

جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المخبر المتوسطي للدراسات القانونية

المصالح المعبرة

في المسائل غير المالية للأسرة

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص

إعداد الطالب:

تحت إشراف

عبد الحميد عيدوني

أ.د./ زكية حميدو

لجنة المناقشة

أ. جيلالي تشوار	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ. زكية حميدو	أستاذة التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ. صالح جزول	أستاذ محاضر " أ "	المركز الجامعي مغنية	مناقشا
أ. سهام المر	أستاذة محاضرة " أ "	المركز الجامعي مغنية	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

رَبِّهِمْ وَرَبِّ الْعَالَمِينَ
سُبْحَانَكَ يَا رَبُّ الْعَالَمِينَ

رَبِّهِمْ وَرَبِّ الْعَالَمِينَ
رَبِّهِمْ وَرَبِّ الْعَالَمِينَ

وَالرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَالرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا رَبُّ الْعَالَمِينَ
يَا رَبُّ الْعَالَمِينَ

رَبِّهِمْ وَرَبِّ الْعَالَمِينَ
رَبِّهِمْ وَرَبِّ الْعَالَمِينَ

شكر خاص

بعد شكر الله تعالى على تمام فضله وإنعامه، كان لابد أن أتوجه بالشكر إلى:

والديّ الكريمين وإخوتي

زوجتي ووالديها الطيبين وإخوتها

كل قريب من عصوبتي وذوي رحمي وأصهاري

الأستاذة الدكتورة: زكية حميدو على تشریفها لي بقبولها الإشراف علي بالتوجيه والإرشاد

الأستاذة الدكتورة: جيلالي تشواروصالح جزول وسهام المرعلى ما بذلوه لمناقشة هذه الرسالة

كل أساتذتي ومشايخي في كل الأطوار التعليمية التي مررت بها

كل رفاقي في طلب العلم وزملائي في العمل

إهداء

أهدي هذا العمل إلى:

بلدي الجزائر وشعبها الطيب

طلبة العلم

ولدي محمد فداء الدين وابنتي هالة رجاء

قائمة أهم المختصرات

- ج: الجزء.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- د.س: دون سنة.
- د.ط: دون طبعة.
- د.م.ج: ديوان المطبوعات الجامعية
- د.و.أ.ت: الديوان الوطني للأشغال التربوية
- ر.ح: رقم الحديث.
- ر.ف: رقم الفتوى.
- ص: الصفحة.
- ط: الطبعة.
- ع: العدد
- غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.
- غ.ش.أ: غرفة شؤون الأسرة.
- ق.أ: قانون الأسرة.
- ق.ش.أ: قسم شؤون الأسرة.
- م.أ: المجلس الأعلى.
- م.أ.ع: مجلة الأحكام العدلية.
- م.ع: المحكمة العليا.
- م.ق: المجلة القضائية.
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا
- ن.ق: النشرة القضائية.

مقدمة

المجتمع البشري لا يكتمل بنيانه، بل ولا يوجد كيانه، إلا إذا صلح أساسه، وأساس المجتمع الأسرة، والتي هي مأخوذة في اللغة من الأسر، وهو الشد والربط، ومنه الإسار وهو الرباط¹، أما في الاصطلاح القانوني فإن مدلولها يقترب نوعاً ما من التعريف اللغوي، إذ يتضمن معاني عديدة أهمها وأبرزها معين: الأول أنها مجموعة من الأشخاص الذين تربطهم رابطة الدم المنحدرين من منجب واحد؛ وثانيها أنها مجموعة محصورة بالآباء والأمهات وأولادهم القاصرين².

أما تعريف المشرع الجزائري للأسرة فقد أورده المادة 02 من ق.أبصها أن: "الأسرة...تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة"³، وعلى هذا المعنى فإن قانون الأسرة الجزائري إذا تم الأخذ بظاهر لفظ تسميته لا يتضمن إلا على الأحكام التي تنظم علاقات الأفراد الذين لا تربطهم إلا صلة الزوجية وصلة القرابة في حين أن واقع الأمر على غير ذلك، إذ قد يخاطب قانون الأسرة غير هؤلاء، فمثلاً قد تنصرف الوصية أو الهبة لغير وارث ممن لا تجمعه بالوهاب أو بالموصي أي صلة زوجية أو قرابة.

ولذا استحسن بعض الفقهاء تسمية هذا الفرع من القانون بقانون الأحوال الشخصية⁴، إذ لا يتضمن التقنين الأسري الجزائري مسائل الزواج والطلاق و ما ينجر

¹ - انظر، علي بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، ج.8، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000، ص.543.
² - انظر، جبرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ج.1، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، بيروت، 1998، ص.174.
³ - انظر، القانون 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 1984/06/12، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 2005/02/27، المتضمن تعديل و تتميم القانون 11/84، المؤرخ في 1984/06/09، والمتضمن على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 2005/02/27.
⁴ - قالت دليلا فركوس: "يتبين لنا أن المقنن جانب الصواب عند تسميته هذا القانون بقانون الأسرة، باعتباره أدخل مواضيع تمس الأحوال الشخصية ولم يقتصر على أحكام الأسرة..."، ومصطلح الأحوال الشخصية مصطلح جديد في الفقه الإسلامي، قالت زكية حميدو: "كلمة الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند الفقهاء ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه المختلفة ولكنه اصطلاح قانوني وفد إلى الدول الإسلامية مع التشريعات الأجنبية التي وفدت إليها، وهكذا هو اصطلاح جديد بالنسبة للفقه الإسلامي"، وأول من استعمل لفظ "الأحوال الشخصية" هو الفقيه المصري محمد قدرى باشا، حيث وضع كتابا سماه: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان" وكان ذلك في أواخر القرن التاسع عشر، قال في مقدمته: "فهذه جوهرة في الفقه فريدة، وضرة نفيسة نضيدة...من بحر مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان"، ثم قال: "مشتملة على الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته إلى حين منيته، وتقسيم ميراثه بين ورثته"، وأخبر أنه وضع كتابه هذا ليستعان به في المحاكم المصرية.(انظر، دليلا فركوس، محاضرات في قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.11؛ انظر، زكية

عنهما من آثار فقط بل يتعدى إلى بيان حالة الشخص أيضا وترشيده، وأحكام الغائب والمفقود والوصاية والحجر والتقديم وهي الواردة في الكتاب الثاني من التقنين الأسري الجزائري، والذي أطلق عليه اسم النيابة الشرعية، كما اشتمل هذا التقنين على بيان أحكام المواريث في الكتاب الثالث، وكذا أحكام التبرعات في الكتاب الرابع.

وأصل فكرة هذه الأطروحة مأخوذة من علم المقاصد في الشريعة الإسلامية⁵، ومعنى علم مقاصد الشريعة هو ذلك العلم الذي يبحث في ما هي المصلحة، التي قصدها الشارع من وضع الشرائع⁶، والمصلحة في اللغة من صلح، قال ابن منظور: "صلح: الصلاح ضد الفساد..."، ثم قال: "والمصلحة واحدة المصالح والاستصلاح نقيض الاستفساد، واصلح الشيء بعد إفساده أقامه..."

والمصلحة في الاصطلاح المحافظة على مقاصد الشرع الخمسة، وفي هذا الإطار قال محمد الأمين الشنقيطي: "أصول المصالح حفظ الدين وهو الحكمة المقصودة من قتل المرتد والزنديق والكافر، وحفظ النفس وهو الحكمة المقصودة من شرع القصاص، وحفظ العقل وهو الحكمة المقصودة من شرع حد الخمر، وحفظ النسب وهو الحكمة المقصودة من حد الزنا، وحفظ المال وهو الحكمة المقصودة من حد السرقة، وحفظ العرض وهو المقصودة من حد القذف..."

وأضاف قائلاً: "عند التعارض يقدم حفظ الدين ثم النفس ثم العقل ثم النسب"، ثم قال: "وفصل بعض العلماء فقال أما الوقوع في العرض بما يؤدي إلى الشك في النسب فهو مقدم على المال لأنه في مرتبة حفظ النسب كقذفه بما يؤدي إلى الشك في النسب فهو مقدم على المال لأنه في مرتبة حفظ النسب كقذفه له بأنه ابن زنى ونحو ذلك

حميدو، مصلحة الخوضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005/2004، ص.28؛ انظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.22؛ انظر، محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط.1، دار ابن الحزم، لبنان، 2007، ص.25.

⁵ المقاصد في اللغة جمع مقصد وقصد وهو اتيان الشيء، تقول قصدته وقصدت له وقصدت إليه بمعنى وقصدت قصده نحو نحت نحوه، ويطلق على الوجهة، والمكان المقصود، ولعل مقاصد الشريعة سميت بهذا الاسم لقوله تعالى: {وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ}، قال عبد الرحمن السعدي: "أي الصراط المستقيم الذي هو أقرب الطرق وأخصرها موصل إلى الله وإلى كرامته". (انظر، إسماعيل الجوهري، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.944؛ وانظر، سورة النحل، الآية.09؛ وانظر، عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ج.4، ط.1، دار ابن الجوزي، 1422 هـ، ص.874).

⁶ انظر، سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010، ص.67.

والوقوع في العرض بغير ذلك دون المال.."، فرق الشنقيطي بين العرض والنسب فجعل أصول المصالح ستة، والجمهور على أنها خمسة وهي: الدين والنفس والعقل والنسل والمال⁷، والمقصود من المصلحة المعتبرة في هذه الأطروحة المصلحة المعترف بها شرعا وقانونا عند رجال الفقه في كليهما⁸.

أول من ألف في مقاصد الشريعة العالم الأصولي الشافعي أبو بكر محمد بن علي الشاشي المعروف بالقفال الكبير والمتوفي سنة 365 هـ⁹، وذلك في كتابه المسمى محاسن الشريعة في فروع الشافعية، والذي قال فيه: "إن الشرائع كلها المختلفة عقلية، ولو وقعت على غير ما هي عليه لخرجت عن الحكمة والمصلحة..."¹⁰، وقد تطرق في هذا الكتاب على المقاصد الجزئية، فتطرق إلى كل مسألة من مسائل أبواب الفقه على حدة وبين المصلحة الواردة فيها¹¹.

ثم جاء بعد الشاشي إمام الحرمين أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله الجويني الشافعي المتوفي سنة 478 هـ¹²، فتطرق في كتابه البرهان في أصول الفقه لمقاصد الشريعة في مبحث المناسبة في القياس وفي كتاب الاستدلال¹³، ومن بين ما قاله: "والذي تحقق لنا

⁷ - انظر، محمد بن منظور، لسان العرب، ج.3، ط.1، دار النوادر، الكويت، 2010، ص.384؛ وانظر، الموسوعة الفقهية، ج.3، ط.2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1983، ص.324؛ وانظر أيضا، محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، تحقيق وإكمال. محمد ولد الحبيب الشنقيطي، ج.2، ط.3، دار المنار، السعودية، 2002، ص.496.

⁸ - المصلحة على ثلاثة أنواع: مصلحة معتبرة إعتبرها الشرع وأقرها ونص عليها كتحريم الخمر حفاظا على العقل ودفعاً لضرر إتلافه وذهابه؛ مصلحة ملغاة كمصلحة من ينتفع ببيع الخمر أو التداوي بها؛ ومصلحة مرسله كتحريم كل ما أذهب العقل من مخدر أو حشيش أو أشباههما لأنها في معنى المصلحة المعتبرة من تحريم الخمر. (محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، ج.2، المرجع السابق، ص.501).

⁹ - انظر، محمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج.16، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984، ص.283.

¹⁰ - انظر، محمد الشاشي، محاسن الشريعة في فروع الشافعية، اعتنى به محمد سمك، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص.29.

¹¹ - تقسيم المقاصد من حيث شمولها إلى ثلاثة أقسام: مقاصد عامة؛ ومقاصد خاصة؛ ومقاصد جزئية، فالمقاصد العامة هي المعاني والحكم الملحوظة في جميع أحوال الشريعة أو معظمها، مثلها الكليات الخمس من حفظ الدين والنفس والنسب والمال والعرض؛ أما المقاصد الخاصة فهي الأهداف والغايات والمعاني الخاصة بباب من أبواب الشريعة، أو أبواب متجانسة منها أو مجال معين من مجالاتها، كمقاصد العبادات جميعا، ومقاصد المعاملات عموما؛ أما المقاصد الجزئية فهي المقاصد المتعلقة بمسألة معينة دون غيرها، فمثلا في المقصد الخاص المتعلق بالعبادات هناك مقاصد جزئية متعلقة إما بالوضوء أو الصلاة أو الصوم أو الحج أو غيرها من العبادات. (انظر، محمد البيوي، مقاصد الشريعة الإسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط.1، دار الهجرة، السعودية، 1998، ص.387 و411 و415).

¹² - أحمد بن حنبل، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، حققه إحسان عباس، ج.3، ط.1، دار صادر، بيروت، 1978، ص.167.

¹³ - انظر، عبد الملك الجويني، البرهان في أصول الفقه، حققه عبد العظيم الديب، ج.2، ط.1، إدارة الشؤون الدينية، قطر، 1399، ص.1222 و1229.

من مسلكتهم - يعني الصحابة رضوان الله عليهم - النظر إلى المصالح والمراشد والاستحاثات على اعتبار محاسن الشريعة¹⁴.

وأتى بعد إمام الحرمين أبو حامد محمد الغزالي الشافعي المتوفي سنة 505هـ¹⁵، ففصل غاية التفصيل في مقاصد الشريعة وذلك في مؤلفه المسمى بالمستصفى فقال في كتاب الاستصلاح: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم" ثم قال: "فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة"¹⁶، ونبه إلى أن مراتب المصالح ثلاثة: ضروريات وحاجيات وتحسينيات¹⁷.

ثم جاء بعد الغزالي فخر الدين محمد بن عمر الرازي المتوفي سنة 606هـ¹⁸، وأورد في كتابه المحصول في علم الأصول ما ذكره الغزالي من تقسيم المصالح إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات¹⁹، وأن مقاصد الشرع من الخلق خمسة²⁰، إلا أنه قسم التحسينيات إلى قسمين: ما يقع لا على معارضة قاعدة معتبرة؛ وما يقع على معارضة قاعدة معتبرة²¹، واستطرد الحديث عن المقاصد في محل كلامه عن المناسبة والترجيح بين الأقيسة.

وبعد الرازي جاء علي بن محمد الأمدي المتوفي سنة 631هـ²²، فقال في كتابه الإحكام في أصول الأحكام: "المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة

¹⁴ - عبد الملك الجويني، نفس المرجع، ج.2، ص.805.

¹⁵ - أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.4، ص.216.

¹⁶ - انظر، محمد الغزالي، المستصفى من علم أصول الفقه، حققه. أحمد حماد، ج.1، ط.1، دار الميمان، السعودية، د.س، ص.328.

¹⁷ - قال الغزالي: "وهذه الأصول الخمسة - يعني حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال - حفظها واقع في رتبة الضروريات فهي أقوى المراتب في المصالح..". ثم قال: "والرتبة الثانية ما يقع في رتبة الحاجيات من المصالح والمناسبات، كتسليط الولي على تزويج الصغيرة والصغير فذلك لا ضرورة إليه لكنه محتاج إليه في اقتناء المصالح، وتقييد الأكفاء خيفة من الفوات..". ثم قال: "الرتبة الثالثة ما لا يرجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزائد، ورعاية أحسن المناهج في العادات والمعاملات". (محمد الغزالي، نفس المرجع، ج.1، ص.328 و329).

¹⁸ - أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.4، ص.248.

¹⁹ - قال الرازي: "كون المناسب مناسبا إما أن يكون لمصلحة تتعلق بالدنيا، أو مصلحة تتعلق بالآخرة. أما القسم الأول فهو على ثلاثة أقسام، لأن رعاية تلك المصلحة إما أن يكون في محل الضرورة، أو في محل الحاجة، أو لا في محل الضرورة ولا في محل الحاجة"، ثم قال: "أما التي لا تكون في محل الضرورة ولا الحاجة فهي التي تجري مجرى التحسينيات". (انظر، محمد الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق. طهالعلواني، ج.5، ط.1، مؤسسة الرسالة، الرياض، 1400هـ، ص.159 وما بعدها).

²⁰ - قال الرازي: "ثم قد عرفت أن المناسبة التي من باب الضرورة خمسة وهي: مصلحة النفوس والعقول ولأديان والأموال والأنساب...". (محمد الرازي، نفس المرجع، ج.5، ص.458).

²¹ - قال الرازي عن التحسينيات أنها: "على قسمين منه ما يقع لا على معارضة قاعدة معتبرة وذلك كتحریم القاذورات...". ثم قال: "ومنه ما يقع على معارضة قاعدة معتبرة وهو مثل الكتابة فلها وإن كانت مستحسنة في العادات إلا أنها في الحقيقة بيع الرجل ماله بماله، وذلك غير معقول". (محمد الرازي، نفس المرجع، ج.5، ص.161).

²² - أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج.3، ص.293.

أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع، وربما كان ذلك مقصوداً للعبد لأنه ملائم له، وموافق لنفسه²³.

والجدید عند الآمدي أنه قسم المصالح الدنيوية إلى ثلاثة وهي ما كانت منها مفضية إلى تحصيل أصل المقصود: إبتداء؛ أودواما؛ أو تكميلاً. فالأولى كاشتراط الأهلية في العقود ابتداء لصحتها وبالتالي حصول الملك أو المنفعة؛ أما الثانية كتحریم القتل لحصول دوام الحفاظ على النفس؛ وأما الثالثة كاشتراط الشهادة في الزواج لأنه مكمل لمصلحة النكاح²⁴.

والجدید أيضاً عند الآمدي تحدّثه عن مكملات²⁵ المقاصد الخمس بعد أن قسم المصالح إلى ضروريات وحاجيات وتحسينيات²⁶، وتكلم باستطراد حول مسألة درأ المفسدة وجلب المصالح ومشكلة إذا وقع التعارض بينهما²⁷.

ولم يقف الأمر عند الآمدي بل جاء بعده عبد العزيز السلمي الشافعي المعروف بعز الدين بن عبد السلام المتوفي سنة 660 هـ²⁸، وأفرد مقاصد الشريعة بمؤلف سماه قواعد الأحكام من مصالح الأنام، قال في مقدمته: "الغرض بوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات ليسعى العباد في تحصيلها، وبيان مقاصد المخالفات ليسعى العباد في درئها..."، ثم قال: "والشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفسداً أو تجلب مصالحاً"²⁹.

²³ - انظر، علي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج.3، ط.1، دار الصميعة، السعودية، 2003، ص.339.

²⁴ - علي الآمدي، نفس المرجع، ج.3، ص.340.

²⁵ - يعرف المكمل بأنه: "ما يتم به المقصود أو الحكمة من الضروري أو الحاجي أو التحسيني على أحسن الوجوه وأكملها، سواء بسد ذريعة تؤدي إلى الإخلال بالحكمة بوجه ما، أم بتكميله بحكم يظهر به المقصد ويتقوى"، مثال المكمل كتحریم الخلوة بين الرجل والمرأة، لأن المقصد حفظ الأنساب بصيانة الأعراض، والخلوة من أعظم الوسائل التي قد تؤدي إلى هتك العرض، وكاشتراط الشهادة لصحة الزواج، مع أن العقد يكفي فيه تراضي طرفيه، لأن القصد حفظ النسب وصيانة الأعراض، وباشتراط الشهادة يتقوى العقد باشهارة فيسهل إثباته. (محمد البوني، المرجع السابق، ص.339).

²⁶ - قال الآمدي: "وأما إن لم يكن أصلاً، فهو التابع المكمل للمقصود الضروري"، ثم قال: "وذلك كالمبالغة في حفظ العقل؛ بتحریم شرب قليل من المسكر الداعي إلى الكثير، وإن لم يكن مسكراً، فإن أصل المقصود من حفظ العقل حاصل بتحریم شرب المسكر، لا بتحریم قليله، وإنما حرم القليل للتكميل والتتميم". (علي الآمدي، المرجع السابق، ج.3، ص.344).

²⁷ - علي الآمدي، نفس المرجع، ج.3، ص.345 وما بعدها.

²⁸ - انظر، محمد الكنتي، فوات الوفيات والذيل عليها، تحقيق احسان عباس، ط.1، ج.2، دار صادر، بيروت، 1973، ص.350.

²⁹ - انظر، عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه طه سعد، ج.1، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1991، ص.11.

ثم جاء أحمد بن إدريس القرافي المالكي المتوفي سنة 684 هـ³⁰، فتكلم عن مقاصد الشريعة متأثراً بشيخه عز الدين بن عبد السلام، إذ قال في كتاب الفروق: "اعلم أن الأوامر تتبع المصالح كما أن النواهي تتبع المفسد، والمصلحة إذا كانت في أدنى الرتب كان المرتب عليها الندب، وإن كانت في أعلى الرتب كان المرتب عليها الوجوب"، وقال أيضاً: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل"³¹، ويعتبر القرافي هو أول من أدخل الكلام في مقاصد الشريعة إلى مذهب مالك.

ثم جاء إمام المقاصد بلا منازع، وأول من نظّر لها بالتفصيل والتحرير بلا مدافع، وهو الإمام أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي المالكي المتوفي سنة 790 هـ³²، فألف كتابه الموافقات، ونبه أن الكلام في مقاصد الشريعة ليس بأمر مبتدع في الدين، فقال في مقدمة كتابه: "فإن عارضك دون هذا الكتاب.. أنه شيء ما سمع بمثله، ولا ألف في العلوم الشرعية الأصلية أو الفرعية ما نسج على منواله أو شكل بشكله.. فلا تلتفت إلى الإشكال دون الاختبار.. فإنه بحمد الله أمر قررته الآيات والأخبار، وشد معاقله السلف الأخيار، ورسم معالمة العلماء الأخيار..."³³.

وبعد الشاطبي أصاب الكلام عن مقاصد الشريعة جمود وفتور حتى جاء عالم القطر التونسي، الشيخ الإمام محمد الطاهر بن عاشور المتوفي سنة 1393 هـ الموافق لسنة 1973³⁴، فأحيا الكلام عن المقاصد، بل واعتبرت من عهده علما منفصلا عن أصول الفقه، إذ ألف في ذلك كتابه

³⁰ - انظر، إبراهيم بن فرحون، الدياج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق محمد أبو النور، ط.1، ج.1، دار التراث، القاهرة، 1972، ص.236.

³¹ - انظر، أحمد القرافي، كتاب الفروق المسمى (أنوار البروق في أنواء الفروق)، تحقيق محمد سراج وعلي جمعة، ط.1، ج.3، دار السلام، مصر، 2001، ص.845 وما بعدها.

³² - انظر، محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط.1، ج.1، المطبعة السلفية، القاهرة، 1349 هـ، ص.231.

³³ - انظر، إبراهيم الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج.2، ط.1، المكتبة العصرية، لبنان، 2007، ص.14.

³⁴ - انظر، خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، ج.6، ط.5، دار العلم للملايين، بيروت، 1980، ص.174.

المسمى مقاصد الشريعة الإسلامية، ومما قال في مقدمته: "إني قصدت في هذا الكتاب خصوص البحث عن مقاصد الإسلام من التشريع في قوانين المعاملات والآداب التي أرى أنها الجديرة بأن تخص باسم الشريعة والتي هي مظهر ما راعاه الإسلام من تعاريف المصالح والمفاسد وترجيحاتها، مما هو مظهر عظمة الشريعة الإسلامية بين بقية الشرائع والقوانين والسياسات الاجتماعية لحفظ نظام العالم وإصلاح المجتمع"³⁵.

وثاني من كتب في المقاصد في العصر الحديث بعد الشيخ بن عاشور هو الأستاذ: علال الفاسي المتوفي سنة 1974م³⁶، في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، والذي قال في مقدمته: "وقد أحببت أن يكون هذا الموضوع شاملاً للتعريف بقسط من أصول تاريخ القانون، ووسائل تطوره، وكيف أن الشرائع الإنسانية كلها تقصد إلى العدل، فلما لم تبلغ مداه بحثت عنه خارج مصادرها التشريعية، بينما بقي الفقه الإسلامي يحقق العدالة والعدل بأصوله الذاتية نفسها"³⁷.

بعد استقراء ما ذكره أهل العلم هنا جاءت هذه الأطروحة متضمنة محاولة تطبيق ما أوردوه في المقاصد على مجال التخصص وهو قانون الأسرة، وكان الغرض في أول الأمر هو البحث على المصالح في كل مواضيع قانون الأسرة، إلا أن هذا الغرض يصعب تحقيقه واستيعابه في هذا البحث لقصر مدته وسعة مجال استقراء كل مصالح مواضيع قانون الأسرة، فإنه يستدعي أن تخصص له أبحاث وأطروحات كثيرة، مما دفعني إلى أن أقتصر في بحثي على المصالح غير المالية في مسائل قانون الأسرة.

ويجدر التنبيه هنا إلى أن مسائل قانون الأسرة تقسم باعتبار المصالح المرعية إلى مصالح مالية؛ ومصالح غير مالية، فالمصالح المالية كالتعويض لجبر الضرر في العدول عن

³⁵ - انظر، محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق محمد الميساوي، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2001، ص.175.

³⁶ - خير الدين الزركلي، المرجع السابق، ج.4، ص.246.

³⁷ - انظر، علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تحقيق إسماعيل الحسني، ط.1، دار السلام، مصر، 2011، ص.109.

الخطبة أو في الطلاق التعسفي مثلا، وكالولاية على المال ومسائل الميراث والتبرعات. أما المصالح غير المالية في قانون الأسرة فهي التي سينصب البحث عنها في هذه الأطروحة.

والحديث عن المصالح بصفة عامة وغير المالية منها بصفة خاصة في مسائل قانون الأسرة بل وفي القوانين كلها يكتسي أهمية كبيرة لا تخفى على أحد، فإنه لا جدوى من القانون إذا لم يحقق المصلحة والفائدة المرجوة منه.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الثاني لقانون الأسرة بعد التشريع، نجد نصوصا كثيرة تنبه أن الغاية من تشريع الشرائع هو تحقيق المصالح للناس³⁸، فأخبر الله سبحانه وتعالى أنه أنزل الكتاب من أجل مصالح جمّة، منها هداية الناس وتبيان ما أشكل عليهم ورحمة لهم من الضلال والضيق والهرج وتطهيرا لهم من الرجس والزيغ والزلل، قال الله تعالى: { وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ }³⁹، وقال تعالى: { كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِ رَبِّهِمْ إِلَى صِرَاطٍ الْعَزِيزِ الْحَمِيدِ }⁴⁰، وقال تعالى: { مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ }⁴¹.

وبالرجوع إلى تقنين الأسرة الجزائري نجد أن لفظ "مصلحة" قد تكرر ستة عشر (16) مرة⁴²، ولفظ "مصالح" مرة واحدة⁴³، ولفظ "لصالح" مرة واحدة⁴⁴، ولفظ "الأصلح" مرة واحدة⁴⁵، أي بمجموعة تسعة عشر (19) مرة، ومواضيع تواجد هذا اللفظ يكون غالبا فيما يتعلق

³⁸ - قال الشاطبي: "الشريعة وضعت لصالح الخلق بإطلاق"، وقال أيضا: "الشارع قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية". (إبراهيم الشاطبي، المرجع السابق، ج.2، ص.22 و28).

³⁹ - سورة النحل، الآية.89.

⁴⁰ - سورة إبراهيم، الآية.01.

⁴¹ - سورة المائدة، الآية.06.

⁴² - انظر، المواد.2/07؛ 3/36؛ 64؛ و2/65؛ 66؛ و2/67؛ 69؛ و84؛ و89؛ و90؛ و5/96؛ و99؛ و102؛ و105؛ و114؛ و124 من ق.أ.

⁴³ - المادة.90 من ق.أ.

⁴⁴ - المادة.122 من ق.أ.

⁴⁵ - المادة.92 من ق.أ.

بأهلية القاصر وحضانه والولاية عليه، في حين أنه لا يوجد هذا اللفظ في مسائل الزواج والطلاق إلا فيما يخص آثار الزواج عندما ينص المشرع على حقوق وواجبات الزوجين في المادة 3/36 بنصها أنه: "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة..".

ويذكر نفس الأمر عند استقراء مواضع وجود لفظ "مصلحة" في الاجتهادات القضائية الجزائرية⁴⁶، فمعظم القرارات القضائية الصادرة عن المجلس الأعلى أو المحكمة العليا لا تستخدم لفظ "المصلحة" إلا فيما يتعلق بولاية القاصر والمحضون والمجور عليه والمكفول.

والسؤال المطروح هنا هو في هل يعكس هذا الاستقراء لمواضع وجود لفظ "المصلحة" ضمن نصوص قانون الأسرة والقرارات القضائية مراكز اهتمامها فيمن يستحق أولوية رعاية مصلحته؟

ومما يثير الانتباه كذلك أن كثيرا من الأبحاث في المجال القانوني تنصب على المسائل المالية في قانون الأسرة، كالتعويض في العدول عن الخطبة أو في الطلاق التعسفي وكذا الولاية على مال القاصر، وفي العزيز النادر ما يتطرق الباحثون إلى المسائل غير المالية، فهل عدم الاهتمام الكبير بهذا الجانب لا يؤثر على الزواج والطلاق وآثارهما والولاية على القاصر بالسلب والضرر؟

للإجابة على هذه التساؤلات تم إعداد هذه الأطروحة المسماة بـ"المصالح المعتبرة في المسائل غير المالية للأسرة" وفق المنهج التحليلي مع الاستعانة بالمنهج الاستدلالي والمقارن حيث ما ادعت إليه الحاجة⁴⁷، وذلك لأنه لا بد لدراسة هذا الموضوع الإنطلاق من القواعد العامة لتطبيقها على

⁴⁶ - يذكر منها، قرار، م.أ، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1989/07/03، ملف رقم. 54353، م.ق، ع.1، 1992، ص.45؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1993/06/23، ملف رقم. 91671، م.ق، ع.1، 1994، ص.72؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1995/10/24، ملف رقم. 123889، ن.ق، ع.52، ص.111؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1997/02/18، ملف رقم. 153640، م.ق، ع.1، 1997، ص.39؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1996/05/21، ملف رقم. 13495، م.ق، ع.2، 1997، ص.86؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1998/03/17، ملف رقم. 184712، م.ق، ع.2، 1998، ص.89؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1997/12/23، ملف رقم. 178086، ن.ق، ع.56، 1999، ص.33؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2000/02/22، ملف رقم. 235456، م.ق، ع.1، 2001، ص.280؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2010/10/14، ملف رقم. 581222، م.م.ع، ع.1، 2011، ص.248؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2011/03/10، ملف رقم. 613469، م.م.ع، ع.1، 2012، ص.285؛ وقرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2011/10/13، ملف رقم. 650014، م.م.ع، ع.1، 2012، ص.313.

⁴⁷ - انظر، صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، ط.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2010، ص.35 وما بعدها.

الحالات الخاصة ثم تقديم الأسباب والحجج والمبررات لتوصول إلى الاستنتاج الصحيح، ثم بعد ذلك مقارنة ماورد بالتشريع الأسري الجزائري مع التشريع الإسلامي للنظر في تطابق أو اختلاف المصالح المرعية في كليهما، وتم اختيار التشريع الإسلامي دون غيره ذلك أن المشرع الجزائري اعتبره المصدر الثاني بعد التشريع بنصه في المادة. 222 من ق.أ على أنه: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁴⁸.

وسيتم إنجاز هذه الأطروحة في ثلاثة فصول: أولاهما يتضمن المصالح غير المالية في أحكام الزواج وآثاره (الفصل الأول)؛ وثانيهما يتطرق إلى المصالح غير المالية في أحكام الطلاق وآثاره (الفصل الثاني)؛ وثالثهما ينظر في المصالح القانونية في مسائل الولاية على النفس (الفصل الثالث).

⁴⁸ - يطرح السؤال هنا إلى أي مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي يرجع القاضي؟ والمشكل أيضا أن الرجوع إلى الفقه الإسلامي يحتاج إلى فقيه متخصص، والقاضي الجزائري رجل قانون غير متخصص حتى في فرع واحد من فروع القانون، فقد تجده في الأسرة، ثم يتم نقله إلى قسم الجنح أو الإجتماعي، فكان ينبغي تسهيل الأمر عليه، لأن فتح الباب على مصراعيه في هذا المجال قد يخلق ما يسمى تضارب الأحكام القضائية في الواقعة أوالتصرف القانوني الواحد، ثم أن الحجم الكبير للملفات الموجودة على مستوى المحاكم لا يعطي الوقت الكافي للإجتهد.

الفصل الأول:

المصالح غير المالية

في أحكام الزواج وآثاره

يعرف الزواج⁴⁹ في اللغة على أنه مقارنة شيء لشيء، قال ابن فارس: "و من ذلك الزوج زوج المرأة، و المرأة زوج بعلها و هو الفصيح."⁵⁰، و الزواج في الاصطلاح الشرعي، عقد يرد على ملك المتعة قصدا⁵¹، إلا أن هذا التعريف أنتقد من بعض رجال الفقه لتعليقه عقد الزواج بقضاء الشهوة.

قال السرخسي: " و ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، و إنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، و لكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا، ليرغب فيه المطيع و العاصي، المطيع للمعاني الدينية، و العاصي لقضاء الشهوة"⁵²، و لذا عرفه أحد الفقهاء أنه: "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما، و يحدد ما لكليهما من حقوق و ما عليه من واجبات"⁵³.

أما التعريف الاصطلاحي للزواج في القانون فهناك من عرفه على أنه عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل⁵⁴، و من التعريفات المعاصرة أيضا أنه عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة، بما يحقق بمقتضاه الطبع الإنساني، و تعاونهما مدى الحياة، و يحدد ما لكليهما من حقوق و واجبات⁵⁵.

⁴⁹ -نقل أن أول من شرع الزواج و قننه في العالم: مينا عند المصريين، و فوهي عند الصينيين، و كيكروبس عند اليونان، و سفيتا كيتو عند الهندوس. انظر، إدوارد و يستر مارك، موسوعة تاريخ الزواج، ترجمة محمد الصمد و هدى رطل، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2001، ص.78.

⁵⁰ -انظر، أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، ج.3، ط.1، دار الجليل، بيروت، 1991، ص.35.

⁵¹ -انظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج.7، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002، ص.112.

⁵² -انظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.4، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2000، ص.178.

⁵³ -انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص.17.

⁵⁴ -انظر، عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، ط.1، عالم الكتب، بيروت، 1987، ص.251.

⁵⁵ - انظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.73.

ولقد عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 4 منقلاً المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 - على أن: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة والتعاون و إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب"، بعدما كان يعرفه على أنه: "عقد يتم بين رجل و امرأة" ⁵⁶.

والملاحظ في هذين التعريفات أنها حدّت تعريف الزواج بتبيان أهدافه، والتي هي المصالح المرجوة من عقد الزواج، وقد يجد هذا التركيز على بيان المصالح في التعريف بهذا العقد ما يبرره إذا كان الغرض هو لفت النظر أن الغاية من تشريع الزواج شرعاً وقانوناً هو ضمان تحقيق مصالحه لا مجرد مآرب آنية، ولذا سيتم التطرق في هذا الفصل إلى الحماية القانونية للمصالح غير المالية في أحكام عقد الزواج (المبحث الأول)؛ وكذا الحماية القانونية للمصالح غير المالية في آثار عقد الزواج (المبحث الثاني).

⁵⁶-أول قانون مكتوب عرفته الجزائر بشكل منظم يتعلق بالزواج و الطلاق هو الأمر 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 ، ثم بعدها جاء القانون 224/63 ، الصادر في 1963/06/29 ، المتضمن تحديد سن الزواج و تسجيله ، و أردف هذا القانون بالأوامر الصادرة في 1966/06/23 و 1969/09/16 و 1971/09/22 و المتعلقة بكيفية الزواج ، و على الرغم من ذلك بقي التشريع الجزائري يفتقر إلى تقنين أسري كامل ، و إستمر القضاء في كثير من أحكامه الأسرية يرجع مباشرة إلى الفقه الإسلامي ، إلى أن صدر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 ، المضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 12 يونيو 1984. إلا أن هذا القانون اشتمل على ثغرات عديدة كانت محل نقاش حاد بين دعاة العصرية - على ضوء الفقه و التشريع الغربي - و دعاة الأصالة - على ضوء الشريعة الإسلامية - و مما زاد الأمر تعقيداً مصادقة الجزائر على بعض الإتفاقيات الدولية الماسة بأحكام الأسرة ، مما دفعها إلى تعديل تقنينها الأسري بالأمر 02/05 ، المؤرخ في 2005/02/27 ، المتضمن تعديل و تتميم القانون 11/84 ، المؤرخ في 1984/06/09 ، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15 ، المؤرخة في 2005/02/27 .

المبحث الأول:

المصالح غير المالية في أحكام الزواج

تنص المادة 04 من ق.أ: "الزواج... من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب"، يلاحظ أن المشرع الجزائري في تعريفه لعقد الزواج أغفل ذكر التعريف الاصطلاحي لعقد الزواج وذكر غايته، قال العربي بلحاج: "ولعل عذر القانون في هذا الاغفال هو الخشية من أن يظن البعض أن عقد الزواج موضوع في الإسلام مجرد الاستمتاع واللذة، فعدل على ذلك إلى ذكر الغاية منه"⁵⁷، والغاية التي أوردها المشرع في المادة 04 من ق.أ هي المصالح المرجوة في عقد الزواج، وهنا يطرح السؤال هل التزم التشريع الأسري الجزائري بوضع الآليات القانونية لتحقيق المصالح التي ذكرها هنا؟ وهذا ما سيتم دراسته من خلال أمرين: أولاهما في بيان المصلحة غير المالية في مقدمات عقد الزواج (المطلب الأول)؛ وثانيهما في المصلحة الحمية في إبرام عقد الزواج (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

المصالح غير المالية في مقدمات عقد الزواج

تكتسي مرحلة التمهيد لعقد الزواج أهمية كبيرة، إذ يتوقف عليها بالدرجة الأولى بنجاح العلاقات الزوجية، فاختيار الزوج المناسب وسلامة المقصد ووضوح الغاية كلها عوامل لا بد أن توجد في هذه المرحلة، وما يهم من الجانب القانوني هو كيفية حماية الراغب في الزواج من أي تلاعب أو غلط يحدث ضررا أو عيبا يوجب الرد، وهذا ما سيتم التطرق إليه في مباحث المصالح المراد صيانتها في الخطبة (الفرع الأول)؛ وكذا البحث في المصلحة من الفحص الطبي قبل الزواج (الفرع الثاني).

⁵⁷ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص.74.

الفرع الأول: المصلحة في أحكام الخطبة

الخطبة في اللغة من حَظَبَ، قال ابن فارس: " الخاء و الطاء و الباء أصلان: أحدهما الكلام بين اثنين يقال: خاطبه يخاطبه خطاباً و الخطبة من ذلك.

و في النكاح الطلب أن يزوج، قال الله تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ} ⁵⁸، وقال الجوهري: " الخِطْبُ الرجل الذي يخطب المرأة، و يقال أيضا هي خِطْبُهُ و خِطْبَتُهُ للتي يَخِطُبُهَا"، قال: " و اختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبته" ⁶⁰، و قال الفيروزآبادي: " وخطب المرأة خِطْبًا و خِطْبَةً و خِطَّيِي، بكسرهما، و اختطبها، وهي خِطْبُهُ و خِطْبَتُهُ و خطيباه و خِطَّيْتُهُ، وهو خِطْبُهَا بكسرهن، و يضم الثاني وجمعه أخطاب، وخطيبها وجمعها خطيبون، و يقال الخاطب خِطْبٌ بالكسر و يضم، فيقال المخطوب نِخْحٌ و يضم و الخطَّاب كشدَّاد المتصرف في الخطبة." ⁶¹.

والخطبة في الإصطلاح قال محمد الدسوقي: "الخطبة بكسر الخاء إلتماس النكاح" ⁶²، وقال عبد الوصيف محمد: " طلب الزواج من الولي" ⁶³، و قال محمد المغربي: "الخطبة بكسر الخاء قال في التوضيح عبارة عن استدعاء النكاح و ما يجري من المحاورة" ⁶⁴، وقال المختار الجزائري: "بكسر الخاء طلب التزويج"، ثم قال: "التراكن في النكاح أن تميل إليه و يميل إليها، و التقارب في النكاح اشتراط الشروط بحيث لم يبق

⁵⁸- انظر، سورة البقرة، الآية.235.

⁵⁹- انظر، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، حققه عبدالسلام محمد هارون، ط.2، ج.2، دار الفكر، مصر، 1979، ص.198.

⁶⁰- انظر، اسماعيل الجوهري، الصحاح تاج العربية و صحاح العربية، راجعه محمد محمد تامر وأنس محمد الشامي و زكرياء جابر أحمد، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2009، ص.327.

⁶¹- انظر، محمد الفيروزآبادي، القاموس المحيط، اشراف محمد نعيم العرقسوسي، ط.8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005، ص.81.

⁶²- انظر، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س، ص.216.

⁶³- انظر، عبد الوصيف محمد، مصباح السالك نظم أسهل المسالك في مذهب مالك، المكتبة العصرية، بيروت، د.س، ص.125.

⁶⁴- انظر، محمد المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه و أخرجاُحاديثه.زكرياء عميرات، ج.5، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص.25.

بينهما إلا الإيجاب والقبول⁶⁵، والسؤال المطروح هنا فيما هي المصالح التي لا بد من ضمانها في الخطبة؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من بيان كيفية إبرام الخطبة (أولاً)؛ ثم نعرض إلى التكييف القانوني للخطبة (ثانياً)؛ ثم إلى أثر هذا التكييف على مصلحة الأطراف في الخطبة (ثالثاً).

أولاً: كيفية إبرام الخطبة: حتى يتسنى لنا معرفة كيفية إبرام الخطبة لا بد من معرفة كيفية التعبير عن الخطبة (أ)؛ ثم المراحل التي تمر عليها (ب).

أ/ كيفية التعبير عن الإرادة في الخطبة: يجب أن نميز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها، فالأولى لا يعلم بها إلا صاحبها، أما الثانية فهي الطريق إلى إخراج هذه الإرادة الكامنة إلى الوجود ليعلم بها الغير عن طريق التعبير عنها⁶⁶، والتعبير عن الإرادة في الخطبة على نوعين: تعبير صريح (1)؛ و تعبير ضمني (2).

1/ التعبير الصريح عن الخطبة: التعبير الصريح حسب القواعد العامة هو أن يحيط من صدر منه التعبير الغير على حقيقة مراده منه بما لا يدع أي شك في دلالة مقصوده⁶⁷، كأن يقول الخاطب لامرأة: "إني أريد أن أتزوجك"⁶⁸.

والتصريح بخطبة المعتدة لا يجوز إجماعاً مع العاقد⁶⁹ - المرأة أو وليها - لقوله تعالى: {وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ}⁷⁰، ويجوز التصريح بالخطبة مع غير العاقد⁷¹، ويجدر

⁶⁵ - انظر، المختار الجزائري، المناهل الزلالية في شرح و أدلة الرسالة، ج.3، ط.1، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، إدارة الشؤون الإسلامية، قطر، 2013، ص.1429 و1430.

⁶⁶ - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.1، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.146.

⁶⁷ - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ج.1، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.59.

⁶⁸ - جيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، دفعة.2005/2006، غير منشور.

التنبية هنا أن التعبير قد يتم باللفظ أو الكتابة، كما قد يتم بالإشارة المتداولة عرفاً، ولا يمنع أن يكون التعبير كذلك بالوسائل الحديثة كالهاتف النقال أو الإنترنت⁷²، بشرط وجود المحرم وسماعه للمحادثة التي لا بد أن تكون في حدود التعبير عن الخطبة، وأن تكون هذه الوسيلة دعت إليها الحاجة كتعذر اللقاء لبعد إقامة الخاطب عن مكان المخطوبة⁷³.

2/ التعبير الضمني عن الخطبة: التعبير الضمني عن الخطبة يطلق عليه في الاصطلاح الشرعي التعريض بالخطبة، والتعريض هو إفهام المعنى بالشئ المحتمل له و لغيره⁷⁴، ويأخذ التعريض في الخطبة صوراً يمكن إجمالها في أربعة أقسام:

القسم الأول: أن يذكر الخاطب المرأة لوليها، كأين يقول له: "لا تسبني بها"⁷⁵؛

القسم الثاني: أن يعرض الخاطب للمرأة بالكلام، كأن يقول لها إني أريد التزويج، وإني لأحب امرأة من أمرها و أمرها، أو نحوه من التعريض⁷⁶؛

القسم الثالث: أن يهدي للمرأة التي يريد خطبتها⁷⁷؛

القسم الرابع: أن يذكر الخاطب محاسنه أمام المرأة التي يريد خطبتها كما فعل صلى الله عليه وسلم حين أراد خطبة أم سلمة في عدتها⁷⁸.

⁶⁹ - انظر، محمد بن أحمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن و المبين لما تضمنه من السنة و آي الفرقان، تحقيق عبد الله التركي و محمد عرقسوسي، ج.4، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006، ص.145.

⁷⁰ - سورة البقرة، الآية. 235.

⁷² - أنظر، كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بلعباس، 2010، ص.53.

⁷³ - انظر، أمال بلعباس، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، أطروحة دكتوراه لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، تلمسان، 2018/2019، ص.40.

⁷⁴ - محمد بن أحمد القرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.144.

⁷⁵ - محمد بن عبد الله بن العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.285.

⁷⁶ - أنظر، عبد الرحمن السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، تحقيق عبد الله التركي و عبد السند بمامة، ج.3، ط.1، مركز هجر، مصر، 2003، ص.21.

⁷⁷ - محمد بن أحمد القرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.146.

⁷⁸ - أنظر، محمد بن جرير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق عبد الله التركي، ج.4، ط.1، دار هجر، القاهرة، 2001، ص.267.

و اتفق أهل العلم على جواز التعريض بالخطبة للمعتدة من وفاة، كما اتفقوا على عدم جوازه للمعتدة من طلاق رجعي⁷⁹، واختلفوا في المعتدة من طلاق بائن فأجازته الشافعية والمالكية ومنعه الأحناف⁸⁰، والصحيح عدم جواز خطبة البائن بينونة صغرى تعريضاً، وجوازه بالنسبة للبائن بينونة كبرى⁸¹.

ب/مراحل إبرام الخطبة: يتضح مما ذكر في تعريف الخطبة أنها تمر بمرحلتين: طلب والتماس(1)؛ و ركون(2).

1/ خطبة الطلب: وهي التماس الزواج، و هي عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة و حكمه حكم الإيجاب الذي لم يقترن بقبول⁸².

2/ خطبة الركون: و هي أن تميل المرأة إلى الرجل الخاطب ويميل إليها وتقاربا باشتراط الشروط بحيث لم يبقى بينهما إلا الإيجاب و القبول.

وهذا الذي تحبس فيه المرأة للرجل إلا إذا عدلت أو عدل هو، لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب له أو يأذن له الخاطب"⁸³، إذ ذهب جمهور أهل العلم أن مخطوبة الغير تحرم خطبتها في حالة الركون والموافقة⁸⁴، لا في مرحلة المشاورة لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس - حين خطبها أبو جهم و معاوية -: "أما أبو جهم فلا

⁷⁹ - إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق. مصطفى السيد محمد ومحمد العجاوي ومحمد رشاد و علي أحمد عبد الباقي وحسن قطب، ج.1، ط.1، دار الثقافة، الجزائر، 1990، ص.307.

⁸⁰ - بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1971، ص.37.

⁸¹ - أنظر، نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2008، ص.155.

⁸² - انظر، أحمد الجصاص، أحكام القرآن، ج.2، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992، ص.128.

⁸³ - انظر، محمد البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار بن حزم، القاهرة، 2008، كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، رقم الحديث.5142، ص.639.

⁸⁴ - انظر، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق.محمود الجميل، ط.1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2002، ص.305؛ وانظر، محمد الشافعي، الأم، تحقيق.رفعت فوزي عبد المطلب، ج.6، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.109؛ وانظر، عبد الله بن قدامه، المغني، تحقيق.عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ج.9، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.567؛ انظر، إسماعيل البامري، أحكام الأسرة بين الحنفية والشافعية، ط.1، دار الحامد، الأردن، 2009، ص.65.

يضع عصاه على عاتقه، وأما معاوية فصعلوك، انكحي أسامة⁸⁵، فخطب صلى الله عليه وسلم لأسامه على خطبة أبو جهم ومعاوية.

وذهب ابن حزم إلى تحريم مخطوبة الغير مطلقاً إلا إذا كان الخاطب الثاني أفضل لها في الصحبة والدين⁸⁶.

وخطبة الركون هي الخطبة التي تلزم الخاطبين في أن يسعى كل منهما إلى إتمام عقد الزواج، وبذل جهده في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاثة جدهن جد وهزلن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"⁸⁷، والخطبة وسيلة للنكاح، ولذا اصطلح على الخطبة إذا بلغت حالة الركون في بلدنا أنها الملاك، أي أن الخاطب صار له نوع ملك على المرأة فلا يجوز لغيره خطبتها.

ثانياً: الطبيعة القانونية للخطبة: من المعلوم أن العمل القانوني -على العموم- إما أن يكون واقعة طبيعية كالميلاد و الوفاة؛ أو واقعة قانونية كالفعل الضار أو النافع؛ وإما أن يكون تصرفاً قانونياً؛ والإشكال يثور هنا في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة؟

انقسم الفقه في هذه المسألة إلى ثلاثة أقسام، فقسم ذهب إلى أن الخطبة وعد لا إلزام له (أ)؛ وقسم اعتبرها عقداً كاملاً الأركان و الشروط (ب)؛ وقسم جعلها عقداً تمهيدياً (ج).

⁸⁵ - مالك بن أنس، المرجع السابق، ، كتاب الطلاق، باب ما جاء في نفقة المطلقة، ر.ح.1219، ص.339.
⁸⁶ - انظر، علي بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، ج.10، د.ط، الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ، ص.440.
⁸⁷ - انظر، سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، إعداد و تعليق.عزت عبيد الدعاس و عادل السيد، ج.2، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1997، كتاب الطلاق، باب في الطلاق على الهزل، ر.ح.2194، ص.447؛ و انظر، محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، سنن ابن ماجه، حققه و خرج أحاديثه و علق عليه.بشار عواد معروف، ج.3، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1998، كتاب الطلاق، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا، ر.ح.2039، ص.440، انظر، محمد بن عيسى الترميذي، الجامع الكبير، حققه.بشار عواد معروف، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، أبواب الطلاق و اللعان، باب ماجاء في الجد و الهزل في الطلاق، ر.ح.1184، ص.476؛ وانظر، علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه و ضبط نصه و علق عليه.شعباًلأرنؤوط و حسن عبد المنعم شلبي و سعيد اللحام، ج.5، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2004، كتاب الطلاق و غيره، ر.ح.3940، ص.35؛ و انظر، محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج.2، ط.1، دار الحرمين، القاهرة، 1997، كتاب الطلاق، ر.ح.2859، ص.236؛ قال الألباني: حديث حسن(انظر، محمد الألباني، إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، ج.6، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979، كتاب النكاح، باب ركني النكاح و شروطه، ر.ح.1826، ص.224).

أ/الخطبة وعد بالزواج لا إلزام له: يذهب أصحاب هذا الرأي أن الخطبة لا تخضع إلا للإرادة وحدها، وعلى هذا جمهرة فقهاء الشريعة خلافا للمالكية في بعض الأقوال⁸⁸، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 1/5 و2 من ق.أ بنصها على أنه: "الخطبة وعد الزوج، يجوز للطرفين العدول عن الخطبة".
ودليل أصحاب هذا الطرح أن أساس الزواج الرضائية، ولا يمكن أن نلزم أي شخص على إتمام زواج لا يريد إبرامه، فضرر العدول عن الخطبة أقل من ضرر الزواج عن إكراه⁸⁹.

و النقد الموجه إلى هذا الطرح أن اعتبار الخطبة مجرد الزام أدبي بإبرام عقد الزواج ينزع عنها الصبغة القانونية.

ويجب التنبيه هنا أن المالكية اختلفوا في الوعد، فقسم قال بلزوم الوعد مطلقا، وقسم قالوا بلزومه إذا علق على سبب، وقسم آخر ذهب إلى لزوم الوعد إذا دخل الموعد في هذا السبب، وقسم قال بعدم لزوم الوعد كقول الجمهور⁹⁰.

والنقد الموجه أيضا لمن قال بعدم لزوم الخطبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ثلاثة جدهن جد و هزلهن جد الطلاق و النكاح و الرجعة"⁹¹، والخطبة مؤدية إلى النكاح واعتبارها غير ملزمة فيه استخفاف بالنكاح خاصة مع فساد الذمم.

ثم إن الخطبة والوعد بالتعاقد أمران متباينان شرعا وقانونا، فأما من حيث الشرع، فإن الخطبة أورد لها الشارع أحكاما وتنظيما فقهيها خاصا على خلاف الوعد بالعقد⁹²، ثم إن هذا الأخير لا ينعقد إلا بصيغة جازمة على عكس الخطبة إذ قد تقع بالتعريض⁹³.

⁸⁸ - انظر، أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2005، ص.52.

⁸⁹ - انظر، سعيد خيذر، التكييف القانوني للخطبة، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 1993، ص.19.

⁹⁰ - انظر، علي نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، مجلة القانون و الاقتصاد، مطبعة عبير، 1986، ص.153.

⁹¹ - محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، ر.ح، 1826، ص.224.

و أما من الناحية القانونية، فإن الموجب في الوعد بال عقد يكون ملزماً بالمحافظة على إيجابه في الفترة الزمنية المتفق عليها⁹⁴، ثم إن الوعد بالعقد عقد كما هو مقرر في القواعد العامة إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها⁹⁵.

ب/ الخطبة عقد كامل الأركان و الشروط: يذهب هذا الرأي إلى أن ما يدور بين الخاطب و المخطوبة من إيجاب و قبول حول إتمام إجراءات الزواج يعتبر بمثابة العقد⁹⁶. و يترتب على اعتبار الخطبة عقداً أن يجري عليها أحكام العقود بحيث لا يمكن فسخها بالإرادة المنفردة، و لا يجوز إلغائها إلا لأسباب معينة⁹⁷. و النقد الموجه إلى هذا الطرح هو أنه جعل الخطبة أشبه شيء بالزواج، و صيرورة عقد الزواج بدون قيمة كبيرة في الوقت الذي وجدت فيه الخطبة للتمهيد و التحضير له، وفيه إجحاف لحق الخاطبين في أن لا يبرما زواجا قد لا ترتضيه إرادتهما⁹⁸.

⁹²- أنظر ، عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ع 1، ،س.25، 2001، ص 348.

⁹³ - كريم زينب ، المرجع السابق، ص 30.

⁹⁴ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ج.1، ص 2007.

⁹⁵ - تنص المادة 2/71 من ق م أنه: "الإلتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامه فيها".

⁹⁶ - يسود هذا الرأي عند الطوائف المسيحية، إذا تنص المادة الأولى من قانون 1938 للأقباط الأرثوذكس على أن الخطبة عقد يتفق بموجبه رجل و امرأة على الزواج ببعضهما في أجل محدد، ولقد اشترطت هذه الطوائف المسيحية لانعقاد الخطبة شروط موضوعية - متمثلة في التراضي و الأهلية و انتفاء الموانع - و أخرى شكلية - متمثلة في انعقادها على يد كاهن يقوم بإثباتها في وثيقة خاصة-، و لا تكفي هذه الشروط بل لا بد من إعلانها بأن تتم في الكنيسة و بشهادة الشهود ، فلا بد عندهم من إشهار الخطبة. (انظر في هذا الصدد،نعيمة إلياس مسعودة، العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، تلمسان ، ع.8، 2009، ، ص 264، و انظر كذلك، توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، 1980، ص.154 و ما بعدها).

⁹⁷-أسامة عمر الأشقر ، المرجع السابق ، ص 50.

ج/الخطبة عقد تمهيدي: هذا الرأي أورده الأستاذ: عبد الرزاق الشيخ نجيب فذكر أن العقد التمهيدي هو ذلك الاتفاق الكتابي أو الشفهي الذي يجري بين المترشحين للتعاقد بغية التحضير والإعداد للوصول إلى تحديد العناصر الجوهرية للعقد النهائي⁹⁹، ويزيد الأستاذ أن الخطبة والعقد التمهيدي، يلتقيان في العناصر التالية:

– أن كلاهما اتفاق رضائي ينشأ عن تلاقح إرادتين؛

– أن كلاهما اتفاق غير كامل ولا يشترط فيهما تحديد العناصر الأساسية لإبرام العقد

النهائي؛

– أن كلاهما اتفاق مستقل عن العقد النهائي¹⁰⁰؛

وعلى حسب هذا الطرح، فإن الخطبة لا تفرض إلزاماً على الخاطبين حتى يبرم عقد الزواج، وإنما تفرض عليهما أن يسعى كل منهما إلى العمل بحسن نية وجدية و استقامة وأمانة للإعداد والتحضير و التهيئة لإبرام عقد الزواج، وأن الإخلال بهذا الالتزام- على حسب رأي الأستاذ عبد الرزاق الشيخ نجيب- يولد على الطرف المخل مسؤولية عقدية¹⁰¹.

ويمكن القول هنا أن هذا الطرح أكثر اعتدالاً وضمناً و منطقية من القولين الآخرين،

ويتماش مع المبادئ العامة للشريعة الإسلامية.

ثالثاً: أثر تحديد الطبيعة القانونية للخطبة على مصلحة أطرافها: الغرض و المصلحة

الأساسين المتوخاة من الخطبة هو الإعداد والتحضير لعقد الزواج، لذا لا بد من وضع الحماية القانونية الكاملة من المتلاعبين بالزواج، والذين يطلقون وعودهم جزافاً فقط لنيل مآربهم السيئة و ما أكثرهم في هذه الأزمان.

⁹⁸ - انظر، نعيمة إلياس مسعودة، التعويض في بعض مسائل الزواج و الطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية

الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010، ص.265.

⁹⁹ -عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.365.

¹⁰⁰ -عبد الرزاق الشيخ نجيب، نفس المرجع، ص.367.

¹⁰¹ -كريم زينب، المرجع السابق، ص.38.

وعليه لزم مراجعة الطبيعة القانونية للخطبة حتى يضمن أن يسعى كل من الخاطبين إلى الإعداد لعقد الزواج(أ)؛ ويضمن كذلك الحماية القانونية من التعسف في العدول عن الخطبة(ب).

أ/ تحديد الطبيعة القانونية للخطبة لضمان السعي لعقد الزواج: إن نص المشرع في المادة 1/5 و2 أن: "الخطبة وعد بالزواج. يجوز للطرفين العدول عن الخطبة." يظهر أن المشرع يرى أن الخطبة خالية من أي التزام¹⁰²، وهذا الأمر لا بد ما إعادة النظر فيه، فإننا إذا نظرنا إلى أصل هذه المادة من الشريعة الإسلامية نجد أن القرآن و السنة يحثان على الوفاء بكل العهود، فقد قال الله تعالى مادحا لأهل الإيمان: {وَالْمُؤْمِنُونَ بَعَثْتَهُمْ إِذَا عَاهَدُوا}¹⁰³، وقال تعالى: {وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ}¹⁰⁴، بل وأمر بالوفاء بالعهود فقال: {وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ}¹⁰⁵، وقال أيضا: {وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا}¹⁰⁶، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب و إذا وعد أخلف و إذا أئتمن خان"¹⁰⁷، فدللت النصوص من القرآن والسنة على وجوب الوفاء بالوعود، وحرمت إخلالها.

فإن قيل لكن الشرع لم يرتب جزاء دنيويا على مخالفة الوعد، فالرد أنه لم يرتب كذلك جزاء دنيويا على المتعامل بالربا، فهل يعني هذا أن لا يرتب ولي الأمر جزاء دنيويا على من تعامل بالربا أو أخلف وعدا يضر به أحدا من المسلمين، و قد تقرر شرعا تعزير

¹⁰² - انظر، عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنثائه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014/2013، ص.25.

¹⁰³ -سورة البقرة، الآية.177.

¹⁰⁴ - سورة المؤمنون، الآية.8.

¹⁰⁵ - سورة النحل، الآية.91.

¹⁰⁶ - سورة الإسراء، الآية.34.

¹⁰⁷ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الأدب، باب قول الله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ} و ما ينهى عن الكذب، ر.ح.6095، ص.737؛ وانظر كذلك، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط.1، مؤسسة زاد، القاهرة، 2012، كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق، ر.ح.59، ص.34.

من ارتكب محرماً لم ينص الشرع على جزاء دنيوي له، والإخلاف بالوعد ثبت في الشرع حرمة¹⁰⁸.

وإذا رجعنا إلى فقهاء الإسلام نجدهم يذكرون هذا المعنى المشار إليه؛ قال أبو بكر بن العربي في قوله تعالى: {لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ لَنَصَّدَّقَنَّ}¹⁰⁹: "دليل على أنه من قال: إن ملكت كذا فهو صدقة أو علي صدقة أنه يلزمه و به قال أبو حنيفة. وقال الشافعي لا يلزمه..."، و زاد ابن العربي " و ظاهر هذه الآية يدل على ما قلناه خلافاً للشافعي."¹¹⁰، فإن كان الوعد بالصدقة لازماً إذا علق على شرط، فأولى منه الوعد بالزواج إذا كان معلقاً بشروط كتقديم جهاز أو دفع مال أو بناء منزل أو كرائه أو ترك العمل بالنسبة للمرأة أو أن يتم العقد بعد مدة طويلة من الزمن.

وما ذكر هنا ما نص عليه الأحناف، فقد قال ابن نجيم: " لا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً كما في كفالة البرزازية وفي بيع الوفاء كما ذكره الزيلعي."¹¹¹، و لذا جاء في المادة 84 من مجلة الأحكام العدلية التي دونت على مقتضى المذهب الحنفي: "المواعيد بصورة التعاليق تكون لازمة"¹¹²، قال علي حيدر معلقاً على هذه المادة: "يفهم من هذه المادة أنه إذا علق وعداً على حصول شيء أو على عدم حصوله فثبت المعلق عليه أي الشرط كما جاء في المادة 82 يثبت المعلق أو الموعود، مثال ذلك: لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء من فلان و إذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيك إياه فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده، أما لو توفي المدين قبل أن يطالبه الدائن بالدين بطل الضمان أي أنه لا يلزم الكفيل لأن المعلق على الشرط يكون معدوماً ولا

¹⁰⁸ - انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج.1، ط.3، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 2013، ص.135.

¹⁰⁹ - سورة التوبة، الآية.75.

¹¹⁰ - محمد بن العربي، المرجع السابق، ج.2، ص.555.

¹¹¹ - انظر، زين الدين بن النجيم، الأشباه و النظائر، تحقيق و تقديم محمد الحافظ، ج.2، دار الفكر، دمشق، 1999، ص.344.

¹¹² - انظر، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية بيروت، 1302هـ، ص.32.

يثبت الشرط المعلق عليه وذلك كما جاء في المادة 82...، ثم زاد: "...أما إذا كان الوعد وعدا مجردا أي غير مقترن بصورة من صور التعليق فلا يكون لازما..."¹¹³.

وأكثر من هذا فقد نص الإمام القرطبي المالكي أن: "العهد والطلاق وكل حكم ينفرد به المرء ولا يفتقر إلى غيره فيه فإنه يلزمه منه ما يلزم بقصده وإن لم يتلفظ به، قاله علماؤنا، وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يلزم أحد حكم إلا بعد أن يتلفظ به"¹¹⁴. ومعنى كلامه أن كل أمر يمكن إنجازه دون إرادة الغير يلزم من وعد بإنجازه أن ينفذه ولو لم يتلفظ به، وهذه الحالة وإن كان لا يدخل فيها الوعد بالزواج، إلا أنه من باب أولى أن يلزم الواعد إذا تلفظ به وأقره الموعود ودخل في تنفيذ شروط الوعد.

والراجح عند المالكية ما ذكره عبد الرزاق الشيخ نجيب حين قال: "إلا أن الراجح لديهم هو أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به قضاء، وأن الوفاء بالوعد من مكارم الأخلاق، إلا أن الواعد ملزم بوعده المعلق على أمر إذا دخل الموعود بسببه في هذا الأمر"¹¹⁵.

فظهر لكل منطقية ما ذكر الأحناف والمالكية وقوة أدلتهم النقلية والعقلية، فالأولى من المشرع أن ينص: "يجوز العدول عن الخطبة إلا إذا اقترنت بشرط ونفذه الموعود".

ب/ضمان الحماية من التعسف في العدول عن الخطبة: مر من قبل أنه لا ينبغي أن تعتبر الخطبة مجرد تصرف خالي من أي التزام، ذلك لما ينجر عنها من أحكام خطيرة أبرزها إبرام عقد الزواج، وسيجري البحث هنا في العدول عن الخطبة هل هو حق مقرر للعدال أم أن إرادته مقيدة في ذلك؟ ولذا سينصب الكلام هنا عن مدى تقرير حق

¹¹³ - انظر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب. فهمي الحسيني، ج.1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص.87.

¹¹⁴ - محمد القرطبي، المرجع السابق، ج.10، ص.309.

¹¹⁵ - عبد الرزاق الشيخ نجيب، المرجع السابق، ص.367 وما بعدها.

العدول عن الخطبة في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري(1)؛ ثم إلى حدود هذا العدول(2).

1/ تقرير حق العدول في الشريعة¹¹⁶ والقانون الجزائري: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك»، فدل قوله: «أو يترك» على جواز العدول عن الخطبة¹¹⁷، فلما تقرر حق العدول عن الخطبة للخطاب وهو الطالب كان للمخطوبة نفس الحق وهي المطلوبة من باب أولى¹¹⁸.

و إذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجد أنه جاء في المادة 2/5 من ق أ: «يجوز للطرفين العدول عن الخطبة»، فدللت المادة على جواز العدول عن الخطبة، وأنه حق مقرر للخطابين¹¹⁹، وهذا عين ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 17 مارس 1992 على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها...»¹²⁰، ويطرح السؤال هنا عن حدود هذا الحق، هل هو حق مطلق أم مقيد؟

2/ حدود سلطة العدول عن الخطبة: من المقرر شرعا أن للحقوق حدا أدنى لا يجوز الإقتار عليه، وحدا أقصى لا ينبغي الطغيان فيه، قال الله تعالى: {وَلَا تَجْهَرُ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافُ بِهَا وَابْتَغِ بَيْنَ ذَلِكَ سَبِيلًا}¹²¹، فالصلاة وقراءة القرآن حق الله تعالى، ومع ذلك لم يجز سبحانه تجاوز الحد فيها بمبالغة بالجهر أو إجحاف بالسر، فإن كان حق الله كذلك، فكيف تكون حقوق العباد مطلقة لا حد فيها؟

58- الشريعة الإسلامية أعم من الفقه الإسلامي، لأن الأولى يدخل تحت طياتها كل شرائع الدين من عقيدة وعبادات ومعاملات وأخلاق، أما الفقه فموضوعه العبادات والمعاملات فقط. انظر، محمد بن عثيمين، شرح نظم الورقات، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009، ص.8 وما بعدها.

117 - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج.11، ص.471.

118 - علي بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.34.

119 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج.1، ص.52.

120 - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 17/03/1992، ملف رقم.81129، م.ق، ع.3، 1994، ص.62.

121 - سورة الاسراء، الآية. 110.

وقد قال الله تعالى لنبيه صلى الله عليه وسلم: ﴿وَاصْبِرْ عَلَىٰ مَا يَقُولُونَ وَاهْجُرْهُمْ هَجْرًا جَمِيلًا﴾¹²²، فإن كان أهل الكفر على كفرهم، أمر سبحانه نبيه صلى الله عليه وسلم أن يهجرهم هجرا جميلا، فكيف الحال مع المسلم رجلا كان أو امرأة.

لقد أعطت الشريعة حق العدول عن الخطبة لكل من الخاطب والمخطوبة، إلا أنها اشترطت أن يكون ذلك بالمعروف، وأقل المعروف أن يفسر العادل سبب عدوله للطرف الآخر، فلقد فسر أبو بكر رضي الله عنه سبب ترك خطبة حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما لما عرضها عليه، فقال أبو بكر: «إني قد علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ذكرها فلم أكن لأفشي سر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو تركها لقبلتها»¹²³، فلما استحب تفسير ترك الخطبة استحب -كذلك- تفسير العدول عنها من باب أولى.

إذا فالعدول المأذون والمجاز شرعا ذلك العدول الذي لا تعسف فيه، والذي تصدق فيه القاعدة الفقهية أن: «الجواز الشرعي ينافي الضمان»، فإذا تعسف في حق العدول وجب الضمان لعدم الجواز الشرعي فيه، ولذا جاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء الفتوى التالية: «إذا كان الخاطب مرضيا في دينه وخلقه بأن كان متمسكا بدينه متحليا بأداب الإسلام وأخلاقه فينبغي إتمام الخطوبة، وإن كان غير ذلك فلا يجوز إتمام الخطوبة ويجب فسخها»¹²⁴.

¹²² - سورة المزمل، الآية 10.

¹²³ - محمد البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5145، ص. 640.

¹²⁴ - أنظر، اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى الخطبة و الزواج، ط. 1، دار المحسن، الجزائر، 2008، ص. 22.

الفرع الثاني:

المصلحة في الفحص الطبي قبل الزواج

عند استقراء المادة 7 مكرر من ق أ و المواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي رقم 154/06¹²⁵ يمكن القول: أن الفحص الطبي قبل الزواج هو إجراء قانوني وقائي يتمثل في إجراء المقبلين على الزواج تشخيصا مخبريا و سريريا عن حالتيهما الصحية وعن الأمراض التي قد تؤثر سلبا على الحياة الزوجية¹²⁶.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يحدد بدقة ماهي الأمراض التي يمكن أن تجرى الفحوصات الطبية للكشف عليها، إلا أن الممارسة العملية¹²⁷ تثبت أن الفحص الطبي قبل الزواج قد ينصب أساسا على بيان فصيلة الدم، وبيان خلو الزوجين من الأمراض التالية:

-مرض فيروس : Ag.H.B.S وهو فيروس الالتهاب الكبدي -B¹²⁸؛

-مرض فيروس : T.P.H. A/B.W وهو فيروس التيبار كلوز أو مرض السل؛

-مرض فيروس :HIV وهو فيروس السيدا¹²⁹.

¹²⁵ -أنظر المرسوم التنفيذي 06-154، مؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كفاءات تطبيق المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج، ر، ع، 31، المؤرخة في 14/05/2006.

¹²⁶ -أنظر، بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع، 1، 2007، ص. 100.

¹²⁷ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص. 38.

¹²⁸ -الالتهاب الكبدي -B-فيروس يصيب الكبد ينتقل عن طريق الجنس و الدم ومن الأم إلى الابن، لا يوجد علاج له، لكن هناك لقاح لمنع العدوى، يجعل الفيروس صاحبه أكثر عرضة لسرطان الكبد و تليفه. أنظر، صالح أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط. 1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص. 232 وما بعدها.

¹²⁹ -ويطلق عليه أيضا تسمية الايدز (AIDS)، وهو مختصر الحروف الأولى من الكلمات الانجليزية :

(Acquired Immune Deficiency Syndrome)، ومعناهاالعربية:مرض نقص المناعة المكتسبة، إذ يحدث بهذا المرض قصور في الوسائل الدفاعية في الجسم من الأمراض التي تصيبه، ينتقل هذا الفيروس إما عن طريق الجنس والدم واللعباب. انظر، صفوان عضبيات، الفحص الطبي قبل الزواج، مذكرة ماجستير تخصص فقه، جامعة اليرموك، الأردن، 2004، ص. 49 وما يليها.

والإشكال المطروح هنا فيما هي المصلحة المرجوة من إجراء الفحص الطبي قبل الزواج وهل هذه المصلحة معتبرة شرعا وقانونا؟ للإجابة على هذا الإشكال سيتم النظر هنا إلى أربعة أمور، أولها في مدى مشروعية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج (أولاً)؛ وأما الأمر الثاني فننظر فيه إلى الفحص الطبي قبل الزواج هل يتعارض مع مبدأ حرمة الجسم الإنساني (ثانياً)؛ و هل هو معارض كذلك لمبدأ عدم إفشاء الأسرار الخاصة (ثالثاً)؛ ثم ننظر في الأخير هل الفحص الطبي قبل الزواج إجراء شكلي أو وقائي عند المشرع الجزائري (رابعا).

أولاً: مشروعية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

اختلف رجال الشريعة بين مجوز (أ) ومحرم (ب) لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، لذلك لزم النظر إلى أقولهم لاستخلاص الرأي المختار (ج) الذي سيرشدنا إلى المصالح التي لا بد أن ترعى في هذه المسألة:

أ/الرأي المجوز لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

ذهب بعض الأساتذة إلى جواز إجراء الفحص الطبي قبل الزواج¹³⁰، ذلك أن الله تعالى يقول: {وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ} ¹³¹، قالوا فكيف يكون الزوج و الذرية قررة للأعين إذا نغص الزواج بالمرض الدائم الذي لا يرجى شفاؤه¹³²، وقد قال الله تعالى: {وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ} ¹³³، وقد قال صلى الله عليه وسلم: «تخيروا لنطفكم»¹³⁴، وقال أيضاً: «لا توردوا الممرض على المصحح»¹³⁵، وقال أيضاً: «وفر من المجدوم كما تفر من الأسد»¹³⁶.

¹³⁰ - من ذهب إلى جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج نذكر منهم: محمد الزحيلي، ناصر الميمان، وعبد الفتاح فايد، وأسامة الأشقر، ونصر

فريد واصل. أنظر، عبد الفتاح أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص. 275

¹³¹ - سورة الفرقان، الآية. 74.

¹³² - أنظر، عبد الحميد القضاة، الفحص قبل الزواج ضرورة أم ترف؟، ط. 1، جمعية العفاف الخيرية، عمان، 2003، ص. 100.

¹³³ - سورة البقرة، الآية. 195.

¹³⁴ - محمد بن ماجة، المرجع السابق، ج. 3، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ر. ح. 1968، ص. 390، علي الدارقطني، المرجع السابق، ج. 4، كتاب

النكاح، ر. ح. 3788، ص. 458؛ محمد الحاكم، المرجع السابق، ج. 2، كتاب النكاح، ر. ح. 2744، ص. 193؛ وانظر، علي بن عساكر، تاريخ

مدينة دمشق، دراسة و تحقيق. عمر العمروي، ج. 15، دار الفكر، لبنان، 1995، عند ترجمة الحكم بن هشام بن عبد الرحمن، ص. 84؛ انظر، أحمد

أبو نعيم الأصفهاني، حلية الأولياء و طبقات الأصفياء، ج. 3، دار الفكر، لبنان، بيروت، 1996، عند ترجمة الزهري، ذكر من أدركهم من

الصحابية و ذكر من حدث عنه من التابعين، ص. 377، قال الألباني: صحيح بلا ريب. (انظر، محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج. 3،

ط. 2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975، ر. ح. 1067، ص. 56).

¹³⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، ر. ح. 5774، ص. 707.

¹³⁶ - محمد البخاري، نفس المرجع، ر. ح. 5707، ص. 700.

وقالوا أيضا أن للفحص الطبي قبل الزواج مصلحة للفرد وللمجتمع¹³⁷، فالأول يتوقى من الأمراض، والمجتمع يسلم بنيانه، إذ الأسرة هي الخلية الأساسية له واللبنة التي منها ينبنى¹³⁸، وإن كان فيه ضرر لبعض الأفراد فإن هذا الضرر أهون من الضرر الأكبر الذي قد يصيب أفراد الأسرة والمجتمع¹³⁹.

وعليه فإن للحاكم أن يلزم بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وعلى المقبلين على الزواج أن يمتثلوا أمره في ذلك، فإن الله تعالى يقول: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ}¹⁴⁰، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال- أيضا-: «اسمعوا وأطيعوا وإن أمر عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة»¹⁴¹، وأنه لما ثبت مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج، كان لولي الأمر أن يلزم به من باب السياسة الشرعية¹⁴².

ب/الرأي المحرم لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

وهناك من قال بتحريم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج¹⁴³، فإن الله تعالى يقول: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ}¹⁴⁴، وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»¹⁴⁵، ولم يذكر صلى الله عليه وسلم الصحة.

137 - هذا ما يعرف بالمصلحة المرسله وهي كل مصلحة لم يرد دليل من الشرع على اعتبارها أو إلغائها.

138 - أنظر، فاتن الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين، ط.1، دار النفائس، الأردن، 2011، ص.96.

139 - عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص.278

140 - سورة النساء، الآية. 59.

141 - محمد البخاري، المرجع السابق، ر.ج.7142، ص.851.

142 - صفوان عصبيا، المرجع السابق، ص.74.

143 - من قال بتحريم إلزام الخاطبين بالفحص الطبي قبل الزواج نذكر منهم الأساتذة: محمد رأفت عثمان، ومحمد عبد الغفار الشريف، وعارف على

عارف. راجع، عبد الفتاح أبو كيلة، المرجع السابق، ص.276.

144 - سورة النور، الآية 32

145 - محمد الترميذي، المرجع السابق، ج.2، أبواب النكاح، باب ما جاء إذا جاء أحدكم من ترضون دينه فزوجوه، ر.ح.1084 و1085،

ص.380 و381؛ انظر، أحمد البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عطا، ج.7، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، كتاب النكاح، باب الترغيب في التزويج من ذي الدين و الخلق المرضي، ر.ح.13481، ص.132؛ انظر، محمد الدولابي، الكنى و الأسماء، حققه و قدم

زد إلى ذلك أن الأصل في الإنسان السلامة، ولا يخلو إنسان من مرض وراثي¹⁴⁶، وأن على المتزوج أن يحسن الظن بالله ويتوكل عليه، وأن الفحص الطبي قبل الزواج يتضمن سلبيات كثيرة منها ارتفاع تكاليفه¹⁴⁷، وما ينتج عنه من كشف لأسرار الطرفين خاصة إذا انفصلا عن بعضهما البعض¹⁴⁸.

ج/الرأي الشرعي المختار في إجراء الفحص الطبي قبل الزواج:

من المقرر شرعا أن هناك قاعدة فقهية تنص على أن: «الأصل في الإيضاع التحريم»¹⁴⁹، ويطلق البضع على ثلاثة أمور: الفرج والوطاء والنكاح¹⁵⁰، ولا يخفى على كل ذي لب ارتباط الفحص الطبي قبل الزواج بهذه الأمور الثلاثة، وبالتالي فالراجح أن يقال أن الأصل في الفحص الطبي قبل الزواج التحريم.

ثم إن ما حل بالمجتمع من الأمراض الفتاكة -كالسيديا و السلطان و الإدمان على المخدرات- ضرر حال مباشر بالمجتمع، وقد علم أن «الضرورات تبيح المحظورات»¹⁵¹، فأبيح الفحص الطبي قبل الزواج للضرر الحال بالمجتمع، إلا أن «الضرورة تقدر بقدرها».

وعليه فلا يجوز الفحص الطبي قبل الزواج إلا في الأمراض الخطيرة كالسيديا أو السرطان و السل و الإدمان و غيرها، ولولي الأمر إلزام الخطاب بالفحص الطبي قبل

له.نظر الفريابي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2000، ر.ح.150 و1255، ص.70 و717؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.3، كتاب النكاح، باب الأكفاء، ر.ح.1967، ص.390؛ محمد الحاكم، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، ر.ح.2752، ص.196؛ انظر، حفص الدوري، جزء فيه قراءات النبي ﷺ، تحقيق و دراسة.حكمت ياسين، ط.1، مكتبة الدار، المدينة المنورة، 1988، ر.ح.54، ص.103، انظر، أحمد الخطيب، تاريخ مدينة السلام، حققه.بشار معروف، ج.12، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2001، عند ترجمة.عبد الحميد بن سليمان، ص.336؛ انظر، عبد الله بن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق.مازنا لرساوي، ج.7، مكتبة الرشد، مصر، 1433هـ، عند ترجمة.عمار بن مطر، ر.ح.11487، ص.519؛ قال الألباني: حسن. (محمد الألباني، إرواء الغليل، ج.6، المرجع السابق، ر.ح.1868، ص.266).

¹⁴⁶-أسامة الأشقر، المرجع السابق، ص.87.

¹⁴⁷- نايف الرجوب، المرجع السابق، ص.218.

¹⁴⁸-سئل الشيخ ابن باز -من أحد الشباب- في هذا الشأن هذا السؤال:أرغب في الزواج من بنت عمي، ولكنها نصحتني وكذلك بعض المقربين بعمل كشف طبي قبل الزواج حتى نطمئن على الجينات الوراثية، فهل هذا فيه تدخل في قضاء الله وقدره؟ وما حكم الدين في هذا الكشف وفقكم الله؟. فأجاب -رحمه الله-: «لا حاجة لهذا الكشف وعليكم أن تحسنا الظن بالله، والله سبحانه يقول: «أنا عند ظن عبدي بي»، كما روى ذلك عنه نبيه عليه وسلم، ولأن الكشف قد يعطي نتائج غير صحيحة، عافانا الله وإياكم من كل شر». انظر محمد بن رياض الأحمدي، موسوعة الأحكام الشرعية، ج.1، ط.1، المكتبة العصرية، بيروت، 2005، ص.304.

¹⁴⁹-أنظر، زين الدين بن نجيم، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980، ص.67.

¹⁵⁰-أنظر، سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010، ص.106.

¹⁵¹-أنظر، محمد بن العثيمين، القواعد الفقهية، دار البصيرة، د.س، ص.24.

الزواج فيما ذكر من الأمراض لما له من سلطة الأمر الوارد في قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ}.

ولابد من التنبيه هنا أنه ليس هناك ما يمنع في الشرع الزواج بين الأقارب، فما روي مرفوعاً أنه صلى الله عليه وسلم قال: "انكحوا الغرائب" فهو مما تداولته العرب من الحكم وليس بحديث¹⁵²، وحكم العرب لا يصلح الاستدلال به، وأما ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "يا بني السائب، إنكم قد أضويتم، فانكحوا في النزاع"¹⁵³ فلا يصح، إذ في سنده عبد الله بن المؤمل وهو ضعيف¹⁵⁴.

ثانياً: الفحص الطبي قبل الزواج وحرمة الجسم الإنساني:

يطرح السؤال هنا، ألا يتعارض الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج مع مبدأ حرمة الجسم الإنساني؟ ثم ما هو موقف المشرع الجزائري؟

معنى مبدأ حرمة الجسم الإنساني هو أن للمريض الحق في عدم المساس بجسمه أو إرغامه على العلاج إلا بإذنه، وأياً كانت نتيجة هذا العلاج ودرجة خطورة مرضه¹⁵⁵.

ويستثني من هذا المبدأ حالة لما يكون مرض الشخص يشكل خطورة على الصحة العامة كالأمراض الخطيرة أو المعدية، فهنا يرغب المريض على الفحص والعلاج¹⁵⁶، وهنا

يطرح السؤال التالي: ألا يتعارض الفحص الطبي قبل الزواج بمبدأ حرمة الجسم الإنساني؟

¹⁵² - قال أحمد الدينوري: حدثنا أحمد، أخبرنا أحمد بن علي المقرئ، أخبرنا الأصمعي: "و العرب تقول اغتربوا، أي أنكحوا في الغرائب". (انظر، أحمد الدينوري، المجالسة وجواهر العلم، خرج أحاديثه. مشهور آل سليمان، ج. 4، ط. 1، دار ابن حزم، 1998، ر.ح. 1438، ص. 277).

¹⁵³ - الحديث لم أجده مسنداً إلا عن أحمد الدينوري و عبد الله بن قتيبة كلاهما عن أبي عاصم وهو الضحاك بن مخلد، عن عبد الله بن المؤمل عن بن أبي مليكة، عن عمر رضي الله عنه موقوفاً، ورواه صاحب كتاب كنز العمال معلقاً و أحاله إلى أحمد الدينوري. (أحمد الدينوري، المرجع السابق، ج. 4، ر.ح. 1437، ص. 277؛ و انظر، عبد الله بن قتيبة الدينوري، كتاب عيون الأخبار، ج. 2، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س، ص. 66؛ علي البرهان فوري، كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال، ضبطه و صححه بكرجياني و صفوة السقا، ج. 16، ط. 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، ر.ح. 45626، ص. 498).

¹⁵⁴ - انظر، عبد الله بن عدي، الكامل في الضعفاء، تحقيق. مازن السرساري، ج. 6، مكتبة الرشد، مصر، 2012، ر.ت. 945، ص. 426.

¹⁵⁵ - انظر، عبد الكريم مامون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا و جزاءه، موسوعة الفكر القانوني، وهران، ع. 1، 2002، ص. 42.

سبق ذكر أن الفحص الطبي قبل الزواج ينصب أساساً على الأمراض الخطيرة التي تهدد بالصحة العامة، لكن هل احتمال ورود مرض ما في شخص ظاهره السلامة يبرر إجباره على الفحص الطبي قبل الزواج؟

يرى البعض أن الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج يعتبر تعدياً على الحرية الشخصية وخرقاً لمبدأ حرمة الجسم الإنساني¹⁵⁷، يسود هذا الرأي في فرنسا، إذ يرى أصحابه أن إلزام المترشحين للزواج بالفحص الطبي فيه مساس بالحرية الشخصية للأفراد بحجة تحسين النسل و الحفاظ على الصحة العامة¹⁵⁸. في حين أدخل البعض الفحص الطبي قبل الزواج ضمن التدخلات الإجبارية للطبيب التي تستثنى من مبدأ حرمة الجسم الإنساني، ويجد هذا الطرح مبرره في أن الفحص الطبي قبل الزواج يهدف إلى الوقاية والحد من الأمراض الخطيرة¹⁵⁹.

ثالثاً: الإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج و الأسرار الخاصة:

يطرح هنا تساؤل و هو: ألا يمكن أن يكون الإلزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج خرقاً للأسرار الخاصة أو ما يعرف بحق الخصوصية؟

عرف البعض حق الخصوصية على أنه ذلك المجال من حياة الشخص الذي لا يجوز للغير أن يدخل إليه بدون إذن، واستقر الفقه والقضاء أن الحق في الخصوصية يشمل الحق في الحياة العاطفية والزوجية والعائلية والحالة الصحية¹⁶⁰.

¹⁵⁶-أنظر، عبد الكريم مامون، محاضرات في القانون الطبي موجهة لطلبة ماجستير القانون الخاص المعقم، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2011/ 2012، ص.17.

¹⁵⁷-صفوان عضيبيات، المرجع السابق، ص.69.

¹⁵⁸- أنظر، عبد القادر علاق، الفحص الطبي قبل الزواج-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2012/2013، ص.326-328.

¹⁵⁹-أنظر، بوخرسبليعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2011، ص.78.

¹⁶⁰-أنظر، مروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ع.1، 2002، ص.62.

ومما لا شك أن الفحص الطبي قبل الزواج يمس كلا من الحياة العاطفية والحالة الصحية للشخص الذي أجري الفحص عليه¹⁶¹، فهل يسوغ للطبيب أو ضابط الحالة المدنية أو الموثق إعلام الغير بهذا الفحص جبرا عن إرادة من أجري الفحص عليه؟

من الجانب الشرعي نجد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من غشنا فليس منا»¹⁶²، فالحديث عام يلزم كل مسلم أن يظهر من العيوب التي قد توقع غيره في الغلط أو التدليس أو، إذ لو كتمها عليه لكان غاشا له¹⁶³.

أما من الناحية القانونية، نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 7 مكرر/2 من ق أ على أنه: «يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج...»، وهذا ما أكدته المادة 1/7 من مرسوم 154/06 بنصها أنه: «يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج».

من خلال استقراء صياغة المادتين يتأكد أن إعلام أحد الخاطبين بما يكشفه الفحص الطبي للطرف الآخر أمر وجوبي، ولعل الذي يبرر ذلك اعتبار الإلزام بالإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج من قبيل أسباب إباحة إفشاء السر الطبي، فيرجح إفشاء السر هنا عن كتمانها من أجل صيانة المجتمع من الأمراض الخطيرة التي يخشى انتشارها¹⁶⁴.

¹⁶¹-أنظر، محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان، ج.2، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2007، ص.295.

¹⁶²-مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا، ج.101، ص.43.

¹⁶³-زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج.6، ص.167.

¹⁶⁴-أنظر، عبد الرحيم صباح، التزام الطبيب السر المهني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، قسم العلوم القانونية و الادارية، ورقلة، 2006، ص.115.

ويثار الإشكال في حالة الإعلام بالفحص الطبي عندما يؤدي إلى العدول عن الخطبة، فإذا كشف الفحص الطبي قبل الزواج أن هناك مرض يحول دون الزواج، فهنا جاز العدول لكونه مبرر شرعي، والعدول في هذه الحالة إما أن يكون من صاحب المرض الذي كشف عنه الفحص الطبي قبل الزواج؛ وإما أن يكون العدول من الطرف الآخر بسبب ما كشفه الفحص الطبي من أمراض في الطرف الثاني.

صرحت المادة 5 من المرسوم 154/06 أن: "يلبغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها..."، فبمقتضى هذه المادة يكون الشخص -الذي إجريت له الفحوصات- على بصيرة بما أصابه وبما سيصيب قرينه أو ذريته¹⁶⁵، وبالتالي فله العدول ولا يلزمه قانوناً تبريره¹⁶⁶.

أما في حالة عدول الطرف الآخر بسبب ما كشفه الفحص الطبي من أمراض في الطرف الثاني، فإنه يثار الإشكال هنا لما يفشي الطرف العادل عن الخطبة سر المرض الذي كشفه الفحص الطبي قبل الزواج للطرف الآخر.

تنص المادة 301 من ق ع على أنه: «يعاقب بالحبس من شهر الى ستة أشهر وبغرامة من 20000 دج الى 100000 دج... جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها اليهم وأفشوها...»، من خلال عبارة «وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع» -الوردة في هذه المادة- فإن إفشاء العادل عن الخطبة سر مرض الطرف الآخر يشكل جنحة يعاقب عليها قانون العقوبات¹⁶⁷.

¹⁶⁵ -بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 117.

¹⁶⁶ -لم يلزم المرسوم (154/06) الطبيب بإخبار الغير بنتائج الفحوص الطبية التي قام بها المعني بالأمر قصد الزواج، وبالتالي فلا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي علم بها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة 24 من القانون 11/18 المتعلق بالصحة. (انظر، القانون 11/18، مؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر، ع. 46، المؤرخة في 2018/07/29).

¹⁶⁷ -أنظر، نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم والإجازة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزيوزو، 2010، ص. 54.

وهو مع ذلك مطالب بالتعويض على أساس المادة 5-3 من ق أ بسبب ما تلبس العدول من إفشاء لسر مرض الطرف الآخر، إذ يعتبر هذا خطأ تقصيريا في حقه¹⁶⁸.

رابعا: الفحص الطبي قبل الزواج إجراء شكلي أم وقائي؟:

تنص المادة 1/7 من ق أ على أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.»، وهذا عين ما أكدته المادة 2 من المرسوم التنفيذي 154/06 و المؤرخ في 11 ماي 2006، إذ يزيد هذا الأخير أن نص في المادة 6 منه على أنه: «لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.»

الظاهر من المواد المذكورة أن المشرع الجزائري يأخذ بالرأي الذي ذهب إلى الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، بيد أن الإلزام الوارد في المواد المذكورة هو الإلزام بتقديم الشهادة الطبية قبل الزواج لضابط الحالة المدنية أو الموثق، ولا ينصب هذا الإلزام على ضرورة أن يقع على أمراض معينة.

فالمشرع الجزائري لم يحدد هنا ما هي الأمراض المعدية أو الخطيرة التي يلزم الطبيب الكشف عنها¹⁶⁹، ذلك أن المادتين 7 مكرر/2 من ق.أ¹⁷⁰ و 2/4 من المرسوم 154/06 جاءتا عامتين ومطلقتين¹⁷¹.

¹⁶⁸ -أنظر، عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص.104.

¹⁶⁹ -بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.119.

¹⁷⁰ -تنص المادة 7 مكرر -2: «يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.»

¹⁷¹ -تنص المادة 4-2 من المرسوم (154/06): «وزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني اجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية و ذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها.»

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري ألزم بتقديم وثيقة طبية قبل الزواج على الخاطبين، لكن لم يلزمهما أن يجريا الفحص على أمراض معينة، وهذا ما يجعل الفحص الطبي قبل الزواج خالياً من مضمونه وإجراء شكلياً ليس إلا.

ويؤكد هذا المعنى نص المادة 2/7 من مرسوم 154/06: «ولا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين»، معنى المادة أنه إذا رضي الطرفين أو أحدهما بمرض الآخر الذي يكشفه الفحص الطبي قبل الزواج لم يكن لضابط الحالة المدنية أو الموثق أن يرفض أو يمتنع عن إبرام عقد الزواج بسبب هذا المرض، ولكن فكيف يبرم عقد الزواج إذا تأكد أن أحد طرفيه أو كلاهما مصاب بمرض خطير، وأن احتمال انتقاله إلى الطرف الآخر أو الذرية احتمال كبير؟ كيف يمكن أن ترجح إرادة الطرفين على ضرورة المحافظة على الصحة العامة؟

الجواب على هذا كله أن يقال أن الشارع قد وضع لعقد الزواج أركاناً وشروطاً - على اختلاف بين أهل العلم فيما يعتبر من الأركان أو الشروط - فلا يجوز الزيادة فيها أو النقصان ذلك أن القاعدة أن الأصل في الأبضاع التحريم¹⁷².

فإذا أجاز الفحص الطبي قبل الزواج فهو من باب الضرورة، وهي وقاية المجتمع من الأمراض الخطيرة. بيد أنه إذا ثبت إمكانية عدم انتقال عدوى المرض إلى الطرف الآخر طبيياً رفع المحذور¹⁷³، أما إذا ثبت يقيناً أن المرض تنتقل عدواه إلى الزوج الآخر فالواجب منع إبرامه إذا علم خطورة المرض وأنه لا يرجى الشفاء منه، ذلك أنه لا ضرر ولا ضرار¹⁷⁴، وأن الحفاظ على النفس مقدم على الحفاظ على العرض¹⁷⁵، ودرأ مفسدة المرض الخطير الذي لا يرجى شفاؤه أولى من جلب مصلحة الزواج¹⁷⁶.

وفي هذا الصدد هناك حكم صادر عن المحكمة العامة في الرياض بتاريخ 26 ربيع الأول 1427هـ جاء فيه: "..فبناء على كل ما تقدم، وحيث جاء في الإفادة المذكورة بعاليه أن زوج المدعية مصاب بمرض الإيدز وهو من الأمراض الخطيرة التي توجب نفرة

¹⁷² - انظر، ص. 32.

¹⁷³ - أنظر، أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1989، ص. 163.

¹⁷⁴ - محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج. 4، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، ر.ح. 2340 و 2341، ص. 27، علي الدارقطني، المرجع السابق، ج. 5، كتاب الأفضية والأحكام وغير ذلك، ر.ح. 4539 و 4541 و 5442، ص. 407 و 408. قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، ارواء الغليل، المرجع السابق، ج. 3، باب أهل الزكاة، ر.ح. 896، ص. 408).

¹⁷⁵ - أنظر، يوسف البديوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.س، ص. 445 وما بعدها

¹⁷⁶ - محمد العثيمين، القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص. 20.

من أصيب به من الزوجين من الآخر، ولما قرره أهل العلم كما في الروض المربع أن مثل هذا العيب يثبت لكل واحد من الزوجين الفسخ و لو حدث بعد العقد والدخول ولا يتم فسخ النكاح إلا بحاكم. لذا ولطلب المدعية فقد فسخت نكاحها من المدعى عليه..¹⁷⁷.

فلو تم معرفة مرض هذا الشخص قبل إبرام عقد الزواج وفسخت الخطبة كان ذلك أفضل وأسلم.

بعد الحديث عن مقدمات عقد الزواج وبيان المصالح القانونية المرعية فيه، كان لزاما النظر في إبرام عقد الزواج وبيان المصالح الواجب طلبها في ذلك، وهذا ماسيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

المصلحة المحمية في إبرام عقد الزواج

الإبرام في اللغة من أبرمت الشيء أي أحكمته¹⁷⁸، قال الله تعالى: {أَمْ أَبْرَمُوا أَمْرًا فَإِنَّا مُبْرِمُونَ}¹⁷⁹، قال عبد الرحمن السعدي: " {مُبْرِمُونَ} أي محكمون أمرا ومدبرون تدبيرا يعلو تدبيرهم وينقضه ويبطله"¹⁸⁰، وإبرام العقد في الاصطلاح لا يختلف كثيرا عن المعنى اللغوي، فمعناه إحكام العقد بتوفير أركانه وشروطه، ويجري البحث هنا في ما هي أركان وشروط عقد الزواج (الفرع الأول)؛ وكذا دراسة تأثير أركان وشروط عقد الزواج على مصلحة أطرافه (الفرع الثاني).

¹⁷⁷ - حكم، المحكمة العامة بالرياض، مؤرخ. 1427/3/26هـ، رقم الصك. 19/112، صدق على الحكم بقرار، محكمة التمييز بالرياض، بتاريخ. 1427/4/10هـ، تحت رقم. 353/ش/أ، مدونة الأحكام القضائية، وزارة العدل، وكالة الوزارة للشؤون القضائية، الإدارة العامة لتدوين و نشر الأحكام، الرياض، الإصدار الثاني، 1428هـ/2007م، ص. 42 وما يليها.

¹⁷⁸ - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص. 91.

¹⁷⁹ - سورة الزخرف، الآية. 79.

¹⁸⁰ - انظر، عبد الرحمن السعدي، تيسير الكرم الرحمن في تفسير كلام المنان، ج. 7، ط. 1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1422 هـ، ص. 1620.

الفرع الأول: أركان و شروط عقد الزواج

الركن في اللغة جانب الشيء القوي، قال تعالى على لسان لوط عليه السلام: { قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ }¹⁸¹، ويقال للجبل ركين¹⁸²، أما في الإصطلاح فالركن ما لا توجد الحقيقة الشرعية إلا به كالصلاة لا يتصور حقيقتها الشرعية من غير سجود وركوع و باقي أركانها¹⁸³، والشروط في اللغة إلزام الشيء والتزامه، أما في الاصطلاح فهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته¹⁸⁴، والسؤال المطروح هنا في ماهي أركان وشروط عقد الزواج شرعا وفي القانون الجزائري؟

للإجابة عن هذا السؤال سنتطرق إلى مركز أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية (أولا)؛ ثم ننظر إلى مركز أركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري (ثانيا).

أولاً: أركان و شروط عقد الزواج في الشريعة: يشمل البحث هنا على تحديد ما هي أركان عقد الزواج (أ)؛ و شروطه (ب) في الشريعة الإسلامية؟

أ/ أركان عقد الزواج في الشريعة: اختلف علماء الشريعة في أركان عقد الزواج، فقالت طائفة من المالكية خمسة، قال ابن عاصم في منظومته المسماة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام:

والمهر و الصيغة و الزوجان // ثم الولي جملة الأركان¹⁸⁵

ويقصد أن أركان عقد الزواج خمسة وهي: الصداق و الصيغة و الزوج و الزوجة والولي¹⁸⁶، وذهبت طائفة أخرى من المالكية أنها أربعة: ولي و صداق وامرأة خالية من

181- سورة هود، الآية.80.

182- إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.464.

183- انظر، علي التسولي، بهجة في شرح التحفة، ضبطه و صححه.محمد شاهين، ج.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.377.

184- انظر، الموسوعة الفقهية، ج.16، ط.1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1992، ص.5.

185- انظر، محمد بن عاصم، متن العاصمية المسمى بتحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام، مطبعة مصطفى بابي الحلبي و أولاده، مصر، 1348هـ، ص.32.

186- انظر، محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادى لمختصر خليل، ج.3، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، 2007، ص.9.

الموانع الشرعية، و الصيغة¹⁸⁷. وقال آخرون منهم -أعني المالكية- هي ثلاثة: ولي وامرأة خالية من الموانع الشرعية و الصيغة¹⁸⁸، وقالت طائفة رابعة من المالكية هي اثنان قال التسولي: "وجعل ابن محرز الولي والصدّاق والشهود شروطاً، والزوجين ركناً وهو الأظهر، ولا يعكّر عليه ما مر لأن المقصود من الزوجين رضاهما والرضا يصح تفسير النكاح به"¹⁸⁹.

أما الأحناف فركن النكاح عندهم الإيجاب و القبول¹⁹⁰، وأما الشافعية فأركان عقد الزواج عندهم: الصيغة والزوجة والزوج والولي والشاهدان، ومنهم من أخرج الشهود من الأركان¹⁹¹، وأركان عقد الزواج عند الحنابلة الزوجان الخاليان من الموانع والإيجاب والقبول¹⁹².

وأدلة المالكية والشافعية فيما ذهبوا إليه عقلية و نقلية، فأما العقلية فإنهم قالوا: "أن العقد لا يتصور إلا من عاقدين وهما شرعاً الولي و الزوج، ومعقود عليهما وهما الزوجة والصدّاق نصاً كما في نكاح التسمية أو حكماً كما في التفويض والصيغة"¹⁹³، وأما الدليل النقلية فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"¹⁹⁴، وقال تعالى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً} ¹⁹⁵.

187 - انظر، عبد الرحمن البرقوقي، شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، ط.1، الأندلس الجديدة، مصر، 2009، ص.137 وما بعدها؛ عبد الوصيف محمد، المرجع السابق، ص.127 وما بعدها.
 188 - انظر، السيد عثمان الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ج.2، ط.1، دار صادر، بيروت، 1994، ص.258.
 189 - انظر، علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.377.
 190 - انظر، علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي معوض و عادل عبد الموجود، ج.3، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.317.
 191 - انظر، سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996، ص.121.
 192 - انظر، عبد الله الجبرين، إلهام المؤمنين بشرح منهج السالكين، اعتنى به وخرج أحاديثه علياً بولوز، ج.2، ط.1، دار الوطن للنشر، السعودية، 2001، ص.210.
 193 - انظر، محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر بن عاصم، ضبطه و صححه محمد شاهين، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص.377.
 194 - أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، الحديث رقم.13719، ص.202؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح من السنن، الحديث رقم.3533 و3534، ص.323 و324، قال الألباني: حديث: " لا نكاح إلا بولي و شاهدين" صحيح، روي من حديث عائشة و أبي هريرة و جابر بن عبد الله، و أبي موسى الأشعري و الحسن البصري مراسلاً. (محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، باب ركني النكاح و شروطه، الحديث رقم.1858، ص.258).
 195 - سورة النساء، الآية.4.

وانتقد ما قالوا بأن الركن ما يدخل في حقيقة ماهية الشيء قال محمد ميارة في بستان فكر المهج:

الشرط عن ماهية قد خرجا // والركن جزؤها بما قد ولجا

معنى البيت أن الركن ما يدخل في ماهية الشيء التي هي حقيقته، ولذلك فالصيغة تخرج عن الأركان، لأنها دليل عليها، و الدليل على الشيء غيره، و لذا قال في البستان:

وصيغة دليلها فالعدُّ // لها من الأركان فيه بعد

إذ الدليل غير مدلول و ذا // لنجل عبد للسلام فخذ¹⁹⁶

معنى قوله "وذا لنجل عبد للسلام"، أي أن القول أن الصيغة ليست من الأركان لأنها دليل عليها والدليل غير المدلول هو قول محمد بن عبد السلام المالكي إذ قال في التوضيح: "و الأقرب أن الصيغة دليل على الماهية التي الأركان أجزاءها، والدليل غير المدلول"¹⁹⁷.

والصداق كذلك، إذ أن الصداق ليس بدلا أو عوضا عن البضع كالبيع حتى يقال أنه كالثمن للعقد، قال ابن رشد: "فالزوج لا يستبيح الفرج إلا بصداق، وقال الله تعالى فيه أنه نحلة والنحلة ما لم يعتض عليه، فهي نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهم لا عن عوض الإستمتاع بها..".

ويزيد فيقول: "لأنها تستمتع به كما يستمتع بها، و يلحقها من ذلك مثل الذي يلحقه، لأن المباذعة فيما بينها وبين زوجها واحدة. ولهذا المعنى لم يفتقر عقد النكاح إلى تسمية الصداق، و لو كان الصداق ثمنا للبضع حقيقة لما صح النكاح دون تسمية الصداق، كالبيع الذي لا ينعقد إلا بتسمية الثمن"¹⁹⁸.

¹⁹⁶ - انظر، محمد ميارة، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج، دراسة و تحقيق. محمد فرج الزائدي، منشورات ELGA، مالطا، 2001، ص.73.

¹⁹⁷ - انظر، خليل بن اسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، حققه. أبو الفضل الدمياطي، ج.5، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2012، ص.66.

¹⁹⁸ - انظر، محمد بن رشد، المقدمات و المهدات، تحقيق. محمد حجي، ج.1، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988، 468.

أما الولي و الشهود فخارجان عن حقيقة العقد إذ العقد لغة يوجد في نفسه من عاقد و هو الزوج و الزوجة¹⁹⁹.

أما ما أورده من الأدلة النقلية، فالرد يكون أن قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح" لا يدل على انعدامه بل على عدم تمامه، و فرق بين الأمرين، قال الشريف التلمساني: "وقد اختلف في ذلك فمن يرى أنها جملة يقول: يتعذر نفي هذه الحقائق، لأجل أنها توجد بدون هذه الشروط، فيتعين الإضمار، فيحتمل أن تضرر الصحة، أي لا نكاح صحيح.."، ثم قال: "و يحتمل أن يضرر الكمال، أي لا نكاح كامل..."²⁰⁰.

أما قوله تعالى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً}²⁰¹، فغاية مدلول الآية أنها أوجبت الصداق على الزوج لزوجته، ولم تحدد وقت الوجوب، ولم تنفي عقد الزواج بدون الصداق.

وبتبع هذه الآراء يمكن القول أن قول الحنابلة أقرب المذاهب إلى الصواب لما جعلوا أركان عقد الزواج إثنان وهما الزوجيين الخاليين من الموانع الشرعية والإيجاب والقبول الذي هو التراضي.

ب/ شروط عقد الزواج في الشريعة:

نتطرق هنا حول أهم الآراء المتداولة في الفقه الإسلامي عن الشهود(1)؛ والصداق(2)؛ و الكفاءة(3)؛ أما الولي فسيتم التطرق إليه في موضع آخر²⁰².

1/ شرط الشهود في عقد الزواج شرعا:

الشهادة في اللغة هنا من شهدَه شهودا أي حضره فهو شاهد وقوم شهود أي حضور، واشترط الجمهور الشهادة في عقد الزواج²⁰³، وذلك بشهادة رجلين أو رجل

199- علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.377.

200- انظر، محمد الشريف التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، خرج أحاديثه و علق عليه. مصطفى الشيخ مصطفى، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2008، ص.61.

201- سورة النساء، الآية.4.

202- سيتم الحديث عن الولي بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثالث من هذه الأطروحة.

203- بدران أو العينين، المرجع السابق، ص.63.

وامرأتين عند الأحناف²⁰⁴، واشترط الشافعية العدالة في الشهادة²⁰⁵، والشهادة في عقد الزواج عند المالكية شرط مكمل له لا من أركانه²⁰⁶، ويوضح هذا المعنى قول عبد الله بن الحجاج الشنقيطي عند نظمه للرسالة حين قال:

و شاهدي عدل و مهر و نذب // الاشهاد في العقد وللبنا و جب

أي أن الشهادة مندوبة في عقد الزواج، واجبة حال الدخول، فالإشهاد عند المالكية شرط صحة في الدخول، لا في صحة العقد²⁰⁷.

والأصح ما عليه الجمهور من غير المالكية لما ثبت مرفوعاً: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"²⁰⁸، فـ"لا نكاح" أي لا عقد زواج، فالنكاح هنا بمعنى العقد، قال الشريف التلمساني: "إن إطلاق النكاح على الوطاء مجاز شرعي وعلى العقد حقيقة شرعية، وحمل اللفظ الشرعي على حقيقته الشرعية أولى من حمله على المجاز الشرعي"²⁰⁹.

2/ شرط الصداق في عقد الزواج شرعاً:

الصِّدَاقُ وَالصِّدَاقُ فِي اللِّغَةِ مَهْرُ الْمَرْأَةِ وَكَذَلِكَ الصِّدْقَةُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً}²¹⁰، وَالصِّدْقَةُ مِثْلُهُ بِالضَّمِّ وَتَسْكِينِ الدَّالِ، وَقَدْ اصْدَقَتِ الْمَرْأَةُ إِذَا سَمِيَتْ لَهَا صَدَاقًا²¹¹.

²⁰⁴ - انظر، محمد البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ج. 2، ط. 2، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1991، ص. 4.

²⁰⁵ - محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج. 6، ص. 58.

²⁰⁶ - علي التسولي، المرجع السابق، ج. 1، ص. 381.

²⁰⁷ - انظر، محمد أحمد الداه الشنقيطي، الفتح الرباني شرح على نظم رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج. 2، ط. 1، المكتبة العصرية، بيروت، 2006، ص. 219.

²⁰⁸ - الحديث سبق تخريجه، انظر، ص. 41.

²⁰⁹ - محمد الشريف التلمساني، المرجع السابق، ص. 64.

²¹⁰ - سورة النساء، الآية. 4.

²¹¹ - اسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص. 138.

وأما في الاصطلاح، فقد عرفه المالكية أنه: "ما يعطى للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها"²¹²، أما الأحناف فقد عرفوه أنه: "المال يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد"²¹³، وأما الحنابلة فقد عرفوه أنه: "المال أو النفع الذي يبذله الزوج لامرأته عوض نفسها"²¹⁴.

وأحسن تعريف ما عرف به الشافعية الصداق أنه: "ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا كالرضاع"²¹⁵، ونقل الاجماع على مشروطة الصداق وعدم التراضي على اسقاطه²¹⁶ إلا أنهم أجمعوا على صحة العقد بدون تسمية المهر²¹⁷، واتفق الفقهاء على أن الصداق لا بد أن يكون مما يجوز تملكه شرعا وأن لا يكون مجهولا وأن يسلم من الغرر²¹⁸.

واختلفوا في أقل الصداق فقال المالكية أقل الصداق ربع دينار²¹⁹، وهو ما يعادل ثلاثة دراهم سبعينية²²⁰، وأقل الصداق عند الأحناف عشرة دراهم²²¹، وقال الشافعية والحنابلة ليس للصداق حد لأقل قيمة له²²².

²¹² - انظر، محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.2، دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص.293.
²¹³ - انظر، محمد السكندري، شرح فتح القدير، علق عليه.عبد الرزاق المهدي، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.304.
²¹⁴ - عبد الرحمن السعدي، إمام المؤمنين بشرح منهج السالكين، المرجع السابق، ج.2، ص.255.
²¹⁵ - سليمان البحيري، المرجع السابق، ج.4، ص.192.
²¹⁶ - انظر، محمد بن جزى، القوانين الفقهية، ط.1، المكتبة العصرية، لبنان، ص.135.
²¹⁷ - انظر، محمود العيني، البناء في شرح الهداية، ج.4، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.646.
²¹⁸ - انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.4، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015، ص.865 وما يليها؛ ومحمد الجزري، المرجع السابق، ص.135.
²¹⁹ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والخباء، ص.308.
²²⁰ - يقصد بالدرهم السبعيني نوع من الدراهم كانت متداولة في الأندلس، إذ كانت الأوقية تجمع سبعين درهما من هذا النوع، فلهذا سمي هذا النوع من الدراهم بالدراهم السبعينية. (علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.390).
²²¹ - محمد الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص.181.
²²² - انظر، إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص.462؛ عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.10، ص.99.

واختلف العلماء كذلك في جواز أن يكون الصداق منافع كتعليم قرآن أو أداء خدمة، فمنعه المالكية²²³ وجمهرة الحنفية²²⁴ وأباحه الشافعية²²⁵ والحنابلة²²⁶.

3/ شرط الكفاءة في عقد الزواج شرعا:

الكفاءة في اللغة والكُفء والكُفوء والكُفْيء النظير²²⁷، وهي في الاصطلاح عند الأحناف مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة، وهي عندهم ستة: النسب والاسلام والحرفة والحرية والديانة والمال²²⁸، أما عند المالكية فلا تكون الكفاءة إلا في الدين والحرية والسلامة من العيوب²²⁹. أما الشافعية فقالوا سبعة: الدين والنسب والمال والصناعة والحرية والسن والسلامة من العيوب²³⁰، واختلف الحنابلة فمنهم من قال الدين وحده ومنهم من قال النسب وحده ومنهم من قال الدين والنسب ومنهم من قال الدين والنسب والصناعة والحرية واليسار المالي²³¹.

ولعل الراجح فيما قيل أن الكفاءة شرط في الزواج لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم"²³²، والكفاءة في الدين لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه"²³³، وقوله: "اظفر بذات الدين تربت يداك"²³⁴. والكفاءة كذلك في السلامة من العيوب لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا توردوا

²²³ - انظر، عبيد الله بن الجلاب، التفرغ، تحقيق. حسيناالدهماني، ج.2، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1987، ص.37.

²²⁴ - انظر، أحمد الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق. محمد قمحاوي، ج.5، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1992، ص.215.

²²⁵ - انظر، محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، حققه. محمد تامر، ط.1، ج.5، دار السلام، مصر، 1997، ص.215.

²²⁶ - عبد الله بن قدامة، المغني، ج.10، المرجع السابق، ص.103.

²²⁷ - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.1002.

²²⁸ - محمد الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص.186 و187.

²²⁹ - انظر، أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، خرج أحاديثه. مصطفى وصفي، ج.2، دار المعارف، القاهرة، ص.399.

²³⁰ - انظر، علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، تحقيق. علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ج.9، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص.101.

²³¹ - انظر، علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الأقوال، تحقيق. عبد الله التركي، ج.20، ط.1، دار هجر، مصر، 1996، ص.260 و ما يليها.

²³² - الحديث سبق تخريجه. (انظر، ص.30).

²³³ - الحديث سبق تخريجه. (انظر، ص.31).

²³⁴ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر.ح. 5090، ص.633؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر.ح. 1466، ص.462.

المرضى على المصح²³⁵، ولا تكون الكفاءة في النسب فقد زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس القريشية²³⁶ من أسامة بن زيد وهو من الموالي و من غير قریش فهو كلي النسب²³⁷، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا فضل لعربي على أعجمي ولا لأعجمي على عربي، ولا لأحمر على أسود، ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى"²³⁸.

ولا تكون الكفاءة كذلك في الصناعة، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا إليه" وكان أبو هند حجاماً²³⁹، والسن كذلك لا تعتبر في الكفاءة فقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رضي الله عنها وهي بنت ست سنين ودخل بها وهي بنت تسع²⁴⁰، وقد تزوج عمر بن الخطاب رضي الله عنه أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب رضي الله عنه وكانت صغيرة²⁴¹.

وليس اليسار المالي من الكفاءة قال تعالى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ}²⁴².

ثانياً: أركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري:

تتكلم هنا عن مركز أركان عقد الزواج (أ)؛ وكذا شروطه (ب) في القانون الجزائري.

235 - الحديث سبق تخريجه. (انظر، ص.30).

236 - الحديث سبق تخريجه. (انظر، ص.20).

237 - انظر، عبد الرحمن السيوطي، إسعاف المبطل برجال الموطأ، ط.1، دار الريان للتراث، القاهرة، 1988، ترجمة أسامة بن زيد، ص.299.

238 - أحمد بن حنبل، مسند أحمد، المرجع السابق، ج.17، في حديث رجل من أصحاب النبي، ر.ح.23381، ص.12؛ صححه الألباني. (محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج.6، ر.ح.2700، ص.449).

239 - انظر، علي ابن بلبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه شعيب الأرنؤوط، ج.9، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، كتاب النكاح، ذكر الأمر بالانكاح إلى الحجامين واستعمال ذلك منهم، ر.ح.4067، ص.375؛ سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، باب في الكفاءة، ر.ح.2102، 400؛ أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا يرد نكاح غير الكفاء إذا رضيت به الزوجة و من له الأمر معها و كان مسلماً، 13778، ص.220؛ محمد بن عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، ر.ح.2750، ص.195؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح، القسم في ابتداء النكاح، ر.ح.3794، ص.460؛ قال الألباني: حديث حسن. (انظر، محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ج.1، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988، ر.ح.7896، ص.1308).

240 - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب تزويج الأب بنته من الامام، ر.ح.5134، ص.638.

241 - انظر، يوسف بن المرشد، محض الصواب في فضال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، تحقيق عبد العزيز الفريخ، ط.1، مكتبة أضواء السلف، الرياض، 2000، ص.887.

242 - سورة النور، الآية.32.

أ/ مركز أركان عقد الزواج في القانون الجزائري:

نتحدث هنا عن مدى اعتبار اختلاف الجنس ركنا لعقد الزواج (1)؛ وكذا ركنية الرضا في عقد الزواج (2).

1/ مدى اعتبار اختلاف الجنس ركنا لعقد الزواج:

يقصد باختلاف الجنس أن يكون طرفي عقد الزواج من جنسين مختلفين، وذلك بأن يكون أحدهما ذكر و الآخر أنثى²⁴³.

أشار المشرع الجزائري إلى اختلاف الجنس في المادتين 9 و 4 منقأ، فنصت المادة 9 أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين " ثم أتت المادة 4 و أوضحت ما المقصود بلفظ "الزوجين" فنصت على أن: " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة". يلاحظ أن المشرع لا يعتبر أن هناك زواجا إلا إذا تم بين رجل وامرأة، لكنه سكت عن جزاء لو تم إبرام عقد على أنه زواج من جنسين متماثلين، واكتفى بتجريم الفعل المتمثل في موقعة نفس الجنس لا التصرف المتمثل في العقد²⁴⁴، فنص في المادة 1/338 من ق.ع على أنه: " كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 20000 إلى 100000 ديناراً"²⁴⁵، و تجريم الفعل دال على عدم جوازه، وعدم جواز الفرع دال على عدم جواز أصله الذي ما كان لولاه، فلولا ما ابرم بين المتماثلين في الجنس على أنه زواج ما فعلا ما يعتبر شذوذا جنسيا في القانون، وعليه فإن المشرع الجزائري لا يسمح بالزواج المثلي²⁴⁶.

²⁴³ - يطلق لفظ الزوجين في القرآن الكريم على الذكر و الأنثى، قال تعالى: {وَأَنَّهُ خَلَقَ الذُّوَجِينَ الذَّكَرَ وَالأُنثَى}، وقال تعالى: {فَجَعَلَ مِنْهُ الذُّوَجِينَ الذَّكَرَ وَالأُنثَى}، وقال تعالى: {وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجِينَ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ}. (سورة النجم، الآية.45؛ وسورة القيامة، الآية.39؛ وسورة الذاريات، الآية.49).

²⁴⁴ - عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنفاذه، المرجع السابق، ص.19.

²⁴⁵ -انظر، الأمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.49، المؤرخة في. 11/06/1966.

²⁴⁶ - انظر، جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط.1، د.م.ج، بن عكنون، 2001، ص.11.

سبق ذكر أن الركن مالا توجد حقيقة الشيء إلا به²⁴⁷، ولا يمكن تصور إبرام عقد الزواج عند المشرع الجزائري إلا بين رجل و امرأة²⁴⁸.

2/ ركنية الرضا في عقد الزواج: تنص المادة 9 من ق أ على أنه: "يتم عقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، بعد أن كانت تنص قبل تعديل 2005 على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصادق".

هذا إن دل فإنما يدل أن المشرع الجزائري قصد من هذا أن يجعل من التراضي الركن الوحيد - بعد ركن اختلاف الجنس - لعقد الزواج، حيث جعل وجود عقد الزواج مرتبطا بوجود التراضي.

والرضا في اللغة القبول بشيء ما و ضده السخط و الكراهية. أما في الإصطلاح فهو قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه، و العقد الرضائي هو الذي لا يشترط لوجوده إلا الرضا، وقيل هو ذلك الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي²⁴⁹، ومعنى التراضي هو أن تتوافق إرادتين أو أكثر على إنشاء عقد ما²⁵⁰،

ب/ مركز شروط عقد الزواج في القانون الجزائري:

جاء في المادة 9 مكرر من ق.أ أن شروط عقد الزواج خمسة و هي:الصادق (1)؛ وشاهدان (2)؛ وانعدام الموانع الشرعية (3)؛ والولي وأهلية الزواج²⁵¹.

1/ شرط الصداق في عقد الزواج:

اعتبر المشرع الجزائري الصداق أحد شروط عقد الزواج بنصه في المادة 9 مكرر/2 أنه: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:..الصادق"، وقد كان في القديم

²⁴⁷ - انظر، ص.40 و41.

²⁴⁸ - تنص المادة 4 منق.أعلى أنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة..".

²⁴⁹ -يقول الأستاذ السنهوري: " و لا يمنع للعقد من أن يكون رضائيا أن يشترط في إثباته شكل مخصوص ، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها ". عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، ج.1 ، ط.2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص.112.

²⁵⁰ -انظر ، محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2006 ، ص.58.

²⁵¹ - سيتم النظر في الولي وأهلية الزواج في المبحث الثاني من الفصل الثالث.

يعتبره أحد أركان عقد الزواج²⁵²، إذ كانت المادة 9 من القانون 11/84 تنص على أنه: " يتم عقد الزواج برضا الزوجين، و بولي الزوجة، وشاهدين وصادق"، فأزاح المركز القانوني للصادق من كونه ركنا إلى كونه شرط صحة لعقد الزواج.

وشرط الصداق شرط شرعي إذ لم تنص عليه ولا اشترطته الأنظمة من غير الشريعة الإسلامية في عقد الزواج على هذه الصورة الواردة في قانون الأسرة الجزائري²⁵³، عرف المشرع الجزائري الصداق بنصه في المادة 14 من ق.أ.ن: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

أول ما يلاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالقول الراجح في عدم اعتبار الصداق بدل التمتع بالمرأة بنصها أن: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة..."، ولقد مر من قبل قول ابن رشد حين قال: "والنحلة ما لم يعتض عليه، فهي نحلة من الله تعالى فرضها للزوجات على أزواجهم لا عن عوض الإستمتاع بها.."²⁵⁴. قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور: "وسميت الصدقات نحلة إبعادا للصدقات عن أنواع الأعواض، وتقريبا بها إلى الهدية، إذ ليس الصداق عوضا عن منافع المرأة عند التحقيق..."²⁵⁵.

والملاحظة الثانية في المادة 14 من ق.أ.ن أنها لم تلزم أن تكون قيمة الصداق نقودا فقط، فنصت على أن: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها..."، فمصطلح "أو غيرها" مصطلح واسع، فهل يقصد بـ"غيرها" ما يمكن تقويمه بالنقود من الأشياء؟ أم يقصد زيادة على ذلك جواز أن يكون الصداق منافعاً كتقديم خدمة أو تعليم قرآن؟ فمصطلح "غيرها" يشمل كل ذلك. وبالتالي يمكن القول أن ظاهر نص المادة هنا يوحي أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهبين الشافعي والحنبلي كما مر من قبل²⁵⁶.

252 - انظر، فتيحة رواق، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام دراسة تحليلية ونقدية لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1995/1994، ص.61.

253 - انظر، رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة المقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006/2005، ص.25.

254 - انظر، ص.42.

255 - انظر، محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، ط.1، ج.4، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص.230.

256 - انظر، ص.45.

واعتبر المشرع الجزائري في المادة 14 الصداق حق للمرأة "تتصرف فيه كما تشاء" وذلك مصداقا لقوله تعالى: {وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِمَامًا مُبِينًا} ²⁵⁷.

وأوجب المشرع الجزائري الصداق كاملا للزوجة على زوجها بالدخول، تنص المادة 16 من ق.أ. أنه: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول..."، إلا أنه لم يبين ما المقصود بالدخول هنا أهو الوطاء أم هي الخلوة، وإذا رجعنا إلى القضاء نجد يفسر الدخول بالخلوة، جاء في القرار المؤرخ في 02 أكتوبر 1989 أن: "حدوث الخلوة الصحيحة يوجب على الزوج كامل الصداق إلى زوجته..." ²⁵⁸، وما ذهب إليه القضاء هنا هو مقتضى المذهبين الحنفي و الحنبلي ²⁵⁹، ودليلهم ما روي مرفوعا: "من كشف خممار امرأة و نظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل بها"، والحديث لا يصح ²⁶⁰، وخالفهم الشافعية ²⁶¹، وجمهور المالكية ²⁶²، لظاهر قول الله تعالى: {وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ} ²⁶³.

ولعل الراجح أن يقال أن العبرة بالوطء ²⁶⁴ إلا إذا حدث نزاع فيه، فادعت المرأة الوطاء وأنكره الرجل، فالعبرة بقولها مع اليمين تغليبا لمقصد الحفاظ على العرض على مقصد الحفاظ على المال.

²⁵⁷ - سورة النساء، الآية.20.

²⁵⁸ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، المؤرخ في.1989/10/02، ملف رقم.55116، م.ق، 1991، ع.1، ص.33.

²⁵⁹ - أحمد الحصاص، المرجع السابق، ج.2، ص.147؛ عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.10، ص.152.

²⁶⁰ - علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح، باب العنين، ر.ح.3824، ص.473؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، كتاب الصداق، باب من قال من اغلق بابا أو أرخى سترا وجب الصداق وما روي في معناه، ر.ح.14487، ص.418؛ قال الألباني: ضعيف. (انظر، محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ج.3، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1988، ر.ح.1019، ص.86).

²⁶¹ - روى الشافعي في الأم عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أنه قال في الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسه ثم يطلقها: "ليس لها إلا نصف الصداق، لأن الله عز وجل قال: {وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ}؛ قال الشافعي: وبهذا أقول، وهو ظاهر كتاب الله عز وجل. (محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، كتاب العدد، باب لا عدة على التي لم يدخل بها زوجها، ر.ح.2532، ص.546).

²⁶² - عن مالك أنه بلغه أن سعيد بن المسيب كان يقول: "إذا دخل الرجل بالمرأة في بيتها صدق الرجل عليها إذا دخلت عليه في بيته صدقت عليه"، قال مالك: "أرى ذلك في المسيب إذا دخل عليها فقالت: قد مسني وقال: لم أمسها صدق عليها، فإن دخلت عليه في بيته فقالت: لم أمسها وقالت: قد مسني صدقت عليه"، دل قول مالك أنه يأخذ بالمسيب أي أن العبرة بالوطء، ولذلك قال ابن العربي: "إن المطلقة قبل المسيس لها نصف المهر، وإن خلا بها ولا تضر الخلوة بالمهر، إلا أن يقترن بها مسيس في مشهور المذهب"، أي المذهب المالكي. (مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب إرخاء الستور، ر.ح.1102، ص.308؛ محمد بن العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.292).

²⁶³ - سورة البقرة، الآية.237.

²⁶⁴ - قال شريح: "لم أسمع الله تعالى ذكر في كتابه بابا ولا سترا". (محمد القرطبي، المرجع السابق، ج.4، ص.169).

وكما يجب الصداق كاملاً بالدخول يجب كذلك كاملاً بوفاة الزوج قبل الدخول عند المشرع الجزائري، إذ تنص المادة 16 من ق.أعلى أنه: "تستحق الزوجة الصداق كاملاً... بوفاة الزوج.."، وهذا محل اتفاق بين العلماء²⁶⁵.

2/ شرط الشهود في عقد الزواج:

أتى ذكر الشهود اللازم وجودهم لإبرام عقد الزواج في مادتين من قانون الأسرة فقط، المادة الأولى هي المادة 9 مكرر التي نصت أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...شاهدان"، والمادة الثانية هي المادة 2/33 التي بينت حكم حالة إبرام عقد زواج بلا شهود، ولم يفصل المشرع في شروط الشهود هنا تاركاً الأمر لجهاد القاضي والفقهاء.

بالنسبة للقضاء جاء في القرار القضائي المؤرخ في 15 ديسمبر 1986 أنه: " من المقواعد المقررة شرعاً أن التنازع في الزوجية إذا إدعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، و الشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين.."²⁶⁶، وهذا الذي ذهب إليه القرار القضائي المذكور هو مذهب المالكية في إشتراط الذكورة، إذ ليس للنساء إلا ثلاث حالات تقبل شهادتهن فيها، الحالة الأولى شهادة رجل وامرأتين في ما يتعلق بالمال من ديون²⁶⁷، والحالة الثانية شهادة امرأتين في كل أمر لا يطلع عليه إلا النساء كالحيض أو الولادة²⁶⁸، وهناك حالة ثالثة يشهد فيها اثنتين يمكن الطعن فيها بيمين المدعى عليه في الطلاق والعتاق والقذف²⁶⁹.

3/ شرط إنعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج:

إعتبر المشرع إنعدام الموانع الشرعية شرطاً في عقد الزواج بنصه في المادة 9 مكرر من ق.أ أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...انعدام الموانع الشرعية للزواج".

²⁶⁵ - قال ابن رشد: "واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت". (محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.2، ص.22).

²⁶⁶ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، المؤرخ في 15/12/1986، ملف رقم.43889، م.ق، 1993، ع.2، ص.37.

²⁶⁷ - محمد التاودي، المرجع السابق، ج.1، ص.179.

²⁶⁸ - محمد بن عاصم، المرجع السابق، ص.11.

²⁶⁹ - علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.209.

فاعتبر انتفاء المانع شرطا، وهناك فرق بين انتفاء المانع ووجود الشرط، فالشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، أما المانع فما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذته²⁷⁰، فكان الأولى أن يكتفي المشرع بذكر الموانع دون أن يعتبر انعدامها شرطا، فعقد الزواج ينشأ بوجود أركانه وشروطه وانعدام موانعه، فوجود الشروط وانعدام الموانع أمرين متباينين.

الفرع الثاني:

تأثير أركان وشروط عقد الزواج على مصلحة أطرافه

ستتم المناقشة هنا في الفائدة و المصلحة التي من أجلها تم البحث عن مركز أركان وشروط عقد الزواج، فهل وضعت الشريعة هذه الأركان والشروط جزافا واعتباطا أم هناك مصلحة ما فيها؟ وهل راعى المشرع في وضعه لأركان وشروط عقد الزواج المصالح التي تعود بالنفع على أطراف عقد الزواج والمجتمع ككل؟ لإجابة على هذين السؤالين سيتم التطرق إلى المصالح المعتبرة من أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية (أولا)؛ ثم إلى المصالح القانونية لأركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري (ثانيا).

أولا: المصلحة من أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة:

ينصب الحديث هنا عن المصالح المعتبرة لأركان عقد الزواج (أ)، وشروطه (ب) شرعا.

أ/ المصالح من وضع أركان عقد الزواج شرعا:

مر من قبل قول التسولي: "المقصود من الزوجين رضاهما"²⁷¹، وأن القول الراجح في الفقه أن يقال أن أركان عقد الزواج إثنان الزوجين الخاليين من الموانع الشرعية والإيجاب والقبول الذي هو التراضي²⁷².

²⁷⁰ - انظر، محمد على فركوس، الفتح المأمول شرح مبادئ الأصول، ط.4، دار الموقع، الجزائر العاصمة، 2011، ص.50.

²⁷¹ - انظر، ص.41.

²⁷² - انظر، ص.43.

والمصلحة من اعتبار التراضي ركنا في الشريعة أن التكاليف الشرعية من واجب الطاعة المفروضة على الزوجة لزوجها وواجب النفقة المفروضة على الزوج اتجاه زوجته وأولاده وواجب الرعاية المفروضة على الزوجين اتجاه أولادهما وغيرها من التكاليف الشرعية في عقد الزواج لابد لها من الوعي الكامل لتحمل ما يقدم عليه المتزوج من إبرامه لهذا العقد.

ب/ المصالح من وضع شروط عقد الزواج شرعا:

أما المصالح من إعتبار الكفاءة فقد جعلها الشافعي غاية مقصودة من اشتراط الولاية فقال في المصلحة من اشتراط الولاية: "... لا أحسبه يحتمل أن يكون جعل لهم - أي الأولياء - أمر مع المرأة في نفسها إلا لثلاث تنكح إلا كفؤا"²⁷³.

والكفاءة مشروطة من جانب الرجل لثلاث تكون المرأة زوجا لمن هو دونها في القدر²⁷⁴، إذ القوام في الأسرة للرجل فكيف يكون في القدر والمنزلة دونها، وعلو الزوجة على زوجها في الدين والأخلاق أو العلم أو المال أو النسب قد يسبب مشاكل فيما بعد الزواج بل وقد يؤدي للطلاق.

وأما اشتراط الشهادة فهو لإشهار وإعلان ما تراض عليه طرفي عقد الزواج وإثباته²⁷⁵، وذهب علماء الشريعة المعاصرين على اشتراط الكتابة لإثبات الزواج، قال الشيخ علي فركوس: "الذي يقتضيه الواجب أن يقال بعدم كفاية العقد الشرعي أو العرفي إلا إذا اكتمل بالعقد المدني أو الاكتفاء بالعقد المدني ليكون منتجا لآثار العقد"²⁷⁶.

²⁷³ - محمد الشافعي، الأم، ج.6، المرجع السابق، ص.39.

²⁷⁴ - محمد الحصكفي، الدر المختار، المرجع السابق، ص.186.

²⁷⁵ - أنظر، كريم زينب، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجيلالي البابس، كلية الحقوق، بسدي بلعباس، 2003، ص.82.

²⁷⁶ - أنظر، علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية، ط.6، دار الموقع، الجزائر، 2011، ص.120.

واستفت اللجنة الدائمة للإفتاء عن العقد المدني فأفتت أنه: "إذا تم القبول والإيجاب مع بقية شروط النكاح و انتفاء موانعه صح، و إذا كان تقييده قانونا يتوقف عليه ما للطرفين من المصالح الشرعية الحاضرة و المستقبلية للنكاح وجب ذلك"²⁷⁷.

ثانيا: المصالح من أركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري:

أوضحت المادة 9 من ق أ أن الركن الوحيد بعد الركن البيولوجي هو ركن الرضا إذ نصت أنه: "ينعقد الزواج برضا الزوجين"، بل بالغ المشرع في رضائية عقد الزواج حتى نص أن الزواج يصح بصدق المثل إذا حصل الدخول وافتقر العقد للشهود أو الولي في حالة وجوبه أو الصداق²⁷⁸. ونص على أنه إذا كانت المرأة بالغة فيكفي حضور الولي الذي تختاره سواء كان أبا أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر²⁷⁹.

والمشرع بما فعل هنا أفرغ الشروط من مضمونها، إذ مضمونها حماية المرأة أكثر من الرجل كما هو معلوم لمن تدبر ذلك، لكن السؤال الوارد هنا لما بالغ المشرع الجزائري في إظهار رضائية الزواج حتى نص في التعديل الجديد أن الرضا هو الركن الوحيد لعقد الزواج²⁸⁰؟

يظهر سبب ذلك واضحا إذا علمنا أن الجزائر قد صادقت على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي تنص في مادتها 16: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج و العلاقات الأسرية، و بوجه خاص تضمن، على أساس تساوي الرجل و المرأة:...ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، و في عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل..."²⁸¹.

²⁷⁷-أنظر، أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص. 24.

²⁷⁸- تنص المادة 33-2 ق أ: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حاله وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصدق المثل".

²⁷⁹-تنص المادة 1/11 ق أ: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو وليها أو احد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"

²⁸⁰-تنص المادة 9 ق أ: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين".

²⁸¹-أنظر، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، و لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.

و المتأمل في صيغة: " إلا برضاها الحر الكامل " يجد أن الإتفاقية اشترطت في الرضا المطلوب في عقد الزواج أن يكون " حرا " و أن يكون " كاملا " و هي بهذين الشرطين تحاول بطريقة مباشرة نفى الولاية باشتراط حرية التراضي، و نفى الشهود باشتراط التراضي الكامل، أي أن التراضي وحده يكفي لإبرام عقد الزواج.

والجزائر وإن كانت قد تحفظت على هذه المادة إلا أنها قد سعت تحت ضغط لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة إلى تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، و خاصة المواد 4 و 9 و 33 من ق.أ إذ يعتبر تعديل هذه المواد تجسيدا للمادة 2/16 من الإتفاقية التي تتكلم على الرضا الحر والكامل في الزواج²⁸².

والإتفاقية باشتراطها " الرضا الحر الكامل " تحاول أن تفرغ الزواج من مضمونه وجعله كالعلاقات الإستسرارية الموجودة عند الغرب، والذي هو اتفاق بين شخصين على العيش كزوجين ولكن بدون رباط الزواج²⁸³.

والعجيب في الأمر أن أمريكا و سويسرا لم يوقعا هذه الإتفاقية، فلما تمارس الأمم المتحدة ضغطها على الدول النامية- كالجائر - و تناسى الدول الكبيرة التي لا تخلو مجتمعاتها من إهدار للحقوق²⁸⁴.

ثم أين ما تتشدد به الأمم المتحدة من احترام أديان وعادات ومعتقدات الآخرين وهي بمثل هذه الإتفاقيات لا تبدي لها بالا بل وتحاول طمسها وإزاحتها.

والجدير بالتنبيه هنا أن الشكلية الواردة في المادتين 18 و 22 من ق.أ هي شكلية اشترطها المشرع لإثبات عقد الزواج لا لتكوينه²⁸⁵، يتضح ذلك من المادة 1/22 من ق.أ التي تنص على

²⁸² - أنظر، تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، تلمسان، ع. 12، 2011، ص.9.

²⁸³ - أنظر، تشوار جيلالي ، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة ، م.ج ، جامعة الجزائر ، د.ع، د.س، ص . 92.

²⁸⁴ - أنظر، نعى قرطاجي ، قراءة في إتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) ،

أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي"، فلفظي "يثبت الزواج" و "حالة عدم تسجيله" يؤكد أن الشكلية في عقد الزواج عند المشرع الجزائري للإثبات لا للإنعقاد²⁸⁶.

وعلى الرغم من كل ما قيل، فإن القضاء الجزائري لا يعترف - من الناحية العملية - بالزواج الذي يفتقر إلى شروط عقد الزواج و خاصة منها الولي والشهود²⁸⁷، وأنه يكفي بسماع شهادة الأقارب لإثبات عقد الزواج²⁸⁸.

المبحث الثاني:

المصالح غير المالية في آثار عقد الزواج

معلوم أنه بمجرد عقد الزواج تترتب لكل واحد من طرفيه حقوق كما تقع على عاتق كل منهما واجبات، والحقوق والواجبات المترتبة عن عقد الزواج من حيث المصلحة على نوعين، منها ماهو مالي كالنفقة والذمة المالية المشتركة إذا تم الإتفاق عليها بين الزوجين؛ ومنها ما هو غير مالي.

الآثار غير المالية الناجمة عن عقد الزواج إما أن تتعلق بالزوجين، كالقوامة وحسن العشرة؛ أو أن تتعلق الآثار غير المالية بالصلة التي تكون بين الزوجين من جهة وبين ما نجم عن زواجهما من أولاد من جهة أخرى وهي النسب، والسؤال المطروح هنا في ما هي المصلحة المرجوة من هذه الآثار؟

²⁸⁵-انظر بوطيش و هبية، الشكلية في عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، ص.55.

²⁸⁶-كريم زينب، الزواج العربي في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.91.

²⁸⁷-قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2000/09/19، ملف رقم 248683، م.ق، ع.2، 2003، ص.276.

²⁸⁸-بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.354.

للإجابة على هذا التساؤل سيتم مباحثة المصالح غير المالية لآثار عقد الزواج بين الزوجين (المطلب الأول)؛ وكذا دراسة المصالح غير المالية في النسب (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

المصالح غير المالية لآثار عقد الزواج بين الزوجين

باستقراء قانون الأسرة نجد القانون 11/84 قسم الآثار الناجمة عن عقد الزواج إلى آثار مشتركة على كل من الزوجين؛ وآثار تترتب على الزوج؛ وآثار تترتب على الزوجة. وذلك في المواد 36 و 37 و 38 و 39²⁸⁹، وكان التقسيم منهجيا موضحا بشكل مقبول للحقوق والواجبات، وبالبحث عن الحقوق والواجبات غير المالية نجد المشرع آنذاك نص على القوامة وحسن العشرة بجلاء.

جاء بعد ذلك المشرع الجزائري فعدل وتمم قانون الأسرة بالأمر 02/05، فألغى المادتين 38 و 39²⁹⁰، وترك المادة 36 والتي جعلها تنص على الحقوق والواجبات المشتركة بين الزوجين²⁹¹، فأبقى فيها على ما كان منصوصا عليه، وأضاف أربعة بنود هي تكرار للبنود التي كانت، فالبند الثاني يدخل في البند الأول؛ والبند الرابع يدخل في البند الثالث؛ والبندين الخامس والسابع يدخلان في البند السادس.

²⁸⁹ - تنص المادة 36. من القانون 11/84: "يجب على الزوجين: 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة؛ 2- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم؛ 3- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف"، وتنص المادة 37 من القانون 11/84: "يجب على الزوج نحو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها؛ 2- العدل في حالة الزواج أكثر من واحدة"، المادة 38 من القانون 11/84: "للزوجة الحق في: - زيارة أهلها من المحارم واستضافتهم بالمعروف؛ - حرية التصرف في مالها"، وتنص المادة 39 من القانون 11/84: "يجب على الزوجة: 1- طاعة الزوج ومراعاته (باعتباره رئيس العائلة)؛ 2- إرضاع الأولاد عند الإ استطاعة وتربيتهم؛ 3- احترام والدي الزوج وأقاربه".

²⁹⁰ - تنص المادة 18 من الأمر 02/05: "تلغى المواد 38 و 39... من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 المذكور أعلاه".

²⁹¹ - تنص المادة 36 المعدلة بموجب الأمر 02/05: "يجب على الزوجين: 1- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة؛ 2- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة؛ 3- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم؛ 4- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات؛ 5- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم؛ 6- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسن والمعروف؛ 7- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف".

ويطرح التساؤل هنا لما تعمد المشرع الجزائي إلغاء المادة التي تنص على القوامة؟ وهل فصل في مسألة حسن المعاشرة بين الزوجين؟

للإجابة على هذين التساؤلين سيجري الكلام على أمرين أولاهما في المصلحة من تشريع القوامة (الفرع الأول)؛ وثانيهما في المصلحة حول الضابط للعشرة الحسنة بين الزوجين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصلحة في تشريع القوامة

القوامة في اللغة من قوام الأمر بالكسر أي نظامه وعماده، يقال فلان قوام أهل بيته وقيام أهل بيته وهو الذي يقيم شأنهم²⁹². أما في الإصطلاح فالقوامة ولاية يفوض بموجبها الزوج بتدبير شؤون زوجته و تأديتها وإساکها في بيتها ومنعها من البروز²⁹³.

دليل القوامة قوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ}²⁹⁴، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إذا صلت المرأة خمسها وصامت شهرها وحفظت فرجها وأطاعت زوجها قيل لها ادخلي الجنة من أي أبواب الجنة شئت"، وفي لفظ: " وحفظت فرجها وأطاعت زوجها دخلت الجنة"²⁹⁵،

292 - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.978.

293 - انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.34، ط.1، دار الصفوية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1993، ص.76.

294 - سورة النساء، الآية.34.

295 - أحمد بن حنبل، مسند أحمد، المرجع السابق، ج.2، المرجع السابق، مسند عبد الرحمن بن عوف، ر.ح.1661، ص.307؛ سليمان الطبراني، المعجم الأوسط، ج.5، المرجع السابق، ر.ح.4598، ص.34؛ سليمان الطبراني، نفس المرجع، ج.8، ر.ح.8805، ص.339؛ علي بن بلبان، المرجع السابق، ج.9، ر.ح.4163، ص.471؛ قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المرجع السابق، ج.1، ر.ح.660 و661، ص.174).

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "خير النساء امرأة إذا نظرت إليها أسرتك وإذا أمرتها أطاعتك وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك"²⁹⁶.

قال ابن كثير: "الرجل قيم المرأة، أي رئيسها وكبيرها والحاكم عليها ومؤدبها إذا اعوجت"²⁹⁷، قال ابن العربي: "عليها الحفظ لماله والإحسان إلى أهله، والإلتزام لأمره في الحجة وغيرها إلا بإذنه، وقبول قوله في الطاعات"²⁹⁸. قال الجصاص: "فتضمن قوله {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ} قيامهم عليهن بالتأديب والتدبير والحفظ والصيانة لما فضل الله به الرجل على المرأة في العقل والرأي وبما ألزمه الله تعالى من الإنفاق عليها، فدلّت الآية على معان أحدها تفضيل الرجل على المرأة في المنزلة وأنه هو الذي يقوم بتدبيرها وتأديبها، وهذا يدل على أن له إمساكها في بيته ومنعها من الخروج وأن عليها طاعته وقبول أمره ما لم تكن معصية ودلت على وجوب نفقتها عليه"²⁹⁹.

وجزاء مخالفة أحكام القوامة من قبل المرأة أن لزوجها إذا نشزت أن يعظها بأن يذكرها ما أوجبه الشرع عليها من طاعته في غير معصية الله تعالى، فإن قبلت وإلا

²⁹⁶ - محمد أبو عبد الله الحاكم، المستدرک علی الشیخین، المرجع السابق، ج. 2، کتاب النکاح، ر.ح. 2739، ص. 191؛ أحمد بن حنبل، مسند أحمد، المرجع السابق، ج. 7، مسند أبو هريرة، ر.ح. 7415، ص. 223؛ سليمان بن الجارود، مسند الطيالسي، المرجع السابق، ج. 4، مسند أبي هريرة، ر.ح. 2444، ص. 86؛ انظر، عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين، تحقيق أسعد محمد الطيب، ج. 3، ط. 1، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997، قوله تعالى: {حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ}، ر.ح. 5255، ص. 941؛ سليمان الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق طارق بن عوض الله وعبد المحسن الحسيني، ج. 2، ط. 1، دار الحرمين، القاهرة، 1995، ر.ح. 2115، ص. 325؛ قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المرجع السابق، ج. 1، ر.ح. 3298 و3299، ص. 624؛ محمد الألباني، مشكاة المصابيح، المرجع السابق، ج. 2، ر.ح. 3272، ص. 976، محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج. 4، ر.ح. 1738، ص. 453).

²⁹⁷ - إسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج. 4، ص. 20.

²⁹⁸ - محمد بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج. 1، ص. 530.

²⁹⁹ - أحمد الجصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج. 3، ص. 149.

هجرها في المضجع دون سواه فيليها ظهره في الفراش ولا يجامعها³⁰⁰، ويجرصا على كتمان ما حل بهما عن ما سواهما³⁰¹، فإن هي أطاعت وإلا ضربها ضربا غير مبرح لا يكسر لها عظما أو يظهر عليها كدما، ودليل ما قيل هنا قول الله تعالى: {وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا}³⁰².

والمصلحة من وضع القوامة شرعا أن كل مجتمع بشري مهما صغر لا بد فيه من مسؤول وأمير يرجع إليه تدبير شؤونه حتى تستقر أموره و تستتب أحواله، ولذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المسافرين إذا كانوا ثلاثة أن يأمروا أحدهم³⁰³، فهذا في السفر غير الدائمة فيه الصحة الآنية فيه الرحلة وإن طالته المفازة، فمن باب أولى في العشرة الزوجية الدائمة فيه الصحة المستمرة فيه المدة، مع ما يلحق تلك العشرة من أطفال وأسقام وأزمات.

والمصلحة من جعل القوامة في الرجال أنهم في غالبية حالهم أقوى أبدانا وأرجح رأيا وتدييرا³⁰⁴، ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يتولى النساء الولايات العامة فقال: "لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة"³⁰⁵. وما ذكر هنا هو ما أكدته علم النفس، إذ جاء في الدراسة التي قام بها العالمين النفسانيين ماو و ماجون (Maw and Magoon) سنة 1971 أن الذكور أكثر إحساسا بالمسؤولية عن الإناث، كما

³⁰⁰ - انظر، عبد الرحمن الثعالبي، تفسير الثعالبي، حققه علي عوض وعادل عبد الموجود عبد الفتاح أبو سنة، ج.2، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997، ص.30.

³⁰¹ - انظر، محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي، ج.4، ط.1، أخبار اليوم، مصر، 1991، ص.2201.

³⁰² - سورة النساء، الآية.34.

³⁰³ - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.3، كتاب الجهاد، باب في القوم يسافرون يؤمرون أحدهم، ر.ح.2608 و2609، ص.58 و59. قال الألباني على إسناد الحديث: وهذا إسناد حسن. (محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج.3، ر.ح.1322، ص.314).

³⁰⁴ - محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، 186.

³⁰⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب المغازي، باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى كسرى وقيصر، ر.ح.4425، ص.533.

أكدت الدراسة التي قام بها العالم النفساني ديتز (Deitz) سنة 1972 على أن الذكور أكثر تفضيلاً للمسؤولية الاجتماعية عن الإناث³⁰⁶.

المشروع الجزائري تطرق إلى القوامة في المادة 39 منقلاً قبل التعديل إذ كانت تنص في فقرتها الأولى على أنه: "يجب على الزوجة: طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة"، لكن المشروع بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة ألغى المادة 39، فنصت المادة 18 من الأمر 02/05 أنه: "تلغى المواد 12 و 20 و 38 و 39 و 63 من القانون رقم 11/84...".

تضاربت الآراء الفقهية هنا بين من يرى أن الإلغاء يدل على المنع وبين من يرى أن الإلغاء يدل على الإحالة إلى المادة 222 من ق.أ.³⁰⁷، والأصح أن يقال أن الإلغاء هنا يدل على المنع، لأن المادة 1/2 من ق.م تنص على أنه: "لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء"، ولقد تم النص صراحة على إلغاء المادة 39 من ق.أ. بموجب الأمر 02/05 والذي عدل القانون 11/84.

وبتالي يمكن القول أن المشروع الجزائري لا يرى للرجل قوامة على المرأة، وليس بالأمر الغريب إذا عرفنا أن المادة 16 من اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة تنص في فقرتها (ج) على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة: ... نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج...".

³⁰⁶ - انظر، رشاد علي عبد العزيز موسى، سكولوجية الفروق بين الجنسين، ط.2، مؤسسة المختار، القاهرة، 1998، ص.358 و359.

³⁰⁷ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.60.

وبإلغاء المادة 39 من ق.أ صار للمرأة قانوناً أن تتعامل مع الرجل معاملة الند للند، ولكن يطرح السؤال هنا عن ما هي المصلحة المتوخاة من نزع القوامة؟ فهل المصلحة تكمن في نزع السيطرة الرجولية على الأسرة؟ لكن كان من المفروض لما أُلغى حق الطاعة الواجبة على المرأة لزوجها أن لا يكلفه بالإنفاق، لأن الإنفاق تابع للقوامة وأثر من آثارها، فالطاعة للزوج حق تقرر القوامة والإنفاق واجب عليه، فنزع الحق يقتضي نفي الواجب³⁰⁸.

الفرع الثاني:

المصلحة حول الضابط للعشرة الحسنة بين الزوجين

تنص المادة 3 منق.أعلى أنه: "تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن العشرة..." وهذا مصداقاً لقول الله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ} قال القرطبي: "العشرة المخالطة والممازجة"³⁰⁹، وبالتالي، فإن العشرة تنصب أساساً على أمرين: أولاهما العلاقة الجنسية (أولاً)؛ وثانيهما المعاملة الحسنة (ثانياً).

أولاً: ضابط العشرة الحسنة في العلاقة الجنسية:

من مصالح الزواج الأساسية شرعاً وقانوناً صرف الرغبات الجنسية في مسلكها المناسب وبالكيفية الصحيحة، قال صلى الله عليه وسلم: "يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة

³⁰⁸ - محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2005، ص.35.

³⁰⁹ - محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج.6، المرجع السابق، ص.159.

فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحفظ للفرج...³¹⁰، وقال الله تعالى: {نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ}³¹¹، وقال تعالى أيضا {وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٰ هُوَ أَذَىٰ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَظْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ}³¹². ولقد اهتم الشرع بهذا الجانب لأن الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها، بل قد ذهب العالم النفساني سيجمون فرويد إلى أنها المؤثر الأول في الحياة البشرية، وأن جوانب النشاط الإنساني تتأثر بها وتدور حولها، فإن لم يكن ثمة ما يشبع هذه الغريزة تحولت حياة الإنسان إلى جحيم لا يطاق، وانتابته كثير من الاضطرابات والمقلقات³¹³.

أول ما يصادف الزوجان في علاقتهما الجنسية مشكلة العذرية أو البكارة، والمشكلة في هذا الأمر تضخيم أمره في مجتمعنا الشرقي بصفة عامة وفي الجزائر بصفة خاصة، مما أدى إلى انفكاك كثير من الأسرة المنشأة حديثا³¹⁴، بل قد صارت العادة في بعض المناطق أن تجري المقابلة على الزواج فحص العذرية طلبه الزوج أو لم يطلبه، كل ذلك لتوقي التهمة فيما بعد.

وأمام هذا الوضع المستفحل صار لزاما على رجال القانون ورجال الشريعة على حد سواء أن يضعوا الإطار القانوني والفقهني لهذه المسألة لإعادتها لوضعها الطبيعي المناسب. من الجانب القانوني نجد أحد القرارات القضائية واضحة في مسألة فحص العذرية إذ جاء في القرار المؤرخ في 02 أكتوبر 1989 أنه: "من المقرر شرعا أنه لا يجوز كشف فرج المرأة لأي رجل ولو كان

³¹⁰ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب من لم يستطع الباءة فليصم، ر.ح.5066، ص.631؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه، ووجد مؤنته، واشتغال من عجز عن المؤن بالصوم، ر.ح.1400، ص.434.

³¹¹ - سورة البقرة، الآية.223.

³¹² - سورة البقرة، الآية.222.

³¹³ - انظر، محمد محمد جاد، الإسلام والعلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة، ط.1، دار النجاح للطباعة، القاهرة، 1979، ص.17.

³¹⁴ - انظر، حميد زناز، العربي المسلم أنا أفضل إذن أنا موجود، ط.1، دار محمد علي الحامي، 2008، ص.50.

طبيياً، ولا يجوز كشفه حتى للنساء إلا في حالة الضرورة القصوى وبموافقة المرأة المراد الكشف عنها باعتبارها مؤتمنة على فرجها ومن المقرر أيضاً أن المرأة الحرة لا تكشف وكل ما تقوله عن فرجها مصدقة فيه شرعاً بعد أن تزكي ذلك، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفة للشريعة الإسلامية³¹⁵.

اختلف فقهاء الشريعة في مسألة فحص العذرية فمن أجازها رأى في ذلك ضرورة لدفع التهمة عن نفسها، ومن منعه اعتمد على حرمة الاضطلاع على العورة المغلظة وكون المرأة مؤتمنة على فرجها³¹⁶. والراجح أن يقال أن الأصل في الإبضاع التحريم³¹⁷، ويطلق البضع على ثلاثة أمور: الفرج والوطء والنكاح³¹⁸، ودليل عموم تحريم الاضطلاع على الفروج قوله تعالى: {وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ}³¹⁹، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله"³²⁰، وكلمة الله هنا الزواج فلا يحل ما حرم من فرج المرأة نظراً أو لمسا أو وطأً إلا بالزواج، و الحرمة لا ترفع إلا بضرورة لقوله تعالى: {وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ}³²¹، والضرورة في هذه الحالة غير متوفرة الشروط لأن التهمة من الزوج ظنية³²² غير يقينية فيمكن أن لا يتهمها، كما أنه يمكن دفع التهمة بتوعية الزوج لا بإسكاته بفحص قد يحدث التلاعب فيه.

³¹⁵ - قرار، م.ع، غ.أش، 1989/10/02، ملف رقم.55116، م.ق، 1991، ع.1، ص.33.

³¹⁶ - انظر، علي بن قطان الفاسي، أحكام النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، ط.1، دار العلم، دمشق، 2012، ص.452.

³¹⁷ - أنظر، زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980، ص.67.

³¹⁸ - أنظر، سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010، ص.106.

³¹⁹ - سورة المؤمنون، الآية.5.

³²⁰ - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، ر.ح.2218، ص.380.

³²¹ - سورة الأنعام، الآية.119.

³²² - سعد الشثري، المرجع السابق، ص.72.

و البكارة عدم وجودها في المرأة لا يعتبر عيبا يبطل عقد الزواج عند جمهور الفقهاء³²³، لأنه لا يدل أن المرأة ارتكبت الفاحشة بصفة قطعية فقد تزول البكارة بغير الزنا، قال الشيخ مقبل بن هادي الوادعي: ".فالشخص إذا تزوج بامرأة وهي بكر ثم لم يجدها بكرا فهو بين أمور ينبغي إن كان فقيها ويستطيع أن يضبط نفسه ويلتمس لها المعاذير فذلك؛ وإلا فالواجب عليه أن يسترها والنبي صلى الله وعلى آله وسلم يقول: (من ستر مسلما ستره الله)، وحرام عليه حرام عليه أن يشيع بين الناس أنها قد أزيلت بكارتها، لأن إزالة البكارة يجوز أن تكون لسبب آخر غير الزنا..."³²⁴. ونقل ابن قدامة عن: "الحسن والشعي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء، العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض و التعنس و الحمل الثقيل"³²⁵. واشترط بعض الحنابلة على الزوج حتى يفسخ عقد الزواج بسبب عدم البكارة أن يشترطها في عقد الزواج³²⁶، وهذا ما أخذ به الاجتهاد القضائي في الجزائر إذ جاء في القرار 11 فبراير 2009 أنه: " حيث لا يتبين من وقائع الدعوى و لا من أوراق الملف ما يفيد اشتراط البكارة في عقد الزواج طبقا لما توجبه أحكام المادة 19 من ق أ، و من ثم فإن قضاة الموضوع بمجلس قضاء قالمة لما حملوا الطاعنة مسؤولية الطلاق وحرمانها من التعويض المترتب عنه يكونون قد خالفوا القانون وجانبو الصواب..."³²⁷.

وأمام هذا الوضع قد تقدم المرأة المقبلة على الزوج بعدما فقدت عذريتها إلى رتقها فرارا من العار، وهنا يجب التفريق بين من فقدت عذريتها لزنا تلبست به و بين من فقدت عذريتها لحادث

³²³ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة، المرجع السابق، ص 204.

³²⁴ - انظر، مقبل بن هادي الوادعي، فتاوى المرأة المسلمة، ط.1، دار الحديث للعلوم الشرعية، اليمن، 1426هـ، ص.191.

³²⁵ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.451.

³²⁶ - انظر، محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ط. 27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص

107.

³²⁷ - قرار، م.ع، غ. أ. ش، 2009/02/11، ملف رقم. 480264، م.م.ع، ع.1، 2009، ص. 283.

أصاها أو خلقة ولدت بها³²⁸. أما فيما يخص من فقدت عذريتها لزنا، فهنا مصليحتين متعارضتين أولاهما مصلحة خاصة تتمثل في التستر على المرأة خاصة إذا تأكد توبتها، والمصلحة الثانية مصلحة عامة إذ أن رتق بكارة الزانية يشيع الفاحشة في المجتمع، إذ تصبح النساء أكثر جرأة لارتكاب فاحشة الزنا ذلك أن لها دفع العار بمجرد عملية بسيطة وإن عظمت التكاليف، والمصلحة العامة المتمثلة في عدم إشاعة الفاحشة وتحلل المجتمع أولى بالاعتبار من المصلحة الخاصة المتمثلة في التستر على الزانية.

أما فيما يخص من فقدت غشاء بكارتها بغير الزنا، فاختلف في حكمه فهناك من منعه، قال هشام بن سيد بن حداد: "يستطيع الطبيب معرفة تمزق البكارة عن حادث بسهولة حيث يكون التمزق في هذه الحالة حديثا مصحوبا بكدمات وإصابات أخرى بمنطقة الفرج وما حولها، وعلى الطبيب في هذه الحالة أن يقوم بخياطة الجروح الناتجة عن ذلك الحادث وإيقاف أي نزيف إن وجد مع ترك غشاء البكارة على حاله ثم يعطي أهل الفتاة شهادة طبية موثقة حسب الأصول الشرعية ومعتمدة منه ومن المستشفى الذي يعمل فيه تفيد سبب تمزق البكارة وفي ذلك تبرئة شرعية للفتاة لدى المجتمع" ثم يزيد قائلا: " إن رتق غشاء البكارة في هذه الحالة ليس في مصلحة الفتاة ولا في مصلحة الأهل إذ يمكن أن يكتشف الزوج الحقيقة بسبب أو بأخر فيدخل في روعه أنه تدليس عليه وتغريب به، ولا يمكنه السكوت حينئذ فتحدث مشاكل اجتماعية واسعة فيكون فضيحة لا مبرر لها

³²⁸ - من الجانب الطبي فإن حالة غشاء البكارة ولو كان سليما لا يثبت بتاتا أن المرأة لم يكن لها نشاط جنسي سابق، فحسب بعض الدراسات فإن 40 بالمائة من النساء لا ينزفن في أول جماع. (انظر، بيرجيتا إستن و أنا بلومكفيسست و لوتي هيلستروم و سارة جونسدوتر، خبرة المهنيين السويديين العاملين في مجال الصحة واستجاباتهم للمريضات اللاتي يطلبن إستعادة العذرية، ترجمة: شهرة العالم، مجلة قضايا الصحة الإنجابية النسخة العربية- العنف ضد المرأة-، ع.20، نوفمبر 2015، ص.97).

سببها رتق الغشاء في الماضي، بل وربما يفتح الرتق مجالا للشائعة تطارد الفتاة وتقض مضجعها³²⁹.

وهناك من أجاز الرتق بقيود يقول جيلالي تشوار: " .. فمن فقدت عذريتها بسبب خارج عن الوطاء، لا مانع من أن تلجأ إلى العملية التي نحن بصدددها. فمصلحة إصلاح غشاء البكارة هنا تفوق بكثير آثاره السلبية إن وجدت.."³³⁰. وفي هذا الكلام نظر من وجوه أهمها في كيفية إثبات هل فقدان العذرية لزنا أو لغيره خاصة إذا طالّت المدة هذا من جهة، و هل الواجب مدهنة الجهل بالمدارة أو بإزالته بالتوعية وهذا من جهة أخرى؟ الجهل بالحكم الشرعي المتمثل في أن من ذهبت بكارتها بغير الزنا في حكم البكر³³¹ عيب في الجاهل لا فيمن ذهبت بكارتها بسبب خارج عن إرادتها، فالعيب فيه لا فيها.

أما بالنسبة للعجز الجنسي، فقد جاء في القرار 19 نوفمبر 1984 أنه: " متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي، وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلاها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية"³³².

والجدير بالذكر هنا أن القضاء الجزائري قد أشار إلى حالة إخفاء الزوج عجزه الجنسي عن زوجته وذلك في القرار 09 فبراير 1966 بنصه: "أن الغلط في صفة من

³²⁹ - انظر، هشام بن سيد بن حداد، الغارة على رتق غشاء البكارة، ط.1، مكتبة الدعوة بالأزهر، مصر، 1996، ص.53.

³³⁰ - انظر، جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري و التغيير الجنسي نمودجا، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008، ع.6، ص.64.

³³¹ - عبد الله بن قدامة، المعنى، المرجع السابق، ج.9، ص.411.

³³² - قرار، م.ع، غ. أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم. 34784، م. ق، ع. 3، 1989، ص.73.

الصفات الأساسية للشخص يمكن أن يشوب الإرادة في مجال عقد الزواج كما هو الحال عند إخفاء الزوج أو سكوته عن عجزه الجنسي حين العقد.³³³

وأما فيما يتعلق بالعيوب المتعلقة بالفرج والتي تجيز التفريق، فقد ذهب الأحناف إلى أن التفريق حق للزوجة و ليس للزوج إلا حق الطلاق³³⁴، وقال الجمهور التفريق حق لكليهما، فإن كان العيب في المرأة فلا صداق لها عند المالكية حصل الدخول أو لم يحصل لأنها دلست عليه، وإن كان الولي عالماً به رجع الزوج عليه بالصداق³³⁵، أما الشافعية فقالوا لها صداق المثل إن دخل بها وترد إليه الباقي³³⁶.

والعيوب عندهم اثني عشرة عيباً أربعة يشترك فيها الزوجين، وخمسة تخص المرأة وثلاثة تخص الرجل، فإما ما اشتركا فيه فعيب العذيمة و الجنون و الجذام و البرص، وأما ما خصت به المرأة فعيب بخر الفرج والإفضاء و العفل و القرن و الرتق، وأما ما خص به الرجل فعيب الجب و الخصاء و العنة³³⁷، وزاد بعض المالكية الاعتراض³³⁸.

ومن الأمور المشينة التي يمارسها بعض الأزواج في ممارساتهم الجنسية وطء الزوجة في دبرها³³⁹، وهذا الأمر يجيز لها التفريق إذ يعتبر ضرراً يوجب التطليق شرعاً³⁴⁰.

ويطرح السؤال هنا في حالة امتناع أحد الزوجين عن مضاجعة الآخر هل يلزم قانوناً بذلك؟ والجواب على هذا السؤال أن المشرع الجزائري جعل من بين أهداف الزواج إحسان الزوجين، ورتب على نشوز أحد الزوجين جواز طلب الطلاق من

³³³ - قرار، م.أ، غ.ق.خ، 19/02/1966، م.ج.ع.ع. 4، 1968، ص. 1220.

³³⁴ - انظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج. 7، ص. 516.

³³⁵ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 51.

³³⁶ - انظر، سليمان البحريني، البحريني على الخطيب، ج. 4، ط. 1، دار الكتب العالمية، بيروت، 1996، ص. 181.

³³⁷ - شرح المفردات: العذيمة هي خروج الغائط عند الجماع؛ بخر الفرج نتائجه؛ الإفضاء: اختلاط مسلك البول و الذكر؛ العفل: رغوّه تحدث في الفرج عند الجماع؛ القرن: شئ يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة؛ و الرتق: انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع؛ الجب: هو قطع الذكر و الخصيتين؛ و الخصاء: هو قطع الذكر دون الخصيتين؛ العنة: هو صغر الذكر جداً؛ الاعتراض هو عدم انتشار الذكر.

³³⁸ - انظر، عبد الرحمن البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط. 4، دار الفكر، بيروت، د. س، ص. 142.

³³⁹ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص. 138.

³⁴⁰ - أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص. 88.

الطرف المتضرر وتعويضه، وجعل أقصى ما يجوز للزوج أن يهجر زوجته في المضجع أربعة أشهر فإن رجع وإلا جاز لها طلب التطلق، ولم يجعل للمرأة حدا زمنيا يجوز لها فيه أن تنشر عن زوجها، فإذا أخذنا بظاهر المادة 55 من ق.أ. يمكن القول أنه بمجرد نشوز الزوجة يمكن للزوج طلب الطلاق مع التعويض إذ تنص المادة على أنه: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق... هذا إذا تم اعتبار أن المادة 3/53 منق.أ.تخصص المادة 55 من ق.أ.

ثانيا: ضابط العشرة الحسنة بين الزوجين:

يجري الحديث هنا عن خدمة المرأة زوجها داخل البيت من طبخ وغسل لملابسه وكنس وتنظيف لبيته هل هو واجب تسأل عنه قضاء وتلزم به أم هو تفضل منها لا تسأل عنه قانونا؟ وهل للزوج أن يمنع زوجته من العمل خارج البيت؟ ويجري الحديث أيضا عن كل عمل - عدى ما يتعلق بالنفقة - صادر عن أحد الزوجين ويضر بالطرف الآخر.

اختلف فقهاء الشريعة في خدمة المرأة زوجها فمنهم من أوجب عليها، وهو مذهب أبي حنيفة ومشهور مذهب مالك على تفصيل في المسألة³⁴¹، وخالفهم الحنابلة والشافعية وأهل الظاهر³⁴²، قال محمد الدسوقي المالكي: "فإن لم تكن أهلا للإلحاح أو كانت أهلا و الزوج فقير (فعلينا الخدمة الباطنة) ولو غنية ذات قدر (من عجن و كنس وفرش) وطبخ له لا لضيوفه فيما يظهر واستقاء ماء جرت به العادة وغسل ثيابه"³⁴³. وخالف في ذلك الحنابلة، قال عبد الله بن قدامة الحنبلي: "وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن و الخبز و الطبخ وأشباهه نص عليه الإمام أحمد..."³⁴⁴.

وأدلة الوجوب كثيرة، منها أن فاطمة رضي الله عنها شكت إلى أبيها صلى الله عليه وسلم ما تلقى من الرحى في يديها وسألته خادما فقال لها: "ألا أحبرك ما هو خير منه، تسبحين الله عند

³⁴¹ - انظر، عبد الحميد الكرابي، خدمة المرأة زوجها (دراسة فقهية ووقفات تربوية)، ط.1، مكتبة الملك فهد، الرياض، 1425هـ، ص.33.

³⁴² - انظر، محمد بن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج.5، ط.3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1998، ص.170.

³⁴³ - محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.511.

³⁴⁴ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.10، ص.225.

منامك ثلاثا و ثلاثين وتحمدين الله ثلاثا و ثلاثين، و تكبرين الله أربعاً و ثلاثين³⁴⁵ فلم يسقط عنها الخدمة، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "و المرأة راعية في بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم"³⁴⁶. قال أحمد العسقلاني: "رعاية المرأة تدير أمر البيت والأولاد والخدم والنصيحة للزوج في ذلك"³⁴⁷. ومن القواعد الفقهية الكبرى للشريعة الإسلامية أن "العادة محكمة"، أي أن العرف ملزم شرعا إذا كان مضطردا غير مخالف للشرع³⁴⁸، وقد تعارف الناس أن خدمة المرأة في بيتها لازمة، قال ابن قدامة: "الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به، لأنه العادة، ولا تصلح الحال إلا به، ولا تنتظم المعيشة بدونه"³⁴⁹.

وأحسن ما قيل في المسألة ما جاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء أن: "الواجب من عمل المرأة في بيت زوجها من طبخ وغسل ملابس وأوان وتنظيف بيت وفراش ونحو ذلك يختلف باختلاف طبقات الناس و ما جرى به عرفهم و عاداتهم..."³⁵⁰.

أما فيما يخص منع الزوج زوجته من العمل خارج البيت، فقد اتفق فقهاء الشريعة على أن للزوج أن يمنع زوجته من العمل خارج البيت ما لم تشترط عليه في عقد الزواج الإذن لها بالعمل³⁵¹، فإذا خالفت أمره في المنع، فهي في حكم الناشز، ويسقط حقها في النفقة³⁵².

³⁴⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الأطعمة، باب خدام المرأة، ر.ح.5362، ص.665؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الذكر والدعاء و التوبة والاستغفار، باب التسيح أول النهار وعند النوم، ر.ح.2727، ص.879.

³⁴⁶ - محمد البخاري، نفس المرجع، كتاب النكاح، باب المرأة راعية في بيت زوجها، ر.ح.5200، ص.646؛ مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عليهم، ر.ح.1828، ص.614.

³⁴⁷ - انظر، أحمد العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج.16، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005، ص.610.

³⁴⁸ - سعد الشري، المرجع السابق، ص.137.

³⁴⁹ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.10، ص.226.

³⁵⁰ - انظر، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب.أحمد الدويش، ج.19، ط.5، دار المؤيد، الرياض، 2003، ص.19.

³⁵¹ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.104.

³⁵² - انظر، عز الدين عبد الدايم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، ط.1، دار كردادة، الجزائر، 2011، ص.134.

وإذا رجعنا إلى قانون الأسرة، نجد المادة 19 منه تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ولاسيما شرط عدم التعدد وعمل المرأة...". وبمفهوم المخالفة إذا لم تشترط المرأة على الزوج العمل أمكن له منعها وإلا لم يكن لنص هذه المادة محل، إلا أنه وعلى الرغم مما ذكر هنا لا يمكن أن يمنع الزوج زوجته قضاء من العمل، ذلك لأن المادة 2/11(أ) من إتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة تنص على أنه: "توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ولضمان حقها الفعلي في العمل، تتخذ دول الأطراف التدابير المناسبة لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية مع فرض جزاءات على المخالفين". وهذا مع العلم أن الدولة الجزائرية صادقت على هذه الإتفاقية دون تحفظ على هذه المادة، والإتفاقية الدولية المصادق عليها تسمو على القانون كما هو معلوم دستوريا³⁵³.

أما فيما يخص الأعمال التي قد تصدر من أحد الزوجين وتضر بالآخر فكثيرة يصعب حصرها أبرزها السب والقذف والضرب والجرح والخيانة الزوجية.

فأما السب³⁵⁴ فهو في الشريعة لغةً الشتم³⁵⁵، وفي الاصطلاح كل كلام قبيح، فهو يشمل القذف وإلحاق النقص والإستخفاف³⁵⁶، فبين السب والقذف عموم

³⁵³ - تنص المادة 150 من الدستور الجزائري أنه : المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون".

³⁵⁴ - السب في الشريعة محرم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " سباب المسلم فسوق.. " قال ابن حجر: " قال إبراهيم الحربي: السباب أشد من السب، وهو أن يقول الرجل ما فيه وما ليس فيه يريد بذلك عيبه. وقال غيره: السباب هنا مثل القتال فيقتضي المفاعلة.."، وقال ابن حجر أيضا: " السب بالتشديد وأصله القطع وقيل مأخوذ من السبة وهي حلقة الدبر سمي الفاحش من القول بالفاحش من الجسد، فعلى الأول المراد قطع المسبوب وعلى الثاني المراد كشف عورته، لأن من شأن الساب إبداء عورة المسبوب"، وأحسن ما يقال هنا أن السب هو أن ينعت شخص شخصا بما يكره من النعوت والصفات في حضوره، فإن كان ذلك في غيبته فهي غيبة. (محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب خوف المؤمن

وخصوص، وعقوبة الساب - الذي لم يكن في سبه قذف كقوله لشخص يا حمار أو يا كلب - أن يؤدب في الشريعة³⁵⁷ كأن يضرب أقل من ثمانين جلدة أي دون الحد أو أن يجبس، ولم تفرق الشريعة هنا بين ما إذا كان السب بين متزوجين أو لا.

أما السب في القانون فقد عرفته المادة 297 من ق.ع على أنه: "يعد سباً كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيراً أو قدحاً لا ينطوي على إسناد أية واقعة"، وعلى هذا فلا يختلف تعريف السب في القانون عن السب في الشريعة كثيراً، الفرق أن القانون جعل السب كل إلصاق لعيب شائن بشخص ما دون أن يسند إليه واقعة معينة³⁵⁸. ولم يفرق القانون هنا أيضاً بين كون السب كان بين الزوجين أو كان بين غيرهما، وعلى هذا لم تختلف كل من الشريعة والقانون على تجريم السب باعتباره مساساً بكرامة الناس، ولا يختلف ما يقع بين الزوجين في هذا الشأن عن غيرهما لأن كرامة الإنسان لا بد أن تصان سواء داخل الأسرة أو خارجها.

أما القذف في اللغة من قذف المحصنة أي رماها بالزنا وأصل الكلمة الرمي بالحجارة³⁵⁹، وفي الاصطلاح الشرعي عند الأحناف والحنابلة الرمي بالزنا أما الشافعية فهو الرمي بالزنا في معرض التعبير³⁶⁰، وعند المالكية الرمي بالزنا أو اللواط أو النفي عن الأب والجد³⁶¹.

من أن يجبط عمله وهو لا يشعر، ر.ح.48، ص.15؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، باب بيان قول النبي صلى الله عليه وسلم: "سباب المسلم فسوق وقتاله كفر"، ر.ح.64، ص.35؛ أحمد بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج.1، ص.204 و162).

355 - إسماعيل الجوهري، الصحاح، المرجع السابق، ص.510.

356 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج.24، ص.133.

357 - محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ج.4، ص.330.

358 - انظر، مراد بن عودة حسكر، الحماية الجزائرية للزوجة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجزائية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2003/2004، ص.29.

359 - إسماعيل الجوهري، الصحاح في اللغة، المرجع السابق، ص.5923.

فرقت الشريعة الإسلامية هنا بين ما إذا كان القذف بين أشخاص عاديين وبين ما إذا كان بين الزوجين، ففيما يتعلق بالقذف الذي يكون بين الأشخاص العاديين قال الله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ} ³⁶². أما فيما يتعلق بالقذف الذي يكون بين الزوجين فقد قال الله تعالى فيه: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ...} ³⁶³.

والقذف شرعا سواء كان بين أشخاص عاديين أو كان بين الزوجين لا يتابع صاحبه أمام القضاء إلا إذا اشتكاه المقذوف الذي يمكن له أيضا أن يسقط العقوبة عن الجاني بالعفو عنه ولو رفع الأمر أمام القاضي ³⁶⁴، وأوجبت الشريعة في القذف الذي يكون بين الأشخاص العاديين الحد ثمانين جلدة على القاذف إلا إذا أتى بأربعة شهداء، وفي اشتراط دفع حد القذف عن الجاني أربعة شهداء مصلحة، قال بن العربي: " كثر الله عدد الشهود في الزنا على سائل الحقوق رغبة في الستر على الخلق وحقق كيفية الشهادة حتى ربط أن يقول رأيت ذلك منه في ذلك منها، أي المرود في المكحلة... " ³⁶⁵.

أما فيما يخص القذف الذي يكون بين الزوجين، فإن كان القاذف الزوج وجب عليه أن يلاعن، واختلف الفقهاء في حالة إذا أبي أن يلاعن، فالجمهور ذهبوا أنه يحد، وخالفهم الأحناف

³⁶⁰ - محمد أمين بن عابدين، حاشية بن عابدين، المرجع السابق، ج.6، ص.79؛ عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.12، ص.383؛ وانظر، يحيى بن أبي الخير العمري، البيان في مذهب الإمام الشافعي، إعتنى به قاسم محمد النوري، ج.12، ط.1، دار المنهاج، لبنان، 2000، ص.394.

³⁶¹ - انظر، المختار بن العربي الجزائري، المناهل الزلالية في شرح وأدلة الرسالة، ج.4، ط.1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2013، ص.1840.

³⁶² - سورة النور، الآية.4.

³⁶³ - سورة النور، الآية.6.

³⁶⁴ - محمد الأمين الشنقيطي، أطواء البيان، المرجع السابق، ج.6، ص.112 و114.

³⁶⁵ - محمد أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج.3، ص.343.

والراجح قول الجمهور³⁶⁶، أما إذا كان القذف من الزوجة فعليها أن تأتي بأربعة شهداء وإلا حدت³⁶⁷. والمصلحة في ذلك أن القذف الصادر من الزوج يمس بالدرجة الأولى النسب الشرعي، ونسبت الأبناء إلى آبائهم مرغوبة عند الآباء لذلك عاقب الله تعالى الأزواج إذا قذفوا زوجاتهم إما بنفي نسب الولد الذي يرغبونه أو بإقامة الحد الذي يرهبونه.

والقذف في القانون عرفته المادة 296 من ق.ع على أنه: "يعد قذفا كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعى عليها أو بإسنادها إليهم أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر حتى ولو تم ذلك على وجه التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الاسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة".

وتزيد المادة 2/298 من ق.ع على أنه: "ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية"، وتزيد الفقرة الثالثة من نفس المادة: "ويعاقب على القذف الموجه إلى شخص أو أكثر بسبب إنتمائهم إلى مجموعة عرقية أو مذهبية أو إلى دين معين...".

إذا فجريمة القذف في القانون الجزائري تتوفر عند إسناد واقعة محددة تستوجب المساس بشرف وإعتبار الأشخاص أو الهيئات أو وسمهم أنهم ينتمون إلى مجموعة عرقية أو مذهبية أو دينية³⁶⁸.

³⁶⁶ - محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج.15، ص.153.

³⁶⁷ - محمد الأمين الشنقيطي، أطواء البيان، نفس المرجع، ج.6، ص.99 و128.

³⁶⁸ - انظر، عبد المجيد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.110.

وهنا يكمن الفرق في أن الشريعة الإسلامية ضيقت من مفهوم القذف في أنه يمس بالعرض كنفى الأب أو الجد أو الإتهام بالزنى، أما القذف في القانون فأعم في أنه إسناد كل واقعة تمس بشرف الأشخاص. والإختلاف الآخر أن القانون لم يفرق بين القذف الذي يكون بين الزوجين من جهة، والقذف الذي يكون بين الأشخاص العاديين من جهة أخرى.

وأما الضرب والجرح فهما على العموم محرمان في الشريعة لأنهما من البغي والعدوان وقد نهى الله عنهما، قال تعالى: {وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ} ³⁶⁹، وقال تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ} ³⁷⁰.

ويدخل في ذلك ضرب الزوجة، فإن الله تعالى نهى عن إمساك المرأة للإضرار بها فمن باب أولى النهي عن ضربها قال تعالى: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأُمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سِرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ} ³⁷¹.

وأجيز الضرب في بعض صورته للمرأة الناشز دون غيرها وجعله الله آخر الحلول لا أولها، قال تعالى: {وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا} ³⁷²، والضرب المقصود هنا هو الضرب غير المبرح، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يجامعها في آخر اليوم" ³⁷³ وقال أيضا: "إذا ضرب أحدكم فليترك الوجه" ³⁷⁴.

³⁶⁹ - سورة المائدة، الآية. 87.

³⁷⁰ - سورة النحل، الآية. 90.

³⁷¹ - سورة البقرة، الآية. 231.

³⁷² - سورة النساء، الآية. 34.

³⁷³ - عند مسلم: "إلام يجلد أحدكم امرأته؟" وفي رواية: "جلد الأمة" وفي رواية أخرى "جلد العبد ولعله يضاجعها من آخر اليوم". (محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما يكره من ضرب النساء، ر.ح. 5204، ص. 647؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها، باب النار يدخلها الجبارون والجنة يدخلها الضعفاء، ر.ح. 2855، ص. 918).

³⁷⁴ - سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج. 4، كتاب الحدود، باب في ضرب الوجه في الحد، ر.ح. 4493، ص. 409.

وحتى في حالة النشوز ترك الضرب أفضل عند العلماء³⁷⁵ لما ثبت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: " ما ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً قط بيده ولا امرأة ولا خادماً إلا أن يجاهد في سبيل الله..."³⁷⁶، قال النووي فيه أن: "ضرب الزوجة والخادم والدابة وإن كان مباحاً للأدب فتركه أفضل"³⁷⁷.

والضرب والجرح في القانون الجزائري قد يكون مخالفة كما قد يكون جنحة وقد يكون جنائية، فيكون مخالفة إذا لم ينشأ عنه مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة خمسة عشرة يوماً، بشرط أن لا يكون هناك سبق إصرار أو ترصد أو حمل للسلاح³⁷⁸.

ويكون الضرب والجرح مخالفة كذلك إذا كان بغير قصد الجاني وكان ناتجاً عن رعونة أو عدم احتياط أو عدم انتباه أو إهمال أو عدم مراعاة النظم بشرط أن لا يترتب عنه عجز كلي عن العمل لمدة ثلاثة أشهر³⁷⁹. وفي هذه الحالة الأخيرة لا تتحرك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى الضحية، وكل ضرب وجرح مكيف أنه مخالفة يضع فيه صفح الضحية حداً للمتابعة الجزائية³⁸⁰.

³⁷⁵ - ثبت عن إلياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تضربوا إماء الله" فجاء عمر رضي الله عنه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ذترن النساء على أزواجهن فرخص في ضربهن فأطاف بال محمد صلى الله عليه وسلم نساء كثير يشكون أزواجهن، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لقد طاف بال محمد نساء كثير يشكون أزواجهن، ليس أولئك بخياركم"، قال الألباني: صحيح. (محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.3، كتاب النكاح، باب ضرب النساء، ر.ح.1985، ص.401؛ سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، باب في ضرب النساء، ر.ح.2145، ص.420؛ محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المرجع السابق، ج.1، ر.ح.7360، ص.1228).

³⁷⁶ - مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب الفضائل، باب مبادئه صلى الله عليه وسلم للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك محارمه، ر.ح.2328، ص.766.

³⁷⁷ - انظر، يحيى أبو زكرياء النووي، المنهاج شرح مسلم بن الحجاج، ج.5، ط.1، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1930، ص.84.

³⁷⁸ - المادة.1/442 من ق.ع.

³⁷⁹ - المادة.2/442 من ق.ع.

³⁸⁰ - المادة.5و4/442 من ق.ع.

والمصلحة المتوخاة من المشرع هنا واضحة، فهو بإعطاء المجني عليه الحق للمشاركة في مصار الدعوى العمومية يعطي فرصة أكبر لتسامح الأفراد كما يقلل الضغينة وينقص من عدد النزاعات أمام المحاكم.

والضرب والجرح قد يكون جنحة في حالتين، الأولى إذا نتج عنهما مرض أو عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشرة يوماً³⁸¹، والثانية إذا كان الضرب والجرح ناتجا عن رعونة أو عدم احتياط أدى إلى عجز كلي عن العمل لمدة ثلاثة أشهر³⁸²، وتتضاعف العقوبة هنا إذا كان مرتكب الجنحة في حالة سكر أو حاول التهرب من المسؤولية الجنائية أو المدنية التي يمكن أن تقع عليه وذلك بالفرار أو بتغيير حالة الأماكن أو بأية طريقة أخرى³⁸³.

والضرب والجرح قد يكون جناية إذا تعد الأمر إلى الممارسة أو التحريض أو الأمر بممارسة التعذيب³⁸⁴.

والضرب والجرح الذي يكون بين الزوجين خص له المشرع الجزئري نصوصا قانونية³⁸⁵، ولم يقتصر على تجريم الضرب والجرح فحسب بل اعتبر العنف النفسي أيضا جريمة يعاقب عليها، فالمشرع الجزائري قسم العنف الذي يكون بين الزوجين على العموم إلى قسمين وهما العنف البدني؛ والعنف النفسي اللفظي.

³⁸¹ - المادة 264 من ق.ع.

³⁸² - المادة 289 من ق.ع.

³⁸³ - المادة 290 من ق.ع.

³⁸⁴ - 263 مكرر 1/1 منق.ع.

³⁸⁵ - انظر، القانون رقم 19/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.71، والمؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

والعنف البدني عند المشرع الجزائري منه ما يعتبر جنحة؛ ومنه ما يعتبر جناية، فما يعتبر جنحة منه كل ضرب أو جرح لم ينشأ عنه أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق الخمسة عشرة يوماً، وكذا إذا نشأ عن الضرب والجرح عجز كلي عن العمل تزيد عن خمسة عشرة يوماً ويضع صفح الضحية هنا حدا للمتابعة الجزائية³⁸⁶.

والعنف البدني قد يعتبر جناية إذا نشأ عنه فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى³⁸⁷، ويخفف من العقوبة صفح الضحية³⁸⁸، كما يعتبر العنف البدني جناية إذا أدى إلى الوفاة³⁸⁹.

أما العنف النفسي فيعتبر جنحة وهو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية، ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية³⁹⁰.

وفي كل الأحوال لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملاً أو معاقة، أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح، ويثبت العنف الزوجي بكافة وسائل الإثبات، وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل زوجاً يقيم أو لا يقيم في نفس مسكن الضحية، كما تقوم إذا كان الفاعل زوجاً سابقاً، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة³⁹¹.

386 - المادة 266 مكرر/1 و2 و8 من ق.ع.

387 - المادة 266 مكرر/3 من ق.ع.

388 - العقوبة الأصلية السجن من عشر سنين إلى عشرين سنة وتخفف إلى السجن من خمس سنوات إلى عشر سنين. (

المادة 266 مكرر/9 منق.ع.)

389 - المادة 266 مكرر/9 منق.ع.

390 - المادة 266 مكرر/1 منق.ع.

391 - المادتين 266 مكرر ومكرر/1 منق.ع.

وإذا رجعنا إلى القضاء نجده يعتبر أن ضرب الزوجة من الأضرار المعتبرة شرعا المجيزة للتطليق³⁹²، وأنه لا يشترط في إثبات الضرب حكم جزائي على الزوج المعتدي بل يكفي إقراره³⁹³، إلا أن القضاء الجزائري ذهب إلى أن الشهادة الطبية لا يثبت بها الضرب، ذلك لأن الطبيب شخص واحد لم يشاهد الضرب بل يشهد بما يراه في الجسم من المضروب³⁹⁴.

والخلاصة مما ذكر أن القانون لا يعطي الحق البتة للزوج في ضرب زوجته تأديبا كان الضرب أو لا، فلها أن تباشر الدعوى العمومية ضده حتى لو كان الضرر الذي سببه لها نفسيا، ولم يفرق المشرع بين ما إذا كان الضحية الزوج أو الزوجة، يتضح ذلك من نصه في المادة 266 مكرر من ق.ع.على أنه: "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه.." فمصطلح "زوجه" يعم الرجل والمرأة، ولعل تشدد المشرع هنا الغرض منه فرض منطوق الإحترام بين الزوجين بحيث لو خرج أحدهما عن حدوده فسبب ضربا بالغير ولو نفسيا حق للمتضرر منهما مباشرة الدعوى العمومية، وهذه المصلحة على عموم مصلحة معتبرة لكن ليس على إطلاقها، فإنه قد يقع إستفزاز متعمد من أحدهما لدفع الآخر إلى العنف اللفظي أو البدني بقصد الإضرار وكثيرا ما تلجأ الزوجات إلى هذا الأمر كما هو واقع ومشاهد في المجتمع.

أما الخيانة الزوجية فتسمى في الشريعة زنى المحصن، ومعنى الزنى في اللغة والاصطلاح واحد، وهو وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك ولا شبهة³⁹⁵، أما المحصن فقد اتفق العلماء أنه الحر البالغ العاقل المتزوج بعقد صحيح حدث فيه الوطء³⁹⁶.

وفعل الزنى مجرم في الشريعة³⁹⁷، تختلف العقوبة فيه باختلاف إحصان الزاني من عدمه، فإن

كان الزاني أعزبا كانت عقوبته جلد مائة وتغريب عام خارج محل سكنه.

³⁹² - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2001/01/23، رقم القرار. 258555، م.ق، 2002، ص. 417.

³⁹³ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2000/06/20، رقم القرار. 245159، إجتهد القضائي، 2001، ع.خاص، ص. 259.

³⁹⁴ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 1984/12/03، رقم القرار. 34267، م.ق، 1990، ع. 1، ص. 79.

³⁹⁵ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج. 5، ص. 26.

³⁹⁶ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج. 5، ص. 1173.

³⁹⁷ - قال الله تعالى: {الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ}، سورة النور، الآية. 2.

أما إن كان الزاني محصنا كانت عقوبته جلد مائة ورجم بالحجارة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الثيب جلد مائة ثم الرجم، والبكر جلد مائة ثم نفي سنة"³⁹⁸، وعن جابر بن عبد الله الأنصاري أن رجلا من أسلم أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثه أنه زنى فشهد على نفسه أربع شهادات فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجم وكان قد أحصن³⁹⁹.

وتثبت جريمة الزنا في الشريعة كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "إذا قامة البينة أو كان الحبل أو الإعتراف"⁴⁰⁰.

والبينة المقصودة هنا شهادة أربع شهداء على واقعة الزنا، فيشهدون شهادة متفقة الوصف والظرف من حيث الكيف والزمان والمكان، فإن اختلفوا في شيء من ذلك جلدوا حد القذف جميعا.

قال الله تعالى: {لَوْ لَّا جَاءُوا عَلَيَّ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ}⁴⁰¹، وقال تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}⁴⁰².

الملاحظ مما ذكر أن الشريعة ضيقت من طرق إثبات جريمة الزنا على العموم حتى لا يكون العرض المصان أمرا سهل الخوض فيه بحيث لو ثبتت كان ذلك دليلا على المجاهرة بالمعصية، إذ لا يقدم على واقعة الزنا أمام شهادة أربعة نفر إلا مجاهر⁴⁰³.

³⁹⁸ - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب حد الزنا، ر.ح. 1690، ص. 560.

³⁹⁹ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب رجم المحصن، ر.ح. 6814، ص. 812.

⁴⁰⁰ - مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب الحدود، باب رجم الثيب الزاني، ر.ح. 1691، ص. 560.

⁴⁰¹ - سورة النور، الآية. 13.

⁴⁰² - سورة النور، الآية. 4.

⁴⁰³ - قال ابن العربي: "كثر الله عدد الشهود في الزنا على سائل الحقوق رغبة في الستر على الخلق وحقق كيفية الشهادة حتى ربط أن يقول رأيت ذلك منه في ذلك منها، أي المرود في المكحلة..."، محمد أبو بكر بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج. 3، ص. 343.

وشددت الشريعة عقوبة الزاني المحصن لأنه كما قال الجزيري: " عرف معنى الزوجية وقدر قيمة العدوان على العرض حق قدره فكان جزاءه الإعدام"⁴⁰⁴.

ومن الحكم الأخرى أن البكر لا منفذ له لافراغ شهوته، فكانت العقوبة بالنسبة له مخففة، أما المحصن الزاني فله منفذ لتفريغ شهوته فلذلك انتفى العذر⁴⁰⁵، والقاعدة أنه بانتفاء العذر يشدد الزجر، فاستحق بذلك الرجم⁴⁰⁶.

والمصلحة من رجم الزاني أو الزانية المحصنين أن الشريعة ترمي إلى إيجاد مجتمع صالح طاهر نقي من كل مظاهر الفساد والتي من أخطرها شيوع الفاحشة فيه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا بها إلا فشا فيهم الطاعون والأوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا"⁴⁰⁷، وهو المشاهد في الدول التي أعطت مجالا واسعا للحرية الجنسية، وبتزويج الواحد الذي لا يرجى صلاحه خير من أن يعم مرضه جميع البدن⁴⁰⁸.

والزاني المحصن الذي جازمه بجرمته بعد أن تزوج وخان الميثاق الغليظ⁴⁰⁹ حتى جاهر بالفاحشة اعتبرته الشريعة عضوا لا يرجى صلاحه قد يكون سببا لإشاعة الفاحشة إذا ما بقي فحكمت بإعدامه.

404 - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.5، ص.1173 و1174.

405 - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إذا أحدكم أعجبته المرأة، فوقع في قلبه، فليعمد إلى امرأته فليواقعها فإن ذلك يرد ما في نفسه". مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ندب من رأى امرأة فوقع في نفسه إلى أن يأتي امرأته أو جاريته فواقعها، ر.ح.1403، ص.435.

406 - قال عبد القادر عودة: " أما إذا تزوج فأحصن فقد حرصت الشريعة أن لا تجعل له بعد الإحصان سبيلا إلى الجريمة، فلم تجعل الزواج أبديا حتى لا يقع في الخطيئة أحد الزوجين إذا فسد ما بينهما، وأباح للزوجة أن تجعل العصمة في يدها وقت الزواج، كما أباحت لها أن تطلب الطلاق للغيبه والمرض والضرر والإعسار، وأباحت للزوج الطلاق في كل وقت وأحلت له أن يتزوج أكثر من واحدة على أن يعدل بينهن، وبهذا فتحت الشريعة للمحصن كل أبواب الحلال وأغلقت دونه باب الحرام، فكان عدلا وقد انقطعت الأسباب التي تدعو للجريمة من ناحية العقل والطبع أن تنقطع المعاذير التي تدعو إلى تخفيف العقاب، وأن يؤخذ بالعقوبة التي لا يصلح غيرها لمن استعصى على الإصلاح". انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج.1، ط.3، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2013، ص.635 و636.

407 - محمد ابن ماجة، المرجع السابق، ج.5، كتاب الفتن، باب العقوبات، ر.ح.4019، ص.490؛ أحمد الأصفهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج.8، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1996، ترجمة يزيد بن عبد الملك، ص.333؛ محمد بن عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج.4، كتاب الفتن و الملاحم، ر.ح.8688، ص.712؛ قال الألباني: حسن. (محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، المرجع السابق، ج.1، ر.ح.106، ص.216).

408 - انظر، محمد زين العابدين، إعجاز التشريع الإسلامي في توقيع العقوبة الجنائية، مجلة الإعجاز العلمي، ع.48، محرم 1437هـ، ص.13.

409 - سمي الله عقد الزواج ميثاقا غليظا، قال تعالى: { وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا }، سورة النساء، الآية.21.

قال الجزيري: "ولا ريب أنه جزاء يناسب هذه الجريمة مناسبة تامة، لأن العدوان على العرض بهذه الصورة الشنيعة كالعدوان على النفس، بل ربما فضل الغيور على عرضه قتله على الزنا بجليلة أو محرمة"⁴¹⁰.

قال ابن القيم: " وإنما شرع في حق الزاني المحصن القتل بالحجارة ليصل الألم إلى جميع بدنه حيث وصلت إليه اللذة بالحرام، ولأن تلك القتل أشنع القتل والداعي إلى الزنا داع قوي في الطباع، فجعلت غلظة هذه العقوبة في مقابلة قوة الداعي، ولأن في هذه العقوبة تذكيرا لعقوبة الله لقوم لوط بالرحم بالحجارة على ارتكاب الفاحشة"⁴¹¹.

أما الخيانة الزوجية، في القانون فيمكن تعريفها على أنها موقعة أحد الزوجين الوطء في القُبُل⁴¹² مع شخص آخر من غير جنسه⁴¹³، دون وجود عقد زواج آخر معه⁴¹⁴ أو وجود شبهة عقد أو وطء. نظم المشرع الجزائري جريمة الخيانة الزوجية في المادتين 339 و341 من ق.ع، في المادة الأولى عبر عن الخيانة الزوجية بمصطلح الزنا والتي اعتبرها جنحة يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى سنتين، وأنه يشترط أن يكون أحد أطراف الجريمة متزوجا وأن عقوبة الشريك ماثلة لعقوبة الفاعل الأصلي⁴¹⁵، وأن تحريك

⁴¹⁰ - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ج.5، ص.1173 و1147.

⁴¹¹ - انظر، محمد بن قيم الجوزية، كتاب الصلاة، تحقيق.عدنان البخاري، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1431هـ، ص.7.

⁴¹² - انظر، أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجنائي، ج.1، ط.14، دار هومة، 2012، ص.135.

⁴¹³ - يتضح ذلك من نص المادة 339 من ق.ع.فلما ذكرت الزوجة الزانية أوردت أنه: "وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب... بصيغة التذكير، وكذا لما ذكرت الزوج الزاني نصت على أنه: " وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته" بصيغة التأنيث.

⁴¹⁴ - تنص المادة 1/8 منق.أعلى أنه: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة..."

⁴¹⁵ - جاء في القرار القضائي الصادر عن المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20 مارس 1984 أنه: "إن جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة لأنها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد أحدهما فاعلا أصليا وهو الزوج الثاني ويعد الثاني شريكا وهو الخليل الذي يباشر مع الفاعل الأصلي العلاقة الجنسية، ولا تتحقق الجريمة إلا بمصون الوطء أو الجماع بين الرجل و خليلته أو بين المرأة و خليلها". (جيلالي بغدادي، الإجهاد القضائي في المواد الجزائية، ج.2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص.132).

الدعوى العمومية لا يكون إلا بناء على شكوى من الزوج الضحية، وأن صفح هذا الأخير يضع حدا للمتابعة القضائية⁴¹⁶.

أما المادة الثانية، فيبين فيها المشرع الطرق التي تثبت بها جريمة الخيانة الزوجية وهي ثلاثة وهي: حالة التلبس⁴¹⁷ المثبت بمحضر الضبطية القضائية؛ والإعتراف المكتوب في الرسائل والمستندات الصادرة عن المتهم؛ والإقرار القضائي⁴¹⁸.

الملاحظ من نص المادة الأولى أن المشرع قصر مصطلح الزنا على فعل المتزوج له، وبمفهوم المخالفة أن الزنا الواقع بين الأشخاص البالغين العزاب الخاليين من موانع الأهلية أو عوارضها مسموح به لهم إذا تم بالتراضي في نظر القانون ما لم يكن علنياً أو كان بين المحارم أو وقع الزنا ممن له سلطة على من وقع عليه الفعل، أو كان كان الزنا واقعا من شخصين من نفس الجنس⁴¹⁹.

وهناك ملاحظة أخرى وهي أنه جعل الزنا الواقع من أحد الزوجين لا يضر إلا بالزوج الآخر، والدليل أن المتابعة القضائية لا تكون إلا بناء على شكوى منه وأن صفحه يضع حدا للمتابعة القضائية. في حين أن هذه الجريمة البشعة لا تمس فقط الزوج المتضرر بل يمس كيان المجتمع كله، بل أن وقوع الفواحش في المجتمع أخطر من وقوع غيرها من المفاسد كالسرقة، فلو فرض أن الزوج كان ديوثا فلم يشتكي أو أن الزوجة كانت غير مبالية فلم تشتكي لكانت الجريمة مسموحاً بها إذ لا عقاب إلا بناء على شكوى من الزوج المتضرر.

⁴¹⁶ - المادة 2/339 و 3 من ق.ع.

⁴¹⁷ - التلبس: مشاهدة الشرطة القضائية للمتهمين و هما في وضع يدل دلالة قطعية على ارتكابهما فعل الزنا حقيقة وتحرير محضر بذلك في الحال. (نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.463).

⁴¹⁸ - المادة 341 من ق.ع.

⁴¹⁹ - المواد 333 و 334 و 335 و 336 و 337 و 337 مكرر و 338 منق.ع.

وهناك ملاحظة أخرى واردة على ماجاء به المشرع هنا وهي أن العقوبة على الخيانة الزوجية غير مشددة، فهي من سنة إلى سنتين في حين أن جنحة خيانة الأمانة قد تصل العقوبة فيها إلى ثلاثة سنوات، مع العلم أن الخيانة الواردة على العرض والشرف أبشع وأفزع من الخيانة الواردة على المال، والذي يتضح من نص المادة 339 من ق.ع أنها لا تنسجم مع المقومات والأخلاق التي ينبغي أن تصان في المجتمع الجزائري مما قد يؤدي إلى إشاعة الفاحشة والرذيلة فيه.

والفرق الشاسع بين الشريعة هنا والقانون الجزائري أن المصلحة المصانة في الشريعة هي المحافظة على الفضيلة والشرف في المجتمع وتطهيره من الرذيلة والفاحشة، بحيث لو اعتدى أحد على هذه القيمة لم يكن معتديا فقط على شخص واحد بل معتديا على حق الله تعالى. أما القانون وبالأخص القانون الجزائري فغاياته هي مصلحة الطرف المتضرر والذي قيده بالزوج أو الزوجة الذين تم خيانتهم، فغلب مصلحة خاصة على مصلحة عامة.

أما فيما يتعلق بطرق الإثبات الواردة في المادة 341 من ق.ع، فإنها توافق الشريعة في أمر واحد وهو الإقرار القضائي، فإن القانون في التلبس نص على أنه يشترط محضر ولو شهد على الواقعة ضابط قضائي واحد وحرر بموجبه المحضر وأمضاه، بل وزاد القضاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 20 مارس 1984 أنه حتى لو اعتمد المحضر على شهادة واحد فإذا اقتنع قضاة الموضوع بشهادته بأنه وقف على المتهمين حين ارتكاب الجريمة أو بعد حدوثها بقليل فإن اقتناعهم هذا لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى⁴²⁰.

الملاحظ هنا أن الشريعة شددت من طرق إثبات الجريمة وفي العقوبة المسلطة على من اقترفها، أما القانون فخفف من طرق إثبات الجريمة ومن العقوبة التي يتعرض لها الجاني، فأبيح السياستين التشريعتين أكثر صيانة للمجتمع وحفاظا على الفضيلة فيه؟

⁴²⁰ - وما ذكر في القرار الصادر بتاريخ 20 مارس 1984 أنه: "لا يشترط معاينة حصول الوطاء والجماع وإنما يكفي للعقاب مشاهدة الزاني والشريك في ظروف لا تترك مجالا للشك في أنهما قد باشرا معا العلاقة الجنسية". (جيلالي بغداددي، الإحتهاد القضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ج.3، ص.133.

بعد الحديث عن المصالح في الآثار غير المالية لعقد بين الزوجين كان لابد من التطرق إلى النسب كأثر غير مالي يربط بين الزوجين وبين ما نتج عن زواجهما من أطفال، وهذا ما سيتم البحث فيه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني:

المصالح غير المالية لآثار عقد الزواج في النسب

يشير هذا الموضوع نقاشا فقهيا كبيرا، ذلك أنه ما من مسألة أكثر حساسية وأعظم أثرا من مسألة النسب، إذ بتثبيت النسب يفرق بين الولد الشرعي وغيره، ذلك لأن لهذا التفريق أثرا فلا يكتسب الولد الحقوق الأسرية من ميراث أو نفقة أو حضانة إلا بثبوت النسب له.

ومما زاد الأمر خطورة وجود وسائل علمية حديثة تجعل من نسبية ولد ما بيولوجيا إلى شخص أو نفيها عنه أمرا مؤكدا. ومصصلحة الطفل هنا تكون بإثبات النسب له، إذ بثبوته يحمل لقب أبيه ويرثه ويكتسب جنسيته، إلا هذه المصلحة لا بد أن لا تتعارض مع المصلحة العامة، أي أن يكون إثبات النسب في حدود الإطار الاجتماعي والديني الذي لا يجوز المساس به من قبل الأفراد.

وهنا يطرح التساؤل عن كيفية الموازنة بين مصلحة الطفل في إثبات نسبه وبين سياج النظام العام التي تجعل هذا الإثبات في حدود معينة لا يتعداها؟ للإجابة على هذا التساؤل سيجري الكلام هنا عن مصلحة الطفل في إثبات النسب (الفرع الأول)؛ ونفيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصلحة الطفل في إثبات النسب

من المعلوم أنه إذا قامت الزوجية ولو بعقد فاسد أو بشبهة وطء تثبت نسبة الولد إلى أبيه تلقائيا ولم يحتج إلى دليل آخر لإثبات هذا النسب⁴²¹، وإذا انعدم وجود عقد الزواج

⁴²¹ -تنص المادة 40 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا لمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون"، والأجدر أن تصاغ هذه المادة على الشكل التالي:

الصحيح أو الفاسد أو شبهة الوطاء انتفت نسبة الولد إلى أبيه ولم يغني عن ذلك دليل آخر للقاعدة الواردة بالحديث أن: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"⁴²².

وإنما يتصور وجود النزاع في الإثبات هنا إذا كان الولد مجهول النسب، فهنا يلحق الولد لمن ادعاه بالإقرار (أولاً) أو بالطرق العلمية الحديثة (ثانياً) أو بالبينة (ثالثاً).

أولاً: تثبيت النسب بالإقرار وحكم ولد الزنا: تنص المادة 1/40 من ق أ

على أنه: "يثبت النسب بالإقرار"، و الإقرار في الاصطلاح إخبار الشخص عن ثبوت حق للغير على نفسه⁴²³.

ودليل اعتبار الإقرار وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ} ⁴²⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم على من زنت إمرأته "واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"⁴²⁵، ووجه الدلالة أنه لما اعتبر الإقرار دليلاً على الحدود - على خطورتها - اعتبر دليلاً على ما سواها من باب أولى.

و دليل اعتبار الإقرار من وسائل الإثبات في النسب بالخصوص قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام"⁴²⁶، فلو لم يكن الإقرار معتبراً

"يثبت النسب بالزواج الصحيح، و بالزواج الفاسد و بالإقرار و البينة و بالوطء بشبهة"، انظر، تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النص التشريعي والتنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.3، 2005، ص.7.

⁴²² - انظر، محمد أبو عبد الله البخاري، ط.1، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2008، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم الحديث.2053، ص.244.

⁴²³ - انظر، محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج.1، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982، ص.233

⁴²⁴ - سورة النساء، الآية.135.

⁴²⁵ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، ر.ح.2315، ص.273.

⁴²⁶ - محمد أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، كتاب المغازي، باب غزوة الطائف في شوال سنة ثمان قاله موسى بن عقبة، ر.ح.4327، ص.519.

لما أوجب هذا الجزاء الشديد، ذلك أن إدعاء نسب كاذب فيه خلط للأنساب وإفساد للأعراض واشتباه الحلال بالحرام وتسوية بين النكاح و السفاح.

و الإقرار عند المشرع الجزائري على نوعين :

-إقرار على النفس ؛

-إقرار على الغير .

ففيما يتعلق بالإقرار على النفس تنص المادة 44 من ق أ على أنه : " يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة "، يتضح من المادة أن الإقرار على النفس هو ذلك الإقرار الذي يحمل فيه المقر النسب على نفسه ، فإقرار الرجل أنه أب لولد ما أو إقرار هذا الأخير ببنوته لذلك الرجل أو إدعاء امرأة أنها أم لهذا الولد إقرار فيه تحميل النسب على النفس⁴²⁷ . وإشترط المشرع لثبوت النسب بالإقرار على النفس الشروط التالية :

-أن يكون الولد مجهول النسب، فإذا كان الولد معلوم النسب كأن يكون له أب فلا يصلح إقرار الغير هنا، لأن القاعدة أن النسب إذا ثبت لا ينفك بحال⁴²⁸ .
-و أن يكون إدعاء الأبوة أو الأمومة أو البنوة يصدقه العقل و العادة، كأن يكون الفارق بين سن الأب أو الأم و بين سن الولد مقبولا، فإذا ادعى شخص له عشرين سنة بنوة من له عشرة سنين إليه لم يقبل لاستحالة ذلك⁴²⁹ .
-إذا ادعى الولد بنوته لرجل فلا يصلح هذا الإقرار إلا بتصديق هذا الرجل له، فيكون ذلك إقرارا من هذا الرجل ببنوة هذا الولد⁴³⁰ .

⁴²⁷ - انظر ، صالح بوغرارة ، حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2007 ، ص 37.

⁴²⁸ -انظر ، ممدوح عزمي ، دعاوي ثبوت الزوجية و النسب و التبني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، د.س ، ص.71.

⁴²⁹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، ط.1، دار، الثقافة، الأردن، 2012، ص.488

⁴³⁰ -بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق، ص.489.

-وجود عقد نكاح صحيح أو بشبهة، سواء كانت الشبهة في العقد أو في الوطاء⁴³¹، لمن ادعى الأبوة أو البنوة لرجل، فإذا لم يوجد ذلك فلا يمكن أن ينسب ولد لرجل ما على الإطلاق⁴³².

وكثر التساؤل بين رجال القانون في حكم إلحاق ولد الزنا لمن ادعاه من غير فراش⁴³³، وتحرير المسألة أن العلماء اختلفوا بين مانع ومجيز، فمذهب الجمهور المنع، وهو مذهب جمهور الأحناف⁴³⁴، قال السرخسي: "أقر أنه زنا بامرأة وأن هذا الولد ابنه من الزنا وصدقته المرأة فإن النسب لا يثبت من واحد منهما.."⁴³⁵، ومذهب المالكية المنع أيضا قال في المدونة: "أرأيت لو أن رجلا قال: زنيته بهذه الأمة فجاءت بهذا الولد وهو مني فجلدته الحد مائة جلدة ثم اشترى الأمة وولدها أثبت نسبه منه ويعتق عليه في قول مالك أم لا؟ قال: لا يثبت نسبه منه ولا يعتق عليه عند مالك"⁴³⁶.

ومذهب الشافعية المنع أيضا، قال زكرياء الأنصاري: "ولد الزنا لا يستلق فلو استلحق لم يلحق"⁴³⁷، ومذهب المنع هو مذهب الحنابلة كذلك قال بن قدامة: "ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم: (الولد للفراش وللعاهر الحجر) لأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال"⁴³⁸، قال المرادوي في الإنصاف: "ونص الإمام أحمد رحمه

⁴³¹ - جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، المرجع السابق، ص.6.

⁴³² - انظر، رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3، ص.37.

⁴³³ - هذه المسألة مهمة جدا يجب التنبيه إليها.

⁴³⁴ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.5، ص.398.

⁴³⁵ - انظر، شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.17، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص.154.

⁴³⁶ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.2، ص.556.

⁴³⁷ - انظر، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج.3، مطبعة الحلبي، مصر، ص.20.

⁴³⁸ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.123.

الله فيها لا يلحقه"⁴³⁹. و مذهب الظاهرية المنع أيضا قال ابن حزم: " والولد يلحق في النكاح الصحيح والعقد الفاسد بالجاهل و لا يلحق بالعالم بفساده.." ⁴⁴⁰.

ومذهب جواز إلحاق ولد الزنا لمن ادعاه من غير فراش هو مذهب الحسن البصري وابن سيرين وإبراهيم النخعي وإسحاق بن راهويه وعروة بن الزبير وسليمان بن يسار ويروى عن أبي حنيفة أنه قال: " لا أرى بأسا إذا زنى الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها و يستر عليها والولد ولد له" ⁴⁴¹، و مذهب الجواز مذهب ابن تيمية ⁴⁴² و تلميذه ابن قيم الجوزية ⁴⁴³ وابن عثيمين ⁴⁴⁴ أيضا.

ودليل منع الجمهور عموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ⁴⁴⁵ ورد عليهم من ذهب إلى الجواز أن ذلك يكون في حالة التنازع في الولد فيلحق بأيهما ملك قرينة الفراش أما إذا لم يدعه إلا الزاني فالولد له ⁴⁴⁶.

والترجيح أن مذهب الجمهور في المنع أقوى لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "...وإن كان من أمة لم يملكها أو من حرة عاهر بها فإنه لا يلحق به ولا يرث وإن كان الذي يدعى له هو ادعاه فهو ولد زنية من حرة كان أو أمة" ⁴⁴⁷، قال ابن القيم: "فإن ثبت هذا الحديث تعين القول بموجبه" ⁴⁴⁸ وقد ثبت ⁴⁴⁹. ولذا جاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء: "الصحيح من

439 - علي المرادوي، الإنصاف، تحقيق. محمد الفقي، ج.6، ط.1، مطبعة السنة المحمدية، 1956، ص.269.

440 - علي بن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج.10، ص.322.

441 - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.123.

442 - انظر، زيد الغنم، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ج.9، ط.1، كنوز شبلييا، السعودية، 2009، ص.184.

443 - انظر، محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق. شعيب الأرنؤوط و عبد القادر الأرنؤوط، ج.5، ط.3، مؤسسة الرسالة،

1998، ص.382.

444 - انظر، محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، ج.12، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1428هـ، ص.127.

445 - محمد أبو عبد الله البخاري، ط.1، صحيح البخاري، دار ابن حزم، القاهرة، 2008، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، رقم الحديث. 2053، ص.244.

446 - انظر، محمد بن صالح العثيمين، شرح رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، ج.3، ط.1، مدار الوطن للنشر، الرياض، 1425هـ، ص.75.

447 - سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج.2، كتاب الطلاق، باب في ادعاء ولد الزنا، ر.ح. 2265،

ص.483. قال الألباني في الحديث: حسن. (محمد الألباني، المرجع السابق، ر.ح. 4549، ص.836؛ محمد الألباني، مشكاة المصابيح، المرجع

السابق، ج.2، ر.ح. 3318، ص.991)

448 - محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، المرجع السابق، ج.5، ص.384.

أقوال العلماء أن الولد لا يثبت نسبه للواطئ إلا إذا كان الوطاء مستندا إلى نكاح صحيح أو فاسد أو نكاح شبهة أو ملك يمين أو شبهة ملك يمين، فيثبت نسبه إلى الواطئ و يتوارثان أما إذا كان الوطاء زنا فلا يلحق الولد للزاني و لا يثبت نسبه إليه وعلى ذلك لا يرث⁴⁵⁰.

قال السرخسي في حالة لو ألحق ولد الزنا إلى من ادعاه من غير فراش أن "...فيه إشاعة الفاحشة"⁴⁵¹، وهذا المعنى أكد في هذا الزمان الذي ظهرت فيه الفواحش، فإن الإذن يزهّد الناس في الزواج خاصة مع ضعف الوازع الديني وعدم معاقبة الزاني أو الزانية إذا كانا بالغين أعزّيين قانونا، فليس لمن زنا وانجر على ما فعل ولد إلا أن يصحح الأمر بكل بساطة بإقرار منه بالولد الذي أتى به من الفجور.

والعجيب في الأمر هنا ما ورد في القضاء من أن الإقرار بالأبوة إذا كان فيه وطاء بالإكراه يثبت به النسب، إذ اعتبر الوطاء باكراه نكاح شبهة⁴⁵².

ومعلوم أن المعتصب زان فهو عاهر، و النبي صلى الله عليه وسلم ورد عنه نص صحيح الثبوت صريح الدلالة أن: "و للعاهر الحجر"، أي لا يحق أن ينسب ولده من العهر-أي الزنى-له. وأما فيما يتعلق بالإقرار على الغير تنص المادة 45 من ق.أ على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه"، أشارت المادة إلى أحد نوعي الإقرار، وهو الإقرار على الغير، وهو تحميل النسب على غير المقر⁴⁵³، كإدعاء الأخوة والعمومة

449 - علة الحديث واحدة وهي أنه من رواية محمد بن راشد الخزامي المكحولي، ولا تنزل رواية محمد بن راشد عن درجة الحسن. (علي بن عساكر، تاريخ دمشق، المرجع السابق، رقم الترجمة.6340، ص.4؛ انظر، أحمد محمد شاكر، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، ط.2، دار الكتب، لبنان، 1994، ص.141).

450 - فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، المرجع السابق، ج.20، ص.387.

451 - شمس الدين السرخسي، المسوط، المرجع السابق، ج.17، ص.154.

452 - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2011/05/12، ملف رقم.617374، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.294؛ و انظر أيضا، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2012/03/15، ملف رقم.734072، م.م.ع، 2013، ع.1، ص.124.

453 - انظر، نادية تياب، حق النسب و الحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.2008، 6، ص.162.

إلا أن الشرط فيه- بالإضافة إلى الشروط المذكورة في النوع الأول من الإقرار - أن يصدقه المقر عليه، الأب عند الإقرار بالأخوة، و الجد عند الإقرار بالعمومة⁴⁵⁴.

و يثور الإشكال في حالة ما إذا تنازع رجلان على الإدعاء بولد فقال كل واحد منهما هذا ابني، فهل يمكن اللجوء هنا إلى الطرق العلمية لإثبات النسب في الشرع و القانون؟

ثانيا: تثبيت النسب بالطرق العلمية:

يتم النظر هنا إلى حكم الشريعة في إثبات النسب بالطرق العلمية؛ ثم نتطرق إلى موقف القانون الجزائري منها.

دلت نصوص كثيرة في الشريعة على جواز إثبات النسب بالوسائل الحديثة، منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: " يا عائشة ألم تري أن مجزأ المدلجى - و كان قائفا - دخل علي فرأى أسامة بن زيد و زيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما و بدت أقدامهما فقال إن هذه الأقدام بعضهما من بعض "⁴⁵⁵، فدل هذا على جواز إثبات النسب بالقيافة.

وقد ثبت عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أن امرأة في عهده مات زوجها فاعتدت أربعة أشهر و عشرا ثم تزوجت فمكثت عند زوجها أربعة أشهر و نصف ثم ولدت فاستعان في إثبات النسب بأهل الخبرة من النساء⁴⁵⁶، وكذلك فعل لما تنازع رجلان في إدعاء ولد امرأة فاستعان بالقائف أولا ثم بأهل الخبرة من النساء ثانيا⁴⁵⁷.

فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم و فعل ثاني الخلفاء الراشدين على جواز إثبات النسب بالقيافة و بالاستعانة بأهل الخبرة بشؤون الولادة و النساء، و عليه لزم القول بجواز

⁴⁵⁴-صالح بوغرارة، المرجع السابق، ص.42.

⁴⁵⁵-أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب القائف، ر.ح.6771، ص.808.

⁴⁵⁶-مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2002، كتاب الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ر.ح.1414، ص.432.

⁴⁵⁷- مالك بن أنس، الموطأ، نفس المراجع، كتاب الأفضية، باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، ر.ح.1415، ص.432.

الاستعانة بأهل الخبرة من أهل الطب، وكذا بالوسائل العلمية المستحدثة في إثبات النسب، إلا أنه يشترط أن يكون الولد المراد تثبيت نسبه مجهول النسب. و دليل ذلك أن سعد بن أبي قاص و عبد بن زمعة اختصما في غلام عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال الأول: هذا ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه و انظر إلى شبهه؛ و قال عبد بن زمعة هذا أخي ولد على فراش أبي، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم للثاني⁴⁵⁸.

فدل الحديث على أمرين الأول أن استخدام القيافة أو الوسائل العلمية الحديثة لا يكون إلا لمجهول النسب، و الثاني أنه إذا نفت الوسائل العلمية نسب ولد و أثبتته الوسائل الشرعية التقليدية، كوجود عقد زواج صحيح، فتقدم الوسائل الشرعية التقليدية و يثبت النسب، و عليه فإن القاعدة في النسب أنه ما ثبت بالشرع لا ينفى إلا بالشرع.

وإذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجد المادة 2/40 من ق.أ تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فدل هذا على أن المشرع الجزائري أخذ بالقول الراجح الذي يذهب إلى جواز إثبات النسب بالوسائل العلمية الحديثة، لكن المشرع الجزائري لم يقيد استخدام الوسائل العلمية - لإثبات النسب - بأنها متعلقة بمجهول النسب، ويجدر التنبيه أن إثبات النسب الشرعي أي الانتساب إلى أب ما لا يكون إلا إذا وجد عقد نكاح صحيح أو شبهة. والملاحظة التي لا بد من ذكرها هنا أن القضاء الجزائري قد استقر قديماً⁴⁵⁹ على استبعاد الوسائل الحديثة لإثبات النسب⁴⁶⁰ حتى صدر القرار 05 مارس 2006. الذي نقض قرار مجلس قضاء مسيلة لاستبعاده طلب الاعتماد على البصمة الوراثية (ADN) كدليل علمي لإلحاق نسب الطفل إلى أبيه.

⁴⁵⁸ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب الفرائض، باب من ادعى أخوا أو ابن إخ، ر.ح. 6765، ص. 807.

⁴⁵⁹ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 15/05/1999، ملف رقم. 222674، م.ق، ع. 1، ص. 126.

⁴⁶⁰ - انظر، زبيري بن قويدر، القضاء بين التطور العلمي و التشريعي في مسألة إثبات النسب، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع. 2009، 8، ص. 68.

ومن عجيب هذا القرار أن ألحق الولد غير الشرعي إلى أبيه إذ جاء فيه أنه: "و لما كانت الخبرة العلمية ADN أثبتت أن هذا الطفل هو ابن المطعون ضده ومن صلبه بناء على العلاقة التي كنت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه و هو الطاعن ولا تختلط عليهم الأمور بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية وخاصة و أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية كذلك، ولما تبين في قضية الحال أن الولد هو من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة مع الطاعنة فإنه يلحق به"⁴⁶¹. ولا يعلم أن أحدا من المذاهب الفقهية المعتبرة قال بهذا، فإن إلحاق النسب كما هو معلوم في العلاقة غير الشرعية إنما يكون للأم لا للأب، ثم إن الدليل الشرعي أقوى من الدليل العلمي، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "و للعاهر الحجر"، مع أن سعد بن أبي وقاص أتى بدليل علمي محسوس واضح فقال: "هذا ابن أخي عهد إلي أنه ابنه و انظر إلى شبهه"⁴⁶²، و كان صورة طبق الأصل لعقبة أخو سعد.

ثالثاً: تثبيت النسب بالبينة:

تنص المادة 1/40 من ق أ على أنه: "يثبت النسب بالبينة .."، ودليل إعتبار البينة وسيلة من وسائل الإثبات في الشريعة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعي"⁴⁶³، فدل الحديث أن كل من ادعى حقاً له على الغير أن يلجأ في إثباته إلى البينة. والبينة في الشريعة شهادة الشهود⁴⁶⁴، والفرق بين البينة والإقرار، أن الإقرار إثبات حق الغير على النفس، أما البينة فإثبات حق النفس على الغير، و يشترط في الشهود العدالة لقول الله تعالى: {وَاسْتَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْ رِّجَالِكُمْ}⁴⁶⁵، فلما احتج إلى شرط عدالة الشهود في الأموال احتج إلى شرط عدالة الشهود في الأعراض والأنساب من باب أولى.

⁴⁶¹ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2006/03/05، رقم الملف 355180، م.م.ع، ع.ع، 1، 2006، ص.469 و ما بعدها .

⁴⁶² - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، كتاب البيوع، باب تفسير المشبهات، ر.ح.2053، ص.244.

⁴⁶³ - محمد الألباني، إرواء الغليل، ج.8، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989، ر.ح.2661، ص.279.

⁴⁶⁴ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص 484.

⁴⁶⁵ - سورة البقرة، الآية 282.

وذهب الأحناف إلى أن إثبات النسب لا يشترط فيه الذكورة، بل يكفي رجل وامرأتين⁴⁶⁶، وهذا الذي رجحه الأستاذ بلحاج العربي، فقال في معرض الحديث على إثبات النسب بالبينة: "والمراد بالبينة هي شهادة رجلين أو رجل و امرأتين"⁴⁶⁷. إلا أنه بالرجوع إلى القرارات القضائية نجد أن القضاء قد اشترط الذكورة، إذ جاء في القرار المؤرخ في 15 ديسمبر 1986 أن: "شهادة النساء تأتي في المرتبتين الثالثة و الرابعة من أنواع الشهادات الشرعية، ففي الثالثة شهادة امرأتين مع الرجل في المال وما يؤول إلى المال، والنوع الرابع تقبل شهادة امرأتين فيما لا يطلع عليه إلا النساء كما في الحيض"⁴⁶⁸.

وهذا الذي ذكره القضاء هو مقتضى مذهب المالكية، إذ النسب عندهم لا يثبت إلا بشاهدين عدلين ذكرين⁴⁶⁹.

الفرع الثاني: مصلحة الطفل و نفي النسب

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إثنان في الناس هما بهم كفر الطعن في النسب والنياحة على الميت"⁴⁷⁰، فدل الحديث على عموم حرمة الطعن في النسب، و هذا عين ما أكده حديث إختصاص عبد بن زمعة مع سعد بن أبي وقاص. وقد تقرر عند علماء الأصول أن ما دل القرآن و السنة على عموم تحريمه لا تخص بعض جزئياته منه بجلٍ إلا بالكتاب و السنة، واختلف هل يجوز أن يخص القياس عموم القرآن و السنة و الراجح -عندهم- عدم جواز ذلك⁴⁷¹، وعليه

⁴⁶⁶ -انظر، ناصر الإسلام الرمفوري، البنية في شرح الهداية، ج.5، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.459؛ وانظر كذلك، طفياني خديجة، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، كلية الحقوق و العلوم التجارية، بومرداس، ص.72.

⁴⁶⁷ -بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.490.

⁴⁶⁸ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1986/12/15، ملف رقم.43889، م.ق، ع.2، 1993، ص.37؛ وانظر أيضا، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم.53272، م.ق، ع.3، 1990، ص.82، انظر كذلك، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم.58224، م.ق، ع.4، 1991، ص.110.

⁴⁶⁹ - انظر، أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج.1، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص.178.

⁴⁷⁰ - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب إطلاق إسم الكفر على الطعن في النسب والنياحة على الميت، ر.ح.67، ص.36.

⁴⁷¹ -انظر، تاج الدين ابن الفركاح، شرح الورقات، ط.1، دار ابن حزم، القاهرة، 2009، ص.248.

فإن عموم تحريم الطعن بالنسب في القرآن و السنة لا يخص في بعض جزئياته إلاً بدليل من القرآن والسنة.

و نظرا لهذا لزم البحث فيما يصلح دليلا لنفي النسب، و ذلك بمراجعة الطرق التقليدية (أولاً)؛ والطرق الحديثة (ثانياً) في نفي النسب.

أولاً: نفي النسب بالطرق التقليدية:

ينحصر الكلام هنا على بيان نفي النسب بالطرق التقليدية في الشريعة؛ ونفي النسب بالطرق التقليدية في القانون الجزائري.

يخصص اللعان من عموم تحريم الطعن في النسب لقوله تعالى: {وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ} إلى قوله تعالى: {وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ} ⁴⁷². وثبت في الصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين رجل و امرأته فانتفى من ولدها ففرق بينهما و ألحق الولد بالمرأة ⁴⁷³. وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يدعى ولد الملاعنة لأبيه بل لأمه ⁴⁷⁴، فثبت جواز نفي النسب باللعان على الوجه الوارد في القرآن والسنة المطهرة فخص هذا عموم تحريم الطعن في النسب.

أما من الجانب القانوني، تنص المادة 41 من ق.أ: "ينسب الولد لأبيه متى ... لم ينفه بالطرق المشروعة"، لم يحدد المشرع في تقنين الأسرة المقصود بـ"الطرق المشروعة" التي يمكن للأب أن ينفي بها نسب ولده.

⁴⁷² - سورة النور، الآيات 7.8.9.

⁴⁷³ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 5315، ص 478

⁴⁷⁴ - انظر، سليمان أبوداودالسجستاني، سنن أبي داوود، ج.2، ط.1، دار بن حزم، بيروت، 1997، ر.ح. 2256، ص.478.

وبالتالي لزم علينا اللجوء إلى المادة 222 منق.أ التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية التي لم تقر إلا بطريقة وحيدة لنفي النسب و هي اللعان، وهذا ما يؤكد استقرار الاجتهاد القضائي على أنه لا ينفي النسب إلا باللعان⁴⁷⁵.

وينفي النسب في القانون الجزائري أيضا إذا ما عدم وجود عقد زواج صحيح أو بشبهة؛ وأستحال اللقاء بين الزوجين؛ أو كان الإنجاب خارج الآجال القانونية.

فعدم وجود عقد نكاح صحيح أو بشبهة ذكرته المادة 40 من ق.أ بنصها أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح... أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

وعليه، فإن أي علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تكون في إطار عقد نكاح ولو بشبهة⁴⁷⁶، ونتج عنها ولد فإن نسبته إلى أبيه تنتفي، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الجزائر⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ - قرار م.أ.غ.أ.ش، 1971/02/03، ن.ق.ع.1972، 2، ص. 37؛ وانظر، قرار م.أ.غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم.35326، م.ق.ع.1، 1990، ص.83؛ وانظر، قرار م.ع.غ.أ.ش، 2002/12/25، ملف رقم.296020، م.ق.ع.1، 2004، ص.28.

⁴⁷⁶ - الشبهة في النكاح عند الأحناف على ثلاثة أقسام:

شبهة قوية (أولا)، وهي شبهة المحلل؛ وشبهة ضعيفة (ثانيا) وهي شبهة الفعل؛ وشبهة لا قوة لها (ثالثا) وهي شبهة العقد. **أولا: شبهة المحلل:** وتسمى شبهة الملك أو شبهة الحل، وهي شبهة تمحو الجريمة (الزنا) وتسقط الحد، وهي تكون في حالة الدخول وتنازع المحل دليلا، دليل قوي محرم، ودليل ضعيف محلل، كمن وقع على أمة ابنه، فالأمة لست أمته، فيطبق عليه دليل الزنا، لكن الأمة أمة ابنه و قد جاء الحديث: "أنت و مالك لأبيك"، فهذه شبهة قوية، ومثاله كل نكاح جمهور الحنفية على فساده ويصححه غيرهم.

مثالها: شهادة عدلين فعدمها صحيح عند المالكية فاسد عند الأحناف، إلا أن المالكية يشترطون فقط الإعلان. **ثانيا: شبهة الفعل:** أو شبهة الإشتباه، وهي شبهة في نفس الشخص، يظن الحرام حلالا من غير دليل من الشرع، أو خبر من الناس إعتبر الشرع الأخذ به جائزا، كمن ظن أن المحرمات تحل، يعني لا يعلم أنه من أرضعته صارت كأمه، و من رضعت معه صارت كأخته.

وهذه الشبهة لا تمحو صفة الجريمة لكن يسقط الحد إذا ثبت العذر كأن يكون جديدا عهد بالدين. **ثالثا: شبهة العقد:** قال به أبو حنيفة وحده، قال ولو كان أحد المتعاقدين يعلم بفساد العقد، إلا أن جمهور الأحناف لا يعتبرونها، فهذه الشبهة لا تمحو الجريمة ولا تسقط الحد. انظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص.149.

⁴⁷⁷ - قرار م.أ.غ.أ.ش، 1984/10/08، ملف رقم.34137، م.ق.ع.1989، 4، ص.79؛ وانظر، قرار م.ع.غ.أ.ش، 1991/05/21، ملف رقم.74712، م.ق.ع.1994، 2، ص.56.

أما استحالة اللقاء بين الزوجين فأوردته المادة 41 من ق أ بنصها أنه: "ينسب الولد لأبيه... متى أمكن الإتصال ..."، فإذا كان الزوج مسجوناً أو في بلد آخر أو محبوباً أو خصياً فإن النسب ينتفي منه دون الحاجة إلى اللعان⁴⁷⁸.

وأما الإنجاب خارج الآجال القانونية لإثبات النسب فقد ذكرته المادة 42 من ق.أ بنصها أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر".، و المشكلة هنا أن المشرع لم يحدد المدة التي تحسب فيها هذه الآجال، فهل تحسب أدنى مدة الحمل الستة أشهر من وقت العقد أو من وقت الدخول، وهل تحسب أقصى مدة الحمل العشرة أشهر من يوم وقت الطلاق الفعلي أو من وقت الحكم به⁴⁷⁹؟

و المهم هنا أن المرأة إذا جاءت بالولد لأقل من الحد الأدنى للحمل أو جاءت به لأكثر من الحد الأقصى، فإن النسب ينتفي إلى أبيه⁴⁸⁰.

و السؤال هنا في حالة توافر كل شروط ثبوت النسب. كأن يولد الولد في إطار علاقة شرعية و أمكن الاتصال بين الزوجين و أنجب داخل الآجال القانونية المقررة لإثبات النسب، فهل يمكن أن ينفي هذا النسب؟

ثانياً: نفي النسب بالوسائل الحديثة:

الظاهر من نصوص الكتاب و السنة أنه لم يرد بهما نص يجيز نفي النسب بالطرق العلمية الحديثة، ولا يمكن الأخذ بالمصالح المرسله، لأن هذه الأخيرة تعتبر إذا لم يرد نص في القرآن والسنة على اعتبارها أو نفيها⁴⁸¹، فكيف و قد نص صراحة بالسنة على تحريم الطعن في النسب⁴⁸².

⁴⁷⁸ - بلحاج العربي ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، المرجع السابق، ص. 518

⁴⁷⁹ - زيري بن قويدر ، المرجع السابق ، ص. 64.

⁴⁸⁰ - قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 1990 /01/22 ، ملف رقم. 57756 ، م.ق.ع.2 ، 1992 ، ص. 71.

⁴⁸¹ - انظر، محمد تقيه، مصادر التشريع الإسلامي، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993، ص.150.

⁴⁸² - هذا عين ما أخذت به اللجنة الدائمة للإفتاء. (اللجنة الدائمة للإفتاء ، فتاوى اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، د.س، ج.20، ص.331).

والراجح في المسألة أن يقال أن اللجوء إلى الوسائل الحديثة هنا جائز إذا كان غايته إثبات نسب الولد و درأً مفسدة اللعان – إذا رضي الزوج به – فإن دلت الوسائل الحديثة على عدم ثبوت نسب الولد إلى أبيه لم يكن لأبيه إلا اللعان؛ فإن الوسائل الحديثة لا يصلح الاحتجاج بها – في الشريعة – لنفي النسب، ويجدر التنبيه هنا إلى ما ورد في القرار المؤرخ في 15 أكتوبر 2009 إذ جاء فيه أنه: "يجوز رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب"⁴⁸³.

ولا يمكن الأخذ بالوسائل الحديثة لنفي النسب في التقنين الأسري الجزائري لأن المادة 02/40 من ق.أ تنص على أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، فقيدت المادة اللجوء إلى الطرق العلمية على حالة إثبات النسب، وهذا رعاية لمصلحة الطفل. وآخر ما يقال في هذا الشأن أنه يجب الاحتراس في هذا الموضوع، فعلى فقهاء قانون الأسرة و كذا القضاة و قبلهما المشرع أن يكونوا في أتم الحذر، حتى لا يساوا بين النكاح و السفاح.

وقد أحسن المشرع الجزائري صنيعاً عندما مال إلى ما ذهبت إليه الشريعة من تساهلها في إثبات النسب حتى أثبتته مع الشك في الأنكحة الفاسدة ولو بوطء شبهة، إلا أنها تشددت غاية التشدد في نفي النسب فلم تفتح إلا باباً واحداً وهو اللعان، كل ذلك لتغليب مصلحة الطفل والمرأة والأعراض.

ويجب التنبيه هنا أن الولد غير الشرعي ضحية يجب أن تصان لا أن تعاقب على جريمة لم ترتكبها، فقد ثبت من قصة العامرية أنها اعترفت أنها حبلى من الزنا، فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم: "لا اذهبي حتى تلدي"، ثم عادت فقال: " اذهبي فارضيه حتى تفتطميه"، فأعطاه حق الحياة والرضاعة، ثم دفعه إلى رجل من المسلمين يكفله⁴⁸⁴، فضمن له حق الحياة و الرضاع و الرعاية كأبي طفل.

وبعد الحديث عن المصالح غير المالية في عقد الزواج وآثاره، لزم التطرق إلى المصالح غير المالية في الطلاق وآثاره وهذا ما سينظر إليه في الفصل الموالي.

⁴⁸³ – قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2009/10/15، ملف رقم.605592، م.ع.ع، 2010، ع.1، ص.245.

⁴⁸⁴ – مسلم بن الحجاج النيسابوري، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى، رقم الحديث.1695، ص.562.

الفصل الثاني:

المصالح غير المالية

في أحكام الطلاق وآثاره

الطلاق أمر مشروع نصت عليه الشريعة الإسلامية، قال تعالى: {فَإِنْ فَاعُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} ⁴⁸⁵، لكن الشريعة اشترطت الإحسان والمعروف في إيقاعه، قال تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} ⁴⁸⁶، وقال تعالى: {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} ⁴⁸⁷. وأباحت الشريعة الطلاق في بعض صورته إذا خيف عدم إقامة حدود الله في الزواج، قال تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} ⁴⁸⁸، إلا أن الناظر إلى واقع المجتمع الجزائري اليوم يرى أنه بعيد كل البعد عن الإحسان والمعروف فيما يتعلق بالطلاق وتوابعه، وهذا ما يثير التساؤل عن الحلول القانونية بعد معرفة المصالح المشروعة الواجب طلبها، إذ لا يحدث نزاع إلا إذا تضاربت المصالح.

وسينحصر الكلام هنا عن المصالح غير المالية في الطلاق بين التشدد والتساهل في إيقاعه (المبحث الأول)؛ وكذا الأمر في المصالح غير المالية الواردة في آثار الطلاق (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

المصالح في إيقاع الطلاق بين التشدد والمرونة

يجري الحديث هنا عن المصلحة في الطلاق بين طرفي نقيض وهما الإفراط والتفريط، أي بين التشدد في الإفراط بوضع شروط إيقاع الطلاق من جهة؛ وبين التساهل في التفريط بجعل العلاقات الزوجية مهددة بالإختيار لأوهن الأسباب، وذلك بمباحثة المصالح المرجوة عند المشرع الجزائري في إيقاع الطلاق بإرادة الزوج (المطلب الأول)؛ وكذا المصالح المحمية في إيقاع الطلاق بطلب الزوجة (المطلب الثاني).

⁴⁸⁵ - سورة البقرة، الآية 277.

⁴⁸⁶ - سورة البقرة، الآية 229.

⁴⁸⁷ - سورة البقرة، الآية 231.

⁴⁸⁸ - سورة البقرة، الآية 229.

المطلب الأول: المصلحة المحمية في إيقاع الطلاق بإرادة الزوج

تنص المادة 48 من ق.أ: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج..."، وتنص المادة 52 من ق.أعلى أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق به".

يتبين من خلال هذين المادتين أن المشرع أعطى الحق للزوج أن ينهي العلاقة الزوجية بالإرادة المنفردة، إلا أنه ألزم الزوج بالتعويض إذا تعسف في هذه الإرادة.

إذا فلا بد من إيقاع الطلاق بإرادة الزوج أن تتوفر فيه شروطا حتى يكون سنيا (الفرع الأول)؛ وإذا ما تعسف الزوج في إيقاع الطلاق فيكون طلاقه بدعيا (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شروط إيقاع الطلاق بإرادة الزوج

الطلاق في الأصل حق للزوج لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ }⁴⁸⁹، والطلاق على هذا المعنى إما أن يكون حراما أو مكروها أو مندوبا أو مباحا، فيكون حراما إذا ما كان بدعيا كأن يطلقها في حيضتها، ويكون مكروها إذا ما طلقها من غير ما بأس، ويكون الطلاق واجبا إذا حشي العنت ودوام الشقاق بين الزوجين، ويكون مندوبا إذا ما كانت الزوجة غير عفيفة، ويكون الطلاق جائزا إذا لم تطب نفس الزوج إلى زوجته⁴⁹⁰.

وأنكر النووي أن يكون الطلاق جائزا⁴⁹¹، ويصدقه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر"⁴⁹²، وقد قال الله

489 - سورة الطلاق، الآية 1.

490 - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج، 12، ص. 6.

491 - يحيى أبو زكرياء النووي، المرجع السابق، ج. 10، ص. 62.

492 - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، ر.ح. 1469، ص. 464.

تعالى أيضا { فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا }⁴⁹³، قال أبو حامد الغزالي: "أي لا تطلبوا حيلة للفراق"⁴⁹⁴، وإرادة المطلق مقيدة بلفظ مخصوص (أولاً)؛ ووقت منصوص عليه (ثانياً)؛ وعدد معلوم من الطلقات (ثالثاً).

أولاً: إرادة المطلق مقيدة بلفظ مخصوص: الطلاق كالنكاح لا تكفي فيه الإرادة الباطنة، بل لا بد من إظهار هذه الإرادة بالتعبير عنها حتى يعلم بها الغير، إلا أن الفارق بين النكاح و الطلاق أن التعبير في الأول لابد أن يكون من الجانبين، أما في الثاني فالزوج وحده المخول شرعاً للتعبير عن الطلاق إلا إذا تنازل بهذا الحق لزوجته⁴⁹⁵.

والتعبير عن الطلاق في الشريعة إما صريح وإما كناية، فالصريح ما كان واضحاً في دلالاته على الطلاق وهو واقع به دون البحث عن قصد صاحبه (أ)؛ أما إذا وقع الطلاق كناية فيبحث فيه عن قصد صاحبه فإن أراد الطلاق وقع⁴⁹⁶ (ب)؛ وسيجري الحديث عن الطلاق بالكتابة والإشارة (ج)؛ والطلاق بالوسائل الحديثة (د).

أ/ الطلاق الصريح: الطلاق الصريح ما كان بلفظ الطلاق أو ما يشتق منه، كأنني طالق وطلقتك⁴⁹⁷، وتشدد الملكية في بعض الألفاظ فألحقوها بالطلاق الثلاث كقوله أنت علي حرام وأنت طالق البتة، وكذا أنت برية وخلية وبائنة، وكل هذا إذا قاله -عندهم- من لم يدخل بزوجه أعتبر ذلك طلقة واحدة⁴⁹⁸.

⁴⁹³ - سورة النساء ، الآية. 34

⁴⁹⁴ -انظر، محمد الغزالي ، إحياء علوم الدين ، ج.4 ، دار الشعب ، القاهرة ، د.س.ص.743.

⁴⁹⁵ -مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ، كتاب الطلاق، باب ما يبين من التملك، ر.ح.1157 ، ص. 323.

⁴⁹⁶ - إسماعيل البامري ، المرجع السابق ، ص. 253.

⁴⁹⁷ -محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص.295 .

⁴⁹⁸ -مالك بن أنس ، الموطأ ، المرجع السابق ، ص.322.

وقال الشافعية أن لفظ الطلاق و التسريح و الفراق يدل على صريح الطلاق لورود النص القرآني في دلالة هذه الألفاظ على الطلاق⁴⁹⁹ ، قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ}⁵⁰⁰ ، وقال أيضا: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ} سَرَّاحًا جَمِيلًا⁵⁰¹ ، وقال الله تعالى: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ}⁵⁰² ، وهذا مذهب الحنابلة كذلك⁵⁰³ .

ب/ الطلاق بالكناية: قال الحنفية كل لفظ غير لفظ الطلاق ومشتقاته كناية⁵⁰⁴ ، وقال الشافعية قول الرجل لامرأته أنت بريئة أو بئنة أو أنت علي حرام أنه يدين- يعني يحلّف- فإن كان أراد الطلاق حكم به و إلا فلا⁵⁰⁵ .

ودليل اعتبار أن لفظ "أنت طالق البتة" من ألفاظ الكنايات ما ثبت من أن ركانة بن عبد يزيد قال: يا رسول الله إني طلقت امرأتي سهيمة البتة، ووالله ما أردت إلا واحدة ، فقال رسول الله لركانة: "والله ما أردت إلا واحدة؟" ، فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم⁵⁰⁶ .

⁴⁹⁹-إسماعيل البامري ، المرجع السابق ، ص.255.

⁵⁰⁰-سورة الطلاق، الآية.1.

⁵⁰¹-سورة الأحزاب، الآية.28.

⁵⁰²-سورة الطلاق، الآية.2.

⁵⁰³- عبد الله بن قدامه، المرجع السابق، ج.10، ص.355.

⁵⁰⁴-ناصر الإسلام الرمفوري، المرجع السابق، ج.5، ص.68.

⁵⁰⁵-محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6 ، ص.108.

⁵⁰⁶-محمد الشافعي ، الأم ، نفس المرجع ، ج.6، ر.ح.2350، ص.305.

والراجح ما ذهب إليه الأحناف من أن كل لفظ خلا الطلاق من ألفاظ الكنايات إلا في قولهم أن ألفاظ الكنايات لا يراد بها المطلقين وإن كان يراد بها المطلقة الواحدة والثلاث، والصحيح أنه لو أراد الواحدة كانت واحدة وإن أراد الثنتين كانت ثنتين، كما لو أراد الثلاث كانت ثلاثاً، وهذا مقتضى دلالة حديث ركائة كما قال الشافعية⁵⁰⁷.

ج/ الطلاق بالكتابة والإشارة: نص أهل العلم على وقوع الطلاق بالكتابة والإشارة، ولا تقوم الإشارة مقام اللفظ إلا لغير القادر، واستحسن البعض أن يعين المطلق بالكتابة اسم زوجته كأن يكتب: "يا فلانة أنت طالق"⁵⁰⁸.

د/ الطلاق بالوسائل الحديثة: كالرسائل الخلوية القصيرة وبالهاتف و الانترنت و الراجح في هذه المسألة أن الطلاق يقع إذا تيقن أنه صدر عن الزوج، وأنه موجه إلى زوجته⁵⁰⁹.

ثانياً: إرادة المطلق مقيدة بوقت منصوص: ذلك أن الزوج ليس له أن يطلق في أي وقت شاء، بل لا بد له أن يطلق زوجته في طهر لم يمسه فيها⁵¹⁰، لقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ} ⁵¹¹.

ولما ثبت أن عبد الله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له: "مره فليراجعها ثم يمسه حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء"⁵¹².

⁵⁰⁷ - إسماعيل البامري، المرجع السابق، ص. 258.

⁵⁰⁸ - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص. 222.

⁵⁰⁹ - زينب كريم، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، المرجع السابق، ص. 111 و ما بعدها.

⁵¹⁰ - انظر، أحمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، مصر، د.س، ص. 20.

⁵¹¹ - سورة الطلاق، الآية. 1.

⁵¹² - ملك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ر.ح. 1205، ص. 336.

ثالثا: المطلق مقيد بعدد معين من الطلقات: تنص المادة 51 من ق.أ على أنه: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء"⁵¹³.

ظاهر المادة 51 من ق أ خاصة منها ما يتعلق بصيغة " ثلاث مرات متتالية " توحي أن المشرع ذهب إلى أن التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة يعد طلقة واحدة⁵¹⁴، إلا أنه وبالرجوع إلى القرار المؤرخ في 17 فيفري 1998 نجده يقضي أنه: " من المقرر شرعا أنه لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء.

الثابت من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس لما قضوا بالطلاق البائن بناء على تصريح الزوج أمامهم بطلاقه لزوجته ثلاثا، فإنهم لم يخرقوا أحكام المادة 57 من ق أ وطبقوا القانون تطبيقا سليما مما يتعين التصريح برفض الطعن"⁵¹⁵.

ويشبه هذا القرار قرارا آخر قديم، وهو القرار المؤرخ في 08 أفريل 1985 إذ قضى أنه: "حيث أن الزوج المطلق لزوجته المتلفظ بالثلاث أو المعترف بعدد طلاقه بائنا وأن المجلس إذ اعتبر طلاق الزوج هنا طلاقا رجعيا رغم تصريحه بأنه تلفظ بالثلاث فإنه حاد عن أحكام الشرع وجنح عن التطبيق الصحيح ومن ثم فالسبب في هذا الجانب في محله"⁵¹⁶، يميل منطوق هذين القرارين إلى الأخذ بما عليه أصحاب المذاهب الأربعة

⁵¹³-أصل هذه المادة قوله تعالى: {فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ}. سورة البقرة، الآية 230.

⁵¹⁴-انظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط. 2، دار البعث، الجزائر، 1989، ص. 317.

⁵¹⁵-قرار، م.ع، غ.أ.ش، 17/02/1998، ملف رقم. 176551، م.ق، ع. 1، 2000، ص. 171.

⁵¹⁶- قرار، م.أ، غ.أ.ش، مؤرخ في. 08/04/1985، ملف رقم. 35912، م.ق، ع. 1، 1989، ص. 89.

السنية من أن التلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة يعد طلاقاً ثلاثاً⁵¹⁷، وذهب قلة من أهل العلم إلى القول أنها تعد طليقة واحدة⁵¹⁸.

و الراجح -عند الفقهاء- أن يقال بقول الجمهور لأوجه كثيرة نذكر منها، ما قد ذكر سابقاً من أن ركانة طلق إمرأته البتة ، فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم: "و الله ما أردت إلا واحدة؟"⁵¹⁹، فلما كانت طليقة البتة إذا نوى بها الثلاث وقعت ثلاثاً أعتبر طلاق الرجل امرأته بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة طلاقاً ثلاثاً من باب أولى⁵²⁰.

و لا عبرة باستدلال من يستدل بحديث ابن عباس أن أركانة طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فعدّها له رسول الله صلى الله عليه وسلم طليقة واحدة⁵²¹، وما روي -كذلك- عن ابن عباس أن الحادثة جرت لعبد يزيد أبو ركانة⁵²²، لأن كلا الروايتين لا يصحان لضعف سندهما، والرواية المذكورة قبلهما أصح فقد رواها عن ركانة ابن أخيه نافع بن عجير وابنه يزيد بن ركانة⁵²³.

ولا عبرة- كذلك- بالاستدلال بما ثبت عن ابن عباس أنه قال: " كان الطلاق على عهد الرسول الله صلى الله عليه وسلم و أبي بكر وستين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة، فقال عمر إن الناس قد استعجلوا في أمر قد كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم"⁵²⁴، فإنه يشبه قول جابر بن عبد الله في نكاح المتعة: " كنا نستمتع - يعني بالنساء - بالقبضة من التمر

⁵¹⁷ - يوسف بن عبد البر، الإستذكار، المرجع السابق، ج.17، ص.9.

⁵¹⁸ - أحمد شاكر، المرجع السابق، ص.30.

⁵¹⁹ - الحديث سبق تخريجه، ص.104.

⁵²⁰ - محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.202.

⁵²¹ - أنظر، أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ج.4، ط.2، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1999، ر.ح.2387، ص.215.

⁵²² - سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، ر.ح.2196، ص.448.

⁵²³ - سليمان أبو داود السجستاني، نفس المرجع، ج.2، ص.449 و456.

⁵²⁴ - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، ر.ح.1472، ص.467.

و الدقيق الأيام على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم و أبي بكر حتى نهانا عنه عمر⁵²⁵، وقد اتفق الجميع على نسخ نكاح المتعة، وغاية مدلول الحديثين - أي حديث ابن عباس و جابر - أن بعض الصحابة كانوا يجهلون حكم نكاح المتعة و إيقاع الطلاق الثلاث بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة⁵²⁶.

والصحيح أن يقال أن نكاح المتعة كان جائزاً ثم نسخ، أما ما يتعلق بالطلاق الثلاث فحكم محكم لم ينسخ، إلا أن غاية ما في الأمر جهل بعض الصحابة لحكمه لندرة وقوعه بينهم حتى نهاهم عمر رضي الله عنه لما فشى في عهده إيقاع الطلاق الثلاث على هذا النحو، وآخر الكلام في هذه المسألة أن هناك عدة وجوه لا تحصى في إثبات وقوع الطلاق الثلاث بالتلفظ بالطلاق ثلاث مرات دفعة واحدة، منع من سردها الخوف من الإطالة، وهذه المسألة كما لا يخفى تحتاج إلى بحث مستقل.

الفرع الثاني: تعسف الزوج في إنهاء عقد الزواج

ذكر فيما سبق أن كلا من الشرع والقانون يعتبر الطلاق حقاً أولوياً للزوج، إذ جاء في القرار المؤرخ في 15 جوان 1999 أنه: "من المقرر قانوناً أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة"⁵²⁷، وهذا هو مقتضى الشرع إذ يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أمسك بالساق"⁵²⁸.

⁵²⁵ - مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، ر.ح. 1405، ص. 435.

⁵²⁶ - محمد بن العربي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 276.

⁵²⁷ - قرار، م.ع.غ.أ.ش. 15/06/1999، ملف رقم 223019، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، 2001، ص. 104.

⁵²⁸ - محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 6، ر.ح. 2041، ص. 107.

وبالتالي فالطلاق حق الزوج، إلا أن الشرع كما راع ضمان الحقوق لأصحابها، فقد منع من تجاوز الحد أو التماذي فيها، فوضع للحقوق حدودا تنتهي إليها، و مجالا مضبوطا تسير فيها.

والتماذي في الحق هو ما اصطلاح عليه بالتعسف في استعمال الحق، وقد عرفه علماء الشريعة أنه استعمال الحق - من صاحبه - على نحو يضر بالغير إضرارا جسيما⁵²⁹، و أصل تحريم الشريعة للتعسف في استعمال الحق في الطلاق قول الله تعالى: {وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ}⁵³⁰، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁵³¹.

وبالرجوع إلى التقنين الأسري نجد المشرع تطرق إلى الطلاق التعسفي في المادة 52 من ق.أ بنصها: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت مقتضبة، فلم تبين متى يكون الطلاق تعسفيا، تاركة تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي⁵³².

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الجزائرية يمكن القول أنه لا بد لاعتبار الطلاق الصادر من الزوج أنه تعسفي المعايير التالية:

أ/ المعيار الأول: أن يكون الزوج هو الطالب للطلاق: إذ جاء في القرار المؤرخ في

23 فيفري 1993 أنه: "وحيث أنه إذا كان يحق للزوجة طلب التطليق فلا يجوز لقضاة الموضوع

القضاء بتظلم الزوج والحكم لطالبة التطليق بالتعويض عن الطلاق التعسفي كما جاء في القرار

⁵²⁹-انظر ، بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج.2، ط.4، د.م.ج، 2007، ص.113.

⁵³⁰-سورة البقرة، الآية.237.

⁵³¹-الحديث سبق تخريجه، ص.38.

⁵³²-انظر، العربي مجيدي ، التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام الأسرة ، مذكر ماجستير في الشريعة و القانون ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، الخروبة ، 2002 ، ص.148.

المطعون فيه، إذ لا يتصور تعسف الزوج مع طلب الزوجة التطليق.⁵³³، ويستنتج القاضي انصراف إرادة الزوج إلى الطلاق عندما تتنازل الزوجة عن مطالبها وتلتزم العودة إلى مسكن الزوجية، ورغم ذلك يبقى الزوج مصرّاً على مطلبه في الطلاق⁵³⁴.

ب/ المعيار الثاني: أن لا تكون الزوجة المتسببة في الطلاق بإرادتها: إذ يمكن للزوج

أن يتصل من تبعة الطلاق التعسفي إذا أثبت أن طلاقه كان بسبب نشوز الزوجة، و لا يثبت نشوز الزوجة إلاً بحكم قضائي يقضي بالرجوع مدعم بمحضر امتناع عن الرجوع.

قضى القرار القضائي المؤرخ في 03 ديسمبر 1984: "إذا فرض أن الشهود شهدوا للزوج على أنه حاول إرجاع زوجته وأنها أهانته وشتمته فإن ذلك لا يقيم دليلاً على امتناعها عن الرجوع، فالدليل المقبول شرعاً هو الحكم عليها بالرجوع وتقابل ذلك برفض يسجل عليها شرعاً"⁵³⁵.

هذا وليس كل نشوز معتبر شرعاً بل يشترط فيه أن لا يكون بسبب عدم توفير الزوج ما حكم للزوجة من طلبات، جاء في القرار القضائي المؤرخ في 09 مارس 1984 أنه: "من المقرر شرعاً أنه ليست كل زوجة رغبت عن الرجوع لزوجها تعتبر ناشراً نشوزاً تحرم من أجله من حقوقها الواجبة لها شرعاً من جراء طلاقه لها، ومن المقرر أيضاً أن النشوز لا يعمل به شرعاً إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها"⁵³⁶، وهذا ما يؤكد القرار القضائي المؤرخ في 22 سبتمبر 2004 بقضائه أنه: "من المقرر أن نشوز الزوجة لا يثبت بمجرد الامتناع عن الرجوع بموجب حكم قضائي إذا كان معلقاً على شرط توفير سكن مستقل لم يتحقق"⁵³⁷.

⁵³³ - قرار ، م.ع، غ.أ.ش، 1993/02/23، ملف رقم. 92674، ن.ق، ع.1995، 48، ص.171.

⁵³⁴ - نعيمة مسعودة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، المرجع السابق ، ص.173.

⁵³⁵ - قرار ، م.أ، غ.أ.ش، 1984/12/03، ملف رقم. 34397، م.ق، ع.1989، 4، ص.140.

⁵³⁶ - قرار ، م.أ، غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم. 45311، م.ق، ع.1990، 3، ص.61.

⁵³⁷ - قرار ، م.ع، غ.أ.ش، 2004/09/22، ملف رقم. 315314، ن.ق، ع.65، 2010، ص.311.

ج/ المعيار الثالث: أن لا يكون سبب الطلاق عيب يوجب التفريق: أتى في القرار

القضائي المؤرخ في 08 فيفري 1982 أن: " عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق. بمجرد الإدعاء بها بل لا بد من معرفة مصيرها ومدى قابلية العيوب للعلاج، وفي هذه الحالة لا بد من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك وضرب أجل له للعلاج، ففي ذلك مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية." ⁵³⁸.

و يزيد القرار المؤرخ في 15 نوفمبر 2006 أن: " عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق، بتظلم الزوجة" ⁵³⁹، و قد سلف ذكر أن عدم عذرية الزوجة لا يوجب التفريق إلا إذا اشترطه الزوج حسب ما قضت به المحكمة العليا ⁵⁴⁰.

د/ المعيار الرابع: أن يسبب الطلاق ضررا جسيما للزوجة: أورد هذا المعيار بعض

رجال الفقه، تقول الأستاذة عبير القدومي: " إن الزوج إذا طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا واعتمادها في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق و قد بلغت من العمر أرذله أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية و إضرارا بها ضررا فاحشا تتعطل فيها حياتها و لا مستقبل لها وقد باتت في هذا السن" ⁵⁴¹، وهذا الذي ذكرته الأستاذة القدومي نجده مجسدا في القرار المؤرخ في 12 جويلية 2006 بقضائه أن: " طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال" ⁵⁴².

والحقيقة أن معيار الضرر الجسيم في الطلاق التعسفي معيار غير لازم، لأنه ما من طلاق -

صادر وفق المعايير الثلاثة المذكورة - إلا و يسبب ضررا للزوجة.

⁵³⁸ -قرار ، م.أ.غ.أ.ش، 1982/02/08، ملف رقم. 26697، ن.ق، ع.خاص، 1982، ص.254.
⁵³⁹ -قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 2006/11/15، ملف رقم. 373707، م.م.ع.ع.1، 2007، ص.499.
⁵⁴⁰ -قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم. 480264، م.م.ع.ع.1، 2009، ص.283؛ و انظر، قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 2000/05/23، ملف رقم. 243417، إجتهااد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، ع.خاص، 2001، ص.109؛ و انظر أيضا، قرار ، م.أ.غ.أ.ش، 1989/10/02، ملف رقم 55116، م.ق.ع.1، 1991، ص.33.
⁵⁴¹ -انظر ، عبير القدومي ، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية ، ط.1، دار الفكر ، عمان، 2007، ص.207.
⁵⁴² -قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 2006/07/12، ملف رقم. 368660، م.م.ع.ع.2، 2006، ص.483.

المطلب الثاني: المصالح المحمية في إيقاع الطلاق بطلب الزوجة

تنص المادة 48 من ق أ على أنه: "يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"، فحصرت المادة حق المرأة في طلب الطلاق أن لا يكون إلا في حدود المادتين 53 التي تتكلم عن التطليق (الفرع الأول)؛ والمادة 54 التي تتعرض للخلع (الفرع الثاني) و لذا سيتم أفراد كل منهما بالبحث.

الفرع الأول: المصالح المحمية في طلب المرأة التطليق

أصل التطليق في الشريعة قوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"⁵⁴³، ذلك أن القاعدة أن الضرر يزال⁵⁴⁴، والأنكحة في الشريعة أشبه بالعبادات منها بالمعاملات لتعلقها بالأعراض، التي لا تباح إلا بما نص عليه الشرع - من أركان و شروط - ولا تحرم بعد التحليل إلا بنص من الشرع. وأجيز التطليق في بعض صورته من باب سد الذريعة⁵⁴⁵، ذلك إذا كان الضرر الذي قد يقع بالزوجة من جراء مواصلة عقد قرانها مع زوجها يؤدي إلى محرم، كفتنتها في دينها أو عرضها أو نفسها أو مالها، فأبيح لها طلب تطليقها من زوجها من الحاكم أو القاضي سدا للذريعة.

إلا أنه ينبغي أن لا يتوسع في هذا الأمر، وأن يراعي القاضي الضرر الذي إتخذ ذريعة لتحريم ما أحله عقد الزواج بالتطليق، فينظر هل الضرر يصلح ذريعة يسد بها.

وبالرجوع إلى المادة 53 من ق أ نجد المشرع الجزائري وضع عشرة أسباب تجيز للمرأة

طلب التطليق على النحو التالي:

⁵⁴³-الحديث سبق تخريجه، ص.38.

⁵⁴⁴-محمد بن عثمان، القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص.19.

⁵⁴⁵-سعد الشثري، المرجع السابق، ص.74.

أ/ طلب التطلاق لعدم الإنفاق: تنص المادة 1/53 من ق أ على أنه: "يجوز للزوجة أن

تطلب التطلاق للأسباب الآتية...عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون"، وهذا يشبه ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن للزوجة أن تفسخ عقد زواجها في حالة إعسار الزوج عن الإنفاق عليها⁵⁴⁶.

وعدم إنفاق الزوج على زوجته فتنة لها في نفسها وما لها بل قد يؤدي إلى فتنها في عرضها، ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "...وابدأ بمن تعول تقول المرأة إما أن تطعمني و إما أن تطلقني"⁵⁴⁷؛ وذهب الحنابلة كذلك إلى هذا الرأي⁵⁴⁸.

والظاهر من نص المادة 1/53 من ق أ أن المشرع يشترط لعدم الإنفاق شرطين: الأول أن تستصدر الزوجة حكما بإلزام زوجها على الإنفاق عليها، وأن يعزز ذلك عمليا بمحضر امتناع عن الدفع؛ وأما الشرط الثاني فهي أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت الزواج، والجدير بالذكر هنا ما جاء في القرار المؤرخ في 19 نوفمبر 1984 أنه: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلاق عن زوجها"⁵⁴⁹، وهذا مقتضى مذهب المالكية⁵⁵⁰.

ب/ التطلاق للعيوب: تنص المادة 2/53 من ق أ: يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق

للأسباب الآتية...العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، يقارب نص هذه المادة ما

⁵⁴⁶ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.82.

⁵⁴⁷ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.5355، ص663

⁵⁴⁸ - انظر، نورة منصور، التطلاق و الخلع، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.24.

⁵⁴⁹ - قرار، م.أ.غ.أ.ش، المؤرخ في 19/11/1984، ملف رقم.34791، م.ق.ع.4، 1993، ص.78.

⁵⁵⁰ - انظر، عليالتسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.931.

ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز طلب المرأة -من القاضي- فسخ النكاح إذا وجد بالزوج عيب.

لكنهم اختلفوا، فذهب الأحناف أنه لا يفسخ النكاح من المرأة إلا لعيب جب أو عنة أو خصاء⁵⁵¹، أما المالكية والشافعية والحنابلة فذهبوا أن لها حق الفسخ إن كان بزوجه جنون أو جذام أو برص أو عذيمة أو جب أو خصاء أو اعتراض⁵⁵².

ج/ التطلاق للهجر في المضجع: تنص المادة 3/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية:...الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، أصل هذه الفقرة قوله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرْبُصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَآؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}⁵⁵³، والفرق بين المادة 3/53 من ق.أ والآية المذكورة أن هذه الأخيرة تتعرض للإيلاء، وهو في الشرع حلف الزوج على ترك وطء زوجته⁵⁵⁴، أما المادة فتتعلق بكل من ترك وطء زوجته سواء آل منها أو لا، يتضح ذلك من صيغة "الهجر في المضجع" قال الله تعالى: {وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ}⁵⁵⁵، قال بعض أهل التفسير أي لا يجامعها و يليها ظهره⁵⁵⁶.

الهجران في المضجع حرام قطعاً - إلا للتأديب في النشوز - لقوله تعالى: {وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}⁵⁵⁷ والأمر بالشيء نهي عن غيره، وذهب الجمهور أن للمرأة أن ترفع أمرها للحاكم

⁵⁵¹-انظر، عبده الأهدل، الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين، ج.57، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ع.57، من ربيع الأول إلى جمادى الثانية، 1420، ص.221.

⁵⁵²-إرجع، ص.66.

⁵⁵³- سورة البقرة، الآية. 226 و 227.

⁵⁵⁴- عبد الله بنينقدا، المرجع السابق، ج.11، ص.5.

⁵⁵⁵-سورة النساء، الآية 34.

⁵⁵⁶-إسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج.2، ص.173.

⁵⁵⁷-سورة النساء، الآية 19.

أو للقاضي⁵⁵⁸ إذا آل زوجها منها، على أن ليس لها ذلك إلا بعد مضي أربعة أشهر من الإيلاء⁵⁵⁹، فإذا انقضى هذا الأجل فيما أن يفئ و إما أن يطلق، فإذا امتنع فيطلق القاضي عليه⁵⁶⁰، وقال الأحناف أنه بمجرد مضي أربعة أشهر من الإيلاء - و عدم فيئة الرجل إلى زوجته - تطلق منه دون الحاجة إلى رفع الأمر إلى الحاكم⁵⁶¹، و الظاهر من نص المادة 3/53 أن المشرع أخذ بمذهب الجمهور.

د/ التطلق لجرمة مخلة بشرف الأسرة: تنص المادة 4/53 من ق أ: "يجوز

للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية...الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، وهذا ما يقارب ما ذهب إليه المالكية من جواز التفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك، وادعت الضرر بعد سنة من حبسه⁵⁶².

إلا أن الفرق بين المادة 4/53 من ق.أ و ما ذهب إليه المالكية، أن المادة- المذكورة- لم تجعل كل حبس موجبا لجواز التفريق، بل اشترطت صدور حكم قضائي يقضي بمعاقبة الزوج، وأن تكون العقوبة مرتبطة بجريمة تمس بشرف الأسرة، وأن تكون الجريمة المرتكبة من الزوج يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية⁵⁶³.

⁵⁵⁸ - عبد الله بن قدامه، المرجع السابق، ج.11، ص.31.

⁵⁵⁹ - محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.680.

⁵⁶⁰ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.102.

⁵⁶¹ - محمد أبو بكر العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.247.

⁵⁶² - انظر، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج.29، ط.1، دار الصفوية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، الكويت، 1993، ص.66.

⁵⁶³ - نورة منصور، المرجع السابق، ص.55 و ما بعدها.

و بمطالعة قانون العقوبات الجزائري نجد الفصل الثاني من الباب الثاني منه -
المعنون بالجنايات و الجنح ضد الأسرة و الآداب العامة - أقرب ما يكون إلى مدلول
المادة 4/53 من ق.أ.

ومن الجرائم التي تدخل في مفهوم كونها ماسة بشرف الأسرة، بحيث يستحيل معها مواصلة
العشرة يمكن ذكر: جريمة الشذوذ الجنسي (م.333 و م.338 ق.ع)؛ وجريمة زنا المحارم
(م.337 مكرر ق.ع)؛ وجريمة الزنا (م.339 ق.ع)؛ وكل جريمة فيها هتك عرض قاصر
أو تحريضه على الفسق (م.334 و م.342 ق.ع)؛ وكذا الجرائم المقررة من المادة 343 إلى المادة
349 من ق.ع.

ذ/ التطلاق للغيبية: تنص المادة 5/53 من ق.أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب
الآتية... (الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة)."، وتنص المادة 112 من ق.أ على أنه:
"لزوجة (المفقود) أو (الغائب) أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا
القانون"، من النصين يمكن القول أن للزوجة أن تطلب التطلاق للغيبية في ثلاث حالات.

1/ الحالة الأولى حالة الغيبية بدون عذر و لا نفقة: وهذه أوردها المادة: 5/53 من

ق.أ بنصها أن للزوجة طلب التطلاق في حالة: "الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، ظاهر
هذه المادة أن المشرع أخذ بمقتضى المذهب المالكي والحنبلي، فنحى منحى المالكية في الأجل
الموجب للتطلاق و هو سنة من الغياب⁵⁶⁴، وأخذ بالمذهب الحنبلي في إيقاع التطلاق إذا كانت
الغيبية بدون عذر⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴-انظر، اليزيد عيسات، التطلاق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ابن عكنون،
2003، ص.129.

⁵⁶⁵-الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج.29، ص.63.

و الإشكال المطروح هنا في كيفية إثبات الغيبة، والراجح أن للزوجة أن تثبت حالة الغيبة بكافة طرق الإثبات، فإن عجزت فللقاضي السلطة التقديرية في ذلك⁵⁶⁶.

2/ الحالة الثانية من حالات الغيبة المفقود: فقد نصت المادة 109 من ق.أ على أن

"المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم القانون"، وتنص المادة 112 من ق.أ: "الزوجة المفقود... أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"، والفرق بين هذه الحالة والتي سبقتها أن في الغيبة يكون الزوج معلوم المكان متيقن الحياة، أما في المفقود فإنه لا يعلم مكانه ولا يتيقن حياته من وفاته، ولا يعرف هل لعذر فقد أم لا؟

وقد جعل المشرع الجزائري للزوجة الحق في التطليق وفق أحكام المادة 5/53 من ق.أ، وبالتالي فإذا ثبت فقدان وفق المادة 114 من ق.أ⁵⁶⁷ فلها أن تتربص سنة من يوم صدور الحكم بالفقدان، فإذا إنتهى - هذا - الأجل كان للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها المفقود.

3/ الحالة الثالثة من حالات الغيبة الغائب: فتتص المادة 110 من ق.أ على أنه:

"الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود"، وتنص المادة 112 من ق.أ: "الزوجة... الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

والفرق بين هذه الحالة و الحالة الأولى أن هذه الأخيرة يشترط فيها أن تكون الغيبة بدون عذر و لا نفقة، أما حالة الغائب فإنه حتى لو كان له عذر كان لزوجته حق

⁵⁶⁶-انظر ، تشوار حميد و زكية ، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطليق عدالة القانون أم القاضي ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، تلمسان، ع.10، 2010، ص.127.

⁵⁶⁷-تنص المادة 114 من ق.أ: "بصدر الحكم بفقدان...المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة، أو النيابة العامة".

طلب التطلق، يتضح ذلك من نص المادة 110 من ق.أ على أن الغائب هو الذي "منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته"، وبالتالي فيمكن القول أنه ليس كل من تلبس بغيبة يصلح أن يقال عنه غائب.

والمشرع في حالة الغائب-هذه- يأخذ بمقتضى المذهب المالكي، الذي لا يفرق بين الغيبة التي تكون بعذر والتي لا تكون بعذر، فالزوجة - عندهم- لها من الحق كمثل ما للزوج من الحق في الفراش⁵⁶⁸.

والفرق بين الغائب والمفقود أن المفقود غير معلوم المكان والحال، أما الغائب فمعلوم المكان والحال، إلا أن المشرع طبق على الغائب نفس أحكام المفقود، يتضح ذلك من الصيغة الواردة في المادة 110 من ق.أ بلفظ "الغائب...يعتبر كالمفقود" إلا أن المادة 110 اشترطت أن يسبب الغائب بغيته ضرر للزوجة حتى يمكن لها أن تطلب التطلق من القاضي.

ر/ التطلق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق أ: تنص المادة 6/53 من ق أ: " يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية...مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه"، وإذا رجعنا إلى المادة 8 من ق أ نجد أنها تنص على أحكام وضوابط تعدد الزوجات، وزواج الرجل على امرأته لا يعطي لها في الشريعة الحق في طلب التطلق إلا إذا اشترطت عليه أن لا يتزوج عليها عند الحنابلة⁵⁶⁹.

وعدم عدل الزوج بين زوجاته في المبيت والسكنى والنفقة محرم في الشرع لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة، وشقه مائل"⁵⁷⁰.

لذا رأى المشرع إعطاء الحق في التطلق للزوجة إذا خالف زوجها أحكام المادة 8 من ق.أ، وهذا ما أكدته القرار القضائي المؤرخ في 11 فيفري 2009 بقضائه أنه: " حيث أن القاضي الأول

⁵⁶⁸-انظر،نجمة زيتوني،دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون،2006، ص.31.

⁵⁶⁹- عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص.104.

⁵⁷⁰-محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، ر.ح.2017، ص.80.

أبرز في حيثياته بأن الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجه الثاني، إذ يتبين من وقائع الدعوى أن الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق السنة، وهو من جملة الأضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة: 10/53 من قانون الأسرة الأمر الذي يتعين معه تعويض المدعية⁵⁷¹.

ز/ التطلق لارتكاب فاحشة مبينة: تنص المادة 7/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية... ارتكاب فاحشة مبينة"، و في هذا الصدد تقول الأستاذة حميدو زكية: "الفاحشة التي قصدها المشرع في هذا النص يمكن أن يحتوي مدلولها على عدة معاني ومفاهيم إذا ما أردنا الأخذ بمعناها الواسع، حيث يدخل في طياتها الزنى، شرب الخمر، المخدرات، السرقة، السحر"⁵⁷².

س/ التطلق للشقاق المستمر بين الزوجين: تنص المادة 8/53 من ق أ: أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية... الشقاق المستمر بين الزوجين"⁵⁷³، وهذا ما يقارب ما ذهب إليه المالكية من أن للزوجة الحق في طلب فسخ النكاح إذا طال الشقاق بين الزوجين بسبب الزوج، كإيذائه لها بالقول أو الفعل، والتقيح المخل بالكرامة، و الضرب المبرح⁵⁷⁴.

ش/ التطلق لمخالفة الشرط الإتفاقي: تنص المادة 9/53 من ق أ: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب الآتية... مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج"، ويطرح السؤال هنا فيما هو الشرط المتفق عليه الصحيح الذي يعطي حق طلب التطلق للزوجة إذا خالفه الزوج؟

⁵⁷¹-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2009/02/11، ملف رقم. 480240، م.م.ع، ع.1، 2009، ص.279 و ما بعدها .

⁵⁷²-تشوار حميدو زكية، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطلق، عدالة القانون أم القاضي، المرجع السابق، ص.123.

⁵⁷³-و هذا ما كان عليه العمل قضائيا. (انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م.ق، ع.2، 1997، السابق

ص.66).

⁵⁷⁴-عبده الأهدل، الصورة التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين، المرجع السابق، ج.57، ص.225.

تنص المادة 19 من ق أ على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية...."، ونص في المادة 32 من نفس القانون على أنه: "يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"، و تنص المادة 35 من ق.أ على أنه: "إذا إقترن عقد الزواج بشرط ينافية كان الشرط باطلا والعقد صحيحا"، من استقراء هذه المواد الثلاثة نجد المشرع يقسم الشروط الإتفاقية إلى ثلاثة أقسام: شروط صحيحة؛ وشروط باطلة؛ و شروط مبطله لعقد الزواج⁵⁷⁵.

و السؤال المطروح هنا في ما هو المعيار الذي يعرف به الفرق بين الشرط الصحيح والشرط الباطل أو المبطل لعقد الزواج؟

تنص المادة 19 من ق أ على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". من نص هذه المادة يتضح أن الأصل في كل الشروط الاتفاقية الجواز عند المشرع الجزائي إلا ما كان منها مخالفا لأحكام قانون الأسرة. إلا أن عبارة: "أحكام هذا القانون" مصطلح شامل لجميع ما تضمنه قانون الأسرة، وليس من السهل مراجعة قانون الأسرة من أوله إلى آخره لمعرفة ما هي الأحكام التي ينبغي للشروط الاتفاقية أن لا تخالفها⁵⁷⁶؟

ثم لو كان المقصود من صيغة "أحكام هذا القانون" الواردة في المادة 19 من ق.أ كل أحكام قانون الأسرة يجعلها تصطدم مثلا مع ظاهر المادة 8 من ق.أ التي تجيز التعدد. فيطرح السؤال التالي: هل شرط عدم تعدد الزوجات هو الشرط الوحيد المجاز مع مخالفته لأحكام المادة 8 من ق.أ؟ خاصة إذا علمنا أن هذا الشرط ورد على سبيل المثال لا الحصر يتضح ذلك من صيغة "لا سيما"⁵⁷⁷ الواردة في المادة 19 من ق أ.

⁵⁷⁵ - عبد الحميد عيدوني، المرجع السابق، ص. 107 وما بعدها.

⁵⁷⁶ - انظر، نواره دري، الشروط الجعلية في عقود الزواج، ط. 1، دار ابن حزم، بيروت، 2009، ص. 146.

⁵⁷⁷ - تفيد "لا سيما" التفضيل والتخصيص لا الحصر دليل ذلك قول امرؤ القيس في معلقته: "لاسيما يوم بدارة جلجل". انظر، الحسين الزوزني، شرح المعلقات السبع، ط. 1، إحياء التراث العربي، بيروت، 2002، ص. 39.

وأمام هذا الغموض في مصطلح "أحكام هذا القانون" لزم الرجوع إلى أصل المادة 19 من ق.أ، وهو المذهب الحنبلي⁵⁷⁸، إذ هو المذهب الوحيد الذي أجاز شرط عدم تعدد الزوجات وشرط عمل المرأة، وهذا المذهب يعتبر الشرط الاتفاقي صحيحا إذا لم يتنافى ومقتضيات عقد الزواج كشرط المتعة والشغار أو لم يسقط ما ألزمه الشرع على أحد طرفي عقد الزواج، كالإزام الزوج بوجوب النفقة على زوجته وكلزوم الصداق عليه، فإذا اشترط عليها أن تنفق على نفسها وأن لا ينفق عليها، أو أن لا يدفع لها الصداق أو أن له الحق في الرجوع به عليها، واشترطت عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها، فكل هذه الشروط باطلة عند الحنابلة⁵⁷⁹، و بالتالي فالأجدر أن تستبدل عبارة: " ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ." بعبارة: " ما لم تتنافى هذه الشروط مع مقتضيات عقد الزواج وما ألزمه هذا القانون على أحد الزوجين."، فتوافق المادة مقتضى المذهب الحنبلي.

ع/ التطلاق للضرر المعترف شرعا: تنص المادة 10/53 من ق أ أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب الآتية... كل ضرر معتبر شرعا"، منطوق هذه المادة يعطي الحق للمرأة أن تطلب التطلاق لكل ضرر - صغيرا كان أو كبيرا - اعتبره الشرع، و هذا فيه توسيع كبير⁵⁸⁰، إذ مجرد السب ضرر معتبر شرعا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "سباب المسلم فسوق"⁵⁸¹، لكن السب غير موجب للتفريق.

ولعل الراجح لو أن المشرع نص على أن للزوجة أن تطلب التطلاق: "لكل ضرر يوجب التطلاق شرعا"، وهناك أضرار كثيرة توجب التطلاق في الشرع، مثالها وطء الزوجة في دبرها⁵⁸²،

⁵⁷⁸ - عبد الله بن قدامه، المرجع السابق، ج.9، ص.485.

⁵⁷⁹ - انظر، أحمد رباحي، المرجع السابق، ص.39.

⁵⁸⁰ - انظر، باديس دياي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون الجزائري، ط.1، دار الهدى، 2007، ص.56.

⁵⁸¹ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ج.48، ص.15.

⁵⁸² - أصحاب الفضيلة، المرجع السابق، ص.88.

وكذلك ما يحدثه كثير من الشباب من إطالة الأمد بين عقد الزواج والدخول، فللزوجة - هنا - إلزام زوجها بإتمام مراسيم الزواج في الموعد المتفق عليه وإلا كان لها الحق في أن تفسخ العقد بأن ترفع أمرها إلى القاضي⁵⁸³.

والعيب في هذه المادة أنها توسعت كثيرا في وضع أسباب طلب المرأة التطليق، وهذا ما قد يؤدي إلى مضاعفة و تفشي ظاهرة الطلاق - التي تشتكي منها الجزائر - بشكل أكبر⁵⁸⁴.

وزيادة على ما ذكر فقد أعطى المشرع الجزائري المرأة حق طلب التعويض في حالة التطليق، وذلك بمقتضى المادة 53 مكرر بنصها أنه: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، إلا أنه ليس كل تطليق موجب لتعويض، بل يشترط أن تكون لإرادة الزوج دخل في إيقاعه لإلزامه بالتعويض⁵⁸⁵. فإن لم يكن لإرادة الزوج دخل فلا تعويض، فعقمه مثلا لا يعتبر سببا موجبا لتحمله مسؤولية التطليق، هذا ما جاء مصرحا به في القرار القضائي المؤرخ في 13 جانفي 2011 بقضائه أنه: "لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة، طالبة التطليق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب"⁵⁸⁶.

587 الفرع الثاني: المصالح المحمية في الخلع

تنص المادة 1/54 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها..."⁵⁸⁸، أثارت هذه المادة نقاشات كثيرة فقهية وقانونية، لما أحدثته من انعكاسات

⁵⁸³ -علي فركوس، المرجع السابق، ص149.

⁵⁸⁴ - تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02 المعدل لقانون الأسرة، المرجع السابق، ص.75.

⁵⁸⁵ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 13/01/2011، ملف رقم. 596191، م.م.ع، ع.ع. 2011، ص.270.

⁵⁸⁶ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 13/01/2011، ملف رقم. 596191، م.م.ع، ع.ع. 2011، ص.270؛ وانظر كذلك، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1992/12/22، ملف رقم. 87301، م.ق، ع.ع. 2، 1995، ص.92.

⁵⁸⁷ - أصل الخلع قول الله تعالى: { فَإِنْ حِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا }. انظر، سورة البقرة، الآية. 229.

⁵⁸⁸ - القانون. 11/84، مؤرخة في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ع. 24، المؤرخة في 12/06/1984، المعدل والمتمم بالأمر 02/05، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ع. 15، المؤرخة في 27/02/2005.

خطيرة على المجتمع الجزائري، إذ صار لأي امرأة رغبت عن زوجها - ولم تجد مناصا لطلب التطليق لانعدام الضرر الحاصل منه عليها- أن تخالعه دون أن تلتمس رضاه على ذلك.

ولعل مستند المشرع الجزائري هنا ما نقله بعض رجال القانون من أن المذهب المالكي يرى الخلع بدون رضا الزوج⁵⁸⁹، ولذا سيتم الكلام -هنا- عن الخلع في أربع نقاط: الأولى في تعسف طلب المرأة الطلاق من غير سبب (أولا)؛ و الثانية في تعريف الخلع و طبيعته (ثانيا)؛ والثالثة في تحديد شروطه (ثالثا)؛ ثم نخرج أخيرا إلى مدى اعتبار رضا الزوج لإيقاع الخلع (رابعا).

أولا: تعسف المرأة في طلب الطلاق من غير سبب: طلب المرأة الطلاق من زوجها من غير سبب كبيرة من الذنوب، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة"⁵⁹⁰، وقال صلى الله عليه وسلم أيضا: "المختلعات والمنتزعات هن المنافقات"⁵⁹¹، وإنما قيد الخلع في حالة إن خيف عدم إقامة حدود الله تعالى: {فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}، وغالبا ما يتبادر إلى الذهن عند سماع مصطلح الطلاق التعسفي أنه ذلك الطلاق الذي يستبد الزوج بإيقاعه، وهذا نتاج الفكرة السائدة من أن الطلاق حق للزوج الذي بيده العصمة.

وكثيرا ما يخفى أنه كما قد يتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، فكذلك قد تتعسف الزوجة في طلب الطلاق، هذا ما يفسر قصر المادة 52 من ق.أ الطلاق التعسفي على ذلك الذي يوقعه الزوج بنصها أنه: " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، إلا أنه وبالرجوع إلى العمل القضائي نجد ما جاء في القرار المؤرخ في 27 أبريل 1993 يشير إلى حالة تعسف الزوجة في طلب

⁵⁸⁹ - انظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خاص، د.س، ص.155، وانظر كذلك، باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.82، وانظر أيضا، محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009، ص.627.

⁵⁹⁰ - انظر، محمد الألباني، إرواء الغليل، ج.7، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1989، رقم الحديث.2035، ص.100.
⁵⁹¹ - انظر، محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج.2، ط.2، مكتب المعارف، الرياض، 1975، رقم الحديث.632، ص.210.

الطلاق بقضائه أنه: "متى كان من المقرر قانوناً أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقاً للقانون.

ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة - في قضية الحال - تلجأ إلى طلب التطليق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سبباً كافياً لاعتبار الزوج متضرراً من هذا الطلاق"⁵⁹².

ثانياً: تعريف الخلع و طبيعته: يعرف الخلع على أنه عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف شرعاً لمصلحة الزوجة، غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي، بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر، تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعاً تدفعه الزوجة، فيتفقان على نوعه أو مقدارها في جلسة الحكم أو يحدده القاضي⁵⁹³.

وأما فيما يخص طبيعة الخلع فقد اختلف أهل العلم في تحديد طبيعته، فذهب الجمهور المالكية⁵⁹⁴ والأحناف⁵⁹⁵ والصحيح من قول الشافعية⁵⁹⁶ إلى أن الخلع طلاق، وذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عنهم أنه فسخ⁵⁹⁷.

وفائدة الخلاف أنه لو كان الخلع فسخاً لم يعد طلاقاً، فلا يحسب في عدد الطلقات⁵⁹⁸، وليس - على هذا الاعتبار - على المختلة عدة المطلقة، بل تستبرئ بحیضة⁵⁹⁹. والراجح أن يقال أن الخروج من الخلاف مستحب، فيستحسن الأخذ بمذهب الشافعية من إيقاع الخلع بأن يتلفظ الزوج بالطلاق⁶⁰⁰، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمن خالعت امرأته: "إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"⁶⁰¹.

⁵⁹² - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1993/04/27، ملف رقم. 90947، م.ق.ع.2، 1994، ص.71.
⁵⁹³ - انظر، عبد العزيز سعد الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار البعث، 1989، ص.248.
⁵⁹⁴ - انظر، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، ج.1، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006، ص.244.
⁵⁹⁵ - انظر، ناصر الإسلام الرمفوري، البناء في شرح الهداية، ج.5، ط.2، دار الفكر، لبنان، 1990، ص.193.
⁵⁹⁶ - انظر، محمد الشافعي، الأم، ج.6، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.504.
⁵⁹⁷ - انظر، عبد الله بن قدامة، المغني، ج.10، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.274.
⁵⁹⁸ - انظر، محمد أبو بكر العربي، أحكام القرآن، ج.1، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.264.
⁵⁹⁹ - انظر، إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج.1، ط.1، دار الثقافة، الجزائر، 1990، ص.296.
⁶⁰⁰ - محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.504.
⁶⁰¹ - انظر، محمد أبو عبد الله البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار بن حزم، القاهرة، 2008، ر.ج.5273، ص.654.

ولعل الأقرب إلى الصواب أن يقال أن الخلع طلاق، إلا أنه يعد بمثابة البيونة الصغرى، فلا يستطيع الزوج أن يراجعها إلا بعقد جديد⁶⁰². الظاهر أن المشرع أخذ بقول جمهور الفقهاء من اعتبار الخلع طلاقاً، بنصه في المادة 48 من ق أ على أنه: "...يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين... و 54 من هذا القانون".

وهذا ما عليه الاجتهاد القضائي، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 22 أبريل 1985 على أنه: "من المقرر فقها أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أن ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بالخلع، ومن ثم يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثم الحكم بالطلاق"⁶⁰³.

ثالثاً: شروط الخلع: يمكن تحديد شروط الخلع على النحو التالي:

1/ قيام الرابطة الزوجية: فلا يمكن للمرأة أن تخالع رجلاً إلا إذا كان يجمعها معه رابطة زوجية - بعقد صحيح - حقيقة، أو حكماً كما هو حال من طلقت طلاقاً رجعيًا ولم تنقضي عدتها بعد⁶⁰⁴.

2/ أن لا يكون الزوج قد أضر بها: قال مالك: "فإذا علم أن زوجها أضرها و ضيق عليها، وعلم أنه ظالم لها مضى الطلاق وردَّ عليها مالها"⁶⁰⁵.

3/ أن تخاف الزوجة أن لا تقيم حدود الله: لما جاء عن امرأة ثابت بن قيس بن شماس⁶⁰⁶ أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين

⁶⁰² - انظر، مالك بن أنس، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2002، ص.330.

⁶⁰³ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1985/04/22، ملف رقم.36709، م.ق، 1989، ع.1، ص.92.

⁶⁰⁴ - انظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.486.

⁶⁰⁵ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص.329.

⁶⁰⁶ - ثابت بن قيس بن شماس، خطيب الأنصار، و من نجباء أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم، كان جهوري الصوت، فلما أنزل الله تعالى قوله {لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ فَوْقَ صَوْتِ النَّبِيِّ} قال أنا من أهل النار وقعد في بيته، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بل هو من أهل الجنة". (مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإيمان، باب مخافة المؤمن أن يحبط عمله، ر.ح.119، ص.47).

ولا خلق، ولكني لا أطيقه"، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فتردين إليه حديثه؟" قالت: "نعم" ⁶⁰⁷.

4/ أن يكون الخلع مقابل بدل: ذهب الجمهور إلى جواز أن تعطي الزوجة مقابل تسريح زوجها لها كل ما لها له ⁶⁰⁸، لعموم قول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ}، فـ {مَا} اسم موصول والموصولات من ألفاظ العموم ⁶⁰⁹.

واستحب الحنابلة أن لا يأخذ الزوج أكبر مما أعطائها ⁶¹⁰، و دليلهم في ذلك أن يحمل آخر الآية الوارد فيها قوله تعالى {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ} على أولها المذكور فيها قوله تعالى: {وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ} ⁶¹¹، و دليلهم كذلك أمر الرسول صلى الله عليه وسلم لمن خالعت امرأته أن يأخذ منها حديثه ولا يزداد ⁶¹².

5/ أن يرد اللفظ الدال على الخلع: قال الأحناف ألفاظ الخلع: الخلع، والمبارأة، والطلاق، والمفارقة، و البيع و الشراء، وقال المالكية هي أربعة: الخلع و المبارأة و الصلح و الفدية، وقال الشافعية والحنابلة يصح الخلع بلفظ الطلاق الصريح و الكناية مع النية ⁶¹³.

والراجح أن يقال أن كل الألفاظ التي أوردها الفقهاء من أصحاب المذاهب المذكورة تصلح للتدليل على الخلع، إلا أن الأفضل من ذلك كله أن يرد الخلع بصيغة الطلاق لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن خالعت امرأته: "طلقها تطليقة".

⁶⁰⁷ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ج.5، ص.5275، ر.ج.5275، ص.655.

⁶⁰⁸ - محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.246.

⁶⁰⁹ - سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010، ص.160.

⁶¹⁰ - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.10، ص.269.

⁶¹¹ - سورة البقرة، الآية 229

⁶¹² - انظر، محمد بن ماجه، سنن بن ماجه، ج.3، ط.1، دار الجليل، بيروت، 1998، رقم الحديث.2056، ص.452.

⁶¹³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج.7، ص.483.

6/ أن لا يكون الخلع محل طلب مقابل: ومما لا بد من الإشارة إليه أنه لا يمكن للزوجة طلب

التطليق أو الخلع مقابل ما طلبه الزوج، أي أن التطليق والخلع لا يكون كطلب مقابل، فقد جاء في

القرار المؤرخ في 15 سبتمبر 2011 أنه: "ترفع دعوى التطليق أو الخلع بدعوى مستقلة.

لا يكون التطليق أو الخلع محل طلب مقابل، ما لم يوافق الزوج عليه، من دون قيد

أو شرط"614.

رابعا: هل يعتبر رضا الزوج في إيقاع الخلع: ينظر في هذه المسألة إلى أمرين: أولاهما في

مشروعية رضا الزوج على الخلع في الفقه الإسلامي(أ)؛ وثانيهما في رضا الزوج على الخلع في

القانون الجزائري(ب).

أ/رضا الزوج بالخلع في الفقه الإسلامي: ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزوج لا يجبر على قبول

المخالعة إذا لم يرضى بها، وهذا مذهب الحنابلة، جاء عن ابن تيمية-وقد سئل عن من أكرهت

زوجها على الخلع ثم تزوجت غيره، هل يصح زواجها الثاني- فقال: "إن كان الزوج الأول أكره

على الفرقة بحق- مثل أن يكون مقصرا في واجباتها، أو مضرا لها بغير حق من قول أو فعل- كانت

الفرقة صحيحة، والنكاح الثاني صحيحا، وهي زوجة الثاني، وإن كان أكره بالضرب أو الحبس

وهو محسن لعشرتها حتى فارقها لم تقع الفرقة، بل إذا أبغضته وهو محسن إليها فإنه يطلب منه

الفرقة من غير أن يلزم بذلك، فإن فعل وإلا أمرت المرأة بالصبر عليه إذا لم يكن ما يبيح

الفسخ"615.

ورضا الزوج بالخلع مستحب غير لازم عند الشافعية، قال ابن حجر: "قول

رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" هو أمر إرشاد و إصلاح

614 - انظر، م.ع، غ.أ.ش، 2011/09/15، ملف رقم.647108، م.م.ع، 2012، ع.1، ص.309.

615 - انظر، أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، ج.32، ط.3، دار الوفاء، المنصورة، 2005، ص.179.

لا إيجاب⁶¹⁶، وهذا مذهب الأحناف كذلك قال البهوتي: "وتسن إيجابتها أي الزوجة إذا سألته الخلع على عوض"⁶¹⁷، وإلى هذا أيضا ذهب الظاهرية، قال ابن حزم: "الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيه حقه فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو، وإلا لا يجبر هو ولا أجبرت هي، إنما يجوز بتراضيهما"⁶¹⁸، وجاء عن اللجنة الدائمة للإفتاء أن الزوج يستحب له أن يستجيب إلى الخلع إذا طلبته الزوجة لا أن يجبر عليه⁶¹⁹.

وُنقل أن مالكا يرى الخلع بدون رضا الزوج⁶²⁰، وذلك لما ورد في المدونة أن مالكا قال في الحكمين: "فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرقا بينهما، ثم يجوز فراقهما دون الإمام وإن رأيا أن يأخذ من مالها حتى يكون خلعا فعلا."⁶²¹، وأن ابن رشد قال: "و الفقه أن (الفداء) إنما جعل للمرأة في (مقابلة) ما (بيد الرجل) من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل"⁶²²، وأن ابن الجزري قال: "أن يكون خلع المرأة اختيارا منها وحبا في فراق الزوج من غير إكراه ولا ضرر منه بها، فإن انخرم أحد الشرطين نفذ الطلاق ولم ينفذ الخلع..."⁶²³.

⁶¹⁶ - انظر، أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.12، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005، ص.93.

⁶¹⁷ - انظر، منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج.5، عالم الكتب، بيروت، 1996، ص.243.

⁶¹⁸ - انظر، علي بن حزم، المحلى بالآثار، ج.10، الطباعة المنيرية، مصر، د.س، ص.235.

⁶¹⁹ - انظر، اللجنة الدائمة للإفتاء، حكم النشوز و الخلع، ج.1، البحوث العلمية، السعودية، إصدار.2004، ص.601.

⁶²⁰ - انظر، نورة منصور، التطليق والخلع، ط.1، دار الهدى، الجزائر، الجزائر، 2012، ص.130.

⁶²¹ - انظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.287.

⁶²² - محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج.2، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982، ص.68.

⁶²³ - انظر، محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص.242.

والحقيقة أن ما قاله مالك أو ابن رشد أو ابن الجزري لا يدل إطلاقاً على أنهم يرون الخلع بدون رضا الزوج، بل الصواب عندهم أن الخلع لا يقع إلا برضا الزوج، بيد أنه إذا اشتد الخصام حتى اضطر القاضي إلى تعيين الحكّمين فإن حكمهما نافذ ولو قضيا بالخلع دون رضا الزوج، فحكم الحكّمين - لا المرأة - عند المالكية ينفذ كما ينفذ فعل الحاكم في الأقضية⁶²⁴.

وأما ما قاله ابن رشد فلا يزيد على أنه قرر أن الخلع حق للمرأة كما أن الطلاق حق للرجل، لا أنها توقعه بالكيفية التي يوقع بها الزوج الطلاق، وفي قوله: "والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق" ما يدل أن الخلع عنده لا يقع إلا برضا الزوج، يوضح هذا المعنى ما قاله محمد الأمين الشنقيطي من: "أن العوض المبذول للزوج من جهتها إنما بذلته في مقابلة ما (يملكه الزوج) وهو الطلاق"⁶²⁵.

وليس في قول ابن الجزري كذلك ما قد يوحي أنه يرى الخلع بدون رضا الزوج، بل في تعريفه للخلع أن "معناه أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها"⁶²⁶ ما يدل أنه يذهب إلى ما ذهب إليه الجمهور في هذه المسألة، ومما يؤكد أن المالكية لا يرون الخلع إلا برضا الزوج أنهم لم يوقعوه إلا بتلفظ الزوج بالطلاق أو بما يدل على الخلع كما ذكر من قبل⁶²⁷.

وبالتالي، فإن جمهرة علماء الشريعة - بما فيهم المالكية - يرون أن الخلع يقع كأصل عام برضا الزوج إلا إذا قضى به الحكّمين⁶²⁸، والذي صرف صيغة الوجوب في قوله صلى الله عليه وسلم: "أقبل الحديقة وطلقها تطليقة" إلى الندب دلالة قوله صلى الله عليه وسلم: "إنما الطلاق لمن أمسك بالساق"⁶²⁹ على أحقية الرجل بإيقاع الطلاق، ومما يؤكد هذا قول الله تعالى: {فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

⁶²⁴ - انظر، محمد أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.541.

⁶²⁵ - انظر، محمد الأمين الشنقيطي، المرجع السابق، ج.1، ص.249.

⁶²⁶ - أبو القاسم محمد بن الجزري، المرجع السابق، ص.242.

⁶²⁷ - انظر، عبد الله بن زيد القيرواني، متن الرسالة، المكتبة الثقافية، لبنان، د.س، ص.480.

⁶²⁸ - إسماعيل بن كثير، المرجع السابق، ج.2، ص.174.

⁶²⁹ - انظر، محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، ط.1، رقم الحديث.2041، ص.107.

فِيمَا أَفْتَدَتْ بِهِ⁶³⁰، فدل لفظ {عَلَيْهِمَا} على ضرورة أن تنصرف إرادة كل منهما إلى إيقاع الخلع وما يتعلق به.

إلا أن ابن باز سئل عن امرأة تزوجت ابن عمها ولم يكتب الله في قلبها له مودة، وقد خرجت من بيته منذ ثلاث عشرة سنة، وحاولت منه الطلاق أو المخالعة أو الحضور معه إلى المحكمة فلم يرض بذلك، وهي تبغضه بغضا كثيرا، تفضل معه الموت على الرجوع إليه، وقد أسقطت نفسها من السطح لما أراد أهلها الإصلاح بينها وبينه، فما الحكم؟

فأجاب رحمه الله: "مثل هذه المرأة يجب التفريق بينها وبين زوجها المشر إلى، إذا دفعت إليه جهازه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لثابت بن قيس لما أبغضته زوجته وطلبت فراقه، وسمحت برد حديقته إليه، ولأن بقاءها في عصمته، والحال ما ذكر يسبب عليها أضرارا كثيرة، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)، ولأن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها، ولا ريب أن بقاء مثل هذه المرأة في عصمة زوجها المذكور من جملة المفاسد التي يجب تعطيلها وإزالتها والقضاء عليها، وإذا امتنع الزوج عن الحضور مع المرأة المذكورة إلى المحكمة وجب على الحاكم فسخها من عصمته، إذا طلبت ذلك وردت عليه جهازه للحدثين السابقين وللمعنى الذي جاءت به الشريعة واستقر من قواعدها"⁶³¹.

وهذا الذي أورده ابن باز هو نفسه ما ذهب إليه بعض حكام الشام المقداسة من الحنابلة كما ذكره بن مفلح⁶³²، إلا أن ما ذكره ابن باز ينبغي أن لا يحمل على إطلاقه، بل على حالة إذا تعنت الزوج في عدم قبول الخلع وتيقن القاضي من تضرر المرأة من ذلك واستحال التوفيق بينها وبين زوجها، فهذه الحالة استثناء ويبق الأصل لزوم رضا الزوج على مبدأ الخلع.

فالحكم الذي أقره الشرع أن المرأة إذا نشزت عن زوجها وعظها، فإن إتعت وإلا هجرها في المضجع بأن يليها ظهره في الفراش فلا يجامعها، فإن ارتدعت وإلا ضربها ضربا غير مبرح قال

⁶³⁰ -سورة البقرة، الآية.229.

⁶³¹ - انظر، عبد العزيز بن باز، فتاوى ابن باز، ج.21، الرئاسة للإفتاء، السعودية، د.س، ص.260.

⁶³² - انظر، محمد بن مفلح، كتاب الفروع، ج. 8، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص.417.

الله تعالى: {وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ} ⁶³³، فإن أطاعته فلا سبيل له عليها وإلا رفعا أمرهما للقاضي، فإن استطاع الصلح بينهما أصلح وإلا عين حكيمين، حكم صالح من أهل الزوج وحكم صالح من أهل الزوجة، فإن استطاعا الصلح فعلا وإلا فرقا بينهما وإن ألزما الزوج على الخلع دون رضاه، وعلى القاضي والحكيمين أن يجتهدوا أن يكون الخلع برضا الزوج وطيب نفس منه، وإلا نبهوه أنه إذا تعنت ألزموه بالخلع، قال الله تعالى: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا} ⁶³⁴، وقال تعالى أيضا: {فَإِنْ (خِفْتُمْ) أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا}.

ب/ رضا الزوج بالخلع في القانون الجزائري: إذا رجعنا إلى القانون الجزائري نجد أن الاجتهاد القضائي نحى في أول الأمر منحى جمهور الفقهاء من اشتراط رضا الزوج على الخلع، جاء في القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1988 أنه: "من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وأن ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه." ⁶³⁵، كما جاء في قرار آخر مؤرخ في 23 أبريل 1991 أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج و لا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الخلع وخطأ في تطبيق القانون" ⁶³⁶.

إلا أنه سرعان ما غير الاجتهاد القضائي موقفه فقضى في القرار القضائي المؤرخ في 19 أبريل 1994 على: "أن الخلع يحكم به القاضي دون اشتراط رضا الزوج" ⁶³⁷، وفي قرار آخر في نفس التاريخ قضى: "أن الخلع أجازته الشريعة الإسلامية و كرسه ق.أ وسواء رضي به الزوج

⁶³³ -سورة النساء، الآية.34.

⁶³⁴ -سورة النساء، الآية.35.

⁶³⁵ - قرار، المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1988/11/21، ملف رقم.51728، المجلة القضائية، ع.3، 1990، ص.72.

⁶³⁶ - قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1991/04/23، ملف رقم.73885، المجلة القضائية، ع.2، 1991، ص.55.

⁶³⁷ - قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم.103793، النشرة القضائية، ع.51، 1997، ص.96.

أو لم يرض فإنه يكفي أن تعرض الزوجة بدلا لفك الرابطة الزوجية دون دفع الحاجة إلى موافقة الزوج⁶³⁸، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي في الجزائر⁶³⁹، ثم أتت المادة 54 من ق.أ - والمعدلة بموجب الأمر 02/05- لتحسم الأمر في هذه المسألة بنصها أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها...".

يلاحظ مما ذكر أن الخلع في الجزائر انتقل بين طرفي نقيض، فلما أن كان لا يقع إلا برضا الزوج صار بعد ذلك حقا خالصا للمرأة توقعه دون الحاجة إلى رضا زوجها، وأحسن من هذا وذلك لو أن المشرع نحى منحى القول الراجح في الخلع بأن يجعل رضا الزوج هو الأصل، فينص على أن يقع الخلع برضا الزوج إلا إذا قرره الحكيم و قضى به القاضي بعد التأكد من استحالة العشرة بين الزوجين.

وفي الأخير يجب تنبيه كل من المشرع و القاضي و الزوجين، ذلك أن التساهل في إيقاع الخلع فيه تفكيك للأسر و انحلال للمجتمع، و هو ما بدأت بوادره تظهر منذ تعديل الأمر 02/05.

فعلى السياسة التشريعية أن تراعي الواقع المجتمعي، ولا بد من تذكير القاضي إلى ضرورة أعمال سلطته التقديرية، فيسعى قصار جهده إلى أعمال المادة 56 من ق.أ وإلى أن يجمع بين الزوجين قدر المستطاع.

ويجب من تحذير الزوجة إلى ما قد ورد من عاقبة من طلبت الطلاق من زوجها من غير سبب، و ما قد ورد من بعض الفقهاء أن الخلع إذا لم يرض به الزوج لا يقع وتبقى زوجته.

وينبغي على الزوج في الخلع أن يتبع الشرع و يستن بهدي النبي صلى الله عليه وسلم، فإذا طلب منه المخالعة أن يستجيب إلى ذلك، قال الله تعالى: { وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُعْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا }⁶⁴⁰.

⁶³⁸ - قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم.115118، النشرة القضائية، ع.52، 1997، ص.106.
⁶³⁹ - قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1992/07/21، ملف رقم.83603، إجتهد قضائي، ع.خاص، 2001، ص.134؛ وانظر أيضا، قرار، المحكمة العليا، 1996/07/30، ملف رقم.141262، المجلة القضائية، ع.1، 1998، ص.120؛ وانظر، قرار، المحكمة العليا، 1999/03/16، غ.أ.ش، ملف رقم، 216239، إجتهد قضائي، ع.خاص، 2001، ص.138؛ و انظر كذلك، قرار، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2000/11/21، ملف رقم.252994، المجلة القضائية، ع.1، 2001، ص.293؛

⁶⁴⁰ - سورة النساء، الآية.130.

المبحث الثاني:

المصلحة في الآثار غير المالية للطلاق

آثار إيقاع الطلاق إما آثار مالية كنفقة العدة أو المتعة أو مقابل الخلع أو التعويض في الطلاق التعسفي عند المشرع الجزائري؛ أو آثار غير مالية وتنحصر في أمرين: العدة؛ والحضانة. لذلك سنتطرق إلى بيان المصالح الواردة بهما، وذلك بطرح السؤال في هل يعترف المشرع الجزائري بعدة الطلاق الرجعي؟ (المطلب الأول)؛ وما هي المصالح غير المالية الواردة في مسائل الحضانة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اعتراف المشرع الجزائري بعدة الطلاق الرجعي

تنص المادة 49 من ق أ على أنه: " لا يثبت الطلاق إلاً بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي ..."⁶⁴¹، هذه المسألة أثارت نقاشاً قانونياً حاداً بين فقهاء قانون الأسرة في الجزائر⁶⁴²، بين من ينكر وبصفة مطلقة أن يكون المشرع قد اعترف بالطلاق الرجعي، وبين من يرى عكس ذلك، فهل يعترف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي؟، وبعبارة أخرى هل يقتضي نص المادة المذكورة أن حكم الطلاق حكم منشئ أو أنه حكم كاشف؟

للإجابة على هذا كله لا بد من معرفة ما هو الطلاق الرجعي مع بيان عدته (الفرع الأول)؛ ثم لا بد بعد ذلك من التطرق إلى الآراء الفقهية التي انصبت على بيان مدى اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي (الفرع الثاني).

⁶⁴¹ - انظر، صدر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، المضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 12 يونيو 1984، والمعدل بالأمر 02/05، المؤرخ في 27/02/2005، المتضمن تعديل و تنميط القانون 11/84، المؤرخ في 09/06/1984، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 27/02/2005.

⁶⁴² - انظر، زينب كريمة، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بالعباس، 2010، ص.115.

الفرع الأول: عدة الطلاق الرجعي وبيان المصلحة فيها

الطلاق الرجعي يكون في حالة إذا ما طلق الزوج امرأته مرة واحدة، فيمكن له أن يراجعها في عدتها إما بالقول اتفقا كأن يقول لها " أرجعتك"، وقد يكون إرجاعها بالفعل كذلك كأن يطأها قبل انتهاء العدة⁶⁴³. ويطرح السؤال هنا في كيفية العدة في الطلاق الرجعي وما هي المصلحة فيها؟ وعليه سيتم توضيح عدة الطلاق الرجعي(أولاً)؛ وبيان المصلحة المنوطة فيها (ثانياً).

أولاً: عدة الطلاق الرجعي: عدة المطلقات رجعيًا على ثلاثة أنواع : عدة الحائض(أ)؛ وعدة اليائسة من الحيض(ب)؛ وعدة الحامل (ج).

أ/ عدة الحائض: أي المطلقة التي تحيض، فعدتها كما قال تعالى: {وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ}⁶⁴⁴، والقروء جمع قرء وهو في اللغة الوقت فقد يكون للحيض والطمهر⁶⁴⁵.

ولقد اختلف أهل العلم قديماً وحديثاً في المقصود من القرء في قوله تعالى {ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ} فذهب المالكية⁶⁴⁶ والشافعية⁶⁴⁷ وابن حزم الظاهري⁶⁴⁸ أن القرء المقصود في الآية الكريمة المذكورة هو الطهر، أما الحنابلة⁶⁴⁹، والأحناف⁶⁵⁰ فيقولون أن القرء المقصود هو الحيض.

وتفصيل ذلك أن من يقول أن القرء هو الحيض يستدل بقوله تعالى: {وَاللَّائِي يُمْسِنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ}⁶⁵¹، فجعل عدم وقوع

⁶⁴³ - الرجعية في الطلاق على نوعين : رجعية من طلاق رجعي - وهو المذكور - و رجعية من طلاق بائن بينونة صغرى، وهذه الأخيرة تحتاج الرجعة فيها إلى عقد جديد سواء في العدة أو بعدها. انظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج.7، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص.462.

⁶⁴⁴ - انظر، سورة البقرة، الآية 228

⁶⁴⁵ - انظر، محمد بن منظور، لسان العرب، ج.1، ط.1، دار صادر، بيروت، د.س، ص.128.

⁶⁴⁶ - انظر، محمد أبو بكر بن العربي، ج.1، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص.250 وما بعدها.

⁶⁴⁷ - انظر، محمد الشافعي، الأم، ج.6، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001، ص.529 وما بعدها.

⁶⁴⁸ - انظر، علي بن حزم، ج.10، المحلى بالآثار، الطباعة المنيرية، مصر، د.س، ص.257 وما بعدها.

⁶⁴⁹ - انظر، عبد الله بن قدامه، ج.11، المغني، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997، ص.199 وما بعدها.

⁶⁵⁰ - انظر، ناصر الإسلام الرمفوري، ج.5، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، لبنان، 1990، ص.405 وما بعدها.

⁶⁵¹ - سورة الطلاق، الآية. 4.

الحيض سببا للاعتداد بالأشهر، فدل أن العبرة بالاعتداد بالحيض⁶⁵²، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة بنت أبي حبيش وكانت تستحاض: "دعي الصلاة أيام أقرائك"⁶⁵³، فدل الحديث أن القرء هو الحيض فوجب تحميل معنى قوله تعالى {ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ} على أنها ثلاث حيض⁶⁵⁴، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان"⁶⁵⁵، فيقاس قرء الحرة على قرء الأمة، وقالوا إن الله تعالى يقول: {ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ}⁶⁵⁶ ولا تكتمل الأقرء الثلاثة إلا إذا كان معنى القرء الحيض في الآية⁶⁵⁷.

والنقد الموجه هنا أنه ليس في قوله: {وَاللَّائِي يَخْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ} ما يعين أن القرء هي الحيضات أو الأطهار، ذلك أن الطهر أصل فكل من لم يأتها الحيض سواء كانت يائسة أم لا تسمى طاهرا، فلا يمكن أن يقول: "وَاللَّائِي يَخْسَنُ مِنَ الطَّهْرِ".

أما حديث "دعي الصلاة أيام أقرائك" و على فرض صحته فلا يدل كذلك أن القرء الوارد في قوله تعالى: {ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ} أنه الحيض ذلك أنه جرى الاتفاق على أن القرء يطلق على الحيض وعلى الطهر جميعا - كما ذكر-، فالله يقول مثلا: {فَأَنْفَجَرَتْ مِنْهُ اثْنَتَا عَشْرَةَ عَيْنًا}⁶⁵⁸، ويقول-أيضا-: {فَلَمَّا أَلْقَوْا سَحَرُوا أَعْيُنَ النَّاسِ}⁶⁵⁹، ولا يمكن أن يقال أن العين الواردة في الآية الأولى هي نفسها العين الواردة في الآية الثانية، فكذلك لا يتعين أن يقال أن القرء الوارد في قوله تعالى: {ثَلَاثَةٌ قُرُوءٌ} هو القرء الوارد في قوله صلى الله عليه وسلم: "دعي الصلاة أيام أقرائك"، فإن كلا من العين والقرء من الألفاظ المشتركة في اللغة.

⁶⁵² - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج. 11، ص. 201.

⁶⁵³ - انظر، على الدار قطني، سنن الدارقطني، ج. 1، ط. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004، ر.ح. 822، ص. 394.

⁶⁵⁴ - انظر، محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج. 5، ط. 27، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1994، ص. 609.

⁶⁵⁵ - انظر، سليمان أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، ج. 2، ط. 1، دار بن حزم، بيروت، 1997، ر.ح. 2189، ص. 443.

⁶⁵⁶ - سورة البقرة، الآية 228.

⁶⁵⁷ - ناصر الإسلام الرمفوري، المرجع السابق، ج. 5، ص. 406.

⁶⁵⁸ - سورة البقرة، الآية 60.

⁶⁵⁹ - سورة الأعراف الآية 116.

وأما حديث: "طلاق الأمة طلقتان وقروؤها حيضتان" فلا يصح⁶⁶⁰، وأما قولهم أنه لا تكون القروء الثلاثة كاملة إلا إذا حملت على الحيض، فقول لا يصح إذ قد يعبر بالكل على الغالب كقوله تعالى: {الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ}، وهي عند الجميع شوال و ذو القعدة وبعض ذي الحجة⁶⁶¹.

ودليل من يقول أن القراء هو الطهر، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن عبد الله بن عمر حين طلق امرأته: "مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أنيمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء"⁶⁶²، وهذا عبد الله بن عمر رضي الله عنهما - وهو صاحب القصة - يقول: "إذا طلق الرجل امرأته فدخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه و برئ منها"⁶⁶³، وتقول عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: "الأقراء الأطهار"⁶⁶⁴، وهي امرأة وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم والنساء أعلم بما يخصهن.

وأوجه الدلالة على أن الأقراء الأطهار كثيرة يطول سردها من بينها أنهم اتفقوا أن الطلاق السني ذلك الذي يقع في طهر لم يمسه فيه، فلو كانت العدة التي هي الأقراء الحيض لكان بين التلفظ بالطلاق و بين أول العدة - يعني الحيض - مدة ليست فيها معتدة و هذا باطل⁶⁶⁵، لقوله تعالى: {فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ}⁶⁶⁶.

إذا فالقول الراجح أن يقال بقول ابن عمر وعائشة وكثير من الصحابة وعامة علماء المدينة، والذي عليه مذهب المالكية و الشافعية و الظاهرية من أن الأقراء في قوله تعالى: {ثَلَاثَةٌ قُرُوءٍ} هي الأطهار.

⁶⁶⁰ - علي بن حزم ، المرجع السابق، ج.10، ص.261.

⁶⁶¹ - انظر، محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، ج.1، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006، ص.184.

⁶⁶² - مالك بن أنس ، الموطأ ، ط.1، دار الإمام مالك، الجزائر، 2002، ر.ح.1205، ص.336.

⁶⁶³ - مالك بن أنس، نفس المرجع، ر.ح.1210، ص.337.

⁶⁶⁴ - مالك بن أنس، نفس المرجع، ر.ح.1206، ص.336.

⁶⁶⁵ - علي بن حزم ، المرجع السابق، ج.10، ص.361.

⁶⁶⁶ - سورة الطلاق، الآية 1.

ب/ عدة اليائس من الحيض: أتى تبيان عدة اليائسة من الحيض سواء لكبر أو لصغر في قوله تعالى: {وَاللَّائِي يَئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِيضْنَ} ⁶⁶⁷، فعدة الآيسة من الحيض بنص الآية ثلاثة أشهر هلالية يعني هجرية ⁶⁶⁸، وتلحق بالآيسة من الحيض التي انقطع عنها دم الحيض، فعدها ثلاثة أشهر بعد أن تتربص تسعة أشهر ليعلم براءة رحمها ⁶⁶⁹.

ج/ عدة الحامل المطلقة: نقل الإجماع أن عدة الحامل إذا طلقت أجلها إلى أن تضع حملها ⁶⁷⁰، لقوله تعالى: {وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} ⁶⁷¹.

ثانيا: المصلحة في عدة الطلاق الرجعي:

المصلحة العامة من العدة براءة الرحم من الحمل فلذا اشترطت القروء في المرأة التي تحيض ⁶⁷²، واشترطت الثلاثة قروء لإعطاء فرصة لكليهما ليراجعا نفسيهما عليهما يجدان محلا للصلح، فإن المطلقة تمكث في بيت زوجها أيام عدتها ⁶⁷³، قال الله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ} ⁶⁷⁴.

أما عدة المتوفى عنها زوجها، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا يجل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا" ⁶⁷⁵.

⁶⁶⁷ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁶⁶⁸ - انظر، سليمان البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ج.4، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص.396.

⁶⁶⁹ - انظر، السيد سابق، فقه السنة، ج.2، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س، ص.211.

⁶⁷⁰ - مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، 1988، ص.151.

⁶⁷¹ - سورة الطلاق، الآية 4.

⁶⁷² - محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، المرجع السابق، ج.8، ص.357.

⁶⁷³ - وهنا يقع العطب في كثير من حالات الطلاق، فإن الملاحظ من الواقع المشاهد أنه بمجرد تلفظ الزوج بالطلاق تذهب المطلقة إلى بيت أهلها، وهذا فيه مخالفة لما نصت عليه الشريعة السمحاء، بل الواجب عليها أن تمكث في بيت طليقها حتى تنقضي عدتها، هذا الحكم ثابت في الطلاق الرجعي، أما في الطلاق البائن فتمكث حيث تأمن على نفسها، دليل ذلك ما ثبت عن فاطمة بنت قيس، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعيرة، فسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له، فقال: "ليس لك عليه نفقة". فأمرها أن تعتد أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: "تلك امرأة يغشاها أصحابي، اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى، تضعين ثيابك عنده". (مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ر.ح.1480، ص.473).

⁶⁷⁴ - سورة الطلاق، الآية 01.

⁶⁷⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الخنازير، باب إحداد المرأة على غير زوجها، ر.ح.1280، ص.155؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطلاق، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاث أيام، ر.ح.1486، ص.477.

فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم حدادا، فبانت المصلحة أن العدة هنا زيادة على كونها لبراءة الرحم فهي لمراعاة حق الزوج المتوفى في التوقير والاحترام بأن لا يقترب أحد من أرملته في المدة التي تقدر فيها المرأة أن تقعد بلا زواج، قال الله تعالى: {لِّلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ} ⁶⁷⁶، فحد للإيلاء مدة أربعة أشهر كحد أقصى مراعاة لحق الزوجة.

قال الجزيري: "عدة المتوفى عنها زوجها لوحظ فيها أمران: براءة الرحم، وحرمة الزوج المتوفى ورعاية خاطر أهله الأحياء" ⁶⁷⁷، فإن كانت المتوفى عنها حاملا ووضعت حملها قبل الأربعة أشهر فلا عدة عليها، قال ابن العربي: "والحكمة فيه أن براءة الرحم قد حصلت يقينا" ⁶⁷⁸، وهناك مصلحة خفية قد لا تبدو، وهو أن الله رحم المرأة هنا، فإن المرأة النفساء تكون في حالة نفسية صعبة، فلم يجمع الله لها بين شدة الوضع والنفاس وبين التضيق الذي توجهه أحكام العدة عليها، فأسقط عنها العدة بالوضع رحمة بما وتنفيسا لها عما أصابها.

أما عدة اليائس من الحيض، فإن الحيض إثبات على خلو الرحم، وحيث انعدم خيف مظنة وجود الحمل، ومدة الثلاثة أشهر أكثر ما يبرز فيه الحمل غالبا ويظهر عند النساء، فإن لم يحصل دل على براءة رحمها من الحمل.

وقد يقع الاعتراض من البعض أنه قد أمكن في هذه الأزمان المتأخرة معرفة براءة الرحم من عدمه بالوسائل الحديثة، كجهاز كشف الحمل أو إجراء التحاليل الكاشفة له، فالجواب أن الغرض الأسمى للعدة هو إعطاء فرصة لكلا الزوجين حتى يراجعا قرارهما أو ينظرا في محاولة تغيير التصرفات التي كانت السبب في الطلاق، ولا يكون ذلك إلا باحترام مدة العدة وأحكامها.

⁶⁷⁶ - سورة البقرة، الآية. 226.

⁶⁷⁷ - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج. 4، ط. 1، دار الغد الجديد، مصر، 2015، ص. 1100.

⁶⁷⁸ - محمد بن العربي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 286.

الفرع الثاني: الآراء الفقهية في اعتراف المشرع بعدة الطلاق الرجعي

تنص المادة 49 من ق.أ. أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

والسؤال المطروح هنا لما حدد المشرع مدة الصلح بثلاثة أشهر تبدأ من يوم رفع الدعوى فهل يعتبر هذا اعترافاً من المشرع بالعدة في الطلاق الرجعي؟ تضاربت الآراء الفقهية في هذا المسألة، فأنكرت طائفة اعتراف المشرع بالعدة في الطلاق الرجعي (أولاً)؛ وذهب آخرون إلى عكس هذا القول (ثانياً)؛ لذا لزم إيجاد الرأي الراجح من بينهما (ثالثاً).

أولاً: الرأي الفقهي المنكر لاعتراف المشرع لعدة الطلاق الرجعي:

يقول الأستاذ عبد العزيز سعد: "إن قانون الأسرة لا يعترف بالطلاق الشفهي الذي تعترف به وتقره الشريعة، ولا يعترف بالطلاق الرجعي أثناء العدة ما دامت القاعدة العامة أن طلاق القاضي طلاق بائن ولا يقبل الطعن بالإستئناف"⁶⁷⁹.

ويقول الأستاذ بلحاج العربي: "إن الطلاق في الجزائر لا يقع إلا لدى المحاكم"⁶⁸⁰، ويزيد الأستاذ فضيل سعد: "أن القانون لا يعترف بالطلاق إلا بوجود حكم يقضي به طبقاً لأحكام المادة 49 من قانون الأسرة"⁶⁸¹، و يقول الأستاذ عمر زودة: "إن الطلاق لا يقع إلا بإعلان الزوج عن إرادته أمام الجهة الرسمية، وأنه لا يمكن إنشاء الطلاق إلا بموجب محرر رسمي، إذ لا يقع الطلاق إلا ابتداء من صدور هذا الإعلان من القاضي"⁶⁸²، ويقول الأستاذ باديس دياي: "قانون الأسرة الجزائري لم يتحدث عن الطلاق الرجعي، ولم يتبناه من حيث مفهومه و آثاره، و اكتفى بالطلاق

⁶⁷⁹ - انظر، عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار البعث، قسنطينة، 1989، ص.316.

⁶⁸⁰ - انظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.239.

⁶⁸¹ - انظر، سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.326.

⁶⁸² - انظر، عمر زودة، طبيعة الأحكام بإلغاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، انسيكوبيديا للنشر، الجزائر، 2003،

البائن بينونة صغرى والطلاق البائن بينونة كبرى⁶⁸³، ويقول الأستاذ جيلالي تشوار: " دائما أكد أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالطلاق الرجعي، والسبب في ذلك أن المحكمة عندما تنطق بالطلاق تبدأ العدة.

لأنه لو قلنا أن المشرع يأخذ بالطلاق الرجعي، فلو طلق الرجل زوجته يوم رفع الدعوى، ثم بعد ثلاثة أشهر نطق القاضي بالطلاق. نحسب ثلاثة أشهر، وأنجبت المرأة بعد ثمانية أشهر من يوم نطق القاضي بالطلاق.

لو طبقنا المادة 42 من ق أ فإن الطفل غير شرعي لأنه من يوم رفع الدعوى، فأين هو الطلاق الرجعي".

ثانيا: الرأي الذي يرى اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي:

يقول عبد القادر بن داود- الذي كان أحد أعضاء اللجنة الوطنية لإعادة دراسة قانون الأسرة: "الحقيقة أنه لا يوجد أي إشكال إذ أن قاعدة: (لا يثبت الطلاق إلا بحكم) كانت موجودة منذ 1984 في المادة 49 قبل التعديل وبقيت بعد التعديل، فهل غفل عنها منتقدوها فلم يروها إلا بعد 20 سنة!! هذا من جهة، ومن جهة أخرى، ليس في هذا أي مخالفة للشريعة الإسلامية، لأن فقه القانون يفرق في الأحكام القضائية بين الأحكام القضائية الكاشفة و الأحكام القضائية المنشئة للطلاق، ففي الأحكام القضائية الكاشفة دور القاضي كاشف لإرادة الزوج صاحب العصمة الذي ينطق بالطلاق، ولا يملك القاضي إلا تثبيتها بحكم قضائي.."⁶⁸⁴.

ويقول الأستاذ نور الدين لمطاعي: "إن المشرع عندما استعمل مصطلح: (من راجع زوجته)⁶⁸⁵، فهو يقصد به الرجوع الذي يأتي بعد الطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة، طبقا

⁶⁸³ - انظر، باديس ديابي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.120.

⁶⁸⁴ - انظر، بن داود عبد القادر، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خاص، د.س، ص.114 وما بعدها، وانظر أيضا، المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص.141؛ وانظر كذلك، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج.1، ص.317.

⁶⁸⁵ - تنص المادة: 50 من قانون الأسرة: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد".

لنص المادة 48 من قانون الأسرة، أي: (من راجع زوجته بعد أن طلقها طلاقا رجعيا، لا يحتاج إلى عقد جديد"، فلو كان حقيقة أنه لا وجود للطلاق الرجعي فلماذا يتكلم المشرع عن الرجوع، فرجوع الشيء لا يطلق إلا على عودة هذا الشيء بعد غيابه وزواله، فالمشرع يقصد من وراء ذلك، بدون أدنى شك، الطلاق الرجعي..⁶⁸⁶.

ثالثا: الترجيح في مسألة اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي:

الراجح أن يقال أن عبارة: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم" يقتضي أن حكم الطلاق حكم كاشف للطلاق غير منشئ له، وأن المشرع يعترف بالطلاق الرجعي لدالتين، دلالة النصوص القانونية(أ)؛ و شواهد الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا(ب).

أ/ دلالة النصوص القانونية على الطلاق الرجعي: دلت نصوص قانونية كثيرة على الطلاق الرجعي، من ذلك ما ورد في المادة 50 من ق أ بنصها أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، فلو كان حكم الطلاق الوارد في المادة 49 من ق.أ حكما منشئا لم يكن لهذه المادة معنى، إذ لو كان الحكم القضائي منشئا للطلاق لم يحتج الزوج إلى مراجعة امرأته لأنها زوجته، ولم تطلق منه بعد.

ولو قيل بأن نص المشرع أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي" يقتضي أن الحكم بالطلاق منشئ له للزم القول أن تثبيت الزواج في سجل الحالة المدنية أو بحكم قضائي إثبات منشئ للزواج، إذ أن عدم تثبيت الطلاق إلا بحكم قضائي كعدم تثبيت الزواج إلا بتسجيله في الحالة المدنية أو بحكم قضائي⁶⁸⁷.

والحقيقة أن نص المادة 50 من ق أ نص صريح على الطلاق الرجعي، إلا أن المشكلة في هذه المادة أنها قيدت حق الإرجاع بفترة الصلح التي قد تدوم ثلاثة أشهر، ومعلوم أن مدة العدة

⁶⁸⁶ - انظر، نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي و أثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، الجزائر، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006، ص.52.

⁶⁸⁷ - ويؤكد اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي نصه في المادة 48 من ق أ أن الطلاق يتم "بارادة الزوج...أو بطلب من الزوجة.."، إذ لو كان حكم الطلاق منشئا له لنص أن الطلاق يتم "بطلب الزوج" لا بإرادته.

في الطلاق قد تكون أقل أو أكثر من الثلاثة أشهر كما قد تكون مساوية لها، فعدة الحامل ليست كعدة الحائض واليائسة من الحيض كما ذكرنا من قبل.

و من المعلوم - كذلك في الشريعة - أن حق المراجعة لا يكون إلا في مدة العدة في الطلاق الرجعي، و بالتالي فيكون المشرع قد تجاوز الحد المنصوص عليه شرعا لمراجعة الزوج زوجته في الطلاق الرجعي.

و السبب فيما يبدو أن المشرع أراد الخروج من الخلاف الوارد في حساب العدد و المقصود من القرء، إلا أن هذا الأمر لا يبرر للمشرع تجاوز الحد الذي حده الشرع لمراجعة الزوج زوجته، قال تعالى: {تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا} ⁶⁸⁸.

وعليه فيستحسن أن تعدل المادة 50 من ق أ على النحو التالي: " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز مدة المراجعة العدة المنصوص عليها في الشرع تبتدئ من تاريخ تلفظ الزوج بالطلاق، ومن راجع زوجته بعد ذلك يحتاج إلى عقد جديد".

والمشكلة الأخرى في المادة 50 من ق أ أنها لم تفرق بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن بينونة صغرى، و هنا لزم الرجوع إلى الشريعة الإسلامية - بمقتضى المادة 222 من ق أ- التي تلزم الزوج إذا طلق زوجته مرتين بعقد جديد في العدة و بعدها.

ويجب التنبيه هنا إلى أن القول بأن الحكم بالطلاق حكم كاشف لا يقتضي أن هذا القول على إطلاقه، بل الصواب أن يقال أن الأصل في الحكم بالطلاق أن يكون كاشفا له في غير التطليق و الخلع، فالحكم فيهما منسئ للطلاق في قانون الأسرة الجزائري.

ب/ شواهد الاجتهادات القضائية على الطلاق الرجعي: نذكر هنا قرارين، قرار صادر قبل تعديل الأمر 02/05 و قرار صادر بعده.

⁶⁸⁸ - سورة البقرة، الآية. 229 .

أما القرار الأول فهو المؤرخ في 16 فيفري 1999 الذي قضى أنه: "متى تبين في قضية الحال أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة المسلمين، و أن المجلس أجرى تحقيقا و سمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة المسلمين، وبالتالي فلا يحق أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم (بإثبات الطلاق العرفي) طبقوا صحيح القانون."⁶⁸⁹.

فدل هذا الاجتهاد أن المحكمة اعترفت بالطلاق الذي وقع أمام جماعة المسلمين فلو كان الحكم بالطلاق - في غير التطبيق و الخلع - حكما منشئا لما أمكن للقضاء أن يعترف بالطلاق العرفي المذكور.

و مما يؤكد اعتراف القضاء بالطلاق الرجعي القرار الثاني المؤرخ في 09 ماي 2007 ، والذي جاء فيه: " حيث أن القرار المطعون فيه جاء معللا و مؤسسا بما فيه الكفاية، و ذلك لأن المطعون ضده - الزوج - تمسك بالرجوع ما دامت العصمة بيده و أن (الطلاق الذي صدر منه رجعي) ما دام أنه تراجع عن ذلك و سعى إلى إرجاعها في خلال مدة عشرين يوما قبل فوات مدة العدة شرعا"⁶⁹⁰، و قد صرح هذا القرار بصورة جلية اعترافه بالطلاق الرجعي.

أما فيما يخص ما ذكره الأستاذ تشوار من أن الطفل الذي أنجب بعد إحدى عشرة شهرا وقبل ثمان أشهر من يوم نطق القاضي به، يعتبر غير شرعي إذا طلقت أمه يوم رفع دعوى الطلاق، هذا كله إذا قلنا أن المشرع يعترف بالطلاق الرجعي، فالجواب أن الطفل غير شرعي قانونا، لأنه لو رجعنا إلى المادة 42 من قانون الأسرة نجد أنها تنص أن: "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر." المادة توقفت هنا، لتبين لنا المادة 43 من نفس القانون الوقت الذي نحسب فيه

⁶⁸⁹ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1999/02/16، ملف رقم. 216250، الاجتهاد القضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت.ع. خاص، 2001، ص. 100؛ وانظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2002/ 09/ 25، ملف رقم. 288322، م.ق، ع. 1، 2003، ص. 375؛ وانظر أيضا، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2005/ 02/23، ملف رقم. 315403، م.م.ع، ع. 1، 2005، ص. 275.

⁶⁹⁰ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، 2007/05/09، ملف رقم. 395557، م.م.ع، ع. 2، 2008، ص. 301-302؛ وانظر في هذا الصدد، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/ 12/17، ملف رقم. 35322، م.ق، ع. 4، 1989، ص. 91؛ وانظر كذلك، قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1986/02/10، ملف رقم. 39463، م.ق، ع. 1، 1989، ص. 115.

العشرة أشهر، فتتص على أن ذلك يكون من: "تاريخ الانفصال أو الوفاة"، لم يقل المشرع هنا من تاريخ صدور الحكم بالطلاق إذ لو قال ذلك لصح اعتراض الأستاذ، فالمقصود من "الانفصال" هنا الطلاق الفعلي، أي من يوم التلفظ بالطلاق لدلالة النصوص القانونية و شواهد الاجتهادات القضائية.

الحقيقة التي لا بد أن ننبه إليها في الأخير، أن هذا النقاش لم يكن ليرد أبدا لو أن المشرع كان أكثر دقة في وضعه للنصوص القانونية، فينبغي للمشرع أن يعدل المادة 1/49 من قانون الأسرة فينص أنه: " يقع الطلاق بمجرد تصريح الزوج به، ويجب إثباته بموجب حكم قضائي، مع إسناده لتاريخ إيقاع الزوج له."، كما يجذب أن يعدل من المادة 50 من نفس القانون على وفق الصيغة التي ذكرناها من قبل.

المطلب الثاني: المصالح المتوخاة في مسائل الحضانة

جاء في المادة 2/62 أنه: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"، لا يثور الإشكال هنا بشكل كبير إذا كان الأبوين متزوجين، فإن كلاهما حاضن لطفله وهو تحت عينه، وإنما الإشكال يقع عند الطلاق، والسؤال كيف يمكن صيانة مصلحة الطفل في هذه الحالة؟

لذا سيجري الكلام عن المصلحة في قبول الحضانة (الفرع الأول)؛ ثم نعرض على المصلحة في التنازل عنها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المصلحة في قبول الحضانة⁶⁹¹

السؤال المطروح هنا: هل الحضانة حق أم واجب؟ إذ لو كانت الحضانة حقا كان لصاحبها عدم قبولها؛ أما لو كانت واجبا لألزم من كلف بها على القبول.

⁶⁹¹ -الحضانة في الشرع هي تربية الطفل و رعايته و القيام بجميع أموره في سن معينة ممن له الحق في الحضانة. (عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.167)؛ أما في القانون فقد نصت المادة 62-1 من ق أ على أنها: " رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا ".

لهذا سيتم التطرق إلى الرضا بقبول الحضانة في الشرع (أولاً)؛ ثم في القانون (ثانياً).

أولاً: الرضا بقبول الحضانة شرعاً: اختلف أهل العلم في الحضانة إلى ثلاث أقوال: فقال

قوم أنها حق لله تعالى؛ وقال آخرون أنها حق للأم؛ وذهب جماعة أنها حق للولد⁶⁹².

والصحيح من ذلك أن يقال أن الحضانة تحتدبها ثلاثة حقوق: حق لله وحق للأم وحق للولد، أمّا حق الله في الحضانة فدليله قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"⁶⁹³، وحق الله في الحضانة يقتضي تربية الطفل على الدين والأخلاق و حسن الآداب، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما من مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه"⁶⁹⁴، فأناط مسؤولية إنشاء الولد على الدين بوالديه.

أما حق الأم في الحضانة فدليله قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المرأة أحق بولدها ما لم تزوّج"⁶⁹⁵، وأما حق الولد في الحضانة فدليله أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه⁶⁹⁶.

وعلى القاضي في كل هذا أن يعطي لكل ذي حق حقه فيقدم حق الله أولاً، فينظر أيُّ الوالدين أنفع للولد في دينه وأخلاقه، ثم يقدم حق الأم ما لم يقيم بها ما يمنع تقديمها، ثم يأتي بعدها حق الولد إذا صار محلاً للتمييز فيختار لنفسه من يجب أن يكون تحت حضانتها من والديه⁶⁹⁷.

⁶⁹² - محمد أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.1، ص.355.

⁶⁹³ - محمد أبو عبد الله البخاري، المرجع السابق، ر.ح.893، ص.109.

⁶⁹⁴ - محمد أبو عبد الله البخاري، نفس المرجع، ر.ح.6599، ص.790.

⁶⁹⁵ - محمد الألباني، صحيححة الألباني، المرجع السابق، ج.1، ر.ح.368، ص.709.

⁶⁹⁶ - محمد الألباني إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، ر.ح.2192، ص.249.

⁶⁹⁷ - محمد بن قيم الجوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج.5، ص.435.

ومن ثم فليست الحضانة حقاً خالصاً ولا مطلقاً للمرأة تتصرف فيه كما تشاء، فقد تجبر على الحضانة إذا لم يكن للصغير ذو رحم محرم غيرها⁶⁹⁸، كما قد يمنع عنها حق الحضانة إذا شاب دينها ما يدينسه⁶⁹⁹، أو لحقها وصف يمنع عنها حق الحضانة كالزواج.

والحضانة تدخل في الولاية على النفس، و تبقى للأب الولاية على المال و النكاح⁷⁰⁰،

وخلاصة البحث-هنا- أن الحضانة حق و واجب، فإذا يتمتع الحاضن باحتضان ولده فهو ملزم - من جانب آخر - على رعايته كما تقدم.

ثانياً: الرضا بقبول الحضانة قانوناً:

تنص المادة 62 منقلاً على أنه: "الحضانة هي رعاية الولد..."، و تنص المادة 64 من ق أ على أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها..."، من خلال استقراء المادتين يتضح أن المشرع يعتبر الحضانة حقاً و واجباً⁷⁰¹.

يؤكد ذلك ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 10 مارس 2011 على أنه: "يراعى مصلحة المحضون عند إسناد الحضانة و ليس الترتيب الوارد في المادة 64 من ق أ، وأنه يخضع تقدير مصلحة المحضون - هنا - للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"⁷⁰².

و حق الحاضن ليس حقاً مطلقاً على محضونه، جاء في القرار القضائي المؤرخ في 26 جانفي 1987 على أنه: "و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن أساس دعوى الطاعة يتعلق بعقد التخلي لها نهائياً عن البنت دون أن توجد أي قرابة سواء منها النسبية أو المصاهرة تربطها بأبوي

⁶⁹⁸-أنظر، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، دار الفكر الجامعي، د.س، ص.18.

⁶⁹⁹-أنظر، محمد عليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص.37.

⁷⁰⁰- محمد بن قيم الحوزية، زاد المعاد، المرجع السابق، ج.5، ص.437.

⁷⁰¹-و هذا ما صرح به الإجتهد القضائي المؤرخ في 1968/12/25 بقضائه أنه: "الحضانة حق و واجب"، (أنظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1968/12/25، ن.ق.ع.1969، 4، ص.123).

⁷⁰²-قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2011/03/10، ملف رقم. 613469، م.م.ع.ع.12012، 1، ص.285.

البنات، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بإرجاع البنات إلى والدها طبقوا صحيح القانون"، وبرز هذا القرار موقفه هذا أن "العقود موضوعها الأموال وليس الأشخاص"⁷⁰³.

وقد يجبر من له حق الحضانة عليها، هذا ما أشار إليه القرار القضائي المؤرخ في 21 أبريل 1998 بقضائه أنه: "من المقرر قانوناً أنه لا يعتد بالتنازل عن الحضانة إذا أضر بمصلحة المحضون، ومن ثم فإن القضاة لما قضوا بإسناد حضانة الولدين لأمهاتهما رغم تنازلهما عنها مراعاة لمصلحة المحضونين، فإنهم طبقوا صحيح القانون."⁷⁰⁴

كما قد يمنع من له حق الحضانة منها، يوضح ذلك ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 30 سبتمبر 1997 الذي قضى أنه: "من المقرر شرعاً و قانوناً أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون، و متى تبين - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما قضوا بإسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ."⁷⁰⁵

إلا أن المحكمة العليا في قرار آخر أعطت للأم المدانة بجريمة الزنا حق إسناد الحضانة إليها متى تحققت أن مصلحة المحضون في ذلك، و قد برر هذا القرار ما ذهب إليه بأن: "مصلحة البنات المحضون (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بهما، ذلك أنهما طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء"⁷⁰⁶.

الفرع الثاني: المصلحة في التنازل عن الحضانة

جرى الحديث عن حالة قبول الحضانة، لكن كيف العمل إذا رفض ما أسندت له الحضانة

حضانة المحضون أو صدر منه فعل قد يتعارض مع إبقاء حق الحضانة له؟

⁷⁰³ - قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1987/01/26، ، ملف رقم. 44571 ، م.ق.ع.، 1992، 4، ص.49.

⁷⁰⁴ - انظر، قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 1998/04/21، ، ملف رقم. 189234، ، الإجتهد القضائي ، قسم الوثائق للمحكمة العليا ، د.و.أ.ت.ع. خاص ، 2001، ص.175

⁷⁰⁵ - انظر، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1997/09/30، ، ملف رقم. 171684، ، الإجتهد القضائي ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت.ع. خاص، 2001، ص.169.

⁷⁰⁶ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2010/07/15، ، ملف رقم. 564787، م.م.ع.ع.، 2010، 2، ص.262.

هذه المسألة فرع عن سبقتها، ذلك أن اعتبار الحضانة حقا يخول لصاحبها التنازل عنها، والتنازل عن الحضانة إما أن يكون صريحا (أولا) أو ضمنيا (ثانيا)؛ و يطرح السؤال -هنا- هل يمكن الرجوع عن التنازل عن الحضانة (ثالثا)؟

أولا: التنازل الصريح عن الحضانة: معنى التنازل الصريح عن الحضانة هو أن يتقدم من أسندت إليه الحضانة إلى المحكمة مصرحا لها بتنازله عن الحضانة⁷⁰⁷، ويشترط في التنازل عن الحضانة هنا الشروط التالية :

1/ استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة: إن الحضانة على العموم لا تنتهي إلا

بموجب حكم قضائي⁷⁰⁸، باستثناء البنت إذا بلغت سن الزواج فإن حضانتها تنتهي بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها⁷⁰⁹.

2/ أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها: هذا شرط بديهي فلا يملك استعمال

الحق إلا مستحقه، و لما كانت الحضانة غير قابلة للتجزئة إلا بموجب مبرر شرعي⁷¹⁰ كان النزول عنها غير قابل للتجزئة، ناهيك أن يباشر ذلك غير مستحق الحضانة.

3/ أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضرا بالمحزون: فإذا كان التنازل مضرا به لم

يقبل، جاء في القرار المؤرخ في 14 أكتوبر 2010 أنه: " تقتضي مصلحة المحزون إسناد حضانته للأم بالرغم من تنازلها في دعوى التطليق بسبب الحكم على الزوج، لارتكابه جريمة مخلة بشرف الأسرة"⁷¹¹.

⁷⁰⁷ -تشوار حميدو زكية، مصلحة المحزون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.519.

⁷⁰⁸ -قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2011/02/10، ملف رقم. 599850، م.م.ع.ع.2012، 1، ص.281.

⁷⁰⁹ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2006/01/04، ملف رقم. 347914، م.م.ع.ع.1، 2006، ص.449.

⁷¹⁰ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1984/04/02، ملف رقم. 32594، م.ق.ع.1989، 1، ص.77.

⁷¹¹ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2010/10/14، ملف رقم. 381222، م.م.ع.ع.2011، 1، ص.248.

4/ لا يمكن التنازل عن الحضانة إلا إذا وجد حاضن آخر: أتى في القرار القضائي المؤرخ في 19 ديسمبر 1988 أنه: " من المقرر شرعا و قانونا أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها و له القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولا و تعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الحضانة"⁷¹².

ويجب التنبيه هنا إلى ما ذكرته الأستاذة زكية حميدو - في سياق حديثها عن هذا القرار - بقولها أنه: " لا يمكن أن تجبر الحاضنة على الحضانة لأنه يحتل عجزها المعنوي، لأن شفقتها كاملة على المحضون، و هي لا تصير عنها في الأغلب، إلا عن عجزها..."⁷¹³.

ثانيا: التنازل الضمني عن الحضانة: يقصد بالتنازل الضمني عن الحضانة -هنا- اتخاذ الحاضن موقفا إراديا يمنع من بقاء الحضانة مسندة إليه، ويمكن سرد الأسباب الإرادية الموجبة لسقوط الحضانة عن الحاضن على النحو التالي:

1/ زواج الحاضن بأجنبي وعدم المطالبة بالحضانة مدة سنة: تنص المادة 66 من ق أ على أنه: " يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم... "، وليس هذا حكما خاصا بالحاضنة بل قد يعم كل حاضن، فقد يكون تزوج الأب الذي أسندت له الحضانة بأجنبية عن المحضون سببا في إسقاط حقه في الحضانة إذا كان ذلك مضرا بمصلحة المحضون⁷¹⁴.

و جاء في القرار القضائي المؤرخ في 19 أبريل 1994 أن: " الإدعاء بزواج الأم الحاضنة لا يجب إثباته إلا بعقد زواج محرر طبقا للمادة 66 من ق.أ."⁷¹⁵.

⁷¹² - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم. 51894، م.ق.ع. 1990، 4، ص.70.

⁷¹³ -- انظر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص. 527.

⁷¹⁴ -قرار، م.ع.غ.أ.ش 1999/04/20، ملف رقم. 220470، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت.ع. خاص، 2001، ص.181.

⁷¹⁵ -قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1994/04/19، ملف رقم. 102886، ن.ق.ع. 51، ص.92.

إلا أن زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون لا يؤدي حتما إلى سقوط الحضانة، إذ قد تبقى مسندة إليه إذا اقتضت مصلحة المحضون ذلك⁷¹⁶.

وأما عدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة، فقد نصت المادة 68 من ق أ على أنه: " إذا لم يطالب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"، أثارت هذه المادة عدة تساؤلات أهمها في الوقت الذي تحسب منه مدة السنة، هل من وقت الحضانة الفعلية أو من وقت صدور الحكم المسند للحضانة لغير من له أولوية الحضانة؟

والسؤال المطروح - أيضا - هل إسقاط الحضانة بعد مضي مدة سنة بدون المطالبة بها يكون بموجب القانون أم لا بد من استصدار حكم بذلك؟

أما فيما يخص الوقت الذي تبدأ منه السنة المسقط للحضانة فلم تبين المادة 66 من ق.أ الوقت الذي تحسب فيه السنة الموجبة لسقوط الحضانة، إلا أنه وبالرجوع إلى القرار القضائي المؤرخ في 19 جويلية 1984 نجده يقضي بأنه: "من المقرر شرعا - وعلى ما استقر عليه الاجتهاد القضائي- أن الحضانة تسقط عن مستحقها إذا لم يمارس ذلك الحق خلال سنة، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

و لما كان الحكم الذي قضى بإسناد الحضانة للأب صدر في 1975/05/20، وأن الجدة للأم لم تحرك ساكنا إلا في شهر ديسمبر 1980، حيث طلبت ممارسة الحضانة، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم بإسقاط حضانة الأبناء عن الأب، و بإسنادها للجدة للأم، أخطئوا في قرارهم هذا وخالفوا بذلك قواعد الفقه الإسلامي"⁷¹⁷.

⁷¹⁶ -قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1989/07/03، ملف رقم 54353، م، ق، ع. 1992، 1، ص. 45.

⁷¹⁷ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، 1984/07/09، ملف رقم 32829، م، ق، ع. 1990، 1، ص. 60.

ومما يؤكد من أن السنة تحسب من استصدار الحكم ما جاء في القرار المؤرخ في 25 جوان 1984 بقضائهم أنه: "إذا كان الثابت - في قضية الحال - أن الجدة للأم طالبت بإسناد الحضانة لها بعد مضي سنة كاملة من سبق إسنادها للأب مما يترتب عنه سقوط حقها...⁷¹⁸".

وزيادة على ذلك فقد قضى القرار القضائي المؤرخ في 18 سبتمبر 1999، أن إدعاء الأب أنه يمارس الحضانة الفعلية وأن الأم لم تطالب بتنفيذ الحكم المسند إليها الحضانة - مدة سنة من صدوره - لا يوجب إسقاط الحضانة عنها وإسنادها إليه⁷¹⁹.

وهنا يطرح السؤال هل إسقاط الحضانة بعد السنة يكون بموجب القانون أو القضاء؟ هذه المسألة اختلف فيها بعض رجال القانون، فقال الأستاذ عبد العزيز سعد: "...إذا كان مستحق الحضانة بالأسبقية تخلى عنها ضمناً ولم يطلبها في الوقت المناسب حتى مضي على ذلك مدة من الزمن تفوق السنة كاملة فإن حقه فيها سيسقط بقوة القانون...⁷²⁰".

في حين يرى جانب من الفقه أنه لا بد - في هذه الحالة - من استصدار حكم قضائي بإسقاط الحضانة إذا لم يطالب بها صاحب الأولوية فيها مدة سنة، والرأي الأخير هو المعتمد قضاء إذ جاء في القرار المؤرخ في 10 فيفري 2011 أنه: "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي"⁷²¹، وهذا الرأي هو الأكثر حماية للمحضون، ذلك أن مصلحته لا تراعى إلا أمام القضاء⁷²²، و مما يؤكد ترجيح هذا الرأي اشتراط المادة 68 من ق.أ أن يكون عدم المطالبة - هنا- بدون عذر، وهذا الأمر لا يقدره إلا القاضي.

⁷¹⁸ - قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1984/06/25، ملف رقم. 33636، م.ق.ع. 1989، 3، ص.45.

⁷¹⁹ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1999/05/18، إجتهاد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت.ع. ح.ص. 2001، ص.985.

⁷²⁰ - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.301.

⁷²¹ - قرار، م.ع.غ.أ.ش، المؤرخ في. 2011/02/10، رقم الملف. 599850، م.ع.ع. 1، 2012، ص.281.

⁷²² - انظر، زكية حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.559.

2/ عمل الحاضنة وانتقال الحاضن إلى بلد أجنبي: حالة سقوط حضانة الحاضنة بسبب

عملها لم يكن منصوصا عليه في قانون الأسرة قبل تعديل الأمر 02/05، وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده في أول الأمر متشددا بالنسبة لعمل الحاضنة إذ جاء في القرار المؤرخ في 29 ماي 1969: " إن الشريعة التي منحت الأم الرتبة الأولى في ترتيب الحضانة لم تحصر اهتمامها في ضرورة الحنان على الأولاد، بل أنها أرادت أيضا أن توفر لهم الاعتناء في كل وقت والرعاية التي يستحقونها.

فإن القرار المطعون فيه متى شاهد أن الوظيفة التي تشغلها الأم تجعلها بعيدة عن أولادها الشطر الأعظم من النهار، فقد تمكن للمجلس من دون انتهاك الشرع أن يصرح، لا بسقوط حق الأم في الحضانة فحسب بل عدم قدرتها على الاهتمام بأولادها فقضى بتسليمهم لأبيهم الذي أثبت وجود شخص في بيته، وهي في هذه الحالة أمه، التي هي جديرة بتوفيرها لهم كل العناية المطلوبة"⁷²³.

إلا أنه سرعان ما غير الإجتهد القضائي موقفه من عمل المرأة فجاء في القرار القضائي المؤرخ في 18 جويلية 2000 أنه: "من المستقر عليه قضاء أن عمل المرأة لا يعتبر من مسقطات الحضانة، و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بإسقاط حضانة الولدين عن الطاعنة باعتبارها عاملة أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسيب وانعدام الأساس القانوني، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"⁷²⁴.

ولعل الذي يفسر عدول الاجتهاد القضائي عن فكرة سقوط الحضانة بسبب عمل الحاضنة، هو أن هذه الفكرة تتعارض مع المادة 29 من دستور 1996 قبل التعديل بنصها أنه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون. و لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرف

⁷²³ -قرار ، م.أ.غ.أ.ش، 1969/05/29، ن.ق، أكتوبر/ديسمبر، 1970، ص.50.

⁷²⁴ -قرار ، م.ع.غ.أ.ش، 2000/07/18، ملف رقم. 245156، إجتهاد قضائي ، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، ع.خاص، 2001، ص.188، و انظر أيضا ، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2002/07/03، ملف رقم. 274207، م.ق، ع.1، 2004، ص.263.

أو الجنس أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف آخر، شخصي أو اجتماعي"، و تزيد المادة 55 منه أن: "لكل المواطنين الحق في العمل"، فصيغة "كل المواطنين" الواردة في المادتين يفهم منها، كما قالت الأستاذة زكية حميدو: "أن الأمر يتعلق في هذا المجال بالجنسين معا، الذكر والأنثى، ومن ثم لم يترك التشريع الأساسي الباب مفتوحا للاجتهاد التشريعي"⁷²⁵.

وزيادة على ذلك فقد جاء في المادة 1/11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع ما يقتضي الحال اتخاذه من تدابير للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس تساوي الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولاسيما: الحق في العمل بوصفه حقا غير قابل للتصرف لكل البشر..."⁷²⁶.

هذا كله ما دفع بالمشروع الجزائري إلى تعديل المادة 67 من ق أ بزيادة فقرة فيها بموجب الأمر 02/05 تنص على أنه: "ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة"، إلا أن المادة اشترطت أن يكون ذلك مع مراعاة مصلحة المحضون في فقرتها الأخيرة.

أما انتقال الحاضن إلى بلد أجنبي، فتتص المادة 69 من ق أ على أنه: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون"، الظاهر من المادة أن الحاضن الراغب في الاستيطان في بلد أجنبي أن يتوجه إلى القضاء ليسمح له باستصحاب المحضون معه بعد إثبات الحضانة له، وأن للقاضي السلطة التقديرية في ذلك، فله أن يثبت الحضانة للحاضن-هنا-كما له أن يسقطها عنه"⁷²⁷.

⁷²⁵ - انظر، زكية حميدو، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي و الواقع الاجتماعي، مجلة الأسرة و التطورات العلمية، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، جامعة وهران، كلية الحقوق، د.ع، 2007، ص.111.

⁷²⁶ -اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المرجع السابق.

⁷²⁷ -بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج.1، المرجع السابق، ص.389.

إلا أنه وبالرجوع للاجتهاد القضائي نجده يميل إلى إسقاط حضانة الحاضن الذي يريد أن يستوطن في بلد أجنبي⁷²⁸، فقد جاء في القرار المؤرخ في 02 جانفي 1989 أنه: "من المقرر قضاء في مسألة الحضانة أنه وفي حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة وتخاصما على الأولاد بالجزائر، فإن من يوجد بها يكون أحق ولو كانت الأم غير مسلمة"⁷²⁹.

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 09 مارس 1987: "حيث أن السيدة الحاضنة تقيم بفرنسا، وخوفا على العقيدة الإسلامية للبنات فإن الحضانة تعطي للأب المقيم بالجزائر، وحيث أن حكم الحضانة غير نهائي فمتى رجعت الأم إلى الوطن يمكنها المطالبة بحضانة بناتها الثلاث"⁷³⁰.

إلا أنه إذا كان والدي المحضون قاطنين معا في بلد أجنبي واحد كان لأحدهما حق الحضانة وفقا لأحكامها، هذا ما قرره القرار القضائي المؤرخ في 25 ديسمبر 1989 بقضائهم أنه: "متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الحضانة تستند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أم أبا، فإن سكن الوالدين معا في بلد أجنبي يستلزم تطبيق القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة"⁷³¹.

3/ مساكنة الحاضن المحضون مع من سقطت حضائته: تنص المادة 70 من ق أ على

أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون المتزوجة بغير قريب محرم"، يؤخذ المشرع هنا أنه قيد حكم إسقاط الحضانة - في مساكنة المحضون مع من سقطت حضائته - بحالة مساكنة الجدة أم الأم و الخالة الحاضنتين مع الأم المتزوجة بأجنبي عن المحضون.

⁷²⁸ -عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.142.

⁷²⁹ - قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1989/01/02، ملف رقم. 52207، م.ق.ع.4، 1990، ص.74.

⁷³⁰ - قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1987/03/09، ملف رقم. 45186، مقتبس من، بلحاج العربي، قانون الأسرة و مبادئ الإجهاد القضائي وفقا لقرارات

المحكمة العليا، د.ط.د.م.ج، الجزائر، 1994، ص.131.

⁷³¹ - انظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1989/12/25، ملف رقم. 56797، م.ق.ع.3، 1991، ص.61.

وقد ذكر فيما سبق أن القضاء يعتبر زواج الأب بأجنبية عن المحضون سببا قد يسقط عنه حق الحضانة⁷³²، وبتالي فإن العلة في هذه الحالة واحدة وهي عدم مساكنة المحضون في بيت المبعضين له⁷³³.

وبالتالي فيستلزم أن يطبق حكم مساكنة الجدة - لأم- و الخالة مع أم المحضون المتزوجة بأجنبي على مساكنة الجدة لأب و العمة الحاضنتين مع أب المحضون المتزوج بأجنبية . وعلى هذا التقدير فقد ثبت قضاء أن الجدة إذا تزوجت هي الأخرى بأجنبي عن المحضون سقط حقها، إذ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 20 جوان 1988 أنه: " من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الأم) أن تكون غير متزوجة و ألا تسكنه مع إبنتها المتزوجة بأجنبي"⁷³⁴، و بالتالي فيقتضي الأمر أن يطبق مدلول المادة 70 من ق أ على حالة مساكنة البنت - الخالة أو العمة - الحاضنة مع أمها التي سقطت عنها الحضانة لتزوجها بأجنبي، فيعمم حكم المادة 70 من ق أ على كل حاضن ساكن محضونه مع من سبق سقوط حقه في الحضانة لتزوجه بأجنبي.

ثالثا: الرجوع عن التنازل عن الحضانة: تنص المادة 71 من ق أ أنه: " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"، مدلول المادة أن كل حاضن سقطت حضانته بغير سبب إرادي يمكن له أن يسترجع حقه في الحضانة إذا زال هذا السبب.

و بتالي فمن تنازل عن الحضانة بإرادته الحرة أو بسبب إرادي - كالتي ذكرت في التنازل الضمني عن الحضانة - لم يكن له أن يطالب بإرجاع حق الحضانة له، وهذا مقتضى المذهب المالكي الذي يفرق بين العذر الاختياري والعذر الاضطراري المسقط للحضانة، فذهب إلى أنه إذا كان العذر المسقط للحضانة إختياريا- كالزواج بأجنبي عن المحضون - لم يكن لمن سقطت حضانته بسببه أن تعود إليه الحضانة⁷³⁵.

⁷³²-انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش 1999/04/20، ملف رقم. 220470، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت، ع. خاص، 2001، ص.181.

⁷³³- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية، المرجع السابق، ص.596.

⁷³⁴- انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، 1988/06/20، ملف رقم. 50011، م.ق، ع.2، 1991، ص.57.

⁷³⁵-انظر، عبد المطلب حمدان، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص.86.

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي نجده في أول الأمر مسائرا لظاهر المادة 71 من ق أ، إذ جاء في القرار المؤرخ في 27 مارس 1989 أنه: "لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عند تنازلها عن حقها في الحضانة وبإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون"⁷³⁶، كما قد ورد في القرار المؤرخ في 05 فيفري 1990 أنه: "لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي، فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفا رضائيا و اختياريا يكون قد خالف القانون"⁷³⁷.

إلا أن الاجتهاد القضائي في قرارات أخرى ذهب إلى تغليب مصلحة المحضون إذ جاء في القرار المؤرخ في 22 فيفري 2000: "إن تنازل الأم عن الحضانة لا يعتبر نهائي لأن حضانة الأولاد من المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص التي يمكن الرجوع فيها اعتبارا لمصلحة المحضون وفقا لأحكام المادة 66 من ق أ"⁷³⁸، كما أتى في القرار المؤرخ في 20 أبريل 1999 أنه: "من المستقر أن مسألة إسناد الحضانة يمكن التراجع فيها لأنها تخص حالة الأشخاص و مصلحة، و متى تبين - في قضية الحال - أن تنازل الأم عن الحضانة لا يجرمها نهائيا من إعادة إسناد الحضانة إليها إذا كانت مصلحة المحضون تتطلب ذلك طبقا لأحكام المادتين 66 و 67 من ق أ"⁷³⁹.

تم إلى هنا الفصل الثاني من هذه الأطروحة، وبعد الحديث عن المصالح الواردة في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما كان لزاما البحث في الولاية على النفس، إذ هو الموضوع الوحيد المتبقي من مواضيع قانون الأسرة الذي لا يتناول إلا المسائل غير المالية.

⁷³⁶ - انظر، قرار، م.أ.غ.أ.ش، 1989/03/27، ملف رقم. 53340، م.ق.ع، 3، 1990، ص.83.

⁷³⁷ - انظر، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1990/02/05، ملف رقم. 58812، م.ق.ع، 4، 1992، ص.58.

⁷³⁸ - انظر، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 2000/02/22، ملف رقم. 235456، م.ق.ع، 1، 2001، ص.280.

⁷³⁹ - انظر، قرار، م.ع.غ.أ.ش، 1999/04/20، ملف رقم. 220470، إجتهد قضائي، قسم الوثائق للمحكمة العليا، د.و.أ.ت.ع. خاص، 2001، ص.181.

الفصل الثالث:

المصالح المحمية

في مسائل الولاية على النفس

المستقر لتقنين الأسرة الجزائري يجد أنه مقسم إلى أربعة كتب، أولها في الزواج وانحلاله؛ وثانيها في النيابة الشرعية؛ وثالثها في الميراث؛ ورابعها في التبرعات. أما الزواج وانحلاله فقد تم التطرق إليهما في الفصلين السابقين مع بيان ما تضمننا من مصالح غير مالية فيها، وأما الميراث والتبرعات فلا يدخل في مجال هذه الأطروحة، وتبقى مسألة النيابة الشرعية، وهي الولاية الثابتة شرعا على العاجزين عن التصرف بأنفسهم بسبب الصغر وما في معناه⁷⁴⁰.

والنيابة الشرعية والتي هي الولاية تنقسم إلى قسمين: ولاية على المال؛ وولاية على النفس⁷⁴¹. فالولاية على المال هي السلطة الشرعية التي تجعل لمن يثبت له حق النظر فيما فيه حظ للمولى عليه، في ماله بإنشاء العقود وتنفيذها⁷⁴².

أما الولاية على النفس فهي سلطة شرعية على شخص قاصر لتنشئته وتطبيبه وتعليمه وحمايته⁷⁴³، وإنفاذ القول على الغير في إنشاء عقد الزواج عنه وإيقاعه نافذا من غير حاجة إلى إجازة أحد⁷⁴⁴.

يمكن القول من خلال تعريف الولاية على النفس أنها تنقسم إلى قسمين: ولاية الحفظ وهي الولاية التي ترمي إلى تنشئة القاصر وتطبيبه وتعليمه وحمايته؛ وولاية التزويج الذي يقصد منها إنفاذ القول على الغير في إنشاء عقد الزواج وإيقاعه نافذا. ومنه سيتم التطرق إلى المصالح القانونية في ولاية الحفظ (المبحث الأول)؛ وكذا المصالح القانونية في ولاية التزويج (المبحث الثاني).

⁷⁴⁰ - تعرف النيابة على أنها قيام الإنسان عن غيره بفعل أمر، وتنقسم إلى نيابة إتفاقية وهي الوكالة؛ ونيابة شرعية وهي الثابتة شرعا وقانونا. (الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج.42، ص.27).

⁷⁴¹ - انظر، نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، ط.1، دار الشروق، مصر، 2002، ص.12.

⁷⁴² - محمد النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد، السعودية، 2012، ص.50.

⁷⁴³ - نضال أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.39.

⁷⁴⁴ - أسامة مسعود، الإكراه في عقد الزواج، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.98.

المبحث الأول:

المصالح المحمية في ولاية الحفظ

الإنسان أول ما يولد في هذا الوجود ينشأ صغيراً ضعيفاً، قال تعالى {اللَّهُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ ضَعْفٍ ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ ضَعْفٍ قُوَّةً ثُمَّ جَعَلَ مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ ضَعْفًا وَشَيْبَةً} ⁷⁴⁵، ومعنى الضعف هنا انعدام أو نقص القدرة العقلية والجسمية، قال تعالى: {وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ} ⁷⁴⁶، فلذلك كان لزاماً حماية هذا الإنسان الضعيف، والذي يسمى في أول حياته طفلاً قال تعالى: {هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلاً} ⁷⁴⁷، والميزة في الإنسان أن طفولته أطول من طفولة غيره من المخلوقات، فالحيوان مثلاً قد تمتد طفولته بضعة أسابيع أو أشهر على الأكثر، أما الإنسان فقد تمتد إلى خمسة عشر سنة أو تزيد ⁷⁴⁸.

لأجل هذا كان لابد من تشريع ينظم هذه الفترة لحماية الطفل، ولا يمكن حمايته إلا بفرض ولاية عليه لتحفظه، وهي ما يسمى بولاية الحفظ، وتقتضي ولاية الحفظ أمرين اثنين: أولهما تربية هذا الطفل (المطلب الأول)؛ وثانيهما حمايته بفرض مسؤولية قانونية على الإخلال بواجب الحفظ (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

المصالح المتوخاة في ولاية التربية

الكلام على ولاية التربية بدون أي شك من أبرز مواضع قانون الأسرة إن لم يكن من أهمها، إذ ينصب على شريحة حساسة في المجتمع إن حسنت تربيتها صلحت الأجيال ألا وهي

⁷⁴⁵ - سورة الروم، الآية. 54.

⁷⁴⁶ - سورة النحل، الآية. 78.

⁷⁴⁷ - سورة غافر، الآية. 67.

⁷⁴⁸ - محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ط. 1، دار الفكر العربي، مصر، 1994، ص. 05.

الأطفال، والعجيب أن هذا الموضوع لم يأخذ حظه الكافي من الاهتمام من قبل الباحثين في مجال القانون، مع أن المصلحة تقتضي أن يفرغ لهذه الشريحة من المجتمع كل الحرص خاصة من جانب تربيتها وإنشائها نشأة سليمة، لذلك كان لا بد من الحديث في هذه الأطروحة على ولاية التربية، وذلك بالكلام عن من يتولى التربية وعلى من تجب (الفرع الأول)؛ ثم التطرق إلى مضمونها (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

متولي التربية وعلى من تجب

الولاية في اللغة من ولي، قال الجوهري: " ولي: الولي القرب والدنوُّ يقال: تباعد بعد وُلِّيَ (وكل مما يليك)⁷⁴⁹ أي مما يقاربك" إلى أن قال: " فلان وُلِّيَ ووليَّ عليه كما يقال ساس و سيس عليه و ولاه الأمير عمل كذا، وولاه بيع الشيء وتولى العمل أي تقلد"⁷⁵⁰، قال الفيروزآبادي: "الوليُّ: الإسم منه والحب والصديق والنصير و ولي الشيء وعليه ولاية و ولاية أو هي المصدر وبالكسر: الخطة والإمارة والسلطان"⁷⁵¹، قال ابن فارس: "وكل من ولي أمر آخر فهو وليه"⁷⁵².

والولاية في الاصطلاح هي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي، فتشمل الإمامة العظمى والخطة كالقضاء والحسبة والمظالم والشرطة ونحوها، كما تشمل قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية⁷⁵³ وهو المقصود هنا.

749 - استشهد بما جاء عن عمر بن أبي سلمة قال: أكلت يوما مع رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما فجعلت أكل من نواحي الصفحة فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل مما يليك". (محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الأطعمة، باب الأكل مما يليه، ر.ح. 5377، ص. 667؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الأشربة، باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما، ر.ح. 2022، ص. 674).

750 - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص. 1269.

751 - انظر، محمد الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط. 1، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص. 1781.

752 - انظر، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون، ج. 6، ط. 1، دار الفكر، مصر، 1979، ص. 141.

753 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج. 45، ص. 135.

والسؤال المطروح فيما هو المقصود من ولاية التربية ومن تجب لهم وعلى من تجب؟
لذا لابد من تبين تعريف الولاية على التربية ومن تجب لهم (أولاً)؛ وكذا من تجب عليهم
(ثانياً).

أولاً: تعريف الولاية على التربية ومن تجب لهم: سيتم التطرق هنا إلى تعريف الولاية
على التربية (أ)؛ ومن تجب لهم (ب).

أ/ تعريف الولاية على التربية: التربية في اللغة كما قال في الصحاح من: "رَبَّيْتُهُ تَرْبِيَةً
وَتَرْبِيَتُهُ أَي غَدَوْتُهُ، هَذَا لِكُلِّ مَا يَنْمَى، كَالْوَلَدِ وَالزَّرْعِ وَنَحْوِهِ"، ومنه ربت قال الجوهري: "رَبَّتَ
الصَّبِيَّ يُرَبِّتُهُ تَرْبِيَتًا أَي رَبَّاهُ"⁷⁵⁴، قال الفيروزآبادي: "التَّرْبِيَةُ التَّرْبِيَةُ"⁷⁵⁵، قال ابن فارس: "الراء
والباء يدل على أصول فالأول إصلاح الشيء والقيام عليه" ثم قال: "والأصل الآخر لزوم الشيء
والإقامة عليه وهو مناسب للأصل الأول.."، ثم قال: "والأصل الثالث ضم الشيء للشيء وهو
أيضاً مناسب لما قبله"⁷⁵⁶.

قال ابن منظور: "وَرَبَّ وَلَدَهُ الصَّبِيَّ يُرَبُّهُ رَبًّا وَرَبَّيْتُهُ تَرْبِيَتًا وَتَرْبِيَتُهُ عَنِ اللَّحْيَانِي بِمَعْنَى رَبَّاهُ وَفِي
الْحَدِيثِ (لَكَ نِعْمَةٌ تَرْبُهَا) أَي تَحْفَظُهَا وَتُرَاعِيهَا وَتُرَبِّيُهَا كَمَا يُرَبِّي الرَّجُلُ وَلَدَهُ. وَفِي حَدِيثِ ابْنِ ذِي
يَزْنَ (أَسَدٌ تُرَبَّبُ فِي الْغِيضَاتِ أَشْبَالًا) أَي تُرَبَّى وَهُوَ أَبْلَغُ مِنْهُ وَمَنْ تُرَبُّ بِالْتَكْرِيرِ الَّذِي فِيهِ وَتَرْبِيَتُهُ
أَرْبِيَةٌ وَرَبَاهُ تَرْبِيَةٌ عَلَى تَحْوِيلِ التَّضْعِيفِ وَتَرْبَاهُ عَلَى تَحْوِيلِ التَّضْعِيفِ أَيضًا: أَحْسَنُ الْقِيَامِ عَلَيْهِ وَوَلِيهِ
حَتَّى يَفَارِقَ الطِّفْلِيَّةَ كَانَ ابْنَهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ"⁷⁵⁷، ومنه قوله تعالى على لسان فرعون ممتنا على موسى
عليه السلام: {قَالَ أَلَمْ نُؤْتِكْ فِينَا وَلِيدًا}⁷⁵⁸.

754 - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص. 418.

755 - محمد الفيروزآبادي، المرجع السابق، ص. 607.

756 - أحمد بن فارس، المرجع السابق، ج. 2، ص. 381 و382.

757 - انظر، محمد بن منظور، لسان العرب، ط. 1، ج. 1، دار النوادر، الكويت، 2010، ص. 386.

758 - سورة الشعراء، الآية. 18.

والتربية في الاصطلاح الشرعي "تنشئة الإنسان شيئاً فشيئاً في جميع جوانبه ابتغاء سعادة الدارين وفق المنهج الإسلامي"⁷⁵⁹، أما في الاصطلاح القانوني ومن خلال استقراء المادة 62 من ق.أ يمكن تعريف التربية أنها إنشاء الطفل على دين أبيه والسهر على حمايته صحة وخلقا⁷⁶⁰. وعلى هذا المعنى فإن الولاية على التربية جزء من الحضانة، إلا أن الحضانة تعم الولاية على المال عند المشرع الجزائري⁷⁶¹.

ب/ من تجب لهم ولاية التربية: سيتم النظر هنا إلى من تجب لهم التربية في الشريعة (1)؛ والقانون الجزائري (2).

1/ من تجب لهم ولاية التربية في الشريعة: سبق ذكر أن الولاية على التربية جزء من الحضانة، وعليه فمن تجب لهم الحضانة تجب لهم التربية، والأصل أن ولاية التربية أمر مشترك بين الزوجين قال تعالى: {وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْنِي صَغِيرًا}⁷⁶²، فحث على الدعاء لهما ثواب اشتراكهما في التربية ولم يخص الزوج أو الزوجة، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه"⁷⁶³، فجعل مسؤولية إنشاء الأولاد على الدين منوطة بالوالدين معاً، لكن النزاع يرد عند الطلاق أو الوفاة فمن أحق بتربية الطفل من الآخر؟

759 - انظر، خالد بن حامد الحازمي، أصول التربية الإسلامية، ط.1، دار عالم الكتب، السعودية، 2000، ص.19.

760 - تنص المادة 62 منق.أ: " الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا".

761 - تنص المادة 3/87 منق.أعلى أنه: "وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد"، ورد لفظ الولاية بصيغة العموم فهو يشمل الولاية على النفس والمال.

762 - سورة الإسراء، الآية.24.

763 - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، ر.ح.1385، ص.167؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، ر.ح.2658 و2659، ص.860 و861.

اختلف علماء الشريعة في ترتيب الأولياء على التريية فذهب المالكية أن أولى الناس بتريية الولد الأم فأمهاها⁷⁶⁴؛ ثم الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب؛ ثم خالة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب؛ ثم عمة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب⁷⁶⁵. قال صاحب البهجة: " هذا الصنف مقدم على الصنف الثاني إجماعاً"⁷⁶⁶.

والصنف الثاني الذين لهم الولاية على التريية عند المالكية هم: أمهات الأب؛ ثم الأب؛ ثم الأخت؛ ثم العممة؛ ثم عمة الأب؛ ثم خالة الأب؛ ثم ابنة الأخ؛ ثم ابنة الأخت؛ ثم الوصي؛ ثم الأخ؛ ثم الجد؛ ثم ابن الأخ؛ ثم العم؛ ثم ابن العم⁷⁶⁷.

والأحناف أولى الناس عندهم بتريية الولد بعد فرقة الزوجين الأم؛ ثم أمها؛ ثم أم الأب؛ ثم الأخت الشقيقة ثم لأم ثم لأب؛ ثم الخالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب، واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الأخت مع الخالة أيهما أسبق؟

والعممة الشقيقة ثم لأم ثم لأب بعد الخالات والأخوات؛ ثم العصبات بترتيب الإرث، فيقدم الأب؛ ثم الجد؛ ثم الأخ الشقيق ثم لأب؛ ثم بنوه؛ ثم العم؛ ثم بنوه، وإذا اجتمعوا وتساواوا فالأورع ثم الأسن.

فإذا عدت العصبات فلذوي الأرحام فتدفع للأخ لأم؛ ثم لإبنه؛ ثم للعم لأم؛ ثم الخال الشقيق ثم لأم، فإذا تساواوا فأصلحهم ثم أورعهم ثم أكبرهم⁷⁶⁸.

والمذهب عند الشافعية أنه إذا اجتمع النساء فأولى الناس بالطفل قبل التمييز الأم؛ ثم أمهاها المدليات بالإناث؛ ثم أم الأب وجداته المدليات بالإناث؛ ثم أم الجد وجدته؛ ثم أم الأب وجدته؛ ثم

⁷⁶⁴ - أمهات الأم هن على الترتيب: أم الأم؛ ثم أم أم الأم؛ ثم أم أبي الأم؛ ثم أم أمم الأم؛ ثم أم أبي أم الأم؛ ثم أم أبي أبي الأم. (علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، المرجع السابق، ج.1، ص.647).

⁷⁶⁵ - محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر بن عاصم، المرجع السابق، ج.1، ص.649.

⁷⁶⁶ - محمد التاودي، المرجع السابق، ج.1، ص.648.

⁷⁶⁷ - عبد الرحمن البرقوقي، المرجع السابق، ص.170.

⁷⁶⁸ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ج.5، ص.205 وما بعدها؛ محمد الأمين بن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المرجع السابق، ج.5، ص.253 وما بعدها.

الأخوات ثم الخالات ثم بنات الإخوة ثم العمات، أما إذا اجتمع الرجال فيترتبون ترتيب العصابات في الولاية إلا الأخ لأم فإنه يؤخر عن الأصول وعن الإخوة لأب، أما لو اجتمع الذكور والإناث فأولاهم الأم وأمهاتها المدليات من جهة الإناث ثم بعدهن الأب أولى من الجدات⁷⁶⁹.

وأحق الناس بتربية الطفل عند الحنابلة أمه؛ ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب؛ ثم الأب؛ ثم أمهاتها؛ ثم الجد؛ ثم أمهاته؛ ثم الأخت لأبوين؛ ثم الأخت لأب؛ ثم الأخت لأم؛ ثم الخالة؛ ثم العمه؛ ثم العصابات وأولاهم الجد أبو الأب وإن علا؛ ثم الأخ من الأبوين؛ ثم الأخ من الأب؛ ثم بنوهم وإن سفلوا على ترتيب الميراث؛ ثم العمومة؛ ثم بنوهم ثم عمومة الأب؛ ثم بنوهم، وهذا قول الشافعي أيضا في العصابات.

واختلف قول الحنابلة في ذوي الأرحام إذا لم يبق غيرهم بين قائل بأحقيتهم وبين من لا يرى لهم ولاية على تربية الطفل وينقل الأمر إلى الحاكم⁷⁷⁰.

والمذهب عند الظاهرية أن أولى الناس بتربية الولد الأم والجدة؛ ثم الأب والجد؛ ثم الأخ والأخت؛ ثم الأقرب فالأقرب، فإن تساوى الإخوة والأخوات وتراضوا أن يكون الصغير عند كل واحد منهم مدة فلهم ذلك، فإن أبوا قرعوا بينهم⁷⁷¹.

الأصل في كل ما ذكر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الخالة بمنزلة الأم"، وسبب ورود الحديث اختلاف علي بن أبي طالب وأخوه جعفر وزيد بن حارثة أيهم يكفل بنت حمزة بن عبد المطلب إذ استشهد في أحد، ففرضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لجعفر لعله أن زوجته خالة بنت حمزة بن عبد المطلب⁷⁷²، فدل الحديث على أمور أولها أن أحق الناس بحضانة الولد

⁷⁶⁹ - انظر، محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط.1، ج.2، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، 1997، ص.123؛ وانظر أيضا، محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ط.1، ج.6، دار السلام، مصر، 1997، ص.240 وما بعدها.

⁷⁷⁰ - انظر، عبد الله بن قدامة، المقنع، ط.1، ج.24، دار هجر، مصر، 1996، ص.456 وما بعدها؛ و عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.420 وما بعدها.

⁷⁷¹ - علي بن حزم، المحلى بالآثار، المرجع السابق، ج.10، ص.323.

⁷⁷² - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء، ر.ح.4251، ص.511.

وتريبته الأم، فإن منعها عن ذلك مانع فالحالة، وي طرح السؤال في حالة ما إذا كان الأب حيا فمن أولى؟

والجواب أن أولى الناس بالولد قبل التمييز الأم قال تعالى: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} ⁷⁷³، وقال تعالى: {وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ} ⁷⁷⁴، وقال تعالى: {وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِإِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا} ⁷⁷⁵، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "المرأة راعية في بيت بعلها وولده وهي مسؤولة عنهم" ⁷⁷⁶، وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم من أحق الناس بحسن صحابتي قال: "أمك" قال ثم من؟ قال: "أمك" قال ثم من؟ قال: "أمك" قال ثم من؟ قال: "أبوك" ⁷⁷⁷، وجاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال: لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي" ⁷⁷⁸، والدليل على أن أحقية الأم بولدها إنما تكون قبل التمييز أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما عليه" فقال زوجها: من يحاقي في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للصبي: "هذا أبوك وهذه أمك

⁷⁷³ - سورة البقرة، الآية. 233.

⁷⁷⁴ - سورة لقمان، الآية. 14.

⁷⁷⁵ - سورة الأحقاف، الآية. 15.

⁷⁷⁶ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب العتق، باب كراهية التطاول على الرقيق وقوله عبدي أمي، ر.ح. 2554، ص. 303؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإمارة، باب فضل الإمام العادل، ر.ح. 1829، ص. 614.

⁷⁷⁷ - محمد البخاري، نفس المرجع، كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة، ر.ح. 5971، ص. 725؛ مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأمهما أحق به، ر.ح. 2548، ص. 830.

⁷⁷⁸ - سليمان السجستاني، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج. 2، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ر.ح. 2276، ص. 490، قال الألباني: حسن. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 7، كتاب النفقات، باب الحضانة، ر.ح. 2187، ص. 244).

فخذ بيد أيهما شئت"، فأخذ بيد أمه فانطلقت به⁷⁷⁹، فلولم يكن الولد مميزا ما خيره صلى الله عليه وسلم لانعدام أهليته وقد عصم الله نبيه صلى الله عليه وسلم من الظلم، قال الله تعالى: {وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ}⁷⁸⁰.

وأولى الناس بتربية الولد بعد الأم أمها لوجوه عدة، أولها أنها أقرب الناس إليها وأحنهم عليها وعلى ولدها، قال تعالى: {وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ}⁷⁸¹؛ والوجه الثاني أن أم الأم وإن علت تسمى أما في الشريعة كما أن أب الأب وإن علا يسمى أبا، قال تعالى: {وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ}⁷⁸²، فسمى الله إبراهيم عليه السلام أبا مع أنه الأب الأعلى، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان راميا"⁷⁸³ فسمى إسماعيل عليه السلام أبا مع أنه الأب الأعلى، فلما كان الأب الأعلى يسمى أبا استلزم أن تكون أم الأم أو أم الأب أما لحفيدها وإن علت، وبالتالي فإن أولى الناس بالتربية الأم ثم أمها وإن علت ثم أم الأب وإن علت، وقدمت أم الأم على أم الأب لمكانتها من الأم وقربها منها.

وتأتي الحالة الشقيقة ثم لأم ثم لأب بعد من ذكرن لورود النص على ذلك⁷⁸⁴، ولا اجتهاد مع النص، ثم البنت بعد الحالة لأنها أقرب -بعد الحالة- إلى الأم، والظاهر في محاولة الترجيح هذه أن مذهب الحنفية أقرب إلى الصواب، والمصلحة من تقديم النساء أهن أوسع صدرا وأقدر بذلا

779 - سليمان السجستاني، نفس المرجع، ج.2، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ر.ح.2277، ص.490؛ أحمد النسائي، سنن النسائي، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2014، ر.ح.3496، ص.821؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.4، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، ر.ح.2351، ص.32؛ محمد الترميذي، المرجع السابق، ج.3، أبواب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، ر.ح.1357، ص.31، قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، نفس المرجع، ج.7، كتاب النفقات، باب الحضانه، ر.ح.2192، ص.249).

780 - سورة الشورى، الآية.52.

781 - سورة الأحزاب، الآية.6.

782 - سورة الحج، الآية.78.

783 - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب المناقب، باب نسبة اليمن إلى إسماعيل، ر.ح.3507، ص.426.

784 - قوله صلى الله عليه وسلم: "الحالة بمنزلة الأم"، انظر هامش ص.159.

للجهد - خاصة إذا كن متفرغات لبيوتهن ولتربية أولادهن- من الرجال في تربية الطفل دون سن التمييز، قال علاء الدين الكاساني: "والأصل فيها النساء لأنهن أشفق وأرفق وأهدى إلى تربية الصغار"⁷⁸⁵.

2/ من تجب لهم ولاية التربية في القانون الجزائري: تنص المادة 3/36 من قانون الأسرة أنه: "يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم"، فجعل المشرع مسؤولية تربية الأولاد للزوجين معا وهذا أمر مطابق لما جاء في الشريعة، أما في حالة افتراق الزوجين بالطلاق أو الوفاة نجد أنه قد نص في الأمر 02/05 المتضمن تعديل قانون الأسرة أن الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك⁷⁸⁶، والملاحظ هنا أن المشرع قدم الأب على سائر النساء من دون الأم، في حين كان في القانون 11/84 يجعل مرتبة الأب بعد الأم ثم أمها ثم الخالة⁷⁸⁷، وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لا نجد من أصحاب المذاهب السنية المعروفة من يجعل الأب بعد الأم مباشرة في الحضانة وبالتالي التربية، ويمكن القول أن المادة 64 من ق.أقبل التعديل كانت أقرب إلى الشريعة وهنا يطرح السؤال من أين أتى المشرع بهذا الترتيب وما هي المصلحة التي اعتبرها.

والجواب على ذلك ما ذكره عبد القادر بن داود - الذي كان أحد أعضاء لجنة تعديل قانون الأسرة - حيث قال: "جاء في عرض الأسباب المرفقة بنص المشروع التمهيدي للتعديل الذي عرض على مجلس الحكومة أنه يقترح إعادة النظر في ترتيب الحق في ممارسة الحضانة عن

⁷⁸⁵ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.5، ص.205.

⁷⁸⁶ - تنص المادة 64 من ق.أ بعد التعديل أنه: "الأم أولى بحضانة ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". (الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في 27 فبراير 2005).

⁷⁸⁷ - تنص المادة 64 من ق.أ قبل التعديل أنه: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها ثم الخالة، ثم الأب ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة". (القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24، المؤرخة في 12 يونيو 1984).

طريق تقديم الأب على الجدة والحالة في إسناد الحضانة على اعتبار أن الأب أولى منهم وأكثر حرصا على رعاية أبنائه⁷⁸⁸، والسؤال الوارد هنا هو كيف يكون حرصا على أولاده وتحت رعايته الدائمة وقد أوجبت عليه المادة 75 من ق.أ أن ينفق عليهم؟ وبتالي يلزمه الخروج إلى العمل لتحصيل ما يمكنه به الإنفاق على أولاده، وإذا خرج لم يقدر على رعايتهم والحرص عليهم إذا كان الولد دون سن التمييز! وليس هذا فحسب بل إن الطفل في هذه المدة أحوج ما يكون إلى النساء لأنهن أقدر على رعايته بما جبلهن الله به من التعطف خاصة إذا كانت أمه أو جدته أو خالته أو أخته، قال ابن عاصم:

"وصرفها إلى النساء أليق// لأنهن في الأمور أشفق"⁷⁸⁹

ولابد من الإشارة هنا أن المشرع قد أحسن عندما فتح باب الاجتهاد للقاضي عندما نص على أنه: "مع مراعاة مصلحة المحضون في ذلك"، وأحسن من ذلك ما ورد في القرار المؤرخ في 10 مارس 2011 إذ جاء فيه: "ترعى مصلحة المحضون، عند إسناد الحضانة، وليس الترتيب الوارد في المادة 64 ق.أ، ويخضع تقدير مصلحة المحضون للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع"⁷⁹⁰.

ثانيا: من تجب عليهم التربية:

ويقصد بمن تجب عليهم التربية الأطفال، وسيتم التطرق هنا إلى من تجب عليهم التربية في الشريعة الإسلامية(أ)؛ والقانون الجزائري(ب).

أ/ من تجب عليهم التربية في الشريعة: الأطفال في الشريعة إما أن يكونوا عديمي الأهلية؛ أو أن يكونوا ناقصيها. أما عديمي الأهلية فهم من يتمتعون بأهليه الوجوب، ومعنى أهلية الوجوب

788 - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.166.

789 - انظر، محمد بن عاصم، متن العاصمية، ط.1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1348، ص.44.

790 - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2011/03/10، رقم الملف. 613496، م.م.ع، ع.1، 2012، ص.285.

صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه معا أو له أو عليه⁷⁹¹، وهي تبدأ عند الجمهور من وقت الحمل، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، وخالفهم الإمام أبو حنيفة، إذ ذهب أن للمولود أهلية الوجوب إذا خرج أكثره حيا ولو مات قبل أن يتم خروج باقيه⁷⁹².

والطفل الذي يتمتع بأهلية الوجوب فقط هو الصغير غير المميز، جاء في المادة 943 من مجلة الأحكام العدلية: "الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء ولا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يميز الغبن الفاحش.."⁷⁹³.

وأصل أهلية الوجوب قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث.."⁷⁹⁴ وذكر منهم: "وعن الصبي حتى يكبر"⁷⁹⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أبناءكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر"⁷⁹⁵، وقوله تعالى: {أَوِ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ}⁷⁹⁶، واختلف الفقهاء متى تنتهي أهلية الوجوب، قال مالك: "تؤمر الصبيان بالصلاة إذا أنغروا"⁷⁹⁷، ومعنى الإثغار هو نزع الأسنان اللبنية.

قال ابن رشد: الصواب رواية ابن وهب أنها عند العشر لا عند الإثغار خلافا لابن القاسم، ومعناه عن ابن حبيب أن لا يتجرد أحدهم مع والديه ولا مع إخوته ولا مع غيرهم إلا وعلى كل منهم ثوب حائل⁷⁹⁸.

791 - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج.7، ص.152.
 792 - انظر، لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، ط.1، دار ابن رجب، مصر، 2013، ص.32.
 793 - مجلة الأحكام العدلية، ط.1، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ، ص.138.
 794 - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.4، كتاب الحدود، باب في الجنون يسرق أو يصيب حداً، ر.ح.4398 و4399 و4401، ص.363؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.3، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ر.ح.2041، ص.442. قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.2، ص.4).
 795 - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.1، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ر.ح.494 و495، ص.237 و239؛ محمد الترميذي، المرجع السابق، ج.1، كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، ر.ح.704، ص.432؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.1، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها، ر.ح.886 و887، ص.429 و430.
 796 - سورة النور، الآية.31.
 797 - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.1، ص.161.
 798 - محمد باي بلعالم، المرجع السابق، ج.1، ص.183.

ولعل الراجح أن يقال أن حد أهلية الوجوب عشر سنين لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، لأن الأمر لا يكون إلا لمن عَقِلَ ومَيَّزَ الأمور، وأمر الصبي بالصلاة وهو ابن سبع ليس على سبيل الوجوب بل الندب، والذي صرف الوجوب هنا إلى الندب قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث"، ومعنى هذا أن الصبي يؤجر على إقامتها ولا يعاقب على تركها، لكن الأمر الموجه للولي بأن يعلم ابنه الصلاة لسبع أمر على سبيل الوجوب إذا لم يمثل أتم، فصيغة الأمر في قوله صلى الله عليه وسلم: "مروا" للأولياء لم يرد ما يصرفها إلى الندب، قال الدسوقي: "الولي مأمور بالأمر بها، والصبي مأمور بفعلها، وهذا أي كون الصبي مأمورا بها من جهة الشارع بفعلها بناء على أن الأمر بالأمر بالشيء أمر بذلك الشيء، وعلى هذا فالصبي مكلف بالمندوبات والمكروهات"⁷⁹⁹.

أما الأطفال ناقصوا الأهلية وهم ما يطلق عليهم بالصغير المميز، وهو من ملك القدرة العقلية على التمييز بين الحسن والقبيح من الأمور، وبين الخير والشر والنفع والضرر، إلا أن قوة إدراكه لهذه الأمور غير مكتملة⁸⁰⁰، ويبدأ التمييز على القول الراجح من العشر سنين في الشريعة الإسلامية، وينتهي التمييز بإجماع العلماء بالاحتلام في الرجال والحیضة في النساء، وهو البلوغ الذي تلزم به الأحكام الشرعية كلها من عبادات وحدود وتجوز به الشهادات⁸⁰¹.

واختلف أهل العلم فيمن تأخر احتلامه من الرجال أو الحيض من النساء، فاعتبر مالك والليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور الإنبات، إلا أن مالكا لا يقيم به الحد للشبهة، واعتبره الشافعي في الكافر واختلف قوله في المسلم⁸⁰²، ولم يعتبر أبو حنيفة الإنبات، وقال الجصاص: "وجعل أبو

799 - محمد الدسوقي، المرجع السابق، ج.1، ص.186.

800 - محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط.1، دار هوميه، الجزائر، 2002، ص.10.

801 - انظر، علي بن بطال، شرح صحيح البخاري، ج.8، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض، د.س، ص.49.

802 - أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ج.10، ص.540.

حنيفة بلوغ الأشد خمسا وعشرين سنة، فإذا بلغها دفع إليه ماله ما لم يكن معتوها، وذلك لأن طريق ذلك اجتهاد الرأي وغالب الظن، فكان عنده أن هذا السن هو بلوغ الحلم⁸⁰³.

وأصل ما ذكر هنا قوله تعالى: {وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا..} ⁸⁰⁴، وما ثبت عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عرضه يوم أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، ثم عرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني⁸⁰⁵.

قال ابن العربي في حديث ابن عمر: "قال علماؤنا: إنما كان ذلك نظرا إلى إبطاء القتال لا إلى الاحتلام⁸⁰⁶، فإن لم يكن هذا دليلا فكل عدد من السنين يذكر فإنه دعوى، والسن التي اعتبرها النبي أولى من سن لم يعتبرها ولا قام في الشرع دليل عليها"⁸⁰⁷، وأكثر المالكية قالوا حد البلوغ سبع عشرة أو ثمان عشرة، وقال الشافعي وأحمد وابن وهب والجمهور حده فيهما خمس عشرة سنة على ما في حديث ابن عمر⁸⁰⁸، قال الشنقيطي: "وأكثر أهل العلم على أن سن البلوغ خمس عشرة سنة"⁸⁰⁹، ولعله هو الراجح.

واختلف أهل العلم في تصرفات المميز، فذهب الشافعي إلى بطلانها، وخالفه الجمهور وقال بالاعتداد بها إذا كانت نافعة نفعا محضا أو مترددة بين النفع والضرر إن كانت بإذن من الولي أو بعد إجازته لها⁸¹⁰، والراجح قول الجمهور لقوله تعالى: {وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ

⁸⁰³ - أحمد الحصاص، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج.4، ص.196.

⁸⁰⁴ - سورة النور، الآية.59.

⁸⁰⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الشهادات، باب بلوغ بلوغ الصبيان وشهادتهم، ر.ح.2664، ص.319؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإمارة، باب بيان سن البلوغ، ر.ح.1868، ص.627.

⁸⁰⁶ - يظن ما ذكره هنا رواية الدارقطني لحديث ابن عمر بلفظ: "عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني، ولم يرني بلغت..". (علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.5، كتاب السير، ر.ح.2404، ص.203).

⁸⁰⁷ - محمد بن العربي، أحكام القرآن، المرجع السابق، ج.1، ص.418.

⁸⁰⁸ - أحمد العسقلاني، المرجع السابق، ج.6، ص.540.

⁸⁰⁹ - محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، المرجع السابق، ج.2، ص.329.

⁸¹⁰ - محمد النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012، ص.37 و38.

فَإِنْ أَنْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ⁸¹¹ ، ولا يكون الابتلاء إلا إذا ابتلي الصبي بإعطائه

شيئا من المال أو تفويض بعض البيع والشراء له ليعرف أيحسن التدبير أم يقع في الغبن؟

واختلف العلماء في الحد الذي تنتهي فيه التربية، فالمشهور من مذهب مالك أنه عند البلوغ للذكر أو الدخول للأنتى⁸¹² ، أما الأحناف فالمذهب عندهم أن حضانة الذكر تنتهي إذا استقل بنفسه فأمكن له أن يأكل وحده ويشرب وحده ويتوضأ وحده فإذا بلغ هذا المبلغ انتقلت التربية إلى الأب، أما البنت فالحضانة والتربية تدوم إلى البلوغ⁸¹³ ، أما الشافعية فإن الحضانة عندهم تنتهي إذا بلغ الولد - ذكرا كان أو أنثى - سبع أو ثمان سنين ثم تنتقل التربية إلى من خير من أبيه أو أمه إذا عقل واستوى والديه في العدالة وإلا أسندت إلى أوثقهما، ولا فرق عندهم بين الذكر والأنتى⁸¹⁴ .

والحضانة عند الحنابلة إلى سبع سنين سواء في الذكر أو الأنتى، فإذا بلغ كل منهما هذه السن خير الذكر بين أبويه لتنتقل إليه التربية إذا عقل وكان من اختاره أهلا للحضانة، أما البنت فإذا بلغت سبع سنين أسندت تربيتها إلى أبيها⁸¹⁵ ، أما الظاهرية فالحضانة عندهم وبالتالي التربية تنتهي بالنسبة للولد الصغير أو البنت الصغيرة إذا بلغا الحيض أو الاحتلام أو الإنبات مع التمييز وصحة الجسم سواء كانت أمه حرة أو لا، تزوجت أو لم تزوج رحل الأب عن ذلك البلد أو لم يرحل⁸¹⁶ .

الملاحظ مما ذكر أن الحضانة والتربية أمرين غير مترادفين، وإن كانت التربية جزء من الحضانة، إلا أنه يمكن أن تنتهي الحضانة وتبقى التربية كما هو مذهب أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل، وإن كانوا قد اختلفوا إلى من تسند، فالأحناف أسندوا التربية بعد انتهاء الحضانة للأب

811 - سورة النساء، الآية 6.

812 - علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.646.

813 - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.5، ص.213.

814 - محمد الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.239.

815 - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.11، ص.417.

816 - علي بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.323.

في الذكر والأم في الأنثى، أما الشافعية فخيروا المحضون أيًا كان جنسه بين أن تسند تربيته إلى أبيه أو أمه، أما الحنابلة فقالوا بخير الولد في التربية ولا تحير البنت بل تسند تربيتها إلى الأب، واتفق الجمهور أن التربية تنتهي بالبلوغ إلا المالكية قالوا تستمر إلى الدخول للبنت.

وأصل ما ذكر هنا هو ما ثبت أن امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال: لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أنت أحق به ما لم تنكحي"⁸¹⁷. والدليل على أن أحقية الأم بولدها الذكر إنما تكون قبل التمييز أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "استهما عليه" فقال زوجها: من يحاقي في ولدي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم للصبي: "هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت"، فأخذ بيد أمه فانطلقت به⁸¹⁸، فهذا دليل على أن الذكر يخير إذا بلغ سن التمييز بين والديه إذا استويا في العدالة، ولم يرد بالسنة حكم البنت إذا بلغت سن التمييز، فالراجح استصحاب الحكم السابق أي كون أمها أولى بها فيما قبل التمييز إلى ما بعد التمييز فإذا بلغت البنت سقطت عنها كل ولاية إلا ولاية الأب أو الجد.

والمصلحة في تخيير الولد الذكر أن أمره متردد بين مصلحتين، فبقاؤه مع أمه مما تميل إليه نفسه لما جبلها الله عليه من الرفق والشفقة والتعطف به، والمصلحة الثانية أنه لا بد أن يتمرس بحصال الرجال وأبوه أقدر على ذلك، فإذا رأى القاضي أمه قادرة أن تربي ولدها على حصال الرجال كقدرة أبيه، وأن الأب قادر أن يغدق على ابنه من العطف والشفقة والرفق كمقدرة أمه أمكن القاضي أن يخير الابن بين والديه لاجتماع كلا المصلحتين في كل واحد منهما.

إما إسناد البنت في التربية إلى أمها بعد التمييز حتى تبلغ فلمصلحتين أولاهما ما ذكر من تعطف الأم، وثانيهما أن الأم أقدر على تربيتها على طبائع النساء وأعمالهن، فإذا بلغت كانت

⁸¹⁷ - سليمان السجستاني، سنن أبي داود، المرجع السابق، ج.2، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ر.ح.2276، ص.490، قال الألباني: حسن. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.7، كتاب النفقات، باب الحضانة، ر.ح.2187، ص.244).
⁸¹⁸ - سليمان السجستاني، نفس المرجع، ج.2، كتاب الطلاق، باب من أحق بالولد، ر.ح.2277، ص.490؛ أحمد النسائي، سنن النسائي، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2014، ر.ح.3496، ص.821؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.4، كتاب الأحكام، باب تخيير الصبي بين أبويه، ر.ح.2351، ص.32؛ محمد الترمذي، المرجع السابق، ج.3، أبواب الأحكام، باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، ر.ح.1357، ص.31، قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، نفس المرجع، ج.7، كتاب النفقات، باب الحضانة، ر.ح.2192، ص.249).

تحت ولاية أبيها، وأشار الكاساني إلى المصلحة في ذلك فقال عن البنت: " فترك في يد الأم، بل تمس الحاجة إلى الترك في يدها إلى وقت البلوغ لحاجتها إلى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمت البيت، ولا يحصل ذلك إلا وأن تكون عند الأم، ثم بعدما حاضت أو بلغت عند الأم حد الشهوة، تقع الحاجة إلى حمايتها وصيانتها وحفظها عنم يطمع فيها، لكونها لحما على وضم، فلا بد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر"⁸¹⁹.

ب/ من تجب عليهم التربية في القانون الجزائري: الأدوار الطبيعية التي يمر بها الشخص الطبيعي في القانون عموما وفي القانون الجزائري على وجه الخصوص ثلاثة أدوار وهي: القاصر غير المميز؛ ثم القاصر المميز؛ ثم البالغ الراشد، أما القاصر غير المميز فهو الذي لم يبلغ سن الثالث عشرة سنة في القانون رقم 10/05⁸²⁰ بعد أن كان ست عشرة سنة في الأمر 58/75، ويعتبر فاقد التمييز معدوم الأهلية وبالتالي تعتبر كل تصرفاته باطلة⁸²¹.

أما القاصر المميز فهو الذي بلغ الثالث عشرة سنة، ويعتبر القاصر المميز ناقص الأهلية⁸²²، أي أن تصرفاته تكون نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، ومتوقفة على إجازة الولي أو الوصي إذا ما كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي⁸²³، وكل قاصر سواء كان فاقدًا للتمييز أو كان مميزًا ينوب عنه الولي أو الوصي أو المقدم⁸²⁴.

أما البالغ فقد اضطربت النصوص القانونية بالجزائر في تحديد السن القانونية التي يكون من بلغها راشداً، فسن الرشد في القانون المدني وقانون الأسرة تسع عشرة سنة⁸²⁵، أما سن الرشد في

⁸¹⁹ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.5، ص.213.

⁸²⁰ - انظر، المادة 2/42 من القانون 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع.44، المؤرخة في 26 يونيو 2005؛ وانظر، نفس المادة، من الأمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

⁸²¹ - المادة 82 منق.أ.

⁸²² - المادة 43 ق.م.

⁸²³ - المادة 83 منق.أ.

⁸²⁴ - المادة 81 منق.أ.

⁸²⁵ - انظر، المادتين 40 من ق.م والمادة 07 منق.أ.

قانون حماية الطفل وقانون الإجراءات الجزائية والقانون الأساسي العام للتوظيف العمومي هو ثمان عشرة سنة⁸²⁶، أي أن من بلغ ثمان عشرة سنة لا يعتبر طفلاً وهو أهل لتولي الوظائف ويتحمل المسؤولية الجزائية وهو في نفس الوقت قاصر لم يبلغ سن الرشد في القانون المدني وقانون الأسرة، فأى مصلحة متوخاة هنا من المشرع الجزائري؟

الحضانة في القانون الجزائري تنقضي ببلوغ الذكر عشر سنين، أما الأنثى فتقضي حضانتها ببلوغها سن الزواج أي سن الرشد، ويمكن أن تمدد حضانة الذكر إلى ست عشرة سنة إذا كانت حاضنته أما لم تتزوج ثانية⁸²⁷، ولا تنتهي حضانته إذا بلغ عشر سنين إلا بموجب حكم قضائي، جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10 فيفري 2011 أنه: "لا تنتهي الحضانة إلا بموجب حكم قضائي. والحاضنة غير ملزمة بالمطالبة قضائياً بالتمديد في حالة تجاوز سن المحضون العشر سنوات"⁸²⁸.

والبنت إذا بلغت سن الزواج انقضت حضانتها بقوة القانون، جاء في القرار المؤرخ في 04 جانفي 2006 أنه: "تنقضي حضانة البنت بقوة القانون ببلوغها سن الزواج دون اللجوء إلى القضاء لإسقاطها"⁸²⁹.

أورد عبد القادر بن داود المصلحة التي توخاها المشرع الجزائري من جعل حضانة الذكر أقصر من حضانة الأنثى بقوله: "الطفل قبل سن العاشرة يحتاج إلى رعاية خاصة وحنان لا يتوفر

⁸²⁶ - انظر، المادة 1/2 من القانون 12/15، المؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر، ع.39، المؤرخة في 19 يوليو 2015؛ وانظر، المادة 442 من الأمر 155/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر، ع.48، المؤرخة في 10 يونيو 1966؛ وانظر أيضاً، المادة 78 من الأمر 03/06، المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، ج.ر، ع.46، المؤرخة في 16 يوليو 2006.

⁸²⁷ - المادة 65 منقأ.

⁸²⁸ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 10/02/2011، رقم الملف 599850، م.ع، ع.1، 2012، ص.281.

⁸²⁹ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 04/01/2006، رقم الملف 347914، م.ع، ع.1، 2006، ص.449.

كأصل عام إلا عند النساء بحكم الطبيعة، وبعد سن العاشرة يحتاج إلى رعاية الأب حتى ينشأ منشأ الرجال، فمصلحة الطفل تكون أوفر مع أمه عند صغر سنه قبل العاشرة من العمر، وهي السن التي يؤمر فيها بالصلاة ويؤدب عليها، وتكون مصلحة أوفر عند أبيه بعد هذه السن من باب القوامة ورقابة سلوكات الطفل⁸³⁰.

تقول الأستاذة زكية حميدو: "فإبقاء حضانة الذكر عند حاضنته إلى غاية سن الرشد لا يساير طبيعة الفتى ولا يتماشى ومصالحه الاجتماعية، لأن الفتى بحاجة إلى تعلم آداب الرجال وهذا يكتسب قبل سن التاسعة عشرة، بالإضافة إلى خطر فقدته ذكوريته من جراء بقاءه مع أمه الحاضنة والاحتكاك بها وبالنساء اللواتي حولها"، ثم تزيد فتقول في المصلحة التي من أجلها مدد المشرع حضانة الذكر إلى ست عشرة سنة: "وذلك بحجة أن مدة حضانة الفتاة حسب رأينا طويلة مقارنة مع مدة حضانة الفتى، إذ أن هذا الأخير قد لا يستغني عن حضانته وهو في سن العاشرة، ولا يزال يحتاج إلى عناية نسوية من حيث العطف والتربية، حتى وإن كان قد تعلم القيام ببعض مصالحه بمفرده"⁸³¹.

المادة 65 منق.أ أقرب ما يكون إلى المذهب الحنفي، إلا أنه لم يقل أحد من أصحاب المذاهب السنية بتمديد حضانة الولد إلى ست عشرة سنة، إلا أن المشرع وجد نفسه بين سن للتمييز في الشريعة الإسلامية محدد بعشر سنوات وسن للتمييز في القانون المدني محدد بست عشرة سنة، فأراد التوفيق بينهما، إلا أن المشرع عدل في سن التمييز في القانون 10/05 وأرجع سن المميز القانوني ثلاث عشرة سنة، وفي نفس الوقت لم يعدل من نص المادة 65 من ق.أ، فلم يبقى لتمديد الحضانة للذكر إلى ست عشرة سنة أساس شرعي ولا أساس قانوني.

ويطرح السؤال هنا عن ما الداعي إلى أن تعود تربية الولد بعد بلوغه ست عشرة سنة إلى الأب؟ بعد هذه السن صار الولد فتاً يافعاً، فهل تكفي الأب الثلاث سنوات الباقية ليُطبع ابنه على خصال الرجال؟ ثم كيف لابن أمضى ست عشرة سنة من حياته في حضانة أمه أن يتعود على أبيه ولم يبق على بلوغه إلا بضعة سنين؟

⁸³⁰ - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.170.

⁸³¹ - زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، المرجع السابق، ص.60 و62.

الفرع الثاني:

مضمون الولاية على التربية

التربية تضم ثلاثة نقاط أساسية وهي: تربية الولد ديناً وخلقاً (أولاً)؛ وتربية الولد علمياً (ثانياً)؛ وتربية الولد صحياً (ثالثاً).

أولاً: تربية الولد ديناً وخلقاً: سيتم التطرق هنا إلى تربية الولد ديناً وخلقاً في الشريعة الإسلامية (أ)؛ وفي القانون الجزائري (ب).

أ/ تربية الولد ديناً وخلقاً في الشريعة: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ما من مولود يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه"⁸³²، فأناط بالوالدين مسؤولية إنشاء أولادهم على الدين، فكلاهما معني بذلك، إلا أنه يطرح السؤال عند اختلاف دين الزوجين فبأي دين يلحق الولد أبدين الأب أو بدين الأم؟

معلوم شرعاً بإجماع أهل العلم أنه يحرم للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم، قال ابن قدامة: "فأما إن أسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول، تعجلت الفرقة، سواء كان زوجها كتابياً أو غير كتابي، إذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة، قال ابن المنذر أجمع على هذا من أحفظ عنه من أهل العلم"⁸³³، ويجوز للمسلم نكاح الكتابيات، قال تعالى: {وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ}⁸³⁴، فإذا تقرر هذا علم أن الأب في الشريعة لا يكون إلا مسلماً أما الأم فيمكن أن تكون غير مسلمة.

والأب هو المسؤول الأول في الأسرة، إذ حثه الشرع على اختيار ذات الدين في الزواج فقال صلى الله عليه وسلم: "اذفر بذات الدين تربت يداك"⁸³⁵، وحملته القوامة

⁸³² - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، ر.ح.1385، ص.167؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة وحكم موت أطفال الكفار وأطفال المسلمين، ر.ح.2658 و2659، ص.860 و861.

⁸³³ - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.10، ص.32.

⁸³⁴ - سورة المائدة، الآية 05.

⁸³⁵ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، ر.ح.5090، ص.633؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، ر.ح.1466، ص.462.

على شؤون الأسرة فقال تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ} ⁸³⁶، فلذا خاطبهم الله تعالى بقوله: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا} ⁸³⁷، وأخبر أن الإسلام هو الدين الوحيد المقبول عنده فقال: {وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَاسِرِينَ} ⁸³⁸، وحمل رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل مسؤولية رعاية أهله فقال: "والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته" ⁸³⁹، وأخبر أنه: "ما من عبد استرعه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة" ⁸⁴⁰، وقال أيضا: "مروا أولادكم بالصلاة لسبع واضربوهم عليها لعشر...". ⁸⁴¹، فلا بد أن ينشأ الابن على دين أبيه المسلم، لكن يطرح السؤال في حالة ما إذا كانت الأم غير مسلمة أتسند الحضانة لها شرعا في حالة الفرقة أو وفاة الأب؟

ذهب الشافعية والحنابلة إلى تحريم إسناد الحضانة والتربية إلى غير المسلمة، قال الغزالي: "والأم أولى من الأب، وإن كانت المؤنة على الأب، لكن بشرط أن تكون الأم مسلمة إذا كان الولد مسلما" ⁸⁴²، وقال ابن قدامة في الحضانة: "ولنا أنها ولاية فلا تثبت لكافر على مسلم" ⁸⁴³.

وأجاز الأحناف والمالكية والظاهرية لغير المسلمة حضن ولدها وتربيته، قال ابن عابدين: "ثبت للأم ولو كتائية أو مجوسية إلا أن تكون مرتدة حتى تسلم لأنها تحبس..". ⁸⁴⁴، وقال الكاساني: "اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت

⁸³⁶ - سورة النساء، الآية. 34.

⁸³⁷ - سورة التحريم، الآية. 06.

⁸³⁸ - سورة آل عمران، الآية. 85.

⁸³⁹ - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى والمدن، ر.ح. 893، ص. 109؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل، ر.ح. 1829، ص. 614.

⁸⁴⁰ - محمد البخاري، نفس المرجع، كتاب الأحكام، باب من استرعى رعية فلم ينصح، ر.ح. 7150، ص. 852؛ مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب الإيمان، باب استحقات الوالي الغاش لرعيته النار، ر.ح. 142، ص. 54.

⁸⁴¹ - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج. 1، كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، ر.ح. 494 و 495، ص. 237 و 239؛ محمد الترميذي، المرجع السابق، ج. 1، كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، ر.ح. 704، ص. 432؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج. 1، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات والضرب عليها وحد العورة التي يجب سترها، ر.ح. 886 و 887، ص. 429 و 430.

⁸⁴² - محمد الغزالي، الوجيز في فقه الشافعية، المرجع السابق، ج. 2، ص. 124.

⁸⁴³ - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج. 11، ص. 413.

⁸⁴⁴ - محمد الأمين بن عابدين، المرجع السابق، ج. 5، ص. 253.

الحاضنة كتابية والولد مسلم، كانت في الحضانة كالمسلمة" ثم قال: "وكان أبو بكر أحمد بن علي الرازي يقول: إنها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا، فإذا عقلا سقط حقها لأنها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما"⁸⁴⁵، وقال مالك في حضانة غير المسلمة: "واليهودية والنصرانية والمجوسية في هذا سواء مثل المسلمة"⁸⁴⁶، قال التسولي: "ولا يشترط كون الحاضنة مسلمة على المشهور، بل للذمية من الحضانة ما للمسلمة إن كانت في حرز ولم يخشى عليها من تغذيتهم الخمر والخنزير"⁸⁴⁷، وقال ابن حزم: "والأم الكافرة أحق بالصغيرين مدة الرضاع، فإذا بلغا من السن والإستغناء ومبلغ الفهم فلا حضانة لكافرة..."⁸⁴⁸.

ولعل مذهب الشافعية والحنابلة أرجح لقوله تعالى: {وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ}⁸⁴⁹، فلما نهي أن تكون العصمة لكافر على مسلمة بكل حال فمن باب أولى أن لا تكون للمرأة الكافرة ولاية على المسلم ولو كان ولدا لها، والحضانة والتربية نوع من الولاية، وقال تعالى: {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}⁸⁵⁰، وعدم تمكين الكافرة من حضانة أبناء المؤمنين نوع من عدم جعل الله للكافرين سبيلا على المؤمنين، وعدم تمكين الحضانة و التربية لغير المسلمة أحوط لدين الطفل، قال ابن قدامة في المصلحة من عدم تمكين الحضانة والتربية لكافر: "ضرره أكثر فإنه يفتنه عن دينه ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر، والحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه"⁸⁵¹.

اتفق أهل من المذاهب الأربعة أنه لا حضانة ولا تربية لسيء الأخلاق وهو ما يعبر عنه بالفاسق، قال ابن عابدين في الحضانة: "تثبت للأم ولو كتابية أو مجوسية إلا أن

⁸⁴⁵ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.5، ص.212.

⁸⁴⁶ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.2، ص.260.

⁸⁴⁷ - علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.660.

⁸⁴⁸ - علي بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.323.

⁸⁴⁹ - سورة الممتحنة، الآية.10.

⁸⁵⁰ - سورة النساء، الآية.141.

⁸⁵¹ - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.11، ص.413.

تكون مرتدة حتى تسلم لأنها تحبس" ثم قال: "أو فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة"⁸⁵²، قال مالك: "رب رجل شرير سكير يترك ابنته ويذهب يشرب أو يدخل عليها الرجال، بهذا لا تضم إليه أيضا بشيء"⁸⁵³، قال الغزالي في شروط ثبوت الحضانة للأم: "وأمانة إذ لا يوثق بالفاسقة"⁸⁵⁴، قال ابن قدامة: "ولا تثبت الحضانة لفاسق"⁸⁵⁵، قال ابن حزم: "فلا حضانة لكافرة ولا لفاسقة"⁸⁵⁶.

فانظر كيف اختلف العلماء في حضانة الكافرة ثم كيف أنهم اتفقوا في عدم ثبوت الحضانة لسيء الأخلاق، وذلك لمصلحة عظيمة، وهي أن الكافر أفسد ما بينه وبين ربه لكنه قد يكون حسن المعاملة مع الخلق بحيث يعمر دنياه بالخير، إلا أنه لا يثاب في أخراه، أما سيء الأخلاق فإنه أفسد ما بينه وبين ربه بما أفسد مع خلقه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن من شر الناس من اتقاه الناس لشره"⁸⁵⁷، فالخوف من سيء الأخلاق أكبر من أن يتطبع بطبائعه الولد أو أن يطعمه من الحرام.

ب/ تربية الولد ديناً وخلقا في القانون الجزائري: مقتضى ما جاء في قانون الأسرة أن الأب لا يكون إلا مسلماً⁸⁵⁸، فإذا ارتد الزوج فسخ الزواج مع ثبوت النسب ووجوب الاستبراء⁸⁵⁹، ويطرح السؤال هنا هل تسند الحضانة للأم أو لغيرها إن كانت غير مسلمة؟

الجواب على ذلك أنه بالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنه يلزم الحاضن أن ينشأ الولد على دين أبيه⁸⁶⁰، وأن الحضانة تسقط إذا لم يحترم هذا الشرط⁸⁶¹، إلا أنه لم

⁸⁵² - محمد الأمين بن عابدين، المرجع السابق، ج.5، ص.253.

⁸⁵³ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.2، ص.258.

⁸⁵⁴ - محمد الغزالي، المرجع السابق، ج.2، ص.124.

⁸⁵⁵ - عبد الله بن قدامة، المرجع السابق، ج.11، ص.412.

⁸⁵⁶ - علي بن حزم، المرجع السابق، ج.10، ص.323.

⁸⁵⁷ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب حسن الخلق، باب ما جاء في حسن الخلق، ر.ح.1623، ص.531.

⁸⁵⁸ - تنص المادة 5/30 منق.أ: "يجرم من النساء مؤقتاً زواج المسلمة مع غير المسلم".

⁸⁵⁹ - تنص المادة 34 منق.أ: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء".

⁸⁶⁰ - تنص المادة 1/62 منق.أ: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه".

يشترط أن تكون الحاضنة مسلمة، لكن بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد القرار المؤرخ في 10 سبتمبر 2008 يقضي بأنه: "لا يسقط اكتساب الحاضنة جنسية أجنبية حقها في الحضانة طالما لم تثبت ردها عن الدين الإسلامي"⁸⁶²، بمفهوم المخالفة لهذا القرار أنه إن ارتدت الحاضنة عن الدين الإسلامي يسقط حقها في الحضانة، إلا أن بالرجوع إلى قرار آخر قدم مؤرخ بتاريخ 16 أفريل 1979 نجده يقضي أنه: "إن الأم لا تستحق حضانة الأولاد لأن شرط استحقاقها لها هي أن يبقى الأولاد على دين أبيهم"، وجاء في منطوق القرار: "لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تسميح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التسميح في الملف لكن المجلس مع هذا المبطل للحضانة أقرها للأم مع أن الطاعن تقدم بطلب اسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك لهذا استوجب النقض"⁸⁶³، فمقتضى القرار أن الأم المسيحية لو لم تقم بمحاولة صرف الأولاد عن دين أبيهم لما سقطت حضانتها.

منشأ هذا التضارب في القرارات القضائين أن القرار القديم كان قبل صدور قانون الأسرة، أما القرار الصادر في 2008 جاء في ظل عدم وضوح النصوص القانونية، وعدم الوضوح يتمثل في أمرين: الأول في هل تسند الحضانة لغير المسلمة؟ والأمر الثاني أنه في حالة ارتداد الأب⁸⁶⁴ عن الدين الإسلامي هل نأخذ بمنطوق نص المادة 62 من ق.أ؟

الجواب على هذين السؤالين قد نجده في مفهوم نص المادة 64 من ق.أ التي تنص أن إسناد الحضانة لمستحقيها يكون: "مع مراعاة مصلحة المحضون" وفي مفهوم نص المادة 3/67 من ق.أ إذ جاء فيها: "غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

⁸⁶¹ - نص المادة 1/67 منق.أ: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه".
⁸⁶² - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 2008/10/09، رقم الملف 457038، م.م.ع، ع.ع، 2، 2008، ص.313.
⁸⁶³ - قرار، م.أ، غ.أ.ش، المؤرخ في 1979/04/16، رقم الملف 19287، ن.ق، ع.ع، 2، 1981، ص.108.
⁸⁶⁴ - عقوبة المرتد في الحكم الإسلامي الإعدام يحكم بها ويطبقها عليه ولي الأمر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فاقتلوه". (محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب استنابة المرتدين والمعاندين وقتلهم، باب حكم المرتد والمرتدة واستنابتهم، ر.ح.6922، ص.825).

المشرع الجزائري لم يولي أهمية بالغة في ضرورة تحلي الحاضن أو متولي التربية بالأخلاق التي لولاها لا ينشأ الولد سويا، إلا فيما نص عليه في المادة 1/62 من ق.أ.إذ جعل من مقتضيات الحضانة حماية الولد خلقا، وما نص عليه كذلك في المادة 1/67 من ق.أ.أنه: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 67 أعلاه"، لكن المشرع لم يوضح ما هو الحد الأدنى من الأخلاق التي لولاها لسقط الحق في الحضانة، تاركا بذلك للقاضي المجال واسعا، فما موقف القضاء هنا؟

جاء في القرار المؤرخ في 30 سبتمبر 1997: "من المقرر شرعا وقانونا أن جريمة الزنا من أهم المسقطات للحضانة مع مراعاة مصلحة المحضون. ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا باسناد حضانة الأبناء الثلاثة للأم المحكوم عليها من أجل جريمة الزنا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخاصة أحكام المادة 62 من ق.أ. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص حضانة الأولاد"⁸⁶⁵.

مقتضى القرار أن الزنا خلق إذا اتصف به الحاضن أو متولي التربية سقط حقه في الحضانة أو في تولى التربية، إلا أنه وبالرجوع إلى قرار آخر مؤرخ في 15 جويلية 2010 نجده يقضي أنه: "يمكن إسناد الحضانة للأم المدانة بجريمة الزنا متى تحققت مصلحة المحضون".

جاء في منطوق هذا القرار: "لكن حيث إن الحضانة وإن كانت فعلا تسقط طبقا لأحكام المادة 67 من ق.أ. باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 من نفس القانون، إلا أن المادة 67 السالفة الذكر قد نصت في فقرتها الأخيرة على أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون، وأن مصلحة البنت المحضونة (س) تقتضي بقاؤها عند والدتها التي هي أحق بها، ذلك أنها طفلة صغيرة لم تستغني عن خدمة النساء، ومن ثم

⁸⁶⁵ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في 1997/09/30، رقم الملف 171684، م.م.ع، ع.خاص، 2001، ص.169.

فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة على الحكم المستأنف القاضي بإسنادها إليها على هذا الأساس، يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً⁸⁶⁶، السؤال المطروح هنا أي مصلحة لمخضون في إسناد حضانتهم لمن ثبت ارتكابه للزنا؟ ثم أليس في ذوي رحم المخضون من النساء من هي أحوط على خلق المخضون خاصة إذا كانت بنتاً؟!

والزنا ليست الرذيلة الوحيدة التي تستوجب إسقاط الحضانة بل هناك رذائل أخرى تتعارض مع إسناد الحضانة لمرتكبيها، فكان على المشرع وضع معيار للأخلاق الرذيلة التي تمنع من إسناد الحضانة أو التربية لمرتكبيها كما فعل في موجبات التطليق لما نص أن للزوجة طلب التطليق إذا حكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ويستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية⁸⁶⁷.

حبذا لو نص المشرع على أن حق الحضانة يسقط بسبب الحكم على الحاضن بسبب ارتكابه جريمة فيها مساس بشرف الأسرة ويستحيل معها بقاء المخضون تحت حضانتهم، كما للقاضي أن يستعين بالخبرة الاجتماعية، والنظر هل الحاضن مؤهل خلقياً للحضانة، فإذا وجد أنه سكير أو مدمن مخدرات أو أنه عرييد أو غير ذلك من الأخلاق المشينة لم تسند له الحضانة ولا التربية.

ثانياً: تربية الولد علمياً: سيتم التطرق هنا إلى الزام الحاضن والمربي في الشريعة (أ)؛ والقانون (ب).

أ/ الالزام بالتعليم في الشريعة: العلم في الشريعة الإسلامية على نوعين: علم هو فرض عيني على كل مسلم إذا لم يطلبه أتم؛ وعلم هو فرض على الكفاية إذا قام به البعض

⁸⁶⁶ - قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2010/07/15، رقم الملف. 564787، م.م.ع، ع.2، 2010، ص.262.

⁸⁶⁷ - المادة 4/53 منقأ.

سقط الإثم على الباقيين⁸⁶⁸، والعلم المقصود هنا هو العلم الاول الذي هو علم فرض العين⁸⁶⁹، ويطلق عليه لفظ علم العامة.

قال الشافعي: "العلم علمان علم عامة لا يسع بالغا غير مغلوب على عقله جهله"، ثم قال: "مثل الصلوات الخمس وأن لله على الناس صوم شهر رمضان وحج البيت إذا استطاعوه و زكاة في اموالهم وأنه حرم عليهم الزنا والقتل والسرقه والخمر وما كان في معنى هذا"⁸⁷⁰، والسؤال هل يعلم الأطفال هذا العلم؟

قال ابن خلدون: "التعليم في الصغر أشد رسوخا وهو أصل لما بعده لأن السابق الأول للقلوب كالأساس للملكات، وعلى حسب الأساس وأساليبه يكون حال من ينبي عليه"⁸⁷¹، قال أبو بكر بن العربي: "إن الصبي أمانة عند والديه، وقلبه الطاهر جوهرة نفيسة ساذجة عن كل نقش وصورة، وهو قابل لكل نقش وقابل لكل ما يمال به إليه، فإن عود الخير وعلمه نشأ عليه، وسعد في الدنيا والأخرة..."⁸⁷².

قال ابن أبي زيد القيرواني: "وأولى ما عني به الناصحون، ورغب في أجره الراغبون، ايصال الخير إلى قلوب أولاد المؤمنين ليرسخ فيها، وتبنيهم على معالم الديانة وحدود الشريعة ليراضوا عليها، وما عليهم أن تعتقده من الدين قلوبهم وتعمل به جوارحهم"، ثم قال: "...ينبغي أن يعلموا ما فرض الله على العباد من قول وعمل قبل

⁸⁶⁸ - ينقسم الواجب باعتبار فاعله إلى واجب عيني وواجب على الكفاية، فالعيني هو ما ينظر فيه الشرع إلى ذات فاعله كالصلاة و الزكاة والصوم، لأن كل شخص تلزمه بعينه طاعة الله تعالى، أما الواجب الكفائي فينظر فيه الشارع إلى نفس الفعل بقطع النظر عن فاعله كدفن الميت وإنقاذ الغريق، فإذا تم الفعل سقط الوجوب. (انظر، محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، د.س، ص.15).

⁸⁶⁹ - العلم الذي هو فرض على الكفاية هو العلم بكيفية تحصيل الحقوق وإقامة الحدود والفصل بين الخصوم ونحو ذلك، وهو علم الخاصة إذا قام به البعض سقط الإثم على الباقيين. (محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ج.10، ص.431).

⁸⁷⁰ - انظر، محمد الشافعي، الرسالة، ط.1، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2017، ص.298.

⁸⁷¹ - انظر، عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ط.1، دار الفكر، لبنان، 2001، ص.740.

⁸⁷² - الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج.13، ص.12.

بلوغهم ليأتي عليهم البلوغ وقد تمكن ذلك من قلوبهم وسكنت إليه أنفسهم وأنست بما يعملون به من ذلك جوارحهم⁸⁷³.

رأي أبو بكر بن العربي أن لا يخلط الطالب في التعليم بين علمين وأن يقدم تعليم العربية والشعر والحساب ثم ينتقل منه إلى القرآن⁸⁷⁴، لكن تعقبه ابن خلدون بأن العوائد لا تساعد على هذا وأن المقدم هو دراسة القرآن وحفظه لأن الولد مادام في الحجر ينقاد إلى الحكم فإذا تجاوز البلوغ صعب جبره⁸⁷⁵، والسؤال المطروح هنا هل يجب على الحاضن والمربي أن يعلم محضونه أو من تحت تربيته؟

سئل أبو الحسن علي بن محمد القابسي عن الوالد الذي يمتنع عن ارسال ابنه إلى الكتاب يتلقى العلم والدين هل للإمام أن يجبره؟ فأجاب أن ليس للإمام أن يجبره وإنما يوعظ ويؤثم⁸⁷⁶. ولعل في هذا الكلام نظر فإن تعليم الأطفال واجب شرعا لوجوه عدة، أولها أنه ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁸⁷⁷، فوجود طائفة من أهل العلم في الدولة فرض على الكفاية إذا لم يقم به أحد أثم جميع أفراد الأمة، قال تعالى: {فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ}⁸⁷⁸، ولا يتم معرفة أهل النبوغ والعلم إلا بتعليم الصغار، فبتعليمهم يعرف من هو أهل للعلم ومن هو أهل للحرفة.

وثاني الأدلة على وجوب تعليم الصغار المصالح المرسله⁸⁷⁹، ذلك أن الواقع المعاش فرض أنه لا بد على كل واحد أن يكون عالما بالقراءة والكتابة، بل أصبحت الوظائف البسيطة التي بها معاش العباد يشترط فيها مستوا معيناً من الدراسة.

873 - انظر، عبد الله الفيرواني، متن الرسالة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س، ص.06.

874 - انظر، بكر أبو زيد، حلية طالب العلم، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2002، ص.26.

875 - عبد الرحمن بن خلدون، المرجع السابق، ص.742.

876 - انظر، أحمد الأهوني، التربية في الإسلام، ط.1، دار المعارف، مصر، د.س، ص.105.

877 - محمد الشريف التلمساني، المرجع السابق، ص.39.

878 - سورة التوبة، الآية.122.

879 - انظر، محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، ج.2، ط.3، دار المنار، السعودية، 2002، ص.505.

وكذلك من الأدلة على وجوب تعليم الصغار مأخوذ من قاعدة أن الضرر يزال⁸⁸⁰، ذلك أن الحاضن أو متولي التربية الذي يمنع أو يهمل محضونه أو من تحت تربيته فلا يعلمه يعرض ولده للضرر وذلك بتضييق فرص الكسب ومنافذ الوعي، وكم من فتى ذكي فطن أضاعه مربيه وحاضنه، فعلى الدولة إزالة هذا الضرر عن الولد بالإلزام بالتعليم أو بإسقاط الحضانة أو الولاية على التربية، وإسنادهما لمن يقوم أحسن القيام بهذا الشأن⁸⁸¹.

ب/ الإلزام بالتعليم في القانون الجزائري: جاء في المادة 1/28 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أنه: "تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في التعليم وتحقيقا للإعمال الكامل لهذا الحق تدرجيا وعلى أساس تكافؤ الفرص تقوم بوجه خاص بما يلي: جعل التعليم الابتدائي إلزاميا مجانا للجميع"⁸⁸².

وعليه نص الدستور الجزائري أن التعليم الأساسي إجباري⁸⁸³، والمقصود بالتعليم الأساسي هو التعليم الابتدائي و المتوسط⁸⁸⁴، وإجبارية التعليم الأساسي معناها أن يلزم كل طفل ذكرا كان أو أنثى من العمر ست (06) سنوات إلى ستة عشر (16) سنة بالتعليم⁸⁸⁵.

واعتبر المشرع الجزائري أن الطفل الذي تعرض للمساس بحقه في التعليم طفل في حالة خطر⁸⁸⁶، ويتعرض بموجب ذلك الآباء أو الأولياء الشرعيين المخالفون إلى تغريمهم

880 - مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص.26.

881 - محمد العثيمين، شرح العقيدة السفارينية، ط.1، دار ابن الجوزي، مصر، 2005، ص.526.

882 - انظر، اتفاقية حقوق الطفل والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم.461/92، المؤرخ في.19/12/1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ.20/11/1989، ج.ر، ع.91، المؤرخة في.23/12/1992.

883 - انظر، المادة 3/65 من القانون رقم.01/16، المؤرخ في.06/03/2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر، ع.14، المؤرخة في.07/03/2016.

884 - انظر، المادة 2/27 من القانون رقم.04/08، المؤرخ في.23/01/2008، يتضمن القانون التوجيهي للتربية الوطنية، ج.ر، ع.4، المؤرخة في.27/01/2008.

885 - المادة 1/12 من القانون رقم.04/08.

886 - المادة 4/02 من القانون.12/15.

بغرامة مالية تتراوح من خمس آلاف دينار جزائري (5000 دج) إلى خمسين ألف دينار (50000 دج)، وهي عقوبة خفيفة بالنظر إلى الفعل وهو حرمان الطفل من التعليم⁸⁸⁷.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أنه كان واضحاً إذ اعتبر أن من شروط الحضانة القيام بتعليم الولد⁸⁸⁸، وأن الإخلال بذلك قد يسقط الحق في الحضانة وبالتالي التربية من باب أولى⁸⁸⁹.

ثالثاً: تربية الولد صحياً: يتضمن الحديث عن تربية الولد صحياً أن نتطرق إلى ذلك في الشريعة الإسلامية (أ)؛ والقانون (ب).

أ/ تربية الولد صحياً في الشريعة الإسلامية: جماع التربية صحياً في الشريعة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الطهور شطر الإيمان"⁸⁹⁰، وقوله أن من خصال الفطرة الختان والسواك واستنشاق الماء وقص الأظافر⁸⁹¹، وقوله صلى الله عليه وسلم: "ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من بطنه، حسب ابن آدم أكالات يقمن صلبه فإن كان لا محالة فثلث لطعامه وثلث لشرابه وثلث لنفسه"⁸⁹²، وقوله أيضاً: "لا يورد ممرض على مصح"⁸⁹³، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطاعون: "إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا فرار منه"⁸⁹⁴، وقوله: "تداووا فإن الله لم يضع داءً إلا وضع له دواء غير الهرم"⁸⁹⁵، فخمسة أحاديث في الوقاية وحديث واحد في العلاج.

887 - المادة 4/12 من القانون رقم 04/08.

888 - تنص المادة 1/62 منق. أن: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه..."

889 - المادة 1/67 منق. أ.

890 - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطهارة، باب فضل الوضوء، ر.ح. 223، ص. 85.

891 - مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطهارة، باب خصال الفطرة، ر.ح. 261، ص. 93.

892 - محمد الترميذي، المرجع السابق، ج. 4، أبواب الزهد، باب ما جاء في كراهية كثرة الأكل، ر.ح. 2380، ص. 188؛ محمد بن ماجه،

المرجع السابق، ج. 5، كتاب الأطعمة، باب الإقتصاد في الأكل وكراهة الشبع، ر.ح. 3349، ص. 61؛ انظر، أحمد النسائي، السنن الكبرى،

ج. 6، ط. 1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001، كتاب الوليمة، باب القدر الذي يستحب للإنسان من الأكل، ر.ح. 6737، ص. 628؛ قال

الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج. 7، باب الوليمة وآداب الأكل، ر.ح. 1983، ص. 41).

893 - محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب لا هامة، ر.ح. 5771، ص. 707؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب السلام،

باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، ر.ح. 2221، ص. 735.

894 - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب الجامع، باب ما جاء في الطاعون، ر.ح. 1607، ص. 526.

895 - أحمد النسائي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج. 7، كتاب الطب، الأمر بالدواء، ص. 7511، ص. 78؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق،

ج. 5، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، ر.ح. 3436، ص. 115؛ محمد الترميذي، المرجع السابق، ج. 3، أبواب الطب، باب

الأحاديث التي وردت في الوقاية اثنان منها في النظافة وواحد في حفظ المعدة واثنان في التحرز من العدوى وواحد في طلب التداوي ودحض زعم أن يكون هناك مرض لا دواء له من غير الموت.

أما النظافة فليست هناك شريعة حثت عليها مثل الشريعة الإسلامية، إذ أوجبت أن الصلاة لا تقبل من غير غسل⁸⁹⁶ ووضوء⁸⁹⁷، والصبي مأمور بالصلاة أمر استحباب وهو ابن سبع ويضرب عليها وهو ابن عشر⁸⁹⁸ وفي ذلك تنقية لبدنه.

والختان وتقليم الأظافر والسواك مأمور بها ولي الولد ذكرا كان أم أنثى لأههما من خصال الفطرة، فمتولي التربية حاضنا كان أو غيره ملزم أن يختن ولده ويقلم أظافره ويأمره بالسواك إذا بلغ مبلغ الصلاة⁸⁹⁹.

وفي حفظ البطن فإن الحديث ورد عاما في أن يحتاط المرء في نفسه و فيمن هو تحت ولايته، وكذلك الأمر في التحرز من العدوى وطلب التداوي، فقد جاءت النصوص عامة في عدم إيراد الممرض على المصح صغيرا كان أو كبيرا وعدم إقدام أي كان بالغا أو غيره على أرض حلها الطاعون، وكذا الأمر فيما يخص التداوي وقد حث الله تعالى على الرضاعة الطبيعية فقال: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ}⁹⁰⁰.

ما جاء في الدواء والحث عليه، ر.ح.2038، ص.561؛ سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.4، كتاب الطب، باب في الرجل يتداوى، ر.ح.2855، ص.125.

⁸⁹⁶ - قال تعالى: {وَإِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا}. (سورة المائدة، الآية.6).

⁸⁹⁷ - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تقبل صلاة من أحدث حتى يتوضأ". (محمد البخاري، المرجع السابق، كتاب الوضوء، باب لا تقبل صلاة بغير طهور، ر.ح.135، ص.27؛ مسلم بن الحجاج، المرجع السابق، كتاب الطهارة، باب وجوب الطهارة، ر.ح.225، ص.85).

⁸⁹⁸ - انظر، ص.155.

⁸⁹⁹ - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لولا أن أشق على أمتي أو على الناس لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة". (محمد البخاري، نفس المرجع، كتاب الجمعة، باب السواك يوم الجمعة، ر.ح.887، ص.108؛ مسلم بن الحجاج، نفس المرجع، كتاب الطهارة، باب السواك، ر.ح.252، ص.92).

⁹⁰⁰ - سورة البقرة، الآية.233.

والحفاظ على صحة الولد من مهام وليه قال تعالى: {وَمَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ} ⁹⁰¹ فلما نهي عن قتل الولد استلزم ذلك النهي عن تعريض صحته إلى كل ما يؤدي إلى هلاكه، وللقاضي إذا استشف أن الولد في حالة مزرية من عدم النظافة أوراى ثيابه عليه متسخة أن يلزم وليه بتنظيفه فإن لم يمثل أسند الحضانة أو التريبة إلى الأقدر على المحافظة على صحة الولد للقاعدة الفقهية التي تنص على أن الضرر يزال ⁹⁰².

ب/ تربية الولد صحيا في القانون الجزائري: جاء في الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل أنه يقع على عاتق الوالدين أو الأوصياء القانونيين حسب الحالة المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه ⁹⁰³، لذا نصت على أن للدول الأطراف أن تتخذ التدابير المناسبة من أجل كفالة تزويد الوالدين بالمعلومات الأساسية المتعلقة بصحة الطفل وتغذيته ومزايا الرضاعة الطبيعية ومبادئ حفظ الصحة ⁹⁰⁴، وهو كذلك ما نص عليه الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ⁹⁰⁵.

جاء لأجل ذلك الدستور الجزائري واضحا في أن الرعاية الصحية حق للمواطنين بصفة عامة ⁹⁰⁶ ونص القانون رقم 12/15 أن الرعاية الصحية حق يتمتع به الطفل بصفة خاصة ⁹⁰⁷، وجاء في قانون الصحة الجديد أن الدولة تتولى ترقية وتشجيع الرضاعة الطبيعية من خلال عمليات وتدابير مناسبة، وأنه يمنع الترويج لبدائل الرضاعة الطبيعية والإشهار لها ⁹⁰⁸، وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده يجعل حفظ صحة الولد من

901 - سورة الأنعام، الآية. 151.

902 - انظر، عبد الرحمن الأسيوطي، الأشباه والنظائر، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص. 83.

903 - المادة 1/28 من اتفاقية حقوق الطفل.

904 - المادة 2/24 من اتفاقية حقوق الطفل.

905 - انظر، المادة 2/14 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم. 242/03، المؤرخ في. 2003/07/08، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، المعتمد بأديس أبابا في يوليو سنة 1990، ج.ر، ع. 41، والمؤرخة في. 2003/07/09.

906 - المادة 1/66 من الدستور الجزائري.

907 - المادة 1/03 من القانون المتعلق بحماية الطفل.

908 - المادة 79 القانون رقم. 11/18، المؤرخ في. 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر، ع. 46، المؤرخة في. 2018/07/29.

شروط الحضانة، والتي يعتبر الإخلال بها موجبا لسقوط الحضانة ومن باب أولى التربية⁹⁰⁹.

المطلب الثاني:

المصالح المحمية في المسؤولية القانونية على القاصر

بعد الحديث عن ولاية التربية، والتي كان مضمونها تربية الطفل دينيا وخلقيا وعلميا ورعايته صحيا، كان لزاما الكلام عن حماية هذا الطفل من أن يؤذي نفسه أو أن يقع الإيذاء عليه من غيره، لذلك فرض الحديث عن المسؤولية القانونية على القاصر بشقيها: المسؤولية المدنية (الفرع الأول)؛ والمسؤولية الجزائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

المسؤولية المدنية على القاصر

اختلفت التشريعات الحديثة في المسؤولية المدنية على القاصر، وأهم المذاهب في هذا الشأن المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي، حيث يركز المذهب الشخصي فيمن ارتكب الخطأ؛ أما المذهب الموضوعي فيركز على الخطأ بحد ذاته بغض النظر عن ارتكبه، فإن كان الشخص مرتكب الخطأ أهلا لتحمل المسؤولية لزمه الجزاء وإن لم يكن أهلا تحملها عنه نائبه الشرعي، ولقد ذهبت الشريعة الإسلامية هنا إلى المذهب الشخصي، أما القانون الجزائري فقد ذهب -مقلدا المشرع الفرنسي- إلى المذهب الموضوعي، لذا سيتم تناول المسؤولية المدنية على القاصر في الشريعة الإسلامية (أولا)؛ والقانون الجزائري (ثانيا).

⁹⁰⁹ - المادتين 1/62 و 1/67 منقأ.

أولاً: المسؤولية المدنية على القاصر في الشريعة: قال ابن نجيم من الحنفية: "الصبي المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، فيضمن ما أتلفه من مال" ⁹¹⁰، وقال القرافي من المالكية: "إن تقويم المتلفات لا يختلف باختلاف الناس، إنما يختلف باختلاف البلاد والأزمان" ⁹¹¹، قال مالك: "ما استهلك الصبي من متاع أو أفسده فهو ضامن، فإن كان له مال أخذه من ماله وإن لم يكن له مال فهو في ذمته ديناً يتبع به" ⁹¹²، قال الشيرازي من الشافعية: "حجر العبد والصبي لا يمنع من وجوب ضمان المتلف" ⁹¹³، قال ابن قدامة من الحنابلة: "والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفيف في وجوب الضمان عليهما فيما أتلفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباه فتلف في أيديهما" ⁹¹⁴.

جاء في المادة 916 منم.أ.ع: "إذا أتلف صبي مال غيره يلزم الضمان من ماله وإن لم يكن له مال ينظر إلى يساره ولا يضمن وليه" ⁹¹⁵، وجاء في المادة 960 من م.أ.ع: "المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وإن لم يعتبر تصرفهم القولي لكن يضمنون حالاً الضرر والخسارة اللذين نشأ من فعلهم، مثلاً يلزم الضمان على الصبي إذا أتلف مال الغير وإن كان غير مميز" ⁹¹⁶، قال علي حيدر: "لو أتلف الطفل مال آخر كما لو انقلب على قارورة لأحد مثلاً وتلف لزم الضمان من ماله" ⁹¹⁷.

يتبين مما ذكر أن علماء المذاهب الأربعة السنية اتفقوا أن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية على القاصر أنه يتحملها هو بنفسه، أما الاستثناء فإنه قد يتحمل الوالي

⁹¹⁰ - انظر، زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص.238.

⁹¹¹ - انظر، أحمد القرافي، الفروق، ج.4، ط.1، دار النوادر، الكويت، 2010، ص.31.

⁹¹² - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.4، ص.435.

⁹¹³ - إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995، ص.133.

⁹¹⁴ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.6، ص.611.

⁹¹⁵ - مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص.134.

⁹¹⁶ - مجلة الأحكام العدلية، نفس المرجع، ص.139.

⁹¹⁷ - انظر، علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج.2، ط.1، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص.650.

أو النائب الشرعي ما أفسده من هو تحت ولايته إذا كان ذلك بدافع وتسليط منه، بل ويتحملها كل من سلط طفلاً على أمر فأفسده، قال مالك: "في الرجل يبيع الصبي السلعة فيتلفها الصبي، إنه لا شيء على الصبي من ثمن السلعة ولا يضمن له الصبي قيمة السلعة وإن باع الصبي من السلعة فأخذ الصبي منه الثمن فأتلفه إن الرجل ضامن للسلعة ولا يضمن الصبي الثمن الذي أتلف، لأن هو الذي سلط الصبي على ذلك وأتلف ماله"⁹¹⁸، قال ابن قدامة في الصبي والمجنون أنه ينتفي: "الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه"⁹¹⁹.

قال وهبة الزحيلي: "ولا يسأل الأولياء والأوصياء عن فعل غيرهم إلا إذا صدر منهم ما يوجب الضمان، كالتقصير في الحفظ عمداً أو الإغراء بالإتلاف أو التسليط على الضرر أو الأمر به ونحو ذلك"، ثم قال: "ويمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض لولي الصغير إذا أثبت تقصيره في الحفظ مادام غير المميز لا يستطيع حفظ نفسه"⁹²⁰، قال علي الخفيف: "يسقط الضمان بالإكراه الملجئ أو كان الأمر قد صدر ممن علم أنه يعاقب مخالفه بما يصل إلى درجة الإكراه كأن يكون الأمر سلطاناً أو حاكماً ظالماً.."، ثم قال: "وكما في الوالدين بالنسبة للصبي وقد نص الفقهاء على أن أمر الأمر بما يملك مباشرته يجعل المأمور به وكيلاً فيه عن الأمر فيكون فعله كفعل الأمر"⁹²¹.

أصل كل ما ذكر قول الله تعالى: {وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ} ⁹²²، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ألا لا يجني جاني إلا على نفسه، ولا يجني والد على ولده، ولا ولد على والده"⁹²³، ولما ثبت عن أبي رمثة حين وفد مع أبيه إلى النبي صلى الله عليه

⁹¹⁸ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، المرجع السابق، ج.4، ص.439.

⁹¹⁹ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.6، ص.611.

⁹²⁰ - انظر، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط.1، دار الفكر، دمشق، 2012، ص.219.

⁹²¹ - انظر، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 2000، ص.69.

⁹²² - سورة الأنعام، الآية.164.

⁹²³ - محمد الترميذي، المرجع السابق، ج.5، أبواب تفسير القرآن، تفسير سورة التوبة، ر.ح.3087، ص.167؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق،

ج.4، كتاب الديات، باب لا يجني أحد على أحد، ر.ح.2669، ص.247.

وسلم قال: فقال: "أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه"⁹²⁴، قال ابن العربي: "وهذا إنما بينه لهم ردا على اعتقادهم في الجاهلية من مؤاخذه الرجل بإبنه..."⁹²⁵، فإن سأل سائل كيف يضمن الطفل وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث" وذكر منهم: "وعن الصبي حتى يكبر"⁹²⁶؟ فالجواب أنه إنما رفع عنه الإثم ولم يسقط عنه الضمان هذا من جهة، ثم إن للصبي منذ ولادته أهلية وجوب والتي من مدلولها صلاحية التمتع بالذمة المالية والضمان إنما يتعلق بذمته هذه من جهة أخرى.

والمصلحة من تضمين الصبي هي أن يتعود على تحمل المسؤولية حتى يأتي عليه البلوغ وقد علم أنه عليه أن يقدر الأمور التقدير السليم، فيفكر في أي عمل قبل الإقدام عليه أسليم هو أم قد يكون خطأ يساءل عنه؟ أما المصلحة في تضمين من سلط الطفل على الإلتلاف فهي كما جاء عن ابن العربي إذ يقول: "والأصل في ذلك كله أن المرء كما يفترض عليه أن يصلح نفسه باكتساب الخير فواجب عليه أن يصلح غيره بالأمر به والدعاء إليه والحمل عليه، وهذه فائدة الصحبة، وثمرة المعاشرة وبركة المخالطة وحسن المجاورة فإن حسن في ذلك كله كان معافي في الدنيا والآخرة، وإن قصر في ذلك كله كان معاقبا في الدنيا والآخرة فعليه أولا إصلاح أهله وولده..."⁹²⁷.

ثانيا: المسؤولية المدنية على القاصر في القانون الجزائري: المسؤولية المدنية

على القاصر يعبر عنها قانونا بواجب الرقابة، واختلف الفقهاء في مضمون واجب الرقابة على القاصر فمنهم من ذهب على أن واجب الرقابة لا يتضمن واجب التربية وأغلبية

⁹²⁴ - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.4، كتاب الديات، باب لا يؤخذ أحد بجريرة أخيه أو أبيه، ر.ح.4495، ص.413؛ أحمد النسائي، سنن النسائي، المرجع السابق، كتاب القسامة، باب هل يؤخذ أحد بجريرة غيره، ر.ح.1832، ص.1089.

⁹²⁵ - محمد بن العربي، المرجع السابق، ج.2، ص.300.

⁹²⁶ - سليمان السجستاني، المرجع السابق، ج.4، كتاب الحدود، باب في الجنون يسرق أو يصاب حدا، ر.ح.4398 و4399 و4401، ص.363؛ محمد بن ماجه، المرجع السابق، ج.3، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، ر.ح.2041، ص.442. قال الألباني:

صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.2، ص.4).

⁹²⁷ - محمد بن العربي، المرجع السابق، ج.2، ص.301.

رجال القانون يرون أن واجب التربية يدخل في واجب الرقابة على أعمال القاصر، قال علي علي سليمان: "فيرى الكثير من الفقهاء العرب والفرنسيين أنه إذا ارتكب الخاضع للرقابة فعلا ضارا فيفترض أن والده أو والديه قد أساءا تربيته، ولذلك فهما لا يستطيعان التخلص من المسؤولية إلا بإثبات أنهما لم يقصرا في تربيته تربية حسنة"⁹²⁸، وقال السنهوري: "على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية، وبخاصة إذا كان متولي الرقابة أبا أو أما، وينبغي على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائما في جانبه، ولا يلزم المضور أن يثبت أن الأب أساء التربية، بل الأب هو الذي يثبت أنه لم يسئ تربية ولده، وجملة القول إن متولي الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيرا في الرقابة في خصوص الخطأ الذي صدر ممن هو في رقابته، وأنه بوجه عام لم يسئ تربيته"⁹²⁹، وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 2 مارس 1983 إذ جاء فيه: "إن مسؤولية الأب تقوم على أساس خطأ مفترض فيه أنه أهمل رقابة وتربية ولده"⁹³⁰.

واختلف فقهاء القانون المدني بالجزائر فيما يخص محاولة التوفيق بين المادة 125 من ق.م التي تجعل القاصر المميز مسؤولا عن الضرر الذي يتسبب به من جهة⁹³¹، وبين المادة 1/134 من ق.م التي تجعل متولي الرقابة مسؤولا عن أعمال القاصر من جهة أخرى⁹³².

⁹²⁸ - انظر، علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص.25.

⁹²⁹ - انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.1، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967، ص.1007.

⁹³⁰ - أنظر، فرار، م.أ، غ.م، المؤرخ في. 1983/03/02، رقم الملف. 30064، ن.ق، ع.3، 1985، ص.62.

⁹³¹ - تنص المادة 125 من ق.م أنه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهماله منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

⁹³² - تنص المادة 134 من ق.م أنه: "كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره... يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار".

ذهب جانب من الفقه أن الضحية تستفيد إذا كان القاصر مميزا بين مسؤوليتين، إذ يكون القاصر المميز مسؤولا مسؤولية شخصية على أساس المادة 125 من ق.م، وتستطيع الضحية حيثذ أن تطالبه بذلك إذا كانت مصلحتها تقتضي ذلك، ويكون متولي الرقابة مسؤولا هو أيضا طبقا للمادة 1/134 من ق.م، قال محمود صبري السعدي: "إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز مسؤولية متولي الرقابة تقوم بصفة أصلية ولا يرجع على غير المميز بما يدفع، أما في حالة كون الخاضع للرقابة مميز فيكون ومتولي الرقابة متضامنين..."⁹³³.

جانب آخر من الفقه يرى أن متولي الرقابة عليه مسؤولية أصلية حين يكون الموضوع تحت الرقابة غير مميز ومسؤولية تبعية حين يكون القاصر مميز، يقول علي سليمان: "لابد من إثبات مسؤولية القاصر المميز أولا حتى يرجع الضرور على الرقيب لأن الأول هو المسؤول الأصلي، والثاني مسؤوليته تبعية" ثم قال: "ثم إن المادة 137 من ق.م تعطي للرقيب الحق في الرجوع بما دفع من تعويض على القاصر المميز وحده لأنه المسؤول الأصلي، ويحرم الرقيب من الرجوع على القاصر غير المميز لأن مسؤولية الرقيب عنه أصلية"⁹³⁴، وهذا رأي بلحاج العربي⁹³⁵، وهناك رأي آخر أن مسؤولية المميز تتبع إدراكه فتكون متدرجة بمعنى أنه يسأل عن بعض الأفعال ولا يسأل عن البعض الآخر⁹³⁶.

ولعل الراجح أن يقال أن نص المادة 1/134 من ق.م نص عام، وما ورد في المادة 125 نص خاص، بمعنى أن متولي الرقابة مسؤولا مسؤولية أصلية على كل قاصر مميزا

⁹³³ - انظر، محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، ج.2، ط.1، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص.204.

⁹³⁴ - علي سليمان، المرجع السابق، ص.32 و33.

⁹³⁵ - انظر، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج.2، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.302.

⁹³⁶ - انظر، علي فيلال، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، ط.1، موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص.100.

كان أو غير مميز، فإذا أثبت أنه لا يد له في التسبب بالضرر الذي أحدثه القاصر المميز سئل هذا الأخير⁹³⁷، كما يسأل أيضا إذا لم يكن لديه من يتولى رقابته طبقا للمادة 125 من ق.م.

ومتولي الرقابة على القاصر في الجزائر كان في القانون القديم الأب وبعد وفاته الأم إذا كان القاصر ساكنا معهما⁹³⁸، ولم يكن القانون حينها ينص على حالة الطلاق ومسؤولية الحاضن، إلا أن القضاء حينها لم يكن يحمل الحاضنة الأم بعد الطلاق مسؤولية الأضرار التي يسببها المحضون، إذ جاء في القرار المؤرخ في 24 ديسمبر 2008 أنه: "الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر. ولا تعد الحاضنة مسؤولة مدنيا على تحمل عبء التعويض المدني عن فعل ضار اقترفه المحضون"⁹³⁹، والقرار القضائي وإن كان صدر من المحكمة العليا بعد قانون 10/05 والأمر 02/05 إلا أن الحكم الفاصل ووقائع القضية جرت قبل ذلك، وبالتالي فإن القضاء الجزائري كان يحمل الأب وإن كانت الحضانة للأم بعد الطلاق مسؤولية الضرر الذي يحدثه ولده القاصر، ذلك أن القضاء أناط المسؤولية عن فعل القاصر بالولاية والتي كانت للأب ولو حدث الطلاق وأسندت الحضانة للأم.

لكن المشرع الجزائري في التعديلات الجديدة للذين مساقانون الأسرة والقانون المدني سنة 2005 غير من موقفه و منح الولاية لمن أسندت له الحضانة⁹⁴⁰، إذ أن المشرع ألغى الفقرة الأولى من المادة 135 من ق.م وجعل الفقرة الثانية منها فقرة ثانية للمادة 134 من ق.م، وأضاف فقرتين للمادة 87 منق.أ، إحداها تتكلم عن حالة

⁹³⁷ - المادة 137 من ق.م تخص مسؤولية المتبوع على أعمال متبوعه فأعطته الحق بالرجوع عليه، ولا تتعلق بمسؤولية متولي الرقابة على القاصر.

⁹³⁸ - تنص المادة 1/135 من الأمر 58/75 على أنه: "يكون الأب وبعد وفاته الأم مسؤولان عن الضرر الذي يسببه أولادهما القاصرون الساكنون معهما...".

⁹³⁹ - قرار، م.ع، غ.م، مؤرخ في 2008/12/24، رقم الملف. 446467، م.م.ع، ع.م.ع، 2، 2009، ص.133.

⁹⁴⁰ - تنص المادة 3/87 من ق.أ: "وفي حالة الطلاق يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له الحضانة".

غياب الأب أو حدوث مانع له كأن يكون مغترباً أو مسجوناً فأعطى الأم هنا الحق في أن تحل محله في الأمور المستعجلة⁹⁴¹، أما الفقرة الأخرى التي أضافها المشرع الجزائري فقد منحت الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد، و المشرع هنا يقف موقفاً وسطاً بين القانون الفرنسي الذي يساوي بين الأب والأم ويجعلهما مسؤولين بالتضامن عن أفعال أولادهما القصر هذا من جهة⁹⁴²، وبين موقفه القديم من اعتبار الأب هو المسؤول الأول والأخير عن أفعال أولاده القصر إلا في حالة الوفاة من جهة أخرى.

يفترض القانون أن وقوع الفعل الضار من طرف الشخص الذي هو تحت الرعاية كان نتيجة تقصير متولي الرقابة في القيام بما احتللاً بالتزامه ومن ثمّ أقام قرينة الخطأ على عاتقه⁹⁴³، إلا أن مسؤولية متولي الرقابة على القاصر مسؤولية مفترضة إفتراضاً يقبل إثبات عكسه⁹⁴⁴، فهي مسؤولية وسط بين المسؤولية الشخصية التي ينبغي للمضروور فيها أن يثبت خطأ في جانب المسؤول⁹⁴⁵، وبين مسؤولية الحارس التي هي مسؤولية مفترضة إفتراضاً لا يقبل إثبات العكس و لا تنفى عن المسؤول إلا بإثبات السبب الأجنبي⁹⁴⁶ ومسؤولية المتبوع عن تابعه التي لا تنفى عنه حتى ولو أثبت السبب الأجنبي⁹⁴⁷.

ويجب أن يفرق هنا بين الضرر الذي يلحق الغير من عمل القاصر من جهة، وبين الضرر الذي يلحق القاصر من جهة أخرى، إذ أن الضرر الذي يلحق بالغير من خطأ

⁹⁴¹ - نص المادة 2/87 من ق.أ: "وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد".

⁹⁴² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ج.2، ص.292.

⁹⁴³ - قرار، م.أ، غ.م، المؤرخ في. 1983/03/02، رقم الملف. 30064، ن.ق، ع.3، 1985، ص.62.

⁹⁴⁴ - نص المادة 2/134 من ق.م: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

⁹⁴⁵ - انظر، أمال حبار، المسؤولية المدنية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ع.2، 2002، ص.54.

⁹⁴⁶ - المادة 2/138 من ق.م.

⁹⁴⁷ - المادة 2/136 من ق.م.

القاصر يدخل ضمن مسؤولية متولي الرقابة، أما الضرر الذي يلحق القاصر فإنه يدخل ضمن القواعد العامة للمسؤولية، ولهذا لا يفترض وقوع خطأ من المكلف بالرقابة وإنما يلزم إثبات هذا الخطأ⁹⁴⁸.

والمصلحة من قرينة افتراض التقصير من متولي الرقابة على القاصر كما قال سلمان بوزياب هي: "لمساعدة المتضرر، إذ يصعب عليه إثبات الخطأ، في حين يسهل على الأب أو الوصي نفي الخطأ نظراً لمعرفة بحالة القاصر"⁹⁴⁹، وفي اعتبار هذه المصلحة نظر، إذ لا فرق بين الخطأ في هذه الحالة والخطأ في المسؤولية التقصيرية بوجه عام إلا في أن الخطأ قد ارتكبه القاصر، فكيف يسهل إثبات الخطأ في القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية ويصعب في خطأ الخاضع للرقابة؟ ثم إن ادعاء أنه يسهل على الأب أو الوصي نفي الخطأ كلام مردود، قال علي سليمان: "إثبات عدم التقصير في التربية إثبات عسير جدا ومن النادر أن يقر والد بأنه أساء تربية ولده، إذ مهما كانت طريقة تربيته لولده سيئة فإنه يظن أنها خير طريقة للتربية، ومسألة حسن التربية أو سوءها مسألة نسبية تختلف باختلاف الأوساط وباختلاف العصور، وإذن فاشتراط نفي سوء التربية تحميل للنصوص بما لا تحتمل وتزيد لا لزوم له فوق أنه عسير الإثبات"⁹⁵⁰.

يلاحظ من خلال هذه الدراسة أن القاعدة العامة في متولي الرقابة على القاصر أنه إذا حدث ضرر بالغير نتيجة فعل القاصر فإن القرينة تفترض أن متولي الرقابة مسؤول على هذا الفعل حتى ولو لم يثبت المتضرر الخطأ، والاستثناء أنه يمكن لمتولي الرقابة أن ينفى المسؤولية عنه إذا أثبت أنه أحسن التربية أو أن الضرر الذي وقع كان لا بد من حدوثه ولو قام بواجب التربية كما ينبغي.

948 - انظر، جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، ط.1، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص.353.

949 - انظر، سلمان بو ذياب، مبادئ القانون المدني، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2003، ص.164.

950 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.28.

والقاعدة والاستثناء المذكورين فيهما نوع من الجور زيادة على أهمما خروج عن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية، وأحسن ما قيل في الجور الواقع في القاعدة ما ذكره علي سليمان حين يقول: "أعتقد أنه من العسير في عصرنا الحديث أن يراقب الوالدان و لاسيما الوالدة بعد وفاة الوالد في الجزائر شابا من عمر السابعة عشر أو الثامنة عشر سنة"، قال: "فمثل هذا الشاب أصبح اليوم مستقلا في تفكيره ومختلفا أشد اختلاف في نمط حياته عن والديه بحيث لا يقيم وزنا لنصائحهما و لا يذعن لإرشادتهما، بل وقد يرميهما بالرجعية في آرائهما"، قال: " فكيف نؤاخذ والده على ما ارتكب هذا الولد من أعمال ضارة ونرميه بالتقصير في تربيته وبالإهمال في رقبته"، ثم قال: "لقد كانت شريعتنا الغراء على حق حين قضت بمسؤولية الولد في ماله الخاص ولو كان غير مميز عن أفعاله الشخصية، ولم يثقل عاتق والديه بهذه المسؤولية، ولذا فإني أرى السير على هدى شريعتنا الغراء..."⁹⁵¹، و في كلام علي سليمان في هذه النقطة الكفاية بحيث لا يحتاج إلى تعقيب أو تعليق عليه.

أما الجور الواقع في الاستثناء أنه لو فرض أن متولي الرقابة أثبت أنه قام بواجب التربية أو أن الضرر كان لا بد أن يقع ولو قام بما عليه وكان القاصر غير مميز فإن حق المتضرر سيكون مهدورا، إذ لا تحمل المادة 125 من ق.م القاصر غير المميز المسؤولية، ولو تم تخيير المتضرر في هذه الحالة بين أن يبقى حقه ثابتا في ذمة القاصر غير المميز دائما به وبين أن يكون حقه مهدورا إذا أثبت متولي الرقابة أنه لم يقصر في التربية لاختار ما ذهب إليه الشريعة، ثم بأي منطق وعقل يفترض الخطأ من جانب متولي الرقابة دون إثباته. بمجرد وقوع الضرر؟

إن المذهب الشخصي الذي انتهجته الشريعة الإسلامية في هذه الحالة مذهب متكامل متناسق مع القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية منسجم مع قواعد العدالة، أما

⁹⁵¹ - علي علي سليمان، نفس المرجع، ص.34 و35.

المذهب الموضوعي في هذه الحالة والذي انتهجه القانون الفرنسي ومن اتبعته من القوانين العربية فإنه يفتقد إلى الأساس والمبرر القانوني مخالف لقواعد العدالة بجانب للمصالح المعترية.

الفرع الثاني:

المسؤولية الجنائية على القصر

يتم التطرق هنا إلى المسؤولية الجنائية على القصر في الشريعة الإسلامية (أولاً)؛ وفي القانون الجزائري (ثانياً).

أولاً: المسؤولية الجنائية على القصر في الشريعة: الجرائم في الشريعة ثلاث عشرة، قال ابن الجزري: "وهي القتل والجرح والزنى والقذف وشرب الخمر والسرقه والبغي والحراة والردة والزندقة وسب الله وسب الأنبياء والملائكة، وعمل السحر وترك الصلاة والصيام"⁹⁵²، أما العقوبات فهي على نوعين: عقوبات بدنية؛ وعقوبات مالية.

العقوبات البدنية هي القتل لقاتل المسلم عمدا قصاصا، ويقتل كذلك المرتد والزاني المحسن والمحارب والباغي والساحر والزنديق والساب لله وملائكته وانبيائه، وتكون العقوبة البدنية أيضا بالجرح أو القطع لكل من قطع عضو مسلم أو جرحه عمدا، كما تكون العقوبة البدنية بالجلد للزاني البكر والقاذف والسارق وشارب الخمر، ومن العقوبات البدنية أيضا النفي للزاني الذكر المسلم الأعزب سنة عن محل سكنه"⁹⁵³.

أما العقوبات المالية فهي الدية إن عفى أولياء المقتول عمدا وتكون الدية في القتل الخطأ عقوبة أصلية، ومن العقوبات المالية التغيريم على ما أتلف، والدية في جناية العمد

⁹⁵² - انظر، محمد بن جزري، القوانين الفقهية، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2013، ص.565.

⁹⁵³ - انظر، محمد بن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج.3، ط.1، دار ابن الجوزي، السعودية، 1423هـ، ص.339 وما بعدها.

تؤخذ من مال الجاني، أما في الجناية الخطأ فتؤخذ الدية من عاقلته، و عاقلته هم عصبته، قال الشافعي: "إنا وجدنا عاما في أهل العلم أن من جنى الحر المسلم من جناية عمدا أو فساد مال لأحد على نفس أو غيره ففي ماله دون عاقلته، وما كان من جناية في نفس خطأ فعلى عاقلته"⁹⁵⁴، وعاقلته لا تحمل الجناية على الأعراض والأموال، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن العاقلة لا تعقل مهر المثل و لا الجنايات على الأموال"⁹⁵⁵.

جناية الصبي إن قتل فلا يقتل قصاصا بإجماع أهل العلم وكذا لو جرح أو قطع عضوا لآخر، لكنهم اختلفوا في الدية تؤخذ من ماله أم من عاقلته؟ فالجمهور ذهبوا أن الدية تحملها عنه عاقلته، وخالفهم الشافعية أنها تؤخذ من ماله، قال مالك: "والأمر مجتمع عليه عندنا أنه لا قود بين الصبيان وأن عمدهم خطأ ما لم تجب عليهم الحدود ويبلغوا الحلم، وأن قتل الصبي لا يكون إلا خطأ، وذلك لو أن صبيا وكبيرا قتلا رجلا حرا خطأ كان على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية"⁹⁵⁶، قال البرقوقي: "إن كان الواجب ثلث الدية فأكثر فعلى عاقلته"⁹⁵⁷ مقتضى قوله أنه إن كانت الدية أقل من ذلك وجبت في ذمة الصبي، قال الرمفوري من الأحناف: "لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما في الدية"⁹⁵⁸، وقال ابن قدامة: "وعمد الصبي والمجنون خطأ تحملهما العاقلة"⁹⁵⁹، أما الشافعية فقد قال العمراني: "وإن قتل الصبي أو المجنون عمدا، فإن قلنا أن عمدهما عمد وجب بقتلهما دية مغلظة، وإن قلنا عمدهما خطأ وجب بقتلهما دية مخففة"⁹⁶⁰، قال ابن الجزري: "قال الشافعي: عمد الصبي في ماله"⁹⁶¹.

⁹⁵⁴ - محمد بن الشافعي، الرسالة، المرجع السابق، ص.402.

⁹⁵⁵ - محمد بن المنذر، الإجماع، ط.2، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 1999، ص.172.

⁹⁵⁶ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، ص.500.

⁹⁵⁷ - عبد الرحمن البرقوقي، المرجع السابق، ص.229.

⁹⁵⁸ - أنظر، محمد الرمفوري، البناء في شرح الهداية، ج.12، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.466.

⁹⁵⁹ - عبد الله بن قدامة، المعني، المرجع السابق، ج.12، ص.29.

⁹⁶⁰ - انظر، يحيى العمراني، البيان في مذهب الشافعية، ج.11، ط.1، دار المنهاج، لبنان، 2000، ص.487.

⁹⁶¹ - محمد بن جزري، المرجع السابق، ص.571.

وأجمع أهل العلم أن الصبي لا حد عليه وإن زنى أو قذف أو شرب الخمر أو سرق حتى يبلغ⁹⁶²، ولا يعني ما ذكر هنا أن الطفل غير مؤاخذ إن كان مميز بل عليه عقوبة تأديبية، قال عبد القادر عودة: "...يسأل مسؤولية تأديبية، فيؤدب على ما يأتيه من جرائم، والتأديب وإن كان في ذاته عقوبة على الجريمة إلا أنه عقوبة تأديبية لا جنائية، ويترتب على اعتبار العقوبة تأديباً أن لا يعتبر الصبي عائداً مهما تكرر تأديبه، وأن لا يوقع عليه من عقوبات التعزير إلا ما يعتبر تأديباً كالتوبيخ والضرب"⁹⁶³.

مما يلاحظ من قول الجمهور أن الشريعة حملت عصة الصبي الذي جنى الدية بالتضامن، وعلّة ذلك أن العقوبات في الشريعة الإسلامية تنتفي بوجود الشبهة، وهذا محل إجماع بين أهل العلم⁹⁶⁴، والصغير تعتريه شبهة واضحة وهي عدم الإدراك أو نقصه، أي أن القصد الجنائي غير مكتمل⁹⁶⁵، وهنا لا بد من التفريق بين الضمان وبين الدية، إذ أن الضمان جزاء تحمل المسؤولية المدنية، أما الدية فهي جزاء تحمل المسؤولية الجنائية، ومنه يدرك لما يتحمل الصبي الضمان في المسؤولية المدنية ولا يتحمل الدية على قول الجمهور، ذلك لأنه يشترط لقيام المسؤولية الجنائية الإدراك الكامل، ولا يشترط ذلك في المسؤولية المدنية، فتقوم المسؤولية المدنية ولو لم يتوفر القصد لإحداث الخطأ الموجب للضمان.

والمصلحة من تحمل العاقلة مسؤولية جنائية المخطئ والصبي هي أن النفس المجني عليها محترمة ومصانة لا يمكن إهدار دمها والصبي والمخطئ معذور لانتفاء القصد والدية

⁹⁶² - محمد بن المنذر، المرجع السابق، ص.160.

⁹⁶³ - انظر، عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج.1، ط.3، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2013، ص.600.

⁹⁶⁴ - محمد بن المنذر، نفس المرجع، ص.162.

⁹⁶⁵ - قال عبد القادر عودة: "اعفاه من المسؤولية الجنائية لا يعفيه من المسؤولية المدنية عن كل جريمة يرتكبها، فهو مسؤول في ماله في ماله الخاص عن تعويض أي ضرر يصيب به غيره من ماله أو نفسه، ولا يرفع عنه عدم التمييز المسؤولية المدنية كما يرفع المسؤولية الجنائية، لأن القاعدة الأصلية في الشريعة الإسلامية أن الدماء والأموال معصومة أي غير مباحة، وأن الأعداء الشرعية لا تنافي هذه العصمة، أي أن الأعداء لا تهدر الضمان ولا تسقطه ولو أسقطت العقوبة"، هناك تعقيب على هذا الكلام، ذلك أن الجنائية على النفس من الصبي تحملها عنه عاقلة على قول الجمهور وهو الراجح. (عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج.1، ص.599).

مال عظيم، فأخذها من ذمتها إجحاف في حقهما، فلذا كلفت العاقلة بدفع الدية تخفيفاً⁹⁶⁶، وخصت العاقلة بهذا الأمر لأنهم عصبة الجاني، والعصبة من اسمها تفيد القرب والنصرة، قال الجوهري: "وعصبة الرجل بنوه وقرابته لأبيه، وإنما سموا عصمة لأنهم عصبوا به أي أحاطوا به، فالأب طرف والابن طرف، والعم والأخ جانب"⁹⁶⁷، ومن كانت هذه حالهم كانوا أولى الناس بتحمل دية ولدهم القاصر من غيرهم لمكانتهم منه.

يطرح السؤال هنا عن الجناية التي تقع على الصبي في الشريعة أتساوى مع الجريمة التي تقع على البالغ؟ والجواب على ذلك أن الجناية على الصبي تختلف عن الجناية على غيره في القصاص إذا كان الجاني أحد أصوله، فذهب الجمهور أنه لا قصاص على الأصول وخالفهم مالك على تفصيل عنده، قال الشافعي: "وقد حفظت عن عدد من أهل العلم لقيتهم أن لا يقتل الوالد بالولد وبذلك أقول"⁹⁶⁸، وقال ابن قدامة من الحنابلة: "وجملته أن الأب لا يقتل بولده، والجد لا يقتل بولد ولده، وإن نزلت درجته وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات"⁹⁶⁹، وقال محمد البرني الحنفي فيمن قتل ابنه: "لا قصاص في ذلك كله"⁹⁷⁰، أما مالك فقد قال: "لا يقاد الأب بالابن إلا أن يضجعه فيذبحه، أما إن حذفه بسيف أو عصى فقتله لم يقتل"⁹⁷¹، وكذلك الجد عنده مع حفيده، فمذهب مالك أن ينظر إلى ملابسات الجريمة، فإن احتمل فيها الخطأ رفع القصاص عن الجاني، وإن كانت ملابسات الجريمة تدل دلالة قاطعة بدون أي شك أن الأب قصد قتل ابنه أقيم عليه القصاص، وذلك لما جبل عليه الآباء من التعطف على أبنائهم ولما لهم من حق التأديب، وما ذكر عن الفقهاء هنا هو حكم كل أصل قتل فرعه، ولو كان الفرع بالغا.

966 - انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.5، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015، ص.1343.

967 - إسماعيل الجوهري، المرجع السابق، ص.774.

968 - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.8، ص.69.

969 - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.11، ص.483.

970 - محمد البرني، المرجع السابق، ج.2، ص.107.

971 - محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.2، ص.400.

والراجح قول الجمهور لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يقاد الأب من ابنه"⁹⁷²، فالحديث عام لا مخصص له، ولا يعني ما ذكر هنا انتفاء المسؤولية الجنائية عن الأصول بل معناه تخفيف العقوبة، إذ تجب الدية على الأصول لورثة الفرع المحني عليه، والمصلحة من ذلك أن يعظم من مكانة الوالدين والأصول في نفس أولادهم والفروع بصفة عامة.

ولابد من التنبيه هنا أن كل إهمال من الوالدين أو أحدهما أو ممن وكل إليه حفظ القاصر غير المميز انجر عنه هلاك هذا القاصر أو قطع عضوه أو جرحه جرحاً جسيماً يفرض على كل من أخل بواجب الحفظ الدية⁹⁷³، سئلت اللجنة الدائمة للإفتاء فيمن تركت ابنها عند النار فاحترق وهو ابن شهرين، فأجابت: "إذا كان الواقع كما ذكر من وضعها ابناً لها سنة شهران عند النار، وخروجها من البيت واحترق ابنها بما تطاير عليه من شرر النار فعليها كفارة القتل خطأً لتفريطها في حفظ ولدها"⁹⁷⁴، وأجابت فيمن تركت حفيدها الرضيع في مكان وأهملته أنه: "يجب على والدة الزوج الدية والكفارة والتوبة إلى الله جلاً وعلاً لأنها وضعت في مكان وأهملته حتى توفي"⁹⁷⁵، وقال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه أن من حمل صبياً، أو مملوكاً بغير إذن مواليه على دابة فتلف، أنه ضامن"⁹⁷⁶.

قيمة دية الصبي منذ ولادته حياً كدية البالغ، أما الجنين إذا اعتدي عليه فقد قال ابن المنذر: "أجمع أهل العلم أن في الجنين غرة"⁹⁷⁷، والغرة عبد أو أمة، وقوم أهل العلم

⁹⁷² - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.8، كتاب الجراح، باب الرجل يقتل ابنه، ر.ح.15964، ص.69؛ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد، المرجع السابق، ج.1، مسند عمر بن الخطاب، ر.ح.98 و148، ص.207 و229؛ عبد الله بن أبي شيبه، المصنف، المرجع السابق، ج.9، كتاب الديات، باب الرجل يقتل ابنه، ر.ح.28350، ص.237.

⁹⁷³ - انظر، محمد أبوزهرة، الولاية على النفس، ط.1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1994، ص.23.

⁹⁷⁴ - أحمد الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، ج.21، ط.1، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الافتاء، السعودية، 1424هـ، ص.277.

⁹⁷⁵ - أحمد الدويش، نفس المرجع، ج.21، ص.348.

⁹⁷⁶ - محمد بن المنذر، المرجع السابق، ص.172.

⁹⁷⁷ - محمد بن المنذر، نفس المرجع، ص.173.

الغرة بقيمة خمس من الإبل وقال بعضهم بل عشر⁹⁷⁸، وقال الترمذي: "وقال بعضهم الغرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم. وقال بعضهم أو فرس أو بغل"⁹⁷⁹ أي قيمتهما، هذا إذا انفصل ميتا أما لو انفصل حيا ثم مات كانت ديته كاملة.

اختلف أهل العلم في جريمة الزنا إذا وقعت على قاصر، فقال ابن الجزي من المالكية أن من شروط إقامة حد الزنا: "أن يكون المزي بها ممن يوطأ مثلها، فإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فلا حد عليه ولا عليها"⁹⁸⁰، وقال ابن الهمام الحنفي: "وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة..."⁹⁸¹، قال عبد القادر عودة: "ويختلف مذهب مالك عن مذهب أبي حنيفة في أن مالكا يجعل الحد منوطا بإمكان الجاني وطء الصغيرة ولو كان مثلها لا يجامع، ولو كان الوطاء غير ممكن لغيره، بينما يجعله أبو حنيفة منوطا بصلاحيه الصغيرة للجماع بصفة عامة"⁹⁸².

وقال ابن قدامة الحنبلي: "أما الصغيرة فإن كان مما يمكن وطؤها فوطؤها زنى يوجب الحد، لأنها كالكبيرة في ذلك، وإن كانت ممن لا تصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة.."، ثم قال: "وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشرة لا حد عليها"⁹⁸³، وخالفت الشافعية ما عليه الجمهور من المالكية والأحناف والحنابلة، فجاء في حاشية البجيرمي على الخطيب: "أو كان هو مكلفا وطئ طفلة صغيرة ولو بنت يوم فإنه يحد، والمرأة أدخلت فرج صبي ولو ابن يوم في فرجها فإنها تحد أيضا"⁹⁸⁴، والراجح في هذه الأزمان العمل بما ذهب إليه الشافعية في أن كل من اعتدى بالزنى على القاصر ولو ابن يوم أن تسلط عليه عقوبة الزنى، ذلك أن الفطر قد امتسخت.

978 - محمد بن الشافعي، الرسالة، المرجع السابق، ص. 340 و416.

979 - انظر، محمد الترمذي، سنن الترمذي، ط. 1، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2011، ص. 270.

980 - محمد بن جزي، المرجع السابق، ص. 581.

981 - انظر، محمد بن الهمام، شرح فتح القدير، ج. 5، ط. 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص. 259.

982 - عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج. 2، ص. 323.

983 - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج. 12، ص. 341.

984 - سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج. 5، ص. 4.

ويفرق هنا بين الزنى واللواط، فكل من مارس عمل قوم لوط على صبي ذكر فإنه يقتل على القول الراجح من أهل العلم⁹⁸⁵، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به"⁹⁸⁶، ويستثنى من العقوبة الصبي المفعول به لعدم الإدراك، والراجح أن ما فشى في هذه الأزمان من اختطاف القصر والاعتداء عليهم جنسيا ثم قتلهم يعتبر حرابة في الشريعة، وبالتالي تطبق عليهم عقوبة الحرابة وهي القتل حدا لقوله تعالى: {إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا...} ⁹⁸⁷.

ثانيا: المسؤولية الجنائية على القصر في القانون الجزائري: يترتب عن كل فعل يعتبر جريمة في نظر القانون مسؤوليتين، وهما المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية⁹⁸⁸، ويجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها، ومعنى هذا أن للجهة القضائية التي تنظر في الموضوع محل الجريمة أن تحكم بالتعويض عن المسؤولية المدنية كما لها أن تحكم بالعقاب كجزاء عن المسؤولية الجنائية⁹⁸⁹.

والمسؤولية الجنائية على القصر يمكن أن تكون ناتجة عن جريمة مرتكبة ضد القاصر(أ)؛ أو قد تكون مرتكبة من القاصر نفسه(ب).

⁹⁸⁵ - قال الترمذي: "واختلف أهل العلم في حد اللوطي فرأى بعضهم أن عليه الرجم أحسن أو لم يحسن وهذا قول مالك والشافعي وأحمد وإسحاق، وقال بعض أهل العلم من فقهاء التابعين منهم الحسن البصري وإبراهيم النخعي وعطاء بن أبي رباح وغيرهم قالوا حد اللوطي حد الزاني وهو قول الثوري وأهل الكوفة" يعني الأحناف. محمد الترمذي، سنن الترمذي، طبعة دار ابن الجوزي، المرجع السابق، ص.280.

⁹⁸⁶ - انظر، سليمان السجستاني، سنن أبي داود، ط.1، دار ابن الجوزي، مصر، 2011، كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط، ر.ح.4462، ص.516؛ محمد الترمذي، سنن النسائي، طبعة دار ابن الجوزي، المرجع السابق، كتاب الحدود، باب ما جاء في حد اللوطي، ر.ح.1456، ص.280؛ أنظر، أحمد بن ماجه، سنن ابن ماجه، ط.1، دار ابن الجوزي، مصر، 2011، كتاب الحدود، باب من عمل عمل قوم لوط، ر.ح.2561، ص.266.

⁹⁸⁷ - سورة المائدة، الآية.33.

⁹⁸⁸ - تنص المادة/2/1 من ق.إ.جأته: "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن جريمة".

⁹⁸⁹ - تنص المادة/3/1 من ق.إ.جأته: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها".

أ/ المسؤولية الجنائية في الجرائم المرتكبة على القاصر: يجدر التنبيه هنا أن المشرع الجزائري لإضفاء الحماية للطفل الحدث المجني عليه جعل تقادم الدعوى العمومية المتعلقة بالجناية أو الجنحة المرتكبة ضده تسري ابتداء من بلوغه سن الرشد المدني وهو تسع عشرة سنة⁹⁹⁰، وأشد الجرائم المرتكبة ضد القاصر في الآونة الأخيرة هي: الإجهاض والقتل وهما اعتداء على حياة القاصر(2)؛ والضرب والجرح والتعذيب والاعتصاب والتي تعتبر إيذاء بدنيا على القاصر(3)؛ ولا بد من أفراد اختطاف القاصر بالحديث لفشو انتشاره في المجتمع(4).

1/ جريمة الإعتداء على حياة القاصر: أول جريمة قد ترتكب على حياة الطفل هي الإجهاض، ويمكن تعريف الإجهاض بأنه تلك الجريمة التي تكمن في أفعال آثمة ترتكب بغرض إسقاط الحمل⁹⁹¹ لدوافع غير علاجية⁹⁹²، وقد تكون جريمة الإجهاض جنحة عند المشرع الجزائري كما قد تكون جناية، فتعتبر جنحة إذا قامت به الأم لإسقاط جنينها أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لنفس الغرض⁹⁹³، ولم يفرق القانون في هذه الجريمة بين ما إذا كان الجنين المراد إجهاضه ناتجا عن علاقة شرعية أم لا.

يعتبر المشرع الجزائري الإجهاض جنحة كذلك إذا قام به كل شخص بإعطاء مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك الأم أو لم توافق⁹⁹⁴، ويعتبر الإجهاض جنحة أيضا على وجه الخصوص إذا قام بالأفعال السابقة أو استخدمها أحد ممتهني الصحة طبيا كان أو

990 - المادة 8 مكرر.1. من ق.إ.ج.

991 - انظر، المبروك منصور، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2014/2013، ص.128.

992 - تنص المادة 308 من ق.ع أنه: "لا عقوبة على الإجهاض لانقاذ حياة الأم".

993 - المادة 309 من ق.ع.

994 - المادة 1/304 من ق.ع.

قابلة أو طالب طب أو صيدلة أو طبيب أسنان أو أحد مستخدمي الصيدليات أو محضري العقاقير أو صانعي الأربطة الطبية أو تاجري الأدوات الجراحية أو المرضى أو المدلكين⁹⁹⁵.

الحقيقة أن أفضل عقاب لهذه الفئة من ممتهي الصحة هي الحرمان من ممارسة هذه المهنة أو الوظيفة، والمشرع الجزائري أحسن عندما نص على منع هؤلاء من ممارسة المهنة عند ارتكابهم لجريمة الإجهاض، ولقد أثبت الواقع أن بعض الأطباء الأخصائيين في طب النساء والتوليد يلجؤون إلى مثل هذا العمل للاغتناء خاصة لما فشلت الرذيلة في المجتمع غير مراعين للقيم و لا الأخلاق التي تفرضها عليهم مهنة الطب، إلا أن العيب فيما ذهب إليه التشريع أنه جعل المنع مؤقتاً، ذلك أن مهنة الطب مهنة نبيلة لا ينبغي أن يسمح فيها لمن ثبت أنه دنسها أن يعود إليها إذ لا ضمانه أنه قد انصلح أمره⁹⁹⁶، فكيف يؤتمن على صحة الناس وعافيتهم؟ ويتبع بجريمة الإجهاض هنا جنحة التحريض على الإجهاض حتى ولو لم يؤدي التحريض إلى أي نتيجة⁹⁹⁷.

وترقى جريمة الإجهاض حتى تصبح جناية في حالتين: أولاً إذا أدى إلى الوفاة⁹⁹⁸؛ وثانياً إذا ثبت عنصر الاعتیاد على الفعل، أي أن يصبح فعل الإجهاض ممارسة معتادة للفاعل⁹⁹⁹.

وتقوم جريمة الإجهاض في كل الأحوال بتأكد توفر القصد الجنائي فقط، جاء في القرار المؤرخ في 18 فيفري 2010 أنه: "يعاقب القانون على جريمة الإجهاض أو

995 - المادة 306 من ق.ع.

996 - انظر، المواد 6/9 و 16 مكرر و 2/306 و 1/311 و 1/307 منق.ع.

997 - المادة 310 من ق.ع.

998 - تنص المادة 2/304 من ق.ع أنه: "وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

999 - تنص المادة 305 من ق.ع أنه: "إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى".

الشروع فيه بغض النظر عن نتيجة الفعل، مهما كانت الحالة الحقيقية للمرأة من حيث الحمل أو افتراض الحمل. لا يعد سؤالا مركبا السؤال المتضمن الحمل أو افتراض الحمل. يعاقب القانون على الإجهاض لمجرد قيام قصد إحداثه لدى المتهم¹⁰⁰⁰.

وجريمة الإجهاض ليست الجريمة الوحيدة التي قد تمس بحياة الطفل في أول منشئه، بل هناك جريمة أخرى قد تلحق الطفل بعد ولادته، وهي جريمة قتل الطفل حديث الولادة، إذ اعتبر المشرع الجزائري هذه الجريمة جنائية إذا قامت به الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة¹⁰⁰¹، وبالتالي فيشترط لقيام هذه الجريمة شرطين أولاهما أن يقع القتل على طفل حديث الولادة؛ وثانيهما أن يقع بفعل الأم.

جاء في القرار القضائي المؤرخ في 18 جوان 2008 أنه: "تتطلب جريمة قتل طفل حديث العهد بالولادة توافر شرطين هما أولا يجب أن يقع القتل على مولود حديث العهد بالولادة، وهنا يطرح التساؤل حول تحديد النطاق الزمني لحداثة العهد بالولادة، والشرط الثاني يجب أن يكون هذا القتل قد وقع من الأم وهو أمر قرره المادة 2/261 من ق.ع التي حددت شخص الجاني بأنه الأم..."¹⁰⁰².

من خلال ما ذكر يتبين أن قتل حديث العهد بالولادة الذي يقع من غير الأم أو مشاركتها لا يكيف على أنه جنائية قتل حديث العهد بالولادة، بل يطبق عليه الأحكام العامة لجريمة القتل، ويطرح التساؤل هنا حول المدة الزمنية التي يعتبرها المشرع الطفل حديث عهد بالولادة؟ والجواب على ذلك أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحا لاجتهاد القاضي، إلا أن بالرجوع إلى الفقه نجد أن هناك محل اتفاق من الفقهاء على أن قتل الطفل حديث عهد بالولادة لا يمكن اعتباره كذلك إلا إذا نفذ في مدة قصيرة وقريبة

¹⁰⁰⁰ - قرار، م.ع، غ.ج، المؤرخ في 2010/02/18، ملف رقم. 580393، م.م.ع، ع.ع، 2، 2010، ص.302.

¹⁰⁰¹ - تنص المادة. 2/261 من ق.ع على أنه: "ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة".

¹⁰⁰² - قرار، م.ع، غ.ج، المؤرخ. 2008/06/18، ملف رقم. 524526، م.م.ع، ع.ع، 1، 2008، ص.325.

جدا من ولادته¹⁰⁰³؛ وأن صفة المولود الحديث تختفي من يوم تسجيله بسجلات الحالة المدنية أين تشيع ولادته¹⁰⁰⁴.

والقتل العمدي الذي يقع على القاصر يسري عليه عموم نص المادة 1/261 من ق. عبأته: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل..."، وذلك باستثناء حالي الإجهاض وقتل الطفل حديث العهد بالولادة، أما بخصوص القتل الذي نتج عن الضرب والجرح، فقد فرق فيه المشرع الجزائري بين ما إذا وقع الضرب والجرح من الوالدين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته من جهة، وبين ما إذا وقع من غيرهم من جهة أخرى، إذ شدد من العقوبة في حالة الوالدين وكل من يتولى أمر الطفل، فنص على أن العقوبة هي الإعدام ولو لم يقصد بالضرب والجرح أحداث الوفاة ولكنها كانت نتيجة طرق علاجية معتادة¹⁰⁰⁵، في حين هذه الجريمة الأخيرة لو وقعت من شخص لا صلة له بالطفل بدون قصد كانت العقوبة السجن المؤبد، وكذلك الأمر لو حدثت الوفاة بدون قصد عموماً نتيجة الضرب والجرح العمدي فلو فعلها الوالدين أو من له سلطة على الطفل كانت العقوبة هي السجن المؤبد أما لو فعلها شخص أجنبي على الطفل كانت العقوبة السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ - انظر، هديات حماس، الحماية الجنائية للطفل الضحية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014، ص.26.

¹⁰⁰⁴ - المادة 1/61 من ق.ح.مأنه: "يصرح بالمولود خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات".

¹⁰⁰⁵ - تطبق على كل من يتولى أمر الطفل نفس العقوبة وهي الإعدام إذا كان الضرب أو الجرح بقصد إحداث الوفاة، وهي العقوبة نفسها إذا ارتكب هذا الفعل شخص أجنبي عن الطفل، تنص المادة 4/272 من ق.عأنه: "وإذا كان أحد الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم بالإعدام وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 3 و4 من 271"، وتنص المادة 4 و3/271 على أنه: "وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد إحداثها ولكنها حدثت نتيجة لطرق علاجية معتادة تكون العقوبة السجن المؤبد. وإذا وقع الضرب أو الجرح أو المنع أو التعدي أو الحرمان بقصد إحداث الوفاة فيعاقب الفاعل باعتباره قد ارتكب جنابة القتل أو شرع في ارتكابها".

¹⁰⁰⁶ - تنص المادة 3/272 من ق.عأنه: "وإذا كان أحد الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم بالسجن المؤبد وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 271"، وتنص

2/ الإيذاء البدني: الإيذاء البدني قد يكون بالضرب والجرح والمنع من الطعام أو التعذيب أو الاغتصاب، أما الضرب والجرح أو المنع من الطعام والرعاية الذي لا يفضي إلى وفاة الطفل فقد يكون جنحة كما قد يكون جنائية، فيكون جنحة في حالتين: الحالة الأولى إذا عرضت حالة الطفل الصحية للضرر باستثناء الإيذاء الخفيف¹⁰⁰⁷ وشدد المشرع هنا العقوبة على الوالدين الشرعيين أو من يتولى أمر الطفل¹⁰⁰⁸.

الحالة الثانية التي تعتبر فيه هذه الجريمة جنحة تكون إذا ترتب عن الضرب والجرح والمنع من الطعام والرعاية عدم مقدرة على الحركة أو عجز كلي عن العمل لأكثر من خمسة عشر يوماً مع وجود سبق الإسرار والترصد لدى الجاني وقد تصل العقوبة هنا إلى عشر سنين¹⁰⁰⁹، وإذا قام بهذا العمل الوالدين الشرعيين أو من يتولى أمر الطفل فترقى الجريمة إلى تكيفها أنها جنائية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات¹⁰¹⁰.

والضرب والجرح والمنع من الطعام والرعاية قد يصبح جنائية إذا ترتب عنه بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين، أو نتج عن هذه الجريمة عاهة مستديمة أخرى، وفرق المشرع الجزائري هنا أيضاً بين لو أحدث الجريمة الوالدين أو من له سلطة على الطفل وبين لو أحدثها شخص أجنبي، فشدد العقوبة على الوالدين ومن له سلطة على الطفل فنص أن العقوبة هي السجن المؤبد، أما لو أحدثها شخص أجنبي فالعقوبة تكون السجن من عشر إلى عشرين سنة¹⁰¹¹.

المادة 2/271 من ق.ع على أنه: "وإذا نتجت عنها الوفاة بدون قصد أحداثها فتكون العقوبة هي الحد الأقصى للسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

1007- تنص المادة 269 من ق.ع على أنه: "كل من جرح أو ضرب عمداً قاصراً لا تتجاوز سنه السادسة عشرة أو منع عنه عمداً الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمداً أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي فيما عدا الإيذاء الخفيف يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمس سنوات...".

1008- وذلك في المادة 1/272 من ق.ع والتي أشارت أن العقوبة قد تصل إلى السجن لمدة عشر سنوات.

1009- المادة 270 من ق.ع.

1010- المادة 2/272 من ق.ع.

1011- تنص المادة 3/272 من ق.ع على أنه: "وإذا كان أحد الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم بالسجن المؤبد وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2 من المادة 271"، وتنص

ويمكن أن يتعدى الضرب والجرح ليصل إلى التعذيب، ولم يفرق المشرع هنا بين ما إذا كان التعذيب على القاصر أو على البالغ، فنص على أن ممارسة التعذيب أو التحريض عليه أو الأمر به جنائية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات، وبغرامة مالية من مائة ألف إلى خمس مائة ألف دينار، وبتضاعف العقوبة إذا سبق أو تلى جنائية غير القتل العمد لتصل إلى السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة، وبغرامة من مائة وخمسون ألف إلى ثمان مائة ألف دينار جزائري¹⁰¹².

وتتشدد عقوبة التعذيب إذا قام بها أو حرض عليها أو أمر بها موظف من أجل الحصول على اعترافات أو معلومات أو لأي سبب آخر، فنص المشرع أن العقوبة هنا هي السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة و بغرامة من مائة وخمسون ألف إلى ثمان مائة ألف دينار، وقد تصل العقوبة إلى السجن المؤبد إذا سبق التعذيب أو تلاه جنائية غير القتل العمد، ولم يكتفي المشرع الجزائري بذلك بل ونص أن الموظف الذي يوافق أو يسكت عن ذلك قد ارتكب جنائية يعاقب عليها بالسجن من خمس إلى عشر سنوات وبغرامة من مائة ألف إلى خمس مائة ألف دينار، وإذا جاوز الجاني تعذيب الضحية القاصر إلى الاغتصاب، فقد ارتكب جنائية اغتصاب قاصر والمعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة¹⁰¹³.

3/ جريمة اختطاف قاصر: لا بد من الحديث هنا عن جريمة اختطاف القصر، والتي عرفت انتشارا واسعا في المجتمع الجزائري بالآونة الأخيرة، إذ تشير الإحصائيات إلى تزايد معدل ارتفاع وقوع الجريمة في السنوات الأخيرة¹⁰¹⁴، مما دفع الجزائر إلى استصدار القانون 01/14 المعدل والمتمم لقانون العقوبات إذ أفرد لهذه الجريمة نصا خاصا¹⁰¹⁵.

المادة. 1/271 من ق.ع أنه: "إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المشار إليه في المادة. 269 فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

¹⁰¹² - المادة. 263 مكرر.1.

¹⁰¹³ - المادة. 263 مكرر.2.

¹⁰¹⁴ - انظر، محمد الصالح، جريمة الاختطاف وعقوبة الإعدام، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، ع.16، جانفي.2017، ص.02.

¹⁰¹⁵ - انظر، المادة. 293 مكرر.1، من القانون رقم. 01/14، المؤرخ في. 2014/02/04، يعدل ويتمم الأمر رقم. 156/66، والمؤرخ في. 1966/06/08، والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.7، والمؤرخة في. 2014/02/16.

من خلال استقراء النصوص القانونية يتبين أن جريمة اختطاف القاصر قد تكيف على أنها جناية كما قد تكيف على أنها جنحة، فتكون جريمة اختطاف القاصر جناية في حالتين، أولها أن يكون هناك اختطاف أو محاولة اختطاف بشرط استخدام العنف أو التهديد أو الاستدراج أو غير ذلك من الوسائل، جاء في القرار المؤرخ في 04 مارس 1986 أنه: "ولما كان من الثابت من قضية الحال أن السؤال الذي أذانت بموجبه المحكمة المتهم بجريمة الاختطاف لم يذكر عنصر العنف أو التهديد، والذي بدونه لا تتم جريمة الاختطاف تكون بقضائها كما فعلت خالفت القانون"¹⁰¹⁶، وعقوبة اختطاف القاصر باستخدام العنف أو التهديد هي السجن المؤبد¹⁰¹⁷.

وتكون جريمة اختطاف القاصر جناية أيضا في الحالة الثانية إذا تعرض القاصر المخطوف إلى التعذيب أو العنف الجنسي أو إذا كان الدافع إلى الخطف هو تسديد فدية أو إذا ترتب عليه وفاة الضحية، وتكون العقوبة هنا هي الإعدام¹⁰¹⁸، ومرتكب جناية اختطاف القاصر سواء في الحالة الأولى أو الثانية لا يستفيد من ظروف التخفيف، لكن على القاضي أن يراعي نص المادة 294 من ق.ع بإعمال سلطته التقديرية إذ أن ظروف الجريمة وحيثياتها تختلف من واقعة لأخرى، جاء في نص المادة 293 مكرر. 3/1 أنه: "لا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في هذا القانون مع مراعاة أحكام المادة 294 أدناه".

وتكيف جريمة اختطاف القاصر على أنها جنحة إذا تم اختطاف القاصر بدون استعمال العنف أو التهديد أو ما أشبه ذلك من الوسائل، ولا تتخذ إجراءات المتابعة القضائية إذا تزوج الخاطف من المخطوفة القاصر إلا أنه يمكن أن تستأنف المتابعة

¹⁰¹⁶ - قرار، م.أ، غ.ج، المؤرخ في. 1986/03/04، ملف رقم. 42459، م.ق، ع.2، 1992، ص.194.

¹⁰¹⁷ - المادة 293 مكرر. 1/1 من ق.ع.

¹⁰¹⁸ - المادة 293 مكرر. 2/1 و المادة 1/263 من ق.ع.

القضائية إذا قام من له صفة بإبطال عقد الزواج¹⁰¹⁹، ولا يمكن الحكم على الخاطف في هذه الحالة إلا بعد القضاء ببطلان عقد الزواج، جاء في القرار المؤرخ في 03 جانفي 1995 أنه: " من المقرر قانونا أن يعاقب كل من خطف أو أبعده قاصرة دون الثامنة عشرة من عمرها بغير عنف أو شرع في ذلك، وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضده إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة طلب الزواج وبعد القضاء بإبطال العقد المذكور"¹⁰²⁰.

الخلاصة هنا أن المشرع الجزائري يعاقب على ما كثر في الآونة الأخيرة من اختطاف القصر والتنكيل بهم من ضربهم والاعتداء عليهم جنسيا بالاعتصاب ثم القتل بالإعدام، إلى هنا يمكن القول في هذه النقطة أن المشرع وافق الشريعة الإسلامية إلى حد ما، إلا أن المشرع الجزائري منذ سنة 2007 أوقف تنفيذ عقوبة الإعدام¹⁰²¹، وذلك بالتصويت بالموافقة على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 18 ديسمبر 2007 والمتضمن وقف تنفيذ عقوبة الإعدام¹⁰²².

معنى أن توافق الجزائر على وقف تنفيذ عقوبة الإعدام أنها ترى فيها عقوبة قاسية جدا على كل جريمة يرتكبها المرء، حتى ولو كانت متمثلة في الاعتداء على طفل بريء بخطفه وتعذيبه ثم اغتصابه والتنكيل به وقتله! فأى مصلحة مرعية هنا؟

ويقع التعقيب على المشرع الجزائري أيضا فيما ورد أن من أسباب سقوط الدعوى العمومية زواج الخاطف من المخطوفة القاصر، وي طرح السؤال هنا هل زواج الخاطف

¹⁰¹⁹ - المادة 326 من ق.ع.

¹⁰²⁰ - قرار، م.ع، غ.ج، المؤرخ في 1995/01/03، الملف رقم 128928، م.ق، ع.1، 1995، ص.249.

¹⁰²¹ - انظر، محضر، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة رقم 62، الجلسة رقم 76، المؤرخ في 2007/12/18، تقرير اللجنة الثالثة (A/62/439/Add.2)، نيويورك، ص.22.

¹⁰²² - انظر، قرار، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 149/62، المؤرخ في 2007/12/18، الدورة 2، البند 70 (ب) من جدول الأعمال، المتضمن وقف العمل بعقوبة الإعدام.

من المخطوفة القاصر يصلح ما أفسد من الحالة الاجتماعية للقاصر المخطوفة؟ علما أن القانون يعاقب الجاني إذا أبطل العقد لكن لا يعاقبه إذا وقع الطلاق، ثم ما صحة الزواج الذي يكون لا لشيء إلا لإسقاط الدعوى العمومية؟

ب/ المسؤولية الجنائية في الجرائم المرتكبة من القاصر: عقب التطرق إلى حالة وقوع الجريمة على الطفل كان لزاما النظر في موقف المشرع الجزائري من حدوث الجريمة من الطفل نفسه، من خلال استقراء النصوص القانونية في هذا الشأن يتضح أن المشرع أعفى الطفل الذي لم يبلغ العشر سنوات من أي مسؤولية جنائية أو تهديبية أو أن يكون محلا لأي تدبير حماية، في حين أنه جعل الطفل الجانح الذي بلغ العشر سنوات وكان سنه دون الثلاث عشرة سنة محلا للعقوبة التهديبية وتدابير الحماية¹⁰²³.

ويعتبر المشرع الجزائري الطفل الجانح الذي بلغ ثلاث عشرة أهلا لتحمل المسؤولية الجزائية¹⁰²⁴، أي أنه يمكن أن تطبق عليه العقوبات الجزائية والتي قد تصل إلى عشرين سنة في الجرائم التي يعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، وتطبق عليه نصف العقوبة على الجريمة التي لو أحدثها وهو بالغ استحق أن يسلط عليه بموجبها السجن أو الحبس المؤقت¹⁰²⁵.

الملاحظ أن المشرع الجزائري مقارب للشريعة الإسلامية إلى حد ما فيما يتعلق بالطفل الجانح الذي لم يبلغ الثلاث عشرة سنة لكنه مفارق لها فيمن جاوز هذه السن ولم يبلغ الثامن عشرة سنة من وجهين: أولاها أن حد الطفولة في الشريعة مقدر بظهور علامات البلوغ ويعتبر السن استثناء إذا لم تبرز هذه العلامات، أما في القانون فقد اعتبر

¹⁰²³ - انظر، المادة. 1/49 و2 من ق.ع، والمواد. 1/59 و1/57 و1/58 من القانون المتعلق بحماية الطفل.

¹⁰²⁴ - تنص المادة. 4/49 من ق.ع أنه: "ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو

لعقوبات مخففة".

¹⁰²⁵ - المادة. 50 من ق.ع.

السن لتحديد البلوغ¹⁰²⁶؛ والوجه الثاني أن القانون حمل الأطفال ما بين الثلاث عشرة سنة إلى الثامن عشرة المسؤولية الجنائية، في حين أن الشريعة لم تحمل الطفل دون البلوغ هذه المسؤولية.

والسؤال المطروح هنا أي التشريعين أكثر ضمانا لمصلحة الطفل الجانح؟ هل هو التشريع الذي لم يحمله المسؤولية الجنائية واكتفى بالمسؤولية التهذيبيّة أو التشريع الذي يحمل الطفل الجانح المسؤولية الجنائية - وإن كانت مخففة - ويجعله عرضة لأن يألف السجون ويخالط الأشرار وبالتالي ينمي فيه الميول الإجرامي¹⁰²⁷؟

المبحث الثاني:

المصالح المحمية في ولاية التزويج

جرى الحديث من قبل أن الولاية على النفس تتضمن أمرين اثنين هما ولاية الحفظ التي تتضمن ولاية التربية وضمن حماية القصر من غيرهم أو أنفسهم؛ وأن القسم الثاني من الولاية على النفس والذي لا يقل أهمية على ولاية الحفظ ألا وهو ولاية التزويج. ولقد أثار هذا الموضوع وسيزال نقاشا حادا بين فقهاء الشريعة الإسلامية مع بعضهم البعض من جهة؛ وكذا رجال القانون في الجزائر من جهة أخرى.

والغرض في هذه الأطروحة هنا مباحثة المصالح المرعية في كل من التشريعين: الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدر ولاية التزويج (المطلب الأول)؛ والتشريع الأسري الجزائري باعتباره القانون الذي يحكم واقع المجتمع الجزائري (المطلب الثاني).

¹⁰²⁶ - انظر، جمال الحيدري، أحكام المسؤولية الجزائية، ط.1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2010، ص.342.

¹⁰²⁷ - انظر، عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.142.

المطلب الأول:

ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية

سيجري الكلام هنا عن ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية بشيء من التفصيل والتأصيل مع التزام عدم الإستطراد، إذ لا يمكن استيعاب الموضوع من كل جوانبه، لذلك سيتم الإكتفاء بالأهم منها من بيان مفهوم ولاية التزويج (الفرع الأول)؛ وكذا التطريق إلى ولاية تزويج النساء في الشريعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم ولاية التزويج

تعرف ولاية التزويج على أنها سلطة شرعية، تجعل الشخص مخولاً بتزويج من كان تحت ولايته أو فاقد الأهلية أو ناقصها¹⁰²⁸، والأصل أن ولاية التزويج ولاية نظر، وثبتت ولاية النظر للقادر على العاجز أو الضعيف عن النظر أمر معقول مشروع لأنه من باب الإعانة على البر، وسينظر هنا إلى أنواع ولاية التزويج (أولاً)؛ وشروط الأولياء وترتيبهم فيها (ثانياً).

أولاً: أنواع ولاية التزويج: ولاية التزويج في الشريعة على نوعين: ولاية إجبار (أ)؛ وولاية اختيار (ب).

أ/ ولاية الإجبار في الزواج: ولاية الإجبار سميت كذلك لأن لمن يملك هذه الولاية حق الاستبداد بتزويج من في ولايته وجبرها على ذلك، ويكون العقد نافذاً¹⁰²⁹، وتثبت ولاية الإجبار عند الأحناف على البنت والذكر في حال صغرهما¹⁰³⁰ ومن كان في حكمها من جنون أو سفه¹⁰³¹.

¹⁰²⁸ - أنظر، نضال أسنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص.37.

¹⁰²⁹ - انظر، محفوظ بن صغير، الإحتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009، ص.401.

¹⁰³⁰ - قال الكاساني: "...ولما شرع الله النكاح حفظاً للنوع الإنساني وهو رابطة لها، ولا دوام إلا بين متكافئين غالباً، وكان تحصيله في كل زمان غير مقدور ولا ميسور، والصغار لا رأي لهم ولا قدرة على التمييز بين الكفاء وغيره، جعل الله لأوليائهم حق تزويجهم إحترازاً لمصلحتهم خوف فوات الكفاء وألزمها الأقارب لكونهم أشفق الناس عليهم وجعلها ملزمة إذا كان الزوج الأب والجد لأن كثرة شفقتهم داعية إلى السعي وراء مصلحتهم". علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.339.

¹⁰³¹ - انظر، زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج.3، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002، ص.340.

وتثبت عند الشافعية¹⁰³² و الحنابلة¹⁰³³ ولاية الإجماع على البكر البالغة ولا تثبت على الثيب، أما عند المالكية فتثبت ولاية الإجماع على الابن الصغير والبكر¹⁰³⁴، وتثبت ولاية الإجماع بالاتفاق للأب والجد دون سواهما¹⁰³⁵.

ب/ ولاية الإختيار في الزواج: ولاية الإختيار هي حق الولي في تزوج المرأة باختيارها ورضائها، فليس له أن يستبد بالعقد¹⁰³⁶، وهي ثابتة لمن لم تجب عليها ولاية الإجماع.

والصواب من هذا كله أن يقال أنه لا تجبر البكر أو الثيب صغيرة أو كبيرة على الزواج مطلقا، لما ثبت من أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم¹⁰³⁷، وهذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين، ومال إليه ابن تيمية¹⁰³⁸.

ثانيا: شروط أولياء التزويج وترتيبهم: يجري الحديث هنا عن شروط الأولياء (أ)؛ وترتيبهم (ب).

أ/ شروط أولياء التزويج: يشترط في الولي أن يكون مسلما بالغاً (1)؛ ذكراً عدلاً (2).

¹⁰³² - أنظر، محمد الشريبي، مغني المحتاج، ج.3، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958، ص.378.
¹⁰³³ - أنظر، أحمد بن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج.3، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، ص.82.
¹⁰³⁴ - أنظر، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.2، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.100.
¹⁰³⁵ - أنظر، محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج.2، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982، ص.05.
¹⁰³⁶ - أنظر، محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، ط.1، دار اليازوري، الأردن، 2010، ص.190.
¹⁰³⁷ - أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها، ر.ح.2096، ص.398.
¹⁰³⁸ - أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.

1/ شرط الإسلام والبلوغ في الولي: أجمع أهل العلم أن الكافر لا يكون ولياً

على ابنته المسلمة¹⁰³⁹، كما اتفقوا على أنه يشترط في الولي أن يكون بالغاً كامل الأهلية¹⁰⁴⁰.

2/ شرط العدالة والذكورة في الولي: اختلف العلماء في شرط عدالة الولي

فأثبتها الشافعية والحنابلة وخالفهم الأحناف والمالكية، قال البجيرمي من الشافعية: "والمعتمد أن الشرط في الولي عدم الفسق سواء كان عدلاً أو بواسطة..."، ثم قال: "لا يلزم أن الفاسق لا يزوج اشتراط أن يكون الولي عدلاً، لأن بينهما واسطة... والوصي إذا بلغ ولم تصدر منه كبيرة ولم تحصل له تلك الملكة لا عدل ولا فاسق"¹⁰⁴¹، وقال البهوتي من الحنابلة أنه يشترط في الولي: "العدالة ولو ظاهرة ولأنها ولاية نظرية فلا يستبد بها الفاسق"¹⁰⁴².

قال الكاسني من الأحناف: "وكذا العدالة ليست بشرط لثبوت الولاية عند أصحابنا، وللفسق أن يزوج ابنه أو ابنته الصغيرين"¹⁰⁴³، قال ابن رشد المالكي: "إن الحالة التي بها يختار الأولياء لولياتهم الكفاء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه موجودة بالطبع..."¹⁰⁴⁴.

والراجح أن يقال أن العدالة ليست شرطاً في الولي، بل يكفي أن يكون متوسط الحال غير مشهور بمجون أو فسق فيكره اعتباره ولياً إذا وجد في الأولياء من هو أحوط للبت في دينها وخلقها، وقد جرت العادة منذ القدم أن لا يسأل عن عدالة الولي، قال

¹⁰³⁹ - محمد بن المنذر، المرجع السابق، ص. 103.

¹⁰⁴⁰ - محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص. 191 وما بعدها.

¹⁰⁴¹ - سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 126 و 128.

¹⁰⁴² - انظر، منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط. 1، مؤسسة الرسالة، السعودية، د.س، ص. 514.

¹⁰⁴³ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج. 3، ص. 349.

¹⁰⁴⁴ - محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج. 2، ص. 12.

الكاساني: "ولنا إجماع الأمة أيضا، فإن الناس عن آخرهم عامهم وخاصهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد.."، ثم قال: "ولأن هذه ولاية نظر والفسق لا يقدر في القدرة على تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقة.." ¹⁰⁴⁵.

أما شرط الذكورة في الولي فقد أثبتته الجمهور، وخالفهم الأحناف، قال محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: "شرط الولي عقله وبلوغه وحرته وذكوريته..." ¹⁰⁴⁶، قال البجيرمي من الشافعية: "لا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها" ¹⁰⁴⁷، وقال البهوتي من الحنابلة في شروط الولي أن من بينها: "الذكورية لأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فغيرها أولى" ¹⁰⁴⁸، أما الأحناف فقد قال ابن عابدين في الولي أنه: "البالغ العاقل الوارث" ¹⁰⁴⁹، ولم يذكر الذكورية.

ب/ ترتيب أولياء التزويج: الأولياء عند المالكية الإبن ثم الأب ثم الأخ الشقيق ثم

الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب، ثم الجد لأب و إن علا، ثم أقرب عصوبتها وهم العم الشقيق ثم العم لأب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم لأب ¹⁰⁵⁰.

وترتيب الأولياء عند الأحناف الابن ثم ابن الإبن وإن نزل، ثم الأب فأبوه و إن علا، ثم الأخ الشقيق ثم لأب، ثم ابن الأخ الشقيق ثم لأب، ثم العم الشقيق ثم لأب ¹⁰⁵¹، أما ترتيب الأولياء عند الشافعية فأولى الناس بالمرأة أبوها و إن علا، ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم

¹⁰⁴⁵ - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.352.

¹⁰⁴⁶ - علي التسولي، المرجع السابق، ج.1، ص.299.

¹⁰⁴⁷ - سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج.4، ص.123.

¹⁰⁴⁸ - منصور البهوتي، المرجع السابق، ص.514.

¹⁰⁴⁹ - محمد أمين بن عابدين، المرجع السابق، ج.4، ص.153.

¹⁰⁵⁰ - محمد الناودي، المرجع السابق، ج.1، ص.401 وما بعدها.

¹⁰⁵¹ - محمد البرني، المرجع السابق، ج.2، ص.12.

ابنه على ترتيب العصوبة في الميراث¹⁰⁵²، ولا ولاية عندهم للإبن على أمه. أما الحنابلة فالأب وإن علا ثم الإبن وإن نزل، ثم الأقرب من عصوبتها¹⁰⁵³.

ولعل مذهب الشافعية هنا أقرب للصواب فما جعل الله لمولود ولاية على والده إلا بحجر، وما كان للإبن ولاية على أمه وأبوهما حي، فالأب والد والإبن مولود، والوالد أولى من المولود، إذ لزمت طاعة الوالد ولم تلزم طاعة المولود.

الفرع الثاني:

ولاية الزواج على النساء شرعا

قبل الخوض في ولاية تزويج النساء يجب التنبيه هنا إلى أهلية الزواج في الشريعة الإسلامية، والتي لا تشترط البلوغ لإبرام عقد الزواج لكن ينعقد قابلا للفسخ إذا طلبه الصغير الذي عقد الزواج عنه ذكرا كان أو أنثى، ولا يصح زواج غير المجرى بلا إذن المرأة ولو كانت طفلة، أما دليل أن للصغير الذكر أو الأنثى فسخ النكاح المبرم عنه ما ثبتأن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم، فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم¹⁰⁵⁴، وهذا هو الراجح من مذهب أبي حنيفة وأحمد في أحد الروايتين، ومال إليه ابن تيمية¹⁰⁵⁵، وإن كان ذلك للجارية البنت فهو من باب أولى للفتى الذكر، أما دليل أن غير المجرى لا ينكحه أيا كان إلا بإذنه أن ولاية الإجماع تثبت بالاتفاق للأب والجد دون سواهما¹⁰⁵⁶.

فإن قيل لما سمح للولي المجرى إنكاح الصغيرة و البكر؟ الجواب لأن الأصل في الأب والجد أنهما أقرب الناس إلى الولد وأشفقهم عليه، وأنهما لا يدخران جهدا في كمال النظر وبذل النصيحة

¹⁰⁵² - محمد الغزالي، الوجيز في فقه الشافعية، المرجع السابق، ج.2، ص.11.

¹⁰⁵³ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.355 وما بعدها.

¹⁰⁵⁴ - أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، ر.ح.2096، ص.398.

¹⁰⁵⁵ - أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج.3، ص.82.

¹⁰⁵⁶ - محمد بن رشد، المرجع السابق، ج.2، ص.05.

له¹⁰⁵⁷، ولعل الراجح في زواج القاصر أنه يقع نافذا شرعا إذا أبرمه الولي المجبر لكنه قابل للفسخ إذا طلبه هذا القاصر الذي أبرم العقد عنه.

واختلف الفقهاء في الولاية هل هي ثابتة على كل امرأة؟ فذهب الأحناف أنها غير ثابتة على كل امرأة، فلا تثبت على البالغة العاقلة، قال العيني عن الزواج: "وينعقد بنكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وإن لم يعقد عليها ولي بkra كانت أو ثيبا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية"، قال: "وعند محمد ينعقد موقوفا"¹⁰⁵⁸، ثم قال: "لكن للولي الإعتراض في غير الكفو"¹⁰⁵⁹، قال الرمفوري: "دفعاً للعار عنه، هذا إذا لم تلد، فإن ولدت فلا حق للولي في الفسخ..¹⁰⁶⁰، قال السخاوي: "سواء كانت بkra أو ثيبا إذا زوجت نفسها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفوًا لها أو غير كفاء فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفوًا لها فلأولياء حق الاعتراض..¹⁰⁶¹".

وخالف مذهب الأحناف الجمهور، قال عبد الوهاب المالكي: "لا يصح كون المرأة وليا في عقد النكاح لا على نفسها ولا على غيرها"¹⁰⁶²، قال القرافي المالكي: "العاهد الزوج أو الولي، ولا يجوز عقد المرأة على نفسها ولا على غيرها بkra كانت أو ثيبا، رشيدة أو سفية، أذن الولي أم لا..¹⁰⁶³، قال الشافعي: "فأي امرأة نكحت بغير إذن وليها فلا نكاح لها"¹⁰⁶⁴، قال ابن قدامة الحنبلي: "النكاح لا يصح إلا بولي،

1057 - علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج.3، ص.339.
 1058 - محمد العيني، الهداية، ج.4، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990، ص.574.
 1059 - محمد العيني، نفس المرجع، ج.4، ص.583.
 1060 - محمد الرمفوري، المرجع السابق، ج.4، ص.583.
 1061 - شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج.4، ص.10.
 1062 - انظر، عبد الوهاب المالكي، الإشراف على نكحت الخلاف، تحقيق مشهور آل سلمان، ط.1، ج.3، دار ابن عفان، مصر، 2008، ص.283.
 1063 - أحمد القرافي، الذخيرة، المرجع السابق، ج.4، ص.201.
 1064 - محمد بن إدريس، الأم، المرجع السابق، ج.6، ص.35.

ولا تملك المرأة تزويج نفسها و لا غيرها، ولا توكل غير وليها في تزويجها فإن فعلت فلا يصح النكاح¹⁰⁶⁵.

وأدلة الجمهور قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أبما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"¹⁰⁶⁶، وطعن في هذا الحديث الأحناف، فقالوا روي الحديث عن عائشة رضي الله عنها وقد خالفته بفعلها¹⁰⁶⁷، فقد ثبت في موطأ مالك أن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلمزوجت حفصة بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به ومثلي يفتات عليه فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: فإن ذلك

¹⁰⁶⁵ - عبد الله بن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج.9، ص.345.

¹⁰⁶⁶ - انظر، أحمد بن حنبل، المسند، شرح ووضع فهارسه. حمزة أحمد الزين، ج.17، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 1995، مسند عائشة رضي الله عنها، رقم الحديث. 24253 و 25202، ص.312 و 570؛ انظر، عبد الله بن الجارود، كتاب المنتقى من السنن المسندة، ط.1، مطبعة الفيض الكريم، حيدر آباد، الهند، 1306هـ، ص.351؛ انظر، سليمان بن الجارود، مسند أبي دود الطيالسي، تحقيق. محمد التركي، ج.3، ط.1، دار هجر، جيزة، ر.ح. 1566، ص.72؛ انظر، علي بن بليان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بليان، حققه شعيب الأرنؤوط، ج.9، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، كتاب النكاح، ذكر بطلان النكاح الذي نكح بغير ولي، ر.ح. 4074، ص.384؛ انظر، عبد الله بن أبي شيبه، مصنف بن أبي شيبه، تحقيق. حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد اللحيان، ج.6، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004، كتاب النكاح، من قال لا نكاح إلا بولي أو سلطان، ر.ح. 16151، ص.8؛ عبد الله الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق. حسين الدارمي، ج.3، ط.1، دار المغني، الرياض، 2000، كتاب النكاح، باب النكاح بغير ولي، ر.ح. 2230، ص.1397؛ سليمان أبو داود السجستاني، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، باب في الولي، ر.ح. 2083، ص.391؛ محمد بن ماجة القزويني، المرجع السابق، ج.3، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 1879، ص.326؛ محمد الحاكم، المرجع السابق، ج.2، كتاب النكاح، ر.ح. 2766، ص.201؛ عبد الله بن عدي الجرجاني، المرجع السابق، ج.5، عند ترجمة سليمان بن موسى الأسدي، ر.ح. 7525، ص.270؛ علي بن عساكر، المرجع السابق، ج.22، ترجمة سليمان بن موسى الأسدي، ص.369؛ محمد الترمذي، المرجع السابق، ج.2، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 1102، ص.392؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 13599، 169؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح، ر.ح. 3520، ص.313؛ قال الألباني: صحيح. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، ر.ح. 1840، ص.243).

¹⁰⁶⁷ - انظر، أحمد الحصاص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق. عبد الله نذير أحمد، ج.2، ط.2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996، ص.249.

بيد عبد الرحمن. فقال عبد الرحمن ما كنت لأرد أمراً قضيته فقرت حفصة عند المنذر ولم يكن ذلك طلاقاً¹⁰⁶⁸.

ورد ابن عبد البر أن: " قوله في هذا الباب أن عائشة زوجت حفصة بنت عبد الرحمن أخيها من المنذر بن الزبير ليس على ظاهره ولم يرد بقوله زوجت حفصة - والله أعلم - إلا الخطبة والكناية في الصداق و نحو ذلك دون العقد"¹⁰⁶⁹، و عقب عليهم بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: "كان الفتي من بني أخيها إذا هوى الفتاة من بني أخيها ضربت بينهما سترا و تكلمت، فإن لم يبقى إلا النكاح قالت يا فلان، انكح، فإن النساء لا يُنكحن"¹⁰⁷⁰.

ومما يمكن أن يرد به على الأحناف أن عائشة رضي الله عنها لم تصرح برد الحديث، أما ما فعلته مع حفصة بنت أخيها فيمكن أن يحمل على وجوه، أولها أنها ما أرادت إلا الخطبة و دفع الصداق لا عقد النكاح، و ثانيها أنها أخطأت فإنها على جلاله قدرها غير معصومة إذ قد يلحقها الخطأ عن غير قصد، هذا إذا فرض جدلاً أنها أرادت العقد.

قال الزركشي: " فالذي عليه الجمهور العمل بظاهر الحديث و لا يخرج عنه بمجرد عمل الصحابي " ثم زاد: " وذهب أكثر الحنفية إلى اتباع قول الراوي " ثم قال: " وقال بعض المالكية: إن كان ذلك مما يمكن أن يدرك بشواهد الأحوال، والقرائن

¹⁰⁶⁸ - مالك بن أنس، الموطأ، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما لا يبين من التملك، ر.ح. 1162، ص. 324.

¹⁰⁶⁹ - يوسف بن عبد البر، الإستذكار، ج. 17، دار قتيبة، بيروت، 1993، ص. 72 و 73.

¹⁰⁷⁰ - في الخبر علة واحدة و هو أن عبد الملك بن جريج أحد رواة سنده و الذي مدار الخبر عليه رواه معنعنا وقد عرف بالتدليس. (عبد الله بن أبي شيبة، المرجع السابق، ج. 6، كتاب النكاح، من قال ليس للمرأة أن تزوج المرأة و إنما العقد بيد الرجل، ر.ح. 16192، ص. 16؛ أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج. 7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح. 13652، ص. 182؛ انظر، محمد بن إدريس الشافعي، الأم، حققه. رفعتبد المطلب، ج. 2، ط. 1، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 2005، من كتاب عشرة النساء، ر.ح. 1430، ص. 1640.)

المقتضية لذلك، وليس للإجتهد مساغ في ذلك اتبع قوله، وإن كان صرفه عن ظاهره يمكن أن يكون لضرب من الإجتهد تعين الرجوع إلى ظاهر الخبر¹⁰⁷¹، ولا يمكن أن يصنف ما فعلته عائشة رضي الله عنها إلا أنه من باب الإجتهد، زد على أن فعلها هذا يتضمن وجوها من الاحتمالات فلا يمكن أن يرد به ما صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

واستدل الجمهور أيضا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي"، والحديث روي عن عائشة رضي الله عنها¹⁰⁷²، ورده الأحناف وضعفوه، قال الرمفوري: "وأما حديث عائشة رضي الله عنها فمداره على الزهري وابن جريج سأله عنه فلم يعرفه"¹⁰⁷³، ورد عليهم الجمهور بما أورده الشريف التلمساني حين قال: "والجواب عند أصحابنا أن الأصل لم يصرح بتكذيب الفرع فإذا روى عنه العدل وجب العمل بما روى، ولا يضر نسيان المروي عنه، وقد جرت عادة المحدثين بأن يروي الأصل عن الفرع عن الأصل نفسه، إذا نسي الأصل"¹⁰⁷⁴، ومما استدل به الجمهور كذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها"¹⁰⁷⁵.

والراجح إشتراط الولي على رأي الجمهور، ولعل المصلحة في إشتراط الولاية في المرأة دون الرجل ذلك أن المرأة تغلب عليها عاطفتها، فلذلك وصفهن النبي صلى الله

¹⁰⁷¹ - انظر، محمد الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، راجعه عبد الستار أبو غدة ومحمد الأشقر، ج.4، ط.1، دار الصفوة، القاهرة، 1988، ص.369.

¹⁰⁷² - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشهادين عدلين، ر.ح.13719 و13720، ص.202 و303؛ علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح من السنن، ر.ح.3533 و3534، 323 و324؛ قال الألباني: "حديث صحيح روي من حديث عائشة وأبي هريرة وجابر بن عبد الله وأبي موسى الأشعري والحسن البصري مرسلا. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، باب ركني النكاح وشروطه، ر.ح.1858، ص.258).

¹⁰⁷³ - محمد الرمفوري، المرجع السابق، ج.4، ص.577.

¹⁰⁷⁴ - محمد الشريف التلمساني، المرجع السابق، ص.20.

¹⁰⁷⁵ - علي الدارقطني، المرجع السابق، ج.4، كتاب النكاح من السنن، ر.ح.3535 و3540، ص.325 و326، أحمد البيهقي، المرجع السابق، ج.7، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، ر.ح.13632 و13634، ص.177 و178؛ قال الألباني: صحيح.. وإسناده صحيح على شرطين. (محمد الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، ج.6، كتاب ركني النكاح وشروطه، ر.ح.1841، ص.248).

عليه وسلم أنهن: "ناقصات عقل"¹⁰⁷⁶، ونقصان عقلهن ليس معناه سفههن، بل معناه فرط عاطفتهن كما هو معلوم خاصة في مثل هذه الأمور، فقد تجرّها عاطفتها إلى من لا يستحقها، والرجال أقدر الناس على معرفة الرجال، والولي وخاصة الأب أحرص الناس من أن لا يزوج ابنته إلا كفوًا، فالمصلحة هي حماية المرأة، لا أن الولاية وصاية على إرادة المرأة وتقيدها، فإن تنازع الولي مع وليته فالسلطان ولي لمن لا ولي له، فإنه أقدر وأعلم بمصلحة المرأة.

المطلب الثاني:

ولاية التزويج في القانون الجزائري

بعد الحديث عن ولاية التزويج في المصدر الأول للتشريع الأسري الجزائري ألا وهي الشريعة الإسلامية وبيان المصالح المرعية فيها كان لزاما الانتقال إلى بيان موقف المشرع الجزائري من ولاية التزويج، وسيتم التطرق هنا إلى أمرين اثنين: الأول في الولاية والأهلية في تزويج القصر (الفرع الأول)؛ والثاني في الولاية على تزويج المرأة الراشدة (الفرع الثاني)

الفرع الأول:

الولاية والأهلية في تزويج القصر

تنص المادة 1/7 من ق.أ. أنه: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة..."، ثم تزيد المادة 2/11 من ق.أ. أنه: "دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج

¹⁰⁷⁶ -محمد البخاري، المرجع السابق، ر.ح. 304، ص. 45.

القصر أولياؤهم..."، من خلال نص المادتين يتبين أن أهلية الزواج لها ارتباط كبير بولاية تزويج القاصر، فلا بد من تزويج القصر من أمرين: أولاها موافقة الولي الشرعي (أولا)؛ وثانيها توفر أهلية زواج القصر لدى القاصر (ثانيا).

أولا: الولاية على زواج القصر: إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، فالظاهر من نص المادة 11 و13 و2/33 من ق أ أنه يأخذ بالمذهب الحنفي من التفريق بين البالغة والقاصرة، ومن إدخال القاصر الذكر في حكم القاصرة بنصه في المادة 2/11 من ق أ أنه: "... ويتولى زواج القصر..." وهذا يعم كل قاصر ذكر كان أو أنثى، إلا أن المشرع ألغى ولاية الإيجاب على كل امرأة بالغة أو قاصرة بكر كانت أو ثيبا¹⁰⁷⁷، فلم يأذن للولي ابا كان أو غيره أن يزوجه إلا برضاها وموافقتها¹⁰⁷⁸، وأخذ المشرع الجزائري هنا بالمذهب الحنفي أيضا في ترتيب الأولياء على القصر فرتبهم ترتيب العصابات بالنفس في الإرث¹⁰⁷⁹.

والسؤال المطروح هنا في جزاء تخلف الولي في عقد زواج القاصر؟ جاء في نص المادة 2/33 من ق أ أنه: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل"، منطوق المادة أنه لو فرض أن قاصرا أو حتى بالغة عقدت زواجها بدون ولي ولا صداق وشهود فإنه يثبت الزواج بصداق المثل،

¹⁰⁷⁷ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص.318.

¹⁰⁷⁸ - تنص المادة 13 من ق أ: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

¹⁰⁷⁹ - قالت دليلة فركوس: "المقنن الجزائري اعتمد على رأي الإمام أبي حنيفة في ترتيب الأولياء على القصر، حيث أنه لم يقتصر على الأب ومن بعده الجد فحسب، بل تثبت عنده لجميع العصابات بالنفس حسب ترتيب الإرث بنوة أبوة أخوة عمومة ولذوي الأرحام بعدهم، فإن لم يوجد أحد من ذوي الأرحام أو وجد غير صالح من بينهم انتقلت إلى القاضي". انظر، دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.115.

إذ أن المشرع ألغى ما كان منصوصا في نفس المادة من قبل تعديل 2005 من أنه: "إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد ويبطل إذا احتل أكثر من ركن".

وعلى هذا فيمكن القول أنه في القانون القديم إذا احتل في العقد أكثر من ركن¹⁰⁸⁰ يبطل الزواج، أما في القانون الجديد فلو احتلت كل الشروط ولم يتوفر إلا ركن الرضا فإنه يثبت عقد الزواج بصداق المثل، إذا فإن تراض رجل وامرأة ولو قاصرة أن يتعاشرا معاشرة الأزواج بدون إعلان للزواج ولا صداق ولا ولي ولا حتى شهود وحصل الدخول، ثم أرادا أن يثبتوا الزواج فالأمر سهل بموجب منطوق المادة 2/33 من ق.أ، فيكفي الزوج أن يدفع مهر المثل ويثبت الزواج، فإن لم يكن هذا تقنيا للزنا بطريقة مباشرة وواضحة فغالب الظن أنه ليس له مسما آخر.

ثانيا: أهلية زواج القاصر: يمكن القول بعد استقراء المواد 7 و 81 و 82 و 83 من ق أ أن كل من بلغ سن التاسعة عشر – رجلا كان أو امرأة – و كان خاليا من عوارض الأهلية و موانعها يكون أهلا لإبرام عقد الزواج¹⁰⁸¹.
و الإشكال المطروح هو حول زواج ناقص الأهلية و عديمها فهل يمكن له أن يتزوج؟(أ)؛
وما صحة زواجه إذا تم دون الإجراءات القانونية لترشيده القاصر للزواج (ب).

أ/ إمكانية زواج القصر: تنص المادة 07 من ق أ أنه: "...و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، إذا فيمكن للقاصر أن يكتسب أهلية إبرام عقد الزواج و ذلك بترخيص قضائي.

¹⁰⁸⁰ - وهي نفسها المسماة شروط في الأمر. 02/05 ما عدى ركن الرضا.

¹⁰⁸¹ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 158.

و لقد اشترط المشرع لتقديم الترخيص ثلاثة شروط إثنين منهما اختياريين، وشروط واحد ضروري، يفهم ذلك من ورود حرف "أو" للاختيار بين المصلحة والضرورة، فيشترط المصلحة أوالضرورة، و يشترط قدرة الطرفين على الزواج.

1-المصلحة: و هي حصول المنفعة، أو ما يفوت الكمال بفقده¹⁰⁸²، و مثاله رغبة الطرفين

في الزواج¹⁰⁸³.

2-الضرورة: و هي ما يلحق الضرر بتركه و لا يقوم غيره مقامه، و الفرق بينها و بين

المصلحة أن المصلحة ما يلحق الضرر بتركه لكنه قد يقوم غيره مقامه¹⁰⁸⁴، و مثال الضرورة :

ضرورة تزويج القاصرة التي لا عائل لها و لا مال¹⁰⁸⁵.

3-قدرة الطرفين على الزواج: قد تتوفر المصلحة أو الضرورة أو يتوفرا معا لكن الطرفين

أوأحدهما ليس قادرا على الزواج، و القدرة على الزواج يقصد بها الاستطاعة على تكاليف الزواج

المادية و المعنوية¹⁰⁸⁶.

فإذا لم تتوفر هذه الاستطاعة فيمكن للقاضي أن لا يرخص بالزواج، وشروط القدرة على

الزواج شرط أساسي، فيمكن أن لا توجد الضرورة ويعطي القاضي الترخيص لورود المصلحة، أما

شرط القدرة على الزواج فلا يمكن تخلفه بأي حال من الأحوال.

¹⁰⁸² - أنظر، محمد بن عثيمين، شرح العقيدة السفارينية، ط.1، دار بن الجوزي، مصر، 2005، ص. 254.

¹⁰⁸³ - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن و الجزاء، م. ج.ع.4، 1999، ص. 79.

¹⁰⁸⁴ - سعد الشثري، المرجع السابق، ص. 90.

¹⁰⁸⁵ - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، د. م. ج. الجزائر، 2001،

ص 53.

¹⁰⁸⁶ - بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 158.

و الجدير بالذكر هنا أنه كان ينبغي على المشرع أن يضع الحد الأدنى لمنح الترخيص

بالزواج على غرار بعض الدول العربية¹⁰⁸⁷.

ب/ جزاء تخلف أهلية الزواج: تنص المادة 82 من ق أ : "من لم يبلغ سن التمييز

لصغر سنه طبقا للمادة 42 من ق م تعتبر جميع تصرفاته باطله"، و سن التمييز في

القانون المدني ثلاثة عشرة سنة، فكل من لم يبلغ هذه السن فتعتبر كل تصرفاته باطلة،

فإذا تزوج من لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة كان زواجه باطل، إلا أن الإشكال يثور في

حالة الزواج العرفي، فقد تتزوج الفتاة دون السن القانونية -المذكورة-.

و الإشكال يثور كذلك فيمن بلغ الثالثة عشرة سنة ولم يحصل على ترخيص أو حصل

على ترخيص مزور ومع ذلك تزوج، فهل الزواج هذا صحيح؟ - خاصة أن المشرع يعترف

بالزواج العرفي في المادة 22 من ق أ- لقد تضاربت الآراء الفقهية هنا على النحو التالي:

1-الرأي الأول: إن المشرع في المادة 9 مكرر من ق أ نص أنه " يجب " من أن تتوفر

شروط صحة الزواج، و ذكر منها الأهلية، وعندما يصرح المشرع أنه يجب يعني أن القاعدة

القانونية هنا آمرة تدخل في النظام العام، و هذا ما يتفق مع نص المادة 45 من ق م، و لا نتصور

رضا بدون أهلية، ولما كان تخلف الرضا يوجب البطلان، فبتالي يعتبر الزواج باطلا¹⁰⁸⁸.

والنقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل جزاء تخلف الركن الذي هو الرضا هو نفسه جزاء

تخلف الشرط الذي هو الأهلية، وتخلف الرضا يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا أما نقصان الأهلية -

حسب القواعد العامة في المادة 101 من ق أ- يجعل العقد قابلا للإبطال.

¹⁰⁸⁷ - تشوار جيلالي، الثغرات التشريعية الإسرية في بعض مسائل الزواج، المرجع السابق، ص 106.

¹⁰⁸⁸ - تشوار جيلالي، الزواج و الطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية، المرجع السابق، ص 61.

2-الرأي الثاني: يقول أصحاب هذا الرأي أن جزاء تخلف الأهلية نص عليه قانون 29

جوان 1963، إذ تنص المادة 3 منه على أنه: "يطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على إخلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب"¹⁰⁸⁹.

يقول عبد العزيز سعد: "... لهذا فإننا نعتقد أنه ما دام قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء القانون رقم 224/63 ولم يتضمن مؤيدات جديدة فإنه يبقى قابلاً للتطبيق على كل من يخالف أهلية الزواج"¹⁰⁹⁰.

و النقد الموجه إلى هذا الرأي أنه جعل تطبيق نصوص قانونية على نصوص قانونية أخرى تختلف عنها من حيث الأساس، فالسن القانونية للزواج تختلف في قانون 1963 عن قانون 1984¹⁰⁹¹، وكذا عن الأمر 02/05¹⁰⁹².

فكيف نطبق القواعد الموجودة في قانون 1963 على القواعد الموجودة في قانون 11/84 والأمر 02/05؟، كما أنه وطبقاً للقواعد العامة و نص المادة 2-2 من ق م نجد أن قانون رقم 224/63 قد ألغي ضمناً بالقانون 11/84 إذ أن هذا الأخير قد نظم من جديد الموضوع نفسه الذي تطرق إليه قانون 224/63.

¹⁰⁸⁹ - أنظر، القانون رقم. 224/63، الصادر في. 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج وتسجيله، ج.ر، ع، 44، 1963.

¹⁰⁹⁰ - أنظر، عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

¹⁰⁹¹ - أنظر، القانون 11/84.

¹⁰⁹² - أنظر، الأمر 02/05.

3-الرأي الثالث: قالوا إن المشرع في التعديل الجديد- أي الأمر 02/05 فرق بين

الأهلية والرضا، و لقد ذكر تخلف الرضا و كذا جزاء تخلف الشروط كلها إلا شرط الأهلية،
وبتالي لزم علينا الرجوع إلى المادة 222 من ق أ التي تنص على أنه: " كل ما لم يرد النص عليه في
هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .".

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى صحة زواج
الصغيرة¹⁰⁹³، لما ثبت أن أبي بن كعب قال ¹⁰⁹⁴: يا رسول الله أن ناسا يقولون قد بقي من النساء
من لم يذكر فيهن شيء : الصغار وذوات الحمل فنزلت: " وَاللَّائِي يَحْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ
إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ "¹⁰⁹⁵.

و عليه فإنه عند مخالفة هذا الشرط القانوني فإن الزواج يرتب جميع آثاره الشرعية قبل
الدخول وبعده، و من الناحية القانونية يثبت بحكم قضائي بعد الدخول طبقا للمادة 22 من ق
¹⁰⁹⁶.

و لعل الرأي الذي يقترب من الصواب هو الرأي الثالث، ذلك أن المشرع كما هو ظاهر
لم يغفل عن جزاء تخلف الترخيص عن سهو منه بل قصد عمدا أن لا يضع لتخلف الترخيص
القضائي - هنا - جزاء، ذلك أنه يدرك أنه لو وضع جزاء له سيصطدم مع مشكلة الزواج العرفي،
بل سيساهم في تفشي هذه المشكلة ¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ - أبو بكر بن العربي، المرجع السابق، ج.4، ص 285.

¹⁰⁹⁴ - أبو عبد الله الحاكم، المرجع السابق، ج. 2، ر. ح. 3878، ص 579.

¹⁰⁹⁵ - سورة الطلاق، الآية 4.

¹⁰⁹⁶ - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص 430.

¹⁰⁹⁷ - بداوي على، المرجع السابق، ص 31.

الفرع الثاني:

الولاية في تزويج المرأة الراشدة

تنص المادة 1/11 منق.أ: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره".

قال عبد القادر بن داود: "وهذا من صميم الفقه المالكي.."¹⁰⁹⁸، واستشهد بقول عبد الرحمن الجزيري: "المالكية قالوا إذا وجد أولياء أقرب وأبعد صح عقد بالولي الأبعد مع وجود الأقرب.."¹⁰⁹⁹، لكن أغفل قول المؤلف فيما بعد: "ولكن هذا في الولي غير المجبر، أما الولي المجبر فإنه لا يصح أن يباشر العقد غيره مع وجوده سواء كان المجبر أباً أو وصياً أو مالكا إلا في حالة واحدة، وهي أن يكون لذلك المجبر أب أو أخ أو ابن أو جد وقد فوض لهم أو لواحد منهم النظر في أمره..."¹¹⁰⁰.

ومما استشهد به قول ابن رشد في البداية والنهاية أنه: "ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض، وذلك أنه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك"¹¹⁰¹، وأغفل قول ابن رشد قبلها: "فذهب مالك إلى أنه لا نكاح إلا بولي و أنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه"¹¹⁰²، و أغفل كذلك قول بن الجزري المالكي أنه:

¹⁰⁹⁸ - انظر، عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خ، د.س، ص.85.

¹⁰⁹⁹ - انظر، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج.3، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015، ص.832.

¹¹⁰⁰ - عبد الرحمن الجزيري، نفس المرجع، ج.3، ص.832.

¹¹⁰¹ - محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، المرجع السابق، ج.2، ص.9.

¹¹⁰² - محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، نفس المرجع، ج.2، ص.8.

" لا خلاف في المذهب في فسخ إنكاح غير الأب مع حضوره إلا إذا عقد الأخ نكاح أخته البكر بغير إذن أبيها فإن كان هو القائم بأمر أبيه جاز إن أجازته الأب" ¹¹⁰³.

فمن يقول لغير الشريفة إنكاح نفسها بولاية غير الأب يرى أن للأب أن يفسخ النكاح إذا لم يجزه، فعلى من يدعي العمل بهذا القول أن يأخذ بكله لا ببعضه مما يميل إليه.

فالمشروع هنا ومن يميل إلى ما ذهب إليه يقسم في الولاية المرأة إلى راشدة وصغيرة على مذهب أبي حنيفة ¹¹⁰⁴، ثم يميز استخلاف المرأة غير وليها على قول شاذ من المالكية ولا يأخذ بكل ما ورد في هذا الرأي بأكمله، فهل هذا إلا تتبعا مذموما للرخص التي نهى العلماء عنه، قال الأوزاعي: "من أخذ بنوادر العلماء خرج عن الإسلام" ¹¹⁰⁵، وقال إسماعيل القاضي: "من جمع زلل العلماء ثم أخذ بها ذهب دينه" ¹¹⁰⁶.

يجدر التنبيه هنا إلى ما جاء في القرار القضائي المؤرخ في 23 جانفي 2001 أنه: ".وبما أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى إثبات الزواج العربي للمرأة الثيب لعدم حضور الولي فإنهم خالفوا القانون" ¹¹⁰⁷، قال العربي بلحاج: "ظاهر من هذا الاجتهاد أن المحكمة العليا أخذت بقول الحنفية على صحة انفراد المرأة البالغة العاقلة" ¹¹⁰⁸، وفي هذا الكلام

¹¹⁰³ - محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 134.

¹¹⁰⁴ - انظر المادة 44 من الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة. (محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، بعناية. بسام الجاي، ط. 1، دار ابن حزم، لبنان، 2007، ص. 36.

¹¹⁰⁵ - أحمد البيهقي، السنن الكبرى، المرجع السابق، ج. 10، كتاب الشهادات، باب ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، ر.ح. 20918، ص. 356.

¹¹⁰⁶ - أخرجه البيهقي عن أبي العباس ابن سريج قال: سمعت إسماعيل بن اسحاق القاضي يقول: دخلت على المعتضد فدفعت إلي كتابا نظرت فيه وكان قد جمع له الرخص من زلل العلماء وما احتج به كل منهم لنفسه فقلت له: يا أمير المؤمنين مصنف هذا الكتاب زنديق، فقال: لم تصح هذه الأحاديث؟ قلت: الأحاديث على ما رويت، ولكن من أباح المسكر لم يبيح المتعة، ومن أباح المتعة لم يبيح الغناء وما من عالم إلا وله زلة ومن جمع زلل العلماء ثم أخذ بها ذهب دينه. فأمر المعتضد فأحرق ذلك الكتاب. (أحمد البيهقي، السنن الكبرى، نفس المرجع، ج. 10، كتاب الشهادات، باب ما تجوز به شهادة أهل الأهواء، ر.ح. 20921، ص. 356.

¹¹⁰⁷ - انظر، قرار، م.ع، غ.أ.ش، المؤرخ في. 2001/01/23، ملف رقم. 253366، م.ق، ع. 2، 2002، ص. 440.

¹¹⁰⁸ - العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص. 322.

نظر فإن الاجتهاد المذكور لم يزد على أنه طبق ما كان منصوصا عليه في قانون الأسرة قبل التعديل، إذ كان ينص على أنه يثبت عقد الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن¹¹⁰⁹.

وواضح هذا الأمر من منطوق القرار المذكور إذ جاء فيه: "حيث أنه فعلا بالرجوع إلى الحكم المستأنف والقرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع استمعوا إلى شهود أثبتوا في شهادتهم أن الزواج العرفي تم بين الطرفين برضاها وعلى صداق حدد مقداره أمام إمام المسجد، وأن الزوجة ناقشت بنود عقد الزواج بنفسها دون حضور والي عليها وأمام هذا فقضاء الموضوع برفض دعوى المدعية الرامية لإثبات الزواج العرفي يعتبر من غير أساس قانوني مادام الدخول قد تم ونتج عن الزواج بنتا تسمى (ح) وذلك تأسيسا على المادة 33 من ق.أفي نصها يثبت الزواج بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد"، ثم أضاف القرار أنه: "وما دام ركن الوالي هو وحده المختل فإن الزواج يثبت بعد الدخول.."، إذا فلا يقال أن القرار هو من أخذ بمذهب أبي حنيفة بل النص القانوني.

قال بلحاج العربي: "لا يوجد نص ثابت الورود وصريح الدلالة في الشريعة الإسلامية يجعل الولاية على المرأة شرط في عقد الزواج"¹¹¹⁰، وفي هذا الكلام نظر إذ لو صح لم يذهب جمهور العلماء إلى اشتراط الوالي، قال الترمذي: "والعمل في هذا الباب على حديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولي) عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وأبو هريرة وغيرهم، وهكذا روي عن بعض فقهاء التابعين أنهم قالوا لا نكاح إلا بولي، منهم سعيد بن المسيب والحسن البصري وشريح وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وغيرهم، وبهذا يقول سفيان الثوري والأوزاعي وعبد الله بن المبارك ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق"¹¹¹¹.

¹¹⁰⁹ - المادة 33 من القانون 11/84 قبل التعديل.

¹¹¹⁰ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص.325.

¹¹¹¹ - محمد الترمذي، سنن الترمذي، طبعة دار ابن الجوزي، المرجع السابق، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، ص.209.

ورأي السادة الحنفية وإن كان مرجوحاً إلا أنه محترم مبني على نظر واعتبار ومراعاة المصالح، أما ما ذهب إليه المشرع في المادة 1/11 من ق.أ فمخالف للشريعة الإسلامية وما تعارف عليه الناس في المجتمع الجزائري، قالت دليلة فركوس: "إن فرد المقنن الجزائري بالحكم الوارد في هذا النص، لا سيما في العبارة الأخيرة من هذه الفقرة، إذ لا أصل لها في الشريعة الإسلامية، فلا يعقل أن تساوي علاقة الأب بابنته أو أحد الأقارب بقربيته مع أي شخص آخر تختاره المرأة بمناسبة عقد زواجها"¹¹¹²، قال جيلالي تشوار: "لم يقل بهذا أي مذهب من المذاهب، حتى المذهب الحنفي الذي يعطي للمرأة أن تتزوج بغير ولي لكن أعطى للأب حق الاعتراض"¹¹¹³.

وادعاء أن بعض المالكية يرون الزواج بدون ولي ادعاء خاطئ عن مالك، قال الرامفوري: "هذا النقل عنه غلط، والصحيح عنه أن الزانية إن زوجها الجار أو غيره ليس بولي جاز"¹¹¹⁴.

قال العربي بلحاج: "المرأة الراشدة هي ولية على نفسها تتولى إدارة أموالها وشؤونها بنفسها فأولى أن نترك لها مسألة اختيار الزوج"¹¹¹⁵، وهذا الكلام فيه نظر رد عليه القرافي المالكي صاحب الفروق بقوله: "تصرفها في نفسها مع غلبة شهوتها يخشى منه العار عليها وعلى أوليائها، يأخذها غير الكفو، وهي مفسدة تدوم على الأيام بخلاف المال فيكون الحجر عليها أولى من الحجر على السفية في ماله"¹¹¹⁶، وما قاله القرافي ملموس في واقع الناس اليوم، فكم من بنت لم تأبه بوليها فلما عاينت الأمر بعد الزواج بان لها فضاغة ما اقترفت، إذ النساء لا يعلمن بحال الرجال، ولا يعلم حال الرجال إلا الرجال، فكم من كذوب غشوم صور نفسه ملكاً وديعاً، كما قال تعالى: {وَإِذَا رَأَيْتَهُمْ

¹¹¹² - دليلة فركوس، المرجع السابق، ص. 114.

¹¹¹³ - انظر، الجليلي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، تلمسان، السنة الجامعية 2006/2005.

¹¹¹⁴ - محمد الرامفوري، المرجع السابق، ج. 4، ص. 575.

¹¹¹⁵ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 322.

¹¹¹⁶ - أحمد القرافي، المرجع السابق، ج. 4، ص. 201.

تُعْجِبُكَ أَجْسَامُهُمْ وَإِنْ يَقُولُوا تَسْمَعُ لِقَوْلِهِمْ كَأَنَّهِمْ خَشَبٌ مُسْنَدَةٌ¹¹¹⁷ ، وقال تعالى: {وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَىٰ مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ}¹¹¹⁸ .

والشريعة لم تقرر الولاية وصاية على إرادة المرأة، بل قررت الولاية حماية ومساندة لها وتكريما وتشريفا لمقامها إذ تطلب من أيها، حتى يدرك الراغب لها أنها ليست بسهولة المنال، بل وراءها الرجال فيحتاط لأمره، ويعلم أنه عليه الحذر من تضييعها.

والغريب أن هناك من قال أن المصلحة من جعل الولاية فيما يتعلق بالمرأة البالغة على هذا النحو لأجل رفع الحرج عنها¹¹¹⁹ ، إذ كان لها أن تقاضي أبها إذا منعها من الزواج¹¹²⁰ ، والجواب على هذا القول أن هذه المصلحة ملغاة لعدة وجوه منها أن قهر الأب بزواج ابنته بإذن القاضي دون رضاه أهون من قهره إذا تولى تزويجها واحد من عامة الناس دون إذنه هذا من جهة، ولا يختلف الحرج الواقع على المرأة سواء قاضت أبها لتتزوج ممن منعها منه وبين حرجها إذا تحطته إلى غيره فزوجها هذا من جهة أخرى.

والظاهر أن المشرع الجزائري في ولاية تزويج البالغة لم يراعي لا الفقه الإسلامي ولا حتى الأعراف الجزائرية، بل كان فعل ذلك للضغوطات الدولية وكذا لتلميع الصورة أمام المجتمع الدولي، فقد صادقت الدولة الجزائرية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سنة 1996¹¹²¹ ، أي في قلب أحداث العشرية السوداء التي فرضت حصارا على الجزائر.

لذا كان لزاما على المشرع حينها أن يزيل هذا الحصار بإعطاء صورة متفتحة عن الجزائر، فأثرت السياسة كثيرا على القوانين، ومن هنا تم تسييس قانون الأسرة وذلك بموجب تعديل

1117 - سورة المنافقون، الآية. 04.

1118 - سورة البقرة، الآية. 204.

1119 - عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص. 86.

1120 - كانت المادة 1/12 منق. أ تنص على أنه: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، وإذا وقع المنع للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون"، هذه المادة ألغيت بموجب الأمر 02/05.

1121 - أنظر، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، ولقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.

2005، الذي كان ليًا للنصوص القانونية حتى تقارب نص المادة 16 من اتفاقية جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹¹²²، ويمكن القول أن القانون رقم 11/84 بكل نصوصه كان أفضل بكثير مما أحدث فيه بالتعديل المسمى الأمر رقم 02/05.

¹¹²² - تنص المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات الأسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة...ب/ نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر والكامل...".

خاتمة

يستنتج مما سبق في هذا البحث أن النظر إلى المصالح في سن القوانين من أكبر العوامل التي تؤدي إلى فعاليتها وجدواها في إحداث الفائدة المرجوة منها، بشرط أن تكون هذه المصالح قد روعيت لأجل الفرد والمجتمع وصيانة قيمه، وإن لم يعجب ذلك أطرافاً خارجة لا تبت للدولة والمجتمع بأي صلة.

وعقد الزواج من أجل العقود وأهمها، إذ محله الإنسان، فيه وجد ومنه بدأ وعليه يتكاثر وينمو ويتربى ويتعلم، فكان لابد من إضفاء كل الحماية القانونية والتشريعية لضمان التمهيد الأحسن لعقد الزواج، وكذا الإبرام الصحيح له حتى يحقق الآثار المرجوة منه، والتي لابد أن تضبط إنضباطاً جيداً، ولا يكفي هذا بل لابد أيضاً النظر في انفكك عقد الزواج بالطلاق، حتى لا يكون هذا العقد محل تلاعب واستهتار، فيوضع للطلاق أحكاماً خاصة تحمي أفراد الأسرة من أي استهزاء أو عدم مراعاة للعواقب التي ينجم عنها تفكك وتشرد وضياع يروح ضحيته الأطفال بالدرجة الأولى.

وشريحة الأطفال لابد أن تحظى بحماية كبيرة من وقت الولادة إلى وقت البلوغ والقدرة على الاستقلال عن الوالدين، فالاهتمام بهذه الشريحة يضمن بقاء المجتمع واستمراره إذا أنشئت على القيم الصحيحة والتربية الحسنة، أما إذا أهملت هذه الشريحة فإن محل الدولة إلى زوال.

ويستنتج أيضاً مما ذكر في هذا البحث أن مراعاة المصالح غير المالية لا تقل أهمية عن المصالح المالية، بل قد تكون الأسمى والمطلب الأولى، ويمكن القول أن المصالح المالية لم توضع إلا لتعزز من أجل تحقيق المصالح غير المالية.

جرى الحديث في هذا البحث على نقاط كثيرة كان بدايتها النظر في التمهيد لعقد الزواج، والذي توصلنا فيه إلى أنه لابد من إعادة النظر في تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، وأن اعتبارها

مجرد وعد بالزواج غير ملزم قد يكون فيه اجحاف إذا علق هذا الوعد على شرط ودخل الموعد له في هذا الشرط، كدفع مال أو كراء منزل أو ترك عمل أو أن يبرم عقد الزواج بعد وقت طويل. والعدول خطبة يعتبر حقا للعدول إذ لم يتعسف فيه، ويعتبر العدول غير تعسفي إذا كان مفسرا ومعللا، وأن يكون العدول بالمعروف دون هتك ستر أو فحش في القول أو العمل، أو تضييع فرص للمعدول عنه أو خسارة مادية أو معنوية له.

ومما جرى الحديث عنه في هذا البحث الفحص الطبي قبل الزواج، وقد تم التوصل إلى أمور منها أنه لا بد أن ينصب على الأمراض الخطيرة والمعدية منها، لأن الأصل في الأضرار والأبدان التحريم، والتي لا تستباح إلا بضرورة ملجئة أو حاجة ملحة والتي تقدر بقدرها، فالفحص الطبي على هذا الاعتبار استثناء من مبدأ حرمة الجسم الإنساني، فهو يجد مبرره إذا كان يهدف إلى الوقاية والحد من الأمراض الخطيرة.

المشرع ألزم بتقديم شهادة طبية قبل الزواج، إلا أنه لم يلزم أن ينصب الفحص على أمراض معينة، هذا ما يجعل الفحص الطبي قبل الزواج عند المشرع الجزائري مجرد إجراء شكلي، ولا بد من التنبيه أيضا أنه إذا ثبت وجود مرض خطير تنتقل عدواه يقينا إلى الزوج الآخر فالواجب منع عقد الزواج، ذلك أن الحفاظ على النفس أولى من الحفاظ على العرض، ودرأ مفسدة المرض الخطير الذي لا يرجى شفاؤه أولى من جلب مصلحة الزواج.

والمصلحة من أركان وشروط عقد الزواج شرعا هو في أن يقدم الشخص على الزواج عن وعي وإرادة كاملة لتحمل أعبائه، وأن الكفاءة هي المصلحة المرجوة من اشتراط الولي، فغاية عمل الولي هو الحرص على أن لا تتزوج وليته إلا كفاء لها، وأما الشهادة فهي لإعلان وتثبيت عقد الزواج.

ومما عيب على المشرع الجزائري هنا أنه أفرغ شروط الزواج من مضمونها، إذ مضمونها حماية المرأة أكثر من الرجل، ومما دفع المشرع الجزائري إلى ذلك أنه أبرم عدة اتفاقيات دولية كان أهمها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، هذه الإتفاقية التي لم تأخذ بعين الاعتبار خصوصيات المجتمعات وقيمها، وحاولت أن تعمم نمطا واحدا على جميع الدول، ولم تبحث بجدية فيما هي التشريعات التي تشكل اضطهادا للمرأة والتي لا بد من ازالتها.

ويستنتج من البحث أيضا أنه لا بد من ضبط آثار عقد الزواج، وقد جرى الكلام عن المصالح غير المالية فيها، ومن بينها المصلحة من سن الشريعة للقوامة، فإن المصلحة فيها تكمن في وضع مسؤول واحد يترأس الأسرة، وجعلها في الرجال لأنهم أقوى أبدانا وأرجح رأيا وتديرا في الغالب وهذا ما أكده علم النفس، إلا أن المشرع الجزائري ألغى القوامة، وجرى التساؤل هنا في المصلحة المرجوة من إلغائها، وهنا كان ينبغي على المشرع لما ألغى القوامة عن الرجل أن يلغي واجب الانفاق عليه، لأن الانفاق تابع للقوامة.

وعلى المشرع أن يجارب العادات السيئة في المجتمع الجزائري في هذا الشأن، كمبالغة المجتمع في مسألة بكاراة المرأة والعنف اللفظي والبدني الذي يقع غالبا عليها.

ومما جرى الحديث عنه في هذه الأطروحة هو مسألة النسب، ومما تم التوصل إليه أن الأفضل هو التساهل في إثبات النسب كما فعلت الشريعة إذ أثبتته في الأنكحة الفاسدة وبمجرد وطء الشبهة، لكن لا بد لإثبات النسب أن يكون هناك ما يبرره، فينبغي الحذر من أن يتساوى النكاح مع السفاح، ومما تم التوصل إليه هنا أنه لا بد من التشدد غاية التشدد في نفي النسب كما فعلت الشريعة، إذ لم تفتح إلا بابا واحدا لنفي النسب وهو اللعان، ومما تم التوصل إليه أيضا أن اللجوء

إلى الطرق العلمية كالكشف على الخريطة الوراثية (ADN) جوائز ومشروع لاثبات النسب إذا كان في إطار شرعي، ممنوع ومحرم لنفيه، ذلك أنه ما ثبت شرعا لا ينفي إلا بما نص عليه الشرع.

والطلاق حق للزوج شرعا في أن يوقعه لكن بشرط عدم التعسف فيه وإلا أتم شرعا وحق حينها للقاضي أن يعزره ويغرمه، إذ الطلاق شرطه في الشريعة أن يكون بالمعروف، وأن للمرأة حق طلب الطلاق ممن يملكه وهو الزوج بالخلع على مقابل مالي، كما لها أن تطلبه ممن يملك سلطة على الزوج وولاية عليه وهو القاضي إذا سبب لها هذا الزوج ضرر معتبر شرعا، تستحيل معه العشرة الزوجية.

وعلى المشرع الجزائري أن يعيد النظر في مسائل الطلاق بما يبقى على تماسك المجتمع، الطلاق حق شرعي وقانوني لكن إذا صار محل تلاعب كان لزاما أن تتدخل الدولة بالتشدد في إيقاعه، وهذا ما يستدعي إجراء بحوث قانونية معمقة لحل مشكلة ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري، فالأمر كما لا يخفى على أحد صار غير متحكم فيه، والمشكلة هنا ليست مشكلة قانونية فقط بل مشكلة أخلاقية بالدرجة الأولى وقلة وعي بالدرجة الثانية.

وعلى المشرع أيضا أن يهتم بتربية الأطفال خلقا ودينا وعلما وصحة، وأن يحيط كل ذلك بحماية قانونية تكفل إنشاء هذا الطفل سويا، وشخصا صالحا في المجتمع، وذلك باسناد تربيته لمن يكون أهلا لذلك، وأن تقع التربية في الوقت المناسب، وأن تشتمل على مضمون سليم.

والمذهب الشخصي في المسؤولية المدنية للطفل عن أفعاله التي سببت ضررا للغير أفضل من المذهب الموضوعي، إذ أن للطفل أهلية وجوب، والمصلحة من ذلك أن يتعود على تحمل المسؤولية حتى يأتي عليه البلوغ وقد علم أنه عليه أن يقدر الأمور التقدير السليم.

وهناك فرق بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في الشريعة، فإن الشريعة تنفي عن الطفل المسؤولية الجنائية، وتثبت له المسؤولية المدنية، ذلك لأنه يشترط في المسؤولية الجنائية الإدراك والقصد، ولا يشترط الإدراك في المسؤولية المدنية بل يكفي وجود أركان هذه المسؤولية وهي الخطأ والضرر والسبب.

ومما تم التوصل إليه أن تحميل القاصر المسؤولية الجنائية في حال ارتكابه جريمة منافي للمصلحة، لأن ذلك يجعله يألف السجن ويخالط الأشرار، وبالتالي ينمي فيه الميول الإجرامية، وأن الأولى الأخذ بالشريعة الإسلامية التي تكتفي بالمسؤولية التهذيبيّة للقاصر.

ومن بين الأمور التي تم الحديث عنها في هذا البحث ولاية التزويج، وتم التوصل أن المشرع الجزائري في ولاية تزويج البالغة لم يراعي لا الفقه الإسلامي ولا الأعراف الجزائرية، بل فعل ذلك للضغوط الدولية وكذا لتلميع الصورة أمام المجتمع الدولي.

ومن خلال مجموع الاستنتاجات التي تم التوصل إليها في خضم هذا البحث المتواضع يمكن عرض مجموعة من الإقتراحات وهي:

تعديل الفقرة الثانية من المادة 05 من ق.أ على النحو التالي: "يجوز العدول عن الخطبة إلا إذا اقترنت بشرط ونفذه الموعود"، والنص على أنه في حالة تم العدول في هذه الحالة استحق المعدول عنه التعويض.

تحديد الأمراض الخطيرة والمعدية والتي يجب أن ينصب عليها الفحص الطبي قبل الزواج، ومنع الزواج إن تأكد أن أحد الزوجين مصاب بمرض خطير لا يشفى منه ويعدي الطرف الآخر،

وإلزام العادل بسبب ما أسفر عنه الفحص الطبي بالتعويض إذا أفشى سر المرض الذي كان العدول بسببه للغير.

اعادة النظر في شروط عقد الزواج وآثار تخلفها بما لا يتعارض مع الفقه الإسلامي، وكذا لابد من ضبط آثار عقد الزواج بشكل مفصل، وأن يضع نصوصا واضحة لمحاربة بعض العادات السيئة في المجتمع الجزائري، كمبالغة المجتمع في مسألة بكاره المرأة وكذا وضع أحكام مفصلة تنظم العشرة الحسنة بين الزوجين.

على المشرع الجزائري التشدد في إيقاع الطلاق، وترتيب المسؤولية المدنية والجزائية على كل من أثبت تلاعبه بكيان الأسرة ومصالحة الأطفال، للحد من ظاهرة الطلاق و الخلع المتفشية في المجتمع الجزائري.

الأخذ بالمذهب الشخصي فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية عن الأفعال الضارة المرتكبة من القاصر، والأخذ بالشريعة الإسلامية من عدم تحميلها المسؤولية الجنائية والاكتفاء بالمسؤولية التأديبية.

وضع سياسة تشريعية بما يخدم المجتمع الجزائري، وتجنب تسييس التشريع الأسري.

وفي الأخير لابد من ذكر ما أورده ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد حين يقول: "يأبى الله العصمة لكتاب غير كتابه، والمنصف من اغتفر قليل خطأ المرء في كثير صوابه"¹¹²³.

¹¹²³ - انظر، عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الاسلامي، ط.1، مكتبة الخانجي، مصر، 1933، ص.03.

المراجع

أولا - المراجع العامة

ثانيا - المراجع المتخصصة

ثالثا - الرسائل لالدكتوراه والمذكرات الماجستير

آ - رسائل الدكتوراه

ب - مذكرات الماجستير

رابعا - المقالات

خامسا: النصوص القانونية

- القرآن الكريم

أولا. - المراجع العامة

- 01- إبراهيم الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ط.1، المكتبة العصرية، لبنان، 2007.
- 02- إبراهيم الشيرازي، المذهب في فقه الامام الشافعي، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 03- إبراهيم بن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق. محمد أبو النور، ط.1، دار التراث، القاهرة، 1972.
- 04- أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجنائي، ط.14، دار هومة، 2012.
- 05- أحمد أبو نعيم الأصفهاني، حلية الأولياء و طبقات الأصفياء، ط.1، دار الفكر، لبنان، بيروت، 1996.
- 06- أحمد البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عطا، ط.3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 07- أحمد الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق. محمد قمحاوي، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1992.
- 08- أحمد الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق. عبد الله نذير أحمد، ط.2، دار البشائر الإسلامية، لبنان، 1996.
- 09- أحمد الخطيب، تاريخ مدينة السلام، حققه. بشار معروف، ط.1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2001.
- 10- أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، خرج أحاديثه. مصطفى وصفي، ط.1، دار المعارف، القاهرة، د.س.
- 11- أحمد الدينوري، المجالسة و جواهر العلم، خرج أحاديثه. مشهور آل سليمان، ج.4، ط.1، دار ابن حزم، 1998.
- 12- أحمد الدويش، فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، ط.1، رئاسة إدارة البحوث العلمية و الافتاء، السعودية، 1424هـ.
- 13- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، 1989.

- 14- أحمد العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج.12، ط.1، دار طيبة، الرياض، 2005.
- 15- أحمد القرافي، الفروق، ط.1، دار النوادر، الكويت، 2010.
- 16- أحمد القرافي، كتاب الفروق المسمى (أنوار البروق في أنواء الفروق)، تحقيق.محمدسراج وعلي جمعة، ط.1، دار السلام، مصر، 2001.
- 17- أحمد النسائي، السنن الكبرى، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2001.
- 18- أحمد النسائي، المجتبى منسنن النسائي، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، لبنان، 2014.
- 19- أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، ط.3، دار الوفاء، المنصورة، 2005.
- 20- أحمد بن حنبل، المسند، شرح ووضع فهارسه. حمزة أحمد الزين، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 1995.
- 21- أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ط.2، مؤسسة الرسالة، دمشق، 1999.
- 22- أحمد بن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، حققه.إحسان عباس، ط.1، دار صادر، بيروت، 1978.
- 23- أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، ط.1، دار الجيل، بيروت، 1991.
- 24- أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، حققه.عبدالسلام محمد هارون، ط.2، دار الفكر، مصر، 1979.
- 25- أحمد محمد شاكر، الباعث الحثيث شرح اختصار علوم الحديث، ط.2، دار الكتب، لبنان، 1994.
- 26- إدوارد و يستر مارك، موسوعة تاريخ الزواج، ترجمة . محمد الصمد و هدى رطل، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2001.
- 27- اسماعيل الجوهري، الصحاح تاج العربية و صحاح العربية، راجعه.محمد محمد تامر و أنس محمد الشامي و زكرياء جابر أحمد، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- 28- إسماعيل بن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق.مصطفى السيد محمد و محمد العجماي و محمد رشاد و علي أحمد عبد الباقي و حسن قطب، ط.1، دار الثقافة، الجزائر، 1990.
- 29- الحسين الزوزني، شرح المعلقات السبع، ط.1، إحياء التراث العربي، بيروت، 2002.
- 30- السيد سابق، فقه السنة، ط.1، دار مصر للطباعة، القاهرة، د.س.

- 31- السيد عثمان الجعلي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، ط.1، دار صادر، بيروت، 1994.
- 32- اللجنة الدائمة للإفتاء، حكم النشوز و الخلع، البحوث العلمية، السعودية، إصدار.2004.
- 33- اللجنة الدائمة للإفتاء ، فتاوى اللجنة الدائمة، الرئاسة العامة للإفتاء، السعودية، د.س.
- 34- اللجنة الدائمة للإفتاء، فتاوى الخطبة و الزواج، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2008.
- 35- المختار بن العربي الجزائري، المناهل الزلالية في شرح وأدلة الرسالة، ط.1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2013.
- 36- الموسوعة الفقهية الكويتية، ط.1، دار الصافية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1993.
- 37- الموسوعة الفقهية، ط.2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1983.
- 38- بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1971.
- 39- بكر أبو زيد، حلية طالب العلم، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2002.
- 40- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 41- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزاماتفي القانون المدني الجزائري، ط.4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 42- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 43- تاج الدين ابن الفركاح ، شرح الورقات ، ط.1، دار ابن حزم ، القاهرة، 2009.
- 44- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، ط.1، الدار الجامعية، مصر، 1994.
- 45- جمال الحيدري، أحكام المسؤولية الجزائية، ط.1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2010.

- 46- جيران كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات والتوزيع، بيروت، 1998.
- 47- جيلالي بغدادي، الإجتهدالقضائي في المواد الجزائية، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- 48- جيلالي تشوار، محاضرات في قانون الأسرة، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، دفعة.2006/2005، غير منشور.
- 49- حفص الدوري، جزء فيه قراءات النبي صلى الله عليه وسلم، تحقيق و دراسة. حكمت ياسين، ط.1، مكتبة الدار، المدينة المنورة، 1988، ر.ح.54، ص.103،
- 50- خليل بن اسحاق، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، حققه. أبو الفضل الدمياطي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2012.
- 51- خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، ط.5، دار العلم للملايين، بيروت، 1980.
- 52- دليلة فركوس، محاضرات في قانون الأسرة، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص.11؛
- 53- زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط.1، مطبعة الحلبي، مصر، د.س.
- 54- زيد الغنام، اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية الفقهية، ط.1، كنوز شيبيليا، السعودية، 2009.
- 55- زين الدين بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط.1، دار التراث العربي، دمشق، 2002.
- 56- زين الدين بن النجيم، الأشباه و النظائر، تحقيق و تقديم. محمد الحافظ، ط.1، دار الفكر، دمشق، 1999.
- 57- زين الدين بن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.
- 58- زين الدين بن نجيم، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، 1980.

- 59- سعد الشثري، شرح المنظومة السعدية في القواعد الفقهية، ط.1، دار المحسن، الجزائر، 2010.
- 60- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، ط.1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 61- سلمان بو ذياب، مبادئ القانون المدني، ط.1، المؤسسة الجامعية للدراسات، لبنان، 2003.
- 62- سليمان أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، إعداد و تعليق.عزت عبيد الدعاس و عادل السيد، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 1997.
- 63- سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1996.
- 64- سليمان الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق.طارق بن عوض الله وعبد المحسن الحسيني، ط.1، دار الحرمين، القاهرة، 1995.
- 65- سليمان بن الجارود، مسند أبي دود الطيالسي، تحقيق.محمد التركي، ج.3، ط.1، دار هجر، جيزة، د.س.
- 66- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.4، ط.1، دار الفكر، بيروت، 2000، ص.178.
- 67- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج.17، ط.1، دار المعرفة، لبنان، 1989، ص.154.
- 68- صالح طليس، المنهجية في دراسة القانون، ط.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2010.
- 69- عبد الرحمن البرقوقي، شرح أسهل المسالك في مذهب الإمام مالك، ط.1، الأندلس الجديدة، مصر، 2009.
- 70- عبد الرحمن البرقوقي، أوضح المسالك شرح أسهل المسالك، ط.4، دار الفكر، بيروت، د.س.
- 71- عبد الرحمن الثعالبي، تفسير الثعالبي، حققه.علي عوض وعادل عبدالموجود عبد الفتاح أبو سنة، ط.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1997.

- 72- عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي، تفسير القرآن العظيم مسندا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة والتابعين، تحقيق.أسعد محمد الطيب، ج.3، ط.1، مكتبة نزار مصطفى الباز، الرياض، 1997.
- 73- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ط.1، دار الغد الجديد، مصر، 2015.
- 74- عبد الرحمن السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ط.1، دار ابن الجوزي، 1422 هـ.
- 75- عبد الرحمن السعدي، منهج السالكين، ط.1، دار الوطن للنشر، السعودية، 2001.
- 76- عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983.
- 77- عبد الرحمن السيوطي، الدر المنثور في التفسير المأثور، تحقيق.عبد الله التركي وعبد السند بمامة، ط.1، مركز هجر، مصر، 2003.
- 78- عبد الرحمن السيوطي، إسعاف المبطل برجال الموطأ، ط.1، دار الريان للتراث، القاهرة، 1988.
- 79- عبد الرحمن بن خلدون، مقدمة ابن خلدون، ط.1، دار الفكر، لبنان، 2001.
- 80- عبد الرحمن بن رجب، القواعد في الفقه الاسلامي، ط.1، مكتبة الخانجي، مصر، 1933.
- 81- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- 82- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط.1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1967.
- 83- عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، راجعه.طه سعد، ط.1، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، 1991.
- 84- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط.2، دار البعث، الجزائر، 1989.

- 85- عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ع.خ، د.س.
- 86- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط.3، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 2013.
- 87- عبد العزيز بن باز، فتاوى بن باز، الرئاسة للإفتاء، السعودية، د.س.
- 88- عبد الكريم مامون، محاضرات في القانون الطبي موجهة لطلبة ماجستير القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2011/ 2012.
- 89- عبد الله الدارمي، سنن الدارمي، تحقيق. حسيناالداراني، ط.1، دار المغني، الرياض، 2000.
- 90- عبد الله الجبرين، إهجاج المؤمنين بشرح منهج السالكين، اعتنى به وخرج أحاديثه. عليأبولوز، ط.1، دار الوطن للنشر، السعودية، 2001.
- 91- عبد الله القيرواني، متن الرسالة، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، د.س.
- 92- عبد الله بن أبي شيبة، مصنف بن أبي شيبة، تحقيق. حمد بن عبد الله الجمعة ومحمد اللحيان، ط.1، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2004.
- 93- عبد الله بن الجارود، كتاب المنتقى من السنن المسندة، ط.1، مطبعة الفيض الكريم، حيدر آباد، الهند، 1306هـ.
- 94- عبد الله بن قتيبة الدينوري، كتاب عيون الأخبار، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.
- 95- عبد الله بن قدامه، المغني، تحقيق. عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ط.3، دار عالم الكتب، السعودية، 1997.
- 96- عبد الله بن قدامة، المقنع، ط.1، دار هجر، مصر، 1996.
- 97- عبد الله بن عدي، الكامل في الضعفاء، تحقيق. مازنالسرساري، ج.6، مكتبة الرشد، مصر، 2012.
- 98- عبد الحميد زعلاني، قانون العقوبات الخاص، ط.2، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 99- عبد الملك الجويني، البرهان في أصول الفقه، حققه. عبد العظيم الديد، ط.1، إدارة الشؤون الدينية، قطر، 1399هـ.

- 100- عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، ط.1، عالم الكتب، بيروت، 1987.
- 101- عبد الوصيف محمد، مصباح السالك نظم أسهل المسالك في مذهب مالك، المكتبة العصرية، بيروت، د.س.
- 102- عبد الوهاب المالكي، الإشراف على نكت الخلاف، تحقيق. مشهور آل سلمان، ط.1، دار ابن عفان، مصر، 2008.
- 103- عبيد الله بن الجلاب، التفریع، تحقيق. حسينالدهماني، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1987.
- 104- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق. علي معوض و عادل عبد الموجود، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 105- علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، تحقيق. إسماعيلالحسني، ط.1، دار السلام، مصر، 2011.
- 106- علي البرهان فوري، كنز العمال في سنن الأقوال و الأفعال، ضبطه وصححه بكريجياني وصفوة السقا، ط.5، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1985.
- 107- علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه و صححه محمد شاهين، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 108- علي الدار قطني، سنن الدارقطني، ط.1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004.
- 109- علي الماوردي، الحاوي الكبير في فقه المذهب الشافعي، تحقيق. عليمعوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994.
- 110- علي المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الأقوال، تحقيق. عبد الله التركي، ط.1، دار هجر، مصر، 1996، ص.260.
- 111- علي بن بطال، شرح صحيح البخاري، ط.1، مكتبة الرشد، الرياض، د.س.
- 112- علي بن بلبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، حققه. شعيبالأرنؤوط، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

- 113- علي بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، د.ط، الطباعة المنيرية، مصر، 1352هـ.
- 114- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب. فهمي الحسيني، ط.1، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- 115- علي بن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2000.
- 116- علي الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ط.1، دار الصمعي، السعودية، 2003.
- 117- علي بن عساكر، تاريخ مدينة دمشق، دراسة و تحقيق. عمر العمروي، ط.1، دار الفكر، لبنان، 1995.
- 118- علي بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه و ضبط نصه و علق عليه. شعيب الأرنؤوط و حسن عبد المنعم شلبي و سعيد اللحام، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2004.
- 119- علي فركوس، العادات الجارية في الأعراس الجزائرية ، ط.6، دار الموقع ، الجزائر ، 2011.
- 120- فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، جمع وترتيب. أحمد الدويش، ج.19، ط.5، دار المؤيد، الرياض، 2003.
- 121- لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، ط.1، دار ابن رجب، مصر، 2013.
- 122- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 123- مالك بن أنس ، الموطأ، ط.1، دار الإمام مالك للكتاب، الجزائر، 2002.
- 124- مجلة الأحكام العدلية، ط.1، المطبعة الأدبية، بيروت، 1302هـ.
- 125- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 126- محمد أحمد الداه الشنقيطي، الفتح الرباني شرح على نظم رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط.1، المكتبة العصرية، بيروت، 2006.
- 127- محمد الأمين الشنقيطي، أضواء البيان، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 2006.

- 128- محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، ط.1، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، د.س.
- 129- محمد الأمين الشنقيطي، نثر الورود على مراقبي السعود، تحقيق وإكمال. محمد ولد الحبيب الشنقيطي، ط.3، دار المنار، السعودية، 2002.
- 130- محمد الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ط.1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1979.
- 131- محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1975.
- 132- محمد الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، ط.2، مكتبة المعارف، الرياض، 1988.
- 133- محمد الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ط.3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1988.
- 134- محمد البخاري، صحيح البخاري، ط.1، دار بن حزم، القاهرة، 2008.
- 135- محمد البرني، التسهيل الضروري لمسائل القدوري، ط.2، مكتبة الشيخ، كراتشي، 1991.
- 136- محمد التاودي، حلى المعاصم لفكر بن عاصم، ضبطه و صححه. محمد شاهين، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 137- محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س.
- 138- محمد الدولابي، الكنى و الأسماء، حققه و قدم له. نظر الفريابي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2000.
- 139- محمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، ط.2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1984.
- 140- محمد الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق. طه العلواني، ط.1، مؤسسة الرسالة، الرياض، 1400هـ.
- 141- محمد الرمفوري، البناء في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 142- محمد الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، راجعه. عبد الستار أبو غدة و محمد الأشقر، ط.1، دار الصفوة، القاهرة، 1988.

- 143- محمد السكندري، شرح فتح القدير، علق عليه. عبد الرزاق المهدي، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 144- محمد الشاشي، محاسن الشريعة في فروع الشافعية، اعتنى به. محمد سمك، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007.
- 145- محمد الشافعي، الأم، تحقيق. رفعت فوزي عبد المطلب، ط.1، دار الوفاء، المنصورة، 2001.
- 146- محمد الشافعي، الرسالة، ط.1، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2017.
- 147- محمد الشريبي، مغني المحتاج، ط.1، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1958.
- 148- محمد الشريف التلمساني، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، خرج أحاديثه وعلق عليه. مصطفى الشيخ مصطفى، ط.1، مؤسسة الرسالة ناشرون، سوريا، 2008.
- 149- محمد الطاهر بن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، ط.1، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984.
- 150- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق. محمد الميساوي، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2001.
- 151- محمد الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق. عبد الله التركي، ط.1، دار هجر، القاهرة، 2001.
- 152- محمد العيني، الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 153- محمد الغزالي، المستصفى من علم أصول الفقه، حققه. أحمد حماد، ط.1، دار الميمان، السعودية، د.س.
- 154- محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، حققه. محمد تامر، ط.1، دار السلام، مصر، 1997.
- 155- محمد الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، ط.1، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، لبنان، 1997.
- 156- محمد الفيروزابادي، القاموس المحيط، اشرف. محمد نعيم العرقسوسي، ط.8، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2005.

- 157- محمد الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط.1، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- 158- محمد المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه و أخرجا أحاديثه. زكرياء عميرات، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1995.
- 159- محمد اليوبي، مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بالأدلة الشرعية، ط.1، دار الهجرة، السعودية، 1998.
- 160- محمد القرطبي، الجامع لأحكام القرآن و المبين لما تضمنه من السنة و آي الفرقان، تحقيق. عبد الله التركي و محمد عرقسوسي، ط.1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2006.
- 161- محمد الكتبي، فوات الوفيات والذيل عليها، تحقيق. احسان عباس، ط.1، دار صادر، بيروت، 1973.
- 162- محمد باي بلعالم، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادى لمختصر خليل، ط.1، دار ابن حزم، بيروت، 2007.
- 163- محمد بن العربي، أحكام القرآن، راجع أصوله و خرج أحاديثه و علق عليه. محمد عبد القادر عطا، ط.2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.
- 164- محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- 165- محمد بن الجزري، القوانين الفقهية، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2013.
- 166- محمد بن المنذر، الإجماع، ط.2، مكتبة الفرقان، الإمارات العربية المتحدة، 1999.
- 167- محمد بن الهمام، شرح فتح القدير، ط.1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 168- محمد بن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ط.2، دار المعرفة، لبنان، 1982.
- 169- محمد بن رشد، المقدمات و الممهديات، تحقيق. محمد حجي، ط.1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1988.
- 170- محمد بن رياض الأجدد، موسوعة الأحكام الشرعية، ط.1، المكتبة العصرية، بيروت، 2005.
- 171- محمد بن عاصم، متن العاصمية، ط.1، مطبعة مصطفى الباي الحلبي وأولاده، مصر، 1348هـ.

- 172- محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، ط.1، دار الحرمین، القاهرة، 1997.
- 173- محمد بن صالح العثیمین، شرح العقیدة السفارینیة، ط.1، دار ابن الجوزی، مصر، 2005.
- 174- محمد بن صالح العثیمین، الشرح الممتع علی زاد المستقنع، ط.1، دار ابن الجوزی، السعودیة، 1428هـ.
- 175- محمد بن صالح العثیمین، القواعد الفقھیة، دار البصیرة، د.س.
- 176- محمد بن صالح العثیمین، شرح ریاض الصالحین من کلام سید المرسلین، ط.1، مدار الوطن للنشر، الریاض، 1425هـ.
- 177- محمد بن عثیمین، شرح نظم الورقات، ط.1، دار بنحزم، القاهرة، 2009.
- 178- محمد بن عیسی الترمیذی، الجامع الکبیر، حققه. بشار عواد معروف، ط.1، دار الغرب الإسلامی، بیروت، 1996.
- 179- محمد بن قیم الجوزیة، إعلام الموقعین عن رب العالمین، ط.1، دار ابن الجوزی، السعودیة، 1423هـ.
- 180- محمد بن قیم الجوزیة، زاد المعاد فی هدی خیر العباد، تحقیق. شعبیلاًرنؤوط و عبد القادر الأرنؤوط، ط.3، مؤسسة الرسالة، 1998.
- 181- محمد بن قیم الجوزیة، کتاب الصلاة، تحقیق. عدنان البخاری، ط.1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، 1431هـ.
- 182- محمد بن ماجة القزوینی، سنن ابن ماجة، حققه و خرج أحادیثه و علق علیه. بشار عواد معروف، ط.1، دار الجیل، بیروت، 1998.
- 183- محمد بن مفلح، کتاب الفروع، ط.1، مؤسسة الرسالة، بیروت، 2003.
- 184- محمد بن منظور، لسان العرب، ط.1، دار النوادر، الكويت، 2010.
- 185- محمد بن منظور، لسان العرب، ط.1، دار صادر، بیروت، د.س.
- 186- محمد تقیه، مصادر التشریع الإسلامی، ط.1، الیدیوان الوطنی للأشغال التربویة، الجزائر، 1993.

- 187- محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام ، دار الجامعة الجديدة ،
الأسكندرية ، 2006.
- 188- محمد زين العابدين، إعجاز التشريع الإسلامي في توقيح العقوبات الجنائية، مجلة
الإعجاز العلمي، ع.48، محرم 1437هـ.
- 189- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري،
ط.1، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
- 190- محمد على فركوس، الفتح المأمول شرح مبادئ الأصول، ط.4، دار الموقع،
الجزائر العاصمة، 2011.
- 191- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة
النعمان، بعناية. بسام الجابي، ط.1، دار ابن حزم، لبنان، 2007.
- 192- محمد متولي الشعراوي، تفسير الشعراوي، ط.1، أخبار اليوم، مصر، 1991.
- 193- محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ط.1، المطبعة السلفية، القاهرة،
1349هـ.
- 194- محمد ميارة، الروض المبهج بشرح بستان فكر المهج، دراسة و تحقيق. محمد فرج
الزائدي، منشورات ELGA، مالطا، 2001.
- 195- محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق
الإنسان، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2007.
- 196- محمود العيني، البناية فيشرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 197- مدونة الأحكام القضائية، وزارة العدل، وكالة الوزارة للشؤون القضائية،
الإدارة العامة لتدوين و نشر الأحكام، الرياض، الإصدار الثاني، 1428هـ/2007م.
- 198- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ط.1، مؤسسة زاد، القاهرة، 2012.
- 199- مقبل بن هادي الوادعي، فتاوى المرأة المسلمة، ط.1، دار الحديث للعلوم الشرعية، اليمن،
1426هـ.
- 200- منصور البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط.1، مؤسسة الرسالة، السعودية،
د.س.

- 201- منصور البهوتي، شرح منتهى الإرادات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ط.1، عالم الكتب، بيروت، 1996.
- 202- ناصر الإسلام الرمفوري، البناية في شرح الهداية، ط.2، دار الفكر، بيروت، 1990.
- 203- نصر الدين مروك، محاضرات في الإثبات الجنائي، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 204- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط.2، دار الفكر، دمشق، 1985.
- 205- يحيى أبو زكرياء النووي، المنهاج شرح مسلم بن الحجاج، ج.5، ط.1، المطبعة المصرية بالأزهر، مصر، 1930.
- 206- يحيى بن أبي الخير العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، إعتنى به. قاسم محمد النوري، ط.1، دار المنهاج، لبنان، 2000.
- 207- يوسف البدوي، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، دار النفائس، الأردن، د.س.
- 208- يوسف بن المبرد، محض الصواب في فضال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، تحقيق. عبد العزيز الفريح، ط.1، مكتبة أضواء السلف، الرياض، 2000.
- 209- يوسف بن عبد البر، الإستذكار، ط.1، دار قتيبة، بيروت، 1993.

ثانياً. - المراجع المتخصصة

- 01- أحمد الأهوني، التربية في الإسلام، ط.1، دار المعارف، مصر، د.س.
- 02- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، ط.1، مكتبة السنة، مصر، د.س.
- 03- أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ط.2، دار النفائس، الأردن، 2005.
- 04- أسامة مسعود، الإكراه في عقد الزواج، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 05- إسماعيل البامري، أحكام الأسرة بين الحنفية والشافعية، ط.1، دار الحامد، الأردن، 2009.
- 06- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائرية، ط.1، دار هومة، الجزائر، 2010.

- 07- باديس دياي، صور و آثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 08- توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، 1980.
- 09- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق تجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ط.1، د.م.ج، بن عكنون، 2001.
- 10- حميد زناز، العربي المسلم أنا أفض إذن أنا موجود، ط.1، دار محمد علي الحامي، 2008.
- 11- خالد بن حامد الحازمي، أصول التربية الإسلامية، ط.1، دار عالم الكتب، السعودية، 2000.
- 12- رشاد علي عبد العزيز موسى، سكولوجية الفروق بين الجنسين، ط.2، مؤسسة المختار، القاهرة، 1998.
- 13- زكية حميدو، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية ، ط.1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- 14- صالح أبو زيد، الأمراض الحديثة وأثرها على استمرار الحياة الزوجية في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- 15- عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، ط.2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 1998 .
- 16- عبد الحميد القضاة، الفحص قبل الزواج ضرورة أم ترف ؟، ط.1، جمعية العفاف الخيرية ، عمان ، 2003.
- 17- عبد الحميد الكراني، خدمة المرأة زوجها (دراسة فقهية ووقفات تربوية)، ط.1، مكتبة الملك فهد، الرياض، 1425هـ.
- 18 - عبد الفتاح أبو كيلة ،الفحص الطبي قبل الزواج ، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.
- 19- عبد الله سليمان، النظرية العامة للتدابير الاحترازية دراسة مقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

- 20- عبد المطلب حمدان ، الحضانة و أثرها في تنمية سلوك الأطفال في الفقه الإسلامي، ط.1 دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2008.
- 21- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، ط.1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 22- عبيد القدومي ، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية ، ط.1، دار الفكر، عمان، 2007.
- 23- عز الدين عبد الدايم، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، ط.1، دار كردادة، الجزائر، 2011.
- 24- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، انسيكوبيديا للنشر، الجزائر، 2003.
- 25- علي بن قطان الفاسي، إحكام النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، ط.1، دار العلم، دمشق ، 2012.
- 26- علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 2000.
- 27- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط.1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- 28- علي فيلاي، الالتزامات العمل المستحق للتعويض، ط.1، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
- 29- فاتن الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين ، ط.1، دار النفائس ،الأردن ، 2011.
- 30- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، ط.1، دار الفكر العربي، مصر، 1994.
- 31- محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة دار البيان، دمشق، 1982.
- 32- محمد النمي، الولاية على المال، ط.1، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2012.
- 33- محمد جمال أبو سنينة، الطاعة الزوجية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2005.

- 34- محمد خضر قادر، دور الارادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ط.1، دار اليازوري، الأردن، 2010.
- 35- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ط.1، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 36- محمدعليوي ناصر، الحضانة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الثقافة ، الأردن، 2010.
- 37- محمد محمد جاد، الإسلام والعلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة، ط.1، دار النجاح للطباعة، القاهرة، 1979.
- 38- مصطفى بن العدوى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط.1، مكتبة بن تيمية، القاهرة، 1988.
- 39- ممدوح عزمي ، دعاوي ثبوت الزوجية و النسب و التبني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، د.س.
- 40- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة، دار الفكر الجامعي، مصر، د.س.
- 41- نايف محمود الرجوب، أحكام الخطبة في الفقہ الإسلامي، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- 42- نصر فريد واصل، الولايات الخاصة، ط.1، دار الشروق، مصر، 2002.
- 43- نضال أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ط.1، دار الثقافة، الأردن، 2011.
- 44- نوارة دري ، الشروط الجعلية في عقود الزواج ، ط.1، دار ابن حزم ، بيروت، 2009.
- 45- نورة منصور، التطلق و الخلع ، ط.1، دار الهدى ، الجزائر ، 2012.
- 46- هشام بن سيد بن حداد، الغارة على رتق غشاء البكارة، ط.1، مكتبة الدعوة بالأزهر، مصر، 1996.
- 47- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ط.1، دار الفكر، دمشق، 2012.

ثالثا. - رسائل الدكتوراه ومذكرات الماجستير

أ. - رسائل الدكتوراه

- 01- المبروك منصوري، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغاربية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2014/2013.
- 02- أمال بلعباس، أحكام الزواج في ظل التطور العلمي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، تلمسان، 2019/2018.
- 03- رشيد مسعودي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري دراسة المقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2006/2005.
- 04- زكية حميدو، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية للأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005/2004.
- 05- زينب كريم، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، أطروحة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بالعباس، 2010.
- 06- عبد القادر علاق، الفحص الطبي قبل الزواج-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2013/2012.
- 07- محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، قسم الشريعة، باتنة، 2009.
- 08- نعيمة إلياس مسعودة، التعويض في بعض مسائل الزواج و الطلاق، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2010.
- 09- نور الدين لمطاعي، عدة الطلاق الرجعي و أثرها على الأحكام القضائية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، الجزائر، كلية الحقوق، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2006.

10- هديات حماس، الحماية الجنائية للطفل الضحية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، 2015/2014.

ب. - مذكرات الماجستير

- 01- العربي مجيدي ، التعسف في إستعمال الحق و أثرها في أحكام الأسرة ، مذكر ماجستير في الشريعة و القانون ، جامعة الجزائر ، كلية أصول الدين ، الخروبة ، 2002.
- 02- اليزيد عيسات ، التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكره ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، ابن عكنون ، 2003.
- 03- بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكره لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تيزي وزو، 2011.
- 04- خديجة طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي ، مذكره ماجستير، جامعة أحمد بوقرة ، كلية الحقوق و العلوم التجارية ، بومرداس.
- 05- زينب كريم، الزواج العرفي في قانون الأسرة الجزائري ، مذكره ماجستير ، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق ، يسدي بلعباس، 2003.
- 06- سعيد خيدر، التكليف القانوني للخطبة، مذكره ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 1993.
- 07- صالح بوغرارة، حقوق الأولاد في النسب و الحضانه ، مذكره ماجستير ، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق ، بن عكنون، 2007.
- 08- صفوان عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج، مذكره ماجستير تخصص فقه، جامعة اليرموك، الأردن، 2004.
- 09- عبد الرحيم صباح، التزام الطبيب السر المهني، مذكره ماجستير في القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، قسم العلوم القانونية و الادارية، ورقلة، 2006.
- 10- عبد الحميد عيدوني، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج و إنهائه، مذكره لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014/2013.

- 11- فتيحة رواق، تمييز أركان عقد الزواج من حيث المفهوم ومن حيث الأحكام دراسة تحليلية ونقدية لقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 1995/1994.
- 12- مراد بن عودة حسكر، الحماية الجزائرية للزوجة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الإجرام والعلوم الجزائرية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2004/2003.
- 13- نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و القانون ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2006.
- 14- نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم و الإجازة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزيوزو، 2010.
- 15- وهيبة بوطيش، الشكلية في عقد الزواج ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق.

رابعاً. - المقالات

- 01- أمال حبار، المسؤولية المدنية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، ع.2، 2002.
- 02- بلحاج العربي، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، ع.1، 2007.
- 03- بيرجيتا إستن و أنا بلومكفيست و لوتي هيلستروم و سارة جونسدوتر، خبرة المهنيين السويديين العاملين في مجال الصحة واستجابتهم للمريضات اللاتي يطلبن إستعادة العذرية، ترجمة: شهرة العالم، مجلة قضايا الصحة الإنجابية النسخة العربية- العنف ضد المرأة-، ع.20، نوفمبر 2015.
- 04- جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء، م .ج.ع.4 ، 1999.
- 05- جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي والتنقيحات المستحدثة ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان ، ع.3، 2005.

- 06-جيلالي تشوار، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، تلمسان، ع. 12، 2011.
- 07- جيلالي تشوار، حق الشخص في التصرف في جسمه الرتق العذري و التغيير الجنسي نموذجاً، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.6، 2008.
- 08-جيلالي تشوار، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة ، م.ج ، جامعة الجزائر ، د.ع، د. س.
- 09- رشيد بن شويخ، الطرق الشرعية و القانونية لثبوت النسب أو نفيه ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2005، ع.3.
- 10-زبيري بن قويدر ، القضاء بين التطور العلمي و التشريعي في مسألة إثبات النسب ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.8، 2009.
- 11-زكية حميدو، عمل المطلقة الحاضنة كسبب مسقط للحضانة بين الفراغ التشريعي و الواقع الإجتماعي ، مجلة الأسرة و التطورات العلمية ، مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة ، جامعة وهران ، كلية الحقوق ، د.ع، 2007.
- 12-زكية حميدو، مدى حماية الأسرة عبر أحكام التطبيق عدالة القانون أم القاضي ، مجلة الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسان، ع.10، 2010.
- 13- عبد الرزاق الشيخ نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة ، مجلة الحقوق ، الكويت، ع 1، ،س.25، 2001.
- 14- عبد الكريم مامون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا وجزائه ،موسوعة الفكر القانوني، وهران، ع.1، 2002.
- 15- عبده الأهدل، الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين، ج.57، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، ع.57، من ربيع الأول إلى جمادى الثانية، 1420هـ.
- 16- علي نجيدة، دور الإرادة والتعبير عنها في الفقه الإسلامي والوضعي، مجلة القانون والاقتصاد، مطبعة عبير، 1986.

- 17- محمد الصالح، جريمة الاختطاف وعقوبة الإعدام، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ورقلة، ع.16، جانفي.2017.
- 18- مروك نصر الدين، الحق في الخصوصية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، ع.1، 2002.
- 19- نادية تياب، حق النسب و الحماية المقررة لمجهولي النسب في القانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، ع.6، 2008.
- 20- نعيمة إلياس مسعودة، العدول عن الخطبة بين نصوص القانون و اجتهاد القضاء ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية، تلمسان ، ع.8، 2009.
- 21- نهي قرطاجي ، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو) ، <http://www.saaaid.nat>

خامسا. - النصوص القانونية

- 01- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، المؤرخة في 18 ديسمبر 1979، و لقد صادقت الجزائر على هذه الإتفاقية بموجب الأمر الرئاسي 03/96، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج.ر، ع.3، المؤرخة في 14/01/1996.
- 02- اتفاقية حقوق الطفل والمصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم.461/92، المؤرخ في.19/12/1992، يتضمن المصادقة مع التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ.20/11/1989، ج.ر، ع.91، المؤرخة في.23/12/1992.
- 03- المرسوم الرئاسي رقم.242/03، المؤرخ في.08/07/2003، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، المعتمد بأديس أبابا في يوليو سنة 1990، ج.ر، ع.41، والمؤرخة في.09/07/2003.
- 04- محضر، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة رقم.62، الجلسة رقم.76، المؤرخ في.18/12/2007، تقرير اللجنة الثالثة (A/62/439/Add.2)، نيويورك.

- 05- قرار، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم.149/62، المؤرخ في.2007/12/18،
الدورة.2، البند.70 (ب) من جدول الأعمال، المتضمن وقف العمل بعقوبة الإعدام.
- 06- القانون رقم.01/16، المؤرخ في.2016/03/06، يتضمن التعديل الدستوري،
ج.ر، ع.14، المؤرخة في.2016/03/07.
- 07- القانون رقم. 224/63، الصادر في. 29 جوان 1963، المتضمن تحديد سن الزواج
وتسجيله ، ج.ر، ع، 44، 1963.
- 08- الأمر.155/66، المؤرخ في.8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية،
ج.ر، ع.48، المؤرخة في.10 يونيو 1966.
- 09- الأمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر،
ع.49، المؤرخة في. 11/06/1966.
- 10-الأمر.58/75، مؤرخ في.26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.78،
المؤرخة في.30 سبتمبر 1975.
- 11- القانون.11/84، المؤرخ في.1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر،
ع.24، المؤرخة في.12/06/1984.
- 12- الأمر.02/05، المؤرخ في 27/02/2005، المتضمن تعديل و تميم القانون 11/84،
المؤرخ في 09/06/1984، و المشتمل على قانون الأسرة، ج.ر، ع.15، المؤرخة في
27/02/2005.
- 13- القانون.10/05، المؤرخ في.20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر.58/75، المؤرخ
في.26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر، ع.44، المؤرخة في.26
يونيو 2005.
- 14- الأمر.03/06، المؤرخ في.15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة
العمومية، ج.ر، ع.46، المؤرخة في.16 يوليو 2006.
- 15- القانون رقم.04/08، المؤرخ في.23/01/2008، يتضمن القانون التوجيهي للتربية
الوطنية، ج.ر، ع.4، المؤرخة في.27/01/2008.

- 16- القانون رقم 01/14، المؤرخ في 2014/02/04، يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66،
والمؤرخ في 1966/06/08، والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.7، والمؤرخة
في 2014/02/16.
- 17- القانون رقم 12/15، المؤرخ في 15 يوليو 2015، يتعلق بحماية الطفل، ج.ر، ع.39،
المؤرخة في 19 يوليو 2015،
- 18- القانون رقم 19/15 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 156/66
المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات، ج.ر، ع.71، والمؤرخة في 30 ديسمبر
2015.
- 19- القانون رقم 11/18، المؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر،
ع.46، المؤرخة في 2018/07/29.
- 20- المرسوم التنفيذي 154-06، مؤرخ في 11 مايو 2006، يحدد شروط و كفاءات تنطبق
المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11، ج.ر، ع.31، المؤرخة في 2006/05/14.

الفهرس

01 المقدمة
12 الفصل الأول: المصالح غير المالية في أحكام عقد الزواج وآثاره
15 المبحث الأول: المصالح غير المالية في أحكام الزواج
15 المطلب الأول: المصالح غير المالية في مقدمات عقد الزواج
16 الفرع الأول: المصلحة في أحكام الخطبة
17 أولاً: كيفية إبرام الخطبة
17 أ/ كيفية التعبير عن الإرادة في الخطبة
17 1/ التعبير الصريح عن الخطبة
18 2/ التعبير الضمني عن الخطبة
19 ب/ مراحل إبرام الخطبة
19 1/ خطبة الطلب
19 2/ خطبة الركون
20 ثانياً: الطبيعة القانونية للخطبة
21 أ/ الخطبة وعد بالزواج لا إلزام له
22 ب/ الخطبة عقد كامل الأركان والشروط
23 ج/ الخطبة عقد تمهيدي
23 ثالثاً: أثر الطبيعة القانونية للخطبة على مصلحة أطرافها
24 أ/ تحديد الطبيعة القانونية للخطبة لضمان السعي لعقد الزواج
26 ب/ ضمان الحماية من التعسف في العدول عن الخطبة
27 1/ تقرير حق العدول في الشريعة والقانون الجزائري
27 2/ حدود سلطة العدول عن الخطبة
29 الفرع الثاني: المصلحة في الفحص الطبي قبل الزواج
30 أولاً: مشروعية إجراء الفحص الطبي قبل الزواج
30 أ/ الرأي الجوز لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج

- ب/ الرأي المحرم لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج.....31
- ج/ الرأي المختار في إجراء الفحص الطبي قبل الزواج.....32
- ثانيا: الفحص الطبي قبل الزواج وحرمة الجسم الإنساني.....33
- ثالثا: الإعلام بالفحص الطبي قبل الزواج والأسرار الخاصة.....34
- رابعا: الفحص الطبي قبل الزواج إجراء شكلي أو وقائي؟.....37
- المطلب الثاني: المصلحة المحمية في إبرام عقد الزواج.....39
- الفرع الأول: أركان و شروط عقد الزواج.....40
- أولا: أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة.....40
- أ/ أركان عقد الزواج في الشريعة.....40
- ب/ شروط عقد الزواج في الشريعة.....43
- 1/ شرط الشهود في عقد الزواج شرعا.....43
- 2/ شرط الصداق في عقد الزواج شرعا.....44
- 3/ شرط الكفاءة في عقد الزواج شرعا.....46
- ثانيا: أركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري.....47
- أ/ مركز أركان عقد الزواج في القانون الجزائري.....48
- 1/ مدى اعتبار اختلاف الجنس ركنا لعقد الزواج.....48
- 2/ ركنية الرضا في عقد الزواج.....49
- ب/ مركز شروط عقد الزواج في القانون الجزائري.....49
- 1/ شرط الصداق في عقد الزواج.....49
- 2/ شرط الشهود في عقد الزواج.....52
- 3/ شرط انعدام الموانع الشرعية في عقد الزواج.....52
- الفرع الثاني: تأثير أركان وشروط عقد الزواج على مصلحة أطرافه.....53
- أولا: المصلحة من أركان وشروط عقد الزواج في الشريعة.....53
- أ/ المصالح من وضع أركان عقد الزواج شرعا.....53
- ب/ المصالح من وضع شروط عقد الزواج شرعا.....54

55.....	ثانيا: المصلحة من أركان وشروط عقد الزواج في القانون الجزائري.....
57.....	المبحث الثاني: المصالح غير المالية في آثار عقد الزواج.....
58.....	المطلب الأول: المصالح غير المالية لآثار عقد الزواج بين الزوجين
59.....	الفرع الأول: المصلحة في تشريع القوامة.....
63.....	الفرع الثاني: المصلحة حول الضابط للعشرة الحسنة بين الزوجين.....
63.....	أولا: ضابط العشرة الحسنة في العلاقات الجنسية.....
70.....	ثانيا: ضابط العشرة في المعاملة الحسنة بين الزوجين.....
86.....	المطلب الثاني: المصالح غير المالية لآثار عقد الزواج في النسب
86.....	الفرع الأول: مصلحة الطفل في إثبات النسب.....
87.....	أولا: تثبيت النسب بالإقرار وحكم ولد الزنا.....
92.....	ثانيا: تثبيت النسب بالطرق العلمية.....
94.....	ثالثا: تثبيت النسب بالبينة.....
95.....	الفرع الثاني: مصلحة الطفل ونفي النسب.....
96.....	أولا: نفي النسب بالطرق التقليدية.....
98.....	ثانيا: نفي النسب بالوسائل الحديثة.....
100.....	الفصل الثاني: المصالح غير المالية في أحكام الطلاق وآثاره.....
101.....	المبحث الأول: المصلحة في إيقاع الطلاق بين التشدد والمرونة.....
102.....	المطلب الأول: المصلحة المحمية في إيقاع الطلاق بإرادة الزوج.....
102.....	الفرع الأول: شروط إيقاع الطلاق بإرادة الزوج.....
103.....	أولا: إرادة المطلق مقيدة بلفظ مخصوص.....
103.....	أ/ الطلاق الصريح.....
104.....	ب/ الطلاق بالكناية.....
105.....	ج/ الطلاق بالكتابة ولإشارة.....
105.....	د/ الطلاق بالوسائل الحديثة.....

- 105.....ثانيا: إرادة المطلق مقيدة بوقت منصوص.....
- 106.....ثالثا: المطلق مقيد بعدد معين من الطلقات.....
- 108.....الفرع الثاني: تعسف الزوج في إنهاء عقد الزواج.....
- 109.....أ/ المعيار الأول: أن يكون الزوج هو الطالب الطلاق.....
- 110.....ب/ المعيار الثاني: أن لا تكون الزوجة المتسببة في الطلاق.....
- 111.....ج/ المعيار الثالث: أن لا يكون سبب الطلاق عيب يوجب التفريق.....
- 111.....د/ المعيار الرابع: أن يسبب الطلاق ضررا جسيما للزوجة.....
- 112.....المطلب الثاني: المصالح المحمية في إيقاع الطلاق بطلب الزوجة.....
- 112.....الفرع الأول: المصالح المحمية في طلب المرأة التطليق.....
- 113.....أ/ التطليق لعدم الإنفاق.....
- 113.....ب/ التطليق للعيوب.....
- 114.....ج/ التطليق للهجر في المضجع.....
- 115.....د/ التطليق لجريمة مخلة بشرف الأسرة.....
- 116.....ذ/ التطليق للغيبة.....
- 116.....1/ حالة الغيبة بدون عذر ولا نفقة.....
- 117.....2/ حالة المفقود.....
- 117.....3/ حالة الغائب لقوة قاهرة.....
- 118.....ر/ التطليق لمخالفة أحكام المادة 8 من ق.أ.....
- 119.....ز/ التطليق لارتكاب فاحشة مبينة.....
- 119.....س/ التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.....
- 119.....ش/ التطليق لمخالفة الشرط الاتفاقي.....
- 121.....ع/ التطليق للضرر المعتبر شرعا.....
- 122.....الفرع الثاني: المصالح المحمية في الخلع.....
- 123.....أولا: تعسف المرأة طلب الطلاق من غير سبب.....
- 124.....ثانيا: تعريف الخلع وطبيعته.....

125.....	ثالثا:شروط الخلع.....
125	1/ قيام الرابطة الزوجية.....
125.....	2/ أن لا يكون الزوج أضر بالزوجة.....
125.....	3/ أن تخاف الزوجة أن لا تقيم حدود الله.....
126.....	4/ أن يكون الخلع مقابل بدل.....
126.....	5/ أن يرد اللفظ الدال على الخلع.....
127.....	6/ أن لا يكون الخلع محل طلب مقابل.....
127.....	رابعا: هل يعتبر رضا الزوج في إيقاع الخلع؟.....
127.....	أ/ رضا الزوج بالخلع في الفقه الإسلامي.....
131.....	ب/ رضا الزوج بالخلع في القانون الجزائري.....
133.....	المبحث الثاني: المصلحة في الآثار غير المالية للطلاق.....
133.....	المطلب الأول: إقرار المشرع الجزائري بعدة الطلاق الرجعي.....
134.....	الفرع الأول: عدة الطلاق الرجعي وبيان المصلحة فيها.....
134.....	أولا:عدة الطلاق الرجعي.....
134.....	أ/ عدة الحائض.....
137.....	ب/ عدة اليائس من الحيض.....
137.....	ج/ عدة الحامل المطلقة.....
137.....	ثانيا: المصلحة في عدة الطلاق الرجعي.....
139.....	الفرع الثاني: الآراء الفقهية في اعتراف المشرع الجزائري بالطلاق الرجعي.....
139.....	أولا: الرأي المنكر لاعتراف المشرع بالطلاق الرجعي.....
140.....	ثانيا: الرأي الذي يرى اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي.....
141.....	ثالثا: الترجيح في مسألة اعتراف المشرع بالطلاق الرجعي.....
141.....	أ/ دلالة النصوص القانونية على الطلاق الرجعي.....
142.....	ب/ شواهد الإجتهاادات القضائية على الطلاق الرجعي.....
144.....	المطلب الثاني: المصالح المتوخاة في مسائل الحضانة.....

- 144..... الفرع الأول: المصلحة في قبول الحضانة.
- 145..... أولاً: الرضا بقبول الحضانة شرعاً.
- 146..... ثانياً: الرضا بقبول الحضانة قانوناً.
- 147..... الفرع الثاني: المصلحة في التنازل عن الحضانة.
- 148..... أولاً: التنازل الصريح عن الحضانة.
- 148..... /1 استصدار حكم قضائي بالتنازل عن الحضانة.
- 148 /2 أن يكون التنازل عن الحضانة من مستحقها.
- 148..... /3 أن لا يكون التنازل عن الحضانة مضراً بالمحضون.
- 149..... /4 وجود حضن آخر.....
- 149..... ثانياً: التنازل الضمني عن الحضانة.
- 149..... /1 زواج الحاضن بأجنبي عن المحضون وعدم المطالبة بالحضانة لمدة سنة.
- 152 /2 هل عمل المرأة يسقط عنها الحضانة وانتقال الحاضن إلى بلد أجنبي.
- 154..... /3 مساكنة الحاضن المحضون مع من سقطت حضانته.
- 155 ثالثاً: الرجوع عن التنازل عن الحضانة.
- 157..... الفصل الثالث: المصالح المحمية في مسائل الولاية على النفس.
- 159 المبحث الأول: المصالح المحمية في ولاية الحفظ.
- 159 المطلب الأول: المصالح المتوخاة في ولاية التربية.
- 160..... الفرع الأول: متولي التربية وعلى من تجب.
- 161..... أولاً: تعريف الولاية على التربية ومن تجب لهم.
- 161 أ/ تعريف الولاية على التربية.
- 162 ب/ من تجب لهم ولاية التربية.
- 162..... /1 من تجب لهم ولاية التربية في الشريعة.
- 167 /2 من تجب لهم ولاية التربية في القانون الجزائري.
- 168 ثانياً: من تجب عليهم التربية.
- 198 أ/ من تجب عليهم التربية في الشريعة.

174	ب/ من تجب عليهم التربية في القانون الجزائري.....
177	الفرع الثاني: مضمون ولاية التربية.....
177	أولاً: تربية الولد دينا وخلقا.....
177	أ/ تربية الولد دينا وخلقا في الشريعة.....
180	ب/ تربية الولد دينا وخلقا في القانون الجزائري.....
183	ثانياً: تربية الولد علمياً.....
183	أ/ الإلزام بالتعليم في الشريعة.....
186	ب/ الإلزام بالتعليم في القانون الجزائري.....
187	ثالثاً: تربية الولد صحياً.....
187	أ/ تربية الولد صحياً في الشريعة.....
189	ب/ تربية الولد صحياً في القانون الجزائري.....
190	المطلب الثاني: المصالح المحمية في المسؤولية القانونية على القصر.....
190	الفرع الأول: المسؤولية المدنية على القصر.....
191	أولاً: المسؤولية المدنية على القصر في الشريعة.....
193	ثانياً: المسؤولية المدنية على القصر في القانون الجزائري.....
200	الفرع الثاني: المسؤولية الجزائية على القصر.....
200	أولاً: المسؤولية الجنائية على القصر في الشريعة.....
206	ثانياً: المسؤولية الجنائية على القصر في القانون الجزائري.....
207	أ/ المسؤولية الجنائية في الجرائم المرتكبة على القاصر.....
207	1/ جريمة الاعتداء على حياة القاصر.....
211	2/ الإيذاء البدني.....
212	3/ جريمة اختطاف قاصر.....
215	ب/ المسؤولية الجنائية في الجرائم المرتكبة من القاصر.....
216	المبحث الثاني: المصالح المحمية في ولاية التزويج.....
217	المطلب الأول: ولاية التزويج في الشريعة الإسلامية.....

217	الفرع الأول: مفهوم ولاية التزويج.....
217	أولاً: أنواع ولاية التزويج
217	أ/ ولاية الإيجاب في الزواج.....
218	ب/ ولاية الاختيار في الزواج.....
218	ثانياً: شروط أولياء التزويج وترتيبهم.....
218	أ/ شروط أولياء التزويج.....
219	1/ شرط الإسلام والبلوغ في الولي.....
219	2/ شرط العدالة والذكورة في الولي.....
220	ب/ ترتيب أولياء التزويج.....
221	الفرع الثاني: ولاية التزويج على النساء شرعاً.....
226	المطلب الثاني: ولاية التزويج في القانون الجزائري.....
226	الفرع الأول: الولاية والأهلية في تزويج القصر.....
227	أولاً: الولاية على زواج القصر.....
228	ثانياً: أهلية زواج القصر.....
228	أ/ إمكانية زواج القصر.....
229	1/ المصلحة في زواج القصر.....
229	2/ الضرورة في زواج القصر.....
229	3/ القدرة على الزواج.....
230	ب/ جزاء تخلف أهلية الزواج.....
233	الفرع الثاني: الولاية في تزويج المرأة الراشدة.....
239	الخاتمة.....
246	المراجع.....
272	الفهرس.....

الملخص:

تتجاذب قانون الأسرة مصالح عديدة، منها ما يتعلق بالنظام العام و المجتمع، ومنها ما يتعلق بالزوج، و منها ما يخص الزوجة، و منها ما يرتبط بالقصر، و منها ما يتصل بمن ينوب عنهم شرعا، و منها ما ينصب على الوارث أو الموصي أو الواهب، و منها ما يتعلق بالمستفيد من الإرث أو الوصية أو الهبة، و مما لا يمكن حصره بحال إحاطة جميع هذه المصالح بالبحث، لذا سنتصب هذه الأطروحة على تبيان أهم المصالح غير المالية في قانون الأسرة الجزائري.

الكلمات المفتاحية:

مصالح-زواج-طلاق-ولاية-غير مالية.

Résumé:

Le droit de la famille attire de nombreux intérêts, y compris ceux liés à l'ordre public et à la société. Certains d'entre eux sont liés au mari, ou bien à la femme, et certains sont liés à des mineurs et à ceux qui agissent en leur nom selon la charia, et d'autre se concentrent sur l'héritier ou Le testateur ou le donateur, y compris ce qui est lié au bénéficiaire de l'héritage, du testament ou du don.

Il n'est pas possible de limiter tous ces intérêts à la recherche, donc cette thèse porte sur la clarification des intérêts non financiers les plus importants du droit algérien de la famille.

Les mots clés: Intérêts - mariage - divorce - état - intérêts non financiers.

Abstract:

Family law attracts many interests, including those related to the public order and society, some of them are related to the husband, wife, or minors. Some of them are related to those who act on their behalf according to Sharia. Others focused on the heir, the testator or the donor, including what is related to the recipient of the inheritance, will or gift.

It is not possible to limit all these interests to the research, so this will be installed the thesis is on clarifying the most important non-financial interests in the Algerian family law.

Key words: Interests - marriage - divorce - state - Non-financial interests.