مخالفة للنظام العام كإلحاق النسب أو حق الإرث، أو عدم مراعاة مصلحة المكفول، كما يكون مخالفا للنظام العام إذا لم يخيّر المكفول في الإلتحاق بأبويه إذا كان بالغا سن التمييز فسماع رأي الولد المميز إجراء جوهري يجب احترامه في مسألة عودة المكفول إلى ولاية أبويه وفقا لقرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/05/21 (المحكمة العليا، 1995-2)، أو إذا ترتب عن الكفالة قطع الصلة بصفة مطلقة بين المكفول ووالديه الطبيعيين إذ اعترف القضاء لهما بحق الزيارة وفقا لما ورد في حيثيات قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2018/06/06 (المحكمة العليا، 2018-1).

2- الاحتجاج بالكفالة في الخارج

تعتبر الكفالة نظاما إسلاميا تختلف عن التبني من حيث الآثار فإذا تكونت الكفالة صحيحة وفق القانون الجزائري وانتقل الكافل بالمكفول إلى الخارج وأقام معه في دولة أجنبية لا يعرف نظامها القانوني الكفالة وإنما يعترف بالتبني فيثور التساؤل حول إمكانية الاحتجاج بها وبآثارها.

تعدّ الكفالة من المواضيع الشائكة التي تطرح على القضاء الفرنسي خاصة في العلاقات الثنائية بين الجزائر وفرنسا ومن أبرز المسائل التي تعرض على القضاء الحقوق المالية التي تنشأ بين الكفيل والمكفول منها حق النفقة والميراث وكذلك حق الإقامة والجنسية (دنوني، بدون سنة، صفحة 18).

لا تعدّ الكفالة في طابعها الدولي تبنيا من وجهة نظر النظام القانوني الأجنبي خاصة الفرنسي، فالقاضي مطالب بالاعتراف بآثار كفالة جزائرية في فرنسا عندما يكون الكافل يدين بالإسلام ويحمل الجنسية الفرنسية ويكفل طفلا جزائريا (Saadi، 2014، صفحة 119)

أول مسألة تطرح هي تحديد فيما إذا كان يمكن للكفيل الذي يقيم بصفة منتظمة في الإقليم الفرنسي أن يطالب حق الإقامة للطفل المكفول فقانون دخول وإقامة الأجانب وحق اللجوء لا يذكر نظام الكفالة وغالبا ما ينظر القاضي الإداري في طلبات التجمع العائلي أو طلب الإقامة للقصر المكفولين (Boursicot، 2010-1، صفحة 15) ومن خلال القرارات القضائية يبدو أنه يحاول تارة نسخ الشريعة الإسلامية على القانون الفرنسي، وتارة أخرى يصمّم على جعل الكفالة حبيسة القانون الفرنسي فيخفق في ذلك ويتخطى التكييف السليم للكفالة ما يسبّب التحديد الخاطئ للقانون الواجب التطبيق، في قرار لمجلس الدولة الفرنسي اعتبر أن الكفالة الصادرة في الخارج تصرف قانوني لا يرتب أي أثر بخصوص حق الإقامة وفي قرار مناقض رأى أن مصلحة الطفل تبرر حقه في العيش إلى جانب الشخص الذي انتقلت له السلطة الأبوية (دنوني، بدون سنة، صفحة 18).

في إطار العلاقات الجزائرية الفرنسية وفيما يتعلق بالجالية الجزائرية المقيمة بالخارج وفقا للملحق الأول للاتفاقية الجزائرية الفرنسية - المؤرخة في 27 ديسمبر 1968 المتعلقة بتنقل الرعايا الجزائريين وعائلاتهم إلى فرنسا وتشغيلهم وإقامتهم بها - المؤرخ في 22 ديسمبر 1985 المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 86-128 المؤرخ في 20 ماي 1986 (الجريدة الرسمية، 1986) تضمن بروتوكولا أعلن في الباب الثاني منه المتعلق بترحيل العائلات أن :" القصد بأعضاء الأسرة زوج أحد الرعايا الجزائريين وأبناءه القصر وكذلك الأطفال دون سن الثامنة عشر والذين هم تحت كفالته بصفة قانونية بموجب حكم صادر من السلطة القضائية الجزائرية"، وتنص المادة الرابعة من الملحق الأول :" يمنح أعضاء الأسرة الذين يقيمون في فرنسا شهادة إقامة لها نفس مدّة الصلاحية الممنوحة للشخص الذين يلتحقون به "، وتنص المادة السابعة الفقرة الخامسة:" إن الرعايا الجزائريين المسموح لهم بالإقامة في فرنسا بموجب التجمع العائلي إن هم التحقوا بمواطن جزائري له شهادة إقامة لمدّة سنة يحصلون على شهادة إقامة بنفس المدّة قابلة للتجديد وتحمل عبارة من أفراد العائلة"، وتنص المادة السابعة مكرر الفقرة الرابعة :" تمنح شهادة الإقامة الصالحة لعشر سنوات بحكم القانون –أ-للزوج الجزائري لأحد الرعايا الفرنسيين، -ب-للطفل الجزائري من أحد الرعايا الفرنسيين إذا كانت سن هذا الطفل أقل من واحد وعشرين سنة أو كان تحت كفالة والديه..." فالملحق الأول للاتفاقية أعلن أن أفراد أسرة رعية جزائري يمكن لهم الاستفادة من التجمع العائلي بمن فيهم الأطفال القصر الأقل من 18 سنة والذين هم تحت رعايته (Boursicot، 2010-1، صفحة 15) أو كفالته بموجب حكم قضائي جزائري، فأهمية هذا النص تتمثل في أنه في مسألة التجمع العائلي وضع على قدم المساواة النسب والكفالة وجعلها ترتب آثارها في النظام القانوني الفرنسي، فالقيمة القانونية للكفالة معترف بها من خلال الحق في إقامة الأطفال المكفولين (Saadi، 2014، صفحة 120).

في حين أن الملحق الثالث للاتفاقية الجزائرية الفرنسية المصادق عليه بالمرسوم الرئاسي رقم 01-368 المؤرخ في 13 نوفمبر 2001 (الجريدة الرسمية، 2001) والذي تمّ إبرامه في باريس في 11 يوليو/جويلية 2001 عدلت المادة 10 منه الفقرة الأولى من الباب الثاني من البروتوكول بإضافة "المصلحة العليا للطفل". حيث أضاف شرط متعلق بالمصلحة العليا للطفل والذي يرجع تقديره للسلطات الإدارية، في المقابل إذا كان الكافل فرنسيا لا يمكنه أن يطلب حق التجمع العائلي للطفل المكفول (Boursicot، 2010-1، صفحة 15) مادام أن الكفالة لا تنشأ رابطة النسب ولا قيمة للكفالة في النظام القانوني الفرنسي حيث يكون للقاضي الإداري أن يقدّر حقيقة الرابطة بين الكافل والمكفول وتبرير وجود حياة عائلية التي لا تنتج من علاقة الكفالة بمفردها وحقيقة وجود عائلة بيولوجية من عدمها للطفل المكفول وبالتالي رفض منحه التأشيرة للدخول إلى فرنسا لأن من مصلحة الطفل البقاء في بلد مكان ميلاده أين تعيش عائلته البيولوجية، أمّا إذا كان الطفل المكفول يتيما أو مجهول النسب فإن علاقته بعائلته الوحيدة ناتجة عن عقد الكفالة ورفض دخوله لفرنسا يشكل اعتداء لحق احترام حياته العائلية وفقا للمادة 8 من الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان (Saadi، 2014، صفحة 121).

ومعيار مصلحة الطفل أخذت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2016/06/08 الذي جاء فيه" يسمح للأبوين أو لأحدهما المطالبة بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما بإذن من القاضي دون تخيير الولد في حالة عدم بلوغه سن التمييز. تقضي مصلحة المكفول بقاءه مع والديه بأرض الوطن في حالة انتقال الكافل للإقامة ببلد أجنبي" (المحكمة العليا، 2016-1).

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول أن انفراد الشريعة الإسلامية وتميزها بتنظيم الكفالة بهدف رعاية الأطفال والمحافظة على حقوقهم دون المساس بحقوق المجتمع وبالنظام العام انعكس على تميّز التشريع الجزائري الذي يحافظ على الروابط العائلية بين الطفل المكفول وعائلته الطبيعية وعائلته الكافلة من خلال احتفاظه باسمه وبنسبه أمّا في حالة كونه مجهول النسب فقد سمح المشرع الجزائري بإمكانية حمل المكفول لقب الكافل وألزم هذا الأخير برعايته ومنح له الولاية القانونية لكن دون أن يعترف له بالنسب أو الحق في الميراث.

النتائج المتوصل إليها:

الكفالة المشتملة على عنصر أجنبي المتمثل في اختلاف جنسية الكافل والمكفول منظمة بموجب قاعدة الإسناد المتمثلة في المادة 13 مكرر 1 من القانون المدني.

عند تكييف الكفالة نجد أنها تحتل مركزا وسطا فهي ليست حضانة وليست تبني وإنما تندرج ضمن الولاية الشرعية على نفس المكفول.

من أجل صحة الكفالة يتم إخضاعها للتطبيق الجامع لقانوني كلّ من الكافل والمكفول حتى نتجنب ما يعرف في القانون الدولي الخاص بالعلاقة العرجاء وهي التي تكون صحيحة في ظل قانون معيّن وباطلة في قانون آخر.

تخضع الشروط الشكلية في انعقاد الكفالة لقانون مكان الدولة التي تمّت فيها وفق المبدأ المعمول به في تنازع القوانين وهو تطبيق القانون المحلي على شكل التصرفات القانونية.

النص على التبني ضمن قاعدة الإسناد –المادة 13 مكرر 1- لا يعني أن المشرع يجيزه وإنما يبقى التبني محرما شرعا وممنوعا قانونا لكن في إطار العلاقات المشتملة على عنصر أجنبي إذا عرض نزاع أمام القاضي الجزائري حول علاقة تبني فإنه سيتمكن من تحديد القانون الواجب التطبيق، كما أن التبني يخص الأجانب غير المسلمين، بالإضافة إلى أنه لا يمكن تصور أن يبرم تبني أمام موثق جزائري لأنه يصطدم بالنظام العام، وإدراج التبني مع الكفالة في قاعدة تنازع القوانين يندرج ضمن توسيع فئات الإسناد من خلال إدخال علاقات قانونية غير معروفة في القانون الجزائري لكنها معروفة في القانون المقارن.

تخضع آثار الكفالة لقانون جنسية الكافل من أجل توحيد القانون المطبق في حالة تعدّد المكفولين.

المشكل الموجود في القانون الدولي الخاص والذي يحتاج إلى دراسات معمقة وما تثيره علاقات الأحوال الشخصية المشتملة على عنصر أجنبي فيما يخص التنسيق بين الأنظمة القانونية خاصة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في الأنظمة القانونية غير الإسلامية، وما ظهر بصفة خاصة بالنسبة للكفالة والاحتجاج بآثارها في الدول ا أوربية بصفة عامة.

وفقا للقضاء الفرنسي لا يمكن للطفل المكفول أن يحصل على حق الدخول إلى الإقليم الفرنسي لأنه يظل مرتبطا بعائلته البيولوجية أو الطبيعية بسبب اختلاف الكفالة عن التبني لأنها لا تتعلق بإلحاق النسب محتجا بمصلحة الطفل التي أخذها الملحق الثالث من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بعين الاعتبار.

هذا الموقف يعبّر عن عدم الاعتراف بالكفالة بسبب مصدرها المستوحى من الشريعة الإسلامية ما يفسر عدم احترام القانون الأجنبي المتمثل في قانون الأسرة الجزائري أمام القاضي الفرنسي وعدم الأخذ بعين الاعتبار ما يعرف في القانون الدولي الخاص بالأثر المخفف للنظام العام.

إذا كانت قاعدة الإسناد المتمثلة في المادة 13 مكرر 1 تعترف بالتبني بالرغم من أنه محرّم في الشريعة الإسلامية لماذا لا يعترف القانون والقضاء الفرنسيين بالكفالة في إطار التنسيق بين الأنظمة القانونية الذي يعتبر الغاية من وجود قواعد تنازع القوانين.

التوصيات:

ضرورة اهتمام الباحثين بمواضيع الأحوال الشخصية المنظمة بموجب الشريعة الإسلامية لأنها تمثل تميّز وخصوصية النظام القانوني الجزائري، وكذا الاهتمام بها في إطار القانون الدولي الخاص لمحاولة فهم الاختلال بين الأنظمة القانونية الأجنبية والنظام القانوني الجزائري.

المقارنة بين القوانين الوضعية الأجنبية والشريعة الإسلامية والقانون الوضعي المستوحى منها تمكّن من محاولة التقرب من الشريعة الإسلامية وتفسير مقاصدها دون تشويهها لأن رفض الكفالة محاولة للتخلي عنها وإدماجها ضمن التبني.

ضرورة إعادة النظر في الاتفاقيات الثنائية بين الجزائر وفرنسا من أجل توفير حماية أكبر للجالية الجزائرية وعدم هضم حقوقها ما ينعكس سلبا على مركز العائلات وأطفالهم الأصليين أو المكفولين.

قائمة المراجع:

1. أبو زهرة، محمد (1994): الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر
2. أعراب،بلقاسم(2003): القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
3. الزحيلي، وهبة. (1992). الفقه الاسلامي وأدلته-الجزء الخامس. الجزائر: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر.
4. الزحيلي، وهبة. (1992). الفقه الإسلامي وأدلته -الجزء السابع. الجزائر: دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
5. الشامي،يحيى أحمد زكريا (2009): التبني في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
6. بلحاج، العربي. (2013). أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع.
7. بنشويخ، الرشيد. (2008). شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. الجزائر: دار الخلدونية
8. بنملحة، الغوثي. (2005). قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء. الجزائر، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
9. تشوار حميدو،زكية (2008): مصلحة المحضون، دار الكتب العلمية، لبنان.
10. دنوني، هجيرة. (بدون سنة). الكفالة وتطور التشريع العائلي في فرنسا. تأليف إحياء لذكرى عبد الله بن حمو، دراسات في القانون. تلمسان: الكنوز للنشر.
11. زروتي، الطيب. (2008). القانون الدولي الخاص الجزائري. الجزائر: مطبعة الفسيلة.
12. سعد، عبد العزيز. (2014). إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية. الجزائر: دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع
13. سلامة، أحمد عبد الكريم (2008): القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية،القاهرة، مصر
14. . عبدالحميد، محمد محيي الدين. (2003). الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. لبنان: المكتبة العلمية.
15. غصوب، عبده جميل. (2008). دروس في القانون الدولي الخاص. لبنان: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

16. محمدي، فريدة. (2000). من أجل توفير حماية أكبر للمكفول. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول،الصفحات 88-95.

17. BENMELHA, G. (s.d.). les aménagements apportés aux règles de conflits de lois par la loi n° 05-10 du 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil. Dans ر .ب-.ج ,خدة -الصرامة والقانون دراسات متنوعة تكريما للأستاذ محند إسعد(p. 106).

18. BOURSICOT, M.-C. L. (2010-1, juillet 06). La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation. Récupéré sur journals.openedition.org/droitcultures/2138:

19. V.HEUZE, P. MAYER.. (2007). Droit international privé. Paris: Montchrestien.

20. SAADI, N. (2014). l'institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français. *Revue internationale de droit comparé*, pp. 99-127.

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

المؤتمر الدولي العلمي:

أحكام الزواج المختلط وإشكالاته في الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص

Provisions of mixed marriage and its problems in Islamic jurisprudence and private international law

أ.عمار شرعان، رئيس المركز الديمقراطي العربي، برلين، ألمانيا

التنسيق والنشر: د.حنان طرشان

رقم تسجيل الكتاب

VR .3383-6816. B

يونيو/حزيران2023