



جامعة سعد دحلب - البليدة

كلية الحقوق

الأحكام الثابتة والمتغيرة
في
قانون الأسرة الجزائري

بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون

التخصص : قانون خاص

من إعداد الطالب : بن شويخ الرشيد

تحت إشراف الدكتور : محمد مقبول حسين

لجنة المناقشة

الدكتور: أعراب بلقاسم أستاذ التعليم العالي من جامعة محمد بوقرة بومرداس رئيسا
الدكتور : محمد مقبول حسين أستاذ التعليم العالي من جامعة الجزائر مشرفا ومقررا
الدكتور : محمودي مراد أستاذ محاضر من جامعة سعد دحلب البليدة عضوا
الدكتور : مساعدي عمار أستاذ محاضر من جامعة الجزائر عضوا
الدكتور : بوزيدي كمال أستاذ محاضر من جامعة الجزائر عضوا

السنة الجامعية
2001-2002

شكر وتقدير

أتوجه بالتحية والتقدير إلى أساذي المشرف: الدكتور محمد مقبول حسين
على قبوله الإشراف على هذه الرسالة وعلى توجيهاته وإرشاداته القيمة
التي مكنتني من إنجاز هذه الرسالة.

كما أتوجه بالتحية والتقدير لكل أساتذتي أعضاء اللجنة الموقرة على قبولهم
الدعوة لمناقشة هذه الرسالة.

كما أتوجه بالتحية والتقدير لكل أساتذتي الذين تلمذت على أيديهم
في جميع مراحل التعليم.

كما أتوجه بالتحية الخاصة لكل من قدم لي يد العون من أساتذة
وعمال كلية الحقوق جامعة سعد دحلب في سبيل إنجاز هذا البحث.

الإهداء

إلى روح والدي الشهيد الذي سقط فداء لهذا الوطن الغالي .
إلى المرحومة جدتي التي ضحت بأغلى ما عندها في سبيل تربيتي .
إلى والدي الأم الحنون التي ضحت بالغالي والنفس في سبيل تربيتي
وتعليمي .

إلى روح خالي وإلى زوجته على رعايتهما لي خلال مرحلة هامة من
حياتي .

إلى زوجتي وقرّة عيني وإلى أبنائي أسماء، صارة، أسامة، مروة .
إلى كل أفراد عائلتي بن شويخ كبارا وصغارا، أمواتا وأحياء .
إلى كل مسؤولي وأساتذة وعمال كلية الحقوق جامعة سعد دحلب بالبيدة .
إلى كل هؤلاء جميعا أهدي ثمرة عملي المتواضع .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ
بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ".

صدق الله العظيم

سورة الروم الآية 20.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

يكتسي نظام الأسرة على مر العصور أهمية بالغة باعتباره القاعدة الأساسية لتكوين المجتمعات القديمة والمعاصرة على حد سواء ، ولذلك فإن كل تشريعات الدول والأنظمة المختلفة تعرضت لهذا الموضوع بشكل مفصل حسب طبيعتها وخصوصيتها.

كما أن نظام الأسرة يحتل مكانة بارزة في النظام الإسلامي ، باعتباره أحد الركائز الأساسية التي يقوم عليها المجتمع . وقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز وإظهار مكانة ومثانة النظام الأسري من خلال تحديد العلاقات الأسرية التي تقوم على الزواج كمنطلق لتكوين الأسرة ، كما رسمت معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من التشتت والضياع. ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له . وأما الأهداف المرسومة من الزواج فتجلى في قوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون". سورة الروم الآية 20.

فهذه الأهداف تتمثل في المقام الأول في الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل ، زيادة على تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لتكون نواة حقيقية للمجتمع الموسع.

لقد شكل صدور قانون الأسرة الجزائري سنة 1984 أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي صار يحكم العلاقات الأسرية ، ولذلك حرصنا في هذه الدراسة على محاولة شرح وإظهار النصوص القانونية الغامضة أو المعيبة من حيث الشكل والمضمون ، كما تعرضنا لبعض النقائص الموجودة في القانون . والحقيقة أن المشرع الجزائري بإصداره لقانون الأسرة قد خطى خطوة موفقة في إيجاد الإطار القانوني المناسب للعلاقات الأسرية ، رغم بعض النقائص الموجودة فيه، وهو أمر طبيعي يحدث في كل القوانين التي تصدر لأول مرة.

كما تشمل هذه الدراسة أيضا الإشارة إلى المصادر سواء القانونية أو الشرعية ، لأن قانون الأسرة من الناحية التاريخية يعتبر آخر ما صدر من القوانين في البلاد العربية .

وبدون شك فقد تأثر ببعض هذه القوانين خصوصا تلك التي تتقارب في تقاليدھا وأعرافھا وتركيبتها السكانية ، فضلا عن عامل اللغة والدين . ولذلك نشير في دراستنا لبعض هذه القوانين على سبيل المقارنة .

إن الوجه الحقيقي والصورة الكاملة والواضحة لأي تشريع لا يظهر إلا في الجوانب التطبيقية والعملية من خلال القضايا التي تطرح أمام المحاكم ، وعندها يمكن الحكم على هذا القانون بما له وما عليه ، ولهذا لا بد من الرجوع في هذه الدراسة إلى الأحكام والاجتهادات القضائية لمعرفة مدى ما توصل إليه القضاء في تطبيق وتفسير وشرح أحكام هذا القانون .

بما أن الصياغة التشريعية تتطلب سلامة الشكل والمضمون ، فالواجب أن تتعقب أحدث ما وصل إليه فن التقنين من حيث التعبير و الترتيب والتنسيق مستندة إلى الرصد الفقهي الهائل في مجال تشريع الأسرة .

فقد تكون الصياغة عالمية، أما المادة الخام التي يستمد منها التشريع الأحكام القانونية فهي دائما لها مصادرها الخاصة وبيئتها المصاحبة(1) .

وفي هذا الإطار يجب أن ينظر إلى المخزون الفقهي على أنه مجموعة متكاملة لا تفارق مذهبية، وبمذه الصورة فقط يستطيع المشرع اختيار الحلول الملائمة للمشكلات على ضوء التطورات الجديدة .

وأما قانون الأسرة الجزائري فهو آخر القوانين العربية من الناحية التاريخية ، حيث صدر سنة 1984 . وقد تم الاعتماد فيه على الفقه المقارن ، فلم يتفقد واضعوه بمذهب محدد وإنما أخذ من المذاهب الأخرى على غرار باقي التشريعات العربية .

وقد كان العمل القضائي قبل صدور القانون يعتمد على النصوص الشرعية والأحكام الفقهية الموجودة في الكتب منذ العهد الاستعماري وحتى مرحلة ما بعد الاستقلال إلى حين صدور قانون الأسرة ، وهذا بالرغم من صدور العديد من المراسيم خلال الحقبة الاستعمارية في الجزائر وحتى بعد الاستقلال . وبصدور قانون الأسرة سنة 1984 تكون الجزائر قد حققت مكسبا آخر في المجال التشريعي يضاف إلى القوانين الأخرى ، وهذا بعد مخاض عسير .

وقد تضمن هذا القانون قضايا الزواج والطلاق والآثار المترتبة عنهما ، كما تضمن النيابة الشرعية ، بالإضافة إلى أحكام الميراث ، وفي الأخير تضمن أحكام التبرعات كالهبة والوصية والوقف ، وهي أمور انفرد بها قانون الأسرة الجزائري عن غيره من التشريعات العربية ، وخصوصا موضوع الهبة والوقف التي لم تتضمنها التشريعات في قوانين الأحوال الشخصية العربية ، وإنما نظمتها في قوانين مستقلة كما هو الحال عليه في الوقف ، وأما الهبة فنظمتها ضمن القانون المدني .

ومهما يكن من أمر فلا بد من إبداء بعض الملاحظات التي نراها ضرورية في بداية الأمر، ويمكن أن نلخصها فيما يلي :

أولا : أن هذا القانون في حقيقة الأمر لم يأت بجديد من حيث المضمون ، بل إنه أتى بأقل مما كان أو ما يجب أن يكون ، لأن ما كان قبل صدور القانون هو النصوص الشرعية والكتب الفقهية فهو أوسع نطاقا من تلك النصوص القانونية المحدودة العدد .

وأما ما يجب أن يكون فلأن هذا القانون بعد صدوره وجدناه منقوصا بحيث لم يشمل كل المسائل المتعلقة بالأسرة ، زيادة على أن ما هو موجود به كثير من العيوب الشكلية والموضوعية .

ثانيا : أن ظهور هذا القانون في شكل نصوص قانونية محدودة العدد قد سهل على القاضي والمتقاضين في نفس الوقت ، لأن المتقاضين كانوا لا يعلمون الحكم الذي سيطبقه القاضي عليهم لأنه لا توجد نصوص قانونية معلومة سلفا ، وخصوصا عندما يتعلق الأمر بالمسائل التفصيلية التي يرجع القاضي فيها للفقهاء .

ثالثا : بصدور هذا القانون أصبح كل فرد في الأسرة يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات بالتالي يستطيع الاطلاع بسهولة على هذه الحقوق والواجبات للمطالب بها عند الاقتضاء ، كما أن القاضي صار من السهل عليه الحكم في القضايا المعروضة عليه باستناده إلى نصوص قانونية لكي يكون حكمه صحيحا .

رابعا: أنه وفر على المشتغلين في الحقل القانوني (القضاة والمحامون) ، وكذا الدارسين وكل المهتمين بقضايا الأسرة ، من الخوض في كتب الفقه المتناثرة والتي لا حصر لها ، كما أن تنوع الآراء واختلافها حسب المذاهب الفقهية يجعل من الصعب الترجيح بين هذه

المذاهب ، وهذه الصعوبة يعترف بها حتى أهل التخصص ، ناهيك عن غير المتخصص في الموضوع ، فضلا عن أنه لا يوجد عندنا قضاة شرعيون في مسائل الأحوال الشخصية .

خامسا : بصدور القانون صار الجميع ملزما بالتقيد بأحكامه المنصوص عليها ، فيكون بذلك قد أغلق الباب في كل المسائل المنصوص عليها فقط ، بينما المسائل التي لم ينص عليها ، فإنه ترك المجال للقاضي في الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد الحلول المناسبة للقضايا المعروضة عليه بما فيها الأحكام الفقهية دون التقيد بمذهب معين ، وهذه ميزة تحسب للقانون الجزائري ، حيث لم يقيد القاضي بمذهب معين ، في حين لو نظرنا لمختلف التشريعات العربية نجدتها تقيد القاضي بالمذهب الفقهي السائد في تلك البلاد كالشريع السوري (المذهب الحنفي) والمغربي (المذهب المالكي) .

سادسا : وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري توالى ردود الفعل على هذا القانون وتوالى الانتقادات ولا زالت إلى حد الآن ، حيث قيل عنه الكثير سواء في الجوانب الإيجابية للمؤيدين ، أو الجوانب السلبية التي يراها المعارضين لهذا القانون .

كما أن الجوانب التطبيقية لهذا القانون أظهرت في الحقيقة العديد من النقائص بسبب سوء الصياغة القانونية ، كما أظهرت البعض من التناقضات في النصوص والأحكام الشرعية ، مما أدى بالمهتمين بمسائل الأسرة إلى المطالبة بمراجعة هذا القانون بإعادة صياغة نصوصه بما يحقق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية ، لأن المصطلح الشرعي له دلالة والمصطلح القانوني له دلالة أيضا ، ولا بد من إيجاد صيغة توفق بين المصطلحين معا .

سابعا : إن ردود الفعل المتباينة على قانون الأسرة قد جعلها تسير في ثلاثة اتجاهات رئيسية وهي :

الاتجاه الأول وهو المعارض لتعديل قانون الأسرة ، حيث يرى بأنه ما دام قانون الأسرة مستمدا من أحكام الشريعة الإسلامية ، فلسنا في حاجة إلى تعديله لأن فتح الباب لتعديله قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية ، وهو أمر مرفوض من المجتمع الجزائري عموما .

الاتجاه الثاني وهو المطالب بإلغاء قانون الأسرة حملة وتفصيلا ، فهو على النقيض مع الرأي الأول ، لأنه يرى بأن قانون الأسرة يقف عقبة أمام تطور العائلة الجزائرية والمرأة على الخصوص، علاوة على أنه لا علاقة له بالشريعة الإسلامية حسب زعمهم .

الاتجاه الثالث معتدل ووسط بين الاتجاهين السابقين حيث يرى بأن القانون مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية بما تحمله هذه الكلمة من معنى واسع سواء تعلق الأمر بالنصوص القطعية

أو تعلق الأمر بالمسائل الفقهية الفرعية . كما أن التطبيقات العملية لنصوص قانون الأسرة أظهرت العديد من النقائص وفي العديد من القضايا بعضها شكلي يتعلق بسوء الصياغة القانونية ، وبعضها موضوعي أدى في بعض الأحيان إلى التناقض بين النص القانوني والحكم الشرعي .

ومن هنا ظهرت الحاجة للمطالبة بتعديل هذه النصوص حتى يكون القانون أكثر انسجاما يراعى فيه الجوانب القانونية والشرعية ويأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع من الجانب الاقتصادي والاجتماعي تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع .

ثامنا : إن تعديل قانون الأسرة لا يعتبر بدعة من المشرع الجزائري بل يجب أن ينظر لهذا القانون على أنه كباقي القوانين الأخرى في المجتمع والتي خضعت كلها إلى التعديل في العديد من المرات ، وينبغي وضع قانون الأسرة في هذا السياق أيضا ، لأن الهدف من التعديل هو تحسين القانون وتصحيح الأخطاء التي حدثت من المشرع ، وكذا مواجهة المسائل المستجدة ومعالجتها .

وقد سبقتنا لتعديل قوانين الأحوال الشخصية العديد من الدول فلا يخلوا قانون إلا وعدل قبل قانون الأسرة ، وعلى سبيل المثال فإن القانون العراقي قد عدل منذ صدوره سنة 1959 أكثر من خمس (5) مرات كان آخرها سنة 1988 .

وكذلك القانون السوري الصادر سنة 1953 ، كان آخر تعديل له سنة 1975 . وأما في جمهورية مصر العربية فقد صدر قانون الأحوال الشخصية سنة 1920 تم عدل سنة 1929 ، ثم صدر العديد من القوانين المكملة له بعد ذلك كقانون الميراث 1943 وقانون الوصية 1946 وقانون الولاية على المال 1952 . كما عدل قانون 1920 وكذا قانون 1929 بالقانون رقم

100 لسنة 1985 يتعلق بالنفقة وبعض مسائل الطلاق ، وكان أحدث تعديل صدر هو قانون رقم 1 لسنة 2000 يتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية .

لهذه الأسباب كلها نرى أنه من الأهمية بمكان التفكير بجدية في تعديل قانون الأسرة الجزائري على أن يمر هذا التعديل عبر دراسة متأنية موضوعية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية المجتمع الجزائري المسلم بالحفاظ على المسائل الشرعية وتراعى فيه التطورات المستجدة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية .

وهذا في الحقيقة هو الهدف من هذه الدراسة ، التي أردت من خلالها أن أعالج قانون الأسرة معالجة موضوعية هادفة بعيدة عن أي مزايدة من أي نوع كانت .

وقد سلكت في دراستي لهذا الموضوع منهاجاً تحليلياً مترابطاً من حيث الموضوع وذلك على النحو التالي:

أولاً: تحديد المصطلحات الشرعية والقانونية من حيث المضمون (مصطلح الأحوال الشخصية ، مصطلح الشريعة ومصادرها، مصطلح مصادر قانون الأسرة ، الأحكام الثابتة ، الأحكام المتغيرة).

ثانياً: تبيان العلاقة التي تربط بين قانون الأسرة والشريعة الإسلامية ، بمعنى هل فعلاً أن قانون الأسرة قد استمدت أحكامه من الشريعة الإسلامية ، مع تبيان طبيعة هذه الأحكام ، وسنجدها بطبيعة الحال على نوعين ثابت ومتغير .

ثالثاً : البحث في الأحكام الثابتة في قانون الأسرة ، بمعنى المواضيع الأساسية المستقرة في القانون وطبيعتها .

رابعاً : البحث في الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة ، بمعنى النصوص القانونية التي أخطأ المشرع في صياغتها أو المواضيع التي أغفلها ، أو المواضيع التي يجب إخراجها من قانون الأسرة

وكل هذه المواضيع سأحاول معالجتها بحول الله في باين رئيسيين ، بالإضافة إلى باب تمهيدي وفق الخطة التالية:

الباب التمهيدي: تناولت فيه تحديد جملة من المصطلحات المتعلقة بالموضوع كمصطلح الأحوال الشخصية ، مصطلح الشريعة الإسلامية ، مصطلح قانون الأسرة ، مصطلح مصادر قانون الأسرة ، الأحكام الثابتة ، مصطلح الأحكام المتغيرة . ثم تناولت فيه مصادر قانون الأسرة الجزائري ، وكل ذلك في ثلاثة فصول وهي:

الفصل الأول: تحديد المصطلحات القانونية والشرعية المشمولة بالدراسة.

الفصل الثاني: يتضمن المصادر الأصلية في أربعة مباحث، القرآن، السنة، الإجماع، القياس.

الفصل الثالث، يتضمن المصادر التبعية التي لها علاقة بقانون الأسرة في أربعة مباحث وهي: المصالح

المرسلة، العرف، الاستصحاب ، الفقه الإسلامي ، باعتبار أن العديد من نصوص قانون الأسرة مستمدة من الفقه الإسلامي بغض النظر عن المذاهب الفقهية التي أخذت منها.

الباب الأول: تناولت فيه الأحكام الثابتة في قانون الأسرة الجزائري من خلال خمسة فصول وهي:

الفصل الأول: أحكام الزواج وآثاره.

الفصل الثاني: أحكام الطلاق.

الفصل الثالث: أحكام النيابة الشرعية.

الفصل الرابع: أحكام الميراث.

الفصل الخامس: أحكام التبرعات (الوصية).

الباب الثاني: تناولت فيه الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري من خلال خمسة فصول وهي:

الفصل الأول: الأحكام المتغيرة في الزواج.

الفصل الثاني: الأحكام المتغيرة في الطلاق.

الفصل الثالث: النيابة الشرعية.

الفصل الرابع: أحكام الميراث.

الفصل الخامس: أحكام التبرعات.

خاتمة: وتتضمن النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث

الباب التمهيدي

الباب التمهيدي

مصادر قانون الأسرة الجزائري

نتعرض في هذا الباب التمهيدي لتحديد جملة من المصطلحات التي ستكون محل دراسة لأن تحديد مضمون هذه المصطلحات من الأهمية بمكان، وفي المقام الثاني نتعرض للمصادر التي اعتمدها المشرع في صياغته لقانون الأسرة الجزائري سواء تعلق الأمر بالمصادر الأصلية، أو المصادر التبعية المعروفة في علم أصول الفقه، وذلك في ثلاثة فصول..

الفصل الأول

تحديد المصطلحات القانونية و الشرعية
المشمولة بالدراسة

الفصل الأول

تحديد بعض المفاهيم والمصطلحات القانونية والشرعية

إن تحديد المصطلحات والمفاهيم التي تدخل في نطاق هذه الدراسة لها أهمية كبيرة في فهم الموضوع وتوضيحه على الصورة المطلوبة ، ولذلك سنتعرض بالدراسة لهذه المصطلحات وهي على التوالي (مصطلح الأحوال الشخصية ، مصطلح الشريعة ومصادرها ، مصطلح قانون الأسرة ، مصطلح الأحكام الثابتة والمتغيرة) .

المبحث الأول

مفهوم قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة)

اتفقت أغلب الدول العربية الإسلامية على إطلاق مصطلح الأحوال الشخصية على القانون الذي يحكم العلاقات الأسرية ، وكان أول من استعمل هذا المصطلح هو الفقيه المصري قنري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" .

ويقصد بالأحوال الشخصية ، الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته ، وما يترتب على هذه الأوضاع من حقوق والتزامات مختلفة .

ولم يكن هذا المصطلح معروفا عند الفقهاء المسلمين الأولين ، وإنما كانوا يستعملون جملة من المصطلحات الشرعية ككتاب النكاح والطلاق والنفقة والفرائض والتبرعات وغيرها من المسائل المتعلقة بالأسرة.

وقد أصدرت محكمة النقض المصرية سنة 1934 قرارا أوضح فيه المقصود بالأحوال الشخصية بأنه مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتبها القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقًا أو أبا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون ، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدًا بسبب من أسبابها القانونية ، كما أوضحت المادة 13 من قانون تنظيم القضاء المصري الصادر سنة 1939 ، على أن المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية هي : المسائل المتعلقة بأحوال الناس وأهليتهم ، ونظام الأسرة ، والطلاق ، والبنوة ، والنسب ، والولاية ، والوصاية ، والحجر ، وكذا المنازعات المتعلقة بالمواريث والوصايا وغير ذلك من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

المبحث الثاني

تحديد مصطلح الشريعة ومصادرها.

أولاً: معنى الشريعة. تستعمل كلمة الشريعة في لغة العرب في معنيين :

- أحدهما الطريقة المستقيمة ، كقوله تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون)(1).

- وثانيهما : هو مورد الماء الجاري الذي يقصد للشرب.

وأما الشريعة في الاصطلاح فهي: "ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات، ونظم الحياة المختلفة" (2) ، والتشريع الإسلامي ينقسم من حيث مصدره إلى قسمين:

القسم الأول: تشريع إلهي محض ، وهو تلك الأحكام المستمدة من النصوص الثابتة في القرآن والسنة . وهذه النصوص كما هو معلوم ميزتها الأساسية أنها تتصف بالثبات والاستقرار، لأنها أحكام قطعية لا تتغير مع تغير الأحوال والأزمنة .

القسم الثاني: تشريع وضعي إسلامي، والمتمثل في تلك الآراء الفقهية الاجتهادية التي توصل إليها فقهاء الشريعة الإسلامية . وميزتها الأساسية أنها مستمدة من الأحكام العامة في إطار المبادئ الكلية للشريعة ، وهي تتفق في هذه الخاصية مع التشريعات الوضعية القانونية في أنها قابلة للتغير والتبدل لأنها وضعت أساساً لمسايرة أحوال الناس .

ثانياً: مصادر الشريعة الإسلامية

من المعلوم أن الأحكام الشرعية إنما تعرف بأدلتها التي أقامها الشارع لإرشاد المكلفين ، وتسمى هذه الأدلة بأصول الأحكام ، أو المصادر الشرعية للأحكام .

وفي الاصطلاح : أنها "كل ما يمكن التوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب حري وهو الحكم الشرعي" (3) والأدلة الشرعية عادة لا تنافي العقول لأنها منصوبة في الشريعة لتعرف بها الأحكام وتستنبط منها (4) .

(1) سورة الجاثية ، الآية 17

(2) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة 1986 القاهرة، ص 38

(3) أنظر: الشيخ محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه ، الدار السلفية الجزائر، بدون سنة ص 52.

(4) أنظر: الإمام الشاطبي، كتاب الموافقات في أصول الفقه ج 3 دار الكتب العلمية بيروت لبنان، بدون سنة إصدار، ص 3 بعدها.

أ- تقسيمات الأدلة:

تقسم الأدلة إلى عدة تقسيمات بالنظر إلى اعتبارات مختلفة وبحسب الوجهة التي ينظر بها إلى هذه الأحكام، ومن هذه التقسيمات نجد (1):

1- بالنظر إلى مدى الاتفاق والاختلاف في هذه الأدلة وهي الأنواع التالية:

- النوع الأول وهو محل اتفاق بين أئمة المسلمين ويشمل هذا النوع القرآن والسنة

- النوع الثاني وهو محل اتفاق جمهور المسلمين وهو الإجماع والقياس.

- النوع الثالث وهو محل اختلاف بين العلماء حتى بين جمهورهم، وهذا النوع يشمل

العرف، الاستصحاب، الاستحسان، المصالح المرسلة، سد الذرائع، شرع من قبلنا، مذهب الصحابي .

2- الأدلة من حيث رجوعها إلى النقل أو إلى العقل وتقسم إلى قسمين:

- الأدلة العقلية: وهي الكتاب والسنة، ويلحق بهذا النوع الإجماع، مذهب الصحابي، شرع من

قبلنا على رأي من يأخذ بهذه الأدلة. ومرجع النقل هنا مرده إلى أمر منقول عن الشارع لا نظر ولا رأي لأحد فيه .

- الأدلة العقلية: أي تلك التي ترجع إلى الرأي والنظر وهي القياس، الاستحسان، المصالح

المرسلة، الاستصحاب، سد الذرائع، والسبب في كونها عقلية لأن مردها إلى الرأي والنظر.

ب- ترتيب الأدلة:

تماماً مع رأي جمهور الفقهاء يمكن تقسيم الأدلة إلى قسمين :

القسم الأول: المصادر الأصلية وهي القرآن، السنة، الإجماع، القياس. وستتطرق إليها بشكل موجز

ونحاول أن نستخرج جملة من النصوص التي استمدت من هذه المصادر.

القسم الثاني: المصادر التبعية، وهنا لن نتعرض بالدراسة إلى كل هذه المصادر، وإنما نكتفي بالمصادر التي

اعتمدها قانون الأسرة في صياغته للنصوص وهي، المصالح المرسلة، العرف، الاستصحاب. ثم نتطرق

إلى الفقه الإسلامي باعتبار أن العديد من النصوص التفصيلية لمختلف المواضيع قد استمدتها المشرع من

الاجتهادات الفقهية ودون التقييد بمذهب معين .

(1) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص 148 .

المبحث الثالث

تحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة

باعتبار أن قانون الأسرة كما هو معلوم مستمد من الشريعة الإسلامية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى ، أي أن أحكامه صيغت من الشريعة الإسلامية باعتبارها المادة الخام فإنه لزاما علينا أن نتعرض بالدراسة إلى مصادر الشريعة الإسلامية، لكن بشكل موجز . والسبب في ذلك مرده إلى أننا لم نقصد دراسة هذه المصادر لذاها، وإنما نهدف في المقام الأول إلى التعريف بها، ثم نتعرف على طبيعة أحكامها، وفي المقام الثاني نستدل من خلالها على أحكام قانون الأسرة، ثم ننسبها إلى هذه المصادر .

أما دراسة قانون الأسرة باعتباره أحد القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية، فإن المصادر الرسمية لهذه القوانين تختلف عما قلناه .

فالمصادر الرسمية للقانون الجزائري حسبما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، حيث جاء فيها (وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة)(1).

من خلال هذا النص يتضح بأن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي:

- 1- التشريع، بمعنى صدور القوانين من الجهات المختصة في مجال التشريع.
- 2- الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص تشريعي، حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المعروضة عليه.

(1) صدر القانون المدني الجزائري بمقتضى الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هجرية الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975 المعدل و المتمم.

3- العرف ،حيث يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالعرف للفصل في القضايا المطروحة والتي لا يوجد لها نص في القانون أو في مبادئ الشريعة الإسلامية ،مع الملاحظة بأن المشرع الجزائري في اعتقادي لم يكن موفقا في هذا الترتيب لأن مصطلح الشريعة الإسلامية يضم بداخله العرف ،وفقهاء الشريعة .

الإسلامية وخاصة علماء الأصول يعتبرون العرف من ضمن المصادر التبعية للتشريع الإسلامي ،وهو ما سنوضحه فيما بعد عندما نتحدث عن هذه المصادر،فكان على المشرع الاكتفاء بالشريعة الإسلامية .

4- القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وهي في الحقيقة عبارة عن فكرة فلسفية مرنة بحيث يتوجب على القاضي من خلالها السعي للوصول إلى حل لما هو مطروح أمامه بانتهاج المبادئ العامة التي استقرت في الكون ،أو اللجوء إلى مبادئ العدالة التي يراها القاضي مناسبة ،وهي إشارة من المشرع على أن القاضي لا بد له من الفصل في الموضوع بأية وسيلة مما ذكر .

ونفس ما قلناه في موضوع العرف نعيده في هذا الموضوع أيضا لأن التسليم باللجوء إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة يعني من وجهة نظر المشرع أن الشريعة الإسلامية قد تكون عاجزة عن تقديم الحلول للقاضي عندما لا يجد نصا قانونيا ،مع أن النصوص الشرعية ذاتها تطالب القاضي أن يحكم بالعدل في جميع ما يقضي به لقوله تعالى "وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل" .

وبالجملة نقول أن اللجوء إلى الشريعة الإسلامية فيه ما يغنيننا عن اللجوء إلى غيرها حتى وإن لم يجد القاضي نصا يحكم بمقتضاه،لأن أحكام الشريعة ذاتها تطالبه أن يجتهد للوصول إلى إقامة العدل بين الناس معتمدا في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية .

المبحث الرابع

تحديد مصطلح الأحكام الثابتة والمتغيرة

أولا الأحكام الثابتة: المقصود بالأحكام الثابتة في هذا المجال تلك الأحكام والمواضيع التي تتضمنها عادة قوانين الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة الجزائري، والتي تعتبر من المواضيع الأساسية المستقرة والتي لا بد من أن تتجسد في القانون نظرا لأهميتها.

و هذه المواضيع عادة ما نجدها مستمدة من النصوص القطعية فهي ثابتة من حيث الأصل إلا أن ضبط أحكامها ونصوصها القانونية قد يحتاج الأمر فيه إلى تنظيم وإعادة صياغة، ومن ضمن هذه المواضيع نجد أحكام الزواج والطلاق وآثارهما، أحكام الميراث وأحكام النيابة الشرعية وغيرها من المواضيع المهمة.

ثانيا الأحكام المتغيرة: كما نعي بالأحكام المتغيرة في هذا الموضوع تلك المواضيع التي تتضمنها قانون الأسرة و التي نرى بأنه يمكن إخراجها من هذا القانون و ضمها إلى قوانين أخرى كموضوع الهبة باعتبارها من التصرفات التي تنتج آثارها في الحال وإن كان هذا الموضوع يحمل صفة التبرع، فمكاتها الطبيعي هو القانون المدني، كذلك موضوع الوقف والذي تضمنه قانون الأسرة إلا أنه بصدر قانون الوقف سنة 1991، صار عندنا قانونين لأحكام الوقف بالتالي نرى إخراجها من قانون الأسرة، ووضع قانون مستقل للوقف هذا من جهة، ومن جهة أخرى قصدنا أيضا بالأحكام المتغيرة تلك النصوص القانونية التي أخطأ المشرع في صياغتها من حيث الشكل أو من حيث المضمون، بحيث لا بد من تعديلها بما يحقق الانسجام التام بين المقتضيات الشرعية والقانونية معا.

كذلك يتعلق الأمر بالمواضيع التي نرى إضافتها للقانون لأهميتها، وهذه المسائل نجدها في أبواب متفرقة من القانون، والتي سنتطرق لها في حينها.

الفصل الثاني

المصادر الأصلية لقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثاني المصادر الأصلية

أشرنا سابقا بأن المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي هي القرآن والسنة والإجماع والقياس وستتناولها تباعا في أربعة مباحث وهي : القرآن ، السنة النبوية ، الإجماع ، القياس.

المبحث الأول

القرآن الكريم

نتطرق في هذا المبحث إلى تعريف القرآن الكريم وبيان أحكامه وطبيعة هذه الأحكام، وكذا لبعض النصوص القانونية المستمدة من القرآن الكريم على سبيل المثال.

المطلب الأول

تعريفه وبيان أحكامه

أولاً تعريفه : قال الأصوليون " إن القرآن الكريم هو الكتاب المنزل على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم باللفظ العربي، المنقول بالتواتر، الذي يفيد القطع واليقين، المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس " (1). ولقد اتفق فقهاء المسلمين على أن القرآن الكريم هو المصدر الأساسي للتشريع الإسلامي، وما دام منزل من عند الله فهو حجة على الجميع (2).

ثانياً أحكام القرآن الكريم: اشتمل القرآن الكريم على أحكام متنوعة تشمل جوانب الحياة المختلفة، ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة أقسام (3).

-القسم الأول الأحكام المتعلقة بالعبادة كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وتسمى الأحكام الاعتقادية، ومجالها علم التوحيد.

-القسم الثاني أحكام متعلقة بتهديب النفس وتقويمها، وهي الأحكام المتعلقة بالأخلاق ومجالها علم الأخلاق.

-القسم الثالث الأحكام المتعلقة بأفعال وأقوال المكلفين وهي المقصودة بالفقه، وهي على نوعين: النوع الأول ويتعلق بالعبادات المختلفة كالصلاة والزكاة والصوم وغيرها من العبادات، الغرض من وجودها هو تنظيم علاقة الإنسان بخالقه.

النوع الثاني يتعلق بالمعاملات وهي تشمل الأحكام التي تدخل في نطاق القانون الخاص والعام بالمفهوم الحديث و تشمل الأقسام الآتية: (4).

(1) أنظر: الإمام الأمدي، كتاب الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق رشيد الجميلي، ج 1 - 2 دار الكتاب العربي 1984 ص 211.

(2) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 152.

(3) نفس المرجع، ص 155.

(4) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار القلم بدون سنة، ص 7.

أولاً: الأحكام المتعلقة بالأسرة: وتدخل في نطاق ما يعرف حالياً بقانون الأسرة أو الأحوال الشخصية كالنكاح والطلاق وإثبات البنوة والنسب والولاية على الأشخاص والأموال والميراث وبيان حقوق وواجبات الزوجين وآياتها نحو 70 آية.

ثانياً: الأحكام المتعلقة بمعاملات الأفراد المالية كالبيع والرهن وسائر العقود، وهذه تدخل في نطاق القانون المدني وآياتها نحو 70 آية.

ثالثاً: الأحكام المتعلقة بالقضاء والشهادة واليمين وقصد بها تنظيم إجراءات التقاضي لتحقيق العدالة بين الناس، وتسمى في الوقت الحاضر بقانون المرافعات وآياتها 13 آية.

رابعاً: الأحكام الاقتصادية وهي تلك التي تتعلق بموارد الدولة ومصارفها، وبحقوق الأفراد في أموال الأغنياء كالزكاة والجباية وآياتها نحو 10 آيات.

خامساً: الأحكام المتعلقة بالجرائم والعقوبات، وتكون القانون الجنائي الإسلامي وآياتها نحو 30 آية، وتهدف إلى الحفاظ على أرواح الناس وأعراضهم وأموالهم.

سادساً: الأحكام المتعلقة بنظام الحكم ومدى علاقة الحاكم وبيان حقوق وواجبات كل من الطرفين على الآخر، وهي التي تعرف الآن بالقانون الدستوري وآياتها نحو 10 آيات.

سابعاً: الأحكام المتعلقة بمعاملة الدولة الإسلامية للدول الأخرى ومدى علاقتها بها ونوع هذه العلاقة في السلم والحرب، وعلاقة المستأمنين (الأجانب) مع الدولة الإسلامية، وهو ما يدخل في نطاق القانون الدولي العام وآياتها نحو 25 آية.

المطلب الثاني

طبيعة ودلالة أحكام القرآن الكريم

أولاً: طبيعة أحكام القرآن الكريم: رأينا من خلال ما سبق ذكره بأن القرآن الكريم يشمل جميع نظم الحياة المختلفة، وفيه بيان لجميع الأحكام الشرعية. إلا أن بيانه على نوعين:

- النوع الأول، اقتصر فيه على ذكر القواعد والمبادئ العامة للتشريع الإسلامي بصورة مجملية دون تفصيل، ومنها: مبدأ الشورى، إقامة العدل بين الناس، الوفاء بالالتزامات... الخ.

- النوع الثاني، يتعلق بذكر الأحكام التفصيلية في بعض الميادين الهامة، ومنها على سبيل المثال المحرمات بين الأقارب، مقادير الموارث، الحدود ومقادير العقوبات المقررة لها... الخ.

ثانيا: دلالة القرآن على الأحكام. القرآن كما هو معلوم قطعي الورود، فهو ثابت قطعا لوصوله إلينا بطريقة التواتر المفيد للعلم اليقيني، فأحكامه قطعية الثبوت، إلا أن دلالاته على الأحكام قد تكون قطعية، وقد تكون ظنية .

فتكون الدلالة على الحكم قطعية، إذا كان اللفظ لا يحتمل إلا معنى واحدا فقط مثل قوله تعالى "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد" (1). فالنصف هنا قطعي الدلالة على معناه، ولا يحتمل إلا تفسيرا واحدا وهو المقصود في الآية أي نصف التركة .

وقد تكون دلالاته ظنية، إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى، مثل قوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" (2). فلفظ القروء يحتمل أكثر من معنى واحد، ولذلك يفسر بمعنيين، أحدهما يراد به الأطهار، أي ثلاث مرات طهر. وثانيهما يراد به الحيض، أي ثلاث مرات حيض. فمع هذا الاحتمال تكون دلالة الآية على الحكم ظنية، لا قطعية. (3)

المطلب الثالث

نصوص قانون الأسرة المستمدة من القرآن الكريم

أولا: في الزواج والطلاق وآثارهما:

- أ- في مشروعية الخطبة : الخطبة كما هو معلوم منصوص على مشروعيتها في القرآن كما في السنة أيضا لقوله تعالى "ولا جناح عليكم في ما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم" (4). وقد نص قانون الأسرة على أحكام الخطبة في المادتين 6 و5 باعتبارها من مقدمات الزواج حيث جاء في المادة الخامسة (الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها .
- إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض .
- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهده إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك .

(1) سورة النساء، الآية 12

(2) سورة البقرة، الآية 226

(3) أنظر: د/ محمود محمد الطنطاوي، أصول الفقه، مكتبة النهضة المصرية 1984، ص 141 .

(4) سورة البقرة، الآية 233

المادة 6 : - يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة .

- تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه.

ما يلاحظ على هذين النصين ، أن المشرع الجزائري قد نص على الخطبة باعتبارها مشروعة بالقرآن والسنة . إلا أن أحكام الخطبة من حيث التكيف القانوني لها والآثار المترتبة عن العدول عنها هي مسألة فقهية كما سيأتي بيان ذلك لاحقاً.

-ب- في الزواج: تضمن قانون الأسرة سلسلة من النصوص القانونية في موضوع الزواج استمدت أساساً من القرآن الكريم وهي:

-المادة 4 : (الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب). أصل هذه المادة قوله تعالى "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون".

-المادة 8 : (يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المسير الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل ، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة ، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش ، والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا).
-أصل هذه المادة قوله تعالى "...فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة" (1). أي أن الآية قد حددت العدد المطلوب الذي لا يجوز الزيادة عليه ، كما اشترطت ضرورة العدل المادي بين الزوجات . أما القانون فلم يكتف بهذه الشروط ، وإنما أضاف إليها ضوابط أخرى للمصلحة.

-المادة 9 : (يتم عقد الزواج ، برضا الزوجين ، وبولي الزوجة ، وشاهدين وصداق).

-أصل هذه المادة يرجع إلى عدت نصوص منها قوله تعالى " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" (2).

وهي إشارة من خلال الآيتين إلى وجوب توافر الرضا في الزواج.

(1) سورة النساء ، الآية 3 .

(2) سورة البقرة ، الآية 230.

أما لفظ الولي في نص المادة فمرده إلى قوله تعالى "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن .." (1) أي لا تزوجوا، وهي إشارة إلى سلطة التزويج، بالإضافة إلى نص الحديث (لا نكاح إلا بولي ..). أما اشتراط الشاهدين في نص المادة فمرده إلى قوله تعالى "واستشهدوا شهيدين من رجالكم .." (2) فالآية وإن كانت خاصة بموضوع المداينات وهي مسائل مالية فهي تشمل سائر العقود ومنها عقود الزواج، وما يؤكد هذه الحقيقة أكثر هو نص الحديث (لا نكاح إلا بولي). وأما لفظ الصداق في النص فيرجع إلى قوله تعالى "وآتوا النساء صدقاتهن نحلة" (3).

-المادة 12: (لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به).

ودليل هذا النص هو قوله تعالى "فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" (4)، أي لا تمنعهن من العودة إلى أزواجهن إذا رغبن في ذلك .

-المادة 16: (تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول).

كما هو معلوم فإن للزوجة الحق في الصداق بمجرد العقد ويتأكد بالدخول وكذلك الحال في حالة الوفاة ولو قبل الدخول وهذا بإجماع الفقهاء. وأما استحقاق الزوجة نصف الصداق في حالة الطلاق وقبل الدخول فمرده إلى قوله تعالى "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم.." (5)

-المواد من 23 إلى 30: والمتعلقة بموضوع موانع الزواج مردها إلى قوله تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من

(1) سورة البقرة ، الآية 219.

(2) سورة البقرة ، الآية 281.

(3) سورة النساء ، الآية 4.

(4) سورة البقرة ، الآية 230.

(5) سورة البقرة ، الآية 235.

أصلا بكم وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف إن الله كان عفورا رحيفا . والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيما نكم كتاب الله عليكم وأحل لكم ما وراء ذلكم .." (1).

وقد صنف قانون الأسرة مضمون كل هذه المسائل إلى ثلاثة أصناف من الموانع وهي: الموانع بسبب القرابة - الموانع بسبب المصاهرة - الموانع بسبب الرضاع

ج- المواد 40 إلى 46 المتعلقة بموضوع النسب مردها إلى قوله تعالى "أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين" (2). وهي إشارة صريحة إلى وجوب نسبة الولد إلى أبيه دون غيره، أما مجهول النسب فتسري عليه أحكام الكفالة، كما تطبق عليه أحكام قانون الحالة المدنية، وسيأتي بيان ذلك لاحقا .

د- المواد من 47 إلى 61 والمتعلقة بالطلاق والعدة فمردها إلى العديد من النصوص القرآنية لا يتسع المجال لذكرها جميعا، وإنما سنكتفي بذكر البعض منها . ومن هذه الآيات:

قوله تعالى "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة.." (3)، "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان" (4)، "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة..." (5).

أما ضوابط الطلاق وكيفية وقوعه وإجراءاته فمسألة فقهية وقانونية كما سيأتي ذلك في الأبواب اللاحقة . وقد أعطى القانون الحق لكل من الزوجين فك الرابطة الزوجية والآيات السابقة هي دليل على مشروعية الطلاق من جهة، وعلى أحقية الزوج في إيقاعه بإرادته المنفردة، أو بناء على رغبتهما معا، لقوله تعالى "فإن أرادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما" (6).

(1) سورة النساء ، الآية 23 .

(2) سورة الأحزاب ، الآية 5 .

(3) سورة الطلاق، الآية 1 .

(4) سورة البقرة ، الآية 229 .

(5) سورة البقرة ، الآية 237 .

(6) سورة البقرة ، الآية 233 .

كما أعطى القانون الحق للزوجة من جهتها في إنهاء الرابطة الزوجية بواسطة القاضي حسب
المادتين 53 و54 ، حيث جاء في المادة 54 على أنه (يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على
مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم
وهذا النص مأخوذ من قوله تعالى "فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به" (1)
وهو دليل على مشروعية الخلع ومشروعية المقابل ، أي الفدية المذكورة في الآية .

أما المواد من 58 إلى 61 فهي تتعلق بأحكام العدة بعد الطلاق أو الوفاة وكلها تعتمد على
نصوص من القرآن . فالمادة 58 نصت على (تعتمد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء
، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق) .

فلفظ القروء الوارد في النص مرده إلى قوله تعالى "المطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" (2) . كذلك
لفظ ثلاثة أشهر مرده إلى قوله تعالى "واللاتي ينسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدن
ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن" (3) .

وأما عدة المتوفى عنها زوجها والمقدرة بأربعة أشهر وعشرة أيام والمقررة بالمادة 59 فمردها إلى
قوله تعالى "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا" (4) .
وهذا الحكم عام يسري على الوفاة الحقيقية أو الوفاة الحكمية التي تخص المفقود .

أما المادة 60 والمتعلقة بعدة الحامل بوضع الحمل فمرجعها إلى قوله تعالى "وأولات الأحمال أجلهن أن
يضعن حملهن" (5) .

وأما المادة 61 فنصت على أنه (لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي
مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة
الطلاق) .

(1) سورة البقرة ، الآية 229 .

(2) سورة البقرة ، الآية 228 .

(3) سورة الطلاق ، الآية 4 .

(4) سورة البقرة ، الآية 234 .

(5) سورة الطلاق ، الآية 4 .

وأصل هذا النص قوله تعالى: "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة..." (1). وأما ما يتعلق بوجوب النفقة الوارد في النص فمستمد من قوله تعالى "وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" (2).

5- المواد من 74 إلى 80 هذه المواد خاصة بالنفقة الواجبة على الزوج وأولاده، وهي مستمدة من قوله تعالى "وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (3). أما نفقته على الأصول والمقررة في المادة 77 فأصلها قوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك إلى المصير.." (4).

ثانياً- المواد من 81 إلى 125 والموضوعة تحت عنوان النيابة الشرعية: فهذه المواد عاجلت أحكام الصغار ومن في حكمهم كالجانين والمعتوهين والسفهاء واليتامى فبالنسبة لموضوع اليتامى ورد قوله تعالى "وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم" (5). والآية واضحة في حفظ مال الصغير أيا كان هذا الصغير ولا يعطى له إلا بعد أن يبلغ، صيانة له من الضياع وسوء التصرف.

أما ما يتعلق بالسفيه فنجد قوله تعالى "ولا تؤتوا السفهاء أموالهم التي جعل الله لكم قياما فارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا" (6)، لأن السفيه كما نعلم يخشى عليه تبدير أمواله.

وأما النصوص المنظمة لهذه المواضيع فهي ترجع إلى المسائل الفقهية المبنية أساسا على رعاية مصالح الضعفاء، ومن اضطررتم الظروف إلى عدم القيام بشؤونهم الخاصة كالمفقودين. ولنا عودة إلى هذه المواضيع عند دراسة المصادر الأخرى.

(1) سورة الطلاق . الآية 1 .

(2) سورة الطلاق . الآية 6 .

(3) سورة البقرة . الآية 233 .

(4) سورة لقمان . الآية 14 .

(5) سورة النساء . الآية 6 .

(6) سورة النساء . الآية 5 .

ثالثاً- المواد من 126 إلى 183 والمتعلقة بأحكام الميراث : من حيث تحديد أسباب الإرث وشروطه وموانعه وتصنيف الورثة من حيث كونهم أصحاب فروض ، أو عصبات، أو ذوي الأرحام .
وهذه المواضيع أغلبها مستمدة من النصوص القرآنية أي من الآيات 11 و12 و176 من سورة النساء ، والبعض الآخر من السنة النبوية ، والبعض الآخر من الإجماع ، والبعض الآخر من آراء الفقهاء ، فعلى سبيل المثال نصت المادة 144 من قانون الأسرة على أن أصحاب النصف هم :

1- الزوج ويستحق النصف من تركة زوجته بشرط عدم وجود الفرع الوارث .

وهذا الحكم استناداً إلى قوله تعالى "ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد" (1) .

2- البنت بشرط انفرادها عن ولد الصلب ذكرًا كان أو أنثى . وهذا الحكم مستمد من قوله تعالى "وإن كانت واحدة فلها النصف" (2) .

4- الأخت الشقيقة بشرط انفرادها...، وهذه الفقرة مستمدة من قوله تعالى "إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك" (3) .

ولا يتسع المجال لذكر جميع أصناف الورثة لتشعب مواضيع الميراث . وسأختتم هذا الموضوع بالمادة 180 التي تعرضت لكيفية قسمة التركات حيث نصت على :

"يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

1- مصاريف التجهيز ، والدفن بالقدر المشروع .

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى .

3- الوصية "

وهذه المسائل المذكورة مستمدة من قوله تعالى " . . من بعد وصية يوصي بها أو دين" (4)

أي لا بد قبل القسمة من مراعاة الديون والوصية .

(1) سورة النساء ، الآية 12 .

(2) سورة النساء ، الآية 11 .

(3) سورة النساء ، الآية 176 .

(4) سورة النساء ، الآية 11 .

رابعاً- المواد من 184 إلى 220 والمتعلقة بأحكام التبرعات وهي: الوصية، الهبة، الوقف.
فبالنسبة للوصية فهي منظمة في المواد من 184 إلى 201، فأغلب أحكامها تستند إلى الاجتهادات الفقهية.
أما مشروعية الوصية فتستند إلى قوله تعالى " ..من بعد وصية يوصي بها أو دين" (1).
وما يلاحظ على هذا النص القرآني أنه أقر مبدأ الوصية دون أن يتعرض لتفاصيلها، كما أن مقدار الوصية وهو الثلث فهو محدد بالسنة النبوية، بالإضافة إلى أحكام أخرى تستند إلى الإجماع والقياس والاجتهاد الفقهي وهو ما سنبينه لاحقاً.
أما موضوع الهبة والمتضمن في المواد من 202 إلى 212 فأغلب أحكامها ترجع إلى الاجتهاد الفقهي لأن الشارع الحكيم لم يرد التفصيل فيها سوى من قبيل النص على مشروعيتها واعتبارها من أعمال البر والإحسان لقوله تعالى " ..وأتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل .." (2). ومن وجوه إنفاق المال الهبة باعتبارها تصرف في المال بلا عوض.
ونفس ما قلناه ينطبق على موضوع الوقف المتضمن في المواد من 213 إلى 220. وما الوقف إلا حبس المال على سبيل التصدق، وهو باب من أبواب البر فيدخل في مفهوم الآية السابقة وغيرها من الآيات الأخرى التي تحث الإنسان على التصدق والتبرع.
وتحقيق هذا الهدف وتنظيمه على أكمل وجه هي مسألة تكفل بها الفقهاء والقانون.

(1) سورة النساء، الآية 12.

(2) سورة البقرة، الآية 177.

المبحث الثاني

السنة النبوية

ستعرض في هذا المبحث إلى تعريف السنة النبوية ودليل مشروعيتها، ثم إلى أنواع السنة، ثم إلى الأحكام التي جاءت بها السنة، وفي المقام الأخير نتعرض إلى أهم النصوص القانونية المستمدة من السنة النبوية.

المطلب الأول

تعريفها ودليل مشروعيتها

أولا تعريفها: السنة في اللغة هي الطريقة الحسنة أم السيئة، أو هي الطريقة المعتادة للعمل.

وفي الاصطلاح: قال الأصوليون "السنة هي كل ما صدر عن النبي(ص) - غير القرآن - من قول أو فعل أو تقرير" (1).

ثانيا دليل مشروعيتها: السنة تعتبر دليلا من أدلة الأحكام ومصدرا من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم وقد دل على ذلك القرآن والسنة والإجماع.

أ-: القرآن: دل القرآن الكريم دلالة واضحة على أن ما ينطق به الرسول على وجه التشريع مصدره ومبناه الوحي الإلهي "وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى" (2)، والسنة تختلف عن القرآن في أنها موحى إليه بالمعنى فقط وبذلك يكون إتباعها واجبا دون تمييز بينها وبين القرآن لقوله تعالى "و ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" (3).

إن مهمة الرسول هي بيان معاني القرآن الكريم وتوضيحه وشرحه، وتفصيل أحكامه المجملة لقوله تعالى "وأنزّلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم" (4) فيكون البيان هذا متمما للقرآن وبالتالي دليلا من أدلة الأحكام.

(1) أنظر: الإمام الأمدي، المرجع السابق ج 1 ص 223، وانظر أيضا: الشيخ الشنقيطي، المرجع السابق ص 95.

(2) سورة النجم، الآية 3، 4.

(3) سورة الحشر، الآية 7.

(4) سورة النحل، الآية 44.

- هناك جملة من النصوص في القرآن دالة دلالة قاطعة على لزوم اتباع السنة والالتزام بها واعتبارها مصدرا للتشريع لقوله تعالى " وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" (1). وقوله أيضا " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ولا تبطلوا أعمالكم" (2).

-ب- السنة: هناك جملة من الأحاديث الصحيحة الدالة على لزوم اتباع سنة النبي (ص) والعمل بها في شتى أمور الحياة نذكر منها فقط ما قاله في حجة الوداع في خطبته المشهورة إلى الأمة الإسلامية وهي قوله "تركت فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا بعدي، كتاب الله وسنتي" (3).

-ج- الإجماع: أجمع المسلمون من عهد النبي عليه الصلاة والسلام في مختلف العصور على وجوب الأخذ بالأحكام التي جاءت بها السنة النبوية وضرورة الرجوع إليها في معرفة الأحكام الشرعية والعمل بما جاء فيها. فقد كان الصحابة بعد وفاة الرسول (ص) لا يفرقون بين حكم ورد في القرآن أو جاء في السنة، فالجميع عندهم واجب الاتباع (4).

المطلب الثاني

أنواع السنة

تقسم السنة النبوية عادة إلى قسمين رئيسيين وبحسب الوجهة التي ينظر إليها.

أولا : من حيث مصدرها تقسم إلى ثلاثة أنواع (5).

-أ- السنة القولية: وهي ما جاء على لسان الرسول من أقوال قالها في مناسبات مختلفة، وهي التي يطلق عليها عادة اسم الحديث، والسنة القولية كثيرة جدا منها حديث "لا ضرر ولا ضرار".

-ب- السنة الفعلية: وهي كل ما فعله الرسول كأدائه للصلاة، وقضائه بشاهد ويمين المدعي.

-ج- السنة التقريرية: المقصود بالسنة التقريرية هي سكوت أو إقرار قول أو فعل صدر من الصحابة.

(1) سورة الحشر، الآية 07.

(2) سورة محمد، الآية 33.

(3) رواه الإمام مسلم في صحيحه.

(4) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص 163.

(5) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي القاهرة، بدون سنة إصدار، ص 97.

فسكوته محمول على الرضا، لأنه عادة لا يسكت عن باطل. وأما إقراره فهو دليل على إباحة الفعل، ومثال سكوته عن لعب الغلمان بالحراب في المسجد. ومثال الإقرار موافقته على ما قاله معاذ بن جبل حينما أرسله قاضيا على اليمن .

ثانيا :من حيث ورودها إلينا

السنة النبوية من حيث ورودها إلينا أو من حيث روايتها وهو ما يعبر عنه بسند السنة وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: سنة متواترة، سنة مشهورة، سنة آحاد، وهذا التقسيم عند الحنفية ، وأما جمهور الفقهاء فيجعلونها قسمين ، متواترة، وآحاد، على أساس أن السنة المشهورة عندهم تعتبر قسما من أقسام الآحاد.

-السنة المتواترة: هي تلك التي رواها جمع كثير يستحيل تواطؤهم على الكذب أو وقوعه منهم عن جمع مثلهم حتى يصل المنقول إلى النبي عليه الصلاة والسلام ويكون مستند علمهم المشاهدة أو السماع(1).

-السنة المشهورة: هي تلك التي يرويها عدد من الصحابة لم يبلغ حد التواتر، ثم تواترت في عهد التابعين وعصر تابعي التابعين، بأن كان رواها جموعا لا يتوهم تواطؤهم على الكذب. فالسنة المشهورة هي تلك التي كانت في الأصل من سنن الآحاد، أي منقولة عن عدد لم يبلغ حد التواتر، ثم تواترت في القرنين الثاني والثالث الهجري. ومثالها حديث تحريم نكاح المرأة على عمتها أو على خالتها (2).

-سنة الآحاد: وهي ما رواها عدد لم يبلغ حد التواتر عن النبي وذلك في عصر التابعين وتابعي التابعين، فهي ما ليست سنة متواترة ولا مشهورة، وما ليست متواترة على قول غيرهم. وبعبارة أخرى فهي ما لم يوجد فيها شروط المتواتر سواء كان الراوي واحدا أو أكثر. وحكمها أنها تفيد الظن ولا تعني اليقين ولذلك لا يعمل بها في استنباط الأحكام العملية إلا إذا تحققت شروط ومواصفات في الحديث والراوي بقبول روايته .

ولما كان موضوع دراستنا له علاقة بالسنة فإننا تعرضنا إلى التعريف بها وتبيان أنواعها وأقسامها فقط لأننا لم نقصد دراسة هذه المصادر لذاتها، ولذلك سنكتفي بما ذكرناه .

(1) أنظر: الإمام أبو حامد الغزالي ، المستصفى ، تحقيق محمد سليمان الأشقر ، ج1، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان 1997 ص 251 .

(2) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ص 171 .

المطلب الثالث

الأحكام التي جاءت بها السنة النبوية

سبق أن أشرنا بأن السنة النبوية تأتي في المرتبة الثانية بعد كتاب الله، لأنها تعتبر المصدر المفسر والموضح والمتمم لما جاء في القرآن الكريم، فالسنة النبوية جاءت بأحكام شرعية فهي إما موافقة أو مؤكدة لما جاء في القرآن الكريم، أو مفصلة وشارحة لما أجمله القرآن الكريم، أو مقيّدة لمطلقه ومخصصة لعامه، أو أنها جاءت بأحكام جديدة مستقلة، فهي بهذا تكون متممة لما جاء في القرآن الكريم .

أولاً: الأحكام الموافقة أو المقررة: وهذه الأحكام تعتبر مساوية لأحكام القرآن الكريم لكونها وافقته في المعنى ولم تزد عنه في شيء، ومثال ذلك حديث التحريم بالرضاع "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب"، فإن هذا الحديث جاء مؤكداً لآية التحريم بالرضاع فهي موافقة لقوله تعالى "حرمت عليكم... وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة.." (1)

ثانياً: الأحكام الموضحة أو المفسرة: وهنا يتعلق الأمر بتوضيح وتفسير ما أجمله القرآن الكريم الذي جاء بلفظ لا يدري المراد منه تفصيلاً، فجاءت السنة مبيّنة لتفاصيل ذلك الجمل استناداً لقوله تعالى "وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم" (2).

ومن أمثلة ما أجمله القرآن ووضحته السنة أمر الصلاة والزكاة والصوم، حيث أن الله أمر بأدائها دون بيان للكيفية فجاءت السنة مبيّنة لكيفية أداء هذه الفرائض، ومن البديهي أن يكون أن يكون شرح وبيان الرسول لما أجمله القرآن الكريم هو البيان الصحيح باعتباره الأقدر من غيره على فهم النصوص القرآنية ومعانيها.

ثالثاً: الأحكام المقيّدة لمطلق النص القرآني أو المخصصة لعامه: فالمطلق هنا نعني به اللفظ الذي لم يقيد يقلل شيعه كإطلاق الحكم الشرعي في القطع في جريمة السرقة، لقوله تعالى "والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما.." (3).

(1) سورة النساء، الآية 23 .

(2) سورة النحل، الآية 44 .

(3) سورة المائدة، الآية 38 .

فلم تبين الآية مكان القطع، فجاءت السنة مقيدة لهذا الحكم المطلق بأن أوضحت بأن القطع يكون لليد اليمنى من الرسغ .

وأما اللفظ العام فهو الذي وضع للدلالة على أمر غير محصور على سبيل العموم ويراد بهذا الأمر العام قصر الحكم على بعض الأفراد لقوله تعالى "يوصيكم الله في أولادكم، للذكر مثل حظ الأنثيين" (1). فجاء الحكم عاماً شاملاً لكل الأولاد، ثم جاءت السنة مخصصة لهذا العموم فأخرجت الولد القاتل لأبيه من هذا الحكم لقوله عليه الصلاة والسلام (لا يرث القاتل). وبهذا تكون السنة مخصصة لهذا الحكم العام .

رابعاً: الأحكام الجديدة التي استقلت السنة بتشريعيها: وهي تلك الأحكام التي جاءت مكملية ومتممة لما لم يتم ذكره في القرآن الكريم، حيث تستمد منها الأحكام التشريعية شأنها شأن القرآن الكريم وقد دل على ذلك القرآن نفسه لقوله تعالى "وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا" (2) وقوله عليه الصلاة والسلام (ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه)، أي أوتيت السنة أيضاً كمصدر للتشريع .

ومن أمثلة هذه التشريعات حكم تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها لأن هذا الحكم غير وارد في القرآن الكريم. وكذلك حكم توريث الجدة السدس 1/6 لأن هذا الحكم غير وارد في القرآن الكريم. وفي هذا السياق يقول ابن القيم: ((كيف يمكن أحداً من أهل العلم أن لا يقبل حديثاً زائداً على كتاب الله، فلا يقبل حديث تحريم زواج المرأة على عمتها أو على خالتها، ولا حديث التحريم بالرضاعة لكل ما يحرم من النسب، ولا حديث نحيار الشرط، ولا أحاديث الشفعة، ولا حديث الرهن في الحضر مع أنه زائد على ما في القرآن (3)).

(1) سورة النساء، الآية 11.

(2) سورة الحشر، الآية 7.

(3) أنظر: العلامة ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين، ج2، دار الجبل بيروت لبنان، بدون سنة، ص308.

المطلب الرابع

نصوص قانون الأسرة الجزائري المستمدة من السنة

أولاً: في الزواج والطلاق وآثارهما.

أ- في مشروعية الخطبة : سبق أن أشرنا بأن الخطبة مشروعة بالقرآن والسنة ، وذكرنا الدليل من القرآن . أما الدليل من السنة فنجد قوله عليه الصلاة والسلام " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه" (1) فدل هذا على مشروعية الخطبة ، وإن كانت هناك أحاديث أخرى .

ب- في مشروعية الزواج نجد أن نص المادة 9 من قانون الأسرة استمدت أيضا من السنة لقول الرسول " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" (2) . وهذا الحديث ينطبق أيضا على المادة 11 التي تقضي بأنه (يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين . والقاضي ولي من لا ولي له) ، كما أكدت السنة لزوم المهر للزوجة ، فقد ثبت أن الرسول منع علي بن أبي طالب من الدخول على فاطمة حتى يعطيها شيئا . كما ثبت عنه أنه زوج مقابل تحفيظ آيات من القرآن الكريم .

ج- في موانع الزواج نجد المادة 27 مطابقة تماما لنص الحديث "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" (3) . كما جاءت المادة 30/فقرة 2 تطبيقا لنص الحديث الذي يقضي بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها .

د- في النسب نجد أن السنة قد فصلت في الموضوع بنص صريح لقوله صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (4) وهو صريح في أن النسب لا يثبت إلا بالزواج .

ه- في الطلاق نجد قوله عليه الصلاة والسلام "لا يبيع إلا فيما تملك، ولا طلاق إلا فيما تملك" (5) . من خلال هذا الحديث يتبين بأن الطلاق كما هو مشروع بالقرآن فهو مشروع بالسنة أيضا ، ومع ذلك فقد جعلته السنة أبغض الحلال عند الله .

(1) أنظر : صحيح مسلم ، ج 1 ، ص 591 .

(2) أنظر : الإمام الشوكاني ، نيل الأوطار ج 06 دار السلام للطبع والنشر حلب سوريا ، بدون سنة إصدار ، ص 134 .

(3) رواه الإمام البخاري في صحيحه ج 9 ص 119 .

(4) أنظر : الإمام الشوكاني المرجع السابق ، ج 6 ، ص 279 .

(5) رواه أبو داود و الترميدي وابن ماجه .

-و- في الحضانة : أقرت السنة النبوية واحدا من أهم الحقوق التي أعطاها الشرع الإسلامي للمرأة المطلقة وهو حقها في حضانة أولادها وهي مقدمة على غيرها ، ويتجلى ذلك في قوله عليه الصلاة والسلام (أنت أحق به ما لم تنكحي) (1).

ثانيا- في أحكام الميراث: نجد مجموعة من النصوص أخذت من السنة ومنها :

-أ- اعتبار القتل من الأسباب المانعة من الميراث والمنصوص عليه في المادة 1/135 ، وأصل هذه المادة قوله عليه الصلاة والسلام (لا يرث القاتل) (2) .

-ب- تشريع حكم جديد بمقتضى السنة وهو توريث الجدة مقدار السدس (1/6) والمقرر بالمادة 149 الفقرة الرابعة ، وهو مستمد من حديث الرسول (أطعموا الجدة السدس) (3).

كذلك الحكم القاضي بجعل الأخت الشقيقة أو لأب عصبه مع بنات الصلب أو بنات الابن والمقرر بالمادة 156 وهو مستمد من قوله عليه الصلاة والسلام (اجعلوا الأخوات مع البنات عصبه) (4) .

(1) أنظر: الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 369 .

(2) نفس المرجع، ج 6، ص 84 .

(3) نفس المرجع ، ج 6 ، ص 67 .

(4) أنظر: د/ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية ج 02 المكتب الإسلامي، بيروت ، ص 87 .

المبحث الثالث

الإجماع

الإجماع يعتبر من مصادر التشريع الإسلامي ودليل من أدلة الأحكام، وهو يعتبر من المصادر العقلية مردة إلى الرأي والنظر مع ارتباطه بالمصادر النقلية .

المطلب الأول

تعريفه ودليل مشروعته

الإجماع في اللغة هو العزم والتصميم على الشيء فيقال أجمع القوم على كذا، بمعنى اتفقوا عليه مع العزم والتصميم (1). أما عند الأصوليين فهو " اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة النبي عليه الصلاة والسلام " (2). وقد حدد فقهاء الشريعة جملة من الضوابط لصحة الإجماع لا يتسع المجال لذكرها، كما تكلّموا في أنواع الإجماع (الصريح والضمني)، ومدى حجته، مستندين في ذلك إلى جملة من الأدلة أن حجية الإجماع: استدلل الفقهاء على جملة من الأسانيد الدالة على حجية الإجماع وهي:

أ- من القرآن الكريم قوله تعالى {ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا} (3)، أي يخالف ما أجمعوا عليه، وكذلك قوله تعالى {وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه إلى الله} (4) ومعنى ذلك أيضا أن ما تم الاتفاق عليه يكون واجب الاتباع.

ب- من السنة النبوية ما رواه سعيد بن المسيب عن علي بن أبي طالب قال: (قلت يا رسول الله الأمر نزل بنا ولم يزل فيه قرآن، ولم تمض فيه سنة، قال: اجمعوا له العالمين، فاجعلوه شورى بينكم، ولا تقطعوا فيه برأي واحد). وبالرغم من اختلاف العلماء في حجية الإجماع فإن الرأي الراجح يرى جواز حصول الإجماع . ولكي يحصل الإجماع لابد من وجود مستند شرعي، لأن القول في الدين بغير دليل قول بالهوى . أما سند الإجماع فإما أن يكون من القرآن أو من السنة .

(1) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 45، الهامش .

(2) أنظر الإمام الأمدي، المرجع السابق، ج 4، ص 115.

(3) سورة النساء، الآية 115.

(4) سورة الشورى، الآية 10.

المطلب الثاني أنواع الإجماع

الإجماع نوعان، صريح وضمني .

أولاً: الإجماع الصريح، ومعناه أن يجمع جميع المجتهدين على حكم واحد في المسألة المعروضة عليهم بصورة صريحة، قولاً أو فعلاً، سواء كانوا مجتمعين معاً في مكان واحد، أو كانوا متباعدين وعرضت عليهم المسألة . كما قد يتحقق الإجماع من خلال إقدام فقيه معين على إصدار فتوى في مسألة معينة ، وتبلغ هذه الفتوى إلى الفقهاء الآخرين فيوافقون عليها بصورة صريحة ، وبهذه الموافقة الصريحة يصير الإجماع حجة قطعية لا تجوز مخالفته .

ثانياً: الإجماع الضمني، ومعناه أن يبدي المجتهد رأيه في مسألة معينة، ويعرف هذا الرأي ويشتهر ويبلغ الآخرين ولا أحد يبدي معارضته الصريحة مع عدم وجود المانع من إبداء الرأي، وذلك بأن تمضي مدة كافية للنظر في المسألة .

وقد اختلف العلماء في حكم هذا النوع من الإجماع على ثلاثة أقوال :

أ- القول الأول أنه ليس بإجماع ولا يحتج به، وهو قول الشافعي والمالكية، تطبيقاً للقاعدة الفقهية المعروفة "لا ينسب إلى ساكت قول" فلا يجوز إسناد موافقة لشخص ساكت ، والسكوت لا يمكن حمله دائماً على الموافقة، فقد يكون سببه عدم وصول الخبر إليه ، أو قد يكون السكوت بدافع الخوف ونحو ذلك .

ب- القول الثاني أنه بمثابة إجماع ، ويمكن الاحتجاج به فهو كالصريح ، وإن كان أقل منه قوة وعلى هذا الرأي أكثر الحنفية، وهو قول الحنابلة ، وأصحاب هذا الرأي يرون أن السكوت محمول على الموافقة، متى قامت القرينة على ذلك وانتفت الموانع ، ويمكن الاستدلال على وجود القرينة متى اشتهر الرأي ووصل إلى بقية المجتهدين مع مرور الوقت الكافي لإبداء الرأي .

ج- القول الثالث أنه لا يعتبر إجماعاً، ولكنه حجة ظنية، وعلى هذا الرأي بعض الحنابلة وبعض الشافعية، فهؤلاء يرون بأن حقيقة الإجماع أن يحصل الاتفاق بصورة حقيقية، وهو أمر غير متحقق في الإجماع السكوتي، ومهما قيل بأن السكوت محمول على الموافقة فهو لن يكون كالإجماع الصريح، فهو بهذا يعتبر حجة ظنية .

وبالرغم من تعدد الآراء في هذه المسألة فإن الرأي الراجح يرى جواز حصول الإجماع سواء بصورة صريحة أو بطريق ضمني مع وجود قرائن تدل على الموافقة، فهو في موضع الحاجة، والسكوت في معرض الحاجة بيان، وخصوصاً إذا انتفت الموانع .

المطلب الثالث

نصوص قانون الأسرة المستمدة من الإجماع

- هناك جملة من النصوص في صلب قانون الأسرة سندها الإجماع، ومن هذه النصوص نجد:
- 1- المادة 25 التي حصرت المحرمات بالقربة في الأمهات والبنات فإن الإجماع انعقد على أن المراد بالأمهات يشمل الأصول من النساء، فتشمل الجدات وإن عليين . كذلك فإن المراد بالبنات هو بنات الصلب ويشمل أيضا بنات الابن وإن نزلن، وهذا الإجماع مستمد من قوله تعالى "حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم" (1) .
 - ب- المادة 1/153 التي حصرت العصبه بالنفس في أربع جهات وهي :
 - 1- جهة البنوة وتشمل الابن، وابن الابن مهما نزلت درجته. وهو إجماع مستمد من قوله تعالى "يوصيكم الله في أولادكم" (2) فالإجماع وقع على أن المراد بالأبناء هنا يشمل الابن وما تناسل منه على عمود الذكورة . كما وقع الإجماع على أن كل ابن يحجب ما بعده، كذلك فإن كل أصل (الأب) يحجب ما قبله (الجد). إلى غير ذلك من المسائل الأخرى في باب الميراث .
 - ج- أما الإجماع المبني على السنة فهو إجماعهم على إعطاء الجدة السدس في الميراث لأن الرسول أعطى للجدة السدس، وهو ما نجده في المادة 4/149 التي اعتبرت الجدة من أصحاب السدس (3).
 - د- أجمع الفقهاء على تقرير الولاية على الصغار ومن في حكمهم من المجانين والمعتوهين والسفهاء للحفاظ على أموالهم وحقوقهم وإدارتها بشكل سليم، غير أنهم اختلفوا في تفاصيل هذه المسائل، وسنعود إليها لاحقا . كما أن قانون الأسرة الجزائري قد نظم هذه المواضيع تحت عنوان النيابة الشرعية المواد من 81 وما بعدها.

(1) سورة النساء، الآية 23.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) أنظر: الشيخ زكريا البري، الوسيط في أحكام التركات والموارث الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية 1979، ص 132.

-ه- وفي مجال التبرعات أجمع الفقهاء على جواز انعقاد التصرفات بطريق الوصية والهبة والوقف، وهي تصرفات أقرها الشرع الإسلامي، غاية ما في الأمر أن الفقهاء قد اختلفوا في التفاصيل الجزئية . وقد نظم قانون الأسرة الجزائري هذه المسائل في المواد من 184 إلى 201 .

المبحث الرابع

القياس

يعتبر القياس مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي، وهو من المصادر العقلية التي تعتمد على الرأي والنظر.

المطلب الأول

تعريفه ودليل مشروعيته

أولا تعريفه: يعرف القياس لغة بأنه "تقدير شيء بشيء آخر" فيقال، قست القماش بالتر بمعنى قدرته به، كما يطلق أيضا على التسوية بين الشيئين فيقال، علم فلان لا يقاس بعلم فلان (1).
- أما في الاصطلاح فهو "الحاق واقعة غير منصوص عليها بواقعة أخرى نص عليها الشارع لاتحادهما أو تشابههما في العلة" (2).

ومعنى هذا التعريف أن الشارع قد ينص على حكم معين في واقعة ويدرك المجتهد علة هذا الحكم، ثم توجد واقعة أخرى لم ينص عليها الشارع، ولكنها تشابه مع الواقعة المنصوص عليها في العلة، فتلحق بالأولى ويسوى بينهما في الحكم، وهذه الطريقة تسمى بالقياس.

وبهذا المفهوم فإن القياس لا يثبت حكما جديدا، وإنما يكشف عنه لوجود علة الحكم فيه.
ثانيا دليل مشروعيته: تحدث الفقهاء بإسهاب عن موضوع القياس من حيث أركانه وشروطه وأقسامه ومدى حجته، وبهذا فإن جمهور الفقهاء يعتبرون القياس حجة شرعية ودليلا من أدلة الأحكام باعتباره يهدف إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية. ومستندين إلى أدلة من القرآن ومن السنة و من عمل الصحابة.

أ- من القرآن قوله تعالى "فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا" (3). ومعنى ذلك أنه عند التنازع في أمر من الأمور لابد من الرجوع إلى القرآن والسنة، أي استعمال القياس من خلالهما.

(1) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق ص52، الهامش.

(2) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 204.

(3) سورة النساء، الآية 59.

المطلب الثاني

نصوص قانون الأسرة المستمدة من القياس

-المادة 53 الفقرة الثالثة (الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر) قيس هذا الحكم على حكم الإيلاء الثابت بالقرآن الكريم لقوله تعالى {للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم ،وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم } (1). والإيلاء كما هو معلوم هو أن يقسم الرجل على عدم قربان زوجته مدة قد تطول أو تقصر ،وخشية أن يكون الهجر طويل المدة وهذا من شأنه إن يلحق الضرر بالزوجة ،لذلك حددت المدة القصوى بأربعة أشهر .فإذا تجاوز الهجر هذه المدة حق للزوجة أن تطلب التطليق للضرر .

-المادة 135 التي نصت على أنه " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1-قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا .

2-شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .

3-العالم بالقتل وتدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية " .

ما يلاحظ على هذا النص أن الفقرة الثانية اعتبرت شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه ممنوعا من الميراث . وألحقت بهذا الحكم أيضا العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات (الفقرة الثالثة من نفس المادة) . وهذا النص بفقرتيه قيس على حكم الفقرة الأولى من نفس المادة التي اعتبرت القاتل ممنوعا من الميراث ،وهذا الحكم سبقت الإشارة إلى أنه مأخوذ من السنة النبوية ،لقوله(ص) (لا يرث القاتل) .

-المادة 188 "لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا " وهذا النص مأخوذ من باب القياس

على الحكم السابق وهو حرمان القاتل من الميراث المنصوص عليه في المادة 135 .

وعلة المنع هي استعجال الميراث قبل أوانه فيعاقب بالحرمان منه . ونفس العلة تحققت في

قتل الموصى له للموصي وهو استعجال الوصية قبل أوانها ولذلك يعاقب بالحرمان منها .

-المادة 204 (الهبة في مرض الموت ،والأمراض المخيفة ،تعتبر وصية) فقيست الهبة في مرض الموت على الوصية وألحقت بها ومعنى ذلك أنها لا تكون نافذة في حق الورثة إلا في حدود الثلث ،وما جاوز الثلث يحتاج إلى إقرار الورثة .

(1) سورة البقرة ، الآية 227.

الفصل الثالث

المصادر التبعية لقانون الأسرة الجزائري

الفصل الثالث

المصادر التبعية

من أهم خصائص التشريع الإسلامي هو ارتباطه بتحقيق المصالح الإنسانية ارتباطا وثيقا عن طريق جلب المصالح ودفع المضار، بغية المحافظة على مقاصد الشريعة .
كما أن المشرع الإسلامي قد جعل الأحكام التشريعية منها ما هو ثابت، ومنها ما هو متغير. والهدف من ذلك هو مسايرة التطورات المختلفة عبر الزمان والمكان.

وهذا ما حدث فعلا حينما كان الاجتهاد مفتوحا، حيث تطور الفقه الإسلامي بشكل كبير بدءا من زمن الخلفاء الراشدين وعصر الصحابة، حيث كانوا يجتهدون في العديد من المسائل التي كانت تعترضهم في الحياة، وكانوا يصلون إلى تقرير العديد من الأحكام وتطبيقها على الوقائع المتجددة مستندين في ذلك إما إلى النصوص القرآنية أو الأحاديث النبوية، أو مستندين إلى المصلحة باعتبارها ضربا من ضروب الاجتهاد بالرأي والوصول في النهاية إلى تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية، وهو ما يعرف بالمصادر التبعية .

ولما كانت المصادر التبعية عديدة، فإننا لن نتعرض لها جميعا، وإنما سنتعرض فقط لتلك التي نجد لها علاقة بموضوع الدراسة، ومن هذه المصادر: المصالح المرسلّة، العرف، الاستصحاب، ثم نتعرض إلى الفقه الإسلامي باعتبار أن العديد من الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

المصالح المرسله

نتعرض في هذا المبحث إلى المقصود بالمصالح المرسله ثم إلى الأسباب والبواعث الداعية إلى الأخذ بالمصالح المرسله، وفي المقام الأخير نتعرض إلى بعض النصوص القانونية المبنيه على المصلحه.

المطلب الأول

تعريفها

المقصود بالمصالح المرسله هو بناء الأحكام الفقهيه على أساس المصلحه المرجوه من الحكم وفي الاصطلاح الشرعي "كل مصلحه غير مقيدة بنص من الشارع يفيد اعتبارها أو إلغائها" (1)، وسميت المصلحه بهذا الاسم لأن بناء الحكم عليها هو أما جلب مصلحه أو دفع مفسده، ووصفت بالمرسله لخلوها من دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها من الشارع. -يتجلى لنا من هذا المفهوم أن المقصود من المصالح المرسله في التشريع لا يقتصر على جلب المنافع ودفع المفاسد فقط، وإنما يتعداه إلى المحافظه على مقصود الشارع في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية. بالاستدلال من خلالها على أحكام عديدة فيما لا نص فيه، مما يستجد من القضايا والوقائع الطارئة عبر العصور الأزمنة.

والمصالح منها ما شهد الشارع الحكيم لها بالاعتبار، فشرع لها الأحكام الموصلة إليها، وهي ترجع أساساً إلى ضمان وحفظ الضروريات الخمس، حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ العرض، حفظ المال. فقد شرع لها جميعاً ما يضمن تحقيقها في المجتمع حتى يأمن الناس على دينهم وأرواحهم وعقولهم وأعراضهم وأموالهم (2).

ومن المصالح أيضاً ما شهد الشارع لها بالإلغاء، فشرع لها الأحكام المانعة من الوصول إليها. ومن أمثلة ذلك إلغاء التسوية بين الولد والبنت في الميراث، فمصلحتها هنا ملغاة بنص من الشارع لقوله تعالى "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" (3). وهذا نظراً لما يتحمله الرجل من تكاليف ومسؤوليات شرعية.

(1) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 84.

(2) أنظر الإمام الغزالي، المستصفى المرجع السابق، ص 415.

(3) سورة النساء، الآية 11.

وكذلك مصلحة المرابي في زيادة ماله عن طريق الربا، فقد ألغاهما الشارع بالنص بقوله تعالى "وأحل الله البيع وحرم الربا" (1)، فلا يصح الربا طريقاً لاستثمار المال أو زيادته من هذا الطريق .
وبجانب المصالح المعتبرة والملغاة توجد مصالح أخرى سكت عنها الشارع ولم ينص عليها وتسمى عند الأصوليين بالمصالح المرسلة، وسميت كذلك لأنها تجلب نفعاً وتدفع ضرراً، وهي مرسلة لأنها مطلقة عن اعتبار الشارع أو إلغائها، فهي تكون في الوقائع التي سكت عنها الشارع، وبها وصف مناسب لتشريع حكم من شأنه أن يحقق منفعة، أو يدفع مفسدة، كالمصلحة التي اقتضت جمع القرآن وكتابته في مصحف واحد حفاظاً له من الضياع، وسك النقود لتسهيل التعاملات بين الناس، وتسجيل عقود الزواج لتسهيل إثباته وضمان حقوق الزوجين في حالة النزاع.. الخ.

وقد حرص الفقهاء على تحديد شروط العمل بالمصالح المرسلة وهي (2) :

- أن تكون ملائمة لمقاصد الشارع بحيث لا تخالف أصلاً من أصوله، ولا تنافي دليلاً من أدلته، وإنما تكون من جنس المصالح التي قصد الشارع تحصيلها، أو على الأقل قريبة منها ليست غريبة عنها .
- أن تكون حقيقية ومعقولة، بحيث لو عرضت على العقول السليمة لأقرتها تماشياً مع الأوصاف المناسبة لجلب المنافع ودفع المفاسد والأضرار.
- أن تكون عامة وليست شخصية، وذلك لتعميم الفائدة منها وأن لا تعارض مصلحة أخرى أجدر منها بالأخذ والاعتبار .

وتجدر الملاحظة هنا بأن أكثر المذاهب الفقهية التي تأخذ بالمصالح المرسلة، هو المذهب المالكي الذي حمل لواء العمل بالمصلحة المرسلة، وهو أيضاً ما أخذ به جمهور الفقهاء .

(1) سورة البقرة، الآية 275.

(2) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 86.

المطلب الثاني

الغايات والبواعث الداعية إلى سلوك طريق الاستصلاح

أ- جلب المصالح :ومن الغايات والبواعث الداعية إلى سلوك طريق الاستصلاح هي أساسا جلب المصالح ،والمتمثلة في جميع الأمور التي يحتاج إليها المجتمع لإقامة حياة الناس على أسس متينة ،كإقامة المشروعات العامة وتنظيم المصالح العامة في الدولة وتجهيز الجيوش لصد العدوان..الخ(1).

ب- دفع المفاصد :ومن الغايات أيضا درء المفاصد ،أي تجنب المجتمع كل ما من شأنه أن يلحق الضرر به سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا ،والمقياس في ذلك بطبيعة الحال هو قواعد الشريعة ومقاصدها المستخلصة من النصوص الشرعية .

ج- تغيير الزمان : ومن الغايات أيضا تغير الزمان لأنه كما نعلم أن بتغير الزمان تتبدل أحوال الناس ،وتحدث مستجدات لم تكن موجودة من قبل ،بالتالي وجب إيجاد الحلول لها ،وهو أحد الأسباب التي جعلت الشارع الحكيم ينوع في أحكامه بين الثبات والتغيير .

ولهذا قرر فقهاء الشريعة الإسلامية قاعدة فقهية معروفة وهي(لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان) .

ولهذا يقول العلامة ابن عابدين في رسالته نشر العرف في الأحكام المبنية على العرف ما نصه"إن كثيرا من الأحكام بينها المجتهد على ما كان في زمانه ،فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ،أو لحدوث ضرورة ،أو لفساد أهل الزمان ،بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ،لأجل بقاء النظام على أحسن إحكام ،ولهذا ترى فقهاء المذهب ،خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذنا من قواعد مذهبه"(2) .

(1)أنظر: د/ مصطفى أحمد الزرقاء ، الاستصلاح والمصالح المرسله ، دار القلم دمشق 1988، ص 44.

(2)أنظر: مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، دار التراث العربي بيروت لبنان ، بدون سنة إصدار ، ص 126 .

ثم أعطى مثالا حيا بقوله "إن الفقهاء المتقدمين كانوا يجيزون إيجار عقارات الوقف مهما كانت مدة الإيجار طويلة أو قصيرة . ولكن المتأخرين لما رأوا كثرة غصب القائمين عليها، وتواطؤ بعضهم مع الغير، أفتوا بمنع إيجار عقار الوقف أكثر من سنة واحدة في الدور والمحلات والخوانيت، وثلاث سنوات في الأراضي الزراعية، خشية أن يدعي المستأجر في النهاية ملكية العقار الموقوف . فتجديد عقد الإيجار بين الحين والحين يمنع الادعاء بالملكية".

د- سد الذرائع :ومن البواعث أيضا سد الذرائع، وهو استعمال الوسائل المباحة المؤدية إلى الحرام، ومن أمثلة ذلك القضاء ببطلان زواج المحلل، وهو الزواج الذي يكون القصد منه تحليل الزوجة لمطلقها التي بانت منه بينونة كبرى . ومنه أيضا ما يسمى بطلاق الفرار، وهو إقدام الزوج المريض مرض الموت على طلاق زوجته بقصد حرمانها من الميراث، ولذلك تقرر توريثها من باب سد الذرائع .

وهذا يتبين بأن جمهور الفقهاء يأخذون بفكرة المصالح المرسلة ويعتبرونها طريقا لبناء الأحكام، بل إنهم يعتبرون الشريعة كلها مصالح، إما درء مفسد أو جلب مصالح" (1). ويقول ابن القيم " إن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمة بين خلقه" (2).

(1) أنظر: الإمام الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، ج2، ص6، 37.

(2) أنظر: العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج1 دار المعرفة بيروت لبنان، بدون سنة إصدار، ص9.

المطلب الثالث

أحكام قانون الأسرة المبنية على المصلحة

في الحقيقة هناك العديد من المواضيع في صلب قانون الأسرة بنيت على فكرة المصلحة يمكن إجمالها فيما يلي :

1- في موضوع توثيق عقد الزواج المنصوص عليه في المادتين 21 و22 واللذان تشيران إلى كيفية إجراءات التسجيل، بحيث أن المادة 21 أحالت على قانون الحالة المدنية، وأما المادة 22 أشارت إلى أنه يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، والهدف من التسجيل هو في النهاية لإثبات الحقوق عند النزاع تحقياً لمصلحة الطرفين وللأسرة عموماً، لأن الدعوى لا تكون مقبولة شكلاً إلا بواسطة عقد الزواج، أو الدفتر العائلي .

2- في موضوع الحضانة نجد أغلب النصوص جاءت لحماية ورعاية الأطفال المشمولين بالحضانة، ومن أمثلة ما جاء في هذا الشأن نجد المادة 64 بقولها: (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الحالة، 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). وهذه المسادة صريحة في إشراكها لمصلحة المحضون. بالإضافة إلى ذلك نجد المادة 65 التي تنص على انقضاء مدة الحضانة في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فنصت بصريح العبارة على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون .

أما المادة 66 فنصت على أنه يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون. وقد تكرر هذا اللفظ أيضاً في المادتين 67 و69. وهذا التركيز والحرص إنما هو لتحقيق أكبر قدر من الرعاية والحماية للأطفال الضعفاء .

3- أحكام النيابة الشرعية والتي تقررت لحماية عديمي وناقصي الأهلية سواء بسبب الصغر، أو بسبب الحالة العقلية وكيفية تقرير هذه النيابة وحفظ أموالهم وإدارتها والمنصوص عليها في المواد من 81 إلى 125 وتشمل الولاية والوصاية والتقدم، كما تشمل أيضاً رعاية مصالح المفقودين وإدارة أموالهم، وكفالة الصغار واليتامى. وكل هذه المواضيع شرعت من باب المصلحة .

كما أجازت النصوص القانونية لزوجة المفقود أن تطلب التخليق للضرر الذي أصابها

وقد سبقت الإشارة إلى أن المصالح المرسله تهدف إلى جلب المصالح ودفح المضار .

-4- في باب الميراث نجد على الخصوص اعتماد قانون الأسرة الجزائري لموضوع التبريل، أي

تبريل الأحفاد مترلة أصلهم لو كان حيا . لأن هؤلاء قد لا يرثون بسبب الحجب، وهم في أمس

الحاجة إلى المساعدة والرعاية، وهو ما نص عليه في المواد 169 إلى 172.

المبحث الثاني

العرف

نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف العرف وضوابط العرف، وكذا إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمدة من العرف .

المطلب الأول

تعريفه

العرف هو ما ألفه الناس واعتادوا السير عليه في حياتهم من قول أو فعل ، كما يطلق عليه لفظ العادة ، ولذلك يقال هذا ثابت بالعرف والعادة(1) . ومن هذا التعريف يتضح بأن العرف قد يكون قوليا أو فعليا ، كما قد يكون عاما أو خاصا ، فالعرف العملي هو ما اعتاد الناس فعله في أمر من الأمور كعادة الناس إخراج زكاة المال في عاشوراء في الجزائر ، أو اعتياد الناس على تقديم المهر قبل الزفاف ، وفي بلاد المشرق العربي اعتاد الناس على تقديم معجل الصداق وتأجيل بعضه أو تعارفهم على أن ما يقدم من هدايا أثناء الخطبة يكون على سبيل الهدية . وأما العرف القولي فهو ما اعتاد الناس التلفظ به على نحو معين كعادتهم على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى . والعرف بنوعيه قد يكون عاما أو خاصا أي شائعا في جميع البلدان الإسلامية ، أو شائعا في البلد الواحد أو في منطقة معينة داخل البلد الواحد ، وقد يكون العرف خاصا بطائفة معينة من الناس كالصناع والتجار .. الخ .

والعرف بهذا المعنى هو على نوعين(2):

أ- عرف صحيح ، وهو ما وافق أحكام الشرع ومقاصد الشريعة بحيث لا يخالف نصا من نصوصه ولا دليلا من أدلته .

ب- عرف فاسد ، وهو ما تعارف الناس عليه بصورة تخالف أحكام الشرع أو يؤدي إلى تفويت مصلحة وجلب مفسدة وعليه فإن العرف الصحيح الذي لا يخالف أصلا شرعيا يكون معتبرا .
ولذلك نجد أن الشريعة قد أقرت العديد من الأعراف التي كانت سائدة قبل وأثناء مجيء الإسلام كاعتماد الولاية في الزواج على العصبة النسبية .

(1) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، ص 205 .

(2) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف ، المرجع السابق ، ص 89 .

المطلب الثاني

ضوابط العرف

لكي يتم بناء الأحكام على العرف، أقر الفقهاء جملة من الضوابط وهي (1):

- 1- أن لا يكون العرف مخالفا لأصل من أصول الشريعة ولا دليلا من أدلته.
- 2- أن يكون مطردا أو غالبا بمعنى أن يكون العرف شائعا بين أهله معمولا به من قبلهم وبصفة متصلة دون انقطاع.
- 3- أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودا وقت إنشائه بمعنى أن يكون العرف سابقا على صدور التصرف .
- 4- أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمونه تطبيقا للقاعدة الفقهية (ما يثبت بالعرف بدون ذكر، لا يثبت إذا نص على خلافه).

وهذه الضوابط اعتمدها الفقهاء لاعتبار العرف لتحقيق مصالح الناس، كما أن الأحكام المبنية على العرف تتغير بتغير الزمان والأحوال والأعراف، ولهذا السبب أقر الفقهاء قاعدة فقهية مفادها (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان). وبناء عليه نجد أن كثيرا من الفقهاء المتأخرين قد خالفوا أئمتهم والفقهاء المتقدمين بناء على تغير الظروف والأعراف. كما نجد الإمام الشافعي لما نزل إلى مصر غير بعض الأحكام التي ذهب إليها عندما كان في العراق، والسبب في ذلك هو اختلاف الأعراف. ولذلك قرر المحققون من العلماء ومنهم ابن تيمية على أن الفتوى تتغير وتختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد والنيات. وجاء عن العلامة ابن عابدين في رسالته الشهيرة نشر العرف (إن كثيرا من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولا، للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد، ولهذا نرى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه. المجتهد -إمام المذهب- في مواضع كثيرة، بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به، أخذنا من قواعد مذهبه (2).

(1) نفس المرجع ص 90.

(2) أنظر: مجموعة رسائل ابن عابدين، المرجع السابق، ص 126.

والجدير بالذكر أن هذا التغيير في الأحكام لا يتناول إلا الأحكام المبنية على العرف، ولا يشمل الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة .

وبعد دراستنا للعرف كمصدر من المصادر التبعية للتشريع الإسلامي يتبين لنا بأن الشريعة الإسلامية أقرت العمل بالعرف من خلال إقرارها للعديد من الأعراف التي كانت سائدة لدى عرب الجاهلية لعدم مخالفتها للشرع، كإقرار المضاربة بالمال، والإيجارات الحالية من المفاقد. ومن القواعد الفقهية المشهورة قاعدة "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" (1). وقال بعض الناظرين في الفقه :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار (2) .

كما تبين لنا بأن العرف لا يختلف كثيرا عن القاعدة العرفية في القانون الوضعي، إذ أن الفقه القانوني يرى بأن العرف هو عبارة عن تكرار سلوك الناس بصورة مطردة في مسألة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك صار ملزما لهم قانونا (3) .

ومن خلال هذا المفهوم نستنتج بأن العرف يتكون من عنصر مادي وهو تكرار السلوك بصورة مطردة في مسألة معينة، وكذلك عنصر معنوي وهو اعتقاد الناس بأن هذا السلوك المتكرر بصورة مطردة صار ملزما لهم قانونا.

كما يقسم الفقه القانوني العرف إلى عرف عام وعرف خاص من ناحية النشاط الذي يحكمه، وإلى عرف شامل وعرف إقليمي أو طائفي أو مهني من ناحية نطاق تطبيقه .

(1) أنظر: د/ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، 169

(2) نفس المرجع ص 169

(3) أنظر: د/ إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1990، ص 102.

المطلب الثالث

أحكام قانون الأسرة الجزائري المستمدة من العرف

استمد قانون الأسرة الجزائري العديد من أحكامه من العرف سواء بصورة مباشرة، أو غير مباشرة ومن هذه الأحكام نجد ما يلي :

-المادة 6 التي تنص على أنه(يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة . تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه). ما يلاحظ على هذا النص أنه مأخوذ من العرف الجاري في العديد من المناطق الجزائرية في موضوع الخطبة، وهو أنه بمجرد تمام الخطبة تختم بقراءة الفاتحة تبركا بها بالرغم من أنها ليست لازمة شرعا بدليل أن المشرع أخضعها لأحكام الخطبة، ولنا عودة لهذه المسألة عند دراستنا للأحكام المتغيرة.

-المادة 10فقرة 2 (يصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة). هذا النص صريح في اعتماده على العرف في التعرف على التعبير عن الإرادة باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفا كتحريرك الرأس إلى أعلى للدلالة على القبول .

-المادة 33 نصت على أنه(إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد). ما يلاحظ على هذا النص أن عبارة -صداق المثل- لا يمكن للقاضي تقريرها إلا بعد اللجوء إلى العرف المعمول به في المنطقة للتعرف على صداق المثل.

-المادة 73 التي تنص على ما يلي (إذا وقع التراجع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال). هذا النص صريح أيضا في أخذه بالعرف من خلال عبارة -المعتاد للنساء أو المعتاد للرجال- ومعنى ذلك أن المتاع المعروف في عرف الناس أنه للنساء تستحقه الزوجة أو ورثتها مع حلف اليمين، وأما المتاع المعروف في عرف الناس أنه للرجال يستحقه الزوج أو ورثته مع حلف اليمين .

-المادة 78 تنص على أنه(تشمل النفقة :الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة). وهذا النص صريح في اللجوء إلى الاستعانة بالعرف لمعرفة ما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، لإدراجها ضمن مشمولات النفقة.

وبهذا يتضح بأن قانون الأسرة الجزائري أخذ بالعرف في العديد من المسائل، لأن مراعاة عادات وتقاليد المجتمعات وخصوصا في مسائل الزواج أمر محمود ما لم يصطدم ذلك بالنصوص الشرعية، وحينئذ لا يمكن إعمال القاعدة العرفية لمخالفتها للشرع، وهو أمر يتطابق مع القانون إذ أنه يشترط في العرف من الناحية القانونية ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة .

وقد أخذ القانون المدني الجزائري على سبيل المثال بالعديد من القواعد العرفية ومن هذه القواعد نجد ما نص عليه في المادة 107 التي تحيل إلى العرف للتعرف على ما يعد من مستلزمات العقد في الفقرة الثانية، حيث جاء فيها (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام) .

والجدير بالذكر أن جميع النصوص التي أشرنا إليها يعتبر العرف فيها مساعدا لهذه النصوص، بمعنى أن القاضي لا يستطيع تطبيق النصوص القانونية إلا بالاستعانة بالعرف .

المبحث الثالث

الاستصحاب

نتعرض في هذا المبحث إلى تعريف الاستصحاب ومدى حجتيه ومجالات الأخذ بقاعدة الاستصحاب ، كما نتعرض لنصوص قانون الأسرة المستمدة من الاستصحاب.

المطلب الأول

تعريفه ومدى حجتيه

أولا تعريفه : الاستصحاب في اللغة طلب المصاحبة واستمرارها .

أما في الاصطلاح فهو استدامة إثبات ما كان ثابتا ، أو نفي ما كان منفيا (1).

يتبين من خلال هذا التعريف أن المراد بالاستصحاب هو إبقاء الحكم على الأشياء بما هي عليه حتى يقوم الدليل على ما يخالف هذا الحكم ، فما علم وجوده في الماضي ، ثم حصل تردد في زواله حكم ببقائه استصحابا للوجود السابق . وما علم عدمه في الماضي ، ثم حصل تردد في وجوده حكم باستمرار عدمه استصحابا لعدمه السابق .

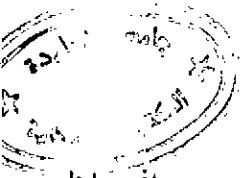
ثانيا. حجتيه: اختلف الفقهاء في مدى حجية الاستصحاب شأنه في ذلك شأن المصادر الأخرى المختلف فيها (2).

فيرى الأحناف أن الاستصحاب ليس حجة وأن استمرار الحكم وبقاؤه لا بد أن يستند إلى دليل تماما كثبوته ، وإلا كان بقاء الحكم بلا دليل ، وكل حكم يفتقد إلى الدليل فهو مردود . أما رأي جمهور العلماء وفي مقدمتهم الإمامان مالك وأحمد بن حنبل فهو أنه يحكم ببقاء الحكم الذي ثبت في الماضي مادام لم يثبت ما يغيره ، وبعبارة أخرى يبقى الحكم قائما على ما يثبت في الماضي ويستمر كذلك حتى يوجد ما يدل على عكسه .

واستدل المحتجون بالاستصحاب بأن مما فطر عليه الناس وجرى به عرفهم في عقودهم وتصرفاتهم ومعاملاتهم أنهم كلما تحققوا من وجود أمر غلب على ظنهم بقاؤه موجودا ، فيبقى كذلك حتى يثبت لهم عدمه . وإذا تحققوا من عدم أمر غلب على ظنهم بقاؤه معدوما ، فيبقى كذلك حتى يثبت لهم وجوده.

(1) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، 276

(2) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، دار القلم الكويت، ط5، 1982، ص 152.



فمن حضر وشهد زواج رجل وامرأة حكم ببقاء الزوجية واستمرارها حتى يثبت انحلال الزواج بالطرق المشروعة. ومن ثبتت ملكيته على شيء ما، استمر له هذا الملك حتى يقوم الدليل على زوال هذا الملك أو انتقاله إلى الغير بالطرق المشروعة (1). هذا وكان المجتهدون يبنون كثيرا من اجتهاداتهم - فيما لم يرد فيه دليل - على قاعدة الاستصحاب.

فكلما سئل المجتهد عن حكم شيء ما ولم يتبين له الدليل الشرعي حكم بإباحته إعمالا بالقاعدة الفقهية المعروفة "الأصل في الأشياء الإباحة". كما أن القضاة درجوا على بناء أحكامهم على قاعدة الاستصحاب أيضا فكانوا يقضون بالملك بسند الملكية الدال على ذلك وبالحكم بالنفقة لصالح الزوجة بناء على وثيقة الزواج السابقة، ويقضون بإلزام المدين بالسداد بناء على وثيقة الدين ما لم يثبت براءة ذمته من هذا الدين (2).

المطلب الثاني

مجالات الأخذ بقاعدة الاستصحاب

نظرا لتشعب مجالات الاستصحاب قرر الفقهاء جملة من القواعد والمبادئ وهي:

أ- "الأصل في الأشياء الإباحة" ويستخلص من هذه القاعدة حكما أساسيا وهو أن العقود وسائر التصرفات التي يجريها الإنسان في حياته تأخذ حكم الإباحة، إلا إذا وجد حكم خاص يقضي بتحريمها أو تقييدها وتعتبر النظرية العامة للعقد سواء في الفقه الإسلامي أو القانون المدني مجالا خصبا لتطبيق قاعدة الاستصحاب، بالإضافة إلى أننا نجد بعض التصرفات الأخرى خارج القانون المدني كالعقود التجارية في القانون التجاري وكذلك التصرفات بطريق التبرع كالهبة والوصية والوقف في قانون الأسرة الجزائري.

ب- "الأصل في الإنسان البراءة" هذه القاعدة تشتمل على حكمين:

الحكم الأول في النطاق المدني ونعني به براءة الذمة المالية للإنسان فلا يمكن الحكم عليه أو إلزامه بشيء ما إلا إذا ثبت ما يشغل هذه الذمة، فمن ادعى أن له حقا في ذمة الغير عليه أن يقيم الدليل على دعواه تطبيقا للقاعدة المعروفة في مجال الإثبات "البينة على من ادعى".

(1) أنظر: الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 92.

(2) نفس المرجع ص 92.

والحكم الثاني في النطاق الجنائي إعمالاً للقاعدة العامة "كل إنسان بريء حتى تثبت إدانته بواسطة حكم قضائي نهائي" وهي مبدأ دستوري كرسته دساتير الدول، ومنها الدستور الجزائري من خلال المادة 45 من دستور 1996.

-ج- قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" إذا تم التأكد من أمر ما بصفة يقينية، فيبقى هذا اليقين قائماً حتى يقوم الدليل على انتفائه، فمن تملك عيناً بسبب شرعي فلا تزول عنه صفة المالك إلا بتصرف آخر صحيح ناقل للملكية. ومن ثبت زواجه لا تزول عنه صفة الزوجية إلا بيقين آخر وهو الطلاق. أما مجرد الشك فلا يقوى على زعزعة اليقين، وبالتالي لا يعتد به، وإذا تبين للقاضي بأن التهمة التي ألحقت بالمتهم مشكوك في صحتها قضى بالبراءة تطبيقاً لما هو معروف بأن الشك يفسر دائماً في صالح المتهم.

والملاحظ أن الاستصحاب في الحقيقة لا يثبت حكماً جديداً، ولكن يستمر به الحكم السابق بدليله، فهو من هذه الزاوية يعتبر قرينة على بقاء الحكم السابق، ولكنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. كما أن الاستصحاب لا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة، لأن المجتهد عليه البحث أولاً في الدليل الشرعي، فإذا لم يجد فإنه يرجع إلى الاستصحاب. ولذلك قال بعض الفقهاء عنه بأنه آخر مدار الفتوى، فالمفتي يبحث عن حكم الواقعة في الدليل فإن لم يجد يلجأ إلى الاستصحاب، أي استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإذا كان التردد في زوال الحكم فالأصل بقاءه، وإذا كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته (1).

المطلب الثالث

نصوص قانون الأسرة المستمدة من الاستصحاب.

أولاً: في أحكام المفقود نجد نص المادة 115 على أنه "لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته، وفي حالة رجوعه أو ظهوره حياً يسترجع ما بقي عيناً من أمواله أو قيمة ما بيع منها". وهذا النص يشير بأن المفقود يعتبر من الناحية القانونية حياً ما لم يحكم القاضي بوفاته (2)، باستصحاب الوضع الظاهر (الحياة) الذي فقد فيه الشخص، ولذلك يعامل معاملة الأحياء فيعد الحكم بفقدانه يعين له القاضي مقدماً لتسيير أمواله حتى يتم التأكد من حياته أو وفاته.

(1) نفس المرجع ص 92.

(2) أنظر: د/ محمد عبيد الله الأسدي، الموجز في أصول الفقه، دار السلام 1990، ص 253.

ثانيا: في أحكام الميراث نجد المادة 133 تنص على أنه " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفق لأحكام المادة 113 من هذا القانون " . وهذا النص واضح للعيان في اعتبار المفقود حيا أخذا بقاعدة الاستصحاب ،فما لم يحكم القاضي بموته فهو حي قانونا ويتعامل معه على هذا الأساس بواسطة من ينوب عنه قانونا.

المبحث الرابع

الاجتهاد الفقهي

يعتبر الاجتهاد الفقهي واحدا من أهم المصادر التي اعتمدها قانون الأسرة الجزائري لما للفقهاء من أهمية في إيجاد الكثير من الحلول للعديد من المشكلات التي واجهت العالم الإسلامي على مر العصور، خصوصا بعد أن ظهرت الحاجة إلى الاجتهاد سواء تعلق الأمر بتفسير النصوص القرآنية أو الأحاديث النبوية، أو تعلق الأمر بالاجتهاد الفقهي فيما لا نص فيه لإيجاد الحلول للمشكلات الطارئة. ولهذا كان لزاما علينا أن نتعرض ولو بصورة موجزة لأهم المراحل التي مر بها الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

تعريفه ومراحل تطوره

المقصود بالفقه من الناحية الاصطلاحية هو " العلم بالأحكام الشرعية العملية أي الأحكام المتعلقة بأفعال المكلفين" (1).

ومن المعلوم أن أفعال المكلفين ليست مستمرة على نمط واحد، بل تتبدل وتتغير مع تغير الظروف والأحوال واختلاف البيئات، الأمر الذي يدعو إلى نمو الفقه وازدهاره وتطوره، بالموازاة مع ذلك. ولهذا نجد أن الفقه الإسلامي مر بمراحل متعددة وهي:

أولاً: عصر النبوة: حيث كان القول الفصل فيه للنبي عليه الصلاة والسلام سواء بصفة مباشرة من خلال توضيحه لأحكام القرآن أو السنة نفسها. أو من خلال اجتهاد الصحابة عندما يستشيرهم في أمور معينة ومثال ذلك: حديث معاذ المشهور حينما أرسل قاضيا على اليمن عندما قال له: كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال: أفضي بما في كتاب الله، قال: فإن لم يكن في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله. قال فإن لم يكن في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو - أي لا أقصر فأقر عليه الرسول هذا القول.

ثانياً: عصر الخلفاء الراشدين: وفي هذا العصر بدأ الفقه في النمو والازدهار بعد وفاة الرسول (ص) حيث واجه الخلفاء الراشدون جملة من الوقائع والأحداث الجديدة إما بسبب الحروب أو بسبب الفتوحات الإسلامية وكذلك بسبب تعدد الأجناس والأمصار ومن ثم اختلاف .

(1) أنظر: د/ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 10.

العادات والتقاليد، وهذه المسائل كان لا بد من الفصل فيها وإيجاد الحلول المناسبة لها. ومن هنا ظهرت الحاجة للاجتهاد بالرأي.

ونتيجة لذلك ظهرت العديد من الاجتهادات منها ما اتفق عليها فسميت إجماعاً ومنها من بقي الاختلاف فيها. وكانت طريقتهم في الاجتهاد هو استعمال الدليل بالقرآن أو السنة أو استعمال الشورى وأخيراً الاجتهاد بالرأي. معتمدين في ذلك على القياس أو المصالح المرسلة أو سد الذرائع كاجتهادهم بتوريث مطلقة الفار، أي من طلق زوجته بائناً في مرض الموت، وعدول عمر بن الخطاب لطلاق الثلاث المتكرر بالفظ حيث كان يقع طلاقاً واحداً على عهد رسول (ص)، وعهد أبي بكر، لكن عمر بن الخطاب قال: أن الناس قد استعجلوا في أمر كان لهم فيه أناة، فلو أمضيها عليهم، فأمضاه عليهم. والسبب الذي دفعه إلى هذا التغيير أنه رأى الناس أكثروا وأسرفوا في إيقاعهم الطلاق بهذه الصورة، فأراد زجرهم عن هذه المخالفة سداً للذريعة الفساد، فأوقعه عليهم بائناً.

ثالثاً: العصر الثالث: ويمتد من نهاية عصر الخلفاء إلى أوائل القرن الثاني للهجرة أي قبيل سقوط الدولة الأموية. وقد سار الفقه في هذه المرحلة على نهج الصحابة، لأن التابعين تلقوا الفقه والعلم عن الصحابة فساروا على نهجهم في استنباط الأحكام.

وأهم ما يميز هذا العصر هو اتساع دائرة الفقه وظهور الاختلافات بسبب تفرق أهل العلم مع الفتوحات الإسلامية، وكذلك اهتمام الكثير من أهل العلم برواية الحديث مما أدى إلى ظهور مدرسة الحديث ومدرسة الرأي.

رابعاً: العصر الرابع: ويمتد من أوائل القرن الثاني الهجري إلى منتصف القرن الرابع، وهو العصر الذي ازدهر فيه الفقه ازدهاراً لم يسبق له مثيل غطى مختلف جوانب الحياة، وفي هذا العصر برز العديد من الفقهاء المجتهدين وأسسوا مذاهبهم الفقهية المشهورة والتي لازالت قائمة إلى حد الآن. وكل مذهب من هذه المذاهب يشكل مدرسة قائمة بذاتها.

وأشهر المذاهب الفقهية السائدة، المذهب المالكي، المذهب الحنفي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي، وكان من نتائج ظهور هذه المذاهب هو بروز أتباع لهذه المذاهب اجتهدوا في تأصيل هذه المذاهب وميزاتها، وظهرت بذلك كتب ومصنفات عديدة لكل المذاهب اعتمدت عليها فيما بعد أجيال وأجيال ولازالت إلى حد الآن.

ورغم ظهور بعض الفقهاء المجتهدين حاولوا تطوير الفقه ودفعه إلى الأمام أمثال الإمام ابن تيمية وتلميذه بن القيم والشوكاني وغيرهم . إلا أن الطابع الغالب للفقه هو التقليد ، فجميع الاجتهادات الفقهية منسوبة لهذه المذاهب .

وكان من نتائج ظهور هذه المذاهب أن اعتنقها العالم الإسلامي بعد أن قفل باب الاجتهاد فصارت بعض البلدان تأخذ بمذهب واحد هو الغالب كبلدان شمال أفريقيا، حيث اعتمدت المذهب المالكي وأما بلاد المشرق العربي اعتمدت على المذاهب الأخرى كالمذهب الحنفي والشافعي والحنبلي .

المطلب الثاني

أشهر المذاهب الفقهية

سنقتصر هنا على التعريف بالمذاهب الفقهية الأربعة السائدة في العالم الإسلامي والعربي .

1- المذهب المالكي: صاحب هذا المذهب هو الإمام مالك بن أنس الملقب بإمام دار الهجرة، ولد سنة 93 هجرية وتوفي سنة 179 هجرية بالمدينة المنورة، من أشهر كتبه كتاب الموطأ، وأشهر كتب المذهب المدونة الكبرى . والمذهب المالكي منتشر في شمال إفريقيا عموماً .

2- المذهب الحنفي: صاحب هذا المذهب هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت، ولد سنة 80 هجرية وتوفي سنة 150 هجرية في بغداد . ويعتبر أبو حنيفة زعيم مدرسة أهل الرأي، وهو لم يدون فقهه وإنما بواسطة تلامذته كأبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، وزفر وغيرهم . ومن أشهر كتب المذهب المبسوط للسرخسي وكتاب الخراج لأبي يوسف، الجامع الكبير . والمذهب الحنفي منتشر في العراق ومصر والمشرق عموماً .

3- المذهب الشافعي: صاحب هذا المذهب هو عبد الله بن إدريس الشافعي، ولد بغزة سنة 150 هجرية وتوفي في مصر سنة 204 هجرية، جمع بين الفقه المالكي في المدينة والفقه الحنفي في العراق، ومع ذلك أسس مذهبه المستقل، كما أن فتاواه تميزت بمرحلتين الفقه العراقي لما كان في بغداد والفقه الحديث لما رحل إلى مصر . ويعتبر الإمام الشافعي أول من صنف في أصول الفقه من خلال مؤلفه الرسالة، وكتابه الأم . والمذهب الشافعي منتشر في مصر والعراق واليمن وغيرها من البلاد الأخرى .

4- المذهب الحنبلي: صاحب هذا المذهب أبو عبد الله بن أحمد بن حنبل، ولد ببغداد سنة 164 هجرية وتوفي فيها سنة 241 هجرية، رحل أثناء دراسته إلى مكة والمدينة والشام واليمن، وأخذ عن

الإمام الشافعي في بغداد حتى صار مجتهدا واستقل بمذهبه الخاص . كما اشتهر برواية الحديث الشريف في زمنه بلا منازع ، وأشهر مؤلفاته مسند الإمام أحمد بن حنبل . وهذا المذهب منتشر في السعودية وأغلب دول الخليج وسوريا والعراق بصورة أقل .

بالإضافة إلى هذه المذاهب المذكورة توجد مذاهب أخرى لا يتسع المجال لذكرها جميعا كالمذهب الجعفري بقيادة الإمام جعفر الصادق والمنتشر في إيران والعراق ولبنان وبعض البلاد الأخرى .

المطلب الثالث

أحكام قانون الأسرة المستمدة من الاجتهاد الفقهي

أشرنا فيما سبق إلى أهمية الفقه ودوره الكبير في تطوير الأحكام التفصيلية للشريعة الإسلامية من خلال الاجتهادات الفقهية وبالرغم من أن الفقه لا يعتبر مصدرا للتشريع في القانون الجزائري لأن مهمته هي التفسير، إلا أنه في مجال قانون الأسرة بصفة خاصة نجد المشرع الجزائري قد استمد العديد من النصوص من الاجتهادات الفقهية دون التقييد بمذهب معين، منها ما يلي:

أولاً: في موضوع الخطبة في الزواج نجد المادة 5 نصت على أن (الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها..). ما يلاحظ على هذه الفقرة الأولى هو اعتبار الخطبة وعدا بالزواج، وهو رأي جمهور الفقهاء، لكنه وعد غير ملزم، بمعنى يحق لكل طرف العدول عنها (1).

- أما الفقرة الثانية من المادة فنصت (إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض..). ما يلاحظ على هذه الفقرة أن الفقهاء القدامى لم يتعرضوا لهذه المسألة في كتبهم، وإنما تعرضوا فقط لحكم الهدايا المترتبة عن العدول لكنهم على الرغم من ذلك قرروا قاعدة فقهية مستمدة من السنة النبوية (لا ضرر ولا ضرار)، والضرر يزال وطريقة إزالته التعويض. إلا أن الفقهاء المعاصرين توسعوا في هذا الموضوع بسبب تغير الأحوال والظروف. ولما أساء الناس استخدام هذا الحق قرروا حق المطالبة بالتعويض تأسيساً على الفعل الضار والضمان فيه .

ومن الذين قرروا حق المطالبة بالتعويض الشيخ محمد شلتوت شيخ الأزهر السابق (1)، والشيخ محمد أبو زهرة، والدكتور مصطفى السباعي (2)، كما أن هذا النص أساسه المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقرر المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أي تعويض الأضرار الناجمة عن الأخطاء التي يرتكبها الشخص في حق الآخرين . كما نجد الدكتور عبد الرزاق السنهوري يؤسس الحق في طلب التعويض عن الضرر جراء العدول عن الخطبة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية (3) .

(1) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي القاهرة، بدون سنة إصدار، ص 36.

(2) أنظر: مجلة المحاماة الشرعية، العدد الأول، السنة الثانية، ص 44.

(3) أنظر: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1970، ص

-وفيما يخص الفقرة الثالثة من المادة التي تنص على (لا يسترد الخاطب شيئا مما أهده إن كان العدول منه، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك)، هذه الفقرة أخذت من الفقه المالكي الذي يفرق بين حالتين، حالة إذا عدل الخاطب لا يسترد شيئا مما قدمه من هدايا حتى لا يجتمع عليها ألمان، ألم الإعراض وألم الاسترداد، وإذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة، وإن كانت مستهلكة ترد قيمتها(1).

ويبدو أن النص قد خرج عن رأي المالكية باستخدامه عبارة -ما لم يستهلك- بحيث قرر عدم رد الهدايا إذا استهلك، والمذهب الذي قرر عدم استرداد الهدايا سواء استهلك أم لا هو المذهب الحنبلي(2)، ولعل تلك العبارة أخذت من هذا المذهب، ولنا عودة لهذا الموضوع لاحقا. أما المذهب الحنفي فقد طبق على الهدايا أحكام الهبة، ومن ثم يجوز للواهب الرجوع في هبته إلا لمانع، وبهذا الرأي أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة الرابعة فقرة 3 (تجري على الهدايا أحكام الهبة)، وبالرغم من أن هذا القانون قد نص على العدول إلا أنه لم يتكلم عن الحق في المطالبة بالتعويض.

ثانيا في موضوع انعقاد الزواج: نجد المادة 9 والمتعلقة بأركان عقد الزواج نصت على أنه (يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة وشاهدين وصداق).

ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يتبع مذهبنا معينا في معالجته لأركان عقد الزواج، وإنما سائر مذهب الجمهور. فالإجماع حاصل بين الفقهاء على ركن واحد فقط وهو الإيجاب والقبول، أما بلقي الأركان فقد اختلف فيها الفقهاء، فبخصوص اشتراط الولي فهو رأي الأئمة الثلاثة عدا الأحناف.

وأما الصداق فهو أثر من آثار الزواج لدى الجمهور، وحتى المالكية يعتبرون الزواج صحيحا مع عدم ذكر المهر، ولكن يجب لها صداق المثل، كذلك موضوع الشهادة منهم من اعتبرها لانعقاد ومنهم من اعتبرها للإعلان كما هو الحال عليه عند المالكية، وغالبية الفقهاء يعتبرونها من شروط صحة عقد الزواج.

(1) أنظر: د/ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، مطبعة دمشق، ط3، 1970، ص59.

(2) أنظر: د/ عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج1، ص46.

-المادة 10 والمتعلقة بكيفية التعبير عن الإرادة فقد سايرت النظرية العامة للعقد في القانون في اعتبارها العبارة والكتابة والإشارة المتداولة عرفا (المادة 60 قانون مدني جزائري). كما أخذ النص أيضا برأي الجمهور في المسألة، إذ أن غالبية الفقهاء يقررون جواز حصول التعبير بكل ما يفيد معنى النكاح شرعا كالكتابة واللفظ والإشارة ونحوها .

-المادة 12 و13 والمتعلقتان بموضوع الولاية في الزواج أخذ قانون الأسرة بولاية الاختيار بتحديد سن الزواج بما يجاوز سن البلوغ من الناحية الفيزيولوجية وهو لدى المرأة 18 سنة ،ولدى الرجل 21 سنة ،ولم يأخذ بولاية الإيجاب التي تكلم عنها الفقهاء .وبتقريره ولاية الاختيار أي ضرورة أخذ رأي الزوجة وموافقتها يكون قد مال إلى رأي الجمهور في الموضوع .

-المادة 27 والمتعلقة بالتحريم من الرضاع ،حيث نصت على أنه (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) .وهو نص كما رأينا سابقا مستمد من السنة النبوية ،إلا أن الفقهاء قد انقسموا بشأن تفسيره إلى فريقين ،الفريق الأول وهو رأي الجمهور بما فيهم الأئمة الأربعة وهذا الرأي يرى بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و المصاهرة .

وأما الفريق الثاني فهو ما ذهب إليه الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فقط ولا يسري التحريم على المصاهرة لعدم وجود دليل من القرآن ومن السنة (1) ،وبهذا الرأي الثاني أخذ قانون الأسرة في النص المذكور.

وتطبيقا لهذا المفهوم نص في المادة 28 على أنه (بعد الطفل الرضيع وحده دون إخوانه وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها ،وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه) . وبهذا يكون قانون الأسرة قد أخذ برأي ابن تيمية قاصدا بذلك عدم التوسع في التحريم من الرضاع . كما نص في المادة 29 على أنه (لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا) .هذا النص مأخوذ عن المالكية والحنفية الذين يرون بالتحريم مطلقا مادام قد ثبت الرضاع فعلا دون تحديد لعدد الرضعات ،وخصوصا وأن الآية الكريمة أشارت إلى التحريم من الرضاع بصورة مطلقة دون تحديد للعدد(2).

(1) أنظر: الشيخ أبو زهرة ، المرجع السابق ،ص 79.

(2) نفس المرجع ،ص 80.

والملاحظ أن التحريم في النصوص سببه مجرد حصول الرضاع، فحيثما ثبت ذلك وجد الحكم والحكمة في التحريم بالرضاع هي أن الرضيع يصير كالجاء ممن أرضعته إذ يدخل لبنها في تكوينه، وذلك يتم بالقليل والكثير.

أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد اشترط خمس رضعات متفرقات للتحريم في المادة 2/35 (يشترط في الرضاع للتحريم أن يكون في العامين الأولين، وأن يبلغ خمس رضعات متفرقات يكفي الرضيع في كل منها، قل مقدارها أو كثر) (1).

وأما مدة الرضاع والمشار إليها في النص أي ما حصل خلال العامين أو قبل الفطام فهو استنادا إلى رأي الجمهور، واستنادا للآية الكريمة "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة" (2)، وقوله تعالى أيضا "وفصاله في عامين" (3).

ثالثا في موضوع الحقوق الزوجية نجد على سبيل المثال:

ما هو منصوص عليه في المادة 1/37 التي أوجبت على الزوج نحو زوجته (النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها). يلاحظ هنا أن النشوز يعتبر من مسقطات النفقة، وهو ما قرره الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة، مع الاختلاف فقط في مفهوم النشوز. فالحنفية يعتبرون النشوز عند تفويت الاحتباس فقط حتى ولو لم تمكنه من نفسها، بالتالي لاحق لها في النفقة. أما المذاهب الأخرى فيتحقق النشوز بعدم الاحتباس، ويتحقق أيضا بمنعها نفسها منه بدون مبرر شرعي (4).

رابعا في موضوع النسب: نجد المادة 42 والمتعلقة بالنسب حددت فيها أقل وأقصى مدة الحمل وهي بين 10 و6 أشهر، وأما المادة 43 أقرت بنسبة الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الفصال أو الوفاة. وما يلاحظ على النصين أن المشرع الجزائري قد اعتمد أحد أقوال الجعفرية فيما يخص الحد الأقصى للحمل، فقد ورد عنهم ثلاثة أقوال، الأولى تسعة أشهر، والثاني عشرة أشهر، والثالث سنة كاملة.

(1) أنظر: قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975.

(2) الآية 234، سورة البقرة.

(3) الآية 14، سورة لقمان.

(4) أنظر: د/ مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت 1983، ص 445.

أما فقهاء المذاهب الأخرى فهي إما 9 أشهر كما هو الحال عند الظاهرية، وإما سنة قمرية لدى محمد بن عبد الحكم أحد فقهاء المالكية، رغم أن الغالب عند المالكية والشافعية أيضا هو 4 سنوات، وأما عند الحنفية فهو سنتين .

وإذا لم يكن المشرع الجزائري قد اعتمد الرأي السابق ذكره، فلا بد أنه أخذ بتقرير الخبرة الطيبة في هذا المجال بناء على الأحوال الغالبة .

كما يلاحظ على قانون الأسرة أنه لم يساير ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية في هذا المجال، أي في الحد الأقصى للحمل فهو في التشريع المصري سنة كاملة (المادة 15)، ونفس الحكم بالنسبة للتشريع السوري في (المادة 130).

خامسا في موضوع الطلاق: نصت المادة 53 على جملة من الحالات تستطيع الزوجة بموجبها أن تطلب التطلق بواسطة القضاء، وهذه الحالات استمدت في الغالب من آراء الفقهاء، ومن أمثلة ذلك نجد:

المادة 1/53 ونصها: يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية:

"عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج" ويبدو هنا أن السبب في لجوء الزوجة لطلب الطلاق سببه الضرر الذي حل بها من جراء عدم الإنفاق عليها. وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضوع، فالحنفية يذهبون إلى عدم ثبوت هذا الحق لها لأنها تستطيع أن تطلب من القاضي أن يأذن لها بالاستدانة إن كان معسرا أو غائبا، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعا وتهديده بالحبس والتعزير إن لم يفعل.

أما الأئمة الثلاث، مالك والشافعي وأحمد فقد قرروا لها الحق في طلب التفريق، وعلى القاضي أن يجيئها إلى طلبها متى تأكد من ذلك، على اختلاف في التفاصيل بينهم (1). وقد أخذت معظم التشريعات العربية التي اطلعنا عليها بالتفريق لعدم الإنفاق كالتشريع المصري (المواد 6/5/4) من قانون رقم 25 لسنة 1920، والقانون السوري (المادة 110)، والقانون العراقي في (المادة 43 فقرة 7).

(1) أنظر: د/ عبد الرحمان الصابوني، الطلاق وآثاره، ج 02، الطبعة السادسة لسنة 1993، ص 82.

وأما الفقرة الرابعة من قانون الأسرة والتي أجازت طلب التّطليق للحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة ،وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية. كما أجازت الفقرة الخامسة أيضا طلب الطلاق بسبب غيبة الزوج بدون عذر ولا نفقة لمدة تزيد على سنة .

من خلال الفقرتين يتبين أن الحق في طلب الطلاق هنا سببه الضرر الذي حُلّ بالزوجة جراء الحبس أو الغياب مع عدم الإنفاق لمدة تفوق السنة .والمسألتان مأخوذتان من الفقه المالكي الذي توسع كثيرا في اعتماد الضرر كأساس للتفريق القضائي .
وقد لخص الشيخ أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية الحق في طلب التفريق في هذا الموضوع ثلاث حالات:

- 1- أن يؤذيها الزوج بالقول أو الفعل إيذاء لا يليق بمثلها ويثبت ذلك أمام القضاء .
- 2- أن يغيب عنها سنة فأكثر وتتضرر من غيابه .3- أن يحكم عليه بالحبس ثلاث سنوات، وتمضي عليها سنة تتضرر من غيابه عنها فيها. كما أشار إلى أن هذه الحالات الثلاث مأخوذة على الغالب من مذهب الإمام مالك (1).

وأما المشرع السوري فقد دمج بين الغياب والحبس في نص واحد مقرر بالمادة 109 جـاء فيها(إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات ،جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).

-وأما التفريق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج والمقرر بالفقرة الثانية من المادة 53 من قانون الأسرة فأساسها هو رأي الجمهور على خلاف في التفاصيل ،كما قرروا بأن هذا الحق هو لكلا الزوجين .

وقد لخص الدكتور عبد الرحمان الصابوني آراء الفقهاء فيما يلي :بعد أن ذكر التفريق للعلل والعيوب والأمراض ،قال أن الفقه الإسلامي على ثلاثة آراء (2).

(1) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 361 .

(2) أنظر: د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 6.

1- المذهب الأول، مذهب الظاهرية الذي يرى بأنه لا تفريق بين الزوجين للعيوب والأمراض إلا إذا اشترط أحدهما السلامة من العيوب أثناء العقد فتبين له خلاف ما اشترطه.

2- المذهب الثاني، مذهب الأحناف للزوجة أن تطلب من القاضي فسخ النكاح إذا وجدت زوجها مصابا بعيب أو مرض تناسلي يمنع من الاتصال الجنسي، أما الزوج فلا يملك هذا الحق لأنه يملك حق الطلاق.

3- المذهب الثالث، مذهب جمهور الفقهاء وهو أنه يحق لكل واحد من الزوجين طلب التفريق لعيب يجده في الآخر مع اختلاف بينهم في تعداد هذه العيوب.

- المادة 55 نصت على (عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر). هذه المادة تبين بوضوح أن موضوع النشوز هو عدم قيام الزوج بواجباته اتجاه الآخر الأمر الذي يلحق الضرر بالآخر، بالتالي أجاز القانون للطرف المتضرر الحق في طلب التعويض مؤسسا ذلك على قاعدة الضرر التي توسع فيها الفقه المالكي، وكذلك القاعدة الفقهية المؤسسة على الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار).

سادسا في موضوع الحضانة : نجد المواد من 62 إلى 72 والمتعلقة بالحضانة من رعاية الولد وتربيته والقيام على شؤونه ومراتب الحاضنين وحالات سقوطها وكل ما يتصل بالصغير حتى نهاية الحضانة.

وما يلاحظ هنا أن قانون الأسرة لم يسلك مذهبا معينا في هذا الموضوع وإنما اعتمد على الرأي الراجح في الفقه لتحقيق مصلحة الطفل المحضون.

وإذا كان الإجماع حاصل بين الفقهاء على تقرير الحضانة ووجوبها على الصغير وهو ما قرره القانون في المادة 62، فإن مسألة ترتيب الحاضنين أيضا تستند إلى الإجماع الفقهي على شيء واحد وهو إعطاء الأولوية للنساء على الرجال وفي مقدمة النساء الأم لوجود نص في المسألة، وهو الحديث (أنت أحق به ما لم تنكحي) (1). وما عدا ذلك نجد اختلافا كبيرا في الفقه في ترتيب الحاضنين. فعند الحنفية الترتيب على النحو التالي (الأم، أم الأم، أم الأب، الأخوات الشقيقات، الأخوات لأم، الأخوات لأب..). فإذا لم يوجد النساء انتقلت إلى العصابات من الذكور.

(1) أنظر: الإمام الشوكاني، المرجع السابق، ج6، ص369.

وأما الترتيب لدى المالكية (الأم، أم الأم، الخالة، العمّة، أم الأب، أم أم الأب، ثم الأب، ثم أخت الصغير، ثم عمّة الصغير .. وهكذا).

وقد نص قانون الأسرة في المادة 64 (الأم أولى بحضانة ولدها، ثم أمها، ثم الخالة، ثم الأب، ثم أم الأب، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك ..).

وبالنظر لهذا الترتيب لا نجد يستند إلى أي من المذاهب على وجه التحديد .

سابعاً في موضوع النفقة: نجد المواد من 74 إلى 80 والمتعلقة بموضوع النفقة، فقد سبقت الإشارة إلى أنها مستمدة من نصوص القرآن أو السنة النبوية. إلا أن تفاصيل هذا الموضوع ضبط من خلال الاجتهاد الفقهي، وسبب استحقاق النفقة كما هو معلوم هو إما القرابة النسبية حسب درجة القرابة، وإما بسبب الزواج بالنسبة للزوجة.

ففي ما يخص تقدير النفقة المنصوص عليه في المادة 79 التي تنص على أنه (يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم) .

ما يلاحظ هنا أن آراء الفقهاء تعددت في هذا الشأن (1)، فالمالكية والحنابلة وقول للحنفية أنها تقدر بحسب حال الزوجين معاً يساراً أو إعساراً، وبهذا أخذ قانون الأسرة الجزائري .

وأما الشافعية والحنفية في قول آخر لهم أنها تقدر بحسب حال الزوج، ما عدا المسكن عند الشافعية فيقدر بحسب حال الزوجة. وبهذا الاتجاه أخذ المشرع السوري، حيث نص في المادة 76 على أنه (تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً، مهما كانت حالة الزوجة على أن لا تقل عن حد الكفاية للمرأة) .

ثامناً في موضوع النيابة الشرعية: نجد المواد من 87 إلى 125 والمتعلقة بالنيابة الشرعية، أي الولاية على النفس و المال، فإنها تقررت بحكم الشرع وبإجماع الفقهاء على خلاف بينهم في تفاصيل هذا الموضوع، لأن هذه المسائل تقررت إما بسبب الصغر أو بسبب الحالة العقلية، أو للغيب أو للفقدان، أو تعلق الأمر بكفالة الصغار من طرف الغير، وهي أمور اختص القانون بتنظيمها بطريقة تحقق مصالح الصغار وتحفظ حقوقهم من الضياع معتمداً على الرأي الراجح في الفقه دون التقيّد بمذهب معين، وهي مسألة محمودة للمشرع في هذا المجال .

(1) أنظر: الشيخ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الثالثة، بدون

سنة، ص563.

وعلى سبيل المثال نص في المادة 87 على أنه (يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحمل الأم محله قانونا) فرأي المذاهب الفقهية هو إعطاء الولاية على النفس للأب ثم الجد.. وهكذا على عمود الذكورة بينما قانون الأسرة أعطاها للأم مباشرة بعد الأب وهي لمصلحة الطفل.

وفي شأن المفقود، عالج قانون الأسرة في المادة 113 مسألة الحكم بوفاة المفقود أخذا من المذهب الحنبلي (1)، وهو أربع سنوات في حالة الحروب والحالات الاستثنائية، وأعطى التفويض للقاضي في زيادة المدة فوق أربع سنوات، وأما المالكية فأعطوا نفس الحكم فيما يخص الزوجة وهو جواز الحكم بوفاة المفقود بعد مدة أربع سنوات، أما ما يخص الأموال فاعتبروه حيا إلى حين موت أقرانه. والمذهب الحنبلي الذي أخذ به قانون الأسرة يعطي حكم واحد وهو جواز الحكم بالوفاة بعد أربع سنوات ويشمل الزوجة والأموال.

وأما المذهب الحنفي فلا يحكم بموت الشخص إلا بموت أقرانه أصلا.

ويلاحظ أن القانون السوري أخذ برأي الأحناف في الأحوال العادية وهو موت أقرانه، وفي

الأحوال الاستثنائية أخذ برأي الحنابلة أي أربع سنوات في المادة 205 :

1- ينتهي فقدان بعودة المفقود أو بموته أو بالحكم باعتباره ميتا عند بلوغه الثمانين من العمر .

2- ويحكم بموت المفقود بسبب العمليات الحربية أو الحالات المماثلة المنصوص عليها في القوانين العسكرية النافذة والتي يغلب عليه فيها الهلاك وذلك بعد أربع سنوات من فقدانه .

تاسعا الأحكام المتعلقة بالمواريث: نجد المواد من 126 إلى 183 المتعلقة بهذا الموضوع .

المعلوم أن جل أحكام المواريث كما سبق أن أشرنا في المصادر السابقة مأخوذة من القرآن و السنة و الإجماع. والسبب في ذلك راجع إلى وجود نصوص قطعية فاصلة في المسألة، وبقيت هناك بعض المسائل الخاصة التفصيلية. كانت محل خلاف بين الفقهاء. وسوف نتعرض لبعضها على سبيل المثال .

-المادتين 135 و 137 مأخوذتان من مذهب مالك عموما وإن كان نص المادة 135 الذي يشير إلى أن القتل العمد مانع من موانع الإرث هو بإجماع الفقهاء .

(1) أنظر: الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 491.

-إن المادة 137 ورثت القاتل خطأ وهذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية لأن القتل العمد عندهم هو وحده الذي يمنع من الميراث (1) .

-المادة 138 والمتعلقة بمنع المرتد من الميراث مأخوذة من رأي جمهور الفقهاء. ومنهم الأئمة الثلاثة المالكية و الشافعية و الحنبلية، أما الأحناف فيرون أن مال المرتد يكون لورثته المسلمين (2) .

-المادة 158 والمتعلقة بميراث الجد مع الاخوة، أخذت من رأي الجمهور فالفقهاء قد انقسموا إل فريقين: الفريق الأول: يرى أن الاخوة مطلقا يحجبون من الإرث بوجود الجد تأسيسا على قاعدة العصبات وهي أن جهة الأبوة مقدمة على جهة الأخوة . والجد يحل محل الأب عند عدم وجوده فيحجب ما يحجبه الأب بالتالي فلا ميراث للأخوة مطلقا مع وجود الجد وعلى هذا الرأي فريق من الصحابة منهم أبو بكر وابن عباس وابن عمر وغيرهم وهو مذهب أبو حنيفة .

الفريق الثاني: يرى أن الإخوة والأخوات يرثون مع الجد، وأن هذا الأخير لا يحجبهم على اعتبار أن درجة قرابته وقرابتهم من الميت واحدة، إذ يتوسطهم الأب .

وهذا هو رأي الجمهور، وكثير من الصحابة أمثال زيد بن ثابت المشهود له بالتفوق في علم الميراث، وهو رأي الأئمة الثلاثة المالكية والشافعية والحنبلي (3) .

-المادة 168 المتعلقة بتوريث ذوي الأرحام، أخذت من مذهب الجمهور لأن آراء الفقهاء مقسمة إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى عدم توريث ذوي الأرحام. فإذا لم يوجد أصحاب فروض والعصبات . يعود المال إلى بيت المال وعلى هذا الرأي بعض الصحابة كزيد بن ثابت وابن عباس وهو رأي مالك والشافعي .

الاتجاه الثاني: يرى توريث ذوي الأرحام إذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصبات، ويرون بأنهم يقدمون على بيت المال بسبب قرابتهم للميت ولو كانت هذه القرابة بعيدة نوعا ما . وأصحاب هذا الرأي هم بعض الصحابة، علي وعمر وابن مسعود وعلى هذا الرأي أبو حنيفة، وأحمد بن حنبل، وهو رأي الأكثرية أي رأي الجمهور، وبه أخذ قانون الأسرة.

(1) أنظر: د/ محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية، ص40.

(2) نفس المرجع، ص 41.

(3) نفس المرجع، ص93.

ويتجلى ذلك في المادة 167 التي أجازت الرد على ذوي الأرحام في حالة عدم وجود أصحاب فروض أو عصبات، كما تضمنت المادة 168 كيفية توريثهم .

-المادة 169 المتعلقة بالتزويل، أي تزويل الأحفاد منزلة أصلهم لو كان حيا، وهذا الموضوع مأخوذ من مذهب ابن حزم الظاهري الذي تفرد بهذا الحكم (2). ولنا عودة لهذا الموضوع عند التعليق على هذا النص. وبهذا الحكم أخذ قانون الوصية المصري، وكذلك السوري، والمغربي، والكويتي.

*- في الفصل المتعلق بالمسائل الخاصة في الميراث نجد:

-المادة 175 والمعروفة بمسألة الأكدرية، وسميت بهذا الإسم لأنها وقعت في شأن امرأة من بني أكلدر. وقيل أنها كدرت على زيد بن ثابت مذهبه، فخرجت عن القاعدة الأصلية في الميراث .

وصورة هذه المسألة أن امرأة ماتت عن زوج-أم-جد-أخت شقيقة. فحسب قواعد الميراث للزوج النصف، وللأم الثلث، وبقي للجد السدس، ولا يمكن أن تشاركه فيه الأخت الشقيقة، لأنه لا يمكن أن يقل نصيبه عن السدس في جميع الأحوال، فكان من المفروض أن تحجب الأخت الشقيقة وهذا هو رأي أبو حنيفة، وأحمد بن حنبل.

لكن زيد بن ثابت وهو أحد الصحابة، خالف هذه القاعدة، ففرض للشقيقة النصف .

وأعال أصل المسألة من 6 إلى 9، ثم ضم سهام الأخت إلى الجد تقسم بينهما للذكر ضعف الأنثى. وبهذا الرأي أخذ الإمام مالك والشافعي، وبه أخذ قانون الأسرة.

-المادة 176 والمسماة بالمسألة المشتركة.

وصورتها أن تموت امرأة عن (زوج، أم، أخوين لأم أو أكثر، أخ شقيق فأكثر) فحسب قواعد الميراث للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين الثلث ولم يبق شيء من التركة للأخوة الأشقاء لأنهم يرثون بالتعصيب أي الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم .

مع أن قرابتهم أقوى لأنهم شاركوا الإخوة لأم في قرابتهم من جهة الأم، وزادوا عليهم قرابة من جهة الأب، ولذلك تقرر إشراكهم في هذا الثلث بالسوية .

(1) أنظر: د/ محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 166.

(2) أنظر: د/ هشام قبلان، الوصية الواجبة، مكتبة الفكر الجامعي، بيروت، الطبعة الأولى 1981، ص 45.

واختلف الفقهاء في المسألة على فريقين :

الفريق الأول: يرى أبو بكر وعلي بن أبي طالب ، وابن عباس ، وغيرهم أن الأشقاء يسقطون تطبيقاً للقاعدة الأصلية في علم الميراث ، وهو مذهب الحنفية والحنابلة .

الفريق الثاني: ذهب زيد بن ثابت ، وعثمان بن عفان ، وابن مسعود إلى توريث الأشقاء مع الاخوة لأم ، وهو رأي المالكية والشافعية ، وبه قضى عمر بن الخطاب (1).

-المادة 177 ، المسألتان العمريتان:

وصورتها هو اجتماع الأبوين (الأب والأم) مع الزوج أو الزوجة، فإن للأم ثلث الباقي ، وليس ثلث التركة ، لأن إعطائها ثلث التركة يؤدي إلى مخالفة القواعد العامة ، وهي أن الأب يرث ضعف ما ترثه الأم إلا في حالة وجود الفرع الوارث فيستحق كل منهما السدس لا فرق بينهما .

أما في الحالة التي نحن بصددتها فتطبيق القواعد العامة وهو إعطاء الأم ثلث التركة ، فمع وجود أحد الزوجين تأخذ الأم أكثر مما يأخذه الأب ، ويصل في حالة وجود الزوج إلى أنها تأخذ ضعف ما يأخذه الأب ، لأن الزوج يأخذ نصف التركة ، والأم تأخذ ثلث التركة ، والأب عاصب يأخذ الباقي ، فيكون أصل المسألة من ستة ، نصيب الزوج فيها النصف ، أي ثلاثة من ستة ، ونصيب الأم الثلث ، أي اثنان من ستة ، ويبقى واحد للأب ، وهو مخالف للأصل المقرر كما قلنا .

ولكن بإعطاء الأم ثلث الباقي بعد نصيب الزوج سنجد بأن الباقي هو ثلاثة، للأم ثلث الباقي أي واحد ، والباقي للأب وهو اثنان وبهذه الطريقة نكون قد طبقنا القواعد العامة . وبهذا قضى عمر بن الخطاب في المسألة ، وسأيره في ذلك جمهور الفقهاء .

عاشرا أحكام التبرعات :

تعتبر التبرعات من أهم المسائل التي عني الشرع الإسلامي بتنظيمها ، نظرا لما تمثله هذه المسائل من أهمية في حياة الإنسان الدينية والدنيوية ، لأجل إقامة الروابط والصلات بين الأفراد في المجتمع سواء كانت بينهم علاقات قرابة أو صداقة ، أو لم تكن . وفي أغلب الأحيان فإن هذه التصرفات تقوم على الاعتبار الشخصي .

(1) أنظر: د/ محمد علي الصابوني ، المرجع السابق ، ص 86.

ولأهمية الموضوع، فإن الفقه الإسلامي قد خصص جانبا كبيرا من اجتهاداته لموضوع التبرعات. وبالنظر إلى هذه الاجتهادات نجد العديد من المسائل متفق عليها بين الفقهاء، كتقرير جواز الوصية والهبة والوقف، مع الاختلاف في التفاصيل.

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري هذه المواضيع في المواد من 184 إلى 220، وستعرض إلى بعض النصوص فقط لأن جل أحكام التبرعات استمدت من الفقه الإسلامي. ومن أمثلة ذلك نجد:

-المادة 168 التي تشترط في الموصي البلوغ وسلامة العقل، هذا النص مأخوذ من رأي الجمهور على اعتبار أن الوصية تعتبر من التصرفات الضارة من الناحية المالية بالتالي اشترط جمهور الفقهاء البلوغ، وإن كان هناك بعض الفقهاء أجازوا للصبي المميز، إجراء الوصية وقالوا بأن المال يبقى في يده طيلة حياته وبالتالي يمكنه الرجوع فيما بعد، بعد البلوغ.

-المادة 187 والمتعلقة بصحة الوصية للحمل شريطة أن يولد حيا، وتؤكد حياته ولو لفترة قصيرة وهذا هو رأي المالكية وجمهور الفقهاء.

-المادة 189 "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" مأخوذة من رأي جمهور العلماء الذين يرون صحة الوصية لوارث شريطة إقرارها من الورثة.

وفي موضوع الهبة نجد العديد من النصوص مأخوذة من رأي الجمهور عموما والمذهب المالكي على الخصوص. وعلى سبيل المثال نجد:

-المادة 209 نصت على صحة الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا وهو حكم مأخوذ من المذهب المالكي أما مسألة الرجوع في الهبة بالنسبة للولد فقط فهو رأي الجمهور أيضا، إذ أن رأي الجمهور لم يجز الرجوع في الهبة إلا في هذه الحالة، على عكس الأحناف الذين يجيزون الرجوع في الهبة إلا لمانع كتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب مثلا، لكن المشرع الجزائري لم يأخذ هذا الحكم على إطلاقه عندما أجاز للأبوين الرجوع في الهبة لولدهما، لأن هذا الرجوع ليس مطلقا، وإنما قيده ببعض الحالات اعتبرت كمانع من الرجوع وهذه الموانع نجد بعضها منصوص عليه في الفقه الحنفي، ومن هذه الموانع تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، أو ضياع هذا الشيء. كما نجد المشرع الجزائري أخذ برأي الجمهور في أن النص مانع من الرجوع إذا كانت الهبة للغير.

خلاصة الباب التمهيدي

بعد تعرضنا في الباب الأول لدراسة مصادر قانون الأسرة الجزائري من خلال الفصول السابق ذكرها يتبين لنا بوضوح أن قانون الأسرة مستمداً حقيقة من الشريعة الإسلامية بما تحمله هذه الكلمة من معنى واسع ، أي أن هذا المصطلح كما رأينا يحمل من حيث المعنى العديد من المصادر المعروفة في الفقه الإسلامي ، وقد حاولنا التعريف بها ولو بصورة موجزة وبيننا بوضوح أن أغلب النصوص القانونية مستمدة من هذه المصادر .

كما حاولنا تحديد بعض المفاهيم لبعض المصطلحات الشرعية والقانونية لتوضيح وتبسيط الدراسة ، كمصطلح الشريعة الذي فهم لدى البعض بطريقة خاطئة . لأن هذا المصطلح في الحقيقة لا يتضمن فقط القرآن والسنة ، وإنما يتضمن أيضاً كل المصادر الأخرى المعروفة في الفقه الإسلامي . وقد استخرجنا جملة من النصوص القانونية ونسبناها لهذه المصادر ، وتبين من خلالها أن المشرع لم يعتمد في صياغته لهذه النصوص مصدراً واحداً وإنما اعتمد أغلب المصادر المعروفة في الفقه الإسلامي بما فيه الاجتهادات الفقهية بغض النظر عن المذاهب التي أخذت منها .

الباب الأول

الأحكام الثابتة في قانون الأسرة الجزائري

الباب الأول

الأحكام الثابتة في قانون الأسرة الجزائري

سبقت الإشارة في مقدمة الموضوع إلى أننا قصدنا من الأحكام الثابتة، تلك المواضيع التي ينبغي تجسيدها في قانون الأسرة أو في أي قانون للأحوال الشخصية لأنها من المسائل الأساسية فيه. والمتبع للأحكام الشرعية في موضوع الأحوال الشخصية يجدها على نوعين :

- النوع الأول فصل فيه تفصيلا قطعيا فهو من الأمور الثابتة التي لا تتغير مهما تغيرت الظروف والأحوال كموضوع المحرمات من النساء، وأنصبة الموارث وغيرها من المسائل الأخرى التي فصل فيها الشارع الحكيم.

- النوع الثاني لم يفصل فيه تفصيلا قطعيا وإنما نص عليه من حيث المبدأ وتركه دون تفصيل، فاسحا بذلك المجال للعقل البشري في الاجتهاد بالرأي. ولهذا نجد تنوعا في الآراء الفقهية في الكثير من المسائل وخصوصا تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية. ولهذا فإن أغلب هذه الأحكام تقبل التغيير لتتكيف مع الأحوال والظروف لأنها من المسائل التفصيلية، وهذه الأمور نجدتها في كل الأبواب المتفرقة لأحكام الأسرة في أحكام الزواج والطلاق وبعض مسائل الميراث والولاية على النفس والمال وكذا أحكام التبرعات.

- وفي هذا الموضوع جاء عن الدكتور يوسف القرضاوي ما يلي: " إن معظم النصوص جاءت في صورة مبادئ كلية وأحكام عامة، ولم تتعرض للجزئيات والتفصيلات والكيفيات إلا فيما كان شأنه الثبات والدوام، برغم تغير المكان والزمان، كمشؤون العبادات والزواج والطلاق والموارث ونحوها من شؤون الأسرة، فقد عاجلته الشريعة بالتفصيل الملائم، سدا لباب الابتداع والتحريف في أمور العبادة، وحسما للتزاع والصراع في أمور الأسرة وإرساء الدعائم الاستقرار في الجانبين معا، وهما أخطر أمور الحياة

أما فيما عدا ذلك مما يختلف تطبيقه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال والعوائد، فكانت النصوص فيه - غالبا - عامة ومرنة إلى حد بعيد لئلا يضيق الشارع على الناس إذا ألزمهم بصورة جزئية معينة قد تصلح لعصر دون عصر، أو لإقليم دون إقليم، أو لحال دون آخر" (1).

(1) أنظر: د/ يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 172.

وقبل الدخول في تفاصيل موضوع الأحكام الثابتة نشير إلى أنه يصعب في الكثير من الأحيان فصل ما هو ثابت عما هو متغير للارتباط الحاصل بينهما، وهي ميزة اختصت بها الشريعة الإسلامية في تشريع الأحكام، وهي أنها جمعت بين الثابت والمتغير في آن واحد لمواجهة التطورات المختلفة عبر الزمان والمكان .

فمن جهة نجدها فصلت بشكل دقيق في بعض المواضيع لخطورتها كموضوع المحرمات والمواريث مثلا، ومن جهة أخرى فتحت المجال في مواضيع أخرى لإعمال العقل والاجتهاد بالرأي في العديد من المجالات المنظمة لشؤون الحياة . كما أن العديد من النصوص جاءت عامة قابلة لتعدد الأفهام، ولهذا نجد الآراء الفقهية تختلف حولها وهو أمر طبيعي لكونها ليست من النصوص القطعية، فهي صالحة لأن تستنبط منها الكثير من الأحكام التفصيلية .

الفصل الأول
في أحكام الزواج و آثاره

الفصل الأول

في أحكام الزواج وآثاره

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود التي خصها الشارع الحكيم بعناية خاصة، وأضفى عليه قدسية تجعله متفردا بين سائر العقود الأخرى نظرا لما يترتب عليه من آثار هامة وخطيرة لا تقتصر على طرفية ولا على الأسرة فقط، بل تمتد هذه الآثار حتى إلى المجتمع، ويكفي أن الله عز وجل سماه بالميثاق الغليظ لمكانته الخاصة.

ولأهمية هذا العقد في حياة الإنسان نجد الشريعة الإسلامية قد نظمته تنظيما محكما بأن رسمت له طريقا تمهيدا يسمى الخطبة، وطريقا آخر للانعقاد، وطريقا ثالثا للإتمام.



المبحث الأول

الخطبة في الزواج

تعتبر الخطبة من مقدمات الزواج ، فالناس قد اعتادوا منذ القدم في أعرافهم على سلوك طريق الخطبة كإجراء تمهيدي يسبق عقد الزواج ، والسبب في ذلك هو إتاحة الفرصة أمام كل طرف من التعرف بصورة كافية على الطرف الآخر حتى يطمئن كل كمنهما ، فإذا حل ميعاد العقد كان كل واحد منهما على دراية بالطرف الآخر وقد أباح الشرع الإسلامي النظر والتحدث في حدود الآداب الإسلامية إلى الطرف الآخر للغرض الذي قلناه . بالإضافة إلى أن فترة الخطوبة تتيح الفرصة لكل طرف بأن يستعد بشكل كامل لهذا العقد الهام في حياة الإنسان ماديا ومعنويا . لأنه مهما يكن من أمر فإن لهذا الزواج تكاليف هامة خاصة في جانب الزوج لأنه هو المكلف بإيجاد مسكن الزوجية ومتطلباته ، زيادة على توفير المهر أثناء الزواج ، بالإضافة إلى النفقة على الزوجة بعد العقد وهو واجب مستمر ما دامت الحياة الزوجية مستمرة .

المطلب الأول

تعريف الخطبة

تعرف الخطبة اصطلاحا بأنها طلب التزوج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية ، وذلك بأن يتقدم إليها أو إلى أهلها لطلب الزواج منها (1).

واضح من خلال هذا التعريف أن المراد بالخطبة هو إبداء الرغبة في الزواج من امرأة وقع عليها اختياره بالتوجه إلى ذويها لإظهار هذه الرغبة بشكل علني ورسمي ، كما أن التعريف أشار إلى اشتراط خلو المخطوبة من الموانع الشرعية التي تمنع من الزواج سواء أكانت هذه الموانع مؤبدة أو مؤقتة وهو أمر بديهي .

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرفها في المادة 05 / 1 كما يلي : " الخطبة وعقد الزواج ولكل طرف الحق في العدول عنها " . واضح من هذا التعريف أن القانون كيفها على أنها وعد بالزواج ، والمقصود به هو الاتفاق المبدئي بين الطرفين على إبرام عقد الزواج في المستقبل ، لكن ليس على سبيل الإلزام لأنه لا زواج إلا بالتراضي بين الطرفين .

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 30 ، وانظر أيضا الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق

المطلب الثاني

مشروعية الخطبة

الخطبة مشروعة بالقرآن والسنة ، فمن القرآن نجد قوله تعالى " ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم " (1).

وهذا النص جاء في سياق الحديث عن المرأة المتوفى عنها زوجها وهي في العدة ، فأجاز الشرع الإسلامي التلميح لخطبتها دون التصريح احتراماً لما ألم بها من مصاب. وحتى يبعث فيها أملاً جديداً لأنها قد تتصور بأن الحياة توقفت بالنسبة لها .

ومن سياق الآية استدل الفقهاء على مشروعية الخطبة لمن لا زوج لها أو التي ليست في عدة من وفاة أو طلاق، فيحوز التقدم لخطبتها تصريحاً وبصورة مباشرة .

كما أن الخطبة مشروعة بالسنة النبوية أيضاً لقوله صلى الله عليه وسلم " .. لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يذر " (2) . وقوله أيضاً لما رواه أحمد وأبو داود عن جابر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا ألقى الله عز وجل في قلب امرئ امرأة فلا بأس أن ينظر إليها" (3) . ويبدو من خلال هذه النصوص أن الشرع الإسلامي عندما نص على مشروعية الخطبة فإنما يهدف لتحقيق مقاصد سامية في الزواج خاصة وأنه عقد أبدي في الإنشاء، بالتالي كانت الخطبة وسيلة لتحقيق هذه الغاية وهي السكينة والطمأنينة وهما عنصران أساسيان في الحياة الزوجية .

(1) سورة البقرة : الآية 235.

(2) أنظر: صحيح مسلم ، ج 1 ، ص 591 .

(3) أنظر: الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 94.

المطلب الثالث

أحكام الخطبة

رأينا بأن الخطبة مشروعة بالقرآن والسنة ، وبالرغم من ذلك فإنها ليست من المسائل الواجبة والمفروضة وإن كانت مستحسنة بالنظر إلى أن العرف الجاري قديما وحديثا جرى على العمل بها . ولذلك فقد اهتم الفقهاء بتنظيم أحكامها بشكل كبير فوضعوا لها شروطا لا بد من توافرها ، وكيفوها من الناحية الفقهية على أنها وعد بالزواج غير ملزم ، رغم اختلافهم في حكمه . حيث أكدوا على حق الرجوع لأن الخطبة ما هي إلا مرحلة تمهيدية تسبق الزواج ، وما دامت كذلك فلا إلزام ولا التزام إلا من الجانب الأخلاقي الذي يتطلب الوفاء بالوعد، إلا لمرر مقبول .

كما تكلم الفقهاء عن مصير الهدايا التي تقدم في الخطبة بعد العدول عنها واختلفوا في أحكامها ولنا عودة لهذا الموضوع عندما نتحدث عن الأحكام المتغيرة . وأما مسألة التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول فالفقهاء القدامى لم يتحدثوا عنه في كتبهم تأسيسا على أن الخطبة كما أسلفنا ليس فيها إلزام، فما هي إلا وعد بالزواج وليس لها أثر أكثر من ذلك (1) ، وذكروا أن من القواعد الشرعية المقررة " الجواز الشرعي ينافي الضمان " ولا يكون من العدل أن نلزم من استعمل حقه بالتعويض حين يستعمله لأن الطرفين يعلمان مقدما أن حق العدول مقرر لكليهما .

وأما الفقهاء المعاصرون فقد تكلموا عن إمكانية الحكم بالتعويض مع اختلافهم في ترتيب أحكامه، وهو أمر أملته المتغيرات الاجتماعية في الوقت الحاضر ، ولذلك أعطوا الحق في طلب التعويض لمن أصابه ضرر جراء عدول الطرف الآخر، ومن هؤلاء الشيخ محمد أبو زهرة حيث يقول "إن العدول عن الخطبة في ذاته لا يكون سببا للتعويض ، لأنه حق والحق لا يترتب عليه تعويض قطه ، ولكن ربما يكون الخاطب قد تسبب في أضرار نزلت بالمخطوبة ، لا لمجرد الخطبة والعدول ، كأن يطلب نوعا من الجهاز أو تطلب هي إعداد المسكن ، ثم يكون العدول والضرر ، فالضرر نزل بسبب عمل كان من الطرف الذي عدل خارج العدول عن الخطبة ، فيعوض ، وإن لم يكن كذلك فلا يعوض . وعلى هذا يكون الضرر قسمين : ضرر ينشأ ، وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول كالمثالين السابقين ، وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل ، فالأول يعوض والثاني لا يعوض ، إذ الأول كان تغريرا ، والتغريير يوجب الضمان ، والثاني لم يكن

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 60 .

فيه تقرير بل اغترار ممن وقع الضرر عليه ، والاغترار لا يوجب الضمان " (1).
وأما الدكتور مصطفى السباعي فإنه يسند مبدأ التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن العدول
عن الخطبة فيرجعه إلى أصلين شرعيين وهما :
الأصل الأول: مبدأ إساءة استعمال الحق المقرر في الفقه المالكي والحنفي وغيره والذي جسّدته
القوانين العربية .

الأصل الثاني: مبدأ الالتزام في الفقه المالكي والمبني في هذه الحالة على الوعد بالزواج .
ويخلص إلى القول بما يلي: " لهذا كله نرى أن يعطى القاضي حق تقرير التعويض عند العدول إذا
تحققت الشروط التالية مجتمعة :

أولاً: أن يثبت أن العدول لم يكن بسبب من المخطوبة .

ثانياً: أن العدول قد أضر بها مادياً أو معنوياً غير الاستهواء الجنسي .

ثالثاً: أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلاً على تأكيد
خطبته وتصميمه على إجراء عقد الزواج . " (2)

ومن حيث العمل القضائي أول ما عرض طلب التعويض على المحاكم المصرية فالتجته في بادئ
الأمر إلى عدم التعويض تأسيساً على أن العدول حق مقرر ولا مسؤولية على من يستعمل حقاً قرره
القانون ، ثم عدلت المحاكم عن هذا الاتجاه لتقرر التعويض إذا تبين حصول الضرر ، وقد جاء في
حكم لمحكمة الفيوم في مصر ما يلي: " من المسلم به قانوناً اعتبار الزواج والوعد به من النظام العام ،
ومن المسلم به أيضاً أن العدول عن الوعد لا يترتب عليه أية مسؤولية إلا إذا كان في هذا العدول
ما حمل أحد الطرفين ضرراً مادياً أو أدبياً بسبب خطأ وقع ممن عدل في حق الآخر " (3).

ويقول الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بعد أن لخص آراء رجال القضاء :

" والذي يمكن تقريره في هذا الشأن ، ما استقر عليه هو ما يأتي :

1- الخطبة ليست بعقد ملزم .

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ص 28 .

(2) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ص 26 وما بعدها .

(3) أنظر : مجلة المحاماة المصرية ، ص 11 ، ص 181 .

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض .

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضررا بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض تأسيسا على قواعد المسؤولية التقصيرية " (1) .

وأما بخصوص قانون الأسرة الجزائري فنصت المادة 1/05 على حق العدول عن الخطبة ، كما نص على مبدأ الحق في التعويض في حالة ثبوت الضرر حيث جاء في المادة 2/5 .
- إذا ترتب عن العدول ضررا ماديا أو معنويا جاز الحكم بالتعويض .

ويبدو أن القانون الجزائري قد أخذ بما استقر عليه القضاء في مصر ، وحسنا فعل عندما ترك المسألة للسلطة التقديرية للقاضي يحكم بالتعويض كلما اقتنع بوجود الضرر جراء العدول عن الخطبة ، خصوصا إذا تبين له سوء استعمال حق العدول أو ارتكب الطرف الذي عدل أفعالا تضر بالطرف الآخر .

كما نظمت الفقرة الثالثة من نفس المادة حكم الهدايا المقدمة من الخاطب إلى المخطوبة في حالة العدول بقولها :

- لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه ، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك . وهذا الحكم كما سيأتي مأخوذ من الفقه المالكي ، ولنا عودة للتعليق عليه لاحقا . وعلى العموم نخلص إلى القول بأن تجسيد موضوع الخطبة في قانون الأسرة يعد مسألة ضرورية لا بد منها لما لها من أهمية بالغة كما رأينا ، ولما يترتب عليها من أحكام . أما ضبط النصوص القانونية المنظمة للخطبة بشكل منسجم مع مقتضاياتها فستكون محور حديثنا في الباب القادم .

(1) أنظر : د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 830

المبحث الثاني

عقد الزواج

يعتبر عقد الزواج كما أسلفنا من أهم العقود التي أولاها الشرع الإسلامي عناية خاصة لما يترتب عليه من آثار هامة ، ولذلك نجد الشرع الإسلامي قد نظمه تنظيماً محكماً يفوق العقود الأخرى وجعله السبيل الوحيد الذي يربط بين الرجل والمرأة بغرض تكوين أسرة، نواة المجتمع .

المطلب الأول

تعريفه ودليل مشروعيته

أولاً تعريفه: يعرف الزواج لغة بالاقتران والاختلاط فيقال زوج الإنسان إبله أي قرن بعضها ببعض ، ويقال تزوجه النوم أي خالطه (1).

أما اصطلاحاً فهو عقد يفيد حل استمتاع الزوجين بعضهما ببعض على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات تجاه الآخر (2)

وعرفه قانون الأسرة في المادة 04 بما نصه " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين ، والمحافظة على الأنساب " .

وعرفه القانون السوري في المادة الأولى " الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً ، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل " . ونفس التعريف أخذ به المشرع العراقي في المادة الثالثة (3).

واضح من خلال هذه التعريف أنها اتجهت إلى الهدف الذي لأجله يقام الزواج بين الجنسين ، وهو تحقيق الاستقرار النفسي والاجتماعي من خلال تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون ، والتناسل لإبقاء النوع البشري لاستمرار الحياة في المجتمع.

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ج1، ص 33.

(2) أنظر : د/ عبد الرحمن الصابوني ، المرجع السابق ج1 ص 78 .

(3) صدر قانون الأحوال الشخصية العراقي بالقانون رقم 188 لسنة 1959، وقد عدل 05 مرات آخرها سنة 1983.

ثانيا دليل مشروعيته: الزواج كما هو معلوم مشروع بالقرآن والسنة بنصوص عديدة نأخذ منها على سبيل المثال :

-من القرآن الكريم، قوله تعالى "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة" (1) ، وقوله تعالى "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" (2) ، وقوله " فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف" (3)، إلى غير ذلك من الآيات العديدة.

-ومن السنة النبوية ، قوله عليه الصلاة والسلام " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة (أي القدرة على الزواج) فليتزواج.." (4).

المطلب الثاني

أركان عقد الزواج

المقصود بأركان عقد الزواج هي الشروط اللازمة لانعقاده، أو هي أجزاؤه التي يتركب منها هذا العقد فلا وجود له إلا بها. ولقد تكلم الفقهاء بإسهاب في أركان عقد الزواج وتعرضوا لتفاصيلها بكيفية يصعب حصرها، إلا أننا يمكن أن نقسمها إلى قسمين .

القسم الأول وهو محل اتفاق بين جميع الفقهاء دون استثناء وهو ركن الرضا ، أي الإيجاب والقبول والاتفاق حاصل على أنه لا زواج بغير رضا .

القسم الثاني وهو محل اختلاف بين الفقهاء ، ويتعلق الأمر بركن الولاية والصداق والشهود ، فمثلا تعتبر الولاية من أركان الزواج عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ، أما أبو حنيفة فلا يعتبرها ركنا ، كذلك الصداق عند المالكية ركنا وعند الأحناف يعتبر أثر من آثار الزواج، وهناك خلاف في موضوع الشهادة أيضا، فمنهم من اعتبرها للانعقاد ومنهم من اعتبرها للإعلان

(1) سورة النساء ، الآية 03 .

(2) سورة البقرة ، الآية 221 .

(3) سورة البقرة ، الآية 232 .

(4) أنظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ، ج 09 ، دار الريان للتراث ط1 القاهرة 1987 ص08 .

وقد نظم قانون الأسرة موضوع الأركان في المواد من 09 إلى المادة 17 ، وجعلها أربعة أركان أساسية بحسب المادة 09 وهي : الرضا ، الولاية ، الصداق ، الشهود ، وهذا تماشيا مع الرأي الراجح في الفقه. وحسنا فعل المشرع الجزائري لأن عقد الزواج له أهمية خاصة تفسر بسمعة الأسرة بالتالي لا بد من تحديد بدقة الأركان التي يتعقد بها هذا العقد .

الركن الأول: التراضي.

الحديث عن التراضي أو الرضا يستلزم وجود الإرادة وليس هذا فحسب ، بل يستلزم بالإضافة إلى ذلك أن تكون هذه الإرادة معتبرة وخالية من أي عيب يجعلها في حكم العدم. ومعنى أن تكون الإرادة معتبرة، أن تصدر من شخص ذي أهلية أي يكون الشخص الذي يعبر عن إرادته أهلا لهذا التعبير أي يكون بالغاً راشداً يمكنه أن يبرم عقد الزواج بنفسه. بمعنى أن يكون قد اكتمل سن 21 بالنسبة للرجل وسن 18 سنة بالنسبة للمرأة.

وقد نص قانون الأسرة في المادة 07 على أهلية الزواج "تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21) سنة ، والمرأة بتمام (18) سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة". ولما كان موضوع التراضي يتطلب وجود العاقدین بالأصالة أو بالوكالة ، وكذا وجود الصيغة أي الإيجاب والقبول ، فإننا نبدأ بالحديث عن الإيجاب والقبول ومواصفات كل منهما .

الإيجاب: هو ما يصدر أولاً من أحد المتعاقدين ، للدلالة على إرادته في إنشاء عقد الزواج. وهذا الإيجاب يتطلب مواصفات معينة وهي:

أ- أن يكون باتاً. بمعنى نهائياً وصريحاً.

ب- أن يصل إلى علم الطرف الآخر كي يصلح أن يقترن به فيما بعد قبول.

القبول: هو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على رضاه وموافقته على ما أوجبه الأول وينبغي أن يكون:

أ- باتاً وصريحاً

ب- أن يأتي متطابقاً مع الإيجاب حتى يتعقد العقد.

ج- أن يصدر في مجلس العقد.

وأما طرق التعبير عن الإرادة في الإيجاب والقبول فلا تخرج عن القواعد العامة وهي التعبير بالعبارة ، والكتابة والإشارة أو بأي طريقة تفيد معنى النكاح شرعا وهذا باتفاق الفقهاء، مع خلاف في ترتيبها.

وقد نصت على ذلك المادة 10 من قانون الأسرة: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا .

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة".
وأما صيغة العقد فيشترط فيها جملة من الشروط منها أن تكون بعبارتين أحدهما للماضي والآخر للمستقبل ، وأن تكون منجزة غير معلقة ولا مضافة إلى المستقبل ، كأن يقول: " زوجني ابنتك فيقول الآخر قبلت " أو يقول الأول "أزوجك ابنتي ، فيقول الآخر قبلت".

وأما اشتراط التنجيز فلأن عقد الزواج يترتب عليه آثاره في الحال ولا بد أن تكون الصيغة المستعملة قاطعة في الإنشاء في الحال ، غير منصرفة للمستقبل(1). ومن الشروط أيضا صيغة التأييد في عقد الزواج لأن مقتضى عقد الزواج حل العشرة ودوامها ويعني ذلك أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء عقد الزواج بلفظ يفيد الدوام. ولذلك فإن الفقهاء قد حكموا ببطلان نوعين من العقود: لتناقضهما مع التأييد وهما المتعة والنكاح المؤقت. أما عقد المتعة فصورته أن يقول أمتع بك مدة كذا بكذا من المال ، وقد قيل إن النبي صلى الله عليه وسلم سكت عنها في بداية الأمر ثم ثبت قطعيا أنه نهي عنها ، حتى قيل أنه نهي عنها ست مرات في مناسبات عديدة ليؤكد النسخ والإلغاء ومنها:
ما روى مسلم عن سيرة بن معبد الجهني ، أنه غزا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام فتح مكة ، فأذن لهم في المتعة ثم نهي عنها ، فقال: " أيها الناس ، إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء ، وقد حرم الله ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده شيء منهن ، فيخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا " (2).

جاء في بداية المجتهد لابن رشد " وأما نكاح المتعة فإنه تواترت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه ، إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم .. " (3).

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 94-96.

(2) أنظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ص 70

(3) أنظر : الإمام ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، دار المعرفة بيروت لبنان 1986 ، ص 58.

وقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء ، أن نكاح المتعة باطل لا ينعقد أصلا ، بنهي النبي عنه ولأنه لم يكن زواجا بإجماع علماء المسلمين حتى الشيعة ، فلأنهم لا يرتبون لها حقوق الزوجة من نفقة وميراث(1).

وأما النكاح المؤقت فهو الذي ينشأ بلفظ من الألفاظ التي يعقد بها عقد الزواج ، ولكن بلفظ يفيد توقيت الزواج بوقت معين محدود طال أو قصر.

وقال جمهور الفقهاء : أن الزواج المؤقت باطل ، لأنه من زواج المتعة أو على الأقل هو معناه ، لأن الغرض أو الهدف من النكاح المؤقت هو ذات ونفس الغرض من المتعة ولذا فإن اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت جعلها غير صالحة لإنشاء الزواج(2).

ومما يتصل بهذا الموضوع كذلك ما يسمى بزواج المحلل وهو أن يتزوج رجل مطلقة غيره ثلاثا بعد انقضاء عدتها ليجعلها لزوجها الأول ، فالمحلل أيضا لم يقصد من هذا الزواج الدوام ، وإنما يريد به تحليل الزوجة لمطلقها واتخذ زواجه بها طريقا إلى ذلك.

وحكم هذا الزواج أنه حرام بإجماع مذاهب المسلمين لما رواه عقبة بن عامر أن رسول الله قال: " ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله ، قال: هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له " (3).

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 47.

(2) نفس المرجع ص 48.

(3) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج 5 ، دار الريان للتراث القاهرة ، 1987 ، ص 10.

الركن الثاني: الولي (الولاية في الزواج).

الولاية — بكسر الواو وفتحها — لغة: هي النصرة والقدرة وعند الفقهاء تعني سلطة شرعية تمكن صاحبها من مباشرة العقود ، وترتب آثارها عليها (1).

أولا: شروط الولي.

- 1- أن يكون بالغاً ، عاقلاً لأن الولاية إنما تثبت لمن يقدر على تحقيق مصالح الغير فلا تصح من شخص صغير السن ولا من مجنون ولا معتوه ، لأن هؤلاء لا ولاية لهم على أنفسهم فمن باب أولى لا ولاية لهم على غيرهم.
 - 2- أن يكون مسلماً في الولاية على مسلم أو مسلمة ، فلا يزوج الكافر المسلمة لقوله تعالى: " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين " (2) لأن غير المسلم لا يؤتمن على مصالح المسلم. الإمام (رئيس الدولة حالياً) ونوابه فثبت ولايتهم على المسلمين ، وغير المسلمين لأنه صاحب الولاية العامة في الدولة .
- وزاد بعض الفقهاء بعض الشروط منها أ، يكون عدلاً إلا أن هذا الشرط مختلف فيه بين الفقهاء ، والراجح من الأقوال أن هذا الشرط غير معتبر .
- ثانياً: أنواع الولاية. الولاية نوعان، وهما :
- ولاية على المال. وهي سلطة التصرف في المال ، سواء أكانت قاصرة أم متعدية ، وليست هي موضوع الدراسة .
 - ولاية على النفس . وهي سلطة إنشاء عقد الزواج وهي المقصودة من هذا البحث.
 - والولاية على النفس أيضاً نوعان:
 - ولاية قاصرة وهي سلطة تزويج الإنسان نفسه دون توقف على رضا أحد.
 - ولاية متعدية: وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه أو باختياره.

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص107 ، عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج1 ، ص 164.

(2) سورة آل عمران ، الآية 28.

١- الولاية القاصرة على النفس:

اتفق الفقهاء على أن الولاية القاصرة على النفس تثبت للرجل البالغ العاقل ، فإذا زوج نفسه ممن يريد الزواج منها ، كان زواجه هذا صحيحا ، وليس لغيره حق الاعتراض على التصرف الذي صدر منه مادام أمرا مشروعاً.

أما المرأة البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في ثبوت هذه الولاية لها(1):
فيرى المالكية ، والشافعية ، والحنابلة وكثير من العلماء إلى أنه ليس للمرأة أن تزوج نفسها ، ولا أن تزوج غيرها ، وإنما الذي يزوجه هو وليها. وقد استندوا في قولهم هذا إلى ما يلي:
أ- قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا" (2)، فكان ذلك دليلاً على أن سلطة التزويج إليهم وليس إلى النساء .

ب- ما جاء في السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدخل في هذا الإطار منها:
ما روي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها ، فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " (3).

ما رواه أبو هريرة ، أنه عليه الصلاة والسلام قال: " لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها " (4).
ما قاله الفقهاء من أن الزواج له مقاصد سامية ، يعقد لأغراض لا تتحقق لكل واحد وبالتالي فإنه يتطلب نوع من الخبرة بأحوال الرجال ، ومعرفة من يصلح منهم للحياة الزوجية .
والمرأة قد لا يتيسر معرفة كل هذه الأمور لقلّة تجاربها مما يجعلها قد تنجر إلى الموافقة على الزواج من رجل لا يصلح لها، فكان من المصلحة جعل الزواج بيد الأولياء ، لأنهم أقدر على وزن الأمور(5).

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 275 وما بعدها .

(2) سورة البقرة ، الآية 221.

(3) أنظر : الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ج 6 ص 101.

(4) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية، المرجع السابق ج 5 ، ص 102 .

(5) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 1 ص 182.

وذهب أبو حنيفة ، وأبو يوسف إلى إثبات هذا الحق لها ، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، متى كان الزوج كفتا ، والمهر مهر المثل ، و لا اعتراض لأحد عليها ، كما لها أن تزوج غيرها(1) ، وقد استدلوا بما يلي:

أ- قوله تعالى: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ... " (2) ، وقوله تعالى: " وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن ... " (3) وقوله تعالى: " فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف " (4) ، فهذه الآيات الكريمة تدل على أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ، ويترتب آثاره من غير توقف على إذن الولي أو على ولايته.

ب- ما ورد في السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدل على أن للمرأة حق الولاية على نفسها منها:

ما رواه عباس ، عن الرسول عليه الصلاة والسلام أنه قال: " الأيم (الثيب) أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها " (5).

فدل هذا الحديث الصحيح على أن المرأة أحق من الولي في عقد زواجها.

ج- إن المرأة عندما تباشر عقد زواجها بنفسها ، إنما تتصرف في حق خالص لها ، وهو نفسها ، ولا اعتراض لأحد عليها في ذلك ، مادامت بالغة راشدة ، وتزوجت بكفاء ، ومهر المثل وإنما يطالب الولي بمباشرة العقد استحبابا ، وصونا للمرأة من حضورها بمجالس الرجال.

يقول ابن القيم: "إن البكر البالغة العاقلة الرشيدة ، لا يتصرف أبوها في أقل شئ من مالها إلا برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها ، إلى من يريد هو وهي من أكره الناس فيه .. ومعلوم أن إخراج مالها كله بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها. بمن لا تختاره بغير رضاها" (6).

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 276.

(2) سورة البقرة ، الآية 230.

(3) سورة البقرة ، الآية 232.

(4) سورة البقرة ، الآية 234.

(5) أنظر : الإمام ابن رشد ، المرجع السابق ، ج 2 ، 101

(6) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 97 .

والرأي الراجح الذي نراه يتماشى مع النصوص القانونية الواردة ويتمشى مع رأي الجمهور ، من أنه لا بد في عقد الزواج من رضا المرأة ووليها ، بكرةً كانت أو ثيباً ، لأن الزواج لا يربط بين زوجين فحسب ، بل يربط بين أسرتين برباط الألفة والمحبة ، ويضيف إلى أسرة الزوجة عضواً جديداً يختلط بها ، ويطلع على أسرارها ، فلا يصح في عقد كهذا أن يُهمل فيه رأي الولي ، أو يُتغاضى فيه عن رأي المرأة.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة 11 على أن يتولى زواج المرأة وليها ، ولم يسمح لها كما هو واضح من النص من أن تنفرد بإبرام العقد

2- الولاية المتعدية على النفس: وهي سلطة تزويج الإنسان غيره جبراً عنه وهي نوعان:

- ولاية إجبار: وهي التي يستبد الولي فيها بتزويج من تحت ولايته ، بغير إذنه ورضاه. فولاية الإيجار تثبت على الصغير أو من في حكمه بالنسبة للذكر ، وتثبت للصغيرة بالنسبة للبنات سواء كانت بكرةً أو ثيباً ، كما أضافوا الثيب البالغة إذا ظهر فسادها وكذا المجنونة.

- ولاية اختيار: وهي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه ، بل لا بد من مشاركة الزوجة وليها في اختيار الزوج ، ويتولى الولي عقد الزواج، وهي تثبت على البالغة سواء كانت بكرةً أم ثيباً.

ويقول ابن القيم في زاد المعاد: " لا تجبر البكر البالغة على النكاح ، ولا تزوج إلا برضاها ، وهو القول الذي ندين الله به ، ولا تعتقد سواه ، وهو الموافق لحكم رسول الله ، وأمره ، ونهيه ، وقواعد شريعته ومصالح أمته " (1).

أما من تثبت له الولاية فأغلب الفقهاء يرون بأنها تكون للأب والجد وزاد البعض العصبات على طريقة الموارث بمعنى جميع الأقارب ، الأقرب فالأقرب فإذا لم يوجدوا تنتقل إلى ذوي الأرحام. وتنتهي إلى السلطان لأن السلطان ولي من لا ولي له لقوله عليه الصلاة والسلام " .. فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له " (2).

وبهذا أخذ قانون الأسرة في المادة 11 ، كما أخذ قانون الأسرة بولاية الاختيار في المادة 13 بحيث لم يجز للولي أن يزوج المرأة دون موافقتها .

(1) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، ج5 ، ص 96.

(2) أنظر : فتح الباري شرح صحيح البخاري ، المرجع السابق ، ج9 ، ص 97

ثالثا: الوكالة في الزواج.

القاعدة العامة في الوكالة: أن من ملك تصرفا من التصرفات جاز له أن يباشره بنفسه ، أو أن يوكل عنه غيره بمباشرته ، كالبيع والشراء ، والتزويج والطلاق، وغير ذلك من العقود التي تقبل النيابة.

وقد تكون الوكالة من أحد الطرفين بحيث يقوم بإبرام العقد وكيفا عن الزوج مثلا وآخر وليا على الزوجة وقد يكون كل منهما وكيفا عن الآخر ، وكما قد يباشر العقد وكيفا واحدا عن الطرفين معا.

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قام بدور الوكيل عن زوجين ، يشهد لذلك ما رواه أبو داود في سننه عن عقبه بن عامر ، أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل: أترضى أن أزوجهك فلانة؟ قال : نعم وقال للمرأة : أترضين أن أزوجهك فلانا؟ قالت : نعم ، فزوج أحدهما من صاحبه(1) .

وبما أن كامل الأهلية ، وهو البالغ العاقل يملك تزويج نفسه ، فله أن يوكل غيره يتولى عقد زواجه.

وأما فاقد الأهلية ، كالمجنون والمعتوه ، أو ناقص الأهلية كالصبي المميز ، فليس لأحد منهم الحق في توكيل غيره في عقد الزواج لأنه لا يملك تزويج نفسه وإنما الولي هو الذي يقوم بذلك. وقد أجاز قانون الأسرة للزوج أن يوكل غيره في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة نص عليها في المادة 20 أما توكيل المرأة فقد اختلف فيها الفقهاء وذهب الجمهور إلى أن الولي هو الذي يزوجه دون توكيل منها وإن كان الأمر يستدعي أخذ رأيها(2).

وأما أبو حنيفة فيرى أنه يصح منها التوكيل كما يصح من الرجل لأنه من حقها أن تنشأ العقد كما قلنا ، فمن باب أولى أن توكل عنها من يقوم بإنشائه(3) .

(1) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ص 103.

(2) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 327.

(3) نفس المرجع ، ص 327 و328.

ونرى حصر هذه الحالة في المرأة التي لا ولي لها. فيحوز لها أن توكل من تثق فيه ليبرم عقد زواجها. وإلا فالسلطان ولي من لا ولي له. أما أحكام وحدود الوكالة فتخضع للقواعد العامة المتعارف عليها.

وقد نص قانون الأسرة الجزائري كما أسلفنا على أحقية الرجل في التوكيل دون المرأة على أساس أن المرأة لا تستطيع أن تبرم عقد زواجها بدون حضور وليها. أما الرجل فإما أن يبرم عقد زواجه بنفسه أو يقوم بتوكيل غيره في إبرام عقد الزواج.

وأما الوكالة، ففي العقد الشرعي تكون شفوية، أما إبرام العقد من الناحية القانونية عند الموثق أو ضابط الحالة المدنية فإن المادة 20 من قانون الأسرة اشترطت أن تكون خاصة مكتوبة.

الركن الثالث: المهر أو الصداق:

أولاً: تعريفه.

المهر هو الحق المالي الذي أوجبه الشارع على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق ، أو الأجر ، أو الفريضة ونحو ذلك مما هو مذكور في القرآن الكريم. وتستحق المرأة المهر بالعقد في الزواج الصحيح ، أو بالدخول الحقيقي في الزواج الفاسد (كأن يكون بدون شهود). فإذا تم عقد الزواج صحيحاً ، وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد ، ولو لم يعقبه دخول ، بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقاً للزوجة أو لورثتها(1).

والمهر عند الحنفية ليس ركناً من أركان عقد الزواج ، وإنما هو أثر من آثاره ، فيصح الزواج عندهم سواء سمي المهر أم لم يسمى في العقد ، أم نفي المهر. لأنه عند عدم التسمية أو النفي يمكن الرجوع إلى مهر المثل(2).

أما المالكية فقد أشرنا في السابق إلى أنهم يعتبرونه ركناً من أركان العقد ، فهم يرون بأن عقد الزواج لا يصح عند النص على نفي المهر . فلو تزوجها بشرط ألا مهر لها فقبلت ، لا يصح العقد. أما الزواج مع عدم ذكر التسمية فصحيح ، لأنه يمكن اللجوء إلى مهر المثل في هذه الحالة(3).

وعلى هذا فالمالكية يفرقون بين ما إذا اشترط نفي المهر وما إذا ترك تسمية المهر ، ويرون أن العقد غير صحيح في الحالة الأولى لأنه مخالف لمقتضى العقد ، وأما في الحالة الثانية يصح العقد ، لأن السكوت عن تسمية المهر لا ينافي العقد ، وإنما يعد رضا بالاحتكام إلى مهر المثل. وأما الحنفية فكما أسلفنا لا يفرقون بين الحالتين ويعتبرون العقد صحيحاً حتى ولو اشترط نفي المهر ، لأنه يمكن اللجوء إلى مهر المثل.

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج1 ، ص265.

(2) أنظر : د/ فريد فتیان ، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، دار واسط لندن ، 1986 ، ص 77.

(3) أنظر : د/ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1994 ، ص101.

ثانيا: مشروعية المهر.

المهر أو الصداق مشروع بالكتاب والسنة ، فمن القرآن نجد قوله تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحلة"(1) وقوله تعالى " فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة ، ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة "(2).

ومن السنة ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث سهل بن سعد أنه قال لرجل: " تزوج ولو بخاتم من حديد "(3). كما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام لم يخل زواجا من مهر، وهو ما انعقد عليه إجماع المسلمين من عصر الرسول إلى يومنا هذا.

والحكمة في تقرير مشروعية المهر هي إظهار لمكانة هذا العقد وتقديرا للمرأة ، وإشعارها بأنها موضع حبه وعطفه ورعايته ، وأنه سيتحمل عنها تكاليف الحياة.

وفيما يخص تسمية أو عدم تسمية المهر في العقد فإنها لا تؤثر في صحة العقد وهذا باتفاق الفقهاء ، لأنه عند عدم التسمية يلجأ إلى تقرير مهر المثل.

ويلاحظ أن المادة 15 من قانون الأسرة الجزائري قد أوجبت تحديد وتسمية المهر في العقد " يجب تحديد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا "

ثالثا: أنواع المهر.

المهر نوعان: المهر المسمى ومهر المثل.

- المهر المسمى : وهو ما اتفق عليه في العقد الصحيح أو فرض بعده بالتراضي.

- مهر المثل : وهو مهر امرأة من قوم أبيها ، كأختها أو عماتها تماثلها فيما يعتد به من صفات

النساء من السن ، والجمال، والمال ، ونحو ذلك من الصفات.

وإذا لم توجد من تماثلها من أسرة أبيها بما ذكرنا من الأوصاف ، أعتبر مهر المثل بمهر امرأة تماثلها من أسرة كأسرة أبيها.

(1) سورة النساء ، الآية 04.

(2) سورة النساء ، الآية 24.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ج5 ، ص 173

وأما ما يصلح أن يكون مهرا فهو كل مال متقوم معلوم نقدا كان أو منقولا قيميا أو مثليا ، أو كان منفعة يمكن تقديرها بمال . ويشترط فيها أن تكون من الأمور المباحة والمشروعة فلا يصح أن تكون من حرام ، لأن الزواج قصد به الحلال ولا سبيل إلى ذلك إلا بالحلال . وقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي :

" الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا أو هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء ."

رابعا: مقدار المهر .

اتفق فقهاء المسلمين على أن المهر لأحد لأكثره ، لعدم ورود النص من الشارع في ذلك . والشريعة لم نجد فيها ما يمنع أحدا من أن يمهر زوجته ما شاء من مال ، مهما بلغ قدره .

ولكن يستحب للرجل وللمرأة على السواء أن لا يبالغوا في مقدار المهر بالزيادة ، لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " إن أعظم النكاح بركة أيسره معونة " (1) والتشديد على الأزواج بالمغالاة في المهور ، كما هو شائع بين الناس اليوم يؤدي في غالب الأحيان إلى الإعراض عن الزواج ، وليس ذلك من مصلحة البنات .

أما الحد الأدنى فقد اختلف فيه الفقهاء ، وحاول بعضهم تقديره لكن هذه التقديرات مختلفة ولا نستطيع مقارنتها بالنقود الحالية .

ولذا نقول بأن عقد الزواج لا بد فيه من مهر سواء تمت تسميته في العقد أم لا . وهذا المهر لا تحديد لأكثره كما لا تحديد لأقله ويصح أن يكون أي شئ ، مما يدخل في معاملة الناس كلن يكون كتابا أو خاتما أو جهازا أو نقودا ونحو ذلك . وهذه المقادير تختلف من منطقة إلى أخرى ومن بلد إلى آخر . كما أن أحوال الناس تختلف بحسب الأعراف ، ومستوى المعيشة .

والمهر يجوز أن يكون معجلا بمجرد العقد ، وقد يكون مؤجلا كله أو بعضه بحسب الاتفاق . وإذا لم يكن هناك اتفاق وجب اتباع العرف المتعامل به .

غير أنه يستحب دفع المهر كله أو بعضه لحاجة المرأة إليه قبل الدخول ، حتى تستطيع أن تجهز نفسها وتستعد للزواج .

(1) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ج6 ص 82 ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج5 ، ص177 .

وسبق أن قلنا بأن المرأة تستحق المهر بمجرد إتمام العقد ، ويتأكد هذا المهر بالدخول الحقيقي بالزوجة والخلوة الصحيحة معها. هذا ما قاله أغلب الفقهاء .

كما يتأكد المهر أيضا في الزواج الصحيح بموت الزوج فإذا مات أحد الزوجين ولو قبل الدخول ، وقبل الخلوة الصحيحة تأكد المهر ، أصبح غير قابل للسقوط(1). وتستحق الزوجة نصف المهر بجملة من الشروط هي:

1- أن يكون عقد الزواج صحيحا.

2- أن يكون المهر قد سمي تسمية صحيحة.

3- أن يكون الطلاق قبل الدخول وبسبب من الزوج .

والدليل على ذلك قوله تعالى: " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ، وقد فرضتم لهن فريضة

فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح " (2) .

والحكمة في ذلك هي أن الزوج هو سبب الفرقة ، وهي لم تمنع في تمكينه من استيفاء حقه ، وكان هذا من شأنه أن يوجب كل المهر.

وبما أن حال الزوجة لم يتغير بعد الفرقة عما كانت عليه قبل العقد، اقتضى عدم استحقاقها شيئا من المهر . وبين هذا وذاك وفق الشارع الحكيم بين الوجهتين ، وراعى الجانبين ، وأوجب على الزوج لزوجه نصف المهر المسمى .

وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 16 على أنه : " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج ، وتستحق نصفه عن الطلاق قبل الدخول "

خامسا: قبض المهر والتصرف فيه.

سبق أن قلنا بأن المهر هو حق خالص للزوجة ، يحق لها أن تقبضه بنفسها أو توكل من تشاء في قبض هذا المهر ، وإن كان قد جرت العادة عندنا على أن الأب هو الذي يتولى قبض المهر لأنه هو الذي يتولى في الغالب تجهيزها.

(1) أنظر : د/ عبد الرحمن الصابوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج 1 ص 276.

(2) سورة البقرة ، الآية 237.

وما دام المهر حق من حقوق المرأة يثبت لها بمجرد تمام العقد فإن لها مطلق التصرف فيه ،
ما دامت كاملة الأهلية ، فلها أن تشتري به ما تريد أو تبيعه ، وتهبه ، أو تتنازل عنه لزوجها ،
ولا يجوز لأحد الاعتراض على ذلك(1).

وأما القضايا المتعلقة بالمهر وبالمنازعات التي تحدث بين الزوجين بشأنه أو بين ورثتهما فهي
متشعبة ويصعب حصرها.

ومن هنا مثلاً الاختلاف في تسمية المهر ، أو في مقداره والاختلاف في قبض المهر كله أو
بعضه ، والاختلاف في متاع البيت ونحو ذلك من الأمور فإن الفقهاء قد اختلفوا فيها اختلافاً
كبيراً.

إلا أننا يمكن أن نقول بأنها تخضع للقواعد العامة في الإثبات ، كتقدم البينة بالكتابة ،
الشهود والقرائن ، وتطبيق القاعدة المعروفة البنية على من ادعى واليمين على من أنكره . والمسألة
تقديرية للقاضي ، يحكم فيها للزوج أو للزوجة بحسب طبيعة الأشياء ، فمن الأشياء ما لا يصلح
سوى للنساء ، فيقضي لها بها ، ومن الأشياء ما يختص بها الرجل دون النساء فيقضي له .

وأما الأشياء المشتركة فتخضع للإثبات أو اليمين . وهو ما نص عليه قانون الأسرة في

المادة 17.

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 186.

الركن الرابع: الشهود:

من المتطلبات التي يتطلبها عقد الزواج أيضا هو الإشهاد بمعنى أن يتم العقد بحضور شاهدين ، مستكملين لشروط الشهادة ، لأن عقد الزواج له خطره ومكاته في الإسلام . فكان من الواجب إعلانه للناس ، وإخراجه عن حدود الكتمان وقد دل على ذلك قول الرسول عليه الصلاة والسلام في قوله " لا نكاح إلا بولي ، وشاهدي عدل " (1).

أولا: شروط الشهادة . و يشترط في الشهادة ما يلي:

1. العقل ، البلوغ ، والحرية ، فلا يصح الزواج بحضور المجانين ، والأطفال الصغار ، ونحو ذلك ممن تكون إرادتهم معدومة أو ناقصة ، لكون الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية لهؤلاء على أنفسهم ، فمن باب أولى لا تثبت لهم الشهادة على غيرهم.
 2. سماع كل من الشاهدين كلام العاقدين وفهما المراد منه ، والسماع يعني الحضور بالضرورة ، لأن الذي يسمع يكون حاضرا . فلا يصح الزواج بحضور أصميين ولا نائمين لعدم تحقق المقصود من الشهادة.
 3. التعدد: بمعنى أن يحضر العقد أكثر من شاهد واحد فلا تصح شهادة رجل واحد بل لا بد من رجلين أو رجل وامرأتان ، ولقوله صلى الله عليه وسلم " لا نكاح إلا بشهادتين " وقوله تعالى: " واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ، ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى " (2).
- وقال الفقهاء بعدم صحة الشهادة من النساء في عقد الزواج مهما بلغ عددهن ، فشهادتهن وحدهن لا تقبل إلا فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة.
- كما أن المالكية والشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة شهادة رجل وامرأتين ، فهم يشترطون الذكورة فقط. أما لأحناف فيحيزون شهادة المرأة بشرط توفر النصاب .
- ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسألة فاكتفى في المادة التاسعة بذكر شاهدين دون تحديد هل من الذكور فقط ، أم يصح من الذكور والإناث ، ولعله اغفل هذا الكون الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج .

(1) أنظر : الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 153.

(2) سورة البقرة ، الآية 282.

4. الإسلام: إذا كان كل من الزوجين مسلما ، فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة بشهادة غير المسلمين باتفاق العلماء . وأما إذا كان الزوج مسلما والزوجة من أهل الكتاب فلا يشترط إسلام الشاهدين عند أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز أن يكون الشاهدان أو أحدهما كتابيين. ويرى آخرون بعدم جواز شهادة غير المسلمين لأن الشهادة ولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

5. العدالة: ذهب الشافعية ، والحنابلة إلى اشتراط العدالة فلا يصح الزواج بشهادة الفاسق خاصة إذا علم فسقه. ويرى المالكية أن العدالة مندوبة في الشهود ، فإن تعذر ذلك فيكفي أن يكونا مستوري الحال.

وأما الأحناف فلم يشترطوا العدالة ، لأن الشهادة شرعت لإظهار شأن الزواج ، وقد يتحقق ذلك بحضور الفاسق ، لأنه أهل لأن ينشئ عقد الزواج لنفسه ولغيره ، فيجوز أن يكون شاهدا على زواج غيره.

هذه الشروط المذكورة آنفا هي من أقوال الفقهاء ، أما القانون فلم ينص عليها سوى ما يعود للقواعد العامة كاشتراط الرشد وسلامة العقل .

ثانيا: حكم الشهادة.

اختلف الفقهاء في شرط الشهادة في الزواج. فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية وأحمد في المشهور عنه إلى أن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج (1)، لقوله عليه الصلاة والسلام " لا نكاح إلا بولي ، وشاهدي عدل " .

وأما المالكية فلا يشترطون الإشهاد بصحة الزواج بل يشترطون الإعلان عنه ، فلا تكفي الشهادة وحدها فلو اتفق الزوجان مع الشاهد على كتمان العقد وعدم إعلانه للناس يكون العقد باطلا عندهم (2) .

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص122.

(2) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج1 ص104.

جاء في مختصر خليل " إن الإشهاد على النكاح واجب ، وكونه عند العقد مندوب زائد على الواجب ، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب ، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء" (1)

ولكنهم استحبوا الإشهاد عند العقد ، و إلا كان واجبا عند الدخول . فإذا وجدت الشهادة عند العقد أو عند الدخول كان العقد صحيحا وإذا لم توجد في الحالتين كان الزواج غير صحيح.

والرأي الراجح الذي عليه جمهور الفقهاء هو اعتبار الشهادة شرط في صحة العقد . لأن عقد الزواج يرتبط بالإعراض ، فالإشهاد عليه ينفي التهمة ، ويزيل الظنون والشكوك ، وهذا بطبيعة الحال يؤثر على الأسرة .

أما قانون الأسرة فكما رأينا فإن الشهادة اعتبرت كركن في عقد الزواج (المادة 09).

(1) هذا الكلام نقله الدكتور عبد الرحمان الصابوني في كتابه شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج1، ص 104 . مشيرا إلى المرجع في الهامش إلى: الدسوقي على الدردير على خليل ج 2، ص 220.

المطلب الثالث

إبرام عقد الزواج وإثباته

أولاً: من حيث الانعقاد.

حدد القانون طريقة انعقاد الزواج وكيفية إثباته في المواد من 18 إلى المادة 22 أي أنه حدد الجهة التي يعقد أمامها عقد الزواج حيث لاحظنا الازدواجية في العقد من الناحية القانونية .
إذ نصت المادة 18 على أن يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً. والمقصود به هنا ضابط الحالة المدنية ، بل إننا سنلاحظ بأن هناك جهة ثالثة يعقد أمامها العقد أولاً وهو العقد الشرعي بواسطة إمام المسجد ، أو غيره من الناس ، فإذا لم يسجل بعد انعقاده يثبت بحكم قضائي (المادة 22) .

ويلاحظ أنه وإن أباح الشرع والقانون تعدد الجهات التي يبرم أمامها العقد من باب التيسير إلا أنها ليست مستحسنة لأسباب شرعية وقانونية ستتعرض لها لاحقاً.

ثانياً: من حيث التسجيل والإثبات.

وفيما يخص تسجيل عقد الزواج فإن إجراءات التسجيل تخضع لأحكام قانون الحالة المدنية (1) المواد 71 إلى 77 .

وأما الزواج فلا يثبت من الناحية القانونية إلا بمستخرج من سجل الحالة المدنية ، أو بواسطة حكم قضائي بعد تسجيله في سجل الحالة المدنية (المادة 22) من قانون الأسرة.
كما تعرض القانون أيضاً لحكم تخلف هذه الأركان في المواد من 32 إلى 35 حيث تكلم عن أحكام العقد الباطل والفساد الذي لم يستوف كل أو بعض الشروط اللازمة لانعقاده حتى لا يترك موضوع الزواج للتحايل والتلاعب بأحكام الشرع ، لأن أحكامه تعد من النظام العام ، لكن يبدو أن الشرع لم يوفق في ضبط هذا الموضوع بشكل كامل ومنسجم مع مقتضيات الشرعية والقانونية الأمر الذي يحتم العودة لهذا الموضوع لاحقاً .

(1) أمر رقم 70 / 70 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هجرية الموافق 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

المطلب الرابع

التعدد في الزواج.

نص القانون في المادة الثامنة على مبدأ تعدد الزوجات وحدد له بعض الضوابط حتى لا يساء استعماله في المجتمع، لأن الشرع الإسلامي جعل نظام التعدد كحل علاجي يلجئ إليه الإنسان لرفع الحرج عن نفسه، لكن وعلى ما يبدو فإن الكثير من الناس لم يفهموا المغزى من نظام التعدد من جهة، ولأن الكثير منهم قد استخدموا موضوع التعدد في غير محله الأمر الذي يتطلب تدخل المشرع لضبطه بشكل يضمن تطبيق هذا الحق الشرعي في إطاره الصحيح، بعيداً عن التضييق والمنع ولو بطريق غير مباشر.

أولاً: مشروعيته.

بداية نقول بأن الإسلام ليس أول من شرع نظام تعدد الزوجات فقد كان موجوداً في الأمم القديمة عند اليونانيين، والصينيين والهنود، والبابليين، وقدماء المصريين. وقد أبحاثه الديانة اليهودية دون حد، وأنبياء التوراة قد أكثروا من النساء، كداود، وسليمان. وكان العرب قبل الإسلام يعملون بنظام تعدد الزوجات بدون قيد.

وعندما جاء الإسلام الخفيف كان لا بد من أن يعالج هذه المسألة الهامة. ولذلك فإن الإسلام لم ينشأ هذا النظام وإنما هذب وعدله، ونظمه، ونزل به إلى حد أربع زوجات كحد أقصى، وفضل عليه الاكتفاء بزوجة واحدة، كما أوجب العدل بين الزوجات عند التعدد، منعاً للظلم والتعدي، حيث قال تعالى في سورة النساء "فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع، فإن خفتن ألا تعدلوا فواحدة أو ملكت أيمنكم، ذلك أدنى ألا تعولوا.." (1).

وعلى ذلك فالآية دالة على منع الزيادة فوق أربع نسوة كحد أقصى. وقد جاءت السنة النبوية موافقة لهذا النص، فقد روي أن غيلان الثقفي أسلم، وتحتة عشر نسوة تزوجهن في الجاهلية وأسلمن معه، فقال له الرسول عليه الصلاة والسلام "أمسك أربعاً، وفارق سواهن" (2). ولم نجد في حياة الرسول، ولا بعده إلى يومنا هذا أحداً قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في زواج صحيح، فكان هذا بمثابة إجماع عملي على عدم جواز الزيادة فوق أربع زوجات.

(1) سورة النساء، الآية 03.

(2) أنظر: الإمام ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ج 5، ص 115.

وأما زواج الرسول عليه الصلاة والسلام بأكثر من أربع نساء فهو أمر يختص به هو وحده ولا تشاركه فيه الأمة ، حيث أن الله تعالى قد أباح له ذلك إلى أن وصل به إلى الحد الذي منعه من التعدد ، حيث قال تعالى: "لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن " (1). وكان هذا بعد الزيادة فوق أربع زوجات.

وقد يتساءل سائل لماذا أمر الرسول المسلمين الذين كانت لهم أكثر من أربع زوجات بأن يحسبوا أربع زوجات لكل واحد ويفارقوا الأخريات ولم يطبق ذلك على نفسه لأنه كان يجمع بعد نزول آية المنع أكثر من أربع زوجات؟ .

نقول أن الرسول صلى الله عليه وسلم لو طلق إحدى زوجاته فليس لأحد بعده أن يتزوجها بنص القرآن، وهنا يكون الطلاق ظلماً لها، حيث يقول تعالى في سورة الأحزاب " وما كان لكم أن تؤدوا رسول الله ، ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبدا ، إن ذلكم كان عند الله عظيماً " (2).

وأما التساؤل الثاني الذي يتبادر إلى الذهن هو: لماذا أباح الله تعالى التعدد في الزواج واشترط فقط العدل بين الزوجات ، لقوله تعالى: " فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة " (3) ثم يعود القرآن فينفي هذه الاستطاعة في العدل حيث يقول تعالى " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة " (4) .

إن هذا الأمر قد دفع البعض إلى القول بأن موضوع التعدد غير جائز لأن هناك تعارض في حكم الآية الأولى والثانية وهو ما يدل على أن الإنسان لا يمكن أن يجمع بين الاستطاعة وضدها وهو ما يعني أن الله تعالى لم يبيح تعدد الزوجات ولو أننا سلمنا بهذا الكلام فلن نستطيع أحد من المسلمين الزواج لأن العدل مفروض حتى ولو تعلق الأمر بزوجة واحدة فقط.

وحسب علمنا فإنه لا يوجد تعارض بين النصين ولذلك فالعمل بكليهما أمر مطلوب، فالنص الأول يشير إلى العدل المادي بين الزوجات في المبيت والمأكل والمسكن ، وكل ما يمكن

(1) سورة الأحزاب الآية 52.

(2) سورة الأحزاب ، الآية 53.

(3) سورة النساء ، الآية 03.

(4) سورة النساء ، الآية 129.

للزوج أن يوفره لزوجاته بالتساوي وهذا أمر يستطيع كل زوج أن يوفره لو أراد ذلك ، وبجانب عليه.

أما الآية الثانية التي تنفي استطاعة العدل بين الزوجات فهو العدل القلبي وليس العدل المادي ، ففطرة الإنسان دائما ميالة إلى الجمال والحاسن ونحو ذلك. وهذه الأمور قد لا تتوفر للزوجات الأربع ، فربما تتوفر لواحدة دون الأخرى ، وبالتالي تجسد الرجل يميل أكثر إلى إحداهن دون الأخرى . والآية وإن نفت الاستطاعة حتى مع حرص الإنسان على العدل القلبي ، فإنها طلبت من الزوج أن لا يميل كل الميل إلى من يرغب فيها ويترك الأخرى تركا تاما ، وإنما عليه أيضا أن يهتم بها أيضا ولو بدرجة أقل وهو قوله تعالى في الآية السابقة " ... فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة ". وذلك بعد أن قال " ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ... ". فإن العدل المقصود هنا هو العدل القلبي الداخلي وليس العدل المادي كما هو في الآية الأولى.

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقول " اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك " ومعنى هذا الدعاء أن النبي قد بين بأن القسمة بين الزوجات بالعدل أمر يستطيع أن يحققه ، إلا أن العدل القلبي لم يستطع ذلك لأنه تثبت أن أحب الزوجات إليه وهي عائشة رضي الله عنها ، ولذلك طلب من الله عز وجل إلا يؤاخذة على ذلك . وطبيعة الأمور تقتضي أن محبة الإنسان للآخرين سواء كانوا أصدقاء أو أبناء ، أو زوجات ليست على درجة واحدة ، فكل إنسان ، وكل زوجة لها ما يميزها عن الأخرى.

ثانيا: الحكمة من التعدد.

من الأسباب التي جعلت الشريعة الإسلامية تبيح نظام تعدد الزوجات نجد ما يلي (1):

1- زيادة عدد النساء على الرجال : فنسبة النساء في هذا العالم تزداد بشكل كبير على نسبة الرجال وفي الغالب هي بسبب الحروب والثورات ، فلوا اقتصر الزواج على واحدة فقط، لحل بالأمة ضيق وحرج لأن عددا كبيرا من النساء لا يجدن أزواجا. وإباحة التعدد يعتبر علاجا لهذه المسألة.

(1) في هذا المعنى ، انظر مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 259 وما بعدها.

2- قوة الغريزة الجنسية: فالشريعة عند إباحتها تعدد الزوجات تكون بذلك قد سايرت طبيعة الإنسان فلو منع الرجل من التزوج لأدى ذلك إلى وقوعه في المحذور ولأدى ذلك إلى الحكم على عدد لا يستهان به من النساء ، بأن يمكنهن عوانس طيلة حياتهن ، ويعشن في صراع مع الغرائز الجنسية التي كثيرا ما تؤدي بهن إلى الانحراف ، فيفسد المجتمع.

3- مرض الزوجة وعقمها ، فقد يحصل أن تصاب الزوجة بمرض عضال ، لا تأمل من ورائه الشفاء ، أو تكون عقيما لا تلد ، وأجهدت نفسها في العلاج دون نتيجة ، أو تكون عاجزة عن تدبير شؤون البيت بسبب عاهة مستديمة أصابها . وهنا يقتضي الحال الموازنة بين أمرين ، فإما أن يطلقها ويتزوج غيرها ويتركها على حالتها ، وإما أن يتزوج من أخرى ويبقيها في عصمته كزوجة كاملة الحقوق ومشمولة بالرعاية.

ونعتقد أن الإبقاء عليها وإضافة زوجة أخرى ترعاها وترعاه أفضل من أن يطلقها فربما يكون الطلاق سببا في ضياعها لأنها إن كانت مريضة مرضا دائما فلا أحد يتزوجها ، وإن كانت عقيمة لا تلد فقد لا تجد من يتقدم لزوجها ، لأن كل زوج يرغب في الإنجاب .

هذا وإذا كان بعض المسلمين يلجئون إلى التعدد تلبية للتراث وإشباع الغريزة ، ولا يعدلون بين الزوجات فإن العيب ليس في تشريع إباحة التعدد ، وإنما هو في طريقة تطبيقه أو في سوء استعمال الحق الذي أباحه الإسلام.

وإصلاح هذا العيب في اعتقادنا لا يكون بحظر التعدد ومنعه كما حدث في التشريع التونسي(1) وإنما يجب وضع بعض الضوابط التي تنظمه بشكل يمنع إساءة استعمال هذا الحق .

وأما الضوابط القانونية المنصوص عليها في المادة 08 سالف الذكر فتتلخص فيما يلي:

أولاً: وجود المبرر الشرعي دون أن يحدد النص المقصود بالمبرر الشرعي.

ثانياً: توافر شروط ونية العدل ، أما شروط العدل فهي مظاهر مادية يسهل التعرف عليها كالقدرة على النفقة وتوفير المسكن . أما نية العدل فهي مسألة كامنة في قلب وذهن الإنسان ، بالتالي يصعب التعرف عليها.

(1) نصت المادة 18 من القانون التونسي على عقوبة الحبس لمدة سنة ، أو الغرامة لكل من يخالف القاعدة القانونية التي تمنع التعدد.

ثالثا: علم الزوجة السابقة واللاحقة ،أي ضرورة إخبار الزوجة السابقة واللاحقة بموضوع الزواج الثاني حتى لا تفاجئ إحداهن بهذا الزواج من جهة وتفاديا لما عساه أن يحدث وهي موازنة أرادها المشرع بين حق الزوج في التعدد باعتباره أمرا مشروعاً وحق الزوجتين في العلم بهذا الزواج ، فربما تكون قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها ،أو اشترطت عليه في حالة الزواج بأخرى ألا يسكنها معها ،ومثل هذه الشروط تصح شرعا وقانونا تطبيقا لنص المادة 19 من قانون الأسرة،حيث نصت على ما يلي "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 فقد نص في المادة الثالثة على موضوع التعدد كما يلي:

المادة 03 فقرة 4 لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة

ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة .

فقرة 5 إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

فقرة 6 كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 5و4 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما .

فقرة 7 استثناء من أحكام الفقرتين 5و4 من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة .

ويلاحظ أن هذه الفقرة السابعة أضيفت بالتعديل السادس للقانون سنة 1980 .

أما قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 فقد نص في المادة 17 على ما يلي :

- للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتها .

وهذه الصيغة هي بمقتضى تعديل 1975 ،وقد كانت الصيغة السابقة كما يلي: "للقاضي ألا يأذن

للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إذا تحقق أنه غير قادر على نفقتها "

المطلب الخامس

موانع الزواج

اختصت الشريعة الإسلامية في كثير من المواضيع بتشريعات مفصلة تفصيلا دقيقا لا مجال للرأي فيه لأنها من الأمور الخطيرة التي لو تركت للبشر لعاثوا في الأرض فسادا.

ومن ضمن هذه الأمور قضايا الزواج والطلاق والنفقة والميراث وغير ذلك من الأمور المتعددة. وما دنا بصدد الحديث عن الزواج ، فإن الشريعة الإسلامية قد حددت في باب موانع الزواج أصناف النساء اللاتي يحرم التزوج بهن . والمحرمات من النساء الأحكام فيها لا تختلف باختلاف الزمان والمكان ، لأنها من الأمور الثابتة التي لا تقبل التغيير ، ولا التبديل ، وليس فيها مجال الاجتهاد لأنه لا اجتهاد مع وجود نص .

والمحرمات من النساء نوعان:

أ — محرمات بصورة مؤبدة ، وهي ما كان سببها ثابتا لا يزول كالأم ، والبنات ، والأخت وغيرها ...

ب — محرمات بصورة مؤقتة : وهي ما كان سببها أمرا يحتمل الزوال كزوجة الغير ، والمشاركة وغير ذلك.

وأحكام هذا الموضوع نجدتها في المواد من 23 إلى 31 من قانون الأسرة وهي مصنفة على النحو

التالي :

أولا: المحرمات تحريما مؤبدا:

هناك ثلاثة أسباب للتحريم بصورة مؤبدة وهي :

— القرابة — المصاهرة — الرضاع.

1. المحرمات بسبب القرابة: قال تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم ، وبناتكم وأخواتكم

وعماتكم وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت " (1).

ومن هذا النص نستنتج أن المسلم يحرم عليه بسبب القرابة أربعة أنواع وهي :

(1) سورة النساء ، الآية 23.

أ. الأصل من النساء وإن علا ، وهي الأم ، وأم الأم وإن علت ، وأم الأب ، وأم الجد وإن علت ، لأن هذه الأصناف تدخل في لفظ الأم دلالة.

ب- الفرع وإن نزل ونعني به : البنت وما تناسل منها وبنت الابن وإن نزل ، وما تناسل منها ، لأن لفظ .. وبناتكم ... لفظ عام لكل بنت يدخل فيه كل هؤلاء أيضا.

وأما بنت الرجل من الزنى فتحرم عليه أن يتزوجها ، لأنها بنته حقيقة ، ولغة ، ومخلوقة من مائة ، ولهذا يحرم ابن الزنى على أمه ، وهو رأي الحنفية والجعفرية والحنابلة وبعض المالكية.

وذهب الشافعية إلى عدم حرمتها عليه ، لأن البنوة التي تبني عليها الأحكام هي البنوة الشرعية وهي منتفية هنا . والرأي الأول الذي يقول بالحرمة هو الرأي الراجح (1) . ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى هذه المسألة بتاتا . على خلاف تشريعات بعض الدول العربية كالتشريع الكويتي الذي نص في المادة 15 على أنه يحرم على الشخص فرعه من الزنى ، وإن نزل ... " .

ج - فروع الأبوين أو أحدهما وإن نزلن ، وهن الأخوات شقيقات أو لأب أو لأم وفروع الاخوة والأخوات فيحرم على الإنسان أخواته جميعا ، وأولاد أخواته وفروعهم مهما كانت الدرجة لقوله تعالى " ... وأخواتكم ... وبنات الأخ . وبنات الأخت " .

د. فروع الأجداد والجدات إذا انفصلن بدرجة واحدة ، وهن العمات ، والخالات شقيقات أو لأب أو لأم ، وكذلك عمات الأصل وخالاته ، لقوله تعالى " .. وعماتكم ، وخالاتكم " .

أما بنات الأعمام والأخوال ، وبنات العمات والخالات ، وفروعهن فيجوز التزوج بهن لعدم ذكرهن في المحرمات : " يا أيها النبي إنا أحللتنا لك أزواجك ... وبنات عمك وبنات عماتك ، وبنات خالك ، وبنات خالتك اللاتي هاجرن معك ... " (2) .

وحكمة التحريم تتلخص في عدم اختلاط الأنساب .

وما أحله الله للرسول يحل لأمته ، ما لم يقم الدليل على أن الحل خاص بالرسول عليه الصلاة والسلام .

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 186 .

(2) سورة الأحزاب ، الآية 50 .

2- المحرمات بسبب المصاهرة:

قال تعالى: " ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا
وساء سيلا " (1) وقال تعالى: " حرمت عليكم أمهاتكم ... وأمهات نساؤكم وربائبكم اللاتي في
حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ،
وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم .. " (2).
ولهذا فيحرم بالمصاهرة أربعة أصناف وهي:

أ- زوجة الأصل ، وهو الأب وإن علا ، سواء أكان من العصابات كأبي الأب، أم من ذوي الأرحام
كأبي الأم، وبمجرد عقد الأب عليها عقدا صحيحا تصبح محرمة على فرعه وإن لم يدخل بها. ويمتد
التحريم من زوجة الأب إلى زوجة الجد أيضا وإن علا لأن لفظ الأب جاء عاما فيشمل أيضا الجد.

ب- أصل الزوجة وهي أمها ، وأم أمها ، وأم أبيها ، وإن علت ، سواء أدخل بزوجه أم لم يدخل.
وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أيما رجل تزوج
امرأة ، فطلقها قبل أن يدخل بها ، أو ماتت عنده فلا يحل له أن يتزوج أمها " .

ولذلك استخلص الفقهاء قاعدة هامة وهي : " العقد على البنات يحرم الأمهات " (3).

ج- فروع الزوجة: وهن بناتها ، وبنات بناتها ، وبنات أبنائها وإن نزلن بشرط الدخول بالزوجة ، فإذا
لم يكن هناك دخول فلا تحرم عليه فروعها بمجرد العقد فلو طلقها أو ماتت عنه قبل الدخول بها ، فله
أن يتزوج بنتها. وهذا هو معنى قول الفقهاء " الدخول بالأمهات يحرم البنات " وهو معنى قوله تعالى "
وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح
عليكم " (4).

والربائب جمع ربيب ، وربيب الرجل : ولد امرأته من غيره ، ولذلك فإن الربيبة وهي ابنة الزوجة تحرم
على زوج أمها بنص الآية سواء أكانت في الحجر أم لم تكن وهي تحظى بما تحظى به البنت الصليبية من
عطف وحنان .

(1) سورة النساء ، الآية 22.

(2) سورة النساء ، الآية 23.

(3) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 1 ، ص 122.

(4) سورة النساء ، الآية 23.

د- زوجة الفرع : أي زوجة ابنه ، أو ابن ابنه ، أو ابن بنته مهما بعدت الدرجة سواء دخل الفرع بزوجه أو لم يدخل بها لقوله تعالى : " وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم .. " (1). والمقصود بها وهي زوجة الابن وقد أكدت الآية على البنت الصلبية ، لإخراج الأبناء بالتبني ، فلا تحرم زواجهم لأنهم ليسوا أبناء من الصلب فهم غرباء عنه . وأما أصول زوجة الفرع وفروعها فغير محرمت على الأصل ، فله مثلا أن يتزوج بأم زوجة فرعه .

وحكمة تحريم المحرمات بالمصاهرة أن رابطة المصاهرة كرابطة القرابة ، فإن تزوج شخص من قوم صار كأحد منهم بعد أن كان أجنبيا عنهم .

3- المحرمات بسبب الرضاع:

قال تعالى: "حرمت عليكم .. وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ... " (2) . وهذه الآية صريحة في تحريم الأمهات والأخوات بسبب الرضاعة كما أنها تشير بصورة ضمنية إلى الأصناف الأخرى ، لأنها سمت التي أرضعت بالأم ، وأولادها بأنهم إخوة وأخوات ، فدل ذلك على أن، الرضاع يصل الرضيع بمن أرضعته صلة الفرع بأصله ، وعن الصفتين الأصل والفرع تتفرع سائر المحرمات رضاعا.

وقد جاءت السنة مؤكدة هذا المعنى ، فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " (3). ولقد جاءت المادة 27 من قانون الأسرة الجزائري بمجسدة هذا المعنى في قولها "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " وهذا التحريم بالرضاع يشمل ما يلي:

أ-أصول الشخص من الرضاع ، أي أمه رضاعا ، وأمها وإن علت وأم أبيه رضاعا ، وأمها وإن علت.

ب- فروع من الرضاع ، أي بنته رضاعا ، وبنتها وإن نزلت وبنت ابنها رضاعا ، وبنتها وإن نزلت.

(1) سورة النساء ، الآية 23 .

(2) سورة النساء ، الآية 23 .

(3) أخرجه البخاري ج 9 ، ص 119 ، زاد المعاد ، المرجع السابق ج 5 ، ص 121 .

ج- فروع أبويه من الرضاع ، أي أخواته رضاعا ، وبناتهن وبنات إخوته رضاعا ، وبناتهن وإن نزلن.
د- فروع جديه إذا انفصلن بدرجة واحدة ، أي عماته وخالاته رضاعا، وهؤلاء كما يحرم من نسبا فيحرم كذلك رضاعا . أما بنات عماته وأعمامه رضاعا ، وبنات خالاته ، وأخواله رضاعا فلا يحرم عليه رضاعا كما لا يحرم عليه نسبا. وكذلك فإن القرآن عندما أطلق على المرضعة لفظ الأم للذي أرضعته فإنما يتعلق الأمر بالولد الرضيع فقط دون سائر أخوته ولذلك فإن التحريم بالرضاع يشمل هو وحده دون أخوته، وهذا ما نصت عليه المادة 28 من قانون الأسرة.

*هل يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة؟

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة ، وذلك لما ثبت بأن الرضاع ينشئ صلة أمومة وبنوة بين المرضع والرضيع ، فتكون التي أرضعت كالتّي ولدت (1) .
ولهذا يحرم بالرضاع ما يحرم بالمصاهرة وهي:

- الأم الرضاعية للزوجة ، وأمها وإن علت سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل بها.
- البنت الرضاعية للزوجة ، وبناتها وإن نزلت وبنات ابنها الرضاعي ، وبناتها وإن نزلت بشرط الدخول بالزوجة.

- زوجات الابن الرضاعي ، وابن ابنه وإن نزل ، بمجرد العقد الصحيح .
وذهب الجعفرية ، وابن تيمية ، وابن القيم إلى أنه لا يحرم بالرضاع ما يحرم بالمصاهرة لعدم وجود دليل من القرآن أو السنة النبوية على هذا التحريم .

قال ابن القيم " أن الله لم ينص في كتابه على تحريم الرضاع إلا من جهة النسب ، ولم ينه على التحريم به من جهة الصهر البتة لا بنص ، ولا إيماء ، ولا إشارة ، والنبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يحرم به ما يحرم من النسب وفي ذلك إرشاد، وإشارة إلى أنه يحرم به ما يحرم بالصهر، ولو أنه أراد الاقتصار على ذلك لقال " حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب والصهر" (2) .

وأما جمهور الفقهاء فكما أسلفنا فإنهم يرون بوجود الحرمة أي يحرم بالرضاع ما يحرم من المصاهرة.

(1) أنظر : د/ مصطفى شليبي ، المرجع السابق ، ص 201.

(2) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 124.

وما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه لم ينص على هذه الحالة ولعله قد أخذ برأي الذين يرفضون التحريم بهذه الصورة قاصدا عدم التوسع. وقد نص قانون الأسرة في المادة 28 على أنه "يعد الطفل الرضيع وحده دون اخوته ولدا للرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها، ويسري التحريم عليه وعلى فروعه".

*مقدار ووقت الرضاع: المعروف أن الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي امرأة في وقت مخصوص هو مدة الإرضاع ، وسبب التحريم هو وصول اللبن إلى معدة الرضيع على وجه يساهم في إنبات اللحم وإنشاز العظم.

ولقد اختلف الفقهاء في مقدار الرضاع المحرم، فيرى الحنفية ، والمالكية أن قليل الرضاع وكثيره سواء وعلى هذا الرأي كثير من الصحابة والتابعين ، وحجتهم في ذلك أن النصوص الدالة على الرضاع مطلقة لم تقيد بعدد معين من الرضعات(1).

ويرى الشافعية ، والحنابلة في أرجح أقوالهم ، وكذلك ابن حزم الظاهري إلى أن التحريم لا يثبت بأقل من خمس رضعات مشبعات متفرقات.

ودليلهم في ذلك ما روي عن مسلم عن عائشة أنها قالت " كان فيما نزل القرآن عشر رضعات يجرمن ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ، وهن فيما يقرأ من القرآن " (2).

وعلة التحريم كما هو معلوم أن الإرضاع يساهم في إنبات اللحم وإنشاز العظم وذلك لا يكون إلا برضاع يوم كامل على الأقل ولا يكون بما دون خمس رضعات مشبعات ، متفرقات معلومات بيقين.

وعلى هذا الرأي ابن القيم حيث يرى أن الإرضاع لا يكون إلا بخمس رضعات معلومات . وأما قانون الأسرة الجزائري فقد أخذ بالرأي الأول الذي لم يفرق بين الرضاعة الواحدة أو المتعددة حيث نص في المادة 29، " لا يحرم الرضاع إلا ما حصل قبل الفطام أو في الحولين سواء كان اللبن قليلا أو كثيرا " .

وأما وقت الرضاع فقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه يكون خلال مدة الرضاع وهي حولين كاملين، لأن الرضيع في هذه المدة يكون في حاجة ماسة إلى اللبن لقوله تعالى " والوالدات يرضعن

(1) أنظر: د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص 209.

(2) أنظر: ك الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ، ج6، ص263 .

أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة(1) " .وقوله عليه الصلاة والسلام " لا رضاع إلا ما كان في الحولين " وأما ثبوت الرضاع ف يتم بالطرق العامة المعروفة في الإثبات كالإقرار أو البيينة والشهود ونحو ذلك.

ثانيا: المحرمات تحريماً مؤقتاً.

سبق أن قلنا أن التحريم المؤقت ما كان سببه أمراً يحتمل الزوال ، فيبقى التحريم ما بقي السبب قائماً ، ويزول إذا زال السبب. والتحريم على التأقيت يكون في الأحوال التالي:

أ: زوجة الغير ومعتدته:

يحرم على المسلم أن يتزوج من تعلق حق الغير بها بزواج أو عدة من طلاق أو وفاة وذلك لقوله تعالى: " حرمت عليكم ... والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيانكم " (2)، والمراد بالمحصنات من النساء المتزوجات منهن سواء أكان زوجها مسلماً أو غير مسلم .

كما يحرم عليه أن يتزوج معتدة غيره من طلاق رجعي أو بائن ، أو وفاة وذلك لقوله تعالى: " والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء " (3) ومعنى التربص هو الانتظار ، فلا يتزوجن مدة العدة. ولقوله تعالى أيضاً: " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً " (4) الحكمة في هذا المنع هو تحاشي الاعتداء على حق الغير بالتزوج من زوجته أو معتدته ، وكذلك لحفظ الأنساب والتأكد من سلامة الرحم.

ب: الجمع بين محرمين:

يحرم على المسلم أن يجمع بين محرمين وهذا لقوله تعالى: " حرمت عليكم ... وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف " (5).

(1) سورة البقرة، الآية 233.

(2) سورة النساء ، الآية 24.

(3) سورة البقرة، الآية 228.

(4) سورة البقرة الآية 234.

(5) سورة النساء الآية 23.

وجاء عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : " لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها
ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها " (1) .

والمراد بالمحرمين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، بحيث لو فرضت ابنتهما ذكرا حرمت عليه
الأخرى كالأختين ولا فرق بين أن يكونا محرمين بسبب النسب ، أو بسبب الرضاع ، وذلك لأن
الجمع بين المحرمين يؤدي إلى قطيعة الرحم والعداوة بين الضرائر .

وذهب الحنفية إلى حرمة تزوج الرجل بأخت زوجته التي طلقها طلاقا رجعيا ، أو طلاقا بائنا
ما دامت في العدة لأنها زوجته حكما .

وأما المالكية ، والشافعية ، والجعفرية ، والظاهرية فيرون أن تحريم الجمع بين محرمين إنما يكون
حال قيام الزوجية حقيقة ، أو في عدة الطلاق الرجعي ، أما لو كان الطلاق بائنا بينونة صغرى ،
أو كبرى ، فقد انقطعت الزوجية ، فإن تزوج أخت مطلقته طلاقا بائنا في عدتها فلا يكون ذلك
جمعا بين محرمين (2) .

ج: المطلقة ثلاثا:

يحرم على المسلم أن يتزوج امرأة طلقها ثلاث مرات ، لأنه استنفذ جميع الطلقات ، وبانت
منه بينونة كبرى ، صارت محرمة عليه حتى تنكح زوجا غيره بزواج صحيح ، ويتم الدخول بها فإذا
طلقها أو توفي عنها ، فإنها بعد ذلك تصبح حلالا يجوز له أن يتزوجها بعقد ومهر جديدين .

وذلك لقوله تعالى بعد أن تكلم في أول الأمر عن الطلقتين " الطلاق مرتان فإمساك بمعروف
أو تسريح بإحسان " فقال في الثانية: " فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، فإن
طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا أن ظنا أن يقيما حدود الله " (3) .

وقد جاءت السنة النبوية مؤكدة بأن الزواج الثاني لا يحلها للأول إلا إذا دخل بها دخولا حقيقيا ،
وكان الزواج غير مؤقت ، وأن تنتهي العدة بعد الدخول .

(1) أخرجه الإمام مالك في الموطأ ، ج2 ص 532 ، صحيح البخاري ، ج9 ، ص138 .

(2) أنظر : د/ مصطفى شليبي ، المرجع السابق ، ص 233 .

(3) سورة البقرة ، الآية 230 .

وقد جاء في البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها إنها قالت: " جاءت امرأة " رفاعة " إلى رسول الله ، فقالت ، إني كنت عند رفاعة " فطلقني ، فبث طلاقي ، فتزوجني عبد الرحمان بن الزبير ، وما معه إلا مثل هدبة الثوب ، فتبسم النبي صلى الله عليه وسلم ، وقال: " أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته يزوق عسيلتك " (1) وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء..معنى أنه لا بد من الدخول الحقيقي بالزوجة .

والحكمة في ذلك هو تأديب كل من الزوجين على الأخطاء التي ارتكباها خلال المراحل السلبية ، ومن شأن التحريم للمرة الثالثة أن يكبح جماح الزوج ، خاصة إذا علم بأن الزوجة لا تعود إليه إلا إذا تزوجت رجلاً آخر ودخل بها وهو أمر لا يرضاه بطبيعة الحال. والزوجة أيضاً بمعاشرتها الزوج الثاني قد يكون ذلك سبباً في تغير حالها إلى الأحسن، فتعود الحيلة في النهاية وتستقر بينهما .

د: تحريم زواج من لا تدين بدين سماوي:

كما هو معلوم أنه لا يحل للمسلم أن يتزوج امرأة لا تدين بدين سماوي ولا تؤمن برسول ، ولا بكتاب إلهي ، بأن تكون مشركة بالله كأن تكون تعبد الأوثان ، أو الأشياء ، أو الحيوانات ونحو ذلك مما هو موجود في بعض البلدان ، وهذا التحريم سنده القرآن الكريم في قوله تعالى: " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ، ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم .. " (2). وحكمة التحريم هي أن بين المسلم والمشركة تناقضاً وتنافراً واختلافاً شاسعاً في العقيدة ، من شأنه أن يحول دون تحقيق ما يهدف إليه الإسلام من بناء أسرة أساسها المودة والألفة ، والتعاون على تربية الأولاد على الإسلام.

وكذلك لا يجوز الزواج بامرأة مرتدة عن الإسلام حتى تعود إليه . وأما المرأة الكناية التي تؤمن برسوله ، وتقر بكتاب سماوي ، كأن تكون يهودية أو نصرانية ، فيحل للمسلم التزوج منها على رأي الجمهور لقوله تعالى: " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم .. " (3).

(1) أنظر : فتح الباري ، المرجع السابق ، ج 9 ، 374

(2) سورة البقرة ، الآية 221 .

(3) سورة المائدة، الآية 5.

وقد تزوج بعض الصحابة العديد من الكتابيات منهم طلحة بن عبيد الله ، وكعب بن مالك ، وحذيفة بن اليمان ، والأفضل ألا يتزوج المسلم بالكتابيات ، إلا لضرورة قصوى. وذلك لفساد عقيدتهن لأنها حرفت كما نعلم ، ولأنه قد يجلب أضرارا اجتماعية للأمة الإسلامية وللأسرة ذاتها . فقد يحدث هناك تعارض عند تربية الأولاد فكل منهما يريد تربيتهم على دينه .

وروى أن عمر بن الخطاب بعث إلى حذيفة بن اليمان يطلب منه أن يطلق زوجته وهي كتابية ، ولكن ليس لأنها تحرم عليه وإنما خشية عزوف المسلمين عن الزواج بنساء وبنات المسلمين .

ه : الزوجة الملاءنة:

يحرم على المسلم أن يتزوج زوجته التي لاعنها ، وفرق القاضي بينهما مادام على أهامه لها . فإذا أتم الرجل زوجته بالزنى ، أو نفي ولدها عن نفسه ولم يكن له شهود على ذلك ، وكذبتة الزوجة ، فعلى كل واحد منهما أن يحلف أربع مرات هو بالإثبات وهي بالنفي وإن حدث ذلك يفرق القاضي بينهما ، ويتم اللعان فتحرم عليه .

ولا يجوز له أن يتزوجها إلا إذا كذب نفسه وبعد أن يقام عليه الحد ، فعندئذ يجوز له أن يتزوجها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . كما أن الحرمة المؤبدة تثبت بينهما بالتلاعن(1) .

و : الجمع بين أكثر من أربع زوجات :

يحرم على الرجل كما هو معوم أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات في عصمته ، فلا يتزوج بخامسة وهو في عصمته أربع نساء ، إما حقيقة ، بأن لم يطلق إحداهن ، وإما حكما ، كما إذا طلق إحداهن ولا تزال في العدة سواء كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى وهذا عند الحنفية . وأما المالكية ، والشافعية ، والجعفرية ، فقد أجازوا الزواج بخامسة إذا كانت إحدى الزوجات الأربع في العدة من طلاق بائن ، لأن الطلاق بهذه الصورة يقطع صلة الزوجية بين الزوجين ، فلا يكون قد جمع بين أكثر من أربع زوجات في عصمته .

(1) أنظر : ابن جزى ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، ص 242

المبحث الثالث

آثار الزواج

نظرا لأن عقد الزواج يربط بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي ، فإنه من المنطقي -بعد انعقاده صحيحا- أن يرتب جملة من الآثار الشرعية ، وهذه خاصة في كل العقود المعروفة في الحياة العملية ، فجميع العقود بعد أن تنشأ بشكل صحيح ترتب آثارها على المتعاقدين .

وبخصوص آثار الزواج في قانون الأسرة فإننا نجد في المواد من 36 إلى 46 ، ويمكن تقسيمها إلى قسمين :

القسم الأول: يتعلق بالحقوق الزوجية منظمة في المواد من 36 إلى 39 تحت عنوان "حقوق وواجبات الزوجين" .

القسم الثاني: يتعلق بالنسب باعتباره ثمرة من ثمرات الزواج منظم في المواد من 40 إلى 46 تحت عنوان "النسب" .

المطلب الأول

الحقوق الزوجية

تطرقنا فيما سبق إلى العناصر الأساسية التي تطلبها عقد الزواج ، لكي يكون صحيحا ، وترتب عليه آثاره ، وهو ما يعرف بالحقوق الزوجية.

فعقد الزواج الصحيح يرتب حقوق للزوجة على زوجها ، وحقوق للزوج على زوجته ، وحقوق مشتركة بينهما ، وفي المقابل قيام كل من الزوجين بما عليه نحو الآخر ، وبهذا تستقر الحياة الزوجية بين الطرفين .

أولا: حقوق للزوجة على زوجها:

- 1- النفقة: النفقة شرعا اسم لما يصرفه الإنسان على زوجته ، وأولاده وأقاربه ، من طعام ، وكسوة ، ومسكن(1) : ومعنى آخر هي كل ما تتطلبه الحياة الزوجية بحسب ما تعارف عليه الناس
- 1- دليل النفقة: النفقة ثابتة بالقرآن والسنة:

(1) أنظر : د/ بلحاج العربي ، المرجع السابق، ج 1 ص 169.

فمن القرآن نجد قوله تعالى: "... وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (1) وقوله تعالى أيضا " اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدنكم ، ولا تضاروهن لتضيقتوا عليهن ، وإن كن أولات حمل ، فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" (2) ، وهذه الآية خاصة بالمطلقة إذ أوجب الله لها النفقة وهي في العدة بوضع الحمل. فمن باب أولى تكون النفقة واجبة لغير المطلقة

وأما من السنة النبوية فنجد قوله عليه الصلاة والسلام " اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" (3) . وروى البخاري ومسلم في صحيحهما أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ولدي إلا ما آخذ من ماله بغير عمله ، فقال عليه الصلاة والسلام : " خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف" (4). وأما سبب استحقاق الزوجة النفقة الشرعية فهو الزواج الصحيح ، أما الزواج الفاسد أو الباطل فلا تستحق الزوجة بمقتضاه النفقة.

ويجب التفريق بين النفقة والمهر ، فالمهر يثبت للمرأة بمجرد العقد الصحيح ، ويتأكد بالدخول بالزوجة فهو شرط لحل الاستمتاع والدخول بالزوجة ، وإذا دفع الزوج المهر كاملا فليس للزوجة مطالبته بمهر آخر أو تزيد عليه.

وأما النفقة فليس لها حد فهي تكون واجبة على الزوج ما دامت الحياة الزوجية قائمة ومستمرة ، وهي واجبة على الزوج نحو زوجته حتى ولو كان الزوج فقيرا والزوجة غنية . وإذا خرجت الزوجة عن طاعة الزوج ولم تستجب إلى ما تقتضيه الحياة الزوجية فلا تستحق النفقة كما إذا كانت ناشزا ، أي رفضت الانتقال إلى بيت الزوجية أو منعت من الدخول عليها في بيتها الذي يقيم فيه بدون مبرر شرعي (5) . شريطة أن يكون السكن لائقا لقيام الحياة بمسكن

(1) سورة البقرة ، الآية 233.

(2) سورة الطلاق ، الآية 06.

(3) أنظر : الإمام الشوكاني ، المرجع السابق ، ج 6 ، ص 237 .

(4) أنظر : فتح الباري ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 418 .

(5) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 1 ص 305 .

خاص بها فقط ، أو عبارة عن غرفة داخل شقة ، أي يسكن معها الأبوان ، وذلك حسب عرف الناس ، وتراضي الطرفين .

ب- تقدير النفقة:

إذا كانت الزوجة تقيم مع زوجها في بيت الزوجية ، فهو الذي يتولى الإنفاق عليها بنفسه بإحضار ما يكفيها من طعام وكسوة وغير ذلك من الأمور.

وإذا كان شحيحا بخيلا لا يكفي الزوجة ، أو أنه تركها بدون نفقة بغير مبرر شرعي فلها أن تطلب من القاضي فرض نفقة لها من طعام وكسوة ، ومسكن ونحو ذلك ويراعي في تقدير النفقة عادة أمران، وهما حال الزوج وحال الزوجة معا من الناحية المالية يسرا وعسرا وتوسطا بينهما ، فإن كان موسرا فرض لها نفقة اليسر ، وإن كان معسرا فرض لها نفقة الإعسار، وإن كان متوسط الحال فرضت لها نفقة متوسطة بين الأمرين ، لقوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه ، فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه (1). وقوله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، لا تكلف نفسا إلا وسعها" (2) بالآيتان واضحتان في اعتبار حال الزوج عند الإنفاق.

وقد نصت المادة 37 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري على هذا المعنى " يجب على الزوجة نحو زوجته:

1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها ". كما نص في المادة 79 على ضرورة مراعاة القاضي في تقديره للنفقة لحال الطرفين ولا تراجع النفقة إلا بعد مرور عام من تقديرها. كما نص القانون في المادة 80 على أن النفقة لا تستحق إلا من تاريخ رفع الدعوى للمطالبة بها ولا يمكن للزوجة المطالبة به بأثر رجعي إلا لمدة سنة قبل رفع الدعوى والسبب في ذلك هو دفع الزوجة إلى عدم المماطلة في المطالبة بالنفقة.

وإذا كان الزوج غائبا عن الزوجة ولم يرسل لها الزوج النفقة فلها أن تطلب من القاضي فرض لها نفقة ، لأن النفقة تكون واجبة عليه سواء كان حاضرا أم غائبا. فإن كان له مال كالنقود ، والغلال ، وهي في يد الزوجة فرض القاضي لها نفقة مناسبة لها.

(1) سورة الطلاق ، الآية 07.

(2) سورة البقرة ، الآية 233 .

وإذا كان هذا المال لدى الغير كأن يكون بنكاً مثلاً واعترف هذا الأخير بالزوجية فرض القاضي لها من هذا المال ما يكفيها .

وهذه المسائل تخضع للقواعد العامة في الإثبات ، هذا ما قرره الفقهاء في الموضوع. ولم ينص القانون على هذه الحالة.

2- : العدل بين الزوجات عند التعدد:

سبق أن قلنا أنه إذا تزوج الرجل بأكثر من زوجة ، وجب عليه أن يعدل بين زوجاته في المأكل ، والملبس ، والمسكن فإن فضل واحدة على غيرها في شيء مما يدخل في مقدرته كان آثماً ، وهو العدل للمادي الذي سبق أن تكلمنا عنه بمناسبة الحديث عن موضوع تعدد الزوجات ، وسوف نكتفي بما قلناه سابقاً عن هذا الموضوع.

فالعدل المطلوب بين الزوجات يكون في المظاهر المادية أما المحبة القلبية فتلك شأن آخر كما رأينا لأنه يصعب على الإنسان القيام بها.

وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول: " اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك " (1).

3- : عدم الإضرار بالزوجة

لا يجوز للزوج أن يؤذي زوجته سواء بالفعل ، أو القول ونحو ذلك مما يחדش شعورها ويؤذي كرامتها ، وذلك لقوله تعالى: "... فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، ولا تمسكوهن ضاراً لتعتدوا ، ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه " (2) ، وقوله تعالى أيضاً " وعاشروهن بالمعروف " (3) وقال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع " اتقوا الله في النساء " .

فإذا لم يلتزم الزوج بهذه التعاليم وآذى زوجته بالقول أو بالفعل ، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليقوم بزجره وقد يصل بها الأمر إلى التفريق بطلب الطلاق وسيأتي ذلك لاحقاً.

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 1 ص 144.

(2) سورة البقرة ، الآية 231.

(3) سورة النساء ، الآية 19

4- حرية التصرف في مالها الخاص:

من المعلوم أن الذمة المالية للزوج والزوجة مستقلتان في شريعة الإسلام ، فالزوج مطالب بالنفقة على زوجته ولو كانت غنية . ولا يجوز له إجبارها على إخراج شيء من مالها الخاص سواء كان عبارة عن مال ورثته عن أبيها أو كان عن طريق هبة، أو كان عبارة عن صداق أعطاه لها أثناء العقد. وبالتالي فإن للزوجة مطلق الحرية في التصرف في مالها الخاص فلها أن تدخره ، أو أن تتصدق به أو بجزء منه ولها أن توصي به، أو أن تهبه إلى الغير وهكذا .

وأما الدليل على استقلالية الذمة المالية بين الزوجين نجد قوله تعالى : " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم " (1). فعبارة (بما أنفقوا من أموالهم) عامة تشمل النساء والرجال ، وتدل على أن يمكن أنه يكون لكل منهم رجال ونساء أموالا، سواء أكانت عقارات أو منقولات.

ثانيا: حقوق الزوج على زوجته:

1- حق الطاعة:

بمجرد إبرام عقد الزواج ودعوة الزوج والزوجة إلى بيت الزوجية فعلى الزوجة أن تطع زوجها في الأمور المباحة لقوله تعالى " فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا" (2). فإذا كان الأمر يتعلق بمعصية فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق.

ويكفي الزوجة شرفا ومكانة أن الإسلام اعتبر طاعة الزوجة زوجها جهادا في سبيل الله . وفي ذلك يقول الإمام علي " جهاد المرأة حسن التبعل " أي حسن معاملة ومعاشرة زوجها . هذا وقد حدد الشارع الحكيم لكل من الزوجين وضعه الخاص يتماشى مع الفطرة ، فهناك أعمالا وأشياء لا تصلح إلى للرجل ، وهناك مهامها وأعمالا لا تصلح إلا للمرأة ، وكل واحد عليه أن يقوم بما أوجه الله عليه اتجاه الآخر.

(1) سورة النساء ، الآية 34.

(2) سورة النساء ، الآية 34.

وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ابنته فاطمة بخدمة البيت ، وعلى زوجها سيدنا علي ما كان خارجا عن البيت من أعمال (1).

ويقول ابن القيم الجوزية : " هذا أمر لا ريب فيه ، ولا يصح التفريق بين شريفة وذنيسة وفقيرة وغنية. فهذه أشرف نساء العالمين " فاطمة " رضي الله عنها ، كانت تخدم زوجها ، وجاءت الرسول تشكو إليه الخدمة فلم يسمع شكايها " (2).

وقلنا أنه إذا أعد الزوج المسكن الشرعي لزوجته وكان أمينا عليها وأوفاهما معجل صداقها ، يجب عليها أن تقيم معه في هذا المسكن ، لأن عقد الزواج رابطة تتضمن تعهد كل من الزوجين ، أن يقوم بما وجب عليه نحو الآخر .

ومما يجب على الزوجة لزوجها قرارها في مسكن الزوجية ، لتتمكن من القيام بواجبها على أكمل وجه ، وهذا هو الأصل . ولا تخرج من بيت الزوجية بغير رضا زوجها ، ولا يحق للزوج أيضا أن يمنعها من زيارة أبويها ومحارمها كأخيها أو أختها .

وإذا كان أحد أبويها مريضا فلها أن تذهب إليه حتى دون استشارة الزوج وهذا ما قال به الفقهاء لأن ضرورة الاستعجال تتطلب ذلك .

ولذلك يمكن أن نقول أفه ولاية التأديب التي اختص بها الرجل روعي فيها الواقع العملي والفطرة البشرية لكل من الرجل والمرأة ولم يقصد بها إذلال المرأة ولا إهانتها، فإن حصل عليها ظلم من الزوج جاز لها طلب التطلق من القاضي للضرر الذي يلحقها من الزوج.

وأما مسألة القوامة فقد أعطيت بصورة تتماشى مع الفطرة والتكوين الجسدي ، فكل منهما له مميزات تخصه ، فالمرأة وهبها الله أشياء لا توجد في الرجل ، والرجل وهبها الله أشياء لا توجد في المرأة. ولهذا أعطى الإسلام الرجل حق القوامة والرياسة في البيت كفاء مسؤولياته المختلفة تجاه الأسرة لقوله تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض، وبما أنفقوا من أموالهم " (3).

(1) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، المرجع السابق ، ج 5 ، ص 186.

(2) نفس المرجع ، ص 188.

(3) سورة النساء ، الآية 34.

وتظهر قوامه الرجل عندما تختلف وجهات النظر ، وأما في الأمور العادية فكل منهما مسؤول عن الأسرة في حدود مسؤوليته .

هذا ونجد الإسلام قد جعل رأسه الرجل في البيت مبنية على الشورى وليست استبدادية كما يظن البعض ، وهذه الرياسة في الحقيقة يجب أن تقوم على المحبة والمودة والتعاون وتبادل الرأي ، والاحترام المتبادل.

ثالثا: الحقوق المشتركة:

بالإضافة إلى الحقوق التي يختص بها كل طرف فإن هناك حقوقا مشتركة يشتركان في تحقيقها وهي:

1-: حق الاستمتاع:

إذ يحل لكل واحد من الزوجين الاستمتاع بالآخر ، وهذا أمر تدعو إليه الفطرة ، ولا يمتنع أحدهما عن الآخر إلا لعذر شرعي ، كحيض ، أو نفاس أو مرض .

والاستمتاع من شأنه أن يدم المودة والمحبة بين الزوجين وهما أمران تتطلبهما الحياة المستقرة الهادئة فقد روى مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: " ... ولك في جماع زوجتك أجر ، قال : يا رسول الله : أيأتي أحدنا شهوته ، ويكون له فيها أجر ؟ قال: أ رأيتم لو وضعها في حرام ، أكان عليه وزر؟، فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجر... " . وهو ما يؤكد بأن الاستمتاع بين الزوجين أمر مطلوب من الشارع يثاب على فعله ويعاقب على تركه دون مبرر شرعي.

2-: حسن المعاشرة:

يتوجب على كلا الزوجين أن يحسنا المعاشرة بينهما بالتعاون على جلب الخير ، ودفع الشر ، وتجاوز الخلافات، والإخلاص في أداء الواجب. وهذا من شأنه أن يحافظ على الروابط الزوجية بين الزوجين. وذلك لقوله تعالى "وعاشروهن بالمعروف" (1).

وأكدت السنة النبوية هذا المعنى في العديد من المناسبات ، منها ما جاء في حجة الوداع عندما توجه إلى كل الحاضرين وقال " استوصوا بالنساء خيرا .. " كما حث الزوجات على حسن معاشرة الأزواج ، وبذلك تستقر الحياة الزوجية وتدوم العشرة والمحبة.

(1) سورة النساء ، الآية 19.

ثالثا: صلة الرحم:

أوجب الشرع الإسلامي على كل من الزوجين المحافظة على الروابط الأسرية أي أقارب الزوج والزوجة معا وذلك عن طريق تبادل الزيارات وتفقد أحوالهم ومساعدتهم في كل ما يحتاجون إليه لقوله تعالى: " وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله " (1).

المطلب الثاني

الولادة ونتائجها.

من المعلوم أن الزواج يرتب نتائج منها ما هو خاص بالحقوق الزوجية، ومنها ما ينصرف إلى الولادة أي موضوع النسب. وإن كان هذا الموضوع يطرح في الزواج والطلاق معا ولهذا تمينا لـ أن القانون تحدث عن هذا الموضوع بعد الطلاق.

والنسب يعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج، وقد أحاط الشارع الحكيم النسب وأولاده أهمية كبيرة لقوله تعالى "والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة" (2). وقوله تعالى "وما جعل أدعيائكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم" (3).

ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح وجعله طريقا أصليا في ثبوت النسب، ومن ثبت نسبه من أيه بواسطة الزواج كان هذا النسب صحيحا ولا نحتاج إلى إثباته بواسطة أخرى. ولهذا نجد الفقهاء يعبرون عن ثبوت النسب بالفراش إي ما نتج عن الزواج الصحيح استنادا للحديث الشريف "الولد للفراش وللعاهر الحجر" (4).

(1) سورة الأنفال ، الآية 75.

(2) سورة النحل ، الآية 72.

(3) سورة الأحزاب ، الآية 04.

(4) أنظر: زاد المعاد، المرجع السابق، ج5، ص310.

أولاً: ثبوت النسب. أقر الفقهاء بأن النسب يثبت بالزواج وبالإقرار وبالبينة، وتطبيقاً لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

أ- الزواج: .بداية نود أن نشير بأن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت وهي التي وضعت بالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاعة وميراث . أما فيما يخص الرجل، فلا يثبت نسب الولد منه إلا من خلال الزواج الصحيح (1).

وقد نصت المادة 41 ق.أ على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة". ولكي ينسب الولد لأبيه لا بد أن يكون المولود قد وضعت زوجته الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء على ألا تقل عن ستة أشهر استتاجاً من الآيتين الكريميتين في قوله تعالى " وحمله وفصاله ثلاثون شهراً" (2) وقوله تعالى "وفصاله في عامين" (3). فكان الفارق بين الثلاثين والعامين هو ستة أشهر وهو أقل مدة الحمل كما أن الطب الحديث يؤكد إمكانية الوضع خلال هذه المدة أو بعدها بمدة قصيرة أو طويلة .

وقد نص قانون الأسرة في المادة 42 على هذا المعنى بأن اعتبر أقل مدة الحمل هي ستة أشهر . أما أقصى مدة للحمل فقد تضاربت الآراء الفقهية في تحديده بين 9 أشهر وسنة وستين على الرأي الراجح، ولكن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تعتمد سوى الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد على سنة كاملة. وبهذا الحكم أخذت أغلب القوانين في البلاد العربية كمصر وسوريا والسودان والأردن والمغرب، إذ أخذت بهذه المدة احتياطاً (4).

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج 1 ، ص 259.

(2) سورة الأحقاف ، الآية 15.

(3) سورة لقمان ، الآية 14.

(4) نصت المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أن أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية .

أما قانون الأسرة الجزائري فأخذ بمدة أقل وهي عشرة أشهر، ولا ندري هل اعتمد على رأي فقهي معين أم استند إلى الخبرة الطبية، لأنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد 10 أشهر .

و الفقيه الذي قال بسنة هو محمد بن الحكم من المالكية، أما الظاهرية فجعلوها تسعة أشهر، وأما الأحناف فجعلوها سنتين(1) .

ب- النسب بعد الطلاق أو الوفاة

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة " . إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل فبمجرد الطلاق أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة .

إلا أن هناك بعض المسائل تفرض نفسها وقد تؤدي إلى عدم ثبوت النسب، زيادة على أن القانون استعمل لفظ الانفصال دون تبيان للمراد منه، بمعنى هل يراد به الانفصال الجسماني، أم يراد به الطلاق؟، وسنعود لهذا الموضوع عندما نتحدث عن الأحكام المتغيرة .

ج- الإقرار. يعتبر الإقرار الطريق الثاني لثبوت النسب، ولذلك يقول الفقهاء أن الإقرار حجة قاصرة(2) أي لا يسري إلا على المقر إذا تعلق الأمر بالبنوة والأبوة والأمومة . وفي غيرها لا يسري الإقرار على الغير إلا بتصديقه وهو ما نصت عليه المادة 44 و45 من قانون الأسرة .
جاء في المادة 44 " بثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة .

فإذا كان الإقرار بالنسب على نفس المقر كأن يدعي بنوة أو أبوة أو أمومة فهذا الإقرار يصح ولو كان المقر في مرض الموت ولكن يشترط في ذلك :

- 1- أن يصدقه العقل أو الحس بأن يكون فرق السن بينهما يسمح بالادعاء .
- 2- أن يكون المقر له مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب لا يعتد بالإقرار(3).

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج1، ص260.

(2) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج2، ص175.

(3) أنظر : د/ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى

أما إذا كان الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة فلا يسري الإقرار على غير المقر إلا بتصديقه من طرف المقر له فقط، ولا يسري في حق من عارض الإقرار(1). فلو ادعى شخص بأخوة شخص آخر فلا يسري هذا الإقرار إلا عليه فقط شريطة أن يصدقه المقر له . وإذا عارض باقي إخوة المقر فلا يسري في حقهم .

جاء في المادة 45 " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، والأبوة ، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه " .

كما أن مسألة التصديق من المقر له قد لا تستقيم في الكثير من الأحيان فقد يكون عدم التمييز بالتالي تصديقه لا يعتد به ، ويبدو أن الفقهاء عادة يتساهلون في إثبات النسب من باب الحماية للأطفال مجهولي النسب ، زيادة على انعدام وسائل التحقيق العلمي على الخصوص .

د- ثبوت النسب بالبينة.

إذا استطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب ثبت شرعا وقانونا لأن البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب(2) . والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين ، فلو ادعت المرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة . وكذلك لو ادعى الزوج بأن الحمل أو الطفل المولود من زوجته لا ينسب له كان عليه إقامة البينة . وإقامة البينة تكون بكافة الطرق المؤدية إليها، ولا بد من اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات أو نفي النسب زيادة على الوسائل المنصوص عليها قانونا لحل الإشكال .

ثانيا: حالات نفي النسب.

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحا وأمكن الاتصال بين الزوجين ، ومضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع والقانون وهي بحسب القانون الجزائري بين 6 و10 أشهر، ثبت نسب المولود من الأبوين معا.

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص720.

(2) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص175 .

ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق الشرعية أو المشروعة كما عبر عنها قانون الأسرة في المادة 41 ونصها "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة". ويستفاد ضمناً بأن نسب الولد من أمه ثابت مهما كان الحال. أما الزوج فلا يثبت نسب المولود منه إلا بالزواج الصحيح، ولم يحدد النص المقصود بالطرق المشروعة وهي كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب، ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة :

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها، وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح (1)، كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع.

ب- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب :

إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه أو كان مصاباً بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النسب. فإذا وضعت الزوجة مولوداً كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفي النسب إلا بتقرير خيرة احتياطاً، فرمما قضى الله أمراً كان مفعولاً. وقد حدث هذا في القرآن الكريم لقوله تعالى " قالت يا ويلاتي ألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخاً إن هذا لشيء عجاب، قال أتعجبين من أمر الله .." (2). ولنا عودة للموضوع لاحقاً.

ج- نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين :

إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد، فلا يثبت نسب المولود منه، وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول. كما أن قانون الأسرة في المادة 43 أقرت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

(1) انظر تفاصيل أكثر في أحكام الأسرة في الإسلام لمحمد مصطفى شلي ص 700 و701.

(2) سورة هود، الآية 72.

د- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل:

سبق أن أشرنا بأن نص المادة 42 حدد أقل مدة الحمل بستة أشهر وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول، لأن العبرة بالدخول كما قلنا فلا يثبت نسب المولود منه. وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

هـ- نفي النسب عن طريق اللعان.

من المعلوم أن اللعان (1) يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، فإذا حدثت الملاعنة بين الزوجين فرق القاضي بينهما. والأصل أن تقتصر الفرقة على الزوجين، غير أن الأمر قد يتعدى إلى نفي النسب لأن سببه هو اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية. فإذا تبين أنها حامل بعد اللعان أجاز له الشرع نفي النسب ولا يهم إن كان صادقاً أو كاذباً، لأن الآية أشارت إلى ذلك صراحة. وبالنفي لا يثبت النسب ولا يطالب الزوج بتقديم الدليل. فالإتهام كاف وحده لنفي النسب، والمسألة خاصة بالزوجين فقط ولا تتعدى إلى الغير.

ولذلك فإن اللعان إما أن يقتصر على الإتهام بالزنا أو يتعداه إلى نفي الحمل (2).

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب للطلاق ولا ندري هل أدخله المشرع ضمن الطرق المشروعة لنفي النسب أم لا. ونعتقد أنه يدخل لأن قانون الأسرة في حالة عدم وجود نص يحيل من خلال نص المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يكون طريقاً مشروعاً لنفي النسب. وسنعلق على هذا الموضوع في الباب القادم.

ثالثاً: أحكام اللقيط والتبني

سنطرق إلى أحكام اللقيط والتبني باعتبارهما من المسائل المرتبطة بالنسب، ولكن بشيء من

الإيجاز.

(1) المقصود باللعان هو أن يقوم الزوج بإتهام زوجته بالزنا.

(2) أنظر: الشيخ عبد الله محمد بن فرج المالكي، أفضية رسول الله صلى الله عليه وسلم، دار القلم بيروت لبنان 1987،

أ- أحكام اللقيط.

اللقيط هو الإنسان المولود الذي يعثر عليه حيا ولا يعرف له نسب (1)، بغض النظر عن الأسباب التي أو جدته في هذا الوضع فقد يكون متروكا بسبب الفقر أو بسبب الضياع أو ترك خشية العار لكونه ابن الزنا وقد يضيع بسبب الحروب والكوارث الطبيعية التي تصيب المجتمع.

والشريعة الإسلامية اهتمت بوضع اللقيط، كما قرر الفقهاء جملة من الأحكام نلخصها فيما يلي (2):

- 1- من وجد طفلا عاجزا في مكان يغلب على ظنه الهلاك لو ترك كان التقاطه فرض عين بمعنى يصير أمرا واجبا ولا يجوز تركه للهلاك ولا يهم بعد ذلك الجهة التي ترعاه سواء الملتقط أو الدولة من خلال الجهة المكلفة بالرعاية.
 - 2- الملتقط أحق باللقيط من غيره إذا رغب في زعائته، ولا يترع منه إلا لضرورة معقولة، وعليه كفاله وتربيته وتعليمه، فإذا عجز سلمه للدولة لرعايته .
 - 3- إذا وجد مع الملتقط مال يحفظ له هذا المال حتى يبلغ، وإذا احتاج الملتقط لهذا المال أو بعضه للإنفاق منه على اللقيط، جاز له أن يطلب من القاضي ترخيصا باعتباره وصيا عليه أو كفيلا له.
 - 4- إذا أقر الملتقط بنسب اللقيط صح هذا النسب بالإقرار لأن الإقرار كما رأينا يثبت به النسب متى صدقه العقل والعادة. أما إذا ادعى غير الملتقط نسب اللقيط بواسطة الطرق الشرعية لإثبات النسب ثبت نسبه منه ويأخذه من الملتقط لأن الأحق به هو من ثبت نسبه منه. كما أن مصلحة اللقيط تكون مع المنسوب إليه قبل غيره.
 - 5- إذا لم يوجد من ينفق على اللقيط ولم يوجد لديه مال وجب على الدولة أن تنفق عليه لأنها تكفل كل من هو غير قادر على الإنفاق بسبب الصغر أو العجز، ولا يجوز للحاكم أن يضيعه.
 - 6- يعتبر اللقيط مسلما إذا وجد في بلاد المسلمين أو في منطقة يوجد فيها المسلمون، فإذا وجد في بلد غير مسلم فهو على دين ذلك البلد إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك.
- هذه هي أغلب أحكام اللقيط التي تحدث عنها الفقهاء أردناها أن تكون موجزة.

(1) أنظر : د/ مصطفى شليبي ، المرجع السابق ، 729.

(2) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 192

و لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام اللقيط إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين كقانون الأسرة في باب النسب المادة 44 ، وفي موضوع الكفالة المادة 119 ، وقانون الحالة المدنية المادة 64 بالإضافة إلى قانون العقوبات ، إذ أوجب مساعدة طفل غير قادر على الحركة وتسليمه للسلطات العامة في الدولة. وكان على المشرع أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة ، لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمعات بكثرة بالتالي لا بد من إعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع.

ب- التبني.

التبني هو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به ، ومع ذلك يتخذه ولدا له ويعطيه اسمه . وقد كان هذا النظام معمول به في الجاهلية قبل الإسلام ، فلما جاء الإسلام أبطل نظام التبني وحرمه تحريما قاطعا بحيث صار لا يثبت به النسب(1).

وقد نص عليه القرآن الكريم في سورة الأحزاب في قوله تعالى " وما جعل أدياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ، أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم ، وليس عليكم جناح في ما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم " (2).

وتطبيقا لهذا المعنى نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه " يجرم التبني شرعا وقانونا " ولكن لم يحدد المقصود بالتبني ، وتمنينا لو تعرض لتعريفه حتى لا يختلط مفهوم التبني بمفهوم الإقرار بالنسب .

والسبب في أن الشريعة الإسلامية حرمت التبني هو لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق ، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للابن الحقيقي من نسب وعلاقة حرمة ونفقة واجبة وميراث ، وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية . إلا أنها قررت في حقه نظام الكفالة لرعايته وتربيته وتعليمه والقيام على شؤونه وحافظت على نسبه الحقيقي إن كان معلوم النسب ويجوز للكافل أن يملكه شيئا حال الحياة من باب الهبة أو يوصي له بجزء من ماله.

(1) أنظر : د/ مصطفى شلي ، المرجع السابق ، ص723.

(2) سورة الأحزاب ، الآية 54

و مجهول النسب في الإسلام اعتبر كأى فرد من أفراد الأمة له حق المواطنة والدين والعيش في سلام وأمن في المجتمع، ويعطى له اسما من الأسماء الإسلامية .

وقد نص قانون الأسرة في المادة 119 على أن "الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب" . كما نص في المادة 120 على أنه "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية" .

أما نص المادة 3/64 من قانون الحالة المدنية فجاء كما يلي:

" يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء . يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي" .

ومقتضى المادة 64 تقضى في حالة مجهول النسب يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يعطي له اسما ثلاثيا على أن يكون الاسم الثالث هو اللقب العائلي له . وذلك لأن الضرورة اقتضت وخصوصا في الوقت الحاضر ضبط هذه القضايا بشكل جيد حتى لا يجد هؤلاء أي عقبات من أي نوع كانت في طريقهم في المستقبل قبل وبعد بلوغهم سن الرشد .

الفصل الثاني أحكام الطلاق

الفصل الثاني

أحكام الطلاق

سنتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم وأقسام الطلاق، وكذا الطرق التي يتم بواسطتها، ثم نتعرض إلى الآثار التي يترتبها من الناحية الشرعية.

المبحث الأول

مفهوم الطلاق

نتعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الطلاق ودليل مشروعيته وكذا الحكمة من تشريع الطلاق.

المطلب الأول

مفهوم الطلاق و دليل مشروعيته.

أولاً: مفهومه. الطلاق يعني من الناحية الفقهية إنهاء عقد الزواج بسبب من الأسباب التي توجب انتهاءه. كما أن هناك فرقا بين الفسخ و الطلاق لأن الأول يكون بسبب أمر عارض أو خلل في العقد يجعله محلا للفسخ كعدم استيفاء بعض الشروط. أو عدم الوفاء ببعض الشروط المشروطة في العقد ، كشرط توفير المسكن .

وأما الطلاق فهو يقع على عقد زواج صحيح ويراد منه إنهاء الرابطة الزوجية بعد قيامها بصورة صحيحة(1). وعرفه قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 بأنه " حل عقد الزواج " .

ثانياً: دليل مشروعيته . الطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع :

1- من القرآن الكريم نجد قوله تعالى:

" الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان " (2) وقوله تعالى: " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن " (3) .

2- من السنة النبوية نجد أحاديث كثيرة منها:

ما رواه مالك عن نافع أن عبد الله عمر طلق امرأته وهي حائض ، على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم ، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عن ذلك فقال رسول الله " مره فليراجعها ، فليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء " (4) .

(1) انظر تفاصيل أكثر لعبد الرحمان الصابوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج2 ، ص14.

(2) سورة البقرة ، الآية 229.

(3) سورة الطلاق ، الآية 01.

(4) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج5 ، ص218.

- من الإجماع:

فلقد أجمع علماء الأمة الإسلامية من أيام الرسول حتى اليوم ، على أن للرجل أن يطلق زوجته ، ولم ينكر أحد هذا الأمر إلا إذا كان الطلاق لغير سبب شرعي

المطلب الثاني

أسباب انحلال الرابطة الزوجية

هناك سببين هامين لانحلال الرابطة الزوجية هما، الأول ليس لأي من الزوجين دخل فيه وهو الوفاة ، إذ بالوفاة تنحل الرابطة الزوجية و أما الثاني فلإرادة الطرفين دخل في إنهاء الرابطة الزوجية و لا يهم إن كان الإنهاء بإرادة الزوج وحده ، أو باتفاق الطرفين ، أو بطلب من الزوجة ، وقد نصت المادة 47 من قانون الأسرة على أنه : "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة".

ولم ينص القانون على اللعان باعتباره سببا من الأسباب التي تنحل الرابطة الزوجية بواسطتها. وأما حق الطلاق فهو مقرر شرعا وقانونا لكل من الزوجين غير أن للزوج أن يوقعه بمحض إرادته ودون وساطة من أحد وأما المرأة فلها أن تطلبه عن طريق القاضي إذا تضررت من زوجها. ولقد اختلف فقهاء المسلمين حول الطلاق هل الأصل فيه الإباحة أم الحظر ، فمنهم من قال بأن الأصل في الطلاق الإباحة واحتجوا بعموم الآيات والأحاديث التي تدل على الطلاق ، والتي سبق ذكرها. وأما الفريق الثاني فيرى بأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يلجأ إليه إلا للضرورة ومن هؤلاء الإمام الكسائي في كتابه بدائع الصنائع: " إن النكاح عقد مصلحة ، لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا ، والطلاق إبطال له ، وإبطال المصلحة مفسدة ، وقد قال الله تعالى " والله لا يحب الفساد " وهذا معنى الكراهية الشرعية ، وأن الله لا يحب ، و لا يرضى به ... " (1).

كما يرى ابن الهمام أن الأصل في الطلاق الحظر

ولهذا فإن الرأي الراجح عند الفقهاء هو حظر الطلاق وبالأصح تقييده حتى لا يساء استعماله من طرف الناس ، ورغم أن الطلاق قد أحله الله ، فإنه قد أبغضه .

(1) أنظر : الإمام الكسائي ، بدائع الصنائع ، ج 3 ، ط 1 ، مطبعة الجمالية القاهرة ، بدون سنة إصدار ، ص 5.

المطلب الثالث

حكمة تشريع الطلاق

قد يجد الزوج في سلوك زوجته مالا يستطيع البقاء معه على معاشرتها فلو لم تبسح الشريعة الإسلامية الطلاق لعمت الفوضى ولوقع الناس في حرج كبير. ولذلك أباحت الشريعة الإسلامية الطلاق للرجل ، كما أباحت للمرأة إذا أرادت الطلاق من زوجها ، لسوء خلقه ، أو عيب فيه ، أو تضررت منه ، أن ترفع أمرها إلى القاضي ليفرق بينهما إذا وجد مبررا لذلك.

والشريعة وإن أباحتها فإنها جعلته في أضيق الحدود ، ولم تجعله أول علاج وإنما جعلته كالكي آخر علاج بعد استنفاد كل أنواع العلاج و لأن الزواج كما نعلم قصد به المصلحة فإذا انتفت هذه المصلحة ، فلا يبقى في هذا الزواج فائدة.

وفي هذا يقول علاء الدين الكاساني " إن الطلاق شرع في الأصل لمكان المصلحة ، إلا أن الزوجين قد تختلف أخلاقهما ، وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى النكاح مصلحة ، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد ، فتقلب المصلحة إلى الطلاق" (1) .

هذا ولم يشترط في الطلاق أن يكون بموافقة الزوجين ولا برضاهما ، كما في الزواج - وإن كان ممكن أن يقع بهذا الطريق - لأن الحاجة قد تدعوا أحد الزوجين للتخلص من زوجه ، بينما الآخر يرى بقاءها ، كما إذا رغبت الزوجة في الطلاق من زوج معيب وهو لا يرى ذلك ، أو أراد الزوج أن يتخلص من زوجته ، لسوء سلوكها ، ولذا كان من الخير أن يكون لكل منهما الانفرد به . تخلصا من الضرر الذي يصيبه .

وأما عن الأسباب العامة للطلاق فقد أثبتت البحوث الاجتماعية أن معظم حالات الطلاق تعود إلى جملة من الأسباب منها(2): عدم الانسجام بين الزوجين ، عدم القيام بالمهام الزوجية ، النزاع والشجار بين الزوجين ، العقم ، الخيانة الزوجية ، كبر السن ، سوء الحال الاقتصادية ، تدخل أقارب الزوجين في شؤون الزوجية ، ضعف الوازع الديني ، حرية المرأة ، وسوء فهم بعض الزوجات لحقوق المرأة ، الاختلاف بين الزوجين في المستوى الثقافي ، والوضع الاجتماعي للأسرة .

(1) أنظر : الإمام الكاساني، المرجع السابق ، ص 112.

(2) أنظر : د/ أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، 1982 ، ص 342

المبحث الثاني

أقسام و طرق الطلاق

نتعرض في هذا المبحث إلى دراسة أقسام الطلاق ثم إلى الطرق التي بواسطتها يتم الطلاق.

المطلب الأول

أقسام الطلاق

ينقسم الطلاق إلى قسمين و هما الطلاق الرجعي و الطلاق البائن.

القسم الأول الطلاق الرجعي ، وهو الذي يملك الزوج بعد إيقاعه إرجاع الزوجة وهي لا زالت في عدتها من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين. والأصل في الطلاق الذي يوقعه الزوج يكون رجعياً وهذا في الطلقة الأولى والثانية مادامت الزوجة المطلقة لا زالت في عدتها إذ يستطيع الزوج أن يراجعها في أية لحظة دون قيد أو شرط، حتى ولو لم تكن الزوجة راضية. فبাসـتعمال الرجعة تبقى الزوجية قائمة .

القسم الثاني : الطلاق البائن : وهذا النوع من الطلاق ينقسم بدوره إلى قسمين طلاق بائن بينونة صغرى ، وطلاق بائن بينونة كبرى.

أ. **الطلاق البائن بينونة صغرى:** وهو الطلاق الذي يستطيع الزوج أن يراجع زوجته فيه بعد طلاقها وبعد انتهاء عدتها ، غير أنه لا يستطيع إرجاعها إلا بعقد ومهر جديدين لأن العلاقة الزوجية قد انتهت بمجرد انتهاء العدة • ولذلك تطلب الأمر إبرام عقد جديد ومهر جديد أيضاً، ويكون هذا النوع من الطلاق في الطلقة الأولى والثانية فقط.

ب. **الطلاق البائن بينونة كبرى:** وهو الطلاق الذي يكون الزوج قد استنفذ فيه جميع الطلقات الثلاث أي طلقها للمرة الثالثة ، فهو بذلك لا يستطيع مراجعتها إلا إذا تزوجت رجلاً آخر بعده ، ويدخل بها فإن طلقها بعد ذلك أو توفي عنها بعد الدخول وانتهت عدتها جاز له بعد ذلك أن يتزوجها من جديد بعقد ومهر جديدين • وهذا النوع من الطلاق يسمى الطلاق الثلاث. وقد اختلف الفقهاء في شأن هذا النوع من الطلاق إذا وقع باللفظ المتكرر ثلاث مرات أو إشارة فهل يقع بائناً أم لا ؟، كما إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق بالثلاث ، أو إذا تلفظ بالطلاق ثلاث مرات ورأي جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة أنه يقع بائناً بينونة كبرى(1) .

(1) أنظر : الإمام ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج 5 ، ص 247.

أما الرأي الثاني فيرى بأنه لا يقع إلا طلقة واحدة مهما كان العدد(1) ، وبه أخذت أغلب التشريعات العربية.

أما قانون الأسرة الجزائري فالنص غير واضح في الموضوع من خلال المادة 51 (لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء).

ونرى اعتبار اللفظ المقترن بعدد الثلاث لا يقع إلا طلقة واحدة ، خصوصا وأن الطلاق لا يقع من الناحية القانونية إلا بواسطة حكم قضائي ، ولا يثبت إلا من خلاله .

المطلب الثاني

طرق الطلاق

تضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 48 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج ، والطلاق بالتراضي بين الطرفين ، والطلاق بطلب من الزوجة.

أما الطريقة الأولى وهي الطلاق بإرادة الزوج وحده ، فلقد سبق الحديث حول هذا الموضوع ، وقلنا بأن الزوج قد يجد في سلوك زوجته ما لا يستطيع البقاء معها على معاشرتها ، ولذلك أباح له الطلاق إذا كان السبيل الوحيد لحل المشكلة التي وقع فيها وهذا بعد استنفاد جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة ، والهجر في المضجع والضرب بغرض التأديب محاولة الصلح. فإذا تعذرت هذه الأمور و لم يفلح الزوج فيها جميعا أمكن له استعمال حقه في الطلاق.

وبهذا نقول أن الشريعة الإسلامية وإن أباحت الطلاق للزوج فإنها جعلته في أضيق نطاق وبناء مبررات مشروعة ، وإلا أعتبر الزوج متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، ومن ثم كان لها أن تطالب بالتعويض عن الضرر الذي يصيبها.

(1) هذا الرأي الثاني هو لابن تيمية ، انظر ، زاد المعاد ، المرجع السابق ص 242 .

أما الطريقة الثانية وهي الطلاق بالتراضي فإن الشريعة الإسلامية أباحته أيضا لقوله تعالى: " فإن أرادا فصلا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما ... " (1).

وهذا التراضي بالطلاق من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معا ، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين ولم يتمكن من الانسجام مع بعضهما البعض بعد استنفاد جميع الطرق اللازمة للصالح بين الزوجين واتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي ، فلهما ذلك .

أما الطريقة الثالثة فهي الطلاق بطلب من الزوجة ، بمعنى أن الزوجة إذا تضررت من سلوك زوجها فإنها لا تطلق نفسها بنفسها وإنما لها أن تطلب الطلاق من القاضي بناء على جملة من المبررات التي تستدعي طلب الزوجة فراق زوجها وهذه المبررات نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة ، زيادة على حقها في الخلع والمقرر بالمادة 54 .

والأصل أن الطلاق هو ما أوقعه الزوج بإرادته المنفردة حتى وإن احتاج الأمر إلى صدور حكم بالطلاق بناء على رغبة الزوج .

أما إذا طلبت الزوجة من القاضي التفريق بينها وبين زوجها، فإن هذا يسمى تطليقا لأنها لا تستطيع أن تطلق نفسها لكون العصمة بيد الرجل، بل لها أن تطلب من القاضي أن يطلقها إذا لم تطق العيش مع زوجها . وحق الطلاق مقرر لكلا الزوجين معا، وقد دل على ذلك العديد من النصوص منها: قوله تعالى " وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم " (2). وقوله أيضا " فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به " (3).

وقد نص قانون الأسرة الجزائري على حق المرأة في طلب الطلاق في المادة 53 وعلى حقها في الخلع في المادة 54.

فالمادة 53: عددت جملة من الأسباب تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي ، وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق ، ويمكن إجمالها فيما يلي:

(1) سورة البقرة ، الآية 233.

(2) سورة البقرة ، الآية 227.

(3) سورة البقرة ، الآية 229.

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج .

وقد سبقت الإشارة إلى أن النفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا . ولا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول .

إلا أن النص تطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة . وفي اعتقادي أنه لا ضرورة لهذا الحكم لأن النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون من خلال المادة 37 سائلة الذكر . فكان من المفروض أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية وكذا امتناع الزوج عن النفقة يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعدار للزوج ينذره فيه بأن ينفق على زوجته فوراً، أو يحدد له أجلاً إن كان معسراً وإلا تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق . وبإمكان الزوجة أن تطلب التطليق إذا لم ينفق .

بالإضافة إلى أن النص ذهب إلى منع الزوجة من طلب الطلاق للإعسار إذا تزوجت به وهو معسر ، وهي مسألة تحتاج إلى توضيح وضبط نظراً لتعدد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية . وسنعود لاحقاً لهذا الموضوع .

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

أقر الفقهاء وكذلك القانون لكلا الزوجين معاً الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود عيوب في أحد الزوجين من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية ، وهذه العيوب تقسم إلى قسمين (1) :
أ- عيوب جنسية تمنع من الدخول ، وسواء تحققت في الرجل أو المرأة ، فمن حق كل طرف أن يلجأ إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة . والقاضي عادة لا يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية . كما قد يستعين بالخبرة العلمية في هذا المجال .

ب- عيوب لا تمنع من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأضرار المزمنة أو المعدية أو المنفرة ، كالجدام ، والبرص ، والجنون ، والصرع ، والسل ، ويضاف إليه في الوقت الحاضر مرض الإيدز أو فقدان المناعة المكتسبة . وهذه الأمراض بلا شك تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية .

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 355 .

فإذا كانت هذه العيوب في الزوج فمن حق الزوجة طلب الطلاق، وما على القاضي سوى التأكد مما تدعيه الزوجة، فإن وجد ما تدعيه صحيحا قضى بالطلاق بينهما

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم -الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى "والتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضجع واضربوهن، فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا" (1). وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة .

-الثاني: جاء بغرض الإيلاء، وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر، والمشار إليه في قوله تعالى "للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" (2) .

ونعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة 53 تقصد الإيلاء، أي الهجر المصحوب بالقسم والذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة .

ولذلك حدد النص القرآني وكذا النص القانوني مدة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء لطلب الطلاق، ولا يقضي القاضي بالطلاق إلا بعد فوات المدة الشرعية والقانونية.

4-الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

في البداية نشير بأن الفقهاء أجازوا للزوجة أن تطلب التطلق لغياب زوجها من جراء حبسه أو سجنه، لأن الحبس والسجن قد يضران بالزوجة ماديا ومعنويا وخصوصا إذا طالت مدته، حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه (3). غير أن النص القانوني قد اتجه إلى تحديد الأسباب التي لأجلها سجن الزوج والتي تؤثر بشكل سلبي على الحياة الزوجية، إلا أن الصياغة القانونية لم تكن موفقة كما سيأتي لاحقا.

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) سورة البقرة، الآية 226.

(3) أنظر: د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج2، ص2.

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة :

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته، أجاز لها الفقهاء طلب الطلاق سواء كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها. ولكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطلاق لابد من مرور سنة كاملة على الغياب، وأن يكون هذا الغياب غير مبرر مصحوب بعدم الإنفاق. ولا نرى ضرورة للنص على عدم الإنفاق لأنه نص عليه في الفقرة الأولى سالفة الذكر، وحتى الغياب المبرر إذا تجاوز السنة يمكن أن يضر بالزوجة معنويا.

ولهذا أجاز بعض الفقهاء للزوجة طلب الطلاق ولكن بعد أن يرسل إليه القاضي للعودة إلى زوجته أو يصحبها معه حتى لا تتضرر (1).

6- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه.

أجاز الشرع الإسلامي كما أجاز القانون للزوجة أن تطلب التطلاق للضرر لقوله تعالى "ولا تمسكوهن ضاررا لعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه" (2).

والمقصود بالضرر هنا هو التضييق على الزوجة وإيذائها بالقول أو الفعل أو إهمالها من الجانب المادي والمعنوي ولذلك أشار النص إلى المادتين 8 و37 وهما تتعلقان بموضوع التعدد.

فقد تتضرر أحد الزوجات من ظلم زوجها لكونه أهملها بسبب هذا التعدد، أو أنه أضر بها بشكل من الأشكال حتى إن كانت هي الزوجة الوحيدة لديه، ولذلك أجاز العديد من الفقهاء خصوصا فقهاء المالكية للزوجة أن تطلب التطلاق للضرر، ويتعين عليها أن تثبت أمام القاضي حصول الضرر بكافة الطرق.

وحسنا فعل المشرع في توسعه في مفهوم الضرر لأن الأضرار عديدة ويصعب حصرها، غاية ما في الأمر أنه تطلب أن يكون هذا الضرر معتبر شرعا أو عرفا.

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ج2 ، ص 237.

(2) سورة البقرة ، الآية 231.



7- ارتكاب فاحشة مبينة :

لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة ، و نعتقد أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية ، أو الجرائم الأخلاقية ، وهي من الأسباب الرئيسية التي تستدعي الطلاق بين الزوجين .

و لم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة؟ ، خصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات .

و أما الطلاق بواسطة الخلع فقد تضمنته المادة 54 من قانون الأسرة حيث نصت على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم " .

والخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تقدي نفسها رفعا للحرَج الذي أصابها. وقد دل على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى "فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به" (1).

والخلع بهذا المعنى هو الصورة المقابلة لطلاق الرجل بالإرادة المنفردة ولنفس السبب أيضا، فإذا كره العيش مع المرأة، وغابت عنه السكنية دون تقصير من الزوجة ، جاز له أن يفارقها بإحسان لقوله تعالى "فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف" (2).

وقوله "فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا" (3).

فإذا طلقها للكراهية لا يكون متعسفا في حقها. والحب والكره مسألة نفسية لا يستطيع الإنسان التحكم فيها.

(1) سورة البقرة ، الآية 229.

(2) سورة البقرة ، الآية 231.

(3) سورة النساء ، الآية 19.

ولذلك جعل الله لكل منهما مخرجا فأباح للزوج أن يفارق زوجته بالحسن مع إعطاءها كامل حقوقها المقررة شرعا من المهر المؤخر إن وجد والحق في النفقة والمسكن خلال العدة وحقها في نفقة المتعة .

كما أباح للزوجة أن تفارق زوجها بواسطة الخلع مقابل مال يتم الاتفاق عليه بينهما، وسبب إلزامها بدفع المقابل هو أن الفرقة جاءت من طرفها دون تقصير من زوجها، وبالتالي لا بد من أن تتحمل نتائج هذه الفرقة .

والخلع بهذا المعنى والمقرر بالمادة 54 يختلف عن التطليق المقرر بالمادة 53 سالفه الذكر وإن كانا يشتركان في أن طلب الفرقة يكون من الزوجة إلا أن أسبابهما مختلفة .

فالطلاق المقرر بالمادة 53 يبنى على أسباب مادية ذكرتها المادة، وينبغي على الزوجة إثباتها أمام القاضي حتى يقضي لها بالطلاق، زيادة على حقها في طلب التعويض .

أما الخلع المقرر بالمادة 54 فيبنى على سبب نفسي وهو الكراهية، ولا يتطلب الأمر وجود شقاق بين الزوجين بل يكفي فيه ألا تجد الزوجة راحتها النفسية والسكينة وهي الهدف الأول من الزواج لقوله تعالى "فإن خفتن ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به" (1). فإذا لم تتحقق السكينة والطمأنينة بين الزوجين فلا فائدة ترجى من هذا الزواج .

وتطبيقا لهذا المفهوم قضت السنة النبوية بذلك، حيث جاء في البخاري عن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إني لا أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم، قال رسول الله: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة(2).

فدل هذا الحديث على ثبوت الخلع بمقابل، وقد يكون المقابل هو ما قدمه من مهر ترده الزوجة لزوجها، كما أجاز الفقهاء تقديم مقابل آخر يتفق عليه شريطة أن يكون من ما هو مباح شرعا . ويتضح من نص المادة 54 ما يلي:

1- لا بد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع، وهذا هو الأصل في الخلع، لكن المشكلة تكمن فيما لو أن الزوج لم يقبل الفرقة فهنا يتحتم عليها اللجوء إلى القضاء لطلب

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) أنظر: الإمام ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 5، وأشار في الهامش إلى أن الحديث رواه البخاري، ص 192

المخالعة كما حدث في واقعة المرأة التي اشتكت للرسول ، إلا أن النص تكلم فقط عن الموافقة .
ولم يتحدث عن الخلاف في الخلع سوى في الجانب المالي .

بالإضافة إلى وسائل التفريق السابقة المذكورة هناك وسائل أخرى يتم التفريق من خلالها وهي :
- التفريق للشقاق : إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وطالت مدته وساءت العشرة بينهما ،
أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب الطلاق . كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى
الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه رفعا للحر ج . وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على
القاضي وجوبا تعيين حكمين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في
أجل شهرين من تاريخ تعيينهما . فإذا لم يفلح الحكمان في الإصلاح بينهما قضى القاضي بالطلاق
بينهما . وقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على وجوب التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق .
وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 15/06/1999 بجواز التطليق لطول مدة الخصام
بين الزوجين ، ومما جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول
مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا .." (1) .

ب- الطلاق للنشوز :

نصت المادة 55 من قانون الأسرة على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق
وبالتعويض للطرف المتضرر".

إذا ادعت الزوجة نشوز زوجها وأثبتت حالة النشوز كان لها الحق في طلب الطلاق ، كما يكون
للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر . ويختلف النشوز
من الناحية الفقهية عن الناحية القانونية .

ففي الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية
والمعنوية سواء بقي داخل البيت أم خارجه ، كذلك الزوجة تكون ناشزا بمجرد خروج الزوجة عن
طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه . وإذا حدث النشوز من الزوج أو الزوجة تطلب الشرع
الإسلامي اللجوء إلى الإصلاح بين الزوجين لإعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها .

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، عدد خاص سنة 2001 ص 129.

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية. فإذا امتنع الزوج أو امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى ثبوت حالة النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه .

ولعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز - خصوصا إذا كان من الزوجة- إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات. فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا، ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق. وقد اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1998/04/21، ثبوت النشوز بامتناع الزوج عن توفير المسكن المنفرد المحكوم به للزوجة(1). كما اعتبرت في قرار آخر صادر بتاريخ 1998/05/19 أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد ثبوت إهانتها لا يعتبر نشوز(2).

ج- التفريق بواسطة اللعان :

بداية نقول بأن قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ باللعان في نص صريح كسبب للتفريق بين الزوجين في باب الطلاق، مع انه منصوص عليه شرعا .

إلا أنه أخذ به كسبب مانع من الميراث في المادة 138، وكان على المشرع أن ينص عليه في باب الطلاق. نظرا لما يترتب من نتائج على الزوجين وقد تمتد إلى النسب والميراث، وهو ما سنتحدث عنه في الباب الثاني. وقد نص عليه في قوله تعالى "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان الكاذبين، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين" (3).

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص144.

(2) نفس المرجع، ص14.

(3) سورة النور، الآية 6 إلى 9.

والمقصود باللعان هو اتهام الزوج زوجته بالزنا أو ما يسمى في الوقت الحاضر الخيانة الزوجية ،ونظرا لصعوبة إثبات الجريمة في هذا المقام لأن الشرع تطلب الإتيان بأربعة شهود إن كان الأمر يتعلق بغير الأزواج . أما ما يتعلق بالأزواج فإن الشرع الإسلامي أوجد بديلا لأربعة شهود بأن أوجب على الزوج الذي يتهم زوجته بالزنا أن يقسم على نفسه أربع مرات بأنه صادق فيما يدعيه والخامسة أن لعنة الله إن كان من الكاذبين .وبالمقابل إذا أنكرت الزوجة ما يدعيه الزوج فلا توقع عليها عقوبة الزنا ولكن عليها أن تقسم على نفسها .بأن زوجها كاذب في اتهامه لها والخامسة أن غضب الله عليها عن كان من الصادقين .

وابتداء من هذه اللحظة يتوجب على القاضي التفريق بين الزوجين في الحال ،وتكون هذه الفرقة مؤبدة على الرأي الراجح .والأصل أن يقتصر لأمر في اللعان على الفرقة بين الزوجين لفقدان الثقة بينهما ،إلا أن الأمر قد يتعدى إلى ما وراء الفرقة فقد تكون الزوجة حاملا ويلجأ الزوج إلى نفي النسب بالتالي لا يثبت نسب الجنين من جهة الأب كما لا يثبت التوارث بينه وبين الطفل ،غير أن نسبه من أمه ثابت في جميع الأحوال وترث منه ويرث منها(1) .

د- التفريق للردة :

لم ينص قانون الأسرة على حق التفريق للردة ،لكنه اعتبر الردة كمانع من موانع الميراث في المادة 138 .ولفظ الردة لا يطلق إلا على من كان مسلما وأراد الخروج من الإسلام إلى الشرك ،أو إلى الدخول في ديانة أخرى .

فإذا تحول أحد الزوجين من الإسلام إلى الشرك وجب التفريق بينهما في الحال ،ويتعين على القاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه لأنه لا يجوز الزواج بغير المسلم أو المسلمة استنادا لقوله تعالى " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا " ، ويقول أيضا " ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن "(2) . فالنص واضح في منع الزواج بغير المسلم أو المسلمة .

وإذا تحول الزوج من الإسلام إلى ديانة سماوية أخرى وجب التفريق بينهما في الحال لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم ،كذلك فإن نص المادة 31 يقضي بأنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم .

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، لمرجع السابق ، ص 347 .

(2) سورة البقرة ، الآية 221 .

وعلى القاضي أن يقضي ببطان الزواج من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الزوجة .وإذا تحولت الزوجة من الإسلام إلى ديانة أخرى فلا يفرق بينهما القاضي لأنه يجوز زواج المسلم بالمسيحية أو اليهودية ، ولا يقضي به القاضي من تلقاء نفسه إلا إذا تمسك الزوج بالطلاق فيتعين على القاضي الاستجابة له .

المبحث الثالث

آثار الطلاق

من المعلوم أن الطلاق يترتب عادة جملة من النتائج منها ما هو خاص بالزوجين، ومنها ما هو خاص بنتائج الولادة. ولمعرفة ما يترتب على الطلاق من آثار لا بد من معرفة نوع الطلاق الحاصل هل هو طلاق رجعي، أم طلاق بائن بينونة صغرى، أم بينونة كبرى .

المطلب الأول

أنواع الطلاق

الطلاق على ثلاثة أنواع وهي الطلاق الرجعي، والبائن بينونة صغرى، والبائن بينونة كبرى. أولاً: الطلاق الرجعي: الأصل أن كل طلاق سواء أوقعه الزوج أو بواسطة القاضي يكون رجعياً ما لم ينص القانون على أن يكون بائناً وهو لم ينص القانون على أي حالة في هذا الشأن سوى ما نجده في المادة 50، إذ اعتبر الطلاق بواسطة حكم طلاقاً بائناً، وهو ما يؤدي إلى القول بأن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج رغم وجوده من الناحية الشرعية ونص عليه القانون في المادة 48، فلا وجود له من الناحية القانونية لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي حسب ما تنص عليه المادة 49. وبالرغم من أنه اعترف به من جديد في المادة 50 التي تنص على أنه "من راجع زوجته أثناء الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". واستعمال لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة الطلاق وقبل الحكم، وهو ما جعل هذه النصوص متناقضة مع بعضها، زيادة على أن تطبيقها بهذا الشكل يؤدي في بعض الأحيان إلى نتائج غير منطقية بل ومخالفة للشرع أحياناً. ولهذا فإننا سنقترح لهذه النصوص صياغة جديدة نراها مناسبة لإزالة التناقضات الموجودة، ولتحقيق الانسجام بينها عندما نتحدث عن الأحكام المتغيرة لاحقاً.

أما النتائج المترتبة عن الطلاق الرجعي فهي (1):

- الطلاق الرجعي يبقي العلاقة الزوجية قائمة ما دامت الزوجة في عدتها .
- الطلاق الرجعي ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج .
- يعطي للزوج الحق في مراجعة زوجته في العدة دون عقد ومهر جديدين .
- يعطي للزوجة الحق في النفقة والسكن ما دامت في عدتها .

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 115 وما بعدها.

- يعطي للزوجة الحق في الميراث إذا توفي زوجها وهي في عدتها ما لم يكن هناك مانع من الميراث كأن تتسبب هي في قتله أو تكون مسيحية لأنه لا توارث بينهما في هذه الحالة .

ثانيا: الطلاق البائن بينونة صغرى

وهو الطلاق الذي لا يستطيع الزوج فيه مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وذلك لانتهاء عدتها، ويترتب عليه ما يلي:

- يزيل الرابطة الزوجية بين الزوجين .

- ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

- لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما .

- لا تستطيع الزوجة العودة إلى زوجها إلا بعقد ومهر جديدين .

- يكون لها الحق في مؤخر الصداق إذا لم يدفع بالكامل.

ثالثا: الطلاق البائن بينونة كبرى

وهو الطلاق الذي استنفذ فيه الزوج جميع الطلقات الثلاث، ويترتب عليه ما يلي:

- يزيل الرابطة الزوجية في الحال.

- تحرم العودة إلى بعضهما شرعا وقانونا إلا بعد أن تتزوج رجل آخر فإن طلقها بعد الدخول

أو مات عنها جاز لهما العودة بعقد ومهر جديدين، لقوله تعالى بعد الحديث عن الطلقتين الأولى والثانية "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله" (1)، وهو ما نصت عليه المادة 51 من قانون الأسرة.

- لا يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما ولو كانت الزوجة في العدة، إلا في حالة

طلاق الفرار، وهو الطلاق الذي يقع في مرض الموت إذا كان القصد منه حرمان الزوجة من الميراث، ولم ينص عليه قانون الأسرة وإنما تكلم عنه الفقهاء، وأشارت إليه المحكمة العليا في قرار لها

صادر بتاريخ 17/ 03/ 1998 جاء فيه (إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع

الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث) (2) ويلاحظ

أن قانون الأسرة قد نص في المادة 132 على حق المرأة في الميراث إذا كانت في العدة دون التفريق

(1) سورة البقرة ، الآية 230.

(2) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق ص 98.

بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة كبرى وهو خطأ من المشرع.
- يكون لها الحق في مؤخر الصداق، إذا لم يدفع بالكامل، لأن هذا الحق ثابت بمجرد العقد.

المطلب الثاني

أحكام العدة

المقصود بالعدة الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها، أو بواسطة القاضي، أو حدثت الوفاة فيتوجب عليها مراعاة العدة الشرعية لقوله تعالى "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة" (1).

والحكمة من وجوب العدة هي التأكد من براءة الرحم منعا لاختلاط الأنساب، وإعطاء فرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما وإصلاح شؤونهما بعيدا عن الانفعالات التي أدت بهما إلى الطلاق. كذلك هي مهلة للحداد لمن توفي زوجها واحترام مشاعر الزوجة ومشاعر أهل الزوج.

أولا: أنواع العدة

تختلف عدة المرأة بحسب الوضع الذي هي عليه، وكذا طبيعة الفرقة بينهما وهي:
العدة بالأقراء: لقوله تعالى "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء" (2). والقراء لفظ مشترك بين الحيض والطمهر ولا يتحقق إلا في المرأة الحائض أي التي تعترتها العادة الشهرية. وقد اختلف الفقهاء في تفسير لفظ القراء، فمنهم من اعتبره حيض ومنهم من اعتبره طهر ومنهم من جمع بين الحيض والطمهر. ولم يوضح قانون الأسرة المقصود بالقراء في المادة 58، وتبيننا لو بين المقصود منه لأنه يؤثر في حساب العدة، والخطأ في حساب العدة قد يؤدي إلى الوقوع في المحذور. وقد نص قانون الأحوال الشخصية السوري على سبيل المثال في المادة 121 فقرة أولى على ثلاث حيضات كاملات.

(1) سورة الطلاق، الآية 1.

(2) سورة البقرة، الآية 228.

2- العدة بالأشهر: وتحتسب العدة هنا بمدة محددة نص عليه القرآن الكريم بصورة واضحة لا تقبل الزيادة ولا النقصان، وهي على نوعين:

أ- عدة اليائسة من الحيض، وهي ثلاثة أشهر لقوله تعالى "والثني يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن"⁽¹⁾، والنص يشمل المرأة التي لا تحيض لكبر أو لصغر سنها أو لمرض فيها .

وإن كانت الصغيرة لا يجوز التزوج بها من الناحية القانونية لأن سن الزواج محدد بنص قانوني . وقد نص القانون على عدة اليائس من الحيض في المادة 58.

ويلاحظ أن احتساب العدة سواء في القروء أو اليائس من الحيض يكون على المرأة المدخول بها فقط وإلا فلا عدة لها، لقوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها" ⁽²⁾ . وقد نص قانون الأسرة في المادة 58 على هذين النوعين من العدة ، كما نص على حسابهما من تاريخ التصريح بالطلاق وهو أمر غير مقبول ، لأن صدور الطلاق وخصوصا إذا كان خارج دائرة المحكمة يكون في وقت سابق على التصريح به، أما إذا أوقعه القاضي فلا يحتاج إلى تصريح وإنما تحسب العدة من تاريخ الحكم.

أما إذا أوقعه الزوج ليس أمام المحكمة، فحساب العدة يكون من تاريخ التلطف به وهذا باتفاق الفقهاء. علما أن القانون لا يعتد في حقيقة الأمر إلا بصدور حكم بالطلاق، فلا يثبت إلا بحكم ب- عدة المتوفى عنها زوجها، وهي أربعة أشهر وعشرة أيام، لقوله تعالى "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا"⁽³⁾. ويتوجب على المرأة المتوفى عنها زوجها أن تعتد مدة أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الوفاة، سواء حصل الدخول أو لم يحصل، ويكون لها الحق في الميراث بمجرد العقد ولو لم يحصل به دخول. ويلاحظ أن قانون الأسرة لم يحدد بعض المسائل الهامة في الموضوع وهي :

(1) سورة الطلاق ، الآية 04.

(2) سورة الأحزاب ، الآية 49.

(3) سورة البقرة ، الآية 234.

- لم يبين طريقة حساب المدة المذكورة في الآيتين بالأشهر القمرية أم بالميلادية.

وبدون شك فإن الحساب يختلف بينهما، والأشهر القمرية تعتمد رؤية القمر وهي إما 29 أو 30 يوماً. أما الأشهر الميلادية فهي إما 30 أو 31، ما عدا شهر فيفري فهو 28 يوماً. وبالتالي سيختلف الحساب وقد يؤدي إلى الوقوع في المحذور، بل وقد تضيع الحقوق. فإذا توفي الزوج مثلاً في حالة الطلاق قبل انتهاء العدة ولو بيوم واحد كان لها الحق في الميراث. إلا إذا قصد قانون الأسرة اعتماد التقويم الميلادي المنصوص عليه في القانون المدني في المادة 03 منه حيث جاء فيها "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"

- لم يبين طريقة حساب المدة في حالة الوفاة هل هي من تاريخ الوفاة أم من تاريخ العلم بالوفاة سواء كانت وفاة طبيعية أو وفاة حكمية، غير أن المادة 59 من قانون الأسرة أشارت فيما يتعلق بالمفقود إلى احتسابها من تاريخ صدور الحكم بفقده، وهو أمر غير مقبول لأن الحكم بالفقدان يكون بعد مرور سنة على فقدانه. وأما الحكم بوفاة فلا يكون إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ الفقدان إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة، وهذا كله استناداً للمادتين 109 و113 من قانون الأسرة.

3- العدة بوضع الحمل: وهي تمتد من يوم الطلاق إلى لحظة وضع الحمل، وقد تطول هذه المدة إذا كان الحمل في بدايته، وقد تقصر إذا كان في نهايته ولو ليوم واحد. وقد نص القرآن الكريم على هذه العدة في قوله تعالى "وأولت الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن" ⁽¹⁾، كما نص عليها قانون الأسرة في المادة 60: "عدة الحامل وضع حملها ..".

(1) سورة الطلاق، الآية 04.

المطلب الثالث

الحضانة

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية عناية خاصة لما تخلفه من آثار إيجابية أو سلبية في حياة الفرد والأسرة والمجتمع ، لأنها تختص بالصغير باعتباره اللبنة الأولى التي تتكون منها الأسرة ومن خلال الأسرة المجتمع .

وإذا كانت الحياة الزوجية قائمة بين الزوجين ، فإن موضوع الحضانة غير مطروح لكون الأبوين يشرفان معا وبشكل مباشر على تربية الصغير باعتبار التربية مهمة جدا بالنسبة للصغير . وفي حالة الطلاق بين الزوجين فإن مشكل الحضانة يطرح بجدة وكثيرا ما يتنازع الزوجان على الحق في الحضانة ، فكل واحد منهما يريد أن يحتفظ بحضانة الصغير .

ولهذا السبب نجد التشريع الإسلامي قد ضبط هذا الموضوع من خلال النصوص الشرعية واجتهادات الفقهاء حتى لا يعيش الصغار في وسط صراع الأبوين . والمتبع لهذه الأحكام يجد أن الفقه الإسلامي قد رعى فيها مقدره كل من الأبوين على القيام بهذه المهمة وبالتناوب بينهما . فقررت أن تكون البداية للأم وهي الولاية الأولى ، أي ولاية التربية لأن الأم أقدر من غيرها على تولى هذه المهمة في المرحلة الأولى لحياة الصغير⁽¹⁾ ، هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن النصوص الشرعية دلت على إعطاء الأولوية للأم وإلى جهة النساء عموما قبل الرجال . فقد ثبت أن امرأة جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله هذا ابني ، كان بطني له وعاء وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وأن أباه طلقني ، وأراد أن يترعه مني ، فقال رسول الله " أنت أحق به ما لم تنكحي " (2) وإذا كانت الحضانة حقا للأم قبل غيرها فقد اقتضى الشرع أن تكون للنساء قبل الرجال ، واقتضى أيضا أن تكون قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب ، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ترتيبها .

هذا ولا تثبت ولا تعطى الحضانة للمرأة إلا إذا كانت محرمة ، لأن القرابة المحرمة هي التي تناط بها الحقوق والواجبات في أكثر الأمور الشرعية ، ولأنها أوثق وأعطف .

(1) أنظر : د/ أحمد نصر الجندي ، الحضانة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية ، القاهرة سنة 1993 ، ص 7 .

(2) زاد المعاد ، المرجع السابق ج 05 ، ص 432 .

أما في المرحلة الثانية فإن الحضانة تعود إلى الأب عندما تنتهي حضانة الأم ببلوغ الصغير سننا معينة حددها القانون . وهذه المرحلة أعطيت للأب باعتبار أن الأب يبدأ في تأهيل الصغير وتوجيهه نحو الاعتماد على نفسه ولاحتكاك بالآخرين تحت إشرافه .

ولا ينبغي أن يفهم من موضوع الحضانة أنه في المرحلة الأولى عندما أعطيت الحضانة للأم أن يتعد الأب عن الصغير ، أو أنه في المرحلة الثانية عندما يعود الصغير لحضانة الأب أن يتعد الصغير عن أمه . فالشرع وإن وزع الحضانة بينهما بالتناوب حسب الأولويات ، فإنه قرر حق الزيارة لكل طرف حتى تبقى الصلة بين الأبوين والصغير قائمة حتى وإن كانا منفصلين بسبب الطلاق .

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع الحضانة في المواد من 62 إلى 72. وقد روعي في هذه النصوص جملة من المسائل لعل أولها أنه أعطى الأولوية للأم وللأقارب من جهة الأم ، ثم للأب وأقاربه ، ولكنه لم يجعل هذا الترتيب إلزامي بل لابد من مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك . فالقاضي يسند الحضانة لمن تتوفر فيه الشروط اللازمة للرعاية لتحقيق مصلحة المحضون .

وثاني هذه المسائل حدد مدة انتهائها وانتقالها وكذلك حالات سقوطها واستعادتها، وكذا نفقة المحضون وسكناه . وهي مسائل الهدف منها هو مصلحة المحضون ولنا عودة لبعض جوانب هذا الموضوع في الباب القادم خصوصا من جانب ترتيب الحاضنين ومسائل أخرى تفرض نفسها . ومهما يكن فإن الحضانة من المواضيع المهمة في الأسرة ينبغي على المشرع تنظيمه على أكمل وجه منعا للتنازع بين الأبوين من جهة ، وحفاظا على الصغار من الضياع بسبب الشقاق أو الفراق بين الزوجين . فلا ينبغي أن يذهب الأطفال ضحية ما يحدث بين الزوجين ، وينبغي أن يبقوا بعيدين عن هذا الصراع .

الفصل الثالث

أحكام النيابة الشرعية

الفصل الثالث

أحكام النيابة الشرعية

تعتبر النيابة الشرعية من أهم المسائل التي اهتم الشرع الإسلامي بتنظيمها بما يكفل حماية المشمولين بهذه النيابة ، والنيابة الشرعية تعني الولاية على النفس والمال ، وهي تكون إما بسبب الصغر أو الحالة العقلية ، أو لأسباب أخرى كالفقدان .

فإذا كان الشخص عديم أو ناقص الأهلية ، فمن الطبيعي أنه لا يستطيع من الناحية الشرعية والقانونية القيام بالتصرفات لوحده لعدم أهليته ، وإنما يحتاج إلى من ينوب عنه قانونا لكي يعاونه في التصرفات التي يجريها بما يعود عليه بالنفع . ولهذا نجد فقهاء المسلمين قد اهتموا بموضوع النيابة الشرعية ونظموا أحكامها ، من حيث تعريفها وأنواعها وشروطها وحدودها ، وصاغوا بذلك نظرية متكاملة تفي بالغرض المقصود مما يؤمن مصلحة الفرد والجماعة في المجتمع .

وقد نص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المادة 44 على هذا المبدأ بقوله (يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية ، أو الوصاية ، أو القوامة ، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون) . وهذه القواعد والشروط قد نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة تحت عنوان "النيابة الشرعية" في المواد من 81 إلى 125 تعرض فيها لجملة من المواضيع والتي نتعرض لها تباعا .

المبحث الأول

أحكام الأهلية

نظمت أحكام الأهلية (أهلية الأداء) في القانون المدني من المادة 40 إلى 45 ، وكذلك قانون الأسرة في المواد من 81 إلى 86 .

المطلب الأول

تعريفها وأنواعها

أولاً: تعريفها.

تعرف الأهلية في الفقه الإسلامي بأنها صفة في الشخص يقدرها الشارع تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي (1).

وأما في الفقه القانوني فهي (أهلية الأداء) تعني صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته بصورة يعتد بها القانون.

ثانياً: أنواعها.

باعتبار الأهلية هي الصفة التي يقدرها الشارع في الشخص ليكون محل خطاب الشارع، فإن هذه الأهلية تبدأ مع الإنسان منذ أن يكون نطفة في بطن أمه إلى حين الولادة حياً ، ثم تستمر معه إلى حين وفاته، وهي على نوعين :

أ- أهلية الوجوب.

مناطها الحياة الإنسانية ، وحكمها صلاحية الإنسان للإلزام والالتزام، وهذه الأهلية بدورها تنقسم إلى قسمين وهما (أهلية وجوب ناقصة وتتعلق بحالة الجنين قبل الولادة، وأهلية وجوب كاملة وتتعلق بحالته بعد الولادة حياً).

ب- أهلية الأداء .

و مناطها التمييز والبلوغ والعقل ، باعتبارها تخص الأقوال والأفعال الصادرة من الشخص. وهي تمر عبر مراحل ثلاث حسب نمو الإنسان . وهذه بدورها تنقسم إلى قسمين (أهلية أداء ناقصة وتتعلق بمرحلة التمييز ، وأهلية أداء كاملة وتتعلق بمرحلة الرشد .

(1) أنظر : د/ أحمد الحجي الكردي ، الأحوال الشخصية ، الطبعة السادسة ، منشورات جامعة دمشق سنة 1998 ، ص 68.

المطلب الثاني

مراحل تطور الأهلية

تمر الأهلية عبر ثلاث مراحل حسب تطور نمو الإنسان .

أولاً: مرحلة انعدام التمييز .

وتمتد بحسب القانون الجزائري من يوم الولادة إلى سن 16 سنة ، يعتبر الصغير فيها غير مُميز .
وأحكام تصرفاته باطلة مهما كان نوعها، لأنه في مرحلة لا تسمح له بالقيام بالتصرفات القانونية .
كما يلحق بصغر السن من كان في حكم غير المميز كالمجنون والمعتوه والسفيه بعد الحجر عليه
لأن هؤلاء أيضاً غير مؤهلين للقيام بالتصرفات القانونية وبالتالي تسري عليهم أحكام النيابة
الشرعية .

وقد نصت المادة 82 من قانون الأسرة على أنه (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً
للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة). كما أن نص المادة 42 من القانون المدني
نصت على أنه :

(- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون .
- يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة) .

ثانياً: مرحلة التمييز .

وتمتد بحسب القانون الجزائري من سن 16 سنة إلى سن 19 سنة يعتبر الصغير فيها مميزاً .
وقد نص القانون المدني في المادة 43 على أنه (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل
من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً، أو معتوهاً، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون).
وأما التصرفات التي يجريها في هذه المرحلة فهي بحسب نص المادة 83 من قانون الأسرة تخضع
لثلاثة أحكام وهي :

- التصرفات الضارة به ضرراً محضاً تكون باطلة (مثل التنازل عن الدين لفائدة الغير) .
- التصرفات النافعة له نفعاً محضاً تكون صحيحة (مثل قبوله هبة تقررت لصالحه) .
- التصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي (مثل التصرفات
بالبیع والشراء لأنها تحتمل الربح والخسارة) .

كما أن المادة 84 من قانون الأسرة أجازت للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة • وله الرجوع في هذا الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك • والسبب في ذلك أنه قد يستغل المميز هذا لإذن من القاضي فيبذر أمواله ، أو يقدم على القيام بتصرفات تشكل خطرا على أمواله • لذلك أعطي الحق لصاحب المصلحة ليطالب من القاضي سحب الإذن منه بتقديم المبررات لهذا الطلب حماية لمصلحة الصغير المميز .

ثالثا : مرحلة الرشد المدني .

وتبدأ من سن 19 سنة فما فوق ، وهنا يكون الشخص كامل الأهلية ومن ثم يجوز له القيام بجميع التصرفات القانونية طبقا لأحكام المادة 86 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام القانون المدني) .

كما نصت المادة 40 من القانون المدني على ما يلي :

(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة) .

كما نص في المادة 85 من قانون الأسرة على حكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه واعتبرها غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه .
و لنا عودة للتعليق على بعض هذه النصوص في الباب القادم .

المبحث الثاني

أحكام الولاية والوصاية على النفس والمال

تعرض قانون الأسرة لأحكام الولاية على النفس والمال بالنسبة للصغير ومن في حكمه في المادة 81، وكذا المواد من 87 إلى 115 .

المطلب الأول

أحكام الولاية

نص قانون الأسرة على جملة من الأحكام تتعلق بموضوع الولاية ، فكرس المبدأ في المادة 81 بحيث قرر الولاية والنيابة القانونية وكذا الوصاية والتقدم على كل من كان فاقد الأهلية بسبب الصغر أو بسبب الجنون أو العته ، أو كان ناقص الأهلية بسبب الصغر أو السفه .

كما نص في المادة 81 على تكريس الولاية للأب ومن بعد وفاته الأم ، فتحل محله قانونا ، أما المواد من 88 إلى 91 كما تعرض إلى ولاية التصرف في مال الصغير وقام بتنظيمها بما يكفل حفظ هذا المال ، وأخضع أغلب التصرفات الهامة مثل بيع العقارات أو إيجارها ، أو استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض لمراقبة القضاء حتى لا تستغل الولاية لأغراض غير التي أعدت لها . كما حدد مهام وسلطات الولي بحيث أوجب عليه أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، ويكون مسؤولا مسؤولية تقصيرية عن الإخلال بهذا الواجب المفروض عليه قانونا . وفي الأخير تعرض إلى موضوع انتهاء الولاية .

المطلب الثاني

أحكام الوصاية والتقديم

أولا: أحكام الوصاية.

نص قانون الأسرة على أحكام الوصاية على الصغير في المواد من 92 إلى 98 ، تعرض فيها إلى أسباب تقرير الوصاية بسبب الصغر ، وكذا بسبب عدم وجود الأم أو عدم صلاحيتها أو أهليتها ، وتتقرر هذه الوصاية بناء على طلب الأب أو الجد ، لتحقيق مصلحة الصغير كما أعطى السلطة التقديرية للقاضي في اختيار الوصي الأصح في حال تعدد الأوصياء ، حتى لا يتضرر الصغير .

كما نظم الشروط والضوابط التي يتطلبها القانون في الوصي حتى يكون أمينا على من تحت وصايته فاشترط الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة على القيام بمهام الوصاية ، والأمانة وحسن

التصرف ، وهي من المسائل المقررة شرعا ، إذ أن أغلب الفقهاء يشترطون في الولاية أو الوصاية هذه الشروط (1).

ثم تعرض القانون لسلطات الوصي وواجباته وأخضعها لنفس سلطات الولي ، كما أوجب عليه بعد انتهاء مهمته تسليم أموال الصغير وتقديم حساب عنها للقضاء . وفي حالة وفاته تصبح هذه المهمة ملقاة على عاتق الورثة . ومسألة تسليم الأموال مسألة شرعية قبل أن تكون قانونية وهي تقرر شرعا استنادا لقوله تعالى " فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم وأشهدوا عليهم " (2) . كما أنه يكون مسئولا عن أي تقصير من شأنه أن يصيب مال الصغير من أضرار . وفي الآخر حدد القانون الأسباب التي من أجلها تنتهي الوصاية ، كالموت ، أو بلوغ الصغير سن الرشد ، أو عزله ، أو بانتهاء مهمته ، إلى غير ذلك من المسائل التي تنتهي بها الوصاية . وهو أمر طبيعي لأن الوصاية تقرر لأغراض الحماية فإذا لم تحقق أهدافها زالت الوصاية عن الوصي وانتقلت لغيره ممن يكون قادر على القيام بها .

ثانيا: أحكام التقديم.

تعرض قانون لموضوع لأحكام التقديم من خلال المادتين 99 و 100 ، حدد فيه المقصود من التقديم والأسباب الموجبة لتعيين المقدم وهي على العموم عدم وجود الولي أو الوصي . كما حدد أسباب هذا التقديم والمتمثلة في كون الشخص إما فاقد الأهلية بسبب الصغر أو الجنون أو العته ، أو كان ناقص الأهلية بسبب السن ، أو كان بسبب عدم تمكن المعني من إدارة مصالحه بسبب الغياب أو الفقدان (الغائب والمفقود) . كما حدد الجهة التي تتولى طلب تعيين المقدم للأسباب السابقة ، وهي كل من له مصلحة ، أو أحد الأقارب ، أو من النيابة العامة الممثلة للمجتمع . وأما ما يتعلق بشروط تعيين المقدم أي المؤهلات القانونية لحمل هذه الصفة ، وكذا صلاحيات وواجبات ومسئولية المقدم وغيرها من المسائل المقررة فقد أخضعها لنفس الأحكام الواردة في أحكام الوصاية السابق ذكرها .

(1) أنظر : د/ أحمد المحجي الكردي، المرجع السابق، ص 94.

(2) سورة النساء ، الآية 06.

المطلب الثالث

أحكام الحجر

نظم قانون الأسرة موضوع الحجر في المواد من 101 إلى 108 ، حدد فيه أسباب الحجر وهي عادة ، الحالة العقلية للشخص كالجنون والعتة والسفه أثناء أو بعد بلوغه سن الرشد . كما حدد الجهة التي تتولى طلب الحجر وهي الأقارب أو من كانت له مصلحة في الحجر وكذا النيابة العامة الممثلة للمجتمع .

ولا يتحقق الحجر إلا بحكم من القضاء ، وعادة ما يستعين القاضي بالخبرة العلمية للكشف عن وجود وعدم وجود حالات الحجر . ولما كانت هذه الأمور تخضع لتقدير القاضي ، فمن الطبيعي أن أحكام الحجر تخضع للطعن وللنشر كذلك ، باعتبارها تتعلق بالشخص البالغ . كما يتعين تمكين المراد من الحجر عليه من الدفاع عن نفسه بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه كالمحامي أو تعين له المحكمة مساعدا قضائيا لتمكينه من الدفاع عن نفسه .

والسبب في تقرير حق الدفاع هو للتأكد من أن طالب الحجر بيده ما يبرر حقيقة ما يدعوا للحجر . وخوفا من تقديم دلائل مزورة أو غير حقيقية ، أو أن صاحب المصلحة في الحجر يريد الحصول على مكاسب بطريق التحايل . لذلك جعلت هذه الإجراءات لضمان سلامة التأكد من أسباب الحجر .

أما آثار الحجر فتتمثل في بطلان جميع التصرفات التي تصدر من المحجور عليه لأنه بالحجر عليه يصبح عدم الأهلية ، كما أن نص المادة 107 قد قرر بطلان جميع التصرفات التي صدرت قبل الحجر شريطة أن تكون أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت إجراء التصرف ، بحيث تكون معلومة لدى الناس أو على الأقل من السهل تبينها ، حتى لا يستغل المحجور عليه من الغير قبل الحجر عليه وفي حالة ما إذا زالت عن المحجور عليه أسباب الحجر كأن شفي من جنونه بأن صار سليم القوى العقلية ، فمن الممكن اللجوء إلى القضاء لرفع الحجر بناء على طلب المحجور عليه . ولا يسد من صدور حكم قضائي برفع الحجر ، وعادة ما يتم التأكد من زوال أسباب الحجر بواسطة الخبرة العلمية والتقدير في النهاية يعود للقاضي .

المطلب الرابع أحكام الغائب والمفقود

نظم قانون الأسرة أحكام الغائب والمفقود في المواد من 109 إلى 115، تعرض فيها إلى تعريف المفقود والغائب، فاعتبر المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته ولا موته. كما ألحق بهذا التعريف الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شئونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه في الإضرار بالغير، فاعتبره القانون كالمفقود.

إلا أن هذا الحكم ليس مطلقاً لأنه لا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانوناً مثلاً لأجل المحافظة على مصالحه وإدارة أمواله. كذلك حق الزوجة في طلب الطلاق والنفقة وغيرها من المسائل. أما باقي المسائل كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب لأن هذا الأخير تعلم حياته، غاية ما في الأمر أنه لا يستطيع العودة لمحل إقامته.

كما أن الشخص لا يعتبر مفقوداً من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي. وهذا الحكم لا يصدر إلا بعد مرور سنة من فقدانه أو غيابه بطلب من أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة. كما ينبغي إثبات حالة الفقدان بمحضر الشرطة أو الدرك الوطني، أو بوسائل أخرى ولو بشهادة الشهود كما في حالة السفر، لأنها مسألة وقائع يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

وفي حالة الحكم بالفقدان يتعين على القاضي أن يعين مقدماً من الأقارب كالزوجة أو الأب لتسيير أمواله وإدارتها وهذا بعد أن يقوم بحصر أمواله. وبمجرد تعيين المقدم يصبح وصياً عليه ويتولى إدارة مصالحه وفقاً لأحكام الوصاية السابق ذكرها.

وبعد الحكم بالفقدان يستمر التحري عن المفقود إلى حين مرور أربع سنوات على فقدانه. عندها يحق لأحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة أن يطلب من القضاء الحكم بوقفة المفقود. وهنا على القاضي النظر في ظروف الفقدان، فإن كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة كما إذا فقد في حالة استثنائية كحرب أو زلزال، أو وباء، أو فيضان فهنا يحكم القاضي بموته. وإن كانت ظروف الفقدان لا ترجح الوفاة كما إذا فقد في ظروف عادية كالسفر ونحوه للخارج مثلاً وثبتت حياته ثم انقطعت عنه الأخبار فلم يعد يعرف له حياة أو موت أو مكان، فهنا للقاضي

السلطة التقديرية في الحكم بالوفاة بعد استيفاء المدة وهي كما قلنا أربع سنوات . أو يمدد مدة أخرى يراها كافية زيادة في التحري ، أملا في ظهور معلومات تحدد وضعيته .

وفي ما يخص الآثار المترتبة عن الحكم بالفقدان فإنه بالنسبة لزوجة المفقود أعطى القانون الحق لها في طلب التظليق بناء على أحكام الفقرة الخامسة من المادة 53 . لأن من شأن الغياب أو الفقدان أن يضر بالزوجة من الناحية المادية والمعنوية . ولذلك أجاز لها القانون اللجوء لطلب التظليق من القاضي رفعا للضرر الذي أصابها .

وأما أموال المفقود فقد تقرر المحافظة عليها ، بحيث لا تمس ولا تقسم من طرف الورثة إلا ما كان بترخيص قضائي ، وخصوصا في مسألة نفقة الزوجة والأولاد . فلا يعقل تركهم بلا نفقة إذا كان له مال ظاهر طبعاً . وما عدا ذلك لا يجوز المساس بأمواله . والمقدم كما أسلفنا يكون مسؤولاً عن إدارة هذه الأموال . ولا يحق للورثة قسمة المال إلا بعد صدور الحكم بالوفاة ، وتسمى في هذه الحالة بالوفاة الحكومية لأنها تقرر بحكم قضائي .

كذلك فإن حق المفقود والغائب في الميراث يبقى محفوظاً فلا يحق لأي شخص المساس به حتى يحكم بوفاته . فلو استحق الميراث وهو مفقود يحفظ له نصيبه شرعاً وقانوناً حتى يعود أو يحكم بوفاته ، وفي هذه الحالة يقسم نصيبه على ورثته الشرعيين كل بحسب نصيبه في الميراث .

والسبب في ذلك هو أن المفقود يعتبر حياً من الناحية القانونية إلى حين صدور الحكم بوفاته وبالتالي يتم التعامل معه على هذا الأساس ، ولهذا نصت المادة 133 على أنه (إذا كان الوارث مفقوداً ولم يحكم بموته يعتبر حياً وفقاً لأحكام المادة 113 من هذا القانون).

وفي ما يخص الآثار المترتبة بعد الوفاة فإنها تتلخص فيما يلي :

- بالنسبة للزوجة المفقود تعدد عدة وفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالوفاة وليس الحكم بالفقدان كما أشار النص ، وهو خطأ من المشرع .
- يكون للزوجة الحق في الميراث بحسب نصيبها الشرعي المقرر
- بالنسبة لأموال المفقود تصفى من الديون وكل الحقوق المتعلقة بالتركة وفقاً للمادة 180 من قانون الأسرة.
- للورثة الحق في قسمة التركة على الوجه الشرعي بعد تصفيتها من الحقوق إن وجدت .

و فيما يخص الآثار المترتبة على ظهور المفقود حيا بعد الحكم عليه بالوفاة فهي كما نص عليه القانون في المادة 115، من قانون الأسرة و التي أعطت للمفقود الحق في أن، يسترجع ما بقي عينا من أمواله إن كانت قائمة ، أو قيمة ما بيع منها إن كان قد تم التصرف فيها بالبيع .

و لم يتكلم القانون عن مصير الزوجة خصوصا إذا تزوجت برجل آخر بعد العدة ، والحل يكمن في الرجوع لأحكام المادة 222 من هذا القانون التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال الفقه الإسلامي . غير أن هذا الأخير لا يوجد فيه إجماع أو اتفاق ، وكان على المشرع حسم الموضوع . و نعتقد أن تعطى للمرأة حرية القرار في البقاء مع زوجها الثاني أو العودة إلى زوجها الأول حسبما تراه لاعتبارات المصلحة . مع حفظ حقوق الزوج الثاني في حالة رجوعها للزوج الأول ، بمعنى يحكم له بتعويض عادل يراه القاضي مناسبا .

المطلب الخامس

أحكام الكفالة

نظم قانون الأسرة أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 ، تعرض فيها لتعريف الكفالة على أنها رعاية الولد الصغير من وجوه عدة وعلى سبيل التبرع .

كما نص على أنها لا تكون إلا بعقد شرعي قانوني يبرم أمام المحكمة أو أمام الموثق ، بموافقة المشمول بالكفالة ، وبحضور الأبوين . وهو أمر طبيعي لأن الكفالة تكون على سبيل التبرع من جهة ومن جهة ثانية لا بد فيها من موافقة المكفول وأهل الكافل حتى تستطيع الكفالة أن تحقق الهدف الذي وجدت من أجله . وفي حالة عدم وجود الأبوين بسبب الوفاة، أو أن المشمول بالكفالة لقيط أو مجهول النسب ، فهنا لا بد من إبرام عقد الكفالة أمام القضاء .

كما تحدث القانون عن الشروط والضوابط المطلوبة في الكفيل وهي على العموم الإسلام والعقل والبلوغ والقدرة المادية والمعنوية للقيام بمهمة الرعاية ، وهي من المسائل المهمة التي حرص الشرع والقانون على وجودها . وعلى القاضي أو الموثق أن يراعي هذه الجوانب حتى لا يتضرر الصغير من هذه الكفالة .

والكفالة إما أن تكون على صغير معلوم النسب من الأبوين أو من أحدهما ، وهنا يحتفظ الولد المكفول بنسبه . أما إن كان الولد مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة

المدنية ، أي يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يختار للصغير اسما ثلاثيا يسميه به على أن يكون الاسم الأخير لقباً عائلياً بالنسبة له . وهي ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع ، لأن كل إنسان لابد له من اسم يميزه عن غيره ، وهو أحد أهم صفات الشخصية بالنسبة للإنسان .

أما عن سلطات وحقوق الكافل فإنه بالنسبة للحقوق تحول له الكفالة مادام متبرعاً بطبيعة الحال الحق في تقاضي المنح العائلية والمدرسية التي يتمتع بها أي طفل بصورة عادية .

وفي ما يخص الأموال يكون له سلطة إدارة أموال الصغير التي اكتسبها سواء عن طريق التبرع أو الميراث أو الوصية بطريقة تحفظ مال الصغير من الضياع أو التبذير بغير ضرورة . ولا يتصرف فيها إلا بالطرق القانونية وفي الحدود المعقولة .

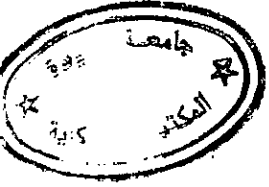
كما نص القانون على حق الأبوين في استعادة الولد المكفول إلى ولايتهما ، وفي هذه الحالة إذا كان الولد عديم التمييز يكون التسليم أمام القضاء ما لم يضر ذلك بمصلحة الصغير ، أما إن كان الولد مميزاً ، أي بين سن 16 و 19 سنة فيخير بين العودة إلى ولاية الأبوين ، أو البقاء مع الكافل وعند التراجع يفصل القاضي في الأمر متوخياً في حكمه دائماً مصلحة المكفول .

كما نص القانون في الأخير على أن التخلي عن الكفالة يجب أن يتم أمام الجهة التي تمت الكفالة أمامها . ونعتقد أن المسألة محل نظر خصوصاً إذا تمت أمام الموثق في ولاية بعيدة وانتقل الكافل والمكفول إلى ولاية أخرى فإنها يجب بحسب ما ينص عليه القانون يكون أمام نفس الجهة وهي قد تكون مسألة شاقة فكان لابد من السماح بإنهائها أمام الجهات الرسمية كالمحكمة التي تكون في مقر موطن الكافل والمكفول أو الموثق التابع لمكان موطن الكافل والمكفول أيضاً .

كما نص القانون على انتقال الكفالة إلى الورثة في حالة وفاة الكافل إذا التزموا بالكفالة وتحققت فيهم الشروط المطلوبة . ولم ينص القانون على لزوم وجود عقد شرعي لهؤلاء الورثة ، بل من المستحسن تحديد الكافل في حالة التعدد حتى لا يتنازع الورثة على مصالح المكفول ، وأن يتم التأشير على العقد الأصلي على انتقال الكفالة إلى الورثة .

وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية ، والمهم أن يبحث القاضي

للصغير عن المكان الذي يحفظه ويحقق مصالحه .



الفصل الرابع أحكام الميراث

الفصل الرابع

أحكام الميراث

سبقت الإشارة إلى أنه من ضمن المواضيع التي اهتم بها الشرع الإسلامي وبصورة مفصلة لا مجال للرأي فيها سوى من الجوانب التفصيلية في بعض الأمور .

وأحكام الميراث هي جزء كبير من النظام المالي في الإسلام ، لأنه حرص على بيان وتوضيح الحقوق المتعلقة بمال الإنسان بعد وفاته ، وكيفية توزيع الثروة بين أفراد الأسرة الواحدة ، وتحديد بدقة الورثة المستحقين للتركة ومقادير أنصبتهم ، وهو نظام دقيق اختلفت فيه الأنظمة والشرائع قديما وحديثا .

أما الشريعة الإسلامية فقد فصلت فيه تفصيلا دقيقا من خلال النصوص القرآنية وكذا السنة النبوية ، بالإضافة إلى الإجماع وبعض الآراء الاجتهادية التي تناولت بعض المسائل التفصيلية في موضوع الميراث .

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الميراث في المواد من 126 إلى 183 وصنفها على النحو التالي :

أولا : الأحكام العامة في الميراث .

ثانيا : أصناف الورثة .

المبحث الأول

الأحكام العامة في الميراث

تضمن قانون الأسرة الجزائري موضوع الأحكام العامة في الميراث في المواد من 126 إلى 138 وكذا من المادة 180 إلى 183 وهي:

المطلب الأول

أركان الإرث

هذا الموضوع لم ينص عليه صراحة، وإنما يتطلبه الموضوع بدهاءة، لأن التوارث لا يتم بين الأفراد إلا من خلال هذه الأركان وهي (1):

أولاً: وجود المورث . والمقصود به الميت الذي يستحق غيره أن يرث منه .

ثانياً: وجود الوارث . وهو الذي يستحق الإرث بسبب انتمائه إلى الميت بصورة تؤهله للميراث .

ثالثاً: وجود الموروث . والمقصود به التركة أي ما يخلفه الميت وراثته من أموال وحقوق قابلة للانتقال بطريق الإرث .

المطلب الثاني

أسباب الإرث

نص قانون الأسرة الجزائري على أسباب الإرث في المادة 126 وهي :

أولاً: القرابة . ونعني بها القرابة الحقيقية التي تكون بالنسب كالأباء والأبناء والإخوة والأعمام .

أما النسب الحكمي ، وهو ما نشأ بسبب العتق، فكل من أعتق عبداً ثم مات هذا العبد من غير وارث فإن الذي أعتقه يكون وارثاً له . وهذا الحكم تاريخي لم يبق له وجود في الوقت الحاضر ولذلك لم ينص عليه قانون الأسرة .

ثانياً: الزوجية . والمقصود بها الزواج الصحيح ، إذ به يثبت التوارث بين الزوجين سواء حصل

به دخول أم لم يحصل، فبمجر العقد يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما .

وقد نص على هذا الحكم في المادة 130 (يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء).

أما الزواج الباطل فلا يستحق فيه الإرث وهو ما نص عليه في المادة 131 (إذا ثبت بطلان

النكاح فلا توارث بين الزوجين).

(1) أنظر : د/ بدران أبو العينين، الموارث والوصية والهبة، مؤسسة شباب الجامعة. بدون سنة إصدار، ص17.

المطلب الثالث

شروط الإرث

هناك أيضا ثلاثة شروط للإرث وهي :

أولاً: موت المورث حقيقة أو حكماً . أما حقيقة فيتعلق الأمر بالوفاة الحقيقية المعلومة والتي عادة ما تثبت بشهادة الوفاة الدالة على تلك الحقيقة .

وأما حكماً فيتعلق الأمر بالمفقود ، أي الوفاة الافتراضية التي تصدر في حقه بعد مرور المدة الكافية التي نص عليها القانون وهنا تثبت الوفاة بحكم من القضاء . وقد نص على هذا الحكم في المادة 127 من قانون الأسرة (يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي) .
ثانياً: تحقق حياة الوارث عند موت المورث . وهو شرط أساسي لاستحقاق الإرث لأن الوارث إنما يخلف الميت في ماله بعد موته وينتقل إليه بطريق الميراث فلا بد أن يكون حياً لحظة وفاة المورث أو لحظة صدور الحكم باعتباره ميتاً .

أما إذا تبين بأن الوارث ميتاً قبله أو معه فلا توارث بينهما لعدم تحقق الشرط ولعدم معرفة أيهما توفي قبل الآخر، كحالة الغرقى والحرقى والهدمى في الحوادث ، إلا إذا تأكد بأن المورث سبق في وفاته الوارث فهنا يستحق الميراث .

وقد نص على هذا الحكم في المادة 128 (يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة ، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع الإرث) .

كما نص في المادة 129 (إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولاً فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موثقاً في حادث واحد أم لا) . وإذا كان الوارث حملاً (جنيناً) فلا يستحق الإرث إلا إذا ولد حياً ، وهو ما نصت عليه المادة 134 (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً ، ويعتبر حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منع علامة ظاهرة بالحياة) . وبالتالي يوقف له نصيبه من الميراث حتى يولد حياً وفقاً لأحكام المادة 173 ق.أ .

كذلك إذا تعلق الأمر بالمفقود باعتباره وارثاً فإنه يعتبر حياً قبل الحكم بوفاته ، وبالتالي يوقف له نصيبه من الميراث ، كما أن الغير لا يرثه إلا بعد الحكم بوفاته وفقاً لنص المادة 115 ق.أ .

ثالثاً: العلم بجهة الإرث . ونعني به تحديد نوع القرابة التي توجب التوارث ودرجة هذه القرابة حتى لا نورث البعيد ونترك القريب . لأن أحكام الإرث تختلف بحسب جهات الإرث وتفاوت درجة القرابة .

رابعاً: عدم وجود مانع من موانع الإرث . لأنه بوجود هذا المانع فلا يستحق الإنسان الإرث، وهو ما أشارت إليه المادة 128 سالفه الذكر .

المطلب الرابع

موانع الإرث

المقصود بموانع الإرث هي الأوصاف التي توجب حرمان الوارث من الإرث وهي ثلاثة:

أولاً: القتل . والمقصود به هنا هو القتل العمد (1) . فهو الذي يمنع من التوارث بموجب السنة النبوية التي حرمت التوارث بسبب القتل (ليس للقاتل من تركة المقتول شيء) . والسبب في ذلك أن القاتل قد استعجل الشيء قبل أوانه ولذلك يعاقب بالحرمان منه كما تقول القاعدة الفقهية .

وقد ألحق القانون من باب القياس أشخاصاً آخرين اعتبرهم من ضمن الممنوعين من الميراث نص عليهم في المادة 135 التي تنص على ما يلي:

(يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

1- قاتل المورث عمداً وعدواناً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً .

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .

3- العالم بالقتل وتدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية) .

ويبدو أن المشرع هنا قد عاقب سيئ النية بجرمانه من الميراث قياساً على القتل العمد لأن هذه الحالات تعتبر في حكم العمد .

وأما القتل الخطأ فلا يعتبر مانعاً من موانع الميراث لانقضاء صفة العمد ولذلك نص عليه في المادة 137 ق.أ (يرث القاتل خطأً من المال دون الدية أو التعويض) .

ثانياً: الردة . تعتبر الردة واحدة من الموانع التي تمنع صاحبها من الميراث والمقصود بها الخروج من ملة الإسلام وبهذا الخروج من الملة يصبح كافراً . وبالتالي لا توارث بينه وبين المسلم . غير أنه وكما سيأتي لاحقاً كان على المشرع ألا يستعمل لفظ الردة ويستعمل لفظ اختلاف الدين حتى يشمل الحكم القرابة مع اختلاف الدين كالزوجين (مسلم ومسيحية) فهنا لا توارث بينهما .

(1) أنظر : ابن جزى ، القوانين الفقهية ، المرجع السابق ، 389

ثالثاً: اللعان . سبق أن تحدثنا عن اللعان في باب الطلاق باعتباره أحد الأسباب المؤدية إلى الطلاق . فإذا تلاعن الزوجان فلا توارث بينهما لانفصال الرابطة الزوجية في الحال بهذا التلاعن(1).و قد نص قانون الأسرة على هذه الحالة في المادة138(يمنع من الإرث اللعان و الردة) . إذ أن كل واحد منهما يصير أجنبياً عن الآخر بسبب هذا اللعان،وهذا بالرغم من أن القانون لم ينص عليه في باب الطلاق.

المطلب الخامس

الحقوق المتعلقة بالتركة

المقصود بالحقوق المتعلقة بالتركة تلك المسائل التي لا بد من مراعاتها قبل قسمة التركة (2) . و قد تعرض قانون الأسرة في المواد من 180 إلى 183 إلى الكيفية التي يتم فيها التعامل مع التركات وذلك على النحو التالي:

نصت المادة 180 على أنه يؤخذ من التركة حسب الترتيب التالي :

1- مصاريف التجهيز ، والدفن بالقدر المشروع .

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية.

فإذا لم يوجد أصحاب فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا ، آلت إلى الخزينة العامة .

كما أن المادة 181 أشارت إلى وجوب عند القسمة مراعاة وحفظ حق المفقود والجنين ، حتى يتأكد حالهما . كما أنه إذا كان أحد الورثة قاصراً استوجب من باب الحماية أن تتم القسمة عن طريق القضاء .

وفي المادة 182 استلزم في حالة عدم وجود ولي أو وصي للقاصر فيجوز لكل ذي مصلحة أو من النيابة العامة طلب تصفية التركة وتعيين مقدم لهذا الغرض .

(1) نفس المرجع ، ص389

(2) أنظر : د/ بدران أبو العينين بدران،المرجع السابق ص12.

المبحث الثاني

أصناف الورثة

الملاحظ أن الورثة ليسوا كلهم على درجة واحدة ، وإنما تم تصنيفهم على مراتب حسب جهة ودرجة قرابتهم للميت .

وقد نصت على هذه الأصناف المادة 139 من قانون الأسرة ، وهذه الأصناف هي:

المطلب الأول

أصحاب الفروض

المقصود بأصحاب الفروض جميع الورثة الذين لهم سهام مقدرة في القرآن والسنة والإجماع ، وقد عرفتهم المادة 140 (ذوا الفروض هم الذين جددت أسهمهم في التركة شرعا).

وقد تضمنتهم النصوص في المواد من 141 إلى 149 وهم مقسمون إلى قسمين :

أولا : الوارثون من الرجال وهم (الأب ، الجد لأب وإن علا ، الزوج ، الأخ لأم ، الأخ الشقيق في المسألة العمرية).

ثانيا : الوارثات من النساء وهن (البنت ، بنت الإبن وإن نزل ، الأم ، الزوجة ، والجدة من

الجهتين وإن علت ، والأخت الشقيقة ، الأخت لأب ، الأخت لأم).

وأما المقادير التي يستحقها هؤلاء فهي لا تخرج عن ستة فروض وهي منصوص عليها في المادة

143 من قانون الأسرة وهي (النصف ، الربع ، الثمن ، الثلثان ، الثلث ، السدس).

أما من يستحق هذه الفروض فهي منصوص عليها في المواد من 144 إلى 149 وهي كلها ترجع

للنصوص القطعية والأحكام القطعية في القرآن والسنة والإجماع .

المطلب الثاني

العصبات

المقصود بالعصبات هم الورثة الذين ليس لهم سهم مقدر في النصوص الشرعية ، وبعبارة

أخرى كل من يرث كل المال عند الانفراد ، أو يرث ما تبقى بعد أن يأخذ أصحاب الفروض

فروضهم ، أو لا يرث شيئا إذا لم يبق شيء من التركة ، وبهذا المعنى نص على العصبات في المادة

150 من قانون الأسرة .

أولاً: أقسام العصبية . تنقسم العصبية إلى قسمين أساسيين وهما :

أ- القسم الأول ، ويسمى العصبية السببية ولم يعد له وجود الآن لأنه مرتبط بتحرير الرق الذي كان في الماضي ، فيحق للمعتق أن يرث من العبد إذا لم يكن له من يرثه من أقاربه .

ب- القسم الثاني ، ويسمى العصبية النسبية وهي التي تكون بسبب النسب ، بمعنى أقارب الميت من الذكور دون أن تتوسطهم أنثى .

أما أنواع العصبية النسبية فهي ثلاثة شرعا وقانونا :

1- العصبية بالنفس ، ونعني بها كل ذكر لا يتوسط في نسبه إلى الميت أنثى وله أربع جهات مرتبة على النحو التالي :

- جهة البنوة ، وتشمل فروع الميت من الذكور . (الابن وابن الابن وإن نزل) .
- جهة الأبوة ، وتشمل أصول الميت من الذكور (الأب والجد وإن علا) .
- جهة الاخوة ، وتشمل فروع أبي الميت (الاخوة الأشقاء أو لأب وفروعهم مهما نزلوا) .
- جهة العمومة ، وتشمل فروع جد الميت من الذكور (الأعمام الأشقاء أو لأب وأبنائهم مهما نزلوا) .

وهذه الجهات الأربع مرتبة ترتيبا دقيقا ، فإذا وجد واحد من هؤلاء كان له كل المال عند الانفراد ، أو الباقي بعد أخذ أصحاب الفروض فروضهم أو لاشيء له إذا استغرقت الفروض كل التركة .

أما إذا تعددت هذه الجهات فترجح جهة البنوة على الأبوة والأبوة على الأخوة والأخوة على العمومة وهكذا . (مثال الأخ الشقيق والعم فيرجح الأخ الشقيق على العم بالجهة) .
وإذا تعددوا من جهة واحدة كان الترجيح بينهم بالدرجة (مثال الابن مع ابن الابن فيرجح الابن على ابن الابن) . فإذا اتحدوا في الدرجة كان الترجيح بينهم بقوة القرابة (مثال الأخ الشقيق والأخ لأب يرجح الأخ الشقيق على الأخ لأب لأنه يدي إلى الميت بواسطة) . وهذه الأحكام السابق ذكرها في موضوع العصبية بالنفس نص عليها في المواد (25 إلى 54 ق.أ) .

2- العصبية بالغير ، وهي كل أنثى صاحبة فرض وجد معها معصب ذكر في درجتها ، ففي هذه الحالة تصير عصبية به ، وهي منحصرة في أربعة أصناف من الورثة كلهن من النساء وهن :
- البنت مع أخيها الابن .

- بنت الابن تصير عصبه مع أخيها أو ابن عمها لأنه في درجتها .

- الأخت الشقيقة تصير عصبه مع الأخ الشقيق .

- الأخت لأب تصير عصبه مع الأخ لأب .

فكل هؤلاء ممن ذكروا تصبح عصبه مع أخيها ويقتسمون المال وفقا لقاعدة للذكر مثل حظ

الانثيين . ولضبط الموضوع بشكل جيد حدد الفقهاء جملة من الضوابط (1) وهي:

- أن تكون الأنثى صاحبة فرض ، فإذا لم تكن كذلك فلا تصير عصبه كالعمة أو بنت الأخ

الشقيق .

- أن يكون المعصب من الذكور في درجتها كأخيها أو ابن عمها .

- أن يكون المعصب في قوة قرابة الأنثى صاحبة الفرض .

3 - العصبه مع الغير ، وهذه الحالة تتعلق بالشقيقات أو لأب مع البنات في حالة اجتماعهن مع

البنات واحدة أو أكثر من دون الذكور ، وفي هذه الحالة الأخت الشقيقة أو لأب تصير عصبه مع

البنات أو بنت الابن مهما نزلت درجتها للحديث الشريف (اجعلوا الأخوات مع البنات

عصبه) (2).

وبناء عليه فعند اجتماع الأخت مع البنات فإن البنات تأخذ فرضها المقدر ، وأما الأخت فإنها

لا تورث بالفرض وإنما بالتعصيب . بمعنى تأخذ الباقي ، مع الأخذ في الاعتبار أن الأخت هنا تنزل

مترلة أخيها فتحجب كل من يحجبه الأخ . (مثال بنت مع الأخت الشقيقة ، فللبنت النصف فرضا

والأخت عصبه مع الغير تأخذ الباقي ومجموعه النصف) .

ثم تعرض القانون إلى ميراث الجد مع الإخوة فأخذ بمذهب الجمهور في المادة 158 وفق حالات

محددة وهي :

- في حالة اجتماع الجد مع الإخوة فله الأفضل من ثلث جميع المال أو المقاسمة .

- في حالة اجتماع الجد مع الإخوة ومعهم ذوي فروض فله الأفضل من سدس جميع المال ، أو

ثلث ما بقي بعد أصحاب الفروض ، أو مقاسمة الإخوة كأبي ذكر منهم .

(1) أنظر : د/ محمد علي الصابوني ، المرجع السابق ص 72 .

(2) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 87 .

ثم تعرض القانون لموضوع الحجب من الميراث عند تزامم الورثة وكيفية تقدم بعضهم على بعض بحسب جهة القرابة والدرجة بحيث يورث القريب قبل البعيد حسب التسلسل .
والمقصود بالحجب هو منع الوارث من استحقاق الإرث كلاً أو بعضاً لوجود من هو أولى منه في الإرث .
والحجب نوعان :

الأول: حجب بالوصف كالقاتل عمداً والمرتد أو من دين سماوي غير الإسلام ، فهنا يحجب كلية من الميراث كما رأينا في موانع الإرث .

الثاني : حجب بالشخص ، وهو وجود وارث أولى منه في استحقاق الإرث فيقدم عليه أو يؤثر في نصيبه بالنقصان . والحجب بهذا المعنى ينقسم إلى قسمين وهما :

- حجب النقصان ، وهو أن يكون للشخص أهلية الإرث ويرث بالضرورة ، ولكن فرضه الأقل لوجود شخص جعله في هذه الوضعية كحالة الزوج مع وجود فرع وارث فيترزله من النصف إلى الربع ، فلولا وجود الفرع الوارث لاستحق الزوج النصف . وهناك حالات عديدة من هذا النوع .
- حجب الحرمان ، وهو حجب الشخص كلية عن الميراث مع قيام أهلية الإرث ، ولكن لا يستحق شيئاً لوجود من هو أولى منه كحالة الأب مع الجد فيحجب الجد كلية بالأب .

وقد نص قانون الأسرة على موضوع الحجب بتفاصيله انطلاقاً من المادة 159 إلى المادة 165 .
وهي من المسائل المجمع عليها في علم الميراث ، ولذلك فهي تعد من المسائل الثابتة في قانون الأسرة الجزائري .

كما تعرض القانون لطريقة توزيع التركة وقسمتها بطريق العول والرد ، ورتب أصناف الورثة الذين يرد عليهم سواء كانوا عصبة أو أصحاب فروض من غير الزوجين أو ذوي الأرحام ثم يرد الباقي على الزوجين ، ثم حدد كيفية توريث ذوي الأرحام وترتيبهم ، وكل ذلك في المواد من 166 إلى 168 من قانون الأسرة .

كما أن المشرع الجزائري قد أخذ في الغالب برأي الجمهور في العديد من هذه المسائل ، لأن أغلبها مستمدة من الاجتهاد الفقهي .

ثم تعرض في النهاية إلى المسائل الخاصة التي تخرج عن القواعد العامة في الميراث كمسألة التزويل في المواد من 169 إلى 172 ، وهي من المسائل المختلف فيها ، ولنا عودة للموضوع في الباب القادم للتعليق عليه .

كما تعرض للمسائل الخاصة الأخرى في المواد من 175 إلى 179 والتي فصل فيها بطريقة خاصة صارت معتمدة في جميع التشريعات العربية .

الفصل الخامس
أحكام التبرعات (الوصية)

الفصل الخامس

أحكام التبرعات (الوصية)

تعتبر التبرعات من أهم المواضيع التي نظمتها الشريعة الإسلامية ، وأولتها عناية كبيرة تحقيقا للتكافل الاجتماعي بين أفراد الأسرة والمجتمع . كما أن الهدف منها هو في الغالب اكتساب الأجر والثواب لأن موضوع هذه التبرعات هو البر والإحسان وهما من المسائل التعبدية ، رغم أن موضوع هذه التبرعات هو في الغالب الأموال والمنافع .

ومن التصرفات التي تدخل في نطاق التبرعات نجد الوصية والهبة والوقف .

ونقتصر في دراستنا لموضوع التبرعات في هذا الباب على موضوع واحد نراه من الأهمية بمكان

نظرا لكونه من المواضيع الثابتة في قانون الأسرة وهو موضوع الوصية لارتباطه بموضوع الميراث .

أما موضوع الهبة والوقف، فلن نتعرض إليهما لأنهما من المواضيع التي نقترح إخراجها من قلمون

الأسرة ، وسنبين الأسباب الداعية لذلك في حينها.

المبحث الأول

الوصية

تعتبر الوصية واحدة من أهم المسائل المتعلقة بالتبرعات والتي قررتها الشريعة الإسلامية في باب التصرفات الشرعية، والتي تدخل في نطاق البر والإحسان للضعفاء والفقراء من أفراد المجتمع فهي بهذا تعتبر صورة من صور التكافل الإجتماعي.

المطلب الأول

تعريفها ودليل مشروعيتها

أولاً: تعريفها.

تعرف الوصية في اصطلاح الفقهاء بعدة تعريفات مختلفة حسب اختلاف المذاهب الفقهية، إلا إن هذا الاختلاف شكلي أكثر منه موضوعي. ولعل أشهر التعريفات تلك التي تعتبر الوصية بمثابة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على وجه التبرع(1).
وقد عرفها قانون الوصية المصري رقم 71 سنة 1946 في المادة الأولى منه "بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

وعرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 184 "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".
ثانياً: دليل مشروعيتها.

الوصية كما هو معلوم مشروعة بالقرآن والسنة.

فمن القرآن تجده قوله تعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً، الوصية

لوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين"(2)

وقوله تعالى بعد أن حدد نصيب صنف معين من الورثة "من بعد وصية يوصي بها أو دين"(3)
ومن السنة النبوية ما رواه عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "ما حق امرء مسلم له شيء يوصي به....."(4).

(1) أنظر: د/ أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق ص 133.

(2) سورة البقرة، الآية 180.

(3) سورة النساء، الآية 11.

(4) أنظر: ابن الأثير، جامع الأصول، ج 11 الطبعة الثانية 1393 هجري، ص 625.

و الحكمة من تقريرها هي تدارك ما فات الإنسان من تقصير في حياته، فيلجأ إلى تقرير وصية للغير كثيرا ما تكون في الجوانب المالية.

و قد نظم قانون الأسرة الجزائري أحكام الوصية انطلاقا من المادة 184.

المطلب الثاني

شروط الوصية

حتى تكون الوصية صحيحة ومعتبرة من الناحية الشرعية والقانونية لا بد من توافر شروط معينة في الوصية وهذه الشروط هي:

أولا: شروط الموصي: بالنسبة للموصي أول ما يشترط فيه هو الأهلية اللازمة لانعقاد التصرف بطريق الوصية، وهي أهلية التبرع أي الأهلية الكاملة 19 سنة وفق ما تقضي به النصوص القانونية. بالإضافة إلى سلامة القوى العقلية والذهنية للشخص، وكذلك السلامة من عيوب الرضا. وقد نصت المادة 186 من قانون الأسرة على أنه "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر سنة على الأقل".

واضح من هذا النص أنه لم يخرج عن القواعد العامة التي تدخل في نطاق التصرفات القانونية والتي تتطلب عادة تمام الأهلية، بالإضافة إلى أن الوصية تعتبر من التصرفات التي تصنف من الناحية الفقهية على أنها ضارة ضررا محضا لعدم وجود العوض، بالتالي يتطلب الأمر في صحتها أن يكون بالغا وسليم القوى العقلية والذهنية. وزاد الفقهاء شرطا آخر وهو ألا يكون الموصي مدين بدين مستغرق لتركته (1).

وفي هذه الحالة لا تصح الوصية، والسبب في ذلك هو أن الدين مقدم على الوصية عند قسمة التركات، وبالتالي تصبح الوصية بلا فائدة.

ثانيا: شروط الموصى له: اشترط الفقهاء جملة من الشروط لا بد من توافرها في شخص الموصى له وهي أن يكون موجودا وقت الوصية إذا كان معينا. والمقصود من ذلك أن يكون الموصى له حيا، فإذا كان ميتا فلا تصح الوصية. كما تصح الوصية للجنين لأنه كائن حي، لكن شريطة أن يولد حيا. وهو ما نصت عليه المادة 187 من قانون الأسرة "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا.....".

(1) أنظر: د/ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق ص 133.

ومن الشروط اللازمة في شخص الموصى له ألا يكون قاتلا للموصي بطريق العمد لأن هذا النوع من القتل مجرم الموصى له من استحقاق الوصية. وهذا الحكم مستمد من القياس على أحكام الميراث حيث أن الوارث يمنع من الميراث إذا قتل المورث عمدا.

و من الشروط أيضا ألا يكون الموصى له وارثا للموصي لأن من يستحق الميراث وفقا للقواعد العامة لا حق له في الوصية لأنها تقررت لغير الوارث.

غير أن هذا الحكم وإن كان هو رأي الجمهور (1)، إلا أنه غير مجمع عليه لأن هناك آراء أخرى ترى جواز الوصية للوارث وهو رأى الشيعة الامامية (2) و قد أخذ قانون الوصية المصري لسنة 1946 بهذا الاتجاه في المادة 37 حيث جاء فيها "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة....." (3).

أما قانون الأسرة الجزائري فنص في المادة 189 على أنه "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" وهو ما يفهم بأنه أخذ برأي الجمهور الذي يرى عدم جواز الوصية للوارث. وفي الحقيقة أن عدم الجواز كما يبدو من النص ليس مطلقا وإنما مصير الوصية بيد الورثة فإذا أجازوها صحت و إذا لم يجزوها بطلت.

إلا أن المشكل يكمن فيما إذا أجاز بعضهم هذه الوصية، ولم يجزها البعض الآخر، ونعتقد أنها تسري في حق من أجاز فقط دون الآخرين. و سنعود للتعليق عن هذا النص في الباب الثاني عندما نتحدث عن موضوع الوصية.

ثالثا: شروط الموصى به:

يشترط في موضوع الوصية جملة من الشروط وهي أن يكون مضمون الوصية من المباحات شرعا. والسبب في ذلك أن الوصية إنما شرعت لتدارك ما فات من التقصير في الحياة، ولذلك وجب أن يكون موضوعها مما يدخل في المباحات ودائرة التعامل. فإذا كانت الوصية من الممنوعات أو التي تخرج عن دائرة التملك فلا تكون محلا للوصية.

(1) أنظر : د/ أحمد الحجى الكردي، المرجع السابق ص 165.

(2) أنظر : د/ محمد محمد فرحات، أحكام التركات والميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون ج 2، مكتب

الرسالة الدولية 2001 مصر، ص 61.

(3) راجع : المادة 37 قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 ، وهو يتألف من 82 مادة.

كما يشترط في الوصية ألا يكون موضوعها مستغرقا بالدين للتركة كلها ولكن في حقيقة الأمر هذا الشرط ليس شرط بطلان وإنما عدم نفاذ لأن إخراج الدين كما نعلم مقدم على الوصية. ومن الشروط أيضا أن تكون الوصية في حدود الثلث حتى تنفذ بغير رضا الورثة، لأن هذا المقدار مقرر بحكم الشرع فلا يجوز الاعتراض عليه من الورثة. أما ما زاد عن الثلث فلا يسري في حقهم إلا بالموافقة. وقد نص قانون الأسرة الجزائري على هذا الحق في المادة 185.

ومن الشروط أيضا أن يكون الموصي مالكا لموضوع الوصية، فلا تصح الوصية لغير المالك، لأنها تصرف في المال. وقد نصت المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

المطلب الثالث

أحكام الوصية

لكي تكون الوصية صحيحة ونافذة لا بد من تحقق بعض المواصفات منها:

1- أن الوصية تعتبر من التصرفات بالإرادة المنفردة فلا يشترط في صحتها القبول لأنها مضافة إلى مل بعد الموت. وقبول الموصى له هو لإنفاذ الوصية واستحقاقها وليس شرطا في صحتها. كما أن الرفض يؤدي إلى زوالها أو بطلانها. وكذلك الشأن في حالة وفاة الموصى له قبل الموصي وفقا للمادة 201 ق الأسرة، ومن مبطلات الوصية أيضا هلاك الشيء الموصى به إذا كان معينا بالذات وكذلك ثبوت ملكية هذا الشيء الموصى به لغير الموصي سواء أكان ذلك قبل موت الموصي أو بعد موته، لأنه يتبين بأن الوصية قد انصبت على شيء مملوك للغير.

و لم يتعرض قانون الأسرة لهذه المسألة.

كما نص قانون الأسرة في المادة 191 على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، أو بواسطة حكم قضائي في حالة وجود مانع.

كما نصت المادة 197 على أنه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي. ويبدو

أن القبول ليس للانعقاد وإنما هو للنفاذ.

كما نصت المادة 200 من قانون الأسرة على جواز انعقاد الوصية مع اختلاف الدين، والحكمة من ذلك تكمن في ربط بعض العلاقات الأسرية التي تتأسس بهذه الوساطة.

فقد يكون أحد أفراد العائلة كالزوجة المسيحية مثلا ممنوعة من الميراث بسبب اختلاف الدين ولذلك أجازت الشريعة إعطاء الوصية في حدود الثلث تعويضا لحالة المنع.

كما نصت المادة 192 على أنه يجوز للموصي أن يرجع في الوصية بصورة صريحة أو ضمنية . فالرجوع الصريح يتحقق كما أشار النص بوسائل إثباتها كالكتابة ونحوها، والرجوع الضمني يتحقق بكل تصرف يستدل منه على الرجوع.

وهناك بعض الأحكام الأخرى تضمنها القانون في باب الوصية، و لنا عودة للتعليق على هذه النصوص في الباب الثاني من هذا البحث.

الباب الثاني

الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري

الباب الثاني

الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري

أشرنا في الباب التمهيدي إلى أننا نقصد بالأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري تلك المواضيع التي يمكن إخراجها من قانون الأسرة وكذا تلك النصوص القانونية التي لا بد من إلغائها أو تعديلها بكيفية تحقق الانسجام مع المقتضيات الشرعية والقانونية . والسبب في ذلك النقص الذي لاحظناه على بعض نصوص قانون الأسرة من حيث الصياغة أو من حيث المضمون .

بالتالي لا بد من احترام المصطلح القانوني من جهة ، زيادة على أن هذه النصوص تتضمن الجانب الشرعي ولا بد أيضا من احترام المصطلح الشرعي . ولهذا فلا بد من التوفيق بين المصطلحين معا لتحقيق الانسجام وهو الهدف من هذه الدراسة .

وقد تناولنا في الباب السابق المواضيع الأساسية الهامة التي لا بد من تجسيدها في قانون الأسرة لأنها تعد من صميم ما يسمى بالأحوال الشخصية ، أي أهم المواضيع المنظمة للعلاقات الأسرية وتحقيق الانسجام بين هذه المواضيع لكي يشمل القانون جل المسائل التي تمس الحياة الأسرية وحتى يتمكن كل عضو في الأسرة من التعرف على ما له وما عليه من حقوق وواجبات .

أما في هذا الباب الثاني فإننا نحاول الغوص في نصوص هذه المواضيع والتدقيق فيها من حيث الصياغة القانونية لتكون منسجمة مع المسائل القانونية من جهة ، كما نحاول ضبط هذه النصوص القانونية على ضوء المسائل الشرعية ، لأن المصطلح القانوني له دلالة والمصطلح الشرعي له دلالة .

وإيجاد صياغة سليمة توفق ما بين المصطلحين معا هي مهمة شاقة يصعب تحقيقها بصورة كاملة ، لكنني أحاول تقديم ما استطعت الوصول إليه من خلال دراستي لهذا الموضوع الهام .

الفصل الأول

الأحكام المتغيرة في الزواج

ستعرض بالدراسة في هذا الفصل للأحكام المتغيرة في موضوع الزواج والطلاق واستخراج النصوص التي نرى من الضروري تعديلها مبينين كلما أمكن الأسباب الموجبة للتعديل حتى يكون تحليلنا أو اقتراحاتنا مؤسسة من الناحية القانونية والشرعية ، لأن المسألة لا تخرج عن مجرد إبداء الرأي في الموضوع لتنوير المشرع وتنبيهه إلى الثغرات والهفوات الموجودة في قانون الأسرة ، وكذا إفادة الدارسين وكل المهتمين بمجال تشريع الأسرة .

المبحث الأول

أحكام الخطبة

رأينا في الباب السابق بأن الخطبة تعتبر من مقدمات عقد الزواج، فهي تعد من المراحل التمهيدية لهذا العقد الهام، ولذلك اهتم الشرع والقانون بتنظيمها، فاعتبرها الفقه الإسلامي وعدا بالزواج، لكن الفقهاء اختلفوا في تفسير مدلول الوعد، فمنهم من رأى بأنه غير ملزم وهو الرأي الراجح في الفقه استنادا إلى أن الزواج كما هو معلوم يقوم على الرضا، وما دام الخاطب أو المخطوبة قد عدلا عنها فلا يمكن إجبارهما على الزواج. ومنهم من رأى إلزامية الوعد، لأن ميلدئ الشريعة تحث على الوفاء بالوعد.

أما من الناحية القانونية، فإن قانون الأسرة قد نظم أحكام الخطبة في المادتين 05 والمادة 06. ومن خلالهما سنتعرض أولا للطبيعة القانونية للخطبة، ثم نتعرض لحكم الضرر المترتب عن العدول، ثم لحكم الهدايا المقدمة بعد العدول.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للخطبة

كيفت المادة الخامسة الفقرة 01 من قانون الأسرة الخطبة على أنها وعد بالزواج ونصها كما يلي (الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها).

واضح من خلال النص أنه حدد الطبيعة القانونية للخطبة بأنها وعد بالزواج من جهة، ومن جهة أخرى اعتبر هذا الوعد غير ملزم، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها.

وأول ملاحظة نبديها على هذه الفقرة هي استعمال لفظ الوعد من حيث الصياغة القانونية، لأن هذا المصطلح له دلالة من الناحية القانونية في النظرية العامة للعقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة من خلال نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري ونصها كما يلي:

المادة 71 (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد).

يتضح من خلال نص هذه المادة أن الوعد بالتعاقد في النطاق المدني ملزم للواعد، وهو على صورتين.

الصورة الأولى أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل شكليا، وهنا تطلب القانون أن يكون الوعد المنصب عليه شكليا أيضا، وإلا لا يكون له أثر. بمعنى لا يعتد به القانون.

الفصل الأول
الأحكام المتغيرة في الزواج

الصورة الثانية أن يكون العقد المراد إبرامه في المستقبل رضائيا لا يتطلب الشكل، وهنا أيضا يكون ملزما لصاحبه، إذ يتوجب عليه البقاء على وعده إلى حين انتهاء الأجل ، فإذا انتهى الأجل ولم يعلن الموعود له الرغبة في التعاقد جاز للواعد الرجوع في الوعد . أما قبل انتهاء المدة فلا يجوز له الرجوع في الوعد إلا بموافقة الطرف الموعود له .

أما قانون الأسرة فيبدو أنه خالف هذه القاعدة في القانون المدني ، فمن جهة اعتبر الخطبة وعدا بالزواج ، ومن جهة أخرى اعتبرها غير ملزمة ، أي أجاز لكلا الطرفين العدول عنها . وتطبيق النصوص القانونية بهذه الصفة يؤدي إلى تضارب الأحكام في القانون المدني وقانون الأسرة في المصطلح القانوني الواحد ، وتوحيد مفهوم المصطلح القانوني مسألة مهمة من الناحية التطبيقية . لذا نرى أنه لا بد من العدول عن هذه الصياغة في قانون الأسرة وإيجاد صياغة أخرى بديلة عن مصطلح الوعد لتحقيق الغرض المقصود .

والصيغة الجديدة المقترحة هي استبدال لفظ " الوعد " بلفظ "تمهيد" ليصبح النص على النحو التالي :

" الخطبة تمهيد للزواج ولكل طرف العدول عنها " .

نلاحظ بأن استعمال هذا اللفظ يحقق المقصود من جهة في اعتباره الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية للعقد . ومن جهة أخرى فإن استعمال هذا اللفظ يؤدي إلى القول بأنه ما دامت الخطبة مجرد تمهيد فإنه لا إلزام ولا التزام ، إذ يحق لكل طرف العدول عن الخطبة ، وبهذا تتحاشى التناقض الموجود في النص السابق .

المطلب الثاني

حكم الضرر المترتب عن العدول

نصت الفقرة الثانية من المادة الخامسة على أنه: " إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض " .

واضح من خلال هذه الفقرة أنها رتبت الحق في طلب التعويض عن الضرر لمجرد العدول الذي هو حق قانوني كرسته الفقرة الأولى من النص ، فمن جهة يعطي للخاطب الحق في العدول ومن جهة أخرى يطالبه بالتعويض عما يترتب على العدول من نتائج . وأساس هذا العدول مبني على أنه ما دام لم يوجد هناك عقد ، فلا التزام فيه ولا يرتب شيئا ، لأن العادل عن الخطبة لم يستعمل سوى حقه المقرر قانونا .

وقد كانت المحاكم المصرية في أول الأمر لا تحكم بالتعويض جراء العدول لأن العدول حق ثابت بنص القانون والشرع في أي وقت وبدون قيد أو شرط ، ومن ثم لا ضمان على من استعمل

حقه فقها وقانونا . ثم بنت حكمها على أنه لما كان كل واحد على علم بأن لكل واحد الحق في العدول ورغم ذلك قام بتجهيز نفسه يكون قد قصر في عدم الاحتياط لما يمكن أن يحدث ، وبالتلبي عليه أن يتحمل جزاء تقصيره .

وفي مرحلة لاحقة عدلت المحاكم عن الاتجاه الأول وبدأت تقرر التعويض عن العدول مؤسسة أحكامها على ما يعرف بنظرية التعسف في استعمال الحق ، فمن القاعد الشرعية المقررة أنه "لا ضرر ولا ضرار" وأن الضرر يزال وطريقة إزالته هي التعويض ، والضرر قسمان: - ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير العدول عن الخطبة ، وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر ، فحينئذ يحكم بالتعويض .

- ضرر ينشأ عن مجرد العدول في الخطبة ، بدون أن يكون لمن عدل دخل فيه ، وهذا لا يستوجب الحكم بالتعويض .

وقد لخص الدكتور عبد الرزاق السنهوري ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد مؤكداً على أن القضاء في مصر قد استقر على أن الخطبة ليست بعقد ملزم ، وأن مجرد العدول لا يرتب شيئاً ، وأنه إذا اقترن العدول بأفعال أخرى ألحقت الضرر بالطرف الآخر جاز الحكم بالتعويض ، مؤسساً هذا الحكم على قواعد المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وأما الشيخ أبو زهرة فيرى أنه للحكم بالتعويض من عدمه تفرق بينما إذا كان هناك تغرير أو اغترار ، فالأول يجوز التعويض لأن أحدهما قد غرر بالطرف الآخر والتغرير يوجب الضمان . أما إذا كان هناك اغترار ، بأن أقدم أحدهما على تجهيز نفسه دون أن يطلب منه ثم حدث العدول فلا ضمان على الطرف الآخر ، لأن الاغترار لا يوجب الضمان (2).

وقد استقر القضاء في الكويت على الحكم بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي أيضاً (3) وأما نص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون الأسرة الجزائري فإنها على ما يبدو قد كرست مبدأ الحق في طلب التعويض شريطة حصول الضرر ، وتركت المسألة تقديرية للقاضي . وفي الحقيقة فإن أي عدول عن الخطبة لا بد أن يصاحبه ضرر ما ولو من باب الخدش في الشعور ، إلا أن هذا الضرر في اعتقادي لا يمكن التعويض عنه لأنه يعد من الأضرار المألوفة في هذا المجال ولأن الطرفين يعلمان مسبقاً بأن حق العدول مقرر لكليهما .

(1) أنظر : د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ج 01 ص 830.

(2) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 38.

(3) أنظر : مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة العشرون ، العدد إلى 4 ، سنة 1996 ، ص 293 وما بعدها .

أما الضرر الذي نرى أنه محقق الوقوع هو ألا يكتفي الطرف الذي عدل بمجرد العدول وإنما يرتكب أفعالا أو أقوالا من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر كالسب والشتم أو الإهانة ، أو التشهير وتشويه السمعة ، أو كان أحدهما قد اشترط على الآخر أن يشتري تجهيزا معيناً ثم عدل عن الخطبة فهذا يستوجب المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامه بالتعويض عن الضرر .

كما أن التعويض كما أشار النص القانوني يشمل الضرر المادي والضرر المعنوي أيضا . فالضرر المادي هو ما يصيب الطرف المتضرر في حق ثابت ، أو في مصلحة مالية له . وأما الضرر الأدبي على عكس ذلك لا يمس أموال المضرور ، ويصيب مصلحة غير مالية كالضرر المعنوي الناتج عن التشهير وتشويه السمعة .

ولكي يكون النص القانوني واضحا نقترح إعادة صياغته كما يلي : " إذا تبين للقاضي تعسف الطرف العادل عن الخطبة جاز الحكم عليه بالتعويض " . وبهذا نخرج العدول المجرد ولو حصل فيه ضرر ، لنقيم المسؤولية التقصيرية فقط في مجال التعسف في استعمال الحق .

المطلب الثالث

حكم الهدايا

نظمت الفقرة الثالثة من المادة الخامسة حكم الهدايا المقدمة بعد العدول ونصها كما يلي : " لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه ، وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك " .

سبقت الإشارة إلى أن هذه الفقرة أخذت من رأي المالكية على العموم ، إذ أن فقهاء المالكية يفرقون بين أمرين وهما :

- إذا كان العدول من الخاطب فلا يسترد ما قدمه من هدايا ، وقالوا حتى لا يجتمع عليها ألمان ، ألم الإعراض وألم الاسترداد (1) .

- أما إذا كان العدول من المخطوبة فعليها رد الهدايا إن كانت قائمة ، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات .

والغريب أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية ، أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع كما هو واضح من العبارة (فعليها رد ما لم يستهلك) .

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ج 01 ص 45 .

وتمنينا لو أن المشرع أخذ برأي المالكية على إطلاقه، لأنه يحمل الطرف العادل عن الخطبة قدرا من المسؤولية بتحمل تبعة خسارة الهدايا المقدمة. وأما إذا عدل من تسلم الهدايا فمن المنطقي أن يرد ما أخذه على سبيل الهدية، إذ لا يعقل أن يعدل عن الخطبة ثم يحتفظ بالهدايا واستعمال النص القانوني لعبارة (فعليها رد ما لم يستهلك)، هي إشارة واضحة توجه إلى المخطوبة .

وهذه العبارة في الحقيقة تثير غموضا كبيرا، أذ أنها توحي بأن المخطوبة إذا استهلكت الهدية أو تصرفت فيها بأي شكل من الأشكال الناقلة للملكية كالهبة والبيع فإنها لا ترد الهدية إذا عدلت عن الخطبة، لأن الهدية المقدمة من الخاطب لم يعد لها وجود بالتالي فهي مستهلكة، والنص القانوني يقول فعليها رد ما لم يستهلك، إلا إذا قصد المشرع عدم رد الهدايا التي تستهلك بطبيعتها أو لقلّة قيمتها .

بالإضافة إلى أن لفظ "الاستهلاك" هو مصطلح اقتصادي، ولا يشترط فيه زوال الشيء، بل يصدق عليه وصف المستهلك حتى ولو كان موجودا في يد المخطوبة، لكنه باستعماله لمدة معينة صار في حكم المستهلك، بمعنى صار من الأشياء المستعملة .

وقد لا يرى الخاطب فائدة في المطالبة باسترداد الهدايا وإنما يطالب بقيمتها كأن يكون خاتما من الذهب استعمل مدة معينة، فطبيعي أن قيمته نقصت كثيرا عن قيمة الشراء، أو جهازا معيننا استعمل بالتالي فإن قيمته نقصت .

زيادة على أن بقاء النص على هذه الصورة قد يؤدي إلى التحايل بأن تطلب المخطوبة من الخاطب تقديم هدايا ذات قيمة معتبرة ثم تتصرف فيها بشكل من الأشكال الناقلة للملكية، وبشكل صوري كالهبة الصورية أو البيع الصوري، ثم تعدل عن الخطبة. فعندما يطالب الخاطب باسترداد الهدايا تدعي المخطوبة بأن الهدايا استهلكت، أي لم يعد لها وجود . والنص يقول (فعليها رد ما لم يستهلك) أي أنها ترد ما كان قائما تحت يدها فقط. أما إذا استهلكته فلا ترد، كما أنها قد تتصرف في الهدايا بحسن نية وبعقد حقيقي كالبيع، فقد تكون بحاجة إلى المال فتقوم ببيع الهدية للحصول عليه، كأن تبيع الذهب الذي قدم لها كهدية لشراء أغراض أخرى .

ولهذا السبب نرى ضرورة تعديل النص والأخذ برأي المالكية على إطلاقه لأنه رأي وجيه، بحيث أنه يقضي في حالة العدول من طرف المخطوبة، فإنها ترد الهدايا إن كانت قائمة، فإن كانت هالكة أو مستهلكة ترد مثلها إن كانت من المثليات أو قيمتها إن كانت من القيميات، وبهذا نسد باب التحايل من كلا الجانبين الخاطب أو المخطوبة، فهذه الصورة يعلم كل واحد



وهناك أمر آخر ينبغي توضيحه وهو أن النص لم يتحدث عن المتسبب في العدول، فقد يدفع الخاطب هدية ذات قيمة معتبرة وربما يطلب من المخطوبة، فتلجأ إلى التحايل بأن تتصرف تصرفات لا ترضي الخاطب أو تعتمد الخصام معه فتدفعه دفعا إلى العدول عن الخطبة بالتالي لا يسترد هداياه في هذه الحالة، مع أن المتسبب في العدول هي الخاطبة، فقد تكون غررت به بصورة من الصور ثم دفعته هي إلى العدول وإن كانت المسألة قد تكون نادرة، لكن تعقد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية يجعل هذا الأمر ممكن الحدوث.

ولذلك نرى أنه من الضروري على القاضي قبل الحكم أن يراعي هذه المسألة، فإذا تبين له أن طرفا ما قد تسبب في العدول بأن غرر بالطرف الآخر، مما دفعه إلى العدول عن الخطبة جاز له أن يقضي على الطرف المتسبب في إرجاع الهدايا، ولو أن العدول كان من الطرف الآخر، إذ من المعلوم أن التفرير يوجب الضمان كما رأينا سابقا.

كذلك فإن النص القانوني قد تكلم عن الهدايا المقدمة من الخاطب فقط، ولم يتحدث عن الهدايا التي تقدم من المخطوبة، لأنه وإن كان الأصل في الهدايا بحسب العرف الجاري أنها تقدم من الخاطب إلى المخطوبة، فالآن وبتغير الأوضاع واختلاف مجتمع الريف عن المدينة، صار في بعض من الأحيان أن يتبادل الطرفان الهدايا بمناسبة الخطبة أو في مرحلة ما بعد الخطبة وقبل الزواج.

وهناك شيء آخر لم يتحدث عنه النص وهو كون أحد الطرفين قد توفي بعد الخطبة فنرى عدم استرداد الهدايا، لأن الوفاة لا تدخل لإرادة الإنسان فيها.

وتبقى مسألة أخيرة كثيرا ما تحدث من الناحية العملية لم يتعرض لها النص، وهي حالة فسخ الخطوبة بالاتفاق بين الطرفين بسبب الاختلاف في وجهات النظر مثلا، فنعتقد أن كل واحد له الحق في استرجاع هداياه لأن النص القانوني تكلم فقط عن العدول من أحد الطرفين وأعطى حكما معينا للهدايا.

أما الحالة هذه فلم يتحدث عنها وبالتالي نقترح إضافة فقرة لنص المادة الخامسة حتى يكون النص القانوني شاملا لأغلب الحالات التي تحدث في الحياة العملية.

ولذلك نرى إعادة صياغة فقرات النص بصورة عامة تشمل الطرفين معا وتتضمن الحالات

التالية:

- (لا يسترد من عدل عن الخطبة هداياه إذا كان العدول منه، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة أو قيمتها إن كانت هالكة أو مستهلكة).

- (إذا تبين للقاضي أن الطرف الثاني قد غرر بالطرف الأول مما دفعه إلى العدول أو كان هو المتسبب في العدول حكم باسترداد هداياه).
- (يسترد كل طرف هداياه في حالة العدول بالاتفاق بينهما ، أو قيمتها في حالة التعذر)
- (لا استرداد للهدايا في حالة وفاة أحد الطرفين).

المطلب الرابع

اقتران الخطبة بالفاتحة

نصت المادة السادسة من قانون الأسرة على ما يلي : " يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة .

تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 5 أعلاه".

لم يحدد النص القانوني المقصود بالفاتحة هل هي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة ، أم أن المقصود منها هو إبرام عقد الزواج؟ وبالتالي فإن الأحكام المترتبة عنهما ستختلف بالضرورة. فإذا كان المقصود من الفاتحة عندما تقترن بالخطبة هو قراءة سورة الفاتحة ، فإنها لا تؤثر في الحقيقة لا على الخطبة ولا على العقد وليست لها قيمة شرعية لأنها مجرد دعاء . كما أن الناس اعتادوا على قراءتها بمناسبة الخطبة أو العقد ، ولكن عدم قراءتها لا يغير شيئاً في الموضوع .

وإذا كان المقصود من الفاتحة هو إبرام عقد الزواج، فإن أحكام عقد الزواج تخضع للمادة 09 وما بعدها. غير أن نص المادة السابقة كما هو واضح قد أخضع الفاتحة في حالة اقترانها بالخطبة لأحكام المادة الخامسة ، أي لأحكام الخطبة . ومعنى ذلك أنه لم يعتبرها عقداً ، بل مجرد خطبة يجوز فيها العدول.

أما على المستوى التطبيقي فإن الأحكام القضائية قد تضاربت ، فأحياناً تعطي المحاكم تفسيرات للفاتحة على أنها خطبة ، وأحياناً تقول على أنها عقد زواج .

ومن هذه الأحكام قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17/03/1992 ملف رقم 81129 ، ومما جاء فيه ما يلي : (.. حيث أنه بالفعل فإن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم سواء أمام القاضي الأول أو أمام العضو المقرر يذكرون حضورهم لوليمة الخطبة أو فاتحة الخطبة ، أن المحققين لم يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد حضور خطبة على معنى المادة 05 من قانون الأسرة ، أم أنهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة 09 من نفس

القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة، وإنما هي من باب التبرك والدعاء، وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين. (1).
وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 14/04/1992 اعتبرت اقتران الخطبة بالفاتحة زواجا صحيحا لتوفر جميع أركانه، أي أنها اعتبرت الفاتحة بمثابة عقد، ومما جاء فيه ما يلي:
(من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المقررة شرعا .

ومتى تبين - في قضية الحال - أن أركان الزواج قد توفرت وتمت بمجلس العقد، وأنه تم اقتران الخطبة بالفاتحة، وبعد ذلك عدل الطاعن عن الزواج بالامتناع عن الدخول لأنه اعتبر الفاتحة كالخطبة تسمح لكل من الطرفين بالعدول عنها.

وإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة القاضي برفض الدعوى والقضاء من جديد بصحة الزواج الواقع بين الطرفين لتوافر أركانه والسماع إلى الشهود والأمر بتسجيله فإنهم كما قضاوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن (2).

ومن خلال هذين القرارين لاحظنا اقتران الخطبة بالفاتحة، غير أنه في القضية الأولى اعتبرت قراءة الفاتحة مجرد خطبة، في حين في القضية الثانية لما توفرت أركان الزواج اعتبرت الفاتحة زواجا .

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 04/04/1995، ومما جاء في حيثيات القرار ما يلي: (... حيث أن المادة 06 من قانون الأسرة تقضي بأنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة، فإن سبقت الخطبة الفاتحة فتلك هي الخطبة المنصوص عليها بالمادة 05 من نفس القانون، وهي التي تعتبر وعدا بالزواج. أما في حالة اقتران الخطبة مع الفاتحة حسب المادة السادسة المشار إليها، فهي زواج متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة...) (3).
ويبدو واضحا من خلال هذه القرارات الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجا وما يعد مجرد خطبة مع أن الفقرة الثانية من المادة السادسة صريحة في إخضاع الفاتحة في حالة اقترانها بالخطبة لأحكام المادة الخامسة بمعنى هي مجرد وعد بالزواج .

(1) أنظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 31.

(2) نفس المرجع، ص 33.

(3) نفس المرجع، ص 37.

وحسب رأينا فإن جسم الموضوع يتطلب تحديد المقصود بالفاتحة في النص هل هو قراءة سورة الفاتحة وبالتالي فلا أثر لها على الخطبة ولا على العقد، وهنا لا بد من حذفها من النص.

أما إذا كان المقصود منها- عندما تقترن مع الخطبة - هو عقد الزواج على معنى المادة 09 فهنا لا بد من معرفة قصد المتعاقدين هل اتجه إلى الخطبة أم اتجه إلى الخطبة والعقد معا ؟ .

فإذا تبين أن الغرض المقصود هو الخطبة فتبقى خطبة حتى وإن تحدث الأطراف بمناسبة الخطبة عن عناصر عقد الزواج، لأنه في العديد من مناسبات الخطبة يتم التحدث فيها عن كل الشروط اللازمة للعقد كتحديد المهر مثلا ، بل قد يتم دفع المهر بصورة مسبقة وأثناء الخطبة لإبراز الجدية في الزواج ، ومع ذلك فلم تخرج المسألة حسب رأينا عن مجرد الخطبة .

غير أنه إذا كان قصد المتعاقدين هو إجراء الخطبة والعقد معا فهنا يعتبر زواجا صحيحا .

و عليه نقترح تعديل نص المادة السادسة على النحو التالي "يمكن أن تقترن الخطبة بعقد الزواج أو تسبقه بمدة غير محددة .

-وفي حالة اقتران الخطبة بالعقد تسري أحكام المادة التاسعة أدناه."

وهذه الصياغة المقترحة تخرجنا من الغموض الذي كان يسود النص، وتصير الأمور واضحة بين ما يعد خطبة، بالتالي تسري عليه أحكام الخطبة، وما يعد زواجا تسري عليه أحكام الزواج.

قلنا فيما سبق بأن موضوع الزواج من ضمن المواضيع التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية ، ونظرا لأهميته وخطورته في نفس الوقت فقد أحاطته بجملة من الشروط والضوابط حرصا منها على وضع أسس مستقرة لنظام الأسرة .

سنتحدث في هذا المبحث عن بعض المسائل المتعلقة بعقد الزواج ، أي الشروط العامة لانعقاده صحيحا .

كما سنحاول التعرف على المعالجة القانونية لهذا الموضوع في ظل الخلاف الفقهي الكبير ، ثم ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري .

المطلب الأول

أهلية الزواج

تعتبر الأهلية (أهلية الأداء) واحدة من أهم المسائل التي تركز عليها جميع التصرفات القانونية . وكما هو معلوم فإن أهلية الأداء تمر بمراحل معينة حسب نمو سن الإنسان وهي عادة ثلاثة مراحل .

المرحلة الأولى: وتسمى مرحلة انعدام التمييز، وهي تمتد في الفقه الإسلامي من يوم الولادة إلى سن السابعة وخلال هذه المرحلة يعتبر الصبي فيها غير مميز ، وجميع تصرفاته تكون باطلة مهما كان نوعها وبإجماع الفقهاء ، وبالتالي لا مجال للحديث عن هذه المرحلة في باب الزواج . أما القانون المدني الجزائري فقد حدد هذه المرحلة بين يوم الولادة وسن 16 سنة في الفقرة الثانية من المادة 42 حيث جاء فيها (يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة) .

المرحلة الثانية: وتسمى مرحلة التمييز ، وهي تمتد في الفقه الإسلامي من سن السابعة إلى سن البلوغ ، مع أن الفقهاء لم يحددوا سنا معينة رغم وجود بعض الاجتهادات تحدد هذه المرحلة بسن مختلفة ، إلا أن هناك اتفاقا بين الفقهاء على أن هذه المرحلة تنتهي بظهور علامات البلوغ عند الذكر والأنثى ، وهي الاحتلام عند الذكر والحيض عند الأنثى ، فبمجرد ظهور هذه العلامات يصبح الشخص راشدا يكون مؤهلا للقيام بالواجبات وسائر التصرفات .

أما القانون الجزائري فقد حدد هذه المدة بين سن 16 و 19 سنة والتصرفات التي يجريها الشخص في هذه المرحلة تخضع إلى ثلاثة أحكام بحسب المادة 83 من قانون الأسرة ، فالتصرفات النافعة له نفعاً محضاً تكون صحيحة ، والتصرفات الضارة به ضرراً محضاً تكون باطلة ، والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي .

النافعة له نفعا محضا تكون صحيحة ، والتصرفات الضارة به ضررا محضا تكون باطلة ،
والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر تكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي .

المرحلة الثالثة: وهي مرحلة الرشد وتكون في الفقه الإسلامي بعد ظهور علامات البلوغ ، أما
القانون فقد حددها بعد تمام الشخص 19 سنة كاملة وفقا لأحكام المادة 42 من القانون المدني (كل
من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه
المدنية

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.

فإذا أتم الشخص سن 19 سنة وكان سليم القوى العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية
فيجوز له القيام بجميع التصرفات القانونية دون اعتراض من أحد
أما أهلية الزواج باعتبارها تدخل في مجال التصرفات القانونية فإن قانون الأسرة قد حددها
في المادة السابعة (07) كما يلي:

(تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام (21 سنة) ، والمرأة بتمام (18 سنة) ، وللقاضي أن يرخص
بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة) .

ما يلاحظ على قانون الأسرة أنه لم يساير النظرية العامة للعقد في القانون المدني التي
حددت سن الرشد المدني كما رأينا ب 19 سنة واعتبرته كامل الأهلية ، في حين أن قانون الأسرة
رغم بلوغ الشخص هذه السن ومع ذلك اعتبر غير مؤهل للزواج . أهليته لا تكون كاملة كزوج إلا
بتمام 21 سنة ، أما كزوجة فأهليتها تكون كاملة بتمام 18 سنة ، أي دون سن الرشد المدني .

ونعتقد أن المسألة غير منسجمة تماما ، فمن المفروض أن سن الزواج يكون مع تمام وكمال
الأهلية بالنسبة للجنسين لأما تتعلق بالتصرفات القانونية أو على الأقل تكون 19 سنة بالنسبة
للزوج . ولا ندري ما هي الحكمة من تأخير المشرع لسن الزواج بالنسبة للرجل .
ولعله نظر إلى أن الزواج فيه شيء من المسؤولية ، فيحتاج الأمر إلى النضج العقلي والذهني ،
وان يكون أكثر تأهيلا لتحمل هذه المسؤولية .

كما أن القانون نص في المادة المذكورة على السماح بالزواج قبل هذه السن شريطة
الحصول على ترخيص من القضاء ، والقاضي لا يعطي ترخيصا إلا لضرورة أو مصلحة .

غير أن النص لم يحدد الحد الأدنى الذي يمكن التزول به ، حيث جاء عاما دون تحديد .
ونعتقد أنه لا يمكن التزول في جميع الأحوال عن سن التمييز ، أي عن سن 16 سنة ، لأن هذه السن
هي سن البلوغ أو على الأقل هي بداية سن البلوغ من الناحية الفزيولوجية كحد أدنى بالنسبة
للزوجة ، وسن 18 سنة بالنسبة للزوج إذا استبقينا الفارق السابق بينهما .

أما إذا وحدنا سن الزواج بين الجنسين فلا يمكن التزول عن سن التمييز ، وفي جميع الأحوال لا بد على القاضي في حالة الترخيص بالزواج دون السن القانونية أن يستشير أهل الخبرة فيما إذا كانوا مؤهلين للزواج من الناحية الفزيولوجية أم لا ، أما باقي التقديرات خصوصاً من الناحية المادية فللقاضي السلطة التقديرية .

المطلب الثاني

أركان عقد الزواج

المقصود بأركان عقد الزواج الشروط العامة لانعقاده صحيحة ، وبعبارة أخرى كل ما يتطلبه من أمور ضرورية لانعقاده حتى يرتب آثاره في الحال .

والمتبع لآراء الفقهاء في الموضوع يجد اختلافا كبيرا في أغلب المسائل ما عدا موضوع واحد فيه إجماع وهو الرضا ، فالزواج لا يقوم إلا على ركن التراضي باعتباره ركنا أساسيا في الموضوع .

وأما باقي المواضيع نجد اختلافا كبيرا بين الفقهاء ، وكان من نتائج هذا الخلاف أن جاءت صياغة النصوص القانونية لموضوع الأركان غير منسجمة في الكثير من الأحيان .

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع أركان عقد الزواج وكيفية إبرامه في المواد من 09 إلى 22 ، كما نظم الآثار المترتبة على تخلف هذه الأركان في المواد من 32 إلى 35 . وسنحاول التعليق على بعض النصوص القانونية لإظهار ما بها من عيوب .

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة قد حدد أركانا معينة لا ينعقد العقد إلا من خلالها وهو ما يبدو واضحا من خلال المادة 09 حيث تنص على ما يلي :

(يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصادق) وهذا تحت عنوان أركان الزواج ، ومن الناحية القانونية يقتضي الأمر أن تخلف أي ركن من أركان العقد فإنه يرتب البطلان وهذا ما تقتضي به النظرية العامة للعقد في النطاق المدني ، والنظرية العامة للعقد تحدد كماله هو معلوم ثلاثة أركان أساسية للعقد وهي الرضا ، والمحل ، والسبب ، ولا ينعقد العقد إلا بها ، كما أن تخلف واحدا منها يؤدي إلى بطلان العقد .

غير أن قانون الأسرة وعلى ما يبدو قد خالف النظرية العامة للعقد من جهة ، كما أنه لم يحترم مدلول المصطلح القانوني (الركن) ، وهو ما يؤدي إلى تضارب الأحكام في العقود ، ويتجلى هذا التعارض فيما يلي :

المادة 32 (يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانه ، أو اشتمل على مانع ، أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ، أو ثبتت ردة الزوج) .

ما يلاحظ على هذا النص أنه استعمل لفظ الفسخ في حالة اختلال أحد أركان العقد ، أو في حالة اشتماله على أي مانع من موانعه ، أو في حالة الردة من الزوج ، واستعمال مصطلح الفسخ في الحقيقة لا يكون منسجما من الناحية القانونية لأن هذا المصطلح يستعمل من الناحية القانونية في العقود الصحيحة المستحقة لجميع الأركان ، والفسخ لا يتعلق باختلال الأركان وإنما يتقرر في حالة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد ، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية ، جاز للمتعاقد الآخر إما المطالبة بالتنفيذ ، أو المطالبة بالفسخ مع الاحتفاظ بحقه في طلب التعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم التنفيذ .

أما الفسخ المستعمل في المادة 32 من قانون الأسرة فيتعلق باختلال أحد أركان العقد ، أو وجود مانع ، وهو أمر غير مقبول كما قلنا ، فمن المفروض أن يتقرر البطلان وليس الفسخ ، لأن العقد يعد معدوما لا وجود له مع تخلف الركن أو وجود المانع .
ولذلك كان على المشرع استبدال لفظ الفسخ بلفظ البطلان ليستقيم النص من الناحية الشرعية والقانونية معا .

المادة 33 (إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق ، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد) .
بقراءة المادة 09 ومقارنتها بالمادة 32 يمكننا إبداء الملاحظات التالية :

- إن المادة 09 عندما حددت أربعة أركان للعقد ، فمن المفروض كما قلنا أن اختلال أي ركن من هذه الأركان يرتب البطلان مباشرة وليس الفسخ كما هو واضح من المادة 33
- إن المادة 33 عندما رتبت الفسخ عند اختلال ركن واحد فقط جعلته محصورا في ثلاثة أركان هي الولي والصداق والشهود ، ولم تتحدث عن الرضا وهو ما يفهم ضمنا بأن تخلف الرضا وحده يؤدي إلى بطلان العقد ، والمفروض أنه لا يوجد فرق بين الأركان الأربعة المحددة في النص ، وإلا فإنها بهذه الطريقة لا تصبح أركانا وإنما هي شروط صحة .

- إن المادة 33 قد رتبت الفسخ عند تخلف أحد الأركان الثلاثة (الولي ، الصداق ، الشهود) إذا كان قبل الدخول ، أما بعد الدخول فإن الزواج يثبت أي يكون صحيحا بفرض صداق المثل ، ولم ترتب البطلان إلا عندما يحتل أكثر من ركن ، وهي مسألة غير مقبولة لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية .

- إن صياغة هذه النصوص بهذا الشكل قد أدت إلى الخلط بين ما يعتبر ركنا بالمعنى الحقيقي وما يخرج عن الأركان ، ولذلك فلا يوجد اتفاق بين الفقهاء في الحقيقة إلا على ركن التراضي فقط ، أما باقي العناصر الأخرى فمنهم من أدرجها ضمن الأركان ومنهم من أدرجها ضمن شروط الصحة . وإذا نظرنا للزاوية الفقهية في الموضوع فإننا نجد اختلافاً فقهيًا بين الفقهاء كما قلنا ، فالفقهاء يحددون جملة من الشروط منها ما هو للانعقاد ، ومنها ما هو للصحة ، ومنها ما هو للنفاذ ويفرقون بين هذه الأمور ، ولذلك اختلفت التشريعات في الأخذ بها .

فالمالكية يحددون أربعة أركان لعقد الزواج وهي ، الولي ، الصداق ، محل العقد (الزوجان) ، الصيغة. أما الشهادة عندهم فليست للانعقاد وإنما هي للإثبات فيصح عندهم انعقاد العقد دون شهود ، ولكن يشترطون الإعلان عنه عند الدخول ، كذلك يصح العقد عند عدم تسمية المهر لأنه يفرض لها صداق المثل ما عدا إذا اشترط في العقد ألا مهر لها فلا يصح العقد .

أما الأحناف فيحددون ركنا واحداً ينعقد به العقد وهو التراضي (الإيجاب والقبول) (1) .

أما باقي الأمور فهي شروط صحة كالشهادة ، وأما الصداق عندهم فهو أثر من آثار العقد ، وأما الولي فليس ركنا من أركان العقد بل شرط من شروط النفاذ لأنهم أحازوا للمرأة تزويج نفسها ، بشرط أن يكون الزوج كفتا والمهر مهر المثل ، وهنا من حق الولي أن يعترض إذا لم يتحقق هذان الشرطان أو أحدهما ، كذلك موضوع الولي فهو ركن من أركان عقد الزواج عند الأئمة الثلاثة عدا أبو حنيفة الذي لا يعتبره ركنا في الزواج .

ولهذه الأسباب كان على المشرع الجزائري تحديد بدقة ما يعتبر من الأركان وإعطائها مدلولها الحقيقي شرعا وقانونا ، وإخراج ما لا يعتبر من الأركان حتى لا يقع الخلط في الموضوع . ومن وجهة نظري فإن أركان عقد الزواج عندنا هي :

الركن الأول: الرضا، لأن الرضا فيه إجماع بين الفقهاء ، ولم يقل أحد بغير ذلك .

الركن الثاني: الولي، لأن عقد الزواج له خطورته على حياة المرأة والأسرة معا على أن يفهم من الولاية أنها ولاية اختيار ، بمعنى تزوج المرأة إما بواسطة الولي بموافقتها إن كانت غائبة عن مجلس العقد ، أو ترم عقد زواجها بنفسها بحضور وليها وموافقته على الزواج .

الركن الثالث: الشهود ، لأن عقد الزواج له خطورته ومكانته في المجتمع ، زيادة على أنه يرتبط

(1) أخذ القانون السوري بهذا الرأي في المادة 05 حيث نصت على ما يلي : (ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر) .

بأعراض الناس ويمس السمعة الأذبية للشخص، بالتالي فلا بد أن يبرم العقد بصورة علنية من خلال الإشهاد عليه وإخراجه من السر إلى العلانية .

غير أن القانون قد تطلب وجود شاهدين فقط ، وهو ما يعني بأن الشهود لا بد أن يكونوا من الرجال فقط ، وهذا في اعتقادي أمر غير مقبول لأن النص القرآني قد أعطى الحق للمرأة أن تكون شاهدة على العقود بشكل عام بشرط توفر النصاب الشرعي وهو رجل وامرأتان لقوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء ، أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى .. " (1) .

ومادامت الشهادة قد قصد الشارع الحكيم أن تكون في عقد الزواج لإخراج العقد من السر إلى العلانية ، خصوصا وأن الملكية كما رأينا يعتبرونه للإعلان فإن شهادة النساء يتحقق بها الإعلان كما يتحقق بالرجال أيضا .

ولذلك نود أن يعدل النص ليكون إما شهادة رجلين أو رجل وامرأتين ، وهذا من باب التيسير وحتى لا تتهم الشريعة بأنها تحجر على المرأة أن تكون شاهدة ، وأما اشتراط النصاب فهو لوجود نص في الموضوع ولا يمكن الاعتداء على النص .

كما أن هذا الموضوع من المسائل المختلف فيه بين الفقهاء ، وما دام قانون الأسرة لم يعتمد في صياغته مذهباً معيناً ، فنعتقد أنه لا حرج من إعطاء المرأة حق الشهادة خصوصا وأنه دائما تعد طرفاً في كل عقود الزواج ، زيادة على أن بعض القوانين قد اعتمدت شهادة المرأة أيضا (2) .

وإذا كانت الأحاديث النبوية كلها تشير إلى شاهدي عدل أي إشارة إلى الرجال ، فنعتقد أنها هي الأصل ووجود رجل وامرأتان لا يخالف الحديث أو ما قصده الحديث النبوي في الموضوع من ضرورة الإشهاد في عقد الزواج ، والله أعلم .

وأما الصداق وإن كان قانون الأسرة قد اعتبره ركناً في العقد إلا أنه في الحقيقة لا يؤثر في العقد مثل الأركان السابقة ، لأنه عادة ما يفرض لها صداق المثل عند عدم ذكر المهر، وما يؤكد هذا خصوصا من الناحية العملية أن المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/11/1998 جاء فيه " إن عدم تحديد الصداق لا يبطل الزواج ، لأنه عند النزاع يقضي للزوجة بصداق المثل .. " (3) .

(1) سورة البقرة ، الآية 282.

(2) أنظر : المادة 12 من القانون السوري حيث نصت على أنه (يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين بالإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما) .

(3) أنظر : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ص 53.

أما العناصر السابقة فلها أهميتها في تكوين العقد ، إذ لا ينعقد العقد إلا بها ، وليس معنى هذا أن عقد الزواج لا يشترط فيه المهر لأن النصوص دالة على وجوبه ، وإنما أردنا فقط عدم هدم علاقة الزواج لمجرد عدم تسمية المهر في العقد لأنه يفرض لها مهر المثل وجوبا وبنص القانون . وحتى في حالة إذا اشترط عليها في العقد ألا مهر لها فهذا الشرط باطل لأنه يتنافى ومقتضيات العقد وفقا للمادة 35 التي تنص على أنه (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا).

ولذلك فإذا اعتمد المشرع هذه الأركان الثلاثة فلا بد من إعطائها المدلول الحقيقي بحيث يرتب البطلان على عدم وجودها ، ونفس الحكم في حالة تخلف أحد هذه الأركان ، وبهذه الصورة يصبح التعامل مع موضوع الأركان سهلا .

وهناك مصطلح آخر معروف من الناحية القانونية كثير الاستعمال ، لكنه غائب في قانون الأسرة وهو مصطلح القابلية للإبطال والذي يمكن تطبيقه في بعض الحالات في باب أركان الزواج سيما في حالة الإكراه المعنوي ، أي عندما يضغط الولي على ابنته على الزواج فتضطر تحت ضغط الإكراه للموافقة الظاهرة دون الباطنة ، فهنا عقد الزواج من الناحية الشكلية يكون صحيحا ، لكنه قابل للإبطال من وجهة نظري لأن الرضا هنا غير معدوم حتى نقرر البطلان ، وإنما هو موجود لكنه معيب بعيوب الرضا . وهنا يمكن إعمال ما تقضي به النظرية العامة للعقد وعلى أساسها يعطى الحق للزوجة في أخذ القرار باللجوء بعد الزواج لإبطال الزواج إذا استمرت حالة عدم الرضا وخصوصا قبل الدخول ، ويبقى لها الحق أيضا بعد الدخول أن تطلب الإبطال . وإذا رضيت بعد الدخول بالزواج فلها ذلك ، فقد تجدد مصلحتها في بقاء هذا الزواج .

وهناك ملاحظة أخرى بخصوص المادة 34 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي :

(كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ، ويترتب عليه ثبوت النسب ، ووجوب الإستبراء) .

ما يلاحظ على هذا النص أنه أيضا استعمل لفظ الفسخ في غير محله ، لأن المسألة تتعلق بموانع من موانع الزواج ، أي عدم مشروعية المحل بالتالي فإن استعمال لفظ الفسخ لا يستقيم من الناحية القانونية ، وإذا كان الفقهاء قد استعملوا لفظ الفسخ على هذه الحالة ، فإن مدلول الفسخ عندهم يعني التفريق بين الزوجين في الحال لاكتشاف المانع . ولذلك لا بد في اعتقادي من تعديل النص وتقرير حالة البطلان بدل الفسخ ليستقيم النص من الناحية القانونية والشرعية معا .

كما أننا نجد بعض التناقضات في بعض النصوص القانونية ومنها ما هو منصوص عليه في

المادتين 32 و35 من قانون الأسرة .

حيث أن المادة 32 تنص على أنه (يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانها ، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد ، أو ثبتت ردة الزوج) ، ولقد سبقت الإشارة إلى أن لفظ الفسخ لا يستقيم من الناحية القانونية ، ولا بد من استعمال لفظ البطلان لتستقيم الصياغة القانونية .
زيادة على أننا نجد تناقضا بين هذه المادة من خلال عبارة (أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد)، حيث أنها قررت الفسخ كما هو واضح من النص .

في حين أن المادة 35 تنص على أنه (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا) . وهنا يظهر التناقض الواضح بين النصين حيث النص الأول يقرر حالة الفسخ في حالة اشتمال العقد على شرط يتنافى وطبيعة العقد ، في حين النص الثاني يقرر صحة العقد مع بطلان الشرط .

ولإزالة التناقض بين النصين لابد أولا من استعمال مصطلح البطلان في نص المادة 32 لأنها تتعلق باختلال أحد أركان الزواج أو وجود مانع من الزواج ، أو في حالة الردة ، وحذف عبارة (أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد) ، على اعتبار أن هذه العبارة منصوص عليها في المادة 35 والتي ستبقى كما هي دون تغيير .

وهناك بعض الملاحظات الأخرى نود التطرق إليها ودائما في موضوع الأركان، وخصوصا ما يتعلق بإبرام عقد الزواج وكذلك الولاية في عقد الزواج . فمن المعلوم أن قانون الأسرة قد جعل الولاية في الزواج ركنا من أركان العقد ، فإن الذي يتولى عقد زواج المرأة هو الولي كما تنص المادة 11 من قانون الأسرة . وفي الحقيقة فإن هذه الحالة لا تكون إلا في العقد الشرعي الذي يبرم خارج الدوائر الرسمية ، لأن العرف السائد هو عدم حضور المرأة بل أحيانا عدم حضور حتى الزوج بحيث ينوب عنه أبوه أو عمه .

وفي اعتقادي لابد من تغيير الوضع وتعديله بما يخدم مصلحة الأسرة وضمان الانسجام ، بتكريس وجود المرأة في هذا العقد الهام للتعبير عن إرادتها بصورة صريحة ، وكذلك تكريس حضور الولي في العقد للدلالة على موافقته على هذا الزواج ، وهذا الأمر مكرس فعلا أمام الدوائر الرسمية .

إلا أن المشكلة تكمن في أن عملية الزواج عندنا تتكون من عقدين في الحقيقة، عقد شرعي كثيرا ما يبرم خارج الدوائر الرسمية (إمام المسجد) ، وعقد آخر يأتي بعده أو قبله أمام الجهات الرسمية (الموثق أو ضابط الحالة المدنية).

ولما كان عقد الزواج يرتب آثاره في الحال باتفاق الفقهاء ، فإن هذه الازدواجية في العقد لا بد من الخروج منها حتى تقلل من المشاكل التي من الممكن أن نحدث للطرفين، وتتعقد الإجراءات

وتطول مدتها ، وهذا لا يتأتى إلا بتوحيد جهة واحدة شرعية ورسمية توكل إليها مهمة إبرام عقود الزواج مرة واحدة من خلال أشخاص يؤهلون من الناحية الشرعية والقانونية لهذا الغرض ، لأن عقد الزواج يجمع بين الطابع المدني والديني معا .

كما تخصص لهم مكاتب محترمة تتناسب مع مكانة العقد في مقر كل بلدية ، وبهذه الصورة نقضي على ازدواجية العقد من جهة ، ونضمن بأن العقد لا يبرم إلا إذا كان مستجمعا لجميع أركان وشروط العقد ، لأن هذا الموظف المؤهل يكون أقدر من غيره على فهم الأمور وتبصير المتعاقدين بكل تفاصيل العقد ، حتى أن الصداق والشروط التي يشترطها الطرفان تكون مدونة في العقد بشكل دقيق ، بحيث يلجأ إليها عند الحاجة . وفي هذه الحالة يجب بالمقابل منع إجراء أي زواج خارج الدائرة الرسمية المذكورة أعلاه تحت طائلة المتابعة الجزائية .

وفي اعتقادي فإن هذا الأمر ما قصدنا به التشديد على الناس ، وإنما قصدنا فقط ضمان انعقاد الزواج بشكل سليم وبمضمون عندما يبرم مرة واحدة ، وأمام جهة واحدة أيضا ، ضمانا للحقوق ، ومنعا للتحايل ، فمثلا من ضمن التحايلات التي تحدث في المجتمع هو مخالفة أحكام المادة 08 المتعلقة بتعدد الزوجات ، فالزوج الذي يريد الزواج بأخرى لا يخبر لا الزوجة السابقة ولا اللاحقة بالزواج ويبرم عقد زواجه الشرعي خارج الدوائر الرسمية ، ثم يضع كل من الزوجتين بعد ذلك أمام الأمر الواقع .

كما أن التحايل قد يحدث حين يقوم الولي بتزويج البنت دون موافقتها لأنها غائبة عن العقد ليضعها أمام الأمر الواقع مخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة 13 التي تحظر على الولي تزويج المرأة دون موافقتها ، وسبب حصول هذه الأمور أن الزواج يبرم خارج الدوائر الرسمية أولا .

لكن عندما نوحدها الجهة الرسمية والشرعية التي تتولى إبرام عقود الزواج فإننا نقضي على هذه التحايلات ، لأن الموظف المختص سيتأكد من كل هذه المسائل من خلال الإجراءات التنظيمية الإدارية ، كأن توضع أمام الأطراف استمارات تملأ بعناية ويتم التصريح فيها بالوضع العائلي للزوجين ، كالزواج السابق ، والطلاق السابق .. الخ .

وبالمقابل تعدل المادة 18 من قانون الأسرة التي تنص على أنه (يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادة 9 من هذا القانون) ، لتصبح كما يلي :

(- يتم إبرام عقد الزواج أمام موظف مؤهل شرعا وقانونا في مقر البلدية ، مع مراعاة ما ورد في المادة 9 .

- يحظر إجراء عقود الزواج خارج الجهة المختصة .)

كما يمكن للمشرع منعاً لمخالفة أحكام المادة المقترحة تقرير عقوبات جزائية يراها مناسبة كالحبس والغرامة أو الغرامة فقط حتى نضمن احترام الناس للنصوص القانونية .
وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة نجده حالياً من الصفة الجزائية التي نرى أنه لا بد من إدخالها في العديد من المسائل، ومن ذلك مخالفة أحكام المادة 08 المتعلقة بتعدد الزوجات ، لأن النص اشترط ضرورة علم الزوجتين السابقة واللاحقة ، ولم يقرر الجزاء في حق الزوج على مخالفة أحكام النص ولذلك نرى ضرورة إضافة عقوبة يراها المشرع مناسبة عند مخالفة أحكام المادة .
على أن يفهم أن الجزاء هنا ليس لأن الزوج قد تزوج أخرى وإنما هذا الجزاء تقرر لعدم احترام الإجراءات المنصوص عليها قانوناً .

ونفس الأمر ينطبق على المادة 13 من قانون الأسرة التي تحظر على الوالي أن يجبر من في ولايته على الزواج، أو أن يزوجه دون موافقتها ، ولم يتحدث النص عن العقوبة في حالة الإجبار أو الإكراه، ونرى تقرير عقوبة يراها المشرع مناسبة ، حتى لا يستغل الوالي سلطته في الزواج ، لأنها ولاية اختيار كما هو واضح من النصوص المنظمة لموضوع الولاية ، بمعنى يقوم بتزويجها بموافقتها .
وهناك نقطة أخرى أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 12 ونصها (غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت) . ما يمكن ملاحظته في هذا المجال أنه قصر المسألة على بنته البكر فقط ، في حين أن موضوع الولاية قد يتجاوز البنت إلى شخص (من في ولايته) بدل لفظ (بنته البكر) .

والملاحظة الثانية تتعلق بالمنع في حد ذاته ، فإذا كان الفقهاء قد قرروا إعطاء الوالي حق الاعتراض وعدم الموافقة على الزواج ، فإن ذلك يكون لأسباب موضوعية معتبرة ، لأن المرأة بحكم قلة خبرتها وربما تسرعها قد توافق على الزواج بمن لا يصلح لها ، ومن هذه الوجهة يؤخذ باعتراض الوالي باعتبار أن المنع هو في صالح البنت .

كما أن امتناع الوالي عن تزويج البنت متى كانت راغبة في الزواج قد يتعسف فيه الوالي بدون تقديم أسباب معقولة ، وهنا يستطيع القاضي أن يأذن بالزواج تطبيقاً لنص المادة 12 من قانون الأسرة ، وفي هذا الإطار أكدت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1993/03/30 ومما جاء فيه :
" ومتى تبين - في قضية الحال - أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع ، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون" (1)

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 47.

غير أن الملفت للانتباه هو أن النص قد تكلم عن البنت البكر فقط أي التي لم يسبق لها الزواج ولم يتكلم عن البنت الثيب أي التي سبق لها الزواج .

فما دام المنع قد قصد به مصلحة البنت ، فسواء كانت بكرا أم ثيبا فإن المنع يتحقق لأنه جاء لتفادي وقوع الضرر على المرأة وفقا لقاعدة المصالح المرسله التي سبق وأن تحدثنا عنها في الباب التمهيدي من البحث ، وربما تكون البنت الثيب فشلت في زواجها الأول بسبب سوء الاختيار ، فإذا رأى الولي أنها أساءت الاختيار مرة أخرى ، وأن هذا الزواج سيضر بها كان له في هذه الحالة حق الاعتراض ، وعند النزاع يرفع الأمر إلى القضاء ، والقاضي هو الذي سيحسم الأمر في النهاية. وتبقى مسألة أخرى ملفتة للانتباه منصوص عليها في المادة 31 من قانون الأسرة وهي أن المادة المذكورة قد قررت في الفقرة الأولى منع زواج المسلمة بغير المسلم ، وهذا أمر لا جدال فيه لأنه من المقرر شرعا أنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم والزواج فيه ولاية الزوج على الزوجة ، إلا أن النص لم يتحدث عن زواج المسلم بغير المسلمة ، لأنه وإن كان ضمنا يفهم من النص أن زواج الرجل بمن تدين بدين سماوي كالديانة اليهودية أو النصرانية جائز ، فإن لفظ غير المسلمة يتضمن من تدين بدين سماوي وكذلك من لا دين لها وفي هذه الحالة الأخيرة لا يجوز الزواج لقوله تعالى "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" (1)، لذلك نرى ضبط النص بإضافة زواج المسلم بمن تدين بدين سماوي وحظر الزواج بالمشركة .

وهناك مسألة أخرى وهي زواج الجزائريين المتجنسين بالجنسية الجزائرية الذين لا يدينون بالإسلام وإنما بديانة أخرى ، فهل يخضعون لأحكام قانون الأسرة في مسألة الزواج والطلاق والميراث ؟، أم لا يخضعون له ؟، مع أنهم صاروا بحكم حصولهم على الجنسية الجزائرية مواطنين بالمفهوم القانوني فتطبق عليهم أحكام قانون الأسرة باعتبار أن نص المادة الأولى من هذا القانون تقضي بأنه (تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون) .

زيادة على أن المادة 221 من القانون تنص على أنه (يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني) .

ما يلاحظ على هذا النص أنه استعمل لفظ المواطنين أي كل من له الجنسية الجزائرية دون تمييز بين المسلمين وغيرهم ممن تحصلوا على الجنسية الجزائرية وبقوا محتفظين بديانتهم .

أما إن كانوا مسلمين أصلا عند حصولهم على الجنسية أو أنهم دخلوا في الإسلام بعد حصولهم عليها فالقانون يطبق عليهم دون إشكال .

(1)سورة البقرة الآية 221.

كما أن النص استعمل أيضا لفظ "وعلى غيرهم من المقيمين في الجزائر" أي الإشارة إلى الأجانب دون تمييز بين الأجانب المسلمين المقيمين بالجزائر وغيرهم من الأجانب غير المسلمين المقيمين في الجزائر أيضا ، وتطبيق قانون الأسرة على المسلمين فقط دون الآخرين ، أم نطبق عليهم أحكام ديانتهم؟ ، وفي هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق؟ .

لا شك أنه في حالة الزواج فإن المسألة لا تكون صعبة لأن الزواج يغلب عليه الطابع المدني ، فيمكن إجراؤه بصورة قانونية في مقر البلديات ويتم تسجيله بالطرق القانونية ووفقا لما ينص عليه القانون أي خضوعه لأحكام المادة التاسعة وما بعدها .

وإنما الإشكال يكون في قضايا الطلاق أو الميراث وغيرها من المسائل الأخرى ، لأن العديد من أحكامها مبنية على نصوص شرعية . وبالتالي يتطلب الأمر حسما من المشرع . إلا إذا قلنا بلأن كل من حصل على الجنسية الجزائرية يعني ضمنا أنه قبل تطبيق القوانين الجزائرية عليه دون استثناء ، فمن هذه الزاوية يخضعون لأحكام قانون الأسرة . علما أن أغلب المجتمعات العربية التي تتعدد فيها الشرائع والديانات خصصت لها قوانين مستقلة تخضع لها كمصر وسوريا ولبنان وغيرها من الدول العربية الأخرى .

وأما في الجزائر فكما هو معلوم لا توجد ديانات أخرى رسمية بسبب عدم وجود طوائف لديانات أخرى ، زيادة على أن كل الدساتير الجزائرية المتعاقبة (1963-1976-1989-1996) (1) نصت على أن الإسلام دين الدولة .

إلا أن الواقع العملي يؤكد وجود العديد من الحالات -وهي في الغالب بسبب كسب الجنسية- صارت تفرض نفسها الأمر الذي يدعوا المشرع إلى التدخل لمعالجة مثل هذه القضايا ، وعدم الاكتفاء بما تشير إليه المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، إي إلى أحكام الفقه الإسلامي .

(1) أنظر : المادة الثانية من دستور 1996 المعدل بموجب استفتاء 28/11/1996. حيث نصت على أن "الإسلام دين الدولة" .

المبحث الثالث

الآثار المترتبة عن الزواج

المقصود بالآثار المترتبة عن الزواج والطلاق ، تلك النتائج التي تترتب بمجرد إبرام عقد الزواج لأن هذا العقد كما رأينا يترتب آثاره في الحال ، وأيضاً في حالة حصول الطلاق بين الزوجين ، ومن هذه النتائج ما يخص الزوجة و الأولاد كالنفقة والنسب، و سنتنصر على دراسة موضوع النفقة. و نرجى الحديث عن النسب إلى حين دراسة موضوع الطلاق لعلاقته بهذا الموضوع.

المطلب الأول

النفقة

سبق أن أشرنا في الباب الأول. بمناسبة الحديث عن الحقوق الزوجية أن النفقة واجبة على الزوج دون الزوجة. فبمجرد العقد عليها تصبح النفقة واجبة عليه ، إلا أن العبرة في العرف والعادة هي بالدخول وانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ، فكثيراً ما يرم العقد الشرعي والإداري في وقت متقدم ويتأخر الدخول إلى وقت آخر ، ولذلك فالعبرة بالدخول أي ممارسة الواجبات الزوجية والتي على أساسها تستحق الزوجة النفقة ، وهو ما نص عليه في المادة 74 من قانون الأسرة (تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة ..)

وقد نظم قانون الأسرة الجزائري موضوع النفقة في المادة 37 وكذا المواد من 74 إلى 80.

نصت المادة 37 في فقرتها الأولى على أنه يجب على الزوج نحو زوجته:

1 - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها .

الملاحظ على هذه الفقرة من النص أن المشرع استعمل كلمة النشوز دون توضيح للمقصود به ، وكان عليه التوضيح حتى لا تختلف التطبيقات العملية ولو من باب المعنى العام وهو تخلي الزوجة بلا مبرر عن القيام بالواجبات الزوجية ، كعدم انتقالها إلى بيت الزوجية بلا مبرر أو منعها الزوج من الدخول عليها إلى غير ذلك من الأمور الملقاة على عاتقها وإن كانت المسألة عند القراع ترجع لتقدير قاضي الموضوع .

وأما المادة 79 والمتعلقة بتقدير النفقة فأشارت إلى أن القاضي يقدرها بحسب حال الطرفين أي حال الزوجين معا وفقاً للظروف المعيشية ، وبعد تقديرها لا يمكن طلب مراجعتها إلا بعد مرور سنة كاملة وهي مدة نراها طويلة . فقد تكون الزوجة في حاجة ماسة للنفقة سواء لها أو لأولادها كما هو الحال في موضوع الحضانة بعد الطلاق، وذلك نتيجة تغير الظروف، وبالتالي نرى

تقليص المدة إلى ستة (06) أشهر يستطيع المتضرر من النفقة أن يطلب إعادة النظر فيها زيادة أو نقصانا إذا كان له ما يبرره .

وأما المادة 80 فقررت أن النفقة تكون من تاريخ رفع الدعوى من حيث المبدأ ، إلا أن للقاضي في حالة إذا تبين له بأن الزوج لم ينفق على زوجته مدة طويلة فلا يحكم عليه إلا لسنة واحدة متأخرة وهي مسألة قد تضر بالزوجة . ولعل السبب في تقرير هذا الحكم هو لدفع الزوجة للمطالبة بحقوقها في الوقت المناسب ، وألا تتعاس عن هذا الطلب .

إلا أن العادات والتقاليد التي يسير عليها المجتمع الجزائري كثيرا ما تمنع الزوجة من اللجوء إلى مقاضاة زوجها أمام المحاكم ، فهناك حاجز معنوي يحول دون رفع الدعوى ، وبالتالي فإن الزوجة سوف تتضرر كثيرا من هذا الوضع لأنها لن تحصل إلا على نفقة سنة متأخرة ، وهو حكم في صالح الزوج باعتباره غير مطالب بدفع النفقة فوق هذه المدة مما يجعل هذا النص محل نقد .

وفي اعتقادي لا يمكن للزوج أن يثري على حساب الزوجة بمجرد حاجز معنوي حال دون رفع الزوجة لدعوى النفقة ، إذ بالإمكان تعديل النص بصورة تجبر الزوج على النفقة من تاريخ الامتناع عن دفعها بلا مبرر . وعند الحكم يجرأ القاضي المبلغ المستحق إذا لزم الأمر على قسمين القسم الأول يكون واجب الدفع في الحال والقسم الثاني يقسطه بحسب قدرة الزوج ، وهنا يعتبر دينا في ذمة الزوج (1) . وبالتالي فإن تعديل النص بهذه الصورة يؤدي إلى دفع الزوج إلى عدم التماطل عن دفع النفقة الواجبة عليه بمقتضى الشرع والقانون .

أما امتناع الزوج عن دفع النفقة فيؤدي به إلى إمكانية المتابعة الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات ولا بد عند تعديل النص بالصورة السابقة بإضافة فقرة تذكر الزوج بهذه المتابعة .

وأما المادة 76 فتحدثت عن حالة عجز الأب عن النفقة عليها وعلى الأولاد ، فإنه في هذه الحالة تجب النفقة على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ، ولم يبين النص طبيعة هذا العجز هل هو العجز المالي بسبب الإعسار أم العجز الجسماني كالمرض ؟ كذلك فإن واجب النفقة هل يكون بشكل دائم أم لفترة مؤقتة ؟

وفي المقام الأخير لم يتحدث النص عن حالة عجز الأب والأم معا كأن تكون الأم ليس لها مورد مادي ، فما هو مضر الزوجة وأولادها ؟ .

(1) أنظر : المادة 24 من قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث نصت على أنه " تعتبر نفقة الزوجة غير الناشز دينا في ذمة زوجها من وقت امتناع الزوج عن الإنفاق .

لا شك أنه في هذه الحالة تتولى الدولة الإنفاق عليها وأولادها، لأن مسؤولية الدولة تحمل محل العاجز عن النفقة خصوصا إذا كانت الأم أرملة لم يترك لها زوجها ما تستطيع به أن تعول نفسها وأولادها .

وتحقيق هذا الهدف يتطلب من المشرع تعديل النص بصورة أشمل لتحل الدولة محل الأم العاجزة وهو وضع استثنائي لأنه لا يجوز أن تضيع العائلة بسبب النفقة .

كما أن هناك بعض الحالات الخاصة تتطلب الحل الصريح من المشرع وهي حالة الغياب أو فقدان ، فكثيرا ما يغيب الزوج ويسافر إلى الخارج ولا يترك لها نفقة كافية أو لم يرسل لها نفقة ، أو كان مفقودا. فقد تتضرر الزوجة من عدم الإنفاق .

في هذه الحالة في اعتقادي لابد من النظر ما إذا كان للزوج أموالا، منقولات أو عقارات سواء في يد الزوجة أو في غير يدها كأن تكون له أموالا في البنك ، فهنا تلجأ الزوجة إلى القاضي لكي يفرض لها نفقة شهرية من ماله إن كان له مال في البنك .

أما إن لم يكن له سيولة نقدية وكانت له منقولات أخرى أو عقارات فيجوز له أن يرخص بيعها بالمزاد العلني ويودع المبلغ تحت المراقبة القضائية ويقدر لها نفقة شهرية منه حسب الحاجة .

وهناك أمرا آخر لم ينص عليه القانون وهو كون الزوج لم يترك لها نفقة عند غيابه ولا توجد لديه أموال سواء منقولات أو عقارات ، فما مصير الزوجة والأولاد ؟ .

لا شك أن هذه الوضعية تتطلب حلا معينا ، فالقانون قد أشار في نصوص أخرى رأيناها وهي إمكانية طلب الطلاق في حال عدم الإنفاق وحالة فقدان ، وهذه الحلول في اعتقادي ليست كافية لأن الطلاق قد يضر بها أكثر ولذلك فهي لا تريد الطلاق وإنما تريد الإنفاق .

وصعوبة الإنفاق هنا تكمن في أن الزوج غائبا لا يستطيع القاضي إجباره على النفقة، أو يكون الزوج مفقودا . وبالتالي فإن الحل يكمن في الترخيص للزوجة - وخصوصا في حالة الغياب - بالاستدانة من الأقارب أو من الغير عن طريق القضاء بمبالغ محددة شهريا وعلى مسؤولية الزوج ، بمعنى أن هذا الدين يكون ثابتا في ذمة الزوج يكون هو الملزم بسداده عندما يعود .

وفي الحقيقة أن اللجوء إلى هذا الإجراء هو كحل مؤقت يحمي الزوجة والأولاد من الضياع ولا يلجأ إليه القاضي إلا بعد أن يرسل له بالنفقة بالطرق الرسمية إن كان معلوم المكان ويحدد له آجلا معينة ، فإن لم يفعل يكون للزوجة إما أن تطلب التطلق إذا أرادت أو تطلب من القاضي الترخيص لها بالاستدانة على مسؤولية الزوج .

وهذا الحل في الحقيقة نقتحه على المشرع لتسوية هذه الأوضاع الاستثنائية لأجل حماية الأسرة من الضياع . وليس هذا بدعة من المشرع الجزائري فقد لفت انتباهي وأنا اطلع على بعض

قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي في هذا الموضوع بالذات من خلال المادتين 29 و 30 ونصهما كالآتي :

المادة 29 (إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى أو تغيب أو فقد ، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى بعد إقامة البينة على الزوجة وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة ، وأنها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها ، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة) .

المادة 30 (إذا كانت الزوجة معسرة ومأذونة بالاستدانة حسب المادة السابقة فإن وجد من تلزمه نفقتها لو كانت ليست بذات زوج فيلزم بإقراضها عند الطلب والمقدرة ، وله حق الرجوع على الزوج فقط . وإذا استدان من أجنبي فالذائن بالخيار في مطالبة الزوجة أو الزوج ، وإن لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على عمل التزمت الدولة بالإنفاق عليها) .

هذين النصين هما في حقيقة الأمر يعالجان وضعا استثنائيا خاصا وهو بهذا يحقق الحماية الكاملة للأسرة ، حتى لا تضيع بسبب عدم الإنفاق .

ولا يختلف الوضع كثيرا في القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 ، حيث جاء في المادة الخامسة منه "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها لو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي" .

وما نلاحظه من خلال هذه النصوص في التشريعات العربية أنها أعطت الحماية للأسرة بشكل أفضل ، ولذلك نتمنى على المشرع الجزائري أن يتعرض لهذه الحالات بشكل مفصل لأن هناك فراغا تشريعيًا في الموضوع .

ويبقى لنا الحديث عن المادة 77 من قانون الأسرة التي تقضي بوجوب النفقة من الفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث . ومضمون هذا النص يحقق الحماية الشكلية للأبوين ، غير أنه كثيرا ما نجد الأبناء يهملون أوليائهم عند الكبر ، بل صاروا يرسلونهم إلى مراكز العجزة ويتملصون من مسؤولياتهم وكل ذلك بسبب غياب نصوص رادعة صريحة تجبرهم على رعاية الأولياء .

ومن هذا المنطلق لا بد من إضافة فقرة في النص تحمل الفروع المسؤولية المدنية التقصيرية وفقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني وحتى الجزائية عن إهمال الأولياء وعدم الإنفاق عليهم في حال

لم يكن لديهم دخل مادي ، وذلك مصداقا لقوله تعالى (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا)(1).

بل إننا نقترح على المشرع ضبط الموضوع بشكل منسجم بفرض نفقة للأبوين على أولادهم القادرين بشكل انفرادي أو بالتضامن بينهم حتى ولو كانوا في دور العجزة ومراكز المسنين ، لأن إرسال الأولياء لهذه المراكز يجب أن تكون في أضيق نطاق ولضرورة خاصة تقدر بقدرها .

أما إرسالهم إلى هذه المراكز بحجج واهية بغية التملص من المسؤولية فهو أمر خطير لا يمكن السكوت عليه وبالتالي يجب أن تلعب هذه المراكز دورها الأساسي في هذا الإطار . حتى ولو اقتضى الأمر جعل هذه المراكز طرفا ممثلا عن هؤلاء العجزة يتولى تمثيلهم أمام القضاء وتحصيل النفقة المفروضة من القضاء لأن هذه المراكز تتولى رعايتهم والإشراف عليهم ، وعليه يتطلب من المشرع إيجاد الإطار القانوني المناسب لتحقيق هذا الهدف .

وهناك أمرا آخر نراه من الأهمية بمكان وهو الأطفال غير الشرعيين وهذه الظاهرة منتشرة بكثرة في مجتمعنا ، وبالتالي لا يجوز ترك من كان سببا - إذا كان معلوما - في هذه الأوضاع المزرية أن يتملص من المسؤولية وترك المجتمع يتخبط في هذه الأوضاع ، والأمر يخص الرجل والمرأة على حد سواء .

والملفت للانتباه أن الدولة ساهمت ولا زالت تساهم في استفحال هذه الظاهرة من خلال السماح للمرأة غير المتزوجة أن تضع مولودها في المصحات والمراكز الاستشفائية ، ثم تذهب لحل سبيلها وتترك المولد بلا نسب ولا نفقة ، ليتحول بعد ذلك إلى طفل مجهول النسب ، وهو أمر بالغ الخطورة علما بأن نسبه شرعا يثبت من أمه ، ولذلك لا ينبغي تضييع هذا الحق بالدرجة الأولى حتى ولو اقتضى الأمر أن تتكفل به الدولة من حيث الرعاية المادية والمعنوية .

وهنا على المشرع أن يدخل الأم إن كانت قادرة على الإنفاق عليه وكذلك الحال بالنسبة للرجل الذي تسبب أيضا في هذا الوضع عليه أن يتحمل مسؤولية الإنفاق عليه .

وأما الأساس الذي يقوم عليه واجب الإنفاق هنا فيؤسس على قواعد المسؤولية التقصيرية ، لأن ما قام به الشخصان يعد جريمة في المفهوم الشرعي ، والجريمة يسأل صاحبها ويطالب بالتعويض عن الأضرار التي تحدث للفرد والمجتمع معا وهو في هذه الصورة متحقق فعلا .

(1) سورة الإسراء ، الآية 23.

فالضرر الذي حل بالمجتمع أن الدولة هي التي يلقي على عاتقها التكفل من خلال المراكز المعدة لهذا الغرض بالرعاية المادية والمعنوية لهؤلاء.

وأما الضرر الذي حل بالصغير أنه وجد نفسه متروكا ومجهول النسب بسبب خطأ وقع بين رجل وامرأة أدت إلى هذه الوضعية ، بالتالي من حقه أن يطالبهم بتحمل مسئوليتهم عن هذا الوضعية بفرض نفقة واجبة قضاء ، بمعنى يقضي بها القاضي وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية بناء على المادة 124 من القانون المدني التي تنص على أنه (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض).

وفرض النفقة يكون بالتضامن بينهما وإن تعذر يقضي بها بشكل منفصل وتستمر إلى حين بلوغ الصغير سن الرشد المدني ، وتبقى هذه النفقة واجبة قضاء في اعتقادي حتى ولو تكفل بالصغير أناس آخرون من باب التبرع .

وهنا يفتح له حسابا بنكيا تودع فيه هذه المبالغ تحت مراقبة القضاء ، ولا يصرف منها الكافل إلا لضرورة وبترخيص قضائي لسد حاجيات الصغير.

غير أن بلوغ هذه الأهداف في ظل الأوضاع القانونية الراهنة تبدو بعيدة المنال، بالتالي فإننا نقترح على المشرع التفكير بصورة جدية في معالجة حقيقية لهذه الظاهرة الخطيرة التي تهز المجتمع وتصيبه في الصميم . وهذا لا يتأتى إلا بتعديل قانون الأسرة وقانون العقوبات والقوانين المنظمة للصحة وكذا القوانين التي تسير عليها مراكز الرعاية الخاصة .

الفصل الثاني الأحكام المتغيرة في الطلاق

الفصل الثاني

الأحكام المتغيرة في الطلاق

من المعلوم أن قانون الأسرة الجزائري نظم موضوع الطلاق في المواد من 47 إلى 57 . وسبقت الإشارة إلى أغلب هذه المواد ، كما نظم في المادة 48 ثلاث طرق لوقوع الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج ، والطلاق بالتراضي بين الطرفين ، والطلاق بطلب من الزوجة. بالإضافة إلى صور خاصة أخرى لإيقاع الطلاق بواسطة القاضي لأسباب محددة. كما أن موضوع الطلاق يرتب جملة من الآثار سنتعرض لها تباعا .

المبحث الأول

طرق الطلاق

نصت المادة 48 من قانون الأسرة على ما يلي: (الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون). ما يلاحظ على هذا النص أنه حدد ثلاث طرق للطلاق وهي :

المطلب الأول

الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج .

سبقت الإشارة إلى أن هناك إجماع بين الفقهاء على أن للزوج أن يطلق زوجته بإرادة المنفردة بناء على مبررات تستدعي الطلاق بطبيعة الحال، دون حاجة لأن يكون الطلاق بواسطة القاضي على عكس الزوجة التي لا بد لها أن تطلب التطلق من القاضي . كما أن الطلاق كما هو معلوم يقع بمجرد التلفظ به من الزوج ، إذ يتعين احتساب العدة من تاريخ التلفظ بالطلاق لأن آثار الطلاق كلها تسري من نفس التاريخ .

إلا أن قانون الأسرة نص في المادة 49 على أنه (لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر). وهو ما يفهم بأن الطلاق بإرادة المنفردة المذكور في المادة 48 لا وجود له من الناحية القانونية لأنه لا بد في كل طلاق سواء أكان من الزوج أو من الزوجة أو منهما معا أن يصدر فيه حكما قضائيا .

كما أن نص المادة 49 لم يشر فيه إلى طبيعة حكم القاضي هل هو حكم منشأ للطلاق- بالرغم من أن الزوج قد أوقعه قبل الحكم بإرادته المنفردة- أم هو حكم كاشف لطلاق الزوج ؟ . ونعتقد بأن حكم القاضي يكون منشأ للطلاق لأن النص أشار إلى ضرورة الصلح قبل الحكم وخلال ثلاثة أشهر قبل الحكم ، واستعمال الصلح يكون خلال سير دعوى الطلاق وخلال الخصام بين الزوجين كما دلت على ذلك النصوص الشرعية.

أما إن كان الزوج قد طلق بإرادته المنفردة فيصبح الصلح بلا فائدة ، إلا إذا كان الطلاق رجعيا فيستعمل الصلح قصد المراجعة بعد الطلاق وليس تجنباً لحدوث الطلاق.

ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون حكم القاضي كاشفاً للطلاق الذي أوقعه الزوج بإرادته المنفردة وليس منشأ له حتى ينسجم مع مقتضيات الشرعية ومع النصوص القانونية . بمعنى على القاضي عندما يؤكد الطلاق يضيفه إلى زمن حدوثه لأنه وقع من الزوج.

هذا إذا كان القانون الجزائري يعترف بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق بإرادة المنفردة .

أما إذا كان لا يعترف بالطلاق بالإرادة المنفردة فلا بد من توضيح هذه المسألة في النصوص القانونية حتى لا تكون متناقضة مع بعضها البعض. وتعديل نص المادتين 48 و49 يكون حسب الحالتين التاليتين :

إذا كان المشرع يبقي حق الطلاق بالإرادة المنفردة قائما فعليه تعديل نص المادة 49 وإبقاء المادة 48 كما هي ، وتعديل المادة 49 يقتضي إعادة صياغتها على النحو التالي :

" - لا يقع الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي خلال مدة ثلاثة أشهر - وإذا تبين للقاضي أن الزوج أوقع الطلاق يثبتته من تاريخ وقوعه.

- على كل زوج تلفظ بالطلاق بالإرادة المنفردة تسجيل طلاقه لدى المحكمة خلال أسبوع من تاريخ التلفظ.

- يعاقب كل من خالف أحكام الفقرة 3 من هذه المادة بالحبس لمدة أقصاها شهرا واحدا وبغرامة تصل إلى 5000 د.ج ، أو بإحدى هاتين العقوبتين "

والسبب الذي جعلنا نقترح هذه الصيغة هو أنه مادام المشرع قد اعترف وكرس حق الزوج في أن يوقع الطلاق بالإرادة المنفردة ، فلا بد أن تكون صيغة النص تؤدي إلى المعنى المقصود، وطلاق الزوج بالإرادة المنفردة يتحدد بصورتين .

الصورة الأولى ألا يتلفظ بالطلاق وإنما يتجه- في حالة الرغبة في الطلاق- إلى المحكمة لرفع دعوى الطلاق ، وهنا لا توجد أية صعوبة فنطبق على هذه الحالة أحكام الفقرة الأولى بصيغتها الجديدة باستعمال الصلح خلال المدة المقررة، فإذا لم يفلح القاضي في الصلح بينهما قضى بالطلاق بناء على رغبة الزوج ، وهنا يكون حكم القاضي منشئا لواقعة الطلاق ويبيّن نتائج الطلاق على هذا الحكم .

الصورة الثانية أن يتلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة لاستصدار حكم بالطلاق ، وهنا سيختلف الوضع عن الحالة الأولى لأن الطلاق قد وقع شرعا من الزوج ولم يبق سوى إثباته من خلال حكم من الناحية القانونية والقضائية ، وهنا يتوجب على القاضي أن يسأل رافع الدعوى عن تاريخ التلفظ بالطلاق لكي يبيّن حكمه عليه .

وحتى لا تطول المدة اقترحنا أن يلزم الزوج تحت طائلة العقوبة - حتى لا يتقاعس عن الإبلاغ بمسألة شرعية تتعلق بالحياة الزوجية - بالقيام بتسجيل طلاقه الذي أوقعه بإرادته المنفردة لكي يتم التأكد من تاريخ الطلاق بدقة ، لأن هذا التاريخ هو المعتمد في حساب العدة شرعا .

أما إذا كان المشرع لا يعطي للزوج الحق في الطلاق بالإرادة المنفردة ، فلا بد من إعادة صياغة نص المادة 48 بحذف عبارة " ويتم بإرادة الزوج " لأنه لا وجود لهذه الإرادة من الناحية

العملية ، لأن إيقاع الطلاق يكون بحكم من القضاء كما هو واضح من خلال نص المادة 49 ، حيث لا يثبت الطلاق إلا بحكم .

وأما نص المادة 50 من قانون الأسرة ، فإنه بدوره معيب في الصياغة ، حتى أنه يتناقض في حالات معينة مع المقتضيات الشرعية .

جاء في المادة 50 ما نصه " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد " .

ما يلاحظ على هذا النص أنه استعمل لفظ المراجعة في غير محلها لأن لفظ المراجعة لا يكون إلا في حالة صدور الطلاق . وهذا يعني أن المشرع اعترف مرة أخرى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج خارج المحكمة بعد أن ألغاهما في المادة 49 سالفه الذكر . كذلك استعماله لفظ الصلح ، إذ الصلح كما هو معلوم يتقرر في حالة الخصام بين الزوجين لقوله تعالى " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما " ، وهو ما يتطلب بأن يكون الصلح بعد رفع دعوى الطلاق في حالة إذا لم يكن الزوج قد طلق .

أما إذا تبين بأن الزوج طلق بإرادته المنفردة قبل رفع دعوى الطلاق أمام المحكمة ، فهنا يصبح الصلح بلا معنى ما عدا إذا كان الطلاق رجعيا والعدة لم تنته عند نظر القاضي الدعوى ، فهنا بإمكان القاضي إجراء الصلح لإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الطلاق ، على أن تحتسب طلبة شرعا وقانونا، وهنا لا يتطلب الأمر عقدا جديدا .

أما إذا رفع الزوج دعوى الطلاق بعد انتهاء العدة ، أو أن العدة انتهت خلال مدة الصلح المقرر وهو ثلاثة أشهر ، فهنا لا بد له من عقد جديد في حالة المراجعة . إلا أن النص قضى بأن المراجعة خلال مدة الصلح لا تتطلب عقدا جديدا وهو أمر لا يمكن قبوله شرعا وقانونا .

كذلك فإن النص في الجزء الثاني منه يقضي بأن المراجعة إذا كانت بعد الحكم بالطلاق ، فيتطلب عقدا جديدا ، وهو ما يعني بأن الطلاق الذي أوقعه الزوج قبل ذلك وعلى أساسه تمت المراجعة لا قيمة له من الناحية القانونية .

كذلك لا يعتد القانون بحساب العدة المترتبة عن طلاق الزوج ، بحيث صار طلاق القاضي بائنا ، في حين قد تكون العدة عند صدور الحكم لا زالت سارية ، كما إذا كانت الزوجة المطلقة حامل لم تضع حملها بعد . والحكم الشرعي يقتضي بقاء الرابطة الزوجية إلى حين انتهاء العدة .

أما الحكم القضائي فقد حول الطلاق الرجعي إلى بائن حيث أوجب إبرام عقد جديد في حالة المراجعة حتى ولو كانت العدة سارية ، في حين أنه من الناحية الشرعية لا يتطلب الأمر إبرام عقد لأنها لا زالت زوجته شرعا .

ولذلك فلا بد من تعديل النص بصورة تحقق الانسجام بين الجانب الشرعي والجانب القانوني

معا ، والصياغة التي نقتربها للنص المذكور هي كما يلي:

" من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد بشرط عدم انتهاء العدة ، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد بشرط انتهاء العدة " . وبهذه الصورة حسب اعتقادنا ينسجم النص شرعا وقانونا ، هذا إذا كان المشرع يعترف حقيقة بطلاق الزوج خارج دائرة المحاكم ، وهو أمر مجمع عليه بين الفقهاء .

أما إذا كان المشرع لا يعترف قانونا إلا بالطلاق الذي يصدره القاضي فلا بد كما قلنا سابقا من إعادة النظر في العديد من النصوص القانونية ، أي المواد 48 و 49 ، بحيث لا يعتد إلا بطلاق القاضي ، وهنا يتوجب الحظر على كل زوج أن يوقع الطلاق خارج المحاكم ، وفي هذه الحالة نقترب صياغة بديلة تكون على النحو التالي :

المادة 48 " الطلاق حل عقد الزواج ، ويتم بناء على رغبة الزوج أو باتفاق الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " .

المادة 49 " لا يقع الطلاق إلا بحكم القاضي ، بعد محاولة الصلح دون أن تتجاوز المدة ثلاثة أشهر ، كل من أوقع الطلاق خارج دائرة المحكمة يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة تصل إلى 5000 د. ج أو بإحدى هاتين العقوبتين " .

ويجب ألا يفهم هنا بأننا نعاقب الزوج على استعمال حقه في الطلاق المقرر شرعا ، وإنما قصدنا من وراء ذلك ألا يوقعه الزوج خارج المحكمة ، إذ باستطاعته أن يوقعه أمام القاضي أو أن يقضي به القاضي بناء على رغبة الزوج أو الزوجة أو بالتراضي بينهما .

والعقوبة بهذا الشكل تقرر لعدم احترام الإجراءات التي نص عليها القانون في هذا المجال فقط وليس لأنه طلق ، كما أن الطلاق الذي يحدث بالرغم من ذلك خارج المحكمة لا بد من الاعتراف به بواسطة حكم قضائي يؤكد حدوثه من وقت التلفظ به كما قلنا سابقا، بشرط أن يلزم الزوج بتسجيله خلال مدة اقترحنا أن تكون قصيرة وهي خلال أسبوع ٥ ونعتقد أنه وقت كاف للزوج حتى يحدد بدقة تاريخ الطلاق ، لأنه معتمد من الناحية الشرعية في حساب العدة لقوله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة " (1) .

فلا بد من حساب العدة بدقة لأنها تفيد إما في إثبات الحقوق ، أو إسقاطها بحسب الأحوال . فمثلا لو أن أحد الزوجين توفي خلال العدة يثبت التوارث بينهما ما لم يكن طلاقا بائنا

(1) سورة الطلاق، الآية 01.

بينونة كبرى، أي الطلاق للمرة الثالثة ، كذلك في حالة سريان العدة يثبت حق الزوجة في نفقة العدة .

ودائماً في إطار الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج نجد نص المادة 51 ق .أ الذي يقضي بأنه "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها بعد البناء " .

هذا الحكم مستمد كما هو معلوم من النص الشرعي لقوله تعالى "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله" (1). ولكن لا بد من توضيح النص بشكل يرفع اللبس لأن الفقهاء اختلفوا في مدلول النص هل يتطلب الأمر ثلاث مرات بصورة منفصلة عن بعضها أم يكفي اللفظ المتكرر ثلاث مرات لترتيب الحكم السابق ؟ .

والأئمة الأربعة متفقون على أن اللفظ المتكرر بالعدد ثلاث مرات يقع طلاقاً بائناً بينونة كبرى، بينما نجد الإمام ابن تيمية خالف في المسألة واعتبر اللفظ المقترن بالعدد ثلاث مرات لا يقع إلا طلاقاً واحداً .

ومن هذا المنطلق لا بد على المشرع من تحديد المقصود من لفظ (ثلاث مرات متتالية) لرفع اللبس من جهة ولترتيب الأمور الشرعية والقانونية من ناحية أخرى .

ونعتقد بأن القانون لا يعتد إلا بحالات الطلاق المنفصلة عن بعضها والسبب في ذلك هو أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم كما سبق وأن رأينا، وهو ما يعني صدور ثلاثة أحكام قضائية ليصير معها الطلاق بائناً بينونة كبرى .

أما من الناحية الشرعية فقد لا تنسجم الأمور وهذا في حالة ما إذا تبين بأن الزوج قد طلق مرتين بالإرادة المنفردة وراجع زوجته خلالهما دون أن يلجأ إلى القضاء ، وفي المرة الثالثة عندما طلقها يعتبر الطلاق هنا شرعاً بائناً بينونة كبرى لأنه صدر من الزوج للمرة الثالثة، وهنا لا بد له من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق، وهنا حتماً سيتعامل معه القانون والقاضي على أنه طلاق للمرة الأولى، لأنه لا توجد أحكام لحالات الطلاق السابقة التي وقعت بالإرادة المنفردة وبالتالي سوف يطبق القاضي أحكام المادة 50 السابقة باستعمال المراجعة في حالة نجاح الصلح، أو المراجعة بعقد جديد بعد الحكم بالطلاق .

(1) سورة البقرة ، الآية 230.

في حين أن الشرع يقتضي أن يعتبر هذا الطلاق بائنا بينونة كبرى ، فلا تجوز المراجعة هنا وإنما يتطلب الأمر زواج المرأة برجل آخر زواجا شرعيا صحيحا ، فإذا طلقها أو مات عنها بعد الدخول الحقيقي جاز لزوجها الأول أن يتزوجها من جديد .

وإذا كان القاضي غير متخصص في الموضوع فقد لا يتفطن لمثل هذه الأمور، بالتالي كان على المشرع توضيح الأمر بصورة دقيقة . ولن يتحقق هذا إلا بإلزام الزوجين تسجيل حالات الطلاق التي تحدث بالإرادة المنفردة خارج المحكمة وتواريخ المراجعة لأنها شرعا تنقص من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج ، أو أننا نمنع الزوج من إيقاع الطلاق خارج المحكمة ، وهي مسألة صعبة .

ولذلك، فلا بد للمشرع من إضافة فقرات أخرى للمادة 51 ، وهذه الفقرات هي :

فقرة 2 " ولفظ الثلاث لا يقع إلا طلاقة واحدة "

فقرة 3 " الطلاقات السابقة للزوج بالإرادة المنفردة تعتمد شرعا وقانونا بواسطة حكم قضائي "

فقرة 4 " إذا تبين للقاضي أن الزواج الثاني للمرأة قصد منه التحليل للزوج الأول بطل هذا النكاح، ويعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة تصل إلى 5000 د. ج كل من ثبت تواطؤه في هذا الزواج " .

والحقيقة أننا اقترحنا الفقرة الرابعة أيضا لمنع كل تحايل على أحكام الشرع والقانون . لأن الفقهاء قد تحدثوا أيضا عن هذا الموضوع وقرروا إبطال الزواج في هذه الحالة حتى أنه سمي عندهم (بزواج المحلل) لثبوت النهي عنه في السنة النبوية وهذا الأمر يتطلب الإثبات طبعا بكافة الطرق .

وهذا الحكم يمكن استخلاصه ضمنا من نص المادة 51 سالفه الذكر والتي اشترطت الدخول الحقيقي في الزواج الثاني في إشارة ضمنية للموضوع من جهة . كذلك قد يتبين بأن الزواج مؤقت ولم يقصد منه الزواج العادي بالتالي يكون باطلا أيضا .

ومهما يكن من أمر فإننا حاولنا اقتراح كل ما من شأنه أن يثير الغموض واللبس في الموضوع بطريقة موضوعية تستوعب أغلب الحالات الممكنة .

وأما نص المادة 52 والذي كثر الكلام حوله في اغلب النقاشات المتعلقة بقانون الأسرة فإننا نحاول ضبط النص بطريقة موضوعية ، وتنص المادة 52 على ما يلي :

(- إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

- وإذا كانت حاضنة ولم يكن لها ولي يقبل إيوائها يضمن حقها في السكن مع محضونها

-ويستثنى من القرار بالسكن ، مسكن الزوجية إذا كان وحيدا .

-تفقد المطلقة حقها في السكن في حالة زواجها أو ثبوت انحرافها .

هذا النص في فقرته الأولى قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزوج قد تعسف في الطلاق بأن لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب الطلاق ، أو تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها ، فهنا لابد من حفظ حقوق المرأة بالكامل كالصداق والمتاع والأموال الخاصة بها ، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي .

وتبقى مسألة أخرى ينبغي التنبيه إليها ، وهي أن المرأة قد تجد نفسها مرمية في الشارع بسبب تعسف الزوج في الطلاق خصوصا إذا لم يكن لها من الأهل من يقبل عودتها ولم يكن لها مدخول مالي لكونها لا تعمل ، وهي أكبر مشكلة تعانيها بعض الأسر العائلية .

فمن الوجهة الشرعية لا نستطيع إلزام الزوج بعد الطلاق بالإلتحاق عليها إلا في خلال العدة .

كما أن بقائها في بيت الزوجية لا يكون إلا في خلال العدة أيضا .

وأما مسألة التعويضات التي يمكن أن يحكم بها القاضي في حال الطلاق التعسفي ، فلا

ندري إلى أي حد يمكن أن تصل فقد لا تغطي شيئا بالنسبة لوضعها الاجتماعي .

وهنا لابد من تحديد مدة معينة كافية للزوجة لتحمل الزوج مسؤوليته التقصيرية اتجاهها

بسبب تعسفه في الطلاق ويقضى لها بتعويض يغطي نفقة سنتين على الأقل ، ولو تدفع بالتقسيط

حسب حال الزوج

كما أن هذه المدة تمنح فرصة للزوجة للخروج من وضعيتها ، وليس هذا بدعة من

المشرع إذا عدل النص بهذا الشكل ، فقد نص المشرع السوري على حكم شبيه بما اقترحنه (1)

أما الفقرة الثانية فتحدثت عن المطلقة الحاضنة التي تسند لها الحضانة فأوجب على الزوج

توفير المسكن لممارسة الحضانة في حالة إذا لم يكن لها ولي يقبل إيوائها وذلك حسب استطاعته ،

وهو أمر لابد من توضيحه وسنكون مجبرين على التمييز بين حالتين .

الحالة الأولى عندما يكون الطلاق تعسفيا من الزوج يستطيع القاضي هنا إلزام الزوج بتوفير

المسكن ولو قبل الولي إيوائها حتى لا يستفيد الزوج من هذا الوضع لأنه متعسف في استعمال حق

الطلاق ، وهو بهذا يكون قد أضر بالزوجة والأولاد معا .

(1) أنظر : المادة 117 من القانون السوري حيث نصت على أنه (إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول ، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة ، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة ، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة ، أو شهريا بحسب مقتضى الحال). وهذا الحكم بحسب تعديل للقانون رقم 34 بتاريخ 31-12-1975 .

الحالة الثانية عندما يكون الزوج غير متعسف في الطلاق ، أي أن الطلاق بني على مبررات معقولة فهنا في حالة إسناد الحضانة للزوجة المطلقة لا يلزم القاضي الزوج بتوفير المسكن إذا قبل ولي الزوجة إيوائها .

أما إذا لم يقبل إيواءها، أو ليس لها ولي أصلا فهنا يلزم القاضي الزوج بالسعي لتوفير المسكن لممارسة الحضانة ، وله حسب رأينا الحكم لها بالبقاء في بيت الزوجية لفترة مؤقتة إلى حين توفير الزوج المسكن لممارسة الحضانة ، والسبب الذي أدى بنا إلى هذا الاقتراح هو حماية الزوجة المطلقة التي لا يقبل أوليائها العودة إليهم مع الأطفال المحضونين ، أو التي لا ولي لها ، أو أن الظروف السكنية والمعيشية للأولياء لا تسمح باستقبالهم ، وهنا قد تجد الزوجة المطلقة نفسها مرمية في الشارع مع أطفالها وهو أمر غير مقبول لا من الناحية الشرعية ولا من الناحية القانونية .

أما إذا كان الزوج يملك أكثر من سكن أو كانت لديه القدرة على توفير المسكن فهنا المسألة تكون سهلة المنال بالنسبة للقاضي .

غير أن الفقرة الثالثة من النص السابق استثنت من القرار بالسكن بيت الزوجية إذا كان وحيداً وهي مسألة محل نظر في اعتقادنا . إذ أن هذه الصورة تطبق في حالة ما إذا رجعت الزوجة مع المحضونين لبيت أوليائها وقبلوا إيوائها ، أو أن الزوج وفر لها مسكناً آخر ولو عن طريق الإيجار .

أما في حالة عدم قبول أولياء الزوجة عودتها إليهم مع الأطفال المحضونين ، أو أن الزوج عجز وقت صدور الحكم ووقت ممارسة الحضانة عن توفير المسكن ، فهنا أيضاً لا يمكن رمي الزوجة المطلقة مع محضونيتها للشارع . وبالتالي لا بد من حمايتها ولو لفترة مؤقتة إلى حين توفير الزوج لمسكن ممارسة الحضانة . ولذلك اقترحنا بقاء الوضع على ما هو عليه بصورة مؤقتة ، وإن كان يعد هذا من الصعوبة . يمكن لما عساه أن يحدث بين الزوجين من خصام ، ولكن مع ذلك فهو وضع أفضل من الرمي بالزوجة والأولاد في الشارع . وحتى يُدفع الزوج لتوفير المسكن في أسرع وقت ممكن لكي لا يتقاعس عن هذا الواجب .

وقد يرى البعض عدم إسناد الحضانة للزوجة المطلقة في هذه الحالة لأن من شأن إسنادها والحالة هذه أن يضر بمصلحة المحضون ، والأفضل البحث له عن مكان آمن ، وهو أمر قد يصطدم بالنصوص القانونية التي تعطي الأولوية للأم في الحضانة قبل غيرها .

أما في حالة كونها أي المطلقة غير حاضنة بأن لم تسند إليها الحضانة لسبب موضوعي قدره القاضي أو ليس لديها أطفال في سن الحضانة ، فهنا يكون الزوج غير مسؤول عن توفير المسكن لها سوى حقها في البقاء فيه خلال فترة العدة بعد الطلاق ، وبعد انتهاء العدة لاحقاً لها فيه ، وعند خروجها من المسكن قد لا تجد مكاناً تلجأ إليه ، وخصوصاً إذا لم يكن لها أولياء يقبلونها بسبب

وفاهم مثلا ، وقد يطرح أيضا موضوع النفقة بالنسبة لها إذا لم يكن لها دخل مالي .
ولا توجد نصوص قانونية تعالج الموضوع وبالتالي لا بد من إيجاد حل لمثل هذه الحالات ، لأنه
في الحقيقة من الناحية الشرعية لا يمكن إلزام الزوج في هذه الحالة لانفصال الرابطة الزوجية بينهما
بعد انتهاء العدة ، إنما على الدولة في مثل هذه الحالة أن تتكفل بها من حيث المسكن والنفقة من
خلال وزارة الحماية الاجتماعية ، لأن واجب الرعاية في حالة العجز يقع على عاتق الدولة ، حماية
لمواطنيها من الضياع .

المطلب الثاني

الطلاق بالإرادة المشتركة للزوجين

نص قانون الأسرة في المادة 48 سالفه الذكر على أحقية الطرفين في فك الرابطة الزوجية
بالاتفاق بينهما وذلك مصداقا لقوله تعالى " فإن أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ
عَلَيْهِمَا " (1).

والاتفاق على الطلاق يعني أن الزوجين وصلا إلى طريق مسدود نتيجة الخلاف بينهما .
إلا أن النص لم يبين الطريقة التي يقع بها الطلاق في هذه الحالة ، ونعتقد أنه لا بد من اللجوء
إلى القضاء لطلب الطلاق ما دام الاتفاق حاصل بينهما ، والقاضي عندما ينظر في الدعوى لا بد له
من إجراء الصلح بينهما أملا في إصلاح الخلاف ، فإذا لم يفلح في التوفيق بينهما قضى بالطلاق
بناء على رغبتهما معا .

إلا أن الإشكال المطروح هو ما إذا كانا متفقين على الطلاق ، وبناء عليه قام الزوج
بتطليقها أي تلفظ بالطلاق قبل اللجوء إلى المحكمة فإن هذا الطلاق من الناحية الشرعية صحيح
ومتج لجميع آثاره ، غير أن القانون قد لا يعتد به لأن نص المادة 49 يقضي بأنه لا يثبت الطلاق
إلا بحكم ، وهو ما يفهم بأن طلاق الزوج رغم أن القانون قد اعترف به إلا أنه لا عبرة به في هذه
الصورة وهو ما يؤدي إلى التناقض بين المقتضيات الشرعية والقانونية ، ولذلك فإذا تبين للقاضي أن
الطلاق بينهما قد حصل بناء على رغبتهما فلا بد من مراعاته عند الحكم ، وهنا بطبيعة الحال
يجب أن يكون الحكم مقررًا وكاشفا لواقعة الطلاق (لأنه قد حصل من قبل) وليس منشأ لها .

أما إذا كان القانون لا يعترف بهذا الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة ، فكما أسلفنا
لا بد من إلغاء الطلاق بالإرادة المنفردة المقرر بالمادة 48 سالفه الذكر ، وتصبح جميع حالات الطلاق
بيد القاضي سواء بناء على رغبة الزوج أو بناء على رغبة الزوجين معا أو بطلب من الزوجة .

(1) سورة البقرة ، الآية 233.

المطلب الثالث

التطليق بطلب من الزوجة

نص قانون الأسرة الجزائري على حق المرأة في طلب الطلاق في المادة 53 وعلى حقها في الخلع في المادة 54.

المادة 53: عددت المادة جملة من الأسباب تستطيع الزوجة بواسطتها أن تطلب التطليق من القاضي، وهي أسباب مادية في الغالب تتطلب الإثبات لكي يحكم القاضي لها بالطلاق، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج .

وقد سبقت الإشارة إلى أن النفقة واجبة على الزوج بمجرد العقد عليها ويتأكد هذا الواجب بالدخول أو بانتقال الزوجة إلى بيت الزوجية ويستمر هذا الواجب مادامت الحياة الزوجية قائمة، وما لم تكن الزوجة ناشزا. ولا يجوز للزوج أن يمتنع عن الإنفاق على زوجته إلا لعذر مقبول .

إلا أن النص تطلب في حالة الامتناع عن النفقة صدور الحكم بوجوب النفقة، وفي اعتقادي أنه لا ضرورة لهذا الحكم لأن النفقة واجبة في الأصل وبحكم الشرع والقانون من خلال المادة 37 سالفه الذكر، فكان من المفروض أنه عندما تثبت الزوجة قيام الزوجية وكذا امتناع الزوج عن النفقة يقوم القاضي مباشرة بتوجيه إعدار للزوج ينذر فيه بأن ينفق على زوجته فوراً، أو يحدد له أجلاً إن كان معسراً وإلا تعرض للمتابعة بإجباره على الإنفاق، وبإمكان الزوجة أن تطلب التطليق بعد ذلك إذا لم ينفق .

بالإضافة إلى أن النص ذهب إلى منع الزوجة من طلب الطلاق للإعسار إذا تزوجت به وهو معسر، وهي مسألة تحتاج إلى توضيح وضبط نظراً لتعدد الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية، فإذا كان الفقهاء قد أشاروا في كتبهم إلى عدم التطليق للإعسار إذا رضيت به وهو معسر، إذ لا يعقل أن تطلب التطليق لأنها كانت تعلم سلفاً بإعساره حتى لا يضر الزوج. إلا أن هذا الحكم يجب ألا يؤخذ على إطلاقه، فإذا تبين للزوجة تقاعس الزوج عن طلب الكسب دون مبرر جاز لها أن تطلب التطليق .

كما أن المعطيات الاجتماعية والاقتصادية صارت كما قلت تفرض نفسها على العائلة الجزائرية بسبب أزمة البطالة في سوق الشغل . فقد تقبل الزوجة بالزواج من رجل لمكائنه العلمية دون النظر إلى الاعتبارات المادية، كأن يكون خريج جامعة يحمل شهادة عليا ولكنه

بصدد البحث عن وظيفة ، وبعد الزواج طالت المدة ولم يجد وظيفة فهو بهذه الصورة في حكم المعسر، وبالتالي إذا تمسكنا بالنص فلن نستطيع الزوجة المطالبة بالتطليق لأنها تزوجته وهو معسر. بالتالي فإن القاضي سوف لن يجيبها إلى طلبها .

غير أنه وكما يبدو فإن الزوجة قد نظرت للاعتبار العلمي أولاً أما مسألة الوظيفة فكانت تظن أنها مسألة مؤقتة سيجد خلالها الزوج وظيفة ، لكن طال انتظارها ولم يتحقق لها المراد ، بل وقد يستغل الزوج هذا الموقف ويتقاعس عن البحث عن وظيفة ، وبالتالي فإن الزوجة سوف تتضرر كثيراً من الناحية المادية .

ولذلك ففي اعتقادي لا بد من تفسير النص بصورة مرنة وتعديله بكيفية تتماشى مع الظروف بحيث نستبقي المبدأ الأساسي وهو عدم قبول التطليق للإعسار إذا رضيت به معسراً ، ثم نضيف إليه الاستثناء وهو جواز طلب التطليق إذا تبين للقاضي تقاعس الزوج عن السعي للكسب ، أو أن الزوج لم يتمكن من الحصول على وظيفة الشغل بسبب أزمة البطالة ، إذ من غير المعقول أن نترك الزوجة بدون نفقة لمجرد أن النص لا يسمح بطلب الطلاق ، والمسألة في النهاية يقدرها القاضي بحسب الوقائع المعروضة أمامه .

واقترح التعديل لهذه الفقرة الأولى من المادة 53 يكون على النحو التالي:

-عدم الإنفاق بعد إعدار الزوج رسمياً بوجوب دفع النفقة ، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج .

-ويجوز للزوجة أن تطلب التطليق عند تقاعس الزوج عن الكسب بلا مبرر ، كما يجوز للقاضي الحكم لها بالطلاق ، بسبب العجز عن النفقة بعد مدة يحددها القاضي .

2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج :

أقر الفقهاء وكذلك القانون لكلا الزوجين معاً الحق في طلب الطلاق إذا تبين وجود عيوب

في أحد الزوجين من شأنها أن تؤثر على الحياة الزوجية ، وهذه العيوب تقسم إلى قسمين (1):

أ-عيوب جنسية تمنع من الدخول ، وسواء تحققت في الرجل أو المرأة فمن حق كل طرف أن يلجأ

إلى طلب الطلاق بسبب تلك العيوب لأنها تعد من الأسباب الجوهرية للفرقة ، والقاضي عادة لا

يقضي بالطلاق إلا إذا تأكد من وجود العيب ومدى تأثيره على الحياة الزوجية . كما قد يستعين

بالخبرة العلمية في هذا المجال.

(1) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 355.

ب- عيوب لا تمتنع من الدخول ولكنها تؤثر على الحياة الزوجية كالأضرار المزمنة أو المعدية أو المنفرة، كالجدام، والبرص، والجنون، والصرع، والسل، ويضاف إليه في الوقت الحاضر مرض الإيدز أو فقدان المناعة المكتسبة. وهذه الأمراض بلا شك تؤثر بشكل أو بآخر على الحياة الزوجية، فإذا كانت هذه العيوب في الزوج فمن حق الزوجة طلب الطلاق، وما على القاضي سوى التأكد مما تدعيه الزوجة، فإن وجد ما تدعيه صحيحاً قضى بالطلاق بينهما .

وحسنا فعل المشرع الجزائري لأنه لم يحدد هذه العيوب على سبيل الحصر، وإنما توسع فيها مشروطاً فقط تأثيرها على حياة الزوجين، وتقدير القاضي فيما بعد .

فقد يرى القاضي استعمال العلاج إذا تبين له أن العيب يمكن الشفاء منه بتقرير خبرة، بالتالي يأمر بإجراء العلاج ولا يقضي بالطلاق إلا إذا لم يغير العلاج في الأمر شيئاً .

وما يمكن ملاحظته في هذا المجال أن الفقرة الثانية من المادة 53 تكلمت عن العيوب التي توجد في الرجل، والتي على أساسها تطلب المرأة الطلاق، في حين نرى أن هذه العيوب تعد من المسائل المشتركة بين الزوجين والتي تبيح الطلاق بينهما.

كما أن القانون لم ينص على علم أحد الزوجين بهذه العيوب قبل الزواج أو رضاه به بعد الزواج، لأن الكثير من الفقهاء لا يعطون الحق في طلب الطلاق في هذه الحالة (1).

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

في البداية ينبغي التفريق بين نوعين من الهجر منصوص عليهما في القرآن الكريم

-الأول: جاء بغرض التأديب لقوله تعالى "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً" (2)، وهذا النوع من الهجر غير محدد المدة .

-الثاني: جاء بغرض الإيلاء، وهو الهجر المصحوب بالقسم، بمعنى أن يقسم الرجل على هجر زوجته في الفراش مدة من الزمن قد تطول أو تقصر، والمشار إليه في قوله تعالى "للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر، فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم، وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم" (3) .

(1) نفس المرجع، ص 385.

(2) سورة النساء، الآية 34.

(3) سورة البقرة، الآية 226.

ونعتقد أن الفقرة الثالثة من المادة 53 تقصد الإيلاء، أي الحجر المصحوب بالقسم (وهو أن يقسم الزوج على عدم قربان الزوجة مدة محددة أو غير محددة)، والذي إذا طالت مدته قد يؤدي إلى الإضرار بالزوجة. ولذلك حدد النص القرآني وكذا النص القانوني مدة أربعة أشهر تنتظرها الزوجة قبل اللجوء لطلب الطلاق، ولا يقضي القاضي بالطلاق إلا بعد فوات المدة الشرعية والقانونية.

وعليه ينبغي توضيح نص الفقرة بأن المراد من الحجر هو الإيلاء أي الحجر المصحوب بالقسم حتى لا يختلط بالحجر بغرض التأديب لأنه غير محدد المدة.

والتعديل المقترح في الفقرة يكون على النحو التالي: (- الحجر للإيلاء فوق أربعة أشهر).

4- الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

أقر فقهاء الشريعة الإسلامية بأن للزوجة أن تطلب التطليق لغياب زوجها من جراء حبسه أو سجنه، لأن الحبس والسجن قد يضران بالزوجة ماديا ومعنويا وخصوصا إذا طالت مدته، حتى وإن ترك لها مالا تنفق منه (1).

أما الفقرة الرابعة من المادة 53، فيبدو أنها لم تعتبر الغياب للحبس أو للسجن كسبب للتفريق وإنما اتجهت إلى اعتبار الأسباب التي لأجلها حبس أو سجن الزوج، فإن كانت العقوبة المقيدة لحرية الزوج تتجاوز السنة، وليس هذا فحسب بل ينبغي أن يكون الفعل الذي ارتكبه الزوج يوصف بالشائن ويؤثر على سمعة الأسرة وتستحيل مواصلة الحياة الزوجية معه، وبناء عليه يحق أهل المطالبة بالتطليق.

كما أن الفقرة لم تتحدث عن الحبس أو الغياب لأكثر من سنة في حالة تعرض الزوج لعقوبة سالبة للحرية، والفعل المرتكب لم يمس بشرف الأسرة، فهل من حق الزوجة أن تطلب التطليق أم لا يحق لها؟

إذا تمسكنا بالنص من حيث الصياغة تكون الإجابة بالنفي لعدم توفر الشرط المطلوب وهو المسلس بشرف الأسرة، أما إذا تمعنا في مضمون النص تكون الإجابة هي إعطاء الزوجة الحق في طلب الطلاق، لأن الفقهاء عندما أجازوا للمرأة طلب الطلاق جراء الحبس فلأن المرأة تتضرر من الغياب بغض النظر عن السبب الذي لأجله سجن الزوج.

(1) أنظر: د/ مصطفى السباعي، المرجع السابق، ج2، ص 23.

كما أن العبرة في النص أيضا هي كون الفعل المرتكب يمس بشرف الأسرة ويؤدي إلى استحالة العشرة بين الزوجين .

وفي الأخير فإن الفقرة صيغت من المشرع بأسلوب غير سليم باستعماله لفظ (العقوبة الشائنة) ، فلا يوجد في القاموس القانوني ما يسمى بالعقوبة الشائنة لأنها تقررت جزاء لفعل ارتكبه الزوج، وهي عقوبة نص عليها القانون ، وإنما الذي يوصف بالشائن هو الفعل المرتكب من الزوج والذي على أساسه تقررت العقوبة .

وبناء عليه نقترح تعديل الفقرة الرابعة من المادة 53 على النحو التالي :

(الحكم بعقوبة سالبة للحرية لمدة أكثر من سنة ، كما يجوز لها أن تطلب التطبيق لأية عقوبة سالبة للحرية تمس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية) .

5- الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة :

إذا غاب الزوج مدة طويلة تفوق السنة عن زوجته ، أجاز لها الفقهاء طلب الطلاق سواء

كان الزوج مجهول أو معلوم المكان لأنها تتضرر معنويا من غياب زوجها.

ولكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق لا بد من مرور سنة كاملة على الغياب ، وأن يكون هذا الغياب غير مبرر مصحوب بعدم الإنفاق . ولا نرى ضرورة للنص على عدم الإنفاق لأنه نص عليه في الفقرة الأولى سالف الذكر ، وحتى الغياب المبرر إذا تجاوز السنة يمكن أن يضر بالزوجة معنويا .

ولهذا أجاز بعض الفقهاء للزوجة طلب الطلاق ولكن بعد أن يرسل إليه القاضي للعودة إلى

زوجته أو يصحبها معه حتى لا تتضرر (1) .

والغياب غير المبرر للزوج يعني أنه قد تعمد الإضرار بها ، وهذا السبب كاف وحده لطلب

الطلاق بغض النظر عن الإنفاق (2) . فكان على المشرع أن يكتفي بالغياب بدون عذر ، ولعله قصد الإضرار المزدوج في صورته المادية والمعنوية .

فإذا رفعت الزوجة دعوى الطلاق بسبب الغياب عليها إثبات حالة الغياب لمدة تفوق السنة ، وانتفاء عذر الغياب أو الاستمرار فيه ، وتمنينا لو أن المشرع فصل في الموضوع بشكل يرفع اللبس . فقد يكون منطلق غياب الزوج مبررا كالبحث عن وظيفة في الخارج ، ويتعمد بعد ذلك عدم العودة إلى زوجته .

(1) أنظر : د/ مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 237 .

(2) أنظر : المادة الخامسة من قانون المصري 1920 حيث نصت على هذا المعنى المذكور . حيث أجازت للقاضي أن يطلق عليه زوجته إذا أرسل إليه بالعودة خلال أجل محدد ولم يمتثل .

ولهذا نقترح صياغة جديدة للفقرة بطريقة أشمل وهي:

(الغيبه بعد مضي سنة بدون عذر بعد إعداره بالعودة بشكل رسمي).

6- كل ضرر معتبر شرعا ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 37 و 38 أعلاه.

الملاحظ أن النص القانوني قد أرسى قاعدة أساسية لطلب التطبيق وهي قاعدة الضرر فكلما تحقق الضرر أمكن طلب التطبيق والمسألة موضوعية يقدرها القاضي ، لأن الأضرار تتعدد ولا يمكن حصرها زيادة على أن الموضوع يتطلب الإثبات ، وهي مسائل موضوعية يقدرها القاضي عند اللزوم.

7- ارتكاب فاحشة مبينة :

لم تحدد هذه الفقرة المقصود بالفاحشة ، ونعتقد أنها تنصرف إلى الخيانة الزوجية ، أو الجرائم الأخلاقية ، ولم يتحدث النص عن النتائج المترتبة عن هذا الفعل وهل يتطلب الأمر صدور حكم بالإدانة أم يكفي اكتشاف المرأة ارتكاب الزوج للفاحشة؟ ، خصوصا أنه من الناحية القضائية فإن الزوجة مطالبة بالإثبات .

ولذلك لا بد من توضيح النص لهذا الموضوع باقتراح صياغة جديدة وهي (ثبوت ارتكاب فاحشة مبينة) ، لأن المسألة تتطلب الإثبات من الزوجة سواء صدر حكم ضد الزوج أم لم يصدر. والحقيقة أن هذا الحق في طلب الطلاق لا تنفرد الزوجة به ، بل للزوج أيضا الحق في طلب الطلاق لارتكاب الزوجة الفاحشة أو الخيانة الزوجية ، وإن كان له بالطبع أن يطلقها بإرادته المنفردة ، أو يلاعنها فتحدث الفرقة بينهما كما سيأتي .

المطلب الرابع

صور خاصة لوقوع الطلاق

تعرض قانون الأسرة لبعض الصور الأخرى التي يتم بواسطتها الطلاق أمام القضاء وهي :

أولا: الطلاق بواسطة الخلع.

نصت المادة 54 من قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم " .

الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها ، ولهذا أجاز لها الشرع الإسلامي أن تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها.



فدل هذا الحديث على ثبوت الخلع بمقابل، وقد يكون المقابل هو ما قدمه من مهر ترده الزوجة لزوجها، كما أجاز الفقهاء تقديم مقابل آخر يتفق عليه شريطة أن يكون من ما هو مباح شرعا . ويتضح من نص المادة 54 المذكورة أنفا ما يلي:

1- لا بد من حصول اتفاق بين الزوجين على الطلاق بواسطة الخلع، وهذا هو الأصل في الخلع. لكن المشكلة تكمن فيما لو أن الزوج لم يقبل الفرقة فهنا يتحتم عليها اللجوء إلى القضاء لطلب المخالعة كما حدث في واقعة المرأة التي اشتكت للرسول . إلا أن النص تكلم فقط عن الموافقة ولم يتحدث عن الخلاف في الخلع سوى في الجانب المالي . ونعتقد أنه من حق الزوجة أن تطلبه من القاضي إذا تبين لها تعنت الزوج في القبول أو فرض عليها مبلغا لا تقدر عليه.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16/03/1999، أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لما

قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون (1)

- لا بد في الخلع من عوض وهو المقابل المالي الذي يحصل به الاتفاق، وفي حالة عدم الاتفاق يتدخل القاضي بفرض قيمة صداق المثل وقت الحكم .

ولا يمكن أن يقال بأن هذا إجحافا في حق الزوجة لأن المخالعة جاءت من طرفها، بالتالي تتحمل نتائجها، وفي المقابل فإن الطلاق الذي يأتي من الزوج للكراهية أيضا يتحمل الزوج نتائجه أيضا . كما أن القانون لم يتحدث عن صورة ما إذا صرحا بأنهما يريدان المخالعة دون مقابل فهل يتحقق الخلع أم لا ؟ .

هذه الوضعية في الحقيقة تحيلنا إلى المادة 48 أي إلى الطلاق باتفاق الطرفين، ولهذا يكون طلاقا

باتفاق الزوجين وليس خلعا لأن الخلع فيه العوض . بل أن هذا العوض منصوصا عليه شرعا .

كما أن بقاء النص على الصورة الحالية يفتح الباب أمام الزوجين للابتزاز في بعض الحالات،

فقد يتعسف الزوج في طلب المقابل لمنع الزوجة من الخلع بفرضه مبلغا مرتفعا لا تقوى الزوجة

على دفعه له، وهذا قد يسبب لها ضررا وحرجا كبيرا. فمن جهة لا تطيق العيش معه فهي تريد الخلع

ومن جهة أخرى لا تقوى على دفع المبلغ الذي يطلبه الزوج لأنه قد يستغل الوضع في هذه الحالة.

وهنا تكون الزوجة مضطرة لرفع دعوى الخلع إذا لم ترض بالمبلغ الذي يطلبه الزوج، والنص

القانوني يقضي بأن يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم .

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 138، ص 134 . ، وفي قرار آخر صادر سنة 1992

قررت المحكمة بأن تطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج تطبيق صحيح للقانون .، نفس المرجع، ص 134.

وهذا الحكم يؤدي إلى أن الزوجة قد تستغل الوضع خصوصا إذا كان المهر الذي قدمه الزوج لها يفوق بالكثير صداق المثل ، فالزوج قد يكون طالب بحقه في استرداد المهر فقط وهو حقه الشرعي لأن السنة النبوية دلت على وجوب استرداد المهر ، لكن الزوجة قد تعتمد عدم الموافقة على إرجاع المهر مما يصبح تقديره من اختصاص القاضي الذي يتوجب عليه هنا تطبيق النص بتقدير صداق المثل وقت الحكم ، وصداق المثل قد يكون أقل بكثير مما دفعه الزوج لها .

فلو فرضنا أنه أمهرها بمبلغ 100000 د.ج ، وصداق المثل 50000 د.ج ، فإن الزوج هنا سوف لن يتحصل إلا على نصف صداقه وهي مسألة مضرّة للزوج ، فما دامت الزوجة هي التي تطلب الخلع فعليها أن تتحمل تبعته بشكل متوازن ، وطلب الزوج استرداد المهر هو طلب مؤسس شرعا . ولهذا السبب لا بد من إعادة صياغة النص بشكل يمنع التحايل والاستغلال على النحو التالي :

(- يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم .

- وإذا تبين للقاضي أن صداق المثل يقل عن المهر المقدم استكمل للزوج الفرق بينهما .

- إذا تبين للقاضي أن الزوج فرض على الزوجة مبلغا يخرج عن المألوف قضى بإنقاص المبلغ إلى الحد المعقول على ألا يقل عن مقدار الصداق المدفوع أو عن صداق المثل وقت الحكم .

ثانيا: الطلاق للشقاق .

إذا حصل خصام وشقاق بين الزوجين وطالت مدته وساءت العشرة بينهما، أمكن للزوجة المتضررة اللجوء إلى طلب الطلاق . كما يمكن للزوج أيضا بالمقابل أن يلجأ إلى الطلاق إذا كان هو الحل الوحيد أمامه رفعا للحرج . وبمجرد رفع دعوى الطلاق يتعين على القاضي وجوبا تعيين حكّامين من أهل الزوجين بغية التوفيق والإصلاح بينهما ويقدمان تقريرهما في أجل شهرين من تاريخ تعيينهما .

فإذا لم يفلح الحكّمان في الإصلاح بينهما قضى القاضي بالطلاق بينهما . وقد نصت المادة 56 من قانون الأسرة على وجوب التحكيم بين الزوجين في حالة الشقاق لقوله تعالى " وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكّما من أهله وحكّما من أهلها إن يريدان إصلاحا يوفق الله بينهما " (1) . إلا أن المادة المذكورة لم تنص على لزوم الطلاق إذا استمر الشقاق رغم استعمال الصلح بواسطة الحكّامين .

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لفرفة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 129 .

وأما من الناحية التطبيقية أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/06/15 بجواز التطلق لطول مدة الخصام بين الزوجين، ومما جاء فيه "من المستقر عليه قضاء أنه يجوز تطلق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا .." (1)

ثالثا: الطلاق للنشوز .

نصت المادة 55 من قانون الأسرة على أنه "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

إذا ادعت الزوجة نشوز زوجها وأثبتت حالة النشوز كان لها الحق في طلب الطلاق ، كما يكون للزوج أن يطلب الطلاق في حالة نشوز زوجته أي خروجها عن الطاعة بلا مبرر . ويختلف النشوز من الناحية الفقهية عن الناحية القانونية .

ففي الجانب الفقهي يتحقق النشوز بمجرد تخلي الزوج عن زوجته بإهمالها من الناحية المادية والمعنوية سواء بقي داخل البيت أم خارجه ، كذلك الزوجة تكون ناشزا بمجرد خروج الزوجة عن طاعة زوجها سواء داخل البيت أو خارجه . وإذا حدث النشوز من الزوج أو الزوجة تطلب الشرع الإسلامي اللجوء إلى الإصلاح بين الزوجين لإعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها.

أما من الناحية القانونية فإن المحاكم عادة لا تعتبر الزوج أو الزوجة في حالة نشوز إلا إذا كان أحد الزوجين خارج البيت ويطلب منها أو منه الرجوع إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الزوجية خصوصا في جانبها المعنوي ، أي العودة إلى المعاشرة الزوجية ، فإذا امتنع الزوج أو امتنعت الزوجة يؤدي ذلك إلى ثبوت حالة النشوز ويقضي القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر منه .

ولعل السبب الذي جعل القضاة لا يعتبرون النشوز - خصوصا إذا كان من الزوجة - إلا ما كان خارج البيت هو لمقتضيات الإثبات فعندما يطلب القاضي من الزوج أو الزوجة العودة إلى بيت الزوجية والقيام بالواجبات الشرعية ولا يستجيب المعني لهذا الأمر ، فإن القاضي يأخذ هذا الامتناع ضده ويعتبره ناشزا . ومن ثم يحمله المسؤولية ويقضي بالتعويض للطرف المتضرر بعد الطلاق .

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 129.

المبحث الثاني

آثار الطلاق

من المعلوم أن الطلاق بعد وقوعه صحيحا، فإنه يرتب جملة من الآثار وهي، العدة والنسب والحضانة . وستعرض لها تباعا .

المطلب الأول

العدة

من المعلوم أنه بمجرد وقوع الطلاق بصورة صحيحة سواء أوقعه الزوج أو قضى به القاضي بالصور التي رأيناها سابقا، فإنه يتوجب احتساب العدة بعد الطلاق . والعلة التي لأجلها شرعت العدة هي للتأكد من سلامة الرحم من الحمل لأجل ثبوت النسب، وكذلك لإعطاء الفرصة للزوجين لمراجعة نفسيهما في حالة كون الطلاق رجعي .

وقد دل على ذلك القرآن الكريم في قوله تعالى " يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة ، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن .." (1) .

وقد عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع العدة في المواد من 58 إلى 61، إلا أن بعض النصوص صيغت بشكل غير سليم وغير منسجم مع مقتضيات الشرعية والقانونية وهذه المواد هي :

المادة 58 (تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء ، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق) .

ما يلاحظ على النص أنه استعمل لفظ القروء الوارد في الآية دون تحديد المقصود منه لأن التفسيرات الفقهية على اتجاهين، فمنهم من فسر القروء على أنها تعني ظهور الحيض، ومنهم من قال بظهور الطهر، ومنهم من دمج بين الحيض والطهر معا، واحتساب العدة في كل هذه الأحوال سيختلف مع أن الشرع الإسلامي قد نبه إلى وجوب حساب العدة بشكل دقيق، وبالتالي كلن على المشرع أن يبين المراد من لفظ القروء المستعمل في النص حتى لا تتناقض الأحكام، وأفضل الآراء هو الذي يجمع بين الحيض والطهر معا أي أن المرأة تحتسب ثلاث مرات حيض وطهر في نفس الوقت تنتهي معه العدة .

كما أن النص اعتمد أيضا تاريخ التصريح بالطلاق كموعدا للبدء في احتساب العدة دون

(1) سورة الطلاق ، الآية 01.

تحديد للمقصود بهذا التصريح هل هو تصريح الزوج في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة أملم القضاء، أم تصريح القاضي أي حكم القاضي في الموضوع ؟.

والحقيقة أنه من الناحية الشرعية فإن الطلاق يقع بمجرد التلفظ به . كما أن احتساب العدة يبدأ من وقت التلفظ ، وليس من وقت التصريح فقد يحدث أن يتلفظ الزوج بالطلاق ولا يصرح به للجهات القضائية إلا بعد مدة قد تطول أو تقصر ، وبالتالي فإن اعتماد تاريخ التصريح لبدأ الحساب يكون غير منسجم .

و المشكل الأساسي هنا وهو أن القانون يقضي كما رأينا بأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم وهو ما يعني بأن تصريح الزوج بالطلاق في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة قبل الحكم لا قيمة له من الناحية القانونية .

كذلك فإن النص أوجب حساب مدة ثلاثة أشهر عدة للمرأة اليائسة من الحيض تطبيقاً للنص القرآني ، غير أنه لم يبين ما إذا كان الحساب بالأشهر القمرية أم الأشهر الميلادية ، وحتماً فإن الحساب سيختلف، وبالتالي تمنينا لو أن المشرع حسم الموضوع بنص صريح في قانون الأسرة على غرار القانون المدني حيث أن جميع المواضيع التي تراعى فيها المدد تحسب بالتقويم الميلادي تطبيقاً لنص المادة 03 التي تقضي بأنه (تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) .

ولهذه الأسباب كلها نقترح تعديل نص المادة 58 على النحو التالي :

(-تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قزوء ، أي ثلاث مرات حيض وطهر ، واليائس من الحيض بثلاثة أشهر من تاريخ الطلاق
-تحسب الآجال بالتقويم الميلادي) .

وأما المادة 59 من قانون الأسرة فإنها نصت على أنه (تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام ، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده) .

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه قرر حكماً للعدة بصورة حاطفة ، ويتعلق الأمر بحالة زوجة المفقود ، حيث أوجب أن تعتد زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بالفقدان ، والصحيح أن تعتد من تاريخ الحكم بوفاة المفقود .

وكما هو معلوم فإن المفقود يصدر في شأنه نوعين من الأحكام كما سيأتي بيان ذلك لاحقاً وهما الحكم بالفقدان بعد مرور سنة من فقدانه .

والحكم الثاني وهو الحكم بوفاة المفقود ،ويكون بعد مرور 04 سنوات من فقدانه ، والعدة لا تكون إلا بعد الحكم بالوفاة . ولذلك لا بد من تعديل صياغة النص السابق لتصبح العدة من تاريخ الحكم بوفاة المفقود وليس من تاريخ الحكم بالفقدان.

وأما المادة 60 فنصت على عدة الحامل ،وهي وضع الحمل ، كما أنه اعتبر الحد الأقصى للحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة .

وما يمكن ملاحظته هنا هو أنه لم يحدد المقصود بلفظ الطلاق في النص ما إذا كان الحكم بالطلاق الذي يصدره القاضي ، أم الطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة قبل الحكم بالطلاق ؟ . وحتما فإن الحساب سوف يختلف كثيرا ، وهو أمر في غاية الخطورة ، فقد تكون الزوجة قد انتهت عدتها شرعا إذا حدث الطلاق بالإرادة المنفردة في مرحلة سابقة على رفع دعوى الطلاق . وعندما يحكم القاضي بعد ذلك بالطلاق تكون العدة قد انتهت كتجاوز مدة القروء أو الثلاثة أشهر أو وضع الحمل ، هذا شرعا .

أما قانونا فإن العبرة هي بصدور حكم قضائي في المسألة ، فحساب مدة العدة بصورة قانونية لا يكون إلا من تاريخ الحكم بالطلاق . وهو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى التناقض بين مقتضيات الشرعية والقانونية ، وهي مسألة غير مقبولة .

ولذلك فلا بد من ضبط النص بصورة لا تتعارض مع الشرع ، وذلك بإضافة فقرة أخرى للنص يراعي فيها القاضي المدة السابقة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة كما يلي :

المادة 60 (عدة الحامل وضع حملها ، وأقصى مدة الحمل 10 أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق أو الوفاة .

يراعي القاضي المدة السابقة في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج قبل الحكم)

المطلب الثالث

النسب

سبق أن أشرنا إلى أن النسب يعتبر من أهم النتائج التي تترتب على الزواج والطلاق معا ، لأنه يتعلق بنسب الأولاد الذين يكونون ثمرة هذا الزواج . وقد أحاط الشارع الحكيم بالنسب وأولاه أهمية كبيرة ، لقوله تعالى " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا ، وكان ريبك قديرا " (1) .

(1) سورة الفرقان ، الآية 54 .

ونظرا لأهمية الموضوع ومنعا لاختلاط الأنساب لم يعترف الشرع الإسلامي في موضوع النسب سوى ما ينتج عن الزواج الصحيح وجعله طريقا أصليا في ثبوت النسب .
كما أقر الفقهاء بأن النسب يثبت بالزواج وبالإقرار وبالبينة(1) ،وتطبيقا لهذا نص قانون الأسرة في المادة 40 على أنه " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للماد 32 و33 و34 من هذا القانون"
أولا :النسب عن طريق الزواج .

من المعلوم أن نسب الولد من الأم يثبت في جميع الحالات سواء من علاقة شرعية أو غير شرعية فهي التي حملت وهي التي وضعت بالتالي تحمل صفة الأم وتسري بينهما سائر الحقوق من نسب ورضاعة وميراث . أما فيما يخص الرجل ،فلا يثبت نسب الولد منه إلا من خلال الزواج الصحيح.

وقد نصت المادة 41 ق.أ على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

ولكي ينسب الولد لأبيه لابد أن يكون المولود قد وضعت الزوجة الحامل بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

أما أقل مدة الحمل فقد أجمع الفقهاء على ألا تقل عن ستة أشهر، كما أن الطب الحديث يؤكد إمكانية الوضع خلال هذه المدة أو بعدها بمدة قصيرة أو طويلة .

وقد نص قانون الأسرة في المادة 42 على هذا المعنى بأن اعتبر أقل مدة الحمل هي ستة أشهر ،غير أنه لم يبين متى يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ العقد أم من تاريخ الدخول لاحتمال وجود فارق زمني بينهما.ونرى اعتماد تاريخ الزواج من حيث المبدأ لأنه هو الأصل ،ولكن بقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، لأن العبرة هي بالدخول أي بتلاقي الزوجين لأن الإنجاب لا يكون إلا من خلال هذا التلاقي.

ولكن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تعتمد سوى الأقوال التي تتفق مع العلم والطب الحديث الذي يؤكد استحالة بقاء الجنين في بطن أمه لمدة تزيد على سنة كاملة .

(1) لمزيد من التفاصيل،راجع د/ عبد الرحمان الصابوني ، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ، ج2 ص 108 .

وبهذا الحكم أخذت أغلب القوانين في البلاد العربية كمصر وسوريا والسودان والأردن والمغرب، إذ أخذت بهذه المدة احتياطاً(1)، وهو رأي محمد بن الحكم من فقهاء المالكية. أما قانون الأسرة الجزائري فأخذ بمدة أقل وهي عشرة أشهر، ولا ندرى هل اعتمد على رأي فقهي معين أم استند إلى الخبرة الطبية، لأنه قد تحدث متاعب صحية للمرأة فتتأخر ولادتها بعض الشيء إلى ما بعد 10 أشهر، بالتالي من المستحسن إضافة فقرة ثانية للنص تسمح بتجاوز هذه المدة لمتاعب صحية أو لأسباب أخرى علمية ثابتة بتقرير خبرة على ألا تتجاوز مدة سنة .

ثانياً: النسب بعد الطلاق أو الوفاة.

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على ما يلي " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ". إن القانون قد نص على المبدأ الأساسي في اعتماده الحد الأقصى للحمل فبمجرد الانفصال أو الوفاة تحسب مدة 10 أشهر لاحتمال الحمل قبل الطلاق أو الوفاة . وما يلاحظ على النص هنا أنه لم يحدد المقصود بالانفصال ما إذا كان الانفصال يعني تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أم المقصود الطلاق بينهما ؟. كذلك قد يحدث أن يطلق الزوج بالإرادة المنفردة بمدة قبل رفع الدعوى وقبل الحكم، وهنا حتماً سيختلف حساب المدة بين طلاق الزوج والذي يقع شرعاً بمجرد التلفظ به وبالتالي حساب المدة يكون من هذا التاريخ .

إلا أن المشكلة تكمن في أن نص المادة 49 كما رأينا تقضي بأنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم ، وهو ما يعني أن العبرة بتاريخ طلاق القاضي في حساب المدة وبالتالي سيكون هناك تناقض كبير بينهما. أما فيما يخص الإقرار بالنسب والمنصوص عليه في المادتين 44 و45 فهو على نوعين :

النوع الأول: منصوص عليه في المادة 44 ، حيث الإقرار بالنسب في الأبوة والأمومة لمجهول النسب يثبت به النسب متى صدقه العقل أو العادة . وفي الحقيقة لا بد من التحفظ على هذه الوسيلة في الوقت الحاضر منعاً للتحايل على أحكام النسب ، بحيث لا نسمح إلا بالإقرار الذي يأتي من علاقة شرعية دون غيره هذا من جهة الأب فقط .

أما الأم فيجوز إثبات نسب المولود منها بطريق الإقرار بالنسبة لمجهول النسب ولو من علاقة غير شرعية فلا ينفي عنها صفة الأم.

(1) أنظر : المادة 84 من القانون الغربي ، والمادة 128 من القانون السوري، و المادة 15 من القانون المصري.

النوع الثاني: جاء في المادة 45 " الإقرار بالنسب في غير البنوة ، والأبوة ، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه " .

إن مسألة التصديق من المقر له قد لا تستقيم في الكثير من الأحيان فقد يكون عدم التمييز بالتالي تصديقه لا يعتد به ، ويبدو أن الفقهاء يتساهلون في إثبات النسب عادة من باب الحماية للأطفال مجهولي النسب ، زيادة على انعدام وسائل التحقيق العلمي على الخصوص .

ثالثا: نسب ولد الزنا .

تجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على نسب ولد الزنى مع أن هذه الظاهرة موجودة في كل المجتمعات .

- فولد الزنا في الدين الإسلامي له مكانته وله حقوقه المادية والمعنوية لأنه لا ذنب له سوى أنه وجد نفسه مولودا بهذه الصورة ، وعليه نقول بأن الفقهاء قرروا بأن نسب ولد الزنى يثبت بالنسبة للأم لأنها هي التي حملت وهي التي وضعت ، ويكون لها إرضاعه وحضانه ما لم يوقع عليها الحد . كما يثبت التوارث بينها وبينه ، وهذه الحقوق المقررة في الشريعة الإسلامية للأسف لا وجود لها في قانون الأسرة .

أما الشريعة الإسلامية فإنها لم تضح بولد الزنا ، صحيح أنها لم تعتبر نسبه من جهة الرجل حتى تفرق بين الحلال والحرام ، ولكن في نفس الوقت لم تضيعه من جهة الأم فأقرت نسبه منها وفي ذات الوقت أقرت نظام الكفالة لرعايته .

رابعا ثبوت النسب بالبينة .

إذا استطاعت المرأة أو الرجل إقامة البينة في دعوى ثبوت النسب ثبت شرعا وقانونا ، لأن البينة أقوى من الإقرار في موضوع النسب . والبينة عادة ما تكون مطلوبة في حالة الإنكار من الزوج أو من الآخرين ، فلو ادعت المرأة أمومة طفل من زوجها وأنكر ذلك كان عليها أن تأتي بالبينة ، وكذلك لو ادعى الزوج بأن الحمل أو الطفل المولود من زوجته لا ينسب له كان عليه إقامة البينة . وإقامة البينة تكون بكافة الطرق المؤدية إليها ، وكثيرا ما يتم اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات أو نفي النسب ، زيادة على الوسائل المنصوص عليها قانونا .

كذلك لو تنازع اثنان نسب ولد مجهول النسب وادعى كل منهما أنه ولده ، فيثبت لمن يقيم البينة على من يقر بالنسب (1) . و إذا تنازعا بواسطة الإقرار فهنا لا بد من اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة لإثبات العلاقة ، فمن ثبتت علاقته نسب إليه دون الآخر .

(1) أنظر : د/ عبد الرحمان الصابوني ، المرجع السابق ، ص 181 .

وإذا لم تثبت لأي أحد لا يثبت النسب لكليهما، على عكس لو ادعى واحد فقط نسبه فإنه يثبت إذا صدقه العقل أو العادة، ولم يشترط القانون في الحقيقة اللجوء إلى الوسائل العلمية الحديثة وهو أمر مهم ما كان للمشرع إغفاله، كما لم يتحدث عن التنازع في النسب وهي مسألة قد تحدث في حالة الحروب والكوارث، لذا كان على المشرع النص عليها من باب الاحتياط.

رابعاً: حالات نفي النسب:

الأصل أنه متى تم الزواج صحيحاً وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومضت المدة الكافية التي تطلبها الشرع والقانون - وهي بحسب القانون الجزائري بين 6 و10 أشهر - ثبت نسب المولود من الأبوين معاً. ولا يجوز للزوج نفي المولود إلا بالطرق الشرعية أو المشروعة كما عبر عنها قانون الأسرة في المادة 41 ونصها "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"

ويستفاد ضمناً بأن نسب الولد من أمه ثابت مهما كان الحال. أما الزوج فلا يثبت نسب المولود منه إلا بالزواج الصحيح، ولم يحدد النص المقصود بالطرق المشروعة وهي كل الطرق المؤدية شرعاً وقانوناً لنفي النسب، ويمكن إجمالها فيما يلي:

1- نفي النسب عن طريق إنكار الولادة :

يجوز للزوج أن ينكر ولادة زوجته إذا كان لا يعلم أو لم يعلم في غيابه عنها بأنها حامل قبل ولادتها، أو يقيم الدليل على عدم ولادتها، وإذا عجز الزوج عن إقامة الدليل فالقول قول الزوجة لأن الأصل هو صحة النسب بصحة الولادة في الزواج الصحيح (1)، كما يجوز للزوجة إقامة الدليل على صحة الولادة بشهادة القابلة أو شهادة المستشفى أو العيادة التي وضعت فيها الحمل أو بشهادة الشهود إذا لزم الأمر على الحمل والوضع.

2- نفي النسب لعدم إمكان الإنجاب :

إذا تبين للزوج عدم إمكان الإنجاب بأن ثبت عقمه أو كان مصاباً بمرض جنسي لا يستطيع الإنجاب بسببه أو صار شيخاً كبيراً لا يقوى على الإنجاب، جاز له نفي النسب (2). فإذا وضعت الزوجة مولوداً كان للزوج نفي النسب للأسباب السابقة، لكن يستحسن ألا ينفى النسب إلا بتقرير خبرة احتياطاً، فربما قضى الله أمراً كان مفعولاً.

(1) أنظر: د/ مصطفى شليبي، المرجع السابق، 700 و701.

(2) أنظر: د/ عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ج2، ص183.

وقد حدث هذا في القرآن الكريم لقوله تعالى " قالت يا ويلتا أألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخا إن هذا لشيء عجيب ،قال أتعجبين من أمر الله .."(1).

وهناك مسألة مهمة وقع فيها بعض الناس ،فإذا اكتشف الزوج بعد مدة على زواجه وبعد أن أنجبت الزوجة أكثر من مولود بأنه غير مؤهل للإنجاب ييقين علمي غير قابل للشك ،فما مصير نسب الأولاد وهل ينفي النسب بأثر رجعي أم لا؟.

يبدوا بأن الإجابة بنعم أولا من الصعوبة بمكان إلا أننا نقول بأن نص المادة 41 سالف الذكر أشار إلى إمكانية النفي بالطرق المشروعة وهو مصطلح واسع وبالتالي يمكن إدخال الحالة السابقة ضمنه لأن التأكد من عدم الإنجاب مسألة في استطاعة الطب الحديث أن يثبتها وهي وسيلة مشروعة صالحة لنفي النسب ،إلا إذا قرر الزوج نفسه نفي نسب الحمل دون الولادة السابقة فنعقد أنه يسري النفي عليه فقط دون الأولاد السابقين والله أعلم .

والإشكال الثاني يكمن في أن القضاء في الجزائر استقر على أن نفي الحمل يجب أن يكون خلال ثمانية أيام (2) ،وهو أمر يزيد من صعوبة الموقف ،ولنا عودة للموضوع لاحقا.

3- نفي النسب لعدم التلاقي بين الزوجين:

إذا أثبت الزوج بأنه لم يلتق ولم يدخل بزوجه منذ إنشاء العقد ،فلا يثبت نسب المولود منه ،وكذلك يسري نفس الحكم في حالة الطلاق قبل الدخول .

ويلاحظ أن قانون الأسرة في المادة 43 أقرت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ،ولم تتكلم عن الطلاق قبل الدخول ،فقد تدعي الزوجة المطلقة الحمل بعد الطلاق فالنص القانوني يقضي بثبوت النسب إذا كان الوضع خلال المدة المقررة قانونا .

فإذا تبين بأن الزوج طلقها قبل الدخول فلا يثبت النسب لعدم التلاقي بينهما ، كذلك إذا ثبت عدم التلاقي بين الزوجين بسبب العجز الجنسي كون الزوج لا يستطيع بيقين معايشة الزوجة أو منعه منذ الزواج من الدخول بها ،أو تزوج بالوكالة وهو غائب في بلد آخر وعند عودته وجدها حامل ،وإن كانت هذه المسائل نادرة الحدوث .

(1) سورة هود ، الآية 72.

(2) أنظر : الاجتهاد القضائي لفرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا ، المرجع السابق ،ص 64،(ملف 99000 قرار بتاريخ 1993/11/23،من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينه بالطرق المشروعة. ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام ...).

4- نفي النسب لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل:

سبق أن أشرنا بأن نص المادة 42 حدد أقل مدة الحمل بستة أشهر وأقصى مدة للحمل عشرة أشهر، فإذا وضعت الزوجة الحمل قبل ستة أشهر من تاريخ الزواج الشرعي والدخول لأن العبرة بالدخول كما قلنا فلا يثبت نسب المولود منه . وكذلك الأمر لا يثبت النسب إذا وضع الحمل لمدة تزيد عن 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة .

ولم يبين النص القانوني المقصود بالانفصال هل هو الانفصال الجسماني أي تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب الشقاق أو الخصام فكثيرا ما تذهب المرأة إلى بيت أهلها مدة طويلة ولا تعود إلى الزوج وقد يكون عدم الرجوع هو الذي أدى إلى الطلاق فهنا نعتقد بأن حساب المدة يكون من تاريخ الخروج من بيت الزوجية وليس من تاريخ الطلاق.

كذلك الشأن فقد يكون الانفصال هو تلفظ الزوج بالطلاق بالإرادة المنفردة لمدة معينة ، وكثيرا ما تذهب الزوجة إلى بيت أهلها فتكون بعيدة عن الزوج . ولما كان الطلاق لا يثبت إلا بحكم فكان لابد على الزوج أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بالطلاق . وقد تكون المدة الفاصلة بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وتاريخ الحكم بالطلاق طويلة ، ثم بعد ذلك وضعت الزوجة المطلقة الحمل بعد تسعة أشهر من تاريخ الحكم بالطلاق فهنا يثبت النسب بحسب النص . هذه هي أغلب الحالات التي قررها الفقهاء في مسألة نفي النسب ، أما قانون الأسرة فلا نجد نص سوى على الحالتين الثالثة والرابعة وهي نفي النسب لعدم الاتصال أو لعدم مرور أو تجاوز مدة الحمل في المادة 42.

وأما باقي العناصر المذكورة فلم ينص عليها ، حيث اكتفى في المادة 41 بنفي النسب بالطرق المشروعة دون أن يحددها . ومن حيث مضمون هذه العناصر فقد شرحناه بصورة عامة في الباب الأول من البحث .

وتبقى هناك مسألة أخرى كان على المشرع أخذها بعين الاعتبار ، ونعني بذلك ما هو منصوص عليه في المادة 43 التي كما رأينا تقضي بثبوت النسب إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الطلاق دون أن يفرق بين الطلاق بعد الدخول والذي ينطبق في هذه الحالة لاحتمال الحمل .

أما في حالة الطلاق قبل الدخول فلا يثبت النسب هنا ، وكان على المشرع إضافة فقرة للمادة تشير صراحة لعدم ثبوت النسب في حالة الطلاق قبل الدخول . كذلك في حالة الوفاة قبل الدخول فلا يثبت النسب بسبب عدم التلاقي بين الزوجين في كلتا الحالتين .

5- نفي النسب عن طريق اللعان:

قلنا سابقا بأن اللعان يعتبر طريقا شرعيا لنفي النسب، إلا أن هذا الموضوع يثير إشكالا كبيرا، لذا أردت التعرض للموضوع بما يفني بالغرض المقصود.

وقد سبقت الإشارة إلى أن اللعان يؤدي إلى الفرقة بين الزوجين، فإذا حدثت الملاءنة بينهما فرق القاضي بينهما. والأصل أن تقتصر الفرقة على الزوجين كما رأينا، غير أن الأمر قد يتعدى إلى نفي النسب، لأن سببه هو اتهام الزوجة بالخيانة الزوجية.

فإذا تبين أنها حامل بعد اللعان أجاز له الشرع نفي النسب، ولا يهم إن كان صادقا أو كاذبا لأن الآية أشارت إلى ذلك صراحة. وبالنفي لا يثبت النسب ولا يطالب الزوج بتقديم الدليل فالإتهام كاف وحده لنفي النسب.

والمسألة خاصة بالزوجين فقط ولا تتعدى إلى الغير، ولذلك فإن اللعان إما أن يقتصر على الإتهام بالزنا أو يتعداه إلى نفي الحمل

ولم ينص قانون الأسرة الجزائري على اللعان كسبب للطلاق كما قلنا سابقا ولا ندري هل أدخله المشرع ضمن الطرق المشروعة لنفي النسب أم لا. ونعتقد أنه يدخل لأن قانون الأسرة في حالة عدم وجود نص يحيل من خلال نص المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي يكون طريقا مشروعاً لنفي النسب.

إلا أن القضاء في مسائل الأحوال الشخصية قد استقر على اعتماد اللعان كطريق مشروع لنفي النسب، حيث جاء في قرار بتاريخ 1998/10/20 (..من المقرر أيضا أن نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة والاجتهاد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا..)(1)

وهناك أمرا مهما لا بد من التعرض إليه هنا وهو ما يتعلق بالجانب القضائي في الموضوع، فإذا اتهم الزوج زوجته بالخيانة ونفت هذه التهمة يمتنع التحقيق كما يمتنع العقاب حتى ولو كانت التهمة باطلة يعلمها الزوج وحده، أو كانت الزوجة هي الكاذبة، ومع ذلك لا يثبت النسب في حالة نفيه من الزوج، هذا ما قرره الشرع الإسلامي والفقه.

إلا أن المشكل المطروح هو ما إذا كان من حق الزوجة وهي هنا في موضع التهمة أن تلجأ - في نفيها للتهمة عن نفسها وخصوصا إذا كانت متأكدة من براءتها- إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب كإجراء مضاد لإتهام الزوج، وهنا لا بد من استعمال تحليل الدم.

(1) أنظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 82.

إلا أن الملفت للانتباه أن المحكمة العليا في قرارها الصادر 15-06-1999 اعتبرت إثبات النسب عن طريق تحليل الدم طبيا غير جائز ، ومما جاء في حيثيات القرار ما نصه (حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ، ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك على أنهم قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه) (1).

غير أن تعليل المحكمة العليا هنا في غير محله لأننا بصدد نفي النسب وليس إثبات النسب والنص الذي يمكن إعماله هو المادة 41 التي تنص على أنه (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة) ، والنص القانوني هنا لم يحدد الطرق المشروعة على سبيل الحصر وإنما في اعتقادنا قد ترك المجال مفتوحا لنفي النسب بكل طريق يؤدي إلى نفيه ، سواء مما هو مذكور في النصوص أو غيرها ، زيادة على أن اللعان طريقا شرعيا مثلا ومع ذلك لم ينص عليه القانون وإنما اعتمده القضاء طريقا لنفي النسب .

ولخطورة وأهمية هذه المسألة الدقيقة والحساسة جدا في موضوع إثبات أو نفي النسب في حالة اللعان وما يترتب عليه من نتائج على حق الولد في النسب لأبيه لاحتمال كذب الزوج في اتهامه من جهة ، بالإضافة إلى أن هذه التهمة تمس شرف الزوجة وتؤثر على حقوقها وحقوق ولدها المادية والمعنوية ولذلك نعتقد أنه من حقها أن تدفع التهمة عن نفسها إن كانت متأكدة من براءتها بكافة الطرق القانونية والشرعية بما في ذلك الوسائل العلمية لثبوت النسب، إن كانت هذه الوسائل تفيد في ثبوت أو نفي النسب وهو حق مشترك بين الزوجين معا .

والهدف من اللجوء إلى هذه الوسيلة هو في المقام الأول لرد الاعتبار من الزوجة (في حالة البراءة) ، وفي المقام الثاني وهو الأهم ويتعلق الأمر بثبوت نسب ابنها من الزوج الذي لاعنها واتهمها بالزنا ، لأنه لا يجوز تضييع حقوق الطفل بمجرد ادعاء كاذب من الزوج لأنه بحدوث الملاعنة يفرق القاضي بينهما شرعا .

(1) أنظر : الاجتهاد القضائي لفرقة الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص 88.

وإذا نفى الزوج الملاحن النسب في حال الحمل بعد اللعان لا يثبت النسب وهذا ما قاله الفقهاء رحمة الله عليهم ولعدم وجود دلائل أخرى عندهم في ذلك الوقت كمسألة تحليل الدم تقرر عدم ثبوت النسب مع أن الزوج قد يكون كاذبا بدليل ما صرحت به الآية الكريمة (والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين) .

وإذا كان اللجوء للوسائل العلمية وخصوصا في الوقت الحاضر يفيد في ثبوت النسب، فنعتقد أنه لا بد من سلوك هذا الطريق ولو على سبيل الاستدلال من القضاء لتسهيل مهمة القاضي في هذا الموضوع الحساس .

وهنا تصبح مسألة الحصول على عينة من الزوج وعينة من الطفل مسألة مهمة، وقد تصبح صعبة المنال لإجراء عملي وهو رضا الزوج بأن تأخذ العينة منه ، ففي حالة الرضا تصبح المسألة ممكنة .

أما في حالة الرفض فهل يمكن إجباره على الخضوع للتحاليل للتأكد من النسب أم لا؟ وهنا حتما سنصطدم بقاعدة جوهرية في الإثبات وهي أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه لأنه في موضع الملاحن ، أي هو الذي الحق التهمة بالزوجة . فهو بمثابة خصم في القضية ، وخضوعه لإجراء التحاليل اللازمة قد يقلب الأمور رأسا على عقب . وقد تؤكد التحاليل وجود علاقة بين الطفل والزوج وهنا يثبت النسب .

كما قد تتحول المسألة من موضوع النسب إلى المستوى الجنائي في حالة ثبوت النسب ، وهو ما يعني براءة الزوجة من التهمة لتتحول المسألة إلى القذف وهو جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي .

بالتالي تصبح الزوجة في وضع المتهم والزوج يصير متهما بالقذف ، ويعاقب بالتالي جنائيا، زيادة على إلحاق الولد به وهو أمر بالغ الدقة والخطورة .

إلا أنه ولتخفيف خطورة هذه الأحكام لابد من مراعاة الجانب الشرعي في الموضوع ، فنقول بأنه فيما يتعلق بنفي الزوجة للتهمة فمن حقها ذلك بكافة الطرق . فإذا أثبتت براءتها يكتفى برد الاعتبار وإمكانية طلب التعويض عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية ، وحفظ حقوقها بعد الطلاق . وفي المقابل لا يعاقب الزوج من الناحية الجنائية لأن النص القرآني لم يقرر العقاب بينهما في حالة نفي التهمة .

أما إجبار الزوج على التحاليل اللازمة للتأكد من النسب فهي لمصلحة الولد بغض النظر عن التهمة بين الزوجين ونتائجها (الطلاق) . وفي اعتقادي لا يمكن التضحية بنسب الولد لمجرد اتهام

من الزوج قد يكون كاذبا . أما إن كان صادقا وأثبت التحاليل عدم وجود العلاقة فإننا لم نخسر شيئا وينفى النسب بشكل عادي .

وفي حالة ثبوت النسب نكون قد حققنا مصلحة للولد بالحفاظ على حقوقه المادية والمعنوية التي كانت من الممكن أن تضيع بسبب اللعان .

والسألة لا تخرج عن كونها مجرد إبداء الرأي في هذا الموضوع الهام والحساس ، والذي كثيرا ما يطرح موضوع النسب بسبب اللعان جراء الخيانة الزوجية التي غصت المحاكم بمثل هذه القضايا ، والمطلوب التعمق في دراسة هذا الموضوع من الجانب الشرعي والقانوني والقضائي والعلمي أيضا ، وأن تضبط النصوص القانونية في هذا المجال بشكل يحقق الغرض المقصود .

المطلب الثالث

أحكام اللقيط والتبني

تطرقنا في الباب السابق إلى أحكام اللقيط والتبني باعتبارهما من المسائل المرتبطة بالنسب . وقلنا بأن قانون الأسرة لم يعالج الموضوع بالصورة المطلوبة ، لأنه لم يتعرض إلى أحكام اللقيط إلا من باب الإشارة عرضا في مواطن متفرقة من مختلف القوانين ، كقانون الأسرة في باب النسب الممدة 44 ، وفي موضوع الكفالة المادة 119 ، وقانون الحالة المدنية المادة 64 بالإضافة إلى قانون العقوبات ، إذ أوجب مساعدة طفل غير قادر على الحركة تسليمه للسلطات العامة في الدولة .

وكان على المشرع أن ينظم أحكام اللقيط بشكل متكامل في قانون الأسرة ، لأن ظاهرة الأطفال اللقطاء منتشرة في المجتمع الجزائري بكثرة ، بالتالي لا بد من إعطاء الحماية الكافية لهؤلاء الضعفاء حفاظا عليهم من الضياع .

وأما موضوع التبني فهو أن يدعي شخص بنوة ولد معلوم النسب أو مجهول النسب مع علمه بعدم وجود أية قرابة تربطه به ، ومع ذلك يتخذه ولدا له ويعطيه اسمه .

وتطبيقا لهذا المعنى نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه " يجرم التبني شرعا وقانونا " ولكن لم يحدد المقصود بالتبني ، وتمنينا لو تعرض لتعريفه حتى لا يختلط مفهوم التبني بمفهوم الإقرار بالنسب .

والسبب في أن الشريعة الإسلامية حرمت التبني هو لمنع اختلاط الأنساب وتداخل الحقوق ، لأن نظام التبني يعني إعطاء كل الحقوق التي هي للابن الحقيقي من نسب وعلاقة حرمة ونفقة واجبة وميراث . وهذا أمر باطل لا تقره الشريعة الإسلامية . إلا أنها قررت في حقه نظام الكفالة لرعايته وتربيته وتعليمه والقيام على شؤونه ، وحافظت على نسبه الحقيقي إن كان معلوم النسب ، ويجوز للكافل أن يملكه شيئا حال الحياة من باب الهبة ، أو يوصي له بجزء من ماله .

و مجهول النسب في الإسلام اعتبر كأى فرد من أفراد الأمة له حق المواطنة والدين والعيش في سلام وأمن في المجتمع، ويعطى له اسما من الأسماء الإسلامية .

وقد نص قانون الأسرة في المادة 119 على أن "الولد المكفول إما أن يكون معلوم النسب أو مجهول النسب" . كما نص في المادة 120 على أنه "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية" . أما نص المادة 3/64 من قانون الحالة المدنية فجاء كما يلي: " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصريح أية أسماء .

يعين الطفل بمجموعة من الأسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

غير أن الملفت الانتباه هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13-01-1992 الذي يقضي بالسماح للشخص الكافل والذي يكفل ولدا مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولفائده ، وذلك لمطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي . وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة ، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب .

وهذا أمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية لأنه يتناقض مع النصوص في مخالفته لمسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون ، وأن أي تعديل لا بد أن يكون بقانون آخر مسوي له في الدرجة ، وهو من هذه الزاوية خالف أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تحيل الموضوع لقانون الحالة المدنية ، وكذلك خالف المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تخول ضابط الحالة المدنية إعطاء اسم ثلاثي لمجهول النسب على أن يكون الاسم الأخير لقباً عائلياً له كما أشرنا إليه أعلاه .

وبالتالي لا حاجة لنا مطلقاً لما جاء في المرسوم ، إلا إذا كان يقصد إلحاق ولد الزنا بالرجل وهو أمر لا تقره الشريعة لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي والصحيح وفقاً لأحكام قانون الأسرة السابق الإشارة إليها ، كذلك موضوع التبني غير جائز لقوله تعالى في سورة الأحزاب " أدعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين " (1) . كما خالف أيضاً أحكام المادة 46 من قانون الأسرة التي تقضي صراحة بأنه يمنع التبني شرعاً وقانوناً .

(1) سورة الأحزاب ، الآية 05

وفي الأخير فإن موضوع النسب والتبني هو من أهم وأخطر المسائل المتعلقة بالأسرة بالتالي فلا بد على المشرع من ضبط هذه المواضيع بشكل سليم لتحقيق الانسجام والتوازن في الأسرة والمجتمع من جهة، ولمنع كل ما من شأنه أن يزعزع ويفكك الأسرة حتى لا تضطرب الحياة في المجتمع .

المطلب الرابع

الحضانة.

تعتبر الحضانة واحدة من أهم المسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة لأجل توفير الحماية والرعاية المادية والمعنوية للصغار . وذلك نتيجة للوفاة أو الطلاق الذي يمكن أن يحدث بين الزوجين والذي من شأنه أن يؤدي إلى التنازع في مسألة الحضانة بالنسبة للصغار. أولاً: المقصود بالحضانة .

نظمت الشريعة الإسلامية موضوع الحضانة وقررت له العديد من الأحكام لتحقيق الهدف المقصود ، فحددت من خلال النصوص واجتهادات الفقهاء المقصود بالحضانة بأنها رعاية الصغار والقيام على تربيتهم على أحسن وجه . كما حددت من له الحق في الحضانة ، ومراتب الحاضنين بحسب القرابة وكل ما يتناسب مع طبيعة الموضوع.

ومن خلال النصوص وأقوال الفقهاء فإن الأولوية تعطى لجهة النساء أولاً باعتبار أن مسألة التربية والرعاية في المراحل الأولى للصغير تتطلب ذلك . كما أن قانون الأسرة قد نظم أحكام الحضانة في المواد من 62 إلى 72 ، وهناك بعض الملاحظات يمكن أن نبديها في الموضوع لأهميتها .

ثانياً: مراتب الحاضنين .

فيما يتعلق بمراتب الحاضنين فإن قانون الأسرة في المادة 64 أعطى الأولوية للأم ثم أمها ثم الخالة ثم الأب ثم أم الأب ، ثم الأقربون درجة .

والملاحظة الأولى التي نبديها هي أن القانون لم يساير أي مذهب في تقريره لهذا الترتيب ، كما أنه في اعتقادنا قد ذهب بعيداً من جهة الأم وأقاربها .

وكان على المشرع أن يراعي الظروف المعيشية للأسرة الجزائرية لأن السواد الأعظم من الأزواج يقيمون في الغالب مع الأبوين من جانب الزوج وبصورة أقل يقيمون مع أبوي الزوجة ، ولهذا لا بد عند إسناد الحضانة ينبغي مراعاة هذه المسائل.

وإذا استثنينا الأم التي لها الأولوية بدون منازع لورود نص في الموضوع، فإن الأقارب الآخرين كان ترتيبهم من باب الاجتهاد بالرأي، ولذلك تمنينا لو أن المشرع يعيد ترتيب الموضوع فيعطي الأولوية للأم ثم في المرحلة الثانية الجدات أي الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمّة ثم الأب ثم الجد ثم الأقربون درجة .

وإعطاء الحضانة من بعد الأم للجدات يفيد كثيرا لأنه في الغالب يكون الطفل قد تعود على العيش معهما. ولذلك تقدم الجدة لأب على الخالة لخيرتها، زيادة على أن القانون قد تحدث عن الخالة ولم يذكر ما إذا كانت متزوجة أم غير متزوجة صغيرة أم كبيرة، وهو أمر مهم في موضوع الحضانة .

وهناك اعتبار مادي ومصلحي وهو أن إسناد الحضانة للجدة لأب يفيد في اطلاع الأب على أحواله دون صعوبة تذكر، كما أن مسألة النفقة وتوفير السكن قد لا تطالب بها الجدة وخصوصا إذا كانت قادرة عليهما، وكان الأب بطبيعة الحال قليل الدخل أو لا يقوى على توفير مسكن مستقل لممارسة الحضانة بسبب أزمة السكن .

ونحن بهذا القول لا نقصد حرمان الأم لأن لها الأولوية قبل غيرها، وما عدا ذلك يرتب على سبيل الاختيار وليس على سبيل الإلزام أو تسند الحضانة من بعد الأم لمن كان اقدر وأفضل بالنظر إلى رغبة الحاضن واستعداده وقدرة الأب على تحمل تبعات الحضانة من نفقة ومسكن وغيرها .

فمثلا لو تنازعت الجدة لأم والجدة لأب في الحضانة بعد إسقاطها عن الأم لسبب من الأسباب وتبين بأن الجدة لأم تطلب توفير السكن زيادة على النفقة، في حين أن الجدة لأب لا تطلب سوى النفقة بل قد تنازل عن طلب النفقة إذا كانت قادرة عليها، إضافة إلى كون الزوج عاجزا عن توفير السكن المستقل لممارسة الحضانة بسبب الدخل المحدود أو بسبب مسؤولياته الأخرى، فنعتقد هنا أنه من المصلحة إسناد الحضانة للجدة لأب حتى لا يضار الزوج مع عدم قدرته على تحمل تبعات الحضانة بصورة كاملة .

والمهم أن يبحث القاضي عن الشخص والمكان الملائم لإسناد الحضانة . ولا يتقيد بالترتيب الوارد في النص، كما أنه لا يسند الحضانة للقريب البعيد ويترك الأقرب منه درجة للصغير مع توخي دائما مصلحة المحضون لأنها هي الأساس في الموضوع.

ثالثا: مدة الحضانة.

نصت المادة 65 من قانون الأسرة على انتهاء مدة الحضانة بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات والأنتى ببلوغها سن الزواج، أي 18 سنة . كما نص على إمكانية تمديدتها بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج بعد، والحكم بانتهاء الحضانة مبني على مصلحة المحضون . والنص هنا لم يشير إلى مسألة هامة كثيرا ما تثار بالنسبة للمحضون وهو رغبته في الانتقال، فكثيرا ما يرفض الطفل بعد الحكم بانتهائها العيش والانتقال إلى الجهة التي ستسند لها الحضانة بسبب تعوده على العيش مع أمه مثلا لفترة طويلة.

وهنا يكون القاضي أمام مسألة شائكة تستدعي الموازنة بين أمرين وهما:

إما تطبيق النص القانوني بالحكم بانتهاء حضانة الأم، وبالتالي يعود الصغير إلى العيش مع أبيه من جهة حتى ولو رفض الصغير العيش مع أبيه .

وإما الأخذ بعين الاعتبار رغبة الصغير في الانتقال من عدمه آخذا في الحسبان مصلحته باعتبارها الهدف من النص عندما ربط في جميع الأحوال مسألة الحكم بانتهاء الحضانة بتحقيق مصلحة الصغير .

رابعا: حق الزيارة .

يعتبر حق الزيارة من الأمور التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تساهم في تكوين شخصية الطفل المشمول بالحضانة وتجعله مرتبطا بأبويه . إلا أن حق الزيارة كثيرا ما يسيء الأبوين استخدامه بسبب ما حدث بينهما من طلاق وخلاف حاد. وكثيرا ما يذهب الأطفال المشمولون بالحضانة ضحية هذه الخلافات . فإذا أسندت الحضانة للأم نجدها كثيرا ما تعسف في منع الأب من زيارة أبنائه بحيث تمنعهم من رؤية الأب وكذلك الشأن إذا أسندت الحضانة للأب .

فبالرغم من أن القانون أعطى لكل طرف حق الزيارة في العطل والأعياد إلا أنه كان على المشرع أن يوسع من مفهوم الزيارة لتشمل الزيارة لوقت قصير وتشمل أيضا حق استضافة الأبناء خلال العطل الفصلية والسنوية ، إذ من خلالها يتعود الطفل العيش مع الأبوين بصورة تجعله لا يفرق بينهما . وفي الحقيقة فإن جل الأحكام القضائية التي اطلعتنا عليها لم نجد الإشارة سوى لموضوع حق الزيارة خلال العطل والأعياد دون تحديد للمقصود من الزيارة، وكثيرا ما يحدث النزاع بسببها .

زيادة على أن الأب قد يكون في بعض الحالات من المتعذر عليه زيارة الأبناء كل أسبوع بل كل شهر بسبب ظروفه الخاصة كانتقاله للعمل في مكان بعيد عن مقر سكن الصغار المحضونين

مما يتحتم عليه أن يطلب نقلهم إليه خلال العطل المدرسية لفترة العطلة حتى يتمكن من الاطلاع بشكل سليم على أحوالهم من جميع الوجوه .

فكثيرا ما ترفض الأم هذا الطلب بسبب أن الحكم القضائي لم ينص عليه . ولذلك تمني لنا لو أن المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسألة لأنها من الأهمية بمكان حتى لا يضار الأبوين والصغار معا ماديا ومعنويا ، ليصبح النص في المادة 64 يشمل عبارة حق الزيارة وحق الاستضافة معا لرفع اللبس عن الموضوع بشكل نهائي وصریح، حتى لا تبقى أية حجة يتذرع بها هذا الطرف أو ذاك .
خامسا: نفقة المحضون وسكناه .

نصت المادة 72 من قانون الأسرة على أن (نفقة المحضون من ماله إن كان له مال ، وإلا فعلى والده أن يهيأ له سكنا وإن تعذر فعليه أجرته) .

هذا النص في الحقيقة لم يتكلم عن النفقة في حالة عدم وجود مال خاص به ، وهنا في حقيقة الأمر النفقة تكون على الأب بدهاءة لأنه هو المسؤول عنه .

وإنما تكلم عن توفير السكن أو أجرته في حال التعذر، ولم يتكلم عما إذا كانت أجره السكن تعني السكن المستقل الذي يأوي الأطفال مع أمهم أم يتضمن النص أيضا ما لو كانت تسكن عند والديها ؟ فهل يتوجب عليه دفع الأجرة أم لا ؟ .

بالنظر إلى النص نجده يشير إلى أنه في حالة عجز الزوج عن توفير مسكن يتوجب عليه دفع الأجرة باستئجار مسكن لممارسة الحضانة أو يدفع بدل الإيجار في حال سكن الأم الحاضنة عند أهلها .

ويبدو أن هذا هو الوضع الأفضل للأم خصوصا إذا لم يكن لها دخل خاص تنفق على نفسها منه لأن توفير السكن المستقل وإن كان يحقق منفعة للصغار فقد تكون النفقة لا تغطي مطالبهم ومطالب الزوجة لأن الأب غير مسؤول من الناحية القانونية على نفقتها .

ولذلك فلا بد من صياغة النص بصورة أفضل تشير إلى وجوب النفقة على الأب وكذلك توفير المسكن المستقل ، فإن تعذر يكون عليه دفع بدل الإيجار للحاضنة إذا قامت هي بتوفير المسكن عند عجز الزوج حتى ولو كان هذا السكن هو مع أبيها ما لم يضرب ذلك بمصلحة المحضون .

وتبقى مسألة أخرى نراها من الأهمية بمكان وهي كون الزوج يتوفى والحضانة مسندة للأم ، فإذا تزوجت الأم الحاضنة بغير قريب يسقط حقها في الحضانة ، وهنا قد يتضرر المحضون فلا يمكن أن يعاقب بزواج أمه فيتعهد عنها ، كما لا يمكن معاقبة الأم بمنعها من الزواج ثانية إذا رغبت فيه .

ولدقة الموضوع وحرصا على مصلحة الصغير يمكن للقاضي إبقاء الحضانة للأم شريطة أن يتعهد من يريد الزواج بها، بشكل رسمي أمام القضاء على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه .
وإذا لم يلتزم زوج الأم الحاضنة بما تعهد به ، أو فقدت الأم أحد شروط الحضانة جاز لكل ذي مصلحة طلب حضانة الصغير وإسقاطها عن الأم .
ولهذه الأسباب نرى ضرورة إضافة فقرة أخرى لنص المادة 66 من قانون الأسرة ليشمل ما قلناه في الموضوع و ذلك على النحو التالي:
يمكن للقاضي إسناد الحضانة للأم في حالة زواجها بغير قريب محرم شريطة أن يتعهد هذا الأخير وبشكل رسمي على رعاية الصغير رعاية الأب لابنه.

الفصل الثالث النيابة الشرعية

الفصل الثالث

النيابة الشرعية

سبقت الإشارة إلى أن النيابة الشرعية تعتبر من أهم المسائل التي اهتم الشرع الإسلامي بتنظيمها بما يكفل حماية المشمولين بهذه النيابة، والنيابة الشرعية تعني الولاية على النفس والمال، وهي تكون إما بسبب الصغر أو الحالة العقلية، أو لأسباب أخرى كالفقدان .

وقلنا بأن فقهاء المسلمين قد اهتموا بموضوع النيابة الشرعية ونظموا أحكامها، من حيث تعريفها وأنواعها وشروطها وحدودها، وصاغوا بذلك نظرية متكاملة تفي بالغرض المقصود مما يؤمن مصلحة الفرد والجماعة في المجتمع.

المبحث الأول

الأهلية

نص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في المادة 44 على هذا المبدأ بقوله (يخضع فاقدوا الأهلية وناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية ، أو الوصاية ، أو القوامة ، ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون).

وهذه القواعد والشروط قد نظمها المشرع الجزائري كما رأينا في قانون الأسرة تحت عنوان "النيابة الشرعية" في المواد من 81 إلى 125 .

المطلب الأول

أحكام الأهلية.

تعتبر الأهلية واحدة من أهم المسائل التي تركز عليها جميع التصرفات القانونية لما لها من أهمية بالغة من الناحية الشرعية والقانونية .

وأما ما يمكن ملاحظته على بعض النصوص المنظمة لهذا الموضوع فهي :

أولاً: في موضوع الأهلية نجد تعارضاً بين نص المادة 42 و 43 من القانون المدني كما يلي:

المادة 42 من القانون المدني نصت على أنه :

(- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون

- يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة) .

كما نصت المادة 82 من قانون الأسرة على أنه (من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقاً

للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة).

وأما المادة 43 من القانون المدني فنصت على أنه (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن

الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً ، أو معتوها ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره

القانون) .

والتعارض الموجود هو ما يتعلق بالمعتوه حيث اعتبر في المادة 42 غير أهل لمباشرة حقوقه

المدنية ، بمعنى غير مميز وبالتالي جميع تصرفاته باطلة . بينما اعتبر مميزاً في المادة 43 ناقص الأهلية

، وهذا الأخير كما رأينا يجوز له القيام ببعض التصرفات خصوصاً النافعة له نفعاً محضاً .

وبالتالي لا بد من تعديل نص المادة 43 بحذف كلمة معتوه لأنها في غير محلها ، لأن المعتوه

يعتبر عديم الأهلية مع غير المميز وكذا الجنون .

وهناك نقطة أخرى تتعلق بالشخص المميز حيث نجد المادة 84 من قانون الأسرة أجازت للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ، بناء على طلب من له مصلحة ، وله الرجوع في هذا الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك

والسبب في ذلك أنه قد يستغل المميز هذا لإذن من القاضي فيبذر أمواله ، أو يقدم على القيام بتصرفات تشكل خطرا على أمواله ، لذلك أعطي الحق لصاحب المصلحة ليطلب من القاضي سحب الإذن منه بتقديم المبررات لهذا الطلب لحماية لمصلحة الصغير المميز .

غير أنه كان من المفروض الاقتصار في إعطاء الإذن بالتصرف بشكل جزئي فقط لأن التصرفات الكاملة لا تكون إلا للبالغ فقط ، ولا ينبغي إعطاءه الفرصة في أول وهلة خشية تضييع أمواله ، وبالتالي من الأفضل أن يجرب في بعض التصرفات في نطاق الأموال .

كما أن القانون لم ينص على نوع الأهلية التي يتمتع بها في نطاق التصرفات التي يكون مأذونا فيها ، وهنا يتمتع الشخص بالأهلية الكاملة ولا يعامل على أنه ناقص الأهلية . وبالتالي على المشرع إضافة فقرة تنص صراحة على الأهلية الكاملة في هذا المجال .

كما نص في المادة 85 من قانون الأسرة على حكم تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه واعتبرها غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه .

والحقيقة أن استعمال عبارة غير نافذة في النص لا تستقيم لأن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة لانعدام أهليتهما، أما السفيه فيكون ناقص الأهلية وفقا للمادة 43 كما رأينا، وبالتالي تصرفاته من الناحية القانونية تكون قابلة للإبطال . وأما بعد الحجر على السفيه فكون تصرفاته باطلة وكذلك الشأن إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدور التصرفات ، وهذا حسب ما تقضي به المادة 107 من قانون الأسرة .

وأما النص باللغة الفرنسية فإنه استعمل لفظ البطلان (nuts) وليس عدم النفاذ في الحالات الثلاث المذكورة.

المبحث الثاني

أحكام الغائب والمفقود

من المسائل الهامة التي صارت تفرض نفسها على المجتمع الجزائري بسبب الظروف الصعبة التي مرت بها ، أو ما قد يحدث بسبب الحروب والكوارث كالزلازل والفيضانات ، ما يعرف بقضايا المفقودين . وستعرض لهذا الموضوع الهام وما يطرحه من إشكالات قانونية .

المطلب الأول .

المقصود بالمفقود والغائب .

نظم قانون الأسرة أحكام الغائب والمفقود في المواد من 109 إلى 115 ، تعرض فيها إلى تعريف المفقود والغائب ، فاعتبر المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته ولا موته . كما ألحق بهذا التعريف الغائب الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شئونه بنفسه لمدة سنة وتسبب غيابه في الإضرار بالغير ، فاعتبره القانون كالمفقود .

إلا أن هذا الحكم ليس مطلقا لأنه لا يمكن التسوية بينهما إلا فيما يصلح كتعيين من ينوب عنه قانونا مثلا لأجل المحافظة على مصالحه وإدارة أمواله ، كذلك حق الزوجة في طلب الطلاق والنفقة وغيرها من المسائل . أما باقي المسائل كالحكم بالفقدان والحكم بالوفاة والميراث بعد الوفاة فلا يمكن تطبيق هذه المسائل على الغائب ، لأن هذا الأخير تعلم حياته ، غاية ما في الأمر أنه لا يستطيع العودة لمحل إقامته .

المطلب الثاني .

الإجراءات القانونية المتعلقة بالمفقود .

قلنا أن الشخص لا يعتبر مفقودا من الناحية القانونية إلا بحكم قضائي بعد مرور سنة من فقدانه ، وفي منطوق الحكم بالفقدان يعين على القاضي مقدما من الأقارب كالزوجة أو الأب لتسيير أمواله وإدارتها وهذا بعد أن يقوم بحصر أمواله . وبمجرد تعيين المقدم يصبح وصيا عليه ويتولى إدارة مصالحه وفقا لأحكام الوصاية السابق ذكرها .

ولم يتعرض القانون لنفقة الزوجة والأولاد في حالة الفقدان وهي مسألة مهمة ، وكان على المشرع أن ينص على وجوب أخذ النفقة من ماله إن كان له مال ظاهر بترخيص من القضاء ، لأن المقدم قد يكون أحد أقاربه كالأب أو غيره وبالتالي قد تتضرر الزوجة من عدم الإنفاق . بل يجوز لها أن تطلب الترخيص ببيع بعض ما لديه من منقولات أو عقارات لسد حاجياتها من النفقة ريثما يتأكد وضع المفقود بشكل نهائي .

بل إنني أذهب أبعد من ذلك فقد لا يكون له مال ظاهر تستطيع الإنفاق منه فيجوز لها أن تطلب من القاضي أن يرخص لها بالاقتراض من أحد الأقارب أو من الغير على مسؤولية الزوج ، وذمته المالية هي الضامنة ، لأنه في جميع الأحوال لا يجوز ترك الزوجة والأولاد بلا نفقة .
وأما الوفاة الحكومية لا تتقرر إلا بعد مرور أربع سنوات من تاريخ فقدان إذا كانت ظروف الفقدان ترجح الوفاة . وهذه المدة نراها في الوقت الحاضر طويلة جدا ، وخصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار الظروف التي مرت بها الجزائر في السنوات الأخيرة ، وما حدث خلال فيضان باب الواد بالعاصمة في سنة 2001 ، حيث هناك بعض المفقودين لم يظهر عليهم أي أثر حتى الآن و نقتراح إعطاء السلطة التقديرية للقاضي بين سنتين و أربع سنوات كحد أقصى .

وبعد الحكم بالوفاة تعتد زوجة المفقود عدة وفاة وهي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الحكم بالوفاة وليس من تاريخ الفقدان كما أشار النص القانوني في المادة 59 ، وهو خطأ لا بد من تصحيحه حتى يستقيم النص ويكون منسجما من الناحية الشرعية .
وفيما يخص أموال المفقود فلا تقسم بين الورثة الشرعيين إلا بعد الحكم بالوفاة ، ومراعاة الحقوق المتعلقة بتصفية التركة وفق القواعد المعروفة .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة بعد ظهور المفقود حيا

وفي حالة ظهور المفقود حيا بعد الحكم بوفاته فقد رتب القانون جملة من الآثار تخص الأموال فقط حيث نص القانون في المادة 115 على أن المفقود يسترجع ما بقي عينا من أمواله إن كانت قائمة ، أو قيمة ما بيع منها إن كان قد تم التصرف فيها بالبيع .
ولم يتحدث عن الأموال التي تم التصرف فيها بغير طريق البيع كالهبة والوصية ، ونرى أن التصرف بطريق الهبة لا يجوز له استرجاعها ، لأن الهبة تصرف في الحال وبدون مقابل . أما إذا كان قد أوصى الوارث ولا زال على قيد الحياة فيجوز للمفقود اللجوء لإبطال الوصية وبالتالي استرجاع ماله . لأن الوصية يجوز الرجوع فيها حال حياة الموصي .
كما لم يتكلم القانون عن مضرير الزوجة خصوصا إذا تزوجت برجل آخر بعد العدة . والحل يكمن في الرجوع لأحكام المادة 222 من هذا القانون التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية من خلال الفقه الإسلامي ، غير أن هذا الأخير لا يوجد فيه إجماع أو اتفاق ، وكان على المشرع حسم الموضوع . ونعتقد أن تعطى للمرأة حرية القرار في البقاء مع زوجها الثاني أو العودة إلى زوجها الأول حسبما تراه لاعتبارات المصلحة ، مع حفظ حقوق الزوج الثاني في حالة رجوعها للزوج الأول ، بمعنى يحكم له بتعويض عادل يراه القاضي مناسبا .

المبحث الثالث

أحكام الكفالة

يعتبر نظام الكفالة من أهم المواضيع التي قررتها الشريعة الإسلامية لحماية الصغار والضعفاء واليتامى، وقد نظم قانون الأسرة أحكام الكفالة في المواد من 116 إلى 125 .

المطلب الأول

تعريفها والغاية منها

حددت المادة 116 من قانون الأسرة المقصود بالكفالة على أنها رعاية الولد الصغير من وجوه عدة وعلى سبيل التبرع .

والكفالة إما أن تكون على صغير معلوم النسب من الأبوين أو من أحدهما، وهنا يحتفظ الولد المكفول بنسبه .

أما إن كان الولد مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية ، أي يتوجب على ضابط الحالة المدنية أن يختار للصغير اسماً ثلاثياً يسميه به على أن يكون الاسم الأخير لقباً عائلياً بالنسبة له ، وهي ضرورة اقتضتها الحياة في المجتمع لأن كل إنسان لابد له من اسم يميزه عن غيره ، وهو أحد أهم صفات الشخصية بالنسبة للإنسان.

غير أن الملفت الانتباه هو صدور المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13-01-1992 الذي يقضي بالسماح للشخص الكافل والذي يكفل ولداً مجهول النسب من الأب أن يتقدم بطلب تغيير اللقب باسم هذا الولد ولقائده ، وذلك لمطابقة لقب الولد المكفول بلقب الوصي . وعندما تكون أم الولد القاصر معلومة وعلى قيد الحياة ، فينبغي أن ترفق موافقتها المقدمة في شكل عقد شرعي بالطلب .

وهذا أمر لا يمكن قبوله من الناحية القانونية والشرعية لأنه يتناقض مع النصوص في مخالفته لمسألة تدرج القوانين وهي مسألة دستورية فلا يمكن لمرسوم تنفيذي أن يعدل أو يخالف القانون ، وهو من هذه الزاوية يخالف أحكام المادة 120 من قانون الأسرة التي تحيل الموضوع لقانون الحالة المدنية ، وكذلك يخالف المادة 64 من قانون الحالة المدنية التي تحول ضابط الحالة المدنية إعطاء اسم ثلاثي لمجهول النسب على أن يكون الاسم الأخير لقباً عائلياً له .

وبالتالي لا حاجة لنا مطلقاً لما جاء في المرسوم ، إلا إذا كان يقصد إلحاق ولد الزنا بالرجل وهو أمر لا تقره الشريعة لأن النسب لا يثبت إلا بالزواج الشرعي والصحيح كما رأينا في موضوع النسب .

كذلك موضوع التبني غير جائز لقوله تعالى في سورة الأحزاب " أدعوهم لأبائهم هو أوسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فأخوانكم في الدين " (1) ، كما خالف أحكام المادة 46 من قانون الأسرة التي تقضي صراحة بأنه يمنع التبني شرعا وقانونا .

المطلب الثاني

سلطات الكفيل

وفي ما يخص الأموال يكون للكافل سلطة إدارة أموال الصغير التي اكتسبها سواء عن طريق التبرع أو الميراث أو الوصية بطريقة تحفظ مال الصغير من الضياع أو التبذير بغير ضرورة ، ولا يتصرف فيها إلا بالطرق القانونية وفي الحدود المعقولة ، كالتي نص عليها القانون في المادة 123 من قانون الأسرة والتي تجيز للكافل أن يتبرع بطريق الهبة أو يوصي للمكفول بماله في حدود الثلث . وما زاد عن الثلث يبطل إلا إذا أجازها الورثة ، وهي مسألة قد تضر بمصلحة المكفول من الناحية المالية ، فقد يكون عدم التمييز وقد يكون مميز ومثل هذه التصرفات تصنف على أنها ضارة به ضررا محضا بالتالي تكون باطلة قانونا .

والمنطق يقتضي حفظ مال الصغير حتى يبلغ السن القانونية التي تسمح له بالتصرف ، أو على الأقل . أن يجعل القانون هذه التصرفات تجري تحت مراقبة القضاء ، حتى لا يضار الصغير بتصرفات الكافل ، وهو مجرد ضمان إضافي من الضمانات القانونية .

(1) سورة الأحزاب ، الآية 05

الفصل الرابع أحكام الميراث

الفصل الرابع

أحكام الميراث

تكلّمنا في الباب الأول عن الأحكام العامة للميراث من حيث المقصود بالتركة وكذا تحدّثنا عن الضوابط العامة في الميراث من حيث أسباب الإرث وأركانها وشروطه وموانعه، كما تحدّثنا عن الحقوق المتعلقة بالتركة، غير أننا لاحظنا أن هناك بعض المسائل تتطلب شيء من التوضيح والدقّة من الناحية القانونية وهو ما نتعرض له في هذا الفصل.

المبحث الأول

في الأحكام العامة في الميراث

نتعرض بالدراسة لبعض المسائل المتصلة بالأحكام العامة في باب الموارث من خلال بعض

النصوص القانونية ، ومن هذه النصوص نجد :

المطلب الأول

شروط الإرث

- المادة 128 من قانون الأسرة والمتعلقة بشروط الإرث حيث من ضمن الشروط أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة . والحقيقة أن الحق في الميراث يثبت للوارث بمجرد الوفاة وليس من وقت افتتاح التركة كما أشار النص القانوني لأنه قد تمضي مدة قد تكون طويلة بين لحظة الوفاة وتاريخ افتتاح التركة . ومن الشروط المجمع عليها في الفقه هو أن يكون الوارث حيا أو جنينا في بطن أمه عند وفاة المورث .

كما أن هناك أمرا آخر لا بد من أخذه بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل وهو كون الجنين موجودا ولكن خارج الرحم ، كما هو حالة التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (أطفال الأنابيب) وهي من المسائل التي صارت معروفة ومعمول بها ، وإن كانت نادرة ، لكن بشرط أن يتم التأكد من أن التلقيح قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في نطاق العلاقة الزوجية .

وبالتالي لا بد على القانون من مسايرة المستجدات في هذا الصدد من خلال تعديل النص ليشمل الحمل الحقيقي الموجود داخل الرحم وخارجه . كما أن تحقق حياة الوارث أو وجود الحمل ينبغي أن تكون من وقت وفاة المورث وليس من وقت افتتاح التركة .

- وهناك ملاحظة أخرى تتعلق بالمادة 132 والتي تقضي بأنه (إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث).

هذا النص قد يؤدي إلى التناقض وعدم الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية بسبب بعض الأوضاع التي تفرض نفسها من الناحية الشرعية ، فكثيرا ما يطلق الرجل زوجته بالإرادة المنفردة خارج دائرة المحاكم وبعد مدة قد تكون طويلة ، وبعد انتهاء العدة شرعا يلجأ الزوج لرفع دعوى الطلاق للحصول على حكم بالطلاق . بل أن المدة قد تطول بين رفع الدعوى وصدور الحكم مما يجعل العدة تنتهي في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة المقرر قانونا كما رأينا سابقا بمقتضى

المادة 48 سالفة الذكر . والمقتضيات الشرعية في هذه الحالة تقتضي بأنه لا توارث بين الزوجين لانتهاء العدة قبل الحكم بالطلاق والعلاقة قد انقطعت بسببها .

أما النص القانوني فقد أشار إلى أحقية الزوجين في الميراث قبل صدور الحكم بالطلاق وهو أمر غير مقبول من الناحية الشرعية . ولا يكون منسجما إلا في حالة كون الزوج لم يطلق قبل رفع الدعوى وترك الأمر للقاضي لكي يحكم بالطلاق سواء كان الطلب من الزوج أو من الزوجة .

كما أشار نفس النص إلى أنه إذا كانت الوفاة في عدة الطلاق فإن الحي منهما يستحق الإرث في إشارة إلى الطلاق الذي يوقعه القاضي ، لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم كما رأينا . وهو أمر قد يصطدم بالجانب الشرعي في حالة كون الزوج قد تلفظ بالطلاق ، وانتهت العدة قبل اللجوء إلى القاضي بل قد تكون العدة قد انتهت حتى قبل هذه المرحلة ، بالتالي لا يتوارث الزوجان لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما ، بينما النص القانوني لم يراع هذه المسائل المهمة .

وهناك مسألة أخرى وهي أن النص أشار إلى لفظ الطلاق دون تمييز بين ما إذا كان الطلاق رجعيا ، أم الطلاق المكمل للثلاث . ففي هذه الحالة الأخيرة لا توارث بين الزوجين لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما ، ولو كانت في مرحلة العدة . على عكس لو كان الطلاق غير مكمل للثلاث فهنا يستحق الحي منهما الإرث من الآخر .

ومن هذه المنطقات لا بد من تعديل النص بكيفية تحقق الانسجام بين المقتضيات الشرعية والقانونية بإضافة فقرتين لنص المادة 132 على النحو التالي :

2/132 "إذا تبين للقاضي عند الحكم بالطلاق أن الزوج قد طلق بالإرادة المنفردة دون حكم قضائي وانتهت العدة فلا توارث بينهما ، وإذا لم تنته العدة يثبت التوارث بينهما .

3/132 لا يثبت التوارث بين الزوجين في الطلاق المكمل للثلاث ولو كانت الطلقات السابقة وقعت بالإرادة المنفردة للزوج دون حكم . "

المطلب الثاني

موانع الإرث

وفيما يخص موانع الإرث المقررة بمقتضى المادة 138 من قانون الأسرة فنصت على أنه (يمنع من الإرث اللعان والردة) .

ما يمكن ملاحظته على هذا النص أنه اعتبر اللعان مانعا من موانع الإرث مع أنه كما رأينا لم يعتبره من الناحية القانونية سببا للطلاق ، بالرغم من أنه يعتبر سببا شرعيا للتفريق بين الزوجين .

المبحث الثاني

في أصناف الورثة

تعرض قانون الأسرة إلى أصناف الورثة و نص عليهم في المادة 139 و قسمة التركات وهم على التوالي: أصحاب الفروض ،العصابات ، دوي الأرحام .

الملاحظ هنا أن قانون الأسرة أغفل المقر له بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة ،لأنه كما رأينا في موضوع النسب وبحسب المادة 45 سالفه الذكر أن الإقرار في هذه الحالة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه وهنا يصبح التوارث في حالة الاعتراض من الغير لا يسري في حقهم وإنما يسري فقط على المقر المتوفى .

فلو أقر شخص بأخوة مجهول النسب واعترض باقي اخوته فلا يسري الميراث إلا في حقه بحيث يثبت التوارث بينهما فقط دون الآخرين ،وما دام المشرع قد أخذ بهذا النوع من الإقرار فلا بد من أن ينص عليه في موضوع الميراث بتعديل نص المادة 139 التي حددت أصناف الورثة بإضافة المقر له بالنسب ضمن هذه الأصناف، حتى يساير التشريعات العربية التي نصت على الموضوع كالقانون العراقي في المادة 88 الفقرة الثانية والقانون السوري في المادة 262 الفقرة الثانية.

أما فيما يتعلق بموضوع قسمة التركات والمنصوص عليه في المادة 180 من قانون الأسرة فإنه لم يضاف الوصية الواجبة(التزويل) ضمن أصناف الورثة.

و كنا قد اقترحنا على المشرع أن يعدل عن تسمية التزويل إلى الوصية الواجبة وينظمها ضمن أحكام الوصية أسوة بالتشريعات العربية هذا من جهة.

و من جهة أخرى لا بد من تعديل المادة 180 من قانون الأسرة السابق الإشارة إليها و يقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية عند قسمة التركة(1)

(1)أنظر الفقرة الأولى(ج) من المادة 262 من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث قدمت الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية.

المبحث الثالث

التزويل (الوصية الواجبة)

هناك مسألة أخيرة كثيرا ما أثارت الجدل وهي مسألة التزويل أو الوصية الواجبة لأنها من المسائل المختلف فيها والتي تعتبر مستحدثة إذا ما قورنت بالمسائل الأخرى الخاصة والتي تخرج عن القواعد العامة في الميراث .

والقانون الجزائري قد سماها التزويل بحسب المادة 169، أما بقية التشريعات العربية أطلقت على هذه الوضعية الوصية الواجبة .

والمقصود بالتزويل هنا هو تزويل الأبناء منزلة أبيهم أو أمهم والذي توفي قبل جدهم كما لو كانوا أحياء.

وقد اختلفت التشريعات العربية بدورها في ضبط الموضوع ، فالتشريع السوري نص في المادة 257 فقرة (ج) على أن المستحقين للوصية الواجبة هم أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزل واحدا كانوا أم أكثر ، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ، ويستحق فيها كل فرع حصة أصله فقط .

وأما القانون الأردني فقد نص على الوصية الواجبة في المادة 182 فقرة (ج) وهي مطابقة للقانون السوري .

وأما القانون المصري فنص على الوصية الواجبة في المادة 76 ، حيث جاءت متطابقة مع ما نص عليه القانونين السوري والأردني ، وزاد عليهما الطبقة الأولى من أولاد البنات .

أما القانون العراقي فنص على الوصية الواجبة في المادة 74 وهي متطابقة مع قانون الوصية المصري . أما القانون الجزائري فكما أسلفنا عدل عن تسمية الوصية الواجبة والتي لم تعتبر ميراثا بحسب القانون السوري والعراقي إلى تسمية أخرى وهي التزويل و هو مصطلح معروف في علم الميراث حيث يتزل الفرع منزلة أصله لو بقي حيا ، وهو ما يفهم على أنه ميراثا وليس وصية واجبة بحكم القانون .

كذلك فإن القانون الجزائري قد سوى بين أبناء الابن وأبناء بنات البنات خلافا للقواعد العامة في الميراث التي تقضي بأن أبناء بنات الابن وإن نزل يستحقون الميراث إذا لم يوجد من هو أولى منهم . أما أبناء بنات البنات فهم في مرتبة متأخرة عما ذكر لأنهم من ذوي الأرحام وليسوا من ذوي الفروض أو العصبات .

ولذلك كان على المشرع أن يحدد المقصود بالأحفاذ في النص على أنهم أبناء بنات الابن وإن نزل . أما أبناء بنات البنات فهم في الحقيقة من ذوي الأرحام ، أي من عائلة أخرى وإن

كانوا يدلون للميت بواسطة البنت لكن قرابتهم أبعد من قرابة أبناء وبنات الأبناء ، فهم بهذا قد ينتقل إليهم الميراث إذا لم يوجد من هو أولى منهم (حالة توريث ذوي الأرحام).

والحقيقة أنه لا بد من تحديد ما إذا كان المقصود من التزويل هو إعطاء حق الوارث الذي توفي قبل أصله وهنا سوف نصطدم بأحد الشروط الأساسية في استحقاق الإرث ، حيث رأينا أنه من شروط استحقاق الإرث هو تحقق حياة الوارث عند موت المورث .

والوارث هنا قد توفي قبل مورثه وبالتالي لا شيء له ، كما أن أولاده قد لا يرثون بسبب وجود من هو أولى منهم في استحقاق الإرث وليسوا ممنوعين من الميراث .

أما إذا كان الهدف من التزويل هو عدم حرمان بعض الأقارب من أخذ شيء من التركة لأنهم قد يكونون ضعفاء أو أطفالا صغارا بالتالي نعطيمهم نصيب مورثهم لو كان حيا حتى لا يجرمون من التركة التي قد يكون مورثهم قد ساهم مساهمة كبيرة في إغناء هذا المال ، ولكن أدركه الموت قبل أصله وحال دون حصوله على الميراث ، وبهذا فإن أبناءه سوف يتأثرون حتما بهذا الحرمان .

وبالتالي نفرض لهم نصيب مورثهم ويوزع بينهم وفقا لقواعد الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، على ألا يزيد مجموع ما سوف يحصلون عليه على مقدار الثلث ، وهو ما يفهم على أن المسألة تحولت إلى وصية بحكم القانون وليس تزويلا ، لأن الوصية تكون نافذة في مقدار الثلث ، وما زاد عن الثلث يتطلب إقرار الورثة .

أما التزويل فيتطلب إعطاء الحفظة نصيب مورثهم لو كان حيا أي يتزولون مثلته ، ولكن القانون حدد لاستحقاق التزويل ضوابط من أهمها ألا تتجاوز هذه الحصة ثلث التركة وفقا للمادة 170 من قانون الأسرة .

ومن هنا فإن قانون الأسرة قد خلط بين المفهومين ، التزويل من جهة الشكل والوصية بحكم القانون من جهة المضمون . وكان عليه أن يسلك ما سلكته التشريعات العربية حيث اعتبرها وصية واجبة أو بحكم القانون .

زيادة على أن النصوص القانونية المنظمة للموضوع يجب أن تدمج ضمن أحكام الوصية وليس ضمن قواعد الميراث ، كما يجب أن يفهم على أن الوصية الواجبة أيضا تخرج عن القواعد العامة في أحكام الوصية التي هي اختيارية من حيث الأصل ولا يجبر الشخص على إعطاء أو تقرير وصية للغير إلا بإرادته ورغبته احتراما لمبدأ سلطان الإرادة الذي تعرفه الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي .

الفصل الخامس أحكام التبرعات

الفصل الخامس

أحكام التبرعات

تعتبر التبرعات واحدة من أهم المسائل التي تعرض لها قانون الأسرة الجزائري وتتضمن ثلاثة

أنواع من التبرعات وهي : الوصية والهبة والوقف .

المبحث الأول

الوصية

تعد الوصية من المسائل الهامة والمرتبطة أساسا بالميراث لقوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) وهذا بعد أن تم تحديد أنصبة المستحقين للتركة . كما أن الفقرة الثالثة من المادة 180 نصت على إخراج مقدار الوصية قبل قسمة التركة .

والوصية كما أسلفنا قد نظمها قانون الأسرة الجزائري في المواد من 184 إلى 201 . غير أن هناك بعض النصوص القانونية تحتاج إلى إضافة أو إعادة صياغة من جديد لتحقيق الانسجام مع المقصود ومن هذه النصوص نجد :

-الملاحظة الأولى ، تتعلق بالمادة 185 التي نصت على أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة .

تحدث النص القانوني هنا عن إجازة جميع الورثة للوصية وهنا لا صعوبة في الموضوع ، وإنما الصعوبة تكمن في حالة ما إذا أجاز بعضهم القسط الزائد عن الثلث دون البعض الآخر وهنا يقتضي الحكم أن يسري في حق من وافق . أما من عارض القسط الزائد عن الثلث فلا تسري في حقه ، وهو أمر مهم لا بد من التعرض له حتى لا يضار الموصى له من جهة ، والورثة من جهة أخرى . حتى لا يحدث نزاع بين الورثة على مسألة الوصية .

ولهذا نقترح على المشرع إضافة فقرة أخرى لنص المادة 185 تغطي هذه الحالة ونصها:

المادة 185/3 " لا يسري ما زاد عن الثلث في حق من عارض هذه الزيادة " .

كما أن هناك مسألة هامة لا بد من مراقبتها أمام القضاء وهي كون أحد الورثة أو بعضهم عديم أو ناقص الأهلية ، وهنا لا يصح أن تكون الإجازة منهم بل لا بد أن تكون ممن ينوب عنه قانونا ، ونعتقد أن الموافقة من هذا الأخير يجب أن تخضع لمراقبة القضاء لحماية لأموال الصغار وهو ما يدعوا لإضافة فقرة رابعة للمادة المذكورة على النحو التالي :

المادة 185/4 " إذا كان أحد الورثة ناقص أو عديم الأهلية كانت الإجازة ممن ينوب عنه قانونا بعد موافقة القاضي " .

وبهذا نحقق التوازن بين الورثة ، فقد يكون من عارض الزيادة أحوج إلى هذا المال من الموصى له بما زاد عن الثلث ، بالتالي لا يتأثر نصيبه في الميراث .

-الملاحظة الثانية ، تتعلق بالمادة 187 التي نصت على صحة الوصية للحمل شريطة أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس .

والحقيقة أنه كان على المشرع أن يجعل هذه القاعدة القانونية مكتملة بمعنى يمكن للموصي أن ينص في عقد الوصية على نصيب كل واحد عند اختلاف الجنس في حالة التوأم، ومن هنا يمكن إضافة كلمة "ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية"

-الملاحظة الثالثة ، تتعلق بالمادة 189 التي تنص على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي .

من المؤكد أن أغلب التشريعات العربية قد أقرت الوصية مطلقا لغير الوارث والوارث بنفس الضوابط المقررة، لأن الهدف من الوصية هو التبرع للموصي له حتى وإن كان يحمل صفة السوارث. فقد يرى الموصي أن هذا الوارث لا يحصل إلا على القليل بحكم الميراث بالتالي يريد أن يستكمل له ما نقص بالوصية ، وهو أمر له مطلق الحرية بالتصرف في ماله في الحدود المرسومة شرعا وقانونا. إلا أن النص السابق قد صيغ بطريقة يفهم منها أنها اتجهت إلى المنع من خلال عبارة "لا وصية لوارث" ، وكان الوصية بهذا التعبير صارت ممنوعة إلا بموافقة الورثة . وهذا غير مقبول لأن الوصية جائزة للوارث ولغيره ولكن في حدود الثلث ، أما ما زاد عن الثلث فيتطلب موافقة الورثة. والنص في الحقيقة لم يشر إلى هذا الحكم وبالتالي نقترح تعديل النص ليصبح كالتالي:

المادة 189 " تصح الوصية للوارث في حدود الثلث ، وما زاد عن الثلث يتطلب موافقة الورثة " . والاقترح الثاني هو إلغاء النص وتعديل نص المادة 185 سالفه الذكر بإضافة الوصية للسوارث أيضا لكي تصبح الوصية شاملة لغير الوارث وللوارث أيضا منعا لأي لبس أو غموض ، وذلك على النحو التالي : " تكون الوصية للسوارث ولغير الوارث في حدود ثلث التركة ، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة " .

-الملاحظة الرابعة ، تتعلق بالمادة 190 التي تنص على أن الوصية تشمل الأموال التي يملكها الموصي أو التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة . إلا أننا نتساءل عن الأموال التي يستحقها ذويه بعد موته كالمعاشات المختلفة التي تأتي من صندوق التقاعد أو من الجهات الأخرى ، فهل ترد عليها الوصية كما لو أوصى باقتطاع مبلغ شهري من هذا المعاش إلى شخص معين ؟.

لا شك أن دراسة هذه المسألة من الأهمية بمكان فقد لا يكون للموصي من أموال سوى المعاش الذي يتقاضاه ، وبالتالي أراد أن يوصي بجزء منه إلى الغير من باب البر والتبرع . وبالتالي نعتقد أن الوصية هنا صحيحة ، ومع ذلك ومنعا لأي غموض لأنه لا يوجد نص صريح في المسألة الأمر الذي يجعلنا نقترح إضافة فقرة ثانية للمادة 190 سالفه الذكر لتشمل الوصية بالمرتبات أو المعاشات . على ألا يتجاوز المقدار الموصى به ثلث المرتب .

و بهذا الحكم يمكن لكل شخص أن يوصي وخصوصا لأقاربه المحتاجين الذين ليس لهم الحق في الميراث من باب الإحسان إلى الأقارب أو إلى إي شخص في حاجة إلى هذه المساعدة كالتامى والأرامل المحتاجين وما أكثرهم في هذا الزمان .

والصيغة المقترحة تكون كالتالي :

المادة 1/190 للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة
2/ كما يجوز للموصي أن يوصي بجزء من مرتبه أو معاشه بعد وفاته في حدود الثلث .

- الملاحظة الخامسة ، تتعلق بالمادة 194 حيث نصت على أنه إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما . وهو ما يفهم من النص على أن الوصية تقسم بينهما بالتساوي في هذه الحالة ، وكان يمكن إضافة كلمة ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية وخصوصا مع اختلاف جنس الموصى إليهم ، أي لا يمكن التسوية بينهما في الوصية عندما يتم تحديد النسبة من الموصي .

والحكم الذي أتى به النص قد يصعب تطبيقه في بعض الحالات فمثلا لو أوصى لشخص بثلث ماله ، ثم أوصى لآخر بسدس ماله فكيف يكون الموصى به لهما مشتركا بينهما ، علما أن الوصيتين قد تجاوزتا معا الثلث ، وبالتالي يتطلب موافقة الورثة .

ومع الموافقة لا توجد صعوبة لأن كل موصى له يأخذ المقدار المخصص له ، أما في حالة اعتراض الورثة فيخفف مقدار الوصيتين معا إلى الثلث ، وهذا الثلث يقسم بينهما بحسب نسبة الوصية أي بنسبة الثلث إلى السدس ، أي 2 إلى 1 . فلو فرضنا أن مقدار الثلث هو 120000 د. ج فإن نصيب صاحب الثلث هو 80000 د. ج ونصيب صاحب السدس يكون 40000 د. ج .

أما النص السابق فقد قضى بالتقسيم بينهما بالسوية بصورة مطلقة ، وكان عليه التمييز بين وجود وعدم وجود النسب المحددة في الوصية .

وعليه نقترح تعديل النص على النحو التالي :

المادة 194 : إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما ما لم يحدد نصيب كل منهما

وإذا تجاوزت الوصيتين مقدار الثلث ولم يجرها الورثة خفضت الوصية إلى الثلث وتقسّم بينهما بنسبة حصة كل منهما .

- الملاحظة السادسة ، تتعلق بالمادة 195 التي تقضي بأنه إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي ، فالوصية كلها للحي منهما ، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له .

في الحقيقة أن هذا النص يتناقض في الحكم مع النص السابق في المادة 194، فمن جهة يقرر نص المادة 194 بتقسيم الوصية بينهما في حالة وجود وصيتين لشخصين، ومن جهة أخرى يعطي الوصية كلها للحي في حالة وفاة الثاني وكان المشرع عاقبه على وفاته، وكان عليه أن ينص على بطلانها بالوفاة أو استمرارها مع ورثته، لأنه مادام الموصي قد أوصى له فإنه يريد أن ينفعه بهذا المقدار، ولا يمكن حرمان ورثته منه، كما لا يمكن أن يأخذها الحي منهما خصوصا وأن الموصي لا زال على قيد الحياة. إلا إذا نص في الوصية على إعطائها كلها للحي منهما.

كذلك فإن النص منقوص في حالة ما إذا تم تحديد نصيب كل منهما وتوفي أحدهما، فإن الحي لا يستحق إلا نصيبه ولم يتحدث النص عن مصير الوصية للآخر المتوفى. والمنطق يقتضي بطلانها وعودتها للموصي أو انتقالها لورثة الموصي له المتوفى إذا نص على ذلك في الوصية أو قرر الموصي انتقالها إليهم.

ولذلك نقترح تعديل النص على النحو التالي :

المادة 195: " إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فللحي منهما نصف الوصية ما لم يتقرر إعطائها كاملة للحي .

أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له وما تبقى يعود للموصي إلا إذا قرر انتقالها لورثة الميت منهما" .

- **الملاحظة السابعة** ، تتعلق بنص المادة 196 التي تقضي بأن الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري . والحقيقة كان على المشرع أن ينص على إمكانية استمرارها مع ورثة الموصي له بعد وفاته لتحقيق المصلحة التي يكون الموصي قد قصدها .

فربما كانت الوصية له بسبب حاجته كالأرملة التي لها أولاد ضعاف ، فمن المصلحة استمرار الوصية لهم ولا تنتهي بوفاة الموصي له . إلا إذا نص في الوصية بصورة صريحة على انتهائها بوفاة الموصي له وهنا تعود المنفعة الموصي بها إلى ورثة الموصي رغم أن النص لم يشير إلى عودتها إليهم وهو ما يقتضيه الأمر .

وعليه نقترح تعديل النص على النحو التالي:

المادة 196 الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصي له ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية ، وفي حالة انتهائها تعود المنفعة لورثة الموصي .

- **الملاحظة الثامنة** ، تتعلق بالمادة 197 التي تنص على أنه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي . ولم ينص القانون على القبول في حالة كون الشخص الموصي له عديم أو ناقص

الأهلية وكان من المفروض أن يشير إلى أن القبول يكون من الموصي أو ممن ينوبه قانونا ، وخصوصا أن الوصية تعتبر من التصرفات النافعة نفعا محضا للموصى له .

ولذلك نقترح تعديل النص على النحو التالي :

المادة 197 يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي من الموصى له ، أو ممن ينوبه قانونا .

– الملاحظة التاسعة ، تتعلق بالمادة 198 التي تنص على أنه إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرفض .

هذا الحكم قد يضر بمصلحة الورثة الذين هم دون سن الرشد المدني بالتالي فإن الرفض لا يسري في حقهم ، ولا يجوز لمن ينوب عنهم قانونا أن يرفض الوصية إلا لضرورة ، خاصة وأن المصلحة تقتضي على من ينوبه قانونا أن يستلم ما يكن أن يحصل عليه من تبرعات بطريق الوصية أو غيرها .

لأن القبول يعني حصوله على وصية دون مقابل وهي من التصرفات النافعة له نفعا محضا . وعليه نقترح تعديل النص على النحو التالي :

المادة 198 إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد ، وإذا كان ممن ضمن الورثة من هو دون سن الرشد المدني جرى القبول أو الرد تحت مراقبة القضاء . والهدف من تقرير هذا الحكم هو تجنب الإضرار بالصغار بأي شكل كان .

– الملاحظة العاشرة ، تتعلق بالمادة 201 التي نصت على أنه تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، أو بردها .

وكان على المشرع أن لا يقرر البطلان من البداية بل يقرر استمرارها مع ورثة الموصى له تحقيقا للمصلحة التي ربما تقررت الوصية لأجلها من جهة الموصي وهو الأجر. ومن جهة الموصى له وهو انتقال المال منه إلى ورثته تحقيقا للمصلحة التي هي أساس الحكم . إلا إذا تقرر في الوصية بطلانها بوفاة الموصى له فهنا يجب احترام إرادة الموصي .

وعليه نقترح تعديل النص على النحو التالي:

المادة 201 تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وتبقى مسألة أخيرة والمتعلقة بالتزويل الذي نص عليه القانون في باب الميراث بالرغم من أنه ليس ميراثا وإنما هو من باب الوصية بحكم القانون وبالتالي كان على المشرع أن ينظم هذا الموضوع ضمن أحكام الوصية ويسميه وصية بحكم القانون أو وصية واجبة أسوة بالتشريعات العربية التي نظمتها ضمن أحكام الوصية .

كما يتوجب على المشرع أيضا أن يحدد المقصود بلفظ الأحفاد على أنهم أبناء وبنات الأولاد من الذكور على عمود النسب، ولا يشمل الحكم أبناء وبنات البنات لأنهم من ذوي الأرحام يأتون في مرتبة أبعد من الصنف الأول .

كما يتوجب على المشرع أيضا إعادة ترتيب الكيفية التي تقسم بها التركة في المادة 180 فينص على تقديم الوصية بحكم القانون على الوصية الاختيارية

هذه هي اغلب الملاحظات التي أردنا أن نبديها في موضوع الوصية لتحقيق الانسجام بشكل أفضل .

المبحث الثاني أحكام الهبة والوقف

تعتبر الهبة والوقف من التصرفات التي تدرج ضمن ما يعرف بنظام التبرعات التي قررتها الشريعة الإسلامية والتي تدخل في نطاق البر والإحسان. وقد نظمها قانون الأسرة من المواد 202 إلى 212 بالنسبة للهبة ، و المواد من 213 إلى 220 بالنسبة للوقف

المطلب الأول أحكام الهبة

تعرض قانون الأسرة لتعريف الهبة وعرفها في المادة 202 حيث نصت على أن الهبة تملك بلا عوض .

كما تعرض للشروط المتطلبية في الواهب والشيء الموهوب وكيفية انعقادها وبالجملة جميع الأحكام المنظمة لها .

و لن نتعرض لدراسة أحكام الهبة في هذا الباب لأننا نرى بأن هذا الموضوع وإن كان المشرع قد نظمته ضمن أحكام التبرعات في قانون الأسرة ، إلا أنه كان عليه أن ينظمه ضمن أحكام القانون المدني . لأن الهبة من التصرفات التي تنتج آثارها في الحال وهي تتعلق بالتصرف في المال ، وتنتجتها هو انتقال المال من الواهب إلى الموهوب له بصورة فورية . إلا ما خضع لإجراءات خاصة ، كهبة العقار وبعض المنقولات التي تتطلب بعض الإجراءات الخاصة .

وبالتالي فمكاتها الطبيعي هو القانون المدني ، وخصوصا أن قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية التي اطلعنا عليها كالتشريع المصري والسوري والعراقي والأردني ، لا توجد فيها أحكام الهبة . ومن هذا المنطلق نقترح إخراجها من قانون الأسرة ودمجها ضمن أحكام القانون المدني .

المطلب الثاني

أحكام الوقف

يعتبر الوقف أيضا من المواضيع التي تدرج ضمن أحكام التبرعات لأنه تصرف دون مقابل كما يبدو واضحا من تعريف القانون له في المادة 213 .

وقد نظم قانون الأسرة أحكام الوقف كما أشرنا انطلاقا من المادة 213 إلى 220 ، تعرض فيها لتعريف الوقف على أنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق ، وهو بهذا يعتبر صورة من صور التبرع .

كما نظم شروط الواقف من حيث الأهلية وملكيته للمال ، وعموما كل ما يتعلق بالمال الذي يقع عليه الوقف .

ونظرا لأن الوقف يتعلق بحبس المال عن التملك لصالح الغير فهو يندرج ضمن التصرفات المالية الناقلة للملكية وإن كان يمكن الاحتفاظ بمنفعة الشيء مدة حياته ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى وبصدور قانون الوقف أصبح موضوع الوقف موزعا بين قانونين الأول قانون الأسرة الصادر سنة 1984 ، والثاني قانون الوقف (1) الصادر سنة 1991 والذي يتضمن 50 مادة .

وهو أمر لا يستقيم من الناحية القانونية والعملية ، فكان لا بد من دمج القانونين معا في جهة واحدة . ونقترح إخراج أحكام الوقف من قانون الأسرة ودمجها في قانون الوقف المشار إليه ليصبح قانون مستقل بذاته .

وبهذا نكون قد اقترحنا إخراج موضوعين من قانون الأسرة وهما أحكام الهبة ودمجها ضمن القانون المدني وأحكام الوقف ودمجها ضمن قانون الوقف .

أما موضوع الوصية فبالرغم من أنه يدخل أيضا ضمن التبرعات حيث نظمه المشرع ضمن أحكام التبرعات مع الهبة والوقف إلا أننا نقترح الإبقاء عليه ضمن قانون الأسرة لارتباط موضوع الوصية بأحكام الميراث ، لأن الآيات الدالة على أحكام الميراث قد دجت بين الميراث والوصية بعد أن حددت المقادير في الميراث ، بدليل قوله تعالى " من بعد وصية يوصي بها أو دين " أي لا بد قبل قسمة التركة من مراعاة الدين والوصية .

(1) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف ، الجريدة الرسمية عدد 21.

الخطبة

بعد دراستنا لأحكام قانون الأسرة من خلال المحاور الأساسية للموضوع توصلنا إلى النتائج

التالية:

أولاً: شرحنا في مقدمة الموضوع أهم المفاهيم و المصطلحات التي شملتها الدراسة و تحديد مضمونها وطبيعتها، وهو أمر مهم في دراسة أي موضوع.

ثانياً: توصلنا من خلال دراسة الباب التمهيدي بعنوان مصادر قانون الأسرة الجزائري إلا أن هذا القانون مستمد حقيقة من أحكام الشريعة الإسلامية بما يحمله هذا المصطلح من معنى واسع يضم العديد من المصادر المعروفة في الفقه الإسلامي والتي اعتمد عليها المشرع في الصياغة القانونية للنصوص، واستخرجنا جملة من الأمثلة الدالة على ذلك، وبهذا نكون قد أجبنا على التساؤل المطروح في المقدمة عن مدى علاقة قانون الأسرة بأحكام الشريعة الإسلامية. فوجدنا أغلب النصوص القانونية مستمدة من أحكام القرآن الكريم وكذا السنة النبوية والإجماع والقياس بالنسبة للمصادر الأصلية.

كذلك وجدنا أغلب النصوص القانونية مستمدة من المصادر التبعية المعروفة في علم أصول الفقه و هي المصالح المرسلة و العرف والاستصحاب.

بالإضافة إلى أحد أهم المواضيع التي استقى القانون منه جانباً هاماً من النصوص القانونية وهو الفقه الإسلامي، أي الآراء الاجتهادية التي توصل إليها فقهاء الشريعة الإسلامية دون التقيّد بمذهب معين. واستخرجنا جملة من النصوص القانونية في هذا المجال.

ثالثاً: تطرقنا في الباب الأول إلى الأحكام الثابتة في قانون الأسرة الجزائري أي إلى أهم المواضيع التي تضمنها القانون و التي تعتبر من المسائل الهامة والضرورية في القانون، و حاولنا دراستها والتعرف على طبيعتها لنصل في النهاية إلى تقرير ما إذا كانت من المسائل المستقرة في القانون أم لا؟ .

وتوصلنا إلى أن هناك بعض المواضيع ثابتة من حيث النصوص الشرعية. لكنها ليست ملزمة من حيث التطبيق كموضوع الخطبة في الزواج إذ وردت النصوص الشرعية على حكمها. لكن توصلنا إلى أنها ليست أمراً مفروضاً في كل زواج، بل أن الزواج إذا تم دون أن يمر عبر الخطبة فهو صحيح إذا استجمع الأركان اللازمة لانعقاده. ومع ذلك استبقينا هذا الموضوع ضمن القانون لأهمية الخطبة باعتبارها من المراحل التمهيديّة لعقد الزواج.

كذلك توصلنا إلى أن هناك مواضيع أساسية لابد أن تستقر في القانون كموضوع الزواج والطلاق وما يترتب عنهما من أحكام، باعتبارهما عنصران جوهريان في موضوع الأسرة، وكذلك موضوع الميراث الذي يعد طريقا شرعيا لاستخلاف المال بعد الوفاة، بالإضافة إلى موضوع النيابة الشرعية وما يتضمنه من أحكام هامة تعرضنا لها بالدراسة من خلال الولاية على النفس والمال. وأهنا هذا الباب بموضوع الوصية بحكم ارتباطها بموضوع الميراث، لأن النصوص الشرعية قد ربطت بين الميراث والوصية، لذلك استبقيناها ضمن قانون الأسرة.

رابعا: و تعرضنا في الباب الثاني إلى الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري من زاويتين الزاوية الأولى: معالجة النصوص القانونية التي رأينا بأن المشرع أخطأ في صياغتها من حيث الشكل

و المضمون واقترحنا صياغة بديلة لإزالة الخطأ أو الغموض، كما أننا في العديد من المواضيع اقترحنا إضافة جملة من النصوص تكملة لما رأيناه ناقصا في مواضيع متفرقة من القانون مع تبيان الأسباب الموجبة لذلك.

وقد شملت هذه الدراسة جل الأحكام الموجودة في قانون الأسرة بدءا بأحكام الخطبة، ثم موضوع أركان الزواج و الحقوق الزوجية وأحكام الطلاق والنسب والحضانة، وأحكام النيابة الشرعية وأحكام الميراث و الوصية. و قمنا بمعالجة ما يقرب من ستين (60) مادة في القانون. وكان هدفنا من هذه الدراسة هو إخراج هذا القانون في قالب سليم ومتناسق من حيث الشكل و المضمون، وسد الثغرات والهفوات الموجودة فيه، والتي تترك آثارا سلبية على حياة الأسرة، وقد توخينا في دراستنا هذه الموضوعية في الطرح والتحليل وحاولنا ربط الاقتراحات المقدمة بالواقع الذي تعيشه الأسرة الجزائرية مع الحفاظ طبعاً على الثوابت الشرعية باعتبارها من مقومات هذا المجتمع المسلم.

الزاوية الثانية: تتعلق بالمواضيع التي تضمنها قانون الأسرة و التي توصلنا في دراستنا إلى اقتراح إخراجها من هذا القانون ليس لعدم أهميتها، وإنما لأن مكانها الطبيعي ليس في قانون الأسرة، وإنما في قوانين أخرى موجودة كموضوع الهبة، والتي اقترحنا أن يدرج ضمن القانون المدني باعتبار الهبة من التصرفات المالية على غرار باقي التشريعات العربية التي نظمتها ضمن القانون المدني.

كذلك الأمر في موضوع الوقف لأنه أصبح الآن موزعا بين أحكام قانون الأسرة و قانون آخر هو قانون الوقف الصادر سنة 1991 وهو أمر كما قلنا لا يستقيم، ولذلك اقترحنا إخراجها من قانون الأسرة ليصبح قانونا مستقلا بذاته.

خامسا: لاحظنا غياب الطابع الجزائري في قانون الأسرة مما يجعله محل انتقاد، و لذلك حاولنا اقتراح إدخال بعض الأحكام الجزائرية على بعض النصوص التي رأيناها مهمة حتى نضمن تطبيقها من الأفراد بشكل سليم.

سادسا: إضافة إلى كل ذلك نقترح في المقام الأخير أن يتضمن قانون الأسرة الشق الإجرائي المتعلق بالدعاوى و النزاعات الأسرية و كذا تأسيس المحاكم الشرعية المختصة بالفصل في دعاوى الأحوال الشخصية و إسناد قضايا الأحوال الشخصية لقضاة شرعيين يتولون مهام الفصل في قضايا الأحوال الشخصية. و الهدف من ذلك كله هو تبسيط إجراءات التقاضي في مجال الأحوال الشخصية و الوصول إلى نتائج موضوعية تحافظ على توازن الأسرة و تماسكها.

هذه هي المقترحات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لمجمل المواضيع في قانون الأسرة . و الحقيقة أن موضوع الأسرة أكبر من أن يحصر في هذه الصفحات و السطور المتواضعة و لا أدعي بأنني وفيت هذا الموضوع حقه لأن علمائنا رحمة الله عليهم كتبوا في هذا الباب مصنفات و كتب و مجلدات يعجز الإنسان عن استيعابها ، لكنني حاولت قدر استطاعتي دراسة هذا الموضوع من خلال ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري بالدرجة الأولى، و ما هو منصوص عليه في قوانين بعض البلاد العربية على سبيل المقارنة . و قد كانت هذه الدراسة في اعتقادي مبنية على أساس موضوعي بعيدة عن استعمال العواطف و التجاذبات السياسية التي ساءت كثيرا لهذا القانون الهام . و الله الموفق و الهادي إلى سواء السبيل.

قائمة المراجع و المصادر العلمية المعتمدة في البحث

-القرآن الكريم

المؤلفات في أصول الفقه:

- الإمام محمد أبو زهرة ،أصول الفقه ، دار الفكر العربي القاهرة ، بدون سنة إصدار.
- د/عبد الكريم زيدان ، الوجيز في أصول الفقه ، مؤسسة الرسالة1987.
- الشيخ محمد الأمين بن المختار الشنقيطي ، مذكرة أصول الفقه ،الدار السلفية الجزائر ، بدون سنة إصدار.
- الشيخ محمد بن صالح بن عثمان ، الأصول من علم الأصول ،الدار السلفية الجزائر، بدون سنة إصدار.
- عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه.، دار القلم 1982 .
- عبد الوهاب خلاق ، علم أصول الفقه ، دار القلم.بدون سنة إصدار.
- د/محمود محمد الطنطاوي ،أصول الفقه الإسلامي ، مكتبة النهضة المصرية 1984.
- الشيخ محمد عبيد الله الاسعدي،الموجز في أصول الفقه ،دار السلام 1990
- د/عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ،مؤسسة الرسالة 1986
- د/يوسف القرضاوي ،مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية،مكتبة وهبة 1990.
- د/محمد إبراهيم الحفناوي ،نظرات في أدلة التشريع المختلف فيها، دار البشير للثقافة والعلوم الإسلامية 1986
- د/بلحاج العربي، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي. ، ديوان المطبوعات الجامعية 1992 .
- مصطفى أحمد الزرقاء،الاستصلاح والمصالح المرسله،دار القانون دمشق 1988.
- *المؤلفات في الأحوال الشخصية**
- الشيخ علي الخفيف ،أحكام المعاملات الشرعية،دار الفكر العربي.
- أحمد إبراهيم بك ،المعاملات الشرعية المالية،دار الأنصار1936.
- فتحي أحمد صافي،التعليقات المرضية في الأحوال الشخصية،مطبعة الكتاب العربي دمشق 1992.
- د/عبد الرحمان الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج1(الزواج وأثاره) منشورات جامعة دمشق 1995.

- د/عبد الرحمان الصابوني ،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ج2(الطلاق و آثاره) ، منشورات جامعة دمشق 1993.
- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة مضر ، بدون سنة إصدار.
- فريد فيتان ،شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ،دار واسط لندن 1986.
- د/أحمد الحجى الكردي ،الأحوال الشخصية(الأهلية النيابة الشرعية،الوصية،الوقف،التركات.) منشورات جامعة دمشق 1997.
- د/عبد الفتاح كبارة ،الزواج المدني ومشروع قانون الأحوال الشخصية اللبناني،دار النفائس 1998.
- هلال يوسف إبراهيم ،موسوعة الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين من المصريين والأجانب. دار المطبوعة الجامعية الإسكندرية 1994.
- د/مصطفى السباعي ،الأحوال الشخصية (في الأهلية والوصية والتركات) مطبعة جامعة دمشق الطبعة 3 /1970.
- د/أحمد فراح حسين ،أحكام الأسرة في الإسلام ،الدار الجامعية 1991جامعة بيروت.
- د/محمد كمال الدين إمام ،في الصياغة التشريعية دراسة لبعض أحكام الأسرة،دار المطبوعات الجامعية جامعة الإسكندرية 1997.
- د/بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة،ديوان المطبوعات الجامعية ج1(الزواج و الطلاق) 1994.
- د. أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت 1982.
- محمد حدة،التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية،دار الطباعة الأوراسية 1982.
- د/محمد علي الصابوني المواريث في الشريعة الإسلامية.مكتبة رحاب الجزائر. 1990.
- د/محي الدين عبد الحميد ،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية. دار الكتاب العربي الطبعة الأولى 1984.
- د/مصطفى شلي ، أحكام الأسرة في الإسلام ،الطبعة الرابعة ،الدار الجامعية ، بيروت لبنان 1983.
- الشيخ زكريا البري،الوسيط في أحكام التركات و المواريث ،الطبعة الرابعة،دار النهضة العربية 1979.
- د/هشام قبلان ،الوصية الواجبة في الإسلام ،مكتبة الفكر الجامعي، بيروت، الطبعة الأولى 1981 .

-د/محمد محمد فرحات ، أحكام التركات والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون
مكتبة الرسالة الدولية للطباعة القاهرة 2001/2000.

-د/أحمد نصر الجندي ، الحضارة في الشرع والقانون ، دار الكتب القانونية . مصر 1993.

-د/بدران أبو العينين بدران المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية والقانون ،
مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية ، بدون سنة إصدار.

كتب الحديث و الفقه:

-صحيح البخاري، ج09 . دار الفكر العربي القاهرة 1981.

-ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، تحقيق محب الدين الخطيب، ج09 الطبعة
الأولى ، دار الريان للتراث القاهرة 1987.

-صحيح مسلم بشرح النووي ، ج1 ، ج2 ، دار إحياء التراث العربي 1972.

-موطأ الإمام مالك ، ج2 ، دار النفائس بيروت 1982.

-مسند الإمام أحمد ، ج6 ، المكتب الإسلامي بيروت لبنان ، الطبعة الرابعة 1983.

-جامع الأصول لابن الأثير ، ج11 ، الطبعة الثانية، 1393هجري .

-الإمام الشاطبي ، الموافقات ، ج03 ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، بدون سنة إصدار.

-الآمدي ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج1 و ج2 ، تحقيق رشيد الجميلي ، دار الكتاب العربي
1984

-الشوكاني ، نيل الأوطار ، ج06 ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي .مصر ، بدون سنة إصدار.

-أصول السرخسي ، ج2 ، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان 1993 ، ص118

-ابن القيم الجوزية ، أعلام الموقعين ، ج02 ، دار الجليل ، بيروت لبنان ، بدون سنة إصدار.

-المستصفي ، الغزالي ، ج01 ، تحقيق د. محمد سليمان الأشقر ، مؤسسة الرسالة ، بيروت
لبنان 1997.

-مجموعة رسائل بن عابدين ، ج02 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، بدون سنة إصدار.

-المعز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، ج01 ، دار المعرفة بيروت لبنان ، بدون
سنة إصدار .

-ابن القيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج05 ، دار الريان للتراث 1987

-ابن جزى ، القوانين الفقهية ، دار الكتاب العربي ، بيروت لبنان ، 1984.

-عبد الله محمد بن فرج المالكي ، أقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم ، دار القلم ، بيروت ، الطبعة
الأولى 1987.

- الكساني، بدائع الصنائع ، ج03 ، الطبعة الأولى ، مطبعة الجمالية بمصر ، بدون سنة إصدار.
- ابن تيمية ،الفتاوى الكبرى، دار الريان للتراث.القاهرة ج05 سنة1988.
- عبد الرحمان الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة، دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الثالثة. بدون سنة.

-ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ج02. الطبعة الثامنة ، دار المعرفة بيروت لبنان 1986.

الكتب القانونية والمجلات:

- د/عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ج01 ، دار إحياء التراث العربي،بيروت لبنان 1970.
- د/إبراهيم الخليلي ، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية1992.
- مجلة الحقوق،جامعة الكويت،السنة العشرون،العدد الأولى إلى الرابع سنة 1996.
- مجلة المحاماة الشرعية،العدد الأول،السنة الثانية،القاهرة.
- المجلة القضائية(اجتهادات المحكمة العليا في الجزائر)،عدد خاص سنة2001.

القوانين:

- الدستور الجزائري 1996 المعدل.
- قانون الأسرة الجزائري الصادر سنة 1984.
- قانون الحالة المدنية الجزائري الصادر سنة1970 وتعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية المصري الصادر سنة 1920 و تعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1951 و تعديلاته.
- قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 و تعديلاته.
- مدونة الأحوال الشخصية المغربية الباردة سنة1957.
- مجلة الأحكام العدلية التونسية الصادرة سنة 1956.

فهرس الموضوعات

المقدمة:

ص 1-3.

الباب التمهيدي: مصادر قانون الأسرة الجزائري

ص 4-74.

الفصل الأول: تحديد بعض المفاهيم والمصطلحات القانونية و الشرعية ص 5-15.

المبحث الأول: مفهوم قانون الأحوال الشخصية

ص 6-10.

المبحث الثاني: تحديد مصطلح الشريعة و مصادرها

ص 11-12.

المبحث الثالث: تحديد مصطلح مصادر قانون الأسرة

ص 13-14.

المبحث الرابع: تحديد مصطلح الأحكام الثابتة والمتغيرة

ص 15.

الفصل الثاني: المصادر الأصلية

ص 16-40.

المبحث الأول: القرآن الكريم

ص 17-26.

المبحث الثاني: السنة النبوية

ص 27-33.

المبحث الثالث: الإجماع

ص 34-37.

المبحث الرابع: القياس

ص 38-40.

الفصل الثالث: المصادر التبعية لقانون الأسرة الجزائري

ص 41-74.

المبحث الأول: المصالح المرسلة

ص 42-47.

المبحث الثاني: العرف

ص 48-52.

المبحث الثالث: الاستصحاب

ص 53-56.

المبحث الرابع: الاجتهاد الفقهي

ص 57-74.

الباب الأول: الأحكام الثابتة في قانون الأسرة الجزائري

ص 75-190.

الفصل الأول: في أحكام الزواج و آثاره

ص 77-133.

المبحث الأول: الخطبة في الزواج

ص 78-82.

المبحث الثاني: عقد الزواج

ص 83-117.

المبحث الثالث: آثار الزواج

ص 118-133.

الفصل الثاني: أحكام الطلاق

ص 134-156.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق

ص 135-137.

ص 138-149.	المبحث الثاني: أقسام وطرق الطلاق
ص 150-156.	المبحث الثالث: آثار الطلاق
ص 157-167.	الفصل الثالث: أحكام النيابة الشرعية
ص 158-160.	المبحث الأول: أحكام الأهلية
ص 161-167.	المبحث الثاني: أحكام الولاية و الوصاية على النفس و المال
ص 168-190.	الفصل الرابع: أحكام الميراث
ص 169-172.	المبحث الأول: الأحكام العامة في الميراث
ص 173-177.	المبحث الثاني: أصناف الورثة
ص 178-183.	الفصل الخامس: أحكام التبرعات (الوصية)
ص 179-183.	المبحث الأول: الوصية
ص 184-276.	الباب الثاني: الأحكام المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري
ص 185-279.	الفصل الأول: الأحكام المتغيرة في الزواج
ص 186-194.	المبحث الأول: أحكام الخطبة
ص 195-206.	المبحث الثاني: انعقاد الزواج
ص 207-212.	المبحث الثالث: الآثار المترتبة عن الزواج
ص 213-254.	الفصل الثاني: الأحكام المتغيرة في الطلاق
ص 214-235.	المبحث الأول: طرق الطلاق
ص 236-254.	المبحث الثاني: آثار الطلاق
ص 255-261.	الفصل الثالث: النيابة الشرعية
ص 256-257.	المبحث الأول: الأهلية
ص 258-259.	المبحث الثاني: أحكام الغائب و المفقود
ص 260-261.	المبحث الثالث: أحكام الكفالة
ص 262-268.	الفصل الرابع: أحكام الميراث
ص 263-265.	المبحث الأول: في الأحكام العامة في الميراث
ص 266.	المبحث الثاني: في أصناف الورثة
ص 267-268.	المبحث الثالث: التزويل (الوصية الواجبة)

الفصل الخامس: أحكام التبرعات

المبحث الأول: الوصية

المبحث الثاني: أحكام الهبة والوقف

الخاتمة

ص 269-276.

ص 270-275.

ص 276-277.

ص 278-280.