الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها

LEGAL AND JUDICIAL PROBLEMS OF THE PROVISIONS OF THE FAMILY LAW AND WAYS TO SOLVE THEM

وقائع ملتقى حضوري/عن بعد بتاريخ 13 ديسمبر 2022

الهيئة المنظمة للملتقى

المركز الجامعي بريكة، الجزائر
ومعهد الحقوق والعلوم الاقتصادية قسم الحقوق:
مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المحلية المستدامة

الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها
Legal and judicial problems of the provisions of the family law and ways to solve them

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وإن الزواج هو وسيلة إنشائها، فيه تتكون ومنه تنمو، وعلى أساسه يقوم بناؤها انطلاقاً من الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، وبهذه الرابطة تتكون الأسر وترتبط برباط المودة والرحمة والتعاون، ومن الأسر السليمة تتكون الأمم السليمة.

إلا أن تعديلات سنة 2005 لقانون الأسرة الجزائري رقم 84/ 11 قد أظهر الكثير من الإشكالات في إطار العلاقات الأسرية، والتي أثرت على الاستقرار الأسري في المجتمع الجزائري، بسبب ما تم إلغائه من مواد بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، والتي كانت هذه المواد تحقق الاستقرار في الأسرة فبقائها خير من إلغائها، كموضوع الطاعة الزوجية، وكذلك بتعديل مواد في قانون الأسرة قد أثرت على استقرار الأسرة، كموضوع الولي، كما نجد أن المشرع الجزائري قد أبقى على مواد قانونية توجد فيها إشكالات أسرية كموضوع الأنكحة الفاسدة، والنسب والطلاق.

VR . 3383 – 6828 B

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

2023

الـنـــــــــــاشـــــــر:

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ألمانيا/برلين

Democratic Arab Center

For Strategic, Political & Economic Studies

Berlin / Germany

لايسمح بإعادةإصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه

في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال،دون إذن مسبق خطي 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 الاستراتيجية والسياسية والاقتصاديةألمانيا/برلين

البريدالإلكتروني book@democraticac.de

المركز الديمقراطي العربي
للدراسات الاستراتيجية، الاقتصادية والسياسية
Democratic Arabic Center
for Strategic, Political & Economic Studies

الكتاب : الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلّها

وقائع أعمال ملتقى وطني حضوري. عن بعد

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو – ألمانيا – برلين

تنسيق : د. ليلى شيباني

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 – 6828. B

2023م

الإشكالات القانونيّة والقضائيّة لأحكام قانون الأسـرة وسبل حلّـها

Legal and judicial problems of the provisions of the family law and ways to solve them

أعمال الملتقى الوطني حضوري/عن بعـــد

رئيس الملتقى الوطني

د. هشـام ذبيـح / المركز الجامعي بريكة

2023

كلـــــــمة رئيـــس الملتقـــــى

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وإن الزواج هو وسيلة إنشائها، فيه تتكون ومنه تنمو، وعلى أساسه يقوم بناؤها انطلاقاً من الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، وبهذه الرابطة تتكون الأسر وترتبط برباط المودة والرحمة والتعاون، ومن الأسر السليمة تتكون الأمم السليمة.

إلا أن تعديلات سنة 2005 لقانون الأسرة الجزائري رقم 84/ 11 قد أظهر الكثير من الإشكالات في إطار العلاقات الأسرية، والتي أثرت على الاستقرار الأسري في المجتمع الجزائري، بسبب ما تم إلغائه من مواد بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، والتي كانت هذه المواد تحقق الاستقرار في الأسرة فبقائها خير من إلغائها، كموضوع الطاعة الزوجية، وكذلك بتعديل مواد في قانون الأسرة قد أثرت على استقرار الأسرة، كموضوع الولي، كما نجد أن المشرع الجزائري قد أبقى على مواد قانونية توجد فيها إشكالات أسرية كموضوع الأنكحة الفاسدة، والنسب والطلاق.

بالإضافة لوجود مواد تثير إشكالات قانونية سواء بتضارب المواد فيما بينها أم إشكالات على مستوى القضاء، وكذا ظهور إشكالات في مجال التنفيذ لدى المحضرين القضائيين، فمن خلال هذه التظاهرة العلمية، سنكشف على هذه الإشكالات التي أثارتها التعديلات على قانون الأسرة الجزائري، وكذا الإشكالات التي تثيرها المواد التي لم يقع عليها التعديل، وإيجاد حلول لها وفق ما تقتضيه المقاصد الشرعية في تحقيق الاستقرار الأسري، ومتطلبات التغيرات الاجتماعية والثقافية.

وعليه تتمثل الإشكالية الرئيسية في: **ما أثر التعديلات التشريعية في قانون الأسرة الجزائري بين الإضافة والتعديل والإلغاء في قضايا الزواج والطلاق على الاستقرار الأسري؟**

الدكتور هشـــام ذبيـــح / المركز الجامعي بريـــكة

رئيس الملتقى: د. هشـام ذبيـح

فهرس المحتويات

إسم الباحث/ مؤسسة الإنتماء	عنوان البحث	الصفحــة
كلمــة رئيـس الملتقـى الوطني: د. هشام ذبيح		05
د.هشام ذبيح/المركز الجامعي بريكة د. شعيب قماز/ جامعة سطيف2	أحكام الزواج في قانون الأسرة بين التعديل والإلغاء	09
د . ميلود بن حوحو– جامعة الجزائر د . قديري محمد توفيق مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والإقتصاد الإسلامي، جامعة المسيلة كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بن خلدون تيارت- الجزائر	إشكالات الزواج المختلط دون رخصة الوالي على ضوء قرارات المحكمة العليا	31
د. الطيب برمضان كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة، الجزائر	الكفاءة ودورها في التأهيل للزواج (رؤية شرعية)	42
د. آمال عمرون مخبر الدراسات الاسلاميّة والقانونيّة والاقتصاد الإسلاميّ/ جامعة المسيلة د. موسى بن سعيد جامعة المسيلة مخبر الدراسات الاسلاميّة والقانونيّة والاقتصاد الإسلاميّ	الخطبة والعدول عنها بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائري	68
د. إقروفة زبيدة مخبر فعليّة القاعدة القانونيّة جامعة بجاية	الاشتراط في عقد الزّواج وإشكالاته القانونيّة	80
د. بن عتصمان نبيلة مخبر قانون الأسرة جامعة الجزائر1	الاشتراط في عقد الزواج و تطبيقاته	93
ط.د . موسي أحمد مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير جامعة تامنغست أ. د . قتال جمال مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير جامعة تامنغست	إشكالات الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي	103

أ.د. غريسي جمال / جامعة الوادي د. خيرجة ميلود / جامعة الوادي	الإشكالات التي تثيرها عملية التلقيح الاصطناعي في اثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري	111
د. عشير جيلالي مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة د. قاشي علال جامعة لونيسي علي، البليدة 2	أحكام كفالة مجهولي النسب وفق المرسوم 2020 وأحكام الشريعة الإسلامية	125
د. مزوزي أحمد بن يوسف جامعة مصطفى اسطمبولي - معسكر د. بن عزوق منير جامعة ابن خلدون - تيارت	إشكالات مدةالحمل الدنيا في إثبات النسب	141
د. قبايلي محمد المركز الجامعي بريكة	ضوابط وشروط التلقيح الاصطناعي	153
د. برابح منير* مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المستدامة المركز الجامعي سي الحواس بريكة د. طويرات عبد الرحمان مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المستدامة المركز الجامعي سي الحواس بريكة	تنازع القوانين في الأحوال الشخصية شروط الزواج نموذجا-	164
ط.د حاج أحمد عبدالعزيز مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير جامعة أمين العقال الحاج موسى آق أخموك – تمنغست. أ.دبـــرادي أحمد مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير جامعة أمين العقال الحاج موسى آق أخموك – تمنغست.	تعويض الضرر المترتب عن العدول على الخطبة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي	170
د. عيساوي نبيلة/ جامعة قالمة-	انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري	184

فرحات بن ناصر/ المركز الجامعي بريكة	واقع ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري من منظور نفسي اجتماعي.	196
د. استشهاد بن خدة المخبر المتوسطي للدراسات القانونية جامعة تلمسان	الإشكالات المتعلقة بتثبيت عقد الزواج "قراءة في نص المادة 2/33 من قانون الأسرة"	213
د. عباس شافعة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر د. توفيق دربالي مخبر الأبحاث والدراسات متعددة التخصصات في القانون والتراث والتاريخ والأبحاث كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر	مبدا الرضائية في الخلع بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري والاجتهاد القضائي	224
د. سهايلية بسمة مخبر قانون الاسرة جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر-01	السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي	234
د. العطراوي كمال* مخبر آفاق الحوكمة للتنمة المحلية المستدامة" المركز الجامعي سي الحواس بريكة	اثبات النسب في قانون الاسرة الجزائري (الزواج الصحيح، الاقرار، والبينة، ونكاح الشبهة)	246
موسعي ميلود / جامعة مسيلة	صور الأنكحة الفاسدة واشكالاتها	252
التوصيـــات		263

أحكام الزواج في قانون الأسرة بين التعديل والإلغاء

Provisions of marriage in the family law between amendment and cancellation

د. هشام ذبيح*
آفاق الحوكمة للتنمية المحلية المستدامة
المركز الجامعي بريكة
Hicham.debih@cu-barika.dz

د. شعيب قماز
جامعة سطيف2
chouaibguemazsp@gmail.com

ملخص:

تعالج المداخلة موضوع من مواضيع العلاقة الأسرية، وذلك من خلال البحث عن أثر التعديلات التشريعية في قانون الأسرة الجزائري على الاستقرار الأسري، وذلك بإلغاء المشرع مواد قانونية، وكذا بإضافة وتعديلأخرى، حيث بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 ظهرت الكثير من الاشكالات الأسرية، وكذا ازدياد حالات الطلاق ومواضيع التفكك الأسري، وتغير في المراكز القانونية لأطرف العلاقة الأسرية، مما أثر هذا سلبا على استقرار المجتمع، فنحاول البحث عن أهم التعديلات التي حصلت والتي مست بالاستقرار في المجتمع، وإعطاء حلول لها.

الكلمـات المفتاحيـة: تعـديل تشـريعي؛ قانون الأسرة؛ زواج؛ استقرار.

*-المؤلف المُراسل.

***Abstract*:**

The intervention deals with one of the issues of the family relationship, by searching for the impact of the legislative amendments in the Algerian Family Law on family stability, by canceling the legislator's legal articles, as well as by adding and amending others, as after amending the Algerian Family Law according to Order 05/02, many family problems appeared. , as well as the increase in divorce cases and issues of family disintegration, and a change in the legal positions of the most extreme family relationship, which negatively affected the stability of society, so we try to search for the most important amendments that occurred that affected stability in society, and give solutions to them.

Keywords: *legislative amendment; family law; marriage; stability.*

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية للمجتمع، تتكون من أفراد تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، وإن الزواج هو وسيلة إنشائها، فيه تتكون ومنه تنمو، وعلى أساسه يقوم بناؤها انطلاقاً من الرابطة القدسية بين الرجل والمرأة، وبهذه الرابطة تتكون الأسر

وترتبط برباط المودة والرحمة والتعاون، ومن الأسر السليمة تتكون الأمم السليمة.

إلا أن التعديلات في قضايا الأسرة، في ظل قانون الأسرة الجزائري[1] قد أظهر الكثير من الإشكالات في إطار العلاقات الأسرية، كما أثرت على الاستقرار الأسري، بسبب ما تم إلغائه من مواد بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، والتي كانت هذه المواد تحقق الاستقرار في الأسرة فبقائها خير من إلغائها، كموضوع الطاعة الزوجية، وكذلك بتعديل مواد في قانون الأسرة قد أثرت على استقرار الأسرة، كموضوع الولي، كما نجد أن المشرع الجزائري قد أبقى على مواد قانونية توجد فيها إشكالات أسرية كموضوع الأنكحة الفاسدة، والنسب، فمن خلال هذا الورقة البحثية، سنكشف على هذه الإشكالات التي أثارتها التعديلات على قانون الأسرة الجزائري، ومنه تقوم إشكالية البحث على مايلي: ما أثر التعديلات التشريعية في قانون الأسرة الجزائري بين الإلغاء والإضافة على الاستقرار الأسري؟

المحور الأول: أثر التعديلات التشريعية على موضوع الولي

المحور الثاني: أثر التعديلات التشريعية على حقوق وواجبات الزوجين

المحور الثالث: أثر التعديلات التشريعية على موضوع النسب

المحور الأول: أثر التعديلات التشريعية على موضوع الولي

عالج قانون الأسرة موضوع الولاية في الكتاب الأول: (الزواج وانحلاله) في القسم الثاني: (في الزواج)، في المادة 9 مكرر – 11 – 13، فنحاول البحث عن أثر تعديل موضوع الولي على الاستقرار الأسري.

أولا- الفرع الأول: تعريف الولاية لغة و شرعا

1-الولاية لغة:الولاية بفتح الواو و كسررها مصدر فيقال ولي عليه ولاية إذا أمكن أمره و قام به و من معاني الولي أيضا النصير[2].

2-الولاية شرعا:سلطة شريعة أو حق شرعي تخول لصاحبها إنشاء العقود و التصرفات و جعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع أو مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة.

3-الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري:يتضح منهج قانون الأسرة في التعامل مع شرط الولي كما يلي:

-الطبيعة القانونية للولاية في الزواج: نميز بين حالتين:

أ-قبل التعديل: في القانون رقم 11/84 جعل المشرع الجزائري الولاية ركن في عقد الزواج من خلال م 9 ق أ.

ب-بعد التعديل: نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من أهمية الولي فنزل به من الركن إلى الشرط وجعل الولي شرط من شروط عقد الزواج في م9 مكرر، كما أن قبل التعديل نصت المادة 9 (يتولى زواج المرأة وليها) أي دور الولي قبل التعديل كان إيجابي، أما بعد التعديل أصبح دوره شكلي فقط يتمثل في حضوره مجلس العقد بنص المادة (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها) وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد قلل من المقصد الشرعي الذي وضع من أجله الولي وهو اختيار الرجل الصالح لمولاته.

2- من حيث مباشرة العقد: قبل التعديل كان الذي يباشر العقد ويزوج المرأة هو وليها، وهذا الذي يحقق المقصد الشرعي من تشريع الولي، وهو ما نصت عليه المادة 1/11 قبل التعديل (يتولى زواج المرأة وليها...)، إلا أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ميز قانون الأسرة الجزائري بين المرأة الراشدة والقاصرة، حيث قصر دور الولي على حضور مجلس العقد، بينما تباشر هي العقد بنفسها وهو ما نصت عليه م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها..)، أما بالنسبة للقاصر فإن الولي هو الذي يباشر العقد وهو ما نصت عليه م2/11 (...يتولى زواج القصر أولياؤهم).

3-من حيث تحديد الأولياء وترتيبهم: يميز قانون الأسرة بين المرأة الراشدة والقاصرة فبالنسبة للراشدة ليس هناك ترتيب للأولياء وهو ما ورد في م1/11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره" ومن ثمة فلها أن تختار من تشاء أن يكون ولياً، وهو ما يعاب على المشرع الجزائري بعد التعديل فكيف يعقل أن تتخلى المرأة عن أقاربها وتأتي برجل من الشارع فيتولى زواجها وهذا لم يقله أحد من سلف الأمة ولا من خلفها،ففقهاء المالكية قالوا الأولية للأقارب فإن لم يوجد فللحاكم ثم لعامة المسلمين كما أن المشرع كان قبل التعديل أفضل بكثير حيث قصر الولاية على الأب أو أحد الأقارب فإن لم يوجد فالقاضي ولي من لا ولي له، كما استعمل المشرع في م 11 قبل تعديلها حرف الفاء الذي يفيد الترتيب، أما بعد التعديل استعمل حرف العطف "أو" التي تفيد التخيير لا الترتيب، وبذلك نجد أن المشرع الجزائري استغنى عن الترتيب الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما القاصرة فقد حدد القانون الأولياء في م2/11 بنصها"...يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

المحور الثاني: أثر التعديلات التشريعية على حقوق وواجبات الزوجين

بالرجوع لطيات مواد قانون الأسرة قبل التعديل لوجدنا موضوع حقوق وواجبات الزوجين قد أوجد فيه المشرع بعد تعديل 2005 مجموعة من التغيرات وذلك بإلغاء مواد قانونية وتعديل مواد، لكن بعد البحث تبين أن هناك من المواد ما تم إلغائها وهي الأصل فيها تحقق الاستقرار في المجتمع، ومنها موضوع الطاعة الزوجية الذي كان منصوص عليه بموجب الفقرة الأولى للمادة 39 وموضوع إرضاع الولد المنصوص عليه بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة لكن بعد التعديل ألغاها المشرع مطلقا، فما هي الأسباب والتداعيات التي دفعت بالمشرع الجزائري يلغى مواداً قانونية تحقق الإستقرار الأسري، وتتماشى مع عاداتنا وموروثنا الثقافي والذي كان عليه بالأولى أن يحرص على تطبيقها وليس إلغائها، وسنوضح هذا أدناه:

أولا- الفرع الأول: حق القوامة والطاعة الزوجية

أ- المقصود بالطاعة الزوجية: يقصد بحق الطاعة أن تكون في حدود ما شرع الله، وليست الطاعة العمياء، " فالطاعة هو إلتزام على الزوجة بالإنقياد للزوج في الحقوق المترتبة له على عقد الزواج، فتتقيد بملازمة وعدم الخروج منه إلا بإذن زوجها، وتبادر إلى فراشه إذا طلبها إن لم تكن ذات عذر شرعي وأن تصون نفسها من كل ما يشينها ويلحق ضرراً بالزوج، سواء أكان في نسبه أم في شرفه وأن تحافظ على أمواله"[3].

ب- أدلة مشروعية الطاعة:

أولا: من القرآن الكريم.

-قال الله تعالى: (الرجال قوامون على النساء لما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم..) [النساء 34]. وجه الدلالة: والمقصود بالقانتات هن النساء المطيعات (القيام على وجه الطاعة)[4].

ثانيا: من السنة النبوية.

لقد ورد في السنة الأحاديث الكثيرة التي تحث على طاعة الزوجة زوجها منها:

1-حديث أبي هريرة، قال: قيل لرسول الله صل الله عليه وسلم: أي النساء خير؟ قال: "الَّتِي تَسُرُّهُ إِذَا نَظَرَ، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَ، وَلاَ تُخَالِفُهُ فِي نَفْسِهَ اوَ مَالِهَا بِمَا يَكْرَهُ»[5].

2-حديث معاذ بن جبل: أنه لما رجع من اليمن، قال: يا رسول الله، رأيت رجالاً باليمن يسجد بعضهم لبعض، أفلا نسجد لك؟ قال: "لَوْ كُنْتُ آمِرًا بَشَرًا يَسْجُدُ لِبَشَرٍ، لأَمَرْتُ الْمَرْأَةَ أَنْ تَسْجُدَ لِزَوْجِهَا"[6].

3-قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِذَا صَلَّتِ الْمَرْأَةُ خَمْسَهَا، وَصَامَتْ شَهْرَهَا، وَحَفِظَتْ

فَرْجَهَا، وَأَطَاعَتْ زَوْجَهَا قِيلَ لَهَا: ادْخُلِي الْجَنَّةَ مِنْ أَيِّ أَبْوَابِ الْجَنَّةِ شِئْتِ"[7].

ج - نطاق الطاعة:

إن طاعة الزوجة لزوجها، وإن كان حقاً له إلا أنه ليس حقاً مطلقاً، بل هو نسبي ومقيد بحدود، فانطلاقاً من القاعدة الشرعية "لاطاعة لمخلوق في معصية الخالق" يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع، أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى أنه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه كأن يأمرها بترك الصلاة أو بفعل المحرمات...، أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزاً لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الإلتزام[8].

د- الطاعة قانوناً: ألغى قانون الأسرة المادة 39 التي تنص على الطاعة والتي جاء فيها: "يجب على الزوجة طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة" وحاول استبدالها بالمادة 36 ووضع عبارات "المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والتشاور..."، وكأنه بهذا يستحي من عبارة " الطاعة " المنصوص شرعاً في نصوص كثيرة من الكتاب والسنة أو يحملها على غير محملها، ويرى فيها انتقاصاً من قيمة المرأة وحريتها وما ينبغي أن تكون عليه من مساواة أمام زوجها، تحت ضغط وتأثير موجات كثيرة عالمية ومحلية تنحى منحى التحرر الكامل داخل الأسرة، والمساواة المطلقة بين الطرفين في الحقوق والواجبات، وإساءة فهم معنى الطاعة والقوامة المطلوبة شرعاً، والتي تنظر إلى الأسرة إلى أنها مؤسسة من مؤسسات المجتمع وخلية أساسية فيه لابد فيها من رئاسة تدير أمورها يقوم بها الطرف الذي يمثل دور الحماية والرعاية والذود دون الإخلال بعنصر الاحترام والتشاور وتبادل الرأي مع الطرف الآخر.

ولا تعني هذه الطاعة أبداً الاستبداد بالرأي أو أن تذوب شخصية الزوجة في شخصية زوجها كما تحاول فهم ذلك كثير من التيارات التغريبية في بلادنا لتكون النتيجة في النهاية هي إنهيار الأخلاق التي هي مقصد رئيسي والذي ينبغي أن تبنى على أساسه الأسر[9].

يرتب الشرع الإسلامي بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجين، وحقوقاً للزوج على زوجته، وحقوقاً للزوجة على زوجها، وأن الحقوق المشتركة بينهما، فالأصل فيها حل العشرة الزوجية بينهما وحل ما يقتضيه الطبع الإنساني مما هو محرم إلا بالزواج، قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أو مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾[10].

وفي الجملة أو ما يفيده الزواج هو حل المساكنة بين الزوجين وربط المودة بينهما.[11]

وقد أشار القرآن الكريم لهذا المبدأ وثبوت الحقوق والواجبات، فقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.[12] أي أن للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال على النساء من واجبات، وأساس تزويج تلك الحقوق والواجبات مبدأ العدالة والعرف والفطرة ومع كل من الطرفين بالنسبة للعلاقة الزوجية.[13]

فنطاق طاعة الزوجة لزوجها وإن كان حقا له إلا أنه ليس حقا مطلقا بل هو نسبي ومقيد بحدود، فانطلاقا من القاعدة الشرعية "لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق"، يجب على الزوجة أن تطيع الزوج فيما هو مشروع أي في غير ما نهى الله عنه، بمعنى انه إذا أمرها بمعصية فلا تطيعه كأن يأمرها بترك الصلاة أو بفعل المحرمات.

أما إذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها فيما هو مشروع، فإنها تعتبر ناشزا لإخلالها بواجب طاعة زوجها دون حق وهو الأثر المترتب عن إخلال الزوجة بهذا الالتزام.[14]

والنشوز قد يكون من الزوجة وقد يكون من الزوج وقد يكون منهما معا فيصير شقاقا، أما نشوز الزوجة فهو عصيانها للزوج وعدم طاعتها له وامتناعها عن فراشه أو خروجها من بيته بغير إذنه.

أما نشوز الزوج فهو تخليه عن الحقوق الواجبة عليه تجاه زوجته من حسن معاشرة وإنفاق وعدل وغير ذلك[15]،أما النشوز في قانون الأسرة فقد نص عليه المشرع في المادة 55 بقولها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

هذا ويختلف النشوز من الناحية القانونية عن الناحية الفقهية كما أشرنا آنفا، أما من الناحية القانونية فهو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، مثل عدم التحاق الزوجة بيت الزوجية أو مغادرته دون سبب مشروع وكذا مغادرة الزوج لبيت الزوجية أو عدم توفيره للسكن الشرعي أو التماطل في إرجاع زوجته بعد الحكم عليه بذلك فهنا لأي من الزوجين أن يطلب الطلاق مع التعويض عن الضرر اللاحق به.[16]

وعلى المستوى التطبيق فإن المحاكم عادة لا تعبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بوجباته المنوطة به.

فإذا امتنع الزوج أو الزوجة عن الرجوع يحكم القاضي بالنشوز، وانطلاق من هذا التاريخ يثبت النشوز حقيقة ويقضي القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر والسبب الذي جعل القانون لا يعتبر النشوز خصوصا إذا كان من الزوجة إلا ما كان خارج البيت هو مقتضيات الإثبات، فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى البيت والقيام بالواجبات الشرعية ويمتنع عن ذلك يأخذ القاضي هذا الامتناع ضده ويحكم عليه بالنشوز ويحمله المسؤولية.[17]

وفي قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1994/02/16 جاء فيه أن الطاعة الواجبة على الزوجة لزوجها لا تتنافى مع حقها في السكن المستقبل.[18]

وفي قرار آخر بتاريخ 15 أكتوبر 2008 قضى بأن نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموفر لها مسبقا من طرف الزوج والمحكوم إليها بالرجوع إليه.[19]

ثانيا- الفرع الثاني: حق إرضاع الأولاد

حق رضاعة الولد من الحقوق التي يتمتع بها الطفل عند ولادته إلى أن يبلغ الحولين، فلا يمكن أن نحرم الولد من حليب الأم إلا لمانع أو اتفاق، إلا أن الذي لاحظناه أن قانون الأسرة قبل التعديل كان حق الرضاع واجب على الزوجة وحق للزوج بإرضاع زوجته أولاده، وهذا الذي يحقق الاستقرار ويوطد العلاقة الزوجية، وبه تحصل المودة والرحمة بين الزوجين، إلا أن المشرع بعد التعديل ألغى المادة 39 التي تنص على حق الرضاع مع وجود الأدلة الشرعية على هذا الحق مع الخلاف الفقهي إلا أن الأصل في أخذ الرأي ما يحقق مقاصد الشرع في تحقيق الاستقرار وحق الرضاع من الأمور التي يتحقق بها الاستقرار في المجتمع، لذا سنبحث عن الموقف الشرعي والقانوني في موضوع حق الإرضاع.

أولا: موقف الفقه من مسألة حق الرضاعة

1-موقف الحنفية: قالوا بأن حق الرضاع مطالب به ديانة لا قضاء، أي أنها تأثم فيما بينها وبين الله إذا تركت إرضاع ولدها من غير عذر ومسوغ لذلك، ولا يجبرها القاضي على الإرضاع، لأن نظر القضاء يتجه إلى وجوب النفقة أو عدم وجوبها، والنفقة بالإنفاق على الأب والإرضاع منها، ولا تجبر الأم على إرضاع ولدها قضاء إلا في حالة الضرورة، بأن كان الولد لا يلقم إلا ثديها، أو لم توجد مرضع سواها، أو كان الأب والولد في عسرة لا يستطيعان دفع أجرة لظئر ترضعه، ففي هذه الأحوال تجبر الأم قضاء عند الحنفية على الإرضاع، لأنها إن لم تجبر تعرض الولد للهلاك.[20]

2-موقف المالكية: وقال مالك إن الأم تجبر على إرضاع ولدها، إلا إذا كان من طبقة نساؤها لا يرضعن أولادهن بأنفسهن، وبذلك يتلاقى الوجوب الديني مع الوجوب القضائي في الجملة عند الإمام مالك، ولا يتلاقيان في الجملة عند أبي حنيفة[21].

وإذا أرضعت الأم ولدها ليس لها أجرة على ذلك، وإذا كانت الزوجية قائمة بينها وبين أبيه، أو كانت معتدة من طلاق رجعي من الأب وتجب لها قطعاً إذا كانت أجنبية الأب، بأن لا تكون هناك ولا عدة ففي هذه الحال تجب الأجرة.

3-موقف الشافعية: قالوا أن الإرضاع لا يحتم على الأملقوله تعالى(...وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهم فإن أرضعن لكن فأتوهون أجورهن...) (الطلاق 6)، أي أن الأم ليست ملزمة بإرضاع الولد[22].

4-موقف الحنابلة: رضاع الولد على الأب وجده، وليس له اجبار أمه على رضاعه دنيئة كانت أو شريفة، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة[23].

ثانيا: حق إرضاع الولد قانونا

أما فيما يتعلق بإرضاع الأولاد فإن نفس المادة 39 الملغاة ذكر فيها إرضاع الأولاد عند الاستطاعة بعد أن كان مكرساً في قانون 84-11 حيث جاء في الفقرة الثانية منها (...إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم...) والذي أكدت عليه نصوص كثيرة في الشريعة الإسلامية وعلى رأسها قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.[24]

وبهذا ألغى المشرع واجب الرضاعة عندما ألغى نص المادة 39 من القانون رقم 84-11 وهذا بالرغم من حملات الوعي التي قامت بها الدولة الجزائرية عن طريق وزارة الصحة إظهار وإبرازا لفوائد حليب الأم الكثيرة.[25]

والمرأة حال الرضاع والولادة إما تكون حال زوجية قائمة وإما تكون مطلقة فإن كانت حال زوجية فإن العرف والقانون يلزمها بإرضاع طفلها دون أجر وهذا سواء كانت زوجيتها قائمة أو كانت في عدتها من طلاق رجعي.[26]

ولا يوجد تفسير لهذا الإلغاء في اعتقادي بترجيح مصلحة الأم عن مصلحة الطفل رغم كون المشرع في مواد الحضانة إن لم نقل كلها على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، ومصلحة المحضون من إلغاء المادة 39 لم يعد موجوداً على اعتبار أن الإرضاع من أولى مصالح المحضون التي يحتاج إليها في بداية نشأته.

وبالنظر للمرجعية الفقهية لحق الرضاعة سابقة الذكر لوجدنا أن المشرع في قانون 11/84 قبل التعديل أخذ برأي المالكي الذي قال بلزوم الرضاعة، إذا أن المشرع

جعل من واجبات الزوجة تجاه زوجها إرضاع أولاده بدون أجر يذكر، لكن بعد التعديل قد ألغى هذا الحق مطلقا، مما تبين أنه انتقل من المذهب المالكي في رأيه إلى المذهب الحنفي.

لكن ما هي الأسباب والتداعيات التي جعلت بالمشرع يلغى هذا الحق مع أنه أقره الشرع وأخذ به مذهب فقهي يُعمل به في الجزائر كمذهب أول وتأخذ به الإدارة الوصية المتمثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف؟ ولماذا المشرع الجزائري يلغي حكماً يحصل به الاستقرار الأسري ولا يشكل أي خطر بوجوده في الأسرة الجزائرية بل ويتوافق مع عادات وتقاليد والموروث الثقافي للأسرة الجزائرية منذ القديم؟.

لعل الإجابة نجدها بالبحث في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، والتي تنادي بحرية المرأة المطلقة والتي أصبحت تشكل خطراً على الأسرة الجزائرية وعلى الهوية الوطنية والموروث الثقافي، فهذه الاتفاقيات تم وضعها من طرف دول لا تمت للإسلام بصلة بمعنى وضعت خارج النطاق الديني واحترام المرجعية الدينية للدول، بل المناداة بالمساواة المطلقة مهما كان الثمن، وبالتالي وجود مثل هذه الاتفاقيات يشكل خطر على استقرار الأسرة والمجتمع.

-ثالثا: المحور الثالث: أثر التعديلات التشريعية على موضوع النسب

الزواج هو الطريق الشرعي الوحيد لتأسيس أسرة وتكوينها على أساس المحبة، والنسب يعتبر نتيجة طبيعية وشرعية للنكاح الصحيح، وهو الرباط العضوي والفيزيولوجي الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه، وهو الرباط الذي يكون الأسرة والعشيرة والقبيلة والشعب والأمة.

ونتيجة للتطور العلمي في المجال الطبي الذي أحدثته العولمة ظهرت طرق جديدة في مجال النسب وإثباته ومن أهمها البصمة الوراثية، والتي أول ما ظهرت سنة 1985، إلا أن التشريع الجزائري لم يقر هذا الطريق في مجال النسب إلا سنة 2005 بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 أضاف طريقا جديدا لإثبات النسب وهو اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ومن بينها البصمة الوراثية، فنحاول عرض إشكالية أرّقت القضاء الجزائري وخاض فيها الفقه الشرعي بين أخذ ورد وهي إشكالية تعارض اللعان الذي يُعتمد لنفي النسب، مع البصمة الوراثية التي أثبتت نسب الولد من أبيه الذي تم نفيه بطريق اللعان.

أولا: تعريف البصمة الوراثية.

1-البصمة لغة: هي: "أثر الختم بالإصبع"، وبصمَ بَصماً إذا ختَم بطرف اصبعه[27].

2-الوراثة لغة: مجموعة من الصفات الفيزيولوجية والتشريحية والعقلية المتشابهة أو المتفرقة بين الأفراد الذين تربطهم صلة قرابة، والمتوارثة من جيل إلى آخر[28].

3-**البصمة الوراثية اصطلاحا:** يقصد بالبصمة الوراثية (ADN) هي البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه[29].

4-دور البصمة الوراثية في إثبات النسب أو نفيه: نجد أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة رقم 11/84 بموجب المادة 40 قد جعل البصمة الوراثية كطريق لثبوت النسب، ولم يتكلم على أنه طريق لنفي النسب وهو ما جاءت به الفقرة الأخير من المادة 40 (...ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية **لإثبات النسب**)، ولم يقل لنفي النسب مما يعبر أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الذي يعتمد على البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب لا نفيه، فالتعديل الأخير 02/05 أضاف بموجبهالطرق العلمية المتمثلة فيأقواها البصمة الوراثية، فإنه لا يجوز تقديمها على الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب التي أوردها المشرع في المادة 40/1 ق الأسرة، كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثية لإبطال الأبوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها. وبالإضافة إلى هذا فإن نفي النسب الثابت بالطرق الشرعية لا يكون إلا عن طريق اللعان وفقا للمادة 41 ق.أ[30].

ثانيا: تعريف اللعان

1- اللعان لغة: المباهلة[31] ويأتي بمعنى الطرد والإبعاد، يقال لعنه، أي طرده وأبعده أو سبه فهو لعين وملعون.

2-إصطلاحاً: اللعان أو الملاعنة، هو حلف الزوج بألفاظ مخصوصة على زنا زوجته، أو نفي ولدها منه، وحلف الزوجة على تكذيبه فيما قذفها به[32].

3-اللعان في قانون الأسرة الجزائري: لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان في باب الطلاق كسبب من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، ولكنه أشار إليه في موضعين من قانون الأسرة:

أ- في المادة 41: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، والمعلوم أن من الطرق المشروعة لنفي النسب اللعان.

ب- كما أنه ذكر اللعان في المادة 138 ق أ (يمنع من الإرث اللعان والردة)[33].

وبذلك فقانون الأسرة الجزائري لم يأخذ باللعان كسبب للتفريق بين الزوجين في باب الطلاق، مع أنه منصوص عليه شرعاً، إلا أنه أخذ به كسبب مانع من الميراث في م138 وكان على المشرع أن ينص عليه في باب الطلاق تحت عنوان التفريق القضائي،

نظراً لما يترتب من نتائج على الزوجين، وقد تمتد هذه النتائج والآثار إلى النسب والميراث[34].

4-أسباب اللعان: وسببه عند العلماء أمران وهما:

أ-القذف بالزنا: قذف الرجل زوجته قذفاً بالزنا يوجب حد الزنا. وهو عند المالكية: إدعاء رؤية الزنا بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن إدعى الزنا دون الرؤية حد للقذف، ولم يجز اللعان على المشهور عندهم خلافاً لغيرهم من الفقهاء.

ب-نفي الولد: نفي الحمل أو الولد، ولو من وطئ شبهة أو نكاح فاسد، واشترط المالكية لنفي الحمل أن يدعي الزوج أنه لم يطأ زوجته لأمد يلحق به الولد، وأن يدعي الاستبراء بحيضة واحدة، وأن ينفيه قبل وضعه، فإن سكت حتى وضعته حُدَّ ولم يلاعن[35].

ثالثا: إشكالية تعارض اللعان مع البصمة الوراثية

كما عرفنا سابقا أن البصمة الوراثية دليل لإثبات النسب، تصل اليقينية فيه إلى 99 بالمئة، وبالمقابل نجد اللعان طريق شرعي لنفي النسب، فإذا حصل التعارض بين ادعاء الزوج نفي النسب باللعان، وأثبتت البصمة الوراثية صحية النسب فأيهما يرجح، هل اللعان باعتبار طريق تعبدي أم البصمة الوراثية باعتباره طريق علمي يقيني؟ وهو ما سنوضحه أدناه.

أولا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مسألة الترجيح بين الطرق الشرعية والطرق العلمية في نفي النسب.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة ترجيح اللعان على البصمة الوراثية إلى أربعة أقوال:

-القول الأول: لا ينتفي النسب الشرعي الثابت بالفراش (الزوجية) إلا باللعان فقط، ولا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان، وهذا القول عليه عامة الفقهاء المعاصرين ومنهم علي محي الدين القرة داغي وعبد الستار فتح الله سعيد، ومحمد الأشقر.

وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي[36] في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة، في المدة من 21 .1422/10/26هـ الذي يوافقه من 5-2002/1/10م، تبين من خلال الأبحاث المقدمة أن نتائج البصمة الوراثية تكاد تكون قطعية في إثبات نسبة الأولاد إلى الوالدين أو نفيهم عنهما، فهي أقوى بكثير من القيافة العادية، وأن الخطأ في البصمة الوراثية ليس واردًا من حيث هي، وإنما الخطأ في الجهد البشري أو عوامل التلوث ونحو ذلك، وبناء على ما سبق قرر ما يأتي :

1- إن استعمال البصمة الوراثية في مجال النسب لا بد أن يحاط بمنتهى الحذر

والحيطة والسرية، ولذلك لا بد أن تقدم النصوص والقواعد الشرعية على البصمة الوراثية .

2- لا يجوز شرعًا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان.

3-لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعًا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصونًا لأنسابهم .

القول الثاني: يمكن الاستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه، وهذا الرأي ذهب إليه محمد المختار السلامي[37]، ويوسف القرضاوي، وعبد الله محمد عبد الله.

القول الثالث: إن الطفل لا ينفى نسبه باللعان إذا جاءت البصمة الوراثية تؤكد صحة نسبته للزوج ولو لاعن، وينفى النسب باللعان فقط إذا جاءت البصمة تؤكد قوله وتعتبر دليلاً تكميلاً، وهذا الرأي ذهب إليه نصر فريد واصل، وعليه الفتوى بدور الإفتاء المصرية[38].

القول الرابع: إذا ثبت يقيناً بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فلا وجه لإجراء اللعان وينفى النسب بذلك، إلا أنه يكون للزوجة الحق في طلب اللعان لنفي الحد عنها لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء شبهة، وإذا ثبت عن طريق البصمة الوراثية أن الولد من الزوج وجب عليه حد القذف، وهذا الرأي ذهب إليه سعد الدين هلالي[39].

وبذلك فحكم استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، فإن الشريعة الإسلامية جاءت بطرق معتبرة لإثبات النسب، وهي: الفراش، أو الإقرار، أو البينة، أو القيافة، ولا يجوز نفيه أو إبطاله مهما ظهرَ من أَمارات قد تحمل عليه أي قرائن قد تدل عليه، لأن الشارع الحكيم يحتاط للأنساب، ويتشوّف إلى ثبوتها، ويكتفي في إثباتها بأدنى سبب، فإذا ما ثبت النسب فإنه يتشدد في نفيه، ولا يحكم به إلا بأقوى الأدلة، قال ابن قدامة - رحمه الله -: "فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة".

ومن تشديد الشارع الحكيم في نفي النسب بعد ثبوته أنه حصر نفيه بطريق واحد هو اللِّعان، واشترط لإقامته شروطاً كثيرة تحد من حصوله وتقلل من وقوعه، وبناء على ذلك فإنه لا يجوز استخدام البصمة الوراثية في نفي نسب ثابت، كما لا يجوز الاكتفاء

بالبصمة الوراثية عن اللِّعان في نفي النسب بمقتضى نتائجها الدالة على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، وذلك لأن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته، فلا يجوز إلغاؤه وإحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة والصحة في نظر المختصين بها، وإن كان بعض الفقهاء المعاصرين قد ذهبوا إلى جواز الأخذ بالبصمة الوراثية والاكتفاء بها عن اللِّعان إذا دلت نتائجها على انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه.

ومع التقدير للقائلين بهذا القول فإن فيه من المصادمة للنصوص الشرعية، والجَرَأَةُ على إبطالها وإلغاء العمل بها، ما يحمل على رد هذا القول وعدم الأخذ بذلك؛ لأن الأحكام الشرعية الثابتة لا يجوز إلغاؤها أو إبطال العمل بها إلا بنص شرعي يدل على ذلك. بل لو أقرت الزوجة بصدق زوجها فيما رماها به من الفاحشة فإن النسب يلحق الزوج، لقول الرسول صل الله عليه وسلم «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»[40]، ولا ينتفي عنه إلا باللِّعان[41].

هذا ومع أنه لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان، فإنه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنها قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان، فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو ابنه قد تخلق من مائه، وهذه مصلحة شرعية يدعو إليها الشرع المطهر ويتشوف إليها، لما فيها من تأكد للأصل الشرعي، وهو: أن الولد للفراش، ولما فيها من درء مفسدة اللّعان وضرره، فإن أصرَّ الزوج على طلب اللعان للانتفاء من نسب المولود على فراشه فذلك حق له لا يجوز منعه، بناءً على ما ظهر من نتائج البصمة الوراثية من كون المولود المراد نفيه هو ابنه[42].

أولا: موقف القانون والقضاء الجزائري من مسألة الترجيح بين الطرق الشرعية والطرق العلمية في نفي النسب.

إذا كان المشرع الجزائري أجاز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة 40 من قانون الأسرة، فإنه سكت عن ذلك فيما يتعلق بدعاوى نفي النسب، إذ ترك المادة 41 كما هي تنص على أنه ينسب الولد من لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، والطريق الشرعي الوحيد الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة نفي النسب هو اللعان.

ليطرح إشكال يتعلق بتقدير سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية في دعاوى نفي النسب، فهل يصح نفيه بالطرق العلمية سواء ما تعلق بالوسائل القطعية كنظام الـ (ADN) أو الظنية كنظام (ABO).

الرأي لم يكن واحد حول هذا الإشكال إذ ذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز تقديم نظام البصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب، وذلك ما تبناه مؤتمر المجمع الاسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي كنظرية جاء فيها:

"لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"[43].

والواقع أن القضاء الجزائري سار على هذا الاتجاه، ولعل أبرز قضية تتعلق بالطفلة "صفية" الذي ظهر فيها إشكالية تعارض اللعان مع البصمة الوراثية، والتي في آخر المطاف لم يعترف القضاء على البصمة الوراثية كطريق لنفي النسب، وأبقى على نسب الطفلة الثابت بالزواج الصحيح، وأقر أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان المنصوص عليه بموجب المادة 41 من ق. أ.

-المخرج من الرأيين:

وترتيبا على ذلك فإننا نرى أنه متى تبين أن زماننا يتيح لنا تنظيم هذه الوسيلة وتنفيذ هذه التدابير التوسلية الصرفة، ببدائل أكثر نجاعة وفاعلية ومصداقية وأكثر تحقيقا للمقصود فلا شك في أن الأخذ بها وإقرار أحكامها وإحلالها محل ما جرى به العمل في الصدر الأول عمل مشروع، وتعبير غير ممنوع، لأن ما غيرناه لم يكن تعبديا ولم يكن مقصودا وليس هو مصلحة في ذاته و إنما مصلحته فيما يفضي إليه، ونعني هنا بالدرجة الأولى ضرورة الاستعانة اليوم بالتقنيات الطبية الحديثة مع الإبقاء على اللعان للوصول لنتائج يقينية تبدد الشك، فالمفروض أن تطبق هنا قاعدة (الشك يزول باليقين).

فإذا علم بناء على تلك النتائج أن الولد ليس منه يمكن إجراء اللعان لنفي الولد لأنه ثبت يقينا أن الولد ليس منه، أما إذا علم من تلك النتائج أن الولد منه، فلا يمكن من إجراء اللعان لأجل نفي الولد، وإنما يمكن من اللعان كإجراء شرعي لدرء الحد عن الزوجين، وللتفريق بينهما، لأن الزوج لربما يكون متأكدا من صلة زوجته غير المشروعة بغيره، وهنا يكون من حقه إجراء اللعان دون نفي الولد، ومن ثم فإن الركون للنتائج الطبية قد يحقق غايتين إحداهما: إمكانية تراجع الملاعن قبل الفحص، وثانيهما: إمكانية إثبات الفحص عكس مزاعم الملاعن، وبذلك تتحقق الغاية من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تتشوف للحوق النسب، وبهذا نكون قد فهمنا النص على أساس ضرورات التطور الاجتماعي والعلمي دون أن يعني ذلك إهماله أو تجاوزه وإنما هو النفاذ إلى جوهره وما وراءه، وقد ندعم هذا الموقف بالحجج التالية:

1–أن الشريعة أعظم من أن تبني أحكامها على مخالفة الحس والواقع، فإن الشرع أرفع قدراً من ذلك والميزان الذي أنزله الله للحكم بين الناس بالحق يأبى كل الإباء ذلك، فلو استلحق رجلاً من يساويه في السن وادعى أنه أبوه فإننا نرفض ذلك لمخالفته للعقل والحس فلا يمكن أن يتساوى أب وابن في السن مع أن الاستلحاق في الأصل مشروع .

قال ابن تيمية : " فلا تتناقض الأدلة الصحيحة العقلية والشرعية، ولا تتناقض دلالة القياس إذا كانت صحيحة ودلالة الخطاب إذا كانت صحيحة فإن القياس الصحيح حقيقته التسوية بين المتماثلين وهذا هو العدل الذي أنزل الله به الكتب وأرسل به الرسل والرسول لا يأمر بخلاف العدل"[44].

2–أن آية اللعان قيدت إجراءه بما إذا لم يكن ثمة شاهد إلا الزوج، ومفهومه أنه لو كان هناك بينة من شهود فإنه لا يجرى اللعان بل يثبت ما رمى به الزوج زوجته.

ومن البديهي لو كانت هناك بينة أخرى غير الشهادة فلا وجه لإجراء اللعان كما لو أقرت الزوجة زوجها فيما رماها به من الزنا، فإذا منعنا وقوع اللعان لوجود سبب مانع له، فما وجه إجرائه مع وجود بينة قطعية (البصمة الوراثية) تخالف دعوى الزوج، فإننا إذا قمنا بذلك كان ضرباً من المكابرة ومخالفة للحس والعقل، واللعان معقول المعنى معروف السبب وليس تعبدياً محضاً.

قال ابن القيم:"والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد..."[45].

فإذا علمنا أن الشهادة أقوى من قول الزوج في اللعان لأن الشهادة مبنية على غلبة الظن أما قول الزوج في اللعان فهو متساوي الطرفين في الصدق أو الكذب أي بنسبة (50 %) لأنه إما أن يكون صادقاً أو تكون الزوجة صادقة، فهل من الفقه أن ندع بينة قطعية تصل لـ 99.9 % تؤكد كذب الزوج ونأخذ ما هو محتمل للصدق بنسبة 50% وننسب ذلك للشريعة ؟؟!!.

قال ابن القيم : " والله أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء، ثم ينفي ما هو أظهر وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها، ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل بين سبحانه بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده وقيام الناس بالقسط، فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له "[46].

3 – قوله تعالى : "ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ" (الأحزاب 5)، فإلحاق نسب الطفل بأبيه مقصد عظيم من مقاصد الشريعة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية نسب

طفل وأراد الأب لأوهام وشكوك أو للتهرب من النفقة أو لأي غرض آخر – مع ضعف الذمم في هذا الزمان – فإن العدل يقتضي أن نلحق الطفل بأبيه ولا نمكن الأب من اللعان لئلا يكون سبباً في ضياع الطفل[47].

خاتمة:

من خلال ما سبق اتضح أن التعديلات التشريعية على قانون الأسرة الجزائري رقم 11/81 بموجب الأمر 02/05 من خلال الإلغاء والإضافة قد أوجد مجموعة من الإشكالات القانونية في المجتمع، والتي مست الاستقرار في الأسرة الجزائرية، كما أنها أظهرت العديد من الظواهر الاجتماعية السلبية مما يحتم إعادة النظر في مواد قانون الأسرة، بما يتماشى مع المقصد الشرعي في تحقيق الاستقرار الأسري، ومع عادات وتقاليد المجتمع الجزائري، ومن النتائج المتوصل لها نذكر:

-أوجد تعديل 2005 في موضوع الولي إشكالية تغيير المركز القانوني للولي، والذي كان يعتبر ركنا أصبح شرطا، ولما كان الولي يباشر العقد أصبحت تباشره المرأة بحضور الولي، ولما كان هناك ترتيب للأولياء حسب درجة القرابة أصبحت ترتيب الأولياء غير موجود بعد التعديل، وهذا يؤثر الاستقرار في الأسرة، وهو ما أثبته الكثير من الحالات في المجتمع.

-ألغى تعديل 2005 مواد قانونية وبعد البحث وجدنا أن هذه المواد الإبقاء عنها خير من إلغائها،وهي بعض مواد حقوق وواجبات الزوجين، منها حق الطاعة الزوجية وهو ما نصت عليه المادة 39 الملغاة، وحق الطاعة ثابت بنصوص شرعية لكن المشرع ألغى هذه المادة مع أنها تحقق الاستقرار في الأسرة، كما أنه ألغى حق الرضاع، وهو حق الزوج على زوجته بإرضاع أولادهوقال به المالكية بالوجوب، لكن المشرع ألغى هذا الحق، لذا نرى بإبقائه.

-التعديل الأخير في قانون الأسرة أضاف مواد منها موضوع البصمة الوراثية كطريق لإثبات النسب، وتبين أن البصمة الوراثية الأصل فيها القطعية، إلا أنه قد ترد عليها الظنية ليس في ذاتها فيه قوية من ناحية النتائج التي تصل إلى القطعية، ولكن الظنية تكون واردت لاحتمال ورود الخطأ البشري أو عوامل التلوث في المختبرات الطبية،ما زالت البصمة الوراثية في الجزائر لا ترقى إلى اليقينية التي تمتاز بها الدول الأخرى التي تمتاز بالتطور العلمي، نظرا لوجود عراقيل مادية تمنع دون تحقيق اليقينية، ومن أبرزها وجود مخبر واحد على مستوى قطر الوطن وهذا غير مقبول، ولا يوصل إلى الدقة لاحتمال حصول عوامل التلوث والخطأ لأنه جهد بشري، وكذا كثرة ملفات النسب وقضايا الإثبات الجنائي التي تأتي من أنحاء القطر الوطني قد تؤثر على السير الحسن

لهذا المخبر، ونتيجة لهذا لا يمكن تقديم البصمة الوراثية كطريق علمي على اللعان كطريق تعبدي.

- لا يجوز أن تتقدم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسبالتي أوردها المشرع في م1/40ق أ كما أنه لا يمكن اللجوء للبصمة الوراثيةلإبطال البنوة الثابتة بهذه الطرق الشرعية أو التشكيك فيها.

-التوصيات:

-إعادة النظر في مواد قانون الأسرة الملغاة والمضافة بما يحقق الاستقرار الأسري.

-إعادة النظر في المركز القانوني للولي وإحياء دوره في اختيار الزوج الصالح لمولاته.

-موضوع الطاعة الزوجية وإرضاع الأولاد من الأمور التي تحقق الموردة والرحمة بين الزوجين، والتي أنشأ الزواج لتحقيقها، وهو ما يوافق عادات وتقاليد الشعب الجزائري، فتكريسها ضرورة لابد منها.

-الزيادة في عدد مخابر تحاليل البصمة الوراثية، بأن تكون المخابر جهوية، شرق وغرب شمال وجنوب لزيادة اليقينية في تحاليل البصمة الوراثية، تجنب الخطأ البشري، ثمة يمكن التكلم على موضوع الترجيح بين اللعان والبصمة والوراثية.

قائمة المصادر والمراجع:

- **الكتب:**

-ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، د. ط، ج1، مكتبة دار البيان، د. ت.

-أبو القاسم الحسين الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد عبد العزيز بسيوني، ج3 (ط: 1؛ مصر: جامعة طنطا، 1999).

-أبو محمد بن قدامه، المغني. (ط: 1؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1997).

-أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 12. (ط: 1؛ الرياض، دار طيبة، 2005).

-أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ج6 (ط: 2؛ حلب سوريا: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1986).

-أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج32 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).

-أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001).

-باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

-باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010.

-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط: 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

-تقي الدين بن محمد بن تيمية، جامع المسائل لابن تيمية المجموعة الثانية، باب مجموع الفتاوى لابن تيمية 22 / 332، ط: 1، دار عالم الفوائد، 1422 هـ.

-حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، ط2، 2015.

-عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، القبة الجزائر، دار الخلدونية، 2007.

-عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط1، 2007.

-عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعية، جامعة برج باجي مختار، عنابة.

-كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، لا. ط، القاهرة، المكتبة التوفيقية، 2003.

-مالك، الموطأ، ج3، ط: 1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الإمارات، 2004.

-مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، ط: 4، مكتبة الشروق الدولية، 2004 مصر.

-محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد لابن القيم ، ج5، ط: 27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994.

-محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م، دار الفكر العربي، 1958).

-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج2، لا. ط، ، دار الكتب العلمية، بيروت 1994.

-معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 4؛ مصر: لا. ن، 1984).

- وهبة الزحيلي،الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010.

- **الرسائل والأطروحات الجامعية:**

-ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية: 2014-2015.

- **المقالات:**

-نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة 1422هـ.

-لسعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة 1422هـ.

- **أعمال ملتقى أو مؤتمر:**

-غرابي أحمد، إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة، في ملتقى وطني حول: التشريع والأسرة في الجزائر واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بقاعة المحاضرات مجيد علاهم، جامعة محمد بوضياف المسيلة، يوم 2014/11/11.

-محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد المختار السلامي ضمن البحوث المقدمة للندوة الفقهية الحادية عشرة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 1413هـ.

- **الوثائق القانونية:**

-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

- **الأحكام والقرارات القضائية:**

-المجلة القضائية، عدد 2، 1994.

-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

-مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009.

- **المواقع الإلكترونية:**

-عبد الرحمن بن عبد الله المسند، منشور على شبكة الأنترنت:

http://jmuslim.naseej.com، تاريخ التحميل: 2017/02/14.

-الهوامش:

[1] قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984 والمتضمن: قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فبراير 2005 (الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 42، 27 فبراير 2005).

[2] عيسى حداد، عقد الزواج، منشورات جامعية، جامعة برج باجي مختار، عنابة، 2006.

[3] معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1 (ط: 4؛ مصر: لا. ن، 1984)، ص 620.

[4] أبو القاسم الحسين الأصفهاني، تفسير الراغب الأصفهاني، تحقيق: محمد عبد العزيز بسيوني، ج3 (ط: 1؛ مصر: جامعة طنطا، 1999)، ص 1221.

[5] أخرجه: أحمد بن شعيب بن علي النسائي ت 303هـ، المجتبى من السنن، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، ج6 (ط: 2؛ حلب سوريا: مكتبة المطبوعات الإسلامية، 1986)، باب أي النساء خير، ص 68، رقم الحديث (3231).

[6] أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج32 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب حديث معاذ بن جبل، ص312، رقم الحديث (21986).

[7] أخرجه: أحمد بن محمد بن حنبل ت241هـ، مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ج3 (ط: 1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة، 2001)، باب مسند عبد الرحمن بن عوف الزهري، ص199، رقم الحديث (1661).

[8] سويسي فتيحة، المرجع السابق، ص 6.

[9] مداخلة: للدكتور غرابي أحمد، بعنوان إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة، في ملتقى وطني حول: التشريع والأسرة في الجزائر واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بقاعة المحاضرات مجيد علاهم، جامعة محمد بوضياف المسيلة، يوم 2014/11/11، بتوقيت 12:30 دقيقة.

[10] سورة المؤمنون، الآيتين 5، 6.

[11] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 162.

[12] سورة البقرة، الآية 228.

[13] عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، ط1، 1428هـ/2007م، ص175.

[14] ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حمة لخضر بالوادي، 2015/2014، ص138.

[15] غرابي أحمد، مداخلة بعنوان "إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص7.

[16] حسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، دار هومة، ط2، 2015، ص183.

[17] غرابي أحمد، مداخلة بعنوان "إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص 8، 9.

[18] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 1999/02/16، ملف رقم 218754 والاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة2001، ص 223.

[19] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، بتاريخ 15 اكتوبر2009، ملف رقم 476387، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 263.

[20] محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط: 3؛ د. م، دار الفكر العربي، 1958)، ص 402.

[21] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 403.

[22] أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 12. (ط: 1؛ الرياض، دار طيبة، 2005)، ص 260.

[23] أبو محمد بن قدامه، المغني. (ط: 1؛ السعودية: دار عالم الكتب، 1997)، ص 430.

[24] سورة البقرة، الآية 233.

[25] سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 92.

[26] غرابي أحمد، مداخلة بعنوان "إشكالية النصوص الملغاة في قانون الأسرة"، المرجع السابق، ص 14.

[27] مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، ط: 4، مكتبة الشروق الدولية، 2004 مصر، ص 60.

[28] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط: 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 405-406

[29] باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 87.

[30] قرار المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1993/11/23، ملف رقم: 99000، المجلة القضائية، 1994، عدد 2، ص 64.

[31] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، ج2، لا. ط، ، دار الكتب العلمية، بيروت 1994، ص 250. بتصرف.

[32] كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة، لا. ط، القاهرة، المكتبة التوفيقية، 2003، ص 370.

[33] عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط: 1، القبة الجزائر، دار الخلدونية، 2007، ص 307.

[34] ذبيح هشام، المركز القانوني للزوج في فك الرابطة الزوجية على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية: 2014-2015، ص 116.

[35] وهبة الزحيلي،الفقه الميسر المالكي، ج3، لا. ط، دار الكلم الطيب، بيروت، 2010، ص 223.

[36] ممن حضر لهذا لاجتماع أعضاء المجمع الفقهي: الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عمر بن محمد السبيّل وشارك الدكتور نجم عبد الله عبد الواحد وتحدث في الاجتماع نخبة من العلماء المشاركين في الجلسة منهم الدكتور سعد الدين الهلالي، والشيخ عبد الله بن بيه، والدكتور محمد الصديق الضرير.

[37] محمد المختار السلامي، إثبات النسب بالبصمة الوراثية لمحمد المختار السلامي ضمن البحوث المقدمة للندوة الفقهية الحادية عشرة من أعمال المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية 1413هـ، ص 405

نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة 1422هـ، ص 30.

[39] لسعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، بحث مقدم للمجمع الفقهي الحادي عشر بالرابطة 1422هـ، ص 21.

[40] أخرجه: مالك، الموطأ، ج3، ط: 1، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الإمرات، 2004، ص 1079.

[41] مقال: عبد الرحمن بن عبد الله المسند، منشور على شبكة الأنترنت: http://jmuslim.naseej.com، تاريخ التحميل: 2017/02/14، ص 2.

[42] عبد الرحمن بن عبد الله المسند، المرجع السابق، ص 3.

[43] نقلا عن: باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 124.

[44] تقي الدين بن محمد بن تيمية، جامع المسائل لابن تيمية المجموعة الثانية، باب مجموع الفتاوى لابن تيمية 22 / 332، ط: 1، دار عالم الفوائد، 1422 هـ، ص 239.

[45] ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، د. ط، ج1، مكتبة دار البيان، د. ت، ص 19.

[46] المرجع نفسه، ص 19.

[47] محمد ابن القيم الجوزية، زاد المعاد لابن القيم ، ج5، ط: 27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص 371.

إشكالات الزواج المختلط دون رخصة الوالي على ضوء قرارات المحكمة العليا

Problems of mixed marriage without guardian's licence in light of Supreme Court decisions

د/ ميلود بن حوحو*
كلية الحقوق – جامعة الجزائر
(بن يوسف بن خدة)
m.benhouhou@univ-alger.dz
د/ قديري محمد توفيق
مخبر الدراسات والبحوث الإسلامية والقانونية والإقتصاد الإسلامي، جامعة المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة بن خلدون تيارت- الجزائر
medtoufik.kadiri@univ-tiaret.dz

ملخص:

يخضع الزواج سواء تم بين رعايا دولة واحدة أو بين رعايا دولتين مختلفتين إلى أحكام تشريعية تعنى بتنظيم مختلف جوانبه؛ وفي هذه الحالة الأخيرة التي يكون فيها الزواج مختلطا يحدث أن يفرض القانون شروطا إضافية عن تلك المفروضة في زواج الوطنيين.

وقد أخضع المشرع الجزائري زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب لإجراءات تنظيمية؛ ومنها وجوب الحصول على ترخيص مسبق يأذن بالزواج المختلط. الأمر الذي حذا بالبعض للجوء للزواج العرفي هروبا من تلك الاشتراطات. وهو ما أفرز إشكالات في تثبيت هذه الحالات من الزواج.

الكلمات المفتاحية: الترخيص المسبق للزواج بأجنبي، الزواج، الزواج المختلط

Abstract:

The Algerian legislator subjected the marriage of Algerian men and women to foreigners to regulatory procedures. Including the necessity of obtaining a prior license authorizing mixed marriages. This prompted some to resort to customary marriage to escape these requirements. Which created problems in establishing these cases of marriage.

Marriage, whether it takes place between nationals of one state or between nationals of two different states, is subject to legislative provisions concerned with regulating its various aspects. In this last case, in which the marriage is mixed, it happens that the law imposes additional conditions than those imposed in the marriage of nationals.

Keywords: *prior authorization to marry a foreigner, marriage, mixed marriage.*

مقدمة:

تولي التشريعات عقد الزواج أهمية كبيرة؛ باعتباره الأساس الذي تقوم عليه الأسرة التي هي نواة المجتمع من جهة، ولارتباطه في كثير من الدول بالبعد الديني من جهة أخرى.

لذا يخضع الزواج سواء تم بين رعايا دولة واحدة أو بين رعايا دولتين مختلفتين إلى أحكام تشريعية تعنى بتنظيم مختلف جوانبه؛ وفي هذه الحالة الأخيرة التي يكون فيها الزواج مختلطا يحدث أن يفرض القانون شروطا إضافية عن تلك المفروضة في زواج الوطنيين.

ومن ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري من وجوب خضوع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب لإجراءات تنظيمية؛ أساسها وجوب الحصول على ترخيص مسبق يأذن بالزواج المختلط.

الأمر الذي حذا بالبعض خاصة مع انفتاح المجتمع وكثرة الزيجات بالأجانب إلى اللجوء للزواج العرفي هروبا من تلك الاشتراطات ومحاولة فرض أمر واقع؛ ومن ثم البدء في إجراءات طلب تثبيت الزواج العرفي كما هو الحال بالنسبة للزواج العرفي الذي يقع بين الوطنيين لأي سبب كان كالفارّ من وجوب أخذ موافقة الزوجة الأولى حين رغبته في التعدد.

ومنه يمكن طرح الإشكالية التالية: ما مدى تأثير تخلف رخصة الزواج المختلط على تثبيت الزواج العرفي المتضمن طرفا أجنبيا؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية نتبع المنهج التحليلي الذي تقتضيه طبيعة الموضوع، وتقسيم خطة البحث على النحو التالي: فكرة الزواج المختلط وقصور تنظيمها التشريعي (المحور الأول)، الأثر المترتب على مخالفة شروط الزواج المختلط (المحور الثاني).

المحور الأول: فكرة الزواج المختلط وقصور تنظيمها التشريعي

لا جدال في أن القاعدة القانونية هي قاعدة سلوك اجتماعي. ومن السلوك الاجتماعي زواج الوطنيين بالأجانب أو ما يعرف بالزواج المختلط. وفيما يلي عرض لفكرة الزواج المختلط (أولا)، ومظاهر القصور التشريعي في تنظيمها (ثانيا).

أولا: فكرة الزواج المختلط

الزوجية سنة من سنن الله في الخلق والتكوين، وهي عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الإنسان، وهي الأسلوب الذي اختاره الله لاستمرار الحياة؛ فوضع له النظام الملائم لصيانة كرامة الإنسان وحفظ شرفه كونه خليفة الله في الأرض[1].

والزواج بوجه عام هو: "عقد يفيد حل استمتاع الزوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات تجاه الآخر"[2]. أو هو: "عقد رضائي بين رجل وامرأة يفيد حل الاستمتاع والإنجاب بينهما، ويجعل منهما أساس الأسرة، ويرتب لكل منهما حقوقا على الآخر"[3]. وعرّفه المشرع الجزائري في المادة 04 من قانون الأسرة[4] بقوله: (الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.).

وبالنظر للتطور الحاصل في العصر الحديث؛ الذي أدى إلى اختصار المسافات وتسهيل الانتقال بين الدول، ومكّن الدولة الواحدة من أن تضم فضلا عن أبنائها رعايا دول أخرى، الأمر الذي أتاح للوطنيين الارتباط مع الأجانب بمختلف العلاقات القانونية[5]. ومن ذلك الزواج الذي يطلق عليه في هذه الحالة اصطلاح "الزواج المختلط"؛ والذي يقصد به في فقه القانون الدولي الخاص: "الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة، وهذا الاختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج. أو هو: "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة"[6].

ويبدو أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار اختلاف الجنسية لاعتبار الزواج مختلطا كما توحي بذلك المادة 31 من قانون الأسرة التي تنص على خضوع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية.

هذا وقد أسند المشرع الجزائري في المادة 11 من القانون المدني[7] حكم الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين كأصل عام. ويُعمل في هذه الحالة بالتطبيق الموزع؛ أين يكفي أن تتوافر في الزوج الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون بلاده، وأن تتوافر في الزوجة الشروط الموضوعية التي يشترطها قانون بلادها، إلا ما تعلق بالموانع[8] فيطبق بشأنها التطبيق الجامع أين يتعين أن يخلو كل زوج من الموانع المنصوص عليها في قانونه وقانون زوجه.

واستثناءً من قاعدة خضوع الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين. نص المشرع في المادة 13 من ذات القانون على سريان القانون الجزائري وحده على تلك الشروط متى كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج.

وعليه فبما أن القانون الجزائري – الموضوعي - هو المطبق على الزواج المختلط كما تشير لذلك قواعد الإسناد؛ فقد أظهر الواقع العملي لاسيما في الدعاوى الرامية لتثبيت الزواج العرفي بين الجزائريين والأجانب قصورا في التنظيم التشريعي للزواج المختلط؛ نشير لمظاهره في الجزء الثاني من هذا المحور.

ثانيا: مظاهر القصور التشريعي في تنظيم الزواج المختلط

نصت المادة 31 من قانون الأسرة سالفة الذكر عقب التعديل الأخير لقانون الأسرة على أنه: (يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية.)

وبهذا جعل المشرع الجنسية وحدها معيارا لكون الزواج مختلطا، حيث نقلت الفقرة الأولى من المادة 31 المتعلقة بعدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم للمادة 30 المتعلقة بالمحرمات من النساء مؤقتا؛ لإجماع الفقهاء على ذلك[9].

ولقول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ)[10]. مع الإشارة أنه أغفل في الموانع بالنسبة للزوج؛ المرأة التي لا تدين بدين سماوي.

وجاء في المادة 73 من قانون الحالة المدنية[11] (يجب أن يبين في عقد الزواج المحرر من قبل ضابط الحالة المدنية أو القاضي بصراحة بأن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه مايلي: .... 4- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء.).

وبهذا أصدرت وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهئية العمرانية التعليمة رقم 09 المؤرخة في 05 نوفمبر 2018 المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط.

وبيّنت التعليمة الإدارة المعنية بإصدار رخصة الزواج المختلط[12]، ومكونات ملف الرخصة[13]، وإجراءات طلبها[14]، ومن له الصفة في إيداع الملف وأين يودعه[15]، والشروط الواجب إحترامها لإصدار الرخصة[16]، ومدة صلاحيتها[17]....ونحو ذلك.

ويلاحظ على هذه النصوص جانب القصور الكبير؛ ذلك أنها لا تبيّن الآثار القانونية لعدم احترامها؛ فلو أن أحد الجزائريين تزوج عرفيا من طرف أجنبي أي دون الحصول على الرخصة المسبقة بالزواج المختلط فما مصير هذا الزواج؟

إن القاعدة العامة هي نص المادة 22 من قانون الأسرة التي تخول القضاء سلطة إثبات الزواج العرفي بموجب حكم؛ دون تمييز بين الزواج الذي يقع بين جزائريين والزواج المختلط. وهو –أي القضاء- الذي كان له رأيه بخصوص الزواج المختلط الذي يقع دون رخصة مسبقة به. وهو موقف نقف عليه من خلال المحور الثاني لهذه المداخلة.

المحور الثاني: الأثر المترتب على مخالفة شروط الزواج المختلط

بيّنا في المحور الأول الإشكالات المتعلقة بالقصور التشريعي في مجال الزواج المختلط لا سيما ما تعلق بعدم التفصيل في الأحكام التنظيمية لزواج الجزائريين من الأجانب وعدم التمييز بين المرأة والرجل بما لا يتناسب وأحكام الفقه الإسلامي، وقد بيّنا أن أهم شرط في الزواج بأجنبي هو الرخصة الإدارية التي يمنحها الوالي للراغب في الزواج من جزائري أو جزائرية بناءً على ملف يتضمن الوثائق المثبتة لتوفر الشروط.

وأمام هذه الشروط الموضوعية والشكلية التي يراها البعض لا سيما النساء الراغبات في زواج أجنبي شروطا تعجيزية، يلجأ البعض منهن إلى عقد زواج شرعي وإتمامه بالبناء وربما إنجاب الأولاد ثم يتم اللجوء إلى المحكمة من أجله تثبيته، كأي عقد زواج مغفل لم يتم إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية، فهل يستجيب القاضي ويثبت الزواج رغم تخلف شرط الترخيص؟ هل الرخصة هنا شرط صحة أم مجرد قيد شكلي؟ وما كان موقف قضاء المحكمة العليا من هذا النوع من الزواج العرفي؟ هذا ما نراه من خلال هذا المحور عبر نقطتين، الأولى هي أثر تخلف شرط

الرخصة على صحة الزواج بأجنبي وفيه نناقش طبيعتها القانونية، وفي النقطة الثانية نناقش قرارات المحكمة العليا بهذا الشأن.

أولا: أثر تخلف رخصة الوالي على صحة الزواج بأجنبي

نبحث هاهنا عن الطبيعة القانونية أو الوصف القانوني الصحيح لرخصة الوالي الخاصة بعقد الزواج بأجنبي، وأثر تخلفها على تثبيت عقد الزواج العرفي بأجنبي، وضع المشرع هذه الرخصة كقيد شكلي على الراغبين في إبرام الزواج وكان أحدهما أجنبيا، حيث أحالت المادة 31 من قانون الأسرة على التنظيم بينما نجد قانون الحالة المدنية ينص على وجوب تلقي الضابط المكلف بإبرام عقود الزواج للوثائق من الطرفين لا سيما الرخص حال النص عليها قانونا تحت طائلة رفض تسجيل عقد الزواج.[18]

وعليه يجب على الأجنبي الراغب بالزواج من جزائرية أن يبادر بطلب الرخصة من الوالي وفق الإجراءات التي حددتها التعليمات المختلفة الصادرة عن وزارة الداخلية، سواء التعليمة الأولى رقم 02 الصادرة بتاريخ 1980/02/11 المتعلقة بالرخصة الإدارية القبلية للاحتفاء بزواج الأجانب في الجزائر وأيضا التعليمة الوزارية رقم 9 المؤرخة في 2018/11/5 المتضمنة تنظيم إصدار رخصة الزواج المختلط، والإرسال رقم 000321 المؤرخ في 2021/02/09 المتعلق بمعالجة طلبات الزواج المختلط.[19]

وهذه النصوص التنظيمية وإن كانت تؤكد على عدم جواز إبرام عقد زواج بأجنبي دون رخصة الوالي،[20] فإنها لا تبيّن حقيقة الرخصة هل هي شرط صحة أم مجرد وثيقة إدارية لا تؤثر على صحة الزواج، خصوصا الإرسالية الأخيرة التي لا تسمح للوالي بمنح رخصة لأي زوجين يتبين له أنهما قد عقدا زواجهما عرفيا وتم البناء، وتوجيههما بدلا عن ذلك إلى قاضي شؤون الأسرة باعتباره وحده صاحب الاختصاص في تثبيت الزواج العرفي غير المسجل في مصالح الحالة المدنية.[21]

وقد سبق وأن بيّنا في المحور الأول أن قواعد تثبيت الزواج العرفي جاءت عامة غير مخصصة، فمتى توفرت أركان الزواج وشروط صحته المنصوص عليها في قانون الأسرة لا سيما المواد 9 و9مكرر وثبت للقاضي انتفاء الموانع الشرعية لا سيما إسلام الزوج فإن قاضي شؤون الأسرة ملزم بتثبيت واقعة الزواج العرفي ولو كان مختلطا متى ثبت له أنه قد تم فعلا البناء بالزوجة خصوصا وأن تعليمة وزارة الداخلية لا ترقى لمرتبة القانون.[22]

ومن ثمة يبدو لنا أن الرخصة ليست بركن ولا شرط صحة وإنما هي قيد إجرائي إذا تخلف لا يؤثر على صحة الزواج في حد ذاته لأنه خارج عن ماهيته ولا يترتب عن عدمه العدم.

ثانيا: موقف المحكمة العليا من تثبيت الزواج المختلط العرفي

في مجلة المحكمة العليا لسنة 2016 في العددين الأول والثاني طالعتنا المحكمة العليا بثلاثة قرارات تتسم بالصرامة والوضوح في اعتبارها رخصة الوالي بمثابة شرط صحة، إلا أن هذه القرارات لم تكن موفقة كثيرا في إظهار فهم النصوص القانونية ولا في كيفية تطبيقها أو على الأقل تم تسجيل تشدد في فهم النص وعدم العمل بروحه لا سيما في مواجهة حالات الزواج المختلط الذي يتم دون رخصة. ونتطرق فيما يلي للقرارات الثلاثة ومن ثم نعلق عليها.

1- القرار رقم 0942668 بتاريخ 2016/02/03 غرفة شؤون الأسرة والمواريث[23]: وبمقتضى هذا القرار قبلت المحكمة العليا الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقضت قرار غرفة شؤون الأسرة بمجلس قضاء وهران(2013/04/01) الذي ألغى حكم محكمة وهران(2012/11/26) وقضى من جديد بإثبات الزواج العرفي المنعقد بتلمسان في 2011/09/20 بين (أ.غ) سوري الجنسية و(ب.ر) جزائرية، رغم أن حكم المحكمة رفض تثبيت الزواج إلا أن قضاة المجلس ألغوا الحكم المستأنف وقرروا تثبيت هذا الزواج العرفي، وهو ما كان محل طعن من النائب العام لدى مجلس قضاء وهران، الذي اعترض على القرار على اعتبار أن قضاة المجلس خالفوا المادة 31 من قانون الأسرة التي تحيل على الأحكام التنظيمية التي تقيد تسجيل الزواج بأجنبي بضرورة الحصول على رخصة من الوالي، خصوصا وأنه يتبين من وقائع القضية أن الأطراف لجؤوا إلى الولاية التي رفضت منحهم هذه الرخصة لسبب ما غير مذكور في القرار، ولكن ما دامت الرخصة غير موجودة فلا يثبت الزواج العرفي بأجنبي، وهو ما اكتفت به المحكمة العليا في تأسيس قرارها بقبول الطعن شكلا وموضوعا ونقض وإبطال القرار المطعون فيه دون إحالة على اعتبار أن قبول الطعن يرجع القوة للحكم القضائي الصادر في الدرجة الأولى ولم يترك أي نقطة قانونية للفصل فيها.[24]

2- القرار رقم 1005800 بتاريخ 2016/07/13 غرفة شؤون الأسرة والمواريث[25]: وفي هذا القرار قامت المحكمة العليا بتأييد قرار غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء تيزي وزو (2013/06/19) الذي رفض فيه القضاة طلب الطاعنين بتثبيت زواجهما العرفي الذي عقداه بتاريخ 2007/03/29 حيث أن الزوج تركي الجنسية والزوجة جزائرية وطلبا تثبيت الزواج أول مرة أمام محكمة تيزي وزو (2012/05/21) وإلحاق نسب البنت، ورفضت المحكمة الدعوى شكلا لانعدام الصفة (2012/09/27)، وبعد الاستئناف تصدى المجلس من جديد للدعوى ورفض طلب الطاعنين لأن زواجهما تم دون رخصة مسبقة من الوالي وفق ما تشترطه الأحكام التنظيمية التي أحال عليها قانون الأسرة، وقد استند الطاعنان إلى أن هذه التعليمة ما هي إلا تعليمة إدارية لا ترقى لدرجة القانون وأن الزواج شرعي وصحيح طبقا لأحكام قانون الأسرة، إلا أن قضاة المحكمة العليا رأوا أن قرار قضاة المجلس كان صائبا فلا يمكن تثبيت الزواج العرفي مع أجنبي دون أن تحترم الإجراءات الإدارية المتمثلة في رخصة من الوالي وأن هذه الرخصة مطلوبة عند تسجيل الزواج أو تثبيته لاحقا.[26]

3- **القرار 1028971 بتاريخ 2012/12/07 غرفة شؤون الأسرة والمواريث**[27]: في هذا القرار نقضت المحكمة العليا وأبطلت قرار غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء سكيكدة (2014/06/04) الذي أيد حكم محكمة تمالوس(2014/03/04) القاضي بتثبيت الزواج العرفي المبرم في بلدية تمالوس(2012/11/17) بين المطعون ضدهما والذي أثمر عن إنجاب بنت، وقد استندت المحكمة العليا في نقضها وإبطالها لهذا القرار على أساس مخالفة قضاة المجلس للقانون حين اعتبروا أن الرخصة الإدارية المطلوبة في الزواج من الأجنبي هي رخصة مطلوبة فقط عند تسجيل العقد ولا علاقة لها بإبرامه، وهو ما اعتبره قضاة المحكمة العليا خطأ في تطبيق القانون لأن هذه الرخصة حسبهم تطلب عند إبرام عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية.[28]

ونلاحظ على هذه القرارات أنها أعطت للرخصة الإدارية قيمة أكبر من بقية أنواع الرخص الإدارية المتعلقة بالزواج، ونجد حتى في القرار الثالث أن القضاة لم يميزوا بين عقد الزواج الشرعي تام الأركان وبين عملية تسجيله لدى ضابط الحالة المدنية، ولكن القاسم المشترك بين جميع هذه القرارات أنه بمفهوم المخالفة لها يمكن أن يقبل القضاة تثبيت زواج عرفي بين جزائرية وأجنبي إذا تحصلا لاحقا على رخصة، وهو ما يستنتج من خلال معطيات القرارات المذكورة أعلاه. فهل هذا أمر يمكن تصوره؟ أن تمنح الإدارة الممثلة في الوالي رخصة الزواج بأجنبي لتثبيت زواج عرفي؟ أم أنها ستمنحه الرخصة لإبرام الزواج كأنه لم يتم بناء؟ وما الذي يمنع الزوجين اللذين تحصلا على رخصة لاحقا من إبرام الزواج أمام ضابط الحالة المدنية وكأنه لم يقع أي شيء خصوصا حينما لا يكون هناك أولاد يحتاجون لإثبات نسبهم؟

كل هذه التساؤلات تحتاج إلى تدخل تشريعي ينهي هذه الحالة المربكة، وذلك بنص تشريعي وليس بنص تنظيمي، يؤكد على احترام العقود الشرعية أو يلغي هذه الثنائية في إبرام عقود الزواج، مع مراعاة الحالات الخاصة التي لا تلتزم بذلك، إضافة إلى التمييز بين الأركان وشروط الصحة وبين الشروط الإدارية.

خاتمة:

في الختام يظهر أنّ المشرع اقتصر في تنظيم الزواج المختلط على نص وحيد في قانون الأسرة هو المادة 31 التي مؤداها الإحالة على التنظيم في هذه المسألة؛ هذا الأخير – أي التنظيم - الذي جاء أساسا لبيان الطريق الطبيعي وهو وجوب سعي الشخص للحصول على الرخصة المسبقة قبل الإقدام على الزواج من طرف أجنبي، دون بيان الآثار القانونية للحالة التي لا يحترم فيها الشخص الإجراءات المعمول بها بسلوكه طريق الزواج العرفي.

كما أن المشرع أرسى قاعدة عامة لإثبات الزواج العرفي في المادة 22 من قانون الأسرة، حيث يثبت بموجب حكم قضائي، وذلك متى تبيّن للقاضي توافر الأركان والشروط المنصوص عليها في قانون الأسرة لاسيما المواد 9 و9مكرر وانتفاء الموانع الشرعية. حيث لاحظنا موقفا متشددا من القضاء في تثبيت الزواج العرفي المختلط، وذلك برفضه تثبيته لعدم وجود الرخصة المسبقة واعتباره إياها بمثابة شرط صحة. بخلاف غيرها من الرخص والشروط الإدارية المذكورة في قانون الأسرة.

لذا نوصي بضرورة التدخل التشريعي وليس التنظيمي لإنهاء هذا الارتباك بالتأكيد على احترام العقود الشرعية من خلال التمييز بوضوح بين الأركان وشروط الصحة، وغيرها من الشروط الإدارية والقيود الإجرائية الخارجة عن ماهية العقد وغير المؤثرة في صحته. ومنها بالخصوص الترخيص بالزواج المختلط.

➢ **الهوامش:**

[1]- محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي آثار الأحكام الأجنبية، بدون طبعة، منشورات جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون، مصر، 2000، ص 249.

[2]- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطبعة الحادية عشر، الجزء الأول (الزواج وآثاره)، منشورات جامعة دمشق - كلية الشريعة، سوريا – دمشق، 2006، ص 78.

[3]- محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 249.

[4]- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984. المعدّل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

[5]- أنظر: أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص05.

[6]- عبد الكريم بلعيور، "النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، جامعة الجزائر1، الجزائر، سبتمبر 2009، ص 104.

[7]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. المعدّل والمتمّم.

[8]- كالقرابة والمصاهرة والرضاع وزواج المسلمة من غير المسلم ....إلخ.

[9]- عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 156.

[10]- القرآن الكريم، سورة الممتحنة، الآية 10.

[11]- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، مؤرخة في 27 فيفري 1970. المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، مؤرخة في 20 أوت 2014. المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 جانفي 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 2، مؤرخة في 11 جانفي 2017.

[12]- تسلم رخصة الزواج المختلط من طرف الوالي المختص إقليميا. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[13]- يتكون الملف: 1/ بالنسبة للطرف الجزائري من: إستمارة، ثلاثة صور شمسية حديثة للهوية، شهادة عدم الزواج، عدم الطلاق وعدم إعادة الزواج، نسخة من وثيقة إثبات الهوية، إثبات الإقامة (وصل الكهرباء، الهاتف، الماء أو كل وثيقة أخرى)، شهادة ميلاد رقم ح م 07 محينة بالبيانات الهامشية تستخرجها المصالح الولائية المستقبلة للملف من السجل الوطني للحالة المدنية وتدرجها فيه، وكالة عادية لا يـــــــــــــــداع الملـــــــــــــــف والإمضـــــــــــــــاء عنـــــــــــــــد الإقتضـــــــــــــــاء.
2/ بالنسبة للطرف الأجنبي من: إستمارة، ثلاثة صور شمسية حديثة للهوية، شهادة ميلاد كاملة، شهادة عدم الزواج أو عدم إعادة الزواج أو شهادة الطلاق أو شهادة مماثلة تفي بالغرض، نسخة من جواز السفر قيد الصلاحية، شهادة إيواء أو حجز في الفندق بالنسبة للرعايا غير المقيمين المتواجدين فوق التراب الوطني، شهادة إعتناق الإسلام (بالنسبة للرجل)، شهادة القدرة على الزواج صادرة عن الممثلية الدبوماسية أو القنصلية لدولته المعتمدة في الجزائر أو عن السلطات المختصة في بلده أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض، نسخة من بطاقة المقيم الأجنبي قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا المقيمين فوق التراب الوطني، شهادة سوابق عدلية صادرة عن الدولة

الأجنبية التي يحمل جنسيتها و مصادق عليها من طرف ممثليته الدبلوماسية أو القنصلية المختصة، مع ترجمتها إلى اللغة العربية أو أي وثيقة رسمية مماثلة تفي بالغرض، وكالة عادية لإيداع الملف و الإمضاء عند الإقتضاء..... و يرفق الملف الأصلي بنسخة لجميع الوثائق المكونة له. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[14]- تشمل إجراءات طلب رخصة الزواج المختلط ما يلي: ملئ إستمارة طلب رخصة الزواج المختلط التي تسلمها الإدارة المحلية المختصة أو تسحب من الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الداخلية و الجماعات المحلية و التهيئة العمرانية، يتم إيداع طلب رخصة الزواج المختلط ثلاثة (03) أشهر قبل تاريخ إبرام الزواج مقابل تسليم وصل إيداع لأحد الطرفين، و تحسب هذه المدة إبتداءا من تاريخ إيداع الملف الورقي على مستوى المصالح المحلية المختصة. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[15]- إن إيداع ملف طلب رخصة الزواج المختلط يتم من طرف المعنيين بالأمر و عند غياب أحدهما يجب تقديم وكالة عادية عن الطرف الغائب و ترفق بالملف، ويودع ملف طلب رخصة الزواج المختلط حسب الحالة: لدى المصالح المختصة بولاية إقامة الطرف الجزائري إذا كان الطرف الأجنبي غير مقيم، لدى المصالح المختصة لولاية إقامة الطرف الأجنبي إذا كان الطرف الأجنبي مقيم. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[16]- يشترط لإصدار رخصة الزواج المختلط احترام مايلي: أن يكون الأجنبي في وضعية إقامة قانونية فوق التراب الوطني (حائز على بطاقة المقيم الأجنبي أو متحصل على تأشيرة الدخول قيد الصلاحية بالنسبة لرعايا الدول الخاضعين لتأشيرة الدخول إلى الجزائر أو جواز سفر قيد الصلاحية بالنسبة للرعايا الذين لا يخضعون لتأشيرة الدخول إلى التراب الوطني)، أن يتمتع الأجنبي بالقدرة على الزواج و التي تثبت بموجب شهادة القدرة على الزواج صادرة عن ممثليته الدبلوماسية بالنسبة للدول التي تصدر هذه الوثيقة أو شهادة رسمية مماثلة تفي بالغرض بالنسبة للدول التي لا تصدرها، إحترام التشريع و التنظيم المعمول بهما في هذا المجال لاسيما البند الأخير من المادة 30 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، و التي تمنع زواج الجزائرية المسلمة بغير المسلم، أن لا يقوم الطرفين أو أحدهما بالتحايل على القانون و الإجراءات التي تنظم الزواج المختلط لتحقيق أغراض أخرى غير الغرض الرئيسي من الزواج، ضرورة المحافظة على التماسك الإجتماعي و الأمن القومي و النظام العام. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[17]- تحدد مدة صلاحية رخصة الزواج المختلط بسنة (01) واحدة، وفي حالة عدم إبرام الزواج بعد إنقضاء مدة صلاحيتها يتم إعادة إجراءات طلب الرخصة الإدارية من جديد. ولا يمكن إعتبار هذه الرخصة بمثابة عقد زواج و لا يمكن إستظهارها إلا في الغرض المحدد لها. الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

[18]- المادة 73 من الأمر 70-20 يتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم. سبق ذكره.

[19]- راضية بشير، رؤوف قروج، "إشكالية تعارض الحكم التنظيمي مع الحكم القضائي بخصوص تثبيت واقعة الزواج المختلط العرفي"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد13، العدد4، جامعة الجلفة، جويلية2021، ص678- 688.

[20]- السبتي بوكركب، "الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط" ، مداخلة مقدمة في إطار اليوم الدراسي بعنوان: (الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون)، تنظيم مشترك بين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ومجلس قضاء قسنطينة، 9 مارس 2021، ص8.

[21]- راضية بشير، رؤوف قروج، المرجع السابق، ص 682.

[22]- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2016، ص 73.

[23]- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد01، ص130.

[24]- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد01، ص132.

[25]- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد2، ص207.

[26]- المرجع نفسه، ص210.

[27]- المرجع نفسه، ص211.

[28]- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد2، ص214.

➢ **قائمة المراجع:**

1/ الكتب

- جمال نجيمي، قانون الأسرة الجزائري دليل القاضي والمحامي، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2016.
- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الطبعة الحادية عشر، الجزء الأول (الزواج وآثاره)، منشورات جامعة دمشق - كلية الشريعة، سوريا – دمشق، 2006.
- محمود مصيلحي، مبادئ تنازع القوانين والاختصاص القضائي آثار الأحكام الأجنبية، بدون طبعة، منشورات جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون، مصر، 2000.

2/ الرسائل العلمية

- أمينة رحاوي، الزواج المختلط في القانون الدولي الخاص، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.

3/ البحوث

- السبتي بوكركب، "الرخصة الإدارية كشرط مسبق للزواج المختلط" ، مداخلة مقدمة في إطار اليوم الدراسي بعنوان: (الزواج المختلط وآثاره بين الشريعة والقانون)، تنظيم مشترك بين جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية بقسنطينة ومجلس قضاء قسنطينة، 9 مارس 2021.

- راضية بشير، رؤوف قروج، "إشكالية تعارض الحكم التنظيمي مع الحكم القضائي بخصوص تثبيت واقعة الزواج المختلط العرفي"، مجلة دراسات وأبحاث، مجلد13، العدد4، جامعة الجلفة، جويلية2021.
- عبد الكريم بلعيور، "النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد 3، جامعة الجزائر1، الجزائر، سبتمبر 2009.

4/ النصوص التشريعية

- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فيفري 1970، يتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، مؤرخة في 27 فيفري 1970. المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، مؤرخة في 20 أوت 2014. المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 17-03 المؤرخ في 10 جانفي 2017، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 2، مؤرخة في 11 جانفي 2017.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975. المعدّل والمتمّم.
- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984. المعدّل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، مؤرخة في 27 فيفري 2005.

5/ القرارات القضائية

- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد01.
- المحكمة العليا، المجلة القضائية، 2016، العدد2.

6/ المواقع الإلكترونية

- الموقع الرسمي لوزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2022/11/20، وهو متاح على الرابط الآتي: https://www.interieur.gov.dz

الكفاءة ودورها في التأهيل للزواج
(رؤية شرعية)
The Legal Competency And Her Role In Qualifying For Marriage
(Jurisprudential Vision)

د. الطيب برمضان
دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون
كلية العلوم الإسلامية جامعة الجزائر-1- بن يوسف بن خدة، الجزائر
bertayeb1986@yahoo.com

ملخص:

يعتبر عقد الزواج في الشريعة الإسلامية من أقدس العقود، وأغلظ المواثيق، وأهم المؤسسات البشرية المنتجة؛ لأنه النواة الأولى لبناء الأسرة الإسلامية المنشودة، والتي ينتج عنها علاقات قرابة، ومصاهرة جديدة، ولتكوين هذه الأسرة تكوينا سليما وضع فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من المعايير الواقعية، التي ترجع أساسا إلى الأعراف السائدة، والعادات المحتكم إليها؛ أطلقوا عليها اسم "الكفاءة"؛ باعتبارها وسائل استقرار، وضمانات لاستتباب الحياة الزوجية؛ للحفاظ عليها من التصدع والانهيار، وإن كانوا اتفقوا على المعيار الثابت منها؛ وهو الصلاح، فقد اختلفوا في جملة من أوصاف الكفاءة بين مضيق، وموسع، وجاءت هذه الدراسة الفقهية المقارنة لتستجلي أهم مباحث الكفاءة في الزواج، وخلصت في أهم نتائجها إلى أن الكفاءة تختلف باختلاف الأعراف، والبلدان، والأشخاص، وأن القول بأنها شرط لزوم عند عقد الزواج هو الرأي الصحيح الذي يضمن للمرأة وأوليائها الحق في القبول بالزوج من عدمه، وأن إسقاط الكفاءة جائز، وإن كان خلاف الأولى؛ لأنه تنكب عن الواقع، والتفات عن أهم عوامل الاستقرار، والديمومة في التأهل لحياة زوجية سعيدة.

الكلمـات المفتاحيـة: الكفـاءة؛ التأهيـل؛ الزواج؛ رؤية؛ الأسرة.

Abstract:

The Marriage contract in Islamic Sharia it is considered of the holiest contracts, and one of the toughest conventions, and productive human institutions; Because it is the first nucleus build an Islamic family, Which results in new kinship and intermarriage relations, To properly form this family the Islamic jurisprudents put a set of realistic standards which is mainly due to the widespread customs, and the habits that are subject to it, They called her "The Legal Competency in Marriage", As means of stabilization and guarantees for the continuation of married life; to keep it from cracking and collapsing, And if they agreed on the fixed criterion from it, Which is "The Righteousness", They differed in a group of The Legal Competency between a strait and an extended, This jurisprudential study came to show the most important topics of The Legal Competency in marriage, One of the most important results is that The Legal Competency it differs according

to customs, countries and people, And the correct saying is to be considered a necessary condition when entering into a marriage contract, Which guarantees the woman and her guardian the right to accept or reject the husband, And that dropping The Legal Competency came, even if it was contrary to reality and logic, And the abolition of the most important factors of stability and permanence in qualifying for a happy married life.

Keywords:efficiency; Qualification ; marriage; Vision; family.

مقدمة:

الحمد لله العزيز الوهاب،وأفضل الصلاة وأزكاها على سيدنا محمد النبي المختار أفضل من أوتي الحكمة وفصل الخطاب، وعلى الآل والأصحاب، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم المآب، وبعد:

إن الزواج في الإسلام له أهداف نبيلة سامية من جملتها أنه يهدف إلى إعفاف كل من الرجل والمرأة عن الوقوع في الحرام، ويهدف إلى حفظ النوع الإنساني، وتكاثره على الوجه المشروع المنظم، وبوجه عام شرع لإنشاء الأسرة التي يتكون منها بناء المجتمع، واشترط فيه على الزوجين التعاون على تكاليف الحياة، وتقاسم أعبائها؛ لتحصل المودة والرحمة المرجوة من هذه الرابطة المقدسة التي سماها الله تعالى في كتابه "الميثاق الغليظ"، وجعله من أعظم النعم التي امتن بها- سبحانه- على عباده في قوله تعالى:{**ومن ءاياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إنَّ في ذلك لآيات لقوم يتفكَّرون**} [الروم:21]

وقرر الإسلام للزوجين حقوقا تحصل بها الغاية من النكاح؛ وهي تنمية النسل، وحسن المعاشرة، ودوامها، والتعاون على مرافق الحياة، وجاءت هذه الحقوق بعبارة عامة في قوله تعالى:{**ولهنَّ مثل الذي عليهنَّ بالمعروف وللرِّجال عليهنَّ درجة**} [البقرة:228]؛ ومعنى الآية: أن للنساء حقوقا على الرجال، مثل ما للرجال على النساء من حقوق، والمماثلة بين حقوقهما في الوجوب، لا في جنس الحق؛ إذ يجب على أحد الزوجين من جنس الحق ما لا يجب على الآخر، والدرجة ثبتت للرجل من جهة رعاية المرأة بالولاية، والإنفاق عليها، وقد ذكرت هذه الحقوق مفصلة في القرآن الكريم، والأحاديث النبوية، والقواعد المأخوذة منهما.

والزواج عقد للعمر، وهو أسمى من أن يكون مجرد عقد تمليك للعين، أو لمنفعة؛ كعقد البيع والإجارة، بل هو عهد وميثاق، ويندمج به كل منهما في صاحبه اندماجا كليا؛ كما يشير إليه قوله تعالى:{**هنَّ لباسٌ لكم وأنتم لباسٌ لهنَّ**} [البقرة:187]، وقوله تعالى:{**وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا**} [النساء:21]، ويشتمل الزواج على أغراض ومقاصد من العشرة والألفة، وتأسيس القرابات، وإنشاء علاقات المصاهرة بين الأسر، ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين المتكافئين[1].

وعقدة النكاح تتم على أساس الارتباط الدائم، فلا بد للزوجية الصالحة من التوافق في الطبع، والتلاؤم في الوضع، والتشابه في المركز الاجتماعي، والتقارب في المستوى الثقافي؛ حتى نضمن للزوجين حياة مستقرة هادئة، ملؤها الود والإخلاص، وقوامها الاحترام والتقدير،أما إن كان الزوج دون الزوجة حالا، وأقل مالا، وأحط نسبا، وأدنى ثقافة وعلما،

[1] عمر عبد الله،أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ط5، 1965م، ص238.

فهيهات أن يكون هناك وئام وانسجام، وهيهات أن يمضي يوم بدون شقاق وخصام، وهيهات أن يرفع الرجل أمام المرأة رأسا، أو يظهر-وهو القوَّام عليها- حمية وبأسا، وبذلك تسوء الحال، ويكون أمر الزوجية إلى زوال[1].

ومن هنا جاءت هذه الورقة البحثية لتميط اللثام عن هذه القضية بالغة الأهمية؛ ألا وهي مسألة الكفاءة في الزواج، ومتعلقاتها من أحكام شرعية، وأوصاف معتبرة عند فقهاء الشريعة الإسلامية، من خلال مذاهبهم الفقهية المعتبرة.

إنالقرآن الكريم والسنة النبوية متفقان على أنه لا فضل لأحد على غيره إلا بالدين والخلق؛ لقول الله تعالى:{**إنَّ أكرمكم عند الله أتقاكم**} [الحجرات:13]، غير أن النبي-عليه السلام-يقول-في شأن الزواج-:((**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير**))[2]، وهنا تبرز الإشكالات التالية:

1. هل الكفاءة في الزواج حق خالص لله تعالى؛ بحيث لا تسقط، فتعتبر من شروط صحة الزواج؟ أو هي من حق الآدمي (الزوجة وأولياؤها)؛ فتكون من شروط اللزوم التي يجوز لهم إسقاطها؟
2. ما هو الجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة: هل هو جانب الزوج للزوجة أو بالعكس؟
3. ما هي الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج التي اعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية؟ وهل هي ثابتة، أم أنها متحركة تخضع للأعراف والعادات، فتتغير بتغيرها؟
4. ما هو محل اعتبار الكفاءة في الزواج: هل تكون ابتداء عند عقد الزواج؟ أو يجوز اشتراطها انتهاء بعدما يتم الدخول بين الزوجين؟
5. ما مدى دور الكفاءة في التأهيل للزواج، والتأثير في استقرار الأسرة مستقبلا؟

ولقد لقي بحث موضوع "الكفاءة في الزواج" عناية الكثير من الفقهاء المتقدمين، والمتأخرين؛ إذ لم يخل من بحثها كتاب فقهي في الغالب الأعم؛ سواء في مظان المذهب الفقهي الواحد، أم في المذاهب المقارنة، كما لقي عناية الكثيرين من الباحثين المعاصرين، كما سيتضح ذلك في ثنايا هذا البحث، والذي يضيفه هذا البحث هو جمع ما تفرق في بطون كتب الفقهاء قديما وحديثا ، بحسب ما هو متاح ومتيسر.

ويمكن تلخيص أهم أهداف هذا البحث في الآتي:

1. التعرف على المفهوم الفقهي للكفاءة في النكاح في مختلف مدارس الفقه الإسلامي المتنوعة والثرَّة.
2. الوقوف على أهم أوصاف الكفاءة في النكاح التي اشترطها فقهاء الشريعة الإسلامية، وترجيح ما هو ملائم لزمننا المعاصر، ونظمه، وأعرافه، وتقاليده.
3. التعرف على مدى الدور الذي يلعبه اشتراط الكفاءة في التأهيل للزواج، والتخطيط للحياة الزوجية السعيدة والمستقرة.

ولقد سلكت في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي بتتبع جزئيات البحث في موضوع "الكفاءة في الزواج" من خلال مظانه البحثية المتيسرة، خاصة المصادر الفقهية المعتمدة لكل مذهب فقهي؛ للتعرف بشكل واضح لآراء أصحابه، كما

[1] محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط1، 1378هـ-1958م، ص116.

[2] رواه الترمذي [كتاب:النكاح/ باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوِّجوه]،ح: 1084. (انظر: المباركفوري أبي العلى محمد عبد الرحمن، تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي،بيت الأفكار الدولية،عمان،الأردن، دون سنة نشر، ص1132)

قمت بعزو النقول إلى أصحابها، وتوثيق الآيات، وتخريج الأحاديث النبوية، وشرح بعض المصطلحات اللغوية الصعبة، ولقد انتظمت خطة هذه الدراسة على النحو الآتي:

مقدمة.

المحورالأول:الإطار المفاهيمي للكفاءة في الزواج ومشروعيتها.

أولا: المفهوم اللغوي للكفاءة.

ثانيا: المفهوم الفقهي للكفاءة.

ثالثا: مشروعية الكفاءة في الزواج وأحكامها.

المحور الثاني: أوصاف الكفاءة ودورها في التأهيل للزواج.

أولا: أوصاف الكفاءة في الفقه الإسلامي.

ثانيا: دور الكفاءة في التأهيل للزواج.

خاتمة مع توصيات،ومقترحات.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للكفاءة في الزواج.

سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان المفهوم اللغوي للكفاءة، وكذا مفهومها الفقهي المقرر في المذاهب الفقهية المعتبرة في الشريعة الإسلامية؛ بهدف تحرير هذا المصطلح، وبيان دلالاته؛ ثم نختم بذكر أهم الأحكام الفقهية المتعلقة بالكفاءة في الزواج ومشروعيتها؛ وذلك من خلال الفروع التالية:

أولا- المفهوم اللغوي للكفاءة.

الكفاءة

[i] محمد الخضر حسين، موسوعة الأعمال الكاملة (دراسات في الشريعة الإسلامية)، جمع علي الرضا الحسيني،دار النوادر، سورية-لبنان-الكويت، ط1، 1431هـ-2010م،108/3.

[1]: لغة يقال: هذا كُفءٌ له؛ أي مثله في الحسب، والمال...، والكُفْءُ: المثل؛ قال الله تعالى:{**ولم يكن له كفؤا أحد**} [الإخلاص:]، والتَّكَافؤ: التَّسَاوِي، وفي التزويج: الرجل كُفءٌ للمرأة، والجميع: الأكفَاءُ، والمصدر: الكَفَاءَةُ والكَفَاءُ؛ قال الشاعر[2]:

فَأنكَحَهَا لَا في كَفَاءٍ ولا غِنًى *** زِيَادٌ أضَلَّ الله سَعيَ زِيَادِ

وفي الحديث: ((**المسلمون إخوة تتكافأ دماؤهم**))[3]؛ أي كلهم أكفَاء متساوون.

ثانيا: المفهوم الفقهي للكفاءة.

الكفاءة في اصطلاح الفقهاء:" المماثلة بين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة"[4]، أو يقال: الكفاءة حالة يكون بها الزوج بحيث لا تُعيَّر زوجته، ولا أولياؤها به[5].

ويراد من الكفاءة تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية، وتحقيق السعادة بين الزوجين، بحيث لا تُعيَّر المرأة، أو أولياؤها بالزوج بحسب العرف[6]؛ فالكفاءة بين الزوجين معناها أن يكون الزوج مساويا للزوجة، أو أعلى شأنا منها في الدين والنسب وغيرهما[7].

وإنما اعتبرت الكفاءة بين الزوجين؛ لأن النكاح يعقد للعمر، ويشتمل على أغراض ومقاصد؛ كالازدواج والصحبة، والألفة، وتأسيس القرابات، ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين الأكفاء؛ ولأنهم يتعيَّرون بدعم الكفاءة، فيتضرر الأولياء به[8].

وتجدر الإشارة إلى أن تعريف الكفاءة يختلف باختلاف موطن بحثها؛ فالكفاءة في القصاص غير الكفاءة في المبارزة، غير الكفاءة في النكاح[9].

ثالثا: مشروعية الكفاءة في الزواج وأحكامها.

سنتطرق في هذا الفرع إلى بيان مشروعية الكفاءة في الزواج، وأهم أحكامها المتعلقة بها؛ وذلك على النحو الآتي:

1. مشروعية الكفاءة في الزواج.

هناك ثلاثة آراء-عند فقهاء الشرع الإسلامي- في اشتراط الكفاءة في الزواج[10]:

الرأي الأول: الكفاءة ليست شرطا أصلا؛ لا شرط صحة للزواج، ولا شرط لزوم إلا في الدين والصَّلاح؛ فيصح الزواج ويلزم؛سواء أكان الزوج كفؤا للزوجة، أم غير كفء؛ وهذا مذهب مالك، والحسن البصري، وأبي الحسن الكرخي من الحنفية[11]، وهو مذهب الظاهرية[12]، وبعض الجعفرية[13]، واختيار الشوكاني[14]، والصنعاني[15]، وبعض الفقهاء المعاصرين[16].

الرأي الثاني: الكفاءة شرط في لزوم الزواج، لا شرط صحة فيه؛ وهو رأي جمهور الفقهاء؛ إذ هو المعتمد عند المالكية[17]، والأظهر عند الشافعية[18]، والراجح عند الحنابلة[19]؛ وهو شرط لزوم في الجملة عند الحنفية[20]، وهو المذهب عند الإباضية[21]، والزيدية[22]، والجعفرية[23].

الرأي الثالث: الكفاءة شرط صحة للزواج؛ وهو ما ذهب إليه أحمد في رواية أن الكفاءة هي حق الله؛ فلا يصح رضا المرأة وأوليائها بإسقاط الكفاءة[24]؛ وهذا المذهب مهجور عند الفقهاء-كما سيتضح في أدلتهم-.

أدلة الرأي الأول: ركز الذين لا يعتبرون الكفاءة في النكاح على ميزان التفاضل الذي قرره الإسلام، وقالوا إنه الأصل الذي يحكم المسألة، ويحسم القول فيها ..، وقد أوردوا النصوص الدالة على هذا الميزان[25]،و من ذلك: استدلالهم بقول النبي-صلى الله عليه وسلم-:((**الناس سواسية كأسنان المشط؛ لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى**))[26].

ويؤكده أمر النبي-عليه السلام- امرأة قرشية هي فاطمة أخت الضحاك بن قيس، وهي من المهاجرات الأول أن تتزوج أسامة قائلا لها:((**انكِحِي أسامة**))[27]، وإنكاح النبي عليه السلام زينب ابنة عمه زيدا مولاه لا يعني عدم اعتبار الكفاءة، وإنما يعني جواز إسقاطها؛ لأن اشتراطها لحق الزوجة، وحق أوليائها، فإذا رضوا ورضيت لم يكن لها اعتبار، وصح النكاح بدونها ولزم[28].

ويدل له أن "أبا هند" حجم النبي-عليه السلام- في اليافوخ،فقال النبي صلى الله عليه وسلم-:((**أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه**))[29]؛ قالوا: فهؤلاء كانوا من الموالي قد أمر النبي-عليه السلام- بتزويجهم؛ فدل على سقوط اعتبار الكفاءة[30].

وجه الدلالة: هذه الآثار تدل على المساواة، وأن التفاضل بالعمل، ومن أبطأ به عمله؛ لم يسرع به نسبه[31].

واعترض عليه بأن الآثار التي رويت هي من أحكام الآخرة، وبه نقول أن التفاضل في الآخرة بالتقوى[32]؛ فالناس متفاضلون في الحقوق والواجبات، أما فيما عداها من الاعتبارات الشخصية التي تقوم على أعراف الماس وعاداتهم، فلا شك في أن الناس يتفاوتون فيها؛ فهناك تفاضل في الرزق والثروة؛قال الله تعالى:{**والله فضَّل بعضكم على بعض في الرِّزق**} [النحل:71]، وهناك تفاضل في العلم يقتضي التكريم؛قال تعالى:{**يرفع الله الذين ءامنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات**} [المجادلة:11]، وما يزال الناس يتفاوتون في منازلهم الاجتماعية، ومراكزهم الأدبية، وهو مقتضى الفطرة الإنسانية، والشريعة لا تصادم الفطرة، والأعراف، والعادات التي لا تخالف أصول الدين ومبادئه[33].

واستدل من قال بأن الكفاءة لا تعتبر في النكاح أصلا؛ بأنها لا تعتبر فيما هو أهم من النكاح؛ وهو الدماء؛ فلأن لا تعتبر في النكاح أولى[34].

وأجيب عنه بأن هذا ليس بصحيح؛ فإن الكفاءة غير معتبرة في الدين في باب الدم..، ولا يدل ذلك على أنه غير معتبر في النكاح[35]؛ فهو قياس مع الفارق؛ لأن التساوي في القصاص في مسائل الجنايات إنما طلب لمصلحة الناس، وحفظ حق الحياة؛

حتى لا يتجرأ دو الجاه، أو ذو النسب على قتل من دونه ممن لا يكافئه، أما الكفاءة في الزواج فلتحقيق مصالح الزوجين من دوام العشرة مع المودة، والألفة بينهما، ولا تتحقق تلك المصالح إلا باشتراط الكفاءة[36].

ومما يدل على عدم اعتبار الكفاءة في الزواج أنها لا تعتبر في جانب الزوجة، فكذلك يجب أن لا تعتبر في جانب الزوج[37].

واعترض عليه بأن الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة، وإن كانت غير كفؤة له، بينما تستنكف المرأة أن يستفرشها الرجل إذا لم يكن كفؤا لها، فافترقا في الحكم، فكانت الكفاءة معتبرة بالنسبة لها، وغير معتبرة بالنسبة له[38].

واستدلوا أيضا بما روي عن النبي-صلى الله عليه وسلم- أنه قال:((**تُنكح المرأة لأربع: لمالها، وحسبها، ودينها، وجماله، فاظفر بذات الدِّين تَربَت يداك**))[39].

واعترض عليه بأن المرأة تنكح في مطلق قصد الناس لتلك الأربع، ثم بين ما هو الحقيق بالرغبة منها[40]؛ فليس مفهوم الحديث أن يعزف الإنسان عن الحسب ، والجمال، وإنما يجب أن يفهم أن هذه الصفات إذا انفردت في المخطوبة، كان الدين أفضلها، وإذا اجتمعت كانت نورا على نور[41].

أدلة أصحاب الرأي الثاني: هذا الفريق اعتبر أن الكفاءة في النكاح شرط لزوم؛ وذلك بالنظر إلى أن الزواج يقوم على رضا كل من المرأة وأوليائها بالخاطب، فلا يجوز أن يكون الزواج بالجبر والإكراه، وهذا أصل متفق عليه بين العلماء.. وإذا كان الأمر كذلك فإن مقاييس البشر التي يقيسون بها من يرضون به زوجا متفاوتة، كما أن مقاييس الرجال فيمن يريدونها زوجة متفاوتة[42].

قال الشافعي: وليس نكاح غير الكفء محرما، فأرده بكل حال، إنما هو نقص على المزوَّجة والولاة (الأولياء)، فإذا رضيت المُزوَّجة، ومن له الأمر معها بالنقص لم أرده[43].

واستدل أصحاب هذا الرأي على اعتبار الكفاءة من القرآن الكريم بقوله تعالى:{**فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهنَّ بالمعروف**} [البقرة: 234]؛ قالوا: وليس من المعروف في العادات والأخلاق أن تضع الشريفة نفسها عند من لا يكافئها نسبا[44]، وقوله تعالى:{والطيِّبات للطيبين والطيبون للطيبات} [النور:]؛ ففيه دليل على مراعاة الكفاءة في الزواج[45].

واستدلوا لذلك من السنة بحديث علي بن أبي طالب-رضي الله عنه- أن النبي-صلى الله عليه وسلم- قال له:((**ثلاث لا تُؤخَّر: الصلاة إذا أتت، والجنازة إذا حضرت، والأيِّم إذا وجدت لها كفؤا**))[46]، وحديث جابر-رضي الله عنه-:((**لا تُنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يُزوجهن إلا الأولياء، ولا مهر دون عشرة دراهم**))[47]، وحديث عائشة رضي الله عنها-:((**تخيَّروا لنطفكم، وأنكحوا الأكفاء**))[48]، وحديث أبي حاتم المزني:((**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض، وفساد كبير**))[49]؛ وفيه دليل اعتبار الكفاءة[50].

وجه الدلالة: هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضا، فتصبح حجة بالتضافر والشواهد، وترتفع إلى مرتبة الحسن؛ لحصول الظن بصحة المعنى.

واعترض عليه بأن: نقاد الحديث وفرسانه الذين سبروا غور الأحاديث الواردة في الكفاءة نصوا على أن أحاديث الكفاءة لا تقوم بأكثرها حجة[51]؛ من هؤلاء الحافظ البيهقي فيما نقله عنه الحافظ الزيلعي، فإنه قال:"وفي اعتبار الكفاءة أحاديث لا تقوم بأكثرها حجة"[52]، وقال الحافظ ابن حجر:"ولم يثبت في اعتبار الكفاءة في النسب حديث"[53].

واستدلوا من المعقول-وهو العمدة في الباب- بأن: انتظام المصالح بين الزوجين لا يكون عادة إلا إذا كان هناك تكافؤ بينهما؛ لأن الشريفة تأبى العيش مع الخسيس، فلا بد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل، لا من جانب المرأة؛ لأن الزوج لا يتأثر

بعدم الكفاءة عادة، وللعادة والعرف سلطان أقوى، وتأثير أكبر على الزوجة، فإذا لم يكن زوجها كفؤا لها، لم تستمر الرابطة الزوجية، وتتفكك عرى المودة بينهما، ولم يكن للزوج صاحب القوامة تقدير واهتمام، وكذلك أولياء المرأة يأنفون من مصاهرة من لا يناسبهم في دينهم وجاههم ونسبهم، ويُعيَّرون به، فتختل روابط المصاهرة أو تضعف، ولم تتحقق أهداف الزواج الاجتماعية، ولا الثمرات المقصودة من الزوجية[54]؛ ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقا للمرأة، أو الأولياء، أو لهما، فلم يشترط وجودها؛ كالسلامة من العيوب[55].

لأن المقصود من النكاح انتظام المصالح، وهو إنما يتحقق بين المتكافئين عادة؛ إذ الشريفة تأبى أن تكون تحت خسيس مستفرشة له، فلا بد من اعتبار الكفاءة؛ ولهذا لا تعتبر الكفاءة في حق النساء، حتى جاز للشريف أن يتزوج بالوضيعة؛ لأن الزوج حينئذ مستفرش، فلا تضره دناءة الفراش[56].

أدلة أصحاب الرأي الثالث: اعتبر أصحاب هذا الرأي الكفاءة شرط صحة؛ أي أنها حق خالص لله تعالى؛ فإن تزوجت المرأة بغير كفء حتى لو كان برضاها، ورضا أوليائها، فيجب على القاضي، أو إمام المسلمين فسخ العقد؛ لأن عدم الكفاءة- عندهم- حق لله-تبارك وتعالى-..، فالذي يجعل الكفاءة الدين فقط كالإمام مالك لا خلاف بينه وبين موقف الجمهور، والخلاف بينه وبينهم شكلي[57].

والذين ذهبوا هذا المذهب استدلوا بأدلة صحيحة الإسناد، ولكنها لا تدل على ما ذهبوا إليه، وأدلة غير صحيحة؛ لا يجوز الاحتجاج بها أصلا[58].

الرأي الراجح:

الراجح اعتبار الكفاءة في الزواج كشرط لزوم للعقد، وليس كشرط صحة له؛ للأسباب التالية[59]:

أولا: أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في عقد الزواج أقصى ما تدل عليه عدم اعتبار الكفاءة كشرط لصحة عقد الزواج، ولكن لا تنفي اعتبار الكفاءة كشرط لزوم.

ثانيا: أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج لا تدل على أنها شرط لصحة عقد الزواج، وإنما تدل على اعتبارها من حيث الجملة، وملاحظتها من قبل الأولياء، مما يدل على أن درجتها في الاعتبار هو اعتبارها من شروط لزوم العقد، وليس من شروط صحته.

ثالثا: إن اعتبارها يحقق مصلحة الزوجين، ويحقق مقاصد النكاح؛ لأن مراعاة الكفاءة يهيئ أسباب الألفة بين الزوجين؛ لما يراه كل منهما بأنه كفؤ للآخر، وهذا بدوره يساعد على دوام حسن العشرة، وبقاء الرابطة الزوجية..؛ فقد يدب الخلاف بين الزوجين لما ينظر به أحد الزوجين للآخر من نظرة استعلاء واحتقار؛ لكونه غير كفؤ له في نظره، وهذا يؤدي قطعا إلى التنافر، وسوء العشرة، مما يؤدي إلى خراب البيت، وتفكك العائلة.

رابعا: إن الزواج ليس عقدا خاصا بالزوجين فقط، بل له علاقة بأقارب الزوجين..، فهو في الحقيقة شديد الصلة بين عائلتي الزوجين..؛ ولذلك اعتبرها الفقهاء دفعا للعار، وليست شرطا في صحة الزواج.

خامسا: انتظام الحياة العائلية، والمصالح الزوجية؛ لأن المرأة الأعلى رتبة تأبى العيش مع من هو دونها، مما يعرض عرى الزوجية للتفكك، ويضيع قوامة الرجل، أو يوقع الخصام بسبب تفاوت طرائق العيش، وإن خصال الكفاءة التي قال بها الفقهاء تحقق التقارب بين الزوجين إلى أبعد حد، فتنبه لا تكن من النادمين[60].

وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية، والمالكية،والحنفية إلى أنه إن زوجت المرأة من غير كفؤ برضاها، ورضا سائر الأولياء، صح النكاح، وقال سفيان الثوري، وأحمد، وعبد الملك بن الماجشون: لا يصح[61].

يقول الدكتور عمر الأشقر: وقد وجدت أن الغالبية العظمى من الفقهاء من أصحاب التوجهين لا تعارض بينهم، ولا تناقض، وبيان ذلك أن أكثر الفقهاء من أصحاب الاتجاه الثاني الذين يقولون باعتبار الكفاءة يقولون: إن الشريعة الإسلامية جعلت الكفاءة حقا للمرأة وأوليائها، ولم تجعلها حقا خالصا لله تعالى لا يجوز التنازل عنه بحال، فإذا رضيت المرأة وأولياؤها برجل لا يكافئها؛ فالنكاح صحيح، وإذا رفضوا جميعا، أو رفض الأولياء، أو بعض من له حق الرفض، أو رفضت المرأة، لم يصح النكاح ...؛ فيؤول الاختلاف بينهما إلى اتفاق[62].

وهذا الرأي هو المعمول به في أغلب البلاد الإسلامية..، والذي يظهر لي رجحان مذهب مالك في هذا الشأن؛ وهو اعتبار الكفاءة فقط في الدين والحال؛ أي السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار في الزواج، وليس الحال بمعنى الحسب والنسب، وإنما يندب ذلك فقط، والسبب هو ضعف أحاديث الجمهور؛ ولأن الدليل الأقوى للجمهور، وهو المعقول يعتمد على العرف، فإذا كان العرف بين الناس-كما في عصرنا الحاضر- هو النظر إلى الكفاءة، وأصبح مبدأ المساواة هو الأساس في التعامل، وزالت المعاني القبلية، والتمييز الطبقي بين الناس، فلم يعد هناك مسوغ للكفاءة[63].

والمفتى به عند متأخري الحنفية أن الكفاءة شرط لصحة الزواج في بعض الحالات، وشرط لنفاذه في بعض الحالات، وشرط للزومه في حالات أخرى[64]؛ فمن أمثلة الحالات التي تكون الكفاءة فيها **شرطا لصحة الزواج**؛ كأن تزوج المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء، أو بغبن فاحش، وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد؛ لم يصح الزواج أصلا؛ لا لازما، ولا موقوفا على الرضا بعد البلوغ[65].

ومن أمثلة أن تكون الكفاءة **شرطا لنفاذ الزواج**؛ كأن توكل المرأة البالغة العاقلة شخصا في زواجها؛ سواء أكان وليا، أم أجنبيا عنها، فزوَّجها بغير كفء، كان العقد موقوفا على إجازتها؛ لأن الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها، فإذا لم يكن الزوج كفؤا لها؛ لا ينفذ العقد إلا برضاها[66].

وتكون الكفاءة **شرطا للزوم الزواج**؛ كما لو زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من كفء؛ كان الزواج لازما، وليس لوليها حق الاعتراض، وطلب الفسخ، فإن زوَّجت نفسها من غير كفء؛ كان لوليها العاصب حق الاعتراض[67].

2. الأحكام المتعلقة بالكفاءة في الزواج.

سنتطرق في هذا الفرع إلى أهم الأحكام الفقهية المتعلقة بالكفاءة في الزواج؛ والتي تتمثل في أربعة مسائل بالغة الأهمية: الأولى صاحب الحق في الكفاءة، والثانية الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة، والثالثة وقت اشتراط الكفاءة، والمسألة الأخيرة مدى ثبوت الخيار في حالة التغرير بالكفاءة، وسنوردها على النحو التالي:

أ. صاحب الحق في الكفاءة:

جمهور الفقهاء على أن الكفاءة حق لكل من المرأة وأولياؤها؛ فإذا تزوجت المرأة بغير كفء، كان لأوليائها حق طلب الفسخ، وإذا زوَّجها الولي بغير كفء، كان لها أيضا الفسخ؛ لأنه خيار لنقص في المعقود عليه، فأشبه خيار البيع؛والحاصل أن المرأة إن تركت الكفاءة، فحق الولي باق، وبالعكس[68]، وهو حق الأولياء من العصبة؛ لما يلحقهم من عار الزواج وفخاره، وقال الجعفرية: الكفاءة حق الزوجة وحدها دون أوليائها[69].

ويفهم منه أن الكفاءة حق الأولياء والزوجة دون الشرع[70]، إلا الإسلام؛ فإنه حق لله لا يجوز تركه لأحد منهما[71]، وأيضا حق الله تعالى في الكفاءة؛ مثل:زواج المرأة من فاسق يُخاف عليها منه، فإنه يجب على القاضي رد النكاح؛ لحق الله تعالى؛ حفاظا على النفوس[72].

وبناء عليه يجوز للزوجة إذا كانت هي صاحبة الحق في الكفاءة أن تتنازل عن حقها، وترضى بغير الكفء؛ مثل: ما إذا كان بالزوج عيب من العيوب البدنية، ورضيت به، وأسقطت حقها، وكانت ثيِّبًا رشيدة، فليس لوليها أن يعترض،أما إذا كان الحق في الكفاءة مشتركا بين الزوجة والولي؛ مثل زواج المرأة بفاسق، فلا بد من رضا الولي والزوجة معا، ولا يكفي رضا الزوجة وحدها؛ لأن زواجها من فاسق يلحق المعرة بالولي[73].

وقال بعض المالكية: للأم حق الاعتراض على الأب إذا أراد أن يُزوِّج ابنتها الموسرة المرغوب فيها ممن هو أقل منها لفقره، أو لعيب في بدنه، أو أراد أن يُزوجها في بلد آخر بعيد عن الأم، فلها أن تشكوه إلى القاضي؛ لينظر فيما أراده الأب: هل هو صواب فيمضيه، أو غير صواب فيرده[74]، ولكن بعد ولادة المرأة، أو ظهور الحمل عليها، لا يلتفت إلى اعتراض معترض ما؛ محافظة على الولد، وإبقاء عليه[75].

ب. الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة:

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة تطلب للنساء لا للرجال؛ بمعنى ان الكفاءة تعد في جانب الرجال للنساء؛ فهو حق في صالح المرأة، لا في صالح الرجل، فيشترط أن يكون الرجل مماثلا للمرأة، أو مقاربا لها في أمور الكفاءة، ولا يشترط ذلك في المرأة، بل يصح أن تكون أقل منه في أمور الكفاءة؛ لأن الرجل لا يُعيَّر بزوجة أدنى حالا منه، أما المرأة وأقاربها فيُعيَّرون بزوج أقل منها منزلة[76]؛ ولأن النبي عليه السلام- لا مكافئ له، وقد تزوج من أحياء العرب، وتزوج صفية بنت حيي، وتسرّى بالإماء..؛ ولأن الولد يشرف بشرف أبيه، لا بأمه، فلم يعتبر ذلك في الأم[77].

ولم يخالف في ذلك-كما سبق عرضه- إلا أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه؛ فقد جعل الكفاءة حقا للشارع؛ فلا تسقط بإسقاط الزوجة ووليها، وفي الرواية الأخرى يوافق الجمهور؛ ويجعلها حقا للزوجة والأولياء من العصبات؛ لأنهم يتعيَّرون عند الزواج بدونها[78].

وإنما كانت الكفاءة معتبرة في جانب الرجل دون المرأة لأمور[79]:

- لأن الرجل قوام على المرأة، وهو صاحب السلطة الشرعية عليها، فلا بد من مساواته لها على الأقل؛ حتى تتقبل بيسر وسهولة توجيهه وتكليفه، أما إن كان دونها منزلة فقد تطمع فيه، وتستهين بأوامره، وتستخف برأيه؛ لأن الغالب أن الأعلى لا يقبل توجيها من الأدنى، ويستنكف أن ينقاد لأوامره.
- يتقبل العرف زواج الأعلى من امرأة دونه؛ لأن صاحب المكانة يرفع زوجته إلى مكانته، فلا يعيَّر بها، ولا تلحقه خسيسة بسببها، أما الزوجة ذات المكانة، فيهات أن ترفع خسيسة زوجها، فهو على حاله، وعار الاقتران به لاحق الزوجة وأهلها لا محالة.
- الرجل يملك طلاق زوجته، فإن تحقق ضررا بسبب عدم كفاءتها له تخلص منها بالطلاق، وأما المرأة فلا تملك طلاقا، فإن تحققت ضررا بسبب عدم كفاءته لها فكيف لها الخلاص؟

- ذلك لأن الزوج لا يتضرر حين تكون زوجته أقل منه، وأدنى حالا، حتى لقد جرى العرف بذلك؛ فإن بعض الناس لا يرغب التزوج بالمرأة التي تعلوه حسبا، أو شرفا، أو مالا حتى لا تترفع عليه، ويكون ذلك مثار نزاع وشقاق، وهو سلوك حسن طيب، يحل كثيرا من مشاكل الزوجية[80].

لكن يستثنى من هذا الأصل مسألتان تشترط فيهما الكفاءة من جانب المرأة؛ وهما[81]:

الأولى: أن يزوِّج غير الأب، أو الجد عديم الأهلية، أو ناقصها، أو يزوجه الأب أو الجد الذي عرف قبل العقد بسوء الاختيار، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له؛ احتياطا لمصلحة الزواج، وإلا لم يصح الزواج.

الثانية: أن يوكِّل الرجل غيره في تزويجه وكالة مطلقة، فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكِّل-في رأي المالكية وأبي يوسف ومحمد من الحنفية- أن تكون الزوجة كفؤا له.

ج. الوقت الذي تشترط فيه الكفاءة:

يشترط تحقق الكفاءة وقت إنشاء العقد فقط، وبعد ذلك لا يشترط بقاؤها؛ فإن تغير حال الزوج من غنى إلى فقر، أو من صلاح إلى فساد، أو من حرفة محترمة إلى أخرى دونها، فليس للزوجة، ولا لأوليائها طلب الفسخ؛ لأن الحال لا يدوم، والصبر على تقلبات الأيام، وحكم القدر أليق بسجية الوفاء، ولو كان تبدل الحال مبررا لفسخ الرابطة الزوجية لكان في ذلك تعريض كيان كثير من الأسر إلى التفكك والتفرق بعد اجتماع الشمل[82]، أفلا ترى أن بقاء الشخص على حالة واحدة مما يعز حصوله، فكم من رفيع وضعه الدهر؟ وكم من مجد طوَّحت به الأيام؟ وعلى هذا لو أن رجلا تزوج امرأة، وهو كفء لها، ثم فقد وصفا من أوصاف الكفاءة-غير الإسلام-، لم ينفسخ زواجه[83].

وقال المالكية والحنابلة: للأولياء الفسخ ما لم يدخل الزوج بالمرأة، فإن دخل فلا فسخ، والاعتراض حق مشترك لكل الأولياء؛ فلو زوَّجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين؛ لم يلزم النكاح، وهذا خلافا للحنفية، والشافعية[84]؛ الذين رتبوا الأولياء بحسب الأسبقية؛ فإن زوجها الولي الأقرب؛ لم يكن للأبعد حق الاعتراض، وهكذا.

ولو زالت الكفاءة بعد العقد، فللزوجة-عند الحنابلة- الفسخ فقط دون أوليائها؛ لأن حق الأولياء في ابتداء العقد، لا في استدامته، وهذا بخلاف رأي المذاهب الأخرى؛ فإن الكفاءة تعتبر-عند الجمهور- عند ابتداء العقد، فلا يضر زوالها بعده؛ فلو كان وقت العقد كفؤا، ثم صار غير كفء؛ لم يفسخ العقد[85]؛ لأن دوام الحال من المحال، وفي فتح هذا الباب قتل لروح الوفاء بين الزوجين، وتقطيع لأواصر المحبة والمودة، وتعريض الأولاد للتشرد والضياع[86].

د. ثبوت حق الكفاءة عند التغرير:

إذا غر الزوج المرأة أو أولياءها؛ بادعائه نسبا ليس صحيحا، ثم تبين أنه ليس ذو نسب، أو ادعى استقامة وصلاحا، ثم ظهر أنه فاجر فاسق، يثبت حق فسخ العقد، إلا إذا كان منهم أول الأمر ما يدل على عدم الاهتمام بتلك الناحية؛ لأنهم ما قبلوه زوجا إلا على فرض صدقه فيما ادعى من كفاءة[87]، ولم يشترطوا على الزوج نسبا، أو صلاحا، أما إذا غرت المرأة الرجل، فنسبت نفسها نسبا عاليا، أو أنها بنت رجل من أهل الصلاح والتقوى، ثم ظهر أنها خلاف ذلك؛ لم يكن للزوج خيار الفسخ؛ لأن الكفاءة لا تعتبر في جانب النساء؛ ولإمكان تخلصه منها بالطلاق[88].

المحور الثاني: أوصاف الكفاءة ودورها في التأهيل للزواج.

سنتطرق في هذا المطلب إلى بيان أوصاف الكفاءة في الزواج المشترطة وفق منظور الفقه الإسلامي؛ عبر عرض مختلف الآراء، وأهم المناقشات التي كانت بصددها من وجهات نظر المدارس الفقهية المتنوعة المنتسبة للشريعة الإسلامية؛ للوصول إلى

الرأي الراجح، والمناسب للواقع-في نظرنا-، ثم نختم بذكر دور الكفاءة في التأهيل للزواج في واقعنا المعاصر، وهو مربط الفرس، وموضع الغرس من هذا البحث؛ وذلك من خلال الفرعين التاليين:

أولا: أوصاف الكفاءة في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في خصال الكفاءة؛ فهي عند المالكية اثنان؛ وهما: الدين، والحال (أي السلامة من العيوب الموجبة للخيار، لا الحال بمعنى الحسب والنسب)، وعند جمهور الفقهاء: الدِّين، والنَّسب، والحرية، والحِرفة (أو الصِّناعة)، وزاد الحنفية، والحنابلة[89]: اليسار (أو المال)... فهم متفقون على الكفاءة في الدِّين، واتفق غير المالكية على الكفاءة في الحرية، والنسب، والحرفة، واتفق المالكية والشافعية على خصلة السلامة من العيوب المثبتة للخيار، واتفق الحنفية-في ظاهر الرواية-، والحنابلة على خصلة المال، وانفرد الحنفية بخصلة إسلام الأصول[90]؛ والجعفرية اختلفت آراؤهم؛ فمنهم من يعتبرها في الإسلام فقط، ومنهم من يضم إليها القدرة على النفقة، بل منهم من يزيد النسب، والحرية، والحرفة، والسلامة من العيوب، واليسار[91]، وعند الزيدية المعتبر في الكفاءة الدِّين والنسب معا، أو ما في حكم النسب؛ وهي الحرفة[92]، ويمكن تفصيل ذلك على النحو الآتي[93]:

1. **الكفاءة في الدِّين (العفة أو التَّقوى)**: المراد بها الصلاح والاستقامة على أحكام الدين؛ فليس الفاجر والفاسق كفؤا لعفيفة، أو صالحة بنت صالح،أو مستقيمة لها ولأهلها تديّن، وخلق حميد؛ سواء أكان معلنا فسقه، أم غير معلن؛ أي لا يجهر بالفسق، لكن يشهد عليه أنه فعل كذا من المفسقات؛ لأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، وهو نقص في إنسانيته[94]؛ ولأن المرأة تعيّر بفسق الزوج أكثر ما تعير بضعة نسبه؛ فلا يكون كفؤا لامرأة عدل بالاتفاق، ما عدا محمد بن الحسن من الحنفية[95]؛ لقوله تعالى:{**أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون**} [السجدة:18]، وقوله تعالى:{**الزَّاني لا ينكح إلا زانية**} [النور:03].

ونوقش الاستدلال بالآيتين؛ أما الأولى فهي في حق المؤمن والكافر، وأما الثانية فهي منسوخة[96]، والأصح الاستدلال بحديث أبي حاتم المزني[97]-المتقدم-:"**إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد عريض**"[98].

والراجح اعتبار التقوى والصلاح من عناصر معاني الكفاءة، واعتبار الفسق والفجور، وارتكاب الكبائر مخلة بالكفاءة، وقادحة فيها،وكون أمور الديانة والتقوى من أمور الآخرة لا يمنع من ابتناء أحكام الدنيا عليها، إذا قام الدليل على اعتبارها[99]؛ ولأن الكفاءة في الدين حق الله تعالى[100]؛ ولأن الصلاح من أعلى المفاخر، والأتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة الفساق المستهترين[101]؛ ولأن الفاسق لا يؤمن أن يحمله فسقه على أن يجني على المرأة، فثبت لها الخيار في فسخ نكاحه[102]، فالعالم والقاضي الفاسقين، لا يكونان كفئين لصالحة بنت صالحين؛ لأن شرف الصلاح فوق شرف العلم والقضاء مع الفسق[103]؛ فنفس 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[104].

2. **الكفاءة في الإسلام**: المراد به إسلام الأصول؛ أي الآباء، فمن كان له أبوان مسلمان كفؤ لمن كان له آباء في الإسلام، ومن له أب واحد في الإسلام لا يكون كفؤا لمن له أبوان في الإسلام؛ لأن تمام النسب بالأب والجد، وألحق أبو يوسف الواحد بالمثنى، ومن أسلم لا يكون كفؤا لمن له أب واحد في الإسلام؛ لأن التفاخر فيما بين الموالي (غير العرب) بالإسلام[105].

ودليل الحنفية-على هذه الخصلة-:أن تعريف الشخص يكون كاملا بالأب والجد، فإذا كان الأب والجد مسلما؛ كان نسبه إلى الإسلام كاملا، ولا تعتبر هذه الخصلة في غير العرب؛ لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم بالإسلام، وهو شرفهم الذي قام مقام النسب،أما العرب فلا يعتبر فيهم التكافؤ في إسلام الآباء؛ لأن العرب يتفاخرون بأنسابهم، ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم؛ فالعربي المسلم الذي ليس له أب مسلم كفؤ للعربية المسلمة التي لها أب وأجداد مسلمون[106] ح ولقوله تعالى:{**لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنَّة**} [الحشر:20]

واعترض على استدلال الحنفية بأن: الصحابة-رضي الله عنهم- أكثرهم أسلموا، وكانوا أفضل الأمة، فلا يجوز أن يقال: إنَّهم غير أكفاء للتَّابعين[107]؛ وهذا الرأي هو الراجح الصحيح.

وقد أجمع العلماء على أن الرجل الكافر ليس بكفء للمرأة المسلمة، وجاءت النصوص قطعية في ثبوتها، قطعية في دلالتها على ذلك[108]، من هذه النصوص قوله تعالى:{ ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا} [البقرة:221]

3. **الكفاءة في النسب والحسب**: الفرق بين النسب والحسب؛ أن النسب يرجع إلى الآباء والأمهات، والحسب إلى المراتب، والصفات الكريمة؛ مأخوذ من الحساب؛ لأن العرب كانت إذا تفاخرت حسبت مآثرها[109]؛ فالنسب هو انتماء الشخص إلى أصل معلوم[110]؛ فالمراد بالنسب صلة الإنسان بأصوله من الآباء والأجداد، أما الحسب فهو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول، أو مفاخر الآباء؛ كالعلم والشجاعة،والجود، والتقوى، ووجود النسب لا يستلزم الحسب، ولكن وجود الحسب يستلزم النسب، والمقصود من النسب أن يكون الشخص معلوم الأب؛ لا لقيطا، أو مولى؛ إذ لا نسب له معلوم، ولم يعتبر المالكية الكفاءة في النسب،أما الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة، وبعض الزيدية[111]) فقد اعتبروا النسب في الكفاءة[112]، لكن خصص الحنفية النسب في الزواج من العرب؛ لأنهم الذين عنوا بحفظ أنسابهم، وتفاخروا بها، وحدث التعيير بينهم فيها، أما العجم فلم يعنوا بأنسابهم، ولم يفتخروا بها، ولذا اعتبر فيهم الحرية والإسلام، والأصح عند الحنفية أن العجمي لا يكون كفؤا للعربية، ولو كان عالما،أو سلطانا[113].

واستدل من اشترط النسب في الكفاءة بما روي عن سلمان الفارسي-رضي الله عنه- أنه قال للعرب من الصحابة:" **يا معشر العرب، إنَّما نُفضِّلكم؛ لفضل رسول الله-صلى الله عليه وسلم-، لا ننكح نساءكم، ولا نتقدَّمكم في الصَّلاة**"[114]؛ قالوا: ومثل هذا لا يقوله سلمان من تلقاء نفسه، فلا بد أن يكون سمعه من النبي-عليه السلام-[115]، وأيضا قول سلمان هذا ليس حكما شرعيا يلزم جميع الخلق إتباعه، كما يجب اتباع أحكام الله ورسوله، ولكن من تأسى من الفرس بسلمان فله به أسوة حسنة، فإنه سابق الفرس[116].

والحق أن اعتبار النسب في الكفاءة ليس صحيحا، والصحيح قول المالكية[117]؛ لأن مزية الإسلام الجوهرية هي الدعوة إلى المساواة، ومحاربة التمييز العرقي، أو العنصري، ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية؛ ولأن انتشار الإسلام بين الناس غير العرب إنما كان أساسا لهذه المزية، وإعلان حجة الوداع واضح؛ وهو أن الناس جميعا أبناء آدم، وليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى[118]؛ إذ اعتبار النسب بهذه الصورة لا يتفق ومبادئ الإسلام الذي جاء ليقضي على العصبية والتفاخر بالآباء والأجداد، ويرفع الفوارق التي وضعها الناس[119]؛ ولأن الفخر بالأحساب من أمر الجاهلية[120]؛ ولقوله تعالى:{**والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض**} [التوبة:72]، ومن اعتبر الرفعة بالنسب لا فهم له في مقاصد الشريعة؛ للعادات الجاهلية، والمألوفات النفسية المائلة إلى التكبر والتفاخر[121].

4. **الكفاءة في الحرية**: فإن العبد لا يكون كفؤا لامرأة حرة الأصل..؛ وهذا لأن الرق أثر من آثار الكفر، وفيه معنى الذل، فكان هو بمنزلة أصل الدين من الوجه الذي قلنا، وقد روي عن أبي يوسف أن الذي أسلم بنفسه، أو أُعتِق، أو أحرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان كفؤا له[122].

وهي شرط في الكفاءة عند جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)؛ لقول الله تعالى:{**ضرب الله مثلا عبد مملوكا لا يقدر على شيء ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون**} [النحل:75]؛ فمنع المساواة بين الحر والعبد؛ ولأن النبي-عليه السلام-قال:((**المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمَّتهم أدناهم**))؛ يعني عبيدهم، فجعل العبيد أدنى من الأحرار[123]، فلا يكون العبد كفؤا لحرة؛ لأنه منقوص بالرق، ممنوع من التصرف في كسبه، غير مالك له؛ ولأن الأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء، كما يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب والحسب[124]؛ ولأن نقص الرق كبير، وضرره واضح،فإن العبد مشغول عن امرأته بحقوق سيده[125].

وأما المالكية فلم يشترطوا الحرية في الكفاءة، وقالوا: في كفاءة العبد للحرة، وعدم كفاءته لها على الأرجح تأويلا: المذهب أنه ليس بكفء[126]، والراجح أنه كفؤ، وهو الأحسن؛ لأنه قول ابن القاسم[127]..، وهناك من اعتبر اللون في الكفاءة (الأبيض والأسود)..، ومبادئ الشريعة تناقض هذا القول؛ إذ لا تفرقة في أحكامها بين الناس بسبب اللون، وما اعتمد من عرف، فهو عرف فاسد؛ لمصادمته مبادئ الشريعة، أو أنه مجرد أهواء نفسية، وميول خاصة لا يقرها الشرع[128]، وأنت ترى معي أن اشتراط الحرية على هذا الوجه ليس له موضع الآن؛ لانتهاء الرق من زمن بعيد، ومن كان أصله عتيقا أيام وجود الرق، أصبح الآن له آباء من الأحرار؛ لطول الزمن؛ فلا توجد منه صور تمنع الكفاءة الآن[129].

5. **الكفاءة في المال (اليسار)**: اتفق أئمة المذاهب على أن الكفاءة في المال معتبرة، ولكنهم اختلفوا فيما تتحقق به الكفاءة المالية[130]، والمراد به القدرة على المهر، والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء، فلا يكون المعسر كفؤا لموسرة، وحدد بعض الحنفية القدرة على نفقة شهر، وصحح بعضهم الاكتفاء بالقدرة عليها بالكسب[131].

وقد اشترط اليسار في الكفاءة الحنفية[132]، والحنابلة[133]، وبعض الجعفرية[134]؛ لأن الناس يتفاخرون بالمال أكثر من التفاخر بالنسب؛ ولأن الموسرة تتضرر في إعسار زوجها؛ لإخلاله بنفقتها، ومؤنة أولاده، ولهذا ملكت الفسخ بإعساره بالنفقة؛ ولأن عدم اليسار نقص في عرف الناس، يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب، وأبلغ.

واستدلوا بقوله تعالى:{**وإنه لحب الخير لشديد**} [العاديات:08]، وقول النبي-عليه السلام-:((**تُنكح المرأة لأربع:.. لمالها**))[135]، ولما روي أيضا عنه عليه السلام-:((**إنَّ أحساب أهل الدنيا هذا المال**))[136].

وقال الشافعية[137]-في الأصح-، والمالكية[138]، والجعفرية[139] في الأظهر: لا يعد اليسار في خصال الكفاءة؛ لأن المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل، ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[140].

والراجح عدم اعتبار الكفاءة في المال؛ لأن النبي-صلى الله عليه وسلم- لم يكن من أهل اليسار، ومات ودرعه مرهونة عند يهودي في طعام أهله؛ ولأن الفقر ليس بنقص في الكفاءة في العادة؛لأن المال يغدو ويروح[141]؛ ولأن الرزق مقسوم منوط بالكسب[142]، وكم من فقير أصبح من أصحاب الأموال، وكم من غني أصبح فقيرا معدما؛ ولأن تنفيذ عقد الزواج لا يتوقف على كثرة المال ما دام قادرا على المهر والنفقة[143]؛ ولخصوص الآية الكريمة:{**إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم**} [النور:32]؛ ففي هذه الآية دليل على تزويج الفقير، ولا يقولنَّ: كيف أتزوج وليس لي مال؟ فإن رزقه، ورزق عياله على

الله[144]؛ ولأنه تعالى لم يجعل الفقر مانعا من الإنكاح، بل حث على تزويج الفقراء، ووعدهم بالغنى، فإذا كان الفقر ليس مانعا من ابتداء النكاح، فإنه لا يكون مانعا من استدامته من باب أولى[145].

6. **الكفاءة في الحرفة (المهنة)**: المراد بها العمل الذي يمارسه الشخص؛ لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة[146]، وهو الكسب، فإن الناس يتفاضلون به[147]؛ قال الله تعالى:{**والله فضَّل بعضكم على بعض في الرِّزق**} [النحل:71]

ولم يعد المالكية الحرفة من خصال الكفاءة؛ لأنها ليست بنقص في الدين، ولا هو وصف لازم؛ كالمال، فأشبه كل منهما الضعف، والمرض، والعافية، والصحة، وهذا هو الراجح[148].

والمعول عليه في تصنيف الحرف هو العرف، وهذا يختلف باختلاف الأزمان والأمكنة، فقد تكون الحرفة دنيئة في زمن، ثم تصبح شريفة في زمن آخر، وقد تكون الحرفة وضيعة في بلد، وتكون رفيعة في بلد آخر[149]، وعلى هذا إذا كانت الزوجة بنت رجل صاحب حرفة يعدها عرف بلدها من الحرف الشريفة، لا يكون كفئا لها من كان صاحب حرفة يعدُّها عرف البلد من الحرف الخسيسة[150].

7. **الكفاءة في السلامة من العيوب (المثبتة للخيار في الزواج)**: كالجنون والجذام والبرص، وقد اعتبرها المالكية[151]، والشافعية من خصال الكفاءة؛ فمن كان به عيب منها رجلا أو امرأة ليس كفؤا للسليم من العيوب؛ لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها، ويختل بها مقصود النكاح[152].

وحاصل ما هو مشهور في المذهب المالكي أن العيوب التي توجب الخيار بين الزوجين بلغت إلى ثلاثة عشر عيبا[153]، وعند الشافعية خمسة[154]، ومثلهم الجعفرية[155].

قال ابن عبد البر: من علم من الزوجين بأحد هذه العيوب من صاحبه، ورضيه، ولم يطلب الفراق حين علم، وأمكنه الطلب، فقد لزمه، ولو رضيت المرأة بالمقام مع المجذوم، ثم زادت حاله؛ كان لها الخيار، وأما الجنون إذا كان لا يُؤمن عليها، فقد قال ابن القاسم وغره من أصحاب مالك: يؤجل سنة يتعالج فيها؛ إن كان ممن يُرجى برؤه، وكذلك المجذوم عندهم[156].

وأما العيوب التي لا توجب الرد، ولكن تنفر منها النفس؛ كالعمى، والقطع، والزَّمانة، وتشويه الصورة؛ ففي اعتبارها وجهان[157]:

أحدهما: لا تعتبر؛ لعدم تأثيرها في عقود المناكح.

الثاني: تعتبر؛ لنفور النفوس منها؛ ولحصول المعرَّة بها؛ وهو اختيار الروياني، والصيمري.

ولم يعتبر الحنفية والحنابلة السلامة من العيوب من شروط الكفاءة، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها؛ لأن ضرره مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص،والمجنون، وهذا الرأي هو الأولى؛ لأن خصال الكفاءة حق لكل من المرأة والأولياء[158].

والمعنى الذي يذكره الفقهاء في إجازتهم للفسخ بسبب العيب يرجع لواحد من أمرين[159]:

الأول: منع تلك العيوب الزوج السليم من الاستمتاع بالزوج المريض، وهذا يكون في العيوب الجنسية.

الثاني: تنفير تلك العيوب الزوج السليم من الزوج المريض، كأن يكون المرض برصا، أو جذاما، أو جنونا، فالمعنى الذي نظر إليه الفقهاء في باب العيوب غير المعنى الذي نظروا إليه في باب الكفاءة، يدلنا على هذا أن أكثر الفقهاء يجعلون الحق في فسخ النكاح لكل واحد من الزوجين إذا وجد بزوجه عيبا، بينما هم في مبحث الكفاءة يجعلونها حقا للزوجة وأوليائها..، وهذه المسألة طويلة الذيول يشير إليها الفقهاء في مبحث الكفاءة إشارة، ويحيلون البحث فيها إلى كتاب الطلاق.

ومما يلحق بالسلامة من العيوب ما انتشر في هذا الزمن من الأمراض التناسلية والجنسية، ومن أخطرها الإيدز؛ وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي هذا الأمر، ومما جاء في قراراته أنه أجاز:"حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسبة (الإيدز)"[160].

وقد سنت أكثر الحكومات الحديثة القوانين في وجوب الفحص الطبي قبل الزواج، وكان السبق للإسلام في هذا التوجيه، وللأسف أن هذا الاختبار الطبي أصبح يتساهل فيه أكثر الأطباء، ويتهرب منه الزوجان؛ مما قد يسبب لهما ولأولادهما نتائج سيئة[161].

وكل عيب يغرر به أحد الزوجين صاحبه، وكان مما ينفِّر الطرف الآخر، فله الرد به، وبناء عليه فإن الصغيرة إذا غرر بها، فوجدت زوجها شيخا، أو الشاب إذا غرر به، فوجد زوجته عانسا طاعنة في السن، فإن ذلك يوجب لهما الخيار[162]، وقد خرج خطب أبو بكر الصديق، وعمر بن الخطاب رضي الله عنهما- فاطمة، فقال رسول الله-صلى الله عليه وسلم-:"إنَّها صغيرة، فخطبها علي-رضي الله عنها-، فزوَّجها منه"[163].

8. **الكفاءة في السن**:لم يعد العلماء كذلك فارق السن بين الزوجين شيئا في الكفاءة، وقد تزوج النبي عليه السلام- خديجة بنت خويلد، وهو ابن خمس وعشرين، وقد جاوزت هي الأربعين-رضي الله عنها-، وتزوج عائشة، ودخل بها وعمرها تسع سنوات، وهو قد جاوز الخمسين[164].

قال الماوردي: السن-مما لم يختلفا في طرفيه- غير معتبر في الكفاءة؛ فيكون الحدث كفؤا للشاب، والشاب كفؤا للكاهل، والكهل كفؤا للشيخ، ولكن إذا اختلفا في طرفيه؛ فكان أحدهما في أول سنه؛ كالغلام والجارية، والأخرى في غاية سنه؛ كالشيخ والعجوز؛ ففي اعتباره في الكفاءة وجهان[165]:

أحدهما: أنه شرط معتبر؛ فلا يكون الشيخ كفؤا للطفلة، ولا العجوز كفؤا للطفل؛ لما بينهما من التنافي والتباين، وإن مع غايات السن تقل الرغبة، ويعدم المقصود بالزوجية.

الثاني: غير معتبر؛ لأنه قد يطول عمر الكبير، ويقصر عمر الصغير، وربما قدر الكبير من مقصود النكاح على ما يعجز عنه الصغير؛ ولأن مع نقص الكبير فضلا لا يوجد في الصغير.

وهل تعتبر الكفاءة في العقل؟ قالوا: لا نص فيه للمتقدمين، أما المتأخرون فمتفقون فيه، والصواب أن المجنون لا يكون كفؤا للعاقلة، وللولي حق الاعتراض، وطلب الفسخ؛ لأن الجنون يترتب عليه من الفساد والشر ما لا يترتب على غيره، بل ويتعيَّر الناس بالمجنون أكثر مما يتعيرون بالفقير[166].

وزاد الشافعية أن لا يكون بين الزوجين قرابة قريبة، علل ذلك بأن مقاصد النكاح اتصال القبائل؛ لأجل التعاضد والمعاونة، وهذا حاصل في القرابة القريبة من غير زواج.. ولا يُطعن في هذا الحكم أن النبي-صلى الله عليه وسلم- زوَّج فاطمة من علي-رضي الله عنهما-؛ لأنه فهل ذلك لبيان الجواز؛ أو لأنه ليس بينهما قرابة قريبة جدا؛ ففاطمة هي بنت ابن عم علي؛ فهي بعيدة عنه بالجملة[167].

ولكن الأولى مراعاة التقارب بين هذه الأوصاف، وبخاصة السن والثقافة؛ لأن وجودهما أدعى لتحقيق الوفاق والوئام بين الزوجين، وعدمهما يحدث بلبلة، واختلافا مستعصيا؛ لاختلاف وجهات النظر، وتقديرات الأمور، وتحقيق هدف الزواج، وإسعاد الطرفين[168].

وليس للحسن، والقبح، والطول، والقصر، والسخاء، والبخل، ونحو ذلك مدخل في الكفاءة؛ لأن ذلك ليس بنقص في العادة، ولا عار فيه، ولا ضرر[169].

ثانيا: دور الكفاءة في التأهيل للزواج.

من خلال العرض الذي قدمناه يتبن أن الدين بمعنى التقى والصلاح هو الخصلة الوحيدة التي جاءت النصوص الشرعية آمرة بها، أما ما عداها من الخصال فلا نجد فيها نصا يلزم باعتبارها[170].

قال ابن القيم: الذي يقتضه حكم رسول الله-صلى الله عليه وسلم- اعتبار الكفاءة في الدين أصلا وكمالا؛ فلا تزوج مسلمة بكافر، ولا عفيفة بفاجر، ولم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة أمرا وراء ذلك، فإنه حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث، ولم يعتبر نسبا ولا صناعة، ولا غنى، ولا حرفة[171].

إن الذي يرفضه الإسلام اختيار الرجل الذي فقد التقى والصلاح لجماله، أو ماله، أو حسبه فحسب، أما إذا كانت هذه الصفات، أو بعضها مقرونة بالتقى والصلاح، فإن هذا كمال فوق كمال، وفضل فوق فضل: كيف يمكن للمرأة الرقيقة الوادعة أن تحتمل زوجا غليظا قاسيا ضرابا للنساء؟ وكيف يمكن أن تقبل امرأة بلغت أعلى الدرجات العلمية بجاهل لا يعرف من العلم شيئا؟ وكيف يمكن أن يسير الزواج على سواء الصراط إذا كانت الزوجة ابنة ملك، أو وزير عاشت في القصور العالية، والحدائق الغناء، والترف والنَّعيم، وكان الزوج زبالا، أو كناسا، أو حجاما (تعجب) وكيف لابنة الثري أن تعيش في كنف زوج لا يملك من الدنيا نقيرا، ولا قطميرا؟ وكيف للغانية الجميلة أن ترضى بالدميم المشوه القميم الأعور؟[172]

والكفاءة وإن لم تكن شرطا في صحة الزواج، لكن مطلوبة ومقررة؛ دفعا للعار عن الزوجة وأوليائها، وضمانا لاستقامة الحياة بين الزوجين؛ وذلك لأن أسلوب حياتهما، ونوع معيشتهما يكونان متقاربين، ومألوفين لهما، فلا يضطر أحدهما لتغيير مألوفه[173].

والتأمل في كلام أهل العلم يدلنا على أن المرجع هو عرف الناس وعادتهم، فكل ما عده الناس، واعتبروه من الأنساب والأحساب، والحرف ونحوها فإنه معتبر، وما لا عبرة به فإنه غير معتبر، وعلى ذلك فإن خصال الكفاءة-في غير التقوى والصلاح- تختلف من عصر إلى عصر، ومن بلد إلى بلد[174]؛ وهذا معنى قول ابن قدامة: إذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف.

وهذا هو الراجح الذي خلصت إليه أيضا اللجنة الفقهية التي أشرفت على إعداد الموسوعة الفقهية الكويتية؛ حيث قالت:"وترى اللجنة أن عامة الصفات المعتبرة في الكفاءة لدى الفقهاء مناط اعتبارها العرف، وقد غبر الفقهاء بما تقدم من عرفهم، فإذا تغير العرف تغيرت صفات الكفاءة"[175].

ومن أشق الأمور على المرأة اليوم أن تجبر على الزواج من جاهل إذا كانت حاصلة على شهادة جامعية، أو أعلى منها، وكثير من الناس يسعى للاقتران بفتاة من عِلية القوم من أهل المناصب والرتب، وإن لم يكونوا ممن ينسب إلى ما كان يتفاخر به العرب من الانتساب إلى قريش، أو غيرها من قبائل العرب[176].

ومما يجب الحذر منه، والتنبيه إليه هو سوء استخدام كثير من الأولياء سلطتهم الاجتماعية، ونفوذهم على بناتهم أو قريباتهم بحجة الكفاءة، وما هي إلا العنجهية أو الكبرياء، أو الأطماع المادية في استلاب غنائم من الزوج القادم؛ حتى لقد حُرمت كثير من الفتيات حقهن في الزواج بهذه الذرائع، وهي باطلة ليست حقيقة، ولا سيما في هذا الزمن، فقد خفت كثيرا

تلك الاعتبارات الاجتماعية، وحلّت محلها مفاهيم المساواة، مما يرشح مذهب مالك في هذا العصر، ولا سيما أنه متى توفرت التقوى، وفضيلة الخلق فقد توفرت السعادة[177].

خاتمة:

من خلال ما تم عرضه في ثنايا هذا البحث يمكننا أن نخلص إلى النتائج التالية:

1. تعريفات فقهاء الشرع الإسلامي للكفاءة في النكاح تدور حول معنى المماثلة بين الزوجين في أمور مخصوصة؛ دفعا للعار عن المرأة وأوليائها.
2. الكفاءة ليست أمرا مجمعا عليه بين فقهاء المسلمين، بل فيهم من لا يعتبرها أصلا، ولا يراها شرطا في النكاح، ما دام المسلمون في نظر الإسلام سواء.
3. اتفق أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية في الكفاءة في الدين؛ بمعنى التقوى والصَّلاح، ثم اختلفوا في بقية أوصافها بين مضيق، وموسِّع.
4. رجحنا رأي جمهور الفقهاء الذي يقضي بأن الكفاءة شرط لزوم في الزواج، وأن إسقاطها، وعدم اعتبارها يسبب في كثير من الأحيان النزاع والخصام بين الزوجين، وقد يؤدي إلى تفكك الرابطة الزوجية، وتشرد الأولاد وضياعهم، وبدونها لا يستقر للأسرة قرار.
5. الكفاءة تعتبر عند جمهور الفقهاء من جانب الرجل بالنظر إلى المرأة، ولا تعتبر بالعكس، إلا في حالات استثنائية خاصة؛ ولهذا صح ونفذ، ولزم تزوج الرجل بالمرأة الأدنى منه دون العكس؛ وهذا من أعظم الدلائل على مراعاة فقهاء الشريعة الإسلامية لحقوق المرأة، بل لأهلها وقرابتها الداخلين في المصاهرة.
6. الكفاءة حق للمرأة، وحق لأوليائها يثبت عند عقد الزواج لا بعده، وأن هذا الحق يثبت لكل واحد منهما على حدة؛ بحيث لو أسقط أحدهما حقه، لم يلزم منه سقوط حق الآخر؛ فإذا اتفقا على إسقاطه معا سقط، وبناء عليه فالكفاءة ليست حقا للشرع، بل هي من حقوق العباد، يصح التنازل عنها كبقية الحقوق.
7. إن خصال الكفاءة المطلوبة عند الفقهاء في الزواج روعي فيها عرف المجتمعات الماضية، فكل ما أدى إلى الإضرار بسمعة المرأة أو أوليائها؛ كانت الكفاءة فيه شرطا للزوم العقد.
8. لا يصح أن يقال: إن الكفاءة في الزواج تنافي عدالة الإسلام، والمساواة بين الناس؛ لأن المساواة في المفهوم الإسلامي منوطة بالحقوق والواجبات، لا في الاعتبارات الشخصية التي تخضع لأعراف الناس وعاداتهم التي لا تنافي الشريعة الإسلامية، ومن ذلك اعتبار خصال الكفاءة في الزواج، إلا أن يتنازل عنها أصحابها برضاهم، فلا تنفذ عندئذ.
9. عقد الزواج بين غير الأكفاء قريب الشبه بعقد لا تترتب عليه مقاصده؛ لأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين يحول-في أغلب الحالات- دون التوافق والانسجام بينهما، فتكون النتيجة الانفصال، وانفصام عرى الزوجية.؛ ولهذا المعنى النبيل اعتبرت الكفاءة في الزواج عند الفقهاء.
10. ما اشترطه الفقهاء من أوصاف للكفاءة كان بناء على أعرافهم، وما تواضعوا عليه في أزمانهم، وأن الأساس في اشتراطها هو دفع العار عن الزوجة وأوليائها خاصة في البيئات القبلية والعشائرية المنغلقة، وبناء عليه يجوز اشتراط خصال للكفاءة حملا على المتعارف المعتاد لكل عصر؛ مثل اشتراط التقارب في السن، والمستوى الثقافي.

11. اشتراط الكفاءة معقول المعنى؛ وهو دفع العار عن الزوجة والآباء؛ فالحكم في الكفاءة دائر مع لحوق العار وجودا وعدما، وكل موضع يلحق فيه بالزوجة وأوليائها العار يثبت لهم حق الفسخ.
12. يعتبر المذهب الحنفي أكثر المذاهب توسعا وتشددا في اعتبار خصال الكفاءة؛ لأنه يتفق مع رأيهم المشهور الذي يأذن للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة الحرية في تزويج نفسها بدون وليها، فبالغوا في الاحتياط لهذا التصرف عن طريق تمليك الولي حق فسخ العقد في حالة انتفاء الكفاءة؛ لنقص خبرتها، أو تعسفها في استعمال هذا الحق، كما أنهم وسعوا من دائرة الأولياء؛ حتى يمكن تلافي الخطر الناتج عن تزويج المرأة نفسها.
13. التشريع الإسلامي لا يعرف الطبقية، ولا يقوم على أساس الفوارق بين من ينتمون إليه، وهو مع ذلك واقعي لا يتجاهل منازل الناس، ومقاماتها الاجتماعية في الدنيا؛ إذ التفاوت بين الناس في حظوظ الدنيا أمر لا بد منه حتى يستقر الكون، وتنتظم حركة العالم، وتفاضلهم في الدنيا أمر، وتفاضلهم في التقوى أمر آخر؛ فهم مبتلون في الأول، مكرمون في الثاني؛ إذ التقوى هي الميزان الحقيق عند الله تعالى، وما سوى ذلك فدنيا الناس؛ التي لا يقيم الله لها وزنا؛{**إنَّ أكرمكم عند الله أتقاكم**} [الحجرات:13]

التوصيات:

1. الأحسن للأولياء أن يراعوا الأشياء المتناسبة بين الزوجين؛ كي تحصل الألفة والمحبة بينهما، بخلاف ما إذا لم تراع خصال العرف المتعارف عليها التي لا تنافي الشرع؛ فينجم عنها من الضرر ما لا تحمد عقباه.
2. مراعاة التقارب البيئي، أو السكني بين الزوجين الذي يتضمن تقارب العادات والتقاليد؛ إذ له مردود إيجابي غاليا على العلاقات اليومية ، والسلوكية، والاجتماعية، التي تدعم الاستقرار الأسري المنشود.
3. مراعاة التقارب الوظيفي، والثقافي بين الزوجين؛ باعتبارها من معايير الكفاءة الحديثة؛ ذلك أن كثيرا من الخلافات بين الزوجين مرده إلى التباين الواسع بين التكوين العلمي، والموقع الوظيفي لكل من الزوجين.
4. مراعاة التقارب المعقول في السن بين الزوجين؛ ذلك لأن التجارب أثبتت، والإحصاءات أكدت أن كثيرا من الخلافات، وربما جرائم القتل ناتجة عن التمايز العمري المفرط بين الزوجين.
5. يجب اعتبار خصلة الصلاح في الكفاءة هي المعيار الثابت، والضامن لحياة زوجية مستقرة؛ ذلك أن أغلب الأسر أسقطته من اعتباراتها على حساب الاكتفاء بمعيار المال واليسار دون بقية الأوصاف؛ لأن الصلاح يقتضي تكريم أحد الزوجين لصاحبه في حال المحبة، وعدم الظلم، والاعتداء في حل البغض والشقاق.
6. ضرورة إجراء دورات تكوينية دورية لفائدة القضاة المختصين في مجال شؤون الأسرة؛ للتعرف عن كثب على عادات، وأعراف المناطق الداخلة في اختصاصهم الإقليمي القضائي، بالتنسيق مع أعيان، ووجهاء كل منطقة، ورصد معايير الكفاءة بدقة، وتمييز الصحيح منها الموافق للشرع، والفاسد الملغى.

المقترحات:

نقترح على المقنن الجزائري إدراج مواد قانونية خاصة بالكفاءة؛ شأن بعض التشريعات العربية، على غرار قانون الأحوال الشخصية السوري والأردني مثلا؛ وذلك بإضافة فصل كامل تحت مسمى "الكفاءة في الزواج" المواد على النحو الآتي في الباب الأول (الزواج) من قانون الأسرة الجزائري الساري المفعول؛ وذلك على النحو الآتي:

مادة: يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للزوجة، والعبرة في الكفاءة لعرف البلد، ويرجع تقدير ذلك إلى القاضي المختص بإقليم الزوجين.

مادة: تعتبر الكفاءة من جانب الزوج لا من جانب المرأة، وهي حق للمرأة والولي.

مادة: تراعى الكفاءة عند ابتداء العقد، فلا يؤثر زوالها بعده خاصة إذا تم الاتفاق بين الزوجين على إسقاطها عند العقد.

مادة: يسقط حق الكفاءة لعدم الكفاءة في حالة حمل الزوجة.

مادة: إذا اشترطت الكفاءة عند العقد، أو أخبر الزوج بأنه كفؤ للزوجة، ثم تبين خلاف ما أدلى به، كان لكل من الولي والزوجة حق طلب فسخ عقد الزواج، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم إن ثبت ذلك، فإن كان كفؤا حين الخصومة، فلا يحق لأي منهما طلب الفسخ.

مادة: إذا زوَّج الولي المرأة برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته، ثم تبين أنه غير كفء، فليس لأي منهما حق الاعتراض.

مادة: يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة، أو سبق الرضا، أو مرت ثلاثة أشهر على انعقاد الزواج.

مادة: في حالة اشتراط الكفاءة من قبل الزوجة أو وليها عند العقد؛ فإنه يجب توثيق هذه الشروط في سجلات الحالة المدنية؛ ليرجع إليها في حالة النزاع بين الزوجين.

الهوامش والمراجع:

[1] انظر: الفراهيدي الخليل بن أحمد، معجم العين، تحقيق عبد الحميد هنداوي،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ-2003م، 37/4 وابن فارس أبي الحسين أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر للطباعة والنشر،القاهرة،1399هـ-1979م،189/5.

[2] البيت بلا نسبة.

[3] **الحديث:** رواه أحمد والنسائي عن علي بن أبي طالب-رضي الله عنه-.

[4] انظر: ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، تحقيق حسام الدين فرفور وآخرون، دار الثقافة والتراث، دمشق، سورية، ط1، 1421هـ-2000م، 286/8 ومحمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971م، ص185 وعبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ، بيروت، لبنان، ط1، 1413هـ-1993م، 325/6 ومحمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد رقم (36) لسنة 2010م، المكتبة الوطنية، عمان، الأردن، 2012م، ص85 وعمر عبد الله، مرجع سابق، ص237 ونور الدين عتر، إعلام الأنام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مكتبة دار اليمامة، دمشق،ط7، 1999م،335/3 وعمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان ، الأردن، ط1، 1418هـ-1997م، ص196 وعلوي بن حامد، الكفاءة في النكاح، مكتبة تريم الحديثة، حضرموت، اليمن، ص3-4 و محمد علي مقبول، الكفاءة المعتبرة في النكاح (دراسة فقهية مقارنة)، مجلة القرآن والعلوم الإسلامية، كلية الآداب، جامعة صنعاء، اليمن،العدد:18، 1430هـ-2009م، ص08 ومحمد زيدان، الكفاءة في عقد النكاح، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة دراسات إسلامية)، غزة، فلسطين، المجلد:17، العدد:01، يناير 2009م، ص364 وقزقوز الزهرة، معايير الكفاءة في الزواج وأثرها في استقرار الأسرة، ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2015م، ص9-10.

[5] محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاستقامة، مصر،ط1، 1361هـ-1942م، ص116.

[6] انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط2، 1405هـ-1985م،7/229-230 ومحمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، 1403هـ-1983م، ص309-310.

[7] بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، مصر، ط2، 1961م، ص109.

[8] محمد زيد الإبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة علي سكر أحمد، مصر، ط2، 1329هـ، 1/94-95.

[9] انظر: الموسوعة الكويتية، مادة "كفاءة"، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطابع دار الصفوة، الكويت، ط1، 1418هـ-1997م، 34/266.

[10] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/230 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص109-110 وعمر عبد الله، مرجع سابق، ص237-238 وعمر الأشقر، مرجع سابق، ص199-200.

[11] ابن عابدين، مرجع سابق، 8/291-292.

[12] ابن جزم أبي محمد علي بن أحمد الأندلسي، المحلى، ت أحمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر،ط1، 1351هـ، 9/474 وما بعدها.

[13] الطوسي أبي جعفر محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، المطبعة الحيدرية،طهران، إيران،ط2، 1388هـ،4/179.

[14] انظر: الشوكاني محمد بن علي، الأدلة الرصينة لمتن الدرر البهية في المسائل الفقهية، ت محمد صبحي حلاق، دار الهجرة، صنعاء، اليمن، ط1، 1411هـ-1991م، ص165-166.

[15] انظر: الصنعاني محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1427هـ-2006م، 3/354-356.

[16] انظر:العثيمين محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستقنع، دار ابن الجوزي، الدمام، ط1، 1427هـ،12/105-106.

[17] انظر: اللخمي أبي الحسن علي بن محمد، التبصرة، ت أحمد عبد الكريم نجيب،إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دون بيانات،4/1789-1790 وابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد،ت محمد صبحي حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط1، 1415هـ،3/31 وابن العربي أبي بكر محمد بن عبد الله المعافري الأندلسي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ-2003م،4/159-160 والقرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، ت محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م، 4/211-212.

[18] انظر: الشافعي محمد بن إدريس، الأم، ت رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1422هـ-2001م،6/39 وما بعدها والماوردي أبي الحسن علي بن محمد البصري، الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني)، ت علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبننا، ط1، 1414هـ-1994م،6/100-101 والرافعي أبي القاسم عبد الكريم بن محمد، العزيز في شرح الوجيز، ت حمد بن سليمان الحبلين، جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم، دبي، ط1، 1437هـ-2016م، 13/247 والنووي أبي زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب للشيرازي، ت محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، 1980م،17/280-281 والعمراني أبي الحسين يحي بن أبي الخير اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ-2000م،9/198.

[19] انظر: أبي يعلى، مرجع سابق،2/92-93 وابن قدامة، مرجع سابق،9/388.

[20] انظر: المرغيناني أبي الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي مع شرح عبد الحي اللكنوي، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط1، 1417هـ، 3/50 وابن عابدين، مرجع سابق، 8/286.

[21] أطفيش محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، دار الفتح، بيروت، لبنان، ط2، 1393هـ-1972م،6/102-104.

[22] العنسي أحمد بن قاسم الصنعاني اليماني، التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار)، دار الحكمة اليمانية، صنعاء، اليمن،1414هـ-1993م،2/67.

[23] انظر: الطوسي أبي جعفر محمد بن الحسن، تهذيب الأحكام (شرح المقنعة)، دار الكتب الإسلامية، طهران، إيران، 1384هـ ،7/455 وتهذيب الأحكام،4/178 وعلي الطباطبائي، رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، دار الهادي، بيروت، ط1، 1412هـ-1992م،6/533

والطبرسي فضل بن الحسن، المؤتلف من المختلف بين أئمة السلف (منتخب الخلاف)، مطبعة سيد الشهداء، قم، إيران، ط1، 1410هـ،2/118-120.

[24] انظر: أبي يعلى محمد بن الحسين البغدادي، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ت عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1405هـ-1985م،2/92 وابن قدامة أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط3، 1417هـ-1997م، 9/387 وابن القيم شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدي خير العباد، دار البيان، القاهرة، مصر، دون سنة نشر، 2/284.

[25] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص200-201.

[26] انظر: الصنعاني، مرجع سابق، 3/354.

[27] **صحيح**: أخرجه مالك في "الموطأ" [كتاب:الطلاق/باب:ما جاء في نفقة المطلقة]،ح: 1272 برواية الليثي ومسلم عن فاطمة بنت قيس-رضي الله عنها-. [كتاب:الطلاق/باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها]،ح:1480 وغيرهما. (انظر: مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ (رواية يحي الليثي)، ت كلال حسن علي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1434هـ-2013م، ص448 وصحيح مسلم بن الحجاج النيسابوري مع شرح النووي، مؤسسة قرطبة،ط2، 1414هـ-1994م، 10/134-138)

[28] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/327.

[29] **حسن**: رواه أبو داود عن أبي هريرة-رضي الله عنه-، وسكت عنه. [كتاب:/باب:]،ح: وأبو هند مولى بني بياضة، ليس من أنفسهم، وبنو بياضة بطن من بطون الخزرج من الأنصار. وقال ابن حجر: إسناده جيد. (انظر:سنن أبي داود، وابن حجر أحمد بن علي العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ت ماهر ياسين الفحل، دار القبس،الرياض،ط1، 1435هـ-2014م، ص385)

[30] انظر: الجصاص أبي بكر الرازي، شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي،ت سائد بكداش،دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1431هـ-2010م،4/253-254 (بتصرف يسير) ونور الدين عتر، مرجع سابق، 3/339.

[31] السرخسي، مرجع سابق،5/23.

[32] السرخسي، مرجع سابق،5/23.

[33] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/230.

[34] السرخسي، مرجع سابق،5/23-24.

[35] السرخسي، مرجع سابق،5/24.

[36] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/231-232.

[37] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/327. (انظر: الكاساني،بدائع الصنائع،2/)

[38] عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/328.

[39] **صحيح**: رواه البخاري [كتاب:النكاح/باب: الأكفاء في الدين]،ح:5088 ومسلم [كتاب:الرضاع/باب: استحباب نكاح ذات الدين]،ح: 1466. (انظر: صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر،دار طيبة، الرياض، ط1، 1426هـ-2005م،11/359 وصحيح مسلم بشرح النووي،10/75-76)

[40] أطفيش، مرجع سابق،6/22.

[41] انظر:مصطفى الخن ومصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي،دار القلم، دمشق، سورية، ط13، 1433هـ-2012م،2/38.

[42] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص204-205.

[43] انظر: الشافعي، مصدر سابق، 40/6.

[44] انظر: الجصاص، شرح مختصر الطحاوي،251/4. بتصرف يسير في الصياغة.

[45] الغرياني محمد الصادق بن عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، 506/2.

[46] **ضعيف**: رواه الترمذي عن علي-رضي الله عنه-. [كتاب:الجنائز/باب:ما جاء في تعجيل الجنائز]،ح:1075. وقال الترمذي: حديث غريب، وما أرى إسناده متصلا، وصحح الحاكم في "المستدرك"، واعترض بتساهل الحاكم في التصحيح. (انظر: المباركفوري، تحفة الأحوذي، ص1125 وابن قطلوبغا، الكفاءة في النكاح، ص27-28)

[47] رواه البيهقي والدارقطني عن جابر بن عبد الله-رضي الله عنه-. [كتاب:/باب:]،ح:. وفيه مبشر بن عبد الله متروك الحديث. (انظر: نصب الراية،3/)

[48] **ضعيف**: رواه الدارقطني من طرق عديدة (من حديث عائشة، وعمر بن الخطاب، وأنس) كلها ضعيفة. [كتاب:/باب:]،ح: وأخرجه الحاكم، وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه، ورده الذهبي بقوله: الحارث متهم، وعكرمة ضعَّفوه.

[49] **حسن**: رواه الترمذي من طريق أبي هريرة-رضي الله عنه-، وقال: حديث حسن غريب. [كتاب:النكاح/باب:ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه]،ح:1084 و1085. (انظر: المباركفوري، تحفة الأحوذي، ص1132)

[50] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،232/7.

[51] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص214-215.

[52] انظر: الزيلعي، نصب الراية،196/3.

[53] انظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري،184/16.

[54] انظر: المرغيناني، مرجع سابق، 50/3-51 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،233/7.

[55] ابن قدامة، مرجع سابق،389/9.

[56] ابن قطلوبغا، مرجع سابق، ص28-29.

[57] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص211.

[58] انظر: عمر الأشقر، مرجع سابق، ص212-219.

[59] انظر:عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 328/6-329 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص120-121 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص110 والغرياني، مرجع سابق، 510/2 ونور الدين عتر، مرجع سابق، 340/3-341 ومحمد زيدان، مرجع سابق، ص373.

[60] نور الدين عتر، مرجع سابق، 341/3.

[61] انظر: النووي، مرجع سابق،282/17.

[62] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص208-210.

[63] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،234/7.

[64] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،235/7-236 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 325/6. وعمر عبد الله، مرجع سابق، ص240-241.

[65] انظر: ابن عابدين، رد المحتار،.

[66] انظر: ابن عابدين، رد المحتار،.

[67] انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 288/8.

[68] انظر:ابن عابدين، مرجع سابق، 289/8 والقرافي، مرجع سابق، 215/4 والرافعي، مرجع سابق، 260/13 وابن قدامة، مرجع سابق،389/9-390 والعنسي، مرجع سابق،68/2 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص195-196 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،237/7 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 329/6-330 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص110-111.

[69] انظر: الطوسي، مرجع سابق،4/179-180 والطبرسي، مرجع سابق،2/120 وحسين الذهبي، مرجع سابق، ص120.

[70] ابن قطلوبغا، مرجع سابق، ص30.

[71] بهرام تاج الدين بن عبد الله الدميري، الدرر في شرح المختصر (مختصر خليل)، ت حافظ بن عبد الرحمن خير وأحمد بن عبد الكريم نجيب، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 1435هـ-2014م،2/916.

[72] الغرياني، مرجع سابق، 2/510.

[73] الغرياني، مرجع سابق، 2/510.

[74] انظر: الغرياني، مرجع سابق، 2/511.

[75] حسين الذهبي، مرجع سابق، ص121.

[76] انظر: أطفيش، مرجع سابق،6/115 وزيد الإبياني، مرجع سابق، 1/95 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص126-129 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص193-194 وعمر الأشقر، مرجع سابق، ص197.

[77] ابن قدامة، مرجع سابق،9/397.

[78] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص311.

[79] انظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص194 وحسين الذهبي، مرجع سابق، ص118-119.

[80] بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص111-112.

[81] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/239-240 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص128 وحسين الذهبي، مرجع سابق، ص119 وعمر الأشقر، مرجع سابق، ص197-198.

[82] انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 8/312 وابن قدامة، مرجع سابق،9/390 والعنسي، مرجع سابق،2/67 وحسين الذهبي، مرجع سابق، ص119-120 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص194-195 والغرياني، مرجع سابق، 2/511.

[83] محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص129-130.

[84] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/238.

[85] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/238.

[86] بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص112.

[87] انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 8/290-292 وحسين الذهبي، مرجع سابق، ص121.

[88] انظر: محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص130-131 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص115-116.

[89] انظر: ابن قدامة، مرجع سابق،9/391 وابن القيم، مرجع سابق، 2/283-284.

[90] انظر: الماوردي، مرجع سابق، 9/101 والنووي، مرجع سابق،17/281 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/240-241 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص190-192 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/331-332 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص116-117 ومصطفى شلبي، مرجع سابق، ص312-313 وعمر عبد الله، مرجع سابق، ص239 وما بعدها ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص116-118 والغرياني، مرجع سابق، 2/511 وعمر الأشقر، مرجع سابق، ص221.

[91] انظر: الطوسي، المبسوط،4/178-179 وتهذيب الأحكام،7/455 وما بعدها والصيمري مفلح بن حسن، تلخيص الخلاف وخلاصة الاختلاف، ت مهدي الرجائي، مطبعة سيد الشهداء، قم، إيران، ط1، 1408هـ،2/327.

[92] العنسي، مرجع سابق،2/67.

[93] انظر: السرخسي، مرجع سابق،5/24 وما بعدها.

[94] انظر:القرافي، مرجع سابق، 213/4 والطوسي، مرجع سابق،179/4 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،241/7 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق،ص125 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص189-190 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 332/6-333.

[95] انظر: المرغيناني، مرجع سابق، 53/3-54 وابن عابدين، مرجع سابق، 301/8-305والغنيمي عبد الغني الميداني، اللباب في شرح الكتاب،المكتبة العلمية، بيروت، لبنان،13/3.

[96] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،241/7.

[97] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،241/7.

[98] سبق تخريجه.

[99] انظر: الرافعي، مرجع سابق، 253/13 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 333/6.

[100] بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص111.

[101] ابن عابدين، مرجع سابق، 310/8.

[102] انظر: النووي، مرجع سابق،285/17-286 وابن قدامة، مرجع سابق،391/9-33392.

[103] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص318.

[104] القرافي، مرجع سابق، 211/4-212.

[105] انظر:المرغيناني، مرجع سابق، 53/3 وابن عابدين، مرجع سابق، 296/8-301 والماوردي، مرجع سابق، 101/9-102 والرافعي، مرجع سابق، 252/13 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص188 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،242/7 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص122-123 ومصطفى شلبي، مرجع سابق، ص315.

[106] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،242/7.

[107] ابن قدامة، مرجع سابق،396/9.

[108] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص221-222.

[109] انظر: القرافي، مرجع سابق، 214/4.

[110] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص313.

[111] العنسي، مرجع سابق،68/2.

[112] انظر:الرافعي،مرجع سابق، 249/13-252 وأبي يعلى، مرجع سابق،93/2-95 وابن قدامة، مرجع سابق،392/9-393.

[113] انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 293/8-296 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص186-187 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق، 243/7.

[114] **ضعيف**: أخرجه البيهقي في "السنن الكبرى" [كتاب:النكاح/ باب:اعتبار النسب في الكفاءة]،ح:13882 وقال: وروي ذلك من وجه آخر ضعيف عن سلمان. (انظر:البيهقي أبي بكر أحمد بن الحسين، السنن الكبير، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، الرياض ،ط1، 1432هـ-2011م،168/14)

[115] محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص119.

[116] انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى، 26/19-31.

[117] انظر: القرافي، مرجع سابق، 214/4 والغرياني، مرجع سابق، 509/2 ومحمد زيدان، مرجع سابق، ص392.

[118] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،244/7-245.

[119] انظر: مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص314-315.

[120] العثيمين، مرجع سابق،105/12.

[121] الحسين بن محمد المغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام، ت علي بن عبد الله الزين، دار هجر للطباعة والنشر، مصر،ط1، 1428هـ-2007م ، 149/7.

[122] السرخسي، مرجع سابق،5/24-25.

[123] انظر: الماوردي، مرجع سابق، 9/104-105 والنووي، مرجع سابق،17/286 والطوسي، مرجع سابق،4/178.

[124] انظر: الرافعي، مرجع سابق، 13/249 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/242.

[125] انظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص188 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/334 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص123 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص114.

[126] انظر: ابن رشد، مرجع سابق،3/32.

[127] انظر: القرافي، مرجع سابق، 4/213-214.

[128] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/243 ومصطفى شلبي، مرجع سابق، ص312.

[129] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص316.

[130] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص317.

[131] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/246 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق،ص126 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/335.

[132] انظر: المرغيناني، مرجع سابق، 3/54-55 وابن عابدين، مرجع سابق، 8/305-307 والجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 4/255.

[133] ابن قدامة، مرجع سابق،9/394-395.

[134] انظر: الطباطبائي، مرجع سابق،6/539-543.

[135] سبق تخريجه.

[136] أخرجه النسائي [كتاب:النكاح/باب: الحسب] وأحمد في "المسند"،5/353-361.

[137] انظر: الشافعي، مصدر سابق، 6/40 والرافعي، مرجع سابق، 13/254.

[138] انظر: القرافي، مرجع سابق، 4/215.

[139] انظر: الطباطبائي، مرجع سابق،6/538-539.

[140] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/246.

[141] انظر: النووي، مرجع سابق، 17/286 والعمراني، مرجع سابق،9/202-203 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص188-189.

[142] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/246 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص115 ومحمد زيدان، مرجع سابق، ص388.

[143] مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص318.

[144] ابن العربي، مرجع سابق،3/395.

[145] محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام من القرآن، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت، ط3، 1401هـ-1981م،2/190.

[146] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/246. (انظر أيضا: محمد فالح بني صالح، الحرفة وأثرها على الكفاءة في عقود الزواج، موقع: الدليل الإلكتروني للقانون العربي، ص5)

[147] انظر: الماوردي، مرجع سابق،9/105 والرافعي، مرجع سابق، 13/253-254.

[148] انظر: وهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/247 وبدران أبو العينين، مرجع سابق، ص115.

[149] انظر: الماوردي، مرجع سابق، 9/105 والعنيسي، مرجع سابق،2/67 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/247 ومصطفى شلبي، مرجع سابق، ص316-317 وزيد الإبياني، مرجع سابق، 1/100-101.

[150] انظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 307/8-312 والجصاص، شرح مختصر الطحاوي، 254/4 ومحي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص124-125 وأبو زهرة، مرجع سابق، ص190 وفالح محمد، مرجع سابق، ص33-34.

[151] انظر: المدونة، 142/2-145 وابن يونس، مرجع سابق، 169/9-171 والقرافي، مرجع سابق، 214/4 وابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق،1/664-669 وعبد الوهاب، مرجع سابق، ص320 والغرياني، مرجع سابق، 508/2-509.

[152] وهبة الزحيلي، مرجع سابق،247/7.

[153] انظر تفصيل هذه العيوب: الكشناوي أبي بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دون سنة نشر،2/94-96.

[154] انظر: الماوردي، مرجع سابق،9/106-107 والنووي، مرجع سابق،17/286 والعمراني، مرجع سابق،9/203.

[155] انظر: الطوسي، مرجع سابق،4/179 والطباطبائي، مرجع سابق،6/546.

[156] ابن عبد البر أبي عمر يوسف بن عبد الله النمري الأندلسي، الاستذكار، دار الوعي، حلب-القاهرة، ط1، 1414هـ-1993م، 16/99.

[157] انظر: ابن قطلوبغا أبي العدل زين الدين قاسم بن عبد الله الجمالي، الكفاءة في النكاح، تحقيق عبد الستار أبو غدة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ-2002م، ص23 والماوردي، مرجع سابق، 9/107 والرافعي، مرجع سابق، 13/248-249 و 255.

[158] انظر: ابن قدامة، مرجع سابق،9/395-396 والبهوتي منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ت محمد أمين الضناوي، عالم الكتب، الرياض، دون بيانات،4/94-98 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/247.

[159] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص234-235.

[160] انظر: قرارات المؤتمر التاسع لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في أبو ظبي بدولة الإمارات من: 01-06 ذي القعدة، 1415هـ-1995م.

[161] محمود مهدي الإستانبولي، تحفة العروس (الزواج الإسلامي السعيد)، دون بيانات، ص38-39.

[162] الغرياني، مرجع سابق، 510/2.

[163] أخرجه النسائي، [كتاب: /باب:تزوج المرأة مثلها في السن]،ح:.

[164] الغرياني، مرجع سابق، 509/2-510.

[165] الماوردي، مرجع سابق،9/106.

[166] بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص116.

[167] مصطفى الخن ومصطفى البغا، مرجع سابق، 39/2.

[168] انظر:ابن عابدين، مرجع سابق، 317/8-319 ووهبة الزحيلي، مرجع سابق،7/247-248 وزيد الإبياني، مرجع سابق، 1/101-102 وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، 6/336-338.

[169] انظر: النووي، مرجع سابق، 17/287 والعمراني، مرجع سابق،9/203 وابن حزم، مرجع سابق، 10/109-116.

[170] انظر: عمر الأشقر، مرجع سابق، ص236 ونور الدين عتر، مرجع سابق، 3/339.

[171] ابن القيم، مرجع سابق، 2/283.

[172] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص205.

[173] مصطفى الخن ومصطفى البغا، مرجع سابق، 2/40.

[174] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص236.

[175] انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة "كفاءة"، 34/281 هامش رقم:01.

[176] عمر الأشقر، مرجع سابق، ص237.

[177] نور الدين عتر، مرجع سابق، 3/341.

الخطبة والعدول عنها بين الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائري

Sermon and abandoning it between Islamic jurisprudence and Algerian family law

آمال عمرون 1 *
مخبر الدراسات الاسلاميّة والقانونيّة
والاقتصاد الإسلاميّ
جامعة المسيلة
Amel.amroune@univ-msila.dz
موسى بن سعيد
جامعة المسيلة
مخبر الدراسات الاسلاميّة والقانونيّة
والاقتصاد الإسلاميّ
Moussa.bensaid@univ-msila.dz

ملخص :

يعتبر عقد الزواج أهم عقد يجريه المرء في حياته، لذلك جُعلت له مقدّمة تتمثّل في الخطبة، ورغم أنها ليست شرطا من شروطه ولا جزءا من ماهيّته إلّا أنها تكتسي أهميّة في التعرف على الطرف الآخر قبل انعقاد الزواج، فإن لم يتوافق الطرفان لأيّ سبب من الأسباب جاز العدول عنها، ولكن هذا العدول ليس مطلقا بل هو حقّ مقيّد بسبب آثاره الناجمة عنه والمتمثلة في الأضرار الماديّة والمعنوية، لذلك فقد جعل كل من الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري أحكاما وقوانين لهذا العدول تخصّ مصير الصّداق والهدايا والضرر النفسي الذي يصيب الطرف الآخر وهذا ما ستناوله في بحثنا.

الكلمات المفتاحية :الزّواج، الخطبة، العدول، الصداق، الهدايا.

Abstract

The marriage contract is the most important contract that a person makes in his life, so the betrothal was made for him as an introduction, and although it is not one of his conditions or part of it, it has importance in identifying the partner before marriage takes place, if man and woman do not agree for any reason, it is permissible to abandon it, however, this renunciation is not absolute, rather it is a restricted right due to its material and moral damages. Therefore, both Islamic jurisprudence and Algerian family law have made provisions and laws for this renunciation pertaining to the fate of the dowry, gifts, and the psychological harm that befalls the other partner. This is what we will discuss in this research paper.

Keywords**: **Marriage, betrothal, effects of renunciation, dowry, gifts.

-*المؤلف المُراسل.

مقدّمة:

اقتضت حكمة الله البالغة أن يخلق من كلّ شيء زوجين اثنين، وبهذا كان التزاوج فطرة في النفس البشريّة، لاتحتاج لا إلى تنظير ولا إلى إثبات، وليس لأي كان أن يقول بخلاف ذلك. ولقد خلقت هذه الفطرة السّليمة انجذابا بين الذكر والأنثى، حيث يقول المولى عزّ وجلّ: (وَمِنَ اٰيٰتِهٖٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنَ اَنفُسِكُمْ أَزْوٰجاً لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً اِنَّ فِي ذٰلِكَ لَاٰيٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) الروم 21، ولأنّ موضوع الزّواج بهذه الأهميّة الفطريّة فقد أعطاه الشارع الحكيم كامل الإهتمام من خلال إحاطته بسياج من الأحكام والضوابط حماية لهذه المؤسسة التي ستنشأ بين الزوجين من كل ما ينغص استمرارها.

وإضافة لكون الزواج من أهمّ العقود التي يجريها الشّخص في حياته فقد خُصّ بمقدّمة تتمثّل في الخطبة، فإن لم يحصل التوافق المنشود والطمأنينة المأمولة بعدها جاز لأيّ طرف العدول عنها، ولكن هذا العدول ليس مطلقا؛ بل هو مقيّد بسبب آثاره التي تنجم عنه، وعن الضرر الذي يصيب الطرف الآخر بسبب ذلك، حيث أن الخطبة تمثّل دورا في نجاح الزّواج وتحقيق مقاصده ومع أنّها ليست من ماهيّته ولا شرطا له، لكنها مبصّرة وكاشفة الطريق إليه، ولأنّ العدول عن الخطبة صار ظاهرة تتسم بالسلبيّة في الكثير من الأحوال كان لزاما على فقهاء الشريعة وفقهاء القانون أن يقيدوها بأحكام وقوانين، وانطلاقا مما سبق أمكننا طرح الإشكالية الآتية:

-كيف قيد الفقه الإسلاميّ مسألة العدول عن الخطبة؟ وهل وافقه في ذلك المشرّع الجزائريّ؟

وللإجابة على هذه الإشكاليّة اتبعنا المنهج المقارن والمنهج الاستقرائي التحليلي حسبما تقتضيه الحاجة في كلّ مرحلة من مراحل البحث الذي قُسّم إلى مبحثين وتحت كلّ مبحث مطلبين وتفصيل كلّ ذلك كما يلي:

المحور الأول: ماهية الخطبة والعدول في الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ

أولا- تعريف كلّ من الخطبة والعدول في الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ

1- تعريف الخطبة والعدول في الفقه الإسلاميّ

أ-تعريف الخطبة

-تعريف الخطبة لغة: بكسر الخاء، من الفعل الثلاثي خطب؛ وهي الشأن والأمر الصغير أو العظيم؛ وقيل الخطب سبب الأمر؛ وهذا خطب جليل أو يسير، تقول العرب: ماخطبك؟ أي ما أمرك، وبكسر الخاء هي عبارة كانت تستعملها العرب في طلب الزواج، وخطب المرأة إلى القوم إذا طلب الزواج منها [1]

- تعريف الخطبة اصطلاحا: عرّفها سادتنا الفقهاء من المذاهب الأربعة كالآتي:

عرّفها الحنفيّة بأنها " طلب الزواج"[2]، وعرّفها المالكيّة بأنّها "التماس التزوج أو التماس نكاح المرأة"[3]، وعرّفها الشافعيّة بأنّها "التماس النكاح من جهة المخطوبة[4]، وعرّفها الحنابلة بأنّها "خطبة الرجل المرأة " .[5]

---

[1] - ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، (د ط)، دار المعارف(د ت ط)، ج1، ص360-361.

ومنه يمكن تعريف الخطبة بأنّها : التماس النكاح من المرأة المراد تزوجها، فهي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها، والتقدّم إليها أو إلى ذويها ببيان حاله، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبهم أو مطلب المرأة بشأنها.[6]

ب-تعريف العدول

-تعريف العدول لغة: العدول في اللغة الرجوع، والانصراف، ورجعت الكلام وغيره، رددته، ورجع في الشيء عاد فيه، وهنا قيل رجع في هبته إذا أعادها إلى ملكه.[7]

-تعريف العدول اصطلاحا: هو رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرّضا منهما[8] ،كما يعرّف بأنّه تخلّي الخاطبين عن مشروع الزّواج والتوقّف عن تمام السّير في متابعة الأعمال والإجراءات المؤدية إلى تحقيق إبرام العقد كما كان مخطّطا له في أوّل الأمر بعد إتمام الخطبة[9]

ج-أسباب العدول عن الخطبة: من أسباب العدول عن الخطبة نذكر منها ظهور مانع قانوني يحول دون عقد الزواج بينهما، أو التغرير والاستنكاف عن عقد الزواج، أو إصابة أحدهما بالجنون أو بمرض لا يرجى الشفاء منه، أو ظهور طارئ ديني أو أخلاقي، أو إذا وجد في أحدهما عيب لم يطّلع عليه الآخر، أو إذا ارتكب أحدهما جريمة مهينة للشرف، أو إذا اعتنق أحدهما دينا آخر بعد الخطبة، أو إذا ساء سلوك أحد الخاطبين، أو إذا اتضح أن الخاطب عديم التكسب[10]

2-تعريف الخطبة والعدول في قانون الأسرة الجزائري

أ-تعريف الخطبة في قانون الأسرة الجزائريّ: عرّف قانون الأسرة الجزائري الخطبة في المادّة 05 من القانون رقم: 11/84 بكونها (وعد بالزواج)، وفي الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمّم لقانون رقم: 11/84 أبقى على نفس التعريف للخطبة من خلال المادّة 05 من نفس الأمر (الخطبة وعد بالزواج[11]، فالمشرع الجزائريّ لم يعط تعريفا دقيقا لها

---

[2] - ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمك المحققين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط2، دار الفكر، 1966م، ج3، ص8.

[3] - الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، لبنان، 1959م، ج2، ص218.

[4] - الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني(ت676ه)، مغني المحتاج غلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبن، أبي زكريّا يحي بن شرف النوويّ الشافعي، اعتنى به محمد خليل عيتاني، مطبعة مصطفى الحلبي مصر، 1958م، ج3، ص135.

[5] - ابن قدامة قدامة المقدسيّ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، ج7،ص 520.

[6] - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجديدة، ط3، 2016، ص33.

[7] - ابن منظور، المصدر السّابق، ص114

[8] - نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2008م، ص224.

[9] - ابراهيم مصطفى، معجم الوسيط، مطابع أوغست، (ب ط)، ج2، 528.

[10] - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، ط1، 1418ه-1997م، ص70

[11] - سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائريّ ، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، 1434ه-2012م، ص30.

واكتفى ببيان طبيعتها القانونية فقط، كما أنّه لم يتدخل كثيرا في مسألة تنظيمها وبيان أحكامها الشرعيّة بناء على أنّ هذه الأحكام تخضع إلى إجراءات تخضع إلى قواعد اجتماعية لا تحتاج إلى تنظيم قانوني[12]

- الطبيعة القانونيّة للخطبة: لقد نصّت المادة 05 من الأمر11/84 على أن : (الخطبة وعد بالزواج

ولكلّ من الطّرفين العدول عنها)، ولقد عدّلت هذه المادّة في قانون 02/05 في المادّة05 بقولها: (الخطبة وعد بالزواج)، فالخطبة ماهي إلا وعد متبادل بين الطرفين بالزواج مستقبلا، ولا يكتسي أي صفة من صفات الإلزام التي يتميّز بها العقد .[13]

ونلاحظ أنّ المشرع الجزائري اعتبر الخطبة مجرّد وعد بالزواج غير ملزم، والتعبير عن الخطبة يكون

على ماجرت عليه الأعراف والتقاليد، فالمشرّع لم يخضع الخطبة لأي ظرف موضوعي أو شكلي مما

يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية إعمالا لنص المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري[14]

ب-تعريف العدول في قانون الأسرة الجزائريّ: العدول هو ترك الخطبة والتنازل عنها، وهذا قد يقع من الخاطب وقد يقع من المخطوبة، وهذا مانصّ عليه المشرع الجزائريّ من خلال القانون رقم: 11/84 من المادة 5 بقوله: (ولكلا الطرفين الحق في العدول عنها) والذي أعاده بصياغة مختلفة قليلا من خلال الأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون السابق بقوله في المادة 05 منه: (يجوز للطرفين العدول عن الخطبة) وعليه فإذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة فسخت الخطبة[15]

ثانيا- حكم كلّ من الخطبة والعدول عنها في الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ

1- حكم الخطبة والعدول عنها في الفقه الإسلاميّ

أ-مشروعيّة الخطبة: لقد ثبت مشروعيّة الخطبة بالكتاب والسنة

-من القرآن الكريم: قوله تعالى: (وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوَ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ) البقرة 233.

-من السنّة الشريفة: عن ابن عمر رضي الله عنهما أنّه كان يقول: (نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه، حتى يترك الخاطب قبله، أو يأذن له الخاطب).[16]

ب- حكم الخطبة في الفقه الإسلاميّ: الخطبة من مقدمات الزواج اتفق العلماء على مشروعيتها واختلفوا في حكمها على النحو الآتي:

---

[12] -بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 2001، ص82.

[13] - عبد القادر داودي، المرجع السّابق، ص50.

[14] -بلحاج العربي، المرجع السّابق، ص115.

[15] -سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، شركة الأصالة للنشر والتوزيع الجزائر العاصمة، ط2، 1434هـ-2012م، ص38.

[16] -البخاري: محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب : لايبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه، حتى يأذن له أو يترك، رقم الحديث: 2139، دار اليمامة وابن كثير، بيروت، ط3، 1407هـ، ص562.

-عند المالكيّة: ذهب المالكيّة إلى القول بأنّ الخطبة مستحبة[17]، أي يستحب لمن أراد الزواج من امرأة أن يخطبها من أهلها أو من نفسها قبل أن يعقد عقد الزّواج الشرعيّ، وأدلتهم في ذلك ما يلي:

-استدلّوا بفعل النّبيّ صلّى الله عليه وسلّم الذي خطب عائشة إلى أبي بكر وخطب بنت عمر بن الخطاب وأرسل عمر بن الخطاب ليخطب له أم سلمة.[18]

ب-عند الشافعيّة: ذهب الشافعيّة إلى القول بالإباحة وعبّروا عنها بالجواز، حيث قال النوويّ: لا أذكر للاستحباب في كتب الأصحاب وإنّما ذكروا الجواز[19]، واستدلّوا في ذلك بما يلي:

-أنّ النبيّ صلّى الله عليه وسلّم زوج المرأة التي وهبت نفسها إليه بأصحابه دون خطبة، كما جاء في الحديث عن سهل بن سعد الساعدي قال: جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقالت: (يارسول الله جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها فصوبة ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم بقض فيها شيئا جلست فقام رجل من أصحابه فقال يارسول الله إذا لم يكن لك بها حاجة فزوجني بها؟ فزوجه النبي عليه الصلاة والسلام بما معه من القرآن . ووجه الدلالة في الحديث أن الخطبة لو كانت مستحبيه لمافاتت النبي صلى الله عليه وسلم، فإن فعله هذا يؤكد الجواز فقط.

ج-عند بعض الفقهاء: ذهب بعض الفقهاء إلى القول أنّ الخطبة تأخذ حكم الزواج، فإن كان الزواج واجبا كانت الخطبة واجبة، وإن كانت سنة مستحبة كانت الخطبة كذلك، وإن كان محرما كانت الخطبة محرمة، ومن الذين ذهبوا إلى هذا القول البحيرمي، حيث قال: إنّ الخطبة وسيلة من وسائل الزواج والوسائل تأخذ حكم المقاصد.[20]

الفرع الثاني: حكم العدول عن الخطبة في الفقه الاسلاميّ

العدول عن الخطبة يعني جواز رجوع أحد الخاطبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج، ويعتبر ذلك استعمالا لكل من الطرفين لحقه المشروع، وليس لأحد عليه سبيل .[21]

إلا أن العلماء فصّلوا حين ذهبوا إلى أن الخطبة وعد بالزواج يجب الوفاء به ديانة إن لم يكن هناك أسباب للعدول عنها فإن وجدت فيجوز التحلّل من الوعد والعدول عن الخطبة[22]، فيرى جمهور الفقهاء –عدا المالكية- أن العدول جائز وهو حق لكلّ من الطرفين، حيث أنّ القول بغير ذلك من شأنه حمل أحد طرفي الخطبة على الاستمرار

---

[17] -ابن سعد الباجي، المنتقى، دار الكتاب الاسلامي، ط2، ج2، ص264.

[18] -نايف محمود الرجوب، المرجع السّابق، ص56.

[19] - النووي، محي الدّين أبو زكرياء يحي بن شرف النّوويّ الدّمشقيّ الشّافعيّ، روضة الطالبين والمتقين، ، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط)، (د س) ، ج6، ص24.

[20] -نايف محمود الرجوب، المرجع السابق، ص56.

[21] -محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، (د ت ط)، ص34.

[22] -جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط12008، ص85.

في علاقة على غير إرادته، وهو أمر من شأنه أن يحيد بالزواج عن غايته في تحقيق الطّمأنينة والسّكينة والمودذة والرّحمة.[23]

فالعدول عند المالكية مكروه، وقد استدلّوا على كراهة العدول بالأدلّة المانعة من خلف الوعد وذلك كالآتي:

-من القرآن الكريم: (وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْـُولاً) الاسراء 34

-وجه الدلالة: يطلب في الآية الوفاء بالعهود فالعبد يكون مسؤولا عن ذلك يوم القيامة.

من السنّة: قوله صلّى الله عليه وسلّم: (آيات المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب وإذا وعد أخلف وإذا اؤتمن خان).[24]

-وجه الدّلالة: الشاهد هنا قوله صلّى الله عليه وسلّم: (وإذا وعد أخلف)، فخلف الوعد خصلة وصفة من صفات النفاق، والاتصاف بها أو الإتيان بها أمر مكروه، وتجدر الإشارة إلى أنّ الوعد عند المالكية أمر غير ملزم وإن أقروا بأن خلف الوعد مكروه وهو دليل علة عدم الالزام وإلّا لجعلوا خلف الوعد محرّما.[25]

ومن هذا نخلص أن الفقه الإسلاميّ في عمومه أجاز لكلّ من الطرفين حق العدول، وإن كان الوفاء بالوعد مطلوبا ومستحبا إذ قيل أنّ الوفاء بعقد الزواج وإن كان لا يلزم به قضاء، إلا أنّه ملزم به ديانة فلا يخلف المسلم وعده.[26]

ثانيا-حكم كل من الخطبة والعدول في قانون الأسرة الجزائري

1-حكم الخطبة في قانون الأسرة الجزائريّ: لاتعدو الخطبة أن تكون وعدا بالزواج بين الرجل والمرأة حسب ما تنصّ عليه المادّة الخامسة من قانون الأسرة الجزائريّ فهي لا ترقى إلى مرتبة العقد، حيث لا تتسم بأيّ وصف من أوصاف العقد، ولا يترتّب عليها اي أثر من آثارها.[27]

2-حكم العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائريّ: سار المشرّع الجزائريّ على مبدأ جواز ما هو جائز، فهو لم يخالف الفقه الإسلاميّ في إقرار جواز العدول وجعله حقا لكلا الطّرفين كأصل عام في المادة الخامسة من 02/05، فنصّ التشريع أجاز العدول وأجاز أيضا التعويض عن الضرر الماديّ والمعنويّ فالخطبة مجرّد وعد بالزّواج وليست زواجا[28] ، ومن بين أكثر أسباب هذا العدول انتشارا عدم انسجام المخطوبين نتيجة اختلاف أفكارهما ونظرتهما للحياة

---

[23] -اسمهان عفيف، السّلطة التقديريّة لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة أم البواقي، (ب ط)، 2011م، ص88.

[24] - أخرجه البخاري، المرجع السّبق، كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق،حديث رقم: 33، ج1، ص16.

[25] - رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، 2007/10/02، . www.arabs.net/pic/bsm/2

[26] - بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الاسرة الجزائري، (د ط)، 2000، ص612.

[27] -عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص44.

[28] - تقية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصيّة قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دار الكتاب الحديث، (د ط)، 2012م، ص90.

بسبب اختلاف التربية والعادات، وانعدام التكافؤ الاجتماعيّ أو الثقافي أو العلميّ بينهما، أو قد يكون بسبب النّزاع على ترك الدّراسة أو الوظيفة، بالإضافة إلى خوف الفتاة وأهلها من تفويت فرصة الزواج.[29]

المحور الثاني: حكم آثار العدول عن الخطبة في الفقه الإسلاميّ وقانون الأسرة الجزائريّ

أوّلا- حكم آثار العدول عن الخطبة في الفقه الإسلاميّ

1-حكم الصّداق في الفقه الإسلاميّ: اتفق الفقهاء على أنّه إذا عدل الطّرفان أو أحدهما عن الخطبة، فعلى المخطوبة أن تردّ ما أخذته من الصّداق، سواء أكان العدول عن الخطبة من كليهما أو من أحدهما فتردّ إليه عينه إن كان قائما، فإن لم يكن قائما ردّت إليه مثله إن كان مثليّا، وقيمته إن قيميّا؛ لأنّ المهر لا يجب إلا بالعقد وما دام العقد لم يتم بحدوث العدول، فإنّ المهر يبقى ملكا له[30]، وبالتالي يحق له استرداده دون نظر لمن كان فسخ الخطبة.[31]

2-حكم الضرر الماديّ والمعنويّ في الفقه الإسلاميّ: قد يترتب عن العدول عن الخطبة أضرار ماديّة أو معنويّة

أ-الضّرر الماديّ: ويقصد بالضّرر الماديّ أي ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو يفوّت عليه مصلحة مشروعة ذات قيمة ماليّة، وهو المتمثل في الهدايا التي قد يقدّمها الخاطبان لبعضهما البعض، فالخطبة كمقدّمة للزّواج تستهدف تمكين الخاطبين من التقرّب لبعضهما البعض، وتوطيد أواصر هذه القربى يبدأ ببذل كلّ منهما للآخر من ماله بما يشعره بالمحبّة، ولذا فإنّ الخاطبين وأهليْهما وأصدقائهما مدعوّون لإبداء مشاعرهم والتعبير عنها بالبذل للطرف الآخر ومن هنا كانت الهدايا المتبادلة ذات طبيعة خاصة تعبّر عنها بواعث الإهداء التي تؤخذ بعين الاعتبار عند تراجع هذه المشاعر، وانتهائها إلى العدول عن الخطبة، ومن ثمّ استرداد الهدايا المتبادلة خلالها.[32]

ولقد اختلف فقهاؤنا في حكم هذه الهدايا كالآتي:

-عند الحنفيّة[33]: ذهب الحنفيّة الى أنّ ما قُدّم إلى المرأة على سبيل الهديّة أو قدّمته هي إليه ثمّ عدل أحد الطّرفين أو كلاهما عنها، فإنّ لهذه الهدايا حكم بقية الهبات، فيجوز الرجوع فيها، إلا لمانع من موانع الرجوع كالاستهلاك أو الهلاك والفساد، وهذا بغضّ النّظر عمّا إذا كان الرجوع منه أو منها، وعلى هذا فإنّ الهدايا إذا كانت قائمة في ملك المهدى إليه بعينها ولم يتصرّف فيها بما يخرجها عن ملكه، فإنّ للمهدي الرجوع فيها واستردادها، أما لو تغيرت حالتها كالثوب إذا خيط أو صبغ أو استهلك كالطعام فليس له استرداده ولا طلب القيمة أو المثل. وعليه فإنّ موانع الرّجوع

---

[29] -شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بآفلو،ص337.

[30] - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائيّ في الفقه الإسلاميّ وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائريّ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة، قسم الشّريعة، رسالة دكتوراه، 2008م-2009م، 306.

[31] - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم الشريعة، رسالة دكتوراه، 2009/2008، ص306.

[32] - مصباح نوري المهايني، استرداد هدايا الخطبة، ط1، 1421هـ-2001م ص64.

[33] -ابن عابدين، المرجع السّابق، ج3، ص153.

في الهبة عندهم هي سبعة[34]؛ تتمثل في زيادة الموهوب، وموت الواهب أو الموهوب له، والعوض عن الهبة، وخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزوجية القائمة بين الواهب والموهوب له وقت الهبة، والقرابة المحرمية بين الواهب والموهوب له، وهلاك العين الموهوبة في يد الموهوب له.

-عند المالكيّة: فصّل المالكيّة المسألة كما يلي:

-إن كان العدول من طرف الخاطب فلا يحقّ له أن يستردّ شيئا من الهدايا سواء كانت قائمة أو مستهلكة، لأنه وهب بشرط إتمام الزّواج ، وهو المتسبّب في عدم تحقيق هذا الشّرط وبالتّالي لا يحقّ له الرّجوع بشيء من هداياه[35] ، إلّا إذا وُجد شرط بينهما ينصّ على إعادة ما أخذته منه، أو كان هناك عرف قائم تعارف النّاس بذلك عليه، فيحتكم عندئذ إلى الشرط أو العرف [36]

- وإن كان العدول من طرف المخطوبة أو وليّها، ففي المسألة عندهم أقوال:

-عدم الرجوع في الهدية إلّا إذا اشترط الخاطب ذلك، أو كان هناك عرف يقضي بالرّجوع في الهديّة، وهو الأصح عند شيوخ المذهب.

-إذا عدل أحد الطّرفين عن الخطبة فللطّرف الآخر الرجوع في الهدايا مالم يوجد شرط أو عرف يقضي بغير ذلك.

-لا يستعيد شيئا من الهدايا، أو ممّا دفعه إليها لغير المهر مطلقا.[37]

-وفي المذهب قول آخر، وهو عدم الرجوع مطلقا، وهو مبني على النّهي الوارد عن الرجوع في الهبة.[38]

-عند الشافعيّة: للشافعيّة رأيان في المسألة

الرّأي الأوّل: له الرّجوع بما أنفقه على من دفعه له، سواء كان مأكلا أو مشربا أم حلوى أم حليّا،

وسواء رجع هو أم مجيبه أم مات أحدهما، لأنّه إنّما أنفقه لأجل تزويجه بها، فيرجع به إن بقي ويبدله إن تلف.[39]

الرأي الثّاني: إن كان الردّ منهم(أهل المخطوبة) رجع عليهم، لأنّه لم يهد لهم إلا بناء على أن يزوجوه ولم يحصل غرضه، فإن كان الردّ منه فلا رجوع له، لانتفاء العلّة المذكورة [40]

-عند الحنابلة: ذهب بعض الحنابلة إلى أن هدايا الخطبة تردّ مطلقا سواء أكانت قائمة أم هالكة، وسواء أكان العدول من الخاطب أو المخطوبة، لأنّها من هبات الثّواب التي يجوز للواهب الرجوع فيها، لأنّ الباعث الذي دفع الخاطب لتقديمها إنّما هو إتمام الزّواج، فإن لم يتحقّق المقصود من الباعث يجوز له الرّجوع فيها [41] ،

---

[34] - ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة، المطبعة الميمنية، 1310هـ، ج1، ص29.

[35] - نايف محمود الرجوب، المرجع السّابق، ص230.

[36] -أحمد الدّردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص220.

[37] - نايف محمود الرجوب، المرجع نفسه.

[38] - عبد القادر الداودي، المرجع السّابق، ص51.

[39] - شمس الدّين محمد الرمليّ، فتاوى الرملي، على هامش الفتاوى الكبرى للهيتمي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج3، ص175.

[40] -ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج4، ص94.

ب- الضّرر المعنويّ: وبقصد بالضّرر المعنويّ الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو يفوّت عليه مصلحة مشروعة ذات قيمة ماليّة، ولعلّ من صوره أن تكون الفتاة في سنّ يكثر معها الخاطبون فتختار واحدا منهم، ثم تمتد الخطبة سنتين أو أكثر بكثير ثم يعدل الخاطب عن الخطبة بعد أن فاتها عدد من الخاطبين الأكفاء قد يكونون أحسن مستقبلا وأعظم مكانة اجتماعية من خطيبها الذي عدل أخيرا[42]، كما يمكن أن تترك المخطوبة دراستها وتستقيل من وظيفتها بإيعاز من الخاطب، ومنه أيضا ما تتقوّله ألسنة الناس أحيانا عن أسباب العدول مما يؤذي سمعتها ويسيء إلى شرفها، وفي هذه المسألة لم يتعرّض الفقهاء القدامى إلى حكم هذا الضرر لعدّة أسباب أهمها قوّة الوازع الدينيّ آنذاك واتباع الإجراءات التي حدّدتها الشّريعة الإسلاميّة.[43]

ثانيا- حكم آثار العدول عن الخطبة في قانون الأسرة الجزائريّ

1- حكم الصّداق في قانون الأسرة الجزائريّ: إن الذي يظهر من خلال نص المادة 05 من قانون الأسرة الجزائريّ أنّه لم يتعرّض لموضوع الصّداق عند العدول عن الخطبة، بل اقتصر في وضع حلّ للهدايا فقط ولعلّ المشرّع الجزائريّ قد نظر إلى عادات المجتمع الجزائري المتعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي لم ينص على هذه الحالة، ومع ذلك كان من المستحسن لو تعرض لهذا الموضوع، فقد تكون هناك حالات معينة يتم فيها دفع الصّداق أثناء الخطبة، لإبراز جدية الرجل في الإقدام على الزواج.[44]

2- حكم الضرر الماديّ والمعنويّ في قانون الأسرة الجزائريّ: لقد ذهب المشرع الجزائري بالرأي الفقهي القائل بالتعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنويّ النّاجم عن العدول عن الخطبة، حيث أرسى في الفقرة الثالثة من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائريّ المعدّل بموجب الأمر02/05 المؤرّخ في 2005/02/27 مبدأ الحقّ في المطالبة بالتّعويض شريطة حصول الضّرر، ومنح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديريّة في بحث شروط استحقاقه وتقديره[45] ،وذلك بقوله :(-إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر ماديّ أو معنويّ لأحد الطّرفين جاز الحكم له بالتّعويض.

-لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئا ممّا أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يردّ للمخطوبة مالم يُستهلك ممّا أهدته له أو قيمته.-وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يُستهلك من هدايا أو قيمته).

فلقد جمع المشرع في قانون 1984 بين القول الرّاجح عن المالكيّة وقول الحنفيّة في مسألة التعويض عمّا أنفقه الخاطب أو أهداه للمخطوبة، ونظر إلى مصدر الضّرر وحكم بعدم استرداد الهدايا متى كان العدول من قبل الخاطب المُهدي؛ لكي لا تجمع على المرأة بين ألم العدول وألم ردّ الهدايا أو تعويض ما استهلك. أمّا إن كان العدول منها، فمن

---

[41] - ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الدّمشقيّ، الحنبليّ تقي الذين بن تيميّة، مجموع الفتاوى، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف بالرباط، ج32، ص10.

[42] - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط7، 1417-1997،ج1، ص95.

[43] -أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2010، ص28.

[44] - بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2008، ص48.

[45] - اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة أم البواقي، 2011، ص89.

حق الخاطب استرداد الهدايا القائمة فقط، أمّا ما استهلك بالاستعمال أو الأكل من حلويّات أو لباس أو غيرها فلا تجبر على تعويضها، لأنّ ما أخذته يعد في الحقيقة تبرّعا منه، فلا يضرّها ردّه لأنّه ممكن ولئلا يُضاعف الضّرر على الخاطب، فجعل المشرّع من شروط استرجاع الهديّة أن يكون العدول من المخطوبة وهو شرط المالكيّة وبقاء الهديّة بلا استهلاك وهو شرط الحنفيّة، ولكن ورد في الأمر05-02 الجديد ذكر ردّ قيمة الهديّة، وهي غالبا تكون في المستهلك أو التالف منها، ممّا قد يعني إلغاء شرط عدم الاستهلاك وثبوت حقّ الاسترداد للطرف المتضرّر، ولو كانت الهدايا المقدّمة قد استهلكت من قبل العادل المتسبّب في الضّرر. كما جاء المشرّع بمبدأ التعويض عن الضّرر المعنوي اللاحق بأحد الطرفين، جاز الحكم له بالتعويض، وهذا محل اجتهاد ونظر من القاضي في تعيين الضرر المعنويّ وتقديره ثمّ تقدير العوض المناسب له، وذلك مثار خلاف كبير بين الأطراف المتنازعة حين لا توجد بيّنة على مسؤوليّة المدّعى عليه في الضّرر إذ غالبا ما يكون ذلك لاتفاق شفويّ بين الطّرفين أو وعود متبادلة بينهما لا إثبات عليها كأن يعد الرّجل المرأة بالزّواج مقابل ترك وظيفتها التي تشغلها، أو يعدها بالزواج وتنتظره فترة طويلة من الزمن، ثم يعدل عن ذلك بعد أن فوّت عليها فرصا كثيرة للزواج وحرمها من تقدم الخطّاب إليها بسبب خطبته.[46]

خاتمة :

في ختام هذا البحث تمّ التوصّل إلى النتائج الآتية:

-يعتبر التعسّف في العدول عن الخطبة من أهمّ المباحث التي تدرس، فهو يشكّل نزاعا بين الخاطبين بسبب الضّرر الذي يحدث لأحدهما أو كليهما، والشريعة تعمل على تحقيق قاعدة لا ضرر ولا ضرار من خلال ضبط أحكام هذا العدول وكذلك قانون الأسرة الجزائريّ لوقف تعسّف أحد الطّرفين على الآخر.

-تكتمل الخطبة وتترتب عنها آثارها الشرعية مباشرة بعد موافقة المخطوبة وإظهار على الارتباط واكتمال الركون.

- الخطبة في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائريّ وعد بالزواج غير ملزم، وللطرفين الحقّ في العدول عنها ولو لم يصرّح بالأسباب.

-تعددت أقوال سادتنا الفقهاء من المذاهب الأربعة بالنسبة لمسألة أثر العدول عن الخطبة على الهدايا ويعتبر المذهب المالكيّ الأكثر اتزانا من غيره، حيث ميز أصحابه بين كون الرجوع من طرف الخاطب أو كونه من طرف المخطوبة .

-اتضح من البحث أن المشرّع الجزائريّ وافق المذهب المالكيّ في الكثير من أحكام العدول حيث قيده حماية للطرفين من أيّ ضرر قد يصيبهما جراء العدول عن الخطبة إلّا أنه كان عليه أن يتبع المذهب المالكيّ في مسألة استرجاع الهدايا التي استهلكت وذلك دفعا لأيّ غرر.

-ظهر جليّا من خلال هذا البحث أنذ المشرّع الجزائريّ لم يقنّن لمصير الصّداق وكان عليه ألّا يهمل المسألة وأن يقنن لها دفعا لأيّ خلاف قد ينشب بين الطّرفين، كما أنّه لم يتّحدث عن مصير الهدايا المقدّمة من طرف الأقارب،

[46] - عبد القادر داودي، المرجع السّابق، ص52.

بالإضافة إلى أنّه لم يتطرّق إلى مسألتين رغم إمكانيّة حدوثهما تتعلق المسألة الأولى بوفاة أحد الطرفين أثناء قيام الخطبة، وتتعلّق المسألة الثّانية بحالة فسخ الخطبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهة النظر، فالنذص يحتاج إلى وضع حلول لهذه المسائل لإمكانيّة وقوعها، وهو ما يشكل ضمانا لاستقرار الوضع وعدم نشوب خلاف.

التوصيات:

- على المشرّع الجزائريّ أن يقنن ويضبط المسائل غير الواضحة المتعلقة بالعدول عن الخطبة خصوصا ما تعلق بالصداق ومصير الهدايا المستهلكة والهدايا المقدمة من الأقارب وكذا مسألة العدول الناتج باتفاق الطرفين ، بالإضافة إلى حالة وفاة أحد طرفي الخطبة.

-لابد أن يتّبع المشرّع الجزائريّ في قوانينه أحكام الشّريعة الإسلاميّة بدل اللجوء إلى القوانين الغربية.

-إجراء دراسات معمّقة في الضّرر المعنويّ اعتمادا على المذهب المالكيّ.

-ضرورة الإكثار من الملتقيات العلمية كهذا الملتقى المبارك لأنّ تطوّر أحوال الناس وكثرة النوازل في هذا الموضوع تتوالى مما يستلزم إيجاد حلول لها باستمرار.

الهوامش والمراجع:

-القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

- ابراهيم مصطفى، معجم الوسيط، مطابع أوغست، (ب ط)، ج2.

- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الدّمشقيّ، الحنبليّ تقي الذين بن تيميّة، مجموع الفتاوى، المكتب التعليمي السعودي بالمغرب، مكتبة المعارف بالرباط، ج32، ص10.

- ابن عابدين محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لخاتمك المحققين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، دار عالم الطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط2، دار الفكر، 1966م، ج3.

- ابن عابدين محمد أمين، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، القاهرة، المطبعة الميمنية، 1310ه، ج1.

- ابن قدامة قدامة المقدسيّ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن محمد المقدسي، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، ج7.

-ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، (د ط)، دار المعارف(د ت ط)، ج1.

- أخرجه البخاري، المرجع السّبق، كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق،حديث رقم: 33، ج1.

- اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة أم البواقي، 2011.

- الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني(ت676ه)، مغني المحتاج غلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، على متن منهاج الطالبن، أبي زكريّا يحي بن شرف النوويّ الشافعي، اعتنى به محمد خليل عيتاني، مطبعة مصطفى الحلبي مصر، 1958م، ج3.

- الصاوي أحمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، لبنان، 1959م، ج2.

- النووي، محي الدّين أبو زكرياء يحي بن شرف النّوويّ الدّمشقيّ الشّافعيّ، روضة الطالبين والمتقين، ، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د ط)، (د س) ، ج6.

- بلحاج العربي، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في قانون الاسرة الجزائري، (د ط)، 2000.

- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، الجزائر، دار الخلدونية، ط1، 2008.

- تقية عبد الفتاح، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصيّة قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية، دار الكتاب الحديث، (د ط)، 2012م.

- رباب عبد العاطي، الزواج بين الشريعة والقانون، 2007/10/02، . www.arabs.net/pic/bsm/2

- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائريّ ، الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة، ط2، 1434هـ-2012م.

- شمس الدّين محمد الرمليّ، فتاوى الرملي، على هامش الفتاوى الكبرى للهيتمي، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج3.

- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر الجديدة، ط3، 2016.

- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، ط1، 1418هـ-1997م، ص70

- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائيّ في الفقه الإسلاميّ وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائريّ، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعيّة والعلوم الإسلاميّة، قسم الشّريعة، رسالة دكتوراه، 2008م-2009م.

- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، الجزائري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، قسم الشريعة، رسالة دكتوراه، 2009/2008.

- مصباح نوري المهايني، استرداد هدايا الخطبة، ط1، 1421هـ-2001م .

- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط7، 1417-1997،ج1.

- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الاسلامي، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2008م.

-ابن حجر الهيتمي، الفتاوى الكبرى، بيروت، دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج4.

-ابن سعد الباجي، المنتقى، دار الكتاب الاسلامي، ط2، ج2.

-أحمد الدّردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2.

-أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دار الجامعة الجديدة، ط1، 2010.

-اسمهان عفيف، السّلطة التقديريّة لقاضي شؤون الأسرة في التّعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، جامعة أم البواقي، (ب ط)، 2011م.

-البخاري: محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب : لايبيع على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه، حتى يأذن له أو يترك، رقم الحديث: 2139، دار اليمامة وابن كثير، بيروت، ط3، 1407هـ.

-بلحاج العربي، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 2001.

-جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، ط12008.

-سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائريّ، شركة الأصالة للنشر والتوزيع الجزائر العاصمة، ط2، 1434هـ-2012م.

-شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي بآفلو.

-محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ط)، (د ت ط).

الاشتراط في عقد الزّواج وإشكالاته القانونيّة

The stipulation in the marriage contract and its legal problems

د. إقروفة زبيدة

مخبر فعليّة القاعدة القانونيّة

جامعة بجاية

zoubida.igroufa@univ-bejaia.dz

ملخّص:

إنّ الغرض من التقنين في أيّ مجال هو ضبط العلاقات بين الأفراد والجماعات، ورسم حدود المعاملات بما يضمن حقوق المتعاملين؛واستقرار الأسر والمجتمعات.

ولعلّ أهمّ قانون يبرز فيه مقصد الاستقرار بالدّرجة الأولى؛ هو القانون الذّي ينظّم أحكام الأحوال الشّخصيّة، لكون استقرارالأسرة هو استقرار للمجتمع ككل.

وبالرّغم من جهد المشرّع الجزائري فيتنظيم أحكام العائلة، وكذا سعيه لتدارك بعض الاغفالات والنّقائص من خلال الأمر رقم 02/05، تماشيا مع المستجدّات الحاصلة في المجتمع الجزائري، إلاّأنّ العمل القضائي كشف عن بعض القصور في التشريع.

ومن بين تلك المواضيع التّي مسّها التعديل؛واعترتها إشكالات تطبيقيّة، مسألة الاشتراط في عقد الزّواج، الذّي يعدّ أحد الإجراءات والأليات القانونيّة لضمان حسن الانسجام والتوافق بين طرفي العلاقة الزّوجيّة.

وعليه تعالج هذه الورقة العلميّة الإشكاليّة الآتية:

كيف عالج المشرّع الجزائري موضوع الاشتراط؟ وإلى أيّ مدى وفّق في تقنين أحكام الاشتراط في عقد الزّواج؟.

للإجابة على الإشكاليّة السّالفة هيكلنا عناصر البحث ضمن مبحثين، الأوّل الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج، تعريفها، مشروعيّتها وأهميّتها، وأنواعها، الثّاني: قيود وضوابط الاشتراط، وآثار تلك الشّروط على عقد الزّواج.

ختام الدّراسة تبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري لم يعالج موضوع الاشتراط في عقد الزّواج معالجة كافية وافية، لذلك الحال يستدعي مراجعة النّصوص القانونيّة في الموضوع لضبط صياغتها؛ ودرء التناقض الحاصل بينها،وبينها وبين أحكام الفقه الإسلامي، مع ضرورة استدراك بعض الهفوات المتعلّقة بأثار عقد الزّواج المقترن بالشّروط المنافية لأصله، أو مقتضياته الوارد في المادتين 32 و35.

الكلمات المفتاحيّة: التطليق؛بطلان العقد؛

حقّ الاشتراط؛ عقد الزّواج؛ عقد رسمي.

Abstract:

The purpose of rationing in any field is to organize the relations between individuals and groups, to fix the limits of transactions in a way that guarantees the rights of persons, stability of families and communities.

Perhaps the most important law that regulates the provisions of personal status is family law, because the family and its stability

effects of those conditions on the marriage contract.

The conclusion of the study showed us that the Algerian legislator did not adequately address the issue of the stipulation in the marriage contract. Therefore, the situation calls for reviewing the legal texts on the subject to adjust its formulation; to avoid the contradiction between them in particular, and between them and the provisions of Islamic jurisprudence, to rectify some lapses related to the effects of the marriage contract associated with conditions that contradict its origin, or its requirements contained in Articles 32 and 35.

Keywords: *divorce;the invalidity of the contract;the marriage contract; the official contract; the right to stipulate.*

is the stability of society as a whole.

Despite the efforts of the Algerian legislator to regulate family provisions, as well as his endeavor to rectify some omissions and deficiencies through Ordinance No. 02/05,to correspond with development in Algerian society, the judicial work; it still reveal some deficiencies in the legislation.

Among those topics touched by the amendment; the issue of stipulating the marriage contract, which is one of the legal procedures and mechanisms to ensure good harmony and compatibility between the two parties to the marital relationship.

Accordingly, this scientific paper addresses the following problem:

How did the Algerian legislator deal with the issue of stipulation? To what extent did he succeed in codifying the provisions of the conditional marriage contract?

In order to answer the problem, we structured the research elements into two sections. The first isthe prescriptive conditions in the marriage contract, their definition, legality, importance, and types. The second: the restrictions and controls of stipulation, and the

مقدّمة

إنّ الغرض من التقنين في أيّ مجال هو ضبط العلاقات بين الأفراد والجماعات، ورسم حدود المعاملات بما يضمن حقوق المتعاملين واستقرار الأسر والمجتمعات.

ولعلّ أهمّ قانون يبرز فيه مقصد الاستقرار بالدّرجة الأولى هو القانون الذّي ينظّم أحكام الأحوال الشّخصيّة، لكون استقرارالأسرة هو استقرار للمجتمع ككل.

وبالرّغم من جهد المشرّع الجزائري في تنظيم أحكام العائلة ضمن قانون الأسرة الجزائري[1]، وكذا سعيه لتدارك بعض الإغفالات والنّقائص من خلال الأمر رقم 02/05، تماشيا مع المستجدّات الحاصلة في المجتمع الجزائري، إلاّأنّ العمل القضائي والأثر العملي أتى بنتائج عكسيّة في بعض المواطن والمسائل، ولهذا الوضع ما يبرّره، وعلى وجه الخصوص الضّغوط الدّوليّة؛ وتأثير اتفاقية سيداو[2] التّي صادقت عليها الجزائر، هذه الأخيرة التّي تفرض إدراج مبدأ المساواة بين الجنسين في كلّ شيء، ومن بين المواضيع التّي مسّها التعديل مسألة الاشتراط في عقد الزّواج، إذ يعدّ أحد الإجراءات والأليات القانونيّة لضمان حسن الانسجام والتوافق بين طرفي العلاقة الزّوجيّة.

والهدف من هذه الدراسة: الوقوف على الأحكام القانونية التي تؤطّر موضوع الاشتراط، وحدود إعمال هذا الحقّ من كلا الزّوجين، والإشكالات التطبيقيّة التي تعتري النّصوص المنظّمة لهذا الموضوع، والبدائل المقترحة لتسويتها.

الإشكاليّة: كيف عالج المشرّع الجزائري موضوع الاشتراط؟ وإلى أيّ مدى وفّق في تقنين أحكام الاشتراط في عقد الزّواج؟.

هيكلة البحث: تتوزّع عناصر الدّراسة على محورين:

المحور الأوّل: الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج، تعريفها، مشروعيتها وأهميتها، وأنواعها

أوّلا: الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج، تعريفها، مشروعيتها وأهميتها

ثانيا: أنواع الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج

المحور الثّاني: ضوابط الاشتراط، وآثار تلك الشّروط على عقد الزّواج

أوّلا: ضوابط الاشتراطفي عقد الزّواج

ثانيا: آثار الاشتراط في عقد الزّواج

ثمّ نحوصل جملة من النّتائج والتوصيات نذيّل بها خاتمة البحث.

المحور الأوّل:الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج: تعريفها-مشروعيّتها-أهمّيّتها-وأنواعها

أوّلا-تعريف الشّروط الجعليّة-مشروعيتها وأهمّيّتها

1-تعريف الشّرط لغة واصطلاحا

الشّرط لغةما يوضع ليلتزم به في بيع أو نحوه، والجمع شروط وشرائط،يقال شرَط له أمرا: التزمه، وشرَط عليه أمرا: ألزمه إياه[3].

أمّا الشّرط اصطلاحافهو" ما يلزم من انتفائه انتفاء الشيء الذي جُعل شرطا فيه، غير أنه ليس داخلا في ماهية المشروط، بل هو خارج عنها"[4].

2-مشروعيّة الاشتراط وأهمّيّته

يعدّ حقّ الاشتراط في عقد الزّواج أحد الضّمانات والآليات لنجاح مشروع الزّواج، ذلك أنّ كلّ طرف يخوّله القانون حقّ إملاء شروطه على شريك العلاقة الزّوجيّة، لتحقيق نسبة من التوافق والانسجام في الأفكار والرّؤى والأهداف المستقبليّة؛ التّي خطّط لها ويطمح في تجسيدها في أسرته، وهذا الحقّ من شأنه أن يولّد جوّا من التفاهم والاحترام لاختيارات الآخر، ومن وراء ذلك تحقيق الاستقرار الأسري، وتضييق دائرة الخلاف والتصادم بين الزّوجين.

أقرّ المقنن الجزائري مبدأ الاشتراط في عقد الزّواج، وعدّه من الحقوق المشتركة لكلا المتناكحين، مسايرة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، إذ الوفاء بالعقود والعهود مبدأ قرآني أكّدته السنّة النّبويّة، فمن الكتاب عموم النّصوص التّي تأمر بالوفاء بالعقود وتشمل كلّ عقد أو شرط تعاهد عليه المتعاقدان، كقوله تعالى: (**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**)[5]، ومن السنّة قوله . صلى الله عليه وسلم: (**إنَّ أحقَّ الشّروط أن تُوفوا به: ما اسْتحْلَلْتُم به الفروج**)[6]، وقوله . صلى الله عليه وسلم: (**الصُّلْحُ جائزٌ بَيْنَ المُسلِمينَ، إلَّا صُلْحًا حرَّم حلالًا، أو أحَلَّ حرامًا**)[7].

ورد مبدأ تكريس الحق في الاشتراط في المادة 19 من قانون الأسرة:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشّروط التّي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشّروط مع أحكام هذا القانون".

كما تضمنت المادة 37 من القانون ذاته إشارة إلى الموضوع نفسه، وإن كان محور الاتفاق ينصب حول المكتسبات الزّوجيّة:" لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التّي يكتسبانها خلال الحياة الزّوجيّة وتحديد النسب التّي تؤول إلى كل واحد منهما".

حيث فتح المشرّع المجال أمام المقبلين على الزّواج أو المتزوجين لإملاء شروط بعضهما البعض، ضمانا لحق ثابت بعقدة النّكاح أو توكيدا له ، أو إنشاء حقّ آخر إضافيا؛ يحقّق غرضا ومنفعة للمشترط، وجعل المشرع باب الاشتراط مفتوحا، لا يحد إرادة الزّوجين المتشارطين إلاّ قيد واحدا، وهو عدم التصادم مع ما يقتضيه عقد الزّواج، وخصّ بالتمثيل، وبصيغة التأكيد -من خلال استعمال كلمة(لاسيما)- شرط عمل المرأة، وعدم تعدّد الزّوجات، وهو من الشّروط التّي تكون لصالح المرأة، دون أن يسوق أو يضرب مثالا عن شرط يمكن أن يتقدّم به الرجل، وهذا فيه إجحاف للرّجل وجنوح عن المساواة، وكان الأولى التعبير عن المثال الذي ساقه المشرّع بعبارة: "لاسيما شرطي عمل المرأة وتعدّد الزّوجات "، حتى يسري الشّرط على الرّجل والمرأة، ويحقّق المساواة في المركز القانوني لهما في موضوع الاشتراط، وهو أحد دوافع تعديل المادة نزولا عند بنود اتفاقية سيداو.

وما زاد توسعة لمجال الاشتراط؛ عدم تقييده بوقت إبرام عقد الزّواج، بل يمكن إضافة شروط أخرى، أو الاشتراط لأوّل مرة في ظلّ الحياة الزّوجيّة القائمة، وهذه الفسحة تعدّ ضمانة قانونيّة لاستقرار العلاقة الزّوجيّة من خلال الاتفاق على الأرضيّة المشتركة والتخطيط المتناسق بينهما لسير الأسرة ومستقبلها.

أمّا نص المادة 37 فهو بدوره يعضد ويكرّس نفس الفكرة الواردة في المادة أعلاه، وبنفس الإجراء القانوني، إلاّ أنّ المشرّع آثر أن يخصّ من جملة الشّروط المهمّة ما تعلّق بالمكتسبات الماليّة، التّي يتشارك الزّوجان في تحصيلها معا، وهي من أكثر الخصومات التّي تثار أمام قسم شؤون الأسرة؛ كدعوى في أثار فك الرّابطة الزّوجيّة، والتّي يشوبها قصور في النّصوص الحاليّة، وفراغ تشريعي يعدّ إشكالا جوهريا في الموضوع، خاصّة في ظلّ التطورات والمتغيرات التّي عصفت وجدّت في المجتمع الجزائري، من ولوج المرأة لمجال العمل والتكسّب بقوّة، ومشاركتها في كسب الثروة العائليّة.

ثانيا- أنواع الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج

باستقراء النّصوص القانونيّة الواردة في موضوع الاشتراط في عقد الزّواج، سواء ما تعلّق بتكريسها، أو تلك التّي تبيّن حكم عقد النّكاح المرتبط بالشّروط الجعليّة، يمكننا استنباط وتصنيف أنواع الشّروط التّي يمكن أن تقترن بعقد الزّواج كما هو آت.

1-الشّروط الصّحيحة

هي تلك الشّروط التّي تتوافق مع مقتضيات عقد الزّواج؛ سواء كانت ممّا ورد النّص بها صراحة كحقوق الزّوجيّة، أو من أثار الرّابطة الزّوجيّة، أو جاءت مؤكّدة لها، كالمعاملة بالحسنى، وتعجيل كامل مهرها، وزيارة الأقارب، والنّفقة بالمعروف، والاستقلال ببيت الزّوجيّة، أو اشتراط الزّوج على الزّوجة رعاية الأولاد وحسن تربيتهم، والقرار في البيت، وعدم الخروج إلاّ بإذنه، وغيرها ممّا ليس له حصر.

فهذه الشّروط يعتد بها شرعا وقانونا؛ ويجب الوفاء بها قضاء وديانة، ونُقول الاجتهادات الفقهيّة تثبت ذلك، فقد جاء في الشرح الكبير ما يلي:(الشّروط في النّكاح قسمان صحيح وفاسد، فالصحيح نوعان:

النوع الأول: شرط يقتضيه العقد كتسليم المرأة إليه، وتمكينه من الاستمتاع بها، فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كعدمه.

النوع الثاني: شرط تنتفع به المرأة كزيادة على مهرها، أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به)[8].

2-الشّروط الباطلة

هي مجموع الشّروط التّي يفرضها أحد طرفي العلاقة الزّوجيّة على الآخر، سواء أثناء إبرام عقد الزّواج أو في ظلّ الزّوجيّة القائمة، كاشتراط عدم التوارث، وعدم الانجاب، وإسقاط الحضانة عن الزّوجة إذا خالعت زوجها، وتأقيت الزّواج وإنهائه بانتهاء الغرض منه من التمكين من الوثائق للهجرة أو الإقامة أو السّفر، والزّواج بغرض التحليل للزّوج الأوّل؛ الذي بانت منه بينونة كبرى...، فحتّى وإن اتفقت إرادة المتناكحين على قبولها والتعهّد بالوفاء بها، إلاّ أنّها ما دامت تصادم مراد الشارع والمشرّع من عقد الزّواج وأثاره، وتناقض الأحكام والمقاصد الشّرعيّة من النّكاح، فهي مردودة لا اعتبار لها في ميزان الشّرع والقانون، وأكثر من ذلك بعض تلك الشّروط تفضي لإبطال العقد المرتبط بها حتّى لو تمّ البناء بالزّوجة، نتيجة قدحها بجوهر عقد الزّواج؛ الذي يشترط فيه التأبيد والتنجيز والدوام.

وقد تباين موقف المشرّع من هذا النّوع من الشّروط، كما تباينت آراء فقهاء المذاهب الإسلاميّة، رغم الاتفاق على بطلان جملة من تلك الشّروط، ونرجئ التفصيل في موقف المشرّع الجزائري إلى المحور الثاني.

والحاصل أنّ الشّروط المنافية لمقصود العقدضربان:

الضّرب الأوّل: ما يخلّ بالمقصود الأصلي للنّكاح وهو المعاشرة الزّوجيّة، أو اشتراط التأقيت، وما في معناهما كنكاح المحلّل،والشغار؛ فهذه الشّروط باطلة في ذاتها مبطلة للعقد الذي ارتبطت به، وهذا في قول عامّة أهل العلم.

الضّرب الثّاني: كلّ شرط فيه منافاة لمقتضى العقد دون أن يخلّ بالمقصد الأصلي له، فهويتضمّن إمّا ترك ما أمر الله به، أو فعل ما نهى عنه، كاشتراطهما أن لا توارث بينهما، أو إسقاط النّفقة عليها وعلى الأولاد، أو يتزوجها بشرط طلاق ضرته...

فهذه الشّروط في مجملها ملغاة وباطلة، لكن العقد المقرون بها يبقى صحيحا ونافذا؛ وهو مذهب الجمهور من الحنفيّة[9]، والحنابلة[10]، والشافعيّة[11]، وخالفهم ابن تيمية[12].

3-الشّروط الجائـزة

هي الشّروط التّي لم تظهر ملاءمتها ولا منافاتها لمقصود العقد، وفيها منفعة لأحد العاقدين، فهي شروط لا تتعارض مع نص قانوني ولا مع نص شرعي ثابت، بل هي مطلقة عنالأمر أو النّهي.

والشّروط التّي قد يتفق عليها المتناكحان ويتعاقدان عليها من هذا القبيل عديدة، وغير محصورة، فأمثلة الشّروط التّي قد تتقدّم بها الزّوجة؛ أن ينتقل هو للسكن في بيتها، أو ألاّ يسافر بها خارج الوطن، أو ألاّ يتزوّج عليها، أو أن تستمر في مزاولة دراستها، أو عملها...، أمّا ما يصدر من جهة الزّوج؛ فمثاله أن يشترط عليها التنازل عن وظيفتها،والمساهمة بجزء من راتبها في المسؤوليّات الماديّة للأسرة،أوتقوم بخدمة أبويه على فترات...

المحور الثّاني: ضوابط الاشتراط وأثره على عقد الزّواج المقترن بها

سنتطرق في هذا المبحث إلى عنصرين، أوّلهما: ضوابط الاشتراط في عقد الزّواج، وثانيهما: أثر الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج، مع تفريع تفصيلي لكلّ عنصر.

أوّلا- مبدأ التشارط وضوابط الاشتراط في عقد الزّواج

1-مبدأ التشارط: مبدأ التشارط في عقد النّكاح حقّ مكرّس في قانون الأسرة، ومخوّل لطرفي العلاقة الزّوجيّة: الزّوج والزّوجة بالنّص الصّريح في المادة 19:" **للزوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشّروط التّي يريانها ضرورية...**"، استنادا إلى النّصوص الشّرعيّة التي سبق عرضها في عنصر مشروعيّة التشارط بين المتناكحين، باعتبار الشّريعة الإسلامية مرجعا أصليّا لمضامين قانون الأسرة الجزائري، خاصّة حديث رسول الله- صلى الله عليه وسلم-: (**إنَّ أحقَّ الشّروط أن تُوفوا به: ما اسْتحْلَلْتُم به الفروج**)[13]، حيث:" نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري عندما أعطى للمتعاقدين حرّيّة اشتراط الشّروط غير المنافية مع القانون أو مع العقد نفسه، يكون قد توسّع في مسألة الاشتراط وساير مذهب الحنابلة؛ القائلين بلزوم الشّروط التّي لا تنافي مقتضى عقد الزّواج، وهذا الاختيار في محلّه؛ لأنّه يتماشى مع طبيعة العقود ويحقّق مصلحة المتعاقدين"[14].

أمّا موضوع المكتسبات الزّوجيّة الذّي أدرجه المشرّع لأوّل مرّة في قانون الأسرة، فقد يكون أيضا محل الاشتراط، وللزّوجين كلّ السّلطة للاتفاق حول كيفيّة تقسيم المكتسبات وأرباحها، والنّسب التّي تؤول لكلّ واحد منهما، سواء في حالة التوافق أو التنازع في ظلّ الزّوجيّة القائمة أو بعد فكّها، وهو ما يستشف من نص المادة 37 الذّي جاء مطلقا:"لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر. غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التّي يكتسبانها خلال الحياة الزّوجيّة وتحديد النسب التّي تؤول إلى كل واحد منهما".

والموضوع على قدر أهمّيّته وتناسبه مع مستجدات الأسرة الجزائريّة، إلاّ أنّ الذهنيّات والعقليات السّائدة في المجتمع الجزائري تظلّ عائقا أمام ولوج هذا المجال الحسّاس، الذي لا تتقبّله النّخبة ناهيك عن العوام، وأيّ زوجة تتجرّأ على زوجها لتطالب بنصيبها من أملاك الأسرة، وتلزمه بالتصريح بذلك في العقد؟، والمجتمع قد درج على ذلك، حتّى صار عرفا مجمع عليه؛ أنّ المرأة في بيت أهلها أو زوجها؛ تشقى وتسعى وتساهم في اكتساب الأموال للعائلة،إلاّ أنّ التسجيل القانوني، والمالك الوحيد هو الرّجل، أبا كان أو أخا أو زوجا أو ابنا.

فالمادة 37 من قانون الأسرة بادرة طيبة للمشرّع بقصد حفظ حقوق وأتعاب كلّ طرف في المكتسبات الزّوجيّة، إلاّ أنّ النّص مطلق فضفاض، يحتاج لتفريعات وأحكام وقيود لا غنى عنها، حتّى ينتظم بصورة دقيقة،لذا بات لزاما على المشرّع إضافة نصوص أخرى للتفصيل في أحكام المكتسبات الزّوجيّة وآثارها وكيفية توزيعها، والجهة المختصّة بإبرام عقد الاشتراط عموما، وبالأخص العقد المتعلّق بكيفية تقاسم تلك الثروة الأسريّة.

2-ضوابط الاشتراط في عقد الزّواج

انطلاقا من القواعد العامّة، ومن نصوص قانون الأسرة التّي تنظّم موضوع الاشتراط في عقد الزّواج، يمكن استخلاص القيود القانونيّة التّي تعتري الشّروط الجعليّة، منها:

- تقييد حقّ الاشتراط بعدم مخالفته للنّظام العام ولمقتضيات وآثار عقد الزّواج.
- التصريح بالشّروط يكون شفاهة أو كتابة أو إشارة معتادةمن الأخرس.
- موافقة الزّوج المشترط عليه صراحة على الشّروط المملاة عليه دون إكراه أو لبس.
- إملاء الشّرط يكون أثناء إبرام عقد الزّواج، حتّى يسمعه الحضور من المتناكحين والشّاهدين، والإشكال العملي لهذا القيد القانوني، هل تدوّن هذه الشّروط في استمارة عقد الزّواج-وهي لا تتضمّن مكانا لذلك-؟ أم في السجل الذّي يحتفظ به ضابط الحالة المدنيّة؟، أم لابد من أن يبرم العقد في مكتب الموثق؟، أم يكتفي بالتصريح بها أمام الشاهدين في مجلس العقد، الذّي يبرمه الإمام؟.
- إذا كان الشّرط بدى لأحدهما بعد الدّخول واتفقا عليه لا بد من تدوينه في عقد رسمي، وهنا أيضا نسجّل إغفالا وقصورا في الموضوع، حيث لم يبيّن المشرّع الجهة المخوّلة بتوثيق هذا العقد الرّسمي: القاضي أو الموثق أو ضابط الحالة المدنيّة...، وكيف نسمي هذا العقد؟، وما هي أحكامه واجراءاته وآثاره القانونيّة؟، كلّ ذلك سكت عنه المشرّع، ما يجعل أهل القانون أمام إشكالات غير محصورة، تفرض إضافة مواد لهذا الموضوع تفصّل في أهم أحكامه على الأقل، وإن كان فرض توثيق تلك الشّروط فيه فائدة للطّرفين، حيث:" في حال النّزاع ورفع الأمر إلى القضاء فإنّه يسهل عمل القاضي في الفصل في الخصومة بين الزّوجين، بحيث يتفادى اللّجوء إلى اليمين التّي قلّما يكترث لوقعها الخصمان وإلى المطالبة بوسيلة من وسائل الإثبات ما دام العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي عدم تطويل مسطرة التقاضي، التّي هي أسمى ما يهدف إليه القضاء ببلدنا"[15].

ثانيا- أثار الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج وتعقيبات على موقف المشرّع

1-أثار الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج

يتجلى أثر الشّروط التّي يملها أحد الزّوجين على الآخر على عقد الزّواج؛ بحسب نوع وطبيعة الشّرط كما سلف بيانه في المحور الأوّل، وتطبيقا لمضمون المادتين 32 و35، حيث:

- يجب الوفاء بالشّرط لمستحقه، إذا كان الشّرط صحيحا معتبرا شرعا وقانونا، مثل اشتراط زيارة الوالدين والأقارب المحارم بالمعروف، رعاية الأولاد وحسن تربيتهم...
- في حالة عدم الوفاء بها؛ يمكن للمشترط التنازل عنها طوعا دون أيّ أثر على صحّة العلاقة الزّوجيّة.
- منح الزّوج المتضرّر من عدم الوفاء بشرطه حقّ مقاضاة الزّوج الآخر بصيغة وحكم قانوني، لمطالبته بتنفيذ الشّروط المتفق عليها، كما يمنحه هذا الإجراء امتلاك البيّنة ضده، للمطالبة لاحقا بالتعويض أو مفارقته على وجه مؤسّس، وهنا يثار إشكال عمليلميبيّن القانون كيفيّة المطالبة بالتنفيذ، وهل تسري عليه الإجراءات والقواعد العامّة في
الالتزامات؟.

و"في الأحوال الطّارئة أو الاستثنائية: إذا أخلّ الزّوج بشروط الزّوجة بسبب ظروف طارئة أو وقائع جديدة، بحيث يصبح معها الالتزام بتنفيذ تلك الشّروط مرهقا له، لاسيما إذا كانت قد أثُبتت شروطها بكافّة الطّرق.

هذه المسألة تحكمها نظريّة الظّروف الطّارئة، ولم يتطرّق إليها قانون الأسرة الجزائري، وإنّما نصّ عليها القانون المدني[16] في الفقرة الثّالثة من المادة 107، وباعتباره الشريعة العامّة فيما لم يرد فيه نص في فروعه فيمكن الرّجوع إليه، في حين نجد أنّ المقنّن المغربي قد أخذ بهذه النّظريّة في مدونة الأسرة المغربيّة في الفقرة الثانية من المادة 48، حيث جاء فيها: "إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشروط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظّروف والوقائع قائمة"[17].

وهذا الإشكال المثار في غاية الأهمية، إذ الأولى بيان إجراءات التنفيذ؛ وآليات إلزام الطّرف النّاكث لعهده، بدلا من اللّجوء مباشرة إلى فكّ الرّابطة الزّوجيّة.

- لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديريّة واسعة في النّظر في الشّروط المرتبطة بعقد الزّواج أو بعده، اعتبارا أو ردا؛ بناءً على معيار مصلحة الأسرة، فالعمل القضائي درج على تقديم مقتضى العقد على مبدأ التشارط وحرّيّة التعاقد.

وذلك ما يستشف من استقراء بعض الأحكام والقرارات القضائيّة في الموضوع، حيث جنحت المحكمة العليا إلى الأخذ برأي الإمام مالك في القول بكراهة الاشتراط في عقد الزّواج:"من المقرّر قانونا وشرعا أنّ الشّرط الوارد في عقد الزّواج الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج ولا يؤثر في عقد الزّواج، ومن ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعيّة، ولمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ قضاة الموضوع ألزموا الزّوج بالعرف بتعهّده بالبقاء بزوجته بالعاصمة؛ يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة وفرضوا عليه قيدا هو مخير فيه، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال المطعون فيه"[18].

- حقّ كلّ زوج لم يوَف له بشرطه الصّحيح؛ مباشرة دعوى فك الرّابطة الزّوجيّة، إمّا بالطّلاق، وحينئذ إن أثبت الزّوجأمام القاضي وجود شرطه، وتعسّف الزّوجة في الالتزام به؛ حكم له بالطّلاق واعتبر القاضي طلبه مؤسّسا، أو بالتطليق؛ بناءً على الفقرة التاسعة من المادة 53 من قانون الأسرة، وهي مدرجة بمقتضى تعديل 2005:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:...9-مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج".

إلاّ أنّ " هذه المادة تطرح عدّة إشكاليات فقهيّة قانونيّة عمليّة، لكونها لم تميّز بين أنواع الشّروط وأقسامها -بين صحيحها وفاسدها-من حيث وجوب الوفاء من عدمه، فلم تفرق بين الآثار المترتبة على جزاء الإخلال بشرط من هذه الشّروط المتفق عليها أثناء العقد"[19].

كما أنّ المشرّع يتعيّن عليه إضافة جملة للفقرة 9 من المادة 53، التّي تناولت حالات التطليق العشرة: "9-مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج"، حتّى تنسجم مع نص المادتين 19 و37 كالآتي:"9-مخالفة الشّروط المتفق عليها في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق"، حتّى لا يتوهّم البعض أنّ التطليق ينحصر في حالة مخالفة الشّروط المتفق عليها فقط أثناء إبرام عقد الزّواج؛ دون الشّروط التّي تملى بعد الزّواج في أيّ مرحلة من مراحله.

- حقّ المطالبة بالتعويض عن الضّرر المادي أو المعنوي النّاتج عن الاخلال بالشّرط المتفق عليه، تأسيسا على نص المادة 53 مكرّر:"يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ".
- إبطال الشّرط إذا كان منافيا لمقتضيات عقد الزّواج وآثاره، كالاتفاق على عدم التوارث، عدم الإنفاق، عدم العدل بين الضّرات، إسقاط الحضانة والولاية مقابل الخلع...، مع استمرار عقد الزّواج صحيحا منتجا لكلّ أحكامه وآثاره بقوّة القانون.
- إبطال الشّرط الذّي يمس بجوهر عقد الزّواج كالتحليل والتأقيت والشّغار، مع إبطال العقد المقترن بهذا الشّرط، لأنّ هذه أنكحة باطلة، أغفل المشرّع عن ذكرها في قانون الأسرة، ويكون المرجع هو العودة لأحكام الشّريعة الإسلاميّة (م222).

2-تعقيبات على موقف المشرّع من الشّرط الباطل

من الضّروري الإشارة إلى أنّ المقنّن وقع في خلط وتناقض في معرض بيان أحكام الشّرط الباطل الذّي يناقض مقتضيات عقد الزّواج، والتبس عليه الأمر -الذّي لا يخفى على ناظر فيه-، فقد ورد نص المادة 32 كما يأتي:" يبطل الزّواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، وتضمّنت المادة 35 الآتي:" إذا اقترن عقد الزّواج بشرط ينافيه كان ذلك الشّرط باطلا والعقد صحيحا ".

جاء نص المادتين هكذا بصورة مطلقة من غير تقييد بالدّخول من عدمه؛ فيفهم سريانه على الحالين، كما أنّه يطرح إشكالا جوهريّا من النّاحيّة التطبيقيّة، ما يجعل قاضي شؤون الأسرة يتردّد بين الحالات التّي يسري عليها نص المادة 32 من الحالات التّي يسري عليها نص المادة 35، لأنّ مضمونهما متضارب، فمتى يحكم القاضي بإبطال الشّرط والعقد؟، ومتى يحكم بإبطال الشّرط وحده واستمرار العقد صحيحا؟، إذ لم يفرّق المشرّع بين الشّرط الباطل المبطل للعقد، والشّرط الباطل غير المبطل للعقد.

وقد نسعى لإيجاد بعض التأويلات والمخارج لمقصود المشرّع بغرض دفع التضارب بين المواد القانونيّة المنظّمة لأثر ارتباط عقد الزّواج بالشّروط الباطلة.

*تسري المادة 32 على الشّرط الذّي يمسّ بجوهر العقد ويناقض أصله؛ كاشتراط التحليل والتأقيت والشّغار...، فيبطل العقد والشّرط، ويقتضي الفسخ مطلقا قبل الدّخول وبعده، وتسري المادة 35 على الشّرط المنافي لمقتضيات العقد وأثاره الشّرعيّة من النّفقة والتوارث والإعفاف، حيث يسقط الشّرط ويبقى العقد مستمرا صحيحا منتجا لآثاره القانونيّة.

أمّا بقية الشّروط التّي تتنافى ومقتضى العقد كإسقاط النّفقة عليها، وليس فيها إخلال بالمقصد الأصليله، وهو المعاشرة الزّوجيّة، فهي شروط فاسدة وباطلة، في حين العقد يستمر وجوده صحيحا على رأي الشافعية[20].

*تطبيق نص المادة 32 على العقد المقترن بشرط ينافيه إذا علم بأمره قبل الدّخول، ونعمل نص المادة 35 إذا تمّ الدّخول نبطل الشّرط ونستبقى العقد صحيحا؛ حفاظا على مصلحة الأسرة، وهذا رأي الدكتور بلحاج العربي:"غير أن المشرع الجزائري صححهبالدخول، حيث قرر بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحا بناء على المادة: 35 ق.أ" [21].

وإلى هذا التوجّه يقترب رأي السّادة المالكيّة،(كل ما وقع على شرط يناقض المقصود من النّكاح، كأن وقع على شرط أن لا يقسم بينها وبين ضرتها في المبيت...، أو شرط الزوج أن نفقته عليها ...، فيفسخ قبل الدخول في الجميع، ويثبت بعده بصداق المثل، وألغي الشّرط المناقض، فلا يعمل به)[22].

*إذا تنازل الشّخص عن شرطه؛ سقط الشّرط وبطل، وصحّ النّكاح، قبل وبعد الدّخول، لتوفر ركن العقد وشروط صحّته، وإن تمسّك به مشترطه فسخ، توجيها لنص المادة 32، وهو أحد الأقوال عن المالكيّة[23].

والصّياغة المقترحة لتعديلم19هي:" للزّوجين أن يشترطا في عقد الزّواج أو في عقد رسمي لاحق كلّ الشّروط التي يريانها ضروريّة، لاسيّما شرط تعدّد الزّوجات، وعمل المرأة، والمكتسبات الزّوجيّة، ما لم تتنافهذه الشّروط مع أحكام هذا القانون.

يحدّد عن طريق التنظيم كلّ ما يتعلّق بالعقد الرّسمي اللاّحق".

المادة 32:" يبطل الزّواج، إذا اشتمل على مانع، أو شرط التحليل، أو التأقيت، قبل وبعد الدّخول".

المادة 35:" إذا اقترن عقد الزّواج بشرط ينافي مقتضاه، كان الشّرط باطلا والعقد صحيحا".

خاتمة

- الشّروط المقترنة بالعقد ثلاثة أنواع:

*شرط صحيح موافق ومطابق لمقتضيات عقد النّكاح، يجب الوفاء به.

*شرط باطل مبطل للعقد،إذا كان يمس بجوهر عقدة النّكاح كالمحلّل والمؤقّت والشّغار.

*شرط باطل في نفسه غير مبطل للعقد، إذا كان ينافي فقط مقتضيات العقد.

- لم يعالج المشرّع الجزائري موضوع الاشتراط في عقد الزّواج معالجة كافية وافية، لذلك الحال يستدعي مراجعة النّصوص القانونيّة في الموضوع لضبط صياغتها، ودرء التناقض الحاصل بينها خاصّة،وبينها وبين أحكام الفقه الإسلامي، منها المواد 19و37 و53،واستدراك بعض الهفوات المتعلّقة بأثار عقد الزّواج المقترن بالشّروط المنافية لأصله أو مقتضياته الوارد في المادتين 32 و35.

- جنح المشرّع في مواد الشّروط الجعليّة في عقد الزّواج إلى إرضاء بعض الأطراف والاستجابة لمقتضيات المصادقة على اتفاقية محاربة أشكال التميز بين الجنسين(م19)، وأدرج مسألة اقتسام المكتسبات الزّوجيّة، وجعل الاتفاق حولها ضرب من الاشتراط المقارن لعقد الزّواج أو اللاّحق به(م37)، الأمر الذي أفرز إشكالات قضائيّة تطبيقيّة، تستوجب النّظر فيالموضوع شكلا وموضوعا في التعديل اللاّحق.

- التكثيف من الدّورات التكوينيّة والتأهيليّة لمشروع الزّواج؛ لتعريف وإعلام الشباب والمتزوجين بأهميّة الاشتراط في عقد الزّواج أو أثناء العلاقة الزّوجيّة، مع بسط المعارف القانونيّة المتعلّقة به من بيان أنواع الشّروط، وإجراءات توثيقها، ونتائج الاخلال بها.

الهوامش:

[1]- القانون 84-11، المؤرّخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، الصادر بتاريخ 09 جوان 1984، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-09 مؤرخ في 4 ماي 2005، ج ر ع 43، مؤرخ في 22 جوان 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي يعدل ويتمم القانون 84-11 ،ج ر ع 15 مؤرخ في 27 فيفري 2005.

[2]- اتفاقية سيداو معتمدة في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتم عرضها للتصديق بالقرار رقم 34-108 في 18 ديسمبر 1979، دخلت حيز التنفيذ في 3 ديسمبر 1981.

[3]- انظر: جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، إعداد وتصنيف يوسف خياط،مج2 ، (ط، بلا)،بيروت: دار لسان العرب، (د،ن)، ص297.

- إسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج3،ط2،بيروت: دار العلم للملايين، 1399ه/ 1979 م، ص1136.

- محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، طبع وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، إشراف مكتب البحوث والدراسات، (ط، بلا)، بيروت: دار الفكر، 1415ه/ 1995 م، ص605، 606.

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، (ط،بلا)،تركيا: المكتبة الإسلامية، (د،ن)، ص478.

[4]- سعيد خنوش، المشارطات في عقد الزواج، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008، ص22.

[5]- المائدة / 1.

[6] - محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة قصي محب الدين الخطيب،ج5،ط2، القاهرة: دار الريان للتراث، 1409ه/1989م، (كتاب الشروط، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح، حديث رقم2721)، ص380، واللفظ له.

[7]- محمد بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، ج3،ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1356ه/1937م، (كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح، حديث رقم1127، ص434.

[8]- ابن قدامة عبد الرحمن، الشرح الكبير،ج7، (ط،بلا)، بيروت: دار الكتاب العربي، 1403ه،1983م، ص528.

[9] - علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج1 ، (ط،بلا) ،مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، (د،ن) ، ص209 ، 210 .

[10]- ابن قدامة عبد الرحمان، المرجع السّابق، ج7، ص528.

[11] - الشافعي محمد بن إدريس، الأم، إشراف وتصحيح محمد زهري النجار، ج5،ط2، بيروت: دار المعرفة، 1393ه/1973م، ص73.

[12] - ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، مج32،ط2، السعودية: (مكان النشر، بلا)، (د،ن)، ص 159.

[13]- سبق تخريجه.

[14] - سمير عبدو،"الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاحياء، العدد14، ص466.

[15]- كعنيت محمد، "مدى أحقية الزوج في مال الزوجة مقابل السماح لها بالخروج للعمل-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10، ص473.

[16]-الأمر رقم 75-58 مؤرّخ في 20 رمضان 1395ه/ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78، مؤرّخ في 30 / 09 / 75، معدل ومتمّم.

[17]--د. محمدبنيحي، د. أحمد بوعشيق، "المدونة الجديدةللأسرة، قانون رقم:03 -70"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ط1، 2004، ص 157، وانظر محمد الكشبور،شرح مدونة الأسرة مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ج1، ط1، 2006، ص165(نقلا عن كعنيت محمد، المرجع السابق، ص475).

[18]- المحكمة العليا، عرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 48575، بتاريخ:1988/06/20، المجلة القضائية، عدد02، ص54.

[19] - محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر -باتنة-كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية -قسم الشريعة، 2009/2008، ص454.

[20] - انظر: الشافعي، المرجع السابق، ج5، ص73؛ النووي يحي بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج5،ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1412ه/1992م، ص589.

[21]-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص149.

[22]-الدردير أحمد، الشرح الصغير، ج2، (ط،بلا)، الجزائر: وزارة الشؤون الدينية، 1413ه/1992م، ص107.

[23]- عليش محمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، (ط،بلا)، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1378ه/1958م، ص333.

قائمة المصادر والمراجع:

***الكتب**

-ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى،جمع وترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم بمساعدة ابنه محمد، مج32،ط2، السعودية: (مكان النشر، بلا)، (د،ن).

-ابن قدامة عبد الرحمان، الشرح الكبير، ج7، (ط،بلا)، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1403ه/1983م.

- إسماعيل الجوهري، تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، ج3، ط2،بيروت: دار العلم للملايين، 1399ه/ 1979 م.

-بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 1988م.

-جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، إعداد وتصنيف يوسف خياط، مج2، (ط، بلا)،بيروت: دار لسانالعرب، (د،ن).

- الدردير أحمد، الشرح الصغير، ج2، (ط،بلا)، الجزائر: وزارة الشؤون الدينية، 1413ه/1992م.

-الشافعي محمد بن إدريس، الأم، إشراف وتصحيح محمد زهري النجار، ج5،ط2،بيروت: دار المعرفة، 1393ه/1973م.

- عليش محمد، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، (ط،بلا)، مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، 1378ه/1958م.

- علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج1،(ط،بلا) ، مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي ، (د،ن).

- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ج1، (ط،بلا)،تركيا: المكتبة الإسلامية، (د،ن).

-محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مراجعة قصي محب الدين الخطيب، ج5، ط2، القاهرة: دار الريان للتراث، 1409ه/1989م.

-محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، طبع وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، (ط،بلا)، بيروت: دار الفكر، 1415ه/1995م.

-محمد بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، ج3، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1356ه/1937م.

-النووي يحي بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج5، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1412هـ/1992م.

***الرّسائل والأطروحات الجامعيّة**

-محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر -باتنة-كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية -قسم الشريعة، 2009/2008.

-سعيد خنوش، المشارطات في عقد الزواج، رسالة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2008.

***المقالات**

-د. محمدبنيحي، د. أحمد بوعشيق، "المدونة الجديدةللأسرة، قانون رقم:03 -70"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ط1، 2004.

-محمد الكشبور،شرح مدونة الأسرة مطبعة النجاح الجديدة،الدار البيضاء، ج1، ط1، 2006.

-سمير عبدو،"الاشتراط في عقد الزواج وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة الاحياء، العدد14.

- كعنيت محمد، "مدى أحقية الزوج في مال الزوجة مقابل السماح لها بالخروج للعمل-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري-"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10.

***الوثائق القانونيّة**

- اتفاقية سيداو معتمدة في 18 ديسمبر 1979 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتم عرضها للتصديق بالقرار رقم 34-108 في 18 ديسمبر 1979، دخلت حيز التنفيذ في 3 ديسمبر 1981.

- الأمر رقم 75-58 مؤرّخ في 20 رمضان 1395هـ/ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78، مؤرّخ في 30 / 09 / 75، معدل ومتمّم.

-القانون 84-11، المؤرخ في 9 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر ع 24، الصادر بتاريخ 09 جوان 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 -09 مؤرخ في 4 ماي 2005، ج ر ع 43، مؤرخ في 22 جوان 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02 -05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 مؤرخ في 27 فيفري 2005.

***الأحكام والقرارات القضائيّة**

-المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 48575، بتاريخ1988/06/20،المجلة القضائية، عدد02.

الاشتراط في عقد الزواج و تطبيقاته

Conditions in Marriage Contract and Their Applications

بن عتصمان نبيلة *
مخبر قانون الأسرة
جامعة الجزائر1
nabila_beno@hotmail.fr

ملخص:

إن الاشتراط في العقود بصفة عامة أمر جائز شرعا وقانونا، وذلك تطبيقا للمبدأ المعروف " العقد شريعة المتعاقدين "، تماشيا مع قول الرسول عليه الصلاة والسلام {المسلمونَ على شروطِهم إلَّا شرطًا حرَّم حلالًا أو أحلَّ حرامًا}،و قد منحت كل من الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري للزوجين الحق في إقران عقدهما بالشروط التي يرياها مناسبة لضمان حقوقهما بما يحقق مصلحة الطرفين أو كلاهما، غير انه لا تكون لهما الحرية المطلقة في الإشتراط فهناك ضوابط و حدود لهذه الشروط، كما ليس لهم الحق في الإخلال بالتزامهم.

.

الكلمات المفتاحية:

عقد الزواج ؛ الاشتراط ؛ الزوجين ؛ التعويض.

Abstract:

The condition in contracts in general is permissible both religiously and legally, in application of the known principle 'the contract is the law of the contractors'. This is in line with the saying of the Prophet (peace be upon him) 'Muslims are bound by their conditions, except for a condition that forbids what is permissible or permits what is forbidden'. Both Islamic law and Algerian family law have granted couples the right to associate their
marriage contract with conditions that they deem appropriate to guarantee their rights and achieve the interests of both parties or both of them. However, they do not have absolute freedom to impose conditions, as there are regulations and limits to these conditions. They also do not have the right to breach theircommitments.

Keywords:

Marriage contract; condition; spouses; compensation.

مقدمة:

يعد الزواج من أوثق العقود، وأقدسها فيه تتكون اللبنة الأولى التي تقوم عليها دعائم المجتمع، وهذا ما يجعله ينال اهتماما بالغا في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية.

يعرف الزواج في الفقه الإسلامي بأنه العقد الذي يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتطلب الطبع الإنساني مدى الحياة، ويجعل لكل منهما حقوق وواجبات قبل الآخر. وعلى هذا الأساس استقر المشرع الجزائري في تعريفه للزواج في المادة 4 من ق.أ التي جاء فيها ما يلي "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، فنلاحظ أن المشرع قد حدد أطراف عقد الزواج بصريح العبارة وهم الرجل والمرأة، وحدد أهداف الزواج التي ركزها على تكوين أسرة متماسكة وإحصان الزوجين والحفاظ على نقاء الأنساب وعدم اختلاطها.

و لما كان القصد من الزواج بناء أسرة أساسها المودة و الرحمة تهدف إلى إنجاب جيل يتولى حمل الرسالة التي كلفه الله تعالى، اعتبر مقصد الديمومة والاستمرار من المقاصد التي حرص المشرع على تحقيقها، و من الآليات التي أعملها لتحصيل هذا المبدأ المعتبر قانونا و شرعا، هو تعزيز دور إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد، على أن يكون تحديد أثاره من صنع الشارع صيانة للعقد من جهة و حتى لا تكون العلاقة الزوجية خاضعة لأهواء الناس فتحيد عن معناها و ما أحاطها الشارع من رعاية و قداسة من جهة ثانية، إلا أن أثار عقد الزواج و إن كانت جلية الوضوح إلا أنها قد توافق مقصود الطرفين و عندها لا تحتاج إلى تعديل أثاره، كما قد لا توافقه، في هذه الحالة يحق إقران عقد الزواج بشروط بما يحقق مصلحة الطرفين أو كلاهما شريطة المحافظة على مقتضيات عقد الزواج .

تسمى هذه الشروط بالشروط المقترنة بعقد الزواج، والتي يراد بها الشروط المضافة لعقد الزواج والمصاحبة له بعد أن نشأ صحيحا مستكملا لأركانه وشروطه والتي أضافها الزوجان، أو أحدهما بقصد تحقيق منفعة أو تضييق منفعة الطرف الآخر الذي يكون قد قبل بها مختارا.

و تكمن أهداف هذا الموضوع في إبراز المقصد الشرعي و القانوني الذي شرع من أجله الإشتراط في عقد الزواج، و بيان حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج و جزاء مخالفتها.

و على ذلك فالإشكال المطروح يتمثل في:

ما حكم الإشتراط في عقد في عقد الزواج فقها وقانونا؟ وما جزاء مخالفة أحد الزوجين للشروط المتفق عليها؟

و للإجابة عن الإشكالية المطروحة، إعتمدنا على المنهج الاستقرائي الذي يقوم على تتبع الجزئيات، و العناصر الهامة المتعلقة بالموضوع سواء كان ذلك في النصوص الشرعية من الكتاب و السنة، أو من خلال أقوال الفقهاء، إضافة إلى اعتماد آليات المنهج التحليلي و هذا من خلال تحليل النصوص القانونية.

و سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول للشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي و في المبحث الثاني لحكم الشروط المقترنة بعقد الزواج قانونا وجزاء مخالفتها .

المحور الأول: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي

إهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج، و أعطت لكل من الزوجين الحق في تضمينه بشروط تحقق مصلحة الطرفين أو كلاهما، و بين الفقهاء أنواع و أحكام هذه الشروط، و الضوابط و المعايير التي تضبطها، غير انهم اختلفوا في نظرتهم لهذه الشروط و ذلك بين مضيق و موسع، و يمكن تقسيم الشروط حسب موقفهم إلى شروط متفق عليها و شروط مختلف فيها.

أولا- الشروط المتفق عليها

نجد في الشروط المتفق عليها الشروط الصحيحة و الشروط غير الصحيحة.

1- الشروط الصحيحة

تنقسم الشروط الصحيحة المقترنة بعقد الزواج في المذاهب الفقهية إلى قسمين، القسم الأول الشروط الموافقة لمقتضى العقد، أما القسم الثاني فهي الشروط التي أجازها الشرع سنبين كل منهما على التوالي:

أ- الشروط الموافقة لمقتضى العقد

تضم الشروط الموافقة لمقتضى العقد كل من الشروط التي يقتضيها عقد الزواج، والشروط الملائمة لعقد الزواج والمؤكدة لمقتضاه إضافة إلى الشروط التي جرى بها العرف.

ينصرف معنى الشروط التي يقتضيها العقد إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج حتى و لم تذكر فيه لكون أنها تعد حكما من أحكام عقد الزواج و أثرا من آثاره، و من ثمة فهي تجب بالعقد من غير حاجة إلى اشتراطها في الأصل، باعتبار أنها مقررة و ثابتة بموجب عقد الزواج ذاته[1]، كاشتراط المرأة العشرة بالمعروف و الإنفاق و السكنى و اشتراط الزوج ألا تخرج إلا بإذنه و لا تمنعه نفسها.

أما الشروط الملائمة لعقد الزواج و المؤكدة لمقتضاه فيقصد بها كافة الشروط التي لا يقتضيها العقد في الأصل، فهي ليست واجبة بمقتضى عقد الزواج، ولا توجب فساده، وإنما هي شروط يستوثق بها صاحبها للحصول على أثر من أثار العقد، وبالتالي من شأن إدراجها في عقد الزواج، ضمان ما فيه مصلحة الزوجين، ومن أمثلة هذه الشروط، أن تطلب الزوجة كفيلا يضمن حقها في المهر، وأن يكون والد الزوج ضامنا للنفقة، والمهر كأثر من أثار عقد الزواج باعتبارهما يترتبان على الزوج، وهذه الشروط صحيحة وجائزة باتفاق الفقهاء (المذاهب الأربعة) لأن من شأن إدراجها في العقد أن تزيد من ضمان الوفاء بالآثار المترتبة على عقد الزواج.

أما بالنسبة للشروط التي جرى بها العرف فتكون إذا كان الشرط مخالفا لمقتضى العقد ولم يرد فيه نص، ولكن تعارف عليه الناس طبقا لقاعدة "المعروف عرفا كالمنصوص نصا" مثل اشتراط تأجيل بعض الصداق إلى حين وفاة أي منهما، أو الاتفاق على تأثيث منزل يناسب وضع الزوجة الاجتماعي، وقد أقر الأحناف والمالكية والحنابلة صحة مثل هذا النوع من الشروط، لكن بشرط تحكيم العرف إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وعليه متى خالف العرف أصل من أصول الشريعة الإسلامية كان باطلا، و خالف الشافعية جمهور الفقهاء الذي يرى أن العرف لا يمكن أن يؤثر على حكم شرعي، و لم يحكموا بصحتها إلا إذا كانت من مصلحة العقد، لذا اعتبر مذهبهم أضيق المذاهب الأربعة في الاعتداد بحرية الإرادة في التعاقد[2].

ب- الشروط التي أجازها الشارع

تعد الشروط التي أجازها الشارع شروط ليست من مقتضيات العقد، أو مؤكدة لمقتضاه، لكن وردت فيها نصوص شرعية تدل على اعتبارها، بمعنى أنها شروط ثابتة بالنص من الكتاب أو السنة أو الاجماع، ومن أمثلتها اشتراط التوارث بعد موت أحدهما وهذه الشروط اتفقت المذاهب الفقهية الأربعة على صحتها وعلى وجوب الوفاء بها.

2- الشروط غير الصحيحة

يقصد بها الشروط المخالفة لمقتضى العقد، و لم يرد فيها نص، و لم يجر بها العرف كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم التوارث[3].

اتفق الفقهاء وأهل العلم على عدم صحة هذه الشروط التي تخالف ما أمر الله به أو نهى عنه، أو تخل بمقصود النكاح الأصلي، ومنها أن تشترط المرأة على زوجها ألا تطيعه أو يشترط عليها ألا مهر لها. و مثل ذلك أن تشترط عليه ما يخل بالمقصود الأصلي للنكاح، و هو المعاشرة الزوجية[4]، و استدلوا على ذلك بقوله تعالى ﴿ ومن يَتَعَدَّ حدود الله فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾[5]، و وجه الدلالة من هذه الآية أن الله سبحانه و تعالى بين الحدود التي لا يصح لعباده أن يتجاوزوها.

و نهى الرسول صلى الله عليه و سلم عن بعض الشروط التي يكون فيها إثم و قطيعة رحم مثل أن تشترط المرأة طلاق ضرتها فهذا شرط باطل فقد ثبت أن عليه الصلاة و السلام قال { لا تسأَلُ المرأةَ طلاقَ أختِها لتستفرغَ ما في صَحْفتِها ولِتَنكِحَ فإنَّ لها ما قُدِّر لها }[6].

فدل الحديث على بطلان شرط تطليق الضرة لمخالفته النهى المصرح به في نص الحديث فضلا على كونه شرط يلحق الضرر بالغير.

و يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمة الله تعالى عليه "من اشترط في الوقف أو العتق أو الهبة أو البيع أو النكاح أو الإجارة أو النذر أو غير ذلك شروطا تخالف ما كتبه الله على عباده، بحيث تتضمن تلك الشروط الأمر بما نهى الله عنه، أو النهي عما أمر الله به، أو تحليل ما حرمه، أو تحريم ما حلله، فهذه الشروط باطلة باتفاق المسلمين في جميع العقود".[7]

فعلى الزوجين أن يعرفا الشروط الصحيحة ويميزاها من الشروط الفاسدة، كي لا يشترطا في عقد الزواج شروطا تخالف الشريعة.

فالشروط الباطلة هي التي تحل حراما و تحرم حلالا، و قد قال النبي صلى الله عليه و سلم { كل شرط ليس في كتابِ اللهِ فهو باطلٌ ، وإن كانَ مائةَ شرطٍ ، كتابُ اللهِ أحقُ وشرطُ اللهِ أوثقُ } و قوله أيضا { المسلمونَ على شروطِهم إلَّا شرطًا حرَّم حلالًا أو أحلَّ حرامًا }[8].

ثانيا- الشروط المختلف فيها

و هي الشروط غير المنافية لمقتضى العقد و غير الملائمة لهذا المقتضى مما فيها من منفعة قاصرة على أحد الطرفين، و ضرر بالطرف الثاني، و لقد إختلف الفقهاء في هذا النوع من الشروط بين من يقول بعدم صحتها و هو رأي الجمهور و من يقول بصحتها و هو رأي الحنابلة.[9]

1- رأي جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء (الأحناف، المالكية والشافعية) إلى حظر مثل هذه الشروط لأن هذه المنفعة المشروطة لا يقابلها عوضفي التزامات من اشترطها فيختل التوازن في التزامات العاقدين.

ويعرف الأحناف الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها وبها مصلحة بأنها تلك الشروط الفاسدة التي ليست من مقتضيات العقد، ولا من مستلزماته كما أنها لا تنافيه، ولم يرد بشأنها أمر أونهي من الشارع، كما لم يجريها عرف بين الناس لكنها تحقق مصلحة معتبرة للمشترط بمعنى متضمنة لمنفعة زائدة على أصل مقتضى العقد، والتي من شأنها أن تعود على المتعاقدين كلاهما أو على المعقود عليه.

ومن أمثلة هذه الشروط شرط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، أو أن يسكنها في مسكن بمواصفات معينة كشقة وسط البلد، وأن تشترط عليه أن يشتري لها مسكن تتملكه باسمها، واشتراطها إن لا يتزوج عليها، أو أن يشترط أحدهما اليسار والغنى الدائم والجمال المستمر، والسلامة من العيوب والأمراض ما دام الزواج قائما...الخ.

2- راي الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى أن هذه الشروط صحيحة يجب الوفاء بها ما دامت لا تناقض أصلا شرعيا، لأنها لا تحرم حلالا ولا تحل حراما فهي مبنية على الرضا، والتوافق، والتراضي بين الزوجين.

فإن اشترطت الزوجة على زوجها أنه لا يتزوج عليها، وإن تزوج عليها كان أمرها بيدها كان هذا الشرط صحيحا لازما ومتى تزوج عليها فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت و إن شاءت فارقت[10].

و قد اختار ابن القيم في زاد المعاد رأي الحنابلة فقال "اذا اشترط السلامة أو اشترط الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوز شمطاء، أو شرطها بيضاء، فبانت سوداء، أو بكرا فبانت ثيب فله الفسخ في ذلك كله"[11].

واستدل الحنابلة بصحة هذه الشروط لقول الرسول صلى الله عليه وسلم { إنَّ أحقَّ الشروطِ أن تُوفوا به، ما اسْتحْلَلْتُم به الفروجَ }[12].

المحورالثاني : حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج قانونا وجزاء مخالفتها

أقر قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل حق الزوجين في تضمين عقد الزواج جملة من الشروط شريطة أن لا تتنافى مع ما نص عليه في قانون الأسرة نفسه، أما بعد التعديل، أصبح نص المادة 19 من ق أ ينص على ما يلي : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى مع أحكام هذا القانون"، والمقصود بذلك أن للزوجين طبقا لهذه المادة الحق في وضع أي شرط فيه مصلحة و حماية ، وقد ساوى في ذلك بين الرجل والمرأة، إلا أنه أعطى للمرأة حق الإحتفاظ بحق فك الرابطة الزوجية إذا لم يتم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء العقد، و هو ما سنطرق له في هذا المبحث.

أولا- حكم الشروط المقترنة بعقد الزواج قانونا

1- الشروط الصحيحة

إنتهج المشرع الجزائري منحى الحنابلة في أصل الإشتراط في عقد الزواج ووجوب الوفاء بالشروط التي يريانها - الزوج والزوجة- ضرورية في العقد لكونها تعود بمنفعة مقصودة لأحدهما أو كليهما ،وقسم الشروط الصحيحة إلى قسمين شروط موافقة لمقتضى العقد، وشروط بها منفعة لأحد الزوجين.

أ- الشروط الموافقة لمقتضى العقد

تنص المادة 35 من قانون الأسرة الجزائري "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيح "

وبمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن الشرط يكون صحيحا في نظر قانون الأسرة الجزائري متى كان لا ينافي مقتضيات عقد الزواج، وقانون الأسرة نجده يؤكد على المسائل التي تعد من مقتضيات عقد الزواج في كثير من النصوص لأنها شروط يتطلبها العقد، دون حاجة إلى اشتراطها إذ أن الاشتراط لا يزدها إلا تأكيدا نأخذ على سبيل المثال:

- النفقة الزوجية إذ تنص المادة 74 ق.أ " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها، أو دعوتها ببينة"

أو كأن يشترط الزوج على زوجته المعاملة بالمعروف إذ يعد هذا الشرط من الشروط اللازمة التي لا تنافي العقد بل من مقتضياته والتي أكد عليها قانون الأسرة بموجب المادة 36 منه الخاصة بحقوق وواجبات الزوجين في نص الفقرة الثانية.

ب-الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج و لا ينافيها و بها منفعة

هذا النوع الثاني يدرج ضمن الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها من منظور قانون الأسرة لأن بها منفعة أو مصلحة غير محظورة، فلا تؤثر على عقد الزواج بالفساد أو البطلان ومنها ما أدرجه المشرع على سبيل المثال في المادة 19 ق.أ شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ورتب على الإخلال بهما منح الحق للمرأة في طلب التفريق.

ومن ذلك أيضا إشتراط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها أو إشتراط الزوج على الزوجة أن تسكن معه في البلد الذي يعمل به خاصة لمن يشغلون وظائف دبلوماسية كالسفراء مثلا وفي هذا النوع من الشروط نجد عدة قرارات للمحكمة العليا

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2006/04/12 ملف رقم 358665 " تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها، يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد ابرام الزواج".[13]

- قرار المحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11 رقم 480264 القاضي بالمبدأ التالي " يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة".[14]

- كما جاء في قرار آخر بتاريخ 2000/05/23 رقم 243417 " متى تبين في قضية الحال أن المطعون لم يشترط عذرية الطاعنة في عقد الزواج، فإن البناء بها ينهي كل دفع بعدم العذرية، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحمل الطاعنة مسؤولية الطلاق و بحرمانها من التعويض، عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب مما يستوجب نقض القرار".[15]

2- الشروط الباطلة

يقصد بالشروط الباطلة من منظور قانون الأسرة الجزائري الشروط المنافية لمقتضى عقد الزواج، وكذا المؤثرة في صحة العقد، والتي تؤدي إلى إبطاله ككل ومن أمثلة هذه الشروط اشتراط الزوج ألا ينفق على زوجته، وألا ترثه، أو أن يتزوجها لمدة معينة، إلى غير ذلك.

و بالنسبة لحكم هذه الشروط، نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 32 من ق.أ " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد" هنا رتب المشرع البطلان على الشرط و العقد معا، فحسب هذه المادة كل مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد كاشتراط الزوج أن يتزوجها لمدة محددة، أي اشتراط تأقيت الزواج و أن يشترط أن لا يلمسها أو شرط تحليل المطلقة ثلاثا لمطلقها يبطل عقد الزواج و نص في المادة 35 " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا" هذه المادة تخص الشروط التي تخالف مقتضى العقد، من ذلك أن يشترط الزوج على الزوجة أن يتزوجها بشرط أن لا ينفق عليها. فهذه الشروط لا تبطل العقد، وإنما يقتصر البطلان على الشروط إذ تلغى ولا يعمل بها ويبقى العقد صحيحا وهذا لأن الشروط فيها منع عن أمر مشروع في الأساس.

ثانيا- جزاء مخالفة الشروط المقترنة بعقد الزواج

يتمثل الجزاء المترتب على عدم الوفاء بالشرط في الدفع بعدم التنفيذ، حيث يجوز للزوجة أن تحبس نفسها عن زوجها، وتستعمل ذلك كوسيلة ضغط منها، وإن لم يفلح الدفع بعدم التنفيذ في إلزام الزوج بالوفاء يكون لزوجة اللجوء إلى طلب التطليق أمام القضاء، وأخيرا طلب تعويض إذا ثبت الضرر.

1- الدفع بعدم التنفيذ

لكي يرتب الدفع بعدم التنفيذ أثره المتمثل في تعطيل نفاذ العقد دون فسخه مع بقاء العقد قائما وواجب النفاذ، يجب توافر الشروط الآتية: أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين وأن يكون الالتزام المحبوس التزاما يتأخر تنفيذه عن الالتزام المقابل، حتى يستطيع المتعاقد الأول أن يوقف تنفيذ التزامه دون أن يتحلل منه. وإنما يستعمل ذلك كوسيلة ضغط ليستوفي حقه في ذمة المتعاقد الآخر.

و قد أعطى الفقه الإسلامي للزوجة حق الحبس الذي يعتبر مبدأ ثابتا في عقود المعاوضات المالية، غير أنه يجد تطبيقا له في عقد الزواج، فلو أن الزوجة إشترطت على زوجها تعجيل صداقها و لكن الزوج لم يحترم هذا الاتفاق فقط احتاط الفقه الإسلامي لحفظ حق الزوجة في مهرها، و أجاز لها حق حبس نفسها عن زوجها حتى تستوفي المعجل من المهر[16] و هذا يعني أنه بإمكان الزوجة أن تمنع الزوج من الدخول بها حتى يعطيها ما إشترطت تعجيله من المهر .

و على المستوى التطبيقي نلمس حالات منع حق الزوج في الإستمتاع بزوجته إلى غاية تنفيذ الشرط إذ جاءت المحكمة العليا بتاريخ 1983/01/14 بحكم يقضي" اذا كان المهر معجلا بشرط من الزوج أو عرف متعارف، ففي هذا الحال لا يلزم الزوج إلا بتسليم ما اشترط تعجيله بالعرف، إذ ليس للزوج إجبارها على البناء حتى يمكنها من حال صداقها المعجل .وعليه إذ لم يقدم الزوج ما يجب تعجيله، فان امتنعت عن الانتقال إلى بيته فقد امتنعت بحق شرعي"[17].

2- التطليق لعدم الوفاء بالشرط

يمنح قانون الأسرة الجزائري للزوجة الحق في طلب التطليق لعدم وفاء الزوج بالشرط المتفق عليها في عقد الزواج و هذا ما جاء في نص المادة 53 فقرة 9 منه.

و نشير إلى إن عدم التطليق لعدم الوفاء بالشروط، يعد حالة مستحدثة بموجب الأمر 05-02 و ينصرف معنى الشروط إلى ما نصت عليه المادة 19ق.أ، و التي أجازت الإشتراط في عقد الزواج أو في عقد رسمي أخر لكل من الزوجين على حد سواء كل الشروط التي تكون فيها فائدة تخدم مصلحة أحدهما أو كلاهما، اي أن تكون لهذه الشروط مصلحة جدية وضرورية للمحافظة على العلاقة الزوجية، ونعني بجدية المصلحة أن تكون هذه الشروط تهدف لتحقيق مصلحة لأحد الزوجين أو لكلاهما أو حتى لأولادهما في المستقبل، إلا أنه يجب دائما أن تراعى عدم مخالفتها لمقاصد الزواج وذلك للحفاظ على الرابطة الزوجية، كما يجب أن لا تخالف هذه الشروط أحكام قانون الأسرة حيث خولت المادة 19 من ق أ حق الاشتراط في عقد الزواج بالمساواة بين الزوجين، وبالمقابل وضعت قيد لهما و هو أن لا تكون الشروط مخالفة أو متنافية لأحكام هذا القانون، حتى لا تلغى أو تبطل هذه الشروط.

فمتى تضمن عقد الزواج شرطا، وكان هذا الشرط لمصلحة الزوجة وأخل به الزوج بعد أن قبل به ابتداءً، جاز لها أن تلجأ إلى القاضي طالبة التطليق من الزوج.

ونشير هنا أن حق اللجوء إلى القضاء لإخلال بالشرط المدرج في عقد الزواج هو حق معترف به لكل من الزوجين، غير أن المشرع قد أغفل النص على جزاء إخلال الزوجة بالشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

3- التعويض

إن الغرض من التعويض هو حماية المضرور من الضرر الذي أصابه، و تطبيقا لذلك فإنه يكون للمرأة التي تضررت من جراء مخالفة شرطها في عقد الزواج، كفقدانها لمنصب عملها بسبب إخلال الزوج بالشرط الذي وافق عليه و الذي يسمح للزوجة بمزاولة عملها، أن تلجأ إلى القضاء و تطلب بالتعويض عن الضرر اللاحق بها من جراء ذلك، و يقدر القاضي التعويض

بناءً على الضرر الذي لحق بالمضرور وقت صدور الحكم القضائي[18]. وأساس الحكم بدفع التعويض للزوجة هو الضرر الناشئ عن إرادة الزوج وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الذي لحق بها من جراء مخالفة الزوج لشروط المتفق عليها بكافة وسائل الإثبات حتى يحكم لها القاضي بالتعويض عنه.

الخاتمة

وفي الأخير، ومن خلال دراسة موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج وتطبيقاته، توصلنا إلى أن المشرع الجزائري في المادة 19 من ق.أ.ج قد أكد على حق الزوجين في إشتراط كل الشروط التي يرياها ضرورية سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق ، و هو ما يقودنا إلى النتائج التالية:

- المشرع الجزائري تبنى مذهب الحنابلة في الاشتراط، حيث أعطى للزوجين الحرية التامة في إنشاء الشروط المقترنة بعقد الزواج، ما لم تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وبنوا تأصيلهم الشرعي لهذا الموضوع على أسس موضوعية تحقق رغبات ومصالح الزوجين بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية ومع المصلحة العامة للمجتمع.

- اختلاف الفقهاء في مدى تأثير هذه الشروط على عقد الزواج من حيث الصحة والفساد تبعا لاختلافهم في أصل الاشتراط الحظر أم الإباحة.

- كرست المادة 19 من ق.أ الطبيعة الرضائية لعقد الزواج، فأعطت لكل طرف الحق في اشتراط ما يراه ضروريا سواء في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق له، وأشارت المادة إلى شرطين على سبيل المثال لا الحصر وهما شرط عمل المرأة وشرط عدم التعدد.

- وسع المشرع من دائرة الاشتراط في عقد الزواج بالنسبة للمرأة كشرط العمل وشرط عدم الزواج عليها، ورتب على عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها الحق للمرأة في طلب التطليق وذلك وفقا للفقرة التاسعة من المادة 53.

- لم يوضح المشرع المركز القانوني للزوج عند مخالفة الزوجة لإحدى الشروط المتفق عليها.

- وجود تناقض بين نص المادتين32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري و هذا بين الشروط التي تبطل العقد و الشروط التي تؤثر في العقد و لا تبطله، و إنما تبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا.

- أصبح حق الاشتراط ليس فقط في عقد الزواج، وإنما حتى في عقد رسمي لاحق أثناء قيام الزوجية.

و إن هذه النتائج تقودنا إلى ضرورة إبداء التوصيات الآتية:

- ضرورة تعديل نص المادة 19 ق.أ.ج بفرض قيود و ضوابط على الاشتراط في عقد الزواج تتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

- ضرورة تعديل كل من المادتين 32 و 35 من قانون الأسرة الجزائري، و إزالة التناقض القائم بينهما، وذلك بالتمييز بين الشروط التي تبطل العقد من أصله و الشروط التي تأثر في العقد و لا تبطله، و إنما تبطل الشرط و يبقى العقد صحيحا.

- ضرورة تفعيل نظام التحكيم في الأسرة لعلاج الخلافات بين الزوجين قبل عرض ملف الطلاق على المحكمة، فعلى المشرع تعديل نص المادة 53 فقرة 9ق.أ.ج و جعل التحكيم إلزاميا في حال الإخلال بشرط من الشروط المتفق عليها بدلا من طلب التطليق تطبيقا لقول الله تعالى﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾،و هذا للحد من ارتفاع حالات الطلاق .

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية (الأحاديث النبوية)

القوانين

- الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 26 فبراير 2005، المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية المؤرخة في 27-02-2005، العدد 15.

الكتب

- أبي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة.
- ابن تيمية، مجموع فتاوى، أحمد بن تيمية، م ج 32، المغرب، مكتبة المعارف، دلس.
- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب السنية الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، الجزء الأول.
- دليلة فركوس وجمال عياش، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، منشورات دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2016.
- سرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس، 2013.
- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط 01، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، لبنان.

قرارات المحكمة العليا

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 358665، المجلة القضائية 2006، عدد1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480264، المجلة القضائية 2009، عدد1.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 243417، المجلة القضائية.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية لسنة 1986، عدد4.

الهوامش

[1] منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقناع، دار الكتب العلمية، الجزء الخامس، لبنان، ص39.

[2] دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر ،2016، ص 186.

[3] سرين شريقي، كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، دار بلقيس، 2013، ص46.

[4] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، الأردن، دار النفائس لنشر والتوزيع، 1997، ص180.

[5] سورة البقرة، الآية 227.

[6] أبو عبد الله بن إسماعيل البخاري ، كتاب النكاح ،حديث رقم 5152، ط1، القاهرة، المطبعة السلفية، 1979، ص640.

7 ابن تيمية، مجموع فتاوى أحمد بن تيمية، م ج 32، المغرب، مكتبة المعارف، دلس، ص28.

[8] أخرجه الترميذي في "الأحكام" باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، من حديث عمر بن عوف رضي الله عنه، والحديث صححه الألباني.

[9] دليلة فركوس وجمال عياشي، مرجع سابق ذكره، ص187.

[10] ابن تيمية، مجموعة الفتاوى، دار الجبل، ط1، المجلد السادس عشر، 1997، ص108.

[11] بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، بين المذاهب السنية الأربعة والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، الجزء الأول، مصر، ص52.

[12] ابو عبد الله بن اسماعيل البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط ل في النكاح ،حديث رقم 5151،المرجع السابق ص 375.

[13] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 358665، المجلة القضائية 2006، عدد1، ص491.

[14] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 480264، المجلة القضائية 2009، عدد1، ص283.

[15] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/05/23، ملف رقم 243417، المجلة القضائية 2000، ص109.

[16] أبي الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، دار المعرفة، لبنان، بدون سنة، ص 301.

[17] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1983/01/14، المجلة القضائية لسنة 1986، عدد4، ص50 .

[18] حداد فاطمة، الاشتراط في عقد الزواج بين الاعتراف القانوني ومحدودية الممارسة، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 70، ص263 .

إشكالات الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي

Problems of guardianship in the marriage contract in Algerian family law and Islamic jurisprudence

ط.د . موسي أحمد

مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير

جامعة تامنغست

ahmed.moussi@univ-tam.dz

أ.د . قتال جمال

مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير

جامعة تامنغست

djamaltam03@gmail.com

ملخص:

الزواج رابطة سامية وعقد رضائي بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، ولما كان هذا العقد من أهم العقود وأخطرها لأنه مرتبط بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، كان لزاما مراعاة أركانه وشروطه والتي من بينها الولي ، فجاءت هذه الدراسة لاستظهار إشكالية من بين الإشكالات التي أثارها تعديل قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 ، فيما تعلق بأركان وشروط عقد الزواج ألا وهي الولاية في الزواج، فلقد شهدت مسألة الولاية في الزواج تغييرا جذريا وتوجها مذهبيا متباينا بعد التعديل، فبعدما كان الولي ركنا في عقد الزواج أصبح شرطا، وبعدما كان المشرع في هذه المسألة يتبع المذهب المالكي أصبح يأخذ بالمذهب الحنفي ولكن ليس على إطلاقه، فأعطى للمرأة الراشدة حق مباشرة زواجها بنفسها واختيار وليها واقتصر دور الولي على تزويج القاصرة فقط، مما أثار إشكالات قانونية واجتماعية في المجتمع الجزائري .

الكلمـات المفتاحيـة: قـانون الأسـرة ، الـولي ، الراشـدة، القاصرة، المذهب المالكي، المذهب الحنفي

Abstract:

The abstract reflects the Marriage is a high bond and consensual contract between a man and a woman legitimately , since this is one of the most important and dangerous contracts because it is linked to the family which is the basic cell of society, it had to observe its elements and conditions, including the guardian. This study came to invoke a problem among the issues raised by the amendment of the Algerian Family Code in 2005. The terms and conditions of the marriage contract, namely guardianship of marriage, The issue of jurisdiction in marriage has undergone a radical change and a differentiated doctrinal orientation after the amendment, Once the guardian had been a prerequisite in the marriage contract, and the legislator had followed the Maliki doctrine by adopting the Hanafi doctrine in some way, giving adult women the right to marry themselves and choose their guardian and the role of guardian was limited only to marrying the minor, which raised legal and social problems in Algerian societyformat applies to the full text of the article.

Keywords: *Family Law, Guardian, Adult, Minor, Maliki Doctrine, Hanafi Doctrine.*

مقدمة:

الزواج رابطة سامية وعقد رضائي بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي، ولما كان هذا العقد من أخطر العقود لأنه مرتبط بالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع، كان لزاما مراعاة أركانه وشروطه والتي من بينها الولي، فقد تطرق المشرع الجزائري للولي في قانون الأسرة 84-11 المؤرخ في 09يونيو1984 المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27فبراير2005 ، حيث نصت المادة 09مكرر على الولي كشرط من شروط الزواج، كما نصت المادة11 والمادة13 على الولاية في زواج الراشدة وزواج القاصرة، وتطرق لبطلان الزواج في حالة تخلف ركن الرضا أو شرط من شروط الزواج في المواد من33 إلى35 ، وفسح المجال بالرجوع للشريعة الإسلامية طبقا للمادة222 من قانون الأسرة ، ويكتسي هذا الموضوع أهمية بالغة كونه أثار جدلا واختلافا فقهيا واسعا بين اشتراط أو عدم اشتراط الولي، كما أن المشرع الجزائري اعتبر الولي ركن قبل التعديل، وبعد التعديل أصبح شرطا بعدما كان هناك تناقض وتضارب بين النصوص .

كما تبرز هذه الأهمية من خلال الاختلاف الموجود بين أحكامه الشرعية وأحكامه القانونية وما نتج عنه من جدل وسط الباحثين ، لينقسموا في ذلك إلى رأيين ، فمنهم من يرى ضرورة عدم الخروج على أحكام الشريعة الإسلامية في تنظيم موضوع الولاية كونها تتصل بميثاق غليظ وبالأسرة التي هي الخلية الأساسية للمجتمع ، ومنهم من يرى عكس ذلك وينادي بضرورة التحرر من القيود الشرعية وتنظيم الزواج على الشاكلة الغربية تحت شعار المساواة بين الرجل والمرأة ،ولتوضيح هذه الاختلافات القانونية والفقهية نطرح الإشكال التالي :

ما مدى مراعاة المشرع الجزائري لشرط الولي في الزواج في ظل الاختلافات الفقهية والقانونية ؟ وما هي الإشكالات والتناقضات التي يثيرها هذا الموضوع ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة التالية :

المبحث الأول : ماهية الولاية

المطلب الأول : مفهوم الولاية وأقسامها

المطلب الثاني : شروط الولي وأنواع ولاية التزويج

المبحث الثاني : حكم الولي في الزواج شرعا وقانونا

المطلب الأول : حكم الولي في الزواج في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني : حكم الولي في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : ماهية الولاية

لمعرفة أصل الشيء لابد من التطرق لماهيته، لذا سنتطرق في هذا المبحث لمفهوم الولاية وأقسامها في مطلب وشروط الولي وأقسام الولاية في مطلب ثان .

المطلب الأول : مفهوم الولاية وأقسامها

تعددت تعاريف الولاية وبهذا نوجزها فيما يلي :

الفرع الأول : تعريف الولاية

عُرِّفت الولاية في اللغة والاصطلاح كما يلي :

1- التعريف اللغوي

الوِلاية بكسر الواو وفتحها ، فبالكسر تعني السلطان، وتشعر بالتدبير والقدرة والفعل، وبالفتح تعني النُّصرة والمحبة والنسب، والولي جمعه أولياء [1]، قال تعالى : " ومن يتولّى الله ورسوله والذين آمنوا فإن حزب الله هم الغالبون ".[2]

2- التعريف الاصطلاحي

الولاية في مفهوم الفقهاء هي عقد شرعي يكسب صاحبه وهو الولي حق تنفيذ القول على غيره رضي أم لم يرض ، وهناك من عرّفها على أنها سلطة شرعية تخول لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها ، وهذا التعريف يخص الولاية بصفة عامة[3]، " ويقول صاحب شرح حدود بن عرفة : الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام "[4].

الفرع الثاني : أقسام الولاية

من خلال التعريفات السابقة تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ولاية على المال وهي ليس موضوع دراستنا ، وولاية على النفس وهي محل الدراسة حيث تنقسم إلى قسمين كما يلي :

1- الولاية القاصرة

وهي ولاية الشخص على نفسه وماله وتثبت لكل شخص كامل الأهلية ، فهي قدرة العاقد على إنشاء العاقد الخاص بنفسه وتنفيذ أحكامه ومن ذلك تزويج نفسه بمن شاء وعلى المهر الذي يقرره دون حاجة إلى إجازة الغير.

2- الولاية المتعدية

هي ولاية الشخص على غيره ولا تثبت إلاّ لمن تثبت له الولاية على نفسه ، فهي قدرة العاقد على إنشاء العقد الخاص بغيره أي لفائدة غيره بحكم الشرع ، فالولاية المتعدية يقسمها الفقهاء إلى قسمين الولاية الأصلية والولاية النيابية [5].

أ/ الولاية الأصلية : وهي التي تثبت ابتداء من دون أن تكون مستمدة من الغير ، كولاية الأب والجد ، فولايتهما تثبت ابتداء بسبب الأبوة ، وليست مستمدة من غيرها .

ب/ الولاية النيابية : وهي تثبت لصاحبها من الغير أو من القاضي وهي بدورها تنقسم إلى قسمين ولاية عامة مثل ولاية الرئيس على نائبه وولاية خاصة كولاية الوصي والقيم والكاف، فولايتهم ليست أصلية وإنما تفويضية [6].

المطلب الثاني : شروط الولي وأنواع ولاية التزويج

سنتطرق في هذا المطلب لشروط الولي التي ذكرها الفقه الإسلامي ولأنواع ولاية التزويج كذلك، كما يلي :

الفرع الأول : شروط الولي

لم يحدد المشرع الجزائري شروط الولي ، وبالرجوع للشريعة الإسلامية عملا بنص المادة 222 ق أ ج، فإن هناك نوعين الشروط :

1- الشروط المتفق عليها

اتفق الفقهاء على شرطين هما :

أ/ أن يكون كامل الأهلية : ويتحقق هذا الشرط بالبلوغ ، العقل ، الحرية .

ب/ اتحاد الدين : اتفاق دين الولي والمولى عليه ، فغير المسلم لا يمكن أن يكون وليا على مسلم ، ولا مسلم على كافرة عند الحنابلة والحنفية وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة ، وقال المالكية يزوج الكتابية مسلم ولا ولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر.

2- الشروط الغير متفق عليها

أ/ الذكورة : وهو رأي الجمهور الذين اشترطوا الذكورة فلا تثبت عندهم ولاية الزواج للأنثى لأن المرأة لا يثبت لها الولاية على نفسها فعلى غيرها أولى ، أما الحنفية فلم يشترطوا الذكورة وأجازوا أن تزوج المرأة نفسها .

ب/ العدالة : وهي استقامة الدين بأداء الواجبات الدينية والامتناع عن الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر اشترطها الشافعية والحنابلة، فلا ولاية لغير العدل وهو الفاسق[7] .

الفرع الثاني : أنواع ولاية التزويج

هناك نوعين من ولاية التزويج ولاية الإجبار وولاية الاختيار.

1- ولاية الإجبار

وهي التي ينفرد بها الولي دون أخذ رأي المولى عليه، أو بمعنى آخر هي التي يستبد فيها الولي بتزويج من تحت ولايته وبغير إذنه ورضاه ، وهي تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر ، وتثبت للبنت الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا ، وتثبت ولاية الإجبار للثيب البالغة إذا ظهر فسادها وكذا المجنونة، فيقول الحنفية تثبت للقاصرة ويقول المالكية تثبت للبكر البالغة .

2- ولاية الاختيار

وهي التي تخول صاحبها النظر في شؤون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته ، فلا يملك بها الولي تزويج المولى عليه من غير رضاه واختياره، ويستطيع المولى عليه تزويج نفسه من غير توقف على رأي الولي ورضاه، وقد اختلفت المذاهب في هذا فمنهم من قال تثبت للثيب فقط ومنهم من قال للبكر ومنهم من قال لكليهما [8].

المبحث الثاني : حكم الولي في الزواج شرعا وقانونا

ثار جدلا واسعا حول حكم الولي في الزواج بين المفهوم الشرعي والقانوني ، حيث سنتطرق في هذا المبحث إلى حكم الولي في الفقه الإسلامي الذي انقسم فيه رأي فقهاء المذاهب الأربعة إلى رأيين ، وإلى حكم الولي في قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعد التعديل كما يلي :

المطلب الأول : حكم الولي في الفقه الإسلامي

يوجد اختلاف فقهي بشأن الولاية في الزواج فمنهم من يرى بضرورة ركنية الولي في عقد الزواج والبعض منهم من يرى غير ذلك، وعلى هذا الأساس يمكن التمييز بين رأيين، الرأي الأول يشترط الولي في الزواج ويعتبره ركنا من أركان الزواج وان الزواج لا يكون إلا بولي ، والرأي الآخر يعتبر الولي شرط ، أي انه يمكن الزواج بغير ولي وهذا ما سيتم باينه فيما يلي :

أولا : الرأي الأول : اشتراط الولي في الزواج

وهو رأي الجمهور ، المالكية ، الحنابلة ، الشافعية حيث اشترطوا الولي في الزواج واعتبروه ركنا من أركان الزواج ودليلهم في ذلك ما يلي :

قال تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم "[9] وقال الفقهاء كلمة لا تنكحوا موجه للأولياء .

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "[10].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " أيّما امرأة نكحت بغير إذن موالها فنكاحها باطل- ثلاث مرات - فإن دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها، فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له "[11].

ثانيا : الرأي الثاني : عدم اشتراط الولي في الزواج

وهو رأي الحنفية ، واعتبروا الولي شرط صحة فقط في عقد الزواج بمعنى أنه يمكن الزواج بغير ولي مع اشتراط الكفاءة الزوجية، واستدلوا بأن السيدة عائشة رضي الله عنها زوجت بنات أخيها [12]، كما استدلوا في ذلك بقوله تعالى : " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن "[13]، وقوله تعالى : " فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف "[14]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها "[15].

المطلب الثاني : حكم الولي في قانون الأسرة الجزائري

اختلف رأي المشرع الجزائري في حكم الولي قبل التعديل وبعد التعديل حسب ما يلي:

الفرع الأول : حكم الولي في الزواج قبل تعديل قانون الأسرة

كانت تنص المادة 09 من القانون 84-11 على أنه : " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي، وصداق، وشاهدين " ، وهنا تأثر المشرع الجزائري بالمذهب المالكي ، لكن التناقض الموجود هو أنه بالرجوع للمادة 32 و33 نجد أن المشرع يعتبر الولي شرط وليس ركنا كما هو في المادة 09 السالفة الذكر قبل التعديل وهذا ما جعل المشرع يستدرك هذا التناقض بعد التعديل .

الفرع الثاني : حكم الولي في الزواج بعد تعديل قانون الأسرة

نص المشرع الجزائري في المادة 09 مكرر بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في27 فبراير2005 على شرط الولي في الزواج ونصت المادة11 من نفس الأمر على ولاية المرأة الراشدة ، وتم إلغاء المادة12 ، ونصت المادة13 على زواج القاصرة وعدم إجبارها، حيث :

وبعد ما كانت المادة11 تنص " يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين والقاضي ولي من لا ولي له " تم تعديل هذا النص وإخراجه من ولاية الإجبار إلى ولاية الاختيار وأصبح كما يلي : " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره ..."

1- تم استعمال حرف "أو" بعدما كان حرف "و" ، وحرف "أو" يعني التخيير.

2- تم إضافة عبارة "أو أي شخص تختاره" وهذا معناه ولاية الاختيار ، كما جعل كل الأشخاص أولياء للمرأة بغض النظر عن معيار القرابة ، فهو بذلك استبدل معيار القرابة بمعيار الاختيار من قبل المرأة الراشدة .

هذا التوسع الغير مبرر من طرف المشرع أدى إلى التباس الولي بالشاهد من جهة ، وألغى دور القاضي في عقد الزواج الذي تباشره المرأة الراشدة من جهة أخرى .

وبهذا فإن المشرع الجزائري بعد التعديل أخذ بالمذهب الحنفي ، لكن الإشكال أنه لم يأخذ بالمذهب كليا على إطلاقه لأنه لم يتطرق لحالة طعن الأب في حالة عدم الكفاءة في الزواج فهو أخذ نسبيا بالمذهب الحنفي وكان عليه أن يأخذ به على إطلاقه .

أما ما جاء في المادة 13 أنه " لا يجوز للولي أبا كان أو غيره ، أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها " فمن خلال هذا النص يتبين أن المشرع الجزائري منع الولي أبا كان أو غيره من ممارسة ولاية الجبر على القاصرة، ومنعه من تزويجها بدون موافقتها،وهذا فيه تضمين لحق المرأة في الاختيار[16].

خاتمة:

نصل في هذه الخاتمة إلى القول أن الولاية في الزواج هي سلطة لمن له الحق على إنشاء العقود والتصرفات وتنقسم إلى نوعين ولاية إجبار وولاية اختيار ومن بين النتائج المتوصل إليها في هذا الشأن ما يلي :

- المشرع قبل التعديل اعتبر الولي ركن طبقا للمادة09 إلا أنه كان هناك تناقض مع المادتين 32 و33 التي اعتبرته شرط وقد أخذ بالمذهب المالكي قبل التعديل .

- بعد التعديل تم استدراك التناقض واعتبر الولي كشرط في انعقاد الزواج وبهذا أخذ المشرع بالمذهب الحنفي لكن لم يأخذ به على إطلاقه أنه لم يتطرق لطعن الأب في حالة عدم الكفاءة .

- كان المشرع استعمل حرف "و" في المادة11 قبل التعديل حول الولاية الراشدة والقاصرة غير أنه بعد التعديل استعمل حرف "أو" وهو ما يفيد التخيير كما أضاف عبارة "وأي شخص تختاره" وهذا ما يعني ولاية الاختيار.

فمهما كان الهدف الذي يسعى إليه المشرع الجزائري في ظل مطالبة الدولة بحرية المرأة فإنه ينبغي مراعاة عادات وتقاليد المجتمع للحفاظ على الأسرة ما دام المشرع اعترف في نص المادة 2 ق أ ج أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع .

وفي الأخير وبعد دراستنا لهذا الموضوع يمكن اقتراح التوصيات التالية :

- يلاحظ أن المشرع الجزائري فسح المجال كثيرا وأعطى حرية كبيرة في زواج المرأة الراشدة وهذا ما يخالف العادات والأعراف الجزائرية .
- اعتبار الولي شرط في الزواج يعتبر مخالف لرأي الجمهور .
- المشرع لم يأخذ بالمذهب الحنفي على إطلاقه بل نسبيا فقط وعليه أن يستدرك هذا النقص .
- بين ولاية الإجبار وولاية الاختيار ذهب الفقه الحديث إلى اقتراح ولاية جديدة تسمى ولاية الشراكة في الرأي ، وهي أن يشرك الولي مع المولى عليه في اختيار الأنسب .
- ينبغي إعادة النظر في نص المادة11 ق أ ج .
- المشرع بتخليه عن الولي ساهم في نشر العداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة الواحدة .

الهوامش والمراجع:

(1)- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق سعيد محمد عقيل، دار الجيل، بيروت، سنة2022 ، ص741 .

(2)- سورة المائدة، الآية 56 .

(3)- بوسحابة لعيد، غياب وفقدان الولي وأثره على عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، جامعة أدرار، الجزائر، المجلد09، العدد01، سنة2021، ص104 .

(4)- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصّاع، شرح حدود ابن عرفة - الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، القسم الأول ، تحقيق أبو الأجفان والطاهر المعموري، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة1993 ، ص241 .

(5)- صديق تواتي، قانون الأسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا "الجزء الأول الزواج وانحلاله وآثاره–النيابة الشرعية"، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين، الجزائر، سنة2021، ص77 .

(6)- حمزة بوضراع، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد06، العدد02، سنة2020 ، ص558 .

(7)- نسرين شريقي-كمال بوفرورة، قانون الأسرة الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، سنة2018، ص29 .

(8)- أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة2010، ص84 .

(9)- سورة البقرة، الآية221 .

(10)- البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، ج3، ط1، دار النشر جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، سنة1989 ، ص20 .

[11]- الإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حققه وضبطه وخرّج أحاديثه وعلّق عليه شعيب الأرنؤوط-محمد كامل قره بللي-شادي محسن الشياب،ج3، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق ، سوريا، سنة2009، ص ص425-426 .

[12]- عشاري عبد العالي، الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، الجزائر، المجلد03، العدد02، سنة2018، ص ص322-324 .

[13]- سورة البقرة، الآية232 .

[14]- سورة البقرة، الآية234 .

[15]- الإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني - سنن أبي داود، المرجع السابق، ص438 .

[16]- خالد ضو، ولاية التزويج بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد06، العدد01 ، سنة2021، ص563 .

الإشكالات التي تثيرها عملية التلقيح الاصطناعي في اثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري

Problems raised by the process of artificial insemination in proving parentage in the Algerian Family Law

أ.د. غريسي جمال *
جامعة الوادي
djamel-ghrissi@univ-eloued.dz
د. خيرجة ميلود
جامعة الوادي
khirdja-miloud@univ-eloued.dz

ملخص:

يعتبر التلقيح الاصطناعي نتاج التطور العلمي الحديث في مختلف الميادين، ومنها علم الأجنة والموروثات، وسمي بالتلقيح الاصطناعي لأنه لا يتم بالأساليب الطبيعية المعروفة، بل يتم باستعمال تقنيات آلية ومخبرية من صنع الإنسان.

ولقد حقق نجاحا باهرا في علاج الكثير من حالات العقم بين الأزواج، وقد أباحت الشريعة بعض صور التلقيح الاصطناعي كعلاج للعقم، واستجابة لهذا التطور سلك المشرع الجزائري نفس مسلك الشريعة وأجاز هذه التقنية من خلال المادة 45 من قانون الأسرة مع احترام ضوابط الحفاظ على الأنساب وقدسية الأسرة.

وبالرغم من أهمية هذه التقنية في حل العديد من المشاكل الزوجية، إلا أنها أثارت الكثير من المشاكل الأخلاقية والاجتماعية، وأحدثت جدلا كبيرا في مدى مشروعية بعض صورها كاستئجار الرحم، أو استعمال الأم البديلة، أو التبرع بمني ذكري أو بويضة أنثى أو تلقيح الزوجة بمني زوجها المتوفي أو الصراع حول من والد الطفل ولمن ينسب، ولا شك أن كل هذه الظواهر التي رافقت التقنية حملت في طياتها العديد من المضار والإشكالات التي نجمت عن تدخل أطراف أجنبية فيها.

الكلمات المفتاحية:

تلقيح إصطناعي؛ إثبات نسب؛ قانون الأسرة.

Abstract

Artificial insemination is the product of modern scientific development in various fields, including embryology and genetics. It is called artificial insemination because it is not done by known natural methods, but rather by using human-made automated and laboratory techniques.

It has achieved great success in treating many cases of infertility among couples, and Sharia law has permitted some forms of artificial insemination as a treatment for infertility, and in response to this development, the Algerian legislator took the same path as Sharia law and authorized this technique through Article 45 of the Family Code while respecting the controls for preserving lineages and the sanctity of the family.

Despite the importance of this technique in solving many marital problems, it raised many ethical and social problems, and caused great controversy about the legality of some of its forms, such as renting a womb, using a surrogate mother, donating male semen or a female egg, or impregnating the wife with the semen of her deceased husband. Or the conflict over who is the

*-المؤلف المُراسل:

key words:
artificial insemination proof of parentage family law.

father of the child and to whom is attributed, and there is no doubt that all these phenomena that accompanied the technology carried with it many harms and problems that resulted from the interference of foreign parties in it.

مقدمة:

تعتبر الأسرة الخلية الأساسية في تكوين المجتمع، وهي ذات أهمية بالغة كونها النظام الاجتماعي الذي يرعى أفراد المجتمع، وبصلاح الأسرة يصلح المجتمع.

وموضوع مداخلتنا يتعلق بأبرز هدف من أهداف الأسرة وهو استمرار النسل عن طريق الانجاب، واثبات النسب الناتج عن هذه العملية، فحاجة الانسان إلى الإعمار تعتبر ضرورة فطرية منذ وجوده وهو ما حث عليه الاسلام، غير أن هذه الحاجة قد لا تتحقق رغم الرغبة الشديدة لها من الزوجين، نتيجة عوائق مرضية تحول دون ذلك، وترجع أساسا إلى العقم.

ونظرا للتطور الهائل لوسائل البحث والتكنولوجيا الحديثة توصل العلماء والباحثون إلى اكتشاف طريقة صناعية تصدت لمشكلة عدم الانجاب عند الزوجين، فأصبح التلقيح يحدث بغير الوسيلة الطبيعية سواء داخل الرحم أو خارجه عن طريق ما يسمى **"بطفل الأنبوب"**، وهو الانجاب الاصطناعي الذي شرع لمعالجة حالات العقم وعدم الاخصاب عند أحد الزوجين أو كليهما.

وإذا كان هذا التلقيح من شأنه معالجة العديد من المشاكل الزوجية التي تنشأ فور الزواج، إلا أن استخداماته المختلفة أثارت العديد من المشاكل الدينية والأخلاقية والقانونية والاجتماعية لا حصر لها وخاصة اشكالات إثبات نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، وكل هذه المشاكل نجمت عن تدخل أطراف أجنبية على خلاف صورة الانجاب الطبيعي.

وإذا كانت الاكتشافات الطبية كالإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي قد أثارت العديد من الاشكالات التي باتت تشكل خطرا على الفرد والمجتمع، فمن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية وهي:

-ما هي الاشكالات التي تثيرها عملية التلقيح الاصطناعي في اثبات نسب المولود في قانون الأسرة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت المداخلة إلى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري منه

المبحث الثاني: اشكالات إثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي

المبحث الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري منه

سأتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم التلقيح الاصطناعي، ثم موقف المشرع الجزائري منه، وذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

يعتبر التلقيح الاصطناعي أو الصناعي طريق غير طبيعي للإنجاب، وأصبح مهما جدا في العصر الحالي لحل مرض العقم، وهذه التقنية أصبحت ضرورية اللجوء إليها من طرف الأزواج، وللتعرف أكثر على هذه التقنية الحديثة سأقوم بتعريفها، وذكر شروطها وضوابطها والتعرف على صورها، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

-التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل "الأنابيب" لكون الزوجة تعاني من العقم لإنسداد قناة "فالوب" لديها، وهي القناة الموصلة بين مبيضها وبين رحمها، ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي[1].

- هو ادخال المني في المهبل بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم[2].

-هو عملية تجري لعلاج حالات العقم عند المرأة ويتحقق بإدخال مني زوجها أو شخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير اتصال جنسي.

-ويقصد بالتلقيح الاصطناعي الانجاب بغير تلاقي بين الزوجين، إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الانجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما، ويتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها.[3]

-والتلقيح الاصطناعي عبارة عن ادخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في داخل الجهاز التناسلي للزوجة عن طريق الحقن بغرض تلقيح البويضة داخل الرحم، ويسمى هنا "بالتلقيح الداخلي"، أو عن طريق اخصاب بويضة الزوجة بغير الطريق الطبيعي، وذلك عن طريق استخراج البويضة وتلقيحها بالخلية الذكرية للزوج داخل أنبوب الاختبار واعادة زرعها داخل رحم الزوجة ويسمى "بالتلقيح الخارجي" [4].

الفرع الثاني: شروط التلقيح الاصطناعي وصوره

سأتطرق في هذا الفرع إلى شروط التلقيح الاصطناعي، ثم صوره الداخلية والخارجية.

أولا:شروط وضوابط التلقيح الاصطناعي

انطلاقا من الضوابط الشرعية التي حددتها الشريعة الإسلامية، نص المشرع الجزائري على هذه الشروط والضوابط في الفقرة الثانية من المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري[5]، والتي لابد أن تخضع لها عملية التلقيح الاصطناعي وهي:

4- أن يكون الزواج شرعيا:

لا يجوز اللجوء لعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين إلا بناء على عقد زواج صحيح مستوف لجميع أركانه وشروطه الشرعية والقانونية وفقا للمادتين 09 و09 مكرر من قانون الأسرة[6]، فقد شرع التلقيح أساسا لعلاج العقم بين الزوجين، ويشترط أن تكون الزوجية قائمة حقيقة لا حكما عند اجراء العملية، ويتم التلقيح الشرعي والقانوني بأخذ ماء الزوج وبويضة صالحة للإخصاب من زوجته، ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها بعد التأكد من وجود عقد زواج بينهما[7]

فالتلقيح وفقا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، قاصر على الزوجين فقط، وعليه إذا دخل عنصر أجنبي بينهما كانت الحرمة وعدم المشروعية، فوجود العلاقة الزوجية ضمانة على نقاء الأنساب وعدم اختلاطها، ومبررة لمصلحة الطفل الذي سيولد، حيث يعتبر الزواج ضمانة حقيقية توفر له الاستقرار بوجود أبوين يسهران على رعايته وتربيته[8]

وبهذا الشرط يكون المشرع قد سلك مسلك الشريعة باشتراطه أن يكون الزواج قائما فعليا وحقيقيا، وذلك لأجل تحقيق الهدف من التلقيح الاصطناعي وهو علاجه لمشكلة عدم الانجاب بين الزوجين.

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما:

تجرى عملية التلقيح الاصطناعي بناء على رغبة الزوجين حال حياتهما وأثناء قيام الرابطة الزوجية الصحيحة، فلا يجوز شرعا وقانونا استخدام مني الزوج في تلقيح زوجته بعد انفصام الرابطة الزوجية بينهما بالفسخ أو بالطلاق أو بالموت.

فإجراء هذه العملية يستلزم بالضرورة موافقة الزوجين معا، ويحق لكل طرف أن يقدر ما إذا كانت هذه العملية تتوافق مع عقيدته وقناعاته الشخصية وظروفه الاجتماعية، فالرضا المعلن عنه في هذا الشأن شخصي وصريح لا يكتنفه أي غموض، ويعد الرضا من بين أسباب الاباحة لإجراء أو القيام بأي عمل طبي.

وإذا كان الرضا شرط جوهري لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي فإن رفض أحد الزوجين أو كلاهما لهذه التقنية يتوجب احترام هذا الرفض ويتم توقيف إجراء العملية.[9]

فلا يجوز من الناحية الشرعية والقانونية أن يتم التلقيح بعد وفاة الزوج أو حدوث طلاق بينهما، لما يترتب على ذلك العديد من المشاكل الاجتماعية والأخلاقية، وهي مرفوضة رفضا تاما في الشريعة الاسلامية، وذلك لأن الانجاب الشرعي لا يتم إلا في اطار الزوجية الصحيحة القائمة، فإذا انتهى عقد الزواج بالموت أو الطلاق فإن التناسل بين الزوجين يعتبر باطلا[10]

ولهذا فإن المشرع الجزائري ومنعا من التلاعب في قضايا اثبات النسب، يمنع أخذ نطاف من رجل(اللجوء إلى بنوك حفظ السائل المنوي) وتلقيح امرأة بها، دون أن يكون بينهما عقد زواج شرعي، حتى ولو كان السائل المنوي لزوج الزوجة المتوفي عنها، فكما أن الحياة الزوجية تنتهي بوفاة أحدهما، فبالتالي لا يعقل أن تحمل المرأة دون رابطة زوجية ولو كان ذلك ممكن عمليا.

وباعتبار أنه يجب أن يصدر الرضا أثناء الحياة الزوجية فلا يجوز المطالبة بالتلقيح بعد انتهاء العلاقة الزوجية سواء بالوفاة أو الطلاق، فالإنجاب بطريق التلقيح لا يختلف عن الانجاب الطبيعي إلا في الوسيلة المستخدمة، وكما يستحيل الانجاب بالطريق الطبيعي بعد انتهاء العلاقة الزوجية، لا يجوز التلقيح كذلك بعد انتهاء العلاقة.

ولقد أحسن المشرع صنعا بتركيزه على ضوابط عملية التلقيح الاصطناعي وشروطها القانونية، لما أصبح موجود في الوقت الحاضر من بنوك للحيوانات المنوية والنطاف والتخصيب الاصطناعي ومختبرات للأبحاث العلمية والطبية حول الأجنة الآدمية.[11]

3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما

لما كانت عملية التلقيح الاصطناعي لا تتم إلا في اطار العلاقة الزوجة الصحيحة القائمة، فمن الطبيعي جدان يشترطأن أن يشترط لإتمامه استخدام مني الزوج وبويضة الزوجة دون أي تدخل أجنبي.

وهذه هي الصورة الشرعية والقانونية التي أقرها المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في 28 يناير 1985 بمكة المكرمة من أن: "التلقيح الاصطناعي هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة ثم توضع في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي، فهذا حلال للضرورة الشرعية ومن باب التداوي المشروع وينسب المولود لأب والأم.

وعلى هذا الأساس يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بماء رجل غير زوجها، وكذا البويضة من زوجة أخرى ولقحت بماء الزوج، كما أنه لا يجوز شرعا وقانونا للزوجين استئجار أو استعارة رحم امرأة أجنبية كحاضنة لمائهما (وهو ما يسمى بالرحم المستأجرة، لأن شرعية عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين تقوم على وجوب تلقيح الزوجة بماء زوجها دون سواه وباستعمال رحمها لا رحم امرأة أخرى.

وعليه يجب أن تتم العملية أمام جهة علمية موثوقة وحضور الزوج، إذ لا يجوز الخلوة بالزوجة، ففي التلقيح الاصطناعي يتم التعامل فيه مع الفروج المحصنة وينتج عنه طفل شرعي ولا شك في نسبه إلى والديه.

ثانيا: صور التلقيح الاصطناعي

للتلقيح الاصطناعي صورتين أساسيتين أقرهما المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة وهما: التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي، وقد أقر المجمع أن الأساليب التي يجري بها التلقيح لاصطناعي بصورتيه الداخلي والخارجي لأجل الاستيلاد هي سبعة أساليب بحسب الأحوال المختلفة، للتلقيح الداخلي أسلوبان، وللخارجي خمسة من الناحية الواقعية بقطع النظر عن حلها أو حرمتها شرعا وهي:[12]

4- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

ويتم بحقن نطفة الرجل في الموقع المناسب من باطن المرأة، وتسمى أيضا "الاستدخال" وهي العملية التي يتم عن طريقها ادخال حيوانات منوية نشطة في الرحم وقت التبويض وذلك بحقن السائل المنوي بواسطة محقن مخي لذلك عبر جدار عنق الرحم، وهذه الطريقة لها صورتان:

أ-التلقيح الاصطناعي الداخلي بمني الزوج: وهي أن تأخذ النطفة الذكرية من الزوج وتحقن في الموقع المناسب داخل مهبل زوجته أو رحمها، حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعيا بالبويضة التي يفرزها مبيض زوجته ويقع التلقيح بينهما، ثم العلوق في جدار الرحم بإذن الله كما في حالة الجماع، وهذا الأسلوب يلجأ إليه إذا كان في الزوج قصور يمنعه من ايصال مائه إلى مهبل الزوجة

ب-التلقيح الاصطناعي الداخلي بمني غير الزوج: وهي أن تؤخذ نطفة من رجل وتحقن في الموقع المناسب من زوجة رجل آخر حتى يقع التلقيح داخليا، ثم العلوق في الرحم، ويلجأ إلى هذا الأسلوب حين يكون الزوج عقيما لا بذرة في مائه فيأخذون النطفة الذكرية من غيره، وهذا الأسلوب منعه المشرع الجزائري طبقا للمادة 45 مكرر، وبهذا يكون قد سار على نهج الرأي الغالب من الفقه المعارض لهذه العملية، وكذلك أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل طرف أجنبي على العلاقة الزوجية.[13]

2- التلقيح الاصطناعي الخارجي:

ويتم بين نطفة الرجل وبويضة المرأة في أنبوب اختبار في المختبرات الطبية ثم زرع البويضة الملقحة (اللقيحة) في رحم المرأة، ويلجأ الأطباء لهذا التلقيح حال تعذر الحمل عن طريق التلقيح الداخلي كانسداد قناة فالوب عند المرأة أو وجود عيب خلقي، أو نتيجة التهابات وغيرها[14]. وهذه الطريقة أيضا لها صور:

أ-التلقيح الاصطناعي بواسطة أنبوب الاختبار: وهي أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من مبيض زوجته فتوضعا في أنبوب اختبار طبي بشروط فيزيائية معينة، حتى تلقح نطفة الزوج بويضة زوجته في وعاء الاختبار، ثم بعد أن تأخذ اللقيحة بالانقسام والتكاثر تنقل في الوقت المناسب من أنبوب الاختبار إلى رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة لتعلق في جداره وتنمو وتتخلق ككل جنين ثم في نهاية مدة الحمل الطبيعية تلد الزوجة وهذا هو طفل الأنبوب الذي حققه الانجاز العلمي، ويلجأ إليه عندما تكون الزوجة عقيما بسب انسداد الأنبوب الرحمي لها[15]

ب-التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة: في هذا المقام نتكلم عن المرأة المتطوعة بالحمل والغريبة عن الزوج، ففي هذه الحالة نجد بأن نتائج هذا الحمل سيكون له أُمّان، الأم صاحبة البويضة أصلا والأم التي حملته ووضعته، وهذه الصورة لها عدة أساليب:

*أن يجري تلقيح خارجي في أنبوب الاختبار بين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجته (يسمونها متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، ويلجأون إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا، ولكن رحمها سليما قابل لعلوق اللقيحة فيه.

*أن يجرى تلقيح خارجي في وعاء الاختبار بين بذرتي زوجين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة تتطوع بحملها، ويلجأون إلى ذلك حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم منتج أو تكون غير راغبة في الحمل ترفها فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.

*هو نفس الأسلوب السابق لكن المتطوعة بالحمل هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة فتتطوع لها ضرتها لحمل اللقيحة عنها، وهذا الأسلوب لا يجري في البلاد الأجنبية التي يمنع نظامها تعدد الزوجات بل في البلاد التي تبيح التعدد.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي

لقد اعترف المشرع الجزائري بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب بالتعديل الحاصل بموجب الأمر رقم 02/05، و الذي أحدث قفزة ونوعية في موقف المشرع الجزائري مقارنة بما كان عليه، حيث سلك بدوره ما سلكته الكثير من التشريعات العالمية التي أقرت تقنية التلقيح الاصطناعي، حيث أجاز المشرع صراحة هذه التقنية بنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 ووضع لها إطار قانوني وضوابط تتماشى وأحكام الشريعة الإسلامية، ومن خلال نص المادة 45 مكرر فإننا نلاحظ أن المشرع قد أورد فيها حكم التلقيح وشروطه وما يمنعه، وهو ما سأبرزه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول:حكم التلقيح الاصطناعي

لقد ورد بشأن هذه المسألة العبارة التالية في المادة 45 مكرر الفقرة الأولى: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي"، وما يمكن فهمه من هذه المادة هو أن التلقيح الاصطناعي معترف به في قانون الأسرة فهو جائز، لكن بالاطلاع على سير هذه العملية في بعض الدول التي أخذت به فإن هذه الفقرة تظهر قاصرة وتطرح عدة تساؤلات: هل يمكن لأي زوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي دون إثبات الحالة المرضية ومحاولة العلاج؟ أم فقط يجوز للأزواج الذين ثبت لديهم العقم نتيجة عيب سواء وجد عند الزوج أو الزوجة يمنع من تلاقي البويضات والحيوان المنوية؟ و هل أنه يتم إجراؤه بمجرد تأمين المبلغ المطلوب والاتفاق مع الطبيب أم لابد من إجراءات تتبع في ذلك كضرورة المرور على لجنة طبية الأمر الذي سيضمن حقوق المواطنين وتفادي التلاعب والنصب عليهم كما في الحالة انعدام الحيوانات المنوية لدى الزوج تماما لاسيما أنهم ملزمون ببذل عناية لا بتحقيق نتائجه وهي حصول الحمل؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى السهر على ضمان احترام الشروط الشرعية فلا تلقح المرأة بماء رجل أجنبي عنها[16].

الفرع الثاني:مانع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

تنص المادة 45 مكرر الفقرة الأخيرة من قانون الأسرة الجزائري على: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"، فهذا المنع هو في الحقيقة شرط آخر مكمل للشروط السابقة لأنه إذا اكتفينا بالشروط السابقة فيفهم أن المهم فقط هو أن يكون الزوجين هما مصدري البذرتين ولا يهم أين تزرع اللقيحة بعدها وهذا مالا يتفق مع الأساليب الثلاثة التي أجازها فقهاء الشريعة الإسلامية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهو منع صريح لبعض صور أو أساليب التلقيح الاصطناعي أي أن المشرع أعطى شروط عامة لإجراء التلقيح الاصطناعي و في الفقرة الأخيرة أورد حكما لبعض أساليب التلقيح الاصطناعي الذي هو في نفس الوقت شرطا مكملا للشروط الأخرى.

المبحث الثاني: اشكالات إثبات النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي

إن الغاية الأساسية من وراء تقنية التلقيح الاصطناعي تتمثل في القضاء على مشكلة العقم وتحصيل الذرية، ولكن ظهور هذه التقنية غيرت من مفهوم الأبوة والأمومة فظهرت عدة مشاكل من بينها مشكل تحديد النسب، فالتلقيح الطبيعي يسفر عن ولادة مولود يلحق نسبه بأبويه العاديين باعتباره ولدا شرعيا لا يطرح أي صعوبات، على خلاف التلقيح الاصطناعي الذي نميز فيه بين حالتين، الأولى التي يكون فيها الولد ناتج عن تلقيح اصطناعي من ماء الزوجين، أما الثانية هي التي يكون فيها الولد ناتجا عن ماء غير الزوجين أو حمل في رحم مستأجر، هنا تثور عدة مشاكل لتحديد نسبه وهذا راجع لتعدد العلاقات، والتي سنتطرق إليها من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: نسب المولود الناتج عن ماء الزوجين

إذا كان من السهل إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية، فإن الإشكال يطرح في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالطريقة الطبيعية أي عن طريق الوفاة، أو عن طريق الطلاق، وهو ما سأتطرق إليه في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية

يثبت نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين ووقت قيام الرابطة الزوجية إلى الأب والأم، بغض النظر عن كون التلقيح تم عن طريق الإستدخال (داخلي)، أو عن طريق الاستخراج (الخارجي)، ومن ثم فإن إثبات النسب في هذه الحالة لا يثير أي إشكال قانوني يطرح.

إذ لا يمكن للزوج في هذه الحالة نفي النسب متى تبين من خلال الملف الطبي أنه وافق صراحة على إجراء التلقيح الاصطناعي، وبالتالي فالبيانات الواردة في الملف الطبي قرينة قاطعة على أبوته للمولود بالتلقيح الاصطناعي.

الفرع الثاني: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق

سأبرز في هذا الفرع نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة (أولا)، ثم الطلاق (ثانيا).

أولا: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة

قد يحدث وتنتهي الرابطة الزوجية بصورة طبيعية عن طريق الوفاة، ومن ثم فإن الإشكالات المرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الوفاة ذات بعد مزدوج ، يتعلق الأول بإثبات النسب في حالة وفاة صاحب السائل المنوي وبعد التلقيح مباشرة، وإنكار الورثة للمولود بالتلقيح الاصطناعي ومن ثم حرمانه من تركة أبيه، في حين يتجلى الإشكال الثاني في تلقيح الزوجة بمني زوجها المجمد في بنوك المني بعد وفاة زوجها إحياء لذكراه أو لأي سبب آخر، وإذا كانت الفرضية الأولى جد متوقعة في المجتمع الجزائري، فإن الفرضية الثانية تستبعد من واقع الأسر الجزائرية من منطلق أن بنوك المني لا تعرف انتشار واسعا في الجزائر، ولو أن مراكز التلقيح في الجزائر تترك بويضات فائضة بهدف إعادة زرعها في حالة عدم نجاح التلقيح أو في حالة إجهاض الحمل بعد زرع اللقيحة.

ويطرح الإشكال في حالة الوفاة من منطلق أن الرابطة الزوجية تنقضي بالوفاة، ولا مجال لإحياء الرابطة بعد انقضاءها بسبب طبيعي لا إرادي، ولو أن جانب من الفقه أجاز التلقيح في فترة العدة شريطة أن يوصي الزوج بذلك.

وعند الرجوع لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي ورد فيها:" أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما" وبما أن الوفاة تحل الرابطة الزوجية فيعتبر الزوج في حكم الأجنبي أي أن الطفل المولود بهاته الطريقة بأمه فقط دون زوجها المتوفي.

والقول الغالب بضرورة الحاق المولود بعد انتهاء العلاقة الزوجية بأمه دون أبيه لانقطاع العلاقة الزوجة بينهما، لأن الحقيقة البيولوجية لا تعني بالضرورة أن يثبت نسب المولود لمن يحمل صفاته الوراثية، بل لابد من وجود رابطة زوجية وأن يولد على فراش الزوجية ولا ينكره والده، وهو نفس الاتجاه الذي سلكته الشريعة الاسلامية[17].

ثانيا: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء فترة الطلاق

نشير بداية أن تقنية التلقيح الاصطناعي فرضت نفسها على الواقع للحد الذي معه صار الحديث عن مدى إمكانية اعتبار رفض الزوج الخضوع لتقنية التلقيح الاصطناعي سببا مبررا لطلب التطليق من جهة ، ومن جهة أخرى صار الحديث عن الطلاق غير التعسفي كحق للزوج الذي ثبت له أن زوجته هي مصدر العقم ، مع رفضها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي كون ذلك يتنافى و الغرض من الزواج.

ويثور الإشكال عند البحث عن نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الطلاق في حالة ميلاد الطفل بعد مرور سنة من فك الرابطة الزوجية، والأصل أنه بميلاد المولود بعد مرور أكثر من ستة أشهر تحتسب من تاريخ الطلاق فإن إقرار أو نفي النسب مرهون على إرادة وإقرار الزوج السابق أي الأب المفترض، فإذا اقر الأب المفترض أو الزوج السابق النسب وألحق المولود بالتلقيح الاصطناعي إليه، فإنه ينسب إليه في هذه الحالة ويعد إقرار الأب في حكم الإقرار بالولد مجهول النسب، غير أن هذا الإقرار مرهون على عدم زواج المطلقة بزوج ثاني بعد طلاقها.

غير أنه بنفي الزوج المطلق لنسب المولود فإنه لا يثبت للمولود بالتلقيح الاصطناعي أي نسب يذكر، ولا يعتد في هذه الحالة بالملف الطبي الذي تضمن الموافقة القبلية للزوج (المطلق) على إجراء التلقيح، إذ أن البعد الزمني أخذ مجراه وأصبح كفيلا بإسقاط كل القرائن[18].

وفي ذات السياق ذهب العديد من الفقهاء إلى ربط جريمة الزنا[19] بالتلقيح الاصطناعي الخارج عن الأطر والشروط القانونية، ولو أنه من غير المنطقي أن تربط جريمة الزنا بالتلقيح غير المشروع، لأن جريمة الزنا تترجم علاقة غير مشروعة بين رجل وامرأة متزوجين بموجبها يقوم كلاهما بخيانة الأمانة الزوجية، في حين أن التلقيح الاصطناعي الذي قد يكون بين زوجين وامرأة أجنبية صاحبة الرحم، ويبقى من قبيل التلقيح الممنوع والمخالف للنظام العام، لكن لا مجال للحديث عن ربط جريمة الزنا بخرق أحكام التلقيح، لأنه في التلقيح الخارج عن الأطر الشرعية والتشريعية يكون هناك تراضي بين كل الأطراف من زوجين و امرأة أجنبية.

وتبقى الحالات التي قد ترتبط فيها جريمة الزنا بالتلقيح الخارج عن الأطر القانونية في ما يلي:

- تلقيح الزوجة بمني زوجها أثناء عدة الطلاق، مع عدم اعتراف الزوج بنسب المولود، وأداءه للعان من أجل نفي نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي، مما يجعل ذلك المولود مجهول النسب ويأخذ حكم ابن الزنا، إذ لا يعد التلقيح في

هذه الحالة من قبيل جريمة الزنا، بل المركز القانوني للمولود بالتلقيح الاصطناعي من قبيل مجهول النسب أو من قبيل ابن الزنا.

- اكتشاف الزوج بعد التلقيح أن هناك تآمر بين مخبر التخصيب و الزوجة، ورجل أجنبي لها علاقة غير شرعية به من أجل تلقحها بسائل الرجل الأجنبي، بعد أن تم أخذ سائل الزوج فقط لتنويه الحقيقة وإيهامه أن التلقيح كان بسائله المنوي، ومن ثم فإنه في هذه الحالة بمجرد نفي الزوج لأبوته للمولود فإنه يصبح مجهول النسب ويتحول إلى ابن زنا.

المطلب الثاني: نسب المولود الناتج عن ماء غير الزوجين

من بين الاكتشافات التي أفرزها التطور العلمي ولادة طفل عن طريق التبرع بالمني أو البويضة، ففي الحالة الأولى يكون للمولود علاقة ثلاثية فتثار مشكلة تحديد النسب، هل ينسب لأبيه البيولوجي(صاحب المني) أو أبيه الذي يكون زوج أمه؟ والحالة الثانية التي يكون فيها للمولود أب بيولوجي وهو نفسه القانوني، وتكون علاقة من جهة الأمومة فيرتبط بصاحب البويضة أو بالمرأة التي حملته، وهو ما سأتطرق له في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: نسب المولود من مني غير الزوج

اشترط المشرع حتى ينسب المولود لأبويه أن يكون الماء من الزوجين دون سواهما في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، لكن قد تقوم الزوجة بتلقيح نفسها بمني غير زوجها سواء بعلمه أو بدون علمه، فهنا يثار التساؤل لمن ينسب هذا الولد؟

المشرع الجزائري لم يحدد موقفه من نسب الولد نتيجة الاستعانة بنطفة الغير إلا أن المادة 45 مكرر من ق.أ.ج اشترطت أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة، مما يعني أن الطفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش، وبالرجوع لنص المادة 4 من نفس القانون اعتبرت من أهداف الزواج المحافظة على الأنساب، وهذا الاجراء يؤدي إلى اختلاط الأنساب مما يعني أن المشرع يمنعه لأنه يخل بمسألة النسب ويمس بالنظام العام[20]

كما يحق للزوج رفع دعوى نفي نسب المولود ما دام أنه قادر على اثبات عجزه عن الانجاب، ولا يعتد برضاه السابق على اجراء عملية التلقيح لمخالفة رضاه للنظام العام والآداب العامة

الفرع الثاني: نسب المولود عن طريق الأمومة البديلة (استئجار الرحم)

تثير عملية التلقيح الاصطناعي بواسطة الأم البديلة اشكالية لمن ينسب المولود، وتقنية تأجير الأرحام عرفت نوعا من الاحتدام التشريعي إذ أجازتها تشريعات بعض الدول بدون أي شرط أو قيد، في حين أجازته تشريعات أخرى لكن بشروط، ومنعته تشريعات أخرى منعا تاما ومنها المشرع الجزائري[21].

وتعود الأسباب الصحية التي تدفع بصاحبة البويضة للبحث عن رحم تستأجره أو تستعيره إلى ما يلي:

- استئصال رحم صاحبة البويضة في سن مبكرة، بسبب أمراض مسرطنة أو أي تجهيض أو إجهاض خطير ومتكرر أو نزيف حاد أي سبب آخر.
- أورام الرحم أو إصابته بتشوهات.
- الإجهاض المتكرر وولادة أجنة متوفية لأكثر من مرتين.

- تلف الرحم بعد تعرضه لعديد المحاولات من أجل التخصيب المخبري دون نجاحها[22]

إن عملية التلقيح الاصطناعي عن طريق استئجار الرحم تعد انتهاكا صارخا لحرمة الشريعةاسلامية كونها تعد تجارة بالجسم الإنساني وتغييرا لحكمة الله، أما المشرع الجزائري فقد منع اللجوء إليها، من منطلق أن عملية تأجير الأرحام تعد سببا في اختلاط الأنساب متى أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار و سجلت المولود باسمها.

ولتفادي كل هذه الإشكالات والموانع التي تطرحها تقنية الأمومة البديلة، حسنا فعل المشرع الجزائري بمنع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هو كالتالي: ما هو مصير الطفل المولود باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة ؟.

ولا شك أن مثل هذه الإشكالات قد تطرح على أرض الواقع، فهي فرضية توقعها المشرع بموجب المادة 45 مكرر من ق.أ.ج بدليل استعماله لعبارة:" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

وإذا وقع هذا الاشكال نكون أمام ثلاث حالات في اثبات النسب كالآتي:

1-يثبت النسب للأم الطبيعية أي الأم الحامل أو صاحبة الرحم باعتبار أن حملها للبويضة هو إقرار ضمني بأمومتها، مما يلحق النسب بها عن طريق الولادة.

2-يثبت النسب للأم البيولوجية أي صاحبة البويضة باعتبار أن المولود يأخذ جميع الصفات الوراثية منها، ولا تعدو الأم البديلة كونها حاضنة تأخذ حكم الأم من الرضاع.

3-يثبت النسب لكلاهما أي للأم البيولوجية والطبيعية[23]باعتبار أن الأم البيولوجية منحت البويضة والأم الطبيعية رضيت زرعها في رحمها، إلى حين تحول اللقيحة إلى جنين طبيعي يولد بصورة طبيعية، ولو أننا نحبذ استبعاد الفرضية الأخيرة من منطلق أنه لكل شخص اسم و لقب ونسب واحد.

ولكن هناك اشكالية أخرى قد تثور في هذا السياق وهو إذا كانت الأم البديلة هي صاحبة البويضة والرحم معا، فهذا يعني أنها الأم البيولوجية للمولود، لكن هذا الأخير سيكون ابنا غير شرعي، وذلك لانعدام رابطة الزواج بين والده وأمه البيولوجين وباعتبار أن المشرع يشترط قيام العلاقة الزوجية لثبوت النسب الشرعي، وهذه الأخيرة غير متوفرة، فإن المولود ينسب لأمه البيولوجية فقط، أي الأم البديلة دون سواها[24].

خاتمة:

نخلص من خلال هذه المداخلة أن عملية التلقيح الاصطناعي أصبحت تقنية هامة بالنسبة للأشخاص الغير قادرين على الانجاب والذين وجدوا فيها الحل لتحقيق رغبتهم في الحصول على الولد، على عكس المشرع الجزائري الذي حصرها في مادة وحيدة بالرغم من كبر حجمها.

وعلى الرغم من تطور وحداثة هذه التقنية لا تخلو من سلبيات انعكست على الزوجين وعلى اثبات نسب المولود في بعض الحالات، لتطرح جملة من المشاكل العويصة والتساؤلات المعقدة التي يصعب معالجتها.

ومن هذه المداخلة يمكن التطرق إلى أهم النتائج في النقاط التالية:

1-الأصل في التلقيح الاصطناعي الاباحة، لكن حرمت بعض صوره من أجل الحفاظ على الأنساب وعدم الاختلاط.

2- جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتهما ويثبت به النسب.

3-تحريم اللجوء لوسيلة الأم البديلة، لأنها تثير مشكلة الأم الحقيقية للمولود.

4-يثبت نسب الطفل الناتج عن طريق الرحم البديل من جهة الأبوة إلى صاحب الفراش ما لم ينفه بالطرق الشرعية، إذا كانت المتبرعة بالحمل متزوجة، ويأخذ حكم ابن الزنا إذا كانت المرأة المتبرعة بالحمل عزباء.

وسأحاول تقديم بعض الاقتراحات التي أراها ضرورية لمعالجة بعض الاشكاليات الناجمة عن هذه العملية في اثبات النسب كما يلي:

1-سن قوانين تنظم وتقنن عملية التلقيح الاصطناعي في جميع مراحلها.

2-ضرورة وضع قواعد قانونية تنظم مسألة النسب عن طريق التلقيح الاصطناعي، لأن الطرق التقليدية لا تتماشى معه.

3-وضع نصوص تجرم أسلوب التلقيح بواسطة الغير أو الأم البديلة مع فرض عقوبات صارمة توقع على كل من يحاول اللجوء إليهما أو يساهم في انجاحها.

4-تعديل المادتين 40 و41 من قانون الأسرة وذلك بإدراج نسب المولود الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي، واستخدام تقنية البصمة الوراثية في إثباته أو نفيه.

1- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2015، ص247.

2- عائشة أحمد سالم، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2008، ص106.

3- لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، (مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء)، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008، ص8.

4- سعيد فريجات، التلقيح الاصطناعي وإشكالاته القانونية في التشريع الجزائري، (شهادة ماستر في الحقوق تخصص قانون الأسرة)، جامعة الوادي، 2017/2016، ص9، نقلا عن: زهير أحمد السباعي، محمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، دار القلم، بيروت، ط1 1993، ص337.

5- قانون الأسرة الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية عدد15، 2005.

6- انظر المادتين 09 و09 مكرر من ق.أ.ج.

7-- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص280.

8- سعيد فريجات، المرجع السابق، ص26، نقلا عن: قادة بن علي، موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي، مجلة الراشدية، المركز الجامعي بمعسكر، العدد1، فيفري 2008، ص58.

9- بغدالي الجيلالي، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، (مذكرة ماجستير) كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2013، ص11.

10- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار الثقافة عمان، 2012، ص510.

11- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص282

12- انظر قرارات المجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة المنعقد بمكة المكرمة، ص ص137-144.

13- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة، ص138.

14- سعيد فريجات، مرجع سابق، ص16

15- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة، ص ص138، 139.

16- لامية العوفي، مرجع سابق، ص22.

17- بغدالي الجيلالي، مرجع سابق، ص83.

18- شوقي زكرياء صالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص307.

19- شوقيزكرياءصالحي، المرجع السابق، ص307.

20- سعيد فريجات، مرجع سابق، ص ص55، 56.

21- مروك نصر الدين، التلقيح الصناعي بين القانون المقارن والشريعة الاسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، عدد2، 1999، ص221.

22- جمال أبو سرور، قضية الرحم البديلة تثير جدل الأطباء والفقهاء، مقال منشور على الرابط التالي:

www.cyprusivfhospital.com/arabic.asp?page=reasons-for. ، تاريخ الاطلاع: 2021/05/25، الساعة:22:00.

23- جندر حسين كاظم الشمري، إشكاليات النسب دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، العدد2، 2010، ص20.

24- سعيد فريجات، مرجع سابق، ص ص57، 58.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

- قـانون الأسـرة الجزائـري الصـادر بموجـب القـانون رقـم 11/84 المـؤرخ في 1984/06/09،المعـدل والمـتمم بـالأمر رقـم 02/05 المـؤرخ في 2005/02/27،الجريدة الرسمية عدد 15، 2005.

- انظرقراراتالمجمعالفقهالإسلاميفيدورتهالسابعةالمنعقدبمكةالمكرمة.

ثانيا: المراجع

1-الكتب:

- زهير أحمد السباعي، محمد علي البار،الطبيب أدبهوفقهه،دارالقلم،بيروت،ط1 1993.

- عائشةأحمدسالم،الأحكاالمتصلةبالحملفيالفقهالإسلامي،المؤسسةالجامعيةللدراساتوالنشر،بيروت،ط1، 2008.

- العربي بلحاج،أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد،دار الثقافة عمان، 2012.

- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2015.

- سارة الشافعي سعيد الهاجري، الأحكام المتصلة بالعقم والانجاب ومنع الحمل في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط1، 2007.

- شوقي زكرياء صالحي،التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

2-الرسائل الجامعية:

-بغدالي الجيلالي،الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الانجاب في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة، (مذكرة ماجستير) كلية الحقوق، جامعةالجزائر، 2014/2013.

- سـعيد فريجـات، التلقـيح الاصـطناعي وإشـكالاته القانونيـة في التشـريع الجزائـري، (شـهادة ماسـتر في الحقـوق تخصـص قـانون الأسـرة)، جامعةالوادي، 2017/2016،

- لامية العوفي، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، (مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء)، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.

3-البحوث العلمية:

- جندرحسينكاظمالشمري،إشكالياتالنسبدراسةمقارنةفيالقانونوالشريعةالإسلامية،مجلةرسالةالحقوق،جامعةكربلاء،العدد2، 2010.

-قـادة بن علي، موقـف الشـريعة الإسـلامية وقـانون الأسـرة الجزائـري من التلقـيح الاصـطناعي، مجلـة الراشـدية، المركز الجـامعي بمعسـكر، العدد1، فيفري 2008.

-مروكنصرالدين،التلقيحالصناعيبينالقانونالمقارنوالشريعةالاسلامية،مجلةالمجلسالإسلاميالأعلى،عدد2، 1999.

4-المواقع الالكترونية:

- جمالأبوسرور،قضيةالرحمالبديلةتثيرجدلاالأطباءوالفقهاء،مقالمنشورعلىالرابطالتالي:

www.cyprusivfhospital.com/arabic.asp?page=reasons-for. ،تاريخالاطلاع: 2021/05/25،الساعة:22:00.

أحكام كفالة مجهولي النسب وفق المرسوم 2020 وأحكام الشريعة الإسلامية

Implementing provisions regarding those who born of unknown parentage In accordance with executive 2020 and provisions of islamic Shariah

عشير جيلالي*
مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص
جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة
d.achir@univ-dbkm.dz

قاشي علال
جامعة لونيسي علي، البليدة 2
qachiallel2018@gmail.com

ملخص:

تناولت هذه الورقة البحثية دراسة فئة مجهولي النسب والمتخلى عنهم في إطار الدستور وقانون الأسرة الجزائريين، وذلك من خلال وضع الأحكام القانونية لتحقيق الحماية القانونية بما يتلاءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية بين منع التبني المحرّم وتنظيم الكفالة في إطار تحقيق التكافل الاجتماعي والأسري، لذلك عالجت هذه الورقة البحثية الإطار المفاهيمي لمجهولي النسب وعقد الكفالة مع تحديد طبيعته القانونية، وتمييزه عن مختلف الأنظمة القانونية المشابهة له.

وعليه، فإن الدراسة تهدف إلى معرفة مركز مجهولي النسب والمتخلى عنهم في الدساتير الجزائرية، كما تهدف إلى تكريس الحماية القانونية في إطار الحقوق المدنية، كالحق في الاسم العائلي والحق في الجنسية والحق في النفقة، وكذلك في إطار الحماية الاجتماعية كالكفالة والرعاية كما لم تغفل الدراسة في هدفها من حماية هذه الفئة الضعيفة من خلال تقرير الحماية الجزائية لهم من مختلف الإخلالات الواقعة أو المتوقعة بهم.

الكلمات المفتاحية:

الجنسية؛ الشريعة الإسلامية؛ الطفل؛ الكفالة؛ مجهول النسب.

---

*-عشير جيلالي.

Abstract:

This research paper has tackled the lawful situation of children who were born of unknown parentage depending on the algerian constitution and the family code relating To the islamic religion which bans the direct adoption but it provides the needed social security and legal protection the study ,s objective is To make these children able To get All their rights such as the identity the nationality... etc. It is also done to state rules that may penalize any transgression or discrimination among this weak category.

Keywords:
Nationality; Islamic law; Child; kafala; unknown parentage.

مقدمة:

إن أغلب القوانين العربية اتفقت وأجمعت على تحريم التبني إلا أن المشرع التونسي قد خرج عن هذا الإجماع وذهب إلى ما ذهبت إليه القوانين الغربية مثل فرنسا في إجازة التبني، وذلك بمقتضى القانون رقم: 27 لسنة 1998 المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية التونسية عدد 19، في الفصلين الثامن والثالث عشر.

أما القانون الجزائري فإنه يمنع التبني من خلال نص المادة (46) من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: «يمنع التبني شرعا وقانونا» ولكنه بالمقابل أوجد نظاما بديلا عن التبني وهو الكفالة، وذلك لحماية شريحة معينة من المجتمع والتي تعد ضحية تصرفات لا مسؤولة، نتج عنها أطفال مجهولين النسب، فقد نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المواد من (116) إلى (125) من قانون الأسرة الجزائري، كما نظم إجراءاتها في المواد من (492) إلى (497) من قانون 08-09 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من خلال ما تقدم سنحاول الوقوف في هذا الفصل على تعريف بعض المصطلحات المهمة التي تكون بوابة دخولنا لصلب الموضوع، وكذلك خصائص الكفالة من خلال البحث عن التكييف القانوني لها وأهم أركانها وشروطها التي ينعقد بها عقد الكفالة صحيحا، وتمييزها عن غيرها من الأصناف القانونية التي يمكن أن تتداخل معها، وأخيرا إجراءاتها.

يثار إشكال قانوني كبير إزاء مجهولي النسب والمتخلى عنهم، هذه الشريحة الهشة في المجتمع التي تتطلب حماية وتوفير ضمانات حتى تجد مكانها سليما في المجتمع، ولعل النقطة الإيجابية الأولى أنه لأول مرة جاء الالتفات لهم ضمن نصوص دستور 2016 ضمن المادة 02/72 منه، لأن جل الدساتير السابقة لم تتطرق لهم باللفظ، وبعدها تلاه التعديل الدستوري 2020 الذي أكد في نصوصه أيضا هذا الأمر وأضاف في المادة 05/71 منه حمايتهم من أشكال العنف والاستغلال الخاصة الذي يشكل أيضا ضمانة مهمة لهم، ومن هذا المنطلق ارتأينا تسليط الضوء على الحماية الدستورية وما وفرته من ضمانات لهذه الشريحة من خلال إشكالية مفادها:

ما مدى كفالة المشرع الدستوري للحماية اللازمة للطفل مجهول النسب والمتخلى عنه في التعديل الدستوري 2020؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية سواء تلك المدرجة في الدستور أو النصوص القانونية المتفرقة لنرى مدى كفاية الحماية الدستورية والقانونية لمجهولي النسب والمتخلى عنهم، مقسمين موضوع الدراسة إلى مبحثين نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم كفالة طفل مجهول النسب، وفي المبحث الثاني نتكلم عن أحكام وإجراءات كفالة مجهول النسب وفق القانون الجزائري.

المبحث الأول : مفهوم كفالة طفل مجهول النسب

يحمل مصطلح الكفالة عدة دلالات فقد يعني ضمان الدين في المدني، والولاية على نفس أو مال القاصر في الأحوال الشخصية، وموضوع البحث كما سبق بيانه، يتمحور حول النوع الثاني منها، والذي يتمتع بعدة خصائص عن سابقه وعن

غيره من الأنظمة الشبيهة به لاسيما منها التبني، كما يشترط لانعقاده عدة شروط، وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى تبيان المقصود بالكفالة محل البحث، والطبيعة القانونية لها، ثم أهم خصائصها وتمييزها عن التبني.

المطلب الأول: تعريف كفالة الطفل المجهول النسب

إن الخوض في تحديد تعريف دقيق لكفالة الطفل المجهول النسب يستلزم علينا تعريف كل مصطلح على حدة، حيث أن الكفالة هي عملية جمع بين الطفل والنسب المجهول فيجب علينا أن نتعرف أولا على طرفي العملية حتى يسهل علينا معرفة الناتج لأنه تحصيل حاصل.

الفرع الأول: تعريف الطفل

يشير مفهوم الطفل إلى معان وإشارات مختلفة ومتعددة تصف على الأغلب مرحلة زمنية من عمر الإنسان، وتعرض القواميس والمعاجم والمنظمات الدولية تعريفات مختلفة تتميز كلها بسمات معينة تتفق مع رسالة المنظمة أو الجهة المعرفة لمفهوم الطفل، ومن هذه التعريفات ما يأتي:

أولا- الطفل لغة:

الطفل بكسر الطاء مع تشديدها مثل الطفل والطفلة: الصغيران والطفل يعني الصغير من كل شيء عينا كان أو حدث[1]، والصبي يدعى طفلا حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم، والليل في أوله طفل، وأصل لفظ الطفل من الطفالة وفي القول فلان طفيلي للذي يدخل الوليمة والمآدب ولم يدع إليها فقد تطفل، فالتطفل الصغير الذي يتطفل ويعتمد كليا على الغير في حياته والطفولة هي النعومة، وطفل أي ناعم[2].

ثانيا- الطفل اصطلاحا: سنتعرض لتحديد تعريف الطفل اصطلاحا كما جاء في اجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية، ثم إلى بعض التعريفات القانونية كما يلي:

1- الطفل في الشريعة الإسلامية:

إن منظور فقهاء الشريعة الإسلامية للطفل جاء من ناحية تحديد زمني لفترة أو مرحلة من مراحل الإنسان حيث يطلق اسم "طفل" في هذه المرحلة، على أن تبدأ من لحظة تكوين الجنين في رحم أمه لقوله تعالى:﴿وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا﴾[3]، وتنتهي ببلوغ الحلم وذلك مصداقا لقوله تعالى:﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾[4].

وتأسيسا على ما تقدم يمكن تعريف الطفل في الفقه الإسلامي كما يلي: الإنسان منذ لحظة صيرورته جنينا في رحم أمه حتى البلوغ، فإذا لم تظهر عليه علامات البلوغ مثل الاحتلام والقذف بالنسبة للذكر، أو الحيض بالنسبة للأنثى يظل الإنسان طفلا حتى بلوغه سن 15 عاما حسب رأي جمهور الفقهاء المسلمين[5].

2- **الطفل في القانون الدولي:** إن مصطلح "طفل" قد ورد في العديد من الإعلانات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والاتفاقيات المتعلقة بالقانون الدولي الإنساني، إلا أنها لم تحدد على وجه الدقة المقصود به، كذلك لم تحدد معظمهما الحد الأقصى لسن الطفل أو نهاية مرحلة الطفولة وهذا ما سنوضحه من خلال التعريفات التالية:

✓ **الطفل حسب اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل الصادرة عام 1989**

تعد هذه الاتفاقية المبرمة في إطار منظمة الأمم المتحدة الوثيقة الدولية الأولى التي تعرف بشكل واضح وصريح المقصود بمصطلح "الطفل"، فلقد عرفت المادة الأولى من الاتفاقية الطفل بأنه:« كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن

الرشد قبلا بموجب القانون المطبق عليه »[6]، وطبقا لهذا النص لا بد من توافر شرطين لكي نسمي الشخص طفلا ألا يكون قد بلغ سن الثامنة عشرة، وألا يكون القانون الوطني قد حدد سنا للرشد أقل من ذلك.

✓ **الطفل حسب الاتفاقيات الإقليمية لحقوق الإنسان**

من بين الاتفاقيات ما يلي:

❖ **الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001:** جاء بتعريف الطفل في البند الأول من الأهداف العامة حيث نص على:«يجب تكريس مفهوم الحقوق للطفل حتى إتمام سن الثامنة عشرة دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو الثروة أو المولد لأي سبب آخر»[7].

3- الطفل في القانون الجزائري: عرف المشرع الجزائري الطفل في المادة (2) من القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل كما جاء نصها «الطفل كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة»[8]ومن خلال عدة نصوص قانونية داخلية كذالك يمكن استنتاج تعريف للطفل كما يلي:

حيث تنص المادة (49) من ق.ع.ج:«يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة»[9]، كما تنص المادة (442) ق.إ.ج:«يكون بلوغ سن الرشد الجزائي في تمام الثامنة عشرة»[10]، إلا أن المادة (40) ق.م.ج تنص على أن:« سن الرشد هو تسعة عشرة سنة كاملة »[11]

كما نصت المادة (7) من ق.أ.ج:«تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة»، هذا يعني أن الطفل هو من لم يكتمل 19 سنة.

ومن خلال ما تقدم من النصوص القانونية الداخلية وقبل صدور القانون رقم: 15-12 المتعلق بحماية الطفل نلاحظ أن سن الرشد في القانون الجزائري ليس ثابت ومستقر فهو يختلف من قانون إلى آخر فأي سن يأخذ بها ويعتبر الشخص فيها راشدا؟

الفرع الثاني: تعريف مجهول النسب

إن مصطلح "مجهول النسب" مركب من كلمتين (مجهول) و (النسب)، ومن البديهي أن نتعرف أولا عن الشيء المجهول وهو النسب ثم كيف يجهل هذا الأخير.

أولا- تعريف النسب

لقد تعددت مفاهيم النسب بتعدد فقهاء القانون والفقه لكن كلها اتفقت على أن يكون مصبها غير مخالف لما جاءت به الشريعة الإسلامية ومنها:

النسب في الإسلام هو صلة الشخص بغيره على أساس القرابة القائمة على صلة الدم والغالب في استعمال كلمة نسب هو نسب الشخص لأبيه الحقيقي ولذلك يدعو الشارع الكريم إلى التأكد من صلة النسب في الأسرة[12].

أما المشرع الجزائري فلم يعرف النسب كمصطلح واضح، بل اهتم بطرق إثباته والتي حصرها في المواد من (40 إلى 45) من ق.إ.ج، ولكن من خلال هذه المواد نجد مفهوم النسب يتطابق مع ما ذكر أعلاه.

فخلاصة القول أن النسب هو أهم ما يترتب عن الزواج من آثار، وهو نسب المولود إلى والده قانونا ودينا، فهو حق منحته الشريعة الإسلامية للأولاد لتضمن لهم الحياة الكريمة والهدف من اكتساب النسب وإثباته، هو لمنع اختلاط الأنساب وحفظها من الفساد وإرساء قواعد البنوة على أساس سليم[13].

ثانيا- تعريف المجهول

أ- **المجهول لغة:** مجهول جمع مجاهيل، نقول رجل مجهول العنوان أي عنوانه غير معلوم، وغير معروف، والجهل نقيض العلم، وقد جهله فلان جهلا وجهالة، وجهل[14].

ب- **المجهول اصطلاحا:** إن مجهول النسب مصطلح حديث فلقد أعتمده فقهاء القانون حديثا بدلا من اللقيط ولعلى الغاية من هذا المصطلح هو التخفيف عن ما يسببه اسم اللقيط من شرخ في نفسية الطفل الذي يحمل هذه الصفة، ولهذا سنتعرض إلى بيان مفهوم اللقيط لنصل في النهاية لمفهوم مجهول النسب.

أ- اللقيط

عرف الفقهاء اللقيط في مذاهبهم المتعددة وفقا للعرف السائد في مجتمعهم حيث عرفه الحنفية هو "اسم لمولود حي طرحه أهله خوفا من العار، أو فرارا من تهمة الريبة، وعرفه المالكية بأنه كل صغير آدمي لم يعلم أبواه ولا رقه، أما عند الشافعية فهو كل طفل ضائع لا كافل له، وعند الحنابلة كل طفل منبوذ أو طفل لا مميز، لا يعرف نسبه ولا رقه طرح في الشارع، أو ضل الطريق ما بين ولادته إلى سن التمييز[15].

إذن ومما تقدم أعلاه مجهول النسب هو الملتقط الذي ليس له نسب معروف أو كل طفل ألتقط أو طرحه أهله خوفا من العار أو فرارا من تهمة الزنا، فلا يعرف نسبه[16].

أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بمصطلح واحد وهو "مجهول النسب" في تنظيمه للكفالة في قانون الأسرة المعدل سنة 2005، مما نستنتج منه أنه قصد بمجهول النسب المعنى الواسع لهذا المصطلح أي هو ذاك الطفل الذي لا يعرف نسبه لحظة ولادته مهما كانت أسباب الجهل أي يضم اللقيط والمتروك وابن الزنا...إلخ.

الفرع الثالث: تعريف عقد الكفالة

أولا- الكفالة في الشريعة الإسلامية: تعددت آراء الفقهاء في تعريف الكفالة وهذا يرجع إلى منظور كل فقيه كما يلي:

حيث عرّفها الحنفية على أنها ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا بنفس أو بدين أو عين، ويعبر المالكية عن لفظ الكفالة في كتبهم بالضمان أي التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له، أما الشافعية والحنابلة نجدهم يعبرون عن الكفالة بالضمان، ويخصصون لفظ الكفالة بالكفالة بالنفس أو بالبدن، فالكفالة بالبدن عندهم صورة من صور الضمان[17].

بعد بيان كل من التعريفين اللغوي و الاصطلاحي للكفالة تبين لنا أنهما يلتقيان في لفظ الضم، حيث وردت هذه الكلمة في كليهما.

إذا، الفقه الإسلامي اعتبر الكفالة التزام شخصي يصدر عن الكافل سواء كان رجلا أو امرأة، لأنها تبرع منه مما يضفي عليها صبغة قانونية ودينية يبتغي بها وجه المولى عز وجل، وعليه لا يستطيع إلزام غيره بها ولو كان زوجا، مما يعني أن كفالة الزوجين للطفل يتطلب موافقتهما معا في الشريعة الإسلامية.

ثانيا- الكفالة في القانون المدني الجزائري: الكفالة تتطلب شروط محددة في القانون لانعقادها، وتعني الضمان في القانون المدني وهو نوع من أنواع التأمين، نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني، كما أن المشرع نص في المادة (644) من ق.م.ج على أنه عبارة عن «عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه»[18].

ثالثا - الكفالة في قانون الأسرة الجزائري: وهذا ما نصت عليه المادة (116) من ق.أ.ج فالكفالة إذا هي «عبارة عن التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي قانوني يبرم أمام المحكمة أو أمام الموثق، وبما أننا بصدد كفالة مجهول النسب فإن الكفالة تتم أمام القضاء»[19].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد كفالة طفل مجهول النسب وخصائصها

تعتبر الكفالة عقد روحي واجتماعي قبل أن تكون عقدا رسميا وكتابيا، وهذا يوصلنا لسؤال عن الطبيعة القانونية لهذا العقد، إذ عقد كفالة مجهول النسب ليس كغيره من العقود المدنية، لأن محلها طفل قاصر، وهو ما يجعلها تتميز بعدة خصائص عن غيرها من العقود، لأنها بالنهاية تحدد مصير طفل مجهول النسب، وعليه سنعالج هذا العنصر فيما يلي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد كفالة مجهول النسب

من خلال الرجوع إلى نص المادة (116) من ق.أ.ج «الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه، وتتم بعقد شرعي»، ويقصد المشرع الجزائري بعقد شرعي ذلك المحرر المتوافق مع مقتضيات وأحكام القانون، أي أن عقد الكفالة عقد كسائر العقود من حيث قيامها على الأركان الثلاثة في العقد، وهي المحل والرضا والسبب، وكل منها بشروطه.

كما اشترط المشرع الجزائري بالنسبة لعقد الكفالة في ق.أ.ج إفراغ هذا التصرف في شكل قانوني معين عندما أعطى صلاحية إسناد الكفالة إلى جهة رسمية، وهي القضاء أو أمام الموثق طبقا لنص المادة (117) من ق.أ.ج، فالكفالة لا تقوم إلا إذا أبرمت أمام الجهات المختصة قانونا[20].

الفرع الثاني: خصائص عقد كفالة طفل مجهول النسب

تتميز الكفالة بعديد الخصائص، والتي من خلالها يمكن تميزها عن باقي الأنظمة الشبيهة لها، فانطلاقا من تعريف المشرع الجزائري للكفالة في نص المادة (116) من ق.أ.ج يمكن حصر وتحديد هذه الخصائص النقاط التالية:

أولا- الكفالة التزام على وجه التبرع: تنص المادة (116) من ق.أ.ج على أن «الكفالة هي عبارة عن التزام على وجه التبرع...»، حيث يتبرع الكافل بكفالة القاصر مجهول النسب إلى بلوغه سن الرشد، والتعهد بالإنفاق عليه إنفاقه إلى فرعه الصلبي وبدون مقابل، فالكفالة تضع الطفل المكفول في مرتبة الابن الشرعي والذي يترتب عليه حقوق والتزامات متبادلة محددة وفقا للأحكام التي تحكم علاقة الأب بابنه.

ثانيا- الكفالة عقد بين ثلاثة أطراف: وهم الكفيل، المكفول، الشخص أو الهيئة التي تبرم هذا العقد مع الكفيل أمام الموثق أو القاضي، فقد يكون الطرف الثاني وليا للقاصر أو هيئة مستقبلة له كمصلحة النشاط الاجتماعي مثلا[21].

ثالثا- الكفالة التزام للقيام بشؤون ولد قاصر مجهول النسب: إن مضمون الالتزام الناشئ عن الكفالة يتعلق بنظام الولاية والتي يكلف فيها المشرع أو القضاء شخصا كبيرا راشدا بأن يتصرف لمصلحة الطفل القاصر مجهول النسب في تدبير شؤونه الشخصية والمالية، فتكون للكافل الولاية على النفس والمال معا[22].

رابعا- الكفالة لا تثبت النسب ولا حق الميراث: الكفالة تحافظ وتحمي الأنساب، إذ المكفول يبقى أجنبيا عن الأسرة المكفولة، كما تحمي الحقوق الميراثية وتمنع التعدي على حقوق التركة، إذ لا يحق للمكفول الميراث فيها بل يمكنه الحصول على الهبة أو الوصية فقط[23].

المطلب الثالث: تمييز عقد الكفالة عن الأنظمة القانونية المشابهة لها

لقد تعدد الأنظمة المشابهة لنظام الكفالة والتي غايتها توفير مستقبل مشرق للطفل مجهول النسب فسنقتصر على نظامين فقط لأنهما أقرب لنظام الكفالة.

الفرع الأول: تمييز عقد الكفالة عن الحضانة

أولا- إن الكفالة التزام على وجه التبرع حيث لا يأخذ الكافل أي عوض خلاف الحضانة التي يجوز أخذ أجرة عنها[24].

ثانيا- نصت المادة (65) من ق.أ.ج على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات، كما يمكن تمديدها إلى 16 سنة والأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون[25]، على عكس الكفالة فهي مستمرة إلا إذا صادف العقد سبب ينقضي به، أو بطلب من الكافل كما سوف نتطرق إليه فيما بعد.

ثالثا- تمنح الكفالة من جهة رسمية "أمر ولائي" وهو قرار إداري صادر من المحكمة، أما الحضانة فتسند بحكم قضائي.

رابعا- الحضانة تطلق على الطفل الذي يكون في حضانة أمه أو أبيه مع مراعاة الترتيب الشرعي لمن تسند له الحضانة، بينما في الكفالة لا يراعي هذا الترتيب.

الفرع الثاني: تمييز الكفالة عن التبني

كذلك لا يوجد فرق بين الكفالة والتبني في الغاية منهما لأنهما يهدفان إلى رعاية الطفل ماديا ومعنويا، وكذا الإسناد الواقعي للطفل القاصر وضمه إلى أسرة أخرى ليست أصلية، لكن لا يخلوان من اختلافات أهمها اختلاف المشروعية واختلاف في الآثار.

من خلال ما تقدم عن الكفالة على أنها نظام بديل عن التبني شرعه الدين الإسلامي، وعليه نستنتج مشروعيته بكتاب الله في قوله تعالى:﴿ قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾[26]

أما التبني فهو محرم تحريما قطعيا، لأن به يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به، ومع ذلك يتخذه ولدا ويعطيه اسمه[27]، وعرفه الدكتور محمد صبحي نجم بقوله:«التبني هو أن يتخذ الرجل له ولدا ليس من صلبه فينتسب هذا المتبنى إلى من تبنا».

المبحث الثاني: أحكام وإجراءات كفالة مجهول النسب وفق القانون الجزائري

لا يكتفي القانون وضع المفاهيم والخصائص للأطفال مجهولي النسب، بل يمتد إلى تقرير الحماية الدستورية والجزائية لهذه الفئة الضعيفة، وعليه فإن العناصر التي يمكن تناولها في هذا المبحث تتحدد في تكريس نطاق الحماية الدستورية من خلال الوقوف على الدساتير الجزائرية دون الإغفال عن النصوص القانونية التي عالجت هذا الموضوع.

المطلب الأول: نطاق الحماية الدستورية

يعتبر الدستور أعلى وثيقة تسمو على القوانين، ولذلك وجدنا المشرع الدستوري أولى عناية كبيرة بهذه الفئة نظرا لضعفها من جهة، ولانعدام النصوص التشريعية والقانونية الكافية لتحقيق الحماية لها. ولذلك سارع المشرع الدستوري تدارك الوضع لتعزيز المركز القانوني لهذه الفئة الهشة بداية من دستور 2016([28]) إلى دستور 2020([29]).

الفرع الأول: مركز مجهولي النسب والمتخلى عنهم في الدساتير الجزائرية

بالرجوع للدساتير الجزائرية نجدها كلها لم تفرد نص خاص بحماية الأطفال سواء معلومي النسب أو مجهولي النسب والمتخلى عنهم، وإنما كانت الحماية مقررة للأطفال ضمنيا، وذلك ضمن نصهم على أن تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع

1963، 1967، 1989، 1996، 2008، ثم جاء دستور 2016 فكان أول دستور خطى خطوة مهمة في تقرير الحماية لهذه الفئة الهشة في المجتمع ضمن المادة 02/72 منه التي تقضي بأنه: « تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع.

تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل.

تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

يقمع القانون العنف ضد الأطفال...».

وفقا لهذا النص الدستوري، فإن الدولة تتولى كفالة هذه الفئة، ومعنى ذلك أنها هي من تحتوي هذه الفئة سواء اجتماعيا أو قانونيا عبر مختلف الأجهزة والمؤسسات التابعة للدولة (وزارة الأسرة والتضامن الاجتماعي، مؤسسات الطفولة المسعفة...)

ثم تلاه التعديل الدستوري 2020 محل هذه المداخلة الذي عزز من الحماية المقررة لهم ضمن نص المادة 71 منه التي تقضي بما يلي:«تحظى الأسرة بحماية الدولة.

حقوق الطفل محمية من طرف الدولة والأسرة مع مراعاة المصلحة العليا للطفل.

تحمي وتكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

تحت طائلة المتابعات الجزائية يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم...

يعاقب القانون كل أشكال العنف ضد الأطفال واستغلالهم والتخلي عنهم...».

نلاحظ نص المادة في التعديل الدستوري 2020 الفقرة الثالثة أضاف المشرع الجزائري مصطلح الحماية إلى كفالة الدولة لهذه الفئة، وهذه الحماية جاءت عامة، أي تمس كل المستويات سواء القانونية بمختلف تفريعاتها وكذا الاجتماعية، وأكد في الفقرة التي بعدها الثالثة والرابعة على الحماية الجزائية لهم من مختلف أشكال العنف الممارسة عليهم أو التخلي عنهم.

نشير إلى أنه في ظل دستور 2016 بقيت الحماية حبرا على ورق ولم يصدر ولا نص يكرس الحماية الدستورية، وأشرنا سابقا أن النصوص الدستورية لم تنص بصريح العبارة عن فئة الأطفال مجهولي النسب والمتخلى عنهم، لكن ينبغي ألا نغفل على بعض النصوص القانونية التي صدرت خلال بعض الدساتير والتي نصت بدورها على هذه الفئة منها قانون الحالة المدنية الأمر 20/70 المعدل والمتمم، وقانون الصحة 1976 الملغى، سنتعرض لكليهما في الحماية القانونية.

الفرع الثاني: ضبط المصطلحات والمفاهيم

مجهول النسب: تنطبق التسمية على الطفل غير معلوم الأب، باعتبار أن نسب الطفل يكون من الأب، هو عدم معرفة أب الطفل.

اللقيط:هو الصغير الذي يوجد منبوذا في الطريق أو مسجد أو غيرهما، ولا كافل معلوم له ولو كان مميزا، لأن المميز يحتاج أيضا للرعاية[30]. اللقيط هو الطفل الذي لا يعرف نسبه[31] ويعرف أيضا بأنه:«الطفل الذي نبذه أهله فرارا من تهمة الزنا، أو خوفا من الفقر»[32]، من خلال هذين التعريفين نجد أن اللقيط ينطبق على مجهول النسب أو معلوم النسب.

وتعرف المادة 246 من قانون الصحة لسنة 1976 اللقيط بأنه:«الولد المولود من أب وأم مجهولين، ووجد في مكان ما أو حمل إلى مؤسسة وديعة». فنجد مصطلح اللقيط يستعمل ويتداول أكثر شيء عند فقهاء الشريعة الإسلامية، بينما يستعمل مصطلح مجهول النسب عند فقهاء القانون.

وبالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري لسنة 1976 الملغى[33] نجده تكلم عن **الطفل المتروك**، والذي نراه معبرا عن مصطلح الطفل المتخلى عنه، وذلك في نص المادة 01/246 البند 2 منه كالتالي:«بأن الطفل المتروك هو الولد المولود من أب وأم

معلومين ومتروك منهما ولم يمكن الرجوع إليهما أو إلى أصولهما». طبقا لنص المادة نجدها تقتصر الترك على الطفل المعلوم النسب وفقط. رغم أن التخلي قد ينصرف أيضا لمجهول الأبوين كما في اللقيط.

المطلب الثاني: الحماية القانونية في إطار الحقوق المدنية

هناك من الحقوق يكتسبها الشخص منذ ولادته وتبقى لصيقة به إلى وفاته، منها الحق في الاسم والحق في الجنسية والحق في النفقة، وهذا ما سنعالجه فيما يلي:

الفرع الأول: الحق في الاسم العائلي

لقي الحق في الاسم العائلي اهتمام معظم الهيئات والمنظمات العالمية، فالغرض من عنايتهم بهذا الحق كونه من الحقوق الشخصية اللصيقة التي توجد بوجود الشخص.

أولا : الاسم العائلي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[34]:

ورد النص عليه ضمن المادة 06 منه على أنه:«لكل إنسان في كل مكان الحق في أن يعترف له بالشخصية القانونية»، وجاء في المادة 2/25 منه على أنه:«للأمومة والطفولة حق في رعاية ومساعدة خاصتين، ولجميع الأطفال حق في التمتع بذات الحماية الاجتماعية سواء ولدوا في إطار الزواج أو خارج هذا الإطار»، أما في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية[35]ورد النص على حق الطفل في الاسم ضمن نص المادة 02/24 كالتالي:«يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسما يعرف به».

ثانيا :الاسم العائلي في اتفاقية الطفل لسنة 1989[36]:

فقد جاء ضمن نص المادة 07 منها على أنه:«يسجل الطفل بعد ولادته فورا ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب جنسية، ويكون له قدر الإمكان في معرفة والديه وتلقي رعايتهما».

وتنص المادة 08 على أنه:«تتعهد الدول الأطراف باحترام حق الطفل في الحفاظ على هويته بما في ذلك جنسيته واسمه وصلاته العائلية على النحو الذي يقره القانون، وذلك دون تدخل غير شرعي، إذا حرم أي طفل بطريقة غير شرعية من بعض أو كل عناصر هويته تقدم الدول الأطراف المساعدة والحماية المناسبتين من أجل الإسراع بإعادة إثبات هويته».

ثالثا :الاسم العائلي في الميثاق العربي لحقوق الطفل 1984[37]: المادة 10 منه:«تأكيد وكفالة حق الطفل أن يعرف باسم وجنسية معينة منذ مولده».

نجد نص المادة 28 من القانون المدني[38] تنص على أنه:«يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أولاده». تليها المادة 26 التي تنص على أنه:«تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك، وإذا لم توجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات، يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي ينص عليها القانون المدني».

المادة 29:«لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه دون مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد يلحقه من ضرر».

ويثبت هذا الاسم في السجلات المعدة لذلك، فالشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا (المادة 25 من القانون المدني) وما يثبت هذا الأمر هو وثيقة الميلاد.

وبالرجوع إلى قانون الحالة المدنية رقم 70-20 في المادة 64 فإن الطفل المجهول الذي يعثر عليه يعطى له ثلاثة أسماء آخرها لقبا له.

الفرع الثاني: الحق في الجنسية

تشكل الجنسية حق من حقوق الطفل الشخصية التي تترتب عليها حقوقا وواجبات تكفلها الدولة للأطفال الذين ولدوا فيها والمكتسبين لجنسيتها فتمنحهم بموجبها حق الحماية والرعاية. والجنسية قد تكون أصلية أو مكتسبة، حيث أن الأولى تكتسب عن طريق رابطة الدم أو رابطة الإقليم، أما الثانية تكتسب وفقا لإجراءات قانونية محددة.

كما تؤكد اتفاقية حقوق الطفل 1989 وكذلك الميثاق العربي 1984 السالفي الذكر على أن يكون للطفل اسم، وجنسية الطفل مجهول النسب هي جنسية الدولة التي وجد في إقليمها.

الفرع الثالث: الحق في النفقة

تعرف النفقة بأنها:«التزام مالي يقوم في الأصل على إعالة الطفل على أساس ما يربطه بالمنفق من صلة قرابة، كأن يكون المنفق والدا، أو إلزام كأن يكون المنفق كافلا»[39].

وباعتبار الطفل مجهول النسب والمتخلى عنهم لم ينشأوا في ظل أسرة توفر لهم الرعاية اللازمة، فإن الدولة هي المكلفة برعايتهم وتوفير ما يحتاجونه من مأكل وملبس، وذلك عن طريق مؤسساتها التي تحتويهم، وإما عن طريق التكفل بهم من قبل الأسر.

المطلب الثالث: الحماية في إطار الحقوق الاجتماعية

إضافة إلى تكفل الدولة من خلال مؤسسات الاجتماعية لشريحة الأطفال مجهولي النسب والمتخلى عنهم، وسعيا من الدولة إلى توفير جو أسري سليم يحافظ على تنشئة الطفل تنشئة صحية وسليمة، أقر المشرع نظام الكفالة أي التكفل به من قبل الأشخاص الطبيعيين، وأقرت هذا الأمر أيضا اتفاقية حقوق الطفل ضمن المادة 20 منها، لأن التبني ممنوع شرعا وقانونا وذلك كالتالي:

الفرع الأول: نظام الكفالة

تعرف الكفالة بأنها: ضم الكفيل والتكفل به، ويقصد بالكفالة:«حفظ الولد القاصر وتربيته ورعايته»[40].وهو ما أقرته المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري، ويجب أن تكون الكفالة رسمية أمام المحكمة أو أمام الموثق (المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري).

وخول القانون للكفيل أن يمنح لقبه للطفل القاصر المجهول النسب وفقا للمرسوم 71-157 [41] المعدل وفقا للمرسوم 20-223[42] المتعلق بتغيير اللقب، وهذا الحق الذي منحه المشرع للكفيل بأن يعطي لقبه للطفل القاصر المكفول مجهول النسب لأب، هناك من الفقهاء من اعتبره تبني على أساس أن فيه تغييرا لنسب الطفل الأصلي، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية هو من يتولى إعطاء الأسماء لهذه الشريحة من الأطفال كما سبق وأن ذكرنا، وفيه تناقض أيضا مع أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تقضي بأن الولد المكفول يحتفظ بلقبه الأصلي إذا كان معلوم النسب،، وإذا كان مجهول النسب تطبق عليها أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية[43]، أما الفريق الثاني لم يعتبره تبنيا على أساس نص المادة 5 مكرر 2 من نفس المرسوم التي تقضي بضرورة تسجيل لقب المكفول (الجديد) بهامش سجلات وعقود الميلاد ومستخرجات عقد الحالة المدنية لمقر ميلاد الطفل المكفول، أين يستخلص أن اللقب الأصلي يظل محفوظا فقط لا يمكنه إخفاء الاسم الأصلي[44]، وفي حال التخلي عن الكفالة فلا بد أن يتم الأمر أمام الجهة التي أقرتها ويكون بعلم النيابة العامة، وفي حال الوفاة تنقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يوكل أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية وهي المؤسسات التي تكفلهم مؤسسات الطفولة المسعفة[45].

الفرع الثاني: الرعاية الاجتماعية (مؤسسة الطفولة المسعفة)

تشكل هذه الأخيرة مركزا لاحتواء الأطفال مجهولي النسب والمتخلى عنهم وتحقيقا للرعاية البديلة، وفي التشريع الجزائري صدرت العديد من النصوص التي تنظم هذه المؤسسة نذكر منها التالي:

- مرسوم 80-83 [46] المتعلق بدور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها حيث تنص المادة الأولى منه على أنه:«تنشأ دور للأطفال المسعفين تخصص لقبول أيتام الدولة وإيوائهم وتربيتهم من الولادة حتى سن البلوغ»، وفي سنة 1985 انتقلت الوصاية على المؤسسات الإيوائية من وزارة الصحة العمومية إلى وزارة الأسرة والتضامن الاجتماعي[47].

- وصدر المرسوم 12-04 [48] المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة الذي يحدد طبيعة هذه الأخيرة التي تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي (المادة 02 منه)، تستقبل الأطفال من الولادة إلى سن 18 سنة وتتكفل بهم ليلا نهارا في انتظار وضعهم في وسط عائلي (المادة 05 منه).

الفرع الثالث: الحماية الجزائية للطفل مجهول النسب والمتخلى عنه

جاء في المادة 06/72 من التعديل الدستوري 2020 بأن:«يعاقب القانون على كل أشكال العنف ضد الأطفال واستغلالهم والتخلي عنهم» وبالرجوع لقانون العقوبات([49]) نجده نص على الجرائم المرتكبة ضد الأطفال نتطرق لأهمها والتي ترتكب في حق الطفل مجهول النسب والمتخلى عنه فمنها المتعلقة بالمساس بحياته ونصت عليها المادة 259 إزهاق روح الطفل، وطبقا للمادة 261 من قانون العقوبات فإنه يعاقب على القتل العمد أو التسميم، وتعاقب الأم أيضا سواء كانت فاعلة أو شريكة في قتل ابنها حديث الولادة بالسجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة.

الخاتمة

من خلال ما تقدم نخلص إلى أن المشرع خطى خطوة مهمة، بتقريره للحماية لشريحة الأطفال مجهولي النسب والمتخلى عنهم في الدستور 2016 ففي هذا ضمانة لهم، وتم تعزيز هذه الحماية في التعديل الدستوري 2020، لكن بقيت هذه الحماية مجرد نصوص في الدستور فقط، ولم تصدر النصوص القانونية المكرسة لها، لذلك ينبغي الإسراع في إصدار هذه النصوص.

وعليه في الختام إلى النتائج التالية:

- وجود قصور تشريعي بالنسبة لأب وأم الطفل مجهول النسب في شهادة الميلاد وتركها فارغة.
- كفل المشرع الجزائري رعاية الطفل مجهول النسب بنظام الكفالة الحقيقية، وكذا مؤسسات الطفولة بديلا عن التبني.
- الطفل مجهول النسب قد يكون ثمرة علاقة مشروعة أو نتيجة علاقة غير مشروعة.

ومن خلال هذه النتائج يمكن اقتراح ما يلي:

- الإحالة على الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص في قانون الأسرة بالنسبة لحقوق الطفل مجهول النسب ومنها مثلا تزويج البنت مجهولة النسب.
- ضرورة وضع نظام قانوني يكفل حقوق مجهول النسب خاصة عند فقد أهليته، فمن يكون قيّمه أو وصيّه أو مقدّمه.
- ضرورة إحكام الرقابة في المستشفيات بخصوص النساء المقبلات على الولادة ومطالبتهن بالدفتر العائلي.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا- الكتب

1. أسامة السيد عبد السميع، الاسم كحق من حقوق الطفل ومدى التعويض عنه في الاعتداء عليه، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
2. رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية (الزواج-الفرقة بين الزوجين-حقوق الأولاد-التلفيق الفقهي في قوانين الأحوال الشخصية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.
3. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، الجزء الأول، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
4. عبد الجواد خلف، اللقيط (الطفل مجهول النسب)، الطبعة الأولى، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ش.م.م، القاهرة، مصر، 2008.
5. عبد الله مفتاح، حقوق الطفل (قوانين ووثائق وأبحاث ومختارات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
6. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013.
7. عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، جدة، 2001.

ثانيا- الرسائل الجامعية:

1. أمال علال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009.
2. نسيمة بوشريعة، انعكاسات المعاهدات الدولية على التشريعات المغاربية في مجال الطفولة المهملة، رسالة ماجستير، غير منشورة، جامعة وهران، القطب الجديد بلقايد، 2015-2016.

ثالثا- الإعلانات والاتفاقيات الدولية:

1. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1996/12/16 الصادر عن الأمم المتحدة طبقا للوثيقة الأممية قرار رقم A/RES/2200(XXI) https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx
2. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 الصادر عن الأمم المتحدة طبقا للوثيقة الأممية قرار رقم A/RES/217 (III) http://www.un.org/ar/documents/udh

رابعا- النصوص القانونية:

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتعلق بقانون الأسرة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، 1984/06/12.
2. القانون 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 2016/03/07.
3. الأمر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، بتاريخ 1966/06/11.
4. الأمر 69-05 المؤرخ في 1969/01/30 المتعلق بالحالة المدنية للأولاد المولودين في الجزائر من أبوين مجهولين، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 9، بتاريخ 1969/01/31.
5. الأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتعلق بالقانون المدني، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، بتاريخ 1975/09/30.

6. الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 المتعلق بقانون الصحة العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، بتاريخ 1976/12/19.
7. الأمر 05-01 المؤرخ في 2005/02/27 المتعلق بقانون الجنسية الجزائرية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، بتاريخ 2005/02/27
8. المرسوم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، بتاريخ 1971/06/11، ص758.
9. المرسوم 20-223 المؤرخ في 2020/08/08 المتعلق بتغيير اللقب المعدل للمرسوم 71-157، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، بتاريخ 2020/08/11.
10. المرسوم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 05، بتاريخ 2012/01/29
11. المرسوم 80-83 المؤرخ في 1980/03/15، المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، بتاريخ 1980/03/18

الهوامش:

[1]- محمد بن أحمد الصالح، الطفل في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، مطابع الفرزدق التجارية، عام 1403هـ، ص1.

[2]- ابن منظور، لسان العرب، حرف الطاء، الطفل، المجلد 15، دار بيروت، (د.ت)، ص253.

[3]- سورة الحج، الآية (5).

[4]- سورة النور، الآية (59).

[5]- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص17.

[6]- ميلود شني، الحماية الدولية لحقوق الطفل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون دولي عام وحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص14.

[7]- الإطار العربي للطفولة لعام 2001، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، الإدارة العامة للشؤون الاجتماعية والثقافية، إدارة الطفولة المصادق عليه من مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، 28 مارس 2001. تاريخ الإطلاع 01 نوفمبر 2022، الرابط: http://ahdath.justice.gov.lb/law-sign-kidsrights.htm

[8]- قانون رقم: 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، المتعلق بحماية الطفل الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 39، المؤرخة في 19 يوليو سنة 2015.

[9]- قانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014، المتضمن تعديل قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 7، المؤرخة في 16 فيفري 2014.

[10]- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

[11]- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 جوان 1975، المتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

[12]- حورية مالكي ونسيبة شيشة، مجهولي النسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة، 2014-2015، ص6.

[13]- نسرين شريفي وكمال بوفرولرة، قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار البيضاء، الجزائر، 2013، ص57.

[14]- ابن منظور، المرجع السابق، المجلد 12، ص349.

[15]- منير عبد الغني أبو الهجاء، أحكام اللقيط بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2006، ص8-9.

[16]- خالد بوشمة، الشخص الحقيقي من منظور الفقه الإسلامي، مفهومه وحالته المدنية ومميزاته، دار بغدادي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص236.

[17]- منير عبد الغني أبو الهجاء، المرجع السابق، ص12.

[18]- علال أمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2008-2009، ص30.

[19]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، 2008، ص248.

[20]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص62.

[21]-مديرية النشاط الاجتماعي، هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، وتخضع لوصاية وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، وتقوم بالإشراف على المؤسسات المتخصصة في حماية الطفل، والتي تضمها مجموعة من القوانين منها: مرسوم تنفيذي رقم 12-165 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1433 الموافق 5 أبريل سنة 2012، يتضمن تعديل القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات المتخصصة في حماية الطفولة والمراهقة، المصدر: موقع وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، تاريخ الإطلاع 01 نوفمبر 2022، الرابط: http://www.msnfcf.gov.dz

[22]- قديري سوسن، الكفالة على ضوء قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير في الحقوق، تخصص قانون دولي وحقوق الإنسان، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014-2015، ص12.

[23]- علال أمال، المرجع السابق، ص31.

[24]- قديري سوسن، المرجع السابق، ص24، وطاهري حسين، المرجع السابق، ص155.

[25]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص257.

[26]- سورة يوسف، الآية 66.

[27]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص250.

[28]- القانون 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، بتاريخ 2016/03/07، ص03.

[29]- المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، بتاريخ 2020/12/30، ص2.

[30]- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية (الزواج-الفرقة بين الزوجين-حقوق الأولاد-التلفيق الفقهي في قوانين الأحوال الشخصية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012، ص151.

[31]- عبد الجواد خلف، اللقيط (الطفل مجهول النسب)، الطبعة الأولى، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية ش.م.م، القاهرة، مصر، 2008، ص14.

[32]- عبد الله مفتاح، حقوق الطفل (قوانين ووثائق وأبحاث ومختارات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص133.

[33]- الأمر 76-79 المؤرخ في 1976/10/23 المتعلق بقانون الصحة العمومية، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، بتاريخ 1976/12/19، ص1392. الملغى بالقانون رقم 18-11 المعدل والمتمم بالأمر رقم 20-02، الجريدة الرسمية عدد 50، الصادرة في 30 غشت سنة 2020.

[34]- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 الصادر عن الأمم المتحدة طبقا للوثيقة الأممية قرار رقم A/RES/217 (III) http://www.un.org/ar/documents/udhr

[35]- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1996/12/16 الصادر عن الأمم المتحدة طبقا للوثيقة الأممية قرار رقم A/RES/2200(XXI) https://www.ohchr.org/AR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx

[36]- اتفاقية حقوق الطفل 1989 الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25/44 المؤرخ في 1989/11/20.

[37]- الميثاق العربي لحقوق الطفل 1984 الصادر في ديسمبر 1984. https://www.arabccd.org/page/251

[38]- الأمر 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتعلق بالقانون المدني، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، بتاريخ 1975/09/30، ص990.

[39]- نسيمة بوشريعة، انعكاسات المعاهدات الدولية على التشريعات المغاربية في مجال الطفولة المهملة، رسالة ماجستير، قانون خاص، تخصص قانون أسرة وحقوق الطفل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، القطب الجديد بلقايد، 2015-2016، ص110.

[40]- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2013، ص213.

[41]- المرسوم 71-157 المؤرخ في 1971/06/03 المتعلق بتغيير اللقب، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، بتاريخ 1971/06/11، ص758.

[42]- المرسوم 20-223 المؤرخ في 2020/08/08 المتعلق بتغيير اللقب المعدل للمرسوم 71-157، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، بتاريخ 2020/08/11، ص9.

[43]- علال أمال، التبني والكفالة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص120.

[44]- المرجع نفسه، ص121.

[45]- العربي بختي، مرجع سبق ذكره، ص215.

[46]- المرسوم 80-83 المؤرخ في 1980/03/15، المتضمن إحداث دور الأطفال المسعفين وتنظيمها وسيرها، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 12، بتاريخ 1980/03/18، ص457.

[47]- نسيمة بورشريعة، مرجع سبق ذكره، ص156.

[48]- المرسوم 12-04 المؤرخ في 2012/01/04 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات الطفولة المسعفة، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 05، بتاريخ 2012/01/29، ص1.

[49]- الأمر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08، المتعلق بقانون العقوبات المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، بتاريخ 1966/06/11، ص702.

إشكالات مدةالحمل الدنيا في إثبات النسب

Problems with the minimum duration of pregnancy in proof of parentage

مزوزي أحمد بن يوسف*
جامعة مصطفى اسطمبولي - معسكر
Ahmed.mazouzi@univ-mascara.dz

بن عزوق منير
جامعة ابن خلدون - تيارت
Mounir.benazoug@univ-tiaret.dz

ملخص:

تعتبر المدة الدنيا للحمل من بين القرائن المعتمد عليها في مجال الأنساب إثباتا ونفيا، وبالرغم من كونهاتحظىبالإجماع،إلا أنها لا تتمتع بالحجيةالمطلقة، وذلك بسبب تواجد قرائن أخرى أكثر دقة منها، فتُقدّم عليها أوحتى تُلغيها. بالإضافةإلى كونهاتعطي أحكاما عكسية في كثير من الأحيان،سواء بإثبات أنساب غير شرعية أو إلغاء أنساب شرعية، لأنها مدة قصيرة جدا قد تكون فعالة في حالات شاذة لولادة طفل لستة أشهر، بينما لا تفي بالغرض في غال بالحالات التي تصل إلى تسعة أشهر. لذايمكن الاستغناء عنه التوفرالطرق العلمية التي تعطي نتيجة دقيقة.

الكلمات المفتاحية: بصمة وراثية؛ مدة الحمل؛نسب.

Abstract:

The minimum duration of pregnancy is one of the reliable evidence in the field of genealogy between proof and exile. Although it is unanimous, it does not enjoy absolute authoritarianism, due to the existence of other, more precise, evidence, which is presented to it or even eliminated. In addition, they often give reverse judgments, whether by establishing illegal lineages or abolishing legitimate lineages, because they are too short to be effective in anomalies of the birth of a child for six months, while often failing to do so up to nine months. They can therefore be dispensed with to provide scientific methods that give an accurate result.

Keywords:*duration of pregnancy; genetic blueprint; lineage.*

مقدمة:

انطلاقا من كون النسب من الكليات الخمس التي وجب المحافظة عليها، ونظرا لأهميته البليغة في حياة الفرد والمجتمع، وخاصةفي المجتمعات العربية والإسلامية،حرص فقهاء الشريعة ومثله القوانين على حماية الأنساب، وتبي ان طرق إثباتها ونفيها،من خلال الاعتماد على القرائن التي يمكن أن تبّين حقيقة النسب. حيث توسعوا في طرق وقرائن ووسائل إثباته، وضيقوا على وسائل نفيه.

ومن بين القرائن المتفق عليها والمعمول بها، قرينة مدة الحمل الدنيا، وهي الفترة التي يمكثها الجنين في بطن أمه حتى يولد حيا. هذه الفترة أجمع الفقهاء عليه الوجود نص شرعي مستنبطة منه، وسايرهم في ذلك مشرع والدول العربية والإسلامية. وتتجلى أهميتها في تأثيرها المباشر على النسب سواء في إثباته أو نفيه .

لكن، وبالنظر للمدة القصيرة لهذه الفترة، بسبب محاولة حصر جميع الحالات وحتى النادرة منها، إلا أن أغلب حالات الولادة تفوق هذه المدة. وهذا مادفعنا للبحث في الموضوع،من أجل التوصل لحجية هذه القرينة ومدى تأثيرها على النسب،والجدوى من العمل بها، بسبب وجود قرائن أخر بأكثر منها حجية، ومنها حتى التي تلغيها، سواء في إثبات النسب أو نفيه. هذا من جهة، ومنجهة أخرى، لأن قرينة مدة الحمل الدنيا قد تتسبب في تأثيرات سلبية وعكسية على النسب،كإثباته الأنساب غير شرعية،أو إسقاطه الأنساب شرعية صحيحة.

وللتفصيل في هذا الموضوع ننطلق من التساؤل التالي: **ماجدوى اعتماد المشرع الجزائري على قرينة مدة الحمل الدنيا في إثبات النسب؟**محاولين الإجابة عنه في محورين،نتطرق في الأول إلى مدة الحمل الدنيافيالشريعة والقانون. وفي الثاني نحاول توضيح تأثيرها على النسب،من خلال تبيان حجيتها في التشريع الجزائري وتداعياتها على النسب. معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي لعرض النصوص الشرعية والتشريعية،وعلى المنهج التحليلي في مناقشة الآراء والأحكام. بالإضافة إلى المنهج المقارن بشكل طفيف.

المحور الأول: مدةالحمل الدنيا في الشريعة والقانون

يقصد بالمدة الدنيا للحمل؛ أدنى فترة يمكن أن يقضيها الجنين في بطن أمه حتى يولد حيا، استنبطها فقهاء الشريعة من القـــــــرآن الكـــــــريم، وســـــــار علـــــــى خطـــــــاهم واضـــــــعوا النصـــــــوص التشريعية وعلى غرارهم المشرع الجزائري، وللأطباء قول في هذا الموضوع، وفيما يلي سنعرض ماورد في الشريعة الإسلامية حول المدة الدنى للحمل،من خلال عرض ما جاء في كتب الفقه للمذاهب، ثم عرض موقف المشرع الجزائري ورأي الطب في ذلك.

أولا- مدة الحمل الدنيا في الشريعة الإسلامية:

تحظى مدة الحمل الدنيا بإجماع غالبية فقهاء الشريعة، وهذا لوجود سند شرعي ذو تفسير اتفاقي، في قوله تعالى: "**ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا**"[1]. وفي قوله سبحانه وتعالى: "**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة**"[2]. ومن خلال تقاطع الآيتين مع بعض بخصوص مدة الرضاعة، تبقى 6 أشهر من الفصال وهي مدة الحمل الدنيا. ومن السنة ما روي عن الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر، فأتي بها عمر بن الخطاب رضي الله عنه فهمّ برجمها، فقال له علي: ليس ذاك لك: إن الله عز وجل يقول في كتابه: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"، فقد يكون في البطن ستة أشهر، والرضاع أربعة وعشرين شهرا، فذلك تمام ما قال الله: ثلاثون شهرا، فخلّى عنها عمر[3]. وفيما يلي نعرض ما ورد في كتب المذاهب الأربعة:

1-الحنفية:

ومن قال: إن تزوجت فلانة، هي طالق، فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها، فهو ابنه، وعليه المهر. أما النسب: فلأنها فراشه؛ لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح، فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق، فكان العلوق قبله في حالة النكاح، والتصور ثابت بأن تزوجها، وهو يخالطها، فوافق الإنزال النكاح، والنسب يحتاط في إثباته[4]. وجاء في كتاب ملتقى الأبحار أن "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان، ومن قال إن نكحت فلانة فهي طالق فنكحها فولدت لستة أشهر منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها، وإذا أقرت المطلقة بانقضاء العدة ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه..."[5].

2-المالكية:

في باب اللعان: إن لاعن لسبب الرؤية، ثم أتت بولد بعد اللعان، فإن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم الرؤية، لم يلحق به، وتعدّ كأنها بريئة الرحم يوم اللعان، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر لحق به؛ لأن لعانه إنما كان لرؤية الزنا، خاصة لا لنفي الولد[6]. ويرى المالكية بأن الستة أشهر هي بالأهلة كسائر أشهر الشريعة، ولذلك قد روي في المذهب عن بعض أصحاب مالك، أنه إن نقص من الأشهر الستة ثلاثة أيام، فإن الولد يلحق لعلة نقص الشهور وزيادتها[7].

3-الشافعية:

وإن تزوج امرأة، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين العقد.. انتفى عنه بغير لعان؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر بالإجماع، فيعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش. وإن تزوج رجل امرأة ودخل بها، ثم طلقها وهي حامل، فوضعت الحمل، ثم أتت بولد آخر لدون ستة أشهر من حين وضع الحمل.. لحقه الثاني؛ لأن الله تعالى أجرى العادة أنه لا يكون بين الحملين أقل من ستة أشهر، فعلمنا أنهما حمل واحد[8]. وجاء في كتاب الفقه المنهجي على فقه الإمام الشافعي ما يلي: "... وأقل مدة الحمل ستة أشهر أخذا من الآيتين الكريمتين.... فإذا جاءت المرأة بولد بعد الزواج بأقل من ستة أشهر وهو حي، لا يثبت نسبه لأبيه. وغالب مدة الحمل تسعة أشهر، أخذا من واقع الحال فإن عامة النساء يلدن بعد بدء الحمل بتسعة أشهر، أو يزيد على ذلك أياما قليلة، أو ينقص"[9].

4-الحنابلة:

إذا تزوج من يولد لمثله بامرأة، فأتت بولد لستة أشهر فصاعدا بعد إمكان اجتماعهما على الوطء، لحقه نسبه في الظاهر من المذهب، لقول رسول الله عليه الصلاة والسلام: "الولد للفراش"، ولأن مع هذه الشروط، يمكن كونه منه، والنسب مما يحتاط له، ولم يوجد ما يعارضه، فوجب إلحاقه به. وإن اختل شرط مما ذكرنا، لم يلحق به وانتفى من غير لعان...[10]. وود كذلك في كتب الفقه الحنبلي بأن: "...أقل مدة الحمل ستة أشهر من حين إمكان اللقاء، فإن ولد لأقل من ذلك وعاش لم يلحق بصاحب الفراش..."[11].

ويتضح جليا إجماع فقها المذاهب الشرعية على اعتماد فترة الستة أشهر كأدنى مدة للحمل، بسبب ارتكازهم على نفس الدليل الشرعي، غير أن المالكية كانوا أكثر دقة من خلال أخذهم في الحسبان ارتياب الأيام، بين زيادة أو نقصان حسب دورة القمر.

ثانيا- مدة الحمل الدنيا في التشريع

نص المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة[12] على ما يلي: " أقل مدة الحمل ستة أشهر، وأقصاها عشر (10) أشهر". وجاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر"[13]. وقرار آخر ورد فيه أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل، ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"[14]. وقرار أخر نص على أنه: "من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون"[15].

ولعل اعتماد المشرع الجزائري هذه المدة راجع لسببين، الأول؛ كونها المتفق عليها شرعا كما عرضنا سابقا، ولأن المشرع يستمد أغلب أحكام قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية، ويحيل إليها إذا لم يوجد نص حسب نص المادة 222 منه. والسبب الثاني ربما يرجع لإجازة الأطباء هذه المدة وإقرارهم بإمكانية ولادة الطفل في هذه المدة القصيرة. حيث أكد الطب الحديث ما ذهب إليه الفقهاء من أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، إلا أن المولود لها نادرا ما يعيش في الأحوال العادية.

ومع التطور الطبي الحديث والمعاصر، أصبح بالإمكان إيجاد فرصة أكبر لمثل هؤلاء المواليد في الحياة، بعد وضعه في حضانة طبية مناسبة. وقد قرر الأطباء إذا ما ولد الطفل ما بين (24 – 36 أسبوعا) يسمى الطفل خديجا، ويكون في الغالب قابلا للحياة ولكنه يحتاج لعناية طبية خاصة[16]. ويقرر الأطباء أن الجنين الذي يبلغ عمره ستة أشهر يتميز بصفة مهمة، وهي قدرته على التنفس بانتظام لعدة أيام إذا ولد وهو في هذا العمر، بل وتكون لديه فرصة العيش إذا وضع داخل حضانة مناسبة. والستة أشهر هي أقل مدة للحمل يمكن أن يولد فيها المولود تام الخلقة[17].

غير أن المشرع الجزائري لم يحدد التقويم المعتمد في الحساب، هل هو القمري أم الشمسي. وبالرجوع لقرارات المحكمة العليا نجدها تعتمد التقويم الشمسي، والذي يختلف عن المراد في الشريعة الإسلامية. وعند المقارنة مع بعض التشريعات العربية نجدها نصت صراحة على وجوب الاعتماد على التقويم القمري في حساب مدة الحمل، حيث جاء في إحدى قرارات القضاء المغربي ما يلي: "...لكن حيث إنه من جهة أولى، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لمّا اعتمدت التقويم القمري في احتساب أقل مدة الحمل بدلا من التقويم الشمسي، فإنها تكون قد طبقت ما هو مقرر فقها وما جرى به العمل القضائي..."[18]. وكذلك نص القانون الكويتي للأحوال الشخصية[19] في مادته 166 على أن :"أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية...". في حين ذهبت بعض التشريعات العربية إلى الحساب بالأيام بدلا عن الأشهر مثل التشريع السوري[20] (128يوم)، والتشريع الإماراتي[21] (180 يوم).

ومما سبق، فإن فترة الستة أشهر كأدنى مدة للحمل، لا تعتبر مطلقة في جميع الحالات، وذلك لعدم قطعية دلالة الآيتين الكريمتين في تحديد المدة، ولكون أن المولود في هذه المدة نادرا ما ينجو ويكمل حياته، إلا إذا حظي برعاية طبية خاصة. وبالتالي يتضح أن المقصود من تقصير المدة هو حماية النسب من الضياع، من خلال الأخذ في الحسبان جميع الحالات وحتى النادرة منها. بيد أن المشرع اختلف مع الشرع في اعتماده على التقويم الشمسي، بدلا عن القمري، أو الحساب بالأيام.

المحور الثاني: تأثير مدة الحمل الدنيا على النسب

من المعلوم أن مدة الحمل الدنيا تعتبر قرينة لتحديد نسب الولد، اعتمد عليها فقهاء الشريعة، واعتمدها المشرع الجزائري كذلك، لكن حجيتها تختلف باختلاف الحالات، وحسب اتصالها بالقرائن الأخرى المثبتة للنسب والنافية له. غير أن لها بعض المآخذ والسلبيات التي تضر بالنسب. وفيما يلي سنتطرق لحجية قرينة المدة الدنيا للحمل في إثبات النسب، ثم نعرض بعض سلبياتها عليه.

أولا- حجيةمدةالحمل الدنيا في إثبات النسب

اعتبر الفقهاء بأن مدة الحمل الدنيا ما هي إلا قرينة، تقوّي جانب المولود لحقّه في النسب، والدليل على ذلك وضعهم لشروط أخرى مرافقة لها، فلا تكفي مجرد تحقق مدة الحمل لإثبات النسب. ومن بين الشروط: أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة لبلوغ وصحة، والشرط الثاني: أن يولد الولد بعد ستة أشهر من وقت الزواج في رأي الحنفية، وإمكانية الوطء في رأي الجمهور، فإن ولد لأقل من الحد الأدنى لمدة الحمل وهي ستة أشهر، لا يثبت نسبه من الزوج اتفاقا، وكان دليلا على أن الحمل به حدث قبل الزواج، إلا إذا ادعاه الزوج، ويحمل ادعاؤه على أن المرأة حملت به قبل العقد عليها، إما بناء على عقد آخر، وإما بناء على عقد فاسد أو وطء شبهة، مراعاة لمصلحة الولد، وسترا للأعراض بقدر الإمكان. والشرط الثالث: إمكانية تلاقي الزوجين[22].

وبالرجوع للمشرع الجزائري، نجده أيّد موقف فقهاء الشريعة الإسلامية، من خلال اعتباره تحقق مدة الحمل الدنيا مجرد قرينة، يثبت بها النسب إذا تحقق معها شروط أخرى، تطرق لها في المادة 41 من قانون الأسرة، والتي نصت على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". وجاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "... وأن هذه العلاقة أثمرت عن بنت ... المطلوب إلحاق نسبها بوالدها الطاعن، كما وقفوا على أن الشروط المنصوص عليها في المادتين 41 و42 من قانون الأسرة لثبوت النسب بالزواج قائمة، خاصة منها إمكانية الاتصال وانعدام النفي وأقل مدة الحمل، وأنه بانتهائهم إلى إلحاق نسب البنت بوالدها يكونون قد طبقوا صحيح القانون ..."[23].

وفي المقابل، نلاحظ اعتماد المشرع على الإقرار لثبوت النسب دون الرجوع والتأكد من تحقق مدة الحمل الدنيا. حيث نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب

ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة". وأكد الاجتهاد القضائي الحجية القاطعة له من خلال ما ورد في قرار للمحكمة العليا: "... كما أن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر..."[24]. وقرار آخر جاء فيه:"...كما أنه لا يمكن الجمع بين الإقرار بالحمل، وبالدفع بالمادة 41 من قانون الأسرة التي تحدد مدة الحمل، لأن الإقرار في حالة ثبوته يغني عن أي دليل آخر، ولا يحق للمقر أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار"[25]. وقرار صدر سنة 2012 جاء في مبدئه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، ويكون حجة على المقر، حال حياته وبعد وفاته، حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر"[26].

ومن جهة أخرى، فإن قرينة مدة الحمل الدنيا لا تساوي شيئا مقابل نفي النسب بالطرق الشرعية، لأن الزوج إذا لاعن زوجته حكم بإسقاط نسب الولد عنه، دون الالتفات إلى قرينة مدة الحمل الدنيا. حيث جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "... إن اجتهاد المحكمة العليا استقر على أن نفي النسب لا يكون إلا باللعان، وهو وحده الطريق المشروع المقرر للنفي وفقا لنص المادة 41 من قانون الأسرة ..."[27]. وقرار آخر ورد فيه أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد، ويقع التحريم بين الزوجين..."[28].

بالإضافة إلى ما سبق، وعند استقراء نصوص قانون الأسرة والاجتهادات القضائية، نجدها توحي بأن حجية قرينة المدة الدنيا للحمل نسبية، ولا ترقى لأن تكون دليلا قاطعا، ويمكن حتى الاستغناء عنها تماما. وما يؤكد هذا نص الفقرة الثانية من المادة 40 المضافة بموجب تعديل قانون الأسرة سنة 2005، والتي جاء كما يلي: " ... يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". وهذا يؤكد إمكانية الاستغناء نهائيا عن قرينة مدة الحمل الدنيا.

ثانيا- تداعيات مدةالحمل الدنيا على النسب

تؤثر قرينة المدة الدنيا للحمل على النسب سلبا في بعض الحالات، سواء من خلال إسقاط نسب المولود، أو تنسيب المولود غير الشرعي للزوج، وفيما يلي نتطرق لبعض هذه السلبيات:

1-إشكاليةإثبات حدوث الاتصال بين المتعاقدين قبل الدخول

من المعمول به في المجتمع الجزائري، ولا سيما في الوقت الراهن، أن عقد الزواج في شكله الشرعي والمدني يبرم قبل الدخول الحقيقي، أي قبل الزفاف. وقد يحدث أن يتصل الزوجان جنسيا وتحمل الزوجة، واحتمال أن تلد الزوجة قبل الشهر السادس من الزفاف. وبما أننا في عصر قل فيه الوازع الديني وغاب فيه الضمير، قد يستند الزوج إلى حجة المدة الدنيا للحمل للكيد بزوجته، فتجد الزوجة نفسها في دوامة إثبات نسب الولد لأبيه. وبالتالي تصبح قرينة المدة الدنيا للحمل سببا في حرمان الولد من نسبه، وسبب في تجريم الزوجة البريئة وقذفها في شرفها.

وفي المقابل، يمكن لقرينة مدة الحمل الدنيا أن تكون سببا في تنسيب ولد الغير للزوج، حيث نجد قرار للمحكمة العليا يثبت نسب المولود بسبب قيام الزوجية، وتحقق مدة الحمل الدنيا بالرغم من غياب الزوج، حيث جاء نصه

كما يلي: "... ومتى تبيّن في قضية الحال أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة. وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون..."[29].

2-مدتهاتصلح فقط للحالات النادرة للحمل

كما هو معلوم أن فترة الحمل تسعة أشهر في الغالب، وربما قد تقل أو تزيد بأيام قليلة، وهذا هو الغالب في علم البشرية. وكذلك الحالات القليلة للولادة في الشهر السابع. وبالتالي تبعث ولادة الزوجة قبل هذه المدة الشك لدى الزوج بصورة خاصة، والعائلة بصورة عامة. فيقع في الذهن بأن الزوجة كانت حاملا قبل زفافها.

وفي أحيان أخرى قد تحمل الزوجة من شخص آخر قبل زفافها إلى زوجها، وتلد خلال ستة أشهر، وبالتالي تصبح هذه القرينة سببا في تنسيب ولد الغير لزوجها. وفي هذا نجد قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "... ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر، وأن قضاة الموضوع أخطأوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد... فإنهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق النسب بأمه أخطأوا في تطبيق القانون، وخالفوا أحكام المادتين 41 و42 من قانون الأسرة"[30].

3- أثرهافي النفي أقوى منه في الإثبات

جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش... أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 1981/11/02، وأن البنت ازدادت يوم 1982/01/06 أربع وستين يوما من تاريخ الزواج – أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل..."[31].

وفي قرار آخر للمحكمة العليا، حول إثبات نسب مولود ولد خلال خمسة (5) أشهر وعدة أيام، نص على أنه: "لما كان من الثابت في قضية الحال، أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانونا، فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[32].

وقرار آخر جاء فيه: " من المقرر قانون أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين من قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة، لأن الزواج تم في 1994/05/02، والولد ولد في 1994/05/07.... وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون"[33].

ومما سبق، فإن حجية المدة الدنيا للحمل، لا تعتبر حجة قاطعة تحمي النسب، بسبب ضعفها أمام قرائن أخرى، وإلغائها في بعض الأحيان. ناهيك عن تداعياتها السلبية عليه، كونها لا تفي بالغرض المنشود منها، لأنها سبب في أحيان كثيرة لإسقاط أنساب شرعية، وإثبات أخرى غير شرعية.

خاتمة:

بعد التطرق للمدة الدنيا للحمل في الشريعة الإسلامية والقانون، وبحث مدى حجيتها في إثبات النسب، وآثارها السلبية عليه، توصلنا للنتائج التالية:

- مدة الحمل الدنيا، ليس لها دلالة قطعية، وإنما اعتمدها الفقهاء من أجل حماية النسب، من خلال أخذ جميع الاحتمالات في الحسبان.
- المشرع الجزائري ساير ما ورد في الفقه، غير أنه اعتمد التقويم الشمسي بدلا عن القمري. هذا الأخير يعتبر أكثر دقة.
- بعض التشريعات العربية اعتمدت على عدد الأيام بدلا من الأشهر، لتجنب تفاوت أيام الأشهر.
- حجية المدة الدنيا للحمل غير قاطعة في التشريع الجزائري، ولا تساوي شيئا أمام بعض الأدلة الأخرى كالإقرار. ولا اعتبار لها في مواجهة اللعان.
- قرينة المدة الدنيا للحمل لها عدة آثار سلبية على النسب، سواء من خلال تنسيب الطفل غير الشرعي للزوج، أو إسقاط نسب المولود الشرعي.

وفي مقابل هذه الملاحظات، ومن أجل حماية الأنساب والتحقق منها، نرى بأن على المشرع الجزائري حذف شرط تحقق مدة الحمل الدنيا، وذلك لآثاره السلبية الغالبة على الإيجابية. من خلال إلغاء المادة 42 من قانون الأسرة. والاحتكام إلى الطرق العلمية عند المنازعة حول نسب المولود، لأنهاتعتبر دليلا قاطعا وحاسما يحمي النسب، ومن خلاله الأسرة والمجتمع. ولأن قرينة مدة الحمل لا علاقة لها بالجانب التعبدي، وإنما هي مجرد وسيلة استعان بها الفقهاء المتقدمون حسب ظروف معيشتهم، واجتهدوا بما يتناسب مع مجتمعاتهم، أما في عصرنا الحالي فلنا ما يغني عنها، ومن الضروري العمل بمقتضيات واقعنا لأنه يمكننا التوصل لحقيقة النسب بالتدقيق دون الاستعانة بقرينة غير قاطعة الحجة.

الهوامش والمراجع:

[1] سورة الأحقاف، الآية 15.

[2] سورة البقرة، الآية 233.

[3] سعيد بن منصور الجوزجاني، سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب المرأة تلد لستة أشهر، حديث رقم 2074، ج2، دار السلفية، الهند، 1982، ص93

[4] برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ، ص354

[5] ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، كتاب الطلاق، باب ثبوت النسب، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1998، ص 157-158.

[6] خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، 2011، ص259.

[7] القاضي بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2001، ص299.

[8] أبي الحسين العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج10، دار المناهج، بيروت – لبنان، 2000، ص418.

[9] مصطفى الخن، ومصطفى البغا، وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج1، ط4،دار القلم، دمشق – سوريا، 1992، ص83-84.

[10] بن قدامة المقدسي، الكافي فيه فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1994، ص189.

[11] عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، ج4، دار كنوز إشبيليا، الرياض – السعودية، 2010، ص331.

[12] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة،الجريدةالرسميةعدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984،ص 910-924. المعدلوالمتممبالأمررقم 05-02 المؤرخفي 27 فبراير 2005. الجريدةالرسميةعدد 15،بتاريخ 2005/02/27،ص 18-22.

[13] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172379، بتاريخ 1997/10/28، قضية بين (ق م) و(ق أ)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص70.

[14] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 193825، بتاريخ 1998/05/19، قضية (ف ف) ضد (ف أ – ب ح) و(ف م – ب م)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص73.

[15] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57756، بتاريخ 1990/01/22، المجلة القضائية، 1992، عدد2، ص71.

[16] عمر علي أبو بكر، أقل مدة الحمل وأكثرها من المنظور الفقهي والطبي – دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 23، 2014، ص11

[17] محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 22، عدد 70، 2007، ص 288

[18] قرار المجلس الأعلى المغربي، بتاريخ 2006/01/18، ملف رقم 535، بتاريخ 2005/01/02، عدد 41.

[19] القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، لدولة الكويت، المعدل والمتمم.

[20] المادة 128 من القانون رقم 59 الصادر سنة 1953، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المعدل والمتمم.

[21] المادة 91 من القانون الاتحادي رقم 28، لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، لدولة الإمارات العربية المتحدة، المعدل والمتمم.

[22] انظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق – سوريا، 1958، ص682.

[23] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1221131، بتاريخ 2018/10/03، قضية (د ف) ضد (صس)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا www.coursupreme.dz

[24] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1217841، مؤرخ في2018/09/05، قضية (ج ي) ضد (ك ش)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا.

[25] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 202430، بتاريخ 1998/12/15، قضية (م ح) ضد (م ط)، المجلة القضائية، 1999، عدد 1، ص122.

[26] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0761943، بتاريخ 2012/11/14، قضية (ز ف) ضد (ب س)، المجلة القضائية، 2013، عدد 2، ص284.

[27] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1233783، مؤرخ في 2018/12/05، قضية (ج أ) ضد (ج ن)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا.

[28] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 69798، بتاريخ 1991/04/23، قضية (ب ز) ضد (خ ل)، المجلة القضائية، 1994، عدد3، ص54.

[29] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 165408، بتاريخ 1997/07/08، قضية (س أ) ضد (س د)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص67.

[30] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 172379، مذكور سابقا.

[31] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35087، بتاريخ 1984/12/17، قضية (ت ن ب أ) ضد (ت ص ب أ) المجلة القضائية، 1990، عدد1، ص86.

[32] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57756 مذكور سابقا.

[33] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210478، بتاريخ 1998/11/17، قضية (ل أ) ضد (د إ)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص85.

قائمة المصادر والمراجع:

▪ الكتب:

- ابراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر، كتاب الطلاق، باب ثبوت النسب، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1998.
- أبي الحسين العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ج10، دار المناهج، بيروت – لبنان، 2000.
- برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج3، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ.
- بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2001.
- بن قدامة المقدسي، الكافي فيه فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1994.
- خليل بن إسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب في فقه الإمام مالك، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت _ لبنان، 2011.
- سعيد بن منصور الجوزجاني، سنن سعيد بن منصور، كتاب الطلاق، باب المرأة تلد لستة أشهر، حديث رقم 2074، ج2، دار السلفية، الهند، 1982.
- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، ج4، دار كنوز إشبيليا، الرياض – السعودية، 2010.
- مصطفى الخن، ومصطفى البغا، وعلي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج1، ط4،دار القلم، دمشق – سوريا، 1992.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، دار الفكر، دمشق – سوريا، 1958.

▪ المقالات:

- عمر علي أبو بكر، أقل مدة الحمل وأكثرها من المنظور الفقهي والطبي – دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 23، 2014.
- محمد سليمان النور، مدة الحمل بين الفقه والطب وبعض قوانين الأحوال الشخصية المعاصرة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، مجلد 22، عدد 70، 2007.

▪ الوثائق القانونية:

- القانون رقم 59 الصادر سنة 1953، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية للجمهورية العربية السورية، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية، لدولة الكويت، المعدل والمتمم.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدةالرسميةعدد 24 بتاريخ 12 يونيو 1984،ص 910-924. المعدلوالمتممبالأمررقم 05-02 المؤرخفي 27 فبراير 2005. الجريدةالرسميةعدد 15،بتاريخ 2005/02/27،ص 18-22.
- المادة 91 من القانون الاتحادي رقم 28، لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، لدولة الإمارات العربية المتحدة، المعدل والمتمم.

▪الأحكام والقررات القضائية:

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35087، بتاريخ 1984/12/17، قضية (ت ن ب أ) ضد (ت ص ب أ) المجلة القضائية، 1990، عدد1، ص86.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 57756، بتاريخ 1990/01/22، المجلة القضائية، 1992، عدد2، ص71.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 69798، بتاريخ 1991/04/23، قضية (ب ز) ضد (خ ل)، المجلة القضائية، 1994، عدد3، ص54.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 202430، بتاريخ 1998/12/15، قضية (م ح) ضد (م ط)، المجلة القضائية، 1999، عدد 1، ص122.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 165408، بتاريخ 1997/07/08، قضية (س أ) ضد (س د)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص67.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 172379، بتاريخ 1997/10/28، قضية بين (ق م) و(ق أ)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص70.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 193825، بتاريخ 1998/05/19، قضية (ف ف) ضد (ف أ – ب ح) و(ف م – ب م)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص73.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 210478، بتاريخ 1998/11/17، قضية (ل أ) ضد (د إ)، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، ص85.
- قرار المجلس الأعلى المغربي، ملف رقم 535، بتاريخ 2005/01/02، عدد 41، بتاريخ 2006/01/18،
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 0761943، بتاريخ 2012/11/14، قضية (ز ف) ضد (ب س)، المجلة القضائية، 2013، عدد 2، ص284.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1217841، مؤرخ في2018/09/05، قضية (ج ي) ضد (ك ش)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العلياdzwww.coursupreme. .
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1221131، بتاريخ 2018/10/03، قضية (د ف) ضد (صس)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 1233783، مؤرخ في 2018/12/05، قضية (ج أ) ضد (ج ن)، منشور على الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا.

ضوابط وشروط التلقيح الاصطناعي

Vaccination rules and conditions artificial

د. قبايلي محمد
المركز الجامعي بريكة
issraamani@yahoo.com

ملخص:

إن البحث عن علاج للعقم ليس مسموحًا به فحسب، بل يتم تشجيعه أيضًا في الدين الإسلامي، ففي الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05، يُسمح بجميع تقنيات المساعدة على الإنجاب بشرط أن يكون مصدر الحيوانات المنويةوالبويضة والرحم من زوجين متزوجين بشكل قانوني، وخلال فترة زواجهما يجب ألا يتدخل أي طرف ثالث في الوظائف الزوجية للجنس

الكلمات المفتاحية:

تكنولوجيا الإنجاب ؛ العقم ؛ ضوابط التلقيح.

Abstract:

Seeking treatment for infertility is not only permitted but also encouraged in the Islamic religion. In Islamic law as well as Family Law No. 84/11 amended and supplemented by Ordinance 05/02, all assisted reproductive technologies are permitted provided that the source of sperm, egg and uterus From a legally married couple, and during their marriage no third party should interfere in the marital functions of sex and reproduction, and surrogacy is not acceptable in Islam. The excess number of fertilized embryos can be preserved by cryopreservation and can be transferred to the same wife in a successive cycle, while the marriage remains intact but frozen sperm may not be used after the death of the husband

Keywords:

reproductive technology; infertility; Pollination controls.

مقدمة:

يُعرَّف العقم بأنه عدم قدرة الزوجين على الإنجاب بعد عام واحد من الجماع المنتظم غير المحمي، في خصوبة الدورة الطبيعية ، أو فرصة الحمل للزوجين في شهر معين هي 30٪ للزوجين الأصحاء في حين يعاني ما يقرب من 13٪ من الأزواج من العقم ، وبعد عام واحد من محاولة الإنجاب مما يستدعي تقييم حالة العقم لدى الزوجين.

ولقد أظهرت الأبحاث الحديثة أن المعاناة من عدم الإنجاب قد تكون موزعة بالتساوي تقريبًا بين النساء والرجال، لكن الرجال يواجهون صعوبة أكبر في التواصل مع هذه الأزمة العاطفية، فالتأثير النفسي للعقم هو جزء معقد لا يتجزأ من الحالة التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار من قبل المختصين اثناء الفترة العلاجية المرتبطة بمساعدة تقنية الإنجاب الاصطناعي

إن استعمال التكنولوجيا في المساعدة على الإنجاب هي من المسائل المستحدثة حيث أصبحت هذه الطريقة في الإنجاب حلا ناجعا وفعالا في وجه كل من يعاني من مشاكل العقم، خاصة وأن الإنجاب عند الأسر أمر وجداني ومؤثر على استمرارها وتماسكها كما انه وسيلة للمحافظة على النسل البشري

مما جعل هذه المسألة تثير العديد من التساؤلات بخصوص تحديد ضوابطها وشروطها وأسبابها والآثار السلبية الناتجة عن مخالفة هذه الضوابط التي رسمتها له القواعد القانونية الوضعية أو التي وضعها فقهاء الشريعة بهدف السيطرة على مثل هذه الطرق التكنولوجية حتى لا تخرج عن نطاق الغرض المشروع لها. وتتمحور إشكالية هذه الورقة البحثية حول : ما مدى مراعاة الضوابط الشرعية والقانونية التي تحكم العمل بهذه التقنية الحديثة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطالب التالية: المطلب الأول: النظرة الإسلامية للعقم والتكاثر باستعمال التكنولوجيا

أما المطلب الثاني: القيود الواردة على استعمال تكنولوجيا الإنجاب

المحور الأول: النظرة الإسلامية للعقم والتكاثر باستعمال التكنولوجيا

من الطبيعة البشرية أن ترغب في إنجاب الأطفال لقوله تعالى "المال والبنون زينة الحياة الدنيا ..."[1] مما يعني أن الأسرة تسعى لأمرين: أن يكون لها مستقبل مالي آمن وأولاد. ولقوله تعالى " والذين يقولون ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين..."[2] أي ان البشر يتوقون للإنجاب و يسألون الله أن يخرج من أصلابهم وذرياتهم من يطيعه ويعبده وحده لا شريك له، فالسعي لعلاج العقم إذن أمر تحبده الشريعة الإسلامية وترغب فيه.

[1]- الآية رقم 46 من سورة الكهف

2- الآية 74 من سورة الفرقان

هناك عدد قليل من الأمثلة المذكورة في القرآن الكريم التي تتحدث على مشكلة العقم والإنجاب يوضح كما في قصة إبراهيم (رحمه الله) وزوجته سارة

وفي قصة زكريا الذي كان مخلصًا وداعمًا لزوجته العقيمة.وضل يدعو ربه ويتضرع اليه ان يشفيه وزوجته من العقم وفقا لما جاء في الاية التالية " وَزَكَرِيَّا إِذْ نَادَىَ رَبَّهُ رَبِّ لاَ تَذَرْنِي فَرْداً وَأَنتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ ۝ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَىَ وَأَصْلَحْنَا لَهُ زَوْجَهُ إِنَّهُمْ كَانُواْ يُسَارِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَباً وَرَهَباً وَكَانُواْ لَنَا خاشِعِينَ[3] "

ولقد ورد هذا المعنى الذي يحث على الانجاب والسعي فيه في عدة أحاديث منها ما رواه النسائي وأبو داود والإمام أحمد بلفظ: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم". ومنها: "تكاثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة." وهو حديث صحيح رواه الشافعي عن ابن عمر"[4].ومنه يتضح ان الإسلام يعطي تركيزًا قويًا لا لبس فيه على الخصوبة العالية.

أولا: التلقيح الاصطناعي

إن استخدام التقنيات الطبية لتعزيز الخصوبة هو موضوع موضعي لا يمكن المبالغة فيه، حيث تظهر الدراسات الحديثة أن تقنية المساعدة على الإنجاب (ART) مسؤولة عن ما بين 219000 و 246000 طفل يولدون كل عام في جميع أنحاء العالم[5].

يتم استخدام ART اليوم للعديد من الأهداف المختلفة

أ - استخدام العلاج المضاد للفيروسات القهقرية كمساعدة للأزواج الذين ليس لديهم أطفال (يعانون من العقم)

ب - يتم استخدامه أيضًا لتمكين النساء بدون شريك ذكر من إنجاب الأطفال باستخدام الحيوانات المنوية التي يوفرها المتبرع، علاوة على ذلك ، يتم استخدام المساعدة على الإنجاب بشكل متساوٍ لاختيار جنس المولود والسعي إلى جنس معين (ذكر أو أنثى) من قبل الأزواج المخصبين الذين يلجؤون إلى التلقيح الاصطناعي لمجرد التمكن من الحصول على جنس مفضل، كما أنها تستخدم لتجنب الأمراض الوراثية والكروموسومات عن طريق التشخيص المسبق للزرع.

وعلى العكس من ذلك تستهجن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري أي استخدام للتقنيات الحديثة الذي يخرج عن الضوابط الشرعية و دون أي مبرر طبي.

إن الأمومة أو الأبوة المفروضين على الذات، كما هو الحال مع المثليات أو شوق المثليين إلى الأطفال، هو إنكار حاد لأحكام الشريعة الإسلامية.[6]

3- الآيات 89 – 90 من سورة الأنبياء

4- صحيح أبي داود حديث رقم 2050 ، مكتب المعارف ، الرياض

5- محمد الحلبي، طفل الأنابيب، مقال منشور في مجلة العلوم التقنية ، المجلة علمية فصلية تصدر عن مدينة الملك عبد العزيز للعلوم التقنية، العدد 54 ، سنة 1421 هـ 2001 م، ص44

ثانيا: أطفال الأنابيب (IVF)

الإخصاب في المختبر هو عملية تقوم بها المرأة، من خلال التلاعب الهرموني، بإنتاج عدة بويضات في وقت واحد، يتم شفط هذه البويضات بإبرة في الوقت المناسب تحت التوجيه بالموجات فوق الصوتية عادة من خلال المهبل أو من خلال جدار البطن. في المختبر ، تقوم الحيوانات المنوية للزوج بتلقيح هذه البويضات. يتم نقل البويضات الملقحة (البيضة الملقحة) التي تصل إلى مرحلة الخلايا من أربع إلى ثماني خلايا إلى الرحم، في هذه المرحلة يتم تحضير الرحم بواسطة الهرمونات من أجل البدء في زرع البيضة الملقحة المنقولة (ما قبل الأجنة)[7].

معدل النجاح الحالي، المقاس بالتخصيب الناتج عن ولادة حية يتراوح بين 20 و 30٪ مع تعديلاته المختلفة ، مثل GIFT(نقل الجاميت داخل فالوب) ، الحقن المجهري (حقن الحيوانات المنوية داخل الهيولى) وما إلى ذلك، تم التصريح بأنه مسموح به شرعيًا ، فقط إذا تم استيفاء الشروط التالية

أ - يجب أن يشمل التلقيح الاصطناعي زوجين

ب - أن تكون الحيوانات المنوية من الزوج ، والبويضات من الزوجة

ج - يجب أن يحدث هذا في سياق زواج صحيح .

د - يجب تنفيذ الإجراء من قبل "فريق مختص" من أجل تقليل فرص فشل أو اختلاط الأجنة السابقة للأزواج المختلفة عند الاحتفاظ بها في النيتروجين السائل كما نشير ان قانون الاسرة الجزائري والشريعة الاسلامية لا يسمحان بعملية تأجير الأرحام لما لها من تاثيرات سلبية على المجتمع[8]

و - لا ينبغي نقل أكثر من العدد المناسب من البويضات المخصبة إلى الرحم من الشائع نقل اثنتين إلى ثلاث بويضات مخصبة فقط ، على الرغم من إنتاج المزيد من البويضات المخصبة. تقوم العديد من المراكز بنقل بويضة أو اثنتين فقط من البويضات المخصبة.

تجميد البويضات الملقحة المتبقية مسموح به من قبل بعض علماء الدين بشرط أن يتم استخدامها فقط في دورات لاحقة لنفس الزوجين ، والزوجان ما زالا متزوجين. لم يتم تحديد مصير البيض غير المستخدم بعد. يجوز استخدامها في البحث الطبي بموافقة الزوجين وضمن الإرشادات المناسبة ومع ذلك ، رفض جمهور الفقه الإسلامي الدولي تجميد ما قبل الأجنة، حيث يمكن ان يحدث اختلاط الأمشاج والأجنة السابقة.

ثالثا: نتائج تقنية المساعدة على الإنجاب

6- انظر، العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، مذكرة تخرج القضاة، الدفعة السادسة عشر 2005\ 2008 ص 9

7- محمود سعد ابراهيم شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر و الإباحة وموقف الفقه الإسلامي منها، .رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 2005 ، ص 30

8- انظر، القرار الخامس من قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة حول التلقيح الاصطناعي وأطفال الأنابيب 1404هـ ، www.yaqob.com

نتائج الحمل بعد العلاج المضاد للفيروسات القهقرية ليست مواتية بشكل عام مثل حالات الحمل التلقائي، يتم التوسط في نسبة كبيرة من هذا الخطر الزائد من خلال الحمل المتعدد علاجي المنشأ ، حيث يتم إرجاع الأجنة المتعددة بشكل روتيني لزيادة فرصة الحمل. وبناءً على ذلك ، فإن فقدان الحمل المبكر ومعدلات الإجهاض الكلي ومعدلات الإملاص (الفقد) مرتفعة.

بالنسبة للأم، هناك خطر منخفض لحدوث فرط تحفيز المبايض وهو من المضاعفات الخطيرة, هناك أيضًا مخاطر مرتفعة لتسمم الحمل ، وسكري الحمل ، وانزياح المشيمة ، وانفصال المشيمة ، والولادة القيصرية[9].

تميل حالات الحمل في حالات الحمل المضاد للفيروسات القهقرية إلى أن تكون أقصر، كما أن أوزان المواليد المنفردين والتوائم تنخفض بدرجة كبيرة إلى درجة يمكن مقارنتها بالتدخين طوال فترة الحمل. أسباب ذلك غير مؤكدة.

نحن الآن بصدد تطوير رؤية أوضح للآثار طويلة المدى للعلاج المضاد للفيروسات القهقرية . تشير الدلائل التراكمية من مجموعة متنوعة من المصادر بما في ذلك سجلات السكان ودراسات الأتراب والتحليلات الوصفية إلى أن العلاج المضاد للفيروسات القهقرية يرتبط بزيادة خطر الإصابة بتشوه خلقي كبير ، ويبدو أن هذا الخطر يختلف باختلاف طريقة العلاج بالإضافة إلى عمر المريض والعوامل المرتبطة به. للعقم[10].

يبدو أن استخدام التجميد السابق للجنين يقلل بشكل كبير من المخاطر، مما يشير إلى أن العيوب هي جزء جوهري من الأجنة ، وأن دورة التجميد-الذوبان تضيف ضغطًا انتقائيًا ضد الأجنة الأولية المعرضة للتطور

تواجه النساء اللائي يخضعن لعمليات التلقيح الصناعي مع نقل الأجنة المتعددة خطرًا متزايدًا من التوائم والثلاثية.

العواقب الاجتماعية والاقتصادية للحمل المتعدد كبيرة ، وكذلك المخاطر على الأم والطفل، يمكن أن يقلل النقل المفرد قبل الأجنة من مخاطر التوائم ولكن معدل الحمل والولادة الحية كان أقل.

يجب منع الحمل متعدد الأجنة، وخاصة الحمل المتعدد عالي الترتيب، في المقام الأول بسبب المضاعفات المرتبطة بالجنين والأمهات وزيادة التكلفة.[11]

رابعا: موقف الفقه الإسلامي من تكنولوجيا الإنجاب

أكدت تعاليم القرآن والأحاديث على الدور الحيوي لمؤسسة الزواج وهيكل الأسرة ، ولا ينفصل عن ذلك فعل الإنجاب .

والتكاثر الاصطناعي لم يرد ذكره في المصادر الأولية للشريعة، ومع ذلك عندما يفشل الإنجاب ، يشجع الإسلام على العلاج ، خاصة لأن التبني ليس حلاً مقبولاً، وبالتالي فإن محاولات علاج العقم ليس مسموحًا بها فحسب ، بل يتم تشجيعها أيضًا، وواجب الطبيب هو مساعدة الزوجين على تحقيق الإخصاب والحمل والولادة الناجحة.

---

[9]- خالد جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للجنين، (الجزء الثاني)، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الرابع، العدد الثاني، 2007 ، ص 315

10- أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005

11- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات(الجرائم الواقعة على الأخلاق والآداب العامة والأسرة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1995، ص 22

جميع تقنيات المساعدة على الإنجاب مسموح بها في الإسلام، إذا كان مصدر السائل المنوي ، ومصدر البويضة ، والحاضنة (الرحم) من الزوج والزوجة المتزوجين شرعًا خلال فترة الزواج وفقًا للشريعة الاسلامية[12].

ومن جانبنا نناشد المشرع الجزائري على إدراج نصوص أخرى تحدد وتفصل بشكل واضح ضوابط استعمال التكنولوجيا المساعدة على الإنجاب.

المطلب الثاني: القيود الواردة عن استعمال تكنولوجيا الإنجاب

هناك عدة قيود واردة عن استعمال تكنولوجيا المساعدة على الإنجاب نذكر منها ما يلي:

اولا: مساعدة الطرف الثالث

يجب ألا يتطفل أي طرف ثالث على ثنائي الزوج والزوجة الشرعيين، إن مشاركة شخص ثالث في المعادلة أمر غير مقبول تمامًا سواء كان ذلك في شكل حيوان منوي أو بويضة أو جنين أو رحم. ومن هنا فإن الممارسة الواسعة الانتشار في مرافق العلاج بمضادات الفيروسات القهقرية للتبرع بالحيوانات المنوية والبويضات والأجنة و "تأجير" الرحم لا تتوافق مع الأوامر الإسلامية المتعلقة بالتناسل البشري الأجنة المجمدة هي ملك للزوجين وحدهما ويمكن نقلها إلى الزوجة في دورة متتالية بشرط عدم تبرئة الرابطة الزوجية بالوفاة أو الطلاق.[13]

تم تأكيد هذا الحظر على مساعدة الطرف الثالث في العديد من الفتاوى والمراسيم الأخلاقية البيولوجية الصادرة منذ عام 1980 في الدول الإسلامية السنية على سبيل المثال ، صدرت فتاوى تدعم العلاج بمساعدة الإنجاب ولكن تحظر مساعدة طرف ثالث في الكويت وقطر والمملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة في عام 1997 ، في مؤتمر الشريعة الإسلامية التاسع والطب ، الذي عقد تحت رعاية المنظمة الدولية للهجرة الدولية ومقرها الكويت في الدار البيضاء ، (المغرب) ، تضمن إعلان تاريخي من خمس نقاط للأخلاقيات البيولوجية توصيات لمنع استنساخ البشر وحظر جميع الحالات التي يكون فيها طرف ثالث يغزو العلاقة الزوجية من خلال التبرع بالمواد الإنجابية.

إن مثل هذا الحظر على المساعدة الإنجابية من طرف ثالث من جميع الأنواع مطبق الآن بشكل فعال في العالم السني.

ثانيا: تأجير الأرحام

شكل آخر من أشكال استعمال التكنولوجيا هو تأجير الأرحام، هناك نوعان من تأجير الأرحام ، الجزئي والكامل .

في تأجير الأرحام الجزئي ، يطلب الزوجان أو يكلفان المرأة بالحمل الاصطناعي بواسطة السائل المنوي "للزوج". سيحمل البديل بعد ذلك الحمل حتى نهايته ، وعند الولادة ، يسلم الطفل للزوجين اللذين يطلبان ذلك. في هذه الحالة ، يكون الأب هو الأب البيولوجي ، والأم التي تربى ، والأم البيولوجية.

[12]- باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري .دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 33

13- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 7116 ، ص6

في تأجير الأرحام الكامل ، سيخضع الزوجان المكلفان للتلقيح الصناعي بنقل الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي إلى امرأة بديلة. يعطي البديل الطفل للزوجين الراغبين.[14]

في هذه الحالة، الأبوان البيولوجيان هما الزوجان اللذان يربيان ، والبديل هو الأم الوالدة.

بموجب الشريعة الإسلامية يحظر تأجير الأرحام، وهو الحال نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري.

سمحت فتوى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة عام 1984 باستئجار الأرحام عن طريق استبدال الأجنة داخل رحم الزوجة الثانية لنفس الزوج الذي قدم الحيوانات المنوية. لكن في عام 1985 سحب المجلس موافقته على تأجير الأرحام لان الخلط في النسب هو أمر لا مفر منه في ترتيبات تأجير الأرحام هذه والذي له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية، يحظر تأجير الأرحام إذا استمر تأجير الأرحام على الرغم من التحريم ، فقد أجمع علماء الإسلام على أن الأم هي الأم "الحقيقية."[15]

وبدورنا نؤيد فتوى مجمع الفقه الاسلامي التي حضرت تاجير الارحام لانها منعت بذلك مفسدة كبيرة ومشكلات اجتماعية لا حصر لها.

ثالثا: الحفظ بالتبريد واستخدام الحيوانات المنوية المحفوظة

من الناحية الطبية ، فإن "الحفظ بالتبريد" هو تجميد وتخزين الأمشاج أو الأجنة الأولية. في الأساس ، يتم استخدام الحفظ بالتبريد لغرضين. المرضى الذين تم تشخيص إصابتهم بمرض قد يؤدي العلاج من المرض إلى العقم، تتم معالجة الحيوانات المنوية وحفظها وتذويبها في وقت لاحق ، وبموافقة المريض، يتم استخدامها لتخصيب البويضة من الزوجة. وبالمثل ، ARTغالبًا ما تؤدي الإجراءات إلى توفر العديد من الأجنة السابقة الاحتياطية التي لا يتم نقلها إلى رحم الأم. تقنيات الحفظ بالتبريد أو التجميد قادرة على تخزين ما قبل الجنين لمدة تصل إلى بضع سنوات والتي يمكن إذابتها وإعادتها إلى رحم نفس المرأة عندما تقرر إنجاب طفل. تتمثل مزايا تجميد الأجنة في أن المرأة قد لا تضطر إلى الخضوع لدورة التحفيز الدوائي مرة أخرى ، وحفظها من الآثار الجانبية للأدوية المنشطة التي يتم استخدامها.[16]

لا ينطوي الحفظ بالتبريد في حد ذاته على انتهاك للشريعة الإسلامية ، لكن العلماء حذروا من أن الأجنة المجمدة هي ملكية حصرية للزوجين اللذين أنتجا الأمشاج بمفردهما ، ولا يجوز نقلها إلا إلى نفس الزوجة في دورة متتالية ، بشكل مقيد خلال المدة. من عقد الزواج. بمعنى أن تخزين الحيوانات المنوية للزوج لغرض حمل الزوجة في حالة وفاته أمر غير قانوني. بموجب الشريعة الإسلامية ، يُنهي الوفاة عقد الزواج ، والزوجة الأرملة حرة في الزواج مرة

[14]- محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 25

15- سمير فخوري، العقم عند الرجال والنساء أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين، ط5 ، بيروت،1989 ، ص 329 وما يليها

[16]- فرج صالح الهريش، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، زرع الأعضاء البشرية، تقنيات التلقيح الاصطناعي، دار الجماهيرية، ط1، 2005، ص 090

أخرى بعد فترة العدة الإلزامية. كما يجب عدم استخدام الحيوانات المنوية المحفوظة بالتبريد أو الجنين السابق للزوج السابق في حالة الطلاق ، لأن الطلاق على حد سواء يجعل الرابطة باطلة من الناحية القانونية.[17]

ومن القضايا الأخرى التي أثيرت في هذا الصدد حالة الزوج الذي يقضي عقوبة بالسجن لكنه لا يزال يحتفظ بعلاقته بزوجته. هناك حكم من قبل بعض فقهاء المسلمين المعاصرين بأن الحيوانات المنوية المخزنة للزوج المسجون يمكن استخدامها لتلقيح زوجته الشرعية عن طريق التلقيح الاصطناعي. ومن الواضح أن هذا مبني على استمرار عقد الزواج المفترض، حتى وما لم يثبت العكس.

قد يكون هذا مفيدًا للنساء اللواتي يرغبن في إنجاب أطفال شرعيين أثناء فترات الحبس الطويلة لأزواجهن. علاوة على ذلك ، قد يوفر في المستقبل أرضية صلبة لحماية الحقوق الزوجية لزوجات السجناء ، ولا سيما في القضايا المدنية في الواقع.

في المملكة العربية السعودية، يُسمح للزوج المسجون بالاتصال الزوجي بزوجته في السجن وهو شيء ايجابي تفاديا لهذه الاساليب التكنولوجيا.

هناك قضية موضوعية أخرى تتعلق بالحفظ بالتبريد وهي مصير البويضات المخصبة المجمدة إذا لم يتم استخدامها أو لم يكن أصحابها بحاجة إليها، وبما ان حياة الإنسان في الإسلام تبدأ في التكون بعد 120 يومًا من الحمل،لذلك فإن الأطباء لا يقتلون البشر عندما يتركون هذه البويضات المخصبة لتموت.[18]

رابعا: اختيار الجنس

من الأشياء الأولى التي يتساءل عنها الآباء المحتملون أكثر من غيرها أثناء الحمل هي "هل لدينا ولد أو بنت؟" ، يمكن للأزواج الراغبين في معرفة جنس الطفل المستقبلي استخدام الموجات فوق الصوتية أو تحليل الكروموسومات أو اختبار الحمض النووي للجنين في دم الأم في وقت مبكر من الحمل، لمعرفة الإجابة قبل أشهر من الولادة. ويقدر أن 50-70٪ من الآباء يرغبون في معرفة جنس طفلهم المستقبلي أثناء الحمل

الطب التناسلي الحديث قادر على تقديم علاج اختيار جنس موثوق.

يمكن تقسيم تقنيات اختيار الجنس على نطاق واسع بين تقنيات ما بعد الحمل وتقنيات ما قبل الحمل ويتم إجراؤها لأسباب طبية أو اجتماعية (غير طبية)

17 - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط01 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003 ، ص 390

18- مروك نصر الدين، المرجع نفسه، ص 395

تقنيات ما بعد الحمل ، مثل استخدام الفحص قبل الولادة من خلال الموجات فوق الصوتية، أو أخذ عينات الزغابات المشيمية ، متبوعًا بالإجهاض الانتقائي ، يتم إدانتها بشكل عام في جميع أنحاء العالم إذا تم إجراؤها لأسباب اجتماعية.

تشمل تقنيات ما قبل الحمل الفرز الدقيق أو التشخيص الجيني قبل الانغراس.(PGD) نظرًا لعدم ارتباط تقنيات ما قبل الحمل بالإجهاض ، يجادل البعض بأنها تختلف عن تقنيات ما بعد الحمل وتكون أكثر قبولًا من الناحية الأخلاقية[19].

يتضمن الفرز الدقيق عملية حاصلة على براءة اختراع باستخدام صبغة الفلورسنت لتحديد الحيوانات المنوية التي تحمل الكروموسوم الجنسي الصحيح. يمكن فرز الحيوانات المنوية لإنتاج خليط الحيوانات المنوية المخصب بالكروموسوم X أو Y باستخدام قياس التدفق الخلوي. يمكن استخدام فرز الحيوانات المنوية ، وهو أقل فعالية ولكنه أيضًا أقل تكلفة ، لزيادة احتمالية إنجاب طفل من الجنس المطلوب، يستخدم التشخيص الوراثي قبل الزرع لتحديد جنس الأجنة التي تم إنشاؤها عن طريق التلقيح الاصطناعي ويتضمن إزالة خلية أو خليتين (بلاستوميرات) من الجنين في اليوم الثالث من التطور. ويلي ذلك تحليل الكروموسومات. يتم نقل الأجنة المختارة إلى رحم المرأة في اليوم الرابع أو الخامس يُستخدم التشخيص الوراثي قبل الزرع حاليًا لتحديد الاضطرابات الصبغية أو الجينية الخطيرة ، ولكن يمكن استخدامه أيضًا في اختيار الجنس "غير الطبي" حيث يتم اختيار أجنة من الجنس المطلوب فقط لنقلها مرة أخرى إلى الرحم، إن التشخيص الوراثي قبل الزرع (PGD) هو تقنية ، عند توظيفها في اختيار جنس المولود ، ينتج عنها فرصة تقترب من الصفر للحمل بجنين من الجنس غير المختار.

على الرغم من أن التطور الناجح لتقنيات اختيار الجنس يمثل تقدمًا طبيًا وعلميًا واضحًا ، إلا أن استخدامها موضع نقاش أخلاقي مكثف بين الأطباء والفلاسفة وعلماء الأخلاقيات البيولوجية على حد سواء.

على الرغم من أن اختيار الجنس للأغراض الطبية مقبول بشكل عام باعتباره مناسبًا أخلاقياً ، إلا أن المخاوف بشأن تأييد الممارسات الجنسية ، أو تعطيل النسبة بين الجنسين ، أو تفاقم التمييز الجنسي قد أدت بالأغلبية الساحقة من البلدان التي تنظم التشخيص الوراثي قبل الزرع إلى حظر استخدامه لانتقاء الجنس لأسباب اجتماعية، انضمت الجمعيات المهنية ووثائق السياسة الدولية أيضًا إلى معارضة هذه الممارسة على أسس مماثلة.[20]

في الشريعة الإسلامية اختيار الجنس أمر يرجع فقط إلى الله، ويؤكد القرآن الكريم بشكل لا لبس فيه أنه هو وحده من يقدر جنس الجنين في قوله تعالى "لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ

[19]- محمد المرسي الزهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1990 ، ص 55

20- فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص 55

الـذُّكُورَ..."[21] ومـن ثـم ، يمكـن القـول بثقـة أن اختيـار الجـنس في حـد ذاتـه يشـكل تـدخلاً غير مقبـول في النظـام الديموغرافي الإلهي ، وبحكم الواقع، باطل بموجب الدين الإسلامي.

وقـد أصـدر مجلس الفقـه الإسـلامي التـابع لرابطـة العـالم الإسـلامي قـرارًا قانونيًـا (فتـوى) في اجتماعـه التاسـع عشـر الـذي عقـد في نـوفمبر 2007، وحظـر اختيـار الجـنس الـذي يـتم إجـراؤه على وجـه التحديـد لأسـباب اجتماعيـة وسـمح باختيار الجنس لأسباب طبية فقط.

ونحن نري ان اختيار جنس المولود يجب ان يترك لله وحده عز وجل فهو اعلم بما هو اصلح واقرب مودة لنا,

الخاتمة:

ان المحافظة على النسل من المقاصد الضرورية التى استهدفتها أحكام الشرعية الإسلامية، ولذا شُرع النكاح وحُرِّم السفاح، والتبنى، والتداوى للانجاب جائز شرعا بغير المحرَّم، بل قد يكون واجبا إذا ترتب عليه حفظ النفس وعلاج العقم فى واحد من الزوجين، و تلقيح الزوجة بذات منى زوجها دون شك فى استبداله أو اختلاطه بمنى غيره او دخول طرف ثالث في العملية من إنسان أو مطلق حيوان جائز شرعا، وهو ايضا ما ذهب اليه المشرع الجزائري

الذي ايدى التقنيات الحديثة والتقدم التكنولوجى الحاصل في الميدان الطبي واستجاب لذلك بمقتضى نص المادة 45مكرر من الامر 05 - 02 التي أباحت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي من أجل المساعدة على الإنجاب وعلاج مشكلة العقم، ولو أن الأمر اقتصر على الإشارة إلى شروط التلقيح الاصطناعي

وعليه ينبغي على المشرع إثراء هده النقطة بإضافة مواد وأحكام تفصل وتوضح وتضبط عملية التلقيح الاصطناعي لتجنب كل الإشكالات المتعلقة بهذا الموضوع الحساس.

21- الاية 49 من سورة الشورى

تنازع القوانين في الأحوال الشخصية
- شروط الزواج نموذجا-

Conflict of laws in personal status
- Conditions of marriage model –

د/برابح منير*
مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المستدامة
المركز الجامعي سي الحواس بريكة
mounir.berrabah@cu-barika.dz

د/ طويرات عبد الرحمان
مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المستدامة
المركز الجامعي سي الحواس بريكة
Abderrahmane.touirat@cu-barika.dz

ملخـص: تهدف هذه الدراسة إلى بيان الحلول القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لتنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية وبالضبط في الشق المتعلق بشروط الزواج سواء أكانت شروطا موضوعية أو شكلية وذلك من أجل المحافظة على الأسرة وحمايتها في حالة وجود خلاف أو نزاع يتعلق بهذه الشروط وذلك عند وجود العنصر الأجنبي في العلاقة الزوجية.

الكلمات المفتاحية: الزواج، تنازع قوانين، شروط، شكلية، موضوعية.

Abstract: *This study aims to demonstrate the legal solutions developed by the Algerian legislator for the conflict of laws in the field of personal status, and exactly in the part related to the conditions of marriage, whether they are objective or formal conditions, in order to preserve and protect the family in the event of a dispute or dispute related to these conditions, when the foreign element is present in the marital relationship*

Keywords:
arriage, conflict of laws, conditions, formality, objectivity

مقدمة:

عقد الزواج هو الأداة القانونية والشرعية لوجود و تأسيس أسرة بين الرجل والمرأة ووجود علاقة بينهما في إطار شرعي وقانوني، وقد عرفه المشرع الجزائري بأنه " **الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على وجه شرعيين من أهدافه تكوين الأسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب**"[1].

ولقيام عقد الزواج الصحيح بالمعنى المذكور أعلاه فقد وضع المشرع مجموعة من الشروط، نص عليها المشرع الجزائري منها ما يتعلق بشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع، رغم أنه لم يحد ما و متعلق منها بالشكل وما يتعلق بالموضوع.

وتعد شروط الزواج من بين المسائل التي يمكن أن يطالها تنازع القوانين وذلك خاصة عندما يكون عقد الزواج بين جزائري وأجنبية، أو بين جزائرية وأجنبية أو جزائريين تزوجا في الخارج أو أجنبيين تزوجا في الجزائر لذا فإننا سوف نرى الحلول القانونية التي وضعها المشرع لتنازع القوانين حول شروط الزواج سواء كانت شروط موضوعية أو شروط شكلية ففيما تتمثل هذه الشروط؟

وتتمثل أهداف هذه الدراسة في الوقوف على الحلول القانونية التي وضعها المشرع الجزائري للتنازع القوانية في مجال الشروط الزواج باعتبارها مجالا من مجالاتن الحوال الشخصية ومنه الوقوف على مدى نجاعة هذه الحلول، وتقديم مقترحات لم يمكن ان يعتريها من نقص.

وبخصوص المنهج المتبع في هذه الدراسة فإننا سوف نستعين في بحثنا بالمنهج التحليلي في رصدنا و تتبعنا للحلول القانونية التي وضعها المشرع الجزائري لتنازع القوانين عندما يتعلق بالشروط الموضوعية والشكلية لعقد الزواج من جهة، وكذلك المنهج الوصفي لبيان المفاهيم المتعلقة بتنازع القوانين في الشروط الشكلية والموضوعغية للزواج.

ومن أجل دراسة هذا الموضوع فإننا سوف نقسم بحثنا هذا إلى محورين، بحيث نتطرق في المحور الأول إلى الحلول القانونية لتنازع الشروط الموضوعية للزواج، ثم نخصص المحور الثاني للحلول القانونية لتنازع القوانين حول الشروط الشكلية للزواج.

المحور الأول: الحلول القانونية لتنازع الشروط الموضوعية لعقد الزواج

لم يحدد المشرع الجزائري ما هو المقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج في قانون الأسرة إلا أنه أعطى لمسائل تنازع القوانين حول هذه الشروط حلا قانونيا من خلال نص المادة 11 من القانون المدني الجزائري التي نصت على مايلي " **يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين**"[2].

ورغم هذا الحل للمشرع الجزائري إلا أن الفقه قد اختلف حول كيفية تطبيق القانون الوطني للزوجين على الشروط الموضوعية وذلك عندما تساءل الفقه هل يطبق القانون الوطني للزوجين تطبيقا جامعا أو تطبيقا موزعا وقد ظهر تبعا لذلك نظريتين.

أولا- التطبيق الجامع:

يذهب أنصار هذا الاتجاه بالتطبيق الجامع لكل من قانون الزوج والزوجة معا، وتبعا لذلك فلا يعتبر الزواج منعقدا ولا يعتبر صحيحا من الناحية الموضوعية إلا بتوافر الشروط الموضوعية[3] في أطراف عقد الزواج سواء من جهة قانون الزوج أو من جهة قانون الزوجة.

وكمثال على هذا الرأي أن يتزوج جزائري بتونسية ثم يكون هناك نزاع حول عقد الزواج من جانب الشروط الموضوعية ومدى توفرها، فإن القاضي وانطلاقا من هذا الرأي لا بد أن ينظر في مدى توافر الشروط الموضوعية في عقد الزواج انطلاقا من القانون الجزائري من جهة القانون الجزائري اعتباره قانون القانون الوطني للزوج وكذلك القانون التونسي باعتباره القانون الوطني للزوجة.

ومن الأسباب التي جعلت الفقه يذهب إلى تطبيق الجامع للقانون الوطني للزوجين على الشروط الموضوعية السبب المتعلق بالآثار الهامة لعقد الزواج، فمن غير المنطقي أن يتم إسناد هذه العلاقة إلى قانون الزوج[4] وإقصاء قانون الزوجة.

وقد انتقد الرأي القائل بالتطبيق الجامع كون أن تطبيق هذا الرأي يجعل علاقة الزواج القانونية شبه مستحيلة إن لم نقل أنها مستحيلة الانعقاد وذلك لصعوبة تحقيق الشروط الموضوعية في الزوجين من جهة قانونيهما في آن واحد.

ثانيا- التطبيق الموزع:

مفاد هذا الرأي الاكتفاء بتطبيق الشروط الموضوعية على زوج على حد فينظر في هذه الحالة في مدى توافر الشروط الموضوعية للزواج في الزوج من جهة قانونه وننظر في تطبيق الشروط الموضوعية في الزوجة من جهة قانونه[5]، فإذا تزوج جزائري مثلا بتونسية ثم ثار نزاع حول الشروط الموضوعية لعقد زواجهما فإننا ووفقا لهذا الرأي ننظر في مدى توفر الشروط الموضوعية لعقد الزواج في الجزائري انطلاقا من القانون الجزائري، بينما ننظر في مدى توافر الشروط الموضوعية لعقد الزوج بالنسبة للزوجة التونسية انطلاقا من قانونها التونسي.

ومن بين أهم النتائج المترتبة على التطبيق الموزع لعقد الزوج نذكر مايلي:[6]

1- أنه يحقق نتيجة مادية وموضوعية وهي إنشاء عقد زوج صحيح

2- التخفيف من حالات بطلان الزواج المختلط

3- يحق المساواة بين قانوني الزوجين.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

إن موقف المشرع الجزائري من التطبيق الموزع والجامع للشروط الموضوعية، فيمكن القول أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية التطبيق الموزع في نص الماد11 من القانون المدني والمادة 97 من قانون الحالة المدنية، فهذه الأخيرة اعتبرت الزواج الذي ينعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وأجنبية صحيحا شرط أن لا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الجزائري لإمكانية الزواج[7].

رابعا- الاستثناءات على خضوع الشروط الموضوعية للقانون الوطني للزوجين:

لقد أورد المشرع الجزائري على نص المادة 11 ق م استثناء من خلال نص المادة 13 ق م ومضمون هذا الاستثناء انه إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج فغن القانون الجزائري هو الذي يطبق على الشروط الموضوعية[8]. ويستثنى من هذا الاستثناء الشرط المتعلق بأهلية الزواج الذي يبقى خاضع لنص المادة 10 الذي يعتبر يحدد القانون الواجب التطبيق على المسائل المتعلقة بالأهلية.

المحور الثاني: الحلول القانونية لتنازع حول الشروط الشكلية لعقد الزواج

ونتناول أولا التعريف بالشروط الشكلية أو الشكلية في عقد الزواج وكيفية تمييزها عن الشروط الموضوعية **(أولا)**، ثم نتطرق إلى القانون الواجب التطبيق على النزاعات المرتبطة بالشروط الشكلية للزواج **(ثانيا)**.

أولا- التعريف بالشروط الموضوعية وتمييزها عن الشروط الشكلية:

رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الشكلية إلا ان الفقه يذهب إلى حول تحديدها فالشروط الشكلية هي الشروط هي تلك الشروط المتعلقة بتحرير عقد الزواج وإثباته وإشهاره، وبعبارة أخرى الشروط الشكلية هي المظهر الخارجي الذي يتم فيه عقد الزواج[9].

وهناك من عرف الشكلية بأنها الصيغة الفنية التي يفرغ فيها عقد الزواج وهذه الصيغة تأخذا مظاهر متنوعة، والشرط الشكلي هو ما يتحقق وجود الشيء بوجوده أو عدمه ولكن آثاره القانونية لا تترتب إلا بعد تحققه[10].

ويقصد بالشكلية في الزواج عند جانب من الفقه الأوضاع اللازمة لإظهار الإرادة، وإثبات التصرفات وعلانيتها[11].

وتجب الإشارة بأن المشرع الجزائري لم يحدد ما هو شرط شكلي وما هو موضوعي لذلك فإن مسألة الفصل والتمييز بين الشروط الموضوعية والشكلية تخضع للقاضي من خلال عملية التكييف وهل شروط موضوعية أم شكلية انطلاقا من القواعد العامة في إعطاء وصف للوقائع والتصرفات وإدراجها ضمن فكرة مسندة، ومنه إسنادها للقانون الذي يسري عليها.

ثانيا- القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية:

لم يخص المشرع الجزائري الشروط الشكلية لعقد الزواج بنص خاص حول مسألة القانون الذي يطبق عليها، وذلك عكس ما ذهب إليه فيما يتعلق بالشروط الموضوعية، وتبعا لذلك فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على الشروط الشكلية لعقد الزوج يكون انطلاقا من النص العام الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على شكل التصرفات وهو نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري والذي جاء فيه مايلي" **تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون الذي تمت فيه،**

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

الخاتمة:

يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري وأثناء وضعه لحلول قانونية لتنازع القوانين حول الشروط الموضوعية والشكلية للزواج، لم يمشي في نفس الإطار، من حيث الوضوح حيث كان واضحا أكثر فيما يتعلق ببيان الحلول القانونية لتنازع القوانين للشروط الموضوعية للزظواح حيث أخضع هذه الأخيرة إلى القانون الوطني لكل من الزوجين مع الإشارة إلى ما يثيره هذا النص من إشكال يتعلق بمدى التطبيق الموزع والجامع للشروط في قانون الزوجين حيث يلاحظ في هذا الشأن انه لم يمكن فهم رأي المشرع في هذه النقطة إلى من خلال العودة إلى قانون الحالة المدنية الذي يوحي بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالتطبيق الموزع للشروط الموضوعية في كل من قانوني الزوجين.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فيلاحظ أتن المشرع الجزائري لم يخصها بتص خاص وهو ما يجعلنا نرجع في مسألة وضع حل لتنازع القانون بخصوصها إلى النص العام المتعلق بشكل التصرفات وهو نص المادة 19 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال درستنا لموضوع تنازع القوانين في مسائل الشروط الشخصية والموضوعية للزواج فإننا نقترح مايلي:

- تعديل نص المادة 11 بشكل يجعل الأمر واضحا فيما يتعلق بمسألة التطبيق الجامع والموزع لقانون الزوجين على الشروط الموضوعية للزواج.
- وضع نص خاص يوضع القانون الواجب التطبيق في حالة التنازع المتعلق بالشروط الشكلية لعقد الزواج.
- وضع نص يوضح ماهي الشروط الشكلية والموضوعية للزواج
- قائمة المصادر المراجع:

- **أولا الكتب:**

1- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، الجز الأول(تنازع القوانين)، دار هومة، الجزائري، 2002.

2- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل المتعلقة بالأسرة، دون مكان نشر ،دون سنة نشر.

- **ثانيا: الرسائل والأطروحات الجامعية:**

1- فريدة بوسعادة، القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، 2016/2015.

- **ثالثا: المقالات**

1- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواجين مجلة الحقيقة مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ادرار، المجلد1، العدد 1، الصفحة 55، 68، صدرت بتاريخ 1-01-2012.

- **رابعا: الوثائق القانونية**

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرمسية للجمهورية الجزائرية الشعبية، العدد.78

2- القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد24.

➢ <u>الهوامش:</u>

[1]- المادة 4 من القانون 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد24.

[2]- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرمسية للجمهورية الجزائرية الشعبية، العدد78.

[3]- مولاي الطاهر، المرجع السابق ص240.

[4]- مسعودي يوسف، القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية للزواجين مجلة الحقيقة مجلة أكاديمية محكمة تصدر عن جامعة ادرار، ص ص 99-100.

[5]- فريدة بوسعادة، القانون الواجب التطبيق على الزواج المختلط، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، 2016/2015، ص11.

[6]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[7]- المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[8]- فتيحة يوسف عماري، قواعد التنازع الدولي في بعض المسائل المتعلقة بالأسرة، دون سنة نشر، ص107.

[9]- فريد بوسعادة، المرجع السابق، ص 13.

[10]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، د ط، الجز الأول(تنازع القوانين)، دار هومة، الجزائري، 2002 ، 138.

[11]- فتيحة يوسف عماري، المرجع السابق، ص108.

تعويض الضرر المترتب عن العدول على الخطبة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

Compensation for the damage resulting from abandoning a sermon in Algerian law and Islamic jurisprudence.

ط.د حاج أحمد عبدالعزيز
مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير
جامعة أمين العقال الحاج موسى آق أخموك – تمنغست.
Email :-hadjahmed.abdelaziz@univ-tam.dz

-hadjahmed/abdelaziz@yahoo.fr

أ.دبـــرادي أحمد
مخبر استراتيجيات التنمية في المناطق الحدودية بالجنوب الكبير
جامعة أمين العقال الحاج موسى آق أخموك – تمنغست.
Email :bermad11000 @gmail.com

الملخص:

اهتمت الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري بالزواج وأولته عناية خاصة، حيث خصته بمقدمات كونه ميثاقاً وعقدا ليس كباقي العقود، ومقدمات عقد الزواج هي ما يسمى على لسان الشارع الحكيم بالخطبة والذي أقامها على ضوابط تضمن لعقد الزواج تحقيق الهدف الأسمى في تحصين النفوس وحفظ النسل، ونظراً للسلوك الإنساني المتقلب فقد يرجع أحد طرفي الخطبة عنها مستعملا حقه الشرعي في العدول لأي سبب يراه مبررا لعدوله، مما قد ينجم عن هذا العدول أضرار تمس بأحد الأطراف أو بكليهما، ونظرا للاختلافات الفقهية في تحديد طبيعة الخطبة انعكس على حكم العدول عن الخطبة وعلى إمكانية تعويض الضرر الناجم عن هذا العدول سواء كان ضرراً مادياً أو معنوياً ،وهذا ما أثار إشكال عن، كيفيةمعالجة النصوص القانونية والفقهية مسألة تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة؟ وفي هذا تمايزت الآراء الفقهية بين من يقر بالتعويض ومن يرفضه كون الخطبة ليست عقداً بل وعداً بالزواج غير ملزم .

الكلمات المفتاحية: الخطبة، العدول عن الخطبة، ضرر مادي، ضرر معنوي، تعويض.

Abstract:

Islamic law and Algerian legislation paid attention to marriage and gave it special attention, as it singled it out for the premises of being a covenant and a contract not like other contracts. One of the parties to the sermon may retract from it, using his legal right to retract it for any reason he deems justifying his reversal, Which may result from this reversal of damages affecting one or both parties, and given the jurisprudential differences in determining the nature of the sermon, it was reflected in the ruling on reversing the sermon and on the possibility of compensating the damage resulting from this retraction, whether it was material or moral harm, and this raised a problem about how to deal with

Legal and jurisprudential texts issue compensation for the damage resulting from abandoning the sermon? In this regard, the jurisprudential opinions differed between those who acknowledge compensation and those who reject it, because the engagement is not a contract, but rather a non-binding promise of marriage.

Keywords:(The engagement.Abandoning the sermon.physical damage. Moral harm. Compensation).

مقدمة:

يعد الزواج الميثاق الغليظ ومن أهم العلاقات الإنسانية التي نظمتها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ونظراً للأهمية البالغة التي يكتسيها في بناء أسرة مستقرة متماسكة ملؤها السكينة والتفاهم والطمأنينة والمودة والرحمة والتفاهم والتي تعتبر النواة الاساسية لبناء مجتمع متماسك ومثقف وتسوده أواصر الوحدة والإخاء كان لزاماً لهذه العلاقة ميثاق من تمهيدات و تسهيلات تمهد الطريق لربط علاقته الراقية ومن هذه التمهيدات الاستهلالية لعقد الزواج الخطبة إذ تعتبر الخطوة الأولى التي يباشرها الرجل المقدم على هذا العقد المتين والمصير الحاسم في مسار حياته وذلك باختيار شريك حياته الدائم ولقد أسال موضوع الزواج والخطبة الكثير من الحبر على مر العصور والاجيال نظراً للأهمية التي يتميز بها عن غيره من العقود الأخرى وما ارتبط به من مقدمات و إجراءات وبالرغم من كل هاته الأمور الإيجابية التي يمتاز بها إلا أنه لا يخلوا من بعض المنغصات والسلبيات التي تعلق به ومن بين هاته السلبيات المعاصرة التي تؤرق فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون والمجتمع عامة ألا وهي ظاهرة العدول عن الخطبة التي طفت على السطح في العقود المتأخرة وفي العقدين الأخيرين على وجه الخصوص وما ترتب عليها من سلبيات وتفكك للأسر و انهيار لمشاريع أسر فتية وُئدت في مهدها ولم تكتمل أركان عقدها فباءت بالفشل من خطواتها الأولى مما يترتب عليه أضرار وخيمة تلحق بأحد طرفي هذه الأخيرة (الخطبة) سواء الخاطب أو المخطوبة أو كليهما معاً وتتنوع أضرار هذا العدول عن الخطبة بين اضرار مادية وأخرى معنوية وذلك باستعمال الحق في العدول عن الخطبة من طرف من أطراف هذه الاخيرة كون هذا الحق مكفول ومنصوص عليه شرعاً وقانوناً لكلا طرفي العلاقة.

لا شك أنه من خلال ماسبق ذكره تظهر جلياً أهمية هذا الموضوع الحساس والذي يعالج موضوع حساس وظاهرة طرأت حديثاً وطفت على سطح المجتمع ولها عواقب وتبعات كثيرة وكبيرة تهدد أمن واستقرار المجتمع ولفتت أنظار الفقهاء والباحثين لدراسة ومحاولة معالجة هذه الظاهرة من أجل إيجاد حلول تحد من شدتها وتخفف أضرارها وتبعاتها.

أن من أهم الأسباب التي دعتنا لاختيار هذا الموضوع من أجل معالجته ودراسته وتناوله بالبحث والشرح والتحليل هو الآثار الوخيمة له على المجتمع عامة ومحاولة الإلمام وإيجاد الحلول لتخفيف أضرار هذه الظاهرة الخطيرة على الطرف المتضرر سواء مادياً أو معنوياً، ومحاولة إثراء موضوعها الذي سمح هذا الملتقى بطرقه ومعالجته لتوفير مصادر ودراسات يعتمد عليها المشرع من أجل إيجاد نصوص وحلول للحد ولما لا القضاء على هذه الظاهرة الدخيلة على مجتمعنا .

ومن خلال كل ما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية :**كيف عالجت النصوص القانونية والفقهية مسألة تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة؟**

وللإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على خطبة منهجية من محورين إذا تناولنا في المحور الأول: العدول على الخطبة والضرر المترتب عنه، وفي المحور الثاني: التعويض عن الضرر في مسائل العدول عن الخطبة فقها وقانونا

وأتبعنا في ذلك المنهج الوصفي التحليلي منخلال استقراء النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية وتحليلها.

❖ **المحور الأول: العدول على الخطبة والضرر المترتب عنه.**

سنخصص هذا المحور لتبيين مفهوم كل من الخطبة و كذا مفهوم تعويض الضرر المترتب على العدول عن الخطبة في كل من القانون الجزائري وفقه الشريعة الإسلامية.

● **الفرع الأول: مفهوم الخطبة**

باعتبار أن الزواج أو الميثاق الغليظ من العقود الشرعية ذات الشأن العظيم والأثر الكبير في حياة المجتمع الإسلامي لما له من مزايا وآثار حميدة، حيث تعودت الناس على أن لا يُقْدموا على إنشاء هذا العقد إلاّ بعد تفكير وروية وتدبر استشارة واستخارة وحيطة وحذر مخافة الوقوع في الزواج الفاشل، حيث أن الشريعة الإسلامية لم تغفل هاته الخطوات التمهيدية لهذا العقد، بل رسمت لهم معالم هذا الطريق ليسير على هديها الناس وحثت على إتباع هذه الخطوة التمهيدية لكي تنشأ هذه العلاقة على أفضل وجه ممكن، إذ أن قيام هذه العلاقة العقدية على الأسس المتينة والرزينة من شأنه أن يمهد الأرضية لبناء حياة زوجية مستقرة وهادئة ملؤها الهناء والمودة والرحمة والاستقرار وهذا كله بفضل الله بعد هذه الخطوة التمهيدية – الخطبة.

➢ **أولاً): تعريف الخطبة:**سنعرف الخطبة لغة وفقهاً وقانوناًوقضاءأعلى التوالي:

1- تعريف الخطبة لغة: وجاء تعريفها لغة كما يلي:

- يقال خطب الناس خطابة وخطبة: أي القى عليهم خطبة، ويقال خطب الرجل المرأة يخطبها خطباً وخطبةً، أي طلبها للزواج، ويقال: خطبها إلى أهلها أي طلبها منهم للزواج .

وكذالك جاء فيه أن الخِطْبة بكسر الخاء وسكون الطاء طلب الرجل المرأة للزواج ، ومنه خطب المرأة يخطبها خطبا بالكسر أي طلبها للزواج [1] .

-الخطبة مصدر خطب المرأة يَخْطبها خَطْباَ، وخِطْبَه بالكسر، أي طلبها للزواج.[2]

2- **تعريف الخطبةفقهاً**: وردت العديد من التعاريف الفقهية المختلفة نسبياً للخِطْبة وذلك باختلاف فقهاء مذاهب الشريعة الإسلامية مع العلم أنها جاءت متشابهة الى حد ما، حيث عرفها فقهاء المذاهب الأربعة – الخِطْبة "بأنها طلب الزواج، فهو يشمل خطبة الرجل وخطبة المرأة وكذلك خطبة ولي المرأة والوكيل دون تمييز ، إلا أن الشافعية والحنابلة قصروا ذلك على الرجل دون المرأة "[3] وتفاصيل ما جاء من تعريف فقهي في المذاهب الأربعة لشريعة الإسلامية نفصله في ذكر تعريف من كل مذهب منها كالآتي:

- حيث عرّفها فقهاء المذهبالحنفي: على أنها طلب التزويج، ولا تتعين لها ألفاظ.[4]
- و عرّف فقهاء المالكية: الخِطْبة بكسر الخاء هي فعل الخاطب من كلام وقصد، واستلطاف بفعل [5]
- وعند الشافعية فالخِطْبة هي التماس الخاطب النكاح من جهة المخطوبة [6]
- أمّا عند الحنابلة: فهي خطبة الرجل المرأة لينكحها.[7]

3- تعريف الخطبة في القانون الجزائري:

تطرق المشرع الجزائري في قانون الاسرة الى الخطبة في المادة 5 منه الفقرة الأولى منها "الخطبة وعد بالزواج. "[8].

4- التعريف القضائي:

وجاء في قراررقم: 45.301 ، قرار بتاريخ 09مارس 1987" من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة وعد بالزواج ولكلا الطرفين العدول عنها "[9]،ومنه الخطبة وعد بالزواج وليست زواجاً ولكلا الطرفين العدول عنها.

➢ **ثانياً): الصيغ الواردة في الخطبة (أنواعها):**

ـ الخطبة عامة هي طلب الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية مع إظهار الرغبة فيها كأن يقول الخاطب أو من ينوب عنه أو موكله " أريد الزواج منك " أو يقول ولي الخاطب أو طالب الزواج أو وكيله" أريد فلانة زوجة لابني فلان ، أو لموكلي فلان، أو لصديقي فلان "، وهناك نوعين من الخِطبة، خِطبة صريحة وخِطبة بالتعريض، حيث أن الخطبة الصريحة هي ما يقطع الرغبة في النكاح ولا يقبل غيره [10].وطلب الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية مع إظهار الرغبة فيها كأن يقول الخاطب" أريد الزواج منك" بحيث لا يحتمل الطلب غير الخطبة كأن يقول الخاطب لمن يخطبها " إني أريد أن أتزوجك ".[11] وتكون بطلب الرجل الزواج من امرأة، وإظهار الرغبة في ذلك صراحة بصيغة مباشرة وعلى وجه التصريح و العلانية بدون تلميح أو تعريض، في حين النوع الثاني أو الصيغة الثانية من صيغ الخطبة بالتعريض هي تلك الخطبة التي يستعمل فيها الخاطب جمل وعبارات غير مباشرة أو مجرد تلميحات يفهم من خلالها طلب الخطبة وبمعنى آخر وأدق هي لفظ في معنى إلاّ أنه يراد به معنى آخر ، وجاء في مختار الصحاح : التعريض ضد التصريح ، يقال عرض لفلان وبفلان إذا قال قولا وهو يعنيه ، ومنه المعارض في الكلام وهي التروية بالشيء عن الشيء،[12] وهناك أحكام لخطبة التعريض يجب مراعاتها، وذلك لكون الخطبة بالتعريض مباحة للبائن وللمعتدة من وفاة ، وحرام للمعتدة من طلاق رجعي،[13]ولا يحل للرجل خطبة معتدة غيره من طلاق رجعي لا بالتصريح ولا بالتعريض،[14] وقد وردت الآية الكريمة التي تنص على الخطبة بالتعريض وأحكامها في قوله تعالى: " وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمبِهِۦمِنْخِطْبَةِٱلنِّسَآءِأَوْأَكْنَنتُمْفِيأَنفُسِكُمْۚ عَلِمَ ٱللَّهُأَنَّكُمْسَتَذْكُرُونَهُنَّوَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوْلًامَّعْرُوفًاۚ وَلَا تَعْزِمُواْعُقْدَةَٱلنِّكَاحِحَتَّىٰيَبْلُغَٱلْكِتَٰبُأَجَلَهُۥۚوَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَيَعْلَمُ مَا فِيأَنفُسِكُمْفَٱحْذَرُوهُۖوَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ حَلِيمٌ "[15]سورة البقرة الآية 235 .

➢ **ثالثاً): حكم الخطبة:**

جاءت آراء الفقهاء متفقة على مشروعية الخطبة لما ذكر من الأدلة في الكتاب والسنّة لكن اختلفوا في حكمها :

فأعتبرها جمهور الفقهاء (المالكية والحنفية والحنابلة أنها ليست واجبة وخالفهم في ذلك داوود الظاهري القائل بوجوبها، أما الشافعية فاعتبروها مندوبة وهناك رأي ثالث بأن الخطبة تأخذ حكم الزواج فإن كان الزواج واجباً كانت الخطبة واجبة ولها حكم النكاح من وجوب وندب وكراهية، والخطبة من حيث طبيعتها وعد بإنشاء الزواج ومن ثم ليست لها قوة ألإلزام فيترتب عن ذلك جواز العدول ولهذا قال الفقهاء "الجواز الشرعي ينفي الضمان" [16]

- **رابعاً): الطبيعة القانونية للخطبة :**

أثارت الطبيعة القانونية للخطبة جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون حيث النص الوارد فيها "الخطبة وعد بالزواج " في المادة 5 من قانون الاسرة الجزائري هل هذا الوعد له نفس الطبيعة القانونية الواردة للوعد الذي تحدث عنه المشرع في القانون المدني المادة 72 منه حيث نصت على " إذا وعد الشخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لإتمام العقد وخاصة ما تعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد "، وذلك لكون المشرع الجزائري خالف القاعدة القانونية الواردة في هذه المادة من القانون المدني إذ من جهة اعتبر الخطبة وعد بالزواج ، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة وأجاز للطرفين العدول عنها، وذلك لكون الخطبة لا تتوفر على الشكلية المنصوص عنها في المادة 72 من المدني الجزائري. ومنه يمكن القول أن الخطبة وعد من نوع خاص يخضع لأحكام خاصة وبهذا يستوجب استبعاد المادة 72 من القانون المدني الجزائري، والإشارة الى أن الخطبة نظام مستقل متميز عن الوعد بالتعاقد لأنه ليس من شأن الخطبة الإلزام بإنجاز عقد الزواج ، والعدول عنها حق شرعي [17] ، وعليه يرى الدكتور بن شويخ الرشيد أنه لابد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صيغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود، والصيغة الجديدة المقترحة في استبدال لفظ " الوعد " بلفظ " تمهيد " ليصبح النص على النحو التالي: " الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها "، وباستعمال هذا اللفظ يحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد ، ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنه مادامت الخطبة مجرّد تمهيد، فإنه لا إلزام ولا التزام بها [18]

- **خامساً): اقتران الفاتحة بالخطبة:**

يثير اِقتران الفاتحة بالخطبة أو تزامنها مع الخطبة جدلاً كبيراً بالرغم من تعديل قانون الأسرة وصدور اجتهادات في هذا الشأن غير أن ذلك لم يضع حد للجدل في هذا الموضوع وسنحاول في هذه الدراسة حيث نصت المادة 06 من قانون الاسرة 11/84 قبل التعديل على أن:" اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدُّ زواجا " أما في تعديل 2005 بموجب الأمر 02-05 أضاف المشرع إستثناءاً في نص المادة السالفة الذكر على النحو التالي " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعدُّ زواجا ، غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة في مجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"، [19] حيث جاء في القرار رقم 81129 من المحكمة العليا بتاريخ 1992/03/17 جاء فيه « ولما ثبت في قضية الحال، أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم أكدوا حضورهم وليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأن الحفل يخص الطرفين، غير أن قضاة الموضوع أخلطوا بين الخطبة والزواج ولم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنى المادة 05 ق أ، أم هو مجلس عقد

على معنى المادة 09 ق أ، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه »،[20]كما أصدرت وزارة الشؤون الدينية تعليمة سنة 2005 لأئمة المساجد تمنعهم فيها من قراءة الفاتحة بدون عقد زواج مدني مصادق عليه من طرف الحالة المدنية أي بمعنى عقد زواج رسمي، وأوصى المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر في دورته 31 المنعقدة بتاريخ 26-27 ديسمبر 2006 أن الفاتحة هي مجرد تبرُّك فقط، وأن تسجيل عقد الزواج في مصلحة الحالة المدنية يعد توثيقا للعقد الشرعي الذي تعارف الناس على تسميته بالفاتحة،[21] ومن بين الآراء في هذا الشأن يقول أحمد الشامي« وهذا التناقض انعكس سلبا على اجتهاد المحكمة العليا حيث هناك تعارض في ما يعد خطبة وما يعد زواجا »،[22]ويقول بن شويخ الرشيد « لم يحدد النص القانوني المقصود بالفاتحة ، هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة ، أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج » [23]، وهو الإشكال القائم بين الفقه والمفهوم العام لقراءة الفاتحة في مجلس العقد هل هي عقد أم لتبرك فقط.

- **الفرعالثاني: مفهوم التعويض عن الضرر**

قبل أن نتطرق إلى مفهوم التعويض لابد أن نتطرق إلى مفهوم الضرر الموجب لتعويض.

➢ **أولاً): المقصود بالضرر:**

لمعرفة المقصود بالضرر لابد من معرفة التعريف اللغوي والاصطلاحي والقانوني له .

1- **تعريف الضرر:**سنتطرق لتعريفه لغة واصطلاحاً وقانوناً وفقهاً.

أ- **الضرر لغة:** جاء في لسان العرب أن الضَّرَّ والضُّرَّ لغتان.

الضُّرَّ: هو الهزال وسوء الحال.

الضَّرَّ: ضد النفع.[24]

ب- **الضرر اصطلاحاً:** جاء في تعريف وهبة الزحيلي على أن الضرر إلحاق مفسدة بالآخرين وهو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في ماله أو في جسمه أو مرضه أو عاطفته، كما عرّفه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه إلحاق المفسدة بالغير. اذن الضرر هو كل مفسدة تلحق الآخرين بأي صفة كانت.

ت- **التعريف القانوني للضرر:**

لم يشر المشرع الجزائري الى تعريف صريح للضرر لكن أشار له في القانون المدنيفي المواد من 124 ق م ج إلى المادة 140 ق م ج وكذا المادة 176 وما يليها، وفي قانون الأسرة المادة 52 ق أ ج المتعلقة (بالطلاق التعسفي) ، والمادة 53 ق أ ج المتعلقة (بالتطليق) في فقرتها 10 " كل ضرر معتبر شرعا "، والمادة 53 مكرر ق أ ج (الضرر اللاحق بالمطلقة)،والمادة 55 ق أ ج المتعلقة (بالنشوز) عند نشوز أحد الزوجين يحكم بالتعويض للطرف المتضرر.[25]

ث- **تعريف الضرر فقهاً :**

يعد الضرر في الفقه الاسلامي من موجبات الضمان ، وهو ذلك الاذى الذي يصيب الإنسان في جسه أو ماله أو يمس بسمعته او ينال من شرفه، وقد ورد هذا اللفظ في القرآن والسنة النبوية الشريفة في عدة مواضع منها قوله تعالى" ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا" البقرة الآية 231، وقوله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"، وقد استعمل

الفقهاء مصطلح الضرر في ثلاث صور هي: الضرر في مقابل النفع،الضرر بمعنى إلحاق المفسدة والأذى ، الضرر بمعنى أن ينقص الرجل أخاه شيئا من حقوقه .

2- **أنواع الضرر:** ينقسم الضرر الى نوعين، ضرر مادي وضرر معنوي وهو ما أخذ به المشرع الجزائري سنفصلهما في الاتي:

أ- الضرر المادي:

وهو ما يمس الإنسان في جسمه أو ماله أو يفوت عليه فرصة مشروعة ذات قيمة مالية أو ما يلحق بالإنسان من خسارة وما يفوته من كسب .

ب- الضرر المعنوي:

هو الاذى الذي يمس الإنسان في مصلحة غير مالية كالمساس بالشرف أو السمعة، رغم أن المرع الجزائري لم يعرف الضرر بشكل عام إلا أنه عرف الضرر المعنوي في نص المادة 182 مكرر ق م ج حيث جاء فيها" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[26]

3- **الضرر في الفقه الإسلامي:**

وقد جاء فيما ورد عن الدكتورة دليلة فركوس والدكتور جمال عياشي في كتابهم محاضرات في قانون الأسرة (انعقاد الزواج) : « قد يترتب على العدول عن الخطبة بعض الأضرار ، إذ قد تستمر الخطبة سنوات وقد يطلب الخاطب من خطيبته ترك دراستها أو الاستقالة من وظيفتها ، فما حكم العدول في هذه الحالات أو حكم الضرر الذي يصيب الآخر ؟، لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا الموضوع ، ربما لأن هذه الحالات لم تكن مطروحة في عهدهم ولم تنشأ إلاّ نتيجة الأعراف والعادات الجديدة ، لذا حاول الفقه المعاصر إيجاد أساس للتعويض عن العدول عن الخطبة و إرساء بعض التدابير الشرعية للحد من العدول » [27].

➢ **ثانياً)- المقصود بالتعويض:**

1- **التعويض لغة:**

المقصود بالعوض هو البدل، وعوضت فلانا إي أعطيته بدلاً عما ما ذهب منه أو ضاع منه وقيل بين العوض والبدل هناك فرق بينهما. والعوض كلمتان صحيحتان إحداهما تدل على بدل للشيء والآخر على زمان، والعوض هو الاسم، والمستعمل والتعويض وهو ما يعطى بدل الخسارة أو الضرر، ومنه عوضته من هبته خيرا، وأعطيته بدل ما ذهب منه[28]

2- **التعريف الاصطلاحي:**

مما هو متعارف عليه لدى الفقه الإسلامي استعمال مصطلح الضمان بدل التعويض، بالموزات أن هناك من من يستعمل أيضا التعويض، و هو المال الذي يحكم به على المعتدي لمن أحدث ضرر للغير، أو أن التعويض هو المبادلة بنفس القيمة ولا يجوز للمضرور أو المسؤول أن يفيد بإثراء أو يلحقه افتقار غير مشروع عن عملية التعويض،[29] وأن لا يتجاوز قيمة الضرر.

❖ **المحور الثاني: التعويض عن الضرر في مسائل العدول عن الخطبة فقها وقانونا.**

بعد أن تطرقنا الى المقصود بالخطبة و المقصود بالضرر بعد ذلك إلى تعويض سنتطرق الى تعويض الضرر في مسائل الخطبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري وفق مايلي:

● **الفرعالأول : حكم التعويض عن الضرر في مسائل العدول على الخطبة قانوناً**

اختلف الفقهاء في مسألة التعويض عن الضرر إلى أربعاتجاهات.

✓ **الاتجاه الأول:** ما ذهب إليه محمد بخيت المطيعي: أنه لا تعويض في حالة العدول عن الخطبة لأن الخطبة ليست بعقد بل وعد بالعقد ولا إلزام في هذا الوعد، فالعدول عن الخطبة هي ممارسة لحق من الحقوق ولا يترتب عن ممارسة الحقوق أي تعويض.

✓ **الاتجاه الثاني:** وقال فيه الشيخ محمد شلتوت يستوجب التعويض لطرف الآخر دون أي تفصيل لماهية الضرر وسبب العدول

✓ **الاتجاه الثالث:** لا يقر العلامة الشيخ أبو زهرة بالاتجاه الأول الذي يمنع التعويض عن الضرر مطلقاً كما لا يمكن أن نقر بالرأي بالاتجاه الثاني بل نقول قولاً وسطاً مفاده أن العدول عن الخطبة في حد ذاته لايكون سبباً لتعويض لأنه حق لاكن ربما يكون الخاطب قد تسبب بأضرار للمخطوبة لا لمجرد الخطبة والعدول كأن يطلب نوع من الجهاز أو تطلب هي إعداد مسكن ثم يكون العدول والضرر فهنا الضرر نزل بسبب عمل كان بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل غير مجرد الخطبة، فيعوض وإن لم يكن كذلك لا يعوض.

✓ **الاتجاه الرابع:** وهو رأي الأستاذ الدكتور مصطفى السباعي الذي يقو لأن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي إذا تحققت الشروط التالية: - أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة – أن العدول قد نتج عنه ضرر مادي أو معنوي - أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بدليل تأكيد خطبته بتصميمه على إجراء عقد الزواج[30] .

➢ **أولاً): التعويض عن الضرر في مسائل الخطبة وفق قانون الاسرة الجزائري:**

جاء في نص المادة 5 فقرة 3 من الأمر 05-02" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "، من خلال هذا النص فقد جاء عاماً ومطلقاً واعتبر التعويض ليس عن العدول بل عن الضرر كما اعتبر العدول على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية[31]،ولقد وجهت لهذا انتقادات حيث يقول بن الشويخ الرشيد " يتضح من خلال الفقرة أنها تبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الثانية من النص ، فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول و من جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج ، وبهذا ولكي يكون النص منسجما نقترح إعادة صياغته كما يلي : "إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض "[32] .

➢ **ثانياً): حكم التعويض عن الضرر المادي المترتب عن العدول على الخطبة وفقاً لنص قانون الأسرة الجزائري:**

كرس نص المادة 5 من الامر05-02 حق العدول عن الخطبة والتي تنص بقولها " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة "، مما قد يجر عن هذا العدول أضرار وخيمة يتحملها أحد الطرفين وهذا ما ورد في الفقرة3 من المادة 5 ق أ ج التي تنص " إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض "[33] ، فالعدول حق لاكن لايجب التعسف في استعماله لأنه مخالف للمادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

➢ **ثالثاً):التعويض عن الضرر المعنوي في مسائل العدول علىالخطبة في القانون الجزائري.**

وسنفصله كالآتي:

1- تعريف الضرر المعنوي:

أ- **تعريف المشرع الجزائري**:لقد عرف المشرع الجزائري الضرر المعنوي في نص المادة 182 مكرر من القانون المدني" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"،[34]من خلال هذه المادة يظهر التعريف المشرع الجزائري وإن لم يعطي تعريفاً لضرر بصفة عامة إلا أنه خص الضرر المعنوي بتعريف بصفة خاصة، وعرف الشيخ علي الخفيف الضرر المعنوي أنه"الأذى الذي يصيب الإنسان في شرفه، وعرضه، وما يصيب من ألم في جسمه، أو في عاطفته" [35] ،

ب- **التعريف القضائي** : كما عرّف القضاء اللبنانيالضرر المعنوي بأنه" كل ألم نفسي أو جسدي يحدثه عمل أو إهمال صادر عن الغير في شخص ما".[36]

2-صور الضرر المعنوي في العصر الحالي المتعلق بالخطبة:

أهم صور الضرر المعنوي في المجتمع الجزائري في عصرنا الحالي من خلال القضاء الجزائري وماتطرق إليه الفقهاء تتمثل فيما يلي:

- تفويت فرصة الزواج .
- التماطل عن إتمام الزواج بالدخول ، والعدول دون مبرر شرعي .
- المساس بسمعة المخطوبة أو سمعة أهلها بعد العدول .
- إفشاء أسرار المخطوبة بعد العدول [37].

3-حكم التعويض عن الضرر المعنوي وفقا لنص قانون الأسرة الجزائري:

أهم الانتقادات الموجهة حول صياغة نص المادة 5 الفقرة 3 من قانون الأسرة أنها مرنة وتستمد مرونتها من خلاف الفقهاء في الشريعة والقانون حول مسألة التعويض، وإن صحّ التعبير فإنها مصاغة بشكل يسمح لها باستيعاب الخلاف أولا ، ثم أنها تصب في صالح دعاة التعويض مع التفصيل وهذا الاعتبار الذي وضعه المشرع معقول جدا ويضاف إلى ايجابياته في قانون الأسرة ، ولفظة الجواز ليست اعتباطا من المشرع بل هي وكما يبدو تستند لمبررات وبالتالي فلا محل للانتقادات التي وجهت للمشرع في المسألة . والآن وبعد بيان أسس صياغة نص المادة5 فقرة 3 ، يبقى من الواجب تقرير الأساس الفقهي النظري الذي اعتمده المشرع في اعتبار مسألة التعويض عن الضرر المعنوي . ولقد أشار الدكتور بلحاج العربي إلى رفضه كل الآراء التي أبداها بعض الشراح والمتعلقة بتأثر قانون الأسرة الجزائري

بالقانون الفرنسي، مقررا بأن القانون قد استمد من الفقه بكل أصالة، بعيدا عن التقليد والجمود والأنظمة الداخلية التي لا تساير الواقع الجزائري .

وتدل الممارسات القضائية في الواقع الجزائري على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي الناجم عن الخطبة، ولم يخالف ما استقر عليه الفقه والتشريع في الميدان.

- **الفرعالثاني:التعويض عن الضرر في مسائل العدول على الخطبة في الفقهالإسلامي**

يمكن التمييز بين مسائل التعويض عن الضرر في مسائل الخطبة في الفقه القديم وفي الفقه المعاصر.

➢ **أولاً): التعويض في الفقه القديم:**

لم يتعرض الفقهاء القدامى إلى مسألة الأضرار والتعويض عنها لأسباب عدّة أهمها قوة الوازع الديني وإتباع مبادئ الشريعة الإسلامية، ويمكن إقراره في الفقه الحديث عملا بقواعد الشريعة العامة مثل تحريم التغرير وإيجاب الضمان، وقاعدة" لا ضرر ولا ضرار".

➢ **ثانياً):التعويض في الفقه المعاصر:**

نظراً لكثرة العدول عن الخطبة في العصر الحالي نتيجة لعدة متغيرات حديثة طرأت على الساحة الحديثة جعلت الفقهاء يتصدون لهذه المشكلة باختلاف آرائهم ومنهم محمد محدة الذي يرى لا تعويض في حالة العدول لان الخطبة ليست بعقد بل وعد بعقد، في حين يرى الشيخ محمد شلتوت بان العدول عن الخطبة يستوجب التعويض لطرف الآخر ، حيث جاء تحقيق الشيخ محمد ابوا زهرة في المسألة بأن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سبب لتعويض لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض[38] ، وما ذهب إليه أغلب الفقهاء المعاصرين ، أن التعويض يترتب على العدول عن الخطبة إذا نشأ عن ذلك ضرر مادي أو معنوي فإذا كان لأحد الطرفين دخل في الضرر الذي أصاب الطرف الآخر بسبب عدوله عن الخطبة، أمّا إذا لم يكن لمن عدل عن الخطبة دخل في الأضرار الناتجة عن العدول فهذا لا يلزمه شيء من التعويض لأنه لم يكن متسببا بوقوعه[39] .

➢ **ثالثاً): حكم التعويض عن الضرر المادي في العدول على الخطبة في الفقه الإسلامي**

نجد أن هناك رأيين لحكم التعويض عن الضرر المادي رأي مؤيد للتعويض ورأي معارض له، فأما الرأي المؤيد فيقو محمد أبو زهرة أن العدول إذا ترتب عنه ضرر مادي استوجب التعويض أمّا إذا لم يترتب عنه ضرر مادي فلا تعويض، أمّا إذا كانت الخطبة في بدايتها وحدث عدول معه ضرر فلا تعويض، وفي حالة استوجب الضرر التعويض ألا يزيد ذلك عن نصف الصداق المسمى وأخذ بذلك بعض المحدثين والحكم دائما يدور مع الأعم والأغلب.

واما الرأي المعارض لتعويض عن الضرر المادي أستدل بأن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم من حيث الوفاء ولأن الفعل المشروع يرفع عن صاحبه الضمان عملاً بالقاعدة" الجواز الشرعي ينافي الضمان" فمجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض وبالتالي لا يلزم العادل بالتعويض عن الضرر، ويقول جانب من المؤيدين لهذا الرأي أن ترك المخطوبة لمنصب عملها أو امتناعها عن مزاولة دراستها يعتبر سوء تصرف منها واستعجال منها في اتخاذ قرارها، وخطأ

منها في حساب عواقب الأمور، فلقد تصرفت بمطلق حريتها و إرادتها لأنها تعلم أن الخطبة مجرد وعد بالزواج والعدول عنها حق لكلاهما ولا وجه للضمان عن استعمال الحق[40]

- **رابعاً):تعويض الضرر المعنوي في مسائل العدول على الخطبة في الفقه الإسلامي.**

لم يتطرق الفقه الإسلامي القديم لمبدأ تعويض الضرر المعنوي عند العدول عن الخطبة وهذا لأسباب متعددة نذكر منها أن مثل هذه الأمور كانت بسيطة ويسيرة ولم تكن الخطبة تستغرق فترة طويلة، كما أن الحياة الاجتماعية لم تكن تسمح بمثل هذه الدعاوى نظرا لتمسكها بتعاليم الإسلام غير أنه نتيجة لتطور الأمور ظهرت مستجدات فقهية كثيرة لم تكن معهودة سابقاً، ومن بينها موضوع الضرر المعنوي الذي نال اهتمام الفقهاء المعاصرين، وذلك في اتجاهين اتجاه يرفض التعويض مطلقا واتجاه يجيز التعويض مع التفصيل، ويرى أصحاب هذا الرأي أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، لأن من يمارس حقاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما يترتب من ضرر لأن الجواز ينافي المسؤولية، وبالتالي لا وجه للمطالبة بالتعويض، وأنقسم أصحاب الرأي الثاني الى مذهبين فيرى أصحاب المذهب الأول بوجوب التعويض مطلقاً دون تفصيل في ماهية الضرر، ويرى أصحاب المذهب الثاني الى القول بالتعويض مع التفصيل، ومفاده أن التعويض تحكمه مجموعة من الضوابط والمحددات الشرعية، فوجوب التعويض عن الضرر المعنوي إذا لم يكن هناك عدول تعسفي.[41]

خـــــاتمـة:

مما خلصنا له خلال دراستنا لموضوع تعويض الضرر المترتب عن العدول على الخطبة في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، الى أن اصل إشكالية هذا الموضوع وهو الضرر المترتب عن العدول على الخطبة وإشكالية تعويضه وليست متعلقة عن العدول في حد ذاته وهي عموماً ظاهرة حديثة ومستجدة ومن المسائل التي لم يتطرق لها قدماء الفقه الإسلامي على الخصوص والقانون عامة الذين اختصوا بدراسة قانون الأسرة والاحوال الشخصية والمسائل المرتبطة بالزواج وما تعلق به من خطبة وغيرها، إذ أجمع غالب الفقه الى أن عدم وجود نظير لهذه المسألة في الفقه القديم هو صلاح حال الناس واستقامتهم وقوة الوازع الديني والتقيد بأحكام الشريعة في حياتهم ومعاملاتهم، كما أن فترة الخطوبة كانت وجيزة مما لا يسمح ويدع مجالاً تمتد فيه هاته الخطوبة ويحدث الضرر ، كما أن المشرع الجزائري في المادة 5 من الأمر 05-02 نص على أن "الخطبة وعدا بالزواج" وفي الفقرة الثانية نص على أنه "يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " وبهذا تكون غير ملزمة لطرفيها ولهما حق العدول عنها وهذا ما يمنح الخطبة صفة الليونة وعدم الإلزام بإنجاز عقد الزواج بها ، والعدول عنها حق شرعي لطرفيها، كما نص في نفس المادة في الفقرة الثالثة منها على أنه" إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض" حيث أن المشرع هنا نص صراحة على جواز الحكم بالتعويض عن كل من الضرر المادي والمعنوي لأي طرف من طرفي الخطبة تضرر من جراء العدول عنها وهنا فسح المشرع المجال للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" وهذا ما يفسح المجال لاجتهاد قاضي شؤون الاسرة في تقرير الطرف المتضرر وتقدير التعويض المقرر لضرر اللاحق بالطرف المتضرر من هذا العدول ذلك

بالاستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية لتفصيل في ذلكوتقرير طريقة تنفيذ هذا التعويض ولقد انقسم الفقهاء في قضية التعويض عن الضرر المترتب عن العدول الى ثلاث آراء:

-الرأي الأول: لا تعويض مطلقا : سار أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن العدول عن الخطبة حق شخصي ، ويحق لكلا الطرفين فسخهما وقت ما شاء ومن يمارس حقه ليس معتديا ، والخطبة ليست عقدا وإنما هي وعد والوعد غيرملزم، فالعدول عن الخطبة هي ممارسة لحق من الحقوق ولا يترتب عن ممارسة الحقوق أي تعويض.

-الرأي الثاني: التعويض مطلقا: أصحاب هذا الرأي اقتصروا على انه إذا نتج عن العدول ضرر استوجب التعويض دون الدخول في ماهية الضرر وتفاصيله.

-الرأي الثالث: التعويض مع التفصيل في الضرر: وهو الرأي الراجح والذي أخذ به أغلب الفقهاء المعاصرين بقولهم إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي بسبب أفعال ضارة صادرة من الطرف الثاني استوجب التعويض، أمّا إذا لم يكن له دخل فلا تعويض، وهذا الرأي يفصل في ما إذا كان الضرر ناتج عن تعسف مما تنشأ عنه المسؤولية التقصيريةويتوقف كذلك على ركيزة أساسية وهي المتسبب في الضرر وهذا ما أغفله المشرع الجزائري.

- والتوصيات التي نطرحها من خلال دراستنا هذه ما يلي:

- يجب على المشرع إعادة النظر في نص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائريوذلك بالإشارةلطرف المتسبب في العدول ، إذ يمكن أن يكون الطرف المتسبب ليس هو الطرف العادل عن الخطبة.
- على المشرع الجزائري إضافة فقرة لنص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري تفرق بين الشقين المدني والجنائي لتعويض عن الضرر المادي الناتج عن العدول عن الخطبة ، فإذا كان الضرر المادي متعلق بالشق المدني فقط يحيله المشرع مباشرة الى المادة 124(معدلة) من القانون المدني الجزائري وما بعدها ، أما إذا ترتب بالإضافة لضرر المادي بسبب العدول عن الخطبة سلوك جنائي ، فهنا يظهر الشق الجنائي و يضاف الى التعويض عن الضرر المادي الحق العام أيضاً بإحالة المشرع ما تعلق منه بالشق الجنائي للضرر الى نصوص القانون الجنائي الجزائري وبالتالي تطبق عليه العقوبات الجنائية في هذا الإطار.
- لزاماً على المشرع الجزائري التفصيل في الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة لسد الفراغ القانوني ومنع الالتباس على القاضي في التفاصيل المتعلقة به، إذ نرى أن الرأي الثالث هو الراجح لدى أغلبية الفقهاء وهوالذي ينبغي أن يأخذ به المشرع الجزائري و قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر المترتب عن العدول على الخطبة .
- التركيز على الضرر المعنوي،وتقديرجسامته و حجم تأثيرهعلى الطرف المتضرر منه، فيمكن أن تكون درجته أشد من الضرر المادي فمثلا العدول بعد ثمان (8) سنوات لا يعتبر ضرر معنوي فقط وإنما ضرر فاحش يختلف عن الأضرار المعنوية الأخرى.
- اعادة النظر في نص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري، وذلك بوضع تعديلات تتماشى ومتغيرات الخطبة وتبعاتها في المجتمع الحاليوالأضرارالمادية والمعنوية الناجمة في حالة العدول عنها.

الهوامشوالمراجع:

1- الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج1، ص113، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم أبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، ج1، دار صادر، بيروت، سنة 1994..ص. 360-361.

2 _ محمد مرتضى الحسيني الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس، الجزء الثالث، الطبعة الاولى، تحيقي د.نوافالجراحن مراجعة د. سمير شمس، تلمسان، الجزائر، دار الأبحاث، 2011.ص. 722.

3 _ د.شندارلي توفيق: الخطبة والعدول عنها : دراسة تحليلية فقهاً وتشريعاً وقضاءً، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر اثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 12-العدد 01العدد التسلسلي،21مارس 2020م ص.335.

4- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار فكر بيروت، ط2، ج3، سنة 1992، ص8

5- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطربلسي المعروف بالحطاب الرعيني المالكي: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر بيروت، لبنان، ط3، ج3، سنة1992، ص407.

6- شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني الشافعي: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، ج4، سنة1994، ص219.

7- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامى الحنبلي: المغني، مكتبة القاهرة للنشر، مصر، ب ط، ج7، سنة 1968، ص143.

8-قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيوا 1984 الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 12 يونيوا 1984 الصفحة 910، المعدل بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الجريدة الرسمية 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 صفحة 18 والمتضمن قانون الأسرة.

9-قرار صادر عن المجلس الاعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 45.301 ، قرار بتاريخ 09مارس 1987، صداق، أطراف النزاع بين (ب.ع) ضد (ب.م)، مصدر القرار المجلس الاعلى، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1992، ص. (66- 68).

10- رمضان علي الشرنباصي: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ،لبنان، سنة2002، ص30.

11- محمد كمال الدين إمام: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ج1، سنة2000، ص71.

12- أبو بكر الرازي: مختار الصحاح، مكتبة لبنان للنش، لبنان، مجلد 2، سنة 1986، ص236.

13- أحمد خليفة العقيلي: الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الجماهرية للنشر والتوزيع والإعلان بنغازي، ليبيا، ط1، سنة 1990، ص14.

14- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة المعدّل دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2008، ص27.

15- سورة البقرة، الآية 235.

16- أحمد شامي: قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية ونقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص. ص 29-31.

17- بلحاج العربي: أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الجزائر، ج1، سنة ، ص .ص98-99 .

- بن شويخ الرشيد ، نفس المرجع السابق ، ص31 . 18

19- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02 المؤرخ 27 فبراير2005 ، جريدة رسمية بتاريخ 2005/02/27 ، عدد15 ، ص18 .

20- قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، ملف رقم 81877 قرار بتاريخ1992/04/14 ، أراف النزاع (ب.ر) ضد (ص. س)، صادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاصبالاحوال الشخصية ، سنة 2001 ، ص. (30- 32).

21- بلحاج العربي: المرجع السابق ،ص121 .

22- أحمد الشامي : قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر، سنة2010 ، ص32 .

23- بن شويخ الرشيد: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدّل ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ط1 ، سنة2008 ، ص50 .

24- ابن منظور ، نفس المرجع السابق ، ص 482 .

25 - عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين ، ضمان الأضرار المعنوية للمال ، رابطة العالم الإسلامي ، المجمع الفقهي الإسلامي ، الدورة 22 منعقدة في مدينة مكة ، السعودية ، ص6

26 - شتوح الطيب، تعويض الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة على ضوء من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية المركز الجامعي آفلوا، د.ت.، ص. 345-346.

27- دليلة فركوس–جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة الجزائري (انعقاد الزواج) ،دار الخلدونية القبة،الجزائر،سنة2016، ص67

28- محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت ، لبنان ، ج5 ، سنة 2005 ، ص59 .

29- محمد ابن إبراهيم الدسوقي ، تقدير التعويض بين الضرر والخطأ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر ، سنة1998 ، ص52 .

30- صديق تواتي: قانون الاسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين ، سنة 2021،ص. (24-25)

31- بلحاج العربي: نفس المرجع السابق ، ص137 .

32- بن الشويخ الرشيد: نفس المرجع السابق ، ص ص33-38 .

33- الأمر05-02 المؤرخ في2005/02/27 ، الجريدة الرسمية 2005 ، عدد15 ، ص18 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

34- الأمر05-10 المؤرخ في 20يونيو2005 ، الجريدة الرسمية لسنة 2005 ، عدد44 ، والمتضمن القانون المدني الجزائري .

35- علي الخفيف: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي ، دار الفكر العربي القاهرة ، مصر ، سنة 2000 ، ص44 .

36- محمد صبري السعدي ،شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى لطبع والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2004، ص81 .

37- بلحاج العربي: نفس المرجع السابق ، ص139 .

38- أحمد الشامي: نفس المرجع السابق ، ص46 -47.

39- محمد أبو زهرة: محاضرات في عقد الزواج، دار الفكر العربي لقاهرة ، مصر سنة 1971 ، ص23 .

40- صديق تواتي: قانون الاسرة في ضوء الفقه وقرارات المحكمة العليا، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية والتمهين ، سنة 2021،ص. (26-27)

41- محمد أبو زهرة: نفس المرجع السابق ، ص93 .

انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري

Dissolution of mixed marriage in Algerian legislation

عيساوي نبيلة

جامعة 8 ماي 1945 قالمة-الجزائر

aissaoui.Nabila@univ-guelma.dz

ملخص:

إن انحلال الزواج المختلط يثير عدة إشكالات قانونية ويعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي تثير تنازع القوانين. ولقد اعتمد المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية،فأخضع انحلال الزواج المختلط إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط -الطلاق- القانون الواجب التطبيق-تنازع القوانين -جنسية

Abstract:

The dissolution of a mixed marriage raises several legal problems, as it is considered one of the most important personal status issues that cause conflicts of laws. Algerian legislator relied on the nationality criterion in determining the law applicable to matters of personal status, subjecting the dissolution of the mixed marriage to the law of the husband's nationality at the time the lawsuit was filed.

Keywords: *mixed marriage - divorce - applicable law - conflict of laws-husband's nationality.*

مقدمة

يعد الزواج أساس بناء الأسرة،وهو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على وجه شرعي وقانوني، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجة والمحافظة على الأنساب[1].

ويختلف هذا العقد عن باقي العقود المدنية الأخرى في كونه ذو قدسية نصت عليه كل الشرائع السماوية بما فيها القرآن الكريم، حيث قال الله تعالى في كتابه الحكيم: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا ..."[2].كما أنه يرتب آثار قانونية جد خطيرة على الأسرة والمجتمع.

إن التطور التكنولوجي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي أدى إلى اعتبار العالم قرية صغيرة، حيث تستقبل الدول الأجانب وتسمح لهم بالإقامة والعمل وحتى الزواج من رعاياها بما فيهم الجزائر،مما أدى إلى ارتباط الرعايا الجزائريين مع رعايا دول أخرى عن طريق الزواج وهو ما يسمى بالزواج المختلط باعتباره علاقة قانونية تتعدى حدود الإقليم الواحد.

وهو الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة، وهذا الاختلاف يتحقق ساعة إبرام الطرفين لعقد الزواج، ومع ذلك فإن اختلاف الثقافات والعادات والتقاليد والبيئة والديانة واللغة بين الدول قد يؤثر سلبا

على الحياة الزوجية بين الزوجين مختلفي الجنسية ،مما يؤدي إلى توتر العلاقة وحدوث الشقاق والخلافات والتي تنتهي بإنهاء العلاقة الزوجية وانفصال الطرفين.

إن الهدف من هذه الدراسة هو تقييم الحلول التي اعتمدها المشرع الجزائري عند تنظيمه لموضوع انحلال الزواج المختلط،فهذا الاخير يثير عدة إشكالات قانونية ويعتبر من أهم مسائل الأحوال الشخصية التي تثير تنازع القوانين. فاختلاف الدول في نظرتها إلى كيفية إنهاء الرابطة الزوجية أدى إلى اختلاف قوانينها في تحديد قواعد الإسناد التي تحكمها.

فكيف يتم انحلال الزواج المختلط وفقا للتشريع الجزائري؟ وما هي الإشكالات القانونية التي يثيرها؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية يترتب عليها الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

*ماذا نقصد بانحلال الزواج المختلط؟

*ماهي قواعد الإسناد التي تحكمه وفقا للتشريع الجزائري؟

*ما هو القانون الواجب التطبيق للفصل في المسألة محل النزاع؟

هذا ولقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي ،وبناءا على ذلك قمنا بتقسيم الموضوع إلى محورين، حيث تناولنا في المحور الأول مفهوم انحلال الزواج المختلط وصوره، بينما تناولنا في المحور الثاني القانونالواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري.

المحور الأول: مفهوم انحلال الزواج المختلط وصوره

إن الزواج المختلط هو تلك العلاقة الزوجية التي تربط بين وطني وأجنبية أو وطنية وأجنبي، ويتم هذا الزواج عادة لعدة أسباب منها اكتساب الجنسية أو لمصالح مادية، حيث يجد الزوجين أنفسهما بعد مدة من الزواج في مفترق الطرق، بسبب الاختلاف في العادات والتقاليد والثقافة، أو بسبب انتفاء المصلحة من هذا الزواج، كانقضاء عقد عمل الزوج، فما المقصود بانحلال الزواج المختلط وما هي صوره؟.

أولا: مفهوم انحلال الزواج المختلط

إن تحديد المقصود بانحلال الزواج المختلط يتطلب منا تحديد المقصود بالزواج المختلط أولا، ثم تحديد المقصود بانحلال هذا الزواج.

1- تعريف الزواج المختلط

نظم المشرع الجزائري عقد الزواج المختلط بموجب المادة 97 من الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية[3] بقوله: "إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخلف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لإمكان عقد الزواج. ويجري مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قناصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية".

هذا وقد عرف الفقه كذلك الزواج المختلط، فنجد البعض يراه بأنه "الزواج الذي ينتمي فيه كل طرف من أطرافه إلى جنسية مختلفة"[4]، بينما يرى البعض الآخر بأنه "الاتحاد الذي يعقد بين طرفين مختلفي الثقافة والجنسية والديانة"[5].

ويثير هذا الزواج مسألة تنازع القوانين بسبب الاختلاف في النظم القانونية بين الدول واختلاف النصوص القانونية والتي تتسبب في إثارة تنازع الاختصاص القانوني، مما أدى بالمشرع الجزائري إلى إيجاد قواعد إسناد[6] تبين القانون الواجب التطبيق، تضمنها القانون المدني الجزائري[7].

2- المقصود بانحلال الزواج المختلط

يواجه الزواج المختلط تحديات كثيرة بسبب اختلاف الثقافات والعادات والتقاليد وحتى الدين واللغة بين الأزواج، مما يخلق مشاكل أسرية عويصة عادة ما تنتهي بفك الرابطة الزوجية.

ويعتبر انحلال الزواج المختلط من أهم الإشكالات المثارة في مجال قانون الأسرة ومجالا خصبا لتنازع القوانين.

وهو انقضاء تلك الرابطة الزوجية التي قامت صحيحة بين رجل وامرأة يختلفان في الجنسية بسبب لاحق على نشوئها كموت أحد الزوجين، أو وقوع الطلاق، أو التطليق، أو الخلع.

كما يمكن أن تنحل الرابطة الزوجية وفقا للتشريع الجزائري بسبب الفسخ أو البطلان[8]. وعادة ما يكون البطلان بسبب اشتمال العقد على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات الزواج.

ولقد اختلفت التشريعات في طريقة انحلال الزواج، فالقوانين العربية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية أجازت إنهاء هذه الرابطة بالطلاق إلى جانب الطريق الطبيعي ألا وهو الوفاة[9].

عكس بعض التشريعات التي ترى أن الرابطة الزوجية لا تنقضي إلا بالوفاة[10]، أو على الأقل فإنها تشدد من شروط فك الرابطة الزوجية بالطلاق,وهذا ما جعلها تتبنى نظام الانفصال الجسماني أو التفريق البدني وهو النظام الذي لم يتطرق إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلا أنه نص عليه في القانون المدني، حيث نصت المادة 12 منه في فقرتها الثانية على أنه: "يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

ثانيا: صور انحلال الزواج وفقا للتشريع الجزائري

حسم المشرع الجزائري الخلاف من خلال المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

1- انحلال الرابطة الزوجية بالوفاة

إن وفاة أحد الزوجين من أسباب انحلال الرابطة الزوجية، فإذا توفي الزوج أو الزوجة فإن عقد الزواج ينحل بحكم القانون مهما كانت جنسية أحد الزوجين، وهذا السبب يعد طبيعيا لا دخل لإرادة الزوجين في إحداثه، ويترتب علىهذاالانحلال الحق في الميراث والنسب وعدة الوفاة بالنسبة للمرأة[11].

حيث يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية المتوفى أو الموصي أو من صدر منه التصرف قبل موته وهذا تطبيقا للمادة 16 من القانون المدني الجزائري.

2- انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق وجعله أبغض الحلال[12] لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"[13].واعتبرت الشريعة الإسلامية الطلاق آخر حل في حال زاد الشقاق والخلاف والنزاع وسوء التفاهم وفشل التوافق بين الزوجين، من أجل رفع الضرر ومنعا للظلم.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على ثلاث طرق لفك الرابطة الزوجية، حيث نصت المادة على أنه: "مع مراعاةأحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".

وعليه وتطبيقا لهذه المادة فإن طرق إيقاع الطلاق هي:

أ/ الطلاق بإرادة الزوج:أعطى قانون الأسرة للزوج الحق في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة، إلا أن الطلاق الذي يقع شفويا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية لا يثبت إلا بحكم قضائي تطبيقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، وبعد إجراء محاولات الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، كما يجب أن تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة، وإذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها[14].

ب/ الطلاق بالتراضي: وهو إنهاء الرابطة الزوجية باتفاق الطرفين الزوج والزوجة ويسمى كذلك بالطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين. عرفته المادة 427 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "إجراء يرمي إلى حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوجين المشتركة"، لذلك يقدم طلب الطلاق في شكل عريضة وحيدة موقعة من الزوجين تودع بأمانة الضبط .

ويتأكد القاضي في التاريخ المحدد للحضور من قبول العريضة، ويستمع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين، ويتأكد من رضائهما ويحاول الصلح بينهما إذا كان ذلك ممكنا. هذا وللقاضي الحق في التعديل من شروط الاتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو تخالف النظام العام[15]، ويتم الطلاق بالتراضي بحكم قضائي غير قابل للاستئناف[16].

ج/ الطلاق بطلب من الزوجة:تطلب الزوجة فك الرابطة الزوجية بإرادتها المنفردة مع ضرورة موافقة القاض والحكم لمصلحتها بإنهاء الزواج في حالتين هما، طلب التطليق أو طلب الخلع، وحكم القاض في هذه الحالة مقرر وليس كاشف.

بالنسبة للتطليقيجوز للزوجة تقديم الطلب أمام قسم شؤون الأسرة بعريضة ووفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى إذا وجد سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها، ويكون الحكم غير قابل للاستئناف فيما عدا جوانبه المادية[17]، هذا ويترتب عليه نفس آثار انحلال الرابطة الزوجية من عدة وثبوت نسب الأولاد وحضانتهم والنفقة وغيرها من الآثار القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

اماالطلاق بواسطة الخلع فقد تضمنته المادة 54من قانون الأسرة الجزائري بنصها على أنه: "يمكن للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".ويكون الحكم الصادر بالخلع غير قابل للاستئناف، هذا ويعاين القاضي الوقائع المعتمد عليها في طلب الخلع طبقا لأحكام الأسرة[18].

د-الطلاق لنشوز أحد الزوجين، نصت على هذا النوع من الطلاق المادة 55 من قانون الأسرة بقولها: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

هذا ويعرف النشوز بأنه ارتفاع الشريك في الحياة الزوجية عما أوجب الله عليه في حق شريكه وذلك بعدم تنفيذ الواجبات الزوجية ،وعدم الامتثال لأحكام عقد الزواج كالامتناع عن الجماع بالنسبة للزوجة، أو الإيذاء بالضرب والسب والشتم بالنسبة للزوج[19].

المحور الثاني: القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط في التشريع الجزائري.

إن انحلال الزواج المختلط والذي عادة ما يحدث بسبب الاختلافات والفروقات الموجودة بين الزوج والزوجة، يثير مسألة تنازع القوانين بسبب اختلاف القوانين نظرا لاختلاف جنسية طرفي عقد الزواج. ولقد عالج المشرع الجزائري هذا الإشكال من خلال سن قواعد تنازع أو قواعد إسناد تهدف إلى تحديد القانون الأكثر ملائمة من بين القوانين المتنازعة.

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق على انحلال الزواج المختلط ونطاق تطبيقه

اختلفت التشريعات في تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة انحلال الزواج المختلط الذي يحتوي على عنصر أجنبي، بين تطبيق قانون الجنسية أو قانون الموطن أو قانون القاضي،على انه يجب على القاض قبل أن يصل إلى تحديد القانون الواجب التطبيق وحل النزاع القائم التعرف على قواعد الإسناد المناسبة للنزاع.

وهي تلك القواعد القانونية التي وضعها المشرع لحكم فئات معينة من العلاقات[20]،و ترشد القاضي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي تحوي عنصر أجنبي.

وهي قواعد وطنية يضعها المشرع الوطني تشير إلى تطبيق القانون الواجب التطبيق في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، هدفها تحقيق العدالة والمنفعة دون أن تصطدم بمصالح الدولة العليا[21].

1- تحديد القانون الواجب التطبيق والاستثناء الوارد عليه

قبل أن يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق من أجل الفصل في النزاع القائم بين العلاقات ذات العنصر الأجنبي، يجب عليه أن يحدد قاعدة الإسناد الملائمة للخصومة، حيث يحدد القانون المختص في النزاع عن طريق ضابط الإسناد الذي يربط بين الفئة المسندة والقانون المسند إليه[22].

وحتى يحدد القاضي القانون الواجب التطبيق يجب عليه المرور بمرحلة التكييف، حيث يقوم القاضي بتحديد الوصف القانوني للنزاع ذو العنصر الأجنبي لإدراجه في الصنف الذي خصص له المشرع قاعدة الإسناد[23]، ويكون القانون الجزائري هو المرجع لتكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه[24].

ولقد اعتمد المشرع الجزائري على ضابط الجنسية في تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية، فأخضع انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى وهذا تطبيقا للمادة 12 من القانون المدني في فقرتها الثانية والتي نصت على ما يلي: "ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى".

وهنا قصد المشرع الطلاق كسبب لانحلال الزواج، أما إذا انحلت الرابطة الزوجية بوفاة أحد الزوجين، فإن الميراث يخضع للقانون الوطني للمتوفى طبقا للمادة 16 من قانون المدني الجزائري.

هذا ولم يميز المشرع الجزائري بين الطلاق والتطليق و الخلع أو الانفصال الجسماني، كما لم يتبنى نظام الانفصال الجسماني الذي تعرفه الكثير من التشريعات الغربية. وهو نظام يتمثل في وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين مع تعليق الالتزامات المترتبة عن الزواجو بقاء الرابطة الزوجية قائمة[25].

***الاستثناء الوارد على القاعدة العامة**

أورد المشرع الجزائري استثناء عن القاعدة التي تقضي باختصاص قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، حيث نصت المادة 13 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و12 إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج، إلا فيما يخص أهلية الزواج".

وتطبيقا لهذه المادة إذا كان الزوج أو الزوجة جزائريا عند انعقاد الزواج، فإن القانون الجزائري هو الذي يسري على انحلال الرابطة الزوجية ويترتب على ذلك ما يلي:

-يطبق القانون الجزائري إذا كان الزوج جزائريا وقت انعقاد عقد الزواج حتى لو أصبح أجنبيا وقت رفع دعوى الطلاق،

-يطبق القانون الجزائري إذا كانت الزوجة جزائرية وقت انعقاد عقد الزواج حتى لو كان الزوج أجنبيا آنذاك أو صارت الزوجة أجنبية وقت رفع دعوى الطلاق.

هذا ويهدف هذا الاستثناء إلى حماية الزوجة الجزائرية، ومع ذلك فقد انتقدت هذه المادة لأنها استبعدت تطبيق القانون الجزائري على أجنبيين صارا جزائريين بعد انعقاد عقد الزواج، كما أنها تطبق قانون جزائري على زوجين أصبحا أجنبيين وقت الانفصال[26].

2- نطاق تطبيق القانون الذي يحكم انحلال الزواج المختلط

يطبق القاضي قانون جنسية الزوج على انحلال الزواجالمختلط، حيث يرجع إلى أحكامه لمعرفة كل الأحكام المتعلقة به، أي الأحكام المتعلقة بالطلاق، أما إجراءات رفع الدعوى أمام القضاء فهي تخرج من نطاق هذا القانون،

وتخضع لقانون القاضي تطبيقا لنص المادة 21 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات".

كما يخرج من نطاق تطبيق هذا القانون الإجراءات التحفظية أو الوقتية التي تتخذ أثناء سير دعوى الطلاق، حيث نصت المادة 450 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق ويأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها لازمة في ذلك".

وخلاصة القول فإن المسائل الموضوعية للطلاق، كمن له الحق في طلبه، وأسباب الطلب، ومراجعة الزوجة، وعدد مرات الطلاق، والتعويض عن الطلاق التعسفي..الخ, تخضع لقانون الزوج،كذلك تعد من المسائل الموضوعية التي تخضع لقانون الزوج القواعد الموضوعية الخاصة بالإثبات، كالأدلة المقدمة للإثبات ومحل الإثبات وغيرها[27].

أما المسائل الإجرائية فتخضع لقانون جنسية القاضي لأن إجراءات التقاضي تعد من النظام العام، والاعتداء عليها هو اعتداء على سيادة الدولة.

ثانيا: استبعاد قاعدة قانون جنسية الزوج وقت رفع دعوى الطلاق

إن تطبيق قانون جنسية الزوج الأجنبي يعني تطبيق القاضي لقانون أجنبي، هذا الأخير قد يتعارض مع النظام العام لقانون قاضي الدعوى، فيقوم القاضي باستبعاده، أو قد يتراءى للقاضي أن اختصاص القانون الأجنبي لحكم النزاع المعروض عليه كان نتيجة تحايل الأفراد على قاعدة الإسناد. لذلك سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى عوائق أو موانع تطبيق القانون الوطني للزوج في الفرع الأول، بينما سنتطرق في الفرع الثاني إلى الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون.

1- عوائق تطبيق القانون الوطني للزوج

قد يصطدم القاضي أثناء تطبيقه لقانون جنسية الزوج بكون هذا الأخير عديم الجنسية أو على العكس تماما متمتع بجنسيات متعددة، فيجد نفسه أمام إشكالية عدم وجود قانون بلد ما يطبقه لعدم وجود جنسية أو بلد ينتمي إليها هذا الزوج، وعلى العكس تماما قد يتمتع الزوج بجنسيات مختلفة لانتمائه لعدة دول قد تكون قوانينها متناقضة ويحتار القاضي أيهما يختار.

أ/ تمتع الزوج بجنسيات متعددة

حاول المشرع الجزائري إيجاد حلول لإشكالية تمتع الزوج بجنسيات مختلفة، ووقوع القاضي في مأزق اختيار إحداهمالتطبيق قانون جنسية الزوج عند رفع دعوى انحلال الزواج المختلط، تطبيقا لما تضمنته أحكام المادة 12 القانون المدني في فقرتها الثانية.

لذلك نص في المادة 22 الفقرة 1 من القانون المدني على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

والمقصود بالجنسية الحقيقية أو الفعلية هي جنسية البلد التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها[28]، وهي جنسية الدولة التي اندمج الفرد فعلا في جماعتها وعاش في كنفها وتمتع بالحقوق التابعة لها وتحمل الالتزامات المفروضة عليه طبقا لقوانينها.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الضابط تكريسا لمبدأ تساوي سيادات الدول[29].

أما في حالة ما إذا كان الزوج متعدد الجنسيات، ومن بين هذه الأخيرة الجنسية الجزائرية، فإن القاضي يطبق عليه في هذه الحالة القانون الجزائري، ولا يعتد بباقي الجنسيات عند الفصل في النزاع المعروض عليه والمتمثل في انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما أكدته المادة 22 في فقرتها الثانية من القانون المدني بنصها على أنه: "غير أن القانون الجزائري هو الذي يطبق إذا كانت للشخص في وقت واحد بالنسبة إلى الجزائر الجنسية الجزائرية وبالنسبة إلى دولة أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول".

ب/ عدم انتماء الزوج لأية دولة (انعدام الجنسية)

قد يواجه القاضي أثناء تطبيقه لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى عند الفصل في النزاع المعروض عليه والمتعلق بانحلال الزواج المختلط إشكالا قانونيا يتمثل في عدم تمتع الزوج بأي جنسية تذكر، يعني وقوعه في حالة انعدام الجنسية، وهنا نصت المادة 22 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة على الحل القانوني والمتمثل في تطبيق قانون موطن الزوج أو قانون محل إقامته[30].

ج/عدم القدرة على إثبات القانون الأجنبي

نصت المادة 23 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

حيث ألزمت هذه المادة القاضي بضرورة تطبيق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الذي تم تحديده وفقا لجنسية الزوج رافع دعوى انحلال عقد الزواج، هذا واتجه الفقه الحديث إلى إلزام القاضي بالبحث في مضمون القانون الأجنبي.

2- الدفع بالنظام العام أو الغش نحو القانون

نصت المادة 24 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة غش نحو القانون.يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

أ/ الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الوطني للزوج

إذا أراد القاضي الجزائري الفصل في النزاع المشتمل على عنصر أجنبي والمتعلق بانحلال الزواج المختلط، وتعين عليه تطبيق قانون جنسية الزوج الأجنبي وقت رفع الدعوى، وتبين له أن أحكام هذا القانون تتعارض وتتنافى مع المبادئ العامة التي يقوم عليها النظام العام في الجزائر، فإنه يتعين عليه عدم تطبيق ذلك القانون، وتطبيق القانون الجزائري بدلا عنه، وهذا كله تطبيقا للمادة 24 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر.وعادة ما يمس القانون

الأجنبي بالنظام العام إذا كان تطبيق أحكامه من شأنه المساس بأحكام الشريعة الإسلامية ,كجواز الجمع بين الأختين أو إباحة التعدد بأكثر من أربع زوجات أو إباحة زواج المتعة[31].

فكلما كانت أحكام القانون الأجنبي متعارضة مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة بما يتعلق بالمصالح الجوهرية للمجتمع,كلما تم استبعاده من طرف القاضي الوطني.

ب/ الغش نحو القانون

إن الهدف من وضع قواعد الإسناد هو حل مشكلة التنازع القائم بين القوانين حماية للمصلحة الوطنية، وحماية للمعاملات الدولية واعتبارات العدالة.

غير أن تحقيق المصالح الخاصة، قد تدفع البعض إلى تجنب أحكام القانون بموجب قاعدة الإسناد، وذلك بالتغيير في عنصر من عناصر العلاقة القانونية حتى يتغير ضابط الإسناد[32]، وبالتالي يتغير بالتبعية القانون الواجب التطبيق، وهذا ما يطلق عليه بالتحايل على القانون أو الغش نحو القانون.

هذا ولم يعرف المشرع الجزائري الغش نحو القانون في مجال تنازع القوانين، بل عرفه الفقهاء بأنه التحايل على ضوابط قواعد التنازع بقصد التهرب من القانون الواجب التطبيق أصلا على النزاع[33].

وعادة ما يتم تغيير جنسية أحد أطراف النزاع من أجل الاستفادة من قانون دولة أخرى يراه الشخص بأنه أحسن وأصلح له، فيستفيد من التسهيلات الممنوحة من طرف القانون الثاني.

هذا ولا يمكن للقاضي استبعاد قانون جنسية الزوج بحجة الغش في القانون، إلا إذا توفرت بعض الشروط أهمها، أن يتم تغيير أطراف العلاقة لضابط الإسناد بصفة إرادية، وأن تتوفر نية الغش نحو القانون يعني نية التحايل والتهرب من أحكام القانون الواجب التطبيق على النزاع، بالإضافة إلى كون الغش موجها نحو القاعدة الآمرة لأن القواعد المكملة لا يتصور التهرب من أحكامها لأن المشرع أجاز الاتفاق على مخالفتها[34].

خاتمة

ان انحلال الزواج المختلط لا يزال يثير الكثير من الإشكالات القانونية على المستوى الوطني والدولي، لذلك قامت التشريعات بمحاولة إيجاد حلول لمسألة تنازع القوانين بوضع قواعد إسناد لها، هذا وإن اختلاف الدول في نظرتها إلى انحلال الرابطة الزوجية أدى إلى اختلاف التشريعات في وضع قواعد الإسناد التي تحكم هذا النزاع.

إن هذه الدراسة قد ترتبت عليها مجموعة من النتائج نذكرها فيما يلي:

-ذكر المشرع الجزائري مصطلح الانفصال الجسماني رغم أن هذا النظام غير معروف في قانون الأسرة، وهذا انطلاقا من إمكانية تطبيقه في حالة نص القانون الأجنبي عليه دون أن يكون من شأنه مخالفة النظام العام.

-اخضع المشرع انحلال الزواج المختلط الى قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى.

دون التفريق بين طرق فك الرابطة الزوجية.

-إن إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى فيه إجحاف لحقوق الزوجة التي ستخضع لقانون تجهله تماما وتجهل أحكامه، لأنه ليس بقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج وهو ما قد يسبب لها أضرارا.

-إن حمل أحد الزوجين للجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج يلزم القاضي بتطبيق القانون الجزائري احتراما لمبدأ السيادة إلا أن هذا الحكم فيه إجحاف لطرفي العلاقة، إذ يمكن لهما التخلي عن هذه الجنسية وحمل جنسية دولة أخرى وقت رفع دعوى انحلال الزواج المختلط،وهذا يعني تطبيق قانون دولة لم يعودا ينتميان إليها.

كما أن ربط حمل الجنسية الجزائرية بوقت انعقاد الزواج فيه إجحاف للطرف الذي لا يمكن أن يستفيد من تطبيق القانون الجزائري عليه، لأنه تحصل على الجنسية الجزائرية بتاريخ لاحق عن وقت انعقاد الزيجة.

-إن إخضاع انحلال الرابطة الزوجية لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى،يثير مسألة إمكانية الغش نحو القانون والتهرب من قانون ما من أجل الخضوع لقانون آخر يتوافق ومصلحة الزوج،دون النظر تماما لمصلحة الزوجة الحلقة الأضعف في الموضوع.

-إن تطبيق القانون الوطني الجزائري يظل دائما هو الأصل ففي حالة تعدد الجنسيات وكانت إحداها جزائرية، فإن القانون الجزائري هو الذي يطبق من طرف القاضي.

-إن اختيار ضابط جنسية الزوج دون الزوجة لا يحقق العدل بينهما، ولا يوجد تبرير مقنع للمفاضلة بينهما، وكان من الأجدر الأخذ بالجنسية المشتركة أو الموطن المشترك.

لذلك فاننا نقترح الحلول الاتية:

-اخضاع انحلال الزواج المختلط لقانون جنسية الزوجين، او على الاقل لقانون جنسية الزوج عند ابرام عقد الزواج .

-اخضاع انحلال الزواج المختلط لقانون الموطن المشترك في حالات معينة.

-ضرورة التطرق الى الانفصال الجسماني بنوع من التفصيل في القانون المدني.

-ضرورة النص على تطبيق القانون الجزائري اذا كان احد الزوجين جزائري بغض النظر عن تاريخ اكتسابه لهذه الجنسية .

في الاخير نؤكد على ان موضوع انحلال الزواج المختلط وفقا للتشريع الجزائري سيظل موضوع الساعة بما يطرحه من اشكالات قانونية .

➢ قائمة المصادر والمراجع

*الكتب

-إعراب بلقاسم،القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين،دارهومة،الجزائر، 2006.

-جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

-صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

-علي وشقربوع كمال، القانون الدولي الخاص،تنازع القوانين ،دار هومة، الجزائر ،2011.

-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار وائل للنشر، عمان، 2005.

-محمد عبد العال عكاشة، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، الاسكندرية،مصر،1987.

-نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة، الجزائر، 2005.

***مذكرات التخرج**

-بشرى زلاسي، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق،بن عكنون، 2001/2000.

***المقالات**

-بلعيور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد3، 2009.

-شيكر ريمة,التحديات القانونية للحد من ظاهرة تعدد الجنسيات في القانون الدولي الخاص ,مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية ,العدد الخامس,جوان 2018.

-عاطف احمد شاهين، منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين، مجلة التراث، المجلد1، العدد1،2011.

-غنام سلمى، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، العدد 3، جويلية 2020، السنة الثانية عشر.

-كريم مزعل شبي الساعدي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها،دراسة مقارنة في تنازع القوانين،مجلة جامعة كربلاء، مجلد1،العدد 13 ، 2005.

***النصوص القانونية**

-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005،الجريدةالرسمية،العدد 15 سنة 2005.

-القانون09/08 المؤرخ في 25-02-2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنيةو الإدارية,الجريدة الرسميةالعدد 21, 2008.المعدل بموجب القانون 22-13المؤرخ في12-07-2022 ,جريدة رسمية العدد 48,سنة 2022.

-الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المعدل بموجب القانون 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 والمتعلق بالحالةالمدنية،الجريدةالرسمية،العدد 49،سنة 2014،والمعدل بموجب القانون 03/17 المؤرخ في 2017/01/10،الجريدةالرسمية،العدد 02،سنة 2017.

-الأمر 58/75 المؤرخفي 26-09-1975 المتضمن القانون المدني,المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد78 ,1975.

الهوامش

[1]- راجع المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري.

[2]- الآية رقم 21 من سورة الروم من القرآن الكريم.

[3]- الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المعدل بموجب القانون 08/14 المؤرخ في 9 أوت 2014 والمتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 49، سنة 2014، والمعدل بموجب القانون 03/17 المؤرخ في 2017/01/10، الجريدة الرسمية، العدد 02، سنة 2017.

[4]- محمد عبد العال عكاشة، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، 1987، ص247.

[5]- بشرى زلاسي، الزواج المختلط وإشكالية تنازع القوانين من حيث انعقاده وآثاره، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، 2001/2000، ص6.

[6]-بلعيور عبد الكريم ,النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 46,العدد3,ص104.

[7]- المواد 11، 12، 13 من القانون المدني الجزائري.

[8]- تنص المادة 32 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد".

[9]- القانون المصري، الأردني، التونسي، اليمني، الإماراتي، القطري...الخ.

[10]- بسبب تبني أفكار الطوائف المسيحية الكاثوليكية.

[11]- راجع المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري.

[12]- قال رسول الله (ص) "أبغض الحلال عند الله الطلاق".

[13]- سورة البقرة الآية 229.

[14]- راجع المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

[15]- راجع المادة 431 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[16]-تنص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "أحكام الطلاق بالتراضي غير قابلة للاستئناف" .

[17]- راجع المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري.

[18]- راجع المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[19]- عاطف احمد شاهين,منهج الشريعة الإسلامية في علاج النشوز بين الزوجين,مجلة التراث المجلد1,العدد1,ص3.

[20]- غنام سلمى، معالجة التشريع الجزائري لإشكالات انحلال الزواج المختلط، مجلة دراسات وأبحاث، المجلة العربية في العلوم الإنسانية والاجتماعية، مجلد 12، العدد 3، جويلية 2020، السنة الثانية عشر، ص67.

[21]- كريم مزعل شلبي، مفهوم قاعدة الإسناد وخصائصها، جامعة كربلاء، مجلد 13، كلية الحقوق، 2005، ص02.

[22]- غنام سلمى، المرجع السابق، ص67.

[23]- سواء كانت فئة الأحوال الشخصية أو فئة الأحوال العينية.

[24]- راجع المادة 09 من القانون المدني الجزائري.

[25]- عكس قانون الأسرة المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية والذي لم يتبن هذا النظام، حيث أن الرابطة الزوجية تنتج حقوقا وواجبات طيلة وجود هذه الرابطة والتي تنتهي بالوفاة أو الطلاق أو التطليق أو الخلع ...الخ.

[26]- بلعيور عبد الكريم، النظام القانوني للزواج المختلط وقواعد الإسناد التي تحكمه في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 46، العدد3، 2009، ص150.

[27]- جمال محمود الكردي، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص315.

[28]- شيكرريمة,التحديات القانونية للحد من ظاهرة تعدد الجنسيات في القانون الدولي الخاص ,مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية ,العدد الخامس,جوان 2018,ص422.

[29]- غنام سلمى، المرجع السابق، ص71.

[30]- راجع المادة 22 من القانون المدني الجزائري.

[31]- صلاح الدين جمال الدين، تنازع القوانين في مشكلات إبرام الزواج، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص236.

[32]- إعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2006، ص68.

[33]- علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص557.

[34]- تنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

واقع ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري من منظور نفسي اجتماعي.

The reality of the phenomenon of divorce in Algerian society from a psychosocial perspective

فرحات بن ناصر*

المركز الجامعي بريكة

bennaceurferhat@gmail.com

ملخص:

يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية ونفسية، واحدى أهم القضايا المعاصرة الحديثة التي تحتل صدارة الاهتمامات في الأبحاث النفسية والاجتماعية، وأصبحت ظاهرة الطلاق من أهم المشكلات الرئيسة التي تواجه الأسرة اليوم، حيث تنعكس آثاره على المقومات الأساسية للمجتمع، وهي الفرد والأسرة والمجتمع بكامله، وأنه تزداد نسبته في الأونة الأخيرة بشكل ملحوظ في كثير من المجتمعات، ومنها المجتمع الجزائري، والطلاق بلا شك له آثار سلبية عديدة منها (تفكك البناء الأسري وهدمه، وفك الروابط القوية التي تربط بين أفرادها، العداوة والبغضاء بين الزوجين وأقاربهم، حرمان الأطفال من النشأة الطبيعية في رعاية الوالدين وضياعهم، الاضطرابات النفسية، السلوك المنحرف، انتشار الجريمة، ...)، وعليه جاءت هذه الورقة البحثية لتناول هذه الظاهرة السلبية التي لا تتوافق مع القيم والمعايير الاجتماعية، والقوانين السائدة في المجتمع الجزائري الإسلامي من منظور نفسي اجتماعي بالدراسة والتحليل، والوقوف على أسبابها الحقيقية، والآثار المترتبة عنها، ومحاولة معالجتها لإيجاد الحلول للحد منها، أو على الأقل التخفيف والتقليل منها.

الكلمات المفتاحية: التفكك الأسريالروابط، السلوك المنحرف، الطلاق الظاهرة.

* فرحات بن ناصر.

Abstract:

Divorce is a social and psychological problem, and one of the most important contemporary issues that occupies the forefront of psychological and social research. Recently, it has noticeably increased in many societies, including Algerian society. Divorce undoubtedly has many negative effects, including (the disintegration and destruction of the family structure, the breaking of the strong bonds between its members, hostility and hatred between spouses and their relatives, depriving children of a natural upbringing and the care of parents, their loss, psychological disorders, deviant behaviour, the spread of crime, ...). Hence this research paper is an attempt to deal with this negative phenomenon that does not correspond to the values, social standards, and laws prevailing in the Algerian Muslim society from a social psychological perspective by studying, analyzing, and reflecting on its real causes, its effects, and as an attempt to treat it, or to find solutions to eradicate, mitigate and reduce it.

Keywords: *phenomenon, divorce, family disintegration, bonds, deviant behaviour.*

رئيس الملتقى: د. هشـام ذبيـح

مقدمـة:

يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية تهدد شبكة العلاقات الاجتماعية داخل الأسرة وفي المجتمع ككل، بل وتهدد كيان الأسرة بكامله، وذلك من خلال المشكلات النفسية الاجتماعية والاقتصادية التي يخلفها، ويعد الطلاق من القضايا العصرية التي أخذت من تفكير وجهد الباحثين كمية وافية من الاهتمام، كما أنَّه من الموضوعات التي تم تناولها في العديد من الدراسات والأبحاث ومختلف الرسائل العلمية والشرعية، و بالتالي يعد من أكثر المشاكلِ انتشاراً في وقتنا الحالي؛ فهو يشكّل خطراً كبيراً على تفكك الأسرة؛ وآلام لا تنتهي لا يعاني منه الزوجين وحسب بل المعاناة الأكبر تكون على الأبناء الذين يعتبرون المتضررين الأكبر من طلاق الوالدين، وإنَّ وقوع الطلاق والانفصال يؤدّي لتنمية مشاعر الكره والحقد والبغضاء بين الطرفين ممَّا يسبّب مشاكل ويؤدّي لوقوع المشاجرات وبالتالي عدم استقرار المجتمع، لذلك قلّت حالات الزّواجِ بسبب الخوفِ من الانفصال فيما بعد، فلا يوجدُ الكثير من الأشخاص الذين يستطيعون تحمل المسؤولية، وخاصةً عند الزواجِ بعمرٍ مبكّر.

وهُنالك العديد من الأسباب والعوامل المُختلفة التي تؤثّر بشكلٍ سلبي على العلاقات الزوجيّة، وقد تكون سبباً في الانفصال لاحقاً، حيث تقع أغلب مشاكل الطّلاقِ بسبب عدم الصّبر، وتحملِ العبءِ؛ فتخرج العديد من النّساء من بيت زوجها مهما كانت المشكلةُ بسيطةً، وتدخلِ الأهل في المشاكل، وعدم التّردد في طلب الطّلاق، والخيانة الزّوجية التّي يلجأ إليها العديدُ من الأزواج دون الخوفِ من الله تعالى، وعدم وجود وازعٍ ديني عند الزّوج أو الزّوجة، والتّقصير في أحد واجبات المنزلِ أو استخدام الزّوج لأسلوب العنف في بيته، سواء اللفظي أو الضرب، وبخل الزوج، وكثرة الأوامر وجعل الزوجة تخدم في بيت أهله، او سهولةِ نطقِ كلمةِ الطّلاق عند الأزواج في جميع الأمور، بسبب عدم القدرة على التحمل للمسؤوليات والأعباء من جهة الزوج في غالب الأحيان، وخروج الكثيرات من الزوجات للعمل لسد احتياجات البيت مما يجعل اللامبالاة لدى الزوج عالية، وقد يدفع الزوجة إلى عدم التحمل لتلك الأعباء وحدها، وقد زاد في وقتنا الحاضرِ طلبُ الزّوجةِ من الزّوج الطلاق مقابل إبراء ذمته ليتم الطّلاق بسهولةٍ أكبر.

وقد كشفت بعض الدراسات الحديثة بأنَّ نسبة(47%) من الأزواج المُطلقين كان السبب في اختيارهم لقرار الطلاق هو انعدام الشعور بالحب والعلاقة الدافئة والعميقة والرومانسيّة مع الطرف الآخر، الأمر الذي يجعل الحب سبباً لإحياء العلاقة الزوجيّة وزيادة ثباتها وتماسكها، وشعوراً لا يجب الاستغناء عنه أو إهماله، وتراكم الخلافات وعدم إدارتها بطريقةٍ صحيحة يُمكن أن يؤدي تراكم الخلافات والمشاكل الزوجيّة لتحوّلها لصراعاتٍ مؤذية تتسبب في حل الزواج وانفصال الطرفين في حال تعسّر البقاء معاً، والوصول لحلولٍ تضمن استقرار العلاقة واتزانها، ومن هذه الخلافات الشؤون الماديّة حيث تُشير إحصاءات الطلاق إلى أنّ عدم التوافق في الأمور المادية بين الزوجين يُسبّب ما يُقارب(41%)من حالات الطلاق، و كذلك الإساءة والعنف يُعتبر وجود الإساءة والعنف في الزواج أو في الأسرة (من الأذى الجسدي إلى الإساءة العاطفية)دليلاً على نهاية الزواج، حيث وجد في دراسة أُجريت في قسم علم النفس في جامعة دينفر الأمريكية عن أسباب الطلاق، وجد الباحثون أنّ(25 %)ممّن أُجريت عليهم الدراسة يرجع سبب طلاقهم إلى تعرّضهم للعنف المنزلي، و كذلك تقاسم المسؤوليات والمساواة بين الزوجين، وانعدام التوافق والتكافؤ والانسجام بين الزوجين، والسلوكيات والتصرفات غير العقلانية...، والخلافات حول إنجاب الأطفال أصبحت النزاعات حول إنجاب الأطفال سبباً رئيسياً للطلاق، حيث إنَّ وجود تصوّرات واضحة عن المستقبل والاتفاق بشأن إنجاب الأطفال من الأمور الأساسية الواجب مراعاتها قبل اتخاذ قرار الزواج، وإلّا فقد يُؤدّي ذلك إلى العديد من الخلافات بين الطرفين، إذ إنّ إنجاب الأطفال لم يعد أمراً تلقائياً في الزواج كما في الماضي، وإنّما أصبح قراراً يُتخذ عن طريق الاتفاق بين الزوجين.

وبالرغم من أنَّ الدين الإسلامي الحنيف جعل الطلاق مشروعاً إلا أنَّه جعله في نفس الوقت مكروهاً وهو "أبغض الحلال" لأنَّ حالة الطلاق تساعد على هدم الأسرة، كما أنها تساعد في التأثير في نفسية الأطفال الصغار وتجعلهم مصابين بالعديد من الاضطرابات النفسية وينشأ داخلهم شعور بعدم الأمان، باعتبار الأسرة الخلية الأولى في المجتمع وأهم مؤسسة اجتماعية في البناء الاجتماعي خاصة، لأنها تساهم بالقدر الأكبر في الإشراف على عملية تربية الأبناء، وبناء نسيج علاقات أسرية قويمة، حفاظاً على استقرار الحياة الاجتماعية، إلا أنَّ التغيرات

رئيس الملتقى: د. هشـام ذبيـح

والتحولات الاجتماعية والاقتصادية والتطور التكنولوجي والمعرفي التي عرفها المجتمع الجزائري كانت لها التأثير العميق على طبيعة تغير الأسرة الجزائرية من جميع النواحي (التركيبة، الأدوار والوظائف، العلاقات، المكانة، الشكل، النمط المعيشي،...)، قد ساهمت في تعقد الحياة الزوجية، ممَّا أدى إلى تزايد ظاهرة الطلاق وانتشارها بشكل مطرد ومقلق ولافت للانتباه، بسبب تعقد وتشابك، وتعدد الأسباب والعوامل الداخلة والمؤدية إلى فك الرباط الزواجي، وما يترتب عنها من انعكاسات سلبية وآثارها النفسية الاجتماعية على الأسرة والمجتمع.

ولقد أشار وزير العدل الجزائري "عبد الرشيد طبي" عن ارتفاع عدد أحكام الطلاق التي تشهدها المؤسّسات القضائية في مختلف ولايات البلاد، في ظاهرة صارت تُطرح بشأنها العديد من التساؤلات إن كان السبب اجتماعيًا أم قضائيًا، وأصبح الارتفاع المتزايد لمعدلات الانفصال بين المتزوّجين سواءً عبر الطلاق أو الخلع في السنوات الأخيرة يثير قلق مختصين، بالنظر إلى أنَّ هذا الارتفاع تحوّل إلى عنصر مهدّد لمجتمع كان الطلاق فيه إلى وقت قريبًا يشكّل عارًا يحاول الزوجان تفاديه بمختلف الطرق، بسبب ما له من تبعات خطيرة على الأطفال والأسرة ككل.وتشير أرقام فك الرابطة الزوجية الخاصة بالسداسي الأول من(2021)المنقضية إلى تسجيل(44 ألفاً)حالة طلاق وأكثر من(10 ألاف) حالة خلع.[1] كما أشارت الإحصاءات أيضاً إلى أنَّ عدد حالات الطلاق في الجزائر ترتفع بشكل كبير، وبلغت(100 ألفاً) في عامي (2020)و(2021)، وهو رقم مخيف جداً، علماً أنَّها وصلت إلى (68ألفاً) عام(2019).

وفي هذا السياق أشار نقيب[2] في حصة الأسرة والتربية أطفالنا مستقبلنا بإذاعة القرآن الكريم الجزائرية أنَّ حالات الطلاق في الجزائر في تزايد مطرد حيث ارتفع معدل عدد حالات الطلاق من (60000) سنة (2020) إلى (110000)سنة (2021) ممَّا يعني هدم(110آلاف) أسرة، وبمعدل كل أسرة بطفل واحد فإنَّ (110آلاف) طفلاً دخل في حالة التشرد والانحراف والضياع، وبالتالي يعد الطلاق أحد المشكلات الاجتماعية التي يعاني منها المجتمع الجزائري كباقي المجتمعات، لما يترتب عليها من مشكلات وتبعات يدفع ثمنها الأبناء والنساء ممَّا ينعكس سلبًا على المجتمع واستقرار الأسرة التي تعد المكون الرئيس لوحدة بنائه، وذلك لما ينتج عن الطلاق من تفكك أسري، ولهذا نجد كل المجتمعات ومنا المجتمع الجزائري تسعى لسن التشريعات والأنظمة للتعامل مع كافة المشكلات المترتبة على الطلاق كوسيلة من وسائل الحماية الاجتماعية للمتعرضين لتلك المشكلة، وعليه أصبح من اللازم والضروري التعامل مع قضية الطلاق وتبعاته المرتبطة به بمزيد من الوضوح للتغلب على الصعوبات والملابسات التي قد ترتبط بتلك القضية، والتي من شأنها أن تكون ذات حدة في وقعها على المتعرضين لها بدءا من الزوجين والأبناء وانتهاء بالمجتمع برمته، وتتعدد المشكلات بمختلف أنواعها ودرجة حدتها التي قد تظهر نتيجة اختلاف الأشخاص المتعرضين لها وظروفهم، مما يستدعي التدخل وبقوة لوضع الحلول من خلال التشريعات المستمدة من الشريعة الإسلامية بمقاصدها الشرعية المختلفة، ومما يسن من تشريعات وأنظمة تكفل حقوق من يتعرضون لمشكلات كما أشرنا سلفاً قد تجعلهم عرضة لتأثيرها بشكل يعيقهم عن ممارسة وظائفهم الاجتماعية وحياتهم بشكل طبيعي.

ويمكن للمتقصي والمتتبع لقضايا الطلاق في مجتمعنا الجزائري أن يجد الإرهاصات الكثيرة التي تنتج عنها، والتي تزخر بها منشورات، وأروقة المحاكم الجزائرية، ومكاتب المحاماة، وعيادات الاستشارات الاجتماعية والأسرية، حيث أشارت الإحصاءات أيضاً إلى أنَّ عدد حالات الطلاق في الجزائر ترتفع بشكل كبير، وبلغت(100 ألفا) في عامي (2020)و(2021) كما أشرنا سابقا وهو رقم مخيف جداً، علماً أنَّها وصلت إلى (68ألفاً) عام (2019)، و عليه فقد أثبتت هذه الإحصائيات والتقارير الرسمية -خلال الأعوام الأخيرة- ارتفاعاً ملحوظاً في نسب الطلاق في الجزائر، ممَّا يؤكد وجود خلل واضح في المنظومة الأسرية ومشكلة مجتمعية ننتظر وضع الحلول المناسبة لها، وبالنظر إلى أعداد حالات الطلاق في الجزائر نجد أنها وصلت إلى مستويات كبيرة ومخيفة وذلك مقارنة بأعداد وقائع الزواج، معدل سبع حالات طلاق مقابل كل (10) حالات زواج جديدة؛ ممَّا يجعلنا أمام حاجة ماسة للكشف عن الأسباب التي أدت إلى ارتفاع تلك النسب، من أجل دراستها بواقعية وكذلك إيجاد الحلول الممكنة لها، وبالتالي باتت الظاهرة متفاقمة ومتنامية بشكل متوالية هندسية لأسباب مختلفة ذكرت سابقا، ولعله جاء الوقت المناسب لتكاتف الجهود المختلفة من أجل التصدي لهذه الظاهرة التي تفاقمت وتنامت بشكل كبيرة وبقوة في المجتمع الجزائري؛ وعليه جاءت هذه الورقة البحثية العلمية كمساهمة من الباحث للتعرف على واقع ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري من منظور نفسي اجتماعي، والتي تمركزت مشكلتها أساساً في الإجابة عن التساؤلات التالية: ما المقصود بالطلاق؟ وما هي أنواعه في الإسلام، وما مشروعيته؟ ما هي العوامل وما هي الأسباب التي تؤدي إلى

الطلاق وتتسبب فيه؟ وما هو الدور الذي يقوم به كل من المجتمع، وكذلك الأسرة، ودور الزوجين، والذي يتسبب في حدوث الطلاق؟ ما هي أفضل السبل والطرق التي من شأنها أن تقلل من إمكانية حدوث ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري؟ وذلك وفق المحاور التالية:

المحور الأول:تعريف الطلاق لغة واصطلاحًا، مع عرض أهم أنواعه في الإسلام، ومشروعيته.

المحور الثاني: العوامل والأسباب المؤدية إلى انتشار ظاهر الطلاق في المجتمع الجزائري، والآثار النفسية والاجتماعية الناجمة عنه.

المحور الثالث:سبل وآليات مواجهة مخاطر ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري للحد من انتشارها.

المحور الأول: التعريف بالطلاق، وأنواعه في الإسلام، ومشروعيته:

أولا- التعريف بالطلاق(لغةً، شرعاً، قانوناً):

المعنى اللغوي للطلاق:

الطلاق اسم مصدر طلّق، ويقصد به إزالة القيد والتخلية، وهو مأخوذ من الإطلاقِ الذي هو بمعنى الإرسال والتركُ أي ضد القيد،بمعنى حلُّ القيد والإطلاق، تقول: أطلقت الأسيرَ، إذا حللت قيده وأرسلتهُ، وفي الشرع: حل رابطة الزواج، وإنهاء العلاقة الزوجية.[3]

كما يعني الطلاق: التحرّر من الشيء والتحلّل منه: وجمعه: أطلاق، والفعل منه: طَلَقَ، فيُقال: طلق المسجون؛ أي تحرّر من القيد، وخليت عنه فهو طليق، وأطلقت القول إذ أرسلته من غير قيد ولا شرط.[4]

وطُلّقت المرأة من زوجها؛ أي تحلّلت منه، وخرجت عن عصمته، وطلاق المرأة بينونتها عن زوجها. بمعنى أنَّ الزوجة مقيّدة عند زوجها بعقدة النكاح، فإن طلقها حلّ عقدة النكاح.

وطَلُقَتْ من الطلاق أجود، أي الانشراح والبسط والعطاء: وذلك حين يُقال: طلق يده بالخير؛ أي بسطها وبذلها للعطاء، وطلقه مالاً؛ أي أعطاه إياه.

المعنى الاصطلاحي للطلاق:

1- شرعا:

عرفه المالكية:"هُوَ رَفْعُ قَيْدِ الزَّوَاجِ الْمُنْعَقِدِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ بِأَلْفَاظٍ مخصوصة، وهو حلُّ عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه.[5]

عرفه الحنابلة:" حل قيد النكاح أو بعضه".[6]، وعرفه الشافعية:" حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".[7] كما عرفه الحنفية:" إزالة النكاح الذي هو قيد معني".[8]

وعليه يعرف الطلاق بأنَّه انفصال أحد الزوجين عن الآخر، وعرفه علماء الفقه بأنَّه:"حل عقد النكاح بلفظ صريح، أو كناية مع النية، وألفاظ الطلاق الصريح هي :(الطلاق، والفراق، والسراح). والكناية هي: "كل لفظ احتمل الطلاق وغيره" مثل: ألحقي بأهلك، أو لا شأن لي بك، ونحو ذلك. فإن نوى به الطلاق وقع وإلا فلا.[9]

ويعرف بأنَّه: حل رابطة الزواج وإنهاء العلاقة، وهو مكروه إلا لسبب. فعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ـ قال: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق".[10]

2-التعريف القانوني:

عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة (48) المعدلة من قانون الأسرة بقوله:" الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين (53) و(54) من هذا القانون، وفي المادة (49) المعدلة: لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر، ابتداءً من رفع الدعوى.[11] والملاحظ هنا أنَّ المشرع الجزائري قد عزف

عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى ببيان طرق انحلال الرابطة الزوجية، ولم يتطرق حقيقة إلى تعريفه وبيان أركانه وضوابطه، وفي ذلك هروب من أي التزام يقع لتبنيه إحدى التعاريف الفقهية، وبهذا نجد قانون الأسرة الجزائري لم يتوسع في الأمور المتعلقة بالطلاق، كما توسع علماء الفقه ذلك أنَّ المادة (48) من قانون الأسرة أجملت ما جاء مفصلا.[12] وعليه تعرف ظاهرة انحلال الرابطة الزوجية بأنها: ترتيب نظامي لإنهاء علاقة الزواج والسماح لكل طرف بحق الزواج مرة أخرى، كما يشير هذا المصطلح إلى إنهاء رابطة الزواج أو إصدار إعلان ببطلان هذه الرابطة، وبنهاية هذه الرابطة القانونية تنتهي معها الرابطة الوجدانية، والاجتماعية، والمادية، وخلاف ذلك...، ويترتب عليها مشكلات كثيرة نفسية واجتماعية واقتصادية، وإذا كانت هذه الرابطة الزوجية قد انتهت وهي تحمل في طياتها أطفال، فإنَّ هذا ممَّا يُصعد المشكلات الاجتماعية والنفسية لهؤلاء جميعًا وكذا الأبناء.

3-تعريف الطلاق في المنظور النفسي:

الطلاق النفسي(العاطفي):بأنَّه حالة غياب الحميمية النفسية، والمودة، والرحمة، والسكينة، والألفة، والمشاعر، والعواطف (الجانب البيولوجي) من الحياة الزوجية، وكل ما يؤثر سلبا في التواصل الزواجي (الجانب الاجتماعي)، ممَّا يجعل كل طرف مستقلا بذاته بالرغم من أنهما تحت سقف واحد، ممَّا يعني اختلال التوازن في العلاقة الزوجية (البناء الزواجي)».[13]، وكما يقال في أمثالنا الشعبية الجزائرية "إذا ابتعدت المخدة ذهبت المودة". ويسمى هذا النوع من الطلاق ب " التصدع الخفي، التباعد النفسي، الطلاق الصامت، الطلاق غير الرسمي" وسنتكلم عليه لاحقا بالتفصيل.

4-الطلاق في الديانات السماوية:

أ-الطلاق عند اليهود:

الذي دون في الشريعة عند اليهود وجرى عليه العمل أنَّ الطلاق يباح بغير عذر، كرغبة الرجل بالتزوج بأجمل من امرأته، ولكنه لا يحسن بدون عذر، والأعذار عندهم قسمان: عيوب الخلقة، وعيوب الأخلاق. والزنى أقوى الأعذار عندهم، فيكفي فيه الإشاعة، وإن لم تثبت، إلا أن المسيح عليه السلام لم يقر منها إلا علة الزنى، وأمَّا المرأة فليس لها أن تطلب الطلاق مهما تكن عيوب زوجها، ولو ثبت عليه الزنى ثبوتًا.

ب-الطلاق في المذاهب المسيحية:

ترجع جميع المذاهب المسيحية التي تعتنقها أمم الغرب المسيحي إلى ثلاثة مذاهب: المذهب الكاثوليكي، والمذهب الأرثوذكسيُ، والمذهب البروتستانتي.

فالمذهب الكاثوليكي يحرم الطلاق تحريما باتًا، ولا يبيح فصم الزواج لأي سبب مهما عظم شأنه، وحتى الخيانة الزوجية نفسها لا تعد في نظره مبررا للطلاق. وكل ما يبيحه في حالة الخيانة الزوجية هوالتفرقة الجسمية، بين شخصي الزوجين، مع اعتبار الزوجية قائمة بينهما من الناحية الشرعية، فلا يجوز لواحد منهما في أثناء هذه الفرقة أن يعقد زواجه على شخص آخر، لأنَّ ذلك يعتبر تعددا للزوجات، والديانة المسيحية لا تبيح التعدد بحال.

والمذهبان المسيحيان الآخران يبيحان الطلاق في بعض حالات محدودة، من أهمها الخيانة الزوجية، ولكنهما يحرمان على الرجل والمرأة كليهما أن يتزوجا بعد ذلك، وتعتمد المذاهب المسيحية التي تبيح الطلاق في حالة الخيانة الزوجية على ما ورد في إنجيل متَّى، على لسان المسيح، إذ يقول:" من طلق امرأته إلا لعلة الزنى يجعلها تزني".

ج-الطلاق عند العرب في الجاهلية:

الطلاق في الجاهلية كان جائزا إلا أنَّه لم يكن يقف عند حد، كانت فوضى في الزوجية وعدم اكتراث بحق المرأة، وعدم اعتراف بزوجتها، فكان بعض الرجال يتخذ هذا الأمر سلاحًا ضد الزوجة يلحق الضرر بها، واستمر ذلك في صدر الإسلام كما يدل على هذا ما أخرجه مالك والشافعي والترمذي عن عروة قال: قالت أم المؤمنين عائِشة رضي الله عنها:" كان الرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها، وهي امرأته إذا راجعها وهي في العِدَّة وإن طلقها مائة مرة، أو أكثر، حتى قال رجل لامرأته: والله لأطلقك فتبيني مني، ولا آويك أبدا، قالت: وكيف ذلك؟ ... قال: أطلقك، فكلما همت عدتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة، فأخبرتها، فسكتت حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم،

فأخبرته، فسكت النبي ﷺ حتى نزل القرآن الكريم بقوله تعالى:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(البقرة، الآية.229).

د-الطلاق في الإسلام:

شرع الإسلام الطلاق وجعله في أضيق الحدود، وفي حالة استحالة العشرة بين الزوجين، وبما لا تستقيم معه الحياة الزوجية، والحقيقة أنَّ الإسلام كره الطلاق ونفَّر منه إذ يقول النبي محمدﷺ: "ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق".[14]ويعتبر الإسلام الحياة الزوجية لها قدسية خاصة لابد من احترامها، وأنَّ هدمها ليس بالأمر السهل، فهي ميثاق غليظ ينبغي عدم نقضه بسهولة، يقول الله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا﴾(النساء،الآية 21) وجعل الإسلام الطلاق من حق الرجل وحده، لأنَّه أحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها من المال، ما يحتاج إلى إنفاق مثله، أو أكثر منه، إذا طلق أو أراد عقد زواج آخر، وعليه أن يعطي المطلقة مؤخر المهر، ومتعةالطلاق، وأن ينفق عليها في مدة العدة. ولأنه بذلك وبمقتضى عقله ومزاجه يكون أصبرُ على ما يكره من المرأة، فلا يسارع إلى الطلاق لكل غضبة يغضبها، أو سيئة منها يشقُّ عليها احتمالها، والمرأة أسرع منه غضبا، وأقل احتمالاً، وليس عليها من تبعات الطلاق ونفقاته مثل ما عليه، فهي أجدر بالمبادرة إلى حل عقدة الزوجية، لأدنى الأسباب، والدليل على صحة هذا التعليل الأخير أنَّ الإفرنج لما جعلوا طلب الطلاق حقًا للرجال والنساءِ على السَّواء كثر الطلاق عندهم، فصار أضعاف ما عند المسلمين. ولقد اتفق العلماء على أنَّ الزوج العاقل، البالغ، المختار هو الذي يجوز له أن يُطلق، وأن طلاقه يقع، فإذا كان مجنونًا، أو صبيًا، أو مكرهًا، فإنّ طلاقه يعتبر لغوا لو صدر منه، لأن الطلاق تصرف من التصرُّفات التي لها آثارها ونتائجها في حياة الزوجين، ولابد من أن يكون المطلق كامل الأهلية، حتى تصح تصرفاته.[15].

ثانياً- مشروعية الطلاق:

الطلاق قديم في العالم، وأنه يكاد أن يكون من الأعراض الملازمة للزواج، وهذا حق لا يرتاب فيه، فقد دل تاريخ الأمم على أنَّ الطلاق كان مشروعا عند اليهود والفرس واليونان والرومان، وأنَّه لم يمنع إلا في الديانة المسيحية بعد مضى زمن من نشأتها، ويعد الطلاق من الأمور المشروعة في الدين الإسلامي، وخاصة حال استحالة استمرار الحياة بين الأزواج، وعدم القدرة على تطبيق أهم شروط الزواج في الإسلام وهي وجود المودة والرحمة، وهناك بعض الحالات التي قد يتسبب الاستمرار في الزواج بها إلى نشوب مشكلات أكبر، ومواجهة أضرار أخطر من الطلاق ومن أبرزها تعرض الأبناء للأذى النفسي وتفاقم الأضرار الاجتماعية لهم. ونظرا لكون الطلاق خلاف مقصود النكاح، فلا يلجأ إليه إلا عند انسداد السبل واستنفاد كل وسائل الإصلاح، لما له من أضرار معنوية ومادية على المطلق والمطلقة، بل وتتعداهما، فقد ضبطه الشارع الحكيم بنظام دقيق أعجز العباد عن الإتيان بمثله، كما هو حال سائر تشريعه، وكما نعلم أنَّ الضد يعرف بالضد، فإنَّ ما نشاهده من تخبط الأمم الكافرة مدعية المدنية الزائفة في ظلام تشريعاتها.[16]

وقد دلَّ القرآن الكريم والسنة والإجماع على أصل مشروعية الطلاق؛ فأمَّا القرآن الكريم، يقول الله تعالى:﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾(البقرة، الآية.229).وأمَّا مشروعية الطلاق من السنة، فقد رُوي عن عبد الله بن عمر-رضي الله عنه-أنه طلّق امرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه-رسول الله -صلى الله عليه وسلم-عن ذلك فقال: (مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حتَّى تَطْهُرَ، ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ، ثُمَّ إنْ شَاءَ أمْسَكَ بَعْدُ، وإنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّ، فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتي أمَرَ اللَّهُ أنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ).[17] ولقد اختلفت آراء الفقهاء في حكم الطلاق، والأصح من هذه الآراء، رأي الذين ذهبوا إلى حظره إلا لحاجة، وهم الأحناف والحنابلة، واستدلوا بقول الرسول ﷺ:" لعن الله كل ذواق، مطلاق". ولأنَّ في الطلاق كفرا لنعمة الله، فإنَّ الزواج نعمة من نعمه، وكفران النعمة حرام، فلا يحل إلا لضرورة. ومن هذه الضرورة التي تبيحه أن يرتاب الرجل في سلوك زوجته، أو أن

يستقر في قلبه عدم اشتهائها، فإن الله مقلب القلوب، فإن لم تكن هناك حاجة ماسة إلى الطلاق يكون حينئذٍ محضَ كفران نعمة الله، وسوء أدب من الزوج، فيكون مكروها محظوراً.[18]

وأمَّا الإجماع؛ فقد أجمع فقهاء الإسلام على جواز الطلاق ومشروعيته من لدن عهد النبي ﷺ ، وأنَّ يجوز للرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذا فكان إجماعًا، لأنَّ الحال بين الزوجين قد يفسد، فيصير في بقاء النكاح مفسدة، ويلحق كلاً من الزوجين الضرر؛ لسوء العِشرة، والخصومة الدائمة من غير فائدة، فاقتضى ذلك وجود ما يُنهي عقد النكاح حتى تزول المفسدة.[19]؛ وعلى العموم تاريخيًا كانت القوانين الغربية تمنع الطلاق ولم يتغير ذلك إلا مع بداية فصل الدين عن الدولة، واستحداث الزواج المدني، في القرن العشرين بدأت الدول ذات الغالبية الكاثوليكية في تشريع الطلاق قانونيا منها إيطاليا(1970)، البرتغال(1975)، إسبانيا(1981)، الأرجنتين(1987)، جمهورية إيرلندا(1996)، التشيلي(2004)، وكانت مالطا آخر الدول في العالم الغربي التي تمنع الطلاق وذلك حتى عام (2011)، امَّا اليوم تبيح كافة الدول ذات الغالبية المسيحية الطلاق باستثناء الفاتيكان والفليبين.[20](ويكيبيديا الموسوعة الحرة)

ثالثًا: أنواع الطلاق:

أ-من الناحية الفقهية في الإسلام:

تحدث الله سبحانه وتعالى عن الطلاق في سورة البقرة في قوله تعالى ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللّهِ هُزُوًا وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنزَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِ وَاتَّقُوا اللّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (البقرة، الآية 231). ووفقا للآية السابقة يمكن تصنيف الطلاق إلى نوعين من حيث السنة إمَّا سني وإمَّا بدعي، ومن حيث إمكانية المراجعة إمَّا رجعي وإمَّا بائن، والبائن إمَّا يكون بائنا بينونة صغرى، أو بينونة كبرى، ونركز الكلام هنا على الرجعي، والبائن حيث لكل منهما أحكام تخصه نذكرها فيما يلي:

1-الطلاق الرجعي:

هو الطلاق الذي يُوقعه الزوج على زوجته التي دخل بها حقيقة، إيقاعًا مجردا عن أن يكون في مقابلة مال، ولم يكن مسبوقا بطلقة أصلا، أو كان مسبوقا بطلقة واحدة، ولا فرق في ذلك أن يكون الطلاق صريحًا أو كنايةً، [21]

وهو ذلك الطلاق الذي يمكن إِعَادَةُ الزَّوْجَةِ إِلَى عِصْمَةِ زَوْجِهَا دُونَ عَقْدٍ وَمَهْرٍ جَدِيدَيْنِ.[22] أو هو الذي يتيح للرجل أن يرد زوجته إلى عصمته مرة أخرى دون استئناف عقد جديد، وذلك خلال فترة محددة تعرف بالعدة، وتكون هذه الرجعة بدون عقد أو مهر، وأيضًا يمكن أن يراجع زوجته من غير اختيارها، أمّا إذا انتهت العدّة ولم يُراجعها، فإنّه يتحوّل إلى طلاق بائن بينونة صُغرى.

2-الطلاق البائن:

هو الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، أو هو الذي يمتد عقب نهاية فترة العدة، أو هو الطلاق الذي يرفع قيد النكاح على الفور، وتترتب عليه آثار الطلاق في الحال،أو الذي يتجاوز فيه الطلاق ثلاث مرات؛ بمعنى هو ذلك الطلاق الذي يَظَلُّ الزَّوْجُ بِاسْتِطَاعَتِهِ الارْتِبَاطُ بِزَوْجَتِهِ وَإِعَادَتُهَا إِلَى عِصْمَتِهِ بِشَرْطِ تَجْدِيدِ العَقْدِ وَالْمَهْرِ، وأضافت قوانين الأحوال الشخصية أنَّ مما يلحق الطلاق البائن: الطلاق بسبب عيب الزوج، أو بسبب غيبته، أو حبسه أو للضرر، وينقسم الطلاق البائن إلى بائن بينونة صغرى، وهوما كان دون الثلاثِ، وبائن بينونة كبرى: وهو المكمل للثلاثِ.[23] ولكل منهما أحكام تخصه نذكرها فيمايلي:

1.2. الطلاق البائن بينونة صغرى:

وهو الطلاق الذي يزيل قيد الزوجية بمجرد صدوره، يقع بعد انتهاء عدة الطلقة الأولى أو الطلقة الثانية، والمطلقة تصير أجنبية عن زوجها، وبالتالي لا يحل له الاستمتاع بها، ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات قبل انتهاء العدة أو بعدها، وللزوج أن يعيد المطلقة طلاقًا بائنًا بينونة صغرى إلى عصمته بعقد ومهر جديدين، دون أن تتزوج زواجا آخر.[24] ، وإذا أعادها عادت إليه بما بقي له من الطلقاتِ، فإن كان طلقها واحدة من قبل فإنه يملك عليها طلقتين بعد العودة إلى عصمته، وإن كان طلقها طلقتين لا يملك عليها إلا طلقة واحدة. وعليه يكون عدد الطلقات أقل من ثلاثة.

2.2. الطلاق البائن بينونة كبرى:

وهو الطلاق الذي يزيل قيد الزوجية مثل البائن بينونة صغرى، ويأخذ جميع أحكامه، إلا أنَّه لا يحل للرجل أن يعيد من أبانها بينونة كبرى إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، ويدخل بها دون إرادة التحليل يقول الله تعالى:﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾(البقرة، الآية 230). أي يقع بعد الطلقة الثالثة (تكون عدد الطلقات ثلاثة)، ولا يحلّ للزوج مُراجعة زوجته إلّا بعد مُضي العدة، وزواجها برجلٍ غيره زواجا مكتمل الأركان، وانفصالها عنه بموتٍ أو طلاقٍ، ثُم انقضاء عدّتها، فإذا حصل ذلك جاز للزوج الأول الرجوع إليها بعقدٍ جديدٍ، وذلك وفقا لما قاله النبي الكريم ﷺ: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له ."ولقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة:" لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك". (رواه البخاري، ومسلم)

ب-من الناحية السوسيولوجية والنفسية:

يعتبر الطلاق حدثاً أسرياً مهماً حيث تتحول وتتغير أوضاع الأسرة بعد حدوثه تغييراً جذرياً سواءً بالسلب أو بالإيجاب، ويعد الطلاق بمثابة الفأس التي تهوي على بنيان الأسرة فتدكه، فيتغير بعده بناء الأسرة ووظائفها وتتغير المراكز والأدوار فيها، والطلاق هو الحدث الذي ينهي العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة بشكل نهائي أو قابل للتراجع. فهو يعرف من الناحية السوسيولوجية: بأنّه: "انتهاء أو انقطاع الرباط الزواجي بين الزوجين"[25]. ولا يسمى افتراق أي شخصين إلا إذا كان بعد زواج شرعي بعقد صحيح سواء كان مكتوباً أو غير مكتوبٍ. وهناك عدة أنواع: الطلاق النفسي (العاطفي)، والطلاق القانوني، والطلاق الاقتصادي، وطلاق الزوجين مع الاحتفاظ بالأبوة والأمومة، والطلاق المجتمعي)، ونركز هنا على النوع الأول وهو الطلاق النفسي كما أسلفنا سابقًا:

-الطلاق النفسي:ويسمى العاطفي علمياً حين تغيب المودة والرحمة والعطف والحب من العلاقة بين الزوجين لفترة طويلة، وبذا تصبح مؤسسة الزواج إطارا قانونيا خاليا من المعنى، وهو علاقة مدمرة من الداخل بين الزوج والزوجة، لو توفرت الشروط الموضوعية وتُرك الخيار لأحد الطرفين أو كلاهما لاتخذا قرارهما بالانفصال وتحقيق الطلاق الشرعي أو الفعلي، ولكن هذه العلاقة قائمة من حيث الشكل لأسباب عديدة قد تكون دينية، أو اجتماعية، أو ثقافية، أو اقتصادية؛ والذي يساعد على الاستمرار هو ضغط العوامل الخارجية المتمثلة بالأطفال، والأهل، والأبناء، والوضع المادي والمجتمع، ولكن ينعكس تدمير هذه العلاقة على حياة الزوجين أولاً وعلى أطفالهما وأهلهما وأصدقائهما لينتقل هذا التأثير إلى المجتمع بشكل أو بآخر، والأمثلة كثيرة بل وبنسب مؤلمة.

-الطلاق العاطفيبأنَّه: "حالة تعتري العلاقة الزوجية يشعر فيها الزوج أو الزوجة أو كلاهما: خواء المشاعر منعكسًا على جميع التفاعلات داخل الأسرة، وهو عكس التوافق الزواجي حين يسعى كل طرف لتحقيق الرضا للطرف الآخر بإشباع رغباته سواء كانت جسمانية أو عاطفية، أو اجتماعية، أو اقتصادية"، والذي يؤدي الطلاق القانوني.

-كما يعرف بـ "الفتور العاطفي الدائم، وافتقاد الاهتمام، أو المساندة النفسية والأخلاقية".

-ويعرف أيضًا بأنَّه: انفصال الزوجين نفسيا عن بعضهما البعض رغم وجودهما معًا تحت سقف واحد بدون الانفصال بالطلاق الشرعي الفعلي، وهو أشد أنواع الانفصال وأخطرها على الإطلاق.

وعلى العموم إنَّ الطلاق النفسي عند المرأة أكثر منه عندالرجل وقد لا يعلم أو يتوقع أحد الطرفين عمق المشكلة بسبب افتقادهما المناقشة والحوار.

-أسباب الطلاق النفسي أو العاطفي:

1. الزواج التقليدي، واختلاف المستوى الثقافي الشديد بين الزوجين في العمر، أو التعليم والثقافة، أو المال أو العرق، أو الجنسية أو المنطقة، ولا سيما في الدول الشاسعة ذات الثقافات المتعددة؛

2. الإهمال الجنسي (من الزوجة للزوج أو من الزوج للزوجة)،والخيانة الزوجية أو تعدد الزوجات،وعدم الإنجابأو التهديد الدائم بالتعدد من طرف الزوج؛

3. البيئة الاجتماعية التقليدية المتماسكة أكثر ممَّا يجب حين تغيب حقوق الفرد لصالح جماعة الوالدين والأهل والأقارب، يقابله ضعف شخصية الزوجين أو أحدهما؛

4. العصبية والخلافات الزوجية المتكررة بين الزوجين، وحب التملك والاستحواذ، إمَّا بدافع الخوف وإمَّا السيطرة، وتلعب الذاكرة الجمعية للتنشئة الأسرية دوراً كبيراً فيها؛

5. الأمراض النفسية الجينية الوراثية حين تكون العائلة الممتدة أو العشيرة أكثر استعدادا من غيرها للإصابة بالاكتئاب والرهاب،وعدم التوافق في الطباع والميول والأذواق والرغبات والقناعات والطموح؛

6. وجود الحب ولكن تنقصه المعارف والمهارات والخبرة للتواصل الإنساني، والتعبير الحر عن الرأي أو فن التخطيط وإدارة الحياة، ويعود ذلك لفشل التربية الأسرية ونظام التعليم العام والدعوة، وبرود العلاقة العاطفية والمشاعر وتزايد المشاحنات؛

7. ارتفاع مستوى التوقعات وبناء صورة ذهنية وردية متكئة على مسلسلات تلفزيونية وأفلام غرامية أو فترة الخطبة التي حفلت بكل ما هو مغر، وفق تمثيلية عفوية أبرز كل طرف أجمل ما فيه ثم يصطدمان لاحقاً في مؤسسة الزواج التي تحتاج إلى كد وعمل لإنجاحها؛

8. نقل ضغوط العمل الناجمة عن الوظيفة وبناء المستقبل الوظيفي أو المسار التعليمي نحو تحسين دائم للوضع الاقتصادي للأسرة.[26]

-آثار الطلاق النفسي أو العاطفي:

أ-آثار الطلاق النفسي على الأولاد:

في الحقيقة لا يمكن للأولاد أن ينموا بشكل سليم وطبيعي إلاّ في ظل أم تحضنهم وأب يرعاهم، وهم بطبيعتهم لا يفضلون واحداً على الآخر، فكلاهما مهم وأساسي للحصول على استراتيجية متينة وعلى توازن عقلي وجسدي، وكما أنَّ الولد يحتاج إلى كل العناصر من حب وحنان وعطف، فهو يحتاج أيضاً إلى عناصر الشجاعة والقوّة والإقدام، وفي غياب البيت الطبيعي المُتشبع بالدفء والحنان والحُبّ والسكينة والانسجام والتفاهم ينشأ الأطفال نشأة غير سليمة، ويُصابون بأمراض نفسية منها انفصام الشخصية وفقدان الثقة بالذات والعجز عن أخذ القرارات المناسبة.

إنّ الأبناء -وعى الآباء بذلك أم لم يعُوا-وهم يقفُون يوميًا على أرض من الألغام المتفجّرة ويحترقون بشظاياها، ليتشرّبون من المشاعر السيئة، وليتجرّعون مرارة الحياة باستمرار، مع أنّهم لا يتجرّؤون على الإفصاح عن ميولهم لخيار انفصال الأبوين عن بعضهما رغبة منهم في الخلاص من واقع طالما أربك شخصياتهم الرهيفة، وهزّ ثقاتهم بأنفسهم وبمحيطهم العائلي، وربّما أورثهم هُمْ أيضا عجزا عن اتخاذ القرارات الصائبة في حياتهم الخاصة.و يؤكد خبراء تأثر الأولاد بحياة والديهم، و أنَّ كلاهما يجب أن يكون قدوةً للأطفال، فحين يلاحظ الأطفال اتفاق والديهما ووجود العاطفة بينهما فسوف يكون التأثير إيجابيًا، وأمام الجفاف العاطفي بين الوالدين سيكون سلبياً بلا شك...

ب-آثار الطلاق النفسي على الزوجين:

تتجلى آثار الطلاق النفسي أو العاطفي على الزوجين بما يلي :

-الصمت وضعف التواصل وغياب لغة الحوار في الحياة الزوجية؛والانسحاب من المعاشرة الزوجية، وتبلد المشاعر وجمود العواطف؛

- غياب البهجة والمرح والمودة والتودد والأجواء الرومانسية والمداعبة من العلاقة الزوجية؛وغياب الاحترام واللين والرفق بين الزوجين وشيوع العناد والنرفزة والتذمر والشجار والنزاعات لأتفه الأسباب؛

- الإهمال والأنانية واللامبالاة باحتياجات ومتطلبات وآلام كل طرف، والهروب المتكرر من المنزل أو جلوس الزوجين في أماكن منفصلة داخل بيت الزوجية (الانعزالالمكاني)؛

- النفور الشديد من الطرف الآخر كالأكل والشرب بشكل منفصل، وعدم الاشتراك في أنشطة مشتركة،والانسحاب من فراش الزوجية،والشعور بالندم على الارتباط بالطرف الآخر، والتفكير بالطلاق أو بالزواج من امرأة أخرى؛

- السخرية والاستهزاء والاستهتار والتعليقات السلبية والتقليل من شأن الأخر وجرح مشاعره بكلمات مؤذية (المظاهر الجسمية أو أي سلوكيات أخرى...)؛ واللوم المتبادل والانتقاص من انجازات وطموحات الطرف الآخر، ورمي المسؤوليات على الطرف الآخر والتحلل من الالتزامات اتجاهه.

المحـور الثـاني: العوامـل والأسـباب المؤديـة إلى انتشـار ظـاهر الطـلاق في المجتمـع الجزائـري، والآثـار النفسـية والاجتماعية الناجمة عنه:

بناءً على ما سبق الطلاق هو ذلك الانفصال الواقع بين طرفي عقد الزواج، وهو عبارة عن إحدى الظواهر والقضايا الاجتماعية التي عرفتها العديد من المجتمعات البشرية على مر ومختلف العصور، وقد تعددت أسبابها وتباينت واختلفت أحكامها؛ وذلك وفقاً للتغيرات المتسارعة التي مست المعايير الثقافية وكذلك الأنظمة الشرعية والعديد من القوانين الوضعية التي عاصرت حياة مختلف المجتمعات التقليدية والمجتمعات الحديثة على حدٍ سواء.وعليه فهناك مجموعة من الأسباب والدوافع التي قد تؤدي إلى حدوث الطلاق، والتي لابد من مناقشتها ومناقشة الآثار الناجمة عنها وكيفية الحد من تلك الظاهرة الخطيرة.

أولاً- الأسباب المؤدية إلى انتشار ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري:

إنَّ أسباب الطلاق تتعدّد وتختلف بسبب تنوّع أحوال الناس، واختلاف المجتمعات بشكل عام، وفي المجتمع الجزائري بشكل خاص، إلا أنَّ الدين الإسلامي قد سمح بالطلاق وشرعه لإنهاء العلاقات الزوجية في حالة استحالتها، إلا أنَّه من الأمور غير المستحبة حيث أنه أبغض الحلال وآخر دواء نظرا لخطورة توابعها، وكبر حجم آثارها، ومن أبرز وأهم أسباب الطلاق ما يلي:

- نقص الوازع الديني،وسوء الاختيار،والاهتمام بالمظاهر المادية (المال، والحسب، والمنصب، والجمال) على حساب القواعد المحمدية في اختيار الأزواج (الدين، والأخلاق)؛

- التدخل المفرط للأهل في الحياة بين الزوجين،والاختلاف المستمر في الأفكار وعدم التقارب والتكافؤ الفكري بين الأزواج، والمعاملة السيئة من الزوج تجاه الزوجة أو العكس؛

-قلة وضعف مستوى ووعي المجتمع بماهية آثار الطلاق وما الذي ينجم عنه من مختلف المشاكل النفسية والاجتماعية على مستوى الأسرة والمجتمع، ومنح المشكلات لاسيما الصغائر حجمًا أكبر من حجمها، وربطها بمشكلات سابقة لا علاقة لها بالمشكلة الحالية؛

-الإدمان على استعمال الهاتف النقال، وما يعرض فيه فتن المقاطع والصور والمنشورات، والإسراف في الاختلاط قبل الزواج بسبب الدراسة، أو العمل، أو التواصل الاجتماعي، وتشييد الأحلام قبل الاصطدام بالواقع بعد الزواج؛ وسوء

Aucune source spécifiée dans le document actif.المعاشرة بعد الزواج، وانعدام مقومات القوامة عند الرجل (الانفاق المعتدل، تقويم الاعوجاج في حينه)؛

- مخالطة المرأة(الزوجة) للرجال وحتى النساء الأخريات وتبادل الأفكار والآراء في الحياة الزوجية الخاصة؛

- التوسع في حقوق المطلقات وتسهيل دعاوي الطلاق (التفريق القضائي، الخلع) وغيرها والتشجيع الأسري اللامشروط؛ [27]

- عدم الكفاءة بين الزوجين في الدين والأخلاق والمكانة الاجتماعية، كأن تكون المرأة عند رجلٍ لا دين له فيُجبرها على الفساد والانحراف، أو يكون الرجل ذا دين، وتكون الزوجة ممّن يتساهلون بالمحرّمات في بيتها ولباسها، أو يؤدّي اختلاف المكانة الاجتماعية إلى ترفّع أحد الزوجين على الآخر؛ فيقع الشقاق بينهما؛

-انعدام الوئام والأُلفة بين الزوجين؛ممّا يُفسد العِشرة بينهما، كسوء خُلق الزوج وظلمه لامرأته وعدم إنصافه لها، وكسوء خُلق الزوجة وعدم السمع والطاعة لزوجها بالمعروف، سوء الحال بين المرأة وأهل زوجها، أو بين الرجل وأهل زوجته، وعدم الحكمة في معاملتهما، وقوع أحد الزوجين في المعاصي والمنكرات، كتعاطي المسكرات والمخدرات، والخيانة الزوجية، أو غير ذلك من أنواع المحرّمات؛

- الغيرة المفرطة التي تؤدّي إلى شكّ أحد الزوجين في الآخر، وتسبّب انعدام الثقة بينهما؛ والمشكلات الناجمة عن غياب الزوج وطول فترة هجره زوجته، والزواج الثاني للزوج دون إعلام الزوجة الأولى والحصول على موافقتها،

-تقصير أهل المرأة في السؤال عن الزوج ومعرفة حاله قبل الزواج، أو إخفاء أهل الزوجة العيوب عن الزوج سواءٌ كانت العيوب في دينها أو خُلقها أو جسدها؛ وعدم معرفة كلٍ من الزوجين بحقوقه التي له وواجباته التي عليه؛ واستخدام الزوج الطلاق كأداةٍ لتهديد الزوجة، إمَّا لإجبارها على عملٍ معيّنٍ، أو لنهيها عن عملٍ ما، فتُقدم المرأة على مخالفة الزوج، ويحدث الطلاق.

-الغلاء الذي يؤدي إلى العجز عن سد المتطلبات الأساسية للأسرة، وتواكل الزوج وعدم تحمله لمسؤوليات وأعباء الحياة خاصة مع الزوجة العاملة، والبخلوالتقصير المادي.ومشكلة العقم أو تأخر الإنجاب لدى أي من الزوجين، وإصابة أي من الزوج أو الزوجة بأحد الأمراض الخطيرة.

ثانياً: المشكلات النفسية والاجتماعية الناجمة عن ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري:

تتعدد المشكلات الناتجة عن الطلاق والمترتبة عليه، فارتفاع معدلات الطلاق في أي مجتمع مؤشر على وجود العديد من المشكلات الأسرية، ومشكلات الأبناء، ويكون هناك حاجة ماسة لدراسة ظاهرة الطلاق والتعامل معها ومواجهتها، وإيجاد الحلول المناسبة لها التي تسمح بتجاوز تبعاتها والعيش الكريم لأفراد الأسر المطلق أزواجها. وبالنظر إلى ماهية الآثار الكثيرة والتي تترتب عن الطلاق باعتبارها الظاهرة المنتشرة في الوقت الراهن وعلى اعتبار أنها أكثر حساسية وأكثر ضرر للمجتمع، وذلك نظراً لإفرازاتها الصعبة ولانعكاساتها الخطيرة على كافة الجوانب

المتعددة والمختلفة من نفسية واجتماعية وكذلك اقتصادية؛ وقد حاولت العديد من الدراسات سواء العربية أو حتى الأجنبية عمل حصر لأهم مشكلات الطلاق التي يعاني منها المطلقون أو أسرهم، والتي يمكن حصر أهمها في المشكلات التالية:

1-المشكلات النفسية:

-يعد الطلاق في حد ذاته أزمة نفسية، ممَّا يسبب المعاناة من مشكلات سيكوماتية (نفسية، جسمية)؛

-تعرض الأطفال للكثير من الاضطرابات النفسية باختلاف مراحلهم العمرية، وذلك نتيجة التشتت الأسري وعدم الاستقرار الواقع بين الأبوين؛ والشعور بالذنب،وفقدان الأمان النفسي والاجتماعي بالنسبة للمطلقين؛

- شعور المرأة بالقلق النفسي لغياب مصدر الأمان بالنسبة لها، والنظرة المجتمعية المتدنية للمرأة المطلقة، واتهامها بشكل مستمر بالفشل والتقصير وعدم الاحتمال.

2-المشكلات الأسرية:

-نتيجة لتباعد الزوجين المطلقين يسبب في ضعف التنشئة الاجتماعية والأسرية للأبناء؛

- قلة التوعية الدينية والاجتماعية للأبناء، وقد يتصف بعض الأبناء بالعدوانية وحدة في التعامل نتيجة عدم وجود موجه لهم، وتعرضهم للانحراف والتشرد والضياع؛ وضعف تحصيلهم الدراسي، وغياب الرقابة الأسرية، وانعدام الأمان الأسري.

- عدم القدرة على مواجهة المواقف الاجتماعية، وحل المشكلات الحياتية؛

- السلوك العدواني، والتمرد على المجتمع، والقيام بمحاولات لخرق القانون.

3- المشكلات الاقتصادية:

-المشكلات المادية التي قد تواجهها المرأة، ممَّا يضطرها للجوء إلى ساحات القضاء للحصول على حقوقها، وينتج عن ذلك نمو الشعور بالبغض والكره نحو الطرف الآخر؛

-تحمل المرأة لمسؤوليات جديدة مالية لم تكن معدة لها سلفا في حالة وجود الأطفال، ممَّا يكون سببا لها في تغير أدوارها ووظائفها الاجتماعية؛ ويسبب لها الفقر والعوز؛

-تعرض الزوج للعثرات المادية نتيجة مطالبة الزوجة لحقوقها، بالإضافة لعدم الاستقرار والمشكلات الأسرية.

المحور الثالث: سبل وآليات مواجهة مخاطر ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري للحد من انتشارها:

إنَّ الطلاق هو الخيار الصعب الآمن، لتحرير الزوجين عاطفيّاً وروحيّاً بهدف إرضائهما، والوصول للاستقرار النفسيّ والسعادة الداخليّة؛ رغم آثاره وأضراره إلا أنَّه يظل أفضل من الاستمرار في علاقةٍ مؤذية، والبقاء في أجواء أسريّة فوضويّة، وبيئة منزليّة غير صحيّة، وعند تطبيق حقوق الزوجة والزوج بعد الطلاق فذلك يؤدي إلى حياة سعيدة للطرفين،لكن قبل الإقدام على هذا القرار المصيري الذي يُمكن أن يكون له آثار وخيمة على الأسرة خاصةً عند وجود الأطفال، لا بد من مُحاولة إيجاد حلول مدروسة وفعّالة لإعادة التوازن والاستقرار للعلاقة، واستعادة الحب والتوافق والرضا بينهما، وإنقاذ سعادتهما وحياتهما الأسريّة، وتحقيق التناغم والانسجام الزوجي من جديد،وتخطي العقبات والمصاعب التي تواجه الأسرة لاحقاً.وبالتالي هناك مجموعة من السبل والآليات التي تتمثل في بعض المقترحات التي يمكن الاستعانة بها لعلاج مشكلة الطلاق والحد من انتشارها في المجتمع الجزائري، وذلك للوصول إلى حياة زوجية أكثر استقرارًا، ومن أبرز تلك الحلول ما يلي :

-اختيار الزوج أو الزوجة وفقًا للمعايير والأسس التي أشار إليها ديننا الإسلامي الحنيف، والتقليل من استخدام الهاتف النقال ووسائل التواصل بمختلف أنواعها مع الاستفادة منها فيما معقول ومقبول؛

-إقامة الندوات التوعوية والتأهيلية للشباب المقبلين على الزواج من الجنسين للتعرف على الأسس السليمة لإدارة الحياة الزوجية، والاستعانة بالمتخصصين في مجال علم النفس وعلم الاجتماعومتخصصين في الاستشارات الأسرية حال تفاقم المشكلات والعجز عن حلها، والسعي نحو الإصلاح بشكل مستمر بين الزوجين من خلال عقد المقابلات بينهما لإذابة الخلافات، وضرورة الوقوف على أهم نقاط الضعف الموجودة بين الزوجين والقضاء عليها تمامًا،

- تَشارك الزوجين الإصلاح معاً من خلال اعتراف كل منهما بالخطأ والاجتهاد لتصحيحه، والوصول لاتفاقات بنّاءة من خلال توضيح كل منهما سبب تصرّفاته للطرف الآخر، واعترافه بالخطأ وتحمّل عواقبه بصدق، والتحليّ بالنضج والهدوء وتجنّب استخدام الأساليب العدوانيّة، أو الغضب وإلقاء اللوم على الطرف الآخر، بل التواصل بشكلٍ إيجابي وجدّي وصادق واستخدام الحوار الهادف؛ لإيجاد حلول منطقيّة للمشاكل وضمان عدم تفاقمها، بالتالي صُنع فجوة كبيرة بينهما،

-يُمكن للزوجين الاستعانة بوساطة شخصٍ آخر لمُساعدتهما على تحسين العلاقة، وإنقاذ زواجهما، واستعادة التوازن الأسري، عن طريق طلب المشورة والنصيحة من قبل الوالدين، أو أحد الأشخاص المُقربين لهما، أو اللجوء لاستشاري العلاقات الزوجيّة الذي يُقدم لهم حلولاً مُناسبة وطُرق جيّدة لمُعالجة مشاكلهما بعد تقييمها، أو مُساعدتهما على الانفصال بشكلٍ سلميّ، بحيث يكون الطلاق أمراً حتميّاً لا يُمكن التراجع عنه وفي صالح الجميع وهو الحل الأمثل لهما، لكنه يُصبح وديّاً وأقل ضرراً وتأثيراً على الأسرة بما فيها الزوجين والأطفال، **و النظر لمصلحة الأبناء في المقام الأول، وجعلهم الهدف المشترك للإصلاح بين الزوجين؛**

-الاهتمام وتحسين أسلوب التواصل وتعزيز أساليب التواصل: حيث إنّ انقطاع الاهتمام، وانشغال الزوجين بمسؤوليات الحياة، وظروف العمل، والعلاقات الاجتماعيّة الأخرى قد ينتج عنه مُباعدة المسافة بينهما، وشعور كل منهما بعدم اهتمام الطرف الآخر به وإهماله، أو الشك في مشاعره والخوف من الاستمرار معه، والعمل على التقرّب من بعضهما، وتشارك الاهتمامات، والمشاعر الجميلة، والصعوبات، والأحلام، والأهداف بشكلٍ مُنتظم، **وتحليكل من الزوج والزوجة بالصبر والهدوء وتجنب التسرع للوصول إلى حياة مستقرة؛**

-التسامح والمغفرة: تنهار بعض العلاقات الزوجيّة بسبب عدم قدرة الزوجين على المُسامحة وإعطاء الفرص، رغم اعتذار الشريك واعترافه بخطئه وطلبه مغفرة الطرف الآخر، إلاأنه بالمقابل يرفض المُصالحة، وهنا يجب التنويه لضرورة تقبّل الخطأ كصفة بشريّة يقع بها الجميع، وأنّ العلاقة الزوجيّة الثمينة تتطلب تقديم التنازلات وإعطاء المزيد من الفرص لدعمها والحفاظ عليها، ويُمكن عتاب الشريك، وأخذ موقف وفرصة للتفكير لتأنيب الشريك على خطأه وإشعاره بالمسؤوليّة لكن بأسلوب ودّي ومُهذّب، ثم إكمال ومتابعة الحياة الزوجيّة بانسجامٍ وحبٍّ معاً.

-الاحترام المُتبادل: يجب على الزوجين احترام بعضهما البعض، وتقدير كل منهما لشريكه، حيث إن الاحترام هو أحد أساسيات الزواج الصحي الناجح، وسبب رئيسي لاستمرار العلاقات ورضا الزوجين عن بعضهما، ويُمكن التعبير عنه باستمرار عن طريق تذكير الشريك بالمشاعر العظيمة التي يُكنها الطرف الآخر له، وامتنانه لوجوده، وتقديره لمكانته ودوره كنصفٍ مُكمّل له، وعدم الاكتفاء بالوقت والعشرة لإظهار مشاعر الاحترام بل التحدث عنها باستمرار، والتصّرف بطريقة تُعبر عنها، ووضع أولويّة جعل العلاقة صحيّة وناجحة في المُقدّمة.

خاتمة:

وختامًا ظاهرة الطلاق حالة غير طبيعية استثنائية لها ما بعدها من آثار متعددة الأبعاد، وما يتعلق بها من سوابق ولواحق، لا يحبها الله إلا لظروف غير عادية في أبعد الحدود، والأصل فيها استحالة الحياة الزوجية، لذلك يُعتبر الطلاق أحد القرارات الصعبة التي يمر بها الزوجين

والتي تقضي بانفصاله عن شريكه، وهو أمرٌ شخصيّ يلجأ له بعض الأزواج في حال صعوبة الاستمرار في الحياة بشكلٍ هادئ ومُستقر مع الطرف الآخر، وهو خطوّة نهائيّة يلجئون لها عندما لا تنجح علاقاتهم، ولا تُحقق الهدف والمقصد المرجو منها، بغضّ النظر عن الأسباب المؤديّة له، نتيجة العديد من المشكلات التي تعترضهم، والتي لا يستطيعون تجاوزها فتؤثّر في العلاقة بشكلٍ ملموسٍ وواضح، وقد تمس هذه التأثيرات باقي أفراد الأسرة بما فيهم الأطفال، وفي هذه الحالة لابد من اقتراح بعض الحلول التي قد تصل بالزوجين نحو حياة مستقرة عقب الانفصال التي لا بد منها وتتمثل في إدراك التخطيط الجيد لذلكوالذي يتسم بالآتي:

1. الاهتمام بترتيب الأمور والمسؤوليات المادية وكيفية تغطية تلك المسؤوليات وسدادها، والاهتمام بالأبناء بشكل مكثف في محاولة للقضاء على شعورهم بالتشتت الأسري؛ والتزام كلا الوالدين بالبقاء مع أطفالهم بغضّ النظر عن حتميّة الطلاق، إلا أنهما لا يزالان يقدران ثمرة الزواج الثمينة التي يجب عدم التخلي عنها، أو التقصير في أداء حقوقهم والانشغال عنهم بل الاهتمام بهم وعنايتهم بشكلٍ أكبر؛
2. السعي نحو تطوير الذات من خلال ممارسة الأنشطة والهوايات المفضلة أو الأنشطة المُختلفة البناءة لشغل وقت الفراغ، مع الأخذ بعين الاعتبار النظرة المستقبلية الإيجابية للحياة وعدم التفكير فيما مضى، واعتناء المرء بنفسه جيّداً، وتقبّل الدعم والحب والمُساعدة من الأشخاص المُحيطين به، خاصةُ الأصدقاء والعائلة والأشخاص المُقربين إلى قلبه؛ للخروج من التوتر والإجهاد المُرافق لقرار الطلاق، ونسيان العواطف العالقة بداخله والتي قد تُسبب له التوتر والقلق؛
3. في حالة عدم وجود أطفال وانفصال الزوجين، يُفضّل عدم التواصل مع الطرف الآخر عندما يؤذي ذلك مشاعر الزوج ويؤلمه، وأخذ فرصةٍ كافيةٍ للتخلص من مشاعر الحزن والانزعاج، والتحلّي بالصبر والابتعاد عنه قدر الإمكان، لكن يُمكن أن تنشأ علاقةً مبنيّة على الاحترام والأدب بينهما عندما يكون كلا الطرفين مُتقبلان لقرار الانفصال، وبالتالي السؤال عن الطليق بين الحين والآخر وتفقّد أحواله من باب الاحترام فقط،
4. نُضج المرء وتقبّله لفكرة الطلاق يجب أن يجعله يُدرك حجم أخطائه وصفاته السلبيّة التي كانت سبباً لعدم اتزان علاقته مع شريكه، وعدم إلقاء اللوم عليه فقط، بالتالي العمل على تقويم سلوكه وتطوير ذاته؛ استعداداً لبدء علاقات جديدة يجب أن تكون صحيّة أكثر، وأن يكون قد أخذ عبرةً يستفيد بها من أخطائه السابقة وتضمن له عدم تكرارها.

➢ الهوامش والمراجع:

القرآن الكريم

[1] سجال، عبدالحفيظ. (2022). ارتفاع-معدلات الطلاق في الجزائر إشكال قضائي أم اجتماعي. متاح على الرابط:https://ultraalgeria.ultrasawt.com أطلع عليه يوم: 30 نوفمبر 2022 على الساعة7 h30min

[2] نقيب، عمر. (2022). الأسرة والتربية أطفالنا مستقبلنا، الطلاق 2. إذاعة القرآن الكريم أسبوعيا. الإذاعة الجزائرية: 11h، الاثنين:31أكتوبر2022.

[3] سابق، السيد.فقه السنة. طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة. م2. نظام الأسرة، الحدود والجنايات، دار الجيل، بيروت.1990. ص.162.

[4] الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين مرتبا على حروف المعجم. دار الكتب العلمية.ط1. لبنان، بيروت، (2003). ص.57.

[5] سعد، محمد محمد. دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث.(2001). ص.82.

[6] البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس.. كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي. ج4،عالم الكتب. بيروت،(1997)، ص. 205.

[7] القزويني، أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي. العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ج8. ط1. دار الكتب العلمية،بيروت. (1997). ص. 479.

[8]الكساني، علاء الدين أبي بكر مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ج4. كتاب الإيمان-الطلاق-ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. (1997). ص. 182.

[9]بغدادي، مولاي ملياني. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية. قصر الكتاب، الجزائر.(1997).ص. 194.

[10]السجستاني، أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي. سنن أبي داوود تحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد كامل قرة بللي، وشادي محسن الشايب. ج3. الرسالة العالمية.دمشق. (2009). ص. 505

[11]الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27فيفري 2005، يعدل ويتمم رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع15. 27فيفري 2005. ص.8.

[12]بختي، العربي. أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري-ط1. كنوز الحكمة.الجزائر. كنوز الحكمة.(2013).ص.10.

[13]سجال، عبدالحفيظ. (2022). ارتفاع-معدلات الطلاق في الجزائر إشكال قضائي أم اجتماعي. متاح على الرابط:https://ultraalgeria.ultrasawt.com أطلع عليه يوم: 30 نوفمبر 2022 على الساعةh30min 7

[14]آل الشيخ، صالح بن عبد العزيز. موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة. دار السلام. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة. مصر. (2015). ص.2177.

[15]سابق، السيد. فقه السنة، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، ، نظام الأسرة، الحدود والجنايات. م2. دار الجيل.بيروت.(1990). ص. 166.

[16]الغزالي، أحمد بخيت. الطلاق الانفرادي. تدابير الحد منه، دراسة مقارنة. ط1. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع.القاهرة. (2000). ص.4.

[17]العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. فتح الباري في شرح صحيح البخاري. كتاب الطلاق. ج9. دار المعرفة للطباعة والنشر.لبنان. (1986).ص.345.

[18]مرجع سابق .ص. 163

[19]الباموني، إسماعيل أبا بكر. أحكام الأسرة، الطلاق بين الحنفية والشافعية-دراسة مقارنة بالقانون-ط1. دار الحامد للنشر والتوزيع.الأردن. (2008). ص. 230.

[20]ويكيبيديا الموسوعة الحرة: متاحة على الرابط:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%8A%D8%AD%D9%8A%D8%A9. أطلع عليه يوم01ديسمبر 2022 على الساعة:h30min 00

[21]مرجع سابق .ص. 184

[22]بن شويخ، الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دار الخلدونية. الجزائر. (2008). ص. 177.

[23] مرجع سابق. ص. 187. 188.

[24]بيومي، محمد. تحفة العروس. ط1. دار الرشيد.الجزائر. (2007). ص. 37

[25]عمر، معن خليل. علم اجتماع الأسرة. ط1. دار الشروق للنشر والتوزيع الأردن.(2000). ص. 215

[26] الحزيم، يوسف بن عثمان. (ماي، 2011). الطلاق النفسي. متاح على الرابط: https://www.aleqt.com/2011/05/28/article_542984.html أطلع عليه يوم 30نوفمبر2022، الساعة: 10h 07min

[27] فروحات، محمد. مقتطفات من خطب الجمعة. مديرية الشؤون الدينية المنيعة.(2022).

قائمة المراجع:

القرآن الكريم

سابق، السيد.فقه السنة. طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة. م2. نظام الأسرة، الحدود والجنايات، دار الجيل، بيروت.1990.

الفراهيدي، الخليل بن أحمد. كتاب العين مرتبا على حروف المعجم. دار الكتب العلمية. ط1. لبنان، بيروت، (2003).

سعد، محمد محمد. دليل السالك لمذهب الإمام مالك في جميع العبادات والمعاملات والميراث.(2001).

البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس.. كشاف القناع على متن الإقناع، تحقيق محمد أمين الضناوي. ج4،عالم الكتب. بيروت، (1997),

القزويني، أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي. العزيز في شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، تحقيق الشيخ محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ج8. ط1. دار الكتب العلمية، بيروت. (1997).

الكساني، علاء الدين أبي بكر مسعود. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ علي محمد عوض، والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. ج4. كتاب الإيمان-الطلاق-ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. (1997).

بغدادي، مولاي ملياني. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية. قصر الكتاب، الجزائر.(1997).

السجستاني، أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي. سنن أبي داوود تحقيق شعيب الأرناؤوط، ومحمد كامل قرة بللي، وشادي محسن الشايب. ج3. الرسالة العالمية. دمشق. (2009).

بختي، العربي. أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة في قانون الأسرة الجزائري-ط1. كنوز الحكمة.الجزائر.. (2013).

آل الشيخ، صالح بن عبد العزيز. موسوعة الحديث الشريف، الكتب الستة. دار السلام. دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة. مصر. (2015).

الغزالي، أحمد بخيت. الطلاق الانفرادي. تدابير الحد منه، دراسة مقارنة. ط1. دار النهضة العربية للنشر والتوزيع. القاهرة. (2000).

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر. فتح الباري في شرح صحيح البخاري. كتاب الطلاق. ج9. دار المعرفة للطباعة والنشر. لبنان. (1986).

الباموني، إسماعيل أبا بكر. أحكام الأسرة، الطلاق بين الحنفية والشافعية-دراسة مقارنة بالقانون- ط1. دار الحامد للنشر والتوزيع. الأردن. (2008).

بن شويخ، الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل. دار الخلدونية. الجزائر. (2008).

بيومي، محمد. تحفة العروس. ط1. دار الرشيد. الجزائر. (2007).

عمر، معن خليل. علم اجتماع الأسرة. ط1. دار الشروق للنشر والتوزيع الأردن. (2000).

الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27فيفري 2005، يعدل ويتمم رقم 84-11، المؤرخ في 09يونيو1984، والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، ع15، 27فيفري 2005.

نقيب، عمر. (2022). الأسرة والتربية أطفالنا مستقبلنا، الطلاق 2. إذاعة القرآن الكريم أسبوعيا. الإذاعة الجزائرية: 11h، الاثنين:31أكتوبر2022.

فروحات، محمد. مقتطفات من خطب الجمعة. مديرية الشؤون الدينية المنيعة. (2022).

- المواقع الالكترونية:

سجال، عبدالحفيظ. (2022). ارتفاع-معدلات الطلاق في الجزائر إشكال قضائي أم اجتماعي. متاح على الرابط:https://ultraalgeria.ultrasawt.com أطلع عليه يوم: 30 نوفمبر 2022 على الساعة7 h30min

ويكيبيديا الموسوعة الحرة: متاحة على الرابط:

https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82_%D9%81%D9%8A_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D9%8A%D8%AD%D9%8A%D8%A9. أطلع عليه يوم01ديسمبر 2022 على الساعة:00 h30min

الحزيم، يوسف بن عثمان. (ماي، 2011). الطلاق النفسي. متاح على الرابط:https://www.aleqt.com/2011/05/28/article_542984.html أطلع عليه يوم 30نوفمبر2022، الساعة: 10h 07min

الإشكالات المتعلقة بتثبيت عقد الزواج "قراءة في نص المادة 2/33 من قانون الأسرة"

Problems related to the confirmation marriage contract "A reading about the article 33/02 of the Family Code"

استشهاد بن خدة *
المخبر المتوسطي للدراسات القانونية
جامعة أبو بكر بلقايد كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان
istichhad.benkhedda@univ-tlemcen.dz

ملخص:

تعد فوضى تثبيت عقد الزواج العرفي في الجزائر في الوقت الراهن من أخطر المشاكل التي تمس أمن المجتمع واستقرار الأسرة، خصوصا مع وجود الثغرات القانونية التي يتم استغلالها بطرق

مخالفة للنظام العام من خلال إضفاء الشرعية على علاقات غير مشروعة، ويتجلى ذلك من خلال إقرار المشرع بتثبيت زواج الفاتحة بموجب نص المادة 06 بشرط أن يتوفر ركن الرضا والشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر هذا من جهة، أما من جهة أخرى يقر كذلك بتثبيت الزواج الذي تخلف فيه شرط الشهادة أو الصداق أو الولي في حالة وجوبه بعد الدخول بصداق المثل وذلك من خلال نص المادة 2/33 من قانون الأسرة وهذا التناقض هو ما نود بحثه من خلال هذه الدراسة.

الكلمات المفتاحية:

الزواج العرفي، الزواج الفاسد، تثبيت، الشهادة.

Abstract

Theconfirmation of customary marriage contract in Algeria in a shambles at this time, which is one of the most serious problem affecting the security of society and the stability of the familly.

Especially, with the legal voids, that they used them since contrary the public policy.

It reflected over, The Legislator are approved that the confirmation of Al-Fatiha contract according to the Art 06 provided that thesatisfaction element and the conditions in Art 09 bis.

On the other hund, it also approved the confirmation of marriage without this condition (testimony, dowry, and the guardian if required) in the Art 33/2 F.L; Thisdiscrepancy that we are would researched it in this servey.

Keywords

customary marriage, invalid marriag, the confirmation, testimony.

مقدمة:

اقتضت الحكمة الإلهية أن لا يترك نظام الزواج بدون ضبط وتحصين تميزا له عن بقية العلاقات، إذ وصفه الله تعالى في كتابة العظيم بالميثاق الغليظ، بإعتباره من أخطر العقود من الناحية الاجتماعية والقانونية، وهو بمثابة الحجر الأساس في قيام العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة وترتيب آثارها، وقد حظي نظام الزواج في الجزائر هو الآخر بأهمية بالغة، لما مر به من عراقيل بداية بالمخلفات التي تركها الاستعمار الفرنسي من عقود زواج غير موثقة، ولم يرى النور إلى بعد قيام الدولة المستقلة أين دعت المصالح المختصة الأفراد لتوثيق عقود زواجهم والتي أسماها المشرع الجزائري بالعقود المغفلة وهذا النوع من الزواج كان مقبولا نوعا ما في المرحلة الإستعمارية لأسباب معروفة، ما برز عنه ظهور إزدواجية في عقد الزواج إذ أنه من جهة يعد زواج شرعي وهو زواج صحيح من الناحية الشرعية ولكنه لا يرتب آثاره القانونية إلا بعد تسجيله أمام الجهات المختصة مع وجوب توفر أركانه وشروطه ومن جهة ثانية يعد زواج مدني إلا أنه هو الآخر يجب أن يقوم على أساس شرعي مكتمل الأركان الشرعية وكلاهما زواج صحيح، ولا نزال في دوامة المخلفات الإستعمارية حتى دخلنا في دوامة جديدة بظهور جائحة كورونا حيث تم تجميد عقود الزواج مطلع العام 2020 ما جعل الشباب يلجأ لزواج الفاتحة المتعارف عليه لدى الأوساط الجزائرية، وهو الزواج الذي تعارف الناس عليه والذي اصطلح عليه الفقهاء بالزواج العرفي.

إلا أنه وبتطور المجتمعات وضعف الوازع الديني في الحياة المعاصرة والتأثر بالعادات الغربية وكذا ظهور التحايل والغش والتواطؤ على الكذب والتلاعب بكل أشكاله دون وجه حق تهربا من المسؤولية وتحويل العلاقات غير مشروعة إلى علاقات شرعية، أصبح للزواج العرفي مفهوم آخر غير الذي ألفناه.

إذ تعد فوضى تثبيت عقد الزواج العرفي في الجزائر في الوقت الراهن من أخطر المشاكل التي تؤرق القضاء نظرا للتحايل إذ أنهم وجدوا ضالتهم بين ثنايا الثغرات القانونية بما يمس النظام العام، كما أنها أصبحت حالات غير مقبولة بتاتا تستدعي إعادة النظر وبالتالي نأمل من خلال هذه الدراسة في إيجاد حلول لمشكلة الزواج العرفي.

مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هي الإشكالات القانونية والقضائية التي يثيرها تثبيت الزواج العرفي وبخاصة المفهوم الذي جاءت به المادة 2/33 من قانون الأسرة الجزائري؟

للإجابة على الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي من خلال استظهار الآراء الفقهية حول مسألة الزواج العرفي وموقف المشرع الجزائري منها، والعمل على الموازنة ما بين نصوص القوانين المنظمة لتثبيت الزواج العرفي بالمقارنة مع نص المادة 2/33 من قانون الأسرة بالإضافة للمنهج الإستقرائي من خلال عرض القرارات التي استقر عليها قضاء المحكمة العليا واستقرائها.

كما تم تقسيم الدراسة لخطة ثنائية:

المحور الأول: تثبيت عقد الزواج العرفي.

المحور الثاني: الزواج الفاسد بمفهوم نص المادة 2/33 أي علاقة بالزواج العرفي.

المحور الأول: تثبيت عقد الزواج العرفي.

الزواج العرفي زواج شرعي صحيح مستوفي لشروطه وأركانه من الناحية الشرعية، وهو ما نصت عليه المادة 06 من قانون الأسرة بأن: "اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا والشروط المنصوص عليها في المادة 9 مكرر"، وهو ما إستقر عليه الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

أما إذا ذكرنا تثبيت الزواج العرفي فإنه يتبادر إلى الذهن وجود الشاهدين، لأنه لا يكفي الرضا لصحة عقد الزواج بل لابد من حضور الشاهدين لإخراجه من حدود السرية حتى لا يتلبس بالزنا، إذ ما يهمنا في هذه الدراسة هو غياب الشاهدين نظرا لخطورته.

أولا- الشهادة شرط للصحة أم وسيلة للإثبات:

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء حيث اشترط في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين في مجلس العقد، وهو ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا لسنة 1999 بأنه: "يثبت الزواج العرفي متى تبين أن أركان الزواج متوفرة فيه طبقا لأحكام المادة 09 من ق أ، ومتى تبين في قضية الحال أن أركان الزواج متوفرة بما فيها الإستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي فإن القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم طبقوا صحيح القانون"[1]، وكذا قرار لسنة 1988 والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا وشرعا أن الزواج يثبت بالشهود الذين حضروا العقد أو على الأقل الفاتحة إذا كانت مشتملة على أركانه وشهادة السماع والثابت في قضية الحال أن الطاعنة أقرت على نفسها بأن علاقتها مع المطعون ضده لم تكن شرعية ولم تقم على عقد مبني على الأركان المعروفة في الزواج".[2]

فيما خالف المشرع الجزائري جمهور الفقهاء في مصير عقد الزواج إذا ما تم بدون شاهدين بحيث يرى الحنفية والشافعية والحنابلة فيما اشتهر عن الإمام أحمد بأنه: "متى توافر شرط الشهادة في العقد كان العقد صحيحا وإذا تخلف في مجلس العقد يعتبر الزواج فاسدا قبل الدخول ولا يصح بعده ويترتب عليه ثبوت النسب بشرط عدم علم العاقدين بعدم صحة العقد فإن علما بذلك كان العقد باطلا".[3]

وهو ما كان عليه الحال في القانون رقم 84-11[4] كان ركنا من أركان عقد الزواج وفي حالة غيابه يرتب البطلان المطلق، فإذا اقترن غياب الشاهدين عن مجلس العقد أثناء إبرام عقد الزواج بغياب الولي أو الصداق فإنه يكون

[1]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/04/20، عن غ أ ش، الملف رقم 221329، المجلة العدد الخاص، لسنة 2001، ص 60.

[2]. قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1988/02/29، عن غ أ ش، الملف رقم 48184، المجلة القضائية العدد 1، لسنة 1991، ص 49.

[3]. دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 155.

[4]. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 الموافق ل 9 رمضان 1404، الجريدة الرسمية العدد 24، السنة 21 الصادر يوم الثلاثاء 12 جوان 1984 الموافق ل 12 رمضان 1404، ص 912.

سببا من أسباب البطلان، وأصبح بموجب الأمر رقم 05-02[5] شرطا للصحة تطبيقا لنص المواد 9 مكرر، والمادة 33 منه وإذا اختل شرط الشاهدين عن مجلس العقد يجعل الزواج فاسدا يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعده بصداق المثل.

فما هو مقصود المشرع الجزائري حسب الفقرة 2 من نص المادة 33 هل هناك طريقة أخرى من طرق تثبيت الزواج العرفي من غير إثباته بالشهادة، فقد استقر قضاء المحكمة العليا بأنه: " يجوز إثبات الزواج العرفي بشهادة الشهود واليمين المتممة" فحتى مع وجود وسيلة أخرى للإثبات تلزم الشهادة.[6]

إذا فالمشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء في اعتبار الشهادة شرطا لصحة العقد والإعلان شرطا للدخول وهذا الأخير لا يتحقق إلا بإشهاد شاهدين على الأقل، ومن خلال نص المادة 2/33 يتبين أنه يمكن تصحيح العقد الذي تم بدون شاهدين إن كان الدخول قد تم وكأن المشرع يتحدث في هذا الصدد عن تثبيت الزواج العرفي، ومع ذلك يجب حضور الشاهدين لإثبات عقد الزواج، وفي هذه الحالة تصبح الشهادة وسيلة للإثبات.

ثانيا- الشروط الواجب توافرها في الشاهدين:

بالرغم من غياب النصوص القانونية التي تتناول الضوابط الواجبة في الشهادة غير أن الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا قد استقر على أن وسيلة إثبات الزواج العرفي هي الشهادة، كما أنها تضمنت شروط وضوابط يجب توافرها في الشاهدين عملا بأحكام الشريعة الإسلامية.

تكريس الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذكورة في الشهود:شهادة عدلين ذكرين معتمدا في ذلك على رأي جمهور الفقهاء غير الأحناف، استنادا لقوله تعالى: "وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ"[7]، تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا في أحد قراراتها كانت تشترط الذكورة في الشاهدين،[8] إلا أنها عدلت عن هذا القرار بأن اشترطت أن يكون رجل وامرأتين[9] عملا بمذهب الحنفية استنادا لقوله تعالى: "وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ "، "وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ"[10] رغم عموم الآيتين فيما يخص المعاملات المدنية إلى أن الأولى شهادة الزواج نظرا لقداسته وخطورته وأن الشاهدين يكونوا ممن حضروا الزواج وعاينوه، ففي قرار للمحكمة العليا يمكن إثبات الزواج بشهادة الشهود الذين حضروا قراءة الفاتحة أو حضور زفاف الطرفين أو شهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود أو غيرهم أن الطرفين كانا متزوجين، فقد إستقر الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا على أن

---

[5]. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الموافق ل 18 محرم 1426، الجريدة الرسمية العدد 15، السنة 24 الصادرة في 27 فيفري 2005 الموافق ل 18 محرم 1426، المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ص 21.

[6]. قرار المحكمة العليا الصادرة بتاريخ 2008/02/13، عن غ أ ش، الملف رقم 424799، المجلة العدد 2، لسنة 2008 ص 307.

[7]. سورة الطلاق، الآية 02.

[8]. قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1986/12/15، عن غ أ ش، الملف رقم 43889، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 1993، ص 37.

[9]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/02/14، عن غ أ ش، الملف رقم 381880، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 2007، ص 483.

[10]. سورة البقرة، الآية 282.

الشهادة المعتد بها في إثبات الزواج العرفي هي شهادة العيان أي شهادة من حضر وعاين مجلس العقد وقد أعمل بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة وعيان.[11]

كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا إثبات الزواج بالشهرة والعلانية ما نصه: "من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعنة عجزت عن إثبات زواجها رغم محاولات الشهود الذين شهدوا لها بالزواج وأدينوا معها في جريمة التزوير، فإن قضاة الموضوع برفضهم لدعوى الطاعنة الرامية إلى إثبات زواجها بالمتوفى طبقوا صحيح القانون".[12] وفي قرار آخر إثبات الزواج بالشهرة والتسامع جاء فيه ما نصه: "يمكن قضاءً إثبات الزواج بالشهرة والتسامع، تجوز الشهادة على الزواج عن طريق التسامع المتواتر، حتى ولو لم يحضر الشاهد مجلس العقد".[13]

كما أن دعوى إثبات الزواج العرفي غير مرتبطة بمدة زمنية محددة ذلك أنه بموجب قرار للمحكمة العليا قضى أن يثبت عقد الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده بعد وفاة الزوج بناءا على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج الصحيح وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يكون قد اعترض على ذلك.[14]

المحور الثاني:الزواج الفاسد بمفهوم نص المادة 2/33 أي علاقة بالزواج العرفي.

الزواج الفاسد هو ما استوفى ركن الرضا وشروط إنعقاده وفقد شرطا من شروط صحته، غير أن مفهومه يختلف في الفقرة 2 من نص المادة 33 من ق أ خصوصا وأننا نلحظ عبارة "... يثبت بعد الدخول" فهل يفهم من هذه العبارة تثبيت الزواج العرفي.

أولا- موقف الفقه من هذه المسألة:

[11]. رتيبة عياش، دور الإجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العرفي، مجلة الإجتهاد القضائي المجلد 13، العدد 28، بجامعة محمد خيضر بسكرة، 2021، ص 131.

[12]. قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/04/30، عن غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 75344، المجلة القضائية العدد 4، لسنة 1992، ص 65.

[13]. قرار المحكمة العليا الصادر في 2012/07/12، عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، الملف رقم 693621، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2012، ص 269.

[14]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/04/23، عن غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 71732، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 1993، ص 49.

عند الحنفية: الزواج الفاسد هو ما استوفى أركانه وشروط إنعقاده وفقد شرطا من شروط صحته ومثاله الزواج بدون شاهدين، ليس للزواج الفاسد عندهم حكم قبل الدخول ولا يترتب عنه أي أثر من آثار الزواج الصحيح، فلا يحل فيه دخول بالمرأة وإن حصل فإنه يكون معصية ووجب التفريق لوجود الشبهة وبالرغم من أنه معصية إلا أنه يرتب بعض الآثار بعد الدخول من وجوب المهر وثبوت النسب ووجوب العدة وثبوت حرمة المصاهرة

أما عند المالكية: الزواج بدون ولي أو بدون شاهدين يعد زواجا مختلفا في فساده فالقاعدة عندهم أن الزواج غير الصحيح يستحق الفسخ قبل الدخول، سواء كان متفقا على فساده أو مختلفا فيه، أما بعد الدخول فإن كان متفقا على فساده وكانا الزوجين عالمين بحرمته أعتبر زنا ووجب الحد ولا يثبت به النسب أما إذا كان الزواج مختلفا على فساده فإنه يوجب بعض الآثار كسقوط الحد ووجوب النسب والعدة والصداق وحرمة المصاهرة.

أما عند الحنابلة: الزواج الفاسد وهو ما اختلف على فساده لدى جمهور الفقهاء ومثاله الزواج بدون ولي أو بلا شهود، ولا يترتب عنه أثر قبل الدخول أما بعده فيرتب بعض الآثار كدرء الحرمة وثبوت النسب والصداق والعدة وحرمة المصاهرة، أما باقي الآثار فلا تثبت من توارث ونفقة هذا إن لم يكن الزوجين عالمين به، أما إن كانا عالمان به فهو محرم بحكم الزنا ولا يثبت به النسب.

أما عند الشافعية: الزواج الفاسد هو الزواج المختلف على صحته ومثاله الزواج بدون شاهدين، يأخذ حكم نكاح الشبهة ويترتب عليه بعض الآثار كثبوت مهر المثل وثبوت النسب ووجوب العدة وثبوت حرمة المصاهرة وسقوط الحد،[15] ومن ثم فإن تصحيح الزواج بدون شاهدين في هذه الحالة فلم يقل به أحد من الفقهاء.

ثانيا- موقف القانون والقضاء من هذه المسألة:

تنص المادة 02/33 المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 على أنه: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

يفهم من نص المادة أنه في حالة تخلف شروط الزواج المذكورة من شاهدين وصداق وولي في حالة وجوبه قبل الدخول فالجزاء هو الفسخ، أما في حالة تخلفهما بعد الدخول فالجزاء هو التثبيت الشيء الذي يفهم منه أن العقد كان موجودا قبل الدخول ولكنه لم يكن مسجلا وإلا لماذا نحتاج لتثبيته بعد الدخول، هل يقصد بذلك الزواج العرفي.

فالعقد لكي يستحق الفسخ لابد أنه كان فاسدا أي مختلا في أحد شروطه، لكن المشرع هنا قضى على العقد بالفسخ لا لتخلف أحد شروطه وإنما لتخلف واقعة الدخول، بدليل أنه يمكن تثبيته بعد الدخول فكأن هذا الأخير صحح أو

[15]. طواهري محمد، الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص المعمق، بجامعة تلمسان 2014- 2015، ص 79.

عوض الخلل الذي كان موجودا أو أن الدخول أصبح شرطا أو ركنا في العقد كان ناقصا بدونه ولما تحقق أصبح العقد صحيح وألغى جميع الشروط الأخرى .[16]

تجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المحكمة العليا في أحد قراراتها تنص على أن "الدخول ليس ركنا من أركان العقد وليس شرطا من شروطه"،[17] "وأن الخلوة الصحيحة بعد توافر أركان الزواج تجعل الدخول قد تم شرعا".[18]

- كما أن هذا لا يعقل من الناحية الإجرائية فإنه إعمالا لنص المادة 22 والمادة 18 من قانون الأسرة لا يمكن لضابط الحالة المدنية ولا الموثق تثبيت الزواج الذي تم بدون شهود.
- يمكن أن نقول تثبيت آثار العقد الفاسد وليس تثبيت العقد الفاسد، ذلك أن واقعة الدخول لا تؤثر في العقد من حيث فساده أو صحته وإنما يراعى في تحديد الآثار المترتبة عن ذلك العقد فقط.
- أن الزواج العرفي التام الأركان ينتهي إما بالطلاق وإما بالتطليق وليس بفسخ الزواج أو بفسخ الخطوبة.[19]

إذا قلنا بأن الزواج الذي تخلف فيه شرط الصداق زواج فاسد يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل ويترتب عنه آثار العقد الصحيح من نفقة وإرث ونسب، في هذه الحالة تكون المسألة صحيحة تماما، إذ أن الصداق لا يؤثر في عقد الزواج فقد يكون مؤجلا أو معجلا أو مختلف فيه وأن ثبوت صحة الزواج دون تحديد الصداق أو تسميته مستند لنص المادة 15 من ق أ ولكن إنعدام الشاهدين لا يصح معه الزواج بأية حال، حيث إستقر إجتهاد المحكمة العليا على أن ثبوت الزواج بدون تحديد الصداق جائز والذي جاء فيه ما نصه: "إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج، ذلك أنه عند النزاع حول الصداق يقضى للزوجة بما لا يجاوز صداق المثل، ومتى تبين في قضية الحال أن الشهود الذين وقع سماعهم قد أكدوا توافر أركان الزواج العرفي ماعدا الصداق بقي مؤجلا حسب عادة المنطقة فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد الحكم القاضي برفض الدعوى الرامية إلى إثبات

---

[16]. اوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة، إشكالية أركان وشروط عقد الزواج، مداخلة منشورة في مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، عن أشغال ملتقى دولي حول القانون الوضعي ومدى فعاليته في مجال الزواج، جامعة وهران العدد 3، 2012، ص 65.

[17]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2009/01/14، عن غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 474897، المجلة القضائية، العدد 1، لسنة 2009، ص 255.

[18]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2002/05/08، عن غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 289545، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2004، ص 373.

[19]. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2/10/12+005، عن غرفة الأحوال الشخصية، الملف رقم 340671، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2005، ص 397.

الزواج رغم توافر أركانه فإنهم عرضوا قرارهم للتناقض والقصور في التسبيب لأن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ".[20]

أي أن الصداق والولي لا يؤثران في العقد بالبطلان وفي غيابهم يصحح العقد بما لا يجاوز صداق المثل، أما إذا تخلف شرط الولي في حالة وجوبه فهنا نكون أمام زواج فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده وتترتب عنه آثار الزواج الصحيح من نفقة وإرث ونسب ويجب فيه الإستبراء، أما إذا تخلف الشاهدين عن العقد يجعل الزواج فاسدا، ويفسخ قبل الدخول وبعده ولا يرتب أي أثر، ذلك أنه يعتبر بحكم زواج السر خصوصا إذا تبعه تواطؤ على الكتمان وهو زواج باطل.

إلا أن اقتران غياب الشاهدين أثناء إبرام الزواج بغياب الولي في حالة وجوبه، أو بعدم تسمية الصداق مثلا فإن بغياب الشهود يتحول إلى سبب من أسباب البطلان مع غيره وهو ما كان يأخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة قبل تعديله كما سبق القول،[21] ولا داعي لذكر ذلك ضمن نصوص قانونية إذ أنه من المتعارف عليه أن الجهات المختصة لا تقبل بتثبيت عقد الزواج بدون حضور الشاهدين، ومنه فإن المشرع الجزائري قد جاء في المادة 33 سالفة الذكر ليمحو كل ما تبناه بموجب المواد السابقة (م9 مكرر، م18 وم22 ...).

خاتمة:

من خلال هذه الدراسة تم التوصل للنتائج والتوصيات التالية:

- نخلص من خلال هذه الدراسة إلى أنه بالرغم من أن الزواج العرفي يكون مقبول في الحالات الإستثنائية أما أن يتم التلاعب بالنصوص القانونية واستغلال الثغرات فهذا من شأنه أن يمس بالنظام العام واستقرار الأسرة والمجتمع، فقد طالب البعض بضرورة توقيف العمل بتثبيت الزواج العرفي إذ أنه يسوي بين علاقات مشروعة وأخرى غير مشروعة ومن بينهم الأستاذ مامون عبد الكريم[22]، أما من جهتنا فندعو ليس إلى إلغائه جملة وإنما إلى تنظيمه أولا ثم العمل بعد ذلك على إلغائه، بالعمل على إحصاء جميع العقود العرفية غير المسجلة أو المغفلة واستحداث مادة قانونية تنظم وتضبط هذه المسألة وفق مدة زمنية محددة لا يمكن اللجوء بعدها إلى الجهات المختصة من أجل تثبيت زواج عرفي لاحق، كما جاء في القانون رقم 77-57 والذي أوجب في نصوصه ضرورة تسجيل عقود زواجهم فور انعقادها بعد خمسة أيام على الأكثر بعد البناء تحت طائلة عقوبات مدنية وجزائية، وهو ما دعى إليه الأستاذ بوجاني

[20]. إجتهاد المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17، عن غ أ ش، الملف رقم 210422، المجلة القضائية العدد الخاص، لسنة 2001، ص 53.

[21]. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الطبعة 4، الجزائر، 2013، ص 187.

[22]. مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، العدد 1، 2004 ص 29.

عبد الكريم[23]، ومن ثم تأتي عملية إلغاء جميع المواد التي تسهل بشكل مباشر أو غير مباشر في انتشار الزواج العرفي والتي تعمل على إضفاء الشرعية على العلاقات غير الشرعية.

- من خلال تحليلنا للفقرة 02 من نص المادة 33 من قانون الأسرة يمكن اقتراح تعديلها على النحو التالي: "... إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عنه آثار العقد الصحيح من نفقة ونسب وعدة"، فيما يبقى الصداق خاضعا لنص المادة 15، ويمكن تصحيح الزواج الذي يتم بدون صداق، وأما الشاهدين فوجودهم إلزامي في إبرام عقد الزواج بالرغم من أن غيابهم لا يمس بآثار العقد إذ أن العقد الفاسد يمكن أن ينتج آثاره فقط، وبالتالي إخضاعها لنصوص المواد 9 مكرر، م 18، و م 22... وغيرها بصورة مؤقتة إلى حين تخصيص مادة قانونية مستقلة ومفصلة يتم من خلالها تحديد شروط تثبيت عقد الزواج بدقة لا تترك مجالا للتلاعبات.
- وبالتالي إعادة النظر في نصوص المواد 06، 18، 22، و33 بإعتبارها مركز التحايل، وأنها أصبحت من غير اللازم الإبقاء عليها فكما يقال قد أكل الدهر منهما وشرب.
- وفي الأخير نقول أن هذه ليست حلول يبتدعها المشرع الجزائري بل هناك قوانين تجرم الزواج العرفي مثل ما هو معمول به في بعض الدول العربية المقارنة، كما صدرت عن الفقهاء المعاصرين فتاوى بتحريمه ومنعه كما أنه لا يخفى علينا أن الزواج في حد ذاته يأخذ أحكاما مختلفة فقد يكون حراما وقد يكون واجبا أو مندوبا ... إلى غير ذلك فما الذي يمنع من تطبيق هذا الحكم على الزواج العرفي.[24]
- كما أن هناك أحكام شرعية كان معمول بها وفق مقاصد الشريعة الإسلامية والتي تم إلغاؤها بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة لسنة 2005 لما أصبحت تشكله من مركز للتحايل ومساسا بمكانة المرأة ومن بينها الوكالة في عقد الزواج، ولاية الإجبار، والقوامة... وغيرها، وبالتالي أصبح من الضروري كذلك إعادة النظر في مسألة تثبيت عقد الزواج العرفي.

---

[23]. بوجاني عبد الكريم وغربي صورية، تعارض نصوص قانون الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العرفي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي لأفلو، المجلد 2، العدد 1، 2020، ص 237.

[24]. الدول العربية المقارنة التي تجرم الزواج العرفي: القانون الأردني في نص المادة 17 منه: "إذا تم الزواج بدون وثيقة رسمية يعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات بغرامة لكل واحد منهم لا تزيد عن 100 دينار"، القانون العراقي في نص المادة 5/10: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن 6 أشهر ولا تزيد عن سنة أو بغرامة لا تقل عن 300 دينار ولا تزيد عن 1000 دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتتضاعف العقوبة للحبس مدة لا تقل عن 3 سنوات ولا تزيد عن 5 سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجا مع قيام الزوجية" أما القانون التونسي وعلى خلاف بقية الدول الإسلامية يعتبر عقد الزواج العرفي باطل، حيث جاء في الفصل الرابع من مجلة الأحكام الشخصية التونسية أنه: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص"،كريمة محروق،واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1 العدد 39، 2013، ص 155.

قائمة المصادر والمراجع:

- **الكتب:**

دليلة فركوس وجمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة إنعقاد الزواج، دار الخلدونية، الجزائر، 2016.

عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، الطبعة 4، دار هومة، الجزائر، 2013.

- الرسائل والأطروحات الجامعية:

طواهري محمد، الجزاء المدني في بعض مسائل الزواج، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص المعمق بجامعة تلمسان، 2014-2015.

- **المقالات:**

بوجاني عبد الكريم وغربي صورية، تعارض نصوص قانون الأسرة مع أحكام الشريعة من حيث الآثار المترتبة على إثبات الزواج العرفي، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي لأفلو، المجلد 2 العدد 1، 2020.

رتيبة عياش، دور الإجتهاد القضائي في معالجة الشغور الإجرائي في إثبات الزواج العرفي، مجلة الإجتهاد القضائي المجلد 13، العدد 28، بجامعة محمد خيضر بسكرة، 2021.

كريمة محروق،واقع الزواج العرفي في الجزائر أسبابه ومفاسده وإجراءات الحد منه، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 1، العدد 39، 2013.

مامون عبد الكريم، نظام الزواج العرفي، دراسة نقدية، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، العدد 1، 2004.

- **أعمال ملتقى أو مؤتمر:**

اوعامري محمد، ملاحظات حول المادة 33 من قانون الأسرة، إشكالية أركان وشروط عقد الزواج، مداخلة منشورة في مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، عن أشغال ملتقى دولي حول القانون الوضعي ومدى فعاليته في مجال الزواججامعة وهران، العدد 3، لسنة 2012.

- **الوثائق القانونية:**

القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 الموافق ل 9 رمضان 1404، الجريدة الرسمية العدد 24السنة 21 الصادر يوم الثلاثاء 12 جوان 1984 الموافق ل 12 رمضان 1404.

الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الموافق ل 18 محرم 1426، الجريدة الرسمية العدد 15 السنة 24 الصادرة في 27 فيفري 2005 الموافق ل 18 محرم 1426، المعدل للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة.

- **الأحكام والقرارات القضائية:**

قرار المجلس الأعلى، الملف رقم 48184،الصادر بتاريخ 1988/02/29، عن غ أ ش، المجلة القضائية العدد 1، لسنة 1991.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 75344،الصادر في 1990/04/30، عن غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 4، لسنة 1992.

قرار المجلس الأعلى، الملف رقم 43889،الصادر بتاريخ 1986/12/15، عن غ أ ش، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 1993.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 71732، الصادر بتاريخ 1991/04/23، عن غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1993.

إجتهاد المحكمة العليا، الملف رقم 210422،الصادر بتاريخ 1998/11/17، عن غ أ ش، المجلة القضائية العدد خاص، لسنة 2001.

قرار المحكمة العليا،الملف رقم 221329، الصادر بتاريخ 1999/04/20، عن غ أ ش، المجلة العدد خاص، لسنة 2001.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 381880، الصادر بتاريخ 2007/02/14، عن غ أ ش، المجلة القضائية العدد 2، لسنة 2007.

قرار المحكمة العليا،الملف رقم 289545،الصادربتاريخ 2002/05/08، عن غرفة الأحوال الشخصيةالمجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2004.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 340671،الصادر بتاريخ 2005/10/12،عن غرفة الأحوال الشخصيةالمجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2005.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 424799، الصادرة بتاريخ 2008/02/13، عن غ أ ش، المجلة العدد 2 لسنة 2008.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 474897،الصادر بتاريخ 2009/01/14، عن غرفة الأحوال الشخصيةالمجلة القضائية، العدد 1، لسنة 2009.

قرار المحكمة العليا، الملف رقم 693621،الصادر في 2012/07/12، عن غرفة شؤون الأسرة والمواريثالمجلة القضائية، العدد 2، لسنة 2012.

مبدا الرضائية في الخلع بين الشريعة وقانون الاسرة الجزائري والاجتهاد القضائي

The principle of consentin khul between Sharia and Algerian family law and jurisprudence

د. عباس شافعة*
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر
Abbes.chafaa.droit@gmail.com

د. توفيق دربالي
مخبر الأبحاث والدراسات متعددة التخصصات في القانون والتراث والتاريخ والأبحاث
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 01، الجزائر
toufik.derbali@univ-batna.dz

ملخص:

شـرع الله الـزواج لبناءعلاقـة وثيقـة تـربط بـين الـزوجين قوامهـا المـودة والرحمـة فـالزواج ميثـاق غليـظ يـربط بين الرجـل والمراة بشـروطه واركانـه المعتبرة شـرعا وقانونـا لتحقيـق غايـات ومصـالح دينية ودنيوية تعود بالخير علي الفرد والمجتمع

فـالزواج هـو مؤسسـة مباركةتسير وتسـتمر بالصبر وحسـن العشـرة الا انـه قـد يتسـلل الي الحيـاة الزوجية بوادر الكره والنفرة قد يكون سببها اما ماديـا او معنويـا او قـد يكـون النفـور جسـديا لذمامة في الخلق او الخلق فـان كان الكره من جانب الرجل فـان بيده الطلاق كحق اصيل لـه اما اذا نفرت المراة من زوجها فان بيدها اللجوء الي الخلـع وباعتبـار ان أسـباب الخلـع لا يشـترط اثباتهـا امـا م القاضـي مـن طـرف الزوجـة لان في الاغلب لها أسباب نفسية غير ظاهرة فانها تختلع منه بعوض مالي الا ان النقاش يثار حول مسألة رضـا الـزوج مـن عدمـه وهـذا لاخـتلاف الآراء الفقهيـة والتفسـيرات القانونيـة والاجتهـادات القضـائية قبـل تعـديل قـانون الاسـرة الجزائـري وبعد التعديل . وتهدف هذه الدراسة الي تسليطالضوء علي واقع تطبيق الخلع كأحد صـور انهـاء العلاقـة الزوجيـة بـين مؤيدلمبـدا رضـائية الـزوج وراي مخـالف لا يشـترط رضـا الـزوج وهـو مـا ذهبت اليـه المادة 54 من قـانون الاسرة الجزائري 2005.

الكلمات المفتاحية– الرضائية في الخلع –الإرادة المنفـــــــــــــــردة –الخلـــــــــــــــع

Abstract

Marriageisablessed institution thatproceeds and continues with patience and good treatment, but signs of hatred and alienationmaycreepinto marital life. Its cause maybeeithermaterial or moral, or the aversion maybephysical due to responsibility in morals or morals. The womanfromherhusband has the right to resort to divorce, and giventhat the reasons for divorce are not required to beproven, but the judgeis on the

God has prescribedmarriage to build a close relationshipbetween the spousesbased on affection and mercy. Marriageis a strong covenant thatbinds a man and a womanwithits conditions and pillarsthat are consideredlegal and legal to achievereligious and worldly goals and interestsbenefit the individual and society.

part of the wife, because in most cases she has psychologicalreasonsthat are not apparent, sosheisdivorcedfromhimwithfinancial compensation, but the discussion israised about the issue of the husband's consent or not, and thisis due to the difference in jurisprudential opinions and legalinterpretations And jurisprudence before and after the amendment of the Algerian Family Code. This studyaims to shed light on the reality of the application of khula' as one of the forms of ending the marital relationshipbetweena supporter of the principle of the husband's consent and a dissenting opinion thatdoes not require the husband's consent, whichiswhat Article 54 of the Algerian Family Code 2005.

Keywords *-consensualkhul' –khul-unilateralwill*

مقدمة:

شرع الله الزواج لبناءعلاقة وثيقة تربط بين الزوجين قوامها المودة والرحمة فالزواج ميثاق غليظ يربط بين الرجل والمراة بشروطه واركانه المعتبرة شرعا وقانونا لتحقيق غايات ومصالح دينية ودنيوية تعود بالخير علي الفرد والمجتمع فالزواج هو مؤسسة مباركةتسير وتستمر بالصبر وحسن العشرة الا انه قد يتسلل الي الحياة الزوجية بوادر الكره والنفرة قد يكون سببها اما ماديا او معنويا او قد يكون النفور جسديا لذمامة في الخلق او الخلق فان كان الكره من جانب الرجل فان بيده الطلاق كحق اصيل له اما اذا نفرت المراة من زوجها فان بيدها اللجوء الي الخلع وباعتبار ان أسباب الخلع لا يشترط اثباتها اما م القاضي من طرف الزوجة لان في الاغلب لها أسباب نفسية غير ظاهرة فانها تختلع منه بعوض مالي الا ان النقاش يثار حول مسالة رضا الزوج من عدمه وهذا لاختلاف الآراء الفقهية والتفسيرات القانونية والاجتهادات القضائية قبل تعديل قانون الاسرة الجزائري وبعد التعديل .

وتهدف هذه الدراسة الي تسليط الضوء علي واقع تطبيق الخلع كأحد صور انهاء العلاقة الزوجية بين مؤيدلمبدا رضائية الزوج وراي مخالف لا يشترط رضا الزوج وهو ما ذهبت اليه المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري 2005. وبناءا عليه حاولنا في هذه الدراسة طرح السؤال التالي ما مدي التوافق بين ماجاء في قانون الاسرة المعدل 2005 والشريعة الإسلامية حول مبدا الرضائية في الخلع.ويتفرع عن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية: -هل الخلع رضائي ام يصدر عن الإرادة المنفردة ؟

-ماسبب غموض المادة 54من قانون الاسرة المعدل 2005 ؟

-ماسببإضطراب الاجتهادات القضائية في مسألة الخلع؟ وقد اعتمدنا في هذه الدراسة علي المنهجالتحليلي القانوني وذلك لعرض وتحليل المواد القانونية المتعلقة بالخلع واستعنا بالمنهج المقارن لبيان مدي الاتفاق او الاختلاف بين الشريعة وقانون الاسرة حول مسالة الرضائية في الخلع وللاجابة عن هذه الإشكالية قسمنا دراستنا الي محورين

المحور الأول: تباين تفسير مبدأ الرضائية في الخلع بين الشريعة والقانون المحور الثاني: اضطراب الاجتهادات القضائية حول مسالة الرضائية قبل وبعد تعديل قانون الاسرة الجزائري

المحور الأول تباين تفسير مبدأ الرضائية في الخلع بين الشريعة والقانون

لاشك ان مسالة مخالعة الزوجة لزوجها هي من المسائل القديمة التي بحثها الفقهاء المتقدمون حيث اجمعوا ان الخلع لا يقع الا بالتراضي بين الزوجين غير ان التعديلات التي مست الكثير من قوانين الأحوال الشخصية في عدد من الدول الإسلامية ومن بينها قانون الاسرة الجزائري تجاوزت مبدأ الرضائية بين الزوجين حيث يمكن للزوجة ان تخالع زوجها بدون الاتفاق مقابل دفع عوض مالي وهو ما اعتبره بعض الفقهاء والقانونيين خروجا عن المقصد الصحيح للخلع.

ولهذا سنحاول التعرف علي طبيعة الخلع من خلال اهم اراء المذاهب الإسلامية المعتبرة وكذلك الطبيعة القانية للخلع من خلال قانون الاسرة الجزائري المعدل.

اولاالتعريفات الفقهية للخلع وفق المذاهب الإسلامية المعتبرة

اختلف الفقهاء في وضع تعريف واحد للخلع وهذا لاختلاف نظرة كل طرف في تفسير نصوص الشريعة المتعلقة بالخلع

تعريف المذاهب الأربعة للخلع

أ **المذهب المالكي** :الخلع طلاق بعوض سواء كان من الزوجة او من غيرها من ولي او من غيره او هو بلفظ الخلع وهو يدل علي ان الخلع نوعان

الأول وهو الغالب ماكان نظير عوض الثاني ما وقع بلفظ الخلع ولو لم يكن نظير شيء كأن يقول لها خالعتك او انت مخالعة فالخلع عن المالكية يشمل الفرقة بعوض او بدونه[1]

ب المذهب الحنفي:عرفته الحنفية بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة علي قبولها بلفظ الخلع او معناه[2]

ج المذهب الشافعي:عرفت الشافعية الخلع بانه فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لحق الزوج بلفظ من الفاظ الطلاق[3]

دالمذهب الحنبلي:عرف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه فراق الزوج لزوجته بعوض بالفاظ مخصوصة [4]

نستنتج مما سبق من تعريفات للخلع وفق المذاهب الأربعة مايلي:

–يكون الخلع من زواج صحيح فلا خلع من نكاح فاسد

-ان يكون بالفاظ مخصوصة من الفاظ الطلاق او الخلع

–ان يكون بعوض مالي اما عند الشافعية والمالكية فانه يقع بلفظ الخلع فلا يشترط وجود العوض

-ان يكون بالتراضي بين الزوجين فهو في معني المعاوضة أي أن المرأة تفتدي نفسها بمال مقابل خلعها بموافقة الزوج

2طبيعة الرضا في الخلع عند الفقهاء :الرضائية في الخلع تكون بين الزوجة والزوج فرض الزوجة لا خلاف فيه فهي راغبة في افتداء نفسها مقابل الخلاص من الزوج وفك الرابطة الزوجية انما الاشكال يثار حول مسألة رضا الزوج في الخلع وموافقته علي قبول الفدية التي تعرضها الزوجة لرغبتها في انهاء العلاقة الزوجيةوقد اختلف الفقهاء في اشتراط رضا الزوج في المخالعة وانقسموا الي فريقين

أ-الزامية رضا الزوج :اجمع فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية علي ان رضا الزوج ركن في المخالعة قال: الكساني "اما ركنه اذا كان بعوض الايجاب والقبول لأنه عقد علي الطلاق بعوض ولا تقع الفرقة ولا يستحق الفرقة بدون قبول" وقال ابن القيم"في تسميته سبحانه الخلع فدية دليل علي ان فيه معني المعاوضة " وقال ابن حزم فلها ان تفتدي منه-اي الزوج –ويطلقها ان رضي هوولم يجبر هو ولا اجبرت هي انما يجوز بتراضيهما [5]

فالفقهاء متفقون علي ان الخلع عقد رضائي لوجود العوض فيه اي فيه ايجاب وقبول فالزوجة تعرض مبلغا من المال لقاء افتدائها والزوج إما يقبل او يرفض

ب-عدم الزامية رضا الزوج :يذهب جانب من الفقه وفي مقدمتهم الظاهرية الي أن رضا الزوج ليس شرطا للمخالعة

ثانيا موقف المشرع الجزائري من مبدأ الرضائية في الخلع

إن الطبيعة القانونية للخلع شابها الكثير من الغموض سواء في قانون الاسرة القديم 11/84 او في قانون الاسرة المعدل رقم 02/05حيث تحول من رخصة الي حق أصيل

1-الخلع عقد رضائي

اعتبرقانون 11/84الخلع عقدا رضائياحيث نصت المادة 54منه بالقول "يجوز للزوجة ان تخالع نفسها من زوجها علي مال يتم الاتفاق عليه..."[6]

وباستقراء نص هذه المادة نجد انها غامضة ومبتورة فهي لاتفصح عن الطبيعة القانونية للخلع فهو يتأرجح بين كونه عقدا رضائيا اوعقدا شخصيا كذلك فان الخلع باعتباره احدطرق فك الرابطة الزوجية احتجز في مادة واحدة من فقرة واحدة وهذه المادة لم تعطي تعريفا محددا للخلع ولم تبين الحالات التي تؤدي اليه كذلك فان نص المادة54 لم يشر صراحة الي موافقة الزوج علي الخلع وانما اشارت الي الاتفاق علي المال فقط وهو ما أدي الي غموض وتضارب للاجتهادات القضائية في تلك الفترة

2-تحول الخلع من عقد رضائي الي حق شخصي في قانون الاسرة 02/05

حول قانون الاسرة 02/05 الخلع من رخصة تلجأ اليها المرأة لفك الرابطة الزوجية الي حق اصيل لها وهذا ماجاء في نص المادة 54"يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسهابمقابل مادي..."ان اضافةعبارة دون موافقة الزوج قد اشار صراحة الي وقوع الخلع دون موافقة الزوج وقد اثار هذا التحول في الراي الي الكثير من الجدل بين مؤيد ومعارض فجانب يري ان اشتراط موافقة الزوج يجعل الزوجة كالمعلقة ويزيد من حدة التوتر ويعلق زوجة كارهة لزوجها وتريد الافتداء منه مقابل عوض مادي

وجانب اخر يري ان التعديل قد فتح الباب امام زيادة كبيرة في حالات الخلع مما اثر علي تماسك الاسرة وشجع الزوجات علي طلب الخلع فاصبحت الزوجة هي المتعسفة في هذا الجانب في كثير من الاحيان

لم تعطي المادة 54 تعريفا دقيقا للخلع واكتفت بتحديد طبيعته القانونية كحق شخصي للزوجة.

وترجع اسباب هذا التعديل في نص المادة 54 الي جملة من الاسباب نذكر منها[7]

-مطالبة الجمعيات والحركات النسوية بتعديل قانون الاسرةوتقرير المساواة بين الرجل والمرأة في فك الرابطة الزوجية

-عجز الزوجة المتضررة من اثبات الضرر فسمح هذا التعديل للزوجة بالمطالبة بفك الرابطة الزوجية بدون رضا الزوج

-تعسف الزوج في قبول الخلع مما يجعل الزوجة كالمعلقة فلا هي متزوجة ولا هي مطلقة

ان الاتجاه الرافض لهذا التعديل يري ان اغفال حق رضا الزوجيعد مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية حيث اجمع جمهور الفقهاء على ضرورة موافقة الزوج على الخلع ويبدو ان المشرع في هذا التعديل تاثرباراء الفقهاء المعاصرين وباجتهادات المحكمة العليا.

من خلال نص المادة 54 بدت ملامح تأثر المشرع الجزائري بالالتزمات الدولية الناتجة عن مصادقة الجزائر علي اتفاقية القضاء علي جميع اشكال التمييز ضد المرأة الا ان جانبا من الفقه يري ان تعديل المادة 54 له مايسنده في الفقه الاسلامي[8]

صادقت الجزائر علي اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المراةسيداو في 22-01-1996 المكونة من 30 مادة مع التحفظ على بعض الموادالتي تخالف قانون الاسرة في بادئ الامر وامام ضغط لجنة سيداو رفعت هذه التحفظات وعدل قانون الاسرة ليتماشي مع الاتفاقيات الموقعة وعلى رأسها حق الزوجة في مخالعة زوجها بدون موافقته وخاصة ما جاء في المادة 16 الفقرة 1-2 التي تنص على" ان تتخذ الدول الاطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء علي التمييز ضد المراة في كافة الامور المتعلقة بالزواج والعلاقات الاسرية وان تضمن بوجه خاص نفس الحقوق والمسؤوليات اثناء الزواج وفسخه[9] ويعكس نص هذه المادة خطورة علي قيم المجتمع الجزائري ويهدد تماسك الاسرة والنسيج الاجتماعي ونتيجة لذلك صدر تحت رعاية اللجنة المعنية بالقضاء علي التمييز ضد المراة بالجزائر في دورتها الثانية والثلاثين أيام 10-28 كانون الثاني 2005 في حدود تسع وأربعين تعليمة نصت كلها علي تكريس مبدا المساواة بين المراة والرجل حيث جاء في البند 07 من تقرير اللجنة " انه من الضروري ادخال تعديلات علي قانون الاسرة نظرا للتحولات التي طرأت علي المجتمع وللتصديق علي اتفاقيات دولية وخاصة اتفاقية القضاء علي جميع اشكال التمييز ضد المراة..." [10]

اثرت مصادقة الجزائر علي اتفاقية سيداو علي تعديل قانون الاسرة لاسيما المادة 54 منه والتي بموجبها تحول الخلع من رخصة للزوجة الي حق يخول لها فك الرابطة الزوجية بالارادة المنفردة[11]

وهو مايؤكد رفع الجزائر للتحفظات التي وضعتها علي بعض المواد في اتفاقية سيداو وخاصة ماجاء في المادة 16 والتي دعت الدول الأطراف في الاتفاقية الي إرساء مبدأ المساواة بين الجنسين في الزواج والطلاق

وقد نتج عن هذا التعديل ارتفاع حالات الخلع من سنة 2018 الي 2020 حيث سجلت 573حالة في 2018 و750 حالة في 2019 و582 حالة في 2020[12]

ان تعديل المادة 54 من قانون الاسرة جعل الخلع حق شخصي للزوجة لفك الرابطة الزوجية

المحور الثاني الاجتهاد القضائي بين الاضطراب والاستقرار حول مبدأ الرضائية

طبقا لاحكام المادة 222 من ق .ا.ج التي تنص على" كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الي احكام الشريعة الإسلامية "13

وتميز الاجتهاد القضائي الجزائري في مسالة الرضائية المتعلق بفك الرابطة الزوجية بعدم الاستقرار وعدم الثبات علي راي واحد ونستطيع القول انه مر بمرحلتين أساسيتين هما:

أولا مرحلة عدم الاستقرار والثبات

نصت المادة 54من قانون الاسرة لسنة 1984 على انه "يجوز للزوجة ان تخالع زوجها علي مال يتم الاتفاق عليه فان لم يتفقا على شيئحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم بما ان نص المادة 54 من قانون الاسرة 1984 لم تكن عباراته قطعية وواضحة الدلالة فيما يتعلق بإرادة الزوجين في الخلع

فقد اختلف الاجتهاد القضائي بين اعتبار الخلع رخصة لا بد فيها من رضا الزوج او انه حق يخضع لرضا الزوجة وحدها وهنا نفرق ين نوعين من الاجتهادات القضائية

1-الاجتهادات القضائية التي اعتبرت الخلع يحتاج الي موافقة لزوج

أ-الإجتهادات التي قالت بأن الخلع رضائي :

ان الخلع رضائي يحتاج الي ايجاب وقبول ويشترط رضا الزوج فيه ومن اهم هذه الاجتهادات

–القرار الصادر بتاريخ 11-06-1984 والذي جاء فيه "من كان المقرر شرعا ان الخلع يعتبر عقدا رضائياولا يجوز حينئذ لقاضي ان يحكم به من تلقاء نفسه فان القضاء بما يخالف احكام هذا المبدا يعد انتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع [14]

قد يكون الاجتهاد القضائي قد حاد عن راي السادة المالكية في موضوع رضا الزوج في الخلع لكن لايعتبر ذلك خروجا عن مبادئ الشريعة الإسلامية لان هناك راي معتبر في الفقه الإسلامي يمكن الاستناد عليه ومن ذلك ماذهب اليه الامام ابن تيمية

-القرار الصادر بتاريخ 21-11-1988والذي جاء فيه "من المقرر فقها وقضاءا ان قبول الزوج بالخلع امر وجوبي وانه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدا يعد مخالفا لاحكام الفقه ولما كان اثابت –في قضية الحال-فان المطعون ضدها طلبت التطليق ولم يكن لها سبب فيه واظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون ان تجد قبولا من هذا الأخير فان القضاء بتطليق المطعون ضدها علي سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع ومتي كان ذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة"[15]

-القرار الصادر بتاريخ 2-09-1991"حيث ان التفسير الوارد بأسباب الحكم المطعون فيه كان مخالفا لقصد المشرع المنصوص عليه في احكام المادة 54 من قانون الاسرة ذلك ان المشرع لايشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج ولا يمكن فرضه عليه من طرف القاضي وان احكام المادة أعلاه تجيز للقاضي حق التدخل في الاتفاق على مبلغ الخلع فقط علي علي مبدا الخلع الذي يترك لارادة الزوج..."[16]

من الملاحظ ان المحكمة العليا أسست اجتهاداتها علي أساس ان العصمة بيد الزوج وبالتالي فان رضاه مطلوب لصحة الخلع حتي يتم فالقضاة اخذوا راي الجمهور الذي جعل استجابة الزوجة للخلع امرا وجوبيا لصحة الخلع باعتباره عقدا رضائيا لا بدفيه من الايجاب والقبول[18]

ب-الاجتهادات التي قالت بأن الخلع غير رضائي:

- القرار الصادر بتاريخ 19-04-1994"ان الخلع اجازته الشريعة الإسلامية وكرسه قانون الاسرة سواء رضي الزوج او لم يرضي فانه يكفي ان تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون الحاجة الي موافقة الزوج 19

ثانيا مرحلة استقرار الاجتهاد القضائي بعد تعديل قانون الاسرة02/05

1- موقف الاجتهاد القضائي بعد التعديل :

– الخلع حق ارادي للزوجة

–الخلع ليس عقدا رضائيا وموافقة الزوج غير ضرورية فيه[17]

2-أسباب تعديل المادة 54 من وجهة نظر المدافعين عن عدم شرط الرضائية : -- - تعسف الزوج وابتزازه للموافقة علي الخلع

- صعوبة اثبات الضرر الواقع علي الزوجة خاصة في العنف النفسي

خاتمة:

لاشك ان الخلع شرع لما فيه مصلحة الحياة الاسرية وتماسك النسيج الاجتماعي ورفع الضرر عن الزوجة ولكن فان التعديل الذي جاء في قانون الاسرة الجزائري قد حوله الي حق شخصي للزوجة توقعه بإرادتها المنفردة وقد ادي ذلك الي نتائج عكسية منها تحول الخلع من رخصة الي ظاهرة شجعت المرأة إلي اللجوء اليه في كثير من الأحيان الي أسباب غير مبررة وعليه توصلنا الي النتائج التالية :

- تعديل قانون الاسرة جاء في فترةحساسة رافقت توقيع اتفاقية سيداو

-احكام الخلع غير واضحة في قانون الاسرة فمادة واحدة لا تكفي للامام بجميع الضوابط والشروط المعتبرة فقها لايقاعه

لذا نوصي بمايلي :

-ضرروة إعادة النظر في قانون الاسرة وخاصة المادة المتعلقة بالخلع واضافة مواد اخري لاثراء الجوانب المغفلة في هذه المسالة

التهميش :

[1]عبد الكريم نذير ونورالدين حمادي، الخلع بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري،مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد1 العدد،03 ،لسنة 2021 ، ص ص434-452 ، ص437

[2]رابح غريب ،احكام الخلع في قانون الاسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية ، مجلة تاريخ العلوم ، العددالسابع ، مارس 2017 ، ص 78

[3]رابح غريب المرجع نفسه ص 78

[4]سعيد الزيباري ، احكامالخلع في الشريعة الإسلامية ، دارالنهضة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 1997، ص51

[5]براهيمي اسيا وليلي جمعي ،رضائية الزوج في الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والاجتهادات القضائية الجزائرية ، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 09 ، العدد 01 ،جوان2022 ، ص558

[6]المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري 11/84

[7]ياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الاسرة الجزائري والممارسة القضائية ،مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، مجلد 07، عدد01 ، 2021 ، ص ص71-92 ، ص76

[8]شوقورفاضل ، تعديل المادة 54من قانون الاسرة بين تقييد الطلاق وتكريس مبدا المساواة بين الزوجين ، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد ، المجلد 06 ، العدد02 ، السنة 2021، ص ص93-109 ، ص 104

[9]هشام ذبيح ،حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرةالجزائري والشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص تخصص قانون احوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2019-2020 ، ص 279

[10]هشام ذبيح المرجع نفسه ص280

[11]شوقورفاضل المرجع السابق ص 98

[12]شوقور فاضل المرجع نفسه ص 105

[13]المادة 222 من ق .ا.ج

[14]هشام ذبيح المرجع السابق ص 275

[15]نضيرة عتيق ،اثر الاجتهاد القضائي علي مبدا الرضائية في التفريق بالخلع ، مجلة البحوث والدراسات ، العدد21 ،السنة 2016 ، ص 90

[16]نضيرة عتيق المرجع نفسه ص90

[17] براهيمي اسيا وليلى جمعي، المرجع السابق ،ص548

[18]هشام ذبيح المرجع السابق ص 276

[19] صديق سعداوي ، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة ، ص 167

[20]هشام ذبيح المرجع السابق ص 278

المراجع:

1-الكتب :

- سعيد الزيباري ، احكامالخلع في الشريعة الإسلامية ،دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 1997

2-الراسائل والأطروحات :

- هشام ذبيح ، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية في ضوء قانون الاسرة الجزائري والشريعة الاسلامية ، اطروحة دكتوراه في القانون الخاص تخصص قانون احوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محد خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2019-2020

3-المقالات :

- عبد الكريم نذير ونورالدين حمادي، الخلع بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد1 العدد،03 ،لسنة 2021
- رابح غريب ، احكام الخلع في قانون الاسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بقوانين الدول العربية والشريعة الإسلامية ، مجلة تاريخ العلوم ، العدد السابع ، مارس 2017
- براهيمي اسيا وليلي جمعي ، رضائية الزوج في الخلع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والاجتهادات القضائية الجزائرية ، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 09 ، العدد 01 ،جوان2022
- ياسين بن عمر، الخلع في نصوص قانون الاسرة الجزائري والممارسة القضائية ، مجلة الدراسات الفقهية والقضائية ، مجلد 07، عدد01 ، 2021
- شوقورفاضل ، تعديل المادة 54من قانون الاسرة بين تقييد الطلاق وتكريس مبدا المساواة بين الزوجين ، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد ، المجلد 06 ، العدد02 ، السنة 2021
- نضيرة عتيق ، اثر الاجتهاد القضائي علي مبدا الرضائية في التفريق بالخلع ، مجلة البحوث والدراسات ، العدد21 ،السنة 2016
- صديق سعداوي ، تغيرات مبدأ الرضائية وفق الاجتهاد القضائي الجزائري في الطلاق بالخلع ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة

4-الوثائق القانونية :

- المادة 54 من قانون الاسرة الجزائري 11/84
- المادة 222 من ق .ا.ج

السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي
The judge's discretion in compensation for the arbitrary divorce

د. سهايلية بسمة
مخبر قانون الاسرة
جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر-01-
basehailia@gmail.com

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى البحث والتعمق في موضوع سلطة القاضي في التعويض عند تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا من خلال نص المادة 52 ق.أ.ج من جهة، ومن جهة أخرى التعرف على الأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي و تكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا.

ونتيجة لما تم ذكره وللإحاطة أكثر بالموضوع نطرح الإشكالية التالية : كيف يتم إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها القاضي في ذلك؟ و للإجابة على هذه الإشكالية، فقد إعتمدنا منهجين يتوافقان و فكرة الموضوع، المنهج التحليلي و المنهج المقارن، وبعد دراسة هذا الموضوع توصلنا لنتائج أهمها :

-بالرغم من إقرار المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي الوارد ضمن نص المادة 52ق.أ، إلا أنه لم يبين قيمة هذا التعويض، أو كيفية تقديره، تاركا المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

-المشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الناجم عن الضرر الأحق بالمطلقة، لم يكن مطلقا، بل قيده بتسبيب حكمه من خلال تحديد الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم القاضي بقيمة التعويض و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

-تراقب المحكمة العليا تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي من خلال مراقبة عناصر وشروط الضرر التي اعتمد عليها في التقدير، ومن ثم مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض.

(الخط:Sakkal Majalla ،عادي(12)،تباعد بين الأسطر:1.0،المسافة البادئة للفقرات:0.4سم)... ينطبق هذا التنسيق على كامل نصوص متن المقال.

الكلمات المفتاحية: الطلاق التعسفي، متعة، تعويض، سلطة القاضي، رقابة المحكمة العليا.

Abstract:

This study aims at investigating the topic of the judge's discretion in the compensation for the arbitrary divorce from the perspective of the jurisprudence and the law through Article 52 of the Family Law. Besides, it aims at knowing the bases taken into consideration in estimating the compensation that are subject to the control of the supreme court. Based on what has been said, and to better cover the topic, we raise the following problematic: how is the family issues judge's discretion used in estimating the compensation for arbitrary divorce? And what are the methods the judge uses in that? To answer these questions, we relied on the analytical and comparative methods as they suit the topic. Our

in reasoning.
-The supreme court controls the estimation of the family issues' judge regarding the compensation for the arbitrary divorce through controlling the elements and conditions of harm he relied on in the estimation, and controlling the validity of applying the rules related to the compensation.

findings show that:
-Despite the Algerian Legislator recognized the principle of compensation for the harm resulting from the arbitrary divorce as provided for in Article 52 of the Family Law, he did not show the amount of compensation leaving it to the judge's discretion.
-The Legislator did not give the absolute discretion to the judge in determining the compensation amount as he is bound to showing the causes that pushed him to take such decision; otherwise his decision shall be faulty due to flaw

Keywords:*compensation; discretion; control of the supreme court*

مقدمة:

الطلاق ضرورة أجاز اللجوء إليها كل من الشرع والقانون في حال تعذر الحياة الزوجية لقوله تعالى: " وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا " سورة النساء الآية 130، إلا أنه قيد بجملة من الأحكام ينبغي على الزوج مراعاتها حتى يقع طلاقه سنيا وصحيحا.

ونظرا لآثار الطلاق الوخيمة الظاهرة على الأسرة أولاه المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة إهتماما بالغا، فنظم أحكامه وبين الحقوق والواجبات المترتبة عنه وأعتبره أحد أسباب فك الرابطة الزوجية منها الطلاق بالإرادة المنفردة والتي أساسها العصمة الزوجية المملوكة شرعا للزوج، إلا أن القانون بإعطاء هذا الحق للزوج وحده قيده من ناحية أخرى بعدم التعسف في إطلاقه، لأن إستعمال هذا الحق في غير ما شرع له، بأن يطلقها لغير حاجة يجعل من هذا الإستعمال تعسفيا، فالمرأة في معظم الأحيان تكون هي الضحية ويقع عليها أكبر ضرر، والإسلام بطبيعته دين عدل ومساواة أنصف المرأة في كافة النواحي والمجالات فقط حافظ عليها أما وأختا وبنتا وزوجة ومطلقة فشرع المتعة والتعويض إذا كان الطلاق تعسفيا رفعا للضرر.

والقانون الجزائري بدوره لم يسلب الزوج حق الطلاق وإنما قيده بمبدأ عدم التعسف في إستعماله، وذلك لحماية الزوجة ورفع الضرر عنها فتناول قانون الأسرة رقم 11/84 المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 الطلاق التعسفي من خلال المادة 52 منه التي تنص على أنه" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

خولت هاته المادة للقاضي تعويض المطلقة عن الضرر اللاحق بها، فقد فتحت الباب واسعا أمام القاضي لاعمال سلطته التقديرية، وايجاد العلاج المناسب.

و عليه تكمن اهمية الموضوع في بيان السلطة التقديرية التي يملكها قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض المناسب عن تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية، وكذا بيان الدور الذي تلعبه المحكمة العليا في رقابة القاضي عند تقديره لهذا التعويض.

ونتيجة لما تم ذكره وللإحاطة أكثر بالموضوع نطرح الإشكالية التالية : كيف يتم إعمال السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي؟ وما هي السبل التي يعتمد عليها القاضي في ذلك؟

لأجل ذلك نصبو من خلال هذه الدراسة إلى البحث والتعمق في موضوع سلطة القاضي في التعويض عند تعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية فقها وقانونا من خلال نص المادة 52 ق.أ.ج ، و كذا التعرف على الأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي و تكون خاضعة لرقابة المحكمة العليا ، معتمدين في ذلك منهجين يتوافقان و فكرة الموضوع، المنهج التحليلي و هذا من خلال تحليل آراء و أقوال الفقهاء، و كذا نص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري و استنباط ما فيها من أحكام بالإضافة إلى تحليل قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالموضوع، و المنهج المقارن من خلال دراسة الموضوع بين الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

وتبعا لذلك تم تقسيم هذه الورقة البحثية إلى محورين رئيسين:

- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي و مقداره .
- رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض .

المحور الأول: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي و مقداره

جبر الضرر بالتعويض المالي أمر سائغ في الشريعة الإسلامية و هذا المبدأ من أهم خصائصها و قد دلت على ذلك مشروعيته من القرآن و السنة لكن ما الأساس المعتمد في فرض التعويض (أولا) ثم هل أن مقداره محدد أم يعطى جزافا (ثانيا).

أولا- أساس التعويض عن الطلاق التعسفي

إن فرض التعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي يستند إلى أساس فقهي و قانوني يبرر إيجابه بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة

1- الأساس الفقهي لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

لم ينازع أحد من الفقهاء في أن المتعة إنما تجب جبرا لما وقع على المرأة من ايحاش وضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج[1].

و التعسف في إستعمال حق الطلاق مسيئ و إساءته هذه يترتب عليها لحوق ضرر بالمطلقة، لأنه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعوا له و هذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضررا نفسيا معنويا يتمثل في الفرقة، و قد يكون هذا الضرر ماديا يتمثل في إطالة أمد العدة مما يضيع عليها فرصا سانحة للزواج من أجل ذلك رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يرمي الى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة و ذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة على مطلقته كأثر من أثار الطلاق، والمتعة هي "ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها و يعطيه المطلق على قدر حاله،حسب يسره وعسره"[2].

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها وإنما أكدتها الإجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها تعويضات الطلاق التعسفي[3]. فقط بمفهومه الحديث، وليست أثرا من آثار الطلاق، غير أن القضاء كان يعمل بالمتعة قبل صدور قانون الاسرة[4].

واستمر العمل بالمتعة وتطبيقها على مستوى الأحكام و القرارات حتى بعد صدور قانون الاسرة، وهذا ما يبينه قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة المطلقة متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فعن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، و لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها بإسم المتعة و بدفع مبلغ آخر كتعويض[5].

والملاحظ أن هذا القرار جعل متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، غير أن هناك جانب من القضاء الجزائري سلك مسلكا آخر بإعتماده على الفصل بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي فكل مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به ومنه فالمشرع الجزائري أخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك في قانون الأسرة، وإنما يفهم أنه أحال إلى أحكام الفقه الإسلامي بموجب المادة 222 من قانون الأسرة.

2-الأساس القانوني لتعويض الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي:

الطلاق قد وضع شرعا لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في إستعمال حقه في الطلاق فأصابها من جراء ذلك ضررا، وفي إطار تطبيق الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون الأسرة فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما:

أ- أن يثبت للقاضي أن الزوج، طالب الطلاق، لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أولقصد الإضرار، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت أن تجهز الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق[6].

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بأنه "من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أونشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا"[7].

و منه فالتعسف في إستعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بإنعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي[8].

ب-أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها، ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها[9].

فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من إستعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال[10].

ثانيا- مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي

بالرغم من اقرار المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي الوارد ضمن نص المادة 52ق.أ، الا أنه لم يبين قيمة هذا التعويض، أو كيفية تقديره، هل بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني؟ أم يراعى في ذلك اعتبارات و مقاييس أخرى، قد يراها القاضي الأنسب في ذلك ، كاعتبار حال الزوجين و ظروفهما المادية، وما الى ذلك كما هو المعتاد في حساب النفقة كما لم يبين المشرع الجزائري الحد الأدنى، أو الأعلى لهذا التعويض، وهل يجب دفعه جملة واحدة، أم يجوز دفعه على أقساط سالكا مسلك مغاير لماجاء في بعض القوانين العربية الأخرى التي أوضحت رأيها بخصوص تقدير التعويض للمطلقة، فجاءت بعكس المشرع الجزائري الذي شابه الغموض لعدم تقدير هذا التعويض، تاركا المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، من دون أن يحدد له الحد الأدنى و الأقصى لقيمة التعويض عن الطلاق التعسفي. كما لم يبين له أي اعتبار أو مقياس ليعتمد عليه في تحديد مقدار التعويض، تاركا النظر في ذلك إلى سلطة القاضي التقديرية، والتي قد تختلف من قاضي إلى آخر كل حسب وجهة نظره للموضوع، وهذا من الممكن أن يؤدي الى هضم حقوق الغير، حيث أن هناك من قضايا الطلاق التعسفي التي تشتبه في الموضوع من كل النواحي ، الا أن قيمة التعويض فيها مختلفة من واحدة عالية المبلغ الى أخرى قليلة المبلغ، الا أن القضاء كانت له عدة تطبيقات في ذلك منها مايلي: " تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم"[11]. وعليه فالمشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الناجم عن الضرر الأحق بالمطلقة، لم يكن مطلقا، بل قيده بتسبيب حكمه من خلال تحديد الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم القاضي بقيمة التعويض و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب .

المحور الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقدير التعويض

لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في تقدير التعويض دون معقب عليه من المحكمة العليا الا أنه و ان كان هذا التقدير يدخل في سلطة قاضي الموضوع فهذا لا يعني أن محكمة الموضوع لا تخضع مطلقا لرقابة المحكمة العليا، إذ يجب على القاضي أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر الذي يقضي من أجله بالتعويض، وذلك حتى يتسنى للمحكمة العليا مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض ومن جهة أخرى رقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض. و لتبيين ذلك قسمنا هذا المحور الى رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره لعناصر الضرر و شروطه (أولا) و رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقدير التعويض (ثانيا).

أولا- رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره لعناصر الضرر و شروطه

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، لابد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر و يقدره بقدره، و لا يتبين مدى هذا التناسب الا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توفرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض.

و لما كان التثبت من وقوع الضرر، مداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانونا و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

و يعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، هذا لكون الضرر ماس بحق أومصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي[12].

وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/4/2 بأنه:"من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الإجتماعية دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فان هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب واعطاء شيء غير مألوف دون الإستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"[13].

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة[14].

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه "من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب"[15].

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ماكان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو إحتماليا، متوقعا أو غير متوقع[16].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/3/28" وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقض"[17].

وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض في الطلاق، وجب أن يكون مسببا تسبيبا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أومعنوي، مباشر أو غير مباشر

يتضح مما سبق أن المبدأ العام هو أن لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية مطلقة في تقدير الضرر و القول باستحقاق التعويض مدام استند في تقدير ذلك الى جملة أدلة لها أصل ثابت في أوراق الدعوى، و هو ملزم ببيان عناصر الضرر التي تعد من صميم القانون لأن بموجبها يتم تكييف الوقائع و تقدير كفايتها لتكوين ركن الضرر فهذه العناصر هي التي يتم مراقبتها من طرف المحكمة العليا[18].

ثانيا- رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع على عناصر تقدير التعويض

يستقل قاضي الموضوع بتقدير مدى استحقاق التعويض المحكوم به طالما كان تقديره مبنيا على أسس لها أصل ثابت و من ثم لا يجوز التعقيب على قضائه في هذا الشأن و تم التأكيد أن ما يخضع لرقابة المحكمة العليا هو عناصر الضرر فالتعويض يقدر بمقدار الضرر و يدور معه وجودا و عدما.

و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا أن تقدير التعويض المستحق لجبر الضرر إنما هو من سلطة محكمة الموضوع تجريه على أساس ما يقدم إليها من أسانيد تبين حقيقة الأضرار المادية و الأدبية التي تكون قد لحقت بالمضرور و كل ذلك على نحو ما تبينه هي من ظروف الدعوى، ولا تقبل المنازعة في سلامة هذا التقدير ما دامت العناصر القانونية للحكم بالتعويض قد اكتملت و كان بذلك جابرا لكافة الأضرار المادية و الأدبية[19].فقد جاء في قرار للمحكمة العليا " إن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة و ليست عليه رقابة فيه"[20]. و عليه فان المبدأ العام يقضي إن للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض دون تعقيب من المحكمة العليا لأن ذلك يدخل في صميم اختصاص قاضي الموضوع الذي تكون له الدراية و الإحاطة الكافية بحجم الضرر و مبلغ التعويض الذي يكفل جبر الضرر و ترضية المضرور، غير انه من جانب آخر نجد إن هذا الإطلاق ترد عليه قيود تتمثل في ضرورة ذكر القاضي للعناصر التي استند إليها في تقدير التعويض فبيان هذه العناصر هو من مسائل القانون التي تبسط المحكمة رقابتها عليه.

ولذلك نجد إن القاضي و إن كان من الناحية القانونية يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة في تقدير التعويض إلا انه من الناحية العملية و التطبيقية يكون محل رقابة قضائية و لذلك فانه ليس حرا تماما في تقدير مبلغ التعويض و إنما هو مرتبط بضرورة تسبيب ما قام بمنحه من تعويض انطلاقا من بيان القاعدة القانونية أو الشرعية التي استند إليها في تقدير التعويض و كذا الأسس التي اعتمدها في ذلك[21]. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 2-4-1984، انه : "من المقرر شرعا إن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع،

فإن تسبيبه و بيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

كما إذا كان من الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به إلى الإشارة لحالة الطرفين و طبقتهما الإجتماعية دون إعتبار لحالة و طبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غبن احدهما او فقر الآخر، و دون إعتبار كذلك لمقدار ما يتقضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت الى غير ما هو مألوف ان يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب و إعطاء شيئ غير مألوف دون الاستناد الى اية قاعدة شرعية، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"[22].

الا أنه هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسير ضد هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت، أو نصاب معين، أو قيمة ثابتة، وبين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفق لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا.

وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر[23].

فإذا كان القاضي بسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو تفويت الفرصة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملابسة، ومن وجوب اعتداد بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية، فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لانها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب[24].

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/6/18 بأنه "من المستقر عليه قضاءا أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير انهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل"[25].

وقد إتجه قضاء المحكمة العليا إلى أن تقدير التعويض يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني للحكم.

ومع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات أخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور آنفا و توجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول إلى تقدير التعويض، حيث جاء في قرارها الصادر في07/23/ 2002أنه:" إن قضاة المجلس منحوا للمطعون ضده تعويضا بسبب الضرر اللاحق به نتيجة منعه من مواصلة الأشغال، واعتمدوا في ذلك على عناصر تقدير الخبرة و على محظر المعاينة المحرر بتاريخ 1996/11/17، وأن هذا التقدير يدخل ضمن سلطتهم و لا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا[26].

و عليه نجد ان ما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا هو أن محكمة الموضوع عندما تقدر قيمة التعويض فإنها تطبق القانون فيما يقدم لها من أدلة و بيانات على قيام الضرر و تحدد عناصره، فإذا ما صدر حكمها محيطا بكافة عناصر الضرر و كان عادلا في حق المضرور دون أن يكون فيه إثراء له على حساب المسؤول فقد اصابت صحيح حكم القانون فيما انتهت إليه من تقدير لقيمة التعويض، بغير معقب عليها فيما هو متروك لتقديرها و وزنها لمدى جسامة الضرر و قيمة التعويض الجابر له طالما كان تقديرها سائغا و مستمدا من أصول مادية، مع الوضع في الإعتبار انه لا توجد معايير معينة يجب على المحكمة إتباعها في خصوص تقدير مبلغ التعويض متى بينت عناصر الضرر المستوجب للتعويض[27].

خاتمة

و في الأخير مايمكن أن نصل اليه في ختام هذا البحث المتعلق بسلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي والذي يعتبر من الدراسات الهامة و ذلك لكثرة انتشار الطلاق التعسفي على مستوى القضاء، ومن خلال ما تم عرضه نذكر أهم النتائج التي توصلنا اليها، والتي تترتب عليها مجموعة من الاقتراحات وفق مايلي:

ونبدأ بأهم النتائج التي توصلنا اليها و تتمثل في الآتي:

-لاستحقاق التعويض على الطلاق التعسفي لابد من توفر شرطين المتمثلين في ثبوت تعسف الزوج في ايقاع الطلاق، وأن يصيب الزوجة ضرر من ذلك، وأن انتفاء أحدهما يحول دون الحكم بالتعويض.

-ان المتعة تجب لكل مطلقة، بينما التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا يكون الا في حالة اثبات تعسف المطلق.

- بالرغم من اقرار المشرع الجزائري لمبدأ التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي الوارد ضمن نص المادة 52ق.أ، الا أنه لم يبين قيمة هذا التعويض، أو كيفية تقديره، تاركا المجال للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، من دون أن يحدد له الحد الأدنى و الأقصى لقيمة التعويض عن الطلاق التعسفي.

- المشرع لما أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد التعويض الناجم عن الضرر الأحق بالمطلقة، لم يكن مطلقا، بل قيده بتسبيب حكمه من خلال تحديد الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم القاضي بقيمة التعويض و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

- تراقب المحكمة العليا تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض الناجم عن الطلاق التعسفي من خلال مراقبة عناصر وشروط الضرر التي اعتمد عليها في التقدير، ومن ثم مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض.

وبناءا على ماتقدم ذكره من نتائج نقترح التوصيات والملاحظات الآتية:

-على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة والتي جاءت بشكل عام حتى يتبين منها كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، كما عليه أن يبين المعايير والأسس المعتمدة في ذلك وهذا حفاظا على حقوق المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

- على المشرع الجزائري أن يستعين في تقدير حقيقة التعسف بالنيابة العامة، وباستثمار الآليات القانونية كالصلح والحكمين.

-وجوب النص صراحة على المتعة في قانون الأسرة الجزائري وهذا للتمييز بينهما وبين التعويض عن الطلاق التعسفي.

-مبالغ التعويض عن الطلاق التعسفي والمحكوم بها للمطلقات و في الظروف المعيشية الحالية لا تعد شيئا أمام المتطلبات المعيشية الحالية، لذا فإنه يستوجب رفع مقدار التعويض عن هذا الطلاق، لردع الأزواج المستهترين بميثاق الرابطة الزوجية، وسيحد بشكل كبير من ظاهرة الطلاق المتفشية في مجتمعنا والتي تزداد يوما بعد يوم.

➢ **الهوامش:**

[1]- محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية**، ط1، دار السلام، القاهرة، 2006، ص 101.

[2]- عبد العزيز محمد آل المبارك الاحسائي، **تدريب السالك إلى أقرب المسالك**، ط1، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، 1988م، ص 163.

[3]- محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر05_02**، المرجع السابق، ص 120.

[4]- قضت المحكمة العليا في قرار لها : لان نفقة المتعة واجبة على المطلق يحكم بها القاضي، ولو لم تطلب المطلقة، المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، المؤرخ في 10/12/1971، ص66.

[5]- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص89.

[6]- مسعودة نعيمة الياس، **التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته في مسائل الزواج و الطلاق**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس ،سيدي بلعباس، 2002-2001، ص141.

[7]- المحكمة العليا ، غ ش أ، ملف رقم 210451، بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 252.

[8]- مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق**، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2009، ص283.

[9]- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر، 1982، ص 306.

[10]- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق**، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 366.

[11]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006، ص483.

[12]- مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق**، المرجع السابق، ص338.

[13]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02،المجلة القضائية، عدد 2، 1989، ص 61.

[14]- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص282.

[15]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 75029، بتاريخ 1991/6/18، المجلة القضائية، عدد 1، 1992، ص 65.

[16]- مسعودة نعيمة إلياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق**، المرجع السابق، ص339.

[17]- المحكمة العليا، غ م، 2000/3/28، م ق، عدد خاص،2003، ص 627.

[18]- اسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011، ص 337.

[19]- المحكمة العليا،غ.أ.ش، ملف رقم 39689، بتاريخ 24-02-1986، "غير منشور" ، نقلا عن :العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ط3،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص246.

[20]- المحكمة العليا، غ أ.ش، ملف رقم 40853، بتاريخ 05-05-1986، "غير منشور'، نقلا عن :العربي بلحاج، المرجع السابق، ص247.

[21]- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص238.

[22]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02، المجلة القضائية، عدد 2، 1989، ص 61.

[23]- عبد اللطيف يومبعي، ، **التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015، ص116.

[24]- مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص340.

[25]- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 75029، بتاريخ 1991/6/18، المجلة القضائية، عدد 1، 1992، ص 65.

[26]- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 213762، بتاريخ 2002/07/23، المجلة القضائية، عدد 1، 2002، ص 279.

[27]- اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص239.

قائمة المصادر والمراجع:

الكتب:

1- العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا، ط3،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007

2- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار هومه، الجزائر، 1982.

3- عبد العزيز محمد آل المبارك الاحسائي، **تدريب السالك إلى أقرب المسالك**، ط1، دار الغرب الاسلامي، بيروت، لبنان، 1988م.

4- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة في الزواج و الطلاق**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

5- محفوظ بن الصغير، **قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي و قانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر05_02**، دار الوعى، الجزائر، 2012.

6- محمد بلتاجي، **دراسات في الأحوال الشخصية**، ط1، دار السلام، القاهرة، 2006.

الرسائل والأطروحات الجامعية:

1- اسمهان عفيف، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر**، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010-2011.

2- عبد اللطيف يومبعي، ، **التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014-2015.

3- مسعودة نعيمة الياس، **التعسف في استعمال الحق و تطبيقاته في مسائل الزواج و الطلاق**، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس ،سيدي بلعباس، 2001-2002.

4- مسعودة نعيمة الياس، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق**، أطروحة دكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009-2010.

الأحكام والقرارات القضائية:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 39731، بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد 01،1989

2- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 32779، بتاريخ 1984/04/02،المجلة القضائية، عدد 2، 1989.

3- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 75029، بتاريخ 1991/6/18، المجلة القضائية، عدد 1، 1992.

4- المحكمة العليا ، غ ش أ، ملف رقم 210451، بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

5- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 213762، بتاريخ 2002/07/23، المجلة القضائية، عدد 1، 2002.

6- المحكمة العليا، غ م، 2000/3/28، م ق، عدد خاص،2003

7- المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 368660، بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2006.

اثبات النسب في قانون الاسرة الجزائري

(الزواج الصحيح، الاقرار، والبينة، ونكاح الشبهة)

Evidence of paternity in the Algerian family law

(valid marriage, acknowledgment, evidence, and nikah of suspicion))

د. العطراوي كمال*

"مخبر آفاق الحوكمة للتنمة المحلية المستدامة"

المركز الجامعي سي الحواس بريكة

Kamel.latraoui@cu-barika.dz

ملخص:

تتمحور هذا المقال حول اثبات النسب عن طريق الزواج الصحيح، و الزواج الفاسد، وكذا الاقرار والبينة، فقد اهتم الإسلام بالنسب اهتماما كبيرا ونظمه من خلال علاقة الزواج، إذ أصبح عقد الزواج الصحيح التي توافرت أركانه وشروطه سبب لصحة الأنساب وقد نصت المادة 40 من التعديل: " أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32 و33 و34 من هذا القانون.

الكلمات المفتاحية: اثبات النسب؛ الزواج الصحيح؛ نكاح الشبهة؛ الاقرار.

Summary:

This intervention revolves around proving lineage through valid marriage, corrupt marriage, as well as acknowledgment and evidence. Islam has taken great care of lineage and organized it through the marriage relationship, as the correct marriage contract whose pillars and conditions were available became a reason for the validity of lineage. Article 40 of the amendment stipulated He proves paternity by valid marriage, by confession, by evidence, by suspicious marriage, or by every marriage that was annulled after consummation in accordance with Articles 32, 33, and 34 of this law.

Keywords: proof of parentage; valid marriage; suspicion of marriage approval.

مقدمة:

إن إثبات النّسب يعتبر من المسائل المهمّة التي تحقق الهدف من الزّواج، فالأسرة هي اللبنة الاساسية للمجتمع، فبصلاحها يصلح المجتمع، وبفسادها يفسد المجتمع كذلك، ومن الأسباب الاساسية لفساد المجتمع اختلاط الانساب، فإثبات النسب يعتبر حقّ للأولاد على آبائهم وحماية للاسرة والمجتمع من التفكك والانحلال. فالمولود يتمتّع منذ ولادته بنسب أبيه، فإثبات النسب للامامريسير بالمقارنة مع نسبه لأبيه؛وهو ما اتفق عليه الفقهاء بأن نسب الولد من أمه ثابت في كل حالات الولادة الشرعية منها وغير الشرعية، أما نسب الولد من أبيه فلا يثبت في كل حالات الولادة. وقانون الاسرة الجزائري حدد في المادّتان 40 و 41 من قانون الأسرة، حالات اثبات النسب فجاء نص المادة 40" يثبت النسب بالزواج الصحيح او الاقرار او بالبينة او بنكاح الشبهة او بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمادة 32-33-34 من هذاالقانون. يجوز للقاضي اللجوء الى الطرق العلمية لإثبات النسب" ومن ثم يتم نسبه سواء بالزّواج الصّحيح، أو بالإقرار، أو بالبيّنة، أو بنكاح الشّبهة أو الفاسد، أو حديثا بالطّرق العلمية من خلال نظام تحليل الدم ونظام البصمة الوراثية، وترك اثبات النسب بالطرق العلمية سلطة تقديرية للقاضي.

والاشكالية التي تطرح هنا هي: ماهي الطرق التي اوجدها المشرع في قانون الاسرة الجزائري بخصوص اثبات النسب؟

قسمت هذه المداخلة الى محورين، نتناول في الاول حالات ثبوت النسب بالزواج الصحيح، ونكاح الشبهة، وفي الثانياثبات النسب عن طريق الاقرار والبينة.

اتبعنا في مداخلتنا هذة المنهج الوصفي كونه المنهج المناسب لمثل هذة الدراسات والابحاث، وكذاك اعتمدنا علة منهج تحليل المضمون وذلك بتحليل واستقراء النصوص القانونية بما يخدم مثل هذة الابحاث.

اولا:حالات ثبوت النسب بالزواج الصحيح

يثبت النسب بأربع حالات: حالتان يثبت فيهما تلقائيا وهما الزواج،وبعدالدخول بشبهة، وحالتان يتم السعي فيه ما إلى إثبات النسب وهما الإقرار والبينة، وتطبيقا لذلك نص قانون الأسرة في المادة 40 المعدلة على أنه: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 – 33 – 34 من هذاالقانون. "

ومن هنا فإن طرق إثبات النسب في قانون الاسرة الجزائري هي:

أ – الزواج الصحيح والفاسد.

ب – الدخول بشبهة.

ج - الإقرار.

د - البينة.[1]

01ثبوت النسب بالزواج الصحيح والزواج الفاسد:

الطرق العادية لإثبات النسب: تنص المادة 40 /1 أن ثبوت النسب من الآثار المهمة المترتبة عن الزواج، فإذا كان نسب الولد إلى أمهثابتفيكلالأحوالسواءكانتالولادة شرعية أو غير شرعية فإن نسب الولد لأبيه ليس دائما سهلا بل يخضع لطرق الإثبات المحددة في المادة 1/40.

-**الزواج الصحيح**: الزواج الصحيح هو العقد الذي استوفى اركانه وشروطه وفقا لاحكام المواد من 07 .....31 ق ا ج، فهذهالحالةيجب توافر ثلاثة شروط وقد نصت الفقرة الأولى من المادة نفسها على طرق إثبات محددة:

أ- إمكانية الاتصال الجنسي: بمعنى وجوب التلاقي بين الزوجين بصورة فعلية.

ب- عدم نفيه بالطرق المشروعة: والمقصود هنا اللعان لأنه الطريقة الوحيدة التي يأخذ بهاالمشرع الجزائري[2].

واللعان هو أن يتهمالزوجزوجتهحينقياماالعلاقةالزوجيةباناالولدليسمنه،فيتلو علناأمام القاضي، بأن يقسم الزوج بالله أربع مرات إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم تقسم الزوجة أربع مرات بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به وتقول في الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. فإذا تم اللعان بهذا الشكلي حكم القاضي بالتفريق بينهما فورا ويثبت نسب الولد من أمه فحسب.[3]

وهو ما يذهب إليه القانون الجزائري في المادة 41 قاالسالفةالذكر، لذا فإنه لا ينتفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلا بحكم من القاضي، ويعتمد فيحكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب، وأيضا يعتمد على الطرق العلمية كما تنص الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ".

ج- ان تكون ولادة الولد بين أدنى و أقصى مدةالحمل: نصت المادة 42 قاجعلى: " أقل مدة الحمل 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر وأقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر،وإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة شكلت قرينة قانونيةعلى أن الولد للفراش وينسب للزوج[4].

02:- **الزواج الفاسد**: وهو كل نكاح تم فسخه طبقا للمادة 32،وهوالنكاح الذي يشمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد وطبقا لنص المادة 33 وهو الزواج الذي اختل فيه ركن الرضا، وهو زواج باطل لكنه يترتب عليه ثبوت النسب وكذلك في حالة ما إذا تم الزواج بدون شاهدين أوصداق أو ولي في حالة وجوبه كما في حالة البنت البكر،فإنه يثبت بصداق المثل وعليه يترتب عليه أيضا ثبوت النسب. وطبقا كذلك للمادة 34: وهو الزواج الذي يتم مع إحدى المحرمات ويتم الدخول بها فإنه في هذه

الحالة يفسخ الزواج ولكنه يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء ولكن يشترط ولادة الطفل خلال المدة القانونية أقلها 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر تسري من الدخول وليس من تاريخ العقد[5].

03- نكاح الشبهة: يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا جاءت بهما بيناً ق لمدة الحمل وبين أكثرها، لتؤكد ولادته حينئذ من ذلك الوطء، ونكاح الشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، والشبهة فيعقد الزواج وبأشكال مختلفة، كالشبهة في الحكم كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة، وهو من الحالات النادرة فيزمننا، كأن يعقد شخص على امرأة يتبين بعد الزواج أنها أخته من الرضاعة أو أن يعقد زوج على امرأة يتبين بعد الزواج أنها في عصمة زوج آخر ولمتطلق منه ويترتب على هذا النوع من النكاح ثبوت نسب الولد لأبيه[6].

ثانيا: اثبات النسب بالاقرار والبينة

01- الإقرار: وهنا كنوعين من الإقرار بالنسب وهما الإقرار بالبنوة والأمومة، والإقرار في غير الأبوة والبنوة والأمومة.

أ- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة .

ويشترط في هذاالنوع من الإقرار شرطين: -أن ينصب هذا الإقرار على مجهول النسب ولو في مرض الموت وبذلك لا يمكن أن نتصور بمفهوم المخالفة أن يقر شخص بولد له أبوين معلومين،أن يكون الإقرار يصدقه العقل والعادة؛ فلا يقر شخص يفوق الثمانين بطفل حديث العهد بالولادة، كما لا يقر شخص بآخر يكون فارق السن بينهما ضئيلا[7].

ومن الواضح أن الإقرار لايسري على غير المقر إلا بتصديقه، فمن يقر بأن شخصا معين هو عمه فلا يرتب هذا الإقرار أثرا حتى يقره الجد ولايمكن تصور أن يكون الإقرار بابناتجعن علاقة غير شرعية،فهذا الإقرار لا يكون ذي قيمة شرعية.

ويصح إقرار الشخص ولو في مرض الموت بالوالدين، وإذا كان المقر لهم جهولا لنسب وإن صدقه المقر له،متى صدقه العقل أو العادة أو الحس السليم، وذلك بأن يولد مثلا لمقر له بالبنوة مثلا لمقر، بحيث يكون فرق السن بينهما محتملا لهذه الولادة، أو أن يولد مثلا لمقر بالأبوة لمثل المقر له،فمن قال لطفل هذا ابني و كان سن الطفل 10 سنوات وسن المقر 20 سنة لم يعتبر هذا إقرار لأنه لا يعقل أن يلد الإنسان ولدا وهو ابن 10 سنين[8].

وإذا كان المقرب بنوة الطفل زوجة أو معتدة، فيشترط مع ذلك أن يوافق زوجها على الإعتراف ببنوة الطفل له أيضا،أو أن يثبت ولادتهالهمنذلك الزوج لأنفيه تحميل النسب على الغير،فلا يقبل إلا بتصديق أو ببينته[9].

5- **بالبينة**: نصالمشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الأسرة بأنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، وبالإقرار وبالبينة والمراد بالبينة هي الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطةالسمع أوالبصرأو غيرهمامن وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات، والبينة هي أقوى من الإقرار من حيث الإثبات[10].

ويكون الإثبات بالبينة الكاملة عن طريق شهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول، فإذا تنازع نسب ولد أكثر من شخص وادعى كل منهم أنه ابنه فهو ابن من يقيم البينة الكاملة على دعواهن كما انه إذا ادعى إنسان على آخر بنوة أو أبوة أو أخوة، أو عمومة، أو أينوعمن القرابة وأنكر المدعى عليه دعواه، فللمدعي أن يثبت دعواه بالبينة[11]. وفي هذه الحالة يشترط أني كون الولد ناتجا عن علاقة شرعية وقانونية ويؤخذ بشهادة الشهود في حالة إنكار الوالد لواقعة الولادة أو أن يكون الذي ولدته قد استبدل بطفل آخر، وهنا يجوز الأخذ بشهادة الطبيب المشرف على عملية الولادة أو القابلةأو الممرضات[12].

خاتمة:

في الختام: فإن الإسلام قد حمى النسب والأسرة من الاهتزاز وأغلق أبواب نفيه بعد ثبوته بالفراش أو الإقرار أو البينة حتى لو لجأنا إلى الطرق العلمية إذا لم يسمح بنفيه إلا عن طريق اللعان، المشرع الجزائري بموجب قانون الاسرة المعدل 02/05 نص على طرق اثبات النسب وهي:

أ- الزواج الصحيح والفاسد.

ب- الدخول بشبهة.

ج - الإقرار.

د - البينة.

الهوامش والمراجع:

[1]- المادة 40 من القانون رقم 84-11 ، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 198 4، والمتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد، الصادرة في المعدل و المتمم بموجب ا لأمر رقم 05-02، المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 صادرة في 27 فبراير 2005.

[2]- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري،دار شتات للنشرو البرمجيات، مصر 2009، ص84.

[3]-يوسف دلاندة، قانونالاسرة، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الامر رقم 05-02، ، الطبعة الثانية، دار هومة،للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص33.

[4]- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار شتات للنشرو البرمجيات، مصر 2009، ص83.

[5]- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار شتات للنشرو البرمجيات، مصر 2009، ص83

[6]- المستشار عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء، النسب، الرضاع، الحضانة، نفقة الاقارب، دار الكتاب العربي ، مصر 1961، ص85.

[7]- احمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة الجزائري، دار شتات للنشرو البرمجيات، مصر 2009، ص93-94.

[8]- سليمان ولد خسال ،الميسر في شرح قانون الاسرة الجزائري، الطبعة الثانية، الاصالة للنشر والتوزيع، الجزائر،2012، ص131.

[9]- تريكي دليلة مولود ايت شاوش، ثبوت النسب بالاقرار في قانون الاسرة الجزائري – دراسة مقارنة- مقال منشور بالمجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد1، 2015، ص201.

[10]- جعودة سامية، حداد فتيحة، اثبات انسب بالاقرار في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماسترفي الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية، 2015، ص 55.

[11]- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الجزء1، الطبعة الثالثة، د.م.ج، 2004، ص 199.

[12]- ممدوح عزمي، دعوى ثبوت النسب ودعاوي ثبوت الزوجية والتبني للمسلمين وغير المسلمين في ضوء الفقه والقضاء،دار الفكر الجامعي، مصر، 2004ص9.

صور الأنكحة الفاسدة واشكالاتها

Pictures of corrupt marriages and their problems

د. موسعي ميلود

جامعة محمد بوضياف –مسيلة-

moulodkawla@yahoo.fr

ملخص:

من خلال ما جاء به القانون رقم: 84/11 وكذلك الأمر رقم:05-02 المتمم والمعدل لقانون الأسرة الجزائري الذي ينص على أهمية عقد الزواج وحكمه والحكمة من تشريعه كنكاح صحيح يحدد العلاقة بين الرجل و المرأة على وجه مشروع ، وبين أركان وشروط لازمة لعقد زواج صحيح والتي في حالة تخلفها تؤدي بهذا العقد إلى الفساد أو البطلان، كما نجد توافق بين القانون الوضعي والشرعي في تحريم مختلف صور الأنكحة الفاسدة التي تعتبر منافية لأهداف الشريعة الإسلامية السمحاء ، التي تهدف من الزواج الصحيح إعفاف الإنسان من الوقوع في الجرائم ، وحفظ الأنساب وبقاء النسل.

الكلمـــات المفتاحيـــة: الـزواج الصحيح؛ الزواج الفاسد؛ الزواج الباطل.

Abstract:

Through what was stated in Law No.: 84/11, as well as Ordinance No.: 05-02 supplementing and amending the Algerian Family Law, which stipulates the importance of the marriage contract, its ruling, and the wisdom of its legislation as a valid marriage that defines the relationship between a man and a woman in a legitimate manner, and between the elements and conditions necessary for a contract A valid marriage, which in the event of its failure leads to this contract to corruption or invalidity, and we also find agreement between positive and legal law in prohibiting various forms of corrupt marriages that are considered contrary to the objectives of the tolerant Islamic Sharia, which aims from a valid marriage to absolve a person from committing crimes, preserving lineages and the survival of offspring.

Keywords: *correct marriage - corrupt marriage - invalid marriage*

مقدمة:

بما أن الزواج يعتبر ضرورة اجتماعية لاستمرارية الحياة، فإن التشريعات السماوية جميعها اهتمت بموضوع الزواج الذي سنده الشرعي في كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويعتبر العقد صحيحا إن انشأ بموجب عقد يتطلب شروطا واركانا أما إدا اختل فيه ركن أو شرط اعتبر غير صحيح ، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة ، حيث فصله إلى نكاح فاسد ونكاح باطل وهنا تكمن الإشكالية: ما مدى تأثير الأنكحة الفاسدة على المجتمعات؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين هما:

المحور الأول: الزواج الفاسد والزواج الباطل

المحور الثاني: صور الأنكحة الفاسدة المسكوت عنها وآثارها.

المحور الأول: الزواج الفاسد والزواج الباطل

إن الزواج في الإسلام من أقدس العلاقات الإنسانية والاجتماعية التي رعاها و حافظ عليها وأمر باتخاذ كل السبل لتيسيره للراغبين فيه.وحماه بميثاق غليظ م الحقوق و الواجبات ، وأحاطه بسياج من الضوابط والحدود، فإذا اختلت أو اختل بعضها دخل الزواج في إطار الفساد والبطلان.

.

أولا- المطلب الأول: الزواج الفاسد

استعمل المشرع الجزائري لفظ النكاح ولفظ الزواج في لفظ واحد في المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري على أن" الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي".

***1-* الفرع الأول: النكاح الفاسد اصطلاحا**

عند الحنفية الزواج الفاسد هو ما فقد شرطا من شروط الصحة ، أما النكاح الباطل هو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط انعقاده.[1]

أما عند جمهور العلماء النكاح الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته.[2]

***2-* الفرع الثاني: النكاح الفاسد قانونا**

حسب التعريف الفقهي فإن النكاح الفاسد هو"كل زواج تم ركنه الأساسي (الرضا) بالإيجاب و القبول طبقا للمواد9و10و33-1 من قانون الأسرة، ولكنه فقد شرط من شروط الصحة الواردة في المادة 9 مكرر، بمعنى توافر سبب من أسباب الفسخ أو الإبطال"[3].أي كل نكاح ورد النهي عنه.

ثانيا- المطلب الثاني: الزواج الباطل

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف النكاح الباطل، لكن اكتفى على النص ببطلان الزواج إذا اختل ركن الرضا حسب المادة 33-1 من قانون الأسرة الجزائري، كما أ النكاح الباطل يبطل قبل الدخول وبعده، وعلى الزوجين الافتراق حالا.[4]

[1]-محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء7، دار الفكر،دمشق، 1984ص112.

[2]- محمد وهبة الزحيلي، مرجع سابق، نفس الصفحة.

[3]-العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ط6،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010،ص295.

1- الفرع الأول: البطلان لغة

وهو سقوط الشيء لفساده ، والباطل ما لا إثبات له عند الفحص عنه فيقال: أبطله وبطل، أي ذهب طباعا وخسرانا، أو سقوط الحكم.[5]

2- الفرع الثاني: البطلان اصطلاحا

قال تعالى: "قل جاء الحق وما يبدئ الباطل وما يعيد" أي أن البطلان عند الفقهاء هو عدم اكتساب التصرف.[6]

نستخلص من ذلك أن المشرع الجزائري في المواد 32-35 من قانون الأسرة الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي باستعماله مصطلح الباطل والفاسد، ولكنه عبر عنهما مما يدل على أنه أثر بقواعد القانون المدني، ذلك أنه استعمل الركن للدلالة على كل من شروط الصحة والانعقاد الواردة في المادة 9 من قانون الأسرة الجزائري ، غير أن المادة32 تجعل كل من الأركان في درجة واحدة من القوة، بلا تفرقة بين الأركان ، ويقرر فسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه ،كما في المادة 33 تفرق بين ما يعتبره ركنا وما يعتبره شرط صحة، كذلك المادة34 استعمل المشرع كلمة فسخ بالنسبة للمحارم رغم أنه يكون لفظ يبطل لأنه في الإسلام باطل سواء قبل أو بعد الدخول وهذا ما ذهب إليه المذهب الحنفي خلافا عن جمهور الفقهاء والأحناف في وجود الفرق بين الباطل والفاسد في الفقه الإسلامي بالنظر إلى آثاره.

المحور الثاني: صور الأنكحة الفاسدة المسكوت عنها وآثارها

الأنكحة الفاسدة لها خطرها وضررها وهي من الأبواب العويصة التي تضاربت فيها الاجتهادات والتشريعات، فضلا عن ذلك هناك أنكحة متفق على فسادها وهي التي لم تثبت صحتها فهي باطلة، ومنها الأنكحة الفاسدة لذاتها، وهناك أنكحة ذهب البعض إلى فسادها والبعض الآخر قال بصحتها ، كالأنكحة الفاسدة لسبب مقترن بالعقد ، منها نكاح الشغار ونكاح المحلل ونكاح المعتدة ونكاح فوق الأربعة وهي على سبيل المثال لا على الحصر.

وسنتكلم في هذا البحث عن نكاح الشغار ونكاح المحلل في المطلب الأول ونكاح المعتدة ونكاح فوق الأربعة في المطلب الثاني.

أولا- المطلب الأول: نكاح الشغار ونكاح المحلل

---

[4]-العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص155.

[5]- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب ، المجلد 11، دار صادر، بيروت ، لبنان،2005،ص56.

[6]-سورة سبأ الآية49.

هناك انكحه مبنية على عقد موقوف على شرط، وهناك انكحه مختلف في فسادها وهي كثيرة نذكر أهمها:

1- الفرع الأول: نكاح الشغار

هذا النوع من الزواج كان منتشرا في الجاهلية ، ويسمى كذلك نكاح البدل .

أولا: الشغار لغة

بكسر الشين هو نكاح في الجاهلية ، واصله الرفع، يقال شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ويسمى شغار لقبحه تشبيها له بقبح الكلب حين يرفع رجله، والشغار الطرد، يقال شغروا فلانا عن بلده شغرا إذا طردوه ونفوه، وقيل شغر البلد إذا خلوه، وفي شغر الصداق أي رفع الصداق.[7]

ثانيا: الشغار اصطلاحا

هو أم ينكح الرجل وليته على أن ينكح الآخر وليته ولا صداق بينهما، مع أن الصداق ثابت في القرآن الكريم، قال تعالى:"وآتوا الساء صدقاتهن نحلة".[8]

وكذلك في السنة النبوية، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" لا شغار في الإسلام" [9]،مع وجود خلاف بين الفقهاء كون النهي عن هذا النكاح يقتضي البطلان أم لا؟ كما أن للشغار صورتان هما:

أ-الشغار الصريح:

هو أن يزوج الرجل ابنته أو من هي تحت ولايته على أن يزوجه الآخر ابنته أو من هي تحت ولايته، وليس لهما صداق، فالعقد هنا خال من الصداق ، فهنا نجد عند المالكية يفسخ هذا العقد قبل الدخول وبعده، وفيه صداق المثل بالدخول، أما عند الحنفية والشافعية العقد صحيح والشرط باطل ، ويصحح بمهر المثل.[10]

ب-الشغار الضمني:

هو أن يسمى كل منهما الصداق، :كأن يقول : زوجني ابنتك بألف دينار على أن أزوجك ابنتي بألف دينار،والأصل الصداق غير موجود،كما عند المالكية ، لأن أساسه التسمية، فيفسخ قبل الدخول فقط،ويثبت بعد الدخول بالمهر المسمى، أو مهر المثل إذا لم يتم، أما عند الحنابلة فكل من الصورتان تؤدي إلى فساد العقد.[11]

---

[7]-ابن منظور جمال الدين، مرجع سابق، ص417.

[8]-سورة النساء ، الآية،04.

[9]-رواه مسلم

[10]-عبد الرحمان الأهل،الانكحة الفاسدة ، دراسة فقهية،ط1، مصر، 1983،ص179.

[11]-عبد الرمان الأهل، مرجع سابق، ص179.

والخلاصة أن الحكمة من تحريم هذا النوع من النكاح لأنه تضلم المرأة ويفتح باب المحاباة لمن أراد أن يزوجه،ويدع مراعاة حسن الخلق والدين، لأنه يريد أن يشبع رغبته في نكاح المرأة الأخرى .

ولأن الواقع الذي عاشته ويعشنه أولئك الأزواج من الرجال والنساء واقع مؤلم، وحياة تعيسة ومشاكل لا نهاية لها، وقد أدت إلى سفك دماء وإلى قطيعة أرحام وإلى البغضاء والشحناء وحقد وعداوات غير متناهية بسبب الإقدام على نكاح الشغار، فالحياة الزوجية عقدها يستمر مدى الحياة، ويجب التفكير فيها بكل أمانة وإخلاص والإقدام على بصيرة وتغليب مصلحة الزوجين.

2- الفرع الثاني: نكاح المحلل

هو نكاح يفعله من حرمت عليه زوجته بالطلاق ، بالطلقة الأخيرة الثالثة، بعض الناس لضعف إيمانه وقلة خوفه من الله يقوم باتفاق مع شخص آخر ليتزوجها ، فإذا دخل بها ووطئها فرقها حتى يعود إليها زوجها الأول، وهذا هو نكاح التحليل.

أولا: تعريف نكاح التحليل

وهو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة بالثلاث لزوجها الذي طلقها أو المبتوتة، وحكم هذا النكاح منهي عنه لقوله صلى الله عليه وسلم:"لعن الله المحلل والمحلل له".[12] فهو حرام باطل مفسوخ، فكل محرم منهى عنه يقتضي الفساد، وقال صلى الله عليه وسلم:" آلا أخبركم بالتيس المستعار، قالوا بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل و المحلل له".[13]

ثانيا: الحكمة من تحريم نكاح المحلل

وهي صيانة عرض المرأة وعظمتها،وكذلك ردع الزواج من أن يقدم على الطلاق لأهون الأسباب، فجعل للزوج الطلقة الأولى هفوة، والثانية تجربة والثالثة فراقا، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث موسى والخضر، فكانت الأولى من موسى نسيانا والثانية شرطا والثالثة عمدا، فلذلك قال له الخضر في الثالثة هذا فراق بيني وبينك، ولقد بين الله سبحانه وتعالى على الطلقة الثالثة حكمتين هما: سلب الزوج حق المراجعة بمجرد الطلاق، وسلب المرأة حق الرضا بالرجوع إليه إلا بعد زواج، واشترط التزويج بزوج ثان بعد ذلك القصد تحذيرا للأزواج في

[12]-متن الترمذي، 3-419 وقال حديث حسن صحيح.

[13]-سنن الترمذي، رقم الحديث 1039، وقال حديث حسن صحيح.

المسارعة بالطلقة الثالثة، إلا بعد التأمل والتريث الذي لا يبقى بعده رجاء في حسن المعاشرة للعلم بحرمة العود إلا بعد زواج، فهو عقاب للأزواج المستخفين بحقوق المرأة إذا تكرر منهم ذلك ثلاثا، بعقوبة ترجع إلى إيلام الوجدان، لما ارتكز في النفوس من شدة النظرة من اقتران امرأته برجل آخر[14].

والخلاصة: أن من الفقهاء من اعتبر نكاح المحلل صحيح كالحنفية و الشافعية، لأن العقد في الظاهر قد استكمل جميع أركانه و شروطه الشرعية، أما المالكية فيرون إن كانت نية المحلل التحليل ثم يطلقها فيما بعد فنكاحه يفسخ قبل الدخول وبعده، ولو كانت نيته ظاهرا التحليل وإمساكها على التأييد فالنكاح صحيح، لحصول المقصود فيه و هو الإمساك على الدوام، أما الحنابلة فإن نكاح المحلل حرم وباطل.

ثانيا- المطلب الثاني: نكاح المعتدة ونكاح ما فوق الأربعة

المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعا، أي عدة كانت لقوله تعالى:" و لا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"، ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه، وامتزاج الأنساب .

إن الجمع بين أكثر من أربع نسوة حرم شرعا ودلت عليه نصوص القرآن والسنة، وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر من عمل بالجمع بين أكثر من أربع نسوة بمفارقة بعض نسائهم حتى يكون أكثر عدد نسائهن أربع نسوة.

1- الفرع الأول: نكاح المعتدة

نتكلم عن التعريف ثم الآراء الفقهية

أولا: تعريف نكاح العدة

شرع الله العدة على النساء لمعرفة براءة أرحامهن ، بهدف عدم اختلاط المياه في الأرحام وامتزاج الأنساب ،ولذلك منع الشارع الحكيم تزوج المعتدة من الغير،لأن العدة أثرا من آثار الزواج السابق، وهي مهلة يفكر فيها المطلق ليراجع نفسه في حالة الطلاق الرجعي، قبل تكملة الطلقات الثلاثة.

فضلا عن ذلك تم النهي عن التصريح بخطبتها حرصا على نشر المحبة بين الناس، لأنه لما تم ذلك لكان هناك عداء بين مطلقها الأول ومتزوجها الثاني، وتحل المشاحنة والكراهية بدل الحب و الائتلاف، وقد تكون العدة للتعبد فقط كالمتوفي عنها زوجها قبل الدخول، فإنها تعتد عدة الوفاة مع أن رحمها متحقق برائته.[15]

---

[14] -https://www .islamweb.net-fatwa.le 29-11-2022 a 11h.

[15]-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،علاء الدين ابي بكر مسعود الكساني، المتوفى سنة 587هـ، مطبعة العاصمة، القاهرة، 03-1410.

ثانيا: رأي الفقهاء في نكاح المعتدة من الغير

كما نعلم أن الأصل في تحريم نكاح المعتدة قوله تعالى:"والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء"[16]، وقوله تعالى:"ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله".[17]

وعلى هذا فإنه لا يحل لأحد أن يتزوج المعتدة من الغير، سواء من الغير أو عدة وفاة أو طلاق، أو شبه نكاح أو دخول في نكاح فاسد[18]،والاعتداد مانع من موانع صحة العقد بإجماع الفقهاء المسلمين، ولأن العدة وجبت لحفظ النسب، فلو كانت جائزة لأختلط النسب وبطل المقصود، طبعا هذا الحكم في حق الغير، أما لصاحب العدة وهو الزوج المفارق، فإن له أن يتزوجها وهي في العدة ما لم يكن طلاقه مكملا للثلاث، ولم يكن هناك مانع آخر غير العدة لقوله تعالى:" مما لكم عليهن من عدة تعتدونها".[19]

ثالثا: الحكمة من تحريم زواج المعتدة

أجمع الفقهاء على أن المرأة المدخول بها عليها العدة، سواء كان سبب التفريق وفاة أو طلاق، أو فسخ، وسواء كان عقد الزواج صحيحا أو فاسدا، وهناك عدة حكم هي:

أ- عبادة الله وحده وذلك من خلال التزام المرأة بالعدة المفروضة عليها شرعا امتثالا لأمر الله تعالى وطلب مرضاته.[20]

ب- صورة وفاء الزوجة لزوجها ، لأنها تعتد في بيتها الزوجية، فتتذكر ما كان بينها وبينه، وتدعوا له بالرحمة والمغفرة ، وحتى عدة الطلاق فهي صورة من صور وفاء الزوجة لزوجها، فلا تتزوج غيره إن أرادت إلا بعد انقضاء عدتها.[21]

ج- براءة الرحم وحفظ الأنساب، فيجب على المرأة أن تعتد حتى تتأكد من عدم وجود حمل أو وجوده، فإذا كانت حاملا لا تقتضي عدتها ولا تتزوج حتى تضع حملها،[22]قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"من كان يؤمن

---

[16]-البقرة الآية،228.

[17]-البقرة،البية235.

[18]-بدائع الصنائع للكساني، مرجع سابق،3-1410.

[19]-سورة الأحزاب ،الآية49.

[20]-وهبة الزحيلي،كتاب الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ص7166.

[21]-إبن القيم، كتاب إعلام الموقعين عن رب العالمين، ص216.

بالله واليوم الآخر فلا سبق ماءه ولد غيره".[23]كما أنه لا يجوز للمرأة المعتدة إخفاء حملها لكي تتزوج لقوله تعالى:" ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كل يؤمن بالله واليوم الآخر".[24]

د- الثواب والأجر ، وهذا الفضل خاص بالنساء فقط، فالمرأة التي تعتد ف يبت زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكذلك المرأة تعتد عدة الطلاق ثلاث قروء أي ثلاث حيضات، فإنها تتقرب إلى الله بالدعاء وترجوا الثواب وترفع درجتها في الآخرة لامتثالها لربها عز وجل.[25]

هـ- فرصة للزوج: بإرجاع الزوجة إلى عصمته عندما تكون في عدة المطلقة، إذا كان الطلاق بائن بينونة صغرى، أي رجعيا، ويعني الطلقة الأولى والطلقة الثانية، لقوله تعالى:" وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا".[26]وهذه الحكمة غير موجودة في عدة الوفاة، بل تكون عدتها إستحدادا وحزنا عليه، لقوله صلى الله عليه وسلم:" لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، تحد على الميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا".[27]

2- الفرع الثاني: نكاح ما فوق الأربعة

اتفق الأئمة على أن الرجل إذا كان تحته أربع نسوة حرمت الخامسة تحريم جمع إجماعا، فإذا طلق إحدى الأربع طلاقا رجعيا فالتحريم باق على حاله، أما إذا طلق الرابعة طلاقا بائنا ، فاختلفوا في ذلك على موضعين هما[28]:

الأول: أنه لا يجوز أن يعقد على الخامسة حتى تنقضي عدة الرابعة البائن، وهو مذهب الحنفية والحنابلة ومعهم جمع من الصحابة، والدليل على ذلك مما روى عن عبيدة السلماني أنه قال:" ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الطهر و لا تنكح امرأة في عدة أختها".[29]

---

[22]-محمد المختار الشنقيطي،كتاب شرح زاد المستنقع للشنقيطي، ص815.

[23]-رواه الترميذي رقم 1131حديث حسن.

[24]-سورة البقرة،البية228.

[25]-محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق،ص5-8.

[26]-سورة البقرة،البية228.

[27]-رواه مسلم في صحيح مسلم رقم 1486 صحيح.

[28]-الكساني بديع الصنائع، مرجع سابق،"-1399.

[29]-ذكره ابن قدامة في المضيء 7-89.

الثاني: يجوز المعتد على الخامسة أثناء عدة الرابعة البائن، وهو مذهب المالكية والشافعية ومن وافقهم، قالوا:لأن الزواج بها قد انتهى فلا يوجد جمع اثناء العدة والتحريم إنما هو للجمع بينهن.[30]والدليل على ذلك ما روى أ، القاسم بن محمد وعروة بن الزبير كانا يقولان في الرجل يكون عنده أربع نسوة، فيطلق أحداهن البتة أن يتزوج إذا شاء و لا ينتظر أن تنقضي عدتها. والدليل على تحريم الزواج ما فوق الأربعة هو: قوله تعالى:" قد علمنا ما فرض عليهم في أزواجهم و ما ملكت أيمانهم".[31]وقوله تعالى:" فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم".[32]، كما دلت سنة رسول الله المبينة عن الله عز وجل على أن انتهائه إلى أربع انتهاء تحريم، فأطلق الله ما ملكت الأيمان وانتهى ما أحل الله بالنكاح إلى أربع، حيث قال صلى الله عليه وسلم لغيلان بن سلمة ونوفل بن معاوية وغيرهما واسلموا وعندهم أكثر من أربع:"أمسك أربعا وفارق سائرهن".[33]

المطلب الثالث: آثار وانعكاسات الأنكحة الفاسدة

ترتب على الأنكحة الفاسدة ثار قبل الدخول وبعده ونفصلها في فرعين:

الآثار قبل الدخول وبعده.

الفرع الأول: آثار الأنكحة الفاسدة قبل الدخول

يقول الزيلغي:" الفاسد لا يجوز في الإجازة ولا يرفع الفساد به".[34]فالعقد الفاسد وإن كان غير صحيح فهو مع ذلك منعقد وله وجود شرعي لا وجود مادي فقط، وهو الفسخ حق للعاقدين ، معنى ذلك أن للعقد وجود شرعي[35].

فالعقد الفاسد وإن كان غير صحيح فإنه منعقد وله وجود شرعي ولا مادي فقط، مع جواز للعاقدين التمسك بفسخ العقد ، معنى ذلك أن للعقد وجود شرعي يبرره وجود فسخ ، فالعقد الفاسد له وجود شرعي مهدد بالزوال بالفسخ لأن فعله معصية، فعلى العاقدين التوبة وذلك بالفسخ دفعا للفساد.[36] وإذا كان العقد الفاسد

---

[30]-سنن الدار قطني 3-308، مالك في الموطأ2-548 حديث رقم 54 كتاب النكاح.

[31]-سورة الأحزاب،الآية50.

[32]-سورة النساء، الآية3.

[33]-بدائع الصنائع للكساني، 3-263.

[34]-بدائع الصنائع،الكساني،3-263.

[35]-الزيغلي، الجزء5،ص182.

[36]-حمد كمال بن مصطفى، ابن محمود والطرابلسي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرايلسية، ددن،1895،ص71.

يستحق الفسخ دفعا للفساد عنه، فإنه يستحقه لغيره لا لعينه، حتى لو أمكن دفع سبب الفساد بدون فسخ العقد لا ينفسخ وينقلب صحيحا.

فضلا عن ذلك فإنه إذا اختل شرط من شروط الزواج وصحته يعتبر عقد الزواج فاسدا ويجب على الزوجين الافتراق، وإن لم يتفرقا فرق بينهما القضاء ومجرد هذا العقد الفاسد لا يترتب عليه آثر، معنى ذلك أنه عند افتراق الزوجين فلا عدة على الزوجة ولا مهر لها ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان، مع أن الزواج الفاسد عند الحنفية باطل لا آثر له ويجب أن يفرق بين الزوجين حالا[37].

الفرع الثاني: آثار الأنكحة الفاسدة بعد الدخول

يترتب على النكاح الفاسد بعد الدخول مايلي:

- يثبت نسب الولد
- تثبت العدة عند المرأة وقت افتراقهما أو وقت تفريق القاضي ولا تجب لها نفقة في هذه العدة
- تثبت حرمة المصاهرة
- يثبت مهر المثل على الرجل إذا كان مسمى عند العقد أو بعده
- لا يقام عنها حد الزنا اتفاقا لوجود اتفاقا لوجود شبهة
- لا توارث بينهما
- لا يقع به طلاق للمرأة

خاتمة:

المشرع الجزائري عالج موضوع الزواج الفاسد في قانون الأسرة في الفصل الثالث المادة 32 إلى 33، والملاحظ أنه تأثر بما جاء في الفقه الإسلامي و خاصة المذهب الحنفي ، غير أنه لم يدرج تعريف واضح لعقد الزواج الفاسد، بل اكتفى بذكر الحالات التي تفسد فيه الزواج، وكذلك الآثار المترتبة على هذا العقد.

فضلا عن ذلك فإن عقد الزواج قائم على ركن واحد هو ركن الرضا المعبر عنه بصفة الإيجاب و القبول وفق قانون الأسرة الجزائري، أما في الفقه الإسلامي فهناك اختلاف فقهي بين المذاهب حول طبيعة أركان عقد الزواج وآثر تخلفها، بينما المشرع الجزائري حصر جميع الشروط في نص المادة 9 مكرر في قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02، والمتمثلة في انعدام الموانع الشرعية والولي والشاهدين والصداق والأهلية، أي أنه إذا توافرت هذه الشروط يكون عقد الزواج صحيحا ، والعكس صحيح عند تخلفها يصبح عقد زواج فاسد يترتب عليه آثار خطيرة.

[37]-هشام ذبيح، مداخلة حول إشكالية الزواج والزواج الباطل في ظل قانون الأسرة الجزائري، قدمت في ملتقى تحت عنوان المسائل المصرح تعديلها في قانون الاسرة الجزائري، يومي: 24-25ماي2017، جامعة البليدة،ص4.

قائمة المراجع:

1-محمد وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء7، دار الفكر،دمشق، 1984.

[2]-العربي بلحاج،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1،ط6،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

[3]- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب ، المجلد 11، دار صادر، بيروت ، لبنان،2005.

[4]-عبد الرحمان الأهل،الانكحة الفاسدة ، دراسة فقهية،ط1، مصر، 1983.

[5] -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،علاء الدين ابي بكر مسعود الكساني، المتوفى سنة 587هـ، مطبعة العاصمة، القاهرة، 03-1410.

[6]-بدائع الصنائع للكساني، مرجع سابق،3-1410.

[7]-محمد المختار الشنقيطي،كتاب شرح زاد المستنقع للشنقيطي.

[8] -سنن الدار قطني 3-308، مالك في الموطأ2-548 حديث رقم 54 كتاب النكاح.

[9]-حمد كمال بن مصطفى، ابن محمود و الطرابلسي، الفتاوى الكاملة في الحوادث الطرايلسية، ددن،1895.

10-هشام ذبيح، مداخلة حول إشكالية الزواج والزواج الباطل في ظل قانون الأسرة الجزائري، قدمت في ملتقى تحت عنوان المسائل المصرح تعديلها في قانون الأسرة الجزائري، يومي: 24-25 ماي2017، جامعة البليدة.

التوصيات

اجتمع أعضاء لجنة التوصيات بتاريخ 13 ديسمبر 2022 لصياغة توصيات الملتقى الوطني الحضوري وعن بعد الموسوم بـ: "الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلها" والمنعقد بالمركز الجامعي سي الحواس بريكة من طرف السادة الأساتذة:

د. قادري نادية المركز الجامعي سي الحواس بريكة – رئيسة لجنة التوصيات

د. هشام ذبيح المركز الجامعي سي الحواس بريكة – رئيس الملتقى

أ.د محمودي سماح المركز الجامعي سي الحواس بريكة – مدير مخبر آفاق الحوكمة للتنمية المحلية المستدامة

د. فرحات بن ناصر المركز الجامعي سي الحواس بريكة – عضو

أ. بن الزين أبو القاسم جامعة محمد خيضر بسكرة – عضو

أ. سلامي فواز جامعة حمه لخضر الوادي – عضو

أ. عمرون أمال جامعة محمد بوضياف المسيلة – عضو

وتوصل أعضاء اللجنة للتوصيات التالية:

أولا : توصيات متعلقة بصياغة المواد:

- يجب على المشرع إعادة النظر في نص المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري وذلك بالإشارة لطرف المتسبب في العدول ، إذ يمكن أن يكون الطرف المتسبب ليس هو الطرف العادل عن الخطبة.

-ينبغي على المشرع الجزائري إعادة النظر في نص المادة 11 ق أ ج والأخذ برأي الجمهور بتعديل عبارة " أي شخص تختاره " بعبارة " والقاضي ولي ما لا ولي له ". والتأكيد على ترتيب الأولياء.

-ضرورة التدخل التشريعي بنصوص تبيّن بدقة الطبيعة القانونية للترخيص بالزواج المختلط. وذلك بتأكيدها على أنه ليس من أركان العقد ولا من شروطه.

-تعديل نص المادة 30 من قانون الأسرة المتعلقة بالمحرمات من النساء مؤقتا بإضافة المرأة التي لا تدين بدين سماوي.

-نوصي بعدم الموافقة على زواج المسيار لأنه ينافي مقاصد الزواج من سكن ومودة ويؤثر على تربية النشء ويزعزع استقرار الأسر وتكوينها ويشيع التسيب لضعاف النفوس والمستغلين لأوضاع النساء المحرومة من الإحصان والجو الأسري.

-على المشرع الجزائري إعادة صياغة المادة 35 بما يتوافق مع المادة 32 وذلك باستبدال عبارة "بشرط ينافيه"، بعبارة " بشرط يتنافى مع مقتضيات العقد". وفي المادة 32 تستبدل عبارة "شرط يتنافى ومقتضيات العقد"، بعبارة، " شرط يتنافى مع أصل العقد"، وإلغاء المادة 34 لأن معناه موجود في المادة 32 التي ذكرت الموانع.

- ضرورة إلزام القاضي الاستعانة بمحكمين وفق نص المادة 56 من قانون الأسرة في كل حالة تطليق أو خلع تكون فيها الزوجة قاصرة، حتى تتمكن العائلة من المشاركة و المساعدة في حل المشكلة حتى لا ينفرد القاضي بفك الرابطة الزوجية لوحده.

-سن قوانين تنظم وتقنن عملية التلقيح الاصطناعي في جميع مراحلها.

-تعديل المادة 49 من قانون الأسرة من خلال الفصل في مسألة إثبات الطلاق العرفي بفقرة صريحة، ووجوب إثباته بالتصريح والتوثيق، لتجنب ازدواجية العدة الشرعية والعدة القانونية .

-إضافة مواد أخرى بجانب نص المادة 54 كونها غير كافية، لكي يحظى الخلع بأحكامه الشرعية المعروفة والثابتة، على غرار باقي التشريعات العربية، كالمشرع السوري بـ: 9 مواد، والأردني بـ: 8 مواد

-إعادة شرط قبول الزوج للخلع في حالات معينة إذا لم يكن سبب الخلع جدياً، أو كانت الزوجة متعسفة فيه.

- إعادة النظر في المواد الملغاة بما فيها مواد الطاعة والرضاع فهي أمور تستقر بها الأسرة، مع أنه يبحث عن حلول لتجنب فك الرابطة الزوجية.

- تعديل المادة 222 من قانون الأسرة مع التقيد بالمرجعية الفقهية الوطنية مع الاستفادة من قرارات وتوصيات المجامع الفقهية.

ثانيا: توصيات عامة

-على المشرع عند تعديل قانون الأسرة أن يبني ذلك على دراسات علمية لهيئات متخصصة تقف على الإيجابيات والسلبيات لهذه النصوص وتطبيقاتها ميدانيا، والتوازن بينها لتصل إلى الحلول المناسبة التي تستدعي إلغاء أو تعديل أو الإبقاء دون أن يمس ذلك بمصدر هذا القانون وهو الشريعة الإسلامية. ولا يكون استجابة للضغوط الدولية وعولمة النظام الأسري عن طريق الاتفاقيات الدولية واللجان الدولية المنبثقة عنها، التي خرجت عن الفطرة الإنسانية.

-تكثيف البحوث العلمية الرامية إلى كشف محاولات طمس الهوية الوطنية والإسلامية وإلى دعم الدولة للثبات على موقفها، وذلك بالتمسك بمرجعيتها الدينية والاستمرار في تحفظها.

-التأكيد على جعل قضاة الحكم متخصصين في مسائل الأحوال الشخصية والعلوم الشرعية للفصل في النزاعات الأسرية وإيجاد حلول للمشاكل الأسرية، أو إقتراح إنشاء محاكم خاصة بشؤون الأسرة نظراً لخطورة هذا الملف الذي هو في تزايد رهيب.

-إصدار قانون إجراءات التقاضي خاص بالأحوال الشخصية، لضبط القواعد اللازمة لتطبيق قانون الأسرة الجزائري، وتدارك الثغرات والتناقضات الموجودة فيه.

-لنجاعة محاولات الصلح في كل طرق فك الرابطة الزوجية، لابد أن يكون القاضي المكلف بإجراء الصلح قاضياً متخصصاً في ذلك، وذا كفاءة شرعية وقانونية، بحيث تسند إليه هذه المهمة دون توكيله بمهام أخرى من شأنها تشتيت تركيزه لتطبيق هذا الإجراء والوصول إلى نتائج مرضية.

-التشجيع على تفعيل الكفاءة في الزواج بمراعاة التقارب الوظيفي، والثقافي والسكني بين الزوجين؛ باعتبارها من معايير الكفاءة الحديثة؛ ذلك أن كثيرا من الخلافات بين الزوجين مرده إلى التباين الواسع بين التكوين العلمي والموقع الوظيفي لكل من الزوجين وهذا لتجنب التفكك الأسري.

-التنصيص صراحة على الأنكحة الفاسدة المتعلقة بالولي والشهادة والصداق والتي هي النكاح بدون ولي، نكاح السر، نكاح الشغار.

-إنشاء الوساطة الأسرية من مختصين في عدة مجالات قانونية وإجتماعية ونفسية وشرعية واقتصادية لمعالجة المشكلة قبل الفصل فيها قضائياً على أن تحرر محضر يثبت ما توصلت إليه.

-اقتراح إلزامية القيام بدورات التأهيل عن الحياة الزوجية للمقبلين على الزواج تشرف عليها وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة أو وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وجعل هذه الدورة التكوينية شرطا شكليا لإبرام عقد الزواج المدني في شكل وثيقة رسمية تصدر عن هيئة أعدت لذلك.

الـنـــــــــاشـــــــر:

المركز الديمقراطي العربي

للدراسات الاستراتيجية والسياسية والاقتصادية

ألمانيا/برلين

Democratic Arab Center

For Strategic, Political & Economic Studies

Berlin / Germany

لايسمح بإعادةإصدار هذا الكتاب أو أي جزء منه أو تخزينه

في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل من الأشكال،دون إذن مسبق خطي 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 الاستراتيجية والسياسيةوالاقتصاديةألمانيا/برلين

البريدالإلكتروني*book@democraticac.de*

الكتاب : الإشكالات القانونية والقضائية لأحكام قانون الأسرة وسبل حلّها

وقائع أعمال ملتقى وطني حضوري. عن بعد

رئيس المركز الديمقراطي العربي: أ. عمار شرعان

مدير النشر: د. أحمد بوهكو – ألمانيا – برلين

تنسيق : د. ليلى شيباني

رقم تسجيل الكتاب: VR . 3383 – 6828. B

2023م