

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية  
- قسنطينة -

قسم الشريعة والقانون  
- دراسات عليا -

كلية الشريعة والاقتصاد  
الرقم التسلسلي: ...  
رقم التسجيل: ...

## التجديد في مباحث الأحوال الشخصية

في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون  
تخصص: الأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:  
سعاد سطحي

إعداد الباحث:  
مسعود هلاي

لجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بلقاسم شتوان
مشرفا ومقرا	جامعة الأمير عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ سعاد سطحي
عضوا مناقشا	جامعة الحاج لخضر-باتنة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ مسعود فلوسي
عضوا مناقشا	جامعة قسنطينة 03	أستاذ محاضر	د/ سامي حملة
عضوا مناقشا	جامعة جيجل	أستاذ محاضر	د/ مراد كاملي

السنة الجامعية السنة الجامعية: 1434-1435هـ / 2013-2014م

جامعة الأمير عبد القادر العظم الإسلامي

# المقدمة

إنَّ الحمد لله تعالى نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتدي، ومن يضل فلن تجد له وليا مرشدا.

الحمد لله: ﴿الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا مِنْهُمْ يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِهِ وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ وَإِنْ كَانُوا مِنْ قَبْلُ لَفِي ضَلَالٍ مُبِينٍ﴾<sup>1</sup>، والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا وقدوتنا محمد بن عبد الله خاتم النبيين وإمام المرسلين، أرسله الله على حين فترة من الرسل حين طبقت الجاهلية الأرض فعم الفساد القول والعمل: "فهدى الله به إلى أقوم الطرق، وأوضح السبل، فهدى به من الضلالة، وعلم به من الجهالة وكثر به بعد القلة، وأعز به بعد الذلة، وأغنى به بعد العيلة وبصر به من العمى، وحذر به من الردى، وفتح برسالته أعينا عميا، وأذانا صمًا، وقلوبا غلغا فبلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة وجاهد في الله حق جهاده وعبد الله حتى أتاه اليقين، فلم يدع خيرا إلا ودل أمته عليه، ولا شرا إلا وحذر منه ونهى عن سلوك الطريق الموصلة إليه، ففتح القلوب بالإيمان والقرآن، وجاهد أعداء الله باليد واللسان، فدعا إلى الله على بصيرة وسار في الأمة بالعدل والإحسان وخلقه العظيم، أعظم سيرة إلى أن أشرفت برسالته الأرض بعد ظلماتها، وتألقت به القلوب بعد شتاتها، وسارت دعوته سيرة الشمس في الأفطار وبلغ دينه ما بلغ الليل والنهار"<sup>2</sup>، فكانت رسالته التي أرسل بها: شريعة رحمة للعالمين وهداية للناس أجمعين، ولا تزال بفضل الله ومته منهلا فياضا، وموردا عذبا زلالا، تتجدد الحاجة إليها يوما بعد يوم يفيء الناس إليها، ويحتمون بحماها كلما ذاقوا مرارة غيرها من الأفكار المنحرفة والمذاهب الهدامة، والتشريعات المعتلة المخطئة، فيجدون فيها- أي الشريعة الإسلامية- دواء أدوائهم، وشفاء أسقامهم، وسعادة حياتهم. ولكم حاول أعداء الإسلام أن ينالوا من هذه الشريعة ويصرفوا الناس عنها ويطفؤوا نورها: ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ بِأَفْوَاهِهِمْ وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا أَنْ يُتِمَّ نُورَهُ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ﴾<sup>3</sup>. فباءت محاولاتهم بالفشل: ﴿وَرَدَّ اللَّهُ الَّذِينَ كَفَرُوا بِغَيْظِهِمْ لَمْ يَنَالُوا خَيْرًا﴾<sup>4</sup>، ولم ينقص من قدر الشريعة ادعاءاتهم، ولم يضرها شيئا افتراءاتهم، بل، ضرروا أنفسهم، وكان لسان حالهم كما قال الناظم<sup>5</sup>:

كناطح صخر يوما ليوهنها \*\*\*\* فلم يضرها وأوهى قرنه الوعل

وبقيت شريعة الله في عليائها وسؤدها، عزها ومجدها، ثابتة الأركان، محكمة البيان، دائمة العطاء:

<sup>1</sup> سورة الجمعة: الآية 02.

<sup>2</sup> اقتباس من مقدمة كتاب: طريق المهجرتين وباب السعادتين، ابن قيم الجوزية.

<sup>3</sup> سورة التوبة: الآية 32.

<sup>4</sup> سورة الأحزاب: الآية 35.

<sup>5</sup> ديوان الأعشى، ص 134.

﴿ كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ تُؤْتِي أَكْلَهَا كُلَّ حِينٍ بِإِذْنِ رَبِّهَا ﴾<sup>1</sup>. بل نجد الشارع الحكيم حث على دراسة وتعلم هذه الشريعة، وجعل أفضل ما يتغنى من العلوم التفقه في الدين، فقال ﴿ وَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ ﴾<sup>2</sup>. وقال ﷺ: " من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين."<sup>3</sup>

إذ بالفقه يعرف المسلم قدر وحق خالقه ﷻ وحقوقه وواجباته، وما به صلاح أمره في دينه ودنياه وحياته ومعاده، وعباداته ومعاملاته، وخلوته وخلطته، ذلك أن الإسلام دين شامل، ويحكم كل صغيرة وكبيرة في حياة المسلم، يحكم في الأنشطة كافة، والله ﷻ يحكم في كل ما يأتيه المكلف وما يدعه؛ في أخلاقه وسلوكه، وعلاقته بربه وبالناس...

وإنما يعرف هذه الأحكام أولوا العلم والفقه، كما قال ﷻ: ﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ﴾<sup>4</sup>. ومن بين فروع هذا العلم الجليل، فرع عنى بضبط الحقوق والواجبات في ظل علاقة من أسمى وأوثق العلاقات الكونية بين بني الإنس، إنَّها العلاقة الأسرية - التي وصفها القرآن الكريم بأنَّها: ﴿ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾<sup>5</sup> - التي أحاطها الشارع الحكيم بسياج من الرعاية والاعتناء، والاعتناء، ذلك أنه ولما كان من أهدافه الأصيلية بناء مجتمع سليم يعيش فيه الناس على قدر من السعادة فقد عنى بشؤون الأسرة، وحرص على أدائها لوظائفها، فخلق الله ﷻ الإنسان من تراب، وجعل منه الذكر والأنثى، وسنَّ لهما الزواج، وجعل بين الزوجين مودة ورحمة لتستقيم الحياة الزوجية بين الجانبين على وجه تقوم به لبني الإنسان الخلافة في الأرض، قال تعالى: ﴿ وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ ﴾<sup>6</sup> - أي بالتوالد والتكاثر.

وقال ﷻ: ﴿ وَمِن آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾<sup>7</sup>.

غير أن الحياة الزوجية التي يلزم بناؤها على المودة والرحمة والدوام والثبات، قد يطرأ عليها ما يعكس صفوها بين الزوجين، وينهض من الدواعي ما يفضي إلى الانفصام وانقطاع الترابط، فتحصل الفرقة بين الجانبين، فتعقبها المرحلة النهائية الحاسمة وهي فك وانحلال العلاقة الزوجية، لتظهر آثار هذه المرحلة تباعا

<sup>1</sup> سورة إبراهيم: الآية 42، 43.

<sup>2</sup> سورة التوبة: الآية 122.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب العلم، باب من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين، ص 19.

<sup>4</sup> سورة النساء: الآية 83.

<sup>5</sup> سورة النساء: الآية 21.

<sup>6</sup> سورة الروم: الآية 20.

<sup>7</sup> سورة الروم: الآية 21.

إلى أن يستوفي كل جانب من جوانبها حقّه المنظّم والمحدّد في شريعة الله سلفاً. هذه الشريعة الّتي رضيها المولى تبارك وتعالى خاتمة لشرائعه، وخصّها بالعموم والإستمرار، وحبّاهما البقاء والإستقرار، فأودع فيها من الحكم والمقاصد والفوائد ما يصلح للناس ويصلحهم في كل زمان ومكان، فكانت تلك الحكم والمقاصد والفوائد محلّ درس الفقهاء المحققين، ونظر العلماء المدقّقين الذين فهموا نصوص الشريعة واستوعبوا دلالاتها، فلا يزالون يغوصون في أسرارها ويستخرجون مكنون كنوزها حتّى استكملوا بناء أحكام وقواعد فقه الأحوال الشخصية- على أن لا يفهم من هذا الاستكمال في بناء أحكام وقواعد هذا المجال من الفقه بأنّه إغلاق باب الاجتهاد والتجديد فيه، بل، العكس. ذلك أنّ البحث في قضايا الأحوال الشخصية وأحكامها، كان ولا يزال من الموضوعات الفقهية المتجددة في بعض مسائلها الجزئية- أو الفرعية- تبعاً لتجدّد الوقائع والحوادث، وتغيّر الظروف والأحوال، لما تشهده الحياة المعاصرة من تطوّر في مختلف المجالات- طبعاً مع الأخذ بالحسبان مراعاة الضوابط والأسس الشرعية في مدى الأخذ بفكرة القابلية للتطور والتجديد من جهة. وكذا فكرة ما يقبل التطور والتجديد إذا ثبت التسليم بذلك في دائرة الأحوال الشخصية.

فقد رسم السادة العلماء معالم وضوابط تكون حاكمة لأيّ مسعى تجديدي داخل المنظومة الإسلامية في أبعادها الثلاث: العقيدة، الفقه والأخلاق.

لكن، إذا كان هذا هو حال المنظومة الإسلامية وتصوّرها أو فلسفتها الجملة- ومنها نظام الأحوال الشخصية- فما هو مسلك التشريع الوضعي في الجزائر وفلسفته اتّجاه ذات النظام فيما يخص فكرة التطوير والتجديد؟

إنّه، وإن كانت البلاد العربية والإسلامية تتجهّد في صياغة تشريعاتها في مجال الأحوال الشخصية فإنّها متأثرة حتماً بواقع التحولات العالمية المختلفة، والّتي تدور في مجملها حول فكرة أو محور: "الارتقاء بالمرأة وتفعيل دورها في مختلف المجالات؛ السياسية، الاجتماعية الثقافية، الصحية... بغرض اكتسابها لحقوقها وعلى رأسها: المساواة بالرجل انطلاقاً ممّا تمليه وتفرضه القوانين والمواثيق الدولية أو العالمية<sup>1</sup> - فكراً ومنهجاً- وليس من منطلق ما تمليه الشريعة الإسلامية الغراء، الّتي تجعل من علاقة المرأة والرجل في ظلّ العلاقة الزوجية مجرد آلية لإدارة المؤسسة الأسرية يطلق عليها: "القوامة"، والّتي هي في حقيقتها تكليف بمسؤولية من شأنها إذا ما أحسن استعمالها؛ صون وحماية المرأة أيّاً كانت صفاتها ومكانتها. وهو الأمر أو العامل الذي-نحسب- أنّ المشرع في هذه البلاد عمد على أساسه- وربما لأجله - إلى ابتكار حلول تشريعية

<sup>1</sup> لأنّه يفترض فينا كأكاديميين أن نتمييز بين مصطلحي: الدولي، والعالمي. فالأول: يستعمل متى كان اتفاق أو معاهدة بين دولتين فأكثر تدخل فيه هذه الأطراف بصفة التوازن والتكافؤ أو ما يطلق عليها: التساوي في المرتبة. أمّا الثاني: فإنّه يطلق في حالة كون الأطراف التي تدخل في اتفاق أو معاهدة من غير تكافؤ وتساوي في المرتبة، وهي أقرب إلى اصطلاح وفكرة: عقود الإذعان في القوانين الداخلية.

تصوب إلى التوفيق بين توجيهات الشريعة الإسلامية، وبين المعالجة القانونية لمثل هذه الأوضاع في مجال الأحوال الشخصية. إلا أن هذه النظرة أو الطريقة العلاجية ثبت قصورها وعجزها عن استيعاب الواقع الحركي المتسارع لنظام الأسرة في البلاد العربية والإسلامية في كثير من أحكامها التشريعية، ولعلّ مردّ هذا: الفصل بين الأصالة والمعاصرة- أو التجديد في مباحث الأحوال الشخصية- والتي مع كل أسف، لم يستفد منها المشرع الجزائري في معالجته لذات التشريع، إذ وقع في الهفوات والنقائص نفسها عبر مختلف المراحل التي شهدتها تشريع الأحوال الشخصية منذ الحقبة الاستعمارية. ذلك أنّ الجزائر واحدة من الدول التي خضع فيها هذا التشريع قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية، ورغم أن المستدمر الفرنسي عمد عن طريق سلسلة من القوانين إلى التدخل في هذا الجانب من التشريع؛ إلا أنّ محاولاته باءت بالفشل إذا ما استثنينا بعض المسائل التنظيمية الشكلية، التي استمر العمل بها على مستوى القضاء المتعلق بشؤون الأسرة بعد الاستقلال إلى أن ألغي العمل بالقوانين والتنظيمات الفرنسية بعد إصدار سلسلة من التشريعات ابتداء من: 01 جويلية 1975م والتي منها قانون الأسرة الصادر بتاريخ: 09 جوان 1984م، الذي اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية بهدف التخلص من التبعية الفكرية للنظام التشريعي الفرنسي، واستكمالاً لمقومات الشخصية الجزائرية الإسلامية. وعليه، فقد شكل صدور هذا القانون أهمية بالغة باعتباره الإطار القانوني الوحيد الذي بات بحكم العلاقات الأسرية في الجزائر رغم عديد النقائص التي اشتمل عليها، وهو أمر طبيعي قد يحدث في مختلف- إن لم نقل في كل- القوانين التي تصدر لأول مرة، ذلك أنّ الوجه الحقيقي والصورة الكاملة والواضحة لأيّ تشريع لا تظهر إلا من خلال الجوانب العملية والمتمثلة في القضايا المطروحة على الجهات القضائية المختصة، حتى يمكن عندها الحكم على هذا القانون بما له وما عليه وذلك من خلال استنباط إيجابياته وسلبياته بغية تقويمه.

وعليه، فإنّ الناظر من المتخصصين في هذا القانون بعد مضي مدة زمنية من صدوره يلحظ ظهور العديد من النقائص، التي انعكست سلبا على العلاقات الأسرية في الجزائر والتي يمكن إجمالها في قسمين:

أ- **النقائص الشكلية:** والمتمثلة أساسا في ضعف الصناعة التشريعية (الصياغة) التي صدرت فيها نصوص هذا القانون من جهة. والنقائص الإجرائية التي يتم من خلالها تحريك هذه النصوص وتفعيلها أمام الجهات القضائية المختصة أثناء مباشرة الدعوى من جهة ثانية.

ب- **النقائص الموضوعية:** وتتمثل أساسا في عدم نجاعة هذا القانون من حيث العمل على الترابط الأسري وانعكاساته السلبية على النسيج الاجتماعي للأسرة الجزائرية، فهولا يُعبّر في الحقيقة عن تراثها وواقعها وتطلعاتها، بل، إنّ لا يحافظ على المراكز القانونية لعناصر الأسرة خصوصا المرأة والطفل. فضلا عن وجود مخالفات شرعية صريحة في بعض نصوصه.

لذا، لم يلق هذا القانون الإجماع على قبوله، فقد تباينت حوله الآراء بين مؤيد ومعارض لتظهر الحاجة إلى المطالبة بتعديله و/أو تغييره- بل، إنّ ثمة من نادى بإلغائه والاكتفاء بقانون مدني فقط كما هو حال



المجتمعات الغربية التي تفتقر إلى مثل هذا النظام التشريعي - حتى يكون منسجما، تراعي فيه الجوانب القانونية، الشرعية والاجتماعية السليمة، آخذا في الحسبان التطورات أو التحولات الحاصلة في المجتمع، إن على الصعيد الاجتماعي الاقتصادي، العلمي والثقافي... تحقيقا لتطلعات ومصالح الأسرة الجزائرية وكذا مواجهة المسائل المستجدة- أو ما يعرف بفقته النوازل- في المجتمع ومعالجتها. وهو الأمر الذي استجاب له المشرع الوطني، إذ قام بتعديل هذا القانون- ابتداء: بموجب الأمر الرئاسي رقم: 02-05 المؤرخ في: 27-02-2005 م، الذي صادق عليه البرلمان بغرفتيه، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، ليصبح إنتهاء: قانونا رقم: 09-05- المؤرخ في: 04-05-2005 م- وقد أثار هذا التعديل أيضا ضجة إعلامية هائلة مذ كان مقترح تعديل، إذ جاء هو الآخر مخيبا للآمال والطموحات التي كانت تنتظر منه. إذ يرى المتخصصون من رجال القانون، وعلماء الشريعة، والمهتمون والمعتنون بشؤون الأسرة أنه: لم يرق إلى درجة كونه مُعبراً عن جزء يسير من حقيقة الأسرة الجزائرية المتميزة بخصائصها وأسسها وثوابتها؛ ذلك أنه نتاج ضغوط إيديولوجية، وبرامج سياسية، وإملاءات خارجية، لذا مرّر في ظروف جد استثنائية، فكان بالتبعية لهذه الظروف- وغيرها- عاجز عن تجاوز ورفع مجمل النقائص التي عرفها هذا الفرع التشريعي في الوقت الذي كان من الممكن أن تتحقق مختلف تلك الطموحات والأهداف المتوخاة من مختلف أطراف المجتمع الجزائري لو أُحيل مشروع التعديل للمناقشة والإثراء على مستوى هيئة مكونة من أهل التخصص؛ علماء شريعة متمكن في مجال الأحوال الشخصية، ورجال قانون بالإضافة إلى علماء من تخصصات أخرى ذات صلة بالأسرة نحو: علم الاجتماع، والعلوم الطبية، والعلوم النفسية، على أن تكون لها- أي الهيئة الإصلاحية- الحرية التامة في وضع مشروع قانون للأسرة الجزائرية، ثم تنظر السلطات التشريعية في مدى نجاعة ما تخلص إليه هذه الهيئة، وعرضه للمناقشة والإثراء، بل قد يستدعي الأمر عرض المشروع للاستفتاء العام بعد تبصير المواطنين بفحواه- على غرار ما عرفته بعض التشريعات الأخرى.

لكن الذي حصل، أنه وفي ظلّ الثراء والزخم في الأبعاد والخلفيات التي ساهمت في بعث تشريع الأسرة الجزائري، لاسيما مواطن التعديل والتجديد فيه باعتباره ذو صلة وثيقة إلى أبعد الحدود بالمجتمع وما يلابسه ويعيشه في مختلف مراحل نمائه، خصوصا في ظل المؤثرات الوطنية والدولية، وكذا في خضم المستجدات والمتغيرات الناجمة عن التطور الذي يشهده مجتمعنا، أو ما بات يعرف بـ: سلم الحراك الزمني داخل المجتمع الجزائري بأبعاده المختلفة؛ الاجتماعية، الاقتصادية، السياسية، الفكرية، العلمية وحتى الشرعية المؤثرة في هذا المجال، فقد آثرت أن يكون موضوع بحثي في هذه المرحلة من الدراسة الأكاديمية موسوما بـ:

" التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري "

## أولاً- إشكالية البحث

إنّ الناظر في مباحث الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، يلحظ وبشكل جليّ أنّها وردت مفصلة؛ لأنّ معظمها مبني على مصالح ثابتة لا تتغير، بل، ولا يريد الشارع الحكيم تغييرها إلاّ في البعض اليسير من مباحثها، فاسحا بذلك المجال رحبا للاجتهاد المشروع في هذا الحيز من العفو التفصيلي لأحكام الأحوال الشخصية. لذا، وجدنا الفقهاء اجتهدوا في هذا المجال التشريعي والتنظيمي، معتمدين في ذلك على فهمهم العميق لروح النصوص الشرعية ولمقاصد الشريعة، فلم يقفوا عند ظاهر النصوص كما لم يطلبوا البديل عند غيرهم من الأمم، مما يدلّ دلالة واضحة على أهلية هذه الشريعة للحاكمية ببعديها الزماني والمكاني، وليعلّموا خلفهم من بعدهم ضرورة التصدي للمستجدات التي لم يرد بشأنها نص بنفس تلك الروح، وليعلّموهم أيضا سلوك هذا الطريق الاجتهادي حتّى يظلّ الفقه الإسلامي-الأصيل- مرجعا ومنهجنا ناجعا، صالحا للتطبيق ما دامت الشريعة الإسلامية خالدة.

إلاّ أنّه، ولما كان التطبيق العملي للشريعة الإسلامية- أقول هذا مع كل أسف وحسرة- قد قزم وحدّد وحصر في مجال الأحوال الشخصية، ازدادت تبعا لذلك مسؤولية المتخصّصين والباحثين في هذا المجال بغرض بعث تشريع يتماشى وعامل التطور والحداثة أو المعاصرة، وأن لا يغفلوا عمّا أحدثته الحياة من قضايا بسبب التقدم الهائل للبشرية في مجالات عديدة، وبسبب التأثير بمعطيات الحياة المعاصرة، وتعدد أوضاعها وتعدد أنماطها، على أن لا يضيّعوا مع هذا الحرص على صون وحماية التراث الفقهي الأصيل- منهجا، وضوابطا ومقاصدا- وعلى أساس من هذا الإدراك الضروري لمتطلبات العصر، وعلى ضوء ما نشهده من وجود تشريع أسري جزائري، معدل ومتمم ومفسر بجملة من التنظيمات، فإنّ هذا المسلك الاجتهادي الذي أقدم عليه المشرع الوطني- رئيس الجمهورية ابتداء، والبرلمان انتهاء- لم يسلم من أن يكون محلّ جدل واسع وكبير بين مختلف أطراف المجتمع وعلى مستوى مختلف الأصعدة: القانونية الشرعية، الاجتماعية، السياسية والثقافية. فكان أن عمد الباحثون والمتخصصون من أساتذة في مجال العلوم الشرعية والقانونية في مجال الأحوال الشخصية يحلّلون وقيّمون هذا التشريع. لكن، دون الإحاطة بمختلف الجوانب والعناصر المؤثرة في بعثه على هذه الشاكلة، والمتمثلة أساسا في:

**أولاً:** الصناعة أو الصياغة التشريعية، ومدى استجابتها لتطلعات الباحثين الذين بيّنوا نقائص القانون السابق إن على المستوى الشكلي- ببعديه: البنائي والإجرائي- أو على المستوى الموضوعي- الشرعي بمعناه الواسع. **ثانياً:** مدى الاستفادة من المنظومة الفقهية- التراثية والمعاصرة- في مجال الأحوال الشخصية، وكذا مدى توافق ما ذهب إليه المشرع الوطني مع نصوص الشريعة ومقاصدها من جهة أخرى.

**ثالثاً:** مدى استفادة المشرع الجزائري من مدونات الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية التي كانت سبّاقة ورائدة في هذا المجال التشريعي، بل، والتي يمكن القول بأنّها لها تجارب جيدة يمكن الاعتماد



عليها بقصد تفعيل نصوص هذا التشريع لتكون أكثر نجاعة من الناحية العملية، بما يحقق طموحات وآمال الأسرة الجزائرية التي ما فتئت تتراجع يوما بعد يوم، وكلّ يرمي باللوم على الآخر...؟  
وعلى ضوء هذه العناصر - والتي يمكن القول أنّها تطرح نفسها وبشكل حتمي ومنطقي في كلّ جزئية من جزئيات الموضوع محل الدراسة، والتي لا ينبغي النظر إليها نظرة تجزيئية، فإنّ إشكالية البحث في موضوع: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية"، تتمثل في الإشكالية الأساسية الآتية:

\* مامدى نجاعة السياسة التشريعية التي انتهجها المشرع الجزائري في تعديله أو تجديده لمباحث الأحوال الشخصية - أو ما أطلق عليه: قانون الأسرة - الرامية إلى إقامة علاقة أسرية قوية سمتها الاستقرار والاستمرار، وغايتها الرقي إلى درجة مواجهة ومواكبة المستجدات والمتغيرات التي يشهدها المجتمع الجزائري في ظلّ المؤامرات الداخلية والخارجية، التي تترصد بالأسرة الجزائرية الأصيلة على مختلف الأصعدة: الاجتماعية، السياسية، الثقافية، العلمية...؟

\* وهل كانت هذه السياسة التشريعية مؤسّسة على الضوابط والأحكام الثابتة في الشريعة الإسلامية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية الأساسية، يقتضي الأمر تقسيمها إلى إشكاليات فرعية تتمثل في:

- ما المقصود بالتجديد في مباحث الأحوال الشخصية من حيث البناء المفاهيمي؟ على اعتبار أن: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية"؛ مركبا إضافيا يستلزم التفكيك ليتجلى المقصود به، وعليه:

\* ما المقصود بالتجديد؟

\* ما المقصود بـ: "الأحوال الشخصية"، ما هي مشتملاته، نطاقه وحدوده، وما مدى أصالته كإطلاق أو اصطلاح؟

\* ثمّ ما هي خصائصه وسماته من حيث كونه فرعاً من فروع المنظومة التشريعية؛ أي نفس الخصائص والسمات التي تعرف بها فروع القانون الخاص، أم أنّ له من الاستقلالية والتمايز عنها حظاً؟

\* ما هي الأسس و الضوابط التي ينبغي مراعاتها عند الإقدام على أية عملية تجديدية أو اجتهادية في مباحث الأحوال الشخصية؟ لاسيما في ظلّ وجود تيارات وإيديولوجيات مختلفة ومتعددة في المجتمع الجزائري والتي راحت تدعو ملحّة وبشكل صريح ومعلن إلى: تغيير وتبديل قانون الأسرة، وفق أسس وقواعد ومقاصد مخالفة - قولاً واحداً - للثابت من أحكام الشريعة الإسلامية، فضلا عن المتغير منها؟!!

\* ماهي العوامل والأسباب الداعية إلى القول بفكرة التجديد في مباحث الأحوال الشخصية وفق المنهج الشرعي، والتي كان حرياً بالمشرع الجزائري أخذها بالحسبان في مسعاه إلى تعديل أو تجديد هذا الفرع التشريعي؟

\* وأخيراً، ما هي مواطن العجز التي يمكن استخلاصها بعد الدراسة التحليلية التقييمية للمباحث التي شملها التجديد في التشريع الأسري الجزائري، حتى يتسنى لنا معرفة واستنباط مجمل البدائل والمقترحات التي قد

تسهم في النهوض بهذا الفرع التشريعي، ذو الأهمية البالغة إلى المستوى المأمول لها، بما يحقق التوافق بين الأحكام والمقاصد التي شرّعت لأجلها مباحث الأحوال الشخصية في المنظومة التشريعية الإسلامية؟

#### \* حدود البحث

أشير فقط إلى أن الإجابة عن مجمل هذه التساؤلات، الأساسية منها والفرعية، والتي تمثل إشكالية الدراسة، إنما تقتصر على أهم المسائل والمباحث المضافة أو المعدلة بموجب القانون رقم: 09-05 المؤرخ في: 04-05-2005م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، والتي أرى أنها لا تزال تثير العديد من الجدل والنقاش، بل، وتطرح الكثير من الإشكالات- إن على المستوى النظري؛ من خلال ما عرض، ويعرض له المتخصصون من الأساتذة والباحثين من شروحات. أو على المستوى العملي؛ من خلال القضايا المعروضة على الجهات القضائية المختصة بالنظر في الدعاوى المتعلقة بمباحث هذا القانون.

وعليه، سأقصر البحث على مسائل معينة من كتاب الزواج وانحلاله، دون الكتب الثلاثة الأخرى من قانون الأسرة- وهي: النيابة الشرعية، الميراث، والتبرعات- التي وإن كانت تعدّ من مشتزمات الأحوال الشخصية، إلا أنّها:

- لم يشملها التجديد التشريعي الذي عرفه قانون الأسرة.

- فضلا عن كونها مباحث بعيدة إلى حدّ ما عن مبدأ الخلاف، إلا في بعض التفرعات أو الجزئيات الفقهية المذهبية التي لا تتعدى في مجملها- من حيث التطبيق- نطاق الأفراد.

#### ثانيا- أهمية الموضوع

لما كانت الأسرة هي الخلية الأساسية في تكوين نسيج المجتمع، فعلى قدر جودتها وقوتها وصلاحيتها يتماسك المجتمع ويقوى، وبضعفها وتفككها ينهار ويفنى، كان لزاما علينا الاعتناء والاهتمام بالفقه الذي ينظم ويضبط أحكام الأسرة ويعرض لأسباب تماسكها، ويقيم أركانها ويعالج عوامل تفككها وضعفها، لتقوى بعد ذلك على أداء وظائفها وتحقيق أهدافها وترسيخ مبادئها فتكون دعامة قوية لبناء المجتمع المنشود، خادمة لمصالح الأمة الإسلامية، بإحقاق الحق وإبطال الباطل والتعاون على البر والتقوى، ونبذ الإثم والعدوان، وتوهد الأمة للخيرية التي وسمت بها فتجسدت في استقامة الأفراد وصلاح العباد وسعيهم لإصلاح ما أفسد غيرهم: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾<sup>1</sup>، وحتى تكون أهلا لتبوء منزلة الوسيطة فتحوز منصب الشهادة على الناس جميعا: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾<sup>2</sup>. فقد حرصت الشريعة الإسلامية على إبراز مكانة النظام الأسري، ولا أدلّ على ذلك من نعت العلاقة الأسرية بـ: الميثاق الغليظ.

<sup>1</sup> سورة آل عمران: الآية 110.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 143.

لكن، وبالرجوع إلى واقع حال المجتمع الجزائري- ومن خلاله عديد البلاد العربية والإسلامية- نجد الأمر مختلف عما هو عليه في المنظومة التشريعية الإسلامية، فقضية الأسرة باتت تتجاوزها تيارات وإيديولوجيات مختلفة، كثيرها دخيل على المجتمع الجزائري، الذي بدوره أضحي مهدداً بخطور تدهور حال الأسرة فيه، لاسيما في ظلّ جملة التعديلات التي عرفها قانون الأسرة والذي حمل من النقائص والعيوب ما جعله محطّ طعن ورفض العديد من الأطراف المعنية بدراسة وبحث مسائل الأحوال الشخصية- إن على مستوى الجانب القانوني، الشرعي أو الاجتماعي- لتبرز من هنا أهمية بحث ودراسة هذا الموضوع من نواح ثلاث:

أ- **من الناحية القانونية:** يستمد الموضوع محل الدراسة أهميته القانونية من خلال بحث المستجد أوالمستحدث من نصوص تشريع الأسرة الجزائري، وذلك من منظور الصناعة التشريعية؛ الموضوعية منها والشكلية ذات الطابع الإجرائي، ومدى التوافق والتناسق بينها. لأنّه في حقيقة الأمر، ثمة تعارض أو تناقض بين النصوص التشريعية الموضوعية ذاتها، فضلا عن وجود مثل ذلك في النصوص الإجرائية التي يتمّ من خلالها تحريك وتفعيل نصوص قانون الأسرة على مستوى الجهات القضائية المؤهلة للنظر في دعاوى هذا الفرع التشريعي.

كما تبرز أهمية الموضوع، من خلال بحث نطاق وحدود تشريع الأسرة وعلاقته بباقي فروع القانون الأخرى التي تلتقي وتتقاطع معه، سواء منها الفروع القانونية الخاصة أو العامة، لمعرفة مدى تكامل وتناسق المنظومة التشريعية الجزائرية، للثبّت من مدى اعتنائها بموضوع الأسرة كونه يتّصف بخصوصية الامتداد والتشعب.

ب- **من الناحية الشرعية:** وتتجلّى أهمية دراسة موضوع: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية" من خلال بحث موقف الشريعة الإسلامية من جملة الاختيارات التي ذهب إليها المشرع الوطني في تعديله لقانون الأسرة، وذلك بقصد التوصل إلى أمرين:

- أولهما: معرفة مدى مشروعية ما جاء به التعديل، من حيث كونه متّفقا وثوابت الشريعة الإسلامية أم أنّه مخالف لها؟

- وثانيهما: دراسة عنصر التجديد في مباحث الأحوال الشخصية من حيث المدلول والأنواع والضوابط التي بينها العلماء، والنظر في مدى استفادة المشرع الجزائري منها، لاسيما في دائرة النوازل أوالمستجدات التي عمد المشرع إلى تقنينها، نحو مسألة: إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج.

ج- **من الناحية الاجتماعية:** لما كانت غاية أي تشريع إنّما هي تنظيم أمور الجماعة المخاطبة به وتحقيق مصالحها وصورها، وذلك انطلاقا من كون التشريع يمتاز بأنّه: "قاعدة سلوك اجتماعي". فإنّه تبرز أهمية هذا الموضوع من هذه الزاوية- البعد الاجتماعي- من خلال النظر في المآلات التي سينقلب إليها حال الأسرة، ومنه المجتمع الجزائري، نتيجة السياسة التشريعية التي ارتأها المشرع الوطني. وبعبارة أخرى: هل ما أقدم

عليه المشرع من تعديلات في دائرة الأحوال الشخصية حريّ وجدير بالحفاظ على الاستقرار الأسري، وحماية المراكز القانونية لعناصر العلاقة الأسرية- الرجل المرأة، وكذا الأطفال- قبل، أثناء وحتى بعد انحلال هذه العلاقة؟

وانطلاقاً من هذه الفكرة، أجد بأن الموضوع الذي آثرت أن يكون محلّ بحث في هذا الطور من الدراسة العلمية، من الأهمية بمكان؛ فهو ذو امتداد واسع، متّصل بمختلف المجالات الحياتية. ولما كان الأمر كذلك، كانت دراسته في ظلّ مختلف العوامل المؤثرة في وجوده ونمائه من جهة، والنظر في الآثار المترتبة على هذا التّماء من جهة أخرى. فإنّ الرّبط بين هتين المرحلتين، إنّما يمثّل عنصر الجدّة في الدراسة التي لم يتم التطرق إليها من طرف الباحثين في المجال الأسري الجزائري، والذين غالباً ما يكتفون بإيراد بعض الشروح اليسيرة للنصوص، دونما البحث في بواعثها، ولا النّظر في مآلات تفعيلها- وهو الواقع الذي وقفت عليه خلال مدة إنجاز هذا البحث.

### ثالثاً- أسباب اختيار الموضوع

يرجع اختياري لموضوع: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري" إلى عدة أسباب ودوافع، أجمّلها في النقاط الآتية:

أ- الحاجة العلمية الماسّة لمثل هذه الدراسة التي تتطلبها مسيرة البحوث الأكاديمية المتخصصة لاسيما في ظلّ نقص البحوث والدراسات المعنّية بآليات تجديد أوحتّى بعث حركة تجديد العلوم الشرعية ومنها تجديد مباحث الأحوال الشخصية- التي باتت تخضع، لاسيما في مرحلة تقنينها من طرف المشرع الوضعي، إلى غير الضوابط والأحكام الشرعية الأصيلة والسليمة، بل، تخضع: إمّا للمناهج الغربية، تحت ضغط وتوجيه التّيار الحدائثي العلماني، الذي له من المكنة والنفوذ ما يؤهله لذلك إلى جانب التّيار التراثي، الذي يتوقف نظره عند كل ما هو تراث فقهي، دونما تقويم أو تصويب للأخطاء والمخالفات المشتمل عليها. فضلاً عن أهليته لمواكبة روح العصر التي تفرض نفسها بقوة في مختلف مناحي الحياة بما فيها نظام الأحوال الشخصية، الذي بات محطّ طعن واعتراض أصحاب التّيار الأول الرامي إلى تغييره كلياً- وذلك من خلال البحث في: العوامل المؤثرة في تجديد هذا الفرع التشريعي، وبيان مدلوله وأشكاله أو صور التجديد فيه من الناحيتين الشكلية والموضوعية. وكذا ضوابطه، بقصد الخلاص إلى تقييم وتقويم ما اشتمل عليه تشريع الأسرة الجزائري وفق الضوابط الشرعية. وما هذا إلاّ سعي منّا لأن نسهم في توجيه وإرشاد المشرع الوطني إلى تجنب هذه النقائص التي اشتمل عليها قانون الأسرة والإسهام أيضاً في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، من خلال إرساء تشريع أصيل ومعاصر في آن واحد يتفق والنسيج الاجتماعي الذي رسمته الشريعة الإسلامية وفصله السادة العلماء قديماً وحديثاً.

إنّ الحاجة العلمية هذه، إنّما ازداد سعيي إلى تحقيقها، بعدما اطّلت على العديد من المؤلفات التي صدرت في مجال الأحوال الشخصية، خارج مجال الدراسات الأكاديمية، والتي تضمنت الكثير من الأخطاء

العلمية، بل، والشرعية، الأمر الذي حَزَّ في نفسي وحملني على أن أتخذ من هذا الموضوع محل دراسة وبحث في هذه المرحلة من الدراسة الأكاديمية، حتّى يكون عملي هذا علميا، دقيقا وسليما، خاليا من الأخطاء العلمية في مجال الأحوال الشخصية، لاسيما وأنه سيتم تقييمه وتقويمه من طرف ثلّة من السادة الأساتذة المتخصّصين.

ب- ومن الأسباب التي حملتني على اختيار هذا الموضوع-أيضا- دراسة ما يتعلق بالمستحدث أوالمستجد من نصوص قانونية في مجال التشريع الأسري الجزائري، لكن انطلاقا من فكرة أو فلسفة: " النظرة الكلية لا التجزيئية للموضوع". ذلك أنّ الناظر في أيّ موضوع يختاره مجالا للبحث، فإنّه يقع لزاما عليه أن يعالجه من خلال التطرق لمختلف جوانبه وعناصره المؤثرة فيه وذلك بوضعه في خضمّ الظروف المؤثرة في بعته وإيجاده من جهة. ثمّ العمل من جهة أخرى على تقييمه، من خلال عرضه على سلّم الضوابط الشرعية التي أسّس لها علماؤنا- المتقدمون منهم والمتأخرون- حتّى نضمن سلامة وصحة هذا الفرع من التشريع من الناحيتين؛ الشكلية والموضوعية ابتداء، وتحقيق استقرار الأسرة ومن خلالها المجتمع انتهاء.

ج- كما لا يفوتني وأنا بصدد عرض أسباب ودوافع اختياري للبحث في هذا الموضوع، أن أنبّه إلى ميولي الذاتي أو الشخصي إلى البحث في مثل هذه الموضوعات والدراسات الرامية إلى تحقيق أهداف علمية وعملية، والتي تعتبر من بين طموحات الأعمال الأكاديمية الهادفة إلى خدمة الأسرة والمجتمع الجزائري. أقول هذا، مع اعتقادي صواب القاعدة المنهجية، القاضية بأنّه: " من عناصر ومقومات نجاح الباحث في عمله العلمي؛ رغبته وميوله الشخصي في المضي فيه."

#### رابعا- أهداف البحث

إنّه ولما كان لكلّ عمل أكاديمي هدفا أو أهدافا، أحدي أصبو من خلال هذه الدراسة- في موضوع بهذه الأهمية- إلى تحقيق أهداف عدة، يمكن إجمالها فيما يأتي:

#### 1- الأهداف العلمية:

أ- وضع دراسة علمية متخصصة في مجال البحوث المقارنة يتمّ من خلالها بيان خصائص مباحث الأحوال الشخصية التي تجعلها متميزة تميزا يلزم كل من يقدم على القيام بأيّ دراسة أو بحث- إن على مستوى الدراسات الشرعية، القانونية، الاجتماعية، أو المقارنة. فضلا عن إقدام المشرع الوضعي على تقنين أو تجديد تقنين مباحث هذا المجال- أن يأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لهذا الفرع التشريعي؛ الدينية منها والأخلاقية. ذلك أنّ الناظر في مباحث الأحوال الشخصية، إنّما يلحظ جليّا تميّزها عن غيرها من مباحث الفروع القانونية الأخرى.



ب- بيان المراد بإطلاق "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية"، ذلك أن اصطلاح التجديد إنما بات ينصرف في مدلوله إلى غير ما يفترض أن يحمل عليه. فقد أصبح مرادفا لمصطلح: التبديل، التغيير أو التطوير... التي تحمل في ثناياها الخروج عن تعاليم الأحكام والضوابط الشرعية، نظرا لارتباطها بتيارات حديثة علمانية، تصبو إلى مناهضة وإقصاء الشريعة الإسلامية في مختلف المجالات ولعل أهمها نظام الأحوال الشخصية، أو ما يعرف بنظام الأسرة، في حين أن المراد بهذا الاصطلاح - التجديد - خلاف ذلك.

ج- استخلاص وبيان أهم قواعد وأسس التجديد، التي يجب أن يضعها المشرع نصب عينيه عند إقدامه على إجراء أي تجديد أو إعادة نظر في مباحث الأحوال الشخصية. ذلك أن هذه القواعد والأسس إنما تشكل الضوابط المعينة والموجهة لعملية الصناعة التشريعية - الفقهية منها والقانونية - والتي ترمي حتما إلى حماية المنظومة التشريعية في جانبها الأسري من الانسياق وراء الدعوات المشبوهة والمعرضة الساعية إلى التشكيك والقدح في قيمة المنظومة التشريعية الإسلامية، بل، والسعي إلى إلغائها وتجاوزها بدعوى أنها باتت تُعيق وتُثبِّط حركة النهوض والتطور في مختلف مناحي الحياة وعلى رأسها المنظومة القانونية والاجتماعية الأسرية.

د- العمل على وضع دراسة تسهم قدر الإمكان في تقييم ما ورد في تشريع الأسرة الجزائري من إيجابيات وسلبيات، بهدف تقويم هذه الأخيرة وإثراء هذا التشريع - لاسيما في المباحث التي شملها التعديل - وذلك حتى تكون هذه الدراسة متسمة بطابع البحث العملي، لا التنظيري فحسب.

هـ - إثراء المكتبة الفقهية والقانونية الوطنية بهذه الدراسة، حتى يتسنى ويسهل على الباحثين والمعتنين بمباحث الأحوال الشخصية الرجوع إليها والإفادة منها.

## 2- الأهداف الدعوية:

أ- الإسهام في إبراز مكانة الشريعة الإسلامية، وإظهار مقاصدها في مجال تشريع الأحوال الشخصية. ذلك أنه من كبرى مقاصد الدعوة الإسلامية إصلاح المجتمع الإسلامي وحمايته من مؤثرات الفتن والحن وصدّ العدوان الموجه إليه على اختلاف أشكاله، وتعدد صورته.

فالدعوة الإسلامية الراشدة، إنما تتوجه بكافة وسائلها وأساليبها ومناهجها وغاياتها إلى إصلاح حال الفرد المسلم، بتهديه وتقويمه والذود عنه، ودلالته على الخير، وترغيبه فيه، وتحذيره من السوء وإعانتته على اجتنابه. فالدعوة الإسلامية ترمي فيما ترمي إلى:

\* دعوة المسلمين إلى الاستمسك بتعاليم دينهم القويم، وهدى نبيهم الأمين.

\* دعوة الشاردين والشاردات من أبناء الأمة الإسلامية بالرجوع إلى الدين القيم عن قناعة ورضا اختيار وإيثار الحجّة البالغة، والمحنة الدامغة، والبرهان الساطع على أحقيّة وأهلية هذه الشريعة للتطبيق في كل عصر ومصر. وذلك، لجمعها بين عنصري الثبات والمرونة، التي تمنحها القدرة على التكيف واحتواء مختلف



الوقائع والمستجدات، وتقديم أيسر و أنجع الحلول للمشكلات المستعصية التي تواجه أهلها، في الوقت الذي خابت وعجزت مساعي ومناهج ونظم غير أهلها في سبيل ذلك.

\* دعوة المسلمين وغيرهم إلى أن المرأة المسلمة لها دور عظيم في الحياة، كما لها مقررات وثوابت وحقوق وعليها واجبات، فصلتها الشريعة الغراء، وأن العدول عن هذه المقررات إنما هو عدول عن الحق وظلم قد يؤدي إلى ظلال ميين.

ومن هذا المنظور الشرعي، كانت الدعوة إلى بناء الأسرة المسلمة، من خلال العمل على الحيلولة دون أي انحراف يرنو إلى صرف المرأة عن الدور الحيوي في الحياة الإسلامية كجزء هام من الدعوة إلى طريق الله وَعَلَيْكُمْ.

ب- كما أنه، يعتبر من الدعوة الإسلامية أيضا: حماية الفرد المسلم، والأسرة المسلمة ومنه المجتمع ووقايتهم من شرّ الهجمات الشرسة التي يقودها الغرب، ومن حدا حدوهم من بني جلدتنا- وهي اليوم في أوجّها- هجمات غايتها تحطيم وهدم القيم والأخلاق، وزرع حب اتباع الشهوات، السعي والتشبّث بالماديات، وتحقير دور المؤسسات التربوية والأسرية بل، وتغيير المعتقدات بصرف بني الإسلام على شريعتهم إلى اتباع و اقتفاء ما تمليه المدنية الغربية، التي لم يرقها نقاء و صفاء و سمو العلاقات الاجتماعية ولاسيما الأسرية الإسلامية فسعت بما أوتيت من قوة إلى إفسادها- فكان مما اعتمدته هذه الهجمات: طريق توحيد النمط الأسري في العالم بفرض النموذج الأسري الغربي على البلاد الإسلامية ليرز من هنا- بل، ويزداد- دور الدعوة الإسلامية إلى حماية و صون آخر القلاع الصامدة في وجه هذا المد الغربي؛ ألا وهي: "الأسرة المسلمة". وإن كان قد أصابها بعض سهامه، إلا أنّها لا تزال تقاوم و تصارع. ولكن، لا بدّ من تكاثف الجهود والتآزر في سبيل ذلك.

#### خامسا- منهج الدراسة

إنّه، ومن أجل استيفاء الموضوع محل الدراسة حقه من البحث، والوصول إلى تحقيق أهدافه المبتغاة والإجابة عن إشكالياته التفصيلية، استلزم الأمر اعتماد وسلوك عدة مناهج علمية- بطريقة تركيبية تكاملية- منها:

أ- المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال تتبع وتفصّي النصوص محل الدراسة؛ نصوص شرعية، فقهية وتشريعية- قانونية وقضائية- ذات الصلة بنظام الأحوال الشخصية، مع حرص على أن لا يفوتني منها شيء- ما استطعت إلى ذلك سبيلا- قصد الإحاطة بعناصر و جزئيات الموضوع.

ولعلّ هذا المسلك هو ما حدا بي إلى الإكثار من النقول عن أهل الاختصاص على مدى الدراسة. وذلك لاعتقادي أنّها أدلّة و حجج، أوحى قرائن على صواب أو صحّة ما أردت التلليل عليه أو دحضه والتنبيه إلى عدم صوابه، وذلك عند بحث كل مسألة من مسائل الدراسة.

أودّ هنا الإشارة إلى مسألة ذات صلة باعتماد هذا المنهج العلمي، والمتمثلة في أنّه: نظرا لأنّ قضايا التحديد الفقهي والقانوني لمباحث الأحوال الشخصية، متداخلة ومتكاملة، فقد كان التكرار في بعض الأفكار والنصوص أحيانا، وما يترتب عليه من تكرار في بعض الألفاظ والجمل والعبارات، ولا بأس بهذا مادام الأمر لا يتجاوز الضرورة العلمية، ولا يدخل في باب التكرار المخللّ أو الممل.

**ب- المنهج التحليلي:** ذلك أتني وبعد القيام بتحصيل وجمع النصوص ذات الصلة بالمسألة المدروسة في مختلف أطوار البحث وفق المنهج المتقدم أعلاه، أعمد من خلال المنهج التحليلي إلى بسط مضمون تلك النصوص وتمحيصها ومناقشتها، وبيان الأساس الذي بُنيت عليه بغرض الوصول إلى مقصودها وإبداء الرأي بشأها متى اقتضى الأمر ذلك.

**ج- المنهج المقارن:** وهو المنهج الأساس في الدراسة- بلا شك- وذلك من خلال الموازنة والمقابلة بين ما ورد في النصوص التشريعية- القانونية منها والقضائية- وبين ما ترجح من أقوال الفقهاء المسلمين- المتقدمين منهم والمتأخرين- في كل عنصر من عناصر البحث بقصد الخلوص إلى الرأي المختار، ذي الدليل الأقوى، و الذي تتحقّق من خلاله مقاصد تشريع مباحث الأحوال الشخصية المدروسة، سواء أكان ذلك لصالح النص الفقهي أو القانوني؛ فالصواب الذي نعتقده حقا إنّما يكون لجهة الدليل المؤسّس ليس إلّا.

**د- المنهج التاريخي:** وذلك من خلال تتبّع التطور الزمني الذي مرت به مباحث الأحوال الشخصية حتّى وصلت إلى ما هي عليه اليوم، سواء ما تعلق منها بالأحكام والنصوص الفقهية أو النصوص التشريعية الوضعية- القانونية منها والقضائية- في الجزائر، أو في بعض البلاد العربية فيما تعلق بنظام الأحوال الشخصية المقارنة.

إنّه، وإلى جانب هذه المناهج العلمية، فقد يحدث عرضا اعتماد مناهج أخرى متى اقتضى الأمر ذلك.

#### سادسا- طريقة تحرير البحث

لقد سلكت في عرض موضوعات البحث الخطوات الآتية:

أ- توثيق المسائل العلمية بالرجوع إلى مصادرها الأصلية، ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

ب- الحرص على الأمانة العلمية في نسبة النقول إلى أصحابها، وبذل الوسع في نقل كلّ قول، أو رأي من مؤلف صاحبه إن كان له مؤلف- متى تمكّنت من الحصول عليه طبعا- وإلاّ نقلت من كتب ومؤلفات أصحابه المعتمدة في المذهب بالنسبة لآراء الفقهاء المتقدمين. وأمّا إن كان القول لأحد المتأخرين و لم أحصل على المصدر أو المرجع، أشرت إلى الذي نقله عنه بالواسطة.

ت- الحرص على تدعيم البحث بالنصوص الشرعية، و أقوال العلماء- المفسرين، المحدّثين والفقهاء- والقانونيين، إضافة إلى العلماء من التخصصات الأخرى المساعدة في المجال محل الدراسة من: أطباء، علماء اجتماع ونفس... مع تمييز كل ذلك بعلامات التنصيص الخاصة بكل نقل، فلآيات القرآنية علامات تنصيص تختلف عن غيرها من النصوص الحديثية أو الفقهية...

- ث- عزو الآيات القرآنية بذكر: اسم السورة ورقم الآية في الهامش، بعد وضع رقم دال في المتن. مثال ذلك: «وَعَاشِرُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»؛ تهمش بهذا الشكل: سورة النساء: الآية 19.
- ج- تخريج الأحاديث النبوية الواردة في ثنايا البحث مع ذكر درجة صحة الحديث متى كان في غير الصحيحين وذلك بذكر: المؤلف، المؤلف، الكتاب، الباب، الجزء/ الصفحة. نحو: صحيح البخاري، البخاري، كتاب النكاح، باب: من قال: لا نكاح إلا بولي، ص 637.
- ح- تخريج الآثار من مصنفاتها الأصلية.
- خ- التوثيق العلمي للمصادر والمراجع، من كتب ورسائل ومذكرات علمية، وذلك بذكر البيانات الآتية: المؤلف، المؤلف، الجزء/ الصفحة. مثال ذلك: مصدر: بدائع الصنائع، الكاساني، 333/2.
- مرجع: أحكام الخطبة والزواج، نصر سلمان وسعاد سطحي، ص 85.
- رسالة أو مذكرة علمية: مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، عبد القادر داودي، 60/1.
- مع ملاحظة عدم إيراد اللقب العلمي للمؤلف.
- بالنسبة للمقالات العلمية، وكذا المعلومات المقتبسة من الجرائد، فتهمش بذكر مجمل البيانات وفق المنهجية الآتية:
- قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري الخطبة والزواج نموذجاً، سعاد سطحي، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 12، ديسمبر 2006م، ص 124، 147.
- وفيما يخص المواقع على شبكة الانترنت، فيتم التعامل معها بذكر: عنوان المقال أو المحاضرة المعروضة صاحب المقال، الموقع على الشبكة.
- مثال ذلك: زواج المسيار، يوسف القرضاوي : WWW.QARADAWI.NET
- د- شرح الألفاظ الأساسية في الدراسة أو الغامضة، بالرجوع إلى المعاجم والقواميس المتخصصة.
- ذ- تخريج الآيات الشعرية من دواوينها إن توفرت وعلم مصدره. و إلا أشرت إلى المصدر أو المرجع الذي نقلتها عنه.
- ر- وبالنسبة للنصوص القانونية والقرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، فأهمش لها بذكر البيانات الآتية:
- النص القانوني: رقم القانون أو الأمر، تاريخ صدوره، رقم الجريدة الرسمية المنشور فيها.
- مثال ذلك: القانون رقم: 05-09 المؤرخ في: 04-05-2005م المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02-05 المؤرخ في: 27-02-2005م المعدل والمتمم للقانون رقم: 11-84 المؤرخ في: 19-06-1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 43.
- القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا:

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار الصادر بتاريخ: 15/06/1999م، ملف رقم:

224655، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 129.

ز- إعداد فهرس فنية، لتيسير الاستفادة من الرسالة وفق الترتيب الآتي:

- فهرس الآيات القرآنية.

- فهرس الأحاديث النبوية.

- فهرس الآثار.

- فهرس المصادر والمراجع.

- فهرس الموضوعات.

### سابعاً- الدراسات السابقة

يعدّ موضوع: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري" موضوعاً لم يسبق وأن عرض له باحث أكاديمي بهذه الطريقة أو الطرح، وهذا ما وقفت عليه خلال إعداد هذه الرسالة. لكن، ومع هذا فإني أشير إلى بعض الدراسات ذات الصلة إلى حدّ ما ببعض عناصر الموضوع محل البحث، وهي في عمومها تنقسم إلى قسمين:

\* **الأول:** كتابات أقرب ما تكون إلى شرح قانون الأسرة، والتي جاءت في الحقيقة مقتصرة على الجانب القانوني الخالص، خالية من التأصيل الشرعي المدروس، فلم ترق إلى أن توصف بأنها كتب متخصصة أوحى أكاديمية. إلى جانب كونها لم تبحث إطلاقاً ما يتعلق بخصائص مباحث الأحوال الشخصية، ولا الضوابط اللازمة لدراستها وتقنينها، بل، ولم تعرض إلى مدلول التجديد ودوافعه ومآلات النظر فيما ستؤول إليه حال الأسرة الجزائرية في ظلّ هذا القانون.

ولعلّ من أهمّ هذه الكتابات أو الشروح القانونية الصرفة، نذكر:

- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، لصاحبه: عبد العزيز سعد.

- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، لصاحبه: الرشيد بن شويخ.

\* **الثاني:** بعض الدراسات العلمية الأكاديمية، والتي نذكر منها:

- مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، لصاحبها: عبد القادر داودي، نوقشت سنة 2005م بقسم العلوم الإسلامية، تخصص: فقه وأصوله، جامعة السانية، وهران.

وهي الرسالة التي عرض الباحث من خلالها لنظام الأسرة في التشريع الإسلامي، لكن من منظور مقاصدي بحث، فجاءت خالية من الإشارة إلى جانب المقارن القانوني منه أو التشريعي، بل، وحتى الفقهي منه ورد بشكل مقتضب إلى حد كبير.

- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، لصاحبها: محفوظ بن صغير، نوقشت سنة 2009م بقسم الشريعة، تخصص: فقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة.

وهي الرسالة التي عرض الباحث من خلالها للنظام القضائي في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري بشكل مفصل، مع التطرق إلى بعض التطبيقات القضائية متجلية في بعض القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، مع بيان الأحكام الفقهية والقانونية التي اشتمل عليها قانون الأسرة من دون غوص وتدقيق في الأمر.

وبالإضافة إلى هذه الدراسات، توجد بعض الدراسات والبحوث الأخرى، والتي تناولت بعض عناصر الموضوع محل البحث. لكن، أعود و أذكر بأنّها دراسات و إن كانت في مجال الأحوال الشخصية، إلاّ أنّها تعرضت لبعض عناصرها فقط، وفق النظرة التجزيئية، فكانت دراسات قاصرة من هذه الزاوية، غير ملمّة بهذا الفرع التشريعي من حيث دراسة: مدلوله، نطاقه، حدوده، خصائصه أسس التقنين فيه وضوابطه وغاياته. فضلا عن أنّها دراسات يعوزها البعد التكميلي أو الكليّ لجزئيات الموضوع محل البحث. ذلك أنّ دراسة أي موضوع - دراسة توصف بأنّها جادة وناجعة- فإنّ الأمر يقتضي وضعه في ظلّ العوامل المختلفة المؤثرة فيه من حيث الوجود والمال. وهو ما نجده مغيبًا في الدراسات التي سيأتي الإشارة إليها في ثنايا البحث.

#### ثامنا- صعوبات البحث:

من الطبيعي أن تعترض أيّ باحث مجموعة من الصعوبات والعقبات أو العوائق أثناء إنجازه لبحثه. والتي تختلف تبعاً لطبيعة البحث وظروف الباحث، والتي كثيراً ما تسهم في توجيه مسار البحث والتأثير عليه إمّا سلباً أو إيجاباً، فلا يخلو أي بحث من مشاق وعنت يستدعي مزيداً من الصبر والمثابرة، يتذوّق الباحث حلاوتها- ربّما أثناء البحث، والأکید بعد استكمالها واستوائه.

وعليه، ومما يمكن تسجيله من صعوبات وعوائق اعترضت سبيلي خلال مدّة إعداد هذا البحث العلمي- المتواضع- أذكر:

1- جدّة الدراسة: فقد أشرت آنفاً إلى أنّ موضوع التجديد في مباحث الأحوال الشخصية موضوع دراسة لم يسبق إليها أحد- في حدود اطلاعي- الأمر الذي استوجب منّي بذل مجهود مضاعف من خلال جمع المادة العلمية من مختلف المصادر والمراجع، والتي بدورها استوجبت بذل جهد آخر بغرض الحصول عليها. ذلك أنّه توجد بعض مباحث الدراسة تفتقر إلى المادة العلمية الكافية للاعتماد عليها في إنجاز هذه الرسالة، لاسيما منها المباحث المستجدة- وهي كثيرة- في قانون الأسرة الجزائري نحو: إدراج النيابة العامة كطرف أصلي في قضايا الأحوال الشخصية، والفحص الطبي قبل الزواج.

وهي في الحقيقة موضوعات جدّ دقيقة من جهة. إضافة إلى شحّ الكتابات المقارنة المتخصصة في هذا الأمر من جهة أخرى.

2- توزّع وامتداد أحكام مباحث الأحوال الشخصية بين مختلف شعب وفروع العلوم الشرعية من: تفسير، حديث، فقه وأصول الفقه. وهو ما يجعل الجمع والربط بين ما تعلق منها بالموضوع محل البحث - والذي هو في ذاته ممتد وواسع - قصد استنباط أحكامه أمرًا مضمّن، بل، ومما يزيد من ذلك اعتماد الدراسة المقارنة في سبيل استكمال دراسة جزئياتها، ذلك أن اعتماد المذاهب الفقهية مجالًا للدراسة والنظر، زاد من اتساع دائرة البحث وصعوبة الإحاطة بمختلف الأقوال في المذهب الواحد ثمّ في بقية المذاهب بقصد المقارنة بينها وترجيح الأنسب منها، ثمّ موازنته بعدها بما ذهب إليه المشرع الجزائري كي يتسنى لي تقييم، فتقويم مسلك هذا الأخير في كل مبحث من مباحث الدراسة. وهو أمر ليس باليسير كما يعلم الدارسون والباحثون في مجال الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون.

إلا أن الحقيقة التي أحمد الله عليها، أنه كلما اجتمعت الصعاب ومعوقات البحث، هونت من شأنها باستحضار قوله ﷺ: " من سلك طريقًا يلتمس فيه علمًا سهل الله له طريقًا إلى الجنة" <sup>1</sup>؛ رجاء الظفر بنعيمها. والله درّ الإمام الشافعي الذي نظم حائًا على الصبر على تلقي العلم، فقال:

اصبر على مرّ الجفا من معلّم \*\*\*\* فإن رسوب العلم في نفراته

ومن لم يذق مرّ التعلّم ساعة \*\*\*\* تجرّع ذلّ الجهل طول حياته <sup>2</sup>

هذا، وإني لم آل جهدًا في معالجة مباحث هذه الدراسة، فقد بذلت في سبيل ذلك قصارى جهدي بعد أن قضيت من خلالها فترة من عمري، محاولًا في ذلك كله الوصول إلى ما أعتقد أنه الصواب والحق ما استطعت إلى ذلك سبيلًا. لكن، لعلّ قلة بضاعتي، وصعوبة الموضوع، وتشعب مباحثه وتفريعاته - ربّما - ننتني عن كثير مما أردت بلوغه. ولكن، لطالما عزّيت نفسي بقول الشاعر:

أسير خلف ركاب التّجّب ذا عرج \*\*\*\* مؤملاً كشف ما لاقيت من عوج

فإن لحقت بهم من بعد ماسبقوا \*\*\*\* فكم لربّ الورى في ذاك من فرج

و إن بقيت بظهر الأرض منقطعا \*\*\*\* فما على أعرج في ذاك من حرج

## تاسعا - خطة البحث:

لقد اقتضت طبيعة الموضوع محل الدراسة جعل البحث في: مقدمة، وباين، وخاتمة. وتفصيل ذلك كله جاء على النحو الآتي:

### المقدمة

وضمنتها العناصر الآتية: الإشكالية، أهمية الموضوع محل الدراسة وأسباب اختياره، ثمّ الأهداف المتوخاة من البحث في هذا الموضوع، فالمنهج والمنهجية المتبعين في البحث، مع بيان بعض الدراسات

<sup>1</sup> سنن الترمذي، الترمذي، كتاب العلم، باب ما جاء في فضل طلب العلم، ص 691 - قال أبو عيسى: هذا حديث حسن

<sup>2</sup> ديوان الإمام الشافعي، ص 37 .



السابقة والتي عرضت لبعض عناصر وجزئيات الموضوع محل الدراسة، ثم الإشارة إلى بعض الصعوبات التي واجهتني خلال إعداد هذا العمل العلمي، وكذا عرض الخطة الإجمالية له.

## الباب الأول

وقد تناولت فيه ما يتعلق بـ: ماهية التجديد في مباحث الأحوال الشخصية، وذلك في فصلين:  
الفصل الأول: عرضت في ثناياه بالبيان لمفهوم التجديد في مباحث الأحوال الشخصية، من خلال تحديد مدلول إطلاق كلٍّ من: التجديد، الأحوال الشخصية.

فبيّنت ابتداءً مدلول مصطلح التجديد في بُعديه؛ المعجمي والشرعي - استعملاته في القرآن الكريم وفي السنّة النبويّة - ثمّ مدلوله الاصطلاحي عند العلماء المسلمين، المتقدّمين منهم والمتأخّرين. ثمّ بيّنت المراد بإطلاق الأحوال الشخصية - باعتباره مركبا إضافيا يقتضي التفكيك - في أبعاده الثلاثة: التاريخي، والمعجمي والاصطلاحي. وذلك قصد الخلاص إلى تحديد مشتملات، نطاق أو مباحث هذا الاطلاق. وكذا تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات والقضايا التي تثار بشأن موضوعاته.

كما عرضت في هذا الفصل أيضا، لجملة الخصائص والسّمات التي تمتاز بها مباحث ومشتملات الأحوال الشخصية في المنظومة التشريعية، التي تجعل منها فرعا تشريعيًا قابلا للتجديد على مرّ العصور وفي مختلف البيئات والمجتمعات، استجابة لتجدد الأسباب والعوامل الداعية لذلك، والمتراوحة بين العوامل الذاتية والموضوعية. لكن، وفق الضوابط والأسس التي رسمتها الشريعة الإسلامية، وبينها السادة العلماء قديما وحديثا.

الفصل الثاني: خصّصته لبيان التطور التاريخي لتقنين الأحوال الشخصية، ومن خلاله، التطبيق القضائي لمباحثه في بعض البلاد العربية والإسلامية عموما، وفي الجزائر تفصيلا. وذلك من خلال تتبع المراحل التاريخية التي مرّ بها تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر: مرحلة ما قبل الاحتلال الفرنسي، مرحلة الاحتلال، ومرحلة ما بعد الاحتلال بقسميها؛ الانتقالية، وما بعد الانتقالية إلى غاية صدور قانون الأسرة سنة 1984م، وتعديله سنة 2005م.

كما بيّنت في معرض بحث هذا الفصل: مختلف الملاحظات المتراوحة بين الإيجابيات والسلبيات - الموضوعية، والشكلية أو الإجرائية - لقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984م. وكذا جملة العوامل والأسباب التي أسهمت في تعديله. بالإضافة إلى مجمل الأهداف التي رسمها المشرع الوطني، والتي عدّل من أجلها - أو لأجلها - هذا القانون سنة 2005م - وقد تحرّك التعديل أو التجديد الذي عرفه قانون الأسرة في مساحة تقدر بـ: 42 مادة قانونية ما بين الإضافة، التعديل والإلغاء.

## الباب الثاني

وقد ضمّنته ما يتعلق بـ: التجديد في مباحث مقومات عقد الزواج وانحلاله، وذلك في فصلين:

الفصل الأول: عرضت فيه للتجديد في مباحث مقومات عقد الزواج، وذلك من خلال التطرق لأهم الأحكام الموضوعية التي شملها تعديل قانون الأسرة الجزائري، والمتعلقة بمباحث: الخطبة، أركان وشروط عقد الزواج - مقتصرًا على: الرضا، الأهلية والولي.

إلى جانب تناول أهم الأحكام الشكلية أو الإجرائية التي أوجبها المشرع، والمتمثلة أساسًا في: الفحص الطبي قبل الزواج.

الفصل الثاني: وخصصته لدراسة التجديد في مباحث انحلال العلاقة الزوجية وآثاره، وذلك من خلال بحث أهم المسائل التي مسّها التعديل الذي شهدته قانون الأسرة، و المتعلقة بالأحكام الموضوعية لانحلال العلاقة الزوجية. والمتمثلة أساسًا في مبحثي: أسباب التظليق - لاسيما التظليق للشقاق المستمر - وأحكام الخلع.

إلى جانب بحث أهم الأحكام الإجرائية - أو الشكلية - الجديدة المتعلقة بانحلال العلاقة الزوجية - سواء المنصوص عليها في قانون الأسرة، أو في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد - لاسيما منها ما تعلّق بمبحث: أحكام النيابة العامة التي باتت طرفًا أصليًا في قضايا شؤون الأسرة.

### الخاتمة

وضمّنتها: أهم نتائج البحث؛ المتراوحة بين التقريرية، والإنشائية المستخلصة من الدراسة في جانبيها النظري والتطبيقي. إلى جانب جملة التوصيات التي أتوجّه بها إلى الجهات المعنية، والمعنية بقضايا الأحوال الشخصية؛ تشريعًا، قضاءً وتوجيهًا - دعويًا وتربويًا - ولاسيما الدارسين والباحثين في هذا المجال. في ختام هذه المقدمة، أودّ أن أشير - مؤكّدًا - إلى أنّ هذه الدراسة أو البحث العلمي لا يعدو أن يكون محاولة طويل علم، أدمى قلبه وأتعب خاطره ولّبّه ما شكّبه الأسرة الجزائرية تحديداً، ومن خلالها المجتمع الجزائري - ولعلّه ذات الوضع في الأسرة والمجتمع الإسلامي في عديد البلاد - وهو ما استوحيناه من خلال جملة التشريعات والكتابات المطّلع عليها في مجال الأحوال الشخصية من تدهور واعتلال أسهم التشريع الأسري في جزء منه. وكذا التحول الواضح في السلوك الواقعي الذي تغيّرت تبعاً له أسس ومعايير البناء الأسري لا أقول من مرحلة الانتقاء والاختيار - أي الخطبة - وما يتبعها من عقد زواج متى تمّ أو حتى قيام ونفاذ هذه العلاقة، أو آثار ذلك في حالة انحلالها وما ينجم عن ذلك من أزمات ممتدّة لاحصر لها، سواء على مستوى الفرد - المرأة، الرجل وخاصة الأبناء - أو على مستوى الجماعة - الأسرة الممتدة أو المجتمع - بل، بدءاً من مرحلة التكوين للشخصية المسلمة منذ الطفولة، إذ تفتقر هذه المرحلة الرئيسة في توجيه وإعداد رجل وامرأة المستقبل المنشودين إلى أدبيات الرعاية والاعتناء والتوجيه الممنهج. فقد أضحي بناء العلاقة الأسرية أمراً آلياً، لا يخضع في كثير من الأحيان إلى الأسس الشرعية في بنائها، بل، يخضع لهوى القلب والشهوات الأدبية والمادية والجسدية المؤسسة بدورها على التقليد للغرب. فباتت هذه العلاقة التي تتحكم فيها المؤثرات الخارجية الخارجة عن الأحكام والأصول التي تدعو إليها الشريعة الإسلامية؛ من

حسن اختيار لكلا الطرفين، التيسير في مستحقات الزواج، ضبط المعاملة على أسس الحقوق والواجبات التبادلية بالمعروف، بل، حتى وإن ساءت هذه العلاقة، عولجت بالتّي هي أحسن، بعيدا عمّا نلاحظه في واقعنا المعيش... فأردت أن أسهم قدر الإمكان في بيان ودفع هذه المؤثرات وأوضّح النقائص التي انطوى عليها تشريع الأحوال الشخصية الجزائري، وأعرض لجملة الضوابط الكفيلة برسم تشريع سويّ، قويّ ومتناسك محقق للأهداف الشرعية للبناء الأسري- على وفق ما رسمته الشريعة الإسلامية، ووضّحه السادة الفقهاء قديما وحديثا- إلى جانب بيان بعض الآليات أو الدعائم المعنوية والمادية، التي من شأنها أن تساعد في بعث أسرة جزائرية تتحقّق فيها- ومن خلالها- تلك الأهداف التي وُجد لها، ولأجلها هذا الفرع من التشريع الإسلامي.

وعليه، فإن أصبت - أنا العبد الفقير لتوفيق الله- فمن الله وحده ذو الفضل والمنّة، وإن أخطأت - أنا العبد الفقير لعفو ربّه- فمن نفسي أو من الشيطان.  
والله المستعان، وعليه التكلان، وهو الهادي إلى سواء السبيل.

# الباب الأول

ماهية التجديد في مباحث  
الأحوال الشخصية

## تمهيد:

من سنّة الله في كونه، أن جعل الحياة متحركة متطورة، فهي دائمة الشباب، مستمرة النمو تنتقل من طور إلى طور، ومن لون إلى لون، لا تعرف الركود أو الجمود، ولا تصاب بالهرم والتعطل. لذا تقرر بآته؛ لا يسايرها في رحلتها الطويلة هذه، إلاّ دين حافل بالحركة والنشاط، فلا يتخلف عن ركب، ولا يعجز عن مسايرته وزمالاته، ولا تقصر عنه خطواته، كما لا تنفذ حيويته ونشاطه.

والحقيقة أنّ هذا الدين ما هو إلاّ الإسلام؛ فهو دين حيّ، ورسالة خالدة، دين مؤسس على عقائد ثابتة، وحقائق أزلية. فهو - دين - حافل بالنشاط والصلاحية الدائمة للتطبيق، له من الحيوية معين لا ينضب، ومادة لا تنفذ. لذا كان من أبرز خصائصه - دون سواه من الأديان السماوية والشرائع البشرية، والتي مهما وصفت بالتطور والكمال - أنّ تشريعاته وتنظيماته، تستجيب لهذه السنّة التي ارتضاها المولى تبارك وتعالى في خلقه. إنّها سنة التنوع في المكان، والتغير في الزمان، سنّة التطور والتجدد التي ارتضاها - أيضا - لهم من أجل التطوير والتجديد في أمور دينهم ودنياهم، بعد كمال التشريع السماوي وتماه بوفاة النبي الموحى إليه محمد ﷺ<sup>1</sup>.

ولما كان من سمات هذا العصر؛ سرعة المتغيرات وكثرة النوازل والمستجدات في مختلف مناحي الحياة، والتي تكاد في معظمها - إن لم تكن كلها - تستهدف نظام الأحوال الشخصية، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة. برزت تبعا لذلك دعوات من بعض الأفراد والفئات في مجتمعنا الجزائري - ومثيلاتها في المجتمع العربي الإسلامي عامة، حتى أنّه لا يكاد يخلو قطر من هذه البلاد من مثل هذه الدعوات - تدعوا باسم المدينة والتحضر طورا، وباسم التقدم والتحرر طورا آخر، إلى تطوير وتجديد هذا النظام التشريعي، الذي ينبغي - حسب هذه الدعوات - أن يؤسس على مقومات وعناصر تقابل وتمثل نظيراتها في العالم الآخر - المقتدى به - حتى يوصف بآته: نظام مدني، تقدمي، تحرري... وهو الأمر الذي تحقق، أو يكاد

<sup>1</sup> ذلك أنّ المولى ﷺ جعل سنة التجدد في الدين، صفة وخاصية من خصائص التشريع الإسلامي التي أنقضت وانتهت بتمام الوحي المنزل على النبي ﷺ فيما يعرف بخاصية الخاتمية. إلاّ أنّ صفة التجدد هذه لم تنته بوفاته ﷺ، بل هي ممتدة في أمته، موكل أمرها إلى علمائها الربانيين، في صورة تطوير وتجديد في دين هذه الأمة إلى قيام الساعة.

ينظر: التجديد في الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي، ص35.

يتحقّق. والذي تظهر ملامحه جليّة-للناظر المتأمل بعين الحق- في التجديد التشريعي الذي شهده قانون الأحوال الشخصية، أو ما أطلق عليه: قانون الأسرة الجزائري.

ومّا لاشكّ فيه، أنّه كان وراء تقرير هذا التجديد التشريعي- إن سلّمنا بصحّة هذا المسلك- نوع من الاجتهاد الفقهي القانوني، الذي أوضحت أسانيده، طرقه وأهدافه في المشاريع التمهيدية، الندوات والملتقيات العلمية والفكرية... التي عرفها هذا الفرع التشريعي الخاص والتميز.

إنّ الحقيقة الجليّة سواء في مجال الاجتهاد الفقهي الصرف، أو الفقهي القانوني، والتي لا تخفى- بل، ولا ينبغي أن تخفى تحت أيّ غطاء أو ذريعة مهما كانت مرجعيتها أو أهدافها- هي أن: "الرأي مشترك"<sup>1</sup> كما قال الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه- ذلك الاجتهاد الذي لم يفر أحد فريه<sup>2</sup>، كما قال عنه الصادق الأمين سيدنا محمد صلى الله عليه وآله.

لكن، ولما كانت تلك الدعوات، وهذه الأحكام أو النصوص التشريعية التجديدية في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر- في أغلبها- غير منضبطة بضوابط التجديد الفقهي الأصيل في مصادره، تطوّره وخصائصه، وغير مؤسسة على دعائه ومقوماته؛ اقتضى الواجب الشرعي الوقوف عند مجمل تلك النقائص، وذلك بقصد التقييم والتقويم اللازمين في مجال الدراسات المقارنة.

إلاّ أنّه، ولما كانت المنهجية العلمية- أو الأكاديمية- توجب قبل الشروع في بحث ودراسة العناصر التفصيلية- أو الجزئية- للموضوع محل البحث، ضرورة بيان وتحديد ماهية العناصر الكلية- أو المجملية- للموضوع، اقتضى الأمر توضيح وبيان ماهية التجديد في مباحث الأحوال الشخصية من خلال عرض مفهوم أو مدلول كلاً من: "التجديد"، و: "الأحوال

<sup>1</sup> ف: "عن عمر رضي الله عنه أنّه لقي رجلاً فقال: ما صنعت؟ قال: قضى عليّ وزيد بكذا. قال عمر: لو كنت أنا لقضيت بكذا. قال الرجل: فما منعك، و الأمر إليك؟ قال عمر: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو إلى سنة نبيّه صلى الله عليه وآله لفعلت، ولكنني أردك إلى الرّأي، والرّأي مشترك".

ينظر: إعلام الموقعين، ابن القيم، 1/ 52، 53.

<sup>2</sup> أخرجه البخاري ومسلم :

صحيح البخاري، كتاب فضائل الصحابة ، باب مناقب عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ص 444.

صحيح مسلم، كتاب فضائل الصحابة، باب فضائل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ص 691.



الشخصية" في أبعادهما المختلفة؛ المعجمية الشرعية أو الاصطلاحية. وكذا الفكرية والتاريخية من خلال هذا الباب. وذلك بعرض عناصر البحث الآتية:

الفصل الأول: مفهوم التجديد في مباحث الأحوال الشخصية  
المبحث الأول: مدلول التجديد في مباحث الأحوال الشخصية  
المبحث الثاني: مقومات مباحث الأحوال الشخصية

الفصل الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية  
المبحث الأول: تطور تقنين الأحوال الشخصية في البلاد العربية  
المبحث الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر

## الفصل الأول: مفهوم التجديد في مباحث الأحوال الشخصية

وسأعرض في ثنايا هذا الفصل من الدراسة لبيان كل من مدلول إطلاقي التجديد والأحوال الشخصية في مبحث أول، ثم أبين المراد بمقومات مباحث الأحوال الشخصية في مبحث آخر. و فيما يأتي تفصيل ذلك.

### المبحث الأول: مدلول التجديد في مباحث الأحوال الشخصية

#### المطلب الأول: مدلول مصطلح التجديد

إنّ "التجديد"؛ إطلاق لغوي معروف، وعبارة اصطلاحية تعارف عليها أهل الفكر، الثقافة، الفقه وكذا القانون وغيرهم. لذلك، فكثيرا ما نجد هذه الكلمة ترد مقرونة باصطلاحات، أو عبارات مركبة أخرى؛ مكمّلة وموضّحة لمجال أو نطاق التجديد، فهي إطلاق قاصر إذا ما ورد منفردا. لذا احتاج إلى مركب إضافي يلحق به، مجليا بذلك المراد منه، نحو: الفكر الإسلامي، الثقافة الإسلامية، الفقه الإسلامي التشريع أو القانون الوضعي... الخ.

كما أنّ مصطلح التجديد، قد يحتاج في توضيح وتحلية مدلوله إلى إطلاق آخر قد:

- يقابله - مماثلة وموافقه، مثل: التطوير والإثراء ...
  - أو يعارضه - و يناظره، نحو: التقليد والمحاكاة ...
  - أو يتفرع عنه - أي يعتبر من التجديد أو جزء منه، مثل: الاجتهاد.
- إنّ إطلاق التجديد، بأبعاده الثلاث السّالفة الإشارة؛ المركب الإضافي التقابلي التناظري أو التّفريعي، وبموجب التطور الحاصل في المناهج والأطر المعتمدة في الدراسات الجامعية، قد أصبح إطلاقا أو مصطلحا علميا، له مدلوله ومضمونه.
- بل، أضحي في حقيقة الأمر مطلبا أكاديميا تخصّص له المؤلّفات، البحوث والرسائل العلمية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ومنها: رسالة دكتوراه بعنوان: التجديد في أصول الفقه - دراسة نقدية - جميلة بوخاتم، إشراف: علي جمعة محمّد، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، سنة 2005 م.

بل، أمسى غرضاً معرفياً تنعقد لأجله: الملتقيات<sup>1</sup>، الندوات<sup>2</sup> والمؤتمرات<sup>3</sup>. هذا، وقد يرقى موضوع التجديد في زمن لاحق ليصير فناً علمياً دالاً على مسماه المركب من: الحقيقة أو الماهية، الحجية، الأسس والمقومات، المقاصد والغايات المتبغاة منه. فضلاً عن تزيلاته وتطبيقاته في الواقع المعاش، حتى يتحسس ويتبين الأناسي ثماره، وغيرها من العناصر المعدودة من قبيل مسمى الشيء وكنهه. وفيما يأتي بيان لجزء أو قدر من هذه الحقيقة- التي ننطلق منها، ولأجلها- قصد معرفة مدلول ومعنى التجديد، وذلك في نطاق المنظومة التشريعية المقارنة، فيما يتعلق بمباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري- وما تقابله من تشريعات عربية.

### الفرع الأول: المدلول اللغوي لمصطلح التجديد

#### أولاً- التجديد في الاستعمال المعجمي

إنه، وبالرجوع إلى معاجم اللغة العربية، نجد أن الأصل اللغوي لمصطلح "التجديد" هو مادة الفعل الثلاثي "جدد" والتي تشتق منها دلالات ومعان متعددة نذكر منها:  
 - جدّ؛ فيقال: جدّ الشيء يجد- بكسر الجيم- جدّة، بمعنى: صار جديداً، وهو بذلك نقيض الخلق<sup>4</sup>. ومن هذا المدلول قولنا: تجدد الشيء، أي صار جديداً، وأجدّه وجدّده وأستجدّه، صيره جديداً<sup>5</sup>. ومنه الجديدان؛ الليل والنهار. ويقال لهما: الأجدان، لأنّهما لا يبيلان أبداً رغم تعاقبهما<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الملتقى الثامن للفكر الإسلامي، منشورات وزارة التعليم الأصيل والشؤون الدينية، بجاية، الجزائر، 25 مارس/05 أبريل سنة 1975م.

<sup>2</sup> - الاجتهاد الفقهي أي دور وأي جديد؟، كلية الآداب، جامعة محمد الخامس، المغرب، ط1، سنة 1996م.  
 - التراث وتحديات العصر في الوطن العربي، ندوة فكرية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت لبنان، ط1، سنة 1985م.

- تجديد الفكر الإسلامي، أعمال ندوة: مؤسسة الملك عبد العزيز آل سعود، 4/3 أبريل، سنة 1987م، طبعة المركز الثقافي العربي، سنة 1989م.

<sup>3</sup> الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، مؤتمر الفقه الإسلامي، جامعة الإمام ابن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية سنة 1984م.

<sup>4</sup> الصحاح، الجوهري، 452/2.

<sup>5</sup> مختار الصحاح، الرازي، ص61 - المصباح المنير، الفيومي، ص36.

<sup>6</sup> لسان العرب، ابن المنصور، 110/3.

- جدّ، بمعنى قطع، فيقال: جدّ الشيء؛ قطعه، وثوب جديد- وهو في معنى: محدود- يراد به أنّه: حين جدّه الحائك أي: قطعة، ومنه: ملحفة جديد- بلا هاء، لأنّها بمعنى مفعولة- أي مقطوعة.

وأما فيما لا يقبل القطع المادي أو الحسي، فقد أريد فيه بالتجديد معنى: الإعادة والتكرار. ومنه: تجديد الوضوء؛ إعادته، وتجديد العهد؛ تكراره تأكيداً له، وإعادته إلى سالف أمره.

ومن معاني التجديد المستقاة من الفعل الثلاثي "جدد"، نجد أيضاً<sup>1</sup>:

الجدّ- بفتح الجيم- الاجتهاد في الأمر، فيقال: فلان جادّ، مجدّ أي: مجتهد، وكذا: أجدّ، يجدّ ويجد- بفتح الجيم، وضمها- إذا صار ذا جدّ واجتهاد أو جهد. وهذا المعنى مستوحى من الحديث: "كان النبي ﷺ يجمع بين المغرب والعشاء إذا جدّ به السير"<sup>2</sup>.

ومنها أيضاً: الجدة- بضم الجيم- وهي الطريقة، والجمع: جدد أي: طرائق.

وعليه، يمكن إجمال المراد "بالتجديد" في الاستعمال المعجمي- وهي الدلالات اللغوية الغالبة أو السائدة من جهة، والخادمة لموضوع الدراسة من جهة ثانية<sup>3</sup>- في الدلالات الآتية: أ- التجديد بمعنى الجديد، وهو خلاف القديم.

ب- التجديد بمعنى القطع، وهو على وجهين<sup>4</sup>:

الوجه الأول: ويفيد؛ فصل، إلغاء، إنهاء، إقصاء وصرم الصلة بكلّ قديم حسياً كان أم أدبياً. والوجه الثاني: ويفيد، التغيير والتبديل والتحوير، وذلك بنقل محلّ التجديد من حال إلى آخر .

<sup>1</sup> ينظر إلى جانب المعاجم السالفة: تاج العروس، الزبيدي، 314/2.

<sup>2</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب تقصير الصلاة، باب الجمع في السفر بين المغرب والعشاء، ص135.

صحيح مسلم، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب جواز الجمع بين الصلاتين في السفر، ص188.

<sup>3</sup> ذلك أنّه إلى جانب الدلالات المبيّنة في المتن، توجد أخرى غير سائدة - بالنسبة لموضوع الدراسة ومنها: الجدّ بمعنى: أبو الأب وإن علا، والجدّ، بمعنى: الحزم، وهو ضد الهزل... وغيرها.

ينظر: مختار الصحاح، الرازي، ص61.

<sup>4</sup> إنّ الناظر في المدلول المعجمي لإطلاق "التجديد"، يجد بأنّ المعنى الأصلي أو الأساس الذي ينصرف إليه استعمال الفعل الثلاثي "جدد"، إنّما هو: القطع بمهدين الوجهين المبيّنين في المتن .

ينظر تحقيق هذا: المعاجم اللغوية المعتمدة آنفاً، وكذا: معجم مفردات القرآن، الراغب الأصفهاني، ص86 .

- ج- التجديد بمعنى: الإعادة، التكرار والإرجاع. وهي كلّها دلالات تفيد عملية نقل الأمر إلى الحال أو الهيئة التي كان عليها سابقا، والتي توصف بأنها: حال استقامة وقوة.
- د- التجديد بمعنى: الطريقة والمسلك المتبع في عملية التجديد.
- هـ- التجديد بمعنى: الاجتهاد - أي بذل الجهد في تحصيل الأمر؛ فهما أو تطبيقا.

### ثانيا- التجديد في الاستعمال القرآني

إنّه، وبالرجوع إلى كتاب الله العزيز، و النظر في آياته الكريمة، وألفاظه المنتقيات، نجد أنّه لم يرد ذكر "التجديد"، المشتق من الفعل الثلاثي "جدد"، بل، أنّه لم يرد استعمال هذا الأخير، باعتباره الأصل اللغوي أو اللفظي البنائي فضلا عن أن يرد الفرع المشتق، بل، أنّه لم يرد في القرآن الكريم ما يفيد مختلف تلك المعاني والدلالات اللغوية لمصطلح "التجديد" - المبيّنة أعلاه قريبا- وإّما انصرف الاستعمال القرآني للأصل "جدد"؛ إلى صيغة وحيدة وغالبة تدل على التجديد بمعنى: "الجدد و المحدث". فقد ورد ست (06) مرّات<sup>1</sup> بلفظ: "جدد" وذلك في الآيات:

- \* ﴿وَإِن تَعَجَبَ فَعَجَبٌ قَوْلُهُمْ أَئِذَا كُنَّا تُرَابًا أُنَّا لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>2</sup>
- \* ﴿إِن يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَأْتِ بِخَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>3</sup>
- \* ﴿وَقَالُوا أَئِذَا ضَلَلْنَا فِي الْأَرْضِ أَئِنَّا لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>4</sup>
- \* ﴿وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا هَلْ نَدُوكُمْ عَلَىٰ رَجُلٍ يَبِينُكُمْ إِذَا مُزِّقْتُمْ كُلَّ مُمَزَّقٍ إِنَّكُمْ لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>5</sup>
- \* ﴿إِن يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَأْتِ بِخَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>6</sup>
- \* ﴿أَفَعِينَا بِالْخَلْقِ الْأَوَّلِ بَلْ هُمْ فِي لَبْسٍ مِّنْ خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾<sup>7</sup>

<sup>1</sup> المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمّد فؤاد عبد الباقي، ص 202

<sup>2</sup> سورة الرعد: الآية 05.

<sup>3</sup> سورة إبراهيم: الآية 19.

<sup>4</sup> سورة السجدة: الآية 10.

<sup>5</sup> سورة سبأ: الآية 07.

<sup>6</sup> سورة فاطر: الآية 16.

<sup>7</sup> سورة ق: الآية 15.

كما ورد بإطلاق: "جديدا"، الذي يفيد المعنى السالف الذكر في موضعين اثنين من القرآن الكريم<sup>1</sup> وردا في نفس السورة القرآنية في قوله **وَعَجَلًا**: **﴿وَقَالُوا أَأِذَا كُنَّا عِظَامًا وَرُفَاتًا أَإِنَّا لَمَبْعُوثُونَ خَلْقًا جَدِيدًا﴾**<sup>2</sup>. وممن نبه على هذا الاستعمال القرآني للفظ على غير أصله الأصفهاني رحمه الله. فبعد أن ذكر بأن لفظ "الجدد"، إنما يراد به القطع قال: "ثم جعل لكل ما أحدث إنشاؤه؛ قال تعالى: **﴿بَلْ هُمْ فِي لَبْسٍ مِّنْ خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾** إشارة إلى النشأة الثانية"<sup>3</sup>.

وهذا، ما استنبطه الشيخ الطاهر بن عاشور رحمه الله أيضا، إذ ذكر في التفسير اللغوي لقوله تعالى: **﴿إِن كُنتُمْ لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾** أن: "الخلق الجديد، الحديث العهد بالوجود"، أي: في خلق غير الخلق الأول الذي أبلاه الزمان، فجديد؛ فعيل من جدّ بمعنى قطع. فأصل معنى جديد: مقطوع. وأصله وصف للثوب الذي ينسجه الناسج فإذا أتمه قطعة من المنوال، أريد به أنه يجدّ إن قطعة فصار كناية عن عدم لبسه. ثم شاع ذلك فصار الجديد وصفا بمعنى الحديث العهد، وتُنوسى معنى المفعولية منه فصار وصفا بمعنى الفاعلية، فيقال: جدّ الثوب بالرفع؛ بمعنى كان حديث عهد بنسيج"<sup>4</sup>.

وهذا المعنى - أي الجديد؛ التجديد والتحديث - هو ما نلاحظه في الآيات المتبقية. ففي قوله تعالى: **﴿إِن يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَأْتِ بِخَلْقٍ جَدِيدٍ﴾** نجد بأن: "الإتيان بخلق جديد مستعمل في إحداث ناس لم يكونوا موجودين ولا مترقبا وجودهم"<sup>5</sup>، وأنه **وَعَجَلًا**: "يخلق مكانهم خلقا آخر على شكلهم أو على خلاف شكلهم، إعلاما منه باقتداره على إعدام الموجود، وإيجاد المعدوم"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، ص 202.

<sup>2</sup> سورة الإسراء: الآية 49-98.

<sup>3</sup> معجم مفردات ألفاظ القرآن، ص 86.

<sup>4</sup> التحرير والتنوير، 150/22.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، 286/22.

<sup>6</sup> الكشاف، الزمخشري، 547/2.



وفي قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا أَنَذَا ضَلَلْنَا فِي الْأَرْضِ أَننَا لَفِي خَلْقٍ جَدِيدٍ﴾، أي: "أنبعث  
ويُبدل خلقنا؟" بعد أن: "صرنا مختلطين بتراب الأرض، لانتميز منه كما يضل الماء في  
اللين." <sup>1</sup>

و: "الجديد: المحدث، أي غير خلقنا." <sup>2</sup>

كذا في قوله ﷻ: ﴿وَقَالُوا أَنَذَا كُنَّا عِظَامًا وَرَفَاتًا إِننَا لَمَبْعُوثُونَ خَلْقًا جَدِيدًا﴾. فقد  
دلّت الآية الكريمة على أن: تجديد الخلق إنما يراد به بعثه وإحيائه وإعادةه وإرجاعه بعد أن  
بلى وصار عدما لا يذكر. <sup>3</sup>

وعليه، وتأسيسا على ما سلف ذكره - قريبا - يمكن القول: إن الاستعمال القرآني  
لفظ "جديد" للدلالة على "التجديد" بمعنى: التحديث، البعث والإرجاع وإعادة، القطع  
وكذا الطريقة <sup>4</sup>، وإنما هو نظير استعماله للفظ: "جهد"، في الدلالة على بذل الجهد والسعة  
من حيث عدم حصره لها في معنى أو حكم شرعي معين يمكن أن تتحدّد من خلاله معالم  
منهج تبني عليه اصطلاحات العلماء وما هذا إلا خاصية من خصوصيات النص القرآني الذي  
يعتني بالكليات والأصول قبل الجزئيات والقروع، إلا فيما احتمل التشريع أن يعطيه معنا  
محدّدا. في حين نجد السنة النبوية تنحو إلى شيء من ضبط المعاني ضبطا توجيهيا إرشاديا،  
لا تقنينا حصريا يلغي كل المعاني والدلالات الأخرى؛ كونها تمثل بيانا وتوضيحا - وهذا  
كمبدأ أو أصل في السنة النبوية - لأحكام وتوجيهات القرآن الكريم. <sup>5</sup>

<sup>1</sup> المرجع نفسه.

<sup>2</sup> التحرير والتنوير، الطاهر بن عاشور، 219/1.

<sup>3</sup> الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 274/10، تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 1722/3.

<sup>4</sup> قال الطاهر بن عاشور رحمه الله في معرض تفسيره اللغوي للفظ "جدد" الواردة في قوله تعالى: ﴿وَمِنَ الْجِبَالِ جُدَدٌ  
بَيْضٌ وَحُمْرٌ مُّخْتَلِفٌ أَلْوَانُهَا﴾ - سورة فاطر: الآية 27 - بأن: "جدد"؛ جمع جدة - بضم الجيم - وهي الطريقة  
والخطّة في الشيء تكون واضحة فيه".

ينظر: التحرير والتنوير، 302/22.

<sup>5</sup> إن للقرآن الكريم أساليب متعددة ومختلفة في بيان دلالة الألفاظ في بناء الآيات القرآنية التي تقوم عليها عملية  
استنباط الأحكام الشرعية، أساليب اقتضتها بلاغته وكونه معجزا، كيف لا وهو كتاب الهداية والإرشاد من الظلمات  
إلى النور، ومن الباطل إلى الحق؟!!

ولعلّ من هذه الأساليب، أن يأتي بصيغة المحمل في ذكر الدلالات اللفظية الموظفة، بعكس السنة النبوية المطهرة التي  
توصف بأنها تأتي مفصلة ومبينة لمختلف الدلالات والمعاني للألفاظ المستعملة فيها، كما هو الأمر بالنسبة للفظ محل  
الدراسة "التجديد". كيف لا وهي المنوط بما أمر تفصيل ما أجمل من أحكام في القرآن الكريم؟!!

### ثالثاً- استعمال إطلاق التجديد في السنة النبوية

إثمه، وبالرجوع إلى نصوص السنة المطهرة، نجد أن استعمال إطلاق: "التجديد"، إنما ورد بشكل أوسع، مقارنة بما ورد في الاستعمال القرآني لذات اللفظ أو مصدره. حيث يكاد يستغرق معظم- إن لم نقل مختلف- الدلالات والمعاني الواردة في المعاجم اللغوية- على وقف ما تمّ بسطه آنفاً.

فنجد السنة النبوية تستعمل مصدر إطلاق: "التجديد"، وهو الفعل الثلاثي "جدد" مستمدة منه الكثير من الاشتقاقات الدالة على المعاني الآتية:

- \* الأمر المحدث الذي لم يكن له سابق وجود.
- \* ما يقابل الخلق، وهو نقيض البلى، أو نقيض القديم، وهو بمعنى: الإعادة والإرجاع.
- \* القطع بمختلف دلالاته المادية والأدبية، نحو: الصّرم، الفصل، الإنهاء، التغيير والتبديل.
- \* الطّريق الظاهر، والمسلك البين.
- \* وكذا: الاجتهاد.

\* بالإضافة إلى تلك الاستعمالات اللغوية لإطلاق التجديد- والتي تعرف بالدلالات غير الأصلية أو غير السيادية- التي سبقت الإشارة إليها، نحو: الغنى، عدم الهزل، نقيض الحزم. وفيما يأتي إيراد بعض النصوص الدالة على أشهر تلك المعاني السيادية الواردة في السنة النبوية، بنفس الترتيب المتقدم:

أ- التجديد بمعنى الأمر المحدث. قال ﷺ: "لو أنّكم تكونون إذا خرجتم من عندي على حالكم ذلك لزارتكم الملائكة في بيوتكم، ولو لم تذنبوا لجاء الله بخلق جديد كي يذنبوا فيغفر الله لهم..."<sup>1</sup>.

ب- التجديد بمعنى الإعادة والإرجاع؛ لعلّ ما يمكن اعتباره توظيفاً جديداً للفظ التجديد في السنة النبوية، هو استعمالها له في الأمور المعنوية والأدبية أيضاً، والتي تحتاج بدورها إلى ذلك كما تحتاجه الأشياء المادية والحسّية. وتدل على هذا المراد أحاديث: "تجديد الإيمان"- على اختلاف الروايات فيها- ومنها:

---

لمزيد فائدة في مجال معرفة خصائص وأساليب كلاً من القرآن والسنة في بيان الأحكام الشرعية، ينظر: الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 124 وما بعدها - علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 38 وما بعدها.

<sup>1</sup> سنن الترمذي، الترمذي، كتاب صفة الجنة عن رسول الله ﷺ، 137/4- قال: حديث صحيح...

\* قوله ﷺ: " إِنَّ الْإِيمَانَ لِيَخْلُقُ فِي جَوْفِ أَحَدِكُمْ كَمَا يَخْلُقُ الثَّوْبَ، فَاسْأَلُوا اللَّهَ أَنْ يَجِدَّ الْإِيمَانَ فِي قُلُوبِكُمْ"<sup>1</sup>.

\* وفي رواية عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " قال رسول الله ﷺ: " جددوا إيمانكم " قيل: " يا رسول الله؛ كيف نجدد إيماننا؟ قال ﷺ: " أكثروا من قول لا إله إلا الله "<sup>2</sup>.

ج- التجديد بمعنى الحظّ الأوفر: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: " ما من مسلم ولا مسلمة يصاب بمصيبة فيذكرها وإن طال - وقال عبادة: قدم - عهدها، فيحدث لذلك استرجاعا؛ إلا جدد الله له عند ذلك، فأعطاه مثل أجرها يوم أصيب "<sup>3</sup>.

ففي الحديث الشريف إشارة جليلة إلى أن المسلم أو المسلمة إذا ما ابتلاه ربّه فأصابه بمصيبة - وإن طال أو قدم عهدها - فذكرها مسترجعا محتسبا ثوابها عند الله ﷻ، إلا وجدّد له ثواب وأجر ذلك غير منقوص عن ثوابها وأجرها يوم حدوثها. فيكون معنى "جدّد" في الحديث: الحظّ الأوفر والجزيل المتمخّض عن الإعادة والتكرار في الاحتساب.

هذا، ولعلّ المعنى يزداد وضوحا وتجليّة بالعودة في فهم الحديث إلى آي القرآن الكريم في هذا الشأن. ذلك أنّه من المعلوم بأنّ كلاً من القرآن الكريم، والسنة المطهّرة يوضح بعضها بعضا.

قال المولى ﷻ: ﴿ وَنَبَلُّوكُمْ بِشَيْءٍ مِّنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ وَنَقْصٍ مِّنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَنْفُسِ وَالثَّمَرَاتِ وَبَشِّرِ الصَّابِرِينَ \* الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمُ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ \* أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِّن رَّبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُهْتَدُونَ ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المستدرک علی الصحیحین، الحاکم، 04/1.

وذكره الهيثمي في: مجمع الزوائد، 52/1.

<sup>2</sup> أخرجه أحمد والحاکم:

مسند الإمام أحمد، 359/2.

المستدرک علی الصحیحین، 285/4.

وذكره الهيثمي في: مجمع الزوائد، 52/1.

<sup>3</sup> أخرجه أحمد والحاکم:

مسند الإمام أحمد، 201/1.

المستدرک علی الصحیحین، 688/1.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآيات 155-157.

فقد ذكر المفسرون<sup>1</sup> في معرض تفسير وبيان المراد من هذه الآيات الكريمة؛ أن المولى تبارك وتعالى قد بين صفات الصابرين الذين امتحنهم فقال: ﴿الَّذِينَ إِذَا أَصَابَتْهُمُ مُصِيبَةٌ قَالُوا إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾؛ أي تسلّوا وابتهجوا بقولهم هذا عمّا أصابهم، وعلموا أنّهم ملك لله يتصرف في عبيده كيفما، وبما شاء، وعلموا أنّه لا يضيع لديه مثقال ذرة يوم القيامة. فأحدث لهم ذلك اعترافهم وإقرارهم بأنّهم عبيده، وأنّهم إليه راجعون. ولهذا أخبر تعالى عمّا أعطاهم جزاء على صنيعهم ذلك، فقال ﷺ: ﴿أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ﴾، أي: ثناء من الله عليهم ورحمة.

قال سعيد بن جبیر رضي الله عنه في تفسير ﴿أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ﴾: أمانة من العذاب. وقال تعالى أيضا: ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُهْتَدُونَ﴾. قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: نعم العبدان، ونعمت العلاوة- ﴿أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ وَرَحْمَةٌ﴾؛ العبدان. ﴿وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُهْتَدُونَ﴾؛ العلاوة- وهي ما توضع بين العبدین، وهي زيادة في الحمل، وكذلك هؤلاء الصابرين، أعطوا ثوابهم، وزيدوا أيضا.

وقد ورد في ثواب الاسترجاع، وهو قول: ﴿إِنَّا لِلَّهِ وَإِنَّا إِلَيْهِ رَاجِعُونَ﴾ عند حلول المصائب أحاديث كثيرة، نورد منها:

\* أخرج الإمام مسلم رحمه الله في صحيحه عن أمّ سلمة رضي الله عنها أنّها قالت: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: " ما من مسلم تصيبه مصيبة فيقول ما أمره الله؛ إنا لله إنا إليه راجعون اللهم أجرني في مصيبي وأخلف لي خيرا منها، إلاّ أخلف الله له خيرا منها". قالت: فلما مات أبو سلمة قلت: أيّ المسلمين خير من أبي سلمة؛ أول بيت هاجر إلى رسول الله ﷺ. ثمّ أتيت قتلها فأخلف الله لي رسول الله ﷺ. قالت: أرسل إليّ رسول الله ﷺ حاطب بن أبي بلتعة يخطبني له فقلت إنّ لي بنتا وأنا غيور. فقال: "أما ابنتها فندعو الله أن يغنيها عنها، وأدعو الله أن يذهب بالغيرة."<sup>2</sup>

\* أخرج الإمام أحمد ابن حنبل رحمه الله أنّ أمّ سلمة رضي الله عنها قالت: أتاني أبو سلمة يوما من عند رسول الله ﷺ فقال: لقد سمعت من رسول الله ﷺ قولا سررت به.

<sup>1</sup> ينظر: تفسر القرآن العظيم، ابن كثير، 1/ 339-340، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 1/ 215-216،

تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، عبد الرحمن بن ناصر السعدي، ص 75-76.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، كتاب الجنائز، باب ما يقال عند المصيبة، ص 243.

قال: " لا يصيب أحدا من المسلمين من مصيبة فيسترجع عند مصيبتيه، ثم يقول: اللهم أجرني في مصيبي واخلف لي خيرا منها، إلا فعل ذلك به". قالت أم سلمة: فحفظت ذلك منه، فلما توفي أبو سلمة استرجعت وقلت: اللهم أجرني في مصيبي واخلف لي خيرا منه. ثم رجعت إلى نفسي، فقلت: من أين لي خير من أبي سلمة؟ فلما انقضت عدتي استأذن عليّ رسول الله ﷺ وأنا أدبغ إهاباً لي، فغسلت يدي من القرظ، وأذنت له، فوضعت له وسادة آدم حشوها ليف، فقعدها عليها، فخطبني إلى نفسي، فلما فرغ من مقالته قلت: يا رسول الله ما بي ألا يكون بك الرغبة، ولكنني امرأة في غيرة شديدة، فأخاف أن ترى مني شيئاً يعذبني الله به، وأنا امرأة قد دخلت في السن، وأنا ذات عيال. فقال ﷺ: "أما ما ذكرت من غيرة، فسوف يذهبها الله عنك. وأما ما ذكرت من السن فقد أصابني مثل الذي أصابك، وأما ما ذكرت من العيال، فإتما عيالك عيالي. قالت: "فقد سلّمت لرسول الله ﷺ". فتزوجها رسول الله ﷺ. فقالت أم سلمة بعد: "أبدلني الله بأبي سلمة خيراً منه رسول الله ﷺ".<sup>1</sup>

د- كما ورد في السنة النبوية حديث يجمع فيه التجديد عدة معان، منها: القطع - بوجهيه - والطريقة البيّنة، وكذا الاجتهاد. وهي باقي المعاني السالف الإشارة إليها.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها."<sup>2</sup>

تنبيه: إنّه كان هذا الحديث النبوي مُعتبراً - بحق - العمدة في الدعوة إلى القيام بالعملية التجديدية التي تقتضيها موضوعات أو مشتملات الدين الإسلامي - فإني أجدي

<sup>1</sup> مسند الإمام أحمد، مسند أم سلمة، 1/136، 135.

<sup>2</sup> أخرجه أبو داود، الطبراني، البيهقي والحاكم:

سنن أبي داود، كتاب الملاحم، باب ما يذكر في قرن المائة، 4/106.

الأوسط، 4/522.

سنن البيهقي، باب معرفة السنن والآثار، 1/52.

المستدرک علی الصحیحین، کتاب الفتن والملاحم، 4/522 - سكت عنه ولم يصححه.

وسند الحديث صحيح: رجاله ثقات، وهم رجال مسلم، وقد صححه غير واحد من العلماء:

فقد أشار الإمام السيوطي إلى صحته في الجامع الصغير، وأقره عليه شارحة.

ينظر: فيض القدير، المناوي، 2/288، مختصر السنن، المنذري، 6/163 - سلسلة الأحاديث الصحيحة، الألباني،

151/2.

كما نقل صاحب عون المعبود بشرح سنن أبي داود: اتفاق الحفاظ على صحته - العظيم آبادي - 4/396.

مجبراً على أن أقف لأعرض له بشيء من التفصيل - مستحضراً في ذلك الإيجاز، من غير إخلال بالقصد قدر الوسع والإمكان - وذلك من خلال العناصر الآتية.

### هدف الحديث:

يهدف هذا الحديث - كما يقول القرضاوي - إلى: "بعث الأمل في نفوس الأمة بأن جذوتها لن تجبو، وأن دينها لن يموت، وأن الله يقيض لها كل فترة زمنية، وكل قرن من الزمان من يجدد شبابها، ويحيي مواثمها. وليس المقصود برأس المائة، سنة مائة أو مائة وواحد مثلاً، بل، أواخر قرن وأوائل القرن الذي يليه، فكل يطلق عليه: "رأس". المهتم أن الله لا يدع هذه الأمة دون أن يهيئ لها من يوقظها من سبات ويجمعها من شتات. ونحن في حاجة إلى تأكيد هذا المعنى حتى نقاوم موجة اليأس التي علا مدها، وأنه لافائدة ولا أمل وأن الإسلام في إدبار والكفر في إقبال...<sup>1</sup>". وهي الموجة التي راح البعض يروجون لها، بل، ويسعون لتعزيدها بالأدلة والأسانيد التي فهموها على غير وجهها الحق، بقصد تحطيم وتثييط كل مساعي الانطلاق والأمل في نفوس المسلمين من جهة، بل، وراحوا من جهة أخرى، يحرصون الحرص الشديد على أن يهال التراب، وتضرب الحجب على نخط أنواع آخر من الأدلة والأسانيد التي تحمل ذلك الأمل والبشرى للأمة وترفع من همتها. ومن ذلك نذكر:

\* قوله ﷺ: "مثل أمي مثل المطر لا يدري أوله خير أم آخره"<sup>2</sup>.

\* وقوله أيضاً: "بشر هذه الأمة بالسنة\* والرّفة والنصر والتمكين في الأرض..."<sup>3</sup>.

\* وقوله ﷺ: "ليبلغن هذا الأمر - أي الدين - ما بلغ الليل والنهار، ولا يترك الله بيت مدر ولا وبر إلا أدخله هذا الدين، بعز عزيز أو بذل ذليل، عزاً يعز الله به الإسلام، وذلاً يذل به الكفر"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> من أجل صحوة راشدة، ص 13.

<sup>2</sup> أخرجه الترمذي وأحمد:

سنن الترمذي، كتاب الأمثال عن رسول الله، باب مثل الصلوات، 4/549-550. قال: حديث حسن، غريب من هذا الوجه.

مسند الإمام أحمد، مسند أنس بن مالك، 3/130.

\* السنة؛ بمعنى الرّفة. ينظر: مختار الصحاح، الرازي، ص 172.

<sup>3</sup> مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل، مسند الأنصار، 5/134.

<sup>4</sup> مسند الإمام أحمد، أحمد بن حنبل، مسند الشاميين، 6/258.



ومع هذا الأمل الإلهي الذي بثّه ﷺ في أمته على مدار الزمان، كان المسلم مطالب بالعمل لدينه وديناه- معا ودائما- فهو مطالب بالعمل لديناه منتجا معطاء حتى تلفظ الحياة آخر أنفاسها، فلا يتوانى في عمارة الأرض لحظة واحدة، استجابة لأمر النبي ﷺ حين قال: " إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة-أي نخلة صغيرة، وما في حكمها- فإن استطاع ألاّ تقوم حتى يغرسها، فليغرسها"<sup>1</sup>. لكن، قد يسأل سائل متعجبا:

ولما يغرسها والساعة قائمة أو تكاد؟ إنه لن يعيش حتى يجني ثمرة ما غرست يدها.

لهذا، كانت الفكرة المراد التنبيه إليها في الحديث إنما هي: تكريم العمل لأجل العمل، ووجوب أن يبقى المسلم منتجا معطاء إلى آخر لحظة من حياته مادام فيه قدرة ومكنه على البذل والعطاء. وعليه، فإذا كان هذا الصنيع مطلوباً لدنيا المرء، فكيف لا يكون مطلوباً لدينه، والدين عند الله لا محالة أعظم من الدنيا؟<sup>2</sup>

### وقفه مع الحديث:

إنّه، ولما كان أمر الدين الذي خصّ الله ﷻ به بهذه الأهمية بمكان. فقد حدد النبي ﷺ من خلال هذا الحديث عناصر ومقومات العمل التجديدي الذي يُعنى بتجديد دين هذه الأمة. لذا فإنّه يقع لزاما علينا أن نقف مع الحديث ووقفه تمعن وتأمل، تمحيص ومدارسة، حتى نتبين ونستنبط مختلف تلك العناصر التي تشكل مجتمعه، ما يمكن أن نطلق عليه: عناصر العملية أو الحركة التجديدية.

إننا إذا ما وقفنا مع هذا الحديث ووقفه الدارس لمضمونه، أمكننا الخلاص إلى أن عناصر الحركة التجديدية المتضمنة في هذا الحديث أربعة، وهي:

أولاً: المجدد له ( الأمة الإسلامية )

ثانياً: وقت التجديد ( على رأس كل مائة سنة )

ثالثاً: المجدد ( وهو من يقوم بالعملية التجديدية )

<sup>1</sup> أخرجه أحمد والبخاري .

- مسند الإمام أحمد، 3/185.

- الأدب المفرد، ص 65.

قال الهيثمي: رجاله ثقات أثبات. ينظر: فيض القدير، المناوي، 3/31، 30.

صححه الشيخ الألباني: سلسلة الأحاديث الصحيحة، 1/03.

<sup>2</sup> من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 17.

## رابعاً: المجدد ( وهو دين الأمة )

وفيما يأتي توضيح ما يتعلق بكل عنصر من هذه العناصر.

### أولاً- المجدد له:

إنَّ المجدد له كما بيّن الحديث الشريف: " هذه الأمة " <sup>1</sup>؛ وهي الجماعة المحمّدية كما ذكر الإمام المناوي رحمه الله: "... وأصل " الأمة": الجماعة؛ مفرد لفظاً، جمع معنى. وقد يختص بالجماعة الذين بعث فيهم نبيّاً، وهم باعتبار بعثه فيهم، و دعائهم إلى الله يُسمّون: "أمة دعوة". فإن آمنوا كلّاً أو بعضاً، سُمّي المؤمنون: "أمة الإجابة" <sup>2</sup>، وهُم المراد هنا؛ بدليل إضافة الدين إليهم في قوله ﷺ: " دينها".

<sup>1</sup> تذكر معاجم اللغوية للفظ الأمة معاني كثيرة، تختلف كما من معجم إلى آخر، لكنها تجتمع على المعاني الأساسية اللفظية والمتمثلة في: الدين، أي الملة، والجماعة، والإمامة.

ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 22، 24/1، تاج العروس، الزبيدي، 89/8 وما بعدها.

وقد ذكر ابن الجوزي رحمه الله وغيره، عن أهل التفسير، أنّ الأمة في القرآن الكريم على خمسة أوجه هي: الجماعة، الملة، الحين، الإمام، والصنف.

ينظر: نزهة الأعين التواظر في علم الوجوه والنظائر، ابن الجوزي، ص 14، 144.

- معترك الأقران في إعجاز القرآن، السيوطي، 29/2.

- معجم مفردات القرآن، الراغب الأصفهاني، ص 19.

<sup>2</sup> وفي هذا السياق يذكر محمّد عمارة مبيّناً قسمي الأمم في المنظومة الاصطلاحية الإسلامية، من منطلق الملة أو الدين والذي تقتضي عالمية الإسلام ورسالته إلى كل البشر بأنّها إما: أمة استجابة، وهي الأمة الإسلامية أو أمة الدعوة، وهي الأمة غير الإسلامية.

أمّا ذلك التقسيم القديم الذي تحدّثت عنه مصادر الفقه الإسلامي المتراوح بين ( دار الإسلام، ودار كفر) أو (دار سلام ودار حرب) أو ذلك التقسيم الثلاثي: (دار سلام، ودار حرب، ودار عهد) فإنّه لم يعد ثمة ما يقتضي الاعتماد والتعويل عليه، وذلك لتغير الظروف والأوضاع التي دعت إلى اعتماده وقتئذ. (ينظر: الإسلام وضرورة التغيير، ص

(135)

- ومحمّد سليم العوا كلام نفيس في هذا المعنى والسياق، حيث قال: " فهل يجب على الفقه الإسلامي في كل العصور الاحتفاظ بهذا التقسيم، والعودة إليه كلما طرأت مسألة أو مشكلة من مسائل العلاقات الدولية أو مشكلاتها ؟ أم الواجب على فقهاء كل عصر أن يصوغوا لمواجهة تلك العلاقات الحلول الفقهية المناسبة لعصرهم، والذي تحقّق فيه المصلحة وتدفع المفسدة ؟

و إذا كان التنظيم الدولي الحديث قد أحال العالم كله إلى مثل ما كان يسميه بعض الفقهاء (دار العهد) فهل يجوز للفقيه أن يستبقي التقسيم الثنائي أو الثلاثي و ما يترتب عليه عند الفقهاء من أحكام ؟

وعليه، تكون كلمة: "لهذه الأمة"؛ إشارة إلى أمة الإسلام، أي أمة الإجابة على امتداد قرونها وأجيالها. وهي التي كان النبي ﷺ يستحضرها ويشير إليها في الحديث محل الاستدلال، وفي غيره من الأحاديث<sup>1</sup>. وهي الأمة المذكورة في القرآن الكريم في مثل قوله

إنّ الرأي الذي يرححه الفقه المعاصر أن الإجهاد القديم القائل بمثل ذلك التقسيم قد انقضى زمنه، وأنّ الفقه المعاصر يجب أن يتوجه صوب واقع العلاقات الدولية المعاصرة ويبتهد في بيان الجائز فيها والمنوع، مما يحقق المصلحة أو يهدرها على نحو ما فعل الفقهاء في عصور المواجهة الأولى بين الإسلام وبين العالم القديم .  
ولذلك نقول: إنّ واجب فقه العصر أن يمين وجهه نحو تلك العلة نفسها: المصلحة الراجحة للمسلمين، ويقوم بناء اجتهاده في العلاقات الدولية على أساسها، ولا يجوز أن يبقى الفقه المعاصر أسيرا لاجتهاد قديم لم يعد محققا للغاية التي أستهدها أصحابه ، ولم تعد الأسباب التي تسوغه قائمة .

وفي تقديرنا أن العالم كله الآن دار واحدة هي دار عهد ومواعده، وأن أحكام الإسلام تنطبق على المسلمين أينما كانوا، سواء أكانوا في دار يغلب الإسلام على أهلها أم كانوا قلية أو أفراد في دار غالبية أهلها مسلمين..."  
- الفقه الإسلامي في طريق التجديد، ص 301، 300.

قلت: إنّه وإن كان فيما ذهب إليه محمد سليم العوا شيء من الصواب والمتمثل في الدعوة إلى الاجتهاد المستمر في إيجاد الحلول الفقهية المناسبة لعصرنا فيما يخص العلاقات الدولية لكثرتها وتسارعها ، فضلا عن وجود مؤثرات علمية وتكنولوجية وإستراتيجية محدثة، إلاّ أنّه لا يسلم لرأيه هذا مجملا بل ولا يسلم له من أوجه عدة أكتفي بذكر واحدة منها، وهي فكرة كون العالم اليوم كله دار عهد، وهذا غير معقول ولا منطقي، ذلك أنّ الناظر في العلاقات الدولية لبعض البلاد العربية والإسلامية، ومنها الجزائر نلاحظ أن ثمة بعض البلدان ليس فيما بينها عهد ولعل أشهر مثال لذلك الكيان الصهيوني؟ فهل يسلم مع هذا الواقع إطلاق "دار عهد" على كل العالم؟ بل أي مصلحة؟ فالواقع المعاش يكشف عن وجود مفاصد حقيقية يعاني منها أبناء الجالية المسلمة في بلاد الغرب، وتحديدًا في دائرة الأحوال الشخصية لاسيما ما تعلق منها بتنشئة الأبناء في تلك البيئة، لذا وجدنا العلماء المسلمين المتقدمين والمتأخرين منهم حرموا أو كرهوا نكاح الكتابيات... الخ.

ينظر تفصيل هذا: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، سالم الرافي، ص 82-90، الضوابط الشرعية لنكاح المسلم الكتابية، عطية فياض.

<sup>1</sup> ومنها: قوله ﷺ: "... وإتّما أخاف على أمّتي الأئمة المضلين".

أخرجه أبو داود، الترمذي، أحمد وابن حبان:

سنن أبي داود، كتاب الفتن والملاحم ، باب ذكر الفتن ودلائلها، 275/4.

سنن الترمذي، كتاب الفتن، باب ما جاء في الأئمة المضلين، 468/4.

مسند الإمام أحمد، مسند ثوبان ﷺ ، 278/5.

صحيح ابن حبان، 73/9.

وكذا: قوله ﷺ: " إن الله لا يجمع أمّتي - أو قال: أمة محمد ﷺ - على ضلالة، يد الله مع الجماعة...".

أخرجه الترمذي والحاكم :

سنن الترمذي، كتاب الفتن، باب في لزوم الجماعة، 466/4. قال أبو عيسى: حديث غريب من هذا الوجه.

المستدرک علی الصحیحین، کتاب العلم، باب لا یجمع الله هذه الأمة على الضلالة، 155/1. حديث صحيح.

تعالى: ﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا﴾<sup>1</sup>. وكذا قوله ﷺ: ﴿كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ﴾<sup>2</sup> وعليه- كما يرى القرضاوي- فإنه: "لا يعرف القرآن ولا السنة أمة غير الأمة الإسلامية، وهي أمة واحدة كما أمر الله تعالى، وإن اختلفت أجناسها وألوانها وأوطانها: ﴿إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً﴾"<sup>3</sup>. وعليه؛ لا يجوز أن نقول كما يقول بعض الناس: (الأمم الإسلامية) فليس في الإسلام (أمم) بل (أمة) واحدة. ولكن هناك؛ (شعوب إسلامية) داخل هذه الأمة. وعلى هذا الأساس، يكون التجديد المطلق الكامل هو الذي يغطي مساحة الأمة الإسلامية كلها، ويؤثر فيها جميعا. كما أن التجديد قد يكون جزئيا خاصة بجانب من جوانب الحياة أو بقطر من الأقطار... أو نحو ذلك. وقد يتسع لأكثر من جانب وأكثر من فئة، وأكثر من بلد<sup>4</sup>.

### ثانيا - وقت التجديد: متى يقع التجديد؟

إنَّ الحديث محل الدراسة والبيان، حدّد للحركة التجديدية وقتا هو: "كل مائة سنة". ومعلوم أن رأس الشيء أعلاه، ومنه رأس السنة: أولها أو بدايتها. وقد تساءل الشّراح هنا عن بداية المائة- أي عن المرجعية الزمنية في اعتماد وتقدير بدايتها- فقال الحافظ عبد الرؤوف المناوي رحمه الله في ذلك: "يحتمل المولد النبوي، أو من البعثة أو الهجرة أو الوفاة. ولو قيل بأقربيّة الثاني، أي البعثة لم يبعد. لكن صنيع السبكي وغيره مصرح بأنّ المراد الثالث"<sup>5</sup>؛ أي الهجرة. ذلك أنّهم في حديثهم عن المحددين، اعتبروا التاريخ الهجري هو الأساس، وهو معقول. لأنّه التاريخ الذي ألهم الله المسلمين منذ عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يؤرّخوا به دون غيره. فلم يعتمدوا المولد ولا البعثة ولا الوفاة، التي تعتبر جميعها محطات تاريخية ذات حدث في مسار الأمة الإسلامية، لارتباطها بصاحب الرسالة التي جاءت تشمل مسار حياتها إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وهو سيدنا محمد صلّى الله عليه وآله. ولكن، ما يلاحظ في اعتبار المحددين وترتيبهم بالنظر في العنصر الزمني للحركة والبعثة التجديدية، هو أنّ الشّراح جعلوا العبرة في تقدير ذلك أنّما هي: وفاة المجدد، أو من اعتبروه

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 143.

<sup>2</sup> سورة آل عمران: الآية 110.

<sup>3</sup> سورة الأنبياء: الآية 92.

<sup>4</sup> من أجل صحوة راشدة، ص 14.

<sup>5</sup> فيض القدير، 10/1.

كذلك في رأس المائة أو القرن. وهو الأمر الذي يظهر جلياً بالنظر في تاريخ وفيات الذين عيّنوهم للتجديد عبر تاريخ الأمة الإسلامية، فعمّر بن عبد العزيز توفي سنة 101 للهجرة، والشافعي سنة 204، وابن سريج سنة 306 والباقلاني سنة 403، والغزالي سنة 505، والرازي سنة 606، وابن دقيق العيد سنة 703... وغيرهم.

وعلى هذا النظر والتقدير في المقصود بـ: "رأس كل مائة سنة"، لم يذكروا إماماً مثل شيخ الإسلام بن تيمية، على الرغم من حركته التجديدية الهائلة في الفكر الإسلامي. بمختلف جوانبه لأنّه - وفقط - تأخّرت وفاته عن رأس المائة إلى سنة 728 للهجرة. والحديث - كما هو واضح منطوقه - لم يقل: إن الله يتوفى المجدد على رأس القرن، بل، يبعثه على رأس القرن، ومعناه: إن مهمة القيام بالحركة التجديدية بالنسبة لمن يصطفيه الله تعالى ويختار لها، إنّما تبدأ في رأس السنة المائة وليست تنتهي عندها كما يذهب إلى ذلك الكثير من الشراح، ومن ينقل عنهم دون التفطن والتدقيق في هذه المسألة<sup>1</sup>.

وقد نبّه على هذا المعنى، صاحب "فيض القدير"، حين قال: "وهنا تنبيه ينبغي التفطن له، وهو أنّ كلّ من تكلم على حديث: "إن الله يبعث..."، إنّما يقرّره بناء على أنّ المبعوث على رأس القرن يكون موته على رأسه، وأنت خير بأنّ المتبادر من الحديث إنّما هو: أنّ البعث - وهو الإرسال - إنّما يكون على رأس القرن، أي أوّلّه. ومعنى إرسال العالم: تأهّله للتصدي لنفع الأنام وانتصابه لنشر الأحكام، وموته على رأس القرن؛ أحد لا بعث. فتدبر بإنصاف" - ثمّ قال: - ثمّ رأيت الطيبي قال: المراد بالبعث من انقضت المائة وهو عالم مشهور مشار إليه. والكرماني قال: "... قد كان قبيل كل مائة أيضاً من يصحّح ويقوم بأمر الدين، وإنّما المراد من انقضت المائة وهو حيّ عالم مشار إليه."<sup>2</sup>

إلاّ أنّه، ولما كان - ربّما - يُتوهّم من تخصيص البعث برأس القرن - أي المائة سنة - أنّ القائم بالحجّة لا يوجد إلاّ عنده - أو عندها - فقد أردف العلامة المناوي تنبيهه وتوضيحه في هذا الصدد، بما يتبيّن معه أنّه: "قد يكون في أثناء المائة من هو كذلك - أي يبعث مجدداً -

<sup>1</sup> ينظر: من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 26 - فقه الوسطية الإسلامية والتجديد، يوسف

القرضاوي، ص 194.

<sup>2</sup> المناوي، 1/13، 12.

بل، قد يكون أفضل من المبعوث على رأس القرن<sup>1</sup>. وإنّ تخصيص الرأس إنّما هو لكونه مظنةً انخرام علمائه غالباً، وظهور البدع، ونجوم الدجالين.<sup>2</sup>

وفي هذا المعنى، أي الإجابة عن التساؤل: لماذا قرّن التجديد والبعث على رأس القرن أو المائة سنة تحديداً؟ يقول الحافظ جلال الدين السيوطي رحمه الله: "وإنّما كان التجديد على رأس كل مائة لانخرام علماء المائة غالباً، واندراس السنن، وظهور البدع، فيحتاج إلى تجديد الدين، فيأتي الله من الخلف بعوض عن السلف."<sup>3</sup>

وللشيخ القرضاوي في معرض التوفيق والترجيح بين الأقوال التي عرض لها شرّاح الحديث في بيان المقصود بـ: رأس كل مائة سنة كاملاً طيباً حيث قال: "والذي أراه أنّ الحديث يفيد أنّه لا يزرغ قرن إلاّ ويزرغ معه فجر جديد، وأمل جديد، وبعث جديد، حتّى تستقبل الأمة المسلمة القرن بقلوب يحدوها الرجاء في غد أفضل، وعزائم مصمّمة على عمل أمثل، ونيّات صادقة في تغيير الواقع بما يوافق الواجب وخصوصاً أنّ المفروض في الأمة أن تقف على رأس القرن مع نفسها وقفة محاسبة وتقويم، محاولة أن تستفيد من ماضيها، وتنهض بحاضرها، وترقى بمستقبلها مبتهلة إلى ربّها أن يكون يومها خير من أمسها، وغدها خيراً من يومها.

ولم ينف الحديث وجود مجددين في أواسط القرن وأواخره، بل، هذا هو الواقع الملحوظ لمن يقرأ تاريخ هذه الأمة، ويجدر من المجددين - أي يكون من الجدير أن يوصف ويعتبر

---

<sup>1</sup> ولعلّ من هذا المعنى ما قصده الإمام الشافعي رحمه الله بقوله: "الليث ابن سعد أفقه من مالك إلاّ أنّ أصحابه لم يقوموا به أو: "ضيعة أصحابه."

ينظر: وفيات الأعيان، ابن خلكان، 554/1 - شذرات الذهب، ابن العماد، 286/1 - حلية الأولياء، الأصبهاني 319/7.

ومعنى: "عدم قيامهم به: أنّهم لم يعنوا بتدوين آرائه وبثّها في الجمهور كما قاموا أنفسهم بتدوين آراء مالك. لم ينفع الليث بن سعد علوّ كعبه في الفقه، إذ فاته قيام التلاميذ بتدوين آرائه فانطفأ اسمه بصفته مفتياً مجتهداً، وإن بقيت جلالته على ألسنة محدّثين باعتباره راوياً موثقاً بأمانته. ومثل الليث كثير من أئمة الصحابة والتابعين الذين كانت آراؤهم واستنباطاتهم نبراساً لمن أتى بعدهم."

ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، محمّد الحضري، ص 186.

<sup>2</sup> فيض القدير، 13/1.

<sup>3</sup> الرد على أخلد إلى الأرض وقال أن الاجتهاد في كل عصر ليس بفرض، ص 11.



مجددا- أمثال الأئمة: ابن الجوزي وابن تيمية وابن القيم والشاطبي وابن الوزير وابن حجر  
والدهلوي والشوكاني وغيرهم من الأعلام.<sup>1</sup>

ثالثا- المجدد: من يقوم بحركة التجديد؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل، وهو معرفة من يقوم  
بالتجديد؟ فذلك موقوف على بيان معنى أو مدلول "من". فكلمة: "من"، في الحديث محلّ  
الاستدلال والشرح في قوله ﷺ: "...من يجدد"؛ كانت محل اختلاف العلماء- قديما  
وحديثا- فحملها الأكثرون على أنّها للفرد، ومنهم من حملها على أنّها للجماعة، وذهب  
آخرون إلى اعتبارها تصلح لأن تحمل على الفرد والجماعة معا. وفيما يأتي توضيح ذلك.

الاتجاه الأول: ويرى أصحاب هذا الاتجاه وهم الجمهور، بأن "من" في الحديث، إنّما  
يراد بها الفرد- وهو ما رجّحه الحافظ السيوطي<sup>2</sup>- لذلك اعتبروا المجدد فردا واحدا- بعينه-  
من عباقرة الأمة وأفذاذها، تبعته العناية الإلهية ليحدّد ما اندرس، ويقوّي ما ضعف، ويرتق  
ما فتن من أمر دين هذه الأمة. ومن هنا، ذكروا عددا من المجددين الأفراد على رأس كل  
مائة سنة؛ كعمر بن عبد العزيز(ت101 هـ) والإمام الشافعي(ت204 هـ). واختلفوا  
في مجدد المائة الثالثة، حيث كان على رأسها أكثر من علم، فذكروا ممن ذكروا: أبو الحسن  
الأشعري(ت324 هـ) وأبو العباس بن سريج (ت306 هـ) والنسائي صاحب  
السنن(ت303) وذكروا في الرابعة القاضي أبا بكر الباقلاني(ت403 هـ) وفي الخامسة  
الغزالي (ت505 هـ) وفي السادسة الفخر الرازي(ت606 هـ) وقيل: الرافعي (ت623)  
وفي السابعة ابن دقيق العيد (ت703 هـ) وفي الثامنة الحافظ زين الدين العراقي  
(ت808 هـ) وقيل: سراج الدين البلقيني (ت805 هـ) رحمهم الله جميعا.

وقد نظم الحافظ جلال الدين السيوطي رحمه الله(ت911 هـ) أرجوزة- بعنوان: "  
تحفة المهتدين بأخبار المجددين"، ضمّنها أسماء المجددين إلى المائة التاسعة، ادعى فيها الاجتهاد  
المطلق- وأنكر عليه من أنكر من معاصريه- قال فيها<sup>3</sup>:

الحمد لله العظيم المنّة \*\*\*\* المانح الفضل لأهل السنة  
ثم الصلاة والسلام نلتمس \*\*\*\* على نبي دينه لا يندرس

<sup>1</sup> ينظر: من أجل صحوة راشدة، ص 27 - فقه الوسطية الإسلامية والتجديد، ص 195.

<sup>2</sup> ينظر: التحدث بنعمة الله، ص 226.

<sup>3</sup> ينظر: فيض القدير، المناوي، 1/ 282، 282، عون المعبود، العظيم آبادي، 6/ 265.

لقد أتى في خبر مشتهر	****	رواه كل عالم معتبر
بأن في رأس كل مائة	****	يبعث الله لدين الأمة
منا عليها عالما يجدد	****	دين الهدى لأنه مجتهد
فكان على المائة الأولى عمر	****	خليفة العدل بإجماع وقر
والشافعي عند الثانية	****	لما له من العلوم السامية
وابن سريج ثالث الأئمة	****	والأشعري عدّه من أمّه
والباقلاني رابع أو سهل أو	****	الأسفراييني خلف قد حكوا
والخامس الحبر هو الغزالي	****	وعده ما فيه من جدال
والسادس الفخر الإمام الرازي	****	والرافعي مثله يوازي
والسابع الراقي إلى المراقي	****	ابن دقيق العيد باتفاق
والثامن الحبر هو البلقيني	****	أو حافظ الأنام زين الدين
والشرط في ذلك أن تمضي المائة	****	وهو على حياته بين الفئة
يشار بالعلم إلى مقامه	****	و ينصر السنة في كلامه
وأن يكون جامعا لكل فن	****	وأن يعم علمه أهل الزمن
وأن يكون في حديث قد روى	****	من أهل بيت المصطفى وقدقوي
وكونه فردا هو المشهور	****	قد نطق الحديث والجمهور
وهذه تاسعة المئين قد	****	أتت و لا يخلف ما الهادي وعد
وقد رجوت أنني المجدد	****	فيها ففضل الله ليس يجحد

**الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه، ويتقدمهم الحافظ الذهبي رحمه الله - ولم أعتز على غيره ممن قال بهذا الرأي - بأن: "من" في الحديث إنما تحمل على الجمع أو الجماعة من العلماء لا الفرد أو المفرد منهم بعينه.

وقد نقل المناوي رحمه الله قول الحافظ الذهبي: "بأن" من "هنا للجمع لا للفرد، فنقول مثلا: على رأس الثلاثمائة ابن سريج في الفقه، والأشعري في الأصول، والنسائي في الحديث،

وعلى رأس الستمائة مثلاً: الفخر الرازي في الكلام، والحافظ عبد الغني في الحديث وهكذا...<sup>1</sup>

**الاتجاه الثالث:** يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن: "من" في الحديث إنما تنصرف في الدلالة إلى المفرد أو الفرد من العلماء، كما تنصرف أيضاً إلى الجمع أو الجماعة، بل، ولا تنحصر أو تقتصر على المتخصصين في العلوم والفنون الشرعية من فقهاء ومحدثين فحسب، بل، تشمل غيرهم من أهل الفقه في العلوم والفنون الأخرى. ومن أصحاب هذا الرأي نجد: الإمام ابن الأثير، الإمام النووي، والحافظ ابن حجر العسقلاني.

قال ابن الأثير رحمه الله: "... وقد تكلّموا في تأويل هذا الحديث، وكل أشار إلى القائم الذي هو من مذهبه وحملوا الحديث عليه، والأولى العموم، فإن "من"؛ تقع على الواحد والجمع، ولا تختصّ أيضاً بالفقهاء، فإن انتفاع الأمة يكون أيضاً بأولى الأمر، وأصحاب الحديث، والقراء، والوعاظ. لكن المبعوث ينبغي كونه مشاراً إليه في كل من هذه الفنون.

ففي رأس - المائة - الأولى من أولى الأمر: عمر بن عبد العزيز، ومن الفقهاء: محمد الباقر، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، والحسن، وابن سيرين، وغيرهم من طبقتهم، ومن القراء: ابن كثير، ومن المحدثين: الزهري.

وفي رأس الثانية من أولى الأمر: المأمون، ومن الفقهاء: الشافعي، واللؤلؤي من أصحاب أبي حنيفة وأشهب من أصحاب مالك. ومن القراء: الحضرمي، ومن المحدثين: ابن معين، ومن الزهاد: الكرخي... وهكذا يقال في بقية القرون.<sup>2</sup>

وذكر الإمام النووي رحمه الله في معرض شرحه لقول النبي ﷺ: "لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين..."<sup>3</sup>، أنه: "يجوز أن تكون الطائفة جماعة متعددة من أنواع المؤمنين ما بين شجاع وبصير بالحرب، وفقهه ومحدّث ومفسّر، وقائم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وزاهد وعابد، ولا يلزم اجتماعهم ببلد واحد، بل، يجوز اجتماعهم في قطر، وتفرّقهم في الأقطار، ويجوز تفرّقهم في بلد وأن يكونوا في بعض دون بعض، ويجوز إخلاء الأرض كلّها

<sup>1</sup> فيض القدير، 11/1.

<sup>2</sup> جامع الأصول من أحاديث الرسول، 218/12-219.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب قول النبي ﷺ: "لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرّهم من خالفهم."، ص 565.

من بعضهم أولاً فأولاً إلى أن لا يبقى إلا فرقه واحدة ببلد واحد، فإذا انقضوا أتى أمر الله.<sup>1</sup>

وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله: " وهذا متّجه، فإن اجتماع الصفات المحتاج إلى تجديدها لا تنحصر في نوع من الخير، ولا يلزم أن جميع خصال الخير كلّها في شخص واحد، إلا أن يدعى ذلك في عمر بن عبد العزيز، فإنه كان القائم بالأمر على رأس المائة الأولى بالتصافه بجميع صفات الخير وتقدمه فيها، ومن ثم أطلق أحمد أنّهم كانوا يحملون الحديث عليه<sup>2</sup>. و أمّا من بعده فالشافعي، وإن اتّصف بالصفات الجميلة والفضائل الجمّة، لكنّه لم يكن القائم بشأن الجهاد والحكم بالعدل... فعلى هذا؛ كلّ من اتّصف بشيء من ذلك عند رأس المائة هو المراد سواء تعدّد أم لا.<sup>3</sup>

**مناقشة وترجيح:** إنّه، وبعد عرض مذاهب وآراء العلماء- المتقدمين- في بيان مدلول "من" الواردة في حديث التجديد، فإنّي أجدني أختار وأرجح ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثالث وهم: ابن الأثير وابن حجر والنووي وغيرهم ممن يرون أنّ: "من" في الحديث إنّما يصلح إطلاقها على الجمع أو الجماعة وكذا المفرد أو الفرد.

ذلك أنّ "من" في أصل وضعها صالحة لهذا وذاك، فكان حملها على أحدهما حصراً وتخصيصاً بغير وجه تخصص وفي القرآن الكريم: ﴿وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَٰئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ﴾<sup>4</sup>. فإذا عرفنا هذا فقد يكون المجدد: فرداً يهيئته الله ﷻ للقيام بمهمة البعث والإحياء والتجديد، وقد قيل قديماً: فرد ذو همّة يجيي أمة. وقال الناظم:

ليس على الله بمستنكر \*\*\*\* أن يجمع العالم في واحد

وقد يكون القائم بالتجديد والإحياء، ونحوه: جماعة، أو مجمع، أو مدرسة، أو حركة- فكرية أو تربوية أو علمية، أو اجتهادية... يتواصى أصحابها بالحق والصبر، ويتعاونوا على البرّ والتقوى.

<sup>1</sup> النووي شرح صحيح مسلم، 4/583-584.

<sup>2</sup> يعني: الحديث الوارد في التجديد: "إنّ الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها."

<sup>3</sup> فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 9/295.

<sup>4</sup> سورة النساء: الآية 124 .

وقد يقوم بمهمة التجديد أفراد أو جماعات متناثرة، كلٌّ في موقعه، وفي مجال اهتمامه واختصاصه. هذا في مجال العلم والفكر، وذلك في مجال السلوك والتربية، وثالث في مجال الدعوة والتكافل الاجتماعي ورابع في مجال السياسة والحكم... وكلٌّ على ثغر من ثغر الدين الإسلامي، اتحدت أهدافهم ومبادئهم وإن اختلفت مواقعهم وطرائقهم<sup>1</sup>.

أمّا إذا ما انتقلنا إلى الحديث عن مدلول كلمة: "من"، الواردة في النص النبوي المبين لعناصر الحركة التجديدية في هذا العصر، فإننا نجد في جزء كبير منه، لم يخرج عن خط الفكر القديم أو تصوّر المتقدمين مع يسير اختلاف في الشكل والنمط الذي اقتضاه تغيير الظروف والأحوال فحسب.

ذلك أنّ الناظر في التوجّه العام لأية حركة تجديدية، يلحظ اتجاه الفكر الحديث إلى تأكيد وإبراز قوة وأولوية الاختيارات والاجتهادات الشاملة للفعل التجديدي، وذلك حتّى يكون أكثر قدرة على استيعاب، مواجهة ومواكبة الواقع المتغير، ومشكلاته المركبة، والتي لم تعد تجدي فيها- على الأغلب- الجهود أو الحلول الوجودية الفردية<sup>2</sup>. ذلك أنّ: "الفرد مهما تكن مواهبه وقدراته فهو محدود الطاقة والجهد ما لم يكن معه أعوان يشدون أزره، ويقوون أمره"<sup>3</sup>. لذا كان تجديد الدين أمر تقوم به جماعة واسعة، إذ الضّرورة تدعو إلى التجديد الجماعي، لاسيما في عصرنا هذا. حيث تشعبت عناصر الحياة وأصبح التجديد أوسع وأكثر من أن يقوم به نفر واحد مهما كان دوره وإسهامه في دفع حركة البعث التجديدي<sup>4</sup>. ذلك

<sup>1</sup> من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 22.

<sup>2</sup> - وليس معنى هذا الحجر على الآراء والاجتهادات الفردية. إذ لا يملك أي شخص أو جهة حق القول بهذا، بل تظل تلك الآراء والاجتهادات التي تمثل صاحبها ذات تأثير منوطا بما تحوي من حجج، وما لقائلها من الثقة والقبول بين الناس. فالدعوة إلى التجديد الجماعي، نحو الجامع الفقهيّة، أو دور الإفتاء الجماعي... والقول بأولويّته على التجديد الفردي، لا يعني إهمال وإقصاء هذا الأخير، لأنّه في الحقيقة: سبيل ذلك وأساسه الذي يقوم عليه.

ينظر في هذا الشأن: الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر، سعيد شبار، ص 178.

- شريعة الإسلام، يوسف القرضاوي، ص 156.

- الفقه الإسلامي في طريق التجديد، محمّد الدسوقي، ص 184.

<sup>3</sup> ذلك أنّ المرء قليل بنفسه، كثير بإخوانه، ضعيف بمفرده، قويّ بجماعته وأعدائه، ولعلّ من هذا المعنى قول موسى عليه السلام: ﴿وَاجْعَلْ لِي وَزِيرًا مِّنْ أَهْلِي \* هَارُونَ أَخِي \* اشْدُدْ بِهِ أَزْرِي \* وَأَشْرِكْهُ فِي أَمْرِي﴾ سورة طه: الآيات 29-33. وقوله تعالى، مجيبا دعاء نبيه موسى عليه السلام: ﴿قَالَ سَنَشُدُّ عَضُدَكَ بِأَخِيكَ وَنَجْعَلُ لَكُمَا سُلْطَانًا﴾ سورة القصص: الآية 35.

<sup>4</sup> تجديد الفكر الإسلامي، حسن الترابي، ص 37.

أنه: "مما لامرية فيه أن رأي الجماعة أدقّ وأشمل وأحرى للصواب من رأي الفرد فالأخطاء الفردية في الواقع أكثر وأكبر من الأخطاء الجماعية. فالفرد تتعيب عنه بعض الحقائق، ويخفّ إدراكه لطرف من الجوانب، وتنقصه الخبرة والممارسة. فالظنّية في أعمال فكره ونظره تطغى على الواقعية المشاهدة، والتجربة الحسيّة. بيد أن هذه العقبات تتلاشى أكثرها في رأي الجماعة مهما كان للفرد من الإمكانيّة والمكانة ماله<sup>1</sup>، بل، أنه لا يكفي للقيام بتجديد دين الأمة الإسلامية في زمن من الأزمنة- والأمر أظهر في زماننا- الاقتصار على تجديد العلوم الشرعية أو الدينية، في نطاق ما يقبل ذلك فحسب- وإن كان ذلك الأصل والأولى- بل، ويلزم لذلك توسيع نطاق حركة التجديد لتكون شاملة مستغرقة مختلف العلوم والفنون والأفكار والصناعات، ونواحي الحياة الإنسانية جمعاء، لما لهذه المناحي من إسهام في إنجاح الحركة التجديدية."<sup>2</sup>

وتأسيساً على هذا الفهم الشمولي لنص الحديث محل الاستدلال، إن من حيث القائمين بالعمل التجديدي أو نطاقه، فإننا لن نكون ساعتها في حاجة إلى انتظار مجدّد بعينه، ولن نعد في حاجة إلى أن يدعى واحد من الناس أنه مجدّد القرن الأوحد، فيقبل منه قوم، ويرفضه آخرون. إننا بهذا الفهم إنّما نشرك الأمة كلّها في التجديد المنشود، فهي التي تفرز أو تبعث- بتوفيق الله- المجدّدين وتصقلهم وتحركهم، وتهيئ الظروف المواتية لظهور فعلهم التجديدي، وهي التي تعطي كل فرد من أفرادها مسؤولياته، وموقعه من قافلة التجديد ليحرسه ويرعاه<sup>3</sup>. ومن ثمة يتحول مجال اهتمام كل فرد مسلم غير عن أمر دينه ومصير أمته إلى أن يتساءل: ما هو دوري في حركة بعث<sup>4</sup> وتجديد دين الأمة؟ وما هو واجبي نحو ذلك؟ بدل أن ينصرف همّه إلى أن يتساءل عن: من هو المجدد؟ ومتى يظهر<sup>1</sup>؟

<sup>1</sup> المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل الهويريني، ص 372.

<sup>2</sup> موجز تاريخ تجديد الدين وإحيائه، أبو الأعلى المودودي، ص 138.

<sup>3</sup> بل أننا بهذا الفهم السليم، نخلص أن: "القرآن الكريم... جعل الأمة كلّها مسؤولة عن إيجاد طائفة من المجتهدين في

كل عصر وبيئة، لتنهض بعبء الاجتهاد والاستنباط ما تقتضيه حياتها من معين هذا التشريع."

ينظر: المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، فتحي الدريني، ص 12.

<sup>4</sup> إن معنى البعث في الحديث إنّما هو: تهيئة الأسباب المواتية، وإتاحة الظروف المناسبة، وخلق المناخ الملائم لظهور

حركة التجديد للدين، والذي يتحقّق من خلاله إحياء الأمة وفق السنن الإلهية التي لا تتبدل.

وعليه لا ينصرف، ولا ينبغي أن يفهم معنى "البعث" على أنه: إظهار مجدد بخارقة من الخوارق الكونية ليغير ما يحتمل وما يجب تغييره من أوضاع الأمة، وإن لم يغير أفرادها ما بهم.



## رابعاً- المجدّد:

إنّ المجدّد؛ وهو محل أو مجال التجديد المشار إليه في الحديث محل الاستدلال، إنّما هو "الدين". لكن السؤال الذي يطرح: ما المقصود بكلمة الدين في الحديث النبوي؟ وهل كل المشتملات والعناصر المركبة له تخضع للفعل التجديدي أم تقتصر على بعضها دون الآخر؟

إنّ كلمة "الدين" إذا أطلقت، فإنّه يقصد بها حسب ما ذهب إليه القرضاوي وغيره من علماء الأمة أحد أمرين<sup>2</sup>:

أولهما: المنهج الإلهي الذي بعث الله به رسوله، وأنزل به كتابه من العقائد والعبادات والأخلاق والشرائع، لينظم بها علاقة الإنسان برّبّه، وعلاقة الناس بعضهم ببعض، وهو ما عبّر عنه العلامة ابن خلدون رحمه الله بقوله: "الدين"؛ وضع إلهي سائق للبشر باختيارهم إلى ما فيه صلاح معاشهم ومعادهم<sup>3</sup>. وهو أيضاً ما عبّر عنه الإمام التّهانوي رحمه الله قائلاً بأن الدين: "وضع إلهي سائق لذوي العقول السليمة باختيارهم إلى الصلاح في الحال، والصلاح في المال"<sup>4</sup>.

والدين بهذا المعنى-وبالتنظر إلى أسسه وأصوله- ثابت لا يقبل التغير والتجديد من حيث هو حقيقة خارجة .

والثاني: وهو أنّه يقصد بالدين، الحالة الّتي يكون عليها الإنسان في علاقته بالمعنى الأول، أي المنهج الإلهي الثابت؛ فكراً وشعوراً وعملاً.

والدين بهذا المعنى؛ متغير متحرك، فهو يزيد وينقص، يقوي ويضعف، بحسب فهم الإنسان له والتزامه بتعاليمه<sup>5</sup>.

---

ينظر: من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 22، 22 - فقه الوسطية الإسلامية والتجديد، يوسف القرضاوي، ص 191.

<sup>1</sup> ينظر: المرجعان نفسيهما: من أجل صحوة راشدة، ص 25 - فقه الوسطية الإسلامية والتجديد، ص 193 .

<sup>2</sup> ينظر: من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي ، ص 28-29.

- معالم التجديد الفقهي في المنهج الإسلامي، أشرف عبد العظيم الميمي، ص 156، 155 .

<sup>3</sup> مقدمة ابن خلدون، ص 473.

<sup>4</sup> كشف اصطلاحات الفنون ، ص 403.

<sup>5</sup> ذلك أنّه: "على قدر وعي الإنسان بقوانين التجديد وسنته تكون مساهمته في تجديد دين الأمة، كما أنّه بقدر ما يكون جاهلاً بتلك القوانين، بقدر ما يكون أبعد عن المساهمة في حركة الأمة لتجديد الدين... ذلك أنّ كلّ سنّة

وهذا المعنى هو الذي يقبل التجديد، ولهذا جاء لفظ: "الدين" مضافا إلى الأمة<sup>1</sup> وليس مضافا إلى الله وَعَبَّكَ حيث قال النبي ﷺ: "...ليجدد لها دينها". فكان التجديد بنص الحديث منصبا على دين الأمة المحمدية وليس على دين الله وَعَبَّكَ.

وفي هذا الصدد يقول إسماعيل كوكسال: "ونفهم من هذا التوضيح أن التجديد بالنسبة للأمة لا بالنسبة للدين الذي شرعه الله وأكمّله، كلما انحرف الكثير من الناس عن جادة الدين الذي أكمله الله لعباده وأتمّ عليهم به نعمته ورضيه لهم ديناً<sup>2</sup>، وبعث إليهم علماء بصيرين بالإسلام وداعين يبصرونهم بكتاب الله وسنة رسوله الثابتة، ويجنبونهم البدع، ويجذرونهم محدثات الأمور، ويردونهم عن انحرافهم إلى الصراط المستقيم وإلى كتاب الله وسنة رسوله"<sup>3</sup>.

وعليه، فلو تتبعنا مدلول كلمة: "الدين"، من خلال هذا الطرح - المحمل - لأمكن اختزال ذلك في الرسم البياني الآتي:

---

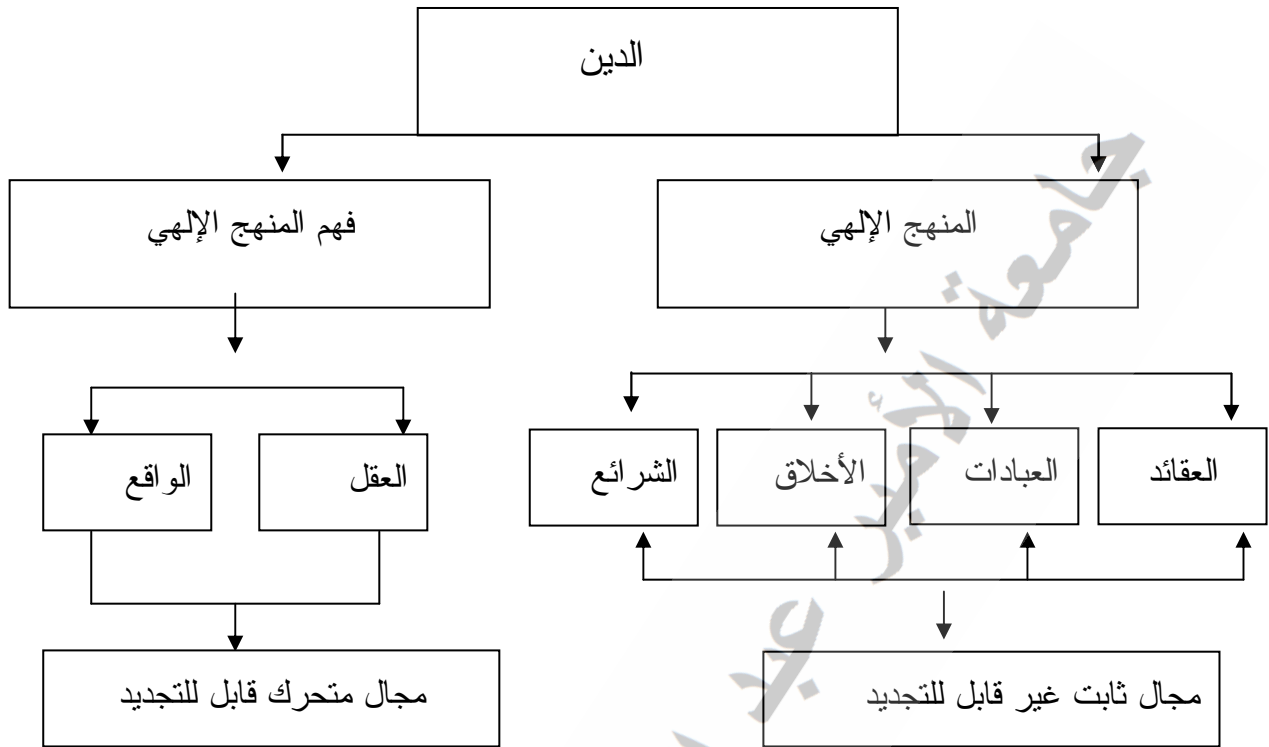
تشريعية مرتبطة بمجموعة من السنن الكونية، ومنسجمة معها، وكل مخالفة في السنة التشريعية تتضمن مصادمة للسنن الكونية المقابلة، وتعرض صاحبها بالتالي لعقابها."

- ينظر: قراءة لحديث التجديد في ضوء سنن الله وأحكامه الكونية القدرية الدينية الشرعية وضرورة معرفة ذلك بالنسبة للمجدد، سعد الدين العثماني، مجلة الفرقان، الدار البيضاء، المغرب، ع32، سنة 1994 م، ص05، 02، وعليه، كانت مخالفة أحكام الله الشرعية في أحكام الأحوال الشخصية في سوء الاختيار أو تعدد الزوجات أو الجزائية، نحو: الزنا، الربا، الخمر... تعرض صاحبها لإضرار ومفاسد ذاتية واجتماعية، اقتصادية وأخلاقية... هي في الحقيقة محصلة ونتاج مخالفة تلك الأحكام الشرعية.

<sup>1</sup> ولهذا، يفضل أو يستحسن استعمال مصطلح "التدين"، ومنه تدّين الأمة، بدلا عن دينها، وهذا تحرزا فقط من نسبة الخطأ إلى الدين الإلهي، بدلا عن الخطأ في السلوك الإنساني أو البشري الذي هو الدين. وهذا ما أشار إليه عبد الحميد النجار كما هو واضح من خلال عنوان مؤلفه الموسوم بـ: في فقه التدين فهما وتزيلا .

<sup>2</sup> قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ سورة المائدة: الآية 03.

<sup>3</sup> تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، ص 33.



### الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للتجديد

إنّه وبالنظر لاختلاف الأقوال والآراء اللغوية والشرعية حول مدلول كلمة "التجديد"، لاسيما ما ورد منها في شرح الحديث المؤسس لعناصر الحركة والعملية التجديدية "دين الأمة": "إنّ الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها دينها"، فقد تباينت تبعا لذلك الأقوال والآراء حول تحديد مدلول مصطلح التجديد.

لكن، وقبل أن أعرض لمدلول التجديد، رأى أن أنبّه أو أشير إلى فكرتين أجدهما جوهريتين في فهم مسار حركة التجديد، وهما:

**الفكرة الأولى:** وهي أن موضوع التجديد في المنظومة الإسلامية قديم حديث، فهو قديم لأنّه نشاط قام به المتقدمون من علماء الأمة بقصد معايشة واقعهم، ومواكبة مجرى حياتهم بل، أن منهم من كان مذهبه استشرافيا: يفترض الوقائع قبل حدوثها، فكان بهذا التصور فقها استباقيا في استنباط الأحكام المتعلقة بالنوازل المفترضة أو الافتراضية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - فقد تميز فقه الإمام أبي حنيفة وأصحابه بكثرة التفريع في المسائل، وكذا المسائل المفترضة التي تستنبط لها الأحكام. فقد كان من منهجه أن لا يقف في الفتوى عند حد المسائل الواقعة في زمانه، بل، لم يكن يجد بأسا في أن يجيب عن

وقد كان القدر المعلى في ذلك لأهل العراق، الذين اعتمدوا كثيرا على قوة التخيل فأدى بهم ذلك إلى أن أخرجوا للناس ألوفا من المسائل، منها ما يمكن وجوده، ومنها ما قد تنقضي الأجيال دون أن يحسّ الناس بوجوده، فكان لهذا المسلك الأثر في الفقه الإسلامي من حيث البعد عن الحاجة العملية في كثير من الآراء، وكذا من حيث التضخم<sup>1</sup>. بل، أنه وإلى جانب هذا المسلك في افتراض المسائل وإعداد الأحكام لها - متى وقعت - ذهب بعض العلماء إلى وضع مسائل الحيل<sup>2</sup>، التي يعلم بها الناس كيف يخلصون من الأحكام الشرعية دون الوقوع تحت طائلة العقاب<sup>3</sup>. والسؤال الذي يطرح هنا: هل يعتبر الاهتمام بالفقه التنظيري الافتراضي والتحييلي: مظهرا من مظاهر التجديد، أم هو مجرد طرف<sup>4</sup> فقهي لاجدوى منه؟

كل ما يسأل عنه، وإن لم يمثل واقعه مواجهة، كما كان يفرع وأصحابه مسائل كثيرة تتضمن عقلا إمكانية الوقوع، وإن لم تقع في عهدهم.

وهذا ما عبّر عنه أبو حنيفة رحمه الله فيما قاله لقتادة بن دعامة حينما حاوره في عدة مسائل منها: أحكام زوجة المفقود حيث قال له قتادة: أوقعت هذه المسألة؟ فقال له أبو حنيفة قولته الشهيرة: "إن العلماء يستعدون للبلاء ويتحرّزون منه قبل نزوله، فإذا نزل عرفوه وعرفوا الدخول فيه والخروج منه."

ينظر: مناقب الإمام الأعظم، الموقف المكي، 1/ 103، 102 - مناهج التشريع الإسلامي، محمد بلتاجي، ص 282.  
<sup>1</sup> وقد حذا هذا المنهج أو المسلك الاستنباطي الموسوم بالسعة والتضخم، بالكثير من أهل النظر والفهم، إلى التعجب والدّهشة لما يمتاز به الفقه الإسلامي التراثي من ثروة قد لا تتضب. وممن وقع في مثل هذا العجب والتعجب: الشيخ محمد الخضري حيث قال: "...وما يقضي بالعجب أنهم-أي الحنفية- اتخذوا ثلاثة موضوعات أساسا لمئات من المسائل التي كدّوا في إبراز الجواب عنها وهي: الرقيق والتصرف فيه، الزوجة وطلاقها، والأيمان والحنث فيها".  
ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، ص 153.

<sup>2</sup> تعدد الحيل أو التحيل، من الموضوعات الظاهرة في فقه أبي حنيفة، والتي أصبحت لاحقا بابا من أبواب الفقه المقارن وإن كانت في الأول أظهر، إلا أنه ونتيجة سلوك بعض الفقهاء مسلكا غير سديد في استعمالها، فقد انقسم الحكم بشأنها بين مانع ومجيز، ولعلّ السبب في اختلاف القول بالحيل هو عدم ضبط حدها كما أشار إلى ذلك البوطي في قوله: "وأعلم أن مصدر الشبهة في هذه المسألة، هو عدم تحرير المقصود بالحيل الشرعية من جهة، وعدم تحرير معنى صحّتها من جهة أخرى." - ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، ص 304

لمزيد تجلية وتوسع في مدلول وأقسام وضوابط الحيل الشرعية، ينظر:

المغني، ابن قدامة، 5/ 460 - الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، 3/ 108 - إغاثة اللهفان، ابن القيم، 1/ 235 - الموافقات، الشاطبي، 2/ 529 - مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور، ص 353 - الحيل الفقهية ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية، صالح بوبشيش.

<sup>3</sup> تاريخ التشريع الإسلامي، محمد الخضري، ص 157.

<sup>4</sup> طرف فقهي: أي مستحدث فقهي. يقال: استطرفه؛ أي استحدثه.

إنّ الاهتمام بالفقه التنظيري، قدّم مساحة واسعة من الآراء في عصر نشأة المذاهب الفقهية، بل وكانت تلك الآراء بعد هذا العصر تعد دافعا للفقهاء لمزيد اهتمام بهذا الفقه - الافتراضي - الذي يمكن لهم أن يتخبروا منه ما يلائم واقعهم، أو على الأقل أن يستأنسوا به في علاج المشكلات التي قد تواجههم. ومن ثمّ كان من الاهتمام بهذا الفقه التنظيري - وإن كان له من الجوانب السلبية ماله - مظهرًا تجديديًا في منظومة الفقه الإسلامي<sup>1</sup> من جهة كون موضوع التجديد قديم.

وهو - موضوع التجديد الفقهي - حديث، لأنّ المتأخرين أو المحدثين من أهل العلم في مختلف مناحي العلوم - الدينية والدينية - تصدّوا له، تحقيقًا لمسيرة مستجدات العصر ونوازلها، وتفعيلًا لأفكارهم ومناهجهم، ومرجعياتهم. وهذا، فضلًا عن أنّه لم يرد في التراث الفقهي الإسلامي حدّ أو تعريف لإطلاق: "التجديد"، يعني اللاحقين في هذا الشأن. ذلك أنّ الناظر فيما نقل إلينا من أقوال العلماء في بيان مدلول "تجديد الدين"؛ يجد أنّهم حصروا استعماله في نطاق ضيق لم يستغرق مختلف الدلالات المعجمية المبينة آنفاً في لسان العرب، مقتصرين في ذلك على معاني: الإحياء وإعادة الإرجاع، مع شيء من الاختلاف في الآلة التي تتحقّق بها العملية التجديدية؛ الإحيائية الإرجائية<sup>2</sup>.

وأما عن الفكرة الثانية؛ فهي ما تعرف باتجاهات أو مرجعيات الحركة التجديدية، فقد تباينت وتعددت آراء ومواقف الباحثين المعاصرين من موضوع التجديد، وذلك تبعاً للمرجعية والأصول أو المنطلقات، وكذا الأهداف والغايات التي أسّس عليها - وربّما لأجلها - كل اتجاه لمسعاها التجديدي<sup>3</sup>.

ينظر: مختار الصحاح، الرازي، ص 209.

<sup>1</sup> التجديد في الفقه الإسلامي، محمّد الدسوقي، ص 124.

<sup>2</sup> مفهوم تجديد الدين، محمّد سعيد لبسطامي، ص 19.

<sup>3</sup> وينقسم الناس أمام التجديد في الفقه الإسلامي إلى ثلاثة مواقف وهي:

أولاً - موقف الرفض المطلق لكل تغيير أو تجديد في أيّ جانب من جوانب الحياة؛ وذلك بإبقاء كل قديم على قدمه، ومقاومة كل جديد، من أي مصدر جاء، وعلى أي صورة ورد، فقنع أصحاب هذا الاتجاه بالمتوارث، فيرون كل جديد بدعة، بل ومروفا في الدين.

ثانياً - موقف الخضوع المطلق لكل جديد؛ فهذا الموقف على النقيض من الأول، فهو موقف الخضوع المطلق والمسارعة العمياء لكل تغيرٍ وجديد دون تمييز بين ما يجوز أو لا يجوز، وما ينبغي ومالا ينبغي، فهؤلاء يرون الثورة على كل موروث، والدعوة إلى نبذه وتجديده حتّى وإن كان من قبيل مالا مجال فيه للتجديد، ولعلّ هؤلاء الذين يرفضون كل

إنه، وبعد هذا العرض الجمل لهتين الفكرتين، الأساسيتين في معرفة ما يتعلق بحركة التجديد الديني ومنه مدلول التجديد. أعود فأقول بأن هذا الأخير إنما اختلف فيه بين المتقدمين والمتأخرين.

### أولاً- تعريف التجديد عند المتقدمين

لقد سعى العلماء المسلمون قديماً إلى بيان المراد "بالتجديد". يتضح ذلك من خلال شرحهم لقوله ﷺ: "يجدد لها دينها"، فكان أن تخرج عن تلك الشروح أقوالاً أو تعريفات

قدم ولو كان نافعاً، ويرحبون بكل جديد و لو كان ضاراً، هم الذين ندّد بهم، وقال فيهم أمير الشعراء شوقي في قصيدته عن "الأزهر":

دع عنك قول عصابة مفتونة \*\*\* يجدن كل قدم أمرا منكرا  
ولو استطاعوا في الجامع أنكروا \*\*\* من مات من آبائهم أو عمرا  
من كل ساع في القدم وهدمه \*\*\* وإذا تقدّم للبناء قصرنا

ثالثاً- الموقف الوسط - وهو موقف الإسلام؛ موقف التوسط والاعتدال بين الموقفين المتقدمين، بين المتزيين والمتحللين ، بين الذين يريدون أن يجمدوا ويوقفوا الحياة عن سبيل نموها وتقدمها، والذين يريدون أن يجعلوها فرضي لا تحكمها قيم ولا عقائد ، ولا تضبطها فضائل ولا شرائع . وهذا الموقف الثالث، هو موقف الإسلام الصحيح المتراوح بين الثبات والتطور والمرونة في أحكامه وتعاليمه، موقف تتجلى معالنه في:

- الثبات على الأهداف والغايات، والمرونة في الوسائل والآلات.  
- الثبات على الأصول والكليات، والمرونة في الفروع والجزئيات.  
- الثبات على الأخلاقيات والدينيات، والمرونة في الدينويات والماديات.  
- الثبات في النصوص المحكمة القطعية، والمرونة في النصوص الظنية وفي منطقة الفراغ والتشريعي التي تركتها النصوص - أي الشريعة - للنظر والاجتهاد، رحمة وتيسيراً بالمسلمين.  
فالإسلام يقبل التجديد العاقل الصالح المحكوم بقواعد ضوابط. أمّا الجمود البليد فهو كالانطلاق العريبد، كلاهما مرفوض في نظر المنهج الإسلامي.

ينظر: من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 58،64 - معالم التجديد الفقهي في المنهج الإسلامي، أشرف عبد العظيم الميمي، ص 161،163.

وأما عن طرق وأساليب التجديد في العصر الحديث، فتأخذ صوراً شتى. عدّها وهبة الزحيلي خمسة وهي:  
1- الطريقة السلفية -2- الطريقة الانتقائية -3- الطريقة العدوانية -4- الطريقة التقريبية -5- والطريقة المعتدلة المتوازنة أو الوسطية.

ينظر تفصيل ذلك: تجديد الفقه الإسلامي، ص 209، 2013 - الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، محمد الجبوري، ص 136، 138.



ثلاثة لمعنى "تجديد الدين"، وذلك بالنظر إلى المجال الذي ينصب عليه هذا المسعى، وهو إمّا: العمل، العلم، أو هما معا، فقليل:

- إن معنى التجديد: "إحياء ما اندرس من العمل بالكتاب والسنة والأمر بمقتضاهما ويبين السنة من البدعة ويذلّ أهلها".<sup>1</sup> أو هو: "إحياء ما اندرس من العمل بالكتاب والسنة والأمر بمقتضاها وإماتة ما ظهر من البدع والمحدثات".<sup>2</sup> وعلى هذا المعنى أو القول، يكون التجديد منصبا على محض العمل.

- وقيل في معنى التجديد بأنه: "يبين السنة من البدعة، ويكثر العلم وينصره، ويكسر أهل البدع ويذلهم".<sup>3</sup> فجعل هذا القول معنى التجديد منصبا على محض العلم والبيان.

- كما قيل بأن معنى التجديد إنّما هو أن: "يجدد ما اندرس من أحكام الشريعة، وما ذهب من معالم السنن و ماخفي من العلوم الظاهرة والباطنة".<sup>4</sup> فكان معنى التجديد من خلال هذا القول محمولا أو منصبا على جانبي العلم والعمل معا، وهو ما يعرف بـ: التجديد المطلق، أي الذي يشمل العلم والعمل جميعا.<sup>5</sup>

إن الناظر في مختلف هذه التعريفات التي أوردها السادة العلماء في معرض شرحهم وبيّانهم للمراد بمعنى تجديد الدين، كما تقدّم إنّما يلحظ وبشكل جلي أنّهم: لم يحدّدوا أو لم يضعوا تعريفا لإطلاق "التجديد" بالمعنى المعهود عند المتقدمين، أو المتعارف عليه أكاديميا في عصرنا هذا. وإنّما عملوا على بيان وتحديد المسلك الذي يتحقّق به هذا الأمر. فكان أن اختلفوا تبعا لذلك في الوسيلة أو الوسائل التي يتحقّق بها هذا البدل، بين العلم والعمل، أوهما مجتمعين، أي العلم والعمل معا.<sup>6</sup> فكان أن قصروا واختزلوا "التجديد" من خلال ما ذهبوا إليه في معنى لغوي واحد وهو: الإرجاع والإعادة فحسب، دون المعاني الأخرى.

<sup>1</sup> السراج المنير شرح الجامع الصغير، علي بن أحمد العريزي، 411/1.

<sup>2</sup> عون المعبود شرح سنن أبي داود، العظيم أبادي، 386/11.

<sup>3</sup> فيض القدير، المناوي، 281، 282/1.

<sup>4</sup> المصدر نفسه، 11/1.

<sup>5</sup> من أجل صحوة راشدة، يوسف القرضاوي، ص 30.

<sup>6</sup> ومع هذا الذي نهينا إليه، ثمّة من المتأخرين من قال بمثل قول المتقدمين وبذات المصطلحات والوسائل التي استعملوها في بيان معنى تجديد الدين. حيث قال بأنه: "العودة إلى منابعه وأصوله الصافية، والعمل به على وفق ما لزمه السلف الصالح والرعيّل الأول، بإحياء ما اندرس من سننه وأحكامه، وتنقية ما شابه من بدع وانحرافات، وما شأنه من

## ثانياً- تعريف التجديد عند المتأخرين

إنّه وبالنظر إلى ما أّسم به ما ذهب إليه العلماء المتقدمون في بيان معنى "التجديد" من قصور، فقد حرص المتأخرون على السعي نحو استدراك وتجاوز هذا الوصف من خلال وضع تعريفات لهذا الإطلاق-أي التجديد- علّها تجلّي حقيقته، وتوضح كنهه، وتميّزه عن غيره من الإطلاقات-أو الاصطلاحات- الّتي قد تتقاطع أو تتقارب معه، مستلهمين في ذلك مختلف المعاني والدلالات اللغوية والشرعية- ألفاظ القرآن الكريم والسنة المطهرة- المبيّنة آنفاً، فكان أن تخرج عن بدّهم وسعيهم هذا التعريفات الآتية:

1- عرف جمال سلطان التجديد بأنّه: " أن تعيد الفكرة أو الشيء الذي بلى أو قدم أو تراكمت عليه من السّمات والمظاهر ما طمس جوهره؛ أن تعيده إلى الحالة الأولى يوم كان أول الأمر، فتجديد الشيء؛ أن تعيده جديداً."<sup>1</sup>  
قلت: إنّ هذا التعريف قاصر من أوجه، منها:

- الوجه الأول: وهو أنه قد قصر واختزل مدلول التجديد في معنى واحد وهو: الإعادة والإرجاع- فحسب- للمسائل الّتي طال عهدها بالواقع، وذلك بردها إلى سالف عهدها. فلم يستثمر هذا التعريف أو لم يستفد من مختلف الدلالات المبيّنة في لسان العرب لمادة "جدد".

- الوجه الثاني: أنّه تعريف لم يستغرق مختلف المسائل والموضوعات والوقائع الجديدة الّتي ليس لها سابق وجود حتّى توصف بأنّها قد قدمت وبلت... فلم يبيّن كيف نتعامل مع النوازل أو المستجدات أو الطارق من الحوادث؟

- الوجه الثالث: وهو أنّ هذا التعريف لم يبيّن الطرائق والوسائل أو الآليات الّتي يتحقّق بها العمل التجديدي المتمثل في الإعادة والإرجاع لموضوع التجديد إلى سالف عهده، كما هو مثبت في التعريف المقدم.

---

اتجاهات وسلوكيات، وما تسلّله من نظريات وفلسفات ليستمر في صفائه وقوته وعمله وتأثيره."- ينظر: المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل الهويريني، ص 177، 176.

وكذا قال آخر: فتجديد الدين يعني؛ إعادة نضارته ورونقه وهما، وإحياء ما اندرس من سننه ومعامله، ونشره بين الناس."- ينظر: العصرانيون بين مزاعم التجديد ومبادئ التغريب، محمّد حامد الناصر، ص 356.

<sup>1</sup> تجديد الفكر الإسلامي، ص 13.

وعليه، ومن خلال هذه الأوجه- وغيرها- أمكن الحكم على هذا التعريف بأنه: قاصر كونه لم يستغرق مختلف مشتزمات ومتعلقات إطلاق التجديد، فجاء: غير جامع ولا مانع.

2- عرف سيف الدين عبد الفتاح التجديد بأنه: " حالة من التواصل والاستمرارية وبذل الجهد والطاقة ومن ثم فهو جهد عقلي يهدف إلى تحقيق الارتباط بين شيئين ضعفت الصلة بينهما. وعلى هذا فإن الشريعة الإسلامية... تستلزم بذل الجهد الدائم لوصل الوقائع المتغيرة بالأصل الثابت."<sup>1</sup>

قلت: إنَّ هذا التعريف- كسابقه- قاصر من عدة أوجه، نورد منها:

- الوجه الأول: اقتصره على صورة واحدة من معاني ودلالات التجديد التقليدية، التي رسمها الفقهاء القدامى بالاستناد إلى معنى الإرجاع والإعادة اللغوي، وذلك باعتباره التجديد؛ إرجاع أمر إلى آخر لوجود صلة بينهما اتسمت بالضعف بحكم مضي الزمن، كما أنه لم يبيّن طرق ذلك الإرجاع أو المسلك التجديدي، الذي قصره على مجال العقل فقط.

- الوجه الثاني: إغفال التعريف لما يستجد من وقائع ونوازل، فلم يعرض لكيفية التعامل معها، ولا حتى لمجال التجديد، أهو فقط الاقتصار على التواصل والاستمرارية فيما هو موروث داخلي، أم حتى ما هو مقتبس خارجي؟

وعليه، كان هذا التعريف معيباً، غير جامع ولا مانع.

إنه، وانطلاقاً من جملة النقائص التي مثلنا لها في التعريفين السالفين- وليس هذا على سبيل القدح والإنقاص من جهد وسعي الباحثين- يشهد الله على هذا- بل، هو من باب أن نوضح بأن وضع تعريف لإطلاق التجديد في المنظومة التشريعية الإسلامية، أمر يكتنفه الغموض، فهو من الصعوبة بمكان- لذا نجد بأن أغلب العلماء والفقهاء إنما يتحاشون، ربما لعلمهم وإدراكهم لهذا الأمر، وضع تعريف للتجديد. فنجدهم يقتصرون في مجال توضيح المدلول الاصطلاحي لهذا الإطلاق على بيان: مدى أهميته والحاجة إليه، نطاقه وضوابطه، والسعي إلى تخلص ما تعلق بالفقه الإسلامي عموماً من أمور تشينه أو التي انتهت وجودها تاريخياً وفات، أو التذليل على نقاء بنيته وحاكميته على مختلف مناحي الحياة، مع الأخذ بعين

<sup>1</sup> التجديد السياسي والواقع العربي المعاصر رؤية إسلامية، ص 22.

الاعتبار عامل التفاعل الزمني مع مختلف المتغيرات، وكذا التخطيط للمستقبل الزاهر المبني على فكرة الاستشراق<sup>1</sup>.

وعليه، وانطلاقاً من هذا التصور الواعي المفهم لحقيقة هذه الصعوبة في رسم أو وضع تعريف لاصطلاح التجديد ذهب:

نور الدين الخادمي إلى القول بأن: "التجديد"؛ معاملة نوازل العصر بمنظومة الشرع، أي معالجة ما ظهر في العصر من حوادث مختلفة ومتنوعة بحسب أصول الشرع وقواعده ومقاصده وسائر تعاليمه، ومما يعنيه هذا: إرجاع الجديد إلى القديم، ولا يعني هذا البتة إغفالا للجديد لفائدة القديم، ولا طمسا للقديم لفائدة الجديد. وإنما يعني الاجتهاد في الفهم الصحيح للقديم والتصوير السليم للجديد، وفي حسن تنزيل القديم على الجديد، وهذا يتحقق بمنهجية الاجتهاد الشرعي الصحيح المنصوص عليه في علم الأصول وفي بعض الفنون الأخرى كما يتحقق بأعمال مقاصد الشريعة، محتوى ومنهجاً، وذلك لما لهذه المقاصد من أهمية كبيرة ودور فعال في معالجة قضايا الحياة المختلفة والاجتهاد فيها بمراعاة الغايات التشريعية العامة والخاصة.<sup>2</sup>

وقريب من هذا ما ذهب إليه محمد الدسوقي بقوله: "إنما يراد بالتجديد: الاحتفاظ بالقديم وإدخال التحسن عليه، ومحاولة العودة به إلى ما كان عليه يوم نشأ، وتنميته من داخله، وبأساليبه التي أثمرت تلك الثروة الفقهية التي تعتز بها الأمة الإسلامية كل الاعتزاز دون المساس بخصائصه الأصلية وبطابعه المتميز لأن التجديد بهذا المفهوم لا ينافي الأصالة<sup>3</sup> - فهي تعني لغة الجودة في الرأي، والابتكار في الأسلوب والعراقة في النسب، وليس التجديد إلا جودة في الفهم والاستنباط، وابتكاراً في تنزيل النص على الواقع طوعاً للقواعد المنهجية التي أشتمل عليها علم أصول الفقه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> التجديد في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص 156.

<sup>2</sup> أبحاث في مقاصد الشريعة، ص 91، 90.

<sup>3</sup> أرى والله أعلم، أن هذا التعريف الذي قال به الدسوقي، يمكن أو يقترب من - أن يوصف بأنه جامع مانع، إذا ما استدركناه أو طعمناه، بعبارة من شأنها أن تعطي معنى التجديد في مجال الفقه الإسلامي عموماً بعده العالمي أو الخارجي، وهي العبارة المقتبسة مما قاله القرضاوي: "...الانفتاح على العالم دون الذوبان فيه." ينظر: من أجل صحوة راشدة، ص 52.

<sup>4</sup> التجديد في الفقه الإسلامي، ص 41.

هذا، وقد كان ليوسف القرضاوي فيما يتعلق بتحديد مدلول ومعنى "التجديد" وفق هذه النظرة: البنائية- التركيبية- تصوره الخاص الذي انفرد به- فيما تجلّى لي، وفي حدود اطلاعي<sup>1</sup> - حيث عرض لمعنى التجديد، من خلال التمييز بين محدّدات أو عناصر "قضية التجديد"<sup>2</sup>، وهي ما يعتبر تجديداً، وما يخرج عن كونه تجديداً. وكذا، آلة أو وسيلة ممارسة العملية التجديدية، أو ما سمّاها بـ: "مفتاح تجديد الدين".

أ- ما يعتبر تجديداً: فالتجديد لشيء ما؛ محاولة العودة به إلى ما كان عليه يوم نشأ وظهر، بحيث يبدو مع قدمه كأنه جديد، وذلك بتقوية ما ضعف ووهن منه، وترميم ما بلى، ورتق وافتق حتّى يعود أقرب ما يكون إلى صورته الأولى، بل، وإدخال التحسين عليه ليبدو مع قدمه أنه جديد.

تنمية الفقه الإسلامي من داخله، وبأساليبه وأدواته الأصيلة، مع الاحتفاظ بخصائصه العريقة وبطبائعه المميزة، وهو ما سمّاها: "التجديد الحق".

<sup>1</sup> وإن كان ثمة من العلماء من سعى إلى سلوك مثل هذا المسلك في حصر مجال وغايات وعناصر التجديد. وهو ما ذهب إليه أبو الأعلى المودودي رحمه الله الذي عرض لمختلف الشعب المحدّدة لعمل المجدّد، فيما يتعلق بإطلاق الدين بمعناه الشمولي أو الموسع؛ العقدي، الأخلاقي والشرعي، بشكل مفصل وتوسع في بيانها فقال هي: أ- تشخيص أمراض البيئة التي يعيش فيها المجدد تشخيصاً صحيحاً، ويعمّن النظر في أوضاع زمانه ويقف على المواطن التي خرج فيها المجتمع عن حدود الشريعة وموقف الإسلام منها. ب- تدبير الإصلاح بمعالجة مواضع الفساد في المجتمع ليتمكن الإسلام في الحياة الاجتماعية. ج- تعيين المجدد لحدود عمله وقدرته واختياره الناحية التي يرى نفسه قادراً على إصلاح الأمر فيها. د- بعث العقلية الإسلامية الخالصة من جديد، وتغيير أفكار الناس، وطبع عقائدهم و مشاعرهم وأخلاقهم بطابع الإسلام. هـ- القيام بالإصلاح العملي بإبطال الأعراف الفاسدة السائدة في المجتمع وتركيز الأخلاق وإشباع النفوس حبا لإتباع الشريعة من جديد، وترشيح رجال يصلحون أن يكونوا زعماء من الطراز الإسلامي. و- الاجتهاد في الدين أي: أن يفهم المجدد كليات الدين، ويعرف اتجاه الأوضاع المدنية والرقية في عصره، ويرسم طريقاً لإدخال التغيير والتعديل وفق المنهج الإسلامي الذي يضمن للشريعة سلامة روحها، وتحقيق مقاصدها. ز- مناضلة ومكافحة القوة المناهضة التي تسعى لاستئصال الإسلام وكسره شوكتها، لتمهيد سبيل النهوض بالإسلام.

ح- إحياء النظام الإسلامي وإقامته في الأقطار التي يقطنها المسلمون ونشر الدعوة الإسلامية...".  
ينظر: موجز تجديد الدين وإحيائه، ص 51، 50- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، عبد الله الجبوري، ص 95، 96.

<sup>2</sup> ينظر: الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ص 27، 28، من أجل صحوة راشدة، ص 34.

ب- ما يخرج عن كونه تجديدا: فلا يعتبر من قبيل التجديد في الدين:

- تبديل طبيعة القديم، أو الاستعاضة عنه واستبداله بشيء آخر مستحدث مبتكر.

- الاستخفاف بكل قديم، وفتح الأبواب لكل جديد، بدعوى أن التجديد دائما يمثل الرقي والتقدم والقديم يمثل التخلف والانحطاط. فهذه دعوى مرفوضة، فكم من جديد، سيء، وكم من قديم صالح وإن مما ابتدعه الناس في عصرنا هذا وفي أيامنا هته، ما يعتبر أضر الأشياء على الإنسان وخصائصه.

- ليس التجديد أن نسير وراء غيرنا، ونتبع سنن الآخرين، ونرضى لأنفسنا موقف التبعية والخضوع موقف الأمعاء والذبول، وقد جعلنا الله رؤوسا.

- ليس التجديد تطويع الفقه الإسلامي حتى يساير الأهواء البشرية، أو القوانين الوضعية القاصرة؛ الأجنبية منها والمحلية- فهذا ليس من التجديد في شيء، بل هو التحريف والتزييف بعينه.

ج- وأما عن مفتاح- أو أداة- التجديد للدين؛ إنما هي الوعي والفهم. وبعبارة إسلامية صميمة هي: الفقه و لأعني- والقول ليوسف القرضاوي- بالفقه المعنى الاصطلاحي المعروف- وهو ما يتعلق بالأحكام الفرعية، وإن كان هذا مطلوباً ومحموداً- ولكن، أعني بالفقه: مفهومه القرآني والنبوي، وهو المذكور في قوله تعالى: ﴿ قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ ﴾<sup>1</sup>. وهو الذي نفاه الله عن المشركين وغيرهم من أعداء المسلمين حين وصفهم بأنهم: ﴿ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ ﴾<sup>2</sup>... وقوله تعالى: ﴿ فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴾<sup>3</sup>، وقوله ﷺ: " من يرد الله به خيرا يفقه في الدين."<sup>4</sup>

وقد أوجز ذلك كله محمد عمارة، حيث ذهب إلى أن التجديد يعني: "إزالة ما طرأ على الأصول والكليات والقسمات الأساسية، مما يتعارض مع روحها ومقاصدها، الأمر الذي يكشف نقاء هذه الأصول ويعيدها بالعقلانية والاجتهاد، كي تفعل فعلها في مستجدات

<sup>1</sup> سورة الأنعام: الآية 98.

<sup>2</sup> سورة الأنفال: الآية 65.

<sup>3</sup> سورة التوبة: الآية 122.

<sup>4</sup> تقدم تخريجه.



الأمر، و ما يجدّ ويستحدث في واقع الحياة، ففيه عودة لحقيقة الذات، واستلهاً لعوامل الثبات وقسماته، مع إضافات تعالج الجديد في إطار الأصول والثوابت.<sup>1</sup> وعليه، وتأسيساً على ما تقدّم نجد أنّ معنى التجديد إنّما يدور حول التطهير والتنقية والعودة إلى الثابت، والربط بينها وبين الفروع والمتغيرات. وكل ذلك في إطار جهود عقلية راشدة ومتبصرة. ونضيف إلى ما سبق بعض الملاحظات المتممة للمعنى، وهي<sup>2</sup>:

1- إنّ التجديد في الحقيقة هو في المسلمين وليس في الإسلام نفسه، ونعني بذلك تجديد فهمهم ووعيهم برسالة الدين في الحياة، وكما يقول القرضاوي: "إنّ مفتاح التجديد للدين هو: الوعي والفهم والفقهاء بمعناه الواسع، وهو كما يدل عليه القرآن فقهاء: فقه في الكون، وفقه في الدين. فالأول: يعني الفهم عن الله فيما خلق، والثاني: يعني الفهم عن الله فيما شرّع".<sup>3</sup>

2- إنّ الميدان الخصب للتجديد هو ذلك الذي اكتفت فيه الشريعة بالإجمال دون التفصيل. أما الجوانب التي فصلتها الشريعة، أو جاءت فيها نصوص قطعية، الثبوت والدلالة، فإنّها تظلّ كما هي.

3- إنّ التجديد يجب أن يحدث في إطار المحافظة على أصول الشريعة، وتحقيق مصالح الناس في الوقت نفسه، إذ أنّ أيّ جهد يتم بعيداً عن هذين الأمرين لن يكون إلاّ عقبة في طريق استرداد الأمة لمقوماتها التشريعية والحضارية والتي لا تنهض إلاّ بها.

4- إنّ التجديد في الفقه يجب أن يصاحبه العمل على تغيير الواقع وإعادة بنائه في ضوء فلسفة الإسلام الشاملة لكل جوانب الحياة، حتّى يأتي الفقه موصولاً بالواقع ومتفاعلاً معه، ومؤثراً فيه. ذلك أنّ الفقه يتأثر حتماً بالواقع ويؤثر فيه.

5- ومما يجدر الانتباه إليه، وأخذه بعين الاعتبار: فكرة الربط بين التجديد التنظيري والتجديد التطبيقي<sup>4</sup>، أي ضرورة الموازنة بين الأحكام التجديدية وكيفية تنزيلها على هذا الواقع. ذلك أنّ التجديد للفقه ليس مسألة فكرية فحسب، كما قد يتوهم الكثيرون، عندما يذكرون التجديد ويتحدثون عنه، إذ لا يكاد يدور في خلدناهم إلاّ تجديد الاجتهاد والفهم

<sup>1</sup> تجديد التفكير الإسلامي، ص 09 .

<sup>2</sup> تغيير الظروف وأثره في تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، محمّد قاسم المنسي، ص 51.

<sup>3</sup> من أجل صحوة راشدة، ص 31.

<sup>4</sup> ينظر: التجديد في الفقه الإسلامي، محمّد الدسوقي، ص 192، 193.

النظري، وهو أمر يأتي في طليعة التجديد المنشود بلاريب، ولكن ينبغي أن يكون للتجديد التطبيقي حظّه الأوفر من العملية التجديدية أيضا.

وفي هذا الشأن يقول فتحي الدريني رحمه الله: "وليس الاجتهاد في التفهم والاستنباط بأولى من الاجتهاد في التطبيق"<sup>1</sup>. ذلك أنّه لا يمكن تحقيق الحركة والنمو وتنشيط الاجتهاد والتجديد الفقهي إلاّ في ظلّ الواقع العملي المطبق، فإذا ما اتجهت الدول الإسلامية إلى استمداد قوانينها وأنظمتها من شريعة الإسلام عادة الحياة والفاعلية إلى البحث الفقهي بواقعية التطبيق، فالدعوة إلى الاجتهاد وتجديد صرح الفقه الإسلامي من دون التزام الدولة، ومن خلالها المواطن، بتطبيقه<sup>2</sup> وفتح أبواب الحياة له دعوة في فراغ يكون القول فيه غير العمل<sup>3</sup>، وهذا ما لا بد من الوعي به عند الحديث عن تجديد الفقه الإسلامي عامة، وفقه الأحوال الشخصية تحديدا، وذلك لما شأها من نقائص ومخالفات لتلك الأصول الثابتة التي

<sup>1</sup> المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص 12.

<sup>2</sup> "صحيح أن تطبيق التجديدات الفقهية إنما يحتاج إلى قرار سياسي، وإن وصف لاحقا بأنه تشريع وضعي صادر وفق الإجراءات التي يقتضيه القانون... ومع هذا فإنّ العمل العلمي التجديدي، إذا توافرت فيه شروط الصلاحية للتطبيق وكان نافعا للناس، ووجد من ينافحون عنه، فإنّه ينتصر في معركة البقاء، وتخذل كل القوى المناوئة له، وعلى الرغم من معاول الهدم والتخريب، الداخلية والخارجية - ذلك أنّ الأمة إذا ما وجدت بين يديها الأحكام الشرعية معبدة المسالك نقية من الشوائب صالحة للحياة، تواكب تطورها، وتعالج مشكلاتها، ولا تتجاوز مع هذا أصول شريعتها من كتاب وسنة، فإن أحدا لن يستطيع أن يزعم أننا في غنى عن هذا الدستور الإلهي - وأنّ ما لدينا من قوانين بشرية أولى منه، وصدق تعالى إذ يقول: ﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ - سورة الأنعام : الآية 153.

ولعلّ المجال رحبا أمام العديد من مشكلات نظام الأحوال الشخصية التي ينطبق عليها هذا المعنى، ذلك أنّ إرادة الدولة - السلطة السياسية والتشريعية - وإن لم تبادر في تفعيل أحكام الشريعة ومقاصدها في هذا المجال، فإنه قد يغني عنه إلى حدّ ما إقبال المواطن على تفعيل ما يصلح له ولمجتمعه تطبيق تلك الأحكام والمقاصد التي تشملها مباحث هذا النظام التشريعي نحو: نشر العمل الجماعي الخيري من؛ المساهمة العفوية التطوعية في تزويج الشباب من خلال الدعم المالي أو المعنوي، ومنه: إقامة الزيجات الجماعية، العمل على تأهيل الخطاب وحتّى الأزواج حديثي العهد بالزواج، كما يكون للوجهاء في المجتمع الدور الرّياضي في تجديد بعض مباحث هذا النظام نحو: تيسير المهور، الإقدام على تفعيل تعدد الزوجات، إقامة مجالس الصلح الأسري... وذلك لما لهم من تأثير في أتباعهم من طرف عامة الناس. وغيرها من المسالك غير الرسمية.

<sup>3</sup> مجلة منار الإسلام، العدد: 02، ربيع الثاني، سنة 1399هـ، ص77 (نقلا عن تجديد الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي، ص 193)

باتت محلّ تغيير وتبديل على غير المقومات والأسس التي حدّدها العلماء الأجلاء قديماً وحديثاً- على نحو ما تقدم بيانه في معرض تحديد مدلول التجديد.

### المطلب الثاني: مدلول مصطلح الأحوال الشخصية

إنّ مصطلح أوعبارة الأحوال الشخصية؛ مركب إضافي من كلمتين. لذا، فإنّه ولمعرفة مدلوله اللغوي والاصطلاحي يتوجب علينا بيان المراد بكل من كلمتي: الأحوال، والشخصية- كلّ كلمة على حدة- وذلك فيما يأتي:

#### الفرع الأول: المدلول اللغوي للأحوال الشخصية

"الأحوال" لغة: جمع حال؛ وهو ما يكون عليه الإنسان من خير أو شر، كأن يكون في حالة حسنة أو سيئة. فالحال؛ تدل على الوضع الحالي، أو الراهن، وما يطرأ عليه من تغيير. يقال: استحال الشيء. بمعنى تغير عن وصفه وطبعه، واستحال أحوال: أي انقلب من وضعه الذي هو عليه إلى وضع غيره<sup>1</sup>.

و: "الشخصية" لغة: نسبة إلى الشخص؛ وهو في اللغة: كل جسم له ارتفاع وظهور، حيث يستخدم لإثبات الذات وبخاصة الإنسانية منها. يقال: شخص الشيء شخصاً، إذا ارتفع وبدا من بعيد. وشخص السهم؛ جاوز الهدف من أعلاه. وشخص من بلده، وعنه؛ خرج. وشخص إلى بلده؛ رجع إليه. وشخص الشيء؛ عينه، وميّزه ممّا سواه. ويقال: شخص الداء وشخص المشكلة<sup>2</sup>.

جاء في القاموس المحيط ما نصه: "الشخص سواء الإنسان وغيره تراه من بعد... و:(شخص) بصره؛ فتح عينه وجعله لا يظرف... والجرح انتثر وورم... والنجم؛ طلع... والكلمة من الفم؛ ارتفعت نحو الحنك الأعلى... والشخص؛ السمين<sup>3</sup>.  
والشخصي: أمر شخصي؛ أي يخص إنساناً بعينه.  
والشخصية؛ صفات تميز الشخص عن غيره<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 191/8 - المصباح المنير، الفيومي، 157/1 - مختار الصحاح، الرازي، ص 95.

<sup>2</sup> المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 475/1.

<sup>3</sup> الفيروز آبادي، 306/2.

<sup>4</sup> المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 475/1.

وعليه، يكون المراد اللغوي لإطلاق "الأحوال الشخصية": "الأوضاع والصفات المتعلقة بذات الإنسان<sup>1</sup>، وما يطرأ عليها من تغيرات، تجعل منه متميّزاً عن غيره من الناس."<sup>2</sup>

<sup>1</sup> يفصل البعض استخدام كلمة: "الذات الإنسانية" على "الشخصية". معلنين ذلك بأنّ الذات الإنسانية أدقّ في الدلالة على طبيعة الإنسان من الشخصية. - ينظر: الإنسان في الإسلام والإنسان المعاصر، عبد الغني عبود، ص 03.  
<sup>2</sup> ولعلّ هذا التعريف اللغوي، يمثل أساس التعريفات التي قال بها علماء النفس من الناحية الاصطلاحية لإطلاق "الشخصية" والتي منها:

الشخصية: كناية عن مجموع خصائص المرء الجسمية منها والعاطفية و التروعية والعقلية التي تمثل حياة صاحبها وتعكس نمط سلوكه المتكيف مع البيئة، أمّا معناها الأشمل فهو: التنظيم المتسق والدينامي لصفات الفرد الجسمية والعقلية والأخلاقية والاجتماعية حسب تجليها للآخرين في مجال الأخذ والعطاء داخل الحياة " الاجتماعية. " - ينظر: موسوعة علم النفس، زروق أسعد، ص 167.

الشخصية: " نظام متكامل من مجموعة الخصائص الجسمية والوجدانية و التروعية والمعرفية التي تعين الفرد وتميزه عن غيره من الأفراد تمييزاً بيننا. " - ينظر: الموسوعة العربية الميسرة، ص 1078.

وعليه تكون مكونات الشخصية من منظور علم النفس: عقلية أو معرفية نفسية أو وجدانية وحركية أو جسمية لا تدرك إلاّ من خلال التفكير والسلوك، لتبرر من خلال تفاعلها مع البيئة والمجتمع خصائص الفرد الاجتماعية وقيمة الخلفية التي تميزه عن غيره من الأشخاص. - ينظر: بناء الشخصية الإسلامية المعاصرة، باسمه بسام العسلي، ص 248.

وفي هذا الشأن ينبغي التفطن إلى مسألة جد هامة، تتمثل في ضرورة التمييز فيما يخص مدلول مصطلح " الشخصية" في نظر علم الفلسفة، الأخلاق وعلم النفس من جهة وبين مدلوله في نظر القانون من ناحية أخرى. ذلك أنّ الخليل بين المدلولين كان من أهم الأسباب الرئيسية الكامنة وراء ما أحاطت مشكلة " الشخصية" في الفقه من مشاكل وتعقيدات كثيرة وبخاصة في شأن الشخصية المعنوية، أو ما يعرف باسم الشخصية الاعتبارية.

فالشخصية في نظر الفلسفة والأخلاق وعلم النفس، هو الإنسان وحده لأن الشخصية في هذا النظر إنما تعبر عن صفة كائن متميز له من طبيعته الروحية الواعية العاقلة، سواء كانت متحققة أو متخلفة في الواقع، ما يجعل له غاية خاصة به، وهي صفة لا تتوفر إلا للفرد الإنساني دون غيره من الكائنات، وليس الحال كذلك في نظر القانون حيث يأخذ اصطلاح: "الشخص" أو "الشخصية" مدلولاً آخر لا تلازم بينه وبين الصفة الإنسانية. فقد يخرج القانون من عدد الأشخاص بعض بني الإنسان. وقد يثبت الشخصية لغير الإنسان، وآية ذلك: أنّ الرقيق، وهو نظام وإن كان قد آل إلى الزوال بنسبة جد متقدمة، فلا يزال له وجود نسبي شبه مهمل، ومثال ذلك؛ جنوب اليمن، موريتانيا، النيجر..، بل حتّى إذا ما افترضنا زوال نظام الرق تماماً، حيث تصبح الشخصية ثابتة لكل إنسان أو لكل الناس. " إلاّ أنّها ليست قاصرة عليهم، بل هي ثابتة كذلك لغير الإنسان. فتمّة جماعات تعتبر أشخاصاً اعتبارية في نظر القانون، نحو: الجمعيات، الشركات، المؤسسات، والأوقاف... وعلى هذا النحو لا تناط الشخصية بالإدراك أو الإرادة، ولا بالانتفاع أو التمتع، ولا بالصفة الإنسانية، وإنّما تناط أساساً بالقيمة الاجتماعية، فيكون :

الشخص؛ هو الكائن المتميز ذو القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح إنسانية، مما يفسر كونه صاحباً للحقوق والواجبات أو الالتزامات .

وكون الشخصية؛ هي صلاحية، أي شخص لوجوب الحقوق له أو عليه، ونسبتها إليه "

## الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للأحوال الشخصية

إنه، وقبل بيان المقصود بإطلاق الأحوال الشخصية من الناحية الاصطلاحية، أرى أن أعرض ابتداء لفكرة جوهرية تتعلق بأصل نشأة هذا الإطلاق، وذلك لما لهذا الأمر - التعرّيج التاريخي - من أهمية في معرفة، مدى أصالة أو حداثة هذا المصطلح في المنظومة التشريعية؛ القانونية، الفقهية والقضائية في البلاد الإسلامية، ومنه الجزائر من جهة. وكذا معرفة مدى صلة هذا الجانب التاريخي بتحديد مدلول ونطاق هذا الإطلاق من جهة أخرى<sup>1</sup>.

### أولاً - الأصل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية

إنّ الناظر والباحث في مدونات ونظم التشريعات القديمة أو ما تعرف بـ: تاريخ النظم القانونية، يلحظ أو يخلص إلى أنّه لم يرد ذكر و لا استعمال مصطلح "الأحوال الشخصية" في القوانين المصرية القديمة، ولا في قانون حمورابي باعتباره أرقى تشريع عرفته حضارة بلاد الرافدين قديماً، ولا في القوانين الرومانية، التي تعتبر في حقيقة الأمر المصدر التاريخي لكثير من التشريعات الوضعية في البلاد الأوروبية<sup>2</sup> - قلت: بل، وحتى التشريعات في البلاد العربية والإسلامية بحكم امتداد تلك إلى هذه عن طريق الاستعمار، أو ما يمكن تسميته بالغزو القانوني<sup>3</sup>.

---

- ينظر: المدخل إلى القانون، حسن كبيرة، ص 513، 517.

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أنّه: "ليس القصد من دراسة هذا الجانب التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية بين استجلابه أو ابتكاره والخلاص إلى إجابة بعد تحقيق وتمحيص في هذا الشأن من باب إزحاء وقت الفراغ، أو إشباع وحشو لفضاء صفحات هذه الرسالة. وإثما القصد - والله أعلم به - هو تعيين مسيرة هذا المصطلح، وإذكاء الوعي بأصول نشأته في التفكير القانوني الحديث.

ينظر: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الأبياني، 14/1-15 (بتصرف)

<sup>2</sup> المحيظ في مسائل الأحوال الشخصية، حسن حسن منصور، 16/1.

<sup>3</sup> من الجدير بالذكر أن غزو القوانين الأجنبية للبلاد الإسلامية وتطبيقها قضاء لم يأت دفعة واحدة (أصول القانون، عبد الرزاق السنهوري، ص 203) بل استغرق مدة طويلة تبدأ منذ أن وطفت أقدام رجاله؛ تجاراً، ومحتلين، ومبشرين ومستشرقين أرض المسلمين، مستخدماً في ذلك شتى الوسائل الخفية والمعلنة لتبرير دخول تشريعاته والحيلولة دون حصول رد فعل ضدها، الأمر الذي جعلها بمرور الوقت مقبولة عند المسلمين - غالباً - لاسيما وأن أحوالهم العامة كانت مما لا يحسدون عليه، وأن المتعلمين منهم ممن تبوؤوا مراكز القيادة والتشريع، أصبحوا لا يرون حلاً لما هم عليه إلاّ باتخاذ المنهج الأوربي في كل شيء دون تمييز بين ما هو من خصائص الأمة وذاتيتها، وبين ما هو إنساني مشترك، تحت تأثير التقليد القائم على دعوى أن: "المغلوب مولع أبداً بالإقتداء بالغالب" في سائر أحواله (مقدمة ابن خلدون، ص 186) - وعلى هذا فما إن أشرف القرن التاسع عشر على الانتهاء حتى أصبحت كل البلاد العربية الإسلامية،

لذا وجدنا الكثير من القوانين في البلاد العربية الإسلامية، عند تعرضهم بالدراسة لمصطلح الأحوال الشخصية من حيث بيان مدلوله وأصوله التاريخية يختلفون اختلافاً بيناً في ذلك. فنجد منهم من ينسبه للمنظومة القانونية الغربية، وبالتالي اعتباره دخيلاً على المنظومة الاصطلاحية الفقهية والقانونية العربية. وعلى النقيض من ذلك نجد منهم من يذهب إلى اعتبار هذا المصطلح ابتكار العقل الفقهي والقانوني العربي الإسلامي الحديث، الذي يشكل صورة من صور التجدد والنماء في المنظومة القانونية الإسلامية. وأمام هذا التجاذب في مسألة أصل ومنشأ هذا المصطلح أرى أن أعرض بالبيان والتحقيق فيما ذهب إليه كل مذهب، مع توضيح موقف واختيار المشرع الجزائري، وذلك من خلال ما سيأتي.

أقول ابتداءً بأن: "مصطلح الأحوال الشخصية"، إنما وقع بشأنه إجماع، واختلاف في ذات الآن:

- أمّا مجال الإجماع؛ فينحصر في كون هذا المصطلح يعتبر من المصطلحات الطارئة أو المحدثّة<sup>1</sup> - وإن شئت فقل غير الأصيلة، أو غير التراثية - في المنظومة التشريعية الإسلامية<sup>2</sup>. وهذا الأمر من المسائل المسلم بها، والتي تعدّ محلّ إجماع كلي، ولا تعارض في هذا الصدد مع كون مباحث ومشتملات هذا الاصطلاح مطروقة ومتناولة في مختلف كتب ومؤلفات الفقه الإسلامي التراثية. حيث كان الفقهاء يعقدون لكل مبحث من مباحثه عنواناً خاصاً نحو: كتاب الزواج، كتاب الطلاق، كتاب الميراث... وغيرها من الاطلاقات التي درج الفقهاء المسلمون على استعمالها، نحو: باب كذا، أو فصل كذا...<sup>3</sup>

---

باستثناء السعودية واليمن خاضعة للتشريعات الأوربية، سواء أكان هذا الخضوع عن طريق القوة كما حدث للهند واندونيسيا وبلاد المغرب العربي - تونس، المغرب والجزائر - أو عن طريق الضغوط الاقتصادية والاجتماعية، كما هو الحال في تركيا ومصر.

ينظر: التشريع الإسلامي والغزو القانوني الغربي للبلاد الإسلامية، ساجر ناصر حمد الجبوري، ص 339.

- أصول القانون، عبد المنعم فرج الصدة، ص 124.

<sup>1</sup> المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 475/1.

<sup>2</sup> دراسات في الأحوال الشخصية، محمد بلتاجي، ص 07 - شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 08/1.

<sup>3</sup> ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شليبي، ص 28 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 13/1 (الهامش) - أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 15.



- وأما عن مجال الاختلاف؛ فيرجع - بعد ذلك الإجماع - إلى مسألة أوفكرة: مدى استحلاب أوأحقية وابتكار مصطلح الأحوال الشخصية في المنظومة التشريعية الإسلامية الحديثة؟

فكان أن انقسم الباحثون في هذا الشأن إلى فريقين اثنين:  
الفريق الأول؛ وذهب أصحابه إلى أن مصطلح الأحوال الشخصية، مصطلح ظهر ونشأ وتطور في ظلّ المنظومة الفقهية والقانونية الغربية. فهو إذا مدخل أو مستحلب، أو مستورد أو حتى مفروض على المنظومة التشريعية الإسلامية الحديثة. فهو كما يقول مصطفى الساعي رحمه الله: "اصطلاح حقوقي حديث، أطلق في مقابلة الأحوال المدنية التي تنظم علاقات الإنسان بأفراد المجتمع خارج حدود أسرته"<sup>1</sup>.

فالأحوال الشخصية؛ اصطلاح ابتدعه الفقه أو الفكر القانوني الإيطالي<sup>2</sup> في القرنين الثاني عشر(12) والثالث عشر(13) الميلاديين. و يرجع سبب هذه التسمية أو الإطلاق إلى أنه كان في إيطاليا-وقتئذ- نظامان قانونيان:  
نظام القانون الروماني؛ والذي يمثل الشريعة العامة. ونظام قانوني محلي؛ لايتعدى نطاق اختصاصه حدود بعض المدن والمقاطعات<sup>3</sup>.

لذا، وبقصد التمييز بين النظامين القانونيين عمد الفقه الإيطالي إلى وضع هذه الحيلة الاصطلاحية، فأطلق على القانون الروماني كلمة: "قانون". وعلى القانون المحلي كلمة: "حال"؛ وجمعها: "أحوال". والتي تنقسم موضوعاتها بدورها إلى قسمين: أحوال تتعلق بالأشخاص، وأحوال تتعلق بالأموال.

ولم تبق هذه التسمية المبتدعة حكرا على المنظومة القانونية الإيطالية فحسب، بل، ذاعت واشتهرت هذه التسمية والتقسيم المتولد عليها، في مختلف البلاد الأوروبية، لاسيما منها

<sup>1</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، 10/1، د عبد القادر داودي، أحكام الأسرة، ص 15.

<sup>2</sup> إن اصطلاح "الأحوال الشخصية"؛ من ابتداء الفقه الإيطالي، فقد كانت رائدته مدرسة الأحوال الإيطالية خلال القرنين 12 و13 الميلاديين، ثم حدث أن تبنت هذا المصطلح خلال القرن 16م المدرسة الفرنسية القديمة، وخاصة عن طريق الفقيه: أرجنتيري ARGENTRE، لتعاود بعد ذلك المدرسة الإيطالية إحيائه واسترجاعه عن طريق الفقيه مانشيبي MANCINI.

ينظر: مباحث في قانون الأسرة الجزائري، عبد الفتاح تقيّة، ص 10.

<sup>3</sup> اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات، إسماعيل لطفي فطاني، ص 149، 150.

فرنسا. حيث استخدم هذا المصطلح في القانون المدني الفرنسي، الذي يُقسّم بدوره الأوضاع، أو الأحوال القانونية إلى قسمين<sup>1</sup>:

**القسم الأول:** وهو قسم الأحوال العينية؛ وهي جملة القواعد القانونية التي تنظم ما يتعلق بالروابط والعلاقات المالية، أو ما تعرف به: الأحوال المالية.

**والقسم الثاني:** وهو قسم الأحوال الشخصية؛ وهي جملة القواعد القانونية التي تنظم أوضاع الأشخاص وأهليتهم، فيتعلق هذا القسم إذا بالروابط الشخصية أو ما تعرف به: الأحوال الشخصية.

هذا، ولما أخضعت البلاد العربية للاستعمار الغربي، كان من نتائج هذا الاستعمار؛ الغزو القانوني، حيث حلت تشريعاته محل الأحكام الشرعية، التي كانت تشغل أو تحكم مختلف مناحي الحياة المدنية، السياسية، المالية، والدولية... فلم يترك هذا الحلول التشريعي الاستعماري لأحكام الشريعة الإسلامية من مجال التحكم إلا في نطاق ما يتعلق بحالة الإنسان الخاصة، وذلك لما لهذا النطاق أو المجال من علاقة وطيدة ومباشرة بالقواعد الدينية. وهذا فضلا عن كون القوانين الاستعمارية في هذا المجال تختلف تماما عن نظيرتها في البلاد الإسلامية المستعمرة، والتي ترتبط في هذا النطاق بموروث ديني واجتماعي خاص.

لكن، وجريا وراء الاستعمال الاصطلاحي الغربي، والذي يمثل جهة الطرف الغالب، وتحقيقا لمقولة العلامة بن خلدون رحمه الله بأن: "المغلوب مولع أبدا بالإقتداء بالغالب في شعاره... وسائر أحواله وعوائده"<sup>2</sup>، فقد استجلب وأدخل هذا المصطلح، ليطلق على مجموع الأحكام الشرعية المتعلقة بنطاق أو مباحث نظام الأسرة: "الأحوال الشخصية"<sup>3</sup>.

وعليه، وبالنظر إلى الجذور التاريخية لاصطلاح الأحوال الشخصية، المرتبطة والمستمدة من الفقه القانوني الغربي، بل، المد والغزو الاستعماري في شكله التشريعي الذي ورد وفرض على البلاد العربية الإسلامية. هذا النمط من الإصلاحات المتنافية والرصيد التراثي الذي تحفل به المنظومة التشريعية والفقهية الإسلامية، فقد دعا أنصار هذا الفريق إلى التخلي عنه والعودة إلى ما هو موروث يتم عن أصالة وعراقة المنظومة التشريعية لهذه الأمة وذلك

<sup>1</sup> ينظر: أصول القانون، عبد المنعم فرج الصدة، ص 60، المدخل إلى القانون، حسن كبيرة، ص 44 وما بعدها.

<sup>2</sup> مقدمة ابن خلدون، ص 176.

<sup>3</sup> ينظر: دراسات في أحكام الأسرة، محمد بلتاجي، ص 78 - الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، أحمد سراج، ص 07.

بإطلاق مصطلح: قانون الأسرة- أو العائلة- تشريع الأسرة- أو العائلة- مدونة الأسرة- أو العائلة... على ما يشتمله هذا الفرع التشريعي من مباحث وموضوعات- اختلفت في تحديد نطاقها على نحو ما سنبينه قريبا- بدلا عن مصطلح "الأحوال الشخصية"، وذلك تخلصا وتحريرا للفقهاء الإسلاميين من كل تبعية للفقهاء الغربيين والارتقاء به إلى المكانة السامية والتميزة التي ينبغي ويجدر به أن يتبوأها في مجال الفقه والفكر القانوني العالمي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> دراسات في أحكام الأسرة، محمد بلتاجي، ص 91.

- ولعل ما يؤكد هذه المكانة الشخصي وسيظل يحظى بها الفقه والتشريع الإسلاميين، هو شهادة بعض المؤتمرات الدولية للقانون المقارن، ونذكر منها:

أولا: المؤتمر الدولي للقانون المقارن، سنة 1937م، الذي انعقد بمدينة لاهاي، وقد مثل الأزهر الشريف فيه مندوبان من كبار العلماء ببحثين؛ الأول عن: "المسؤولية المدنية والجناحية في الشريعة الإسلامية". والثاني: "استقلال الشريعة والفقه الإسلامي ونفي كل صلة مزعومة بين الشريعة والقانون الروماني". وقد تمخض عن المؤتمر نتائج مهمة حول الفقه الإسلامي، نبه إليها رجال التشريع الغربي وهي:

1- اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام. 2- إتها حية قابلة للتطور. 3- إتها شرع قائم بذاته غير مأخوذ من غيره.

ثانيا: مؤتمر المحامين الدولي لسنة 1948م بمدينة لاهاي- أيضا- والذي اشتركت فيه 53 دولة من مختلف الأقطار والأمم، وضم عددا كبيرا من الأساتذة والمحامين اللامعين من مختلف البلدان، فكان من القرارات التي اتخذها هذا المؤتمر، بناء على اقتراح من لجنة التشريع المقارن في المؤتمر، وعطفا على ما كان قرره مؤتمر القانون المقارن السالف الذكر لسنة 1937م بشأن التشريع الإسلامي، ما يأتي: "نظرا لما في التشريع الإسلامي من مرونة وماله من شأن هام، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع، وتشجيع عليها."

ثالثا: مؤتمر شعبة الحقوق الشرقية (من الجمع الدولي للحقوق المقارنة) لسنة 1951م، الذي عقد بكلية الحقوق بجامعة باريس، للبحث في الفقه الإسلامي تحت شعار: أسبوع الفقه الإسلامي. والذي دارت محاوره حول خمسة عناصر هي:

إثبات الملكية، الاستملاك للمصلحة العامة، المسؤولية الجنائية، تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض، ونظرية الربا في الإسلام.

وفي خلال إحدى المناقشات، وقف أحد الأعضاء المشاركين، وهو نقيب سابق للمحامين في باريس، قائلا: "أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساسا تشريعا يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشتها، مما يثبت خلاف ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ".

وفي ختام المؤتمر وضع المؤتمر بالإجماع التقرير الآتي: "إن المؤتمرين، بناء على الفائدة المتحققة في المباحث التي عرضت أثناء أسبوع الفقه الإسلامي، وما جرى حولها من المناقشات التي تخلص منها بوضوح:

أ- إن مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة "حقوقية تشريعية" لا يمارى فيها.

– الفريق الثاني: وذهب أصحابه إلى أن دعوى الفريق الأول، والمتمثلة أساسا في كون أصل إطلاق "الأصول الشخصية" إنما هو الفقه القانوني الغربي، وتحديدًا المدرسة الإيطالية- وبعدها الفرنسية التي تبنته - على النحو السابق البيان أعلاه قريبا، الأمر الذي يقتض ويستلزم: وجوب التخلّي عن استعمال هذا المصطلح، والتحول عنه إلى استعمال المصطلحات أو الإطلاقات الأصيلة التراثية في الفقه الإسلامي، نحو: قانون الأسرة، أحكام الأسرة، أو العائلة... إنما هي دعوى غير صحيحة أو غير صائبة. وذلك لافتقارها لعناصر التأسيس والاستدلال، الأمر الذي جعلها قاصرة من عدة أوجه، نورد منها الأوجه الآتية:

**الوجه الأول:** من حيث عزو الاصطلاح "الأحوال الشخصية" إلى المنظومة الفقهية القانونية الغربية، مسألة غير مسلم بها؛ ذلك أنّ جمهور المتخصّصين من رجالات الفقه والقانون- المحقّقين<sup>1</sup>- في البلاد العربية الإسلامية على أنّ: أوّل من عرّف عنه هذه التسمية واستعمال هذا المصطلح، إنّما هو الفقيه المحامي المصري محمد قدرى باشا رحمه الله، من

---

ب- إنّ اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ومن الأصول الحقوقية التي هي مناط الإعجاب، و بما يستطيع الفقه الإسلامي أن يستجيب لجميع المطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها.

يعلنون رغبتهم في أن يظلّ أسبوع الفقه الإسلامي يتابع أعماله سنة فسنة، ويكلفون مكتب المؤتمر وضع قائمة للموضوعات التي أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساسا للبحث في الدورة القادمة. ويأمل المؤتمر أن تؤلّف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامي يستهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه، فيكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية وفقا للأساليب الحديثة.

ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 06،08،229،230/1، المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، ص 36 وما بعدها، تاريخ الفقه الإسلامي، محمد علي السائس، ص 353-354، التشريع الإسلامي والغزو القانوني للبلاد الإسلامية، ساجر ناصر حمد الجبوري، ص 234، الإسلام شريعة الزمان والمكان، عبد الله ناصح علوان، ص 74،78.

<sup>1</sup> إنّني ومن خلال اطلاعي على الكثير من المؤلفات في مجال الأحوال الشخصية- بحكم طبيعة الدراسة- وجدت أنّ أغلبها تنسب هذا المصطلح إلى الفقيه والحامي محمد قدرى باشا رحمه الله على التحقيق. فلم يشر إلى عزو أصل هذا الإطلاق- أقوال بمباحته - إلى الفقه القانوني الغربي إلّا القليل من المؤلفين وأذكر منهم: مصطفى السباعي من سوريا، محمد بلتاجي و أحمد سراج من مصر. و العربي بلحاج، وعبد الفتاح تقيّة، و فضيل سعد من الجزائر.

بل، إنّنا إذا ما تمعنا في مؤلفات هؤلاء الأساتذة، نجد أنّ منهم من تحمل مؤلفاته هذه التسمية: "الأحوال الشخصية".

ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، دراسات في الأحوال الشخصية، محمد بلتاجي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، أحمد سراج.

خلال مؤلفه الموسوم بـ: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية" - على مذهب الإمام أبي حنيفة التَّعمان.

فحقيقة الأمر، أنّ لقدري باشا رحمه الله أسبقية وفضل صوغ هذا المصطلح وتحديد مدلوله ونطاقه، على النحو الذي تبنته فيما بعد محكمة النقض المصرية سنة 1934م، ومن بعدها مختلف التشريعات أو المدونات العربية في هذا الشأن. فمسيرة هذا المصطلح وإذكاء الوعي بأصول نشأته فيما يعرف بالتفكير القانوني الحديث، والأولوية أو الأسبقية التي لاجدال في ثبوتها لهذا الفقيه من خلال مؤلفه هذا، أنّه أول تقنين - غير رسمي - منهجي منظم لمباحث وموضوعات الأحوال الشخصية، والذي يسّر فيما بعد صدور قوانين ومدونات هذا الفرع التشريعي في البلاد العربية على شاكلته - إن لم نقل ودونما مبالغة، أنّه سبقها وتفوق عليها إن من حيث التقسيم والتبويب، أو من حيث الصناعة التشريعية... وغيرها من عناصر ومقومات منهجية، أوفنّ التقنين.

بل، أنّه وإن سلّمنا - جدلاً - بأنّ مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح نشأ وتبلور وتطور داخل المنظومة القانونية الغربية، التي ميزت فيما يشتمل عليه القانون المدني عندها بين نوعين من الأحكام والأوضاع؛ الأحكام أو الأوضاع المتعلقة بذات الإنسان (الأحوال الشخصية) والأحكام والأوضاع المتعلقة بأموال الإنسان من جهة ثانية (الأحوال العينية أو المالية) فإنّ محمّد قدري باشا رحمه الله، إذا كان قد استفاد - مقتيساً - في إعداد مؤلفه في هذه الحلة من التقنين من المناهج القانونية، وأشكال الصياغة الثابتة في النظم الغربية، فلا ريب البتّة في حرصه على المحافظة فيما يتعلق بمضمون هذه المواد واستمداها من المصادر المعتمدة في المذهب الحنفي<sup>1</sup>.

**الوجه الثاني:** إنّ المنظومة القانونية الغربية التي يدّعي أصحاب هذا الاتجاه أو الفريق الأول، بأنّ المصطلح محل الدراسة مستجلب أو مستورد منها، قول غير مسلّم به لافتقاره إلى التأسيس أيضاً. ذلك أنّ هذه المنظومة، وإن كانت تقسم الأوضاع أو الأحوال القانونية إلى: أحوال عينية أو مالية وأخرى شخصية، فإنّه من المفروض أن لا يخفى بالمقابل على هؤلاء حقيقة كون المقصود بالأحوال الشخصية في هذه المنظومة الغربية، إنّما يختلف

<sup>1</sup> شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمّد زيد الأبياني، 14/1-15.

اختلافاً تاماً عما هو مستقر عليه الأمر في المنظومة القانونية والفقهيّة العربيّة الإسلاميّة<sup>1</sup>، إن من حيث: المصدر، المدلول، التّطاق، الآثار وكذا الاختصاص القضائي الموكول إليه مهمة الفصل في المنازعات المتعلقة بمباحث هذا الفرع التشريعي. فهتین المنظومتين تختلفان اختلافاً جذرياً، لا مجال فيه للتقاطع البتة، ومردّد ذلك أنّما هو طبيعة وخصائص مباحث الأحوال الشخصية المتميزة في التشريع والفقہ الإسلاميين بنحو لا نظير له في غيره من التشريعات الأخرى.<sup>2</sup>

**الوجه الثالث:** إنّ حدثاً إطلاقاً الأحوال الشخصية، التي هي في الحقيقة محلّ إجماع - كما سبق الإشارة إليه آنفاً - في المنظومة القانونية الوضعية، لا يستلزم - حتماً - كونه مستجلب، أو من نتاج أو ابتكار العقل القانوني الغربي من جهة، وبالتالي انتفاء صلته بالمنظومة التراثية الفقهيّة العربيّة الإسلاميّة، ومنه طرحه جانباً وعدم اعتماده كمصطلح فقهي إسلامي البتة من جهة أخرى. فهذا قول مردود تماماً؛ ذلك أنّ الناظر في موضوعات ومباحث هذا الفرع التشريعي، يجدها قديمة قدم الشريعة الإسلاميّة ومنه الفقہ المستمد منها. فهناك نصوص شرعية من الكتاب العزيز والسنة المطهرة - وهي كثيرة - حاكمة ومنظمة لهذا المجال التشريعي، كما أنّ الفقهاء المسلمين على اختلاف مذاهبهم، عقدوا أبواباً متفرقة في مصنفاتهم ومؤلفاتهم التي فصلّوا فيها القول ببيان الأحكام في هذا الشأن. وقد حدا حدوهم واضعوا تشريعات أو مدونات الأحوال الشخصية في البلاد العربيّة والإسلاميّة - ومنها الجزائر - مستلهمين ومسترشدين بتلك الثروة التي خلفها أولئك الفقهاء المتقدمين، بعيداً كل

<sup>1</sup> ولعلّ من أنفس ما قرأت في معرض إقامة المقارنة بين الفقہ الغربي والفقہ الإسلامي، ما كتبه السنهوري رحمه الله في مجال التمييز بين: الحق العيني والحق الشخصي، الذي خلص فيه إلى أسبقية وحدارة الفقہ الإسلامي في استيعاب هذا الموضوع، بل وقصور ما استقر عليه الأمر في الفقہ القانوني الغربي، ومنه التشريعات المدنية العربيّة التي استمدت تشريعاتها منه، حيث قال: "...الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقہ الغربي، وإلاّ فالفقہ الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير... سبب ذلك يرجع إلى أن ما نسميه بالحق الشخصي أو الالتزام؛ يشمل في الفقہ الإسلامي عدة روابط قانونية متميّزة بعضها عن بعض، ولم يحاول علماء الفقہ الإسلامي أن يدمجوا هذه الروابط في وحدة تنتظمها جميعاً فيعبروا عنها بالحق الشخصي أو الالتزام...". ينظر: مصادر الحق في الفقہ الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقہ الغربي - 12/1 وما بعدها.

<sup>2</sup> وسيأتي لاحقاً بيان خصائص مباحث الأحوال الشخصية في الفقہ الإسلامي بشيء من التفصيل.



البعد في ذلك عن فكرة استجلاب هذا النظام أو الفرع التشريعي من المنظومة الغربية والتي هي ذاتها في حقيقة الأمر تفتقر - بل، وحتى في - حاجة إليه<sup>1</sup>.

لذا، وجدنا الكتاب في مجال الفقه الإسلامي، أوحى القانون الوضعي، أو في مجال الدراسات المقارنة، قد استساغوا المصطلح، ودرجوا على استعماله في مؤلفاتهم ودراساتهم، بل، وأخذ به المشرع العربي، فأطلق على التشريع الذي يحكم الموضوعات والمباحث التي تندرج تحت هذا المصطلح تسمية<sup>2</sup>: قانون أو مدونة... الأحوال الشخصية<sup>3</sup> - وأغلب المدونات والتشريعات العربية في هذا المجال على هذا الاختيار<sup>4</sup>.

**الوجه الرابع:** والمتمثل في كون الدعوة إلى تغيير اصطلاح "الأحوال الشخصية"؛ باعتباره مصطلح مستجلب - على وقف ما تقدمت الإشارة إليه - باصطلاحات أخرى تُعبّر وتُنمُّ عن غنى وجوده تراثنا فربط حاضرتنا بماضيها، ومعاصرنا بأصالتنا والتي منها: الأسرة، العائلة... الخ.

قلت: إنها في الحقيقة دعوى غير مؤسّسة، ولامسّلم بها، بل، على النقيض من ذلك تماما، فهي دعوى في الحقيقة بمثابة الحجّة التي قدمها أصحاب هذا الفريق ضدّ أنفسهم.

---

<sup>1</sup> إنّ المنظومة التشريعية الغربية تفتقر في حقيقة الأمر إلى ما يعرف بنظام الأحوال الشخصية، بعناصره المتميزة في المنظومة التشريعية الإسلامية، فهولا يعدّون يكون في المنظومة الغربية مجموعة نصوص يحكمها التشريع العام، أو ما يعرف بالقانون المدني، عكس ما هو عليه الحال في البلاد العربية والإسلامية، التي تفرد له تشريعات مستقلة عن التشريع المدني الذي يحكم أو ينظم كأصل مجموع العلاقات المالية للأفراد أو الأشخاص المخاطبين به. ينظر: أحكام الأسرة، جابر عبد الهادي الشافعي، ص 13-14.

<sup>2</sup> يذهب الغوثي بن ملحه، في موقف متميز إلى رفع صفة الصحّة والصواب عن إطلاق مصطلح تسمية الأحوال الشخصية عما تتضمنه من مباحث: الزواج والطلاق، النفقة، الميراث... وفي هذا في الحقيقة هو عين ما ذهب إليه، وما قال به الفقه الغربي من تميز الأحوال إلى: عينية، وشخصية. وبالتالي إخضاع القسمين إلى نصوص القانون المدني. هو في الحقيقة قول يبدو جلياً خطأه وبعده عن الصواب القانوني، فضلا عن عدم توافقه وخصائص أو طبيعة الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، فقال: "...ولذا فإن تسمية ما تتضمنه أحكام الأسرة، هو متّصل بحقيقة الأسرة، وكل ما هو وارد في التشريعات العربية والمتعلق بأحكام الأسرة بتسمية الأحوال الشخصية هو غير صحيح على الحالة الشخصية التي تطبق أساسا على الشخص كشخص في دائرته الخاصة، وهذا يعني لقبه وأسمه) المادة 1/128 مدني) وجنسيته (المادة 30 مدني) وموطنه (المادة 36-38 مدني) وبطبيعة الحال ولادته وحياته بحيث أن المادة 1/25 مدني تنصّ على أنّه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته". ينظر: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ص 05.

<sup>3</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عثمان التكروري، ص 05.

<sup>4</sup> الأسرة وحماتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، بلخير سديد، ص 13.

ذلك أن الناظر بعين التحقيق والاستقصاء فيما اشتمل عليه التراث الإسلامي - بنوعيه؛ الشرعي- إن جاز أوصح استعمال هذا المصطلح على كل من الكتاب والسنة- أو الفقهي، يلحظ أو يخلص إلى حقيقة مفادها أنه:

- بالرجوع إلى معاجم اللغة، نجد أن لفظ: "الأسرة"، المشتق من: "الأسر"، والذي يراد به: القوة. ف: الأسرة؛ عشيرة الرجل وأهله، ورهطه الأدنون. وسُموا بذلك لأنه يتقوى ويتعضد بهم<sup>1</sup>.

- في حين أنه لم يرد في القرآن الكريم إطلاق: "الأسرة" بالمعنى المتعارف عليه- والمبين قريباً في لسان العرب- بل، ورد متكرراً استخدام لفظ: "أسرون، أسرهم، أسيرا، أسرى، وأسارى"<sup>2</sup>.

أمّا عن لفظ: "العائلة"، فهو في اللغة: مؤنث العائل. وعائلة الرجل؛ عيلة، والاسم: العول. ويقال: عول عليه؛ بمعنى اتكل واعتمد عليه. و: عيل عياله تعيلاً؛ بمعنى كفاهم ومأنهم<sup>3</sup> - من المؤونة.

أمّا بالرجوع إلى ألفاظ القرآن الكريم؛ فالحكم أنه لم يرد ذكر واستعمال لفظ: "العائلة" فيه إطلاقاً، بل، ورد ما يدل على معنى الفقر وكثرة العيال<sup>4</sup>، ومن ذلك: قوله ﷻ: ﴿ذَلِكَ أَذَىٰ آلًا تَعُولُوا﴾<sup>5</sup>.

وقوله: ﴿إِنْ خِفْتُمْ عِيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ﴾<sup>6</sup>. وكذا في قوله ﷻ: ﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى﴾<sup>7</sup>.

أمّا في السنة النبوية القولية، فإنه لم يرد استعمال لفظي: "الأسرة" و"العائلة"، إلا فيما نذر بالنسبة للفظ: "عيال". ومن ذلك:

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 251/1، مختار الصحاح، الرازي، ص 19.

<sup>2</sup> المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، ص 49.

<sup>3</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 176/5 - مختار الصحاح، الرازي، ص 153.

<sup>4</sup> ينظر: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 3112/4 - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 22/5 - الأم، الشافعي، 106/5.

<sup>5</sup> سورة النساء: الآية 03.

<sup>6</sup> سورة التوبة: الآية 28.

<sup>7</sup> سورة الضحى: الآية 08.

قوله ﷺ: " الخلق كلهم عيال الله، أحبهم إلى الله أنفعهم لعياله."<sup>1</sup> وكذا قوله ﷺ: " من عال جاريتين حتى تبلغا، جاء يوم القيامة أنا وهو وضم أصابعه."<sup>2</sup>

وعليه، نجد القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، قد استعملا أوركزا في ذلك على ألفاظ أخرى نحو: الأهل، الآل، بل، وعلى معاني أخرى يستفاد منها في الدلالة على معنى الأسرة والعائلة، نحو: الزواج التزويج... وغيرهما من الألفاظ.

فقد ورد لفظ: "الأهل"؛ الدالة على معنى الأسرة أو العائلة بمعنى: صلة الرحم والقربانة ثلاثا وسبعين (73) مرة<sup>3</sup> في آي القرآن الكريم، ومن ذلك، نورد قوله تعالى:

﴿ إِذْ قَالَ مُوسَىٰ لِأَهْلِهِ إِنِّي آنستُ نارا ﴾<sup>4</sup>.

﴿ فَأَنجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ ﴾<sup>5</sup>.

﴿ قَالَ يَا نُوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ ﴾<sup>6</sup>.

وفي الحديث قوله ﷺ: " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع على أهل بيته وهو مسؤول عنهم."<sup>7</sup>

كما ورد استعمال لفظ "الآل" في القرآن الكريم، والتي وإن اختصت بالأنبياء: إبراهيم، لوط، داود، يعقوب، موسى وهارون عليهم الصلاة والسلام. أوبفرعون في الاستعمال الغالب في الآيات الست وعشرون (26) التي وردت في الذكر الحكيم<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> أخرجه أبو يعلى، الطبراني والحاثر:

مسند أبو يعلى، 65/6 - المعجم الكبير، الطبراني، 86/10 - مسند الحارث، 857/2.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب فضل الإحسان إلى البنات، ص 751.

<sup>3</sup> المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، ص 117، 119.

<sup>4</sup> سورة النمل: الآية 07.

<sup>5</sup> سورة الأعراف: الآية 83.

<sup>6</sup> سورة هود: الآية 46.

<sup>7</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب "قوا أنفسكم وأهليكم نارا"، ص 644.

صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب فضيلة الإمام العادل وعقوبة الجائر والحث على الرفق بالرعية والنهي عن إدخال المشقة عنهم، ص 540.

<sup>8</sup> المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم، محمد فؤاد عبد الباقي، ص 120.

كما أنّه وبالرجوع إلى مؤلفات الفقهاء المتقدمين- في حدود ما اطلعنا عليه- نجد أنّهم لم يستعملوا لفظي الأسرة والعائلة، بل، استعملوا ما يعبر عن هذا المعنى، على النحو السالف التوضيح في منهج القرآن الكريم والسنة المطهرة، بألفاظ منها: الأهل، الآل والعيال... ومن ذلك نورد ما قاله:

- الإمام النفراوي المالكي رحمه الله: "من قال الشيء الفلاني وقف على عيالي، تدخل زوجته في العيال."<sup>1</sup>

- وكذا الإمام ابن عابدين رحمه الله: "أهله، زوجته. وقالوا- أي الصحابان؛ أبو يوسف والحسن الشيباني- كل من عياله ونفقته غير مماليكه"<sup>2</sup>، لقوله تعالى: ﴿فَتَجِيَّاهُ وَأَهْلَهُ أَجْمَعِينَ﴾<sup>3</sup>.

وعلى ضوء ما تقدم بيانه، فإنّ الأمر اليقين، هو عدم ورود لفظي: "الأسرة" و"العائلة" اللتين سعى أصحاب الفريق الأول إلى استعمالها، كبديل تراثي لمصطلح "الأحوال الشخصية" المستجلب في نظرهم، لا في لسان العرب، و لا في النصوص الشرعية، ولا حتّى في مؤلفات الفقهاء المتقدمين. وإنّما ورد من الاصطلاحات ما يدل على معناها أو مدلولها نحو: الأهل، الآل، العيال... وغيرها<sup>4</sup>.

أمّا في الجزائر: فإنّه ومّا تجدر الإشارة إليه، أنّ المشرع الوطني قد فضّل استعمال مصطلح: "قانون الأسرة"، بدلا عن مصطلح: "الأحوال الشخصية"<sup>5</sup>، على الرغم من قصور قصور وعجز هذا الاختيار الذي يظهر جليّا من عدّة أوجه يمكن إجمالها في ثلاثة هي:

- الوجه الأول: والمتمثل في كون مصطلح "الأسرة" الذي آثره المشرع الجزائري اتضح معجميا واصطلاحيا أولوية عدم اعتماده، وأحقية اصطلاح الأحوال الشخصية عليه- لما تقدّم عرضه آنفا.

- الوجه الثاني: والمتمثل في القصور التشريعي؛ ذلك أنّ الناظر في المنظومة التشريعية الوطنية يلحظ عدم التناسق في الصناعة التشريعية من حيث المصطلحات القانونية المستعملة في هذا

<sup>1</sup> الفواكه الدواني، 76/2.

<sup>2</sup> حاشية رد المحتار، 452/5.

<sup>3</sup> سورة الشعراء: الآية 170.

<sup>4</sup> علم الاجتماع الإسلامي، التصوير القرآني للمجتمع، صلاح فول، ص 33.

<sup>5</sup> المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد خصال، ص 07.

المجال. فنجد المشرع الجزائري تارة يستعمل مصطلح الأسرة، وتارة أخرى يستعمل مصطلح الأحوال الشخصية، وتارة مصطلح العائلة. الأمر الذي أوجد نوعا من التذبذب - وإن شئت، فقل: التضارب والتناقض - في المصطلحات القانونية التي اشتملت عليها الفروع التشريعية ذات الصلة بهذا القانون. ومن ذلك نذكر ما ورد في القوانين الآتية:

**أولاً - الدستور الجزائري:** إنه وبالرجوع إلى أحكام الدستور الوطني، نجد استعمال المشرع لمصطلح "الأحوال الشخصية" بدلا عن قانون الأسرة الذي يفترض أن يكون هو المصطلح المستعمل والموحد على مستوى مختلف الفروع القانونية. فقد ورد في نص المادة 122 من الدستور والمتعلقة بتنظيم صلاحيات السلطة التشريعية بأنه:

" يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في الحالات الآتية: ...

2- القواعد العامة المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية وحق الأسرة. لاسيما الزواج والطلاق والبنوة والأهلية والتركات.<sup>1</sup>

**ثانيا - قانون التنظيم القضائي<sup>2</sup>:** إن الناظر في النصوص القانونية المنظمة لهيكلية الجهاز القضائي الوطني، يجد بأن المحكمة العليا، باعتبارها قمة هرم القضاء العادي إنما تشكل من عدة غرف، منها غرفة الأحوال الشخصية، وليس غرفة الأسرة كما كان يفترض أن تسمى مادام المشرع قد فضل هذه التسمية. حيث نصت المادة السادسة (6) من المرسوم الرئاسي المبيّن للنظام الداخلي للمحكمة العليا على أنها:

" تتكون المحكمة العليا من الغرف الآتية:

"... - غرف الأحوال الشخصية والموارث.<sup>3</sup>

**ثالثا - القانون المدني:** فنجد بأن المشرع الجزائري يستعمل تسمية أخرى إلى جانب قانون الأسرة والأحوال الشخصية، أطلق عليها: "تشرية العائلة" وهو ما ورد في نص المادة 31 من

<sup>1</sup> الدستور الجزائري لسنة 1996م.

<sup>2</sup> القانون رقم 22-89 المؤرخ في 12-12-1989م المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم بالأمر رقم 25-96 المؤرخ في 12-08-1996 .

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 279 ، 05 المؤرخ في 14 08-2005 المتضمن إصدار النظام الداخلي للمحكمة العليا

القانون المدني والتي تقضي بأنه: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي".<sup>1</sup>

- **الوجه الثالث:** والمتمثل أساسا في المطلب الفقهي، حيث ذهب أغلب من شرح أو تعرض بشيء من التحليل والتعليق لنصوص قانون الأسرة إلى القول بضرورة تغيير أو تجديد تسمية هذا القانون إلى: قانون الأحوال الشخصية. وذلك لعدم انسجام أو تطابق مضمونه مع تسميته بقانون الأسرة<sup>2</sup>. وفيما يأتي نقل لما جاء في مؤلفات بعض رجالات القانون الجزائري في هذا الشأن:

قال العربي بلحاج: "... هذا ولقد أطلق المشرع الجزائري على القانون المتعلق بالأحوال الشخصية تسمية قانون الأسرة بدلا من التسمية القديمة التقليدية. والحقيقة أن الأحكام الواردة بهذا القانون ليس مقصورة على الأسرة، بل، شملت حالة الشخص وترشيده، وأحكام المفقود... وكلها قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة".<sup>3</sup>

قال فضيل سعد- ناقلا تعليقا لـ: علي سليمان-: "وقد عاب علي علي سليمان هذه التسمية على المشرع الجزائري حيث سُمي القانون بقانون الأسرة، رغم أن التسمية التي جرى بها العمل عبر التاريخ هي قانون الأحوال الشخصية، اعتبارا لكون قانون الأسرة ينظم حالة الشخص كفرد في المجتمع وليس كعضو أسرة فقط. والقانون المتعلق بالأحوال الشخصية ينظم علاقات الفرد؛ ميراثا وهبة ووصية وبيعا، بوصفها تصرفات في عقارات أو منقولات الشخص، وتعرف بالعلاقات المالية. أمّا العلاقات الشخصية<sup>4</sup>؛ فهي لا تقوم بمال ولكن، يرتب عليها القانون أثرا معيناً ككون الشخص ذكراً أو أنثى...".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 26-09-1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-07- المؤرخ في 13-05-2005 المتضمن القانون المدني .

<sup>2</sup> وإن كان من القانونيين في هذا الصدد من يرى بأن المشرع الجزائري إنما حاول من خلال هذه التسمية: "قانون الأسرة" أن يجمع بين علاقات الفرد: الأسرية والاجتماعية (قلت: وهو رأي مردود للأوجه المتقدمة في المتن أعلاه) ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ص 13- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد حسال، 07.

<sup>3</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 15/1.

<sup>4</sup> قلت: إني وإذ أوافق علي سليمان على ما ذهب إليه من إعابة تسمية القانون بقانون الأسرة. فإني أحالفه الرأي في استناده إلى فكرة تقسيم الأحوال إلى مالية وشخصية، على مذهب الفقه القانوني الغربي (المدرسة الإيطالية والفرنسية)



قال محمد محمّد رحمه الله في إحدى إسهاماته القانونية التي سبقت صدور التعديل الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري في دعوة صريحة ومؤسّسة بحجج إلى ضرورة تغيير وتعديل هذه التسمية، ما نصه: "... كما أنّ تسمية القانون بقانون الأسرة لا تقيم ذلك، لأنّ هذه التسمية إلى جانب كونها غير واقعية، ولاحقيقية، فإنّ مخالفته لقانون التنظيم القضائي الذي جعل: في المحكمة قسماً للأحوال الشخصية، وفي المجالس غرفة للأحوال الشخصية<sup>2</sup>، وفي المحكمة العليا غرفة للأحوال الشخصية... ممّا جعل تسميته بالأحوال الشخصية أسلم وأكثر انطباقاً مع باقي القوانين. ولعلّ أول ما نبدأ به هذه الآراء والأفكار والاقتراحات، هو تسمية القانون أصلاً؛ فنحن نتكلم عن قانون يمسّ حالة الشخص من خطبة وزواج وطلاق... وعلى هذا فإننا نرى بأنّ تعديل تسمية هذا القانون من قانون الأسرة إلى قانون الأحوال الشخصية يكون أولى... كما أنّ القانون لم يتناول الأسرة من حيث هل هي مركبة أم بسيطة؟ ولا كيفية تنظيمها الشيء الذي يجعل تسمية القانون بقانون الأسرة في غير محلها."<sup>3</sup>

### ثانياً- المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية وتحديد مباحثه

إنّ الحقيقة الثابتة لدى الدارسين لمسألة بيان المراد بإطلاق الأحوال الشخصية، ومنه تحديد مباحثه أو ما ينطوي تحت هذا الإطلاق من موضوعات أو مشتملات هي: تعدد وكثرة المحاولات الفقهية، القضائية والتشريعية في هذا الشأن. إلّا أنّه، ومع كثرة وتعدد هذه المحاولات إلّا أنّها لم تصل إلى وضع تعريف جامع مانع لهذا المصطلح. ولعلّ مرد ذلك إلى

---

ذلك أنّ الذي أراه صواباً- عند التحقيق كما تقدّم آنفاً في المتن أعلاه - هو أنّ التسمية بالمعيار التاريخي الإسلامي، لا الغربي من جهة. وكذا من خلال اعتقاد ابتكارها من طرف الفقيه والحامي محمد قدرى باشا رحمه الله .

<sup>1</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ص 13.

<sup>2</sup> أشير هنا إلى أنّه ومنذ صدور القانون العضوي رقم 05-11 المؤرخ في 17-07-2005م المتعلق بالتنظيم القضائي أصبحت المجالس القضائية تشتمل على: "غرفة شؤون الأسرة" بدلا عن: "غرفة الأحوال الشخصية." ( ينظر المادة 06 من هذا القانون العضوي)

كما أصبحت المحكمة تشتمل على: "قسم شؤون الأسرة" بدلا عن: "قسم الأحوال الشخصية." ( ينظر المادة 13 من هذا القانون العضوي)

<sup>3</sup> دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، جريدة اليوم، الجزائر، يوم الأحد: 26-09-2004م، ص 09 ولعلّ من هذا المنطلق والتصور للمصطلح، أثر محمد محمّد رحمه الله تسمية: "الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية" على أحد مؤلفاته المطبوع بـ: دار الشهاب، باتنة، الجزائر، د ت، د ط.

تعدد وتشعب وامتداد المسائل والموضوعات أو المباحث التي تندرج تحت هذا المسمى، فنجد بعض هذه المباحث في كثير من الأحيان، يختلف حولها الرأي.

فيرى البعض أنّها من مسائل الأحوال الشخصية ومشمّلاتها، في حين يرى البعض الآخر أنّها من مسائل الأحوال العينية أو المالية. وأحياناً أخرى نجد أنّ البعض من هذه الموضوعات يجتمع فيها كلا الوضعين؛ الشخصي والعيني معاً<sup>1</sup>.

وعليه، وأمام هذا الأخذ والرد والتجاذب، ومنه الوقوف دون وضع وتحديد المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية في عبارة جامعة مانعة، وذلك بصرف النظر عن فكرة الجانب المغلب في المسألة بين الشخصي منها، والمالي أو العيني. اهتدى هاني الطعيمات إلى وضع آلية يمكن من خلالها الخلاص إلى تحديد المقصود بهذا الاصطلاح<sup>2</sup>، والمتمثلة في بيان المعايير المعتمدة في ذلك، وهما: المعيار التاريخي والمعيار القضائي.

**1- المعيار التاريخي:** فإذا ما أردنا أن نبين المقصود بإطلاق الأحوال الشخصية، ومنه تحديد مباحثه أو مشمّلاته، فإنّه يقع علينا لزاماً الرجوع إلى دراسة وبحت أول كتاب وضع في البلاد العربية في هذا الصدد، وهو: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"، لمؤلفه محمد قدرى باشا رحمه الله. والذي ترجع له الأولوية التي لا جدال في تحقّقها في هذا الكتاب؛ أنّه أول تقنين منهجي منظم لموضوعات الأحوال الشخصية. وقد جاء هذا التقنين في 647 مادة موزعة على جزئين يشمل كل جزء منهما على عدد من الكتب والأبواب والفصول والمواد المتتابعة الأرقام، بما يُيسّر استدعاء المادة باستخدام رقمها الخاص بها<sup>3</sup>. فكان مشتملاً بشكل مجمل على المباحث الآتية:

\* الجزء الأول: الأحكام المختصة بذات الإنسان؛ المواد من 01-580، فيه خمسة (5) كتب.  
\* الكتاب الأول: في النكاح (المواد من 01-149) وفيه 10 أبواب: مقدمات النكاح 2-  
شروط النكاح وأركانه وأحكامه 3- موانع النكاح الشرعية 4- الولاية على النكاح 5-  
الوكالة في النكاح 6- الكفاءة 7- المهر 8- نكاح الكتايبات وحكم الزوجية بعد

<sup>1</sup> أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، عمر عبد الله، ص 12-11 مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص 18-19.

<sup>2</sup> فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية، ص 19.

<sup>3</sup> شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، زيد الأبياني، 1/15.

إسلام الزوجين أو أحدهما -9- النكاح غير الصحيح والموقوف -10- في إثبات النكاح والإقرار به.

الكتاب الثاني: فيما يجب لكل من الزوجين على صاحبه (المواد 150-216) وفيه أربعة (4) أبواب:

1- فيما يجب على الزوج من حسن المعاملة للزوجة 2- النفقة الواجبة على الزوج للزوجة 3- ولاية الزوج وماله من الحقوق -4- فيما للزوجة وما عليها من حقوق.

\* الكتاب الثالث: في فرق النكاح (المواد من 217-330) وفيه خمسة (5) أبواب: 1- الطلاق -2- الخلع -3- الفرقة بالعنة ونحوها -4- الفرقة بالردة -5- العدة ونفقة المعتدة.

\* الكتاب الرابع: في الأولاد (المواد من 331-433) وفيه خمسة (5) أبواب: 1- ثبوت النسب -2- فيما يجب للولد على الوالدين -3- النفقة الواجبة للوالدين على الأبناء -4- نفقة ذوي الأرحام -5- ولاية الأب.

\* الكتاب الخامس: في الوصي والحجر والهبة والوصية (المواد من 434-580) وفيه أربعة (4) أبواب:

1- الوصي وتصرفاته -2- الحجر والمراهقة والبلوغ -3- الهبة -4- الوصايا. الجزء الثاني: في الموارث، المواد من 581-646 ، وفيه تسعة (9) أبواب تشمل على أبواب الميراث المعروفة: 1- ضوابط عمومية -2- الموانع من الإرث -3- أصحاب الفروض وبيان فروضهم 4- بيان أحوال نصيب ذوي الفروض المتقدمة مع غيرهم من الورثة -5- الإرث والتعصب 6- الحجب -7- بيان مسائل متنوعة -8- العول والرد -9- ذوي الأرحام وكيفية توريثهم.

فهذه المباحث أو المسائل حسبما رآه المشرع الوضعي وقتئذ، ذات صلة كبيرة أو مزيد اختصاص بالدين. لذا نظّمها على هذه الشاكلة وأخضعها قضاء لأحكام الشريعة الإسلامية، وجعل ما سواها تابعا لاختصاص القانون والقضاء الوضعي أو العادي-غير الشرعي تجوزا- فمعيار الاختصاص هنا إنّما هو العامل الديني أو العقدي، وليس الشخصي أو العيني.

2- المعيار القضائي: إنّّه ومع مطلع القرن العشرين (20) وعندما حاول رجال القانون الوضعي، تمييز موضوعات القوانين، وتحديد اختصاصات المحاكم-الشرعية منها والعادية- وقعوا في حالة لبس واضطراب وهم بصدد تحديد المقصود بالأحوال الشخصية، وتحديد

المسائل التي تشملها أحكامه. فقد اختلف في تفسير هذا المصطلح وتحديد موضوعاته، وكان أن ترتب على ذلك اختلاف في تحديد الاختصاص القضائي. فكل جهة من جهتي القضاء تسعى إلى أن تدخله تحت دائرة اختصاصها- ما أمكن أن يتحملة التفسير- فجهة القضاء الشرعي؛ وكانت الأصل في القضاء، اتجهت إلى التوسع في مدلول عبارة: "الأحوال الشخصية" من حيث نظامها وشمولها. بينما جهة القضاء العادي؛ فقد كانت تسعى إلى محاولة التضييق من مدلول هذه العبارة. وعليه كان لهذا الاختلاف الأهمية القصوى، والأثر البالغ في عملية التقاضي، بسبب التنازع في تحديد جهة الاختصاص<sup>1</sup>.

ونظرا لكون هذا الاختلاف ليس فقط، في أمور شكلية، إجرائية، بل، في الأحكام الموضوعية، إذ أن أول ما يترتب على ذلك؛ الاختلاف في القانون الواجب التطبيق. فكان أن ظهر التراع- بل طال واشتد- إلى أن تدخلت محكمة النقض المصرية لتحديد نطاق الأحوال الشخصية، وما يدخل فيه من موضوعات ومباحث في عام 1934م. فكان أن قضت بأن: "المقصود بالأحوال الشخصية هي: مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكر أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية

---

<sup>1</sup> ومن هذا التصور، تبدو أوتبرز أهمية المقصود بمصطلح "الأحوال الشخصية" على المستويين الداخلي والخارجي، أي على مستوى القانون الوطني وكذا الدولي الخاص. أما على المستوى الداخلي؛ فإن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية له أهمية في تحديد قواعد وجهات الاختصاص القضائي والتشريعي.

أما على المستوى الخارجي؛ فإن قواعد القانون الدولي الخاص- الذي يحكم العلاقات المتضمنة لعنصر أجنبي- تقضي بأن مسائل الأحوال الشخصية لا تخضع للقانون الوطني، بل تخضع للقانون الشخصي، أي قانون البلد الذي ينتمي إليه أطراف التراع بجنسيتهم، أو الذي يتفقون عليه، أو الذي يتخذونه موطنًا لهم. وهذا بخلاف الأحوال العينية، حيث يخضع فيها - كقاعدة عامة- كل من الطرف الوطني والأجنبي لقواعد موحدة، وهي قانون الدولة التي يوجد فيها التراع.

ومن ثم استلزم الأمر تحديد المقصود بالأحوال الشخصية، ليتحدد القانون الواجب التطبيق. ينظر: قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين، محمد حسين منصور، ص 12 - مباحث في قانون الأسرة الجزائري، عبد الفتاح تقيّة، ص 19.

أو ناقصها لصغر السن أو عتهه أو جنونه، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من الأسباب القانونية.<sup>1</sup>

إلا أن هذا الحكم، وإن عدّ محاولة لوضع تعريف للأحوال الشخصية، فإنه أعيب وانتقد ووصف بالقصور كونه نتاج تأثر بالفقه والقانون الفرنسي، الذي يعتبر الأحوال الشخصية هي فقط: الحالة والأهلية المتعلقة بالإنسان. في حين نجد أن نطاق الأحوال الشخصية في البلاد الإسلامية أوسع منه في التشريع الفرنسي. لذا عمدت هذه المحكمة إلى استدراك الموقف بأن أضافت كلاً من موضوعات: الوقف، الهبة والوصية، وهي عقود التبرعات التي تقوم على فكرة التصديق المندوب ديانة إلى مسائل الأحوال الشخصية، وهذا كيما تخرج هذه المسائل من دائرة اختصاص المحاكم المدنية، والتي ليس من اختصاصها النظر في المسائل التي تحوي عنصراً دينياً ذا أثر في تقرير حكمها.

ونتيجة لهذا التعارض والاضطراب، الذي وقعت فيه محكمة النقض المصرية. لم يعد ذلك التعريف الذي وضعته صالحاً من الناحية العلمية القانونية لأن يُعتمد كأساس لبناء تفرقة بين ما يحكمه القانون الشخصي القائم على العامل الديني، وبين ما يحكمه القانون الوضعي أو المدني وبالتالي، لم يكن للمعيار القضائي الفصل في تحديد مدلول أو مقصود الأحوال الشخصية.

وقد استمر الوضع على هذا الحال إلى أن صدر القانون رقم: 147 لسنة 1949م، بتاريخ 28-08-1949م والخاص بتنظيم القضاء المصري، والذي اعتبر من خلال نصي المادتين: 13-14 منه، بأن اصطلاح الأحوال الشخصية، يشتمل على المسائل الآتية:

- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، وحقوق الزوجين وواجباتهما.
- مسائل النسب وأحكامه.
- مسائل نفقة الأقارب والولاية، والوصاية، والتبني<sup>2</sup> والحجر، والقوامة، والنظر في أمر المفقود والغائب.

<sup>1</sup> ينظر: الزواج في الشريعة الإسلامية، علي حسب الله، ص 05 - الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، ص 73.

<sup>2</sup> يعاب على هذا القانون أنه ضمن مسائل الأحوال الشخصية موضوع " التبني " رغم أن الشريعة الإسلامية حرمت هذا الموضوع، فلم تعد ترتب أية آثار سواء في النكاح أو النسب أو الميراث ، وذلك بتحريمه في قوله تعالى: ﴿ وَمَا

- المسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت<sup>1</sup>. هذا، وقد حاول بعض رجال الفقه والقانون الوضعي في البلاد العربية تقديم تعريف جامع ودقيق لهذا المصطلح، بيد أن ما قدموه لم يخلُ من ملاحظات وتعقيبات وانتقادات. ومن تلك التعريفات، قولهم بأن الأحوال الشخصية:

1- "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية ومادية"<sup>2</sup>.

فهذا التعريف الذي ذكره مصطفى السباعي رحمه الله، والذي اعتمده أو أورده الكثير من الباحثين متى أرادوا بيان وتوضيح مدلول مصطلح الأحوال الشخصية، إنما هو محل انتقاد ونظر من أوجه عدة، نذكر منها الوجهين الآتين:

**الوجه الأول:** إنَّ قوله: "الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته"، تجعل من هذا التعريف يقصي بعض الموضوعات أو يخرجها من نطاق الأحوال الشخصية، وهي المسائل المتعلقة أساسا بحالة الأشخاص وأهليتهم، ذلك أنَّها مسائل تخص الإنسان باعتباره شخصا مستقلا عن كيان الأسرة، وهذا بخلاف ما أورده رحمه الله لمسائل الأحوال الشخصية في دائرة علاقة الإنسان بأسرته فحسب.

**الوجه الثاني:** إنَّ للإنسان الحق في القيام بمجموعة من التصرفات المادية، كما جاء في التعريف أو المالية خارج نطاق العلاقة الأسرية؛ نحو الوصية، الهبة، الوقف... دون أن يترتب عن تصرفه هذا أية أوضاع أو آثار حقوقية والتزامات أدبية أو مادية اتجاه أفراد أسرته، و لا تكون مثل هذه التصرفات أو العقود مشمولة بهذا التعريف. وهو ما يجعله معيبا، كونه غير جامع لمختلف مسائل الأحوال الشخصية، التي أراد أن يبيِّنها ويحتملها.

2- "مجموعة الأمور التي يتميِّز بها الإنسان عن غيره، والتي تربطه بعائلته"<sup>3</sup>.

---

جَعَلَ أَدْعِيَاءَ كُمْ أَبْنَاءَ كُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ \* ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ ﴿ - سورة الأحزاب : الآيتان 4 ، 5.

<sup>1</sup> ينظر: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، أحمد الغندور، ص 23 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 20/1.

<sup>2</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 07/1.

<sup>3</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلي، ص 28.



إنّ هذا التعريف الذي قال به مصطفى شلي رحمه الله، يوصف - كسابقه - بأنّه غير جامع. ذلك أنّه ومن خلال النّظر والتمعن في المفردات المستعملة فيه، نجدّه يقوم على أساس واحد فحسب، وهو: الجانب الشخصي للإنسان. في الوقت الذي يقوم أو يشمل إطلاق الأحوال الشخصية الجانبيين معاً؛ الشخصي والمالي للإنسان. ذلك أنّه توجد أمور - كما ذكرنا - مالية محضّة نحو: النفقة، الوصية، الهبة الميراث... تدخل في نطاق الأحوال الشخصية.

وأمام قصور أغلب التعريفات الواردة في هذا الصدد، فقد ذهب باحثون آخرون إلى أنّ مصطلح الأحوال الشخصية مصطلح نسبي، فهو يختلف باختلاف التصور والتقدير، بل، ويختلف باختلاف البلاد - فما تعتبره بعض البلاد من قبيل الأحوال الشخصية، لا ترى بعض البلاد الأخرى أنّه منها - ولهذا يجسّن عند بيان مقصود ومدلول هذا المصطلح تجنّب وضع تعريف له<sup>1</sup>. والاكتفاء بعرض أو حصر مشتملاته ومسائله واحداً فواحدة<sup>2</sup>.

وأحسب أنّ هذا الرأي - الذي أرححه - هو الذي وقع اختيار المشرع الجزائري عليه - عن علم أو غير ذلك - إذ لم يعرض، أو بالأحرى، تجنّب وضع تعريف لقانون الأسرة<sup>3</sup>. إذ نص في المادة الأولى (01) على أنّه: "تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون." في حين جرت العادة في صياغة القوانين ووضعها، أن تخصّص المادة أو المواد الأولى منها لتحديد المصطلحات والمفاهيم الواردة في هذه القوانين - تحت تسمية: احكام عامة - مكتفياً في ذلك ببيان المقصود بالأسرة في المادة 02، والتي جاء فيها: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة".

وعليه، جاءت مباحث أو موضوعات الأحوال الشخصية التي اشتمل عليها قانون الأسرة الجزائري موزعة على النحو الآتي:

<sup>1</sup> وأرى أنّ عبد القادر داودي، قد ذهب مذهبا مخالفاً، حيث سعى إلى الجمع بين الأمرين فقد عمد ابتداءً إلى بيان وضع تعريف لمصطلح الأحوال الشخصية بقوله: "فهي إذن مجموعة من الأحكام الفقهية النازمة لإنشاء الأسرة وبنائها والآثار المترتبة عليه، ثم كيفية إنهاء هذا العقد عند الاقتضاء وما يترتب عليه من آثار أو حقوق وواجبات، وما يترتب على موت أحد أفراد الأسرة في ماله." ليعمد بعد ذلك إلى عرض مختلف المسائل التي تندرج تحت هذا المسمّى.

ينظر: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص 15، 16.

<sup>2</sup> دراسات في أحكام الأسرة، محمد بلتاجي، ص 76.

<sup>3</sup> الصادر بموجب الأمر رقم 84-11 المؤرخ في: 09-06-1984م المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27-04-2005م والموافق عليه بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 04-05-2005م.

## أحكام عامة : المواد 01-03

الكتاب الأول: الزواج وانحلاله (المواد: 04-80) وتشمل المباحث الآتية الخطبة، الزواج وانحلاله وآثار كل منهما.

الكتاب الثاني: النيابة الشرعية (المواد: 81-125) وتشمل المباحث الآتية: الأهلية ومتعلقاتها، الولاية، الوصاية، التقديم، الحجر، المفقود والغائب، والكفالة. الكتاب الثالث: الميراث (المواد: 126-183).

الكتاب الرابع: التبرعات (المواد: 184-224) وتشمل المباحث الآتية: الهبة، الوصية، الوقف<sup>1</sup>. إلى جانب الأحكام الختامية.

<sup>1</sup> نظم المشرع الجزائري بموجب نصوص المواد (213-220) من الأمر 11-84 المؤرخ في 09-06-1984م والمتضمن قانون الأسرة،

جانبا من الأحكام المتعلقة بالوقف. إلا أنه وبصدور القانونين: الأول، رقم 10-91 المؤرخ في 27-04-1991م، والثاني؛ رقم 10-02 المؤرخ في 14-12-2002م، يكون المشرع قد ألغى النصوص السالفة الإشارة من قانون الأسرة، ومن ثم لم تعد أحكام الوقف من مشتقات أو مباحث الأحوال الشخصية في الجزائر. وذلك باعتبارها ملغاة إلغاء ضمينا، من خلال إعادة تنظيم موضوع الوقف من جديد. مع الإشارة إلى أن المادة (49) من القانون رقم 11-91، قد ذكرت صراحة بأن جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون تعد ملغاة. فهذا لا ينبغي، ولا يصح أن يفهم على أنه إلغاء صريح لنصوص قانون الأسرة محل الإشارة، لأن هذه النصوص لا تتعارض في مجملها مع هذا القانون.

ذلك أن إعادة تنظيم موضوع ما بتشريع جديد سبق أن نظم بتشريع سابق، فإن هذا الأخير يعتبر ملغى كليا بشكل ضمني. لأن إعادة تنظيم الموضوع نفسه إنما تفيد انصراف نية المشرع إلى العدول عن التشريع السابق بأكمله. وذلك حتى بالنسبة للقواعد والنصوص التي لا تتعارض مع التشريع الجديد.

وعليه إذا كان التشريع القديم ينظم مسألة لم يتعرض لها التشريع الجديد فإلغائها، مع ذلك تصبح ملغاة ولو كانت القاعدة المنظمة لهذه المسألة لا تتعارض مع القواعد التي تضمنها التشريع الجديد.

وقد نص المشرع الجزائري على صوري الإلغاء الضمني، بموجب نص المادة (02) من القانون المدني حيث جاء في الفقرة الثانية منها: "وقد يكون الإلغاء ضمينا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

ولمزيد فائدة حول صور إلغاء التشريعات، ينظر:

- المدخل للعلوم القانونية، محمد سعيد جعفرور، ص 244، 240، المدخل إلى العلوم القانونية، عمار بوضياف، ص 174، 175، النظرية العامة للقانون، سمير سيد تناغو، ص 418، 415، المدخل للقانون، حسن كيره، ص 337، 331.

## المبحث الثاني: مقومات مباحث الأحوال الشخصية

### المطلب الأول: خصائص مباحث الأحوال الشخصية

يمثل نظام الأحوال الشخصية جزءاً مهماً من أحكام الدين الإسلامي، الذي جاء ليحكم وينظم ويصلح مختلف شؤون الحياة. فكان أن جاءت خصائص هذا النظام -أي نظام الأحوال الشخصية- تابعة للخصائص العامة للإسلام<sup>1</sup>. ذلك أن من عظمة النظام وتماسكه أن تكتسب وحداته نفس خصائصه الكلية. وعلى هذا، فخصائص نظام الأحوال الشخصية هي الخصائص للإسلام نفسها<sup>2</sup>.

هذا، وقد بلغ منهج الدين الإسلامي، الذي أساسه الوحي القرآني والهدى النبوي القويم -ومن خلاله نظام الأحوال الشخصية- قمة الكمال في خصائصه، سماته وأسلوبه، معانيه وأهدافه، طريقة معالجته للقضايا والأحداث متى نزلت، وفي طريق إصلاحه للأفراد والأسر والمجتمعات. فهو إجمالاً يحوي كلَّ كمال يمكن أن يتصور أو يكون. وأما خصائصه وسماته التفصيلية فهي كثيرة ويصعب الإحاطة بها في مثل هذه الدراسة. وعليه سأقتصر على عرض أهم هذه الخصائص على أن ما سأذكره كافياً بمشيئة الله تعالى في توضيح المعنى المقصود، وبلوغ الهدف المنشود.

وهذه الخصائص والسمات التي تُميّز نظام الأحوال الشخصية في الإسلام، حيث يجدر التقيّد والانضباط بها عند القيام بأيّ حركة تجديدية في هذا المجال التشريعي هي:

1- الربانية -2- الإنسانية -3- الواقعية - الشمول -5- الوسطية -6- الجمع بين الثبات والمرونة. وفيما يأتي توضيح المقصود بكلّ خاصية.

#### الفرع الأول: خاصية الربانية

تعتبر خاصية أو سمة الربانية أولى وأهم خصائص وسمات النظام الإسلامي، بل أنّها أساس بقيّة السمات والخصائص، فهذه الخاصية تنبثق عنها جميع الخصائص الأخرى.

"والربانية نسبة إلى الرب؛ أي الله تعالى. ويطلق على الإنسان أنّه رباني؛ إذا كان وثيق الصلة بالله، عالماً بدينه وكتابه، معلماً له."<sup>3</sup> وقد جاء هذا اللفظ بهذا المعنى في القرآن الكريم

<sup>1</sup> لمزيد توسع في معرفة هذه الخصائص، ينظر: الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، الإسلام مقاصده وخصائصه، محمد عقله، أصول الدعوة، عبد الكريم زيدان.

<sup>2</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 69.

<sup>3</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 07

في قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُؤْتِيَهُ اللَّهُ الْكِتَابَ وَالْحُكْمَ وَالنُّبُوَّةَ ثُمَّ يَقُولَ لِلنَّاسِ كُونُوا عِبَادًا لِي مِنْ دُونِ اللَّهِ وَلَكِنْ كُونُوا رَبَّانِيِّنَ بِمَا كُنْتُمْ تُعَلِّمُونَ الْكِتَابَ وَبِمَا كُنْتُمْ تَدْرُسُونَ﴾<sup>1</sup>، وفي قوله ﷺ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا وَالرَّبَّانِيُّونَ وَالْأَحْبَارُ بِمَا اسْتُحْفِظُوا مِنْ كِتَابِ اللَّهِ وَكَانُوا عَلَيْهِ شُهَدَاءَ فَلَا تَخْشَوُا النَّاسَ وَاخْشَوْا اللَّهَ وَلَا تَشْتَرُوا بِآيَاتِي ثَمَنًا قَلِيلًا وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾<sup>2</sup>

فنظام الأحوال الشخصية يتميز بخاصية الربانية من منطلقين، هما: ربانية المصدر و المنهج. وربانية الغاية و الوجهة.

أولاً- ربانية المصدر والمنهج: والمقصود بذلك كون هذا المنهج من عند الله تعالى، وحيأ أنزله على رسوله ﷺ، وليس منهجا وضعيا مصدره التطورات الفلسفية التي ينشئها العقل البشري، فليس لأحد من البشر- أيأ كانت مكاتته، دخل في إنشائه والزيادة عليه، أو النقصان منه، أو...- و إنما ينحصر دور البشر في نطاق فهمه وتدبره، والالتزام به والتطبيق لقواعده، بل أنه وحتى ما أتى به النبي ﷺ في مجال الرسالة، فهو ليس من عند نفسه، بل هو كما قال المولى ﷺ في القرآن الكريم: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ \* إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾<sup>3</sup>.

أ- ربانية المصدر: تعني، أن هذا المنهج حق كله، فهو:

- حق في مصدره: ﴿فَذَلِكُمْ اللَّهُ رَبُّكُمُ الْحَقُّ فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ فَأَنَّى تُصْرَفُونَ﴾<sup>4</sup>.

- حق في تنزيله و بلاغه: ﴿وَبِالْحَقِّ أَنْزَلْنَاهُ وَبِالْحَقِّ نَزَلَ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا مُبَشِّرًا وَنَذِيرًا﴾<sup>5</sup>.  
- حق في خبره: ﴿إِنَّ هَذَا لَهُوَ الْقَصَصُ الْحَقُّ وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلَّا اللَّهُ وَإِنَّ اللَّهَ لَهُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة آل عمران: الآية 79.

<sup>2</sup> سورة المائدة : الآية : 44.

<sup>3</sup> سورة النجم : الآيتان 3-4

<sup>4</sup> سورة يونس : الآية 32

<sup>5</sup> سورة الإسراء : الآية 105

<sup>6</sup> سورة آل عمران : الآية 62

- حق في حكمه: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيْمِنًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ﴾<sup>1</sup>.

- حق في وعده ووعيده: ﴿فَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ مُخْلِفاً وَعْدِهِ رُسُلَهُ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ ذُو انْتِقَامٍ﴾<sup>2</sup>.

كما تعني ربانية المصدر أيضا: أن هذا المنهج محفوظ بحفظ الله له، مصون من التبديل والتحريف: ﴿إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾<sup>3</sup>.

وهذه الآية الكريمة تفيد أمرين عظيمين:

**الأول:** إن الله هو مصدر هذا الكتاب الكريم ومترّله، وليس لأحد دخل في شيء من ذلك. ولخطورة وعظم هذه القضية فقد أعلن ﷺ شديد وعيده وعقابه لمن يتجرأ على التقول على الله جلّ شأنه، وحتى لو كان هذا الشخص هو خير الأنبياء والمرسلين محمد ﷺ فقال تعالى: ﴿وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ \* لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ \* ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الْوَتِينَ \* فَمَا مِنْكُمْ مِّنْ أَحَدٍ عَنْهُ حَاجِزِينَ﴾<sup>4</sup>.

كما أخبر القرآن الكريم أن الله تعالى قد نزه كتابه عن عبث الشياطين، وحفظه من وصولهم إليه فقال: ﴿وَمَا نَنْزَلَتْ بِهِ الشَّيَاطِينُ \* وَمَا يَنْبَغِي لَهُمْ وَمَا يَسْتَطِيعُونَ \* أَنَّهُمْ عَنِ السَّمْعِ لَمَعَزُولُونَ﴾<sup>5</sup>.

**والثاني:** إن الله ﷻ وعد بحفظ هذا الكتاب الكريم، وتكفل سبحانه بذلك. ولقد صدق وعده وحفظ كتابه فلم تمتد إليه يد التحريف، ولم تنل منه معاول التشويه. وإن كان الذي يتصفح التاريخ منذ أول دفقة من نور هذا القرآن حتى ساعتنا هذه، يدرك أن هذا الكتاب الكريم قد تعرّض على مرّ العصور والأجيال من أعداء هذا الدين؛ لحمالات مسعورة، ومحاولات دائبة، تبغي محوه وإزالته أو تحريفه وتبديله، فباعت كلّها بالفشل والخسران، فله سبحانه الحمد والفضل والمنّة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة المائدة : الآية 48

<sup>2</sup> سورة إبراهيم : الآية 47

<sup>3</sup> سورة الحجر : الآية 09

<sup>4</sup> سورة الحاقة : الآيات 44-47.

<sup>5</sup> سورة الشعراء: الآيات 210-212.

<sup>6</sup> منهج القرآن في إصلاح المجتمع، محمد السيد يوسف، ص 376-377.

ب- ربانية المنهج: فالمنهج الإسلامي الذي أكرم الله به الأمة الإسلامية، منهج رباني خالص رباني في عقيدته، وشرائعه، وأخلاقه. منهج رباني في جملته وتفصيله.

فالتشريعات الإسلامية- كما هو الحال في العقائد والأخلاق- تشريعات ربانية، أساسها وحي الله وكلماته المعصومة من الخطأ، المتزهة عن الظلم والتحيّز. فالله تعالى هو وحده المشرع، وهو الذي يأمر وينهي، ويحلل ويحرم، ويكلف ويلزم بمقتضى ربوبيته وألوهيته ومُلْكه لخلقه جميعاً<sup>1</sup>.

وإذا كان قد تأكد لنا مما تقدّم أنّ هذا المنهج رباني في مصدره، ورباني في منهجه. فإنّه يتمخض عن ذلك؛ أنّ هذا المنهج له كلّ كمال يمكن أن يتصور أو يكون، وله كل أثر طيب عظيم يمكن أن يظهر على النفس وعلى واقع الحياة.

وإن كان يصعب الحديث تفصيلاً في مثل هذا الموضوع عن كل آثار- أو بالأحرى مزايا وثمرات- ربانية المصدر والمنهج، فنكتفي بالإشارة إلى أعظمها وأهمّها فيما يأتي:

1- العصمة من التناقض والاختلاف؛ ذلك أنّ التناقض والاختلاف سمة كل المناهج البشرية الوضعية وحاشى للمنهج الإسلامي أن يتّسم بذلك، فهو منهج الله الذي وسع كل شيء علماً وأحصى كل شيء عدداً، فلا يمكن أن يتطرق إليه خلل أو تناقض أو قصور<sup>2</sup>.

والاختلاف والتناقض لازمة من لوازم البشر فهم- بطبيعتهم- يتناقضون ويختلفون من عصر إلى عصر، ومن قطر إلى قطر، بل، و في القطر الواحد من إقليم إلى إقليم... و في الفئة الواحدة من فرد إلى آخر، بل، في الفرد الواحد من حالة إلى أخرى، ومن وقت لآخر<sup>3</sup>.

وللإمام سيد قطب رحمه الله كلاماً طيباً في هذا الصدد حيث قال: "إنّ صانع هذا المنهج هو الله الحكيم العليم، البصير الخبير، وبالتالي فهو برئ من جهل الإنسان، وهوى الإنسان، وضعف الإنسان، وشهوة الإنسان، وصانع هذا المنهج هو صانع هذا الإنسان الذي يعلم حقيقة فطرته والحاجات الحقيقية لهذه الفطرة، كما يعلم منحنيات نفسه، ودروبها ووسائل خطاياها وإصلاحها فلا يخطئ- تترّه عَجَلٌ عن ذلك علواً كبيراً- في تيه التجارب بحثاً عن

<sup>1</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 40-41.

<sup>2</sup> منهج القرآن الكريم في إصلاح مجتمع، محمد السيد يوسف، ص 378.

<sup>3</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 43.



منهج ملائم، ولا يكلف البشر ثمن هذه التجارب القاسية حين يخطون هم في التيه بلا دليل.<sup>1</sup>

2- البراءة من التحيز والهوى: وقد جاء المنهج الإلهي مترها عن التحيز والهوى، الذي لا يسلم منه بشر كائنا من كان، لأن واضعه هو الله ﷻ المتره كل النزاهة عن ذلك فهو سبحانه لا تحكمه النزاعات والأهواء، ولا بتحيز جنس أو لون أو جيل، لأنه تعالى ربّ الجميع والكل خلقه، فلا يتصور تحيزه لفئة دون أخرى، ولا لجيل دون آخر، ولا لشعب دون غيره من الشعوب... .

أما مناهج البشر فإتباعها تابعة لأهواء واضعيها، وتأثرهم بالترعات الشخصية والأسرية، والإقليمية، والقومية، وغير ذلك. ومن هنا يسمّى الله تعالى ماعدا شريعة وحكمه: "أهواء"، يجب الحذر منها ومن أصحابها.<sup>2</sup>

قال ﷻ: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾<sup>3</sup>.  
وقال جلّ شأنه: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾<sup>4</sup>.  
هذا، والآيات الكريمة في هذا السياق غير ذلك كثيرة.

3- الاحترام وسهولة الانقياد: ومن ثمرات ومزايا هذه الربانية- من حيث المصدر- أنها تضي على المنهج بتكليفاته وأوامره ونواهي، قدسية واحتراما لا يظفر بهما أيّ منهج بشري أو نظام وضعي.

ويتبع هذا الاحترام ويلزمه؛ المسارعة إلى الاستجابة والتنفيذ والسمع والطاعة في العسر واليسر والمنشط والمكره<sup>5</sup>. وهذا لا يتحقق للقوانين الوضعية- حتى في دائرة الأحوال

<sup>1</sup> في ظلال القرآن، 692/2.

<sup>2</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 44.

<sup>3</sup> سورة المائدة: الآية 49.

<sup>4</sup> سورة ص: الآية 26.

<sup>5</sup> وهذا هو منطوق العهد الذي أخذه رسول الله ﷺ على صحابته، وعلى أمته جمعاء من بعد، كما جاء في الحديث الذي أخرجه عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: بايعنا رسول الله ﷺ على السمع والطاعة في العسر واليسر، والمنشط والمكره، وعلى أثرة علينا، وعلى أن لا ننازع الأمر أهله، وعلى أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم." أخرجه البخاري ومسلم، واللفظ لمسلم:

صحيح البخاري، كتاب الفتن، باب: قول النبي ﷺ: سترون بعدي أمورا تنكرونها، ص 843

الشخصية، ومنها التشريع الجزائري<sup>1</sup> - التي لا تملك من الإنسان إلا ظاهره، والتي يستطيع الإنسان إذا ما تجرّد من وازع القلب أن يحتال من التخلص من تبعاتها، وأن ينجو من الوقوع تحت طائلتها<sup>2</sup>.

ولالإمام سيد قطب رحمه الله في هذا السياق كلاما نفيسا في الربط بين التشريع الوضعي الذي يراد له الاحترام، والمصدرية الروحية التي تجعل الإنسان يمثل لهذا التشريع حيث يقول: "إن هذه الأرض لاتصلح بالتشريعات والتنظيمات، ما لم يكن هناك رقابة من التقوى في الضمير، لتنفيذ التشريعات والتنظيمات. وهذه التقوى لاتجيش اتجاه التشريعات والتنظيمات إلا حين تكون صادرة من الجهة المطلعة على السرائر، الرقيبة الضمائر، عندئذ يحسّ الفرد وهو يهّم بانتهاك حرمة القانون أنّه يخون الله، ويعصي أمره ويصادم إرادته، وأنّ الله مطلع على نيّته وعمله، وعندئذ تنزل أقدامه، وترجف مفاصله وتجيّش تقواه."<sup>3</sup>

---

صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب: وجوب طاعة الأمراء في غير معصية وتحرّمها في المعصية، ص 545

<sup>1</sup> فالناظر في نصوص قانون الأسرة الجزائري وتطبيقاتها، يلحظ جليّا هذا الأمر، وهو عدم الانصياع لها بشكل تام، بل مخالفتها في العديد من الأحيان، ولعلّ مرد هذا إلى أن المواطن ينظر إلى هذا التشريع، مع ضعف الوازع الديني إلى أنّه كسائر القوانين الأخرى، التي هي من صنع المشرع البشري، وبالتالي فهي مجردة عن الصفة الدينية أو الفقهية. لذا تجده يتحايل عليها ولا يبالي في ذلك لأي أمر. ولعلّ الناظر في مختلف المنازعات والدعاوى المعروضة على القضاء الوطني في هذا الشأن، يلحظ ما قلنا دوّما عناء. ولعلّ من قبيل هذا المسلك، ذهب العربي بلحاج إلى وصف قانون الأسرة بأنه: "... فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص وله ذاتية مستقلة، بسبب ارتباطه بقواعد الأعراف والعادات والأخلاق والمشاعر والأفكار الدينية."

ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 26/1.

ويذكر محمد الدسوقي في هذا السياق إشارة طيبة إلى مدى احترام والتزام الناس بالآراء الفقهية دون القانونية انطلاقا من هذه الخاصية أو السمة في مجال التجديد الفقهي عموما، ومنه التجديد في مباحث الأحوال الشخصية بقوله: "... إنّ التجديد الفقهي في كلّ مجالاته وأحواله ليس رأيا بشريا خالصا، لأنّ مصدره الوحي الإلهي... ولهذا تكون للأحكام والآراء الفقهية في نفس المسلم، هبة وسلطانا ووقارا، ويكون العمل بحكم فقهي هو عمل بحكم شرعي ومن ثم لا تأخذ الأحكام الفقهية صبغة الآراء البشرية الخالصة كالقوانين الوضعية، وتظل لها صبغتها الدينية التي تنفرد بها بين هذه القوانين."

- ينظر: التجديد في الفقه الإسلامي، ص 117 - 118.

<sup>2</sup> ينظر: منهج القرآن في بناء المجتمع، محمود شلتوت، ص 127 - محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي، محمد مقبول حسن، ص 15-16.

<sup>3</sup> في ظلال القرآن، 577/1.

ولعلّ من أروع الأمثلة التي تذكر في هذا السياق، موقف الصحابيَّات الجليلات رضوان الله عليهن، حينما أوجب الله عليهن الستر والاحتشام، فقد سارعن بتنفيذ الأمر الإلهي، دون انتظار أو تسويق. فقد روى البخاري رحمه الله، أنّ السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: "يرحم الله نساء المهاجرات الأوّل، لما أنزل الله: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾<sup>1</sup>؛ شققن مروطهن<sup>2</sup> فاختمن بها.<sup>3</sup>"

ومواقف المسلمين والمسلمات في غير هذا الموقف، كثيرة وجليلة، وكلّها تؤكد مدى الاحترام العظيم، والاستجابة الفورية لتكاليف الله وأوامره ونواهيه، دون اعتراض أو تسويق، غير مخيرين في العدول عنها أو اختيار بعضها دون البعض الآخر، أو في تعديلها أو تحويرها<sup>4</sup>، مستندهم في ذلك كلّ قوله ﷺ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ﴾<sup>5</sup>.

#### ثانياً: ربانية الغاية والوجهة

ومعنى ربانية الغاية والوجهة؛ أنّ الدين الإسلامي إنّما يجعل الغاية الأساسية، والهدف البعيد إرضاء الله تعالى وحسن الصلة به، وحسن التبعّد له. ولا ريب أنّ الإسلام له أهداف وغايات أخرى - جانبية - غير هذا الهدف الأساسي. ولكن هذه الأهداف كلّها تُصَبُّ في مجرى هذا الهدف الذي حدّده الإسلام.

فما خلق الإنسان إلاّ لله تعالى؛ لمعرفة وعبادته وأداء الأمانة التي حملها، وكفى بهذا شرفاً وفخراً. فهو في ظلال هذا المنهج الرباني، سيّد في الكون، عبد لله ﷻ<sup>6</sup>. لا ريب أنّ لهذه الربانية فوائد جمّة، وأثاراً بارزة في النفس والحياة يجني الإنسان ثمارها في هذه الدنيا فضلاً عن ثمراتها في الآخرة، لعلّ أهمّها - وهي التي تتفرّع عن غيرها من الآثار<sup>7</sup>:

<sup>1</sup> سورة النور: الآية 31.

<sup>2</sup> المروط؛ جمع مفردة المرط، وهو كساء من صوف أو خز أو كتان وغيره كان يؤتزّر بها. ينظر مختار الصحاح، الرازي، ص 321.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب: ﴿وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ﴾ ص 584.

<sup>4</sup> خصائص المجتمع الإسلامي، محمّد عبد الله الخطيب، ص 120.

<sup>5</sup> سورة الأحزاب: الآية 36.

<sup>6</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 8.

<sup>7</sup> ومنها: \* سلامة النفس من التمزق والصراع، قال تعالى: ﴿مَنْ يَعْصِمِ بِاللَّهِ فَقَدْ هُدِيَ إِلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ﴾ - سورة آل عمران: الآية 101.

معرفة الإنسان هدفه وغاية وجوده، ففي ظلّ هذا المنهج الرباني، يعرف الإنسان حكمة وجوده في الأرض، وغاية استخلافه فيها. فهو يعلم أنّه مخلوق لعبادة الله: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾<sup>1</sup>.

فالإنسان لا يعيش في عماية، ولا يمشي إلى غير غاية، بل، يسير على هدى من ربه وبينة من أمره. وحينها يعرف الإنسان لوجوده غاية، ويعرف لمسيرته وجهة، ويعرف لحياته رسالة يشعر - بالتالي - أنّ لحياته قيمة، وأنّه ليس ذرّة تافهة في الفضاء، ولا مخلوقا سائبا يخبط خبط عشواء في ليلة ظلماء لا تمتثلا قول الشاعر الحائر المرتاب:

لبست ثوب العيش لم أستشر \*\*\*\* وحرّت فيه بين شتى الفكر

وسوف أنضو الثوب عني ولم \*\*\*\* أدر: لماذا جئت؟ أين المفر؟<sup>2</sup>

بل، يستحضر قول خالقه ﷻ: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾<sup>3</sup>. وقوله أيضا: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى﴾<sup>4</sup>.

وعليه، وتأسيسا على ما تقدّم بيانه فيما يتعلق بهذه السّمة أو الخاصية - الربانية - بمنطقيها؛ من حيث المصدر والمنهج، ومن حيث الغاية والوجهة، وما يتمخض عنها من مزايا وثمرات - يمكن القول بأنّه: لا يصح أن تقوم مباحث و مشتملات نظام الأحوال الشخصية على منهج أساسه "الأعراف أو العادات أو التقاليد أو الشهوات أو العواطف... حتّى وإن كانت مقنّنة في ثوب تشريع رسمي. وإتّما يجب أن تكون كل هذه الأسس قائمة ومستمدة من مشكاة، وعلى منهج الله ﷻ. ذلك أنّ أيّ انحراف عن منهج الله وقانونه في

---

\*الاهتداء إلى الفطرة، قال تعالى: ﴿فَأَقِمْ وَجْهَكَ لِلدِّينِ حَنِيفًا فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ﴾ - سورة الروم: الآية 30.

\* التحرّر من العبودية للأناية والشهوات، قال تعالى: ﴿الَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا فَاحِشَةً أَوْ ظَلَمُوا أَنْفُسَهُمْ ذَكَرُوا اللَّهَ فَاسْتَغْفَرُوا لِذُنُوبِهِمْ وَمَنْ يَغْفِرِ اللَّهُ لِمَنْ إِلَّا اللَّهُ وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ سورة آل عمران: الآية 135.

ينظر: الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 10، 14.

منهج القرآن الكريم في إصلاح المجتمع، محمّد السيد يوسف، ص 383-384.

<sup>1</sup> سورة الذاريات : الآية 56.

<sup>2</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 10.

<sup>3</sup> سورة المؤمنون : الآية 115.

<sup>4</sup> سورة القيامة : الآية 36.

إنشاء العلاقة الزوجية، خطبة أو عقدا، أو نفاذها- معاملة ومعاشرة- أو حتى إنهاؤها بفرقة  
إنما يهدم ما يبني عليه.<sup>1</sup>

فبالرجوع إلى آيات القرآن التي تتحدث عن الزواج والعلاقات المترتبة عنه، تجد هذا  
الربط والوصل بهذه السمة العقدية-أي الربانية- واضح كل الوضوح:

1- فنجد أن بعضها يستهل بهذا النداء المحبب الذي يستجيش قلوب المؤمنين إلى عاطفة  
العلاقة بالله ﷻ ويذكرها بالغاية الإلهية، ف:

يقول ﷻ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ  
لِتَنْدَبُوا بَعْضَ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾<sup>2</sup>.

ويقول ﷻ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ  
تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾<sup>3</sup>.

ويقول ﷻ: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا ﴾<sup>4</sup>.

وهكذا، نجد أن مباحث و أحكام الأحوال الشخصية من ميراث، وممارسة عادلة للولاية  
على النفس وطلاق وعدة، وتربية وصون النفس والأبناء والأزواج، إنما نبعت جميعا من  
صفاء الإيمان ومن الاستجابة الواعية الصادقة لمقتضياته.

2- ربط القرآن الكريم بين عقيدة الربوبية، وبين الالتزام بتعاليم وأحكام الأحوال  
الشخصية:

قال ﷻ: ﴿ وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾<sup>5</sup>.

وقال ﷻ: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾<sup>6</sup>.

قال ﷻ: ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ  
خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ ﴾\* وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ﴾<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> قواعد تكوين البيت المسلم ، أكرم رضا ، ص 70.

<sup>2</sup> سورة النساء : الآية 19.

<sup>3</sup> سورة الأحزاب : الآية 49.

<sup>4</sup> سورة التحريم : الآية 06.

<sup>5</sup> سورة النساء : الآية 36.

<sup>6</sup> سورة الإسراء : الآيتان 23.

<sup>7</sup> سورة النور : الآيتان 30-31.

فقد عدَّ الله ﷻ الالتزام بطاعة الوالدين والإحسان إليهما و إلى الأقارب، وكذا الالتزام بالآداب العامة نحو: غض البصر والعفة، من مقتضيات عبادة الله تعالى.

3- عقب الله تعالى على الأحكام والتشريعات المنظمة لمباحث الأحوال الشخصية بما يشعر - يقينا - بربانية مصدرها، و ذلك حتى ينصاع ويستجيب لها الناس في طمأنينة وثقة: قال ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾<sup>1</sup>.

وقال ﷻ معقبا التعقيب الأول على آية المواريث: ﴿فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ﴾ ثم جاء التعقيب الإلهي الثاني على ذلك في قوله ﷻ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ\* وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾<sup>2</sup>.

وليس هذا الربط بسمة الربوبية في الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية محصورا في مجال النص القرآني فحسب، بل، أنه وبالرجوع إلى نصوص السنة النبوية، نجد ما يوحي ويدل على هذا الوصل أيضا.

ففي مجال اختيار الزوجة كخطوة سابقة ممهدة لبناء العلاقة الزوجية، وكذا التخيير لها، ما يؤكد مكانة سمة أو خاصية الربوبية، إن من حيث المصدر أو المنهج، أو الغاية والوجهة: قال ﷺ: " تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك."<sup>3</sup>

وقال أيضا ﷺ: " إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة : الآية 232.

<sup>2</sup> سورة النساء : الآيتان 13-14.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب: الأكفاء في الدين، ص 633.

صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب: استحباب نكاح الذات الدين، ص 408-409.

<sup>4</sup> أخرجه الترمذي ، ابن ماجه ، والحاكم :

سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه، 3/394.

سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب: الأكفاء، 1/633 .

المستدرک علی الصحیحین، کتاب النکاح، باب الأكفاء، 2/164 ، قال : حديث صحيح ، ووافقه الذهبي .



هذا، وقد وصل النبي ﷺ في بيان الالتزام بالحقوق والواجبات التبادلية بين الزوجين بين العقيدة والإيمان:

فعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " إن من أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا، وألطفهم بأهله"<sup>1</sup>.

4- وأما في مجال الأحكام الشرعية؛ فقد:

رغب الإسلام في أن يكون عقد الزواج في المسجد<sup>2</sup>، وذلك لأن جعله في المساجد إما أن

يكون أدعى لحصول الإعلان، أو لحصول بركة المكان.<sup>3</sup> كما رغب الإسلام في أن يكون عقد الزواج- إنشاء أو بناء- في زمن مخصوص<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سنن الترمذي، الترمذي، كتاب الإيمان عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الإيمان وزيادته ونقصانه، 122/1  
<sup>2</sup> فيستحب أن يعقد النكاح في المسجد، فقد أخرج الإمام الترمذي والإمام البيهقي عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: " أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد وأضربوا عليه الدفوف."  
ينظر: سنن الترمذي، الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في إعلان النكاح، 276/2.  
السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الصداق، باب ما يستحب من إظهار النكاح، 473/7.  
<sup>3</sup> ينظر: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، المباركفوري، 210/4.  
- المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 147/6.  
- فقه السنة، السيد سابق، 149/2.

4 - أ - يستحب عقد النكاح يوم الجمعة، فقد ذهب جماعة من السلف إلى استحباب ذلك ومنهم: سمرة بن حبيب، راشد بن سعيد، حبيب بن عتبة؛ لأنه يوم شريف، إذ خصّه المولى تبارك وتعالى بساعة إجابة للدعاء، عليها توافق الدعاء للأزواج بالبركة والخير. فعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: " إن في الجمعة لساعة لا يوافقها مسلم يسأل الله فيها خيرا إلا أعطاه إياه." صحيح مسلم، كتاب الجمعة، باب في الساعة التي في يوم الجمعة، ص 224. وقال السادة العلماء آته: " والأولى أن يكون العقد مساء الجمعة".

ينظر: المعنى، ابن قدامة -538/6-559، غاية المنتهى، ص 10/3.  
المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 147/6، الموسوعة الفقهية الميسرة، الزواج، محمد إبراهيم الحفناوي، ص 31.

ب- كما أنه يستحب أيضا أن يعقد ويتم النكاح في شهر شوال؛ فعن عروة رضي الله عنها قالت: تزوجني الرسول ﷺ في شوال، و بنى بي في شوال، فأني نساء رسول الله ﷺ كان أحظي عنده مني؟ قال- عروة: وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال." ينظر: صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استحباب التزوج والتزويج في شوال والدخول فيه، ص 391.

ورغب الإسلام أيضا في استهلال خطبة النكاح بحمد الله تعالى، والأمر بالتقوى، ليصنع هذا العقد بالطابع الإيماني<sup>1</sup>. وكذا الدعاء للزوجين بأن يبارك الله لهما:

قال الإمام النووي رحمه الله، في شرحه للحديث: " فيه استحباب التزويج والتزوج والدخول في شوال وقصدت عائشة رضي الله عنها بهذا الكلام ردّ ما كانت الجاهلية عليه وبعض العوام من كراهية التزويج والتزوج والدخول في شوال، وهذا باطل لا أصل له، وهو من آثار الجاهلية، كانوا يتطيرون بذلك لما في اسم " شوال" من الإشالة والرفع." صحيح مسلم بشرح النووي، 209/9

- تنبيه إن استحباب أن يتم عقد الزواج في زمان ومكان مخصوصين، لا يعني أنه زواج ديني، وليس القصد بذلك أنه سرّ مقدس لا يتم إلا أمام رجل الدين أو مباركته. وإنما القصد؛ اعتبار الدين الإلهي في الزواج الإسلامي، فقد جعلت الشريعة الإسلامية عقد الزواج عقدا مدنيا بحتا كسائر العقود، فينقذ ويتم وينتج جميع نتائجه. بمجرد توفر مقوماته، دون توقف على مداخله ولا تدخل من مرجع ديني، لأنه لا يوجد في الإسلام طبقة رجال دين لهم سلطة ليست لغيرهم. ففي شريعة الإسلام لا وساطة لأحد بين الله ﷻ والناس، حتى أن النبي ﷺ تنحصر مهمته الدينية في التبليغ لقوله تعالى: ﴿فَإِنَّمَا عَلَيْكَ الْبَلَاغُ﴾ سورة الرعد: الآية 40، وسلطته الزمنية في التطبيق، لقوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا أَنْتَ مُنذِرٌ وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادٍ﴾ سورة الرعد، الآية 07.

ففي ظل هذا الوضع لا يتصور أن يكون الزواج في الإسلام دينيا بالمعنى المعروف للزواج الديني اليوم ( وهو توقف انعقاده ونتائجه في نظر الديانة على مداخله أحد أصحاب السلطة الدينية في إجراءاته) وبذلك تكون الشريعة الإسلامية أول مؤسس للزواج المدني، الذي أخذت به جميع الدول ذات الشرائع الوضعية العلمانية الحديثة. قلت: وهو ما تنادي وتطالب به - مع كل أسف وحسرة- الكثير من الجمعيات والشخصيات التحررية في البلاد الإسلامية ومنها الجزائر، ليس من باب اعتباره مكسبا أصيلا في المنظومة التشريعية الإسلامية، بل من الإقتداء والتقليد الأعمى للغرب.

ينظر: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 35/1.

- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، عقد الزواج، محمد كمال الدين إمام، ص 91.

<sup>1</sup> وخطبة النكاح مندوب إلقاؤها عند العقد، وإن كانت ليست بواجبة عند أهل العلم إلا عند داود الظاهري (المغني، ابن قدامه، 583/6) غير أن مالها من أثر في إعلان النكاح وإشهاد المجتمع عليه، وتذكير الزوجين بتقوى الله ﷻ كأساس للتعامل بينهما، وكعامل من عوامل السعادة في الحال والمآل، يدعو إلى إلقائها، وعدم التغاضي عنها (منهج السنة في الزواج، أبو النور محمد الأحمدي، ص 148) لقوله ﷺ: " كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع."

وقوله أيضا: "كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء." و يجزي من ذلك أن يحمد من يتولى الخطبة الله ويستشهد ويصلي على النبي ﷺ، والمستحب أن يحطب كما ذكر أهل العلم بخطبة عبد الله ابن مسعود ﷺ التي وردت في الحديث. أنه قال: " أوتي رسول الله ﷺ جوامع الخير وخواتمه، أو قال: فواتح الخير، فعلمنا خطبة الصلاة، وخطبة الحاجة في النكاح وغيره.. وخطبة الحاجة: إن الحمد لله نحمده و نستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله... "

فمن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ كان إذا رفاً الإنسان - إذا تزوج - قال: "بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير."<sup>1</sup>

وعن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني النبي ﷺ فأتتني أمي فأدخلتني الدار، فإذا نسوة من الأنصار في البيت فقلن: على الخير والبركة وعلى خير طائر."<sup>2</sup>

---

والأصل في خطبة النكاح أن أهل الجاهلية، كانوا يخاطبون قبل العقود بما يروونه من ذكر مفاخر قومهم ونحو ذلك، يتوسلون بها إلى ذكر المقصود والتنويه به، وذلك يكون مبني على التشهير وجعل الشيء مسموع ومرأى من الجمهور، وهذه الخطبة كانت لا تستعمل إلا في الأمور المهمة، والتي منها: كالنكاح الذي كان أمره عظيماً بينهم فعندما بعث النبي ﷺ، أبقى أصلها وغير وضعها، على النحو الوارد في الحديث الشريف (ينظر: الإعلان المشروع والمنوع في الفقه الإسلامي، الفاتح مساعد بن محمد، ص 73، الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام عليها، أمال رواق، ص 107)

<sup>1</sup> أخرجه أبو داود، الترمذي، ابن ماجه و البيهقي:

سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب ما يقال للمتزوج، 166/2.

سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما يقال للمتزوج، 213/4.

سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب ما يقال للمتزوج، 614/1.

السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب ما يقال للمتزوج، 148/7.

صححه العلامة الألباني رحمه الله: صحيح الجامع، 213/4.

ومعنى قوله: "إذا رفاً الإنسان إذا تزوج"، أي إذا هنأه ودعا له. وكان من دعاء العرب للمتزوج أن يقولوا بالرفاء والبنين. قال ابن الأثير: الرفاء الائتنام والاتفاق والبركة والنماء، وإنما نهي عنه كراهية، لأنه كان من دعائهم في الجاهلية، ولهذا سنن فيه غيره... وقال الزمخشري: معنى "وإذا رفاً الإنسان إذا تزوج"؛ أي أنه كان يصنع الدعاء له بالبركة موضع الترفيه المنهي عنه. (ينظر: عون المعبود شرح سنن أبي داود، العظيم آبادي، 6-166-167) وفي الحديث: عن علي بن أبي طالب أنه تزوج امرأة من بني حثيم، فقالوا له: بالرفاء والبنين. فقال: لا تقولوا هكذا، ولكن قولوا كما قال رسول الله ﷺ: "اللهم بارك لهم، وبارك عليهم."

وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله: "وعبارة "الرفاء والبنين"، كانت تقولها أهل الجاهلية فورد النهي عنها، وأبدلهم الإسلام بما علمهم نبيهم ﷺ، أن يقولوا: "بارك الله لهم وبارك عليهم". وعلة النهي عن استعمال "الرفاء والبنين"؛ لأنهما لا حمد فيها ولا ثناء ولا ذكر الله. وقيل: لما فيه من الإشارة إلى بعض البنات لتخصيص البنين بالذكر. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، 203/9، 202. وكذلك في المعنى: تحفة المودود بأحكام المولود، ابن القيم، ص 08.

<sup>2</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب مناقب الأنصار، باب: تزويج النبي ﷺ عائشة وقدموها المدينة وبنائه بها، ص 468

صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغير، ص 391

فمن محاسن الشريعة، تهنئة المسلم أخاه المسلم بما حصل له من الخير والدعاء له بالبركة ودوام النعمة وشكرها، اقتداء بسنة المصطفى ﷺ الذي كان يدعو للمتزوج بالبركة ودوام التوفيق وطول العشرة.<sup>1</sup>

فهذه بعض الإشارات والدلالات التي تميز نظام الأحوال الشخصية من حيث سمة وخاصية الربوبية- وهي الأصل في بقية السمات والخصائص التي سنأتي على ذكرها- التي يجدر الالتزام بها وكذا بما يتفرع عنها من مزايا وثمرات من طرف الفرد المسلم في حياته الخاصة، وكذا المشرع متى أراد الأقدام على أي خطوة تجديدية في هذا النطاق التشريعي، حتى- أو إن أراد أن- يكون لما سنّه من أحكام وقواعد؛ الاحترام والامتنال، والهيبة، والسلطان، والقدسية بما يضمن تقبلها بقبول حسن.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: خاصية الإنسانية

إنّ من الخصائص التي تميز نظام الأحوال الشخصية في الإسلام بعد الربانية؛ الإنسانية. على أنّه ينبغي التنبيه إلى أنّ ربانية المصدر والغاية- على وفق ما تمّ توضيحه آنفا- كخصيصة لنظام الأحوال الشخصية في الإسلام، لاتعني نزع الجانب الإنساني منه<sup>3</sup>، بل، أنّ المنهج الرباني لهذا النظام إنّما يقوم أساسا بقصد الاعتناء ببشرية الإنسان، وتلبية كل حاجاته في إطار يحافظ على الرقي به وإسعاده والسموّ به في توازن بين إنسانية الإنسان وروحانيته<sup>4</sup>، بما يحقق التكريم الإلهي الذي خصّه به الخالق ﷻ: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾<sup>5</sup>. هذا وتتجلى السمة الإنسانية في نظام الأحوال الشخصية في عناصر عدة منها:

<sup>1</sup> فقه الزواج، السدلان، ص 97 ( نقلا عن: موسوعة الزواج الإسلامي السعيد، محمود المصري، ص 404)

<sup>2</sup> مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، ص 15.

<sup>3</sup> يقول القرضاوي في هذا الصدد: " فالإسلام يمتاز بترعته الإنسانية الواضحة الثابتة الأصلية...إنّه دين الإنسان...وربما خيل لكثير من الناس، لأول وهلة، أنّ هناك تناقضا بين إثبات خصيصة "الربانية"- و خصيصة- "الإنسانية" في وقت واحد. فالظاهر والمفهوم والمفترض في أذهانهم أنّ ثبوت إحدى الخصيصتين ينفي الأخرى ويطردها، شأن كل متضادين لا يجتمعان. فإذا وجد الله لم يبق مكان للإنسان...هذا ما يخالج تفكير بعض الناس...لكن الحقيقة والصواب أنّه لا تنافي في نظر الإسلام بين الربانية والإنسانية. فتقدير إنسانية الإنسان هو من الربانية التي قام عليها الإسلام."

- الخصائص العامة للإسلام، ص 50-52.

<sup>4</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 74.

<sup>5</sup> سورة الإسراء : الآية 70.

أ- إنَّ عقد الزواج يقع على أكرم مخلوق، ألا وهو الإنسان، لذا وجدنا الإسلام يفرد له أحكاما خاصة تتميز أوحتى لا توجد في غيره من العقود والتصرفات.

ب- ألزم الإسلام من خلال أحكام النظام الأحوال الشخصية؛ قيام عقد الزواج على ركن الرضائية التامة والسليمة في أطراف العلاقة التعاقدية- الزوجين- وبشكل دائم ومستمر فمتى وقع الإكراه؛ عند أوبعد نفاذ العلاقة الزوجية وزال مبدأ الرضائية جاز- أوحتى وجب- المطالبة بالانفصال وإنهاء العلاقة الزوجية.

ج- رتب التشريع الإسلامي على قيام ونفاذ العلاقة الزوجية حقوقا مشتركة لصالح الطرفين، يقف على رأسها -أو يتقدمها- العشرة بالمعروف، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>، ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>2</sup>.

د- قدّم التشريع الإسلامي، من خلال نظام الأحوال الشخصية، الجانب الأدبي الإيجابي، على الجانب المادي في الزواج؛ فجعل من المودة والرحمة والسكن أسمى أهداف هذه العلاقة، فقال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>3</sup>.

ومن الأدلة على تأخير الجانب المادي في الزواج:

1- إنَّ المهر في الزواج من تكريم الإسلام للمرأة، وليس ثمنا لها، وقد رغب الإسلام في التقليل منه أيما ترغيب.

2- النفقة في الإسلام إنما تجب على الزوج تكريما للزوجة، وليست مقابلا أو بدلا أو اجرا لقيام المرأة بخدمة الزوج، ورعاية أبنائه أو خدمة آباءه وإخوته في البيت.

3- أباح الإسلام رؤية الخطوبة قبل الإقدام على إقامة عقد الزواج في جوٍّ من الحشمة والوقار بعيدا عن السفور والامتهان.

4- ومن الأهداف السامية والغايات النبيلة للزواج في الإسلام:

- توثيق الصلّة أو الصّلات بين أفراد الأسرة أوّلا، والمجتمع ثانيا. لذا، نجد الإسلام قد حرّم بعض أنواع التصرفات التي من شأنها قطع، أوزعزعة استقرار العلاقات الأسرية أو

<sup>1</sup> سورة النساء : الآية 19.

<sup>2</sup> سورة البقرة : الآية 228.

<sup>3</sup> سورة الروم : الآية 21

الاجتماعية بين الأفراد المسلمين أنفسهم. ومن ذلك: هي النبي ﷺ عن أن يخطب الرجل على خطبة أخيه المسلم<sup>1</sup>.

فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "... ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك."<sup>2</sup>

- وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: "هي النبي ﷺ أن يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> إنه وما يجدر التنبيه إليه؛ أن النهي الوارد في الأحاديث محل الاستدلال ليس على إطلاقه، بل ينبغي أن يفهم على الوجه الذي يوافق مقصد الشرع، ويحقق مصلحة المرأة المخطوبة والمجتمع معا، ولا يترتب عليه ضرر أو مفسدة. وفي ذلك يقول الإمام مالك رحمه الله: "وتفسير قول رسول الله ﷺ - فيما نرى والله أعلم- " لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه؛ أن يخطب الرجل المرأة، فتركن إليه ويتفقان على صداق واحد معلوم وقد تراضيا فهي تشتترط عليه لنفسها، فتلك التي هي أن يخطب الرجل على خطبة أخيه. ولم يعن بذلك إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تركزن إليه ألا يخطبها أحد، فهذا باب فساد يدخل على الناس...". ينظر: الزرقاني شرح الموطأ، الزرقاني، 125/2.

ذلك أن الخطبة في الواقع تمر بمرحلتين:

أولاهما : مرحلة العرض والطلب، أو الإعراب في الرغبة في الزواج بالمخطوبة.

الثانية : مرحلة الموافقة الصحيحة الحاسمة دون تردد أو إرجاء، وهو ما يطلق عليه الفقهاء لفظ: "الركون".

ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدين، 2/ 461، 460.

وعليه فمنطوق الحديث النبوي إنما ينطبق على الخطبة التي تمت فيها الموافقة الصحيحة والركون، ودليل ذلك:

أ- الزيادة التي وردت في حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: "... حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب".

ب- ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه أن فاطمة بنت قيس ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية ابن أبي سفيان وأبا جهم خطباها، فقال رسول الله ﷺ: "أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له، انكحي أسامة بن زيد". فكرهته، ثم قال: "انكحي أسامة". فنكحته، فجعل الله فيه خيرا وأغتبطت به".

صحيح مسلم، كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، ص 418.

ج- فضلا عن أنه لو نهي عن خطبة كل امرأة سبق وإن خطبت، ولم تركزن لجهة الخاطب، لأدى ذلك إلى بقاء كثير من النساء عوانس، وحرمانهن من الزواج، وتعريضهن لأسباب الفتنة والانحراف. ولعل هذا هو باب الفساد الذي أرادته أو قصده الإمام مالك رحمه الله والذي يخالف - حتما وتقينا- الأدلة والمقاصد الحائثة والمرغبة في الزواج، وليس صرف الناس عنه.

<sup>2</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب : لا يخطب على خطبة أخيه، حتى ينكح أو يدع ، ص 639.

صحيح مسلم، كتاب النكاح ، باب : تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك ، ص 389.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب : لا يخطب على خطبة أخيه، حتى ينكح أو يدع ، ص 639.



- وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يتتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر."<sup>1</sup>

فالتأظر في هذه الأحاديث النبوية الشريفة، يجد صراحة هي النبي صلى الله عليه وسلم عن أن يخطب الرجل المسلم المؤمن على خطبة أخيه، درء للتراعات التي قد تحدث بسبب ذلك، حفاظا على الأخوة بين المسلمين ووحدة صفهم، لأنّ التنازع مؤذن بالفشل وذهاب القوة والهوية من الجماعة؛ ﴿وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ﴾<sup>2</sup>.

إنّ حفظ العلاقة الطيبة بين المسلمين ودرء أسباب الشقاق والفرقة بينهم مقصد من المقاصد الشرعية تؤكده مجموعة من النصوص الداعية إلى التآخي والترابط والناحية عن التباغض والتدابير ومنها:

- عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه."<sup>3</sup>

- وعن أبي موسى رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنّ المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا..."<sup>4</sup>

- وعن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى".

فهذه الأحاديث وغيرها، إنّما تمثل أحكاما شرعية يجمعها قصد الشارع المتمثل في الابتعاد عن كل ما يحدث العداوة والبغضاء بين آحاد المسلمين، ومنع كل تصرف يتحقّق فيه شيء من ذلك لإفضائه إلى نقيض مقصود ومراد الشارع الذي دلّ عليه الأمر الصريح عن طريق أمر الإرشاد.<sup>5</sup>

---

صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، ص 389.

<sup>1</sup> أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك، ص 389.

<sup>2</sup> سورة الأنفال: الآية 46.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب المظالم، باب: لا يظلم المسلم، المسلم ولا يسلمه، ص 290.

صحيح مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم ظلم المسلم، ص 736.

<sup>4</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب الصلاة، باب: تشبيك الأصابع في المسجد وغيره، ص 66.

<sup>5</sup> مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، علال الفاسي، ص 244.

فهذه الأوامر والنواهي يجمعها المقصد الشرعي الذي يؤكد عناية الشارع بأمر اجتماع المسلمين ووحدهم وحسن العلاقة فيما بينهم، مما يوجب أن يكون جميع الاجتهادات والأحكام تخدم هذا المقصد وتراعيه، وتهدف إلى تحقيقه لذا تقرر أنه: ليس للمسلم أن يخطب امرأة خطبها أخوه المسلم ليفسدها عليه فتتركه وتميل إليه ليكون كأنه انتزعها منه انتزاعاً، مما يثير العداوة ويؤجج الصراع والكيد بينهما<sup>1</sup>. وذلك لما في هذا المسلك من اعتداء على حق الخاطب، وإساءة إليه، وتقليل من شأنه. وذلك مدعاة إلى نشر روح الشقاق بين الأفراد والأسر<sup>2</sup>، فضلاً عن كونه مسلك، يجانب اللباقة، الأخوة والأدب<sup>3</sup>، بل والمروءة. وفي هذا الشأن يقول الشيخ البهي الخولي رحمه الله: "ولا يجمل لذي مروءة أن يذهب لخطبة امرأة يعلم أن سواه بخطبها لنفسه، فإن ذلك يقطع الأواصر ويورث العداوات والشحناء، إلى أنه حطّة في الخلق وفساد في العقل، إذ أن من يغشى ميدان هذه المنافسة الوضعية لا بدّ له أن يمدح نفسه ويذمّ غيره... فيسند من المزايا ما لو كان صادقاً فيه لكفاه إثمًا أنّه مغتاب..."<sup>4</sup>

فهي الإسلام عن بعض صور الأذى في جانب المرأة والتي كانت تنتشر في مجتمع الجاهلية، سواء أعلق الأمر ببناء العلاقة الزوجية أو نفاذها على غير ما يليق بقداستها أو حتى بصور إنهائها.

فمن أرحاس وأضرار الجاهلية التي كانت تتحملها- في أغلب الأحيان- المرأة؛ ما تعلق بأشكال الزواج. فقد نقلت إلينا السيد عائشة رضي الله عنها- تعليماً وتوجيهاً- بعض صور وأنواع الاتصال بين الجنسين في الجزيرة العربية. فعن ابن شهاب قال: أخبرني عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي ﷺ أخبرته: "إنّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء: فنكاح منها نكاح الناس اليوم؛ يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها. ونكاح آخر؛ كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها<sup>5</sup>: أرسلني إلى فلان،

<sup>1</sup> مقاصد تشريع الأسرة في التشريع الإسلامي، عبد القادر داودي، ص 40.

<sup>2</sup> عناية القرآن والسنة بمشاعر المرأة، مها يوسف الجار الله، ص 123، 122.

<sup>3</sup> الأسرة السعيدة وأسس بنائها، علي الشرجي، ص 37.

<sup>4</sup> المرأة بين البيت والمجتمع (نقلا عن: موسوعة الزواج الإسلامي السعيد، محمود المصري، ص 302-303)

<sup>5</sup> طمثها: أي الحيض.

فاستبضعي منه<sup>1</sup>، ويعتزلها زوجها ولا يمسه حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه. فإذا تبين حملها أصابها زوجها، إذا أحب، وإثما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع. ونكاح آخر؛ يجتمع الرهط<sup>2</sup> مادون العشرة، فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومرّ عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم: قد عرفتم الذي كان من أمركم، وقد ولدت، فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع به الرجل. ونكاح رابع؛ يجتمع الناس الكثير، فيدخلون على المرأة لا تمتنع من جاءها، وهن البغايا<sup>3</sup>، كنّ ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما. فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحدهن ووضعت حملها جمعوا لها ودعوا لهم القافة<sup>4</sup> ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاطته به<sup>5</sup>، ودعي ابنه لا يمتنع عن ذلك. فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله، إلا نكاح الناس اليوم.<sup>6</sup>

ودلالة هذه الصور الأربعة على الانحطاط والهبوط وانعدام البعد الإنساني، بما لا يحتاج إلى تعليق، وإلا فإنه: "يكفي تصور الرجل وهو يرسل امرأته إلى فلان لتأتي له منه بولد نجيب، تماما كما يرسل ناقته أو فرسه أو بهيمته إلى الفحل النجيب، لتأتي له منه بنتاج جيد. إنه الوحل الذي طهر الإسلام منه العرب وزكاهم، ولولا الإسلام لبقوا غارقين إلى الأذقان فيه، ولم يكن هذا الوحل في العلاقات الجنسية إلا طرفا من النظرة الهابطة إلى المرأة في الجاهلية."<sup>7</sup>

<sup>1</sup> استبضعي منه: أي اطلي منه المباشعة و الجماع لتتالي الولد النجيب.

<sup>2</sup> الرهط؛ مادون العشرة من الرجال.

<sup>3</sup> البغايا: الزواني.

<sup>4</sup> القافة: جمع قائف، وهو من يشبه بين الناس، فيلحق الولد بالشبه.

<sup>5</sup> التاط به: التصق به، وثبت النسب بينهما.

ينظر: فقه السنة، السيد سابق، 5/6، 2، موسوعة الزواج الإسلامي السعيد، محمود المصري، ص 137-138.

<sup>6</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب النكاح، باب: من قال: لا نكاح إلا بولي، ص 637-638.

<sup>7</sup> في ظلال القرآن، سيد قطب، 1/508.

ويكفي تصوّر الرجال، مادون العشرة، يدخلون على المرأة مجتمعين كلهم يصيها، ثم تختار هي أحدهم لتلحق به ولدها. أمّا البغاء؛ وهو الصورة الرابعة، فيزيد عليه إلحاق نتاجه من البغاء، لا يجد في ذلك معرّة ولا يمتنع من ذلك.<sup>1</sup>

هذا، وقد اقتصر حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، على ما هو متعارف جهر بين أهل تلك الحقبة الزمنية.<sup>2</sup> فبالإضافة إلى هذه الأنواع الأربع من الأنكحة في الجاهلية، وجدت أنواع أو صور وأشكال أخرى للارتباط بين الرجل-أو الرجال- والمرأة التي ارتضاها المجتمع بشكل عام ولم يحرمها لكن الشريعة المحمّدية أنكرتها ومنعتها.

وفيما يأتي ذكر مجمل ومختصر لمختلف أنماط وأنواع النكاح سواء التي ورد ذكرها وبيانها في الحديث المبين آنفا أم التي لم يرد ذكرها:

**أولاً- نكاح الناس اليوم:** وصيغة أن يخطب الرجل إلى الرجل ابنته أو ما تحت يده، ويصدقها بصدّق معين ثم ينكحها. وهذا النكاح هو فطرة الله التي فطر الناس عليها منذ خلق آدم عليه السلام. وهو الذي كانت الرسالات تأتي لتقرّه وتستبقيه، وقد أبقى عليه النبي ﷺ، بوحي من ربه ﷻ، وهدم ما عداه من الأنكحة.

وكان هذا النكاح يتطلب: الخطبة، المهر، الأشهداء، الإشهار، الإيجاب والقبول، وكانوا ينعنون به: "رواج البعولة."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 29.

<sup>2</sup> مقاصد الشريعة الإسلامية، محمّد الطاهر بن عاشور، ص 433.

<sup>3</sup> ويلاحظ حواد علي ملاحظة دقيقة في هذا النوع من الزواج بقوله: "إنّ النصوص العربية الجنوية دعت الزوج(بعلا) أما الزوجة فدعتها (بعلت) ومعناها أن المرأة في حيازة الزوج وملكه، ولهذا عوملت بعد وفاة زوجها معاملة(التركة) أي ما يتركه الإنسان بعد وفاته، لأنها كانت ملك زوجها ويمينه، ومن هنا كان للأخ عند قدماء العبرانيين أن يأخذ زوجة أخيه إذا مات ولم يكن له ولد، لأن الأخ هو الوارث الشرعي لأخيه، فهو يرث زوجة أخيه التي هي في بعولته، وللأخ هذا الحق أيضا عند العرب ما قبل الإسلام... وهذه النظرة هي التي دعت الجاهليين أن يعطوا الأبناء والأخوة وأقرباء المتوفى، إذا لم يكن له أبناء، حق نكاح زوجات المتوفى..."

- ينظر: تاريخ العرب قبل الإسلام، 257/5 - المرأة بين الفقه والقانون، مصطفى السباعي، ص 17، 18.

وقد ورد استعمال إطلاق البعل في الشريعة الإسلامية أيضا سواء في نصوص القرآن الكريم نحو قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ أَنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ "سورة البقرة: الآية 228.

وقوله أيضا: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ "سورة النساء: الآية 128.

وكذا في نصوص السنة النبوية؛ كما في قوله ﷺ: "إذا صلت المرأة خمسها، وصامت شهرها، وحصنت فرجها، وأطاعت بعلها. قيل لها: أدخلني الجنة من أي أبواب الجنة شئت".

وقد سلك آل هاشم هذا المسلك في أثناء زواج رسول الله ﷺ قبل البعثة من السيدة خديجة بنت خويلد رضي الله عنها:

فقد ذهب أبو طالب عم رسول الله ﷺ في وفد من عشيرته إلى أسرة خديجة يطلب يدها لابن أخيه من بعد أن نوه بممثلة قريش ومناقب ابن أخيه محمد بن عبد الله ﷺ.<sup>1</sup> وقد كان هذا النوع من النكاح - "نكاح البعولة" - أو ما تطلق عليه السيدة عائشة "نكاح الناس اليوم"؛ هو الأكثر شيوعاً بين العرب في الجاهلية، وبخاصة قبيل الإسلام. وكانت المرأة فيه مقصورة على زوجها وحده، كما كان أولادها يتنسبون إليه. بيد أن النصوص، أي أحاديث تعدد الزوجات. تدل على أنه لم يكن هناك حد معين لتعدد الزوجات التي يجمع بينها الرجل بهذا الطريق، حيث أتى الإسلام فمنع الجمع بين أكثر من أربع.<sup>2</sup>

**ثانياً- نكاح الاستبضاع:** فقد كان من العرب من إذا طهرت المرأة من حيضها أرسل زوجها إلى رجل يعرفه يجعله يوطأ زوجته، ثم يعتزلها زوجها ولا يمسه حتى يتبين أن زوجته حامل من ذلك الذي عاشرها ليصيبها زوجها بعد ذلك أن شاء. والسبب في ذلك هو الرغبة في نجابة الولد. وربما كان الرجل يطلب من زوجته أن تفتش عن أهل الشجاعة والكرم لتلد له من أحدهم ولدا شجاعاً كريماً.<sup>3</sup>

**ثالثاً- نكاح الرهط:** ويسمى نكاح السفاح أو نكاح المشاركة. وصيغته؛ "أن يجتمع عشرة رجال أو أقل، يدخلون على المرأة فيصيبونها، فإذا حملت هذه المرأة من هؤلاء الرجال تنتظر حتى تضع حملها، ثم ترسل إليهم فلا يمتنع منهم أحد، وتقول لهم: لقد علمتم ما كان من أمركم، وقد ولدت " ثم تلحق المولود بمن تشاء منهم.<sup>4</sup>

**رابعاً- نكاح البغايا:** وهو عبارة عن مكان لعدد من النسوة، ينصبن خيامهن فيه، ثم يأتي الرجال إليهن فيعاشروهن. وإذا حملت أي واحدة منهن أتوا إلى القافة، التي تلحقه على أبي

<sup>1</sup> ينظر: البداية والنهاية، ابن كثير، 1/698 - تاريخ الطبراني، الإمام الطبراني، 1/512 - السيرة النبوية، ابن هشام،

152/1 - الرحيق المختوم، المباركفوري، ص 41 - محمد ﷺ، محمد رضا، ص 39، 40.

<sup>2</sup> مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيح، محمد بلتاجي، ص 43-44.

<sup>3</sup> المرأة في ظل الإسلام، عبد الأمير منصور الحمري، ص 58.

<sup>4</sup> المرأة و مكانتها في الإسلام، محمد عبد العزيز الحصين، ص 108.

هذا الولد فيلحقه ويأخذ اسمه ونسبه. ويسمى هذا النوع من النكاح أيضا باسم: "نكاح الألتياط"، وهو نوع من الدعارة والبغاء<sup>1</sup>.

**خامسا-** نكاح الشغار<sup>2</sup>: وهو أن يزوج الرجل ابنته وأخته أو موليته على أن يزوجه الآخر ابنه وأخته أو مولته، وليس بينهما صداق. قال القاضي عياض نقلا عن بعض العلماء: "كان الشغار من نكاح الجاهلية، يقول الرجل: شاغري وليتي بوليتك أي: عاوضني جماعا بجماع."<sup>3</sup>

قال الإمام الرصاص رحمه الله: "الشغار؛ هو خلو البضع من الصداق."<sup>3</sup> وقال الإمام النووي رحمه الله: "وصورته الواضحة: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ونضع كل واحدة صداقا للأخرى، فيقول قبلت."<sup>4</sup>

وبالرجوع إلى مذهب السادة المالكية نجد أنهم قسموا الشغار إلى ثلاثة أقسام، هي<sup>5</sup>:  
الأول: صريح الشغار؛ وهو أن يزوج الرجل ابنته - مثلا - لرجل على أن يزوجه هو الآخر ابنته من غير صداق بينهما، وذلك بأن يجعل كلا منهما بضع كل واحدة مهرا للأخرى.  
الثاني: وجه الشغار؛ وهو أن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك على مهر قدره 60000 دج، على أن أزوجك ابنتي على مبلغ قدره 60000 دج، فيقول الرجل قبلت.  
الثالث: شغار مركب منهما؛ أي ما ركّب من وجه الشغار و صريحه ، كأن يقول الرجل لآخر: زوجني ابنتك على مهر قدره 60000 دج، على أن أزوجك ابنتي - دون أن يفرض لها مهرا.

<sup>1</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 30.

<sup>2</sup> الشغار في اللغة: الرفع والخلو، فيقال: شغل الكلب يشغل شغرا، إذا رفع رجله ليتبول. ويقال أيضا: شغل البلد عن السلطان إذا خلا عنه. ثم استعمل هذا المعنى؛ الرفع والخلو في معنى مخصوص وهو النكاح من دون صداق. فالشغار - بالكسر - نكاح كان في الجاهلية، وصورته أن يقول الرجل: زوجني ابنتك أو أختك على أن أزوجك ابنتي أو أختي، على أن صداق كل منهما بضع الأخرى، كأنهما رفعوا المهر وأخلوا البضع عنه.

ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 125/5، مختار الصحاح، الرازي، ص 183، 184.

<sup>3</sup> شرح حدود ابن عرفة، 261/1.

<sup>4</sup> النووي شرح صحيح مسلم، ص 317/5.

<sup>5</sup> ينظر: المعونة، القاضي عبد الوهاب، 757/2، الإشراف، القاضي عبد الوهاب، 711/2، حاشية الدسوقي، الدسوقي، 307/2، بلغة السالك، الصاوي، 386/1.



فالصريح هو الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه هو المسمى فيه الصداق من الجانبين  
والمركب هو المسمى فيه لواحدة دون الثانية<sup>1</sup>.

حكم نكاح الشغار: نهى النبي ﷺ عن هذا النكاح في أحاديث عديدة منها:

- 1- عن نافع ابن عمر رضي الله عنهما قال: " لا شغار في الإسلام."<sup>2</sup>
- 2- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن الشغار... زاد بن نمير، والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، وزوجني أختك وأزوجك أختي."<sup>3</sup>
- 3- وفي حديث معاوية رضي الله عنه أن العباس بن عبد الله بن عباس أنكح عبد الرحمن ابن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا جعلاً صداقاً، فكتب معاوية إلى مروان بأمره بالتفريق بينهما وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ."<sup>4</sup>
- 4- قوله رضي الله عنه: من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن اشترط مائة شرطاً، شرط الله أحق وأوثق."<sup>5</sup>

حمل أكثر العلماء النهي الوارد في هذه الأحاديث على التحريم، وقالوا ببطلان هذا النوع من النكاح وهو قول مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور.  
وذهب ابن القاسم إلى أنه: يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده. وهي رواية عن مالك. وحكاها ابن المنذر عن الأوزاعي. وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى صحته مع وجوب مهر المثل. وحكاها ابن المنذر عن عطاء، وعمر بن دينار و مكحول والزهري والثوري وأصحاب الرأي. كما حكاها ابن عبد البر وابن حزم عن الليث بن سعد.

<sup>1</sup> الأُنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، عادل أحمد عبد الموجود، ص 148 .

<sup>2</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطالانه، ص 390.

<sup>3</sup> أخرجه مسلم، المصدر نفسه، ص 390.

<sup>4</sup> أخرجه أبو داود و البيهقي وأحمد :

سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الشغار، 561/2.

السنن الكبرى، البيهقي، كتاب النكاح، باب الشغار، 200/7.

مسند الإمام أحمد ابن حنبل، 94/4. حسنه الإمام الألباني: إرواء الغليل، 281/6.

<sup>5</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: الشراء والبيع مع النساء، ص 255.

صحيح مسلم، كتاب: العتق، باب: إتما الولاء لمن أعتق، ص 428.

وقال النووي: هو رواية عن أحمد وإسحاق، و به قال أبو ثور والطبري. وقال أيضا:  
 أجمع العلماء على أنه منهي عنه. لكن، اختلفوا هل هو نهي يقتضي إبطال النكاح أو لا؟  
 والخلاصة: أن جمهور العلماء يرى بطلان نكاح الشغار، بينما يرى الحنفية ومن وافقهم  
 من أصحاب المذاهب الأخرى أنه يصح العقد ويجب مهر المثل، وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾، ولأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد<sup>1</sup>.  
 قال الإمام ابن رشد رحمه الله: "الأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحا أربعة: نكاح  
 الشغار... فأما نكاح الشغار فقد اتفقوا على أن صفته؛ أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر  
 على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع الأخرى، واتفقوا على أنه  
 نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه. واختلفوا: إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟ فقال  
 مالك: لا يصح، ويفسخ أبدا قبل الدخول وبعده، و به قال الشافعي، إلا أنه قال: إن سمي  
 لأحدهما صداقا أولهما معا، فالنكاح ثابت بمهر المثل، والمهر الذي سمياه فاسد. وقال أبو  
 حنيفة: نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل، و به قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور  
 والطبري."<sup>2</sup>

قال الإمام الكاساني رحمه الله: "فنكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض، وهو أن يزوج  
 الرجل أخته لآخر على أن يزوجه الآخر أخته، أو يزوجه ابنته، وهذه التسمية فاسدة، لأن  
 كل واحد منهما جعل بضع واحدة منهما مهرا للأخرى والبضع ليس بمال، ففسدت  
 التسمية، ولكل واحدة منهما مهر المثل... والنكاح صحيح."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر: تفصيل مسألة نكاح الشغار في المصادر الآتية:

- حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 106/3 - بدائع الصنائع، الكاساني، 278/2 - المبسوط، السرخسي، 105/5.

المدونة الكبرى، الإمام مالك، 152/2 - المقدمات الممهدة، ابن رشد، 63/3 - أسهل المدارك، الكشناوي، 86/2. الاستذكار، ابن عبد البر، 120/16.

- الأم، الشافعي، 174/5 - الحاوي، الماوردي، 126/11 - روضة الطالبين، النووي، 106/7 - النووي بشرح صحيح مسلم، النووي، 261/5.

- المغني، ابن قدامة، 641/6 - كشف القناع، البهوتي، 96/5 - الإنصاف، المرادوي، 159/8. - المحلي، ابن حزم، 58/9.

- شرح النيل وشفاء العليل، أطفيش، 85/6.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، 72/2-73.

<sup>3</sup> بدائع الصنائع، 279/2.

والراجح من القولين، ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن الأصل في النهي أنه يقتضي فساد المنهي عنه ونهي النبي ﷺ عن الشغار محمول على عدم مشروعيتها.<sup>1</sup>

قال الشيخ ابن باز رحمه الله: "فهذه الأحاديث الصحيحة، تدل على تحريم نكاح الشغار وفساده، وأنه مخالف لشرع الله، ولم يفرق النبي ﷺ بين ما سمى فيه مهر وما لم يسم في شيء. وأما ما ورد في حديث ابن عمر من تفسير الشغار بأن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق. فهذا التفسير قد ذكر أهل العلم أنه كلام الراوين عن ابن عمر وليس من كلام النبي ﷺ، وقد فسره النبي ﷺ في حديث أبي هريرة بما تقدم، وهو أن يزوج الرجل الآخر ابنته أو أخته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ولم يقل وليس بينهما صداق، فدل ذلك على أن تسمية الصداق أو عدمها لا أثر لها في ذلك، وإنما المقتضي للفساد، هو اشتراط المبادلة، وفي ذلك فساد كبير، لأنه يفضي إلى إجبار النساء على نكاح من لا يرغب فيه، يثارا لمصلحة الأولياء على مصلحة النساء، وذلك منكر وظلم للنساء. ولأن ذلك أيضا يفضي إلى حرمان النساء من مهور أمثالهن، كما هو الواقع بين الناس المتعاطين لهذا العقد المنكر إلا من شاء الله، كما أنه كثيرا ما يفضي إلى النزاع والخصومات بعد الزواج، وهذا من العقوبات العاجلة لمن خالف الشرع."<sup>2</sup>

هذا، وقد اختلف العلماء في علة النهي عن نكاح الشغار، فقليل<sup>3</sup>:

- هي التعليق والتوقيف: وذلك يجعل كل واحد من العقدين شرطا في الآخر، كأنه يقول له: لا ينعقد زواج ابنتي حتى ينعقد زواج ابنتك.

- وقيل: هي التشريك في البضع، وذلك يجعل بضع كل واحدة مهر للأخرى، فالزوجة لا تنتفع به، فلم يرجع إليها المهر، بل عاد إلى الولي، وهو ملكه لبضع زوجته بتمليكه لبضع موليته، وهذا أظلم لكل واحدة من المرأتين، وإخلاء لنكاحها عن مهر تنتفع به.

<sup>1</sup> ينظر: فتح الباري، ابن حجر، 136/9 - بداية المجتهد، ابن رشد، 73/2 - الموسوعة الفقهية المصرية، الزواج، محمد إبراهيم الحفناوي، ص 382.

<sup>2</sup> رسالة حكم السفور والحجاب ونكاح الشغار (نقلا عن موسوعة الزواج الإسلامي السعيد، محمود المصري، ص

<sup>3</sup> ينظر: زاد المعاد، ابن القيم، ص 863 - فيض القدير، عبد الرؤوف المناوي، 317/6.

سادسا- نكاح البدل: وهو أن يتنازل كل واحد عن زوجته للآخر... فقد ورد في السنن: "كان البدل في الجاهلية أن يقول الرجل للرجل: تنزل عن امرأتك، وأنزل لك عن امرأتي وأزيدك."<sup>1</sup> وكان ذلك دون طلاق ولا عدة.

سابعا- نكاح المقت: وهو أن يتزوج الولد امرأة أبيه بعد وفاته، وقد كان هذا النوع من الزواج فاشيا في الجاهلية، وكانوا يسمونه: زواج المقت. وقد سمي الولد منها: مقتيا و مقتتيا.<sup>2</sup>

فعن ابن عباس رضي الله عنه قال: "كان أهل الجاهلية يجرمون ما يحرم إلا امرأة الأب والجمع بين الأختين، قال: فأنزل الله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ و: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾..."<sup>3</sup>

فقد نهي المولى عز وجل عن هذا النكاح فنفر منه، وذمه أيما ذم بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾.<sup>4</sup> فالقرآن الكريم قد نعت هذا النكاح بصفات أربع؛ فهو فاحشة، ومنكر بشع، ومقت، أي أشد ما يكون بغضا إلى الله، وقد ساء سبيلا، أي طريق مذموم. هذا ولم يكن العرب بدعا في هذا النوع من النكاح، فقد كان شائعا بين العبرانيين والرومان والسريان.<sup>5</sup>

قال الإمام الرازي رحمه الله في معرض تفسيره للآية المانعة لنكاح المقت: مراتب القبح ثلاث: القبح العقلي، والقبح الشرعي، والقبح العادي، وقد وصف الله هذا النكاح بكل ذلك حيث قال: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ فقول سبحانه: "فاحشة"؛ إشارة إلى مرتبة قبحه العقلي. وقوله تعالى: "مقتًا"؛ إشارة إلى مرتبة قبحه الشرعي. وقوله تعالى: "وساء سبيلا"؛ إشارة إلى مرتبة قبحه العادي.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> سنن الدار قطني، كتاب النكاح، 218/2 ذكر الإمام ابن حجر بأن إسناده ضعيف جدا: فتح الباري، 9/220

<sup>2</sup> فقه السنة، السيد سابق، 47/2.

<sup>3</sup> جامع البيان في تفسير القرآن، الطبري، 13/8 - تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 1/703.

<sup>4</sup> سورة النساء: الآية 22.

<sup>5</sup> المجتمع الإسلامي وبناء الأسرة، محمد الصادق عفيفي، ص 32 (نقلا عن: قواعد تكوين بيت المسلم، ص 32)

<sup>6</sup> التفسير الكبير ومفاتيح الغيب، 189/9.

نجد الشريعة الإسلامية قد حرّمت هذا النكاح لما فيه من الإساءة والاحتقار والمهانة  
لكرامة المرأة عموماً، وزوجة الأب تحديداً، كيف لا وهي في منزلة الأم تقريباً، لذا "يحرم  
تعالى زوجات الآباء تكرامة لهم، وإعظاما واحتراما أن توطأ من بعده، حتّى أنّها لتحرم على  
الابن بمجرد العقد عليها وهذا أمر مجمع عليه."<sup>1</sup>

فعن عدي بن ثابت، عن رجل من الأنصار قال: لما توفي أبو قيس - يعني ابن الأسلت -  
كان من صالحى الأنصار، فخطب ابنه قيس أمراًته فقالت: إنّما أعدك ولداً، وأنت من  
صالحى قومك، ولكن أتى رسول الله ﷺ فأستأمره. فأنت رسول الله ﷺ فقالت: "إنّ أبا  
قيس توفي. فقال: خيراً." ثم قالت: إنّ ابنه قيساً خطبني وهو من صالحى قومه، وإنّما كنت  
أعده ولداً، فما ترى؟ قال لها: "ارجعي إلى بيتك." قال فتزلت هذه الآية.<sup>2</sup>

قال صاحب الظلال: "يبدو لنا من حكمة هذا التحريم ثلاثة اعتبارات:

**الأول:** أن امرأة الأب في منزلة الأم.

**الثاني:** ألاّ يخلف الابن أباه، فيصبح في خياله ندّاً له، وكثيراً ما يكره الزوج زوج امرأته  
الأول فطرة وطبعاً، فيكره أباه ويمقتّه.

**الثالث:** ألاّ تكون هناك شبهة الإرث لزوجة الأب، الأمر الذي كان سائداً في الجاهلية وهو  
معنى كرهه يهبط بإنسانية المرأة والرجل سواء، وهما في نفس واحدة ومهانة أحدهما مهانة  
للآخر بلا مرأى. لهذه الاعتبارات الظاهرة - ولغيرها ممّا يكون لم يتبين لنا - جعل هذا العمل  
شنيعاً غاية الشناعة، فجعله فاحشة وجعله مقتماً، أي بغضاً وكرهاً، وجعله سبيلاً سيّئاً، إلا  
ما كان قد سلف منه في الجاهلية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 702/1 - محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 103 - بناء  
الأسرة المسلمة، محمود جبر الفضيلات، ص 77 - أحكام الخطبة والزواج، سلمان نصر، سعاد سطحي، ص 61.

<sup>2</sup> ينظر: المعجم الكبير، الطبراني، 353/22 - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الهيثمي، 03/7. وقال: أخرجه الطبراني  
عن شيخه عبد الله بن محمد بن سعيد بن أبي مریم، وهو ضعيف - ينظر: أسباب النزول، جلال الدين السيوطي، ص

<sup>3</sup> في ظلال القرآن، سيد قطب، 607/4 .

هذا، و إلى جانب هذه الأنكحة من انكحة الجاهلية، الظاهرة الفساد<sup>1</sup>، توجد أخرى<sup>2</sup>، نحو نكاح الميراث، الجمع بين أصناف من النساء؛ الأختان، المرأة وعمتها أو خالتها... نكاح ذوات الرايات، نكاح الخدن.

وقد حرصت على تفصيل القول شيئاً ما فيما كان معروفاً عند العرب الجاهلين خاصة من نظم الزواج، ليتبين منه في وضوح مدى ما غيره التشريع الإسلامي مما كان سائداً من قبل. وليبدو لكل إنسان أن هذا التشريع لم يكن نتاج مفاهيم هذه البيئة التي نزل فيها. فلقد غير نظماً كثيرة عرفت عنهم من قبل أجيالاً متتابعة، كما عرفت عند غيرهم من الأمم السابقين، وكان هذا التغيير لصالح التطور الإنسان- ولاشك في ذلك- ومن المؤسف حقاً أن نجد كثيراً من المجتمعات البشرية المعاصرة، التي تتربى بزِّي الحضارة والمدنية والتقدم، ترتد إلى بعض هذا الذي ألغى في صورة تبادل الزوجات ونظام الآخذان وصور من البغاء... ترتدي ثوب النكاح. ومن المؤسف بشكل أكبر، أن نجد بعض معاصرنا من المواطنين يبشرون في مجتمعاتنا بهذه النظم التي ارتدت، وما تزال ترتد، إلى أنماط من سلوك الأقدمين تخطاها التشريع الإسلامي، ونهى عنها نهياً مشدداً منذ ما يزيد عن أربعة عشرة قرناً. ولكنها تعرض على مجتمعاتنا الإسلامية تحت أسماء من التقدمية، الحضارة والمدنية التحررية، وللأسف أن يقف إلى جانبها السند القانوني والترخيص الإداري من طرف مؤسسات الدولة المختلفة، لإنشاء وفتح دور الدعارة الملاهي الليلية...؟! - أمّا التشريع الإسلامي الذي ألغاه، فهو الذي يطلق عليه هؤلاء أوصاف الرجعية التأخر...<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، محمد حسين الذهبي، ص 22.

<sup>2</sup> ولا ينافي وجود هذه الأنكحة غير تلك الأربعة التي أودتها السيدة عائشة رضي الله عنها في الحديث المتقدم، ذلك أن العدد لا مفهوم له، وعلى فرض أن له مفهوماً، فقد أخبرت- صادقة- بما وصل إليه علمها، مقتصرة على ما هو متعارف جهر بينهم.

ينظر: الموسوعة الفقهية الميسرة، الزواج، محمد إبراهيم الحفناوي، ص 377 - مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور، ص 433.

<sup>3</sup> دراسات في عقد الزواج، محمد بلتاجي، ص 21.



## الفرع الثالث: خاصية الواقعية

إنّ من أبرز سمات نظام الأحوال الشخصية في الإسلام أنّه: نظام واقعي. ومعنى واقعية هذا النظام؛ أنّه قابل للتطبيق والتحقّق في حياة الناس، وأنّه يتفاعل مع حقائق موضوعية ذات وجود فعلي حقيقي<sup>1</sup>.

فالإسلام في مختلف فروعهِ ولبناتهِ - ومنها الأحوال الشخصية - "منهج واقعي للحياة، لا يقوم على مثاليات خيالية جامدة في قوالب نظرية، بل يواجه الحياة البشرية كما هي بعوائقها و جوازها وملابسها الواقعية. يواجهها ليقودها قيادة واقعية إلى السير والارتقاء في آن واحد يواجهها بحلول عملية تكافئ واقعتها، ولا تفرّج في خيال حالم، ورؤى مجتّحة لا تجدي على واقع الحياة شيئاً..."<sup>2</sup>

وعليه، فقد راعى التشريع الإسلامي - من هذا المنطلق؛ الواقعية - ظروف الإنسان وفطرته وطبيعته البشرية في كافة الأحكام المنظّمة لشؤون حياته، ومنها الأحوال الشخصية. وإذا استعرضنا مظاهر واقعية الإسلام في هذا المجال، لوجدنا منها:

أ- حاجة كل من الرجل والمرأة في تعرف كل واحد منهما على الآخر قبل إنشاء عقد الزواج، وعدم ترك ذلك إلى المصادفة - التي قد لا تتوافق ومطلب أو طموح كل منهما - لكن شريطة أن يتم ذلك التعرّف في نطاق الضوابط الشرعية التي لا يجوز التنازل، ولا التحايل عنها بأيّة حال ولا مسلك.

ب- الكفاءة بين الزوجين، ضماناً لحسن التفاهم والعشرة الطيبة مستقبلاً.

ج- راعى الإسلام غريزة الشهوة وطلب الولد في الإنسان - ذكراً كان أو أنثى - فكان أن جعل طريقة تحقّق الثانية عن طريق الأولى، من خلال تشريع الزواج الذي تشبّع من خلاله الحاجات البيولوجية والنفسية والاجتماعية... وغيرها من مقاصد النكاح.

د- توزيع الأدوار بين كل من الرجل والمرأة وفق ما تقتضيه طبيعة وخصائص كل من الجنسين؛ فالمرأة مفطورة على الحمل والولادة والأمومة، وهي مشاركة في المسؤولية وأعباء المنزل. كما أنّ الرجل مسؤول ومكلف بالعمل والإنفاق على زوجته... وهي مسؤولة إدارة في المنزل أيضاً.

<sup>1</sup> منهج القرآن الكريم في إصلاح المجتمع، محمّد السيد يوسف، ص 339.

<sup>2</sup> في ظلال القرآن، سيد قطب، 226/1.

هـ- العدل في القسم بين الزوجات في حالة التعدد؛ إذ يجب على الزوج الوفاء بهذا الواجب الشرعي. لكن في حدود نطاق ما هو ممكن التحقق في الواقع من نفقة وسكن وميت، دون ما لا يمكن فيه ذلك نحو الميل القلبي.

و- الاعتدال في النفقة على الزوجة دون تقتير أو إسراف، لما في الأوّل من تنفير وإساءة وظلم، ولما في الآخر من احتمال إفساد لطبعها ومجافة لهدي الشارع الكريم، الأمر باجتناّب الإسراف والتبذير.

ز- وكذا أن يحسن الزوج معاملة زوجته بأسلوب يجمع بين الحزم واللين، فطبيعة المرأة لا تتحمل كلا الأسلوبين منفصلين، بل، أسلوب يجمع بين الحزم دون أن تنكسر العلاقة الأسرية، واللين دون أن تنحرف وتفسد هذه العلاقة عن المنهج القويم الذي رسمه لها التشريع الإسلامي.

ح- ومن واقعية الشريعة الإسلامية في نطاق الأحوال الشخصية؛ إباحة الطلاق كحل واقعي حين تصبح الحياة الزوجية مستحيلة بين زوجين استحكمت بينهما البغضاء، وفشلت معهما كل سبل ومحاولات الصلح والوفاق. ذلك أنّ الإسلام ومع تعظيمه لشأن العلاقة الزوجية باعتبار هذا الرّباط: ﴿مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾<sup>1</sup> - وهو نفس التعبير الذي استخدمه في شأن التّبوة<sup>2</sup> - واعتبار الأصل في الطلاق هو الحظر والتحريم، كما تدل على ذلك الدلائل من القرآن والسنة.

قال تعالى في شأن النساء الناشزات: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾<sup>3</sup>.

واعتبر القرآن الكريم التفريق بين المرء وزوجه، من صنيع السّحرة الكفّرة<sup>4</sup>. وجاء في الحديث عن النبي ﷺ أنّ: "أبغض الحلال عند الله الطلاق"<sup>5</sup>. ومع هذا فقد أثبت الواقع أنّ من الزواج ما لا يصحبه التوفيق، وقد أمر الإسلام الأزواج بالصبر والتريث وعدم

<sup>1</sup> سورة النساء : الآية 21 .

<sup>2</sup> في قوله تعالى: ﴿وَمِنْكُمْ وَمِنْ نُوحٍ وَإِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى ابْنِ مَرْيَمَ وَأَخَذْنَا مِنْهُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ سورة الأحزاب: الآية 07.

<sup>3</sup> سورة النساء : الآية 34.

<sup>4</sup> في قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ﴾ سورة البقرة : الآية 102.

<sup>5</sup> أخرجه أبو داود وابن ماجه:

الاستجابة لعاطفة الكراهية إن أحسّوا بها، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>1</sup>.

كما أمر - الإسلام - الأزواج بأن يعالجوا المرأة الناشز بكل الوسائل، حتى تعود إلى الموافقة والطاعة. وأمر المجتمع أن يتدخل للتحكم والإصلاح عن طريق مجلس عائلي؛ ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>2</sup>.

ومع هذا، فقد تستحكم التّفرة، ويتفاقم النزاع، وتخفق كل وسائل الإصلاح والتحكيم والتوفيق، فعندها يكون الطلاق هو العلاج رغم مرارته - وآخر الدواء الكي - وما أصدق ما قيل: "إن لم يكن وفاق ففراق". وإلا، كان الأمر كما قال أحد الحكماء: "إن من أعظم البلايا مصاحبة من لا يوافقك ولا يفارقك". وكما قال الشاعر:

ومن نكد الدنيا على الحرّ أن يرى \*\*\* عدوّاً له ما من صداقته بدّ<sup>3</sup>

وتتحلى هذه الواقعية بوضوح حين ننظر - مثلاً - إلى التّصورات الكنسية التي اصطبغت بها النصرانية حيث راحت تلزم وتكلف الإنسان ما لا يطاق، كأن يعاشر زوجة لا يطيق عشرتها أو ينفصل عنها دون طلاق مع عدم معايشة زوجة أخرى بعدها، وغير هذا كثير في التّصورات الكنسية التي تصادم فطرة الإنسان وتكوينه الواقعي<sup>4</sup>.

ومع هذا فقد أرغم الواقع ذاته المسيحية المعاصرة على الاعتراف بحق الطلاق، بل ويضطرون اضطراراً لإباحته إلى حد التوسع والإسراف المرذول، وإذا بأخر القلاع المسيحية المتشددة في هذا الجانب، تسقط أخيراً، وتعلن إباحة الطلاق وذلك في روما الكاثوليكية، التي لا يجيز مذهبها الديني الطلاق لأية علّة، حتى وإن كانت الخيانة الزوجية السافرة - الزنا - لتنتصر بذلك شريعة الخالق على أوهام الخلق<sup>5</sup>.

سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، 255/2.

سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، 650/1. وهو حديث ضعيف.

ينظر: ضعيف ابن ماجه، الألباني، 44/1 - كشف الخفاء العجلوني، 39/1.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 19.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 35.

<sup>3</sup> ديوان المتنبي، المتنبي، 215/1.

<sup>4</sup> خصائص التّصور الإسلامي ومقوماته، سيد قطب، ص 108.

<sup>5</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 61، 60.

## الفرع الرابع: خاصية الشمول

الشمول؛ من أهمّ الخصائص والسمات التي يتميز بها المنهج الإسلامي عن كل ما عرفه الناس من أديان وفلسفات ومذاهب ونظم وضعية. فهو شمول يستوعب الزمن كله ويستوعب الحياة كلّها، ويستوعب كيان الإنسان كله. فهو منهج يستغرق ويواكب كل الأزمنة والأجيال، ولا يقتصر على جيل دون جيل<sup>1</sup>.

ولقد عبّر الإمام الحسن البنا رحمه الله عن أبعاد هذا الشمول في رسالة الإسلام فقال: "إنّها الرسالة التي امتدت طولا حتى شملت آباد الزمن، وامتدت عرضا حتى انتظمت آفاق الأمم وامتدت عمقها حتى استوعبت شؤون الدنيا والآخرة."<sup>2</sup>

لقد شاء الله للإسلام أن يكون الرسالة العامة الخالدة، فهو هداية الله للناس كافة؛ من كل الأمم وكلّ الطبقات، وكلّ الأفراد، وكلّ الأجيال. معلوم أنّ الناس تختلف مواهبهم وطاقتهم الروحية والعقلية والوجدانية، كما تختلف مطامحهم وآمالهم ودرجات اهتماماتهم. لهذا جمع المنهج الإسلامي في نظره للأمور ما فرقته المناهج البشرية. وكان عيب هذه المناهج والفلسفات والنظم والشرائع؛ أنّها نظرت من زاوية وأغفلت زوايا كثيرة. وفي هذا المعنى يقول القرضاوي: "إنّ عيب البشر - الذي هو من لوازم ذواتهم المحدودة - أنّهم ينظرون إلى الأمور والأشياء من جانب واحد غافلين عن بقية الجوانب. والحقيقة أنّهم لا ذنب لهم في هذا التصور ولا حيلة، لأنّ النظرة المحيطة الشاملة التي تستوعب الشيء من جميع جوانبه، وتدرّك كل احتمالاته وتوقعاته لا يقدر عليها إلاّ ربّ البشر وخالق الكون: ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾<sup>3</sup>..."<sup>4</sup>

فالإنسان مهما أوتي من علم وفكر وتجربة، يعجز كل العجز عن تكوين منهج شامل. ويرجع ذلك إلى أنّه محدود الكينونة من ناحية الزمان والمكان، ومن ناحية العلم والتجربة والإدراك، وفوق ذلك محكوم بضعفه وميله وشهوته ورغبته، فوق ما هو محكوم بقصوره وجهله.

<sup>1</sup> ينظر: الموافقات في أصول الشريعة، الشاطبي، 52/2 - مفتريات على الإسلام، محمد جمال، ص 223 - سرّ تأخر العرب والمسلمين، محمد الغزالي، ص 17 وما بعدها.

<sup>2</sup> ينظر الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 95 - العدالة الاجتماعية، سيد قطب، ص 20.

<sup>3</sup> سورة الملك : الآية 14.

<sup>4</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 112.

وهكذا، لا يمكن أن تأتي فكرة بشرية أو منهج وضعي، يتمثل الشمول أبداً. فأفكار البشر دائماً جزئية وقتية، ومن ثم يقع النقص، ويقع الاضطراب الذي يحتم التغيير. و أما حين يضع الله ﷻ منهجاً لخلقها، فلاريب أنه سيأتي مبرراً من كل ما يعترى الصنعة البشرية من القصور والنقص والضعف والتفاوت<sup>1</sup>. وهو ما اتّسمت به أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، إذ استوعبتها كلها، ولم تترك منها صغيرة ولا كبيرة. ومظاهر الشمول في هذا المجال التشريعي حليّة للناظر، ومع ذلك نورد منها<sup>2</sup>:

أ- من حيث التنظيم؛ فالمتأمل في أحكام الأحوال الشخصية التي جاءت بها الشريعة الإلهية، يلحظ بأنّها إنّما تنظّم أحوال الإنسان قبل أن يكون جنيناً؛ باختيار أمّة. وحين يصبح جنيناً؛ من حيث حمايته وصونه في حياته وميراثه والتّفقة له في حال طلاق أمّه، وبعد ولادته من حيث رضاعه وحضانتها، وفي شبابه وكهولته، وبعد موته؛ كميّراته ووصيته والحداد عليه. ولأنّ البيت يمسّ الإنسان في إنسانيّته - كما بيّنا في حديثنا عن إنسانية نظام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- فإنّ رسالة الإسلام كما شملت الزمان والمكان، فقد شملت الإنسان كله من حيث أنّه إنسان متكامل، فلم تأت رسالة لعقله دون روحه، أو لروحه دون جسمه، أو لأفكاره دون عواطف. فنجد أنّ البيت القائم على منهج الإسلام يتعامل مع الإنسان كله كما تعاملت الشريعة مع الإنسان كله. كذلك يتعامل البيت مع جميع أطوار حياة الإنسان؛ فنجد أحكامه تشمل الإنسان كما أسلفنا القول: جنينا وطفلا، مراهقا وشابا وكهلا، رجلا و امرأة، حيا وميتا، بل ويضبط البيت القائم على منهج الإسلام وتعاليمه، أحكام هذا الإنسان في حالة قيام البيت واستقراره، وكذا في حالة تزعزعه و انفكاكه.

ب- من حيث الشمولية والاستغراق؛ فنجد أنّ أحكام الأحوال الشخصية تشمل وتستغرق منذ بداية التفكير في إقامة وتكوين الأسرة أمورا مهمة، منها: الاختيار، الخطبة، وفي حال الركون والموافقة؛ مقومات العقد من حيث أركانه وشروطه، وعند قيامها؛ من حيث الحقوق والواجبات الزوجية، وعند انحلالها وتفككها؛ كأحكام النّشوز والطلاق، العدة و مشتملاتها.

<sup>1</sup> خصائص التصور الإسلامي ومقوماته، سيد قطب، ص 22، 21.

<sup>2</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 72.

على أن ما يجب التنبيه إليه: هو أن سمة شمولية نظام الأحوال الشخصية، لاسيما في نطاق بناء الأسرة لا يختص بها كوحدة جماعية منكرة لحق الفرد فيها، ولا أن يتعامل مع الفرد وينكر أو يلغي حق الأسرة، بل، تشمل و تستغرق أحكام هذا النظام الفرد والأسرة مجتمعين في قالب يتسم بالوسطية والتوازن والاعتدال.

### الفرع الخامس: خاصية الوسطية

إن من أبرز الخصائص التي تتميز بها الدين الإسلامي - عن غيره من الشرائع، والمذاهب الوضعية-خاصية الوسطية- ويعبر عنها أيضا بـ: التوازن- والتي تعني؛ التوسط<sup>1</sup> أو التعادل والاعتدال بين طرفين متقابلين أو متضادين، بحيث لا ينفرد أحدهما بالتأثير، وطرده الطرف المقابل، وبحيث لا يأخذ أحد الطرفين أكثر من حقه، ويطغى على مقابله ويحيف عليه. ومثال ذلك: الروحية والمادية الفردية والجماعية الواقعية والمثالية، وغيرها من النظائر.

ومعنى التوازن بينهما: أن يفسح لكل طرف منها مجاله، ويعطى حقه و لا ينقصه شيئا، فلا غلو ولا تقصير، و لا طغيان ولا إخسار. ولما كان هذا معنى الوسطية؛ فحقيق بأن تكون إحدى مزايا الإسلام وخصائصه، ومن أبرز سماته وتعاليمه، لاعتبارات ومعاني عديدة منها: أ- الوسطية تعني العدل: فمن معاني الوسطية التي وصفت بها الأمة في الآية الكريمة: **﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾**<sup>2</sup>، فكان تفسير الوسط في الآية بـ: "العدل". وهو المروي عن النبي ﷺ.

فقد أخرج الإمام أحمد عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ فسر الوسط هنا؛ بالعدل<sup>3</sup>. وقوله تعالى: **﴿قَالَ أَوْسَطُهُمْ أَلَمْ أَقُلْ لَكُمْ لَوْلَا تُسَبِّحُونَ﴾**<sup>4</sup>، قال ابن عباس ومجاهد وسعيد بن جبير وعكرمة ومحمد بن كعب والربيع بن أنس والضحاك وقتادة: "أوسطهم بمعنى؛ أعدلهم وخيرهم."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> "والوسط في الأصل؛ اسم لما تستوي نسبة الجوانب إليه كمركز الدائرة، ثم استعير للخصال البشرية الحمودة لكون تلك الخصال أوساطا للخصال الذميمة المكتنفة بها من طرق الإفراط والتفريط."

ينظر: تفسير أبو السعود، أبو السعود، 1/123.

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 143.

<sup>3</sup> تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 1/330-331.

<sup>4</sup> سورة القلم: الآية 28.

<sup>5</sup> تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 4/4529.



ب- الوسطية تعني الاستقامة: وذلك باستقامة المنهج، والبعد عن الميل والانحراف. فالمنهج المستقيم وبتعبير القرآن الكريم: ﴿الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾<sup>1</sup> قال أبو السَّعُود رحمه الله: الطريق السَّويّ الواقع وسط الطَّرُق الجائرة عن القصد إلى الجوانب. فإذا فرضنا خطوط كبيرة واصله بين متقابلين، فالخط المستقيم إنّما هو الخطّ الواقع في وسط تلك الخطوط المنحنية، ومن ضرورة كونه وسطا بين الطرق الجائرة، أن تكون الأمة المهدية إليه وسطا بين الأمم السَّالكة إلى تلك الطرق الزائغة...<sup>2</sup>

وكذا تعني الوسطية: دليل الخيرية، منطقة الأمان، دليل القوة، ومركز الوحدة<sup>3</sup>.

وأما عن مظاهر الوسطية في المنهج الإسلامي، فإنّها تتجلى في مختلف جوانبه؛ عقيدة وشرعية، عبادة وأخلاقا. حيث يظهر التوازن والاعتدال في سائر أوجه النظام التشريعي الإسلامي.

يقول الإمام الشاطبي رحمه الله: "الشرعية جارية في مقتضياتها على الطريق الأوسط الأعدل الآخذ من الطرفين بقسط لا ميل فيه، الداخلة تحت كسب العبد من غير مشقة عليه ولا انحلال، بل، هو تكليف جار على موازنة تقتضي في جميع المكلفين غاية الاعتدال... فإن كان التشريع لأجل انحراف المكلف، أو وجود مظنة انحراف عن الوسط إلى أحد الطرفين؛ كان التشريع رادّا إلى الوسط الأعدل. لكن على وجه يميل فيه إلى جانب الآخر ليحصل الاعتدال فيه، فعلى الطبيب الرفيق أن يحمل المريض على ما فيه صلاحه بحسب حاله وعادته وقوة مرضه وضعفه، حتّى إذا استقلت صحته هيأ له طريقا في التدبير وسطا لائقا به في جميع أحواله."<sup>4</sup>

وعن إيجابية هذه الخاصية، يقول سعيد فكرة: "إنّ إيجابية هذه الوسطية تبدى لحظة إحالتها على المحاولات الوضعية لمجابهة متطلبات الحياة. إنّ المحاولات الوضعية حينذاك تميل وتجنح وتتطرف وتبتعد عن نقطة التوازن، وتلجّ في البعد، فتذهب ذات اليمين ثم تتوغل فيه صوب حده الأقصى أو تتجه ذات الشمال ثم تتوغل فيه إلى حده الأقصى. وفي كلتا الحالتين تفقد المحاولة قدرتها على مجابهة أطراف الحياة كافة، ووضع الحلّ الذي ينطبق على

<sup>1</sup> سورة الفاتحة : الآية 06.

<sup>2</sup> تفسير أبي السعود، 1/123.

<sup>3</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 119-122.

<sup>4</sup> الموافقات في أصول الشريعة، 2/374-375.

ساحتها وخطوطها كآفة، وتنكمش بدلا من ذلك لكي تغطي جانبا محدودا منها فحسب، وهي العضلات والقضايا التي تتطلب حلولاً ممتدة على ساحات الزمان والمكان متجددة تجدد الحياة. وإزاء كل واحدة من هذه القضايا أو العضلات نلتقي بالوسطية الإسلامية، وملتقي كذلك بجنوح المذاهب الوضعية وفقدانها التوازن والشمولية.<sup>1</sup>

وعليه، ولما كان نظام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، رباني المصدر والمنهج والغاية؛ فإن الوسطية والتوازن والاعتدال ظاهر فيه كل الظهور. فكان من مظاهر الوسطية والتوازن في مباحث الأحوال الشخصية<sup>2</sup>:

أ- اختيار الزوجة: إذ أوصى الإسلام بأن يكون معيار الاختيار هو الدين والخلق، محذرا من أن يكون الركون إلى معايير أخرى، كالمال والحسب والجمال بشكل منفرد و وحدوي إقصائي.

على أن هذا لا يعني إهمال أو إلغاء بقيّة الصفات والمعايير، كالمال والحسب والجمال. إلاّ أنّه يجب أن تكون في مرتبة تالية أو تابعة للمعيار الأساسي وهو: الدين، لقوله ﷺ: "تنكح المرأة لأربع: لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك."<sup>3</sup>

ب- اعتبار ومراعاة رأي كلّ من المرأة ووليها؛ فلا يستبد الولي بتزويج المرأة دون رضاها. كما لا تستخفّ - أو تجر إلى ذلك - المرأة برأي وليّها وتضرب به عرض الحائط.

ج- وقف الإسلام موقفا وسطا في رؤية المخطوبة بين المتشددين الذين لا يسمحون برؤية بناتهم مطلقا، وبين البعض الآخر الذي يسرف على نفسه وكرامته وكرامة أسرته وعرضه، فراح يسمح للخاطب بالاختلاط والخلوة بمخطوبته. فكانت أحكام الإسلام في هذا الشأن موقفة؛ وسط واعتدال بين تفريط الفريق الأول، وإفراط الفريق الثاني.

د- التوازن والاعتدال في العلاقة الزوجية؛ وذلك بالتوسط بين سمتين أو منطقتي التداخل والتبادل في عناصر المودّة والرّحمة والسّكن والشّعور المتبادل بينهما، وبين عنصر الاستقلالية

<sup>1</sup> سمات الشريعة الإسلامية وصلاحتها الأبدية، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد 11، سنة 2007م، ص 12-39.

<sup>2</sup> ينظر: وسطية الإسلام، محمد محمد المدني، ص 71 وما بعدها - قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 80-

واحتفاظ كل واحد منهما بكيانه وشخصيته- لاسيما في جانب المرأة- بحيث تحتفظ باستقلاليتها في اسمها العائلي، ومعتقداتها- إن كانت كتابية- وكذا في ذمتها المالية.

هـ- التوازن والاعتدال في مجال تعدد الزوجات والطلاق بين المانعين له، والمبيحين له بلا حد ولا ضابط؛ فالتشريع الإسلامي وسط في هذا الشأن، كما هو وسط في شؤون الحياة كلها. وسط بين الذين أجازوا تعدد الزوجات بغير قيد، وبين الذين رفضوه وأنكروه فمنعوه- ولو اقتضته المصلحة، وفرضته الضرورة والحاجة في نظرهم<sup>1</sup>.

فقد شرع الإسلام هذا النمط أو النظام من الزواج، لكن حكمه بقواعد وضوابط تضمن نجاحه وحسن تطبيقه في حياة الناس دونما إفراط ولا تفريط.

وهو وسط في أحكام الطلاق بين الذين منعوا الطلاق لأي سبب كان؛ ولو آلت الحياة الزوجية إلى حد لا يطاق مع استمرارها- كالكاثوليك والأرثوذكس... وبين الذين أرحوا العنان في أمر الطلاق، فلم يقيدوه بأي قيد أو شرط، فسهل بذلك هدم الحياة الزوجية لأوهي سبب، وأصبح هذا الميثاق الغليظ - في نظامهم - أو هي من بيت العنكبوت.

وإنما شرع الإسلام الطلاق عندما تفضل كل وسائل العلاج، فلا يجدي تحكيم ولا إصلاح. ومع هذا فهو أبغض الحلال، ويستطيع المطلق مرة ومرة أن يراجع مطلقته ويعيدها إلى مملكة الزوجية من جديد لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يذهب الكثير ممن درسوا موضوع شروط تعدد الزوجات إلى القول بأنه؛ يحتاج إلى توافر دوافع وأسباب أو ما أسماها: "المبررات الشرعية". وهو في الحقيقة قول غير صحيح في مجمله، وذلك أنه ينبغي التمييز بين أمرين هما: أولاً: إن كان المقصود بالمبررات الشرعية حصر حالات الإباحة في استخدام هذا النظام فهو مخالفة شرعية وسوء فهم وتفسير- أو تأويل- للنص الشرعي، وهو مما لا يعجز. وفي هذا الصدد يصح قول ابن حزم رحمه الله: "ومن حرم المشتبه وأفتى بذلك وحكم به على الناس فقد زاد في الدين ما لم يأذن به الله وخالف النبي ﷺ واستدرك على ربه". وأصح من قوله، قول الله ﷻ: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ سورة المائدة: الآية 03.

ثانياً: وأما إن كان هذا الأمر من باب التعليل لبعض الحالات والأوضاع التي هي مدعاة لنجاعة هذا النظام الإلهي في مجال العلاقات الأسرية، فلا بأس بذلك، لأن القرآن الكريم قد عللت نصوصه بعضها البعض- على أن لنا مزيد تفصيل في القول لاحقاً عند الحديث عن شروط تعدد الزوجات.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 229.

## الفرع السادس: خاصية الجمع بين الثبات والمرونة

من أهم السمات والخصائص التي تميّز التشريع الإسلامي - ومن خلاله المجتمع المسلم - أنه يجمع بين الثبات والمرونة. والحقيقة أنّ المجتمع المسلم قد اختصّ بظاهرة فذّ، تعتبر من أبرز ما يميزه عن غيره من المجتمعات؛ إنّها ظاهرة التوازن أو الوسطية التي دلّ عليها قوله ﷺ: «وَكذلكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا»<sup>1</sup>.

وإنّ من أجل مظاهر وسمات التوازن والوسطية - التي سبق تفصيل مقصودها وغاياتها وثمراتها أعلاه قريباً - التي تتميز بها المنظومة التشريعية في الإسلام؛ التوازن والاعتدال والتوسط بين الثبات والمرونة، أو الثبات والتطور. ففي ظلّ هذه المنظومة، ينتفي التعارض بين وجود الثوابت، وتحقّق التطور الدائم، بل، أنّها تجمع في تناسق بديع بين الثبات والمرونة، واضعة بذلك كلاً منهما في موضعه الصحيح: "الثبات فيما يجب أن يخلد ويبقى، والمرونة أو التطور فيما ينبغي أن يتغير ويتطور."<sup>2</sup>

فقد قدّر المولى تبارك وتعالى وشاء أن تكون هذه الشريعة خاتمة الشرائع، وأن يكون منها خاتمة المناهج، وأن يكون أيضاً للناس كافة؛ «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ»<sup>3</sup>.

ومن هنا، جاء المنهج الإسلامي جامعاً بين الثبات والمرونة، جاء في صورة مبادئ عامة، وقواعد كلية تفتح الباب أمام المجتهد في كل عصر من العصور لتطبيقها على ما يحدّ ويحدث من مشاكل وظروف وقضايا<sup>4</sup>.

وثبات المنهج مع مرونته تعطيه القدرة على إيجاد الحلول والمشكلات لكلّ عصر ومصر. وتعطيه الكفاءة والصلاحية للتطبيق في كل مجتمع، ومواجهة الجديد من الواقع

<sup>1</sup> سورة البقرة : الآية 143.

<sup>2</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 200.

<sup>3</sup> سورة سبأ : الآية 28.

<sup>4</sup> ينظر: تاريخ التشريع، حامد محمود إسماعيل، ص 27، مفهوم التطور والتجديد في الشريعة الإسلامية، محمد علوي المالكي، ص 12.

والأحوال. وبالثبات يستعصي المجتمع المسلم على عوامل الانهيار والفناء أو الذوبان في المجتمعات الأخرى، دونما تراجع وتخلف عن ركب التمدن والتطور<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> فلا تعارض البتة بين الثبات والتطور في منهج الشريعة الإسلامية وأحكامها- بما فيها الأحوال الشخصية - بل كيف يتصور وجود مثل هذا التعارض- الوهمي- والتطور نفسه سنة من سنن الله؟ فما عهدنا سنن الله متعارضة أبدا، ولا متناقضة، بل متكاملة متناسقة: ﴿فَارْجِعِ الْبَصَرَ هَلْ تَرَى مِنْ فُطُورٍ﴾ سورة الملك: الآية 3. ﴿وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ غَيْرِ اللَّهِ لَوَجَدُوا فِيهِ اخْتِلَافًا كَثِيرًا﴾ سورة النساء: الآية 82.

وإذن، ليس لنا أن نسترسل في ترادف من مثل هذا الجمود القاتل أو انعدام الحركة واستبعاد الحيوية، أو عدم مساهمة متطلبات العصر... فكل ذلك لا يعرف الثبات المقصود... إنما الذي نعيه من الثبات، هو في الواقع ذلك الصمود والوعي الرشيد أمام التيارات الجارفة، وهو الصلابة المصممة بعينها تجاه التحديات الجائرة، وهو الأصالة الراسية في مواجهة خصم موجات الذوبان والانحلال والمسوخ ودعوات الاستلاب والتبعية ووجوه الانسلاخ الخلقي والتعبد... التي يجز إليها المسلك التشريعي الوضعي.

وليس ثمّة شيء يعنى عليه القرآن الكريم لتفاهته مثل ما يصفه بالزوال والانقراض: ﴿فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ﴾ سورة الرعد: الآية 17.

أولها شاشته وانقياره ﴿أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى تَقْوَى مِنَ اللَّهِ وَرِضْوَانٍ خَيْرٍ أَمْ مَنْ أَسَّسَ بُنْيَانَهُ عَلَى شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَانْهَارَ بِهِ﴾ سورة التوبة: الآية 109.

أو حين ينعته بالذرو المتبدد أبديد: ﴿هَشِيمًا تَذْرُوهُ الرِّيَّاحُ﴾ سورة الكهف: الآية 45. أو لاندباغه بالسطحية والجت أو لكونه طبع الاستتصال لا يقر: ﴿كَلِمَةً خَبِيثَةً كَشَجَرَةٍ خَبِيثَةٍ اجْتُثَّتْ مِنْ فَوْقِ الْأَرْضِ مَا لَهَا مِنْ قَرَارٍ﴾ سورة إبراهيم: الآية 26.

أو كمن طوحتهم الطوايح يتململون هنا وهناك لا يتمسكون بشيء: ﴿مُذَبَّذِينَ بَيْنَ ذَلِكَ لَا إِلَى هُوَ لَا إِلَى هُوَ لَا إِلَى هُوَ﴾ سورة النساء: الآية 143.

فكل هذه المنعيات لا تعري عن القصد الصحيح من الثبات- في مرونته وتطوره- إلا أن تجلي الجانب السلبي فيه أو المفهوم "الستاتيكي"؛ الراكد المهزوز الانهزامي.

أما الثبات- في تطوره- بالمفهوم الإيجابي "الديناميكي"؛ فهو هذا الذي يمحث في الأرض إشارة إلى الخلود والاستقرار، وهو الذي لا يتبدل، بل يتأبد لثبوته وثباته، وهو الذي لا يجتث ولا يستأصل لقيامه في قرار مكين يصونه من التطويح و من التذبذب.

فالثبات- تحقيقا، وبعد استقراء- ليست ساحته مملقة من معاني الأصلاح والأنفع والأدوم والأمكن والأجدر بالبقاء والخلود... بل الثبات في مرونته: ﴿كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ وَفَرْعُهَا فِي السَّمَاءِ﴾ سورة إبراهيم الآية 24.

كيف لا وهو مستلهم و مستمد من: ﴿ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ﴾ الذي امتن به الله تعالى على عباده بقصد إسعادهم. فكم تراه يوقر علينا من خلال النص بالقرآن الكريم على مثل هذه السنة - الثبات و التطور معا- من الوقت والتكاليف الباهضة وتاريخ الثغرات المساوية على حساب الازدهار والرقى الحضاري باسم التطور والتقدم.

ينظر: مقاصد التزويل من تشريعات الأسرة، محمد البشير الهاشمي المغلي، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 03، جانفي 2000، ص 163، 180.

وبالثبات يستقر التشريع، وتتوافر الثقة، وتبنى المعاملات و العلاقات على دعائم متينة وأسس راسخة لاتعصف بها الأهواء أو التقلبات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية... الخ. و بالمرونة يستطيع المجتمع المسلم أن يكيّف نفسه وعلاقاته حسب تغيّر الزمن، و تغيّر أوضاع الحياة دون أن يفقد خصائصه ومقوماته الذاتية<sup>1</sup>.

وقد أفاض سيد قطب رحمه الله في الحديث عن أهميّة سمة الثبات في المنهج والتصور، وعن أهميته بالنسبة للإنسان والمجتمع. وقد حدّد حديثه في النقاط الآتية:

1- الثبات سمة هامة بالنسبة للإنسان، وضرورية لحياته؛ ذلك لأنّه في حركته لا بد له من ثوابت منها ينطلق وإليها يفيء. وهو في انطلاقه وفيئه مرتبط بها، مشدود إليها، يهتدي بها، ويرجع إليها كلّما عنّ له أمر، أو عرضت له شبهة. وبذلك ترشد الحركة وتتميّز خيرا، وإلا فإنّها الغواية والضلال.

2- ثبات المنهج والتصور يعني؛ وجود الميزان الثابت الذي يرجع إليه الإنسان في كل ما يجدر في حياته من ملابسات وظروف، فيزنها بهذا الميزان الثابت ليرى قربها أو بعدها من الحق والصواب.

3- الثبات في المنهج والتصور؛ يقى المجتمع من شرّ تلك اللّوثة التي أصيب بها المجتمع الأوربي عندما أفلت من عروة العقيدة، فانتهى إلى تلك النهاية البائسة، ذات البريق الخادع الذي يخفي في طياته الشقاوة والحيرة.

4- الثبات في المنهج والتصور؛ هو الذي يبيث في الضمير المسلم، وفي المجتمع المسلم الطمأنينة إلى ثبات الإطار الذي تتحرك فيه حياته، وثبات المحور الذي تدور حوله حياته، فيشعر أنّ حركته إلى الأمام، ثابتة الخطو موصولة الخيط، ممثدة في الأمس إلى اليوم إلى الغد، نامية مطّردة النمو، صامدة في المرتقى المرسوم بالتقدير الإلهي القويم.<sup>2</sup>

ولعلّ هذه الخاصية هي التي: "ضمنت للمجتمع المسلم تماسكه وقوته طوال هذه القرون المتتابعة على الرّغم من جميع الهزّات، ومن جميع الهجمات الوحشية عليه، من جميع أعدائه المحيطين به من كل مكان."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 203.

<sup>2</sup> خصائص التصور الإسلامي ومقوماته، ص 76 وما بعدها.

<sup>3</sup> منهج القرآن الكريم في إصلاح المجتمع، محمّد السيد يوسف، ص 414.



ومّا لاشكّ فيه، أنّ المجتمع الذي يجري دائما وراء تصورات متقلّبة ولا تستند إلى أصل ثابت معرّض دائما للهزّات العنيفة، والأرجحة المستمرة التي تنشيء في عقله الحيرة، وفي ضميره البلبلة وفي أعصابه التعب، وفي كيانه الفساد. وهذا ما حدث في المجتمعات الأوروبية المفلّتة من كل أصل ثابت، وهذا هو الذي تشقى به البشرية كلّها اليوم، وهي تخبط في التيه وراء المجتمعات الأوروبية الشاردة.<sup>1</sup>

لذا، وجدنا العلماء المسلمين عند حديثهم عن أي نوع من أنواع الأحكام الشرعية في الشريعة الإسلامية، إنّما يؤكّدون على حقيقتين مهمتين لا ينبغي أن يغفل عنهما في هذا الصدد<sup>2</sup>:

**الحقيقة الأولى:** والتمثلة في وجوب النّظر والتعامل مع أحكام الشريعة الإسلامية على أنّها كلّ متكامل، وليست تفاريق وأجزاء منفصلة عن بعضها البعض. ولذلك فإنّ أيّ تعامل مع أيّ قسم من هذه الأحكام، ينبغي أن يكون في إطار رؤية شاملة للمنظومة العامة للتشريع- في بعده المركب: العقدي، الأخلاقي، والتشريعي بقسميه: التعبدي والمعاملاتي- فهذه المنظومة العامة للتشريع متزّلة من الحكيم الخبير الذي هو الله ﷻ، الذي ارتضى لعباده هذه المنظومة، وأمرهم أن يلتزموا بها كلّها، ولم يقبل منهم الالتزام بغيرها لقوله ﷻ: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>3</sup>. كما لم يقبل منهم أن يتمسّكوا ببعض أحكامها ويتركوا أو يتصللوا من البعض الآخر فقال ﷻ: ﴿أَفْتُمُونُوا بَعْضَ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَن يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنكُمْ إِلَّا خِزْيٌ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيَوْمَ الْقِيَامَةِ يُرَدُّونَ إِلَىٰ أَشَدِّ الْعَذَابِ وَمَا اللَّهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ﴾<sup>4</sup>.

وأما- الحقيقة الثانية: فإنّه من المعلوم قطعاً أن أحكام الشريعة الإسلامية إنّما جاءت لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، بل، أنّها مبنية ومؤسسة على هذا الأمر.

<sup>1</sup> خصائص التصور الإسلامي ومقوماته، سيد قطب، ص 86.

<sup>2</sup> الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مسعود بن موسى فلوسي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004، ص 435 460.

<sup>3</sup> سورة المائدة : الآية 03.

<sup>4</sup> سورة البقرة : الآية 85 .

و في هذا الصدد يقول ابن القيم رحمه الله: " فَإِنَّ الشريعة مبناهَا وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد. وهي عدل كلّها، ورحمة كلّها، ومصالح كلّها، وحكمة كلّها. فكلّ مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرّحمة إلى ضدّها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل. فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظلّه في أرضه ورحمته الدالّة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتمّ دلالة وأصدقها. وهي نوره الذي أبصر به المبصرون، وهذا الذي به اهتدى المهتدون... فالشريعة التي بعثت الله بها رسوله هي عمود العالم، وقطب الفلاح والسعادة في الدنيا والآخرة." <sup>1</sup>

فأساس التشريع كلّها، كما يقول الإمام ابن رشد رحمه الله: المصلحة والعدل <sup>2</sup>. وهما - حتماً - المقصد الكلي للتشريع الإسلامي. لذا، فإنّ كلّ ما هو مصلحة أو سبب إليها فقد تواردت الأدلة على طلبه والحثّ على فعله. وكلّ ما هو مفسدة أو سبب إليها فقد تواردت الأدلة على طلب تركه والنهي عن فعله.

لكن، ولما كانت المصالح والمفاسد، ليست كلّها على درجة واحدة من الثبات؛ إذ نجد منها ما هو مصالح أو مفاصد ثابتة لا تتغيّر، وهو ما يقتضي أن يهيئ لها الشارع أحكاماً ثابتة، تتكفّل بجلب ما كان منها مصلحة، ودفع ما كان منها مفسدة. كما نجد إلى جانب هذه المصالح والمفاسد الثابتة، مصالح ومفاصد متغيّرة.

وعليه، وعلى ضوء هذين الحقيقتين، وجدنا أحكام الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين بارزين <sup>3</sup>: قسم يتّسم بالثبات والخلود، وقسم يتسم بالتغير والتطور والمرونة.

**القسم الأول: الأحكام الثابتة؛** وهي مجموع الأحكام التي تتعلق بالإنسان من حيث هو إنسان في حاجته التي لا تتبدل ولا تختلف باختلاف البيئات والعادات، وتجدّد الظروف والحوادث، فلا تتأثر بالزمان والمكان، ومقصود الشارع منها: حفظ المصالح التي لا تتغير، لأنّها كليّات الدين وقواعده وأساسه. فهي - كما قال الإمام الشاطبي رحمه الله: " كليّة أبدية وضعت عليها الدنيا و بها قامت مصالحها في الخلق حسب ما بين ذلك الاستقراء... وعلى

<sup>1</sup> إعلام الموقعين ، 3/01.

<sup>2</sup> بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، 2/154.

<sup>3</sup> ينظر: الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 204 - تاريخ التشريع الإسلامي، علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، 1/82، 83.

وفاق ذلك جاءت الشريعة أيضا. فذلك الحكم الكلي باق إلى أن يرث الله الأرض وما عليها"<sup>1</sup>.

وتشمل أحكام هذا القسم<sup>2</sup>: العقاد الأساسية<sup>3</sup>، الأركان العملية<sup>4</sup>، المحرمات اليقينية<sup>5</sup>، أمهات الفضائل<sup>6</sup>، وكذا شرائع الإسلام القطعية<sup>7</sup>. هذا، وينبغي أن يعلم أن الله حكمة في ورود الأحكام الثابتة إذ لا يعجزه - وقد تزه سبحانه عن ذلك - أن يأتي بالأحكام كلها مفصلة سواء ما يتغير أو ما لا يتغير. ولكنه ﷻ أراد رفع الحرج عن عباده، فبين وفصل لهم من الأحكام ما لا يتغير ولا يتبدل، وأجمل ما يتغير ويتبدل بحسب الأزمنة والأمكنة والأحوال.

**القسم الثاني: الأحكام المرنة؛** وهي مجموع الأحكام التي تتغير تبعا لتغير الزمان والمكان والأوضاع. ولذا فهي تشمل ما يتعلق بحاجات الإنسان المتغيرة المتطورة. على أن تغير هذه الأحكام إنما يكون بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة. فهذه الأحكام؛ أحكام مصلحة تتبع المصلحة وجودا وعدما.

فهذا القسم من الأحكام المتغيرة، التي ينعم بها التشريع الإسلامي، إنما كان لها دور كبير في جعله قادرا على التكيف ومواجهة التطور، والملائمة مع كل وضع جديد، وجعل الشريعة في غاية القدرة على البقاء والنماء، حيث لا يحدث جديد، أو يحتاج أمر إلى إعادة النظر والمراجعة، إلا ولإسلام فيه حكم؛ إما بنص أو باستنباط. فهو قادر على استيعاب كل ما يستجد من الوقائع والحوادث. وبهذا فإن الشريعة الإسلامية تتضمن مقومات العموم

<sup>1</sup> الموافقات في أصول الشريعة، 285/2.

<sup>2</sup> سمات الشريعة الإسلامية وصلاحياتها الأبدية، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، العدد 11، سنة 2007م، ص 12-39.

<sup>3</sup> ونعني بالعقائد الأساسية؛ أركان الإيمان الخمس وهي: الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر.

<sup>4</sup> ونعني بالأركان العملية؛ أركان الإسلام الخمس هي: الشهاداتتان، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، صوم رمضان، وحج البيت الحرام.

<sup>5</sup> ونعني بالمحرمات اليقينية: السحر، القتل، الزنا، الربا، وأكل مال اليتيم، والقذف، والتولي يوم الزحف، والغصب والسرقه، والغيبه والنميمة، وغيرها مما ثبت تحريمه قطعا بالقرآن الكريم والسنة المطهرة.

<sup>6</sup> ونعني بأمهات الفضائل؛ شعب الإيمان وهي: الصدق، الأمانة، العفة، الصبر، الوفاء، العهد، الحياء. وغيرها من مكارم الأخلاق.

<sup>7</sup> ونعني بشرائع الإسلام القطعية؛ كل شؤون الزواج والطلاق، والميراث، والحدود والقصاص، وغيرها من نظم الإسلام التي ثبتت بنصوص قطعية الثبوت والدلالة.

والشمول الزماني والمكاني، فضلا عن الإنساني. والذي يجعلها صالحة في جميع الظروف والأحوال<sup>1</sup>.

فالمرونة في الشريعة الإسلامية- ومنها هدي القرآن الكريم- تعتبر من دلائل حكم الله البالغة ورحمته الواسعة " إذ لو نصّ القرآن الكريم على الفروع والجزئيات والمسائل لصار كتابا ضخما لا يستطيع أحد حفظه و لاجمعه و لاحمله و مللّ الناس في كل عصر تلاوة الوقائع التي لاتقضي في القرآن الكريم، ولذلك نجد أن الله تعالى وضع لنا في القرآن الكريم، وكذا النبي ﷺ في سنته ضوابط عامة يصلح الرجوع إليها في كل عصر، وترك ما يجري في حياة الناس اليومية، وما يحقق مصلحتهم إلى عاداتهم وأعرافهم بتغييرها، مادامت هذه العادات تحقق مقاصد الشريعة ، ولا تخرج عن الضوابط المعروفة في الكتاب والسنة."<sup>2</sup> على أنه ينبغي التنبيه إلى مسألة في غاية الأهمية فيما يخص هذا القسم من الأحكام وهي: أن يعلم أن هذه الأحكام المرنة أو المتغيرة بتغير المصالح أحكام شرعية. ذلك أن الشارح رسم حدودها، وأباح لنا سلوكها. أما وجودها بالاستنباط وباستلهاام النصوص، فلا يخرجهما عن حدود الشريعة<sup>3</sup>.

لأنّ الله ﷻ هو الذي كلّفنا بالتّظر، التّدبّر والاستنباط<sup>4</sup>.

وقد ذكر الإمام ابن القيم رحمه الله كلاما طيبا في بيان وتوضيح أنواع الأحكام الشرعية فقال: "الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لاجسب الأزمنة و لا الأمكنة و لاجتهاد الأئمة، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات، والحدود المقدّرة بالشرع على الجرائم، ونحو ذلك. فهذا لا يتطرق إليه تغيير و لاجتهاد يخالف ما وضع عليه. والنوع الثاني؛ ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا..."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الإسلام مقاصده وخصائصه، محمّد عقلة، ص93، نظام الأسرة في الإسلام، محمّد الصالح الصديق، ص304.

<sup>2</sup> من القواعد الفقهية الكلية، نجاة السيد داود، ص06 (نقلا عن، منهج القرآن الكريم في إصلاح المجتمع، ص418)

<sup>3</sup> قال الإمام الشاطبي رحمه الله في الصدق: "إنّ اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد ليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا في غير نهاية. والتكليف كذلك لم يحتج في الشرع إلى مزيد، وإتّما معنى الاختلاف؛ أنّ العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها."- الموافقات في أصول الشريعة، 2/285.

<sup>4</sup> تاريخ التشريع الإسلامي، علي محمّد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، 1/85.

<sup>5</sup> إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان، 1/287.

إنّه وتأسيساً على ما تقدّم بيانه فيما يتعلق بأحكام الثابت والمتغير من أحكام الشريعة الإسلامية عموماً، وفي ضوء تلك الحقيقتين، يمكن القول بأنّ المسائل المتعلقة بمباحث الأحوال الشخصية-باعتبارها فرعاً من فروع المنظومة التشريعية الإسلامية- منها ما هي متعلقة بمصالح أو مفسدات ثابتة ارتبطت بالأسرة منذ وجودها فهي لا تنفك عنها، ولا تتغيّر بتغير الزمان والمكان والأحوال والعادات التي يعرفها الأفراد والمجتمعات في كل عصر ومصر. ولذلك وضع لها الشارع الحكيم أحكاماً تكفّل بجلب ما كان منها مصلحة ثابتة، ودفع ما كان منها مفسدة ثابتة. أمّا المسائل الأخرى التي قد تكون في بعض الأحيان مصالح- أو أسباباً لمصالح- بالنسبة للأسرة، وفي أحيان أخرى تتحوّل إلى مفسدات- أو أسباباً لمفسدات- فإنّ الشارع الحكيم تكفّل بوضع المبادئ العامة التي تضمن جلب ما هو مصلحة ودرء ما هو مفسدة، تبعاً للملابسات الواقعة، وتبدّل سلوكيات وعادات وأعراف الناس.

هذا، ويجب التأكيد هاهنا على مسألة ذات أهمية بالغة، وتتمثل في أنّ أحكام مسائل الأحوال الشخصية التي تتسم بصفة الثبات والخلود أكثر بكثير من المسائل التي تتسم بصفة المرونة والتغيّر.

فالشارع الحكيم قد أحاط الأسرة بالكثير من الأحكام التفصيلية التي من شأنها أن تسدّ الباب أمام أي اجتهاد بشري فيها. و ما مردّد ذلك إلّا كون الأسرة كياناً اجتماعياً يعتبر اللبنة الأولى والأساس في بناء المجتمع، فكانت بذلك المعادلة الاجتماعية قاضية بأنّه: إذا ما صلح حال الأسرة صلح حال المجتمع. وإذا فسد حال الأسرة؛ فسد حال المجتمع. لذلك استلزم الأمر أن يحيط الشارع هذا الكيان ومختلف المسائل المرتبطة به فيما يخص نظام الأحوال الشخصية، بكل أسباب الصحة والعافية، والمتمثلة في الأحكام التشريعية التفصيلية، ويمنع من إجراء التجارب التشريعية المختلفة عليه، تبعاً لتبدّل الظروف والأحوال، وتباين ثقافات الناس وأهوائهم.<sup>1</sup>

فالناظر في آي القرآن الكريم يلحظ أنّه؛ " ليس ثمّة أمر اجتماعي حظي بما حظيت به قضية الأسرة بالأخص- ومن خلالها قضايا الأحوال الشخصية- من تشريع كلي متكامل يحوم على جميع تفاصيلها وأبعادها، على غير المعهود من تزلّلات الوحي التي تقتصر في

<sup>1</sup> الثابت والمتغير من أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مسعود بن موسى فلوسي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004، ص 435،460.

الغالب على تقرير الكليات والقواعد العامة، لتترك المجال بعد ذلك لتفصيلات السنّة النبوية الشريفة وبياناتها... ماعدا ما تعلق بالأسرة، فلا يكاد القرآن الكريم يسمح للسنّة الشارحة شيئا كثيرا. ولعلّ أضيق الاجتهادات الفقهية ما كان في حقل الأسرة. لاسيما ما تعلق منها بالثواب والأصول، وما خلاها فمحدود أيضا...

أمّا عن تفصيلات القرآن الكريم في شأن الأسرة المسلمة فراجعة إلى طبيعة هذه الخلية الإنسانية في المجتمع، لذلك أراد الشارع الحكيم دوّما تعطيل لسنة التطور، أن يشرّع للأسرة أصولا وقواعد تمنعها من العواصف والقواصف التي قد تقذف بها الأهواء وشتى المؤثرات، وسلاسل التطور ودواعي التغيير عبر الأحقاب، بحيث يكون حراكها في إطار من المبادئ و المثل والقيم الأساسية التي لا تبدّل فيها مجال أبدا ويكون الالتزام بها تعبّدا بحيث يقرّ أو يستقر ثابتا. وما هو ثابت بالنص تشريعا، وبالقرآن تفصيلا غير قابل للتغيير، ولا يكون مطلقا موضوع اجتهاد فقهي، اللهم إلا اجتهاد الفهم والإدراك والتطبيق.

ذلك أن ما يتقصده الشارع الحكيم سبحانه تجاه الخلية الأساسية الأولى للمجتمع بمنّة النص الصريح على الحكم فيها دون اشتباه أو غموض أو تعقيد أو إشكال، في ظل المجتمع الإسلامي الذي تغيّبه المصلحة العامة هو:

أ- وقايتها من عواصف الأهواء البشرية المتذبذبة على اختلافها.  
ب- سدّ أبواب المغامرة بالتقنيات الوضعية المحدودة التي تمزها شتى التطورات وتبدلات القيم وغيبيات لا تملكها. ذلك أن ابتغاء البديل في هذا المجال التشريعي عن أنظمة الشرع؛ ظلال بعيد وشطط عريض فإن كان للمزاحمة فهو إشراك، وإن كان للمدافعة بتأويل أو آخر فهو كفر، وما كان بزعم التطور والمعاصرة أو ادعاء الاستكمال فهو مرادف لاستنقاص الألوهية وتريب العبد وهو في الجملة سوء تقدير لعظمة المشرع جهالة.<sup>1</sup>

وللشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله كلاما طيبا في هذا الشأن، حيث قال: "ومما اشتمل عليه القرآن من أحكام، ما يتعلق بالأسرة، ويلاحظ أن القرآن فصلها بما لم يفصل به الأحكام في أيّ موضوع من موضوعات الأحكام الشرعية... وأتمت السنّة بيان القرآن في أحكام الأسرة، حيث لا تكاد تجد جزء من أحكامها لم يعتمد على النص، من الكتاب أو

<sup>1</sup> مقاصد التنزيل من تشريعات الأسرة الإسلامية، محمد البشير الهاشمي المغلي، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 03، جانفي 2000م، ص 163، 180.



السنة، وبالاستقراء لآيات الأحكام في القرآن لانبجأ أحكاماً قد بينت فيه كما بينت أحكام الأسرة.

ولعلّ عناية القرآن بالأسرة، وبيان أحكامها بالتفصيل لمقام إصلاحها للمجتمع إذا صلحت، ولكيلا ينكر أحد شرعها كما يفعل بعض الذين يحاولون محاربة أحكام القرآن في الطلاق والزواج والموارث.

ولقد كان يهتم القرآن كل جزء من بيان أحكام الأسرة بمثل قوله تعالى: ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾<sup>1</sup>، وقوله: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾<sup>2</sup>، ويمثل قوله تعالى-الذي ختم به بعض أحكام الميراث-: ﴿يُيَسِّرُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾<sup>3</sup>. وغير ذلك من النصوص التي تعد الخارج عن أحكام الأسرة خارج عن أحكام الله، خالعا للربقة الإسلامية، ظلما نفسه ضللا عن سواء السبيل. وإنّ الله ﷻ بهذا التفصيل في كتابه يضع لنا الحصن الحصين نحتمي به من غارات مقلدة الفرنجة الذين يحاولون أن يتحللوا من أحكام القرآن فيما يتعلق بالموارث والزواج والطلاق. وإنا نقول للذين قد ينخدعون فيهم، وهذا حكم الله الذي يجمع الأسرة، ويحفظها من الانحلال، وهذه أحكام الفرنجة التي تفك عراها، فاختاروا ما شئتم.<sup>4</sup>

فمباحث الأحوال الشخصية، تجمع في أحكامها بين عنصري الثبات والمرونة، فنجد الثبات في الأحكام القطعية، من زواج وطلاق وميراث، وغيرها من الشرائع التي تثبت بنصوص قطعية الثوب والدلالة في هذا المجال<sup>5</sup>، والتي لا يقوى، بل، وليس من حق أحد

<sup>1</sup> سورة الطلاق: الآية 01.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 176.

<sup>4</sup> أصول الفقه، ص 97-98.

<sup>5</sup> أوّد هنا الإشارة إلى بعض النماذج المتعلقة بعنصري الثبات والمرونة، في مباحث الأحوال الشخصية بشكل مجمل و مختصر:

أ- نماذج من الأحكام الثابتة في مباحث الأحوال الشخصية: الطبيعية الفقهية والقانونية للخطبة؛ فهي مجرد وعد غير ملزم بتحريم نكاح الحارم، قيام عقد الزواج على الرضائية المتمثلة في الإيجاب والقبول بين طرفي العقد، فلا يجوز إلزام أو إجبار أحدهما أو كلاهما على المضي في إنشاء أو تنفيذ عقد عن غير رضا فيه، ولاية الرجل على المرأة في الزواج، إباحة تعدد الزوجات. قوامه الزوج على زوجته ونفقتة عليه، الطرق الشرعية لثبوت النسب ونفيه، إباحة فك الرابطة الزوجية الإرادية بمختلف طرقها الشرعية، العدة الشرعية، اعتداد المطلقة في بيت الزوجية، أنصبة الإرث المحدد شرعا.

كائنا من كان، سواء مجمعا من الجامع أو مؤتمرا من المؤتمرات، أو برلمانا من البرلمانات،  
أورئيسا من الرؤساء... أن يلغي، أو يعطل أو يعدل شيئا منها.

ذلك أن الأصول الكلية، والمبادئ العامة التي ينبنى عليها تشريع الأحوال الشخصية،  
فضلا عن الأحكام المقررة بنصوص قطعية، وهي التي يكون الاجتهاد التشريعي في هذا  
المجال في إطارها، لذا فإنه لا يملك أحد لتلك الأصول والمبادئ والأحكام تغييرا ولا تبديلا؛  
قال تعالى: ﴿لَا مُبَدَّلَ لِكَلِمَاتِهِ﴾<sup>1</sup>، وذلك لتعلقها بالمصالح الإنسانية العليا الثابتة.<sup>2</sup>

وفي مقابل هذا النوع من الأحكام - الثابتة - نجد المرونة التي تمتد في مجال جزئيات  
الأحكام وفروعها العملية عن طريق الاجتهاد التشريعي في إطار توجيه تلك الأحكام و  
القيم والمبادئ الراسخة، استجابة للظروف المتغيرة، وبموجب اقتضاء الحاجة المصلحية؛  
زمانا ومكانا وحالا، حتى لا يقع الناس في حرج وضيق.<sup>3</sup>

وهكذا، تتبين لنا عظمة نظام الأحوال الشخصية - المستمدة حتما من الشريعة  
الإسلامية - في جمعه من غير تناقض ولا اختلال، بين الثبات والمرونة، بين الرسوخ والتطور.  
فهو نظام لم يوضع في شكل قوالب جامدة ولا جاهزة، ليصب الناس فيها كل أحوالهم  
وحالاتهم مهما تقدم وتغير الزمن. وإنما كان - ولا يزال - يتغير ويتطور في حدود ونطاق  
ما يقبل ذلك بحسب الرؤية المتوفرة والمصلحة الشخصية، والهدف المطلوب، وكذا بحسب  
الظروف والإمكانات.<sup>4</sup>

---

ب- نماذج من الأحكام المتغيرة في مباحث الأحوال الشخصية: مدى إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج، الاختلاف في  
مقدار الصداق ومقدار النفقة الواجبة على الزوج تجاه زوجته أو من تجب عليه نفقتهم كالأبناء والأبناء، الكفاءة  
وحدودها، الشروط الاتفاقية أو الجعلية لفائدة أحد أو كلا الزوجين، إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة، التلقيح  
الاصطناعي، وأطفال الأنابيب، حدود السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية - أو قاضي شؤون الأسرة - فيما  
يتعلق بالحقوق المالية المترتبة عن أي نزاع في حدود اختصاصه.

<sup>1</sup> سورة الكهف: الآية 27.

<sup>2</sup> خصائص التشريع الإسلامي في السياسة الشرعية، فتحي الدريني، ص 186 - الإسلام شريعة الزمان والمكان، عبد  
الله ناصح علوان، ص 28-29.

<sup>3</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 205.

<sup>4</sup> المنهج النبوي والتغيير المعاصر، يرغوث عبد العزيز بن مبارك، ص 33 (نقلا عن: منهج القرآن الكريم إصلاح  
المجتمع، محمد السيد يوسف، ص 425)

وعليه، وبتمام الحديث عن هذه الخاصية أو السمة من سمات مباحث الأحوال الشخصية، يتأكد لنا أنّ الإصلاح التشريعي الحقيقي، هو أن نتفهّم جيّداً حدود ونطاق ما يجب أن يتطور من مشتملات هذا النظام أو الفرع القانوني، فتبدّل وتستفرغ الجهود لتطويره وتغييره وتحسينه. كما نعرف أيضاً حدود ونطاق ما يجب أن يظلّ ثابتاً، راسياً من الأحكام والمبادئ والشرائع. ذلك أنّه وبهذه النظرة والتّصور والموقف الحكيم - فحسب - نواجه التطور ونوجّهه، لنفوز بالحسنين؛ نربح الدّنيا، ولا نخسر الدين.<sup>1</sup>

إنّه، ولأجل هذه الخاصية - الجمع بين الثبات والتغيير - التي ينعم بها التشريع الإسلامي - ومنه نظام الأحوال الشخصية - فقد كان لها دور كبير في جعله قادراً على التكيف ومواجهة التطور والملازمة مع كل وضع جديد، وجعل الشريعة في غاية القدرة على البقاء والتجدد، بحيث لا يحدث جديد إلاّ وللإسلام فيه حكم - إمّا بنص، أو باجتهاد فيما ليس فيه نص من خلال النظر في مختلف المصادر التشريعية الأخرى<sup>2</sup> - مستوعب لكلّ ما يستجد من الوقائع والحوادث.

ومن هنا، فإنّ مواكبة هذا التشريع للأوضاع المعاصرة، وما تتضمنه من حداثة وتطور أو تجدد وفي الوقت نفسه مراعاته للمصالح والحاجات، اقتضى ذلك وجود تغيير في الأحكام والاجتهادات فجاءت القاعدة الفقهية: "لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان"، مقررّة لذلك ودالة عليه، لما في تغيير الأوضاع والأحوال الزمنية من تأثير كبير في كثير من الأحكام الاجتهادية. وبما أنّ الأحكام الشرعية الهدف منها: جلب المصلحة ودرء المفسدة، فيكون لها ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية، وبالأخلاق عامة. ولهذا أفقّ الفقهاء المتأخرون في كثير من المسائل بعكس ما أفقّ به أئمة مذاهبهم، وذلك بسبب اختلاف الزمان وفساد الأخلاق، الذي تمكّن من خلاله الفقهاء من الوقوف على معنى تغيير الحكم.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 240.

<sup>2</sup> ينظر: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نصّ فيه، عبد الوهاب خلاف.

- الاجتهاد الاستصلاحي، نور الدين عباسي.

- آليات الاجتهاد، علي جمعة .

<sup>3</sup> ينظر: الإحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام، القرافي، ص 68-71.

- رسائل ابن عابدين، ابن عابدين، 125/2.

- إعلام الموقعين، ابن القيم 3/2.

- المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، 923-924.

فالمقصود بتغيير الحكم: " هو انتقاله من حالة كونه مشروعاً إلى حالة كونه ممنوعاً، أو أن يكون ممنوعاً فيصبح مشروعاً، باختلاف درجات المشروعية والمنع."<sup>1</sup> ومن المصطلحات التي تدخل في معنى "تغيير الحكم" - مفهوماً - مصطلح "التجديد"، بل، أنه يشير إلى المعنى الذي يحتمله لفظ "تغيير الحكم"، و زيادة<sup>2</sup>. لذا، كانت الحاجة إلى تجديد مباحث الأحوال الشخصية، تجديداً في جانبها المتحرك المتغير مُلحّة حتى تكون أحكامها قادرة على مساندة مغيرات الحياة، ومواكبة للتطور الذي يشهده العصر. وفيما يأتي بيان مجمل لدواعي وأسباب تغيير الأحكام الشرعية، بما يحقق مرونة وثبات هذه الشريعة الخالدة.

### المطلب الثاني: أسباب التجديد في مباحث الأحوال الشخصية

إنّ الشريعة الإسلامية ليست جامعة معلقة لا تراعي تطورات الحياة ولا تؤمن بجركتها المستمرة وتغيراتها المختلفة، بل، هي شريعة مفتوحة أبوابها للاجتهاد المستمر<sup>3</sup>. ذلك أنّ أحوال العالم والأمم وعوائدهم ونحلهم لا تدوم على وتيرة واحدة ومنهاج مستقر، وإثما هو اختلاف على الأيام والأزمنة وانتقال من حال إلى حال.<sup>4</sup> إنّ هذه الحقيقة الاجتماعية تستتبع بلا مرأى تبدل مصالح الناس بتبدل مظاهر المجتمع. ولما كانت مصالح العباد أساس الشريعة الإسلامية، كان من اللازم - المعقول - أن تتبدل الأحكام الشرعية، ومنها أحكام الأحوال الشخصية، وفق تبدل الزمان بتأثير مظاهر المحيط والبيئة الاجتماعية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، إسماعيل كوكسال، ص 27.

<sup>2</sup> ينظر: تجديد الفقه الإسلامي، جمال عطية و وهبة الزحيلي، ص 167.

- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، عبد الله محمد الجبوري، ص 91.

- مفهوم تجديد الدين، محمد سعيد بسطامي، ص 18.

<sup>3</sup> ينظر: المدخل إلى علم أصول الفقه، معروف الدواليبي، ص 318.

- منهج التغيير الاجتماعي في الإسلام، عبد الحميد محسن، ص 72.

- تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية، إسماعيل كوكسال، ص 60.

<sup>4</sup> مقدمة كتاب: العبر، ابن خلدون، ص 59.

<sup>5</sup> وقد ذهب المحامي صبحي في تعليق له حول قاعدة: " لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان"، إلى أنّها: "... عبارة ناقصة... تحتاج إلى زيادة عبارة: الأمكنة والأحوال."

لذا كان القصد من قاعدة: " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، إفادة التغيرات التي تظهر بمرور الزمان بسبب العوامل<sup>1</sup>.

والناظر في مختلف تلك العوامل والأسباب- أو الموجبات- المؤيدة لفكرة قابلية أحكام الشريعة عموماً- والأحوال الشخصية تحديداً- للتجديد، أو التغير الإيجابي، إنّما يلحظ أنّ بعضها من أصول الشريعة، وبعضها الآخر من خارج الشريعة، فكانت بذلك... أسباب التجديد موزعة بين: ذاتية وموضوعية.<sup>2</sup>

### الفرع الأول: الأسباب الذاتية

وترجع الأسباب الذاتية من حيث مصدرها إلى طبيعة التشريع الإسلامي ذاته، وتمثل في العناصر الآتية:

أولاً- المرونة: فقد انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع التي سبقتها باعتبار عنصر الزمن في تشريعها، بإضفاء صفة المرونة وسهولة التطبيق لأحكامها. فقد جعلت الفقه عنصر حضارة وبناء وتجديد، وجعلته يساير الزمن بفروعه المتنوعة، لا بأصوله القارّة الثابتة. لأنّ أكثر أصوله كلّية وتنطوي تحته قواعد عامة وجزئيات كثيرة. وهو ما تفتقده القوانين الوضعية- أيضاً- حيث نجدتها تنصّ على جزئيات وتفصيل عديدة قد توجد في مجتمع دون مجتمع، وفي عصر دون عصر، الأمر الذي يجعلها-دوماً- عرضة للتبديل والتغيير. لكن تميزت الشريعة الإسلامية بالمرونة الفائقة على الاستجابة لمختلف الظروف والبيئات مع أصالة لا تضيع معها معالمها و لا تذوب بسببها شخصيتها<sup>3</sup>.

لذا، كان ممّا يجب أن لانغفل عنه في هذا الصدد، أن لانتحدث عن المرونة بمعزل عن الثبات فهي من مظاهر الأصل الثابت. ذلك أنّ الجوهر إنّما يتغير على حسب الظروف مثلما يتغير شكل الماء على حسب الأواني، فالمرونة ليست فقدان الجوهر، بل، هي قابلية تطبيق الحكم على حسب الأحداث ووسعها وتطورها، وعدم اقتصره على شكل واحد.

- فلسفة التشريع في الإسلام، ص 267.

<sup>1</sup> أصول التشريع، بنتام، ص 63.

<sup>2</sup> تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، إسماعيل كوكسال، ص 62.

<sup>3</sup> الاجتهاد في الفقه والقانون، شقرون أحمد، مجلة الأكاديمي، المغرب، ديسمبر 1991م، ص 105.

لذلك كان من معاني مادة: "مرن" لغة؛ اللين<sup>1</sup>. لكنّه اللين في صلابة، أي في رسوخ للأسس الثابتة والدعائم الأصلية. وعليه كانت مرونة الشريعة تعني الوسطية بين الإفراط والتفريط. هذا، ومن أبرز مظاهر المرونة؛ كونها عامل من عوامل تغيير الأحكام الشرعية، بما فيها الأحوال الشخصية: المرونة في المصادر، في الأحكام، وكذا في القواعد الشرعية.

أ- المرونة في المصادر: وتبرز المرونة في غير القطعي من جهة الثبوت والدلالة في نصوص الكتاب والسنة وفي المصادر الاجتهادية -التي اختلف فقهاء الأمة في مدى الاحتجاج بها، ما بين موسّع ومضيق، ومعتبر وغير معتبر، مثل الإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح وقول الصحابي وشرع من قبلنا- فالذي تضمنته النصوص الشرعية من الأحكام قليل، والذي ثبت منها بالاجتهاد كثير، لذا تولّد بين معنى المرونة المتقدم، ومصادر الأحكام علاقة حميمة، فهي تعني في هذه المصادر أنّ هناك قوانين منضبطة ولكن مع القدرة على استيعاب كل التطورات والمتغيرات والنوازل. كما تعني بأنّ فهما واحد بعينه لهذه المصادر لا يملكها فرد أو جيل. ومعناها أيضا، أنّ التطبيق المثالي للأحكام العملية ليس مقصورا على صورة واحدة لا يتعدّها، وأنّ الحياة الإنسانية في تطورها وحركتها الدائبة، وأحداثها المتجدّدة لا بدّ أن تتمخّض في مجال الاجتهاد عن فهم جديد، ومعالجة جديدة تستجيب للواقع المعيش، في إطار القيم الثابتة للدين<sup>2</sup>.

إنّ مصادر الأحكام الشرعية ثابتة لا تتغير، ولكن فيها من المرونة ما يجعلها صالحة للبقاء وتحمل أعباء التنقل بين مختلف الأجواء<sup>3</sup>.

ب- المرونة في الأحكام: اقتضت الحكمة الإلهية في تشريع الأحكام، أن لا تسردها كلّها سردا تفصيليا مستوعبا، بل اقتضت أن تعرض أصولا وأحكاما رئيسة هامة، وتركت بعد ذلك الباب مفتوحا لأولى العلم والبصيرة ليردّوا الفروع إلى الأصول، والجزئيات إلى الكلّيات، وما لا نصّ فيه إلى المنصوص عليه وهذا مظهر من مظاهر الخصوبة والمرونة في الأحكام الفقهية المختلفة، وهو كذلك دليل اتّساع الشريعة لتقبل كل ما تقتضيه المصلحة

<sup>1</sup> مختار الصحاح، الرازي، ص 318.

<sup>2</sup> الفقه الإسلامي والتطور، محمّد فنجي عثمان، ص 78.

<sup>3</sup> التجديد في الفقه الإسلامي، محمّد الدسوقي، ص 50.



والعدالة في أحكام اجتهادية، ويجد أهل الذكر الأسس والمباني الصالحة في الكتاب والسنة للتفريع والتفصيل<sup>1</sup> لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾<sup>2</sup>. وتظهر المرونة أيضا في الأحكام التي ثبتت بنصوص ظنية، ولم يرفعها الإجماع إلى درجة القطعية. وهي معظم جزئيات الأحكام وفروعها العملية، ومنها<sup>3</sup>: اختلاف القراءات وعدم الإطلاع على الحديث والشك في ثبوته، والاختلاف في فهم النص وتفسيره والاشتراك في اللفظ، وتعارض الأدلة، وعدم وجود نص في المسألة... هي من الأسباب الداخلية أو الذاتية، التي تؤيد مرونة الشريعة الإسلامية<sup>4</sup>.

ج- مرونة القواعد الشرعية: وتتمثل أساسا في القواعد الفقهية والقواعد الأصولية.  
1- القواعد الفقهية<sup>5</sup>: وهي القواعد التي تتعلق بموضوع الأحكام الفرعية<sup>6</sup>. وهذا الموضوع يعد من أهم موضوعات الفقه الإسلامي، فهو موضوع يتفاعل مع تطورات الحياة، في

<sup>1</sup> تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية، إسماعيل كوكسال، ص 66.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 59.

<sup>3</sup> أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى الخن، ص 38 وما بعدها.

<sup>4</sup> ينظر: الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، الدهلوي، ص 02 وما بعدها.

- المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، فتحى الدريني، 267/1 وما بعدها.

- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحى الدريني، 107/1 وما بعدها.

<sup>5</sup> القواعد في اللغة: أسس الشيء وأصوله؛ حسيًا كان كقواعد البيت، أو معنويًا كقواعد الدين أو دعائمه.

ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 355/3، مختار الصحاح، الرازي، ص 283.

أما في الاصطلاح: فقد عرف الأصوليون القواعد بتعريفات متقاربة، بعضهم راعى فيها أنها جامعة لما تحتها من الفروع من دون التفات لأي مستثنى. وبعضهم راعى فيها الأكثرية، بمعنى أنها مبنية على الأكثر باعتبار أن لكل قاعدة مستثنيات.

\* فعرفها من يرى ضرورة مراعاة فكرة الجامعة بأنها: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها وتسمى فروعاً.

ينظر: التعريفات، الجرجاني، ص 71 - الكليات، الكفوي، ص 48 - كشاف اصطلاحات الفنون، التهانوي، 1177/5.

- التلويح على التوضيح، التفتزاني، 20/1.

\* و أما الذين راعوا في القاعدة ما يستثنى منها، فقد عرفوها بأنها:

الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه.

ينظر: الأشباه والنظائر، السبكي، 11/1 - غمز عيون البصائر، الحموي، 22/1.

- القواعد الفقهية، الندوي، ص 42 - القواعد الفقهية، عبد العزيز محمد عزام، ص 12.

<sup>6</sup> التنظير الفقهي، جمال الدين عطية، ص 102.

مختلف فروعها ومستجدات الوقائع، ذلك أنه يتضمن كثيرا من القواعد التي تتمتع بسعة ومرونة إلى جانب أنها محيطة بكثير من الجزئيات والفروع، فمن نظر إلى هذه القواعد أدرك مكانة وصلاحيه الفقه، في مختلف أبوابه، لتقديم الحلول الناجعة لأي مشكل من مشاكل الحياة، ومسايرة التطورات الحادثة في جميع الأزمنة والأمكنة<sup>1</sup>. بمعنى أن الفروع والجزئيات التي تندرج تحت مشتمل القاعدة الفقهية الواحدة في ازدياد مستمر بحسب متطلبات العصر، ومقتضيات الأحوال والظروف والملابسات بحيث تلبي القاعدة حاجة الفقيه في التعرف على حكم الله فيما جدّ، وما قد يجدّ من الفروع والجزئيات المندرجة تحت القاعدة، إذ ما من صغيرة ولا كبيرة يحتاج إليها الناس في شؤون دينهم ودنياهم، إلاّ شملها التشريع الحكيم ووسعها بيانه<sup>2</sup>.

وتكمن أهمية هذه القواعد في أنّها؛ تساعد على الحفظ والضبط وبيان الاستثناءات، وتربي الملكة الفقهية للباحث، وتيسر له تتبع جزئيات الأحكام للاستدلال بها واستنباط الأحكام منها<sup>3</sup>. كيف لا وهي التي يسهل بها على الدارس المقارنة بين المذاهب، فتكون المقارنة بين الكليات والنظريات، لا بين الفروع الجزئية بعضها ببعض. كما تتيح لرجال القانون الفرصة الكافية للاطلاع على التراث الفقهي دون الرجوع إلى المطولات الفقهية<sup>4</sup>. كما أنّ من شأن ذلك أن يمكن غير المتخصّصين في علوم الشريعة من الاطلاع على هذا التراث الفقهي في يسر وسلاسة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ثبات الأحكام الشرعية وتغيرها، سعيد فكرة، ص 123.

<sup>2</sup> القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، محمد بكر إسماعيل، ص 07.

<sup>3</sup> ولهذه المعاني وغيرها، وجدنا الفقهاء والقضاة القدماء - وكذا المعاصرين - اعتنوا بها، فألّفوا فيها كتباً، واستشهدوا بها في فتاويهم أفضيتهم، وأشادوا بقيمتها العلمية والعملية على السواء. فقد ذكر الإمام القرّافي - وغيره - ذلك قائلاً: "فهذه القواعد عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بما يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويعرف، وتتضح مناهج الفتوى وتكشف... ومن جعل تخرّج الفروع بالناسبات الجزئية اضطربت وضاعت نفسه لذلك، وقنطت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى، وانتهى العمر ولم تقض نفسه من طلب مناهها. ومن ضبط الفقه بقواعد استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات و اتّحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب".

نظر: الفروق، 03/1، الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 5، 7. القواعد، ابن رجب، ص 2، 3، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 975/2، القواعد الفقهية وتطبيقاتها، عبد المؤمن بلباقي، المقدمة (الصفحة: أ)

<sup>4</sup> المدخل الفقهي وتاريخ التشريع، عبد الرحمن الصابوني، خليفة بكر، ص 386.

<sup>5</sup> القواعد الفقهية، عبد العزيز محمد عزام، ص 69.

وفي هذا الشأن يقول الإمام القرافي رحمه الله: "إذا رأيت الأحكام مخرّجة على قواعد الشرع مبنية على مأخذها، نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها."<sup>1</sup>

2- القواعد الأصولية: والمقصود بها؛ القواعد التي تتناول مباحث أصول الفقه وتحكمها وضبطها.<sup>2</sup> وهي القواعد التي توزن بها الأدلة التفصيلية عند استنباط الأحكام الشرعية العملية منها.<sup>3</sup>

وهذه القواعد ليست على وصف واحد، بل، منها ما هو ثابت لا يتغير مثل كون عبارة النص - أي المنطوق الصريح - أقوى الدلالات، ومثل قاعدة: "المطلق يجب العمل به على إطلاقه إذا لم يكن قيد قيده." وقاعدة: "إن المقيّد يعمل بقيده." ومنها القطعي، ومنها ما هو مختلف فيه. وهذا المختلف فيه من القواعد الأصولية هو الذي يمثّل مجالاً رحباً للمرونة الشرعية.

ومن مظاهر هذه المرونة:

\* القواعد المتعلقة بطرق دلالة الألفاظ على الأحكام؛ فقد اختلفت آراء العلماء في مسائل كثيرة، منها: مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة، وعموم المقتضى.

\* القواعد الأصولية المتعلقة بدلالة الألفاظ من حيث الشمول وعدمه؛ فما أكثر اختلاف العلماء في مسائل الخاص والعام، والمطلق والمقيّد.

\* القواعد الأصولية المتعلقة بالأمر والنهي.<sup>4</sup>

وتأسيساً على ما تقدّم ذكره، يمكن القول بأن مرونة الشريعة الإسلامية، ومن خلالها الفقه الإسلامي في شتى فروعها، لا تعني الميوعة. فهذه لا تعرف الضوابط أو الروية وإحكام الأمر، وإنما تحكمها الأهواء والتزوات، ولا يمكن مع عدم القوانين والقواعد أن تكون هناك مرونة، وإنما تعني بإيجاز؛ الامتداد بقدر ضغط الواقع، ولكن، وفق الأصول والأسس

<sup>1</sup> الذخيرة، 34/1.

<sup>2</sup> التنظير الفقهي، جمال الدين عطية، ص 102.

<sup>3</sup> فالقاعدة الأصولية هي: قضية كلية يتوصل بها الفقيه إلى استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية.

ينظر: القواعد الفقهية، عبد العزيز محمد عزام، ص 15.

<sup>4</sup> أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى الحن، ص 119، 197. وقد عرض في خاتمة هذا الكتاب لبعض مسائل النكاح كمسائل تطبيقية وضّح فيها موضوع دراسته (ص 559 وما بعدها)

الشرعية، أو القواعد الموجهة للتغيير والتجدد. فالمرونة إذا: "الين في صلابته، وثبات في تطوره."<sup>1</sup>

**ثانياً- التيسير ورفع الحرج:** إن من أبرز سمات الشريعة الإسلامية؛ التيسير ورفع الحرج. هو أصل عظيم ومقصد نبيل جاءت به الشريعة لتقدم يسرها وسماحتها، وسهولة التعامل معها والتعايش بها- وهذا التيسير مبني على رعاية ضعف الإنسان، وكثرة أعبائه، وتعدد مشاغله، وضغط الحياة ومتطلباتها عليه. وشارع هذا الدين رؤوف رحيم، لا يريد بعباده عنتاً ولا رهقاً، وإنما يريد لهم الخير والسعادة وصلاح الحال والمآل في المعاش والمعاد. كما أن هذا الدين لم يأت لطبقة خاصة، ولا لعصر معين، ولا لإقليم محدود.. بل جاء عامّاً لكافة الناس، في كل الأرض ولكل الأزمان والأجيال. وإن نظاماً يتسم بهذا التعميم، وهذه السعة لا بد أن يتجه إلى التيسير والتخفيف، ليتسع لكل الناس، وإن اختلف بهم المكان والزمان والحال.<sup>2</sup>

إنه كلما تقادم الزمان وانصرم كلما زادت الحاجة وتشعبت، فازدادت الحاجة إلى إعمال لهذا الأصل العظيم، وفي عصرنا الحاضر والذي باغته تطور و تسارع في التقنيات، وتزاحم في التوازل والملمّات التي لم تقتصر على ناحية دون أخرى، بل، أصابت كل بقعة منها فتغيرت معها كثير من مناهج الحياة وأساليب التعامل وطرائق التفكير والفهم. فكانت نقلة صاحبها اختلال في التوازن وقصور في التعامل واضطراب في التصورات والمفاهيم حول موقف الشريعة الإسلامية ومبادئها ومنطلقاتها من كل ذلك.<sup>3</sup>

و لا ريب بشمولية هذا التشريع، وقدرته على البقاء والعطاء و تجاوز النكبات والأزمات والتصدي للمتغيرات والمستجدات بما أودعه الله من خصائص، أجّلها وأعظمها التيسير وحال المشقة والحاجة.

وقد تضافرت الأدلة الشرعية على إثبات هذا الأصل واعتباره مبدأ أساساً من المبادئ التي يقوم عليها المنهج الإسلامي عامة، والتشريع الإسلامي خاصة.

<sup>1</sup> التجديد في الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي، ص 50.

<sup>2</sup> ينظر: الخصائص العامة للإسلام، يوسف القرضاوي، ص 163 - منهج القرآن في إصلاح المجتمع، محمد السيد يوسف، ص 467.

<sup>3</sup> المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل الهويريني، ص 225، 226.

فقد جاء في القرآن الكريم؛ قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾.<sup>1</sup> وقوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾.<sup>2</sup> وقوله أيضا: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾.<sup>3</sup> فقد نفى القرآن الكريم عن هذا المنهج العنت والعسر، وأثبت له التخفيف والتيسير في جميع أمور الدين، وكافة أنشطة الحياة الجادة.<sup>4</sup>

وجاءت السنة النبوية تؤكد هذا الاتجاه القرآني إلى التيسير، ومما ورد فيها: قوله ﷺ: "إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق."<sup>5</sup>

وعن عامر بن أبي موسى الأشعري عن أبيه قال: لما بعثه رسول الله ﷺ ومعاذ بن جبل إلى اليمن قال لهما: "يسرّا ولا تعسرّا وبشّرا ولا تنفّرّا وتطاوعا ولا تختلّفا."<sup>6</sup>

وعن أمّ المؤمنين عائشة رضي الله عنها قالت: "ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا أخذ أيسرهما ما لم يكن إثما..."<sup>7</sup>

وأحاديث النبي ﷺ و موافقة غير ذلك كثيرة و جليّة، و حسبنا هذه الشواهد من بحر السنّة الزّاخر بآيات التيسير في مختلف مناحي الحياة.

واستنادا على هذه النصوص، أقرّ علماؤنا قديما وحديثا بأنّ التيسير ورفع الحرج؛ قد جمع بين كونه:<sup>8</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 185.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 286.

<sup>3</sup> سورة الحج: الآية 78.

<sup>4</sup> ينظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 301/2 - في ظلال القرآن، سيد قطب، 1/374.

<sup>5</sup> أخرجه البيهقي وأحمد:

السّنن الكبرى، كتاب الصلاة، باب القصد في العبادة، 18، 19/3.

مسند الإمام أحمد، 199/3.

قال الهيثمي: رجاله موثوقون - مجمع الزوائد، 62/1.

<sup>6</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب أمر الوالي إذا وجّه أميرين إلى موضع، ص 855.

صحيح مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب الأمر بالتيسير وترك التنفير، ص 509.

<sup>7</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ، ص 430.

<sup>8</sup> ينظر: المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل الهويريني، ص 203 وما بعدها.

\* مقصداً شرعياً كلياً يشمل جميع أجزاء الشريعة ومناهجها. قال الشاطبي رحمه الله: " فإنَّ رفع الحرج مقصود للشارع في الكليات، فلا تجد كَلِيَّةً شرعية مكلفاً بها وفيها حرج كلّي أو أكثرى البتة وهو مقتضى قوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾..."<sup>1</sup>

\* دليلاً أصولياً في الظنيات الخاضعة للنظر المصلحي والاجتهاد المقاصدي يؤثر في وضع الحكم وتوجيه الفتوى.<sup>2</sup>

\* قاعدة كلية كبرى في الفقه وهي: المشقة تجلب التيسير.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الأسباب الموضوعية

ويقصد بها: جملة الأسباب التي لا ترجع من حيث مصدرها المباشر إلى طبيعة الشريعة الإسلامية، وإنما إلى عناصر خارجية - عقلية أو واقعية - تؤدي إلى تفعيل حركة التجديد. إنَّ الشريعة الإسلامية بما اشتملت عليه من أحكام وخصائص اصطفت بها جعلتها - بلا شك - قادرة على مساندة الحياة في مختلف أبعادها، و مواكبة التغير والتطور الذي يشهده العصر مما يدعو إلى ضرورة التجديد فيما يقتضي ذلك في مختلف المجالات، ولعلَّ منها الأحوال الشخصية.

لذا، يمكن أن نقف على دواعي التجديد في هذا المجال التشريعي، وذلك من خلال النقاط الآتية<sup>4</sup>:

1- ارتباط فقه الأحوال الشخصية بواقع الناس المتغير بسبب الزمان والمكان؛ لذا كانت الأحكام المبنية على أعراف الناس وعوائدهم، بحاجة إلى إعادة النظر والمراجعة في أحكامها كلما احتاج الأمر إلى ذلك، نظراً لتغير الأعراف والعوائد، و دفعا للحرج والمشقة الذي قد يترتب على تطبيق الحكم الشرعي.

<sup>1</sup> الموافقات، 45/1.

<sup>2</sup> ينظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور، ص 183.

- مقاصد الشريعة الإسلامية وأثرها في الترجيح، يمينة سعد بوسعادي، ص 191 وما بعدها .

- نحو تفعيل دور مقاصد الشريعة، جمال الدين عطية، ص 183.

<sup>3</sup> ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 84 - الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 18.

<sup>4</sup> ينظر: تجديد الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ص 167، 168،

- تغير الاجتهاد، وهبة الزحيلي، ص 77، 81.

- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، عبد الله الجبوري، ص 99، 101.



2- إعادة مدارس التراث الفقهي في مسائل الأحوال الشخصية؛ وذلك بإعادة عرض مختلف تلك المسائل بالوقوف على صورتها وبيان مدى انطباقها وموافقتها للقضايا الحديثة والمعاصرة، وتجنب ذكر المسائل التي لم يعد لها وجود في العصر الحاضر، مما ورد ذكره في المؤلفات والمصنفات و الأسفار الفقهية القديمة. وبهذا يتم إعطاء الكتب الفقهية أهميتها في إعادة البحث والدراسة لما جاء فيها بأسلوب واقعي معاصر. وفي الوقت نفسه عرضها بأسلوب بعيد عن الصعوبة سواء في فهم العبارات والمصطلحات، أم في طريقة البيان<sup>1</sup>.

3- ما تشهده الحياة من التقدم العلمي، الطّبي والتقني الذي أفرز قضايا ومستجدات بحاجة إلى دراسة من الناحية الشرعية، والوقوف على صورها وتزليل الأحكام الشرعية عليها، لإعطائها الحكم الشرعي المناسب لها، وفق المنهج الشرعي الاستنباطي القويم الذي حدّده العلماء المسلمون قديما وحديثا، من دون إفراط ولا تفريط<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: التجديد في الفقه الإسلامي، محمد الدسوقي، ص 68، 70.

- الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، يوسف القرضاوي، ص 37.

- العقل الفقهي معالم وضوابط، نوار بن الشّلي، ص 93.

- تجديد الفقه الإسلامي، جمال عطية، ص 45، 49.

- تجديد المنهج في تقويم التراث، طه عبد الرحمن.

<sup>2</sup> ينظر: المنهج في استنباط أحكام النوازل، وائل الهويريني، ص 203 وما بعدها.

- مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر الأشقر.

- المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في مسائل الأحوال الشخصية، صفاء العياصرة، ص 63 وما بعدها.

- قضايا الفقه والفكر المعاصر، وهبة الزحيلي، ص 83، 427.

## الفصل الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية

وسأعرض في ثنايا هذا الفصل من الدراسة لبيان كل من تطور تقنين مباحث الأحوال الشخصية في البلاد العربية في مبحث أول، ثم أبين في مبحث آخر تطور تقنين مباحث الأحوال الشخصية في الجزائر المراد. و فيما يأتي تفصيل ذلك.

### المبحث الأول: تطور تقنين الأحوال الشخصية في البلاد العربية

#### المطلب الأول: المرحلة الممتدة من عهد النبوة إلى صدور مجلة حقوق العائلة

كانت سلطة التشريع، القضاء والفتيا في عهد النبوة في كل ما كان يواجهه المسلمون من قضايا يومية وحياتية تختص بالمنازعات المتعلقة بالحقوق فيما بينهم- بما في ذلك قضايا الأحوال الشخصية- موكولة إلى النبي ﷺ. فكان المرجع في ذلك. ومع أنه ﷺ لم يترك فقها مدونا، فقد ترك جملة من الأصول والقواعد الكلية إلى جانب بعض الأحكام والأقضية الجزئية، يرجع إليها القاضي المجتهد للفصل فيما يعرض عليه من قضايا ومسائل بما يفقهه أو يفهمه من نصوص الكتاب والسنة، وإلا اجتهد رأيه؛ فقاس الشبيه على شبيهه في حدود ما يحقق المصلحة، ولا يخرج عن القواعد العامة<sup>1</sup>.

وبعد هذا العهد- عهد الصحابة- وجد القضاة مصدرا ثالثا- بعد الكتاب والسنة- يرجعون إليه ويأخذون منه وهو: أقوال الصحابة وما أفتوا به، من غير أن يكون القاضي ملزما في ذلك بقول أو فتوى بعينها- إلا ما اتفقوا عليه- أما ما اختلفوا فيه، فكان له أن يتخير من بينها ما يراه الأصح للتطبيق فيما يعرض عليه<sup>2</sup>، فإن لم يجد القاضي في المراتب الثلاث ما يقضي به في القضية المعروضة عليه، كان له أن يجتهد رأيه.

ذكر ابن القيم رحمه الله في معرض بيانه لأنواع الرأي المحمود ما نصه: "...النوع الرابع من الرأي المحمود: أن يكون بعد طلب علم الواقعة من القرآن، فإن لم يجدها في القرآن ففي السنة، فإن لم يجدها في السنة فبما قضى به الخلفاء الراشدون أو اثنان منهم أو واحد، فإن لم

<sup>1</sup> القضاء الشرعي السنّي، حسن موسى الحاج موسى، ص 33.

<sup>2</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمد سلام مذكور، ص 118.

يجد فيما قاله واحد من الصحابة رضي الله عنه ، فإن لم يجد اجتهد رأيه ونظر إلى أقرب ذلك من الكتاب والسنة وأفضيه الصحابة رضي الله عنهم ، فهذا هو الرأي الذي سوغه الصحابة واستعملوه، وأقر بعضهم بعضا عليه...<sup>1</sup>

وقد استمر العمل بهذا التدرج في طلب الأحكام فيما يعرض من أقضية، طيلة العهد الأموي وشرطرا من العهد العباسي، إذ لم يكن القاضي - كونه مجتهدا - ملزما برأي معين<sup>2</sup>. في الوقت الذي كان يرجع القضاة وأكثرهم على مذهب أبي حنيفة، إلى كتب الفقه، إلى أن ولي أبو يوسف رحمه الله منصب قاضي القضاة - في زمن خلافة هارون الرشيد - هو من يختار القضاة ويقصرهم على القضاء بمذهب الإمام أبي حنيفة آنذاك. ثم أصبح التطبيق القضائي الرسمي للدولة العباسية يقتصر على المذهب الحنفي - إلا ما كان من القضاء في الأندلس، حيث كان يعتمد المذهب المالكي - إذ كان السلطان لا يُعيّن أحدا في القضاء هناك إلا من يرشحه الإمام يحيى بن يحيى الليثي المالكي، الذي كان لا يرشح إلا من الفقهاء الآخذين بمذهب مالك المقلدين له. وكذا في بلاد الشام، التي كان القضاء فيها من أتباع الإمام الأوزاعي رحمه الله الذين يطبقون مذهبه<sup>3</sup>.

ولما ضعفت الدولة العباسية، انتقل القضاء من - على - مذهب الإمام أبي حنيفة - السائد - إلى مذاهب أخرى؛ فكان القضاء على المذهب الشيعي في بلاد المغرب، مصر والشام أيام الدولة الفاطمية، فمذهب الشافعية في مصر والشام أيام الدولة الأيوبية. ليعود بعدها القضاء على مذهب الحنيفة.

ولما قامت دولة المماليك، رجع القضاء على مذهب الإمام الشافعي، ثم المذاهب السنّية الأربعة وإن بقيت السيادة والرياسة للمذهب الشافعي.

<sup>1</sup> إعلام الموقعين، 68/1.

<sup>2</sup> يذكر لنا التاريخ أن الخليفة العباسي أبو جعفر المنصور - وقيل هارون الرشيد - قد همّ أن يجعل من موطأ الإمام مالك قانونا يرجع إليه، وتحتكم إليه مختلف أقطار الخلافة الإسلامية، فأبى عليه الإمام مالك ذلك موقرا أصحابه رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع، وافترقوا في الأمصار، وكل عند نفسه مصيب، وفي رواية أجابه الإمام مالك بقوله: "يا أمير المؤمنين إن اختلاف العلماء رحمة الله بهذه الأمة، كل يتبع ما صحّ عنده، وكل على هدى، وكل يريد الله".

ينظر: مناقب مالك، السيوطي، ص 46، مالك حياته وعصره - آراؤه وفقهه - محمد أبو زهرة، ص 187.

<sup>3</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمد سلام مذكور، ص 19، عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، ص 20، 16.

وقد استمر الأمر على تلك الحال إلى أن وليت الدولة العثمانية الحكم في مصر والشام، فكان المذهب الحنفي مذهبها الرسمي - وإن بقي إلى جانبه المالكي والشافعي - إلى أن تمّ توحيد القضاء على الأخذ بالمذهب الحنفي في كلّ من مصر والشام والعراق في عهد محمّد علي<sup>1</sup>.

وعليه، فقد كان القضاء في مسائل الأحوال الشخصية جزء من القضاء في سائر الأحكام الشرعية، إذ كان القاضي في ظلّ الدولة الإسلامية يحكم بالشرعية الإسلامية في مختلف القضايا المالية والجزائية والتجارية وغيرها، مستمداً أحكامه في ذلك من الشريعة الإسلامية فحسب<sup>2</sup>.

إلاّ أنّه، ولما دبّ الضعف في أرجاء الدولة العثمانية، وتطورت الحياة الاجتماعية وبعد احتكاك واتصال العالم الإسلامي بالحضارة الغربية، اتّجه القضاء إلى الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية وبين غيرها من أحكام المعاملات الأخرى. فكان أن لجأت الدولة العثمانية إلى تقنين أحكام الفقه الإسلامي. فأصدرت: مجلة الأحكام العدلية، وقانون حقوق العائلة.

<sup>1</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمّد مصطفى شليبي، ص 32.

شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 09/1.

<sup>2</sup> يرجع لجوء الدولة العثمانية إلى تقنين أحكام الفقه الإسلامي في دائرة المعاملات المالية - ابتداء - إلى عدة اعتبارات لعل أهمّها:

أ- كون أحكام الفقه الإسلامي - الحنفي منه باعتباره المذهب الرسمي للدولة - منثور في المصنفات الفقهية، المتفاوتة من حيث الصعوبة في استنباط الأحكام. إذ قد تجد في المسألة الواحدة أقوالاً وآراءً مختلفة - حتّى عند الإمام الواحد - قد تصل درجة التعارض - فضلاً عن صعوبة اللغة الفقهية المعتمدة في هذه المصنفات، مما يؤدي إلى صعوبة الترجيح بين تلك الأقوال والآراء.

ب- وجود نوعين من المحاكم: المحاكم النظامية وهي التي تخضع للتشريع الأجنبي، والمحاكم الشرعية والتي تحتكم إلى الشريعة الإسلامية، وفق أصول المذهب الحنفي. فقضاة هذا النوع من المحاكم لم يكونوا متمرّسين بما يلزم لفهم الأفضية واستنباط الأحكام اللازمة، أو الترجيح بين الآراء في كتب المذهب، فليست لديهم الملكة الفقهية المطلوبة لذلك.

ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، محمّد مصطفى شليبي، ص 31، 32.

- نشأة القوانين وتطورها، محمّد علي جعفر، ص 230 وما بعدها.

- معالم التجديد الفقهي في المنهج الإسلامي، أشرف عبد العاطي الميمي، ص 132، 133.

أولاً- مجلّة الأحكام العدلية<sup>1</sup>: لقد أحسّت الدولة العثمانية بخطور القوانين الوضعية الذي بات يهدد في عرضه الجذاب، وتنسيقه المحكم بضرورة تقنين أحكام الفقه الإسلامي ليسهل الرجوع إليها وأخذ الأحكام منها. فصدرت الإرادة السلطانية بتأليف لجنة من مشاهير الفقهاء برئاسة وزير العدل لوضع هذه المجموعة التي أتمت عملها خلال سنوات (1285-1293هـ) وقد وضعت اللجنة مجموعة من الأحكام منتقاة من فقه المذهب الحنفي<sup>2</sup>، ورُتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة. ولكنّها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام مسلسلة كالقوانين الحديثة، ليسهل الرجوع إليها، والإحالة عليها، وقد جاءت في: 1851 مادة فقهية، بدأ العمل بها بتاريخ: 26 شعبان 1293 هـ- الموافق لسنة 1876م.

ولقد سدّت هذه المجلة<sup>3</sup> - في حينها- فراغا كبيرا في عالم القضاء والمعاملات الشرعية. فبعد أن كانت المسائل مبعثرة في كتب الفقه العديدة، وكانت الفتاوى والأقوال متعددة ومختلفة في الموضوع الواحد، أصبحت الأحكام الشرعية واضحة، ثابتة لا يحتاج رجال القانون إلى كبير عناء لفهمها وتطبيقها. وبعد أن كانت الشروح والحواشي تصنّف على متون المختصرات وأمّهات كتب الفقه أصبح الشرح منحصرا في مواد المجلة، لأجل تفسير معانيها، وبيان مصادرها وأدلتها<sup>4</sup>.

لكن، وإن كانت المجلة بمثابة قانون ينظم المعاملات المالية، إلا، أنّها لم تخل من الإشارة إلى بعض مسائل الأحوال الشخصية- التي بقيت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية التي

<sup>1</sup> لمزيد فائدة حول ما يتعلق بهذا القانون ينظر المؤلفات الآتية:

- فلسفة التشريع في الإسلام، صبحي الحمصاني، ص 87 وما بعدها.

- مقدمة في إحياء فقه الشريعة، علي محمد معوض، عادل عبد الموجود، 297/2، 298.

<sup>2</sup> يلاحظ بأن نصوص المجلة وإن لم تخرج عن حدود ما جاء في المذهب الحنفي، إلا أنّها لم تقتصر على الأخذ بالقول الراجح منه بل أخذ واضعها ببعض الأقوال المرجوحة رعاية المصلحة الزمنية التي اقتضتها الحاجة.

ينظر: المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، ص 109.

- تاريخ التشريع الإسلامي، محمد حسين مقبول، ص 109.

<sup>3</sup> وسمّيت "المجلة" بهذا الاسم: "لأنّها كانت تصدر أبوابا متتابعة، فأشبهت في صدورها الجلات". ينظر: تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، ص 339.

<sup>4</sup> كانت المجلة محل شرح وتعليق عدد من القانونيين، لعلّ من أشهر تلك الشروح: درر الحكام شرح مجلة الأحكام- حيدر علي- و: شرح المجلة- سليم رستم.

تطبيقها المحاكم الشرعية باعتبارها صاحبة الاختصاص<sup>1</sup> وذلك من خلال ماورد في الكتاب التاسع (09) والمتعلق بـ: أحكام الحجر، أهلية الصغار، وسائر فاقدى الأهلية<sup>2</sup>.

وأما عن عدم تدوين مختلف أحكام الأحوال الشخصية، مع أهمية هذه الأمور في شريعة الإسلام وفي حياة الناس، فإن الأمر يرجع إلى جملة أسباب نورد منها<sup>3</sup>:  
أ- المبررات المتعلقة بمسألة تعدد الحكم الشرعي في القضية الواحدة من قضايا الأحوال الشخصية.

ب- تعدد الملل والطوائف في الدولة العثمانية.

ج- سياسة التسامح التي دفعت بالدولة العثمانية إلى أن تترك لغير المسلمين حريتهم في أمورهم المذهبية.

**ثانياً- قانون حقوق العائلة:** استمر العمل بأحكام المذهب الحنفي في مسائل الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم الشرعية-أو الإسلامية- إلى غاية سنة 1336هـ - 1917م. حيث أصدرت الدولة العثمانية أول تقنين للأحوال الشخصية تحت مسمى: "قانون حقوق العائلة"<sup>4</sup> - مقتبس من هذا المصطلح المستحدث من الغرب<sup>5</sup>.

إلا أن ما يميّز هذا القانون عن مجلة الأحكام العدلية- وإن كان قد صدر على شاكلتها من حيث منهجية إعداده وصياغته- أنه لم يقتصر على الأخذ من مصادر المذهب الحنفي فحسب، بل عمد إلى الأخذ في كثير من المسائل من غير المذهب الحنفي، وهي المذاهب السنّية الثلاثة الأخرى نحو<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 10/1.

<sup>2</sup> ينظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، حيدر علي، المواد 107، 914، ص 612 وما بعدها.

<sup>3</sup> ينظر: القضاء الشرعي السنّي، حسن موسى الحاج موسى، ص 39 - تاريخ الفقه الإسلامي، عمر سليمان الأشقر، ص 187.

<sup>4</sup> ينظر: عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، ص 22، المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 1/207، المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، ص 110.

<sup>5</sup> الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن الصغير، ص 35.

<sup>6</sup> ولعل من الأسباب الداعية إلى عدم الاقتصار على المذهب الحنفي بعينه:

أ- رفع الحرج والتيسير في الأحكام الفقهية: ذلك أن الاقتصار على مذهب فقهي واحد قد يوقع الناس في عسر وحرَج من أمرهم، كما هو الحال في مسألة زوجة المفقود في المذهب الحنفي.

ب- فكرة ظهور الحدود بين الدول المعاصرة، ومنه نشوء مفهوم الجنسية، وسريان أحكام القانون من حيث المكان، أو ما تعرف بـ: تنازع القوانين من حيث المكان.



- اعتبار عقد الزواج صحيحا والشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها-  
وفق ما هو معتمد في المذهب الحنبلي.

- التفريق القضائي الإجباري بين الزوجين متى طلبت الزوجة ذلك- وفقا للمذهب المالكي.

- إطلاق حرية الزوجة- وفقا للمذهب المالكي- في الزواج، بعد مضي أربع سنوات(04)من فقد زوجها وصدور حكم قضائي بذلك. وهذا خلافا للمذهب الحنفي الذي يقضي بانتظار وفاة جميع أقران المفقود في العمر، فتبقى بذلك زوجة المفقود- ربّما- معلقة حتى شيخوختها.

- منع زواج المجنون والمجنونة إلا عند الضرورة، وبإذن من الحاكم-وهو رأي عند الشافعية وأحمد.

- بل، نجد هذا القانون قد أخذ ببعض الأقوال المرجوحة في المذهب الحنفي ذاته، كالتص على أن زواج المرأة البالغ العاقل لا يجوز إلا بإذن وليها، وهو ما قال به محمد الشيباني صاحب أبي حنيفة الذي يرى بأنّه متى زوّجت المرأة البالغ العاقل نفسها بغير إذن وليها، كان زواجها موقوفا على إذن الولي- وهو ما نصت عليه المادة الثامنة(08).

إنّه، وإلى جانب الأحكام الموضوعية التي نظّمها هذا القانون. فقد نص على بعض الأحكام الإجرائية الشكلية<sup>1</sup> منها: ما تضمنه نص المادة ( 33) القاضية بأنه: "يجب إعلان عقد الزواج قبل إجرائه."

إنّه، وإن وصف قانون حقوق العائلة العثماني بالاختصار على بعض مسائل الأحوال الشخصية وذلك بتقنين أحكام الزواج والطلاق<sup>2</sup>، دون الوقوف عند أحكام المذهب الحنفي

---

ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 10/1.

<sup>1</sup> ينظر: عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، ص23، القضاء الشرعي السنّي، حسن موسى الحاج موسى، ص39.

<sup>2</sup> يعاب على قانون حقوق العائلة العثماني أنّه اقتصر على بعض مسائل الأحوال الشخصية والتمثلة في أحكام الزواج والطلاق فقط، أمّا بقية المسائل الأخرى مثل: مسائل النفقات، الوصية، الموارث... فتركها غير مقننة. لذا كان القضاء يرجعون فيها إلى أحكام المذهب الحنفي، ولا يجدون- طبعاً- أمامهم أحكام ونصوص محددة مما كان يشق عليهم أمر استنباط الحكم المناسب و تغيّبه دون غيره في خضم تعدد الأحكام والفتاوى المنثورة في مصنفات المذهب.

كما ترك أيضا هذا القانون أحكام الهبة والحجر والأهلية خاضعة لنصوص ومواد المحلة.

ينظر: تاريخ الفقه الإسلامي، عمر سليمان الأشقر، ص195،192، المدخل للتشريع الإسلامي، محمد فاروق النبهان، ص363، معالم التجديد الفقهي في المنهج الإسلامي، أشرف عبد العظيم الميمي، ص135.

لوحده، بل امتداده إلى مختلف المذاهب السنّية والتخيّر منها من الحلول ما يناسب العصر. فإنّه في حقيقة الأمر يعتبر أفضل عمل تشريعي تعتزّ به الدولة العثمانية وتفتخر<sup>1</sup>. وهو في الوقت نفسه، يعتبر أوّل تنفيذ لفكرة الخروج عن التقليد المحض - الذي درج عليه القضاء في العهود السابقة لها - وعدم التقيد بمذهب معين عند اختيار الأحكام وإلزام القاضي بها<sup>2</sup>. وتأسيساً على ما تقدم، فقد كان كلاً من مجلة الأحكام العدلية - التي اشتملت على بعض أحكام الأحوال الشخصية - وقانون حقوق العائلة، القانونين المطبقين على مختلف الأقاليم الخاضعة للدولة العثمانية. أمّا باقي الأقاليم التي لم تكن تابعة لها وقتئذ، فقد اتجهت إلى القوانين الأجنبية - طوعاً أو كرهاً - تقتبس منها بعض الأحكام. فكان أن بدأ التشريع الإسلامي ينحصر تدريجياً جراء ما فرضته قوى الاستعمار من قوانين داخلية، وأنظمة أجنبية مسّت أحكام الجنايات والحدود وأحكام العلاقات المدنية عموماً، لينحصر مجال إعمال التشريع والفقهاء الإسلاميين في نطاق الأحوال الشخصية التي ظلّت لها محاكمها الشرعية - الخاصة - حتّى في البلاد التي سادت فيها التشريعات الوضعية، فلم يحدث مساس بها إذا ما استثنينا مسألة: إدماجها في المحاكم العادية<sup>3</sup> - وهو جانب تنظيمي بحث - على نحو ما هو معمول به في مختلف البلاد العربية الإسلامية - ومنها الجزائر - وذلك بتخصيص قسم، أو غرفة، أو محكمة للأحوال الشخصية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إنّه ومن قبيل الإنصاف التاريخي القول بأنّ: "الدولة العثمانية مع كل ما ينسب إليها من نعوت بحق أو بغير حق تدلّ على التخلف الحضاري، استطاعت أن تحافظ على العمل بشريعة الإسلام، وأن تضع لنفسها قانوناً مدنياً وقانوناً للعائلة، مستمداً من هذه الشريعة، في حين عجزت كثير من الدول المعاصرة اليوم على المحافظة على مجرد هويتها الإسلامية". ينظر: فقه الأحوال الشخصية، هاني الطعيمات، ص 17.

<sup>2</sup> المدخل للفقهاء الإسلاميين، محمد سلام مذكور، ص 110.

<sup>3</sup> تاريخ التشريع الإسلامي، مناع القطان، ص 337.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 16/1.

## المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور مجلة حقوق العائلة

إنه، وعلى الرغم مما أصاب الفقه الإسلامي - بل، والشريعة الإسلامية - من نكبات وهجمات استعمارية عدائية - حتى من بني الأمة الإسلامية - فقد بقيت مع ذلك أحكام الأحوال الشخصية صامدة مقاومة - إلى حد ما - لمختلف حملات التدخّل الأجنبي. إذ بقي فقه الأحوال الشخصية يستمد أصوله وقواعده من الشريعة الإسلامية الغراء، بل، أدى اتصال البلاد الإسلامية بالغربية - سواء عن طريق الاستعمار بمختلف صوره، أو بالتأثر الثقافي والحضاري بمختلف أنماطه وأشكاله - إلى قيام نظم القضاء على أساس الفصل بين قضايا الأحوال الشخصية، وبين غيرها من الفروع التشريعية الأخرى - المدنية والجزائية... - كما أسهم هذا الاتصال في بعث وصياغة أحكام فقه الأحوال الشخصية في أسلوب حديث، لعل أهم ما يميّزه: عدم التقيّد في ذلك بمذهب فقهي معين وهذا في مختلف، أو أغلب التشريعات العربية<sup>1</sup>.

فالمتبّع لتجربة البلاد العربية في مجال تقنين أحكام الأحوال الشخصية، يلحظ أنّ حركة التقنين في هذا المجال، ارتكزت على فكرة الفقه المقارن، قصد الاستفادة من مكنون مختلف المذاهب الفقهية، وذلك من باب التيسير على الناس، وتماشياً مع روح التشريع الإسلامي الذي يدعو إلى التيسير ورفع الحرج قدر الإمكان، ويعيدا عن التقليد والجمود والتقيّد بمذهب معين، والاستفادة من المذاهب الاجتهادية كلّها - هذا، وإن كانت بعض البلاد العربية بدأت مسيرتها التشريعية في مجال الأحوال الشخصية مقتصرة، مقيدة بالمذهب السائد فيها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> فقد أصدرت جميع الدول العربية تشريعات وقوانين في مجال الأحوال الشخصية، باستثناء المملكة العربية السعودية التي لا يزال القضاء الشرعي فيها يحتكم إلى القول المعتمد في المذهب الحنبلي.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/16.

وفيما يأتي عرض لتطور تقنين مباحث الأحوال الشخصية في بعض البلاد العربية. **في مصر:** ففي زمن محمد علي باشا، الذي تزامن حكمه مع الفترات الأخيرة لحكم الدولة العثمانية اقتصر القضاء في مجال الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة رحمه الله - بعد أن كان الأمر متغيراً تبعاً لمذهب الحكام الذين توالوا على حكم مصر الإسلامية - في الوقت الذي اتجهت فيه مصر إلى القوانين الفرنسية تقتبس منها بعض الأحكام في نطاق المعاملات المدنية والجزائية، فكان أن أصبح التشريع الرسمي مصدراً إلى جانب الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>. فأخذ بذلك نفوذ القانون الفرنسي يتغلغل في مصر، الأمر الذي أثار رد فعل الشعب، لاسيما طبقة العلماء والمثقفين منهم، الذين طالبوا الدولة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مختلف المجالات، والحد من الاقتباس من التشريع الأجنبي.

وكخطة لامتنعاص غضب ونقمة هؤلاء وتهدئة روعهم إلى حين، عهدت الحكومة المصرية إلى الوزير محمد قنديل باشا أواخر القرن التاسع عشر (19م) تقنين أحكام الشريعة الإسلامية - لكن، دون أن تتبنى هذه القوانين، ولا أن تلزم القضاء بالعمل بها - فقام بتقنين بعض الأحكام الشرعية، معتمداً في ذلك على مذهب أبي حنيفة، ومسترشداً بمجلة الأحكام العدلية، فجعل ما جمعه من أحكام في مجموعات ثلاث هي<sup>2</sup>:

- المجموعة الأولى: خاصة بأحكام المعاملات وسمّاها: "مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان". في 941 مادة.

- المجموعة الثانية: خاصة بأحكام الوقف وأطلق عليها: "العدل والإنصاف في مشكلات الأوقاف". في 646 مادة.

- المجموعة الثالثة: خاصة بأحكام الأحوال الشخصية وسمّاها: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية". في 647 مادة.

<sup>1</sup> يقول محمد بلتاجي رحمه الله معلقاً ومنتقداً منهج الحكام في مصر بسبب انبهارهم بحضارة الغرب: " يبدو أن صورة الدولة العصرية التي كان يسعى إليها محمد علي ومن جاء بعده ممن حكم مصر، قد اقترنت في أذهانهم على نحو ما بالحضارة الأوروبية... دون أن يفرّقوا في هذا بين العلم التجريبي الذي ليس هناك حرج على المسلم في أن يأخذ من أي حضارة كانت، وبين الأحكام والنظم التشريعية التي يجب ألا تتجاوز نطاق الشريعة الإسلامية ومذاهبها...". ينظر: دراسات في أحكام الأسرة، ص 27.

<sup>2</sup> شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد زيد الأبياني، 11/12، 11.

هذا، وقد أمر محمد علي باشا علماء الأزهر بوضع قانون للأحوال الشخصية، إلا أنهم لم يفلحوا في ذلك. ليتمّ عام 1915م تشكيل لجنة من كبار علماء المذاهب الفقهية السنية الأربعة لوضع قانون في هذا المجال يأخذ من كل مذهب ما يكون صالحا ومتماشيا وروح العصر. إلا أن هذا المسعى لم يفلح- هو الآخر- رغم إعداد لائحة في تقنين الأحوال الشخصية- شملت أحكام الزواج والطلاق- وذلك بسبب الانتقادات التي وجهت لهذا المشروع بعد عرضه على رجال القضاء والمحاماة، وذوي العلم الذين مارسوا المسائل الفقهية والقانونية<sup>1</sup>.

وقد تلا هذا المشروع أو اللائحة، سلسلة من القوانين في مجال الأحوال الشخصية نوردها فيما يأتي<sup>2</sup>:

- القانون رقم 25 لسنة 1920م<sup>3</sup>: صدر في ثلاثة عشر (13) مادة، اشتمل على أحكام: التطليق لعدم الإنفاق أو الغيبة، النفقة والعدة. وما يميز هذا القانون أن نصوصه مأخوذة من المذهب المالكي<sup>4</sup>، متبعا من حيث الصياغة قانون حقوق العائلة العثماني<sup>5</sup>.

- القانون رقم 56 لسنة 1923م: واقصر على مادتين (02) عاجلتا: مسألة تحديد سن الزواج بـ: ثمانية عشر (18) سنة للرجل، وستة عشر (16) سنة للمرأة.

والمسألة الثانية؛ عدم جواز مباشرة عقد الزواج، ولا المصادقة على زواج استند إلى زمن ماضي ما لم يكن الزوجان قد بلغا هذه السن القانونية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ص 10- أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلي، ص 36.

<sup>2</sup> ينظر تفصيل ذلك في:

- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، عقد الزواج، محمد كمال الدين إمام، 30/1 وما بعدها.

- مجموعة الأحوال الشخصية في ضوء الفقه والقضاء، محمد الشواربي، 9/1 وما بعدها.

- مسائل الأحوال الشخصية، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص 23 وما بعدها.

<sup>3</sup> أشير هنا إلى أن رشيد بن شويخ قد أشار في كتابه القيم: "شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 07"، إلى أن هذا القانون قد تضمن أحكام الزواج والطلاق. إلا أن الصواب ما ذكرناه في المتن- تحقيقا-

<sup>4</sup> عقد الزواج وآثاره، محمد أبو زهرة، ص 29.

<sup>5</sup> ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مذكور، ص 20 - أحكام الأحوال الشخصية، محمد يوسف موسى، ص 30.

<sup>6</sup> ينظر الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، ص 12 - أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلي، ص 37.

وقد أثار هذا القانون جدلاً واسعاً، ليستقر الأمر بعد ذلك، وليصبح تحديد السن الأدنى للزواج قاسماً مشتركاً في أغلب التشريعات العربية.

أمّا عن أهمية هذا القانون في تاريخ تقنين الأحوال الشخصية، فترجع إلى كونه أوّل قانون أعلن فيه المشرع صراحة عدم تقيده بالمذاهب الفقهية الأربعة عند استنباط القوانين الشرعية مادام أنّه ليس ثمة مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم من المذاهب والآراء الفقهية<sup>1</sup>.

- القانون رقم 25 لسنة 1929م: واشتمل على خمس وعشرين (25) مادة تشمل بعض أحكام الأحوال الشخصية من: طلاق، تطليق للضرر والغيبه وحبس الزوج، دعوى النسب، بعض أحكام النفقة، وسن الحضانه والمفقود. وقد كان مشروع هذا القانون يتضمن عدداً من المقترحات لحل مشكلة تعدد الزوجات، وقبول كل شرط تشترطه الزوجة<sup>2</sup>.

إلا أنّ صراعاً حاداً ثار بين واضعي المشروع يتقدمهم الشيخ مصطفى المراغي رحمه الله وبين المعارضين. لينتهي الجدل بإسقاط هذه المقترحات، بعد أن تركت أدبيات السجال الفقهي في هذه المرحلة عدداً من المذكرات المتبادلة بين الفريقين حول منهجية تقنين أحكام الشريعة وأصول الفقه الخاصّة باختيار الآراء الفقهية<sup>3</sup>.

- القانون رقم 77 لسنة 1943م: وهو خاص بأحكام الموارث.

- القانون رقم 48 لسنة 1946م: المتعلق بالأوقاف.

- القانون رقم 71 لسنة 1946م: والمنظم لأحكام الوصية- وأهم ماورد فيه؛ ابتداء فكرة الوصية الواجبة التي أخذت بها فيما بعد أغلب التشريعات العربية- ومنها الجزائر، تحت مسمى: "التزويل".

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه القوانين الثلاثة، لم يرجع فيها إلى المذاهب السنية فقط، بل، اعتمد فيها على بعض الآراء من فقه الشيعة. كما أنّها كانت قوانين عامة تسري على جميع

<sup>1</sup> المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، ص 113.

<sup>2</sup> يعلل الشيخ أبو زهرة فكرة إلغاء المقترحات المتعلقة بمنع أو تقييد تعدد الزوجات، وكذا رفض التسليم المطلق والالتزام بكل شرط تشترطه الزوجة في عقد الزواج... وغيرها من المقترحات التي تقدم بها تلامذة الشيخ محمد عبده، من خلال المقترح أو اللائحة الصادرة سنة 1926م، بقوله بأن ذلك: "يؤدي إلى العبث بالحياة الزوجية". ينظر: الأحوال الشخصية، ص 15.

<sup>3</sup> ينظر تفصيل ذلك: في منهجية التقنين، محمد كمال الدين إمام، ص 93 وما بعدها.



المواطنين المصريين- مسلمين وغير مسلمين- إعمالا لفكرة الجنسية، كأداة قانونية حديثة، وليس بالنظر إلى عامل الدين أو الطائفية.

- القانون رقم 100 لسنة 1985م<sup>1</sup>: وقد عدّل هذا القانون بعض أحكام قانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب القانون رقم: 44 لسنة 1979م، الذي ألغى لعب عدم دستوريته<sup>2</sup>.

وقد أضاف هذا القانون رقم- 100 لسنة 1985م- بعد إزالة ما شاب سابقه من عيوب دستورية أحكاما جديدة فيما يتعلق بـ: تعدد الزوجات، توثيق الطلاق، أحكام الحضانة، وكذا نفقة المتعة إلى غير ذلك من المسائل التي أثارت بدورها نقاشا حادًا بين المختصين من رجالات الشريعة والقانون والاجتماع.

- القانون رقم 22 لسنة 1992م: والخاص بأحكام المفقود. وقد عدل هذا القانون بعض أحكام القانون رقم 25 لسنة 1929م- وقد تقدمت الإشارة إليه.

- القانون رقم 01 لسنة 2000م: الخاص بإجراءات التقاضي وبعض مسائل الأحوال الشخصية<sup>3</sup>. هذا القانون، الذي وإن عُدّ في الأصل قانونا شكليا أو إجرائيا ينظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. إلا أنه قد اشتمل على بعض الأحكام الموضوعية نحو الدعاوى المتعلقة بالطلاق، التطليق، الفسخ والخلع. وقد تمّ تعديل بعض أحكام هذا القانون، بموجب القانون رقم 91 لسنة 2000.

- القانون رقم 10 لسنة 2004م: القاضي بإنشاء محاكم الأسرة<sup>4</sup>، الصادر بتاريخ 18 مارس 2004م، والذي دخل حيّز التنفيذ منذ الفاتح أكتوبر من ذات السنة. فبمقتضى هذا القانون تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي كان

<sup>1</sup> لمزيد من الفائدة والتوسع في تحصيلها حول هذا القانون ينظر:

- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985، عبد الناصر توفيق العطار.

- شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، أنور العمروسي.

<sup>2</sup> ينظر تفصيل الحكم بعدم دستورية هذا القانون: دراسات في الأحوال الشخصية، محمد بلتاجي، ص 11، 15.

<sup>3</sup> لمزيد فائدة وتوسع في تحصيلها حول هذا القانون ينظر:

-التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 01 سنة 2000م، أحمد نصر الجندي.

<sup>4</sup> ينظر في هذا الصدد: شرح إجراءات محكمة الأسرة، حسن حسن منصور.

ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لقانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم 01 لسنة 2001م.

**ملاحظة:** إنه على الرغم من هذه القوانين المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية في مصر - وهي في الحقيقة ترسانة تشريعية هائلة، إن من حيث الأحكام الموضوعية أو الشكلية الإجرائية - إلا أن مسائل هذا القانون وبخاصة منها ما يتعلق بالزواج والفرقة بين الزوجين وحقوق الأولاد، كما يرى أهل الاختصاص من علماء شرعيين وقانونيين واجتماعيين... في مصر، لا يحكمها - مسائل الأحوال الشخصية - قانون متكامل موحد. فقد باتت دعوة المشرع إلى إصدار تشريع متكامل في هذا المجال مطلباً وأمرًا واجب التحقيق والتحقق<sup>1</sup>.

**في الأردن:** بقي قانون حقوق العائلة العثماني ساريًا إلى غاية سنة 1947م، حيث صدر في هذه السنة قانون حقوق العائلة الأردني - والذي جاء على شاكلة القانون العثماني إلى حد بعيد - وقد أجريت عليه عدة تعديلات لعل أهمها التعديلات الآتية:

- التعديل الحاصل بموجب القانون رقم: 92 لسنة 1951م.  
- والتعديل الأخير بموجب القانون رقم: 61 لسنة 1976م، والذي أطلق بموجبه اسم قانون الأحوال الشخصية الأردني<sup>2</sup>، بدلا عن التسمية السابقة - أي قانون حقوق العائلة الأردني.

**في سوريا:** بقي في جمهورية سوريا قانون حقوق العائلة العثماني ساريًا إلى غاية صدور قانون الأحوال الشخصية<sup>3</sup> بموجب القانون رقم: 59 لسنة 1953م، المؤرخ في: 17-09-1953م. والذي عدلت بعض أحكامه بموجب القانونين الآتية:  
**القانون رقم 34 لسنة 1975م، الصادر بتاريخ 31-12-1975م.**

<sup>1</sup> ينظر: دراسات في أحكام الأسرة، محمد بلتاجي، ص 59.

- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، أحمد حسين سراج، ص 18.

- مسائل في الأحوال الشخصية، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص 25، 26.

<sup>2</sup> ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، ص 14 وما بعدها.

- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عثمان التكروي، ص 6 وما بعدها.

- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، محمود السرطاوي، ج 2/1.

<sup>3</sup> ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، مصطفى السباعي، 11/1 وما بعدها.

- شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، عبد الرحمن الصابوني.

- نظام الأسرة وحل مشكلاتها في الإسلام، عبد الرحمن الصابوني، ص 32-33.

القانون رقم 12 لسنة 1976م، الصادر بتاريخ 21-01-1976م.

في تونس: صدرت مجلة الأحوال الشخصية بتاريخ 13/08/1956م. على أن نفاذها كان من تاريخ 01/01/1957م.

وما يلاحظ على مجلة الأحوال الشخصية التونسية تمييزها عن باقي المدونات والقوانين العربية في ذات المجال، من حيث مخالفة الشريعة في موضوعي تعدد الزوجات والتبني. إذ نجد بأنّ المجلة التونسية: منعت صراحة تعدد الزوجات. فقد ورد في الفصل الثامن عشر(18): "تعدد الزوجات ممنوع." كما أباحت موضوع التبني، من خلال ما ورد في نص الفصل الثامن- من القانون رقم 27 لسنة 1958م المؤرخ في: 08/03/1958م على أنّه: "يجوز التبني حسب الشروط المبينة في الفصول الآتية: ... الفصل 6 إلى 9."

على أنّ مردّ هذا التحول الذي عرفته بلاد جامع الزيتونة الشامخ في العلوم الشرعية، إنّما هو الفكر الذي نادى به من انجرفوا<sup>1</sup> مع تيار التغريب أو النموذج الأوربي، فأضحت تونس أقرب أن تكون عاصمة أوروبية منها بلاد عربية إسلامية، وذلك بالتّظنر إلى ما تدعو إليه من تغيير الأحكام الشرعية القطعية في ثبوتها بدعوى المصلحة<sup>2</sup>.

في العراق: صدر قانون الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم 188 لسنة 1959م، والذي أجريت عليه بدوره عدة تعديلات آخرها سنة 1988م.

في المملكة المغربية: صدرت مدونة الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم: 342-57 لسنة 1957م مشتملة على كتاب الزواج وانحلاله فحسب<sup>3</sup>. ليتم بعدها إضافة مسائل أخرى بموجب قوانين صدرت في شكل أوامر وقرارات من أجل إثراء هذه المدونة، كان آخرها القانون رقم 70-03 لسنة 2003م. والذي دخل حيّز التنفيذ منذ تاريخ: 03-02-2004م. ومن أهم مستجدات هذه المدونة<sup>4</sup>:

أولاً: تغيير تسمية المدونة من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة.

<sup>1</sup> لعلّ من أظهر هؤلاء: الطاهر الحداد من خلال كتابه: "امرأتنا في الشريعة والمجتمع".

- غلال الفاسي من خلال كتابه: "مقاصد الشريعة ومكارمها"، ص 243، 245.

<sup>2</sup> الاجتهاد في الشريعة الإسلامية، يوسف القرضاوي، ص 168.

<sup>3</sup> ينظر: أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية، إدريس الفاحوري، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، شهبون عبد الكريم.

<sup>4</sup> منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، وزارة العدل المغربية، العدد 01، سنة 2004، ص 154.

ثانيا: تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم والمصطلحات التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين.

ثالثا: جعل الولاية حقا للمرأة الراشدة تمارسها حسب اختيارها.

رابعا: مساواة المرأة للرجل بالنسبة لسن الزواج.

خامسا: وفيما يخص التعدد، روعي في شأنه الالتزام بمقاصد الإسلام السمحة، حيث أصبح منع التعدد هو الأصل، وإمكانية استثناء.

سادسا: توسيع حق المرأة في طلب التطليق لإخلال الزوج بشرط من شروط الزواج أو الإضرار بالزوجة؛ مثل عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف أو غيره من الشروط الموجبة للتطليق.

سابعا: الاحتفاظ بقاعدة استقلالية الذمة المالية لكل من الزوجين، مع إقرار مبدأ جواز الاتفاق بينهما في وثيقة مستقلة عن عقد زواج على ما يتوافقان عليه بخصوص مسألة تدبير الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج.

ثامنا: الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المغرب. وضمن مصلحة الطفل في الحضانة وإعطاء الأولوية للمحضون ومصالحه قبل الحاضن، حيث تبقى الحضانة للأم المطلقة وإن تزوجت ما لم يتجاوز الطفل المحضون سن السبع سنوات(07) حسب نص المادة 175 من المدونة. وكل هذا مع مراعاة مصلحة المحضون طبعاً حسب مقتضى نص المادة 170 منها. بالإضافة إلى إلزام الأب المطلق بتوفير سكن لممارسة الحضانة، وإلا كان مسكن الزوجية هو محل ذلك حسب مقتضى نص المادة 162.

تاسعا: حماية حق الطفل في النسب في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لأسباب ظاهرة حسب المادة 156. فإذا تمت الخطوبة وحصل الإيجاب والقبول، وحالت ظروف ظاهرة دون توثيق عقد الزواج وظهر حمل المخطوبة فإنه ينسب للخاطب لشبهة وفق الشروط التي تحددها المادة المشار إليها.

عاشراً: اعتبار النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام مدونة الأسرة المغربية حسب ما تضمنه نص المادة ثلاثة (03) من هذه المدونة<sup>1</sup>.

في الكويت: صدر قانون الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم 5124 لسنة 1984م<sup>2</sup>.

في اليمن: صدر قانون الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم 20-92 لسنة 1992م، وقد عرف هذا القانون تعديلين متقاربين بموجب:

- القانون رقم 27-98 لسنة 1998م.

- القانون رقم 24-99 لسنة 1999م.

وقد كانت المحاكم الشرعية في اليمن ترجع في تطبيق أحكام الأحوال الشخصية إلى المذهب الزيدي بالنسبة للشيعة الزيدية، وترجع إلى أحكام المذهب الشافعي بالنسبة لأهل السنة<sup>3</sup>.

في سلطنة عمان: صدر قانون الأحوال الشخصية العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم 32-97 لسنة 1997م، مشتملاً على 282 مادة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية من غير التقيد بمذهب فقهي بعينه. غير أن انتماء عمان الفقهي، جعل المذهب الإباضي هو الغالب في هذا القانون<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> قلت: إن الناظر في مجمل هذه المستجدات التي شهدتها مدونة الأسرة المغربية، والموازنة بما هو مستجد في قانون الأسرة الجزائري- كما سيأتي توضيحه لاحقاً- إنما يلحظ بأن القانونين إنما عرفا تقريباً ذات التعديلات التي مست كتابي الزواج وانحلاله فحسب، انطلاقاً من الأحكام العامة وانتهاءً بآثار حل الرابطة الزوجية، وبذات الصياغة أو الفلسفة التشريعية والمؤثرات الداخلية والدولية في البلدين.

<sup>2</sup> وقد اعتنى بشرحه أحمد الغندور في كتابه: الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي.

<sup>3</sup> لا يزال الكثير من الباحثين في مجال الأحوال الشخصية يذهبون إلى أن كلا من اليمن والصومال وموريتانيا والسعودية مازالت تحتكم في القضاء الشرعي على الجانب الفقهي المحض، في الوقت الذي بقيت السعودية فقط تنحى هذا المسلك كما سبق الإشارة إليه. في حين قننت بقية الدول أحكام هذا الموضوع.

ففي الصومال صدر القانون رقم 23-75 سنة 1975.

وهو الأمر الذي يجب التنبيه إليه حتى لا يقع الباحث أو الدارس في حالة التناقض أو الاقتصار على دراسة الجانب الفقهي دون مقارنته بما هو منصوص عليه في قوانين الأحوال الشخصية لهذه البلدان العربية.

<sup>4</sup> تحديد السن في الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العماني، المغاوري عبد الرحمن الفقي، ص 18، 19.

في موريتانيا: صدرت مدونة الأحوال الشخصية سنة 2001م، وقد كان القضاء في الجمهورية الإسلامية الموريتانية يطبق القول المعتمد في مذهب الإمام مالك.

وعليه، فالملاحظ في مجال تقنين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، أنّها لا تزال تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية. فقد اعتبرت معظم الدساتير الشريعة الإسلامية مصدرا للتشريع في نطاق الأحوال الشخصية. وهو الأمر الذي جعل هذا التشريع يحظى بمكانة متميزة، بل وتفضيلية عمّا سواه من التشريعات<sup>1</sup>. إلاّ أنّه ليس من شأن هذه الأفضلية استبعاد المصادر فإنّ المشرع يرجع ابتداء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإن رجع إلى غيرها، فعليه أن يأخذ من الأحكام ما لا يتناقض أو يتعارض معها<sup>2</sup>.

وعلى العموم، يمكن القول بأنّه: في مجال القانون الخاص - ومنه الأحوال الشخصية - في البلاد العربية فإنّ تأثير الشريعة الإسلامية يكمن في اتجاهين<sup>3</sup>:

أولهما: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا أصليًا - ووحيدًا - في مباحث الأحوال الشخصية. وثانيهما: اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيًا في نطاق المعاملات المدنية الأخرى.

### المبحث الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر

#### المطلب الأول: مراحل تطور تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر

إنّ المتتبع لتطور تشريع الأحوال الشخصية في الجزائر، يلحظ جليًا أنّ الأمر قد مرّ بتطورات تاريخية حاسمة. حيث مرّ تقنين هذا الفرع القانوني بشكل عام في الجزائر بمراحل ثلاث هي:

مرحلة ما قبل الاحتلال، مرحلة الاحتلال، ومرحلة ما بعد الاحتلال.

فكان لكلّ مرحلة طبيعتها وخصوصيتها في مجال تقنين مباحث هذا الفرع التشريعي، ممّا جعل بعض أحكامها أو موادها عرضة للتعديل، الإلغاء أو التجديد بحسب مقتضيات كل مرحلة. وفيما يأتي بيان ذلك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص 38.

<sup>2</sup> تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية، محمد عبد الجواد محمد، ص 15.

<sup>3</sup> ينظر: نشأة القوانين وتطورها، علي محمد جعفر، 235-236، المبادئ القانونية العامة، أنور سلطان، ص 81 وما بعدها.

<sup>4</sup> إنّ الأساس في اعتبار هذا التقسيم، إنّما هو العامل التاريخي - الاحتلال الفرنسي للجزائر - الذي كان له بالغ الأثر في السعي إلى تغيير المنظومة القضائية والتشريعية للجزائر بما فيها طبعًا نظام الأحوال الشخصية، الذي شكّل في الحقيقة



## الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال

إنّ الناظر في مشتملات المنظومة التشريعية في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي الذي كان يوم: 05-07-1830م، يجد أنّ مختلف مجالات الحياة العامة بما فيها طبعاً نظام الأحوال الشخصية التي لم تكن تخضع لقوانين مستقلة. وإنّما كان شأن بقية البلاد العربية الإسلامية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية والأعراف المحلية<sup>1</sup>. فكانت أحكام المذهب المالكي تحديداً هي المطبقة على الأهالي في جميع ميادين الحياة العامة، وفي كل أنحاء الوطن- ويرجع ذلك كما أوضح العلامة المؤرخ عبد الرحمن بن محمد ابن خلدون رحمه الله إلى عوامل تاريخية<sup>2</sup> - باستثناء فقتين من السكان في الجزائر هما<sup>3</sup>:  
- السكان الأتراك: الذين كانوا يخضعون في معاملتهم لأحكام المذهب الحنفي.  
- والسكان الإباضيون، والذين كانوا يحتكمون للمذهب الإباضي.

## الفرع الثاني: مرحلة الاحتلال

إنّ، وبعد الاحتلال الفرنسي للجزائر سنة 1830م، عمدت الإيديولوجية الاستعمارية إلى محاولة يائسة، هدفها دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام القانوني الفرنسي، وجعله يدور في فلسفة نابليون خدمة للأغراض الاستعمارية في تضيق مجال العمل بأحكام الشريعة الإسلامية، وتفكيك وحدة التشريع الجزائري<sup>4</sup>.  
فقد كان من نتائج الاستيطان الفرنسي والأوروبي من قبل عدد كبير من المدنيين والعسكريين من أجناس أوروبية مختلفة، الأثر البالغ على نظام القضاء جراء عدم إمكانية اندماج هؤلاء مع الشعب الجزائري، فأدى بالفرنسيين إلى العمل على طمس معالم هذا النظام الإسلامي الأصل واستبداله بالنظام القضائي الفرنسي. إلا أنّ هذا الاستبدال أو

---

إحدى أهمّ عوامل وسمات تمسك الجزائريين بعناصر ومقومات هويتهم العربية الإسلامية الراسخة. فلم يرضوا عن الاحتكام لقواعد الشريعة الإسلامية والأعراف الموافقة لها في هذا المجال بديلاً، فصمدوا بذلك أمام المد الاستعماري الفرنسي، الذي يعتبر في حقيقة الأمر مداً تنصيرياً كمقصد أول- وربما أخير- في احتلال فرنسا للجزائر.

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 18/1.

<sup>2</sup> قال: "وأما مالك رحمه الله تعالى فاختص بمذهبه أهل المغرب والأندلس وإن كان يوجد في غيرهم، إلا أنّهم لم يقلدوا غيره إلا في القليل...وأهل المغرب جميعاً مقلدون لمالك رحمه الله."

<sup>3</sup> الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله، ص 14.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 18/1.

الحلول القضائي، إنّما وجد ضالته في مجال القضاء الجزائري<sup>1</sup>؛ المدني، التجاري والإداري، وكذا القواعد الإجرائية المعمول بها في جميع البلاد دونما أدنى تمييز بين المستعمرين والجزائريين. أمّا في دائرة الأحوال الشخصية فالأمر على النقيض من ذلك تماما. فقد باءت مساعي الإدارة الفرنسية بالفشل المطلق، إذ لم يرض الجزائريون بغير أحكام الشريعة الإسلامية بديلا<sup>2</sup>.

ونتيجة لهذا الموقف العقدي من الجزائريين، نشأت في الجزائر المستعمرة حالة من الشائبة أو الازدواجية في التنظيم القضائي - طيلة فترة الاحتلال:

أ- المحاكم العادية، أو الفرنسية: وتختص بالفصل بين مختلف الدعاوى القائمة بين الجزائريين، أو بينهم وبين غيرهم من الفرنسيين والأوروبيين.

ب- المحاكم الإسلامية، أو الشرعية: والتي تختص بالفصل في مختلف الدعاوى القائمة بين الجزائريين في مجال الأحوال الشخصية والمتعلقة بالزواج والطلاق، وكذا القضايا التي تكون فيها الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق نحو الوصايا والتركات.

وقد كان القضاة في هذه المحاكم يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية، مع الميل بشكل أكبر إلى اعتماد المذهب المالكي بالنظر إلى أنّه لم يكن لديهم أي قانون مكتوب يستندون عليه في أحكامهم، وباعتبار أيضا- أنّه لا توجد نصوص تنظم إجراءات التقاضي باستثناء ما نص عليه المرسوم الصادر بتاريخ 29-12-1890م، المنظم للأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في الجنوب الجزائري. وما تضمنته المرسوم الصادر بتاريخ 08-12-

<sup>1</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ص 09.

<sup>2</sup> وذلك لاعتقادهم الراسخ بأن مدار هذا الفرع التشريعي إنّما هو العقيدة الإسلامية. فمن خصائص مباحث الأحوال الخصية الخاصة العقديّة، كما تقدّم توضيحه آنفا.

بل أنّه ولما تيقنت فرنسا الاستعمارية من تمسك الجزائريين بتشريعهم الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية، فقد عمدت بحجر لا مخيرة- وان كان هذا المسلك صورة من صور المكر والخداع الاستعماري الفرنسي- إلى اتخاذ خطوتين أساسيتين في مجال التنظيم القضائي المطبق بالجزائر وذلك من خلال:

أ- جعل قضاة الأحوال الشخصية من بين الجزائريين.

ب- العمل على ترجمة مختصر خليل المالكي، عن طريق موران و بوسكيه.

ينظر: قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، نصر الدين ماروك، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر العدد: 03، سنة 2003، 320/236.

1922م، بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل<sup>1</sup>.

ومع هذا، فإنه يجدر بنا الإشارة إلى أن السياسة الفرنسية- وهي سياسة الخطوة خطوة، أو ترتيب سلم الأولويات في إبعاد الجزائريين عن الاحتكام إلى نصوص الشريعة الإسلامية- لم تعتمد مباشرة إلى إلغاء قوانين الأحوال الشخصية، لعلها بأن إلغاء أحكام الشريعة لا يزيد الشعب الجزائري إلا تمسكا بها. ولعلها أيضا بأن الشعب الجزائري كان في قضايا الأحوال الشخصية- على وجه الخصوص- لا يلجأ إلى المحاكم، بل، يلجأ إلى الأئمة والفقهاء وشيوخ الجماعة، الذين كان حكمهم يفوق- من حيث الاعتبار- عشرات المرات حكم المحاكم الفرنسية. لذلك أرجأت فرنسا الاستعمارية إلغاء قوانين الأحوال الشخصية إلى مابعد استكمال خطوات سابقة، نحو: فرنسة الجزائر، القضاء على الأوقاف، السيطرة على التعليم... لكن، ورغم عدم استكمال هذه الخطوات، لم تبق مكتوفة الأيدي بشأن القضاء الشرعي، إذ عملت على:

- تدمير القضاء الشرعي وتعويضه بقضاء مدني أوروبي. وقد استمر مجلس القضاء الشرعي يعقد في الجامع الكبير بالعاصمة إلى غاية سنة 1848م.

- منع المحاكم الشرعية بناحية القبائل بموجب القرار الصادر في : 28-08-1884م، واستبدال قوانين الأحكام الشرعية بنظام: "الجماعة الأهلية"، التي تبني أحكامها على الأعراف والتقاليد المعتادة من غير التفات إلى أحكام الفقه الإسلامي.

- اعتبار الشعب الجزائري شعبا من الدرجة السفلى مادام متمسكا بأحواله الشخصية، لا تصح تسميته بالمواطن. فهو مجرد رعية- في عملية ضغط واضحة- حتى يتخلى عن قوانينه الإسلامية المتعلقة بالأسرة. وقد انتظر الشعب صابرا ومتمسكا بدينه إلى غاية 07-03-1944م، حيث أصدرت حكومة دوغول المؤقتة قرارا تعلن فيه أن المسلمين الجزائريين فرنسيون، وتعطى صفة مواطن لخمسين(50) ألفا من المسلمين دون أن يلزمهم بالتخلي عن قانون أحوالهم الشخصية.

وتمتضى قانون 30-09-1947م، اعتبر جميع المسلمين مواطنين فرنسيين دون مساس بأحوالهم الشخصية والشرعية حسب أحكام القرآن الكريم. والذي يعنينا هنا، هو تأكيد

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 08.

صفة المواطن للذين يتبعون قانون الأحوال الشخصية المحلي، إذ أنّ هؤلاء لم تكن لهم صفة المواطن. وإّما كانوا يعتبرون من الرعايا فقط<sup>1</sup>.

ولطالما حاولت السياسة الفرنسية اقتحام قلعة الأحوال الشخصية الإسلامية في الجزائر؛ تارة بانتهاج مسلك الترغيب في الدولة الفرنسية، وذلك من خلال الأمر الملكي الصادر بتاريخ: 30-08-1834م والقاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية. وكذلك المرسوم الصادر بتاريخ 31-12-1859م، والمرسوم الصادر بتاريخ 17-04-1889م، المتضمّنين تطبيق الشريعة الإسلامية في هذا المجال بالنسبة للجزائريين<sup>2</sup>.

وتارة، من خلال إصدار قوانين ومراسيم وأوامر لا تلجّ إلى صلب الموضوع، بل، و لاثير مشاعر التديّن لدى المسلمين، وإّما ظلّت تشريعات- تحوم حول الحمى، تحيّن الظرف والوقت المناسب- تعالج قضايا يقبلها الحس الإسلامي في مجملها<sup>3</sup>. فكان من بين هذه التشريعات<sup>4</sup>:

- القانون الصادر بتاريخ: 23-03-1882م: المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين، المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 02-04-1930م، الذي جعل التصريحات الخاصة بالولادة والزواج والطلاق إجبارية.

- المرسوم الصادر بتاريخ: 13-03-1883م: المتعلق بالتنظيم الإداري العام لتطبيق قانون 23-03-1882م، المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين.

- القانون الصادر بتاريخ: 16-03-1925م: المتعلق بالزواج المختلط بين الجزائريين- من الجنسين- بالفرنسيين، أو الأجنبيّ؛ لا تخضع للشريعة الإسلامية.

- المرسوم الصادر بتاريخ: 19-03-1931م: المتعلق بفسخ الزواج للعيوب المتعارف عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> تاريخ الجزائر العام، عبد الرحمن الجيلالي، 4/ 365.

<sup>2</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمّد مين لوعيل، ص 21.

<sup>3</sup> قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شمس الدين بوروي، ص 53.

<sup>4</sup> ينظر نصوص مختلف القوانين و الأوامر والتنظيمات: نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، 311 وما بعدها.

<sup>5</sup> قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شمس الدين بوروي، ص 52.

- المرسوم الصادر بتاريخ: 19-05-1931م: والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية في منطقة القبائل<sup>1</sup>.

- الأمر الصادر بتاريخ: 23-11-1944م: والمتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر بصفة عامة، ومن أهم ما تضمنه هذا الأمر هو: قواعد الاختصاص وقواعد الإجراءات وقواعد القضاء المستعجل، والحجز الاحتياطي، وحجز ماللمدين لدى الغير، وقواعد تصفية وقسمة التركات، والطعن بالنقض، والطعن بالإلغاء. كما نصّ في المادة الأخيرة منه على إلغاء الأحكام والقواعد المخالفة له، لاسيما أحكام مرسوم 08-01-1870م، المتعلق بالنظام القضائي في منطقة القبائل، ومرسوم 29-12-1890م، المتضمن إنشاء المحاكم الإباضية في الجزائر<sup>2</sup>.

- القانون رقم: 57-777 المؤرخ في: 11-07-1957: والمتعلق بإثبات وحجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>.

- القانون رقم: 57-778 المؤرخ في: 11-07-1957: والمتعلق بالقواعد الأساسية الخاصة بالوصاية، والولاية والحجر والغياب والفقدان<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 21.

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 09.

<sup>3</sup> ينظر نصوص هذا القانون: في نظام الحالة المدنية، عبد العزيز سعد، 327-329.

<sup>4</sup> درجت العديد من المؤلفات القانونية في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر على تداول عبارة مرتبطة بهذا القانون وهي: "وطلت سارية المفعول إلى ما بعد الاستقلال." وهي عبارة ذكرها أو ما ذكرها الأستاذ عبد العزيز سعد في مؤلفه: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 11- و- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 09.

وهي عبارة- كما نبّه تشوار الجيلالي- غير مسلّم بها، كونها تحمل تفسيراً غير مستقيم، ذلك أن: "النصوص العامة تقتضي بأن مجرد إصدار قانون جديد ينظم موضوعاً سبق أن نظّمه تشريع قديم، فإن هذا التشريع الأخير يلغى ضمناً إلغاء كلياً حتى ولم يتم التعارض في بعض أحكامه مع القانون الجديد، والعلّة في ذلك أنّ إعادة تنظيم نفس الموضوع من قبل المشرع يفيد انصراف نيته على العدول على التشريع القديم بأكمله. وهذا ما صرحت به الفقرة الثابتة من المادة الثانية من القانون المدني بقولها: "وقد يكون الإلغاء ضمناً إذا تضمن القانون الجديد نصاً يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعاً سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم." (ينظر: الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 60)

ذلك أنّ المشرع الجزائري بإصداره للأمر: 29-73 بتاريخ 05-07-197م، قد أقرّ مبدأ القضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية التي تربطنا بعجلة القوانين الدخيلة على مجتمعنا.

وبالتالي أصبحت هذه المسائل- الوصاية، الولاية، الحجر، الغياب، الفقدان- خاضعة لأحكام الأحوال الشخصية المستمدة من الفقه الإسلامي، على اعتبار أنّها لم تقنّ إلا لاحقاً في بعض أحكام القانون المدني لسنة 1975م، وهو

ولعلّ من أبرز القوانين التي أصدرتها الإدارة الفرنسية في مجال الأحوال الشخصية والذي يمكن القول بأنه- كما يرى عبد العزيز سعد-: " أول قانون مكتوب بشكل منظم وبأسلوب عصري يتعلق بالزواج والطلاق، ويعنى بتنظيم الأسرة<sup>1</sup>؛ هو: 59-274 الصادر في 04-02-1959م<sup>2</sup>.

ويتضمن هذا القانون اثني عشر مادة تبين المادة الثانية(02) منه أركان عقد الزواج. وعرض في المادة الثالثة(03) منه: لقواعد تسجيل عقد الزواج وحفل الزواج. كما تضمّن في المواد من(4 إلى 8)منه: قواعد وأحكام تتعلق بالوعد بالزواج، أهلية الزواج، وانحلال عقد الزواج، وما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة. إلا أنّ هذا الأمر(59-274) مع ما وصفه به عبد العزيز سعد، فإنّه اشتمل على جملة من الملاحظات التي رأى أنّه تجدر الإشارة والتنبيه إليها، فيما يأتي:

- إنّ هذا الأمر في المادة الثانية(02) التي بين فيها أركان عقد الزواج حيث نص على أنّه: "ينعقد الزواج برضي الزوجين ويجب أن يصدر الرضا شفويا وعلنيا ومن صاحب الشأن شخصيا بحضور شاهدين بالغين، وذلك أمام ضابط الأحوال المدنية، وإلاّ كان العقد باطلا. ويجوز لأحد الزوجين أن يطلب أن يكون الآخر مسلما، وإن كان الرضا صادرا من قاصر أو محجور عليه قضائيا وجب أن يكمله رضا الوالي أو القيم".

فالتأمل في هذا النص يمكن أن يلحظ أنّه لا يشترط الإسلام في كلا الطرفين، بل جعله أمرا متروكا لهما إذ يجوز أن يشترط أحدهما أن يكون الآخر مسلما، وهو ما يعتبر سبيلا إلى فتح مجال الزواج المختلط بين الجزائريات المسلمات بالأجانب-الفرنسيين أو الأوروبيين من غير المسلمين- وهو ما حصل في واقع الأمر وقتئذ<sup>3</sup>، رغم أنّه غير مقبول شرعا.

---

ما يستخلص من نص الفقرة الثانية من المادة الأولى للقانون المدني الجزائري والقاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وإلاّ العرف فيما لا يوجد فيه نص- ومنها مباحث الأحوال الشخصية هذه. ينظر في هذا الصدد: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/ 19.

- المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد مين لوعيل، ص 25.

<sup>1</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 10.

<sup>2</sup> ينظر نصوص هذا القانون في نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، ص 330، 332.

<sup>3</sup> ذكر لي أحد الإخوة بأنّ أحد رجال الدين الفرنسيين المسيحيين قد عقد قرانه مع امرأة مسلمة جزائرية في مدينة عين صالح، بولاية تمنراست وهو على نصرانيته. ولا تزال هذه الزيجة مستمرة- للأسف- إلى غاية اليوم الذي ذكر لي فيه المعلومة- شهر مارس 2011م.



- كما أنّ هذا النص، لم يذكر ولم يعد المهر من بين عناصر أو مقومات أو أركان عقد الزواج. ولعل هذين الملاحظتين وغيرها- إنّما كانت عن قصد من الإدارة الفرنسية في محاولة منها للمساس بأركان عقد الزواج في الشريعة الإسلامية. والأكد أن السياسة الفرنسية كانت تنوي الذهاب إلى أبعد من ذلك<sup>1</sup>.

- إنّ هذا الأمر لم يستعمل عبارة الطلاق، بل، استبدلها بعبارة: "انحلال الزواج". والفرق واضح من منطلق الشريعة الإسلامية من حيث الآثار؛ فالطلاق له آثاره وهو يعد انحلالاً للزواج، كما أنّ الأناكحة الفاسدة والباطلة يعد فسخها انحلالاً للزواج كذلك، ولكن لها آثار أخرى تختلف عن آثار الطلاق.

- لم يبين هذا الأمر الصور المختلفة لفك الرابطة الزوجية، فقد تجاهلها ولم يعترف بها.  
- كما أعطى هذا الأمر حق انحلال الزواج للزوجين على حد سواء، دون تفضيل لزوج على آخر والشرط الوحيد الذي يستوجب توفره هو طلب يقدم إلى القاضي ليبت فيه<sup>2</sup>.

ويلي هذا الأمر، المرسوم رقم: 1082<sup>3</sup>-59 المؤرخ في: 17-09-1959م: الذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم: 274-59 المبين أعلاه قريباً.

ثم قرار وزير العدل الفرنسي الصادرة بتاريخ: 21-11-1959م، الذي حدّد المستندات الواجب تقديمها على ضابط الحالة المدنية أو القاضي بغرض إبرام عقد الزواج<sup>4</sup>.

ومن الجدير بالذكر الإشارة إلى أنّه، إلى جانب جملة القوانين، الأوامر والمراسيم المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية للجزائريين منذ الاحتلال الفرنسي للجزائر- على النحو السالف البيان أعلاه- فقد كانت هناك محاولات تشريعية- غير رسمية لبعض القانونيين الفرنسيين، على رأسها مشروع "مارسال موران"، الذي وضع سنة 1916م، مشروعاً للأحوال الشخصية اشتمل على أحكام الزواج والطلاق والحبوس- أي الأوقاف- والأهلية والولاية

<sup>1</sup> قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شمس الدين بوروي، ص 53.

<sup>2</sup> صور فك الرابطة لزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، باديس ذياي، ص 71.

<sup>3</sup> ورد سهواً في مؤلفين للأستاذ عبد العزيز سعد أن رقم المرسوم هو (7082) لكن الصواب عند التحقيق ما هو مثبت في المتن (1082) وإن كان الباحثون في مجال الأحوال الشخصية في الجزائر قد تناقلوا هذا الخطأ المطبعي على أنّه الصواب. على الرغم من أنّ المؤلف قد تدارك هذا الأمر في كتابه: نظام الحالة المدنية في الجزائر، ص 333.

ينظر: تطور المفهوم القانوني والاجتهاد القضائي في مجال الأحوال الشخصية، محمد تقيّة، مجلة الفكر القانوني، الجزائر، العدد 01، سنة 1984م، ص 20.

<sup>4</sup> ينظر نصوص هذا القرار الوزاري: نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، ص 333-334.

والمواريث والوصايا. هذا لمشروع الذي وإن لم يصدر في شكل تشريع، إلا أنَّ جلَّ القضاة الفرنسيين كانوا يستندون إليه في أحكامهم<sup>1</sup>.

أمَّا من جهة الجزائريين، فقد ظلَّ هذا المشروع بمثابة الحجر على الورق، نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري دون عقيدته وأصالته وحضارته الإسلامية. ممَّا أدَّى إلى بقاء نظام الأحوال الشخصية الجزائري بعيدا عن التدخل الأجنبي الفرنسي يستمد أحكامه ومبادئه وقواعده من الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>. ولعلَّ ما يؤكد هذا الأمر تلك المحاولة التشريعية التي قام بها القاضيان الشرعيان الجزائريان: الشيخ الأشرف عبد الرزاق بن محمَّد، القاضي بمحكمة باتنة، والشيخ محمَّد بن مصطفى بن أحمد شرشالي، القاضي الموثق بمحكمة المنصورة. اللذان قاما بوضع مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية سنة 1907م، ثمَّ الاعتناء بتعريبها وترصيع موادها بتعليقهما- وإن كانت تحت رقابة ورعاية الإدارة الفرنسية- وقد جاء في مقدِّمة هذه المجلة ما يؤكده هذا المسعى الرامي إلى تمكين الجزائريين من الاحتكام إلى شريعتهم في مجال الأحوال الشخصية ما نصه: "... مسَّت الحاجة منذ مدة إلى وضع كتاب في الأحكام الشرعية يكون مضبوطا سهل المأخذ مشتملا على الأقوال المختارة من المؤلفات المعتمدة سهل المطالعة على كل أحد، عاريا من الاختلافات التي يعتمد عليها الدَّ الخصام من ذوي الأغراض الفاسدة في تعنتهم وترويج دعاويهم الكاسدة. ولم يزل الأمر معلِّقا بتأليف الكتاب إلى أن رغب في إخراجهم من خيال القوة إلى حيز الفعل أحد الأفاضل من أعضاء الثيابات المالية، ولما حصلت الموافقة على ذلك، أمر سمو الوالي العام الساهر على مصالح المسلمين السيد جونار... بتشكيل لجنة من فحول علماء الشرع والقوانين الوضعية وغيرهم من الحكَّام الفخام، تحت نظر السيد الرئيس الأول بمحكمة الاستئناف الكبرى لتتظر في: مجلة الأحكام العدلية، والحكومة الخديوية، في كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية. وبعد تحريره وطبعه يكون دستورا للعمل به بين المسلمين، سكان القطر الجزائري الذين مازالوا متمسكين بالعروة الوثقى من شريعتهم القويمة المطهرة تحت ظل الجمهورية الفرنسية..."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري بين النظرية والتطبيق، نصر الدين ماروك، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد 03، سنة 2000 م، ص 263-320.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 19/1.

<sup>3</sup> مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الأشرف عبد الرزاق بن محمَّد، مصطفى بن أحمد شرشالي، ص 06.

## الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاحتلال

إنه، وبعد استرداد الجزائر استقلالها في: 05-07-1962م، بات لزاما عليها- شأنها في ذلك شأن كل بلد حديث عهد بالاستقلال والحرية- أن تضع منظومة تشريعية تتماشى وسيادتها لاسيما في مجال الأحوال الشخصية، الذي يعتبر وضع قوانين وطنية بشأنه؛ مظهرا من مظاهر ممارسة وتأكيد هذه السيادة<sup>1</sup>. وعليه فقد صدرت مجموعة من القوانين المنظمة لعلاقات الأفراد في نطاق الأحوال الشخصية في الفترة الممتدة ما بين عامي: 1962م- 1984م، وذلك وفق نسق تدريجي، على مرحلتين:

### أولا- المرحلة الانتقالية

وهي المرحلة التي كرّس فيها المشرع الجزائري مبدأ سريان التشريع الفرنسي وتأثيره في مجال الأحوال الشخصية. وذلك أنه و بعد الاستقلال مباشرة وجدت الجزائر نفسها مجبرة على أن تستمر في مجال القضاء المتعلق بالأحوال الشخصية وفق قواعد التشريع الفرنسي، وذلك من باب سدّ الفراغ التشريعي والقضائي<sup>2</sup>.

فبعد دخول الجزائر مرحلة القطيعة مع الاحتلال الفرنسي، كان من غير المنطقي أن تعلن الدولة رفضها للاحتلال، وتبقى خاضعة لمنظومته القانونية. لكن وبالمقابل، لم تكن هناك قوانين جاهزة تحلّ محلّ تلك الفرنسية، فضلا على أنه لم تكن هناك مؤسسات دستورية- سلطة تشريعية- تسنّ هذه القوانين، إلى جانب أنه -ربّما- لم يكن في مشروع الدولة الجزائرية نموذجا تشريعيًا واضحًا، تستخلف به النموذج الفرنسي. لذا كانت الجزائر مجبرة على مواصلة العمل به. وهو الأمر الذي كرّس بموجب القانون رقم: 157-62 الصادر بتاريخ: 31-12-1962م، والقاضي بتمديد العمل بالتشريع الفرنسي- وهذا فيما عدا النصوص الاستعمارية والعنصرية- أوتلك المخالفة للحقوق والحريات العامة<sup>3</sup>. وهو ما تضمنه نص المادة: 02 والتي جاء فيها: " إنّ كلّ نصّ تشريعي باطل إذا مسّ السيادة

<sup>1</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 19.

<sup>2</sup> الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله، ص 15.

<sup>3</sup> ينظر: مباحث في قانون الأسرة الجزائري، عبد الفتاح تقيّة، ص 1314.

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 19/1(الهامش)

الدّاخلية أوالخارجية للدولة الجزائرية، أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو ذات طبيعة تمييزية أو مسّ بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية...".

فبهذه التحفّظات استمر العمل بجميع النصوص القانونية التي كانت سائدة قبل الاستقلال- لكن- بوصفها جزائرية بعدما تبناها المشرع الجزائري بحكم قانون استمرار العمل بالتشريعات السابقة. و بذلك رسم المشرع الوطني الحدود الفاصلة بين ما يستمر العمل به، وبين ما يعتبر ملغى من التشريعات الفرنسية الموروثة بعد الاستقلال.

ويعتبر هذا القانون رقم: 157-62 لسنة: 1962م، بحسب بن شنب:"تكريسا واختيارا للقانون الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية، خاصّة وأن عملية الاستقلال قد توبعت بحركة تهدف إلى جزارة القوانين.

كما يعدّ هذا القانون أيضا مواصلة لتطبيق كل القوانين التي تدخلت بها فرنسا في مجال الأحوال الشخصية، ومنها: الأمر الملكي الصادر بتاريخ: 10-08-1834م، والقاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، ومرسوم 31-12-1859م<sup>1</sup>... وغيرها من القوانين والأوامر والمراسيم في هذا الشأن.

وإذا ما تأملنا القانون رقم: 157-62، الذي يعدّ اللبنة الأولى في تشريع الجزائر المستقلة نجد: قد أغفل تحديد نمط الأسرة الذي سيسود. كما تغاضى عن مركز المرأة كمحور المجتمع، رغم أنّ فكرة قانون خاص بها، كانت من أدبيات الثورة وخاصة مؤتمر الصّومام المنعقد بتاريخ 20-08-1956م. ولعلّ هذا- كما ذكر المؤرخ محمّد حربي- من قبيل:" أنّ التحدث عن فكرة قانون خاص بالمرأة في مؤتمر الصّومام، ليس إلاّ وسيلة للهروب إلى عالم الأحلام، من أجل نسيان الواقع."<sup>2</sup>

### ثانيا- المرحلة ما بعد الانتقالية

إنّه وبعد حوالي ستّة (6) أشهر من صدور القانون رقم: 157-62 لسنة 1962م، ونتيجة عدم الرضا باستمراره، سارع المشرع الجزائري سعيا منه للتخلص من كل مظاهر التبعية؛ القضائية منها والقانونية لفرنسا، ومحاولة منه لتغطية الفراغات التشريعية. فكان أن صدر القوانين الآتية:

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري بين الأصالة والمعاصرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 01، مارس 1982م، ص 23(نقلا عن: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمّد مين لوعيل، ص 21، 20)

<sup>2</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمّد مين لوعيل، ص 22، 21.

- القانون رقم: 218-63 المؤرخ في: 18-05-1963م: الذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية. لينشئ مكانها: المجلس القضائي الأعلى. وقد كرس هذا القانون في حقيقة الأمر مسعى الجزائر المستقلة نحو إنشاء جهاز قضائي يتلاءم وتطلعات الجزائريين وأوضاعهم الجديدة، وكذا التخلص من مظهر الازدواجية والتبعية للقضاء الفرنسي<sup>1</sup>.

- القانون رقم: 224-63 المؤرخ في: 29-06-1963م: الخاص بتحديد سن الزواج<sup>2</sup>. حيث نصّ في مادته الأولى على أنه: " لا يجوز للرجل الذي لم يكمل 18 سنة، ولا المرأة التي لم تكمل 16 سنة أن يعقد زواجا."

فبهذه الشروط المحددة لسنّ الزواج- أو أهلية الزواج- يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج، ويكون بهذه الوسيلة التشريعية قد أدخل على عقد الزواج مانعا مؤقتا هو: بلوغ الزوجين سنّا معينة<sup>3</sup>.

- المرسوم رقم 261-63، المؤرخ في 22-07-1963م: الذي ألغى المحاكم الشرعية، لينقل بذلك اختصاصها إلى المحاكم المدنية-العادية-وأبقى على الهيكل العام للنظام القضائي المبني على ثلاثة أنواع من المحاكم وهي: المحاكم الابتدائية، المحاكم الابتدائية الكبرى، ومحاكم الاستئناف تحت ظل المجلس القضائي الأعلى.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 09.

<sup>2</sup> ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 47، الصادرة بتاريخ: 02-12-1963م، ص 681.

نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، ص 337، 338.

<sup>3</sup> إنّه في نفس السنة التي صدر فيها هذا الأمر: 244-63- لسنة 1963م؛ شكّلت لجنة من العلماء اقترحت توسيع نظام تعدد الزوجات، على أساس وجود عدد كبير من أراذل الشهداء. كما تجدر الإشارة إلى أنّه هناك جمعيات وحركات نسوية تكونت خلال العشرية الأولى الموالية للاستقلال، كانت تطالب بتقنين الأحوال الشخصية - منها جمعية القيم- التي تظاهرت بتاريخ: 05-01-1964م، مطالبة بقانون إسلامي من أجل المرأة. وفي: 08-03-1965م، طالبت جمعية نسوية بقانون خاص بالمرأة والرجل، ثم ظهرت مبادرة أخرى في: 08-10-1970م، ابن وضعت لجنة لتحرير قانون المرأة، لكن عملها لم يظهر للوجود. كما كانت محاولة أخرى في شهر مارس 1973م، حيث عقد ملتقى جمع كلا من: الاتحاد الوطني للنساء الجزائريات، علماء وموظفين سامين في الدولة، ورجال قانون. غير أنّ الاختلاف ظهر وبشكل حاد بين أعضاء هذه اللجنة حول مباحث: المهر، الولاية، وتعدد الزوجات. فلم يظهر هذا المشروع للوجود كسابقه. إلاّ أنّه ومنذ سنة 1975م، وبصدور القانون المدني (المادة 2 منه) برزت وضعية قانونية جديدة تتمثل في: ترك كلّ ما يتعلق بالأحوال الشخصية لأحكام الشريعة الإسلامية والعرف الجزائري.

ينظر: المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 23، 25.

أمّا فيما يخص قواعد الإجراءات المتّبعة أمام الجهات القضائية، فقد ظلّت قواعد ثنائية أومزدوجة. حيث بقيت المحاكم تطبق قواعد الأمر الصادر بتاريخ: 23-11-1944م- السالف البيان آنفا خلال مرحلة الاحتلال- على القضايا التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية، وتطبق قواعد الإجراءات المدنية الفرنسية على القضايا المعروضة أمام المحاكم العادية، إلى أن حلت مرحلة الإصلاح القضائي الشامل سنة 1966م<sup>1</sup>. لتصدر بذلك عدة قوانين بموجب أوامر رئاسية<sup>2</sup>. ونذكر منها:

- الأمر رقم: 72-69، الصادر بتاريخ: 16-09-1969: والذي جاء معدلا لما تضمّنه نص المادة(50) من القانون 224-63-السالف الذكر- فيما يتعلق بإثبات الزواج<sup>3</sup>.

وقد أقدم المشرع الجزائري- قصد القضاء على مظاهر التبعية القانونية، وظاهرة الاقتباس والاسترسال في اعتماد التشريعات الفرنسية- على إلغاء القوانين الفرنسية الداخلية بموجب إصدار الأمر رقم: 29-73 المؤرخ في: 05-07-1973م، ابتداء من تاريخ: 01-07-1975م<sup>4</sup>. لتبرز تبعا لهذا الاختيار وضعية قانونية جديدة في الجزائر تتمثل في: إخضاع كل ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا إعمالا لما تضمّنه نص المادة الأولى(01) من القانون المدني، والتي جاء في فقرتها الثانية(02): " وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فبمقتضى العرف".

وعليه، ولما كانت أغلب أحكام ومباحث الأحوال الشخصية غير مقنّنة باستثناء الجزء اليسير منها-نحو: الأهلية، الهبة، الوصية...- فقد كان لزاما على القضاء الجزائري تطبيق

<sup>1</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ص 11.

<sup>2</sup> من أهمّها قانون الإجراءات المدنية، الصادر بموجب الأمر رقم: 154-66 المؤرخ في: 08-06-1966م، الذي أصبح يطبق على جميع القضايا المدنية-أي القضاء العادي- بما فيها قضاء الأحوال الشخصية.

- قانون العقوبات: الصادر بموجب الأمر 159-66 المؤرخ في: 08-06-1966.

- قانون الحالة المدنية: الصادر بموجب الأمر رقم 20-70 المؤرخ في: 19-02-1970م.

- القانون المدني: الصادر بموجب الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26-09-1975.

- قانون الصحة: الصادر بتاريخ: 19-12-1976م.

<sup>3</sup> ينظر نصوص هذا القانون: نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، ص 347،348.

<sup>4</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/ 19.



أحكام الفقه الإسلامي على وفق ما كان سائدا قبل صدور هذا القانون<sup>1</sup>-أي القانون المدني-وهو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها: "مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي من دون منازع."<sup>2</sup> بل ولطالما رجحت-المحكمة العليا-الرأي الفقهي في العديد من المواقف.<sup>3</sup>

وهو الأمر-أو المبدأ- الذي أكده وكرّسه المشرع الجزائري في أول تشريع للأحوال الشخصية يصدره- وإن كان هذا بعد مخاض عسير استغرق من الزمن ما لم يستغرقه أي تشريع في المنظومة الوطنية إذ قدر ذلك باثنين وعشرين(22) سنة- أطلق عليه اسم: "قانون الأسرة"، بموجب الأمر رقم: 11- 84 المؤرخ في: 09-06-1984م.

### المطلب الثاني: ملاحظات حول قانون الأسرة الجزائري ( الأمر رقم: 11-84)

إنه، ورغم كل الجهودات المعتبرة، التي بذلها الجزائريون لإرساء قواعد دولة عصرية تحكمها القوانين- ولا تتأثر بزوال الأفراد- ورغم كل الجهودات المتميزة التي بذلها الجزائريون- أيضا- لإصدار قوانين تتسجم مع الأنظمة الاقتصادية، والأهداف الاجتماعية من أجل إعادة بناء مجتمع جزائري متطور، فقد أعياهم أمر إصدار قانون ينظم حياة الأسرة، وينظم العلاقات القانونية بين الزوجين وبينهما وبين أبنائهما، وباقي عناصر القرابة الأخرى، باعتباره الحجر الأساسي لبناء المجتمع والدولة والأسرة. إذ لا يمكن أبدا تصور مجتمع متماسك، أو دولة متماسكة مع تصور أسرة مفككة، وزوجين منحلين خلقيا واجتماعيا، وأطفال مشرّدين هنا وهناك بين الشارع المتفسخ والمدرسة المتراصة، والسجون المهملة...<sup>4</sup>

فقد ظلّ هذا الإعياء- أو العياء- متحكّما في المشرع الجزائري طيلة مدة تقارب العشرين سنة من الاستقلال، وظلّ موضوع العمل على إيجاد قانون للأسرة الجزائرية- الجديدة- محلّ أخذ وردّ ونقاش وحوار استغرق مدة من الزمن لم يستغرقها أي قانون غيره.

ولكن، وبعد أن صدر قانون الأسرة بموجب الأمر رقم: 11- 84 المؤرخ في: 09-06-1984م. كان أن اختلفت وجهات النظر حول ما ورد فيه من نصوص أو أحكام بين مؤيد ومعارض، محدثة بذلك جدلا كبيرا في أوساط المجتمع الجزائري بمختلف فئاته

<sup>1</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد لين لوعيل، هامش ص 25.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 21/1.

<sup>3</sup> قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا مع تعديلات 2005، فضيل العيش، ص 09.

<sup>4</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ص 10.

وشرائحه- من القاعدة إلى القمة، ومن القمة إلى القاعدة، في قنوات متنوعة- ممّا حدا بالمختصين من أهل الفقه والقانون إلى بذل الجهد، وسبر أغوار الموسوعتين الفقهية والقانونية قصد الوصول إلى بيان مدى التطابق أو التباين بين ما ورد في نصوص قانون الأسرة الجزائري (الأمر 11-84) وما هو مبثوث في طيّات أسفارنا الفقهية من آراء واجتهادات<sup>1</sup>. فكان أن خالصوا إلى بيان ما تجلّى لهم من الملاحظات- التقييمية، التقويمية- المتراوحة بين ما اشتمل عليه هذا القانون من إيجابيات أو مزايا وسلبات أو عيوب، والتي نوردها بمجملتها فيما يأتي.

### الفرع الأول: إيجابيات قانون الأسرة الجزائري- رقم: 11-84

إنّه ومّا يلاحظ إيجابيا على هذا القانون:

1- إنّ ظهور هذا القانون في شكل نصوص قانونية محدودة العدد، قد سهّل على القاضي والمتقاضين في نفس الوقت، معرفة الأحكام؛ لأنّ المتقاضين- قبل صدور هذا القانون- كانوا لا يعلمون الحكم الذي سيطبّقه القاضي عليهم، وذلك لعدم وجود نصوص قانونية معلومة سلفا. وخصوصا عندما يتعلق الأمر بالمسائل التفصيلية التي يرجع فيها القاضي لكتب الفقه الإسلامي.

2- بصور هذا القانون، أصبح لكل فرد في الأسرة الجزائرية أن يعرف ما له وما عليه من حقوق وواجبات. وبالتالي يستطيع الاطلاع -وفي يسر- على هذه الحقوق والواجبات للمطالبة بها عند الاقتضاء. كما أنّ القاضي بات من السهّل عليه الحكم في القضايا المعروضة عليه، باستناده إلى نصوص قانونية معلومة تضمنها هذا القانون دون أن يجشّم نفسه عناء البحث في الاسفار الفقهية الجاري اعتمادها في مجال القضاء.

3- إنّ هذا القانون، قد وفرّ على المشتغلين في الحقل القانوني- القضاة، المحامون، المؤثّقون... وكذا الدارسين وكلّ المعتنين، وحتّى المتهمين- بقضايا الأسرة من الخوض في كتب الفقه المختلفة، والتي لا حصر لها. كما أنّ تنوع الآراء واختلافها حسب المذاهب الفقهية- بل، وحتّى في المذهب الفقهي الواحد- يجعل من الصّعب الترجيح بين هذه الآراء.

<sup>1</sup> قراءة في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، سعاد سطحي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 12، سنة 2006، ص 124-147.

وهذه الصعوبة يعرفها، ويعترف بها حتى أهل التخصص، ناهيك عن غير المتخصص في هذا المجال. فضلا عن أنه لا يوجد عندنا قضاة شرعيون<sup>1</sup> في مجال الأحوال الشخصية<sup>2</sup>.

4- إنّه، وبصدور قانون الأسرة الجزائري صار الجميع ملزما بالتقيّد والخضوع لأحكامه المنصوص عليها. فيكون بذلك قد أغلق الباب أمام اجتهاد القاضي في كل المسائل المنصوص عليها. بينما المسائل التي لم ينص عليها، فقد ترك المجال فيها للقاضي في أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإيجاد أو استنباط الحلول المناسبة للقضايا المعروضة عليه، دون التقيّد بمذهب فقهي معين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وإن كان المشرع الجزائري قد استعمل هذا المصطلح في قانون الحالة المدنية، كما هو واضح من خلال نص المادة 77 التي جاء فيها: "يعاقب القاضي الشرعي أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة و الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها من المادة 441 المقطع الأول من قانون العقوبات. يعاقب ضابط الحالة المدنية أو القاضي الشرعي الذي لم يطبق الإجراءات المقررة في هذا الفصل...". على أن المراد بالقاضي الشرعي هنا إنّما هو الموثق- وليس قاضي الأحوال الشخصية، كما قد يتبادر للذهن- ولعلّ هذا النص، يعد من النصوص التي توضح عدم تناسق الصياغة التشريعية في المنظومة القانونية الوطنية.

ينظر: نظام الحالة المدنية في الجزائر، عبد العزيز سعد، ص 128.

<sup>2</sup> فقاضي الأحوال الشخصية في الجزائر- في حقيقة الأمر- ليس بقاضي شرعي بالمعنى التقليدي، وإنّما هو قاضي عادي أو بالأحرى قاضي أكاديمي، تحصل على شهادة ليسانس في العلوم القانونية كأصل ثمّ التحق بالمعهد الوطني للقضاء، بعد اجتيازه للمسابقة المنظمة لذلك من طرف وزارة العدل، ليتم تأطيره لمدة ثلاث سنوات - تأطيرا قانونيا صرفا- ليوجه بعدها إلى المحكمة التي يعين فيها -و ربّما في قسم شؤون الأسرة، وليس له من الرصيد الشرعي الذي تلقاه طيلة مساره العلمي خلال مرحلة التدرج - كلية الحقوق- أو التكويني إلاّ القدر اليسير جدّا - إن لم أقلّ المعدوم- الذي تلقاه خلال دراسته لمقياس: " المدخل للشريعة الإسلامية" بالنسبة للنظام الكلاسيكي طبعاً. والذي أرى بحكم المرور بهذه المرحلة من التعليم والتدريس بكليات الحقوق بعدة جامعات جزائرية؛ أنّه في الحقيقة غير كاف على الإطلاق لأن يؤهل هؤلاء القضاة للفصل في قضايا الأحوال الشخصية- فيما يفترض فيه الاجتهاد- لعجزهم في أن يلجوا مجال أسفار الفقه الإسلامي، الذي يجهلون في أغلب الأحيان مسمّياتها، ولا يملكون مفاتيح ذلك، فضلا عن أن يستخلصوا أو يرجحوا بين الآراء الفقهية التي قد تتعارض وتختلف فيما بينها من مذهب فقهي إلى آخر، بل في المذهب الفقهي الواحد، بل حتى عند الفقيه الواحد.

<sup>3</sup> قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، رشيد بن شويخ، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004م، ص 110-127.

فهذه الميزة التي تحسب في حقيقة الأمر للقانون الجزائري<sup>1</sup>، إنّما تستفاد ممّا تضمّنه نص المادة 222- من قانون الأسرة رقم: 11- 84- والتي جاء فيها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية." فالتأظر في هذا النص، يلحظ أويستخلص بأنّ هذا القانون؛ إنّما يقوم على مبدأين جوهريين هما<sup>2</sup>:

**المبدأ الأول:** المرجعية الشرعية لقانون الأسرة الجزائري.

**المبدأ الثاني:** تعميم تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية، دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق.

وهو ما عبّر عنه العربي بلحاج في خضمّ شرحه لنص المادة محل الاستدلال بقوله: "والمقصود هنا بأحكام الشريعة هو مجموع ما فيها من حلول قانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية، وعدم الاقتصار على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية."<sup>3</sup>

ولو تصفحنا نصوص قانون الأسرة الجزائري، فضلا عن نص المادة (222)-السالفة البيان- لوجدنا سمات الدلالة أو المرجعية الشرعية الإسلامية واضحة وكثيرة جدا، ومن أمثلة ذلك:

<sup>1</sup> ذلك أنّه و بالرجوع إلى التشريعات العربية المقارنة في مجال الأحوال الشخصية، نجد أغلبها تقيد القاضي بالمذهب الفقهي السائد في تلك البلاد، ومثال ذلك ما تضمنته:

مدونة الأسرة المغربية: إذ ورد في المادة (400) منها ما نصّه: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي..."

مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية: تنصّ المادة (311) على أنّه: "- يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب الإمام مالك.

- كل ما لم ينص عليه في هذه المدونة يرجع في إلى مشهور الإمام مالك".

قانون الأحوال الشخصية السوري: جاء في نص المادة(205) منه: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي".

<sup>2</sup> ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/ 22، 20.

- المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمّد لمن لوعيل، ص 29.

- الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر حرز الله، ص 16.

<sup>3</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/ 22.

\* نص المادة(04): التي تعرّف الزواج بقولها: " عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة..."

فالناظر في مباني الألفاظ ودلالاتها، يلحظ جلياً أنها مصطلحات شرعية متواترة: فإطلاق "على الوجه الشرعي"؛ توحى بأنه عقد يستمد مقوماته وعناصر بنائه من أحكام الشريعة الإسلامية.

و: "من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة"؛ إنّما تذكّر القارئ بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾<sup>1</sup>.  
نص المادة(27) والتي تنصّ على أنّه: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب." فهذه المادة من قانون الأسرة الجزائري ما هي إلاّ تقنين لنص شرعي، هو حديث نبوي شريف. فعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب."<sup>2</sup>

وإذا ذهبنا إلى نصوص الحضانة، النيابة الشرعية، التبرعات المالية المتعلقة بالهبات، الوصايا الميراث و الأوقاف. فإننا نجدها في الكثير من أحكامها تستند إلى نصوص شرعية، مما يؤكّد

إيجابية هذا القانون كونه ذو مرجعية شرعية<sup>3</sup>.

**ملاحظة:** لعلّ السرّ الكامن وراء تأخر سنّ هذا القانون، إنّما مرده إلى هذه الميزة- الإيجابية- التي يحظى بها، والمتمثلة أساساً في طبيعته الشرعية. إذ لم يكن من السهل على المشرع الجزائري- كما أسلفنا الذكر- إصدار قانون الأحوال الشخصية، والفصل في الاتجاه الفلسفي الذي سيطع قانون الأسرة، ويحدّد نمط وشكل الأسرة الجزائرية. فبالمقارنة مع القوانين الأخرى نحو القانون المدني والتجاري... فإنّه على الرغم من تبني الجزائر السياسية الاشتراكية، فقد كان القانون المدني يغلب عليه الاتجاه الفردي. كون المشرع استمدّها أو اقتبسها من دول غربية ذات أنظمة ديمقراطية ليبرالية. في حين نجد أنّ قانون الأحوال الشخصية الجزائري، هو الوحيد الذي جسّد الشريعة الإسلامية من خلال نصوصه وأحكامه<sup>4</sup>. حيث جعل المشرع الجزائري الفقه الإسلامي أساساً لهذا الفرع التشريعي،

<sup>1</sup> سورة الروم: الآية 21.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب:...و يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب، ص634.

<sup>3</sup> واقع الأسرة الجزائرية وآفاق ترقيتها، ص 155، 156.

<sup>4</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 27-28.

تحقيقا للاستقلال القانوني وتخليصا للمنظومة التشريعية من عيوب التبعية الفكرية الغربية، واستكمالاً لمقومات الشخصية الوطنية-المسلمة- بإحلال قوانين وطنية شرعية محل القوانين الأجنبية<sup>1</sup>.

ولعل الأمر يتضح ويستبين بشكل أكبر، من خلال ما تضمنه المشروع التمهيدي لقانون الأسرة الجزائري لسنة 1981م، الصادر عن مديرية البحث لوزارة العدل، حيث ورد النصّ صراحة على المرجعية الشرعية الإسلامية لهذا القانون من خلال المصادر التي استتمت عليها اللجنة في وضعها له- أي مصادر قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup>- والذي جاء فيه:

<sup>1</sup> الوجيه في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 21/1.

<sup>2</sup> إلا أنّ المتفحص للمراجع القانونية في الجزائر في مجال الأحوال الشخصية، قد يجد من يذهب إلى تفسير وشرح نص المادة (222) القاضية وبشكل صريح بشرعية قانون الأسرة سواء في جانبه التّصي- أي مواده على ما فيها من نقائص- أو في جانبه الإحالي إلى أحكام التشريعية- المراد بها الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة- فيذكر الغوثي بن ملحّة ما نصه: "وتنظيم حقوق الأسرة في كثيرة من الشرائع يدخل في إطار القانون المدني. أمّا في الجزائر فإنّ الجزء الأكبر من حقوق الأسرة هو ممّا تنظمه أحكام تستند إلى الشريعة مع الاعتماد على القانون المدني في الباقي." هذا ويسترسل في اعتماد هذا الموقف في مختلف المباحث التي عرض لها في مؤلفه. حيث إنّه يرجع فيما لا نص فيه في قانون الأسرة، لا إلى أحكام الفقه الإسلامي، بل إلى نصوص القانون المدني. ولعلّ هذا الخطأ الذي وقع فيه إنّما يرجع إلى انطلاقه من تصور قانوني محض لقانون الأسرة. حيث ذهب إلى اعتباره ذو طبيعة قانونية صرفية متراوحة أو جامعة بين خصائص القانون الخاص والقانون العام، وبالتالي فإنّه يّجّض في استنباط أحكامه فيما لا نص فيه إلى ما تقتضي به المادة الأولى من القانون المدني القاضية بأنه:

" يسري هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها.

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة."

وهذا ما يتعارض ونص المادة (222) من قانون الأسرة السالفة الذكر. فهذه المادة إنّما هي مادة خاصة مستمدة من تشريع خاص، هو قانون الأسرة. بينما نص المادة الثانية من القانون المدني عامة مستمدة من التشريع العام، هو القانون المدني، فتكون النتيجة: أن الخاص يقيد العام، وبالتالي لا يكون لما ذهب إليه بن ملحّة أي سند أو دليل قانوني بل على العكس، من ذلك فإنّ البديل القانون يرد ويخطئ مذهبه هذا، الذي أرى أنّه كان سليماً في الفترة ما بين تاريخ صدور القانون المدني سنة 1975م، وقبل صدور قانون الأسرة والجزائري رقم 11-84. - ينظر: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الغوثي بن ملحّة، ص 08 وما بعدها.

ملاحظة: أودّ الإشارة بمناسبة عرض نص المادة الأولى من القانون المدني السالفة الإشارة قريباً، إلى أنّ المشرع الجزائري لم يكن موفقاً في صياغة هذا النص بهذا الترتيب للاعتبارين الآتين:

- الأوّل: إنّ كان يكفي أن يذكر مصطلح الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي ثان بعد التشريع؛ ذلك أنّ علماء الأصول يعتبرون العرف من المصادر التبعية من مصادر الأدلة الشرعية التي تقسم في عمومها إلى قسمين من حيث



"...وقد اعتمدت اللجنة في وضع هذا القانون على المصادر الآتية:

القرآن الكريم، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، الإجماع، القياس الاجتهاد، الفقه على المذاهب الأربعة في بعض المسائل، وكذا على نصوص تشريعية أخرى لدول شقيقة هي:

- قانون الأحوال الشخصية السوري.

- قانون الأسرة المصري مع بعض شروحه.

- مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

- مدونة الأحوال الشخصية التونسية.<sup>1</sup>

5- رغم أن قانون الأسرة الجزائري جاء مستمداً من أحكام الشريعة الإسلامية، ومجسداً لهوية الأسرة الجزائرية الأصيلة، فقد مثل دليلاً قاطعاً إلى جانب كونه انتصاراً على المشككين في عدم صلاحية وأهلية أحكام الشريعة الإسلامية في أن يكون تشريعاً يمكن تطبيقه في الواقع العملي - كما هو الشأن مع القوانين الوضعية الأخرى، المستوحاة أو المقتبسة من الشرائع الغربية الحديثة.<sup>2</sup>

---

الاستدلال: أدلة متفق على الاستدلال بها وهي: الكتاب، السنة، الإجماع، والقياس. وأدلة مختلف فيها وهي: الاستحسان، المصلحة المرسل، الاستصحاب، العرف، مذهب الصحابي، شرع من قبلنا، وسد الذرائع. ينظر تفصيل هذا: الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي، 1/112 وما بعدها، الموافقات، الشاطبي، 3/29 وما بعدها، علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 23 وما بعدها.

- الثاني: إنّه وباعتباره لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر تبعي من مصادر التشريع إلى جانب الشريعة الإسلامية، قد يحمل وجهة نظر سلبية للقارئ المدقق في هذا الإطلاق، وهذا التدرج في عرض مصادر التشريع الجزائري مفادها إمكانية تصور عجز الشريعة الإسلامية عن إيجاد حلول وتقديمها للقاضي عند عدم نص تشريعي، مع أنّ نصوص الشريعة ذاتها تطالب القاضي بالسعي فيما يعرض عليه على تحري العدل، تصديقاً لقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ﴾. وعليه يكون في الإشارة إلى الشريعة الإسلامية كمصدر إلى جانب التشريع ما يعني عن الإشارة إلى غيرها من المصادر نحو العرف، ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة، لأنّ أحكام الشريعة ذاتها تطالب القاضي في حالة عدم النص التشريعي بالاجتهاد للوصول إلى استنباط الحكم، ومنه إقامة العدل والإنصاف بين المتقاضين معتمداً في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، 1/12.

- إنعكاسات تعديل قانون الأسرة على الاستقرار الأسري، مسعود رزيق، ص 82.

<sup>2</sup> الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر حرز الله، ص 17.

## الفرع الثاني: سلبات قانون الأسرة الجزائري رقم: 11-84

إنّته وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري، توالى ردود الفعل حول هذا القانون، وتوالى معها الانتقادات، حيث قيل عنه الكثير لاسيما في الجوانب السلبية منه كما يراها المعارضين لهذا القانون.

كما أنّ الجوانب التطبيقية لهذا القانون، أظهرت في الحقيقة العديد من النقائص بسبب سوء الصياغة القانونية، كما أظهرت البعض من التناقضات في النصوص ومنه الأحكام الشرعية المترتبة على أعمال تلك النصوص القانونية، ما أدّى بالمهتمين بمسائل الأسرة إلى المطالبة بمراجعة هذا القانون وإعادة صياغة نصوصه، بما يحقق الانسجام بين الجوانب القانونية والجوانب الشرعية. ذلك أنّ المصطلح الشرعي له دلالاته، كما أنّ المصطلح القانوني دلالاته أيضا. فكان لزاما على المشرع تدارك الأمر بإيجاد صيغة توفيقية بين المصطلحين، الشرعي والقانوني معا.

كما أنّ التطبيقات العملية لنصوص قانون الأسرة أظهرت العديد من النقائص وفي العديد من القضايا بعضها شكلي؛ يتعلق بسوء الصياغة القانونية. وبعضها موضوعي؛ يتعلق بمضمون النصوص القانونية الذي يصل في بعض الأحيان إلى التعارض والتناقض بين النص القانوني والحكم الشرعي.

ومن هنا، ظهرت الحاجة للمطالبة بإعادة النظر حول نصوص هذا القانون حتى يكون أكثر انسجاما، فتراعى فيه الجوانب القانونية والشرعية، ويأخذ في الحسبان التطورات الحاصلة في المجتمع الجزائري من الجانب الاجتماعي، الاقتصادي، العلمي والفكري. تحقيقا لمصلحة الأسرة والمجتمع<sup>1</sup>.

إلاّ أنّه، وقبل عرض مجمل تلك النقائص الشكلية والموضوعية التي اشتمل عليها قانون الأسرة الجزائري لسنة 1984م، أرى أنّه لابد من الإشارة إلى أن هذا القانون إنّما يتواجد بقواعده ومحتواه - على ما سبقت الإشارة إليها آنفا - بين عدة تيارات واتجاهات فكرية متضاربة، تسير في اتجاهات رئيسية ثلاثة، هي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، رشيد بن شويخ، مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004م، ص 110، 127.

<sup>2</sup> في منهجية التقنين، محمد كمال الدين إمام، ص 87 وما بعدها.

- **الاتجاه الأول:** وهو الاتجاه الراض لقانون الأسرة جملة وتفصيلا؛ والذي يذهب في مطالبه إلى إلغاء هذا القانون لأنه لم يعد متمشيا مع متطلبات العصر، والمرحلة التي بلغها المجتمع الجزائري، انطلاقا من التفتح السياسي والديمقراطي الذي عرفته الجزائر منذ عام 1989م.

فقد ذهب هذا الاتجاه إلى كون؛ هذا القانون لم يحترم المبادئ الواردة في الدستور فيما يتعلق بمركز المرأة، بل، تضمن أحكاما وقواعد قانونية متناقضة مع الدستور والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي كانت الجزائر قد صادقت عليها- سواء قبل أو بعد إصدار قانون الأسرة- رغم إبدائها لبعض التحفظات على بعض المواد الواردة فيها.

بل، أن هذا الاتجاه الراض لقانون الأسرة- وقتئذ- ذهب إلى أبعد من ذلك من حيث حدة الاختلاف والرفض عندما اعتبر أن هذا القانون؛ كرّس هيمنة الرجل على المرأة، وأرسى قاعدة تعدد الزوجات وشجّع على الزواج العرفي، وسنّه لقانون الطلاق بإرادة منفردة، ناهيك عن انعدام المساواة بين الرجل والمرأة... وباختصار فقد اعتبر هؤلاء المنتقدون لقانون الأسرة من زاوية تساوي الرجل والمرأة أنه: قانون رجعي، قزّم المرأة، واعتبرها عديمة الأهلية<sup>1</sup>، فهو قانون أقرّ مبدأ إطلاق سلطات الرجل.<sup>2</sup>

- **الاتجاه الثاني:** وهو الاتجاه المعارض للتعديل أو الإلغاء؛ فقانون الأسرة مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية وآراء الفقهاء المختلفة والمتعددة دون التقيّد بمذهب فقهي واحد قد يحجر على العلاقات الأسرية داخل المجتمع الجزائري، فهو بالتالي تشريع متفتح على مختلف المذاهب الفقهية. و عليه، فلسنا في حاجة إلى

المطالبة بتعديل و لا بإلغاء هذا الفرع القانوني، بل، أن المطالبة بفتح الباب لمثل هذه المطالب- التعديل، الإلغاء أو التغيير- قد يؤدي في أرجح التوقعات إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية. وهو أمر؛ مرفوض رفضا مطلقا من طرف عموم المجتمع الجزائري. فضلا عن أن مجموع القوانين الوطنية - الدستور، قانون الأسرة ذاته - تكرّس هذا الأمر و هو: شرعية قانون الأسرة الجزائري، و عدم إمكانية مخالفة ذلك.

<sup>1</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 3، 5.

<sup>2</sup> إجحاف قانون الأسرة الجزائري بحقوق المرأة، هجيرة دنوبي بن الشيخ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد 03، السنة 03، جانفي 2000م، ص 475، 491.

- **الاتجاه الثالث:** وهو الاتجاه المعتدل؛ والذي يقف موقفا وسطا بين الاتجاهين السالفين حيث يرى بأن قانون الأسرة، وإن كانت نصوصه وأحكامه مستمدة من أصول الشريعة الإسلامية- بما تحمله هذه العبارات من معنى واسع- سواء أعلق الأمر بالتصوُّص النقليّة، أو تعلق الأمر بالمسائل والآراء الفقهية الفرعية. إلا أن التطبيقات العملية لنصوص هذا القانون، قد أظهرت العديد من العيوب، وفي العديد من المباحث أو النصوص؛ بعضها شكلي، يرجع إلى سوء الصياغة التشريعية وقصورها. وبعضها موضوعي يرجع إلى مضمون النصوص التشريعية، أدّت مجتمعة -أي العيوب الشكلية والموضوعية- في العديد من الأحيان، إلى التناقض بين النصوص القانونية والأحكام الشرعية. فكان لزاما حسب هذا الاتجاه، العمل على إعادة النظر في القانون بتعديله وإثرائه، بغرض تقويمه ورفع النقائص والتناقضات التي اشتمل عليها. والتي أشير- من باب التمثيل لذلك- إلى بعضها فيما يأتي.

#### أولا- السلبات الشكلية لقانون الأسرة رقم: 11-84

احتوى قانون الأسرة رقم 11-84، على جملة من العيوب أو النقائص الشكلية، والمتعلقة أساسا بعامل ضعف الصناعة أو الصياغة التشريعية، الأمر الذي اقتضى ضرورة بيان هذه العيوب ومناقشتها بقصد تعديلها ومنه تقويم وإثراء هذا القانون. ولعلّ من أهم هذه النقائص:

**1- تسمية القانون:** لقد أطلق المشرع الجزائري على القانون المتعلق بالأحوال الشخصية تسمية: "قانون الأسرة" بدلا من تسمية القديمة التقليدية وهي الأحوال الشخصية، التي درج عليها القضاء الوطني قبل إصدار هذا التشريع، بل هي الإطلاق الذي اعتمده التشريعات العربية المقارنة في هذا المجال باعتبارها أحد المصادر التي اعتمدها المشرع الجزائري عند إعداده لهذا القانون- وقد تقدمت الإشارة إلى هذا الأمر آنفا أعلاه.

ذلك أن الأحكام الواردة في هذا القانون ليست مقصورة على مباحث الأسرة فقط، بل، شملت حالة الشخص وترشيده وأحكام المفقود والغائب والحجر والوصاية والتقديم والكفالة والهبة والوصية والوقف. وكلّها في حقيقة الأمر قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته، وهي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/ 15.

- قانون الأسرة مدعم باجتهاد المحكمة العليا، فضيل العيش، ص 08.

فإذا ما تمعنا بشيء من الدقة، والجمع أو الربط بين نصوص وموضوعات قانون الأسرة الجزائري، لوجدنا ما يؤسس، ويدلّل، ويؤكد هذا العيب أو النقيصة في هذا القانون. مما يستوجب إزالتها، وذلك بتعديل تسميته إلى قانون الأحوال الشخصية بدل التسمية الحالية. ويتجلّى الأمر أكثر من خلال ما تضمنته النصوص الآتية:

المادة (02): "والتي ورد فيها بأن: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة."

المادة (126): "والقاضيّة بأن: "أسباب الإرث: القرابة والزوجية."

إلى جانب النصوص القانونية المنظمة لمبحث الكفالة؛ والتي وردت في المواد من (116 إلى 125) من القانون حيث جاء في نص المادة 116 بأن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". وردة في المادة 119 ما نصه: "الولد المكفول إمّا أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب".

وعليه، وبالجمع بين مدلول هذه النصوص، يتّضح لنا بأنّ المادة (02) إنّما تبين لنا المقومات والعناصر التي تبني عليها العلاقات الأسرية وهي: عنصر الزوجية، وعنصر القرابة. وهو ما يؤكده مضمون المادة (126) التي يتّضح من خلالها بأن أصحاب الحق في الميراث ينبغي أن يكونوا ممن يتحقّق فيهم أحد المقومين، أو العنصرين السالفين الذكر- الزوجية أو القرابة-

وعليه، نقول بأنّ العلاقة الأسرية؛ إنّما تشمل كلّ من يتوفّر فيه أحد هذين العنصرين، كي تخضع عندها لما يطلق عليه: "قانون الأسرة". لكن إذا ما نظرنا في نصوص المواد المتعلقة بالكفالة، نجد بأنّها قد لا تشتمل - بالضرورة - على أحد هذين المقومين، اللذين تبني عليهما العلاقات الأسرية، وفق مضمون النّصين المتقدّمين. و من ثمّ يكون المشرع الجزائري، قد أدخل مباحث تحت غطاء العلاقات الأسرية التي تخضع لقانون الأسرة، في الوقت الذي يفترض وفق المنطق القانوني السليم: أنّها غريبة عنها. فيكون المشرع بذلك، قد أعطى صفة الأسريّة على مسائل ليست لها الأهلية القانونية في ذلك. الأمر الذي يجعلنا نقول بأنّه: يجب على المشرع الجزائري أن يعدّل أوّل ما يعدّل تسمية: "قانون الأسرة"؛ بأن يجعلها: "قانون الأحوال الشخصية."

بل أنه، وفضلا عمّا ذكرنا أعلاه من أدلة حول أولوية تسمية هذا القانون بقانون الأحوال الشخصية فإنه إطلاق أو مصطلح أكثر انسجاما مع الموروث الثقافي الإسلامي<sup>1</sup>.

## 2- اتسامه بالأدبية والارتجالية<sup>2</sup>

إنه ومّا يتّصف به قانون الأسرة الجزائري ما يعتبره محمد محمّد رحمه الله من النقائص والعيوب التي اشتمل عليها هذا القانون كونه: "أديبا، ارتجاليا".

أ- كونه قانونا أدبيا: ومردّ هذا إلى أنّ أحكام قانون الأسرة الجزائري غير مقترنة ولا متبوعة بعامل الجزاء. ذلك؛ "أنّ أيّ إنسان عاقل مدرك واع يعلم أنّ التواهي أو الموجبات إذا لم تتبع بجزاء لا فائدة منها وتسمى لدى رجال الفقه القانوني بالقاعدة المكتملة. فلو أنّ أيّ مشروع فعل كما فعل مشرعنا في المادة 07 وقال بأنّ المرأة لا تتزوج إلّا إذا بلغت سنّ 18 سنة، والفتى لا يتزوج إلّا إذا بلغ سنّ 21 سنة. ثمّ لم يضع جزاء لمن خالف هذا، فهل سيطبق الناس هذا النص؟... إذا قانون لا يحتوي على جزاءات عند المخالفة؛ يبقى أديبا لا يلتزم به إلّا القليل. ذلك لأنّه؛ إذا كان المولى وَعَلَيْكَ قد حرّم الكذب وشهادة الزور والتّميمة والرّبا، ومع ذلك الناس يتعاملون بها، فهل قانون الأسرة تطاع نصوصه مع علمهم الشخصي بأنّه لا عقاب عليهم حتّى في الآخرة، بل الشخص يرى نفسه عندما زوج ولده أو ابنته دون السنّ القانونية قد ستره وسترها... فهو في نظره قد فعل خيرا. فهل يأتمر بأمر قانون لا عقاب فيه؟... ونردّ العيب بعد ذلك كلّه للقانون، والقانون أصلا من بدايته جاء ناقصا وقاصرا لكونه قانونا أديبا لا أكثر."

ب- كونه قانونا ارتجاليا: ومن الأدلّة التي تؤكد الصياغة الارتجالية لنصوص قانون الأسرة الجزائري كما ذكر محمد محمّد رحمه الله:

\* عدم تمييز المشرع الوطني بين المصطلحات، ولا التمييز بينهما من حيث القيمة ولا الآثار القانونية وعدم إيراد بعض الاصطلاحات الأساسية في الوقت الذي رتب عليها المشرع أحكاما في نصوص قانونية أخرى، حيث قال: "إنّ المطّلع على المواد (09-10-11-32-33) من قانون الأسرة يعلم ويقطع جازما بأنّ المشرع لم يكن يفرق بين الركن

<sup>1</sup> ينظر: المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد حسال، ص 07.

- شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ص 13.

<sup>2</sup> دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمد محمّد، جريدة اليوم، الصادرة بتاريخ: الأحد 26-09-2004م، الجزائر، ص 09.



والشرط. ذلك لأنّ الفقهاء، سواء فقهاء الشريعة أو اللّغة أو القانون مجمعون على أن تخلف الركن أو فقدانه يؤدي إلى فساد العقد وبطلانه تمّ الدخول أو لم يتم الدخول ولو أنجبت المرأة الأولاد. لكن المشرع عندما ذكر أركان عقد الزواج في المادة ( 09 وما بعدها) ثم بين في المادتين ( 32-33) بأنّه: إذا تخلف ركن من تلك الأركان ولم يعلم أمره إلاّ بعد الدخول فإنّ الزواج يستمر صحيحا. فأيّ عقل يقبل هذا، أو أيّ فقه أو اجتهاد يقول به؟! \* إنّ القانون أهمل أشياء أساسية رغم ترتيبه أحكاما عليها في نصوص قانونية. فالمطلّع مثلا على المادة (138) من قانون الأسرة، يجدها تنصّ على أنّه: "يمنع من الإرث: اللعان والردة." و اللعان لا يحصل بالوفاة، إنّما هو طريق من طرق حل الرابطة الزوجية. و لكن؛ هل هذا الأخير يحصل بمجرد اللعان أم لا بد فيه من اللجوء إلى القضاء، وكيف يتم هذا اللعان؟ و ما إلى ذلك من الأسئلة التي لم يتكلم عنها المشرع أصلا ومحلّها هو باب الطلاق وحل الرابطة الزوجية. الأمر الذي جعلنا نستفسر: كيف يكون الميراث مترتبا على أمر لم ينص عليه المشرع أصلا ولم ينظمه؟! ممّا جعلنا نضطر إلى القول بزيادة بعض النصوص القانونية التي تنظم اللعان وكيفيته. هذا وقد امتدت آثار هذه السّمة التي اتّسم بها قانون الأسرة الجزائري- الارتجالية - إلى أن أثّرت في الصياغة التشريعية للكثير من نصوص هذا القانون، إلى درجة أنّه لم يكد يخلو نصّ من نصوصه، إلاّ وفيه ما يعاب عليه من هذا الجانب. الأمر الذي امتد أثره متجاوزا بذلك العيب الشكلي إلى الموضوعي للنصوص، ممّا خلق نوعا آخر من النقائص نجمت عنها بدورها حالة من المخالفة أو التناقضات بين الجانبين القانوني والشرعي. ومن ذلك نذكر المواد: 04-05-06-09-10-11-12-32-33-40-47-48-49-50-53... والتي انعكس سوء بنائها القانوني سلبا على حكمها الشرعي. وهو ما سيتم توضيحه من خلال عرض بعض النقائص التي اشتمل عليها هذا القانون من الجانب الموضوعي فيما يأتي.

### ثانيا- السلبات الموضوعية لقانون الأسرة رقم: 11-84

لقد اشتملت العديد من نصوص قانون الأسرة على الكثير من النقائص والعيوب على مستوى الصناعة أو الصياغة القانونية، والتي أدّت في أحيان عديدة إلى التعارض بين النص التشريعي والحكم الشرعي. فكان أن وصف هذا القانون بأنّه: يتضمن عيوباً ونقائص من حيث الموضوع أو الأحكام.

وأقتصر هنا على إيراد ما يتعلق بموضوعي: علاقة الخطبة بالفاثحة، وأسباب التطليق-  
كنموذجين تمثيلين لاحتصاريين<sup>1</sup> - وذلك فيما يأتي:

أ- ما يتعلق بموضوع: علاقة الخطبة بالفاثحة

نصت المادة(2/6) بأنه: " تخضع الخطبة والفاثحة لنفس الأحكام المبينة في المادة 05." ونصت المادة (05) المحال إليها بموجب المادة (06) من قانون الأسرة رقم 11-84 على أن:

"- الخطبة وعد بالزواج ولكل من الطرفين العدول عنها.

- إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي جاز الحكم بالتعويض.

- لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها ردّ ما لم يستهلك."

فبمقاربة يسيرة بين الأحكام الواردة في النصين يمكن استخلاص الملاحظات الآتية-

المرتبة عن سوء الصياغة القانونية:

\* تخضع كلا من الخطبة والفاثحة- أو الخطبة الفاثحة في حالة اقترانهما- إلى نفس أحكام الخطبة المبينة في المادة (05) وعليه: تكون الفاثحة وعد بالزواج. ومنه، لا يمكن أن ترتب- حسب المشرع- أحكام الزواج الشرعي.

\* في حالة العدول عن الفاثحة، أو الخطبة الفاثحة؛ تترتب عن ذلك نفس أحكام العدول المبينة في المادة (05) الفقرات 2-3-4، من إمكانية المطالبة بالتعويض متى ترتب عن العدول من أي من الطرفين ضرر مادي أو معنوي، وتم إثباته أمام القضاء. إلى جانب الأحكام المتعلقة بمجموع الهدايا المتبادلة بين الطرفين قبل العدول؛ من حيث إمكانية الاسترداد ونطاقه.

\* عدم إمكانية المطالبة بتسجيل عقد الزواج متى تمت الفاثحة وفق ما تضمنه نص المادة (22)؛ ذلك أن المشرع باعتباره الفاثحة خطبة، يكون قد اتخذ موقفاً سلبياً يجعل تطبيق

<sup>1</sup> يمكن الرجوع لمعرفة المزيد عن التناقضات الحاصلة في قانون الأسرة رقم 11-84، التي تضمنتها نصوص عديدة إلى مختلف الشروح التي عرفها هذا القانون:

- الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، محمد محدة.

- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد.

- شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، ج1.

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، ج1.

مضمون هذه المادة مجرد أحكام عامة، بل أنه، ومن خلال ذلك: يكون قد عمد إلى تجريد هذا النص القانوني من قوته الإلزامية تماما.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأنّ المشرع قد تناقض مع نفسه حين اعتبر الفاتحة: "خطبة"، ثمّ جاء في المادة (22) من ذات القانون ونص على أنّه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية".

\* إنّ المشرع الجزائري ومن خلال إعطائه الفاتحة حكم الخطبة، ومنه رفع صفة العقد الشرعي عنها. يكون قد أغلق باب الاجتهاد القضائي، بحيث لم يمنح، أو بالأحرى قيّد وانتزع من القضاء السلطة التقدير في التحري عن صحّة الاتفاق الواقع بين المعنيين به، أو من مدى ملاءمته النظام الشرعي لعقد الزواج<sup>1</sup>، بل حتّى أنّنا إذا ما سلّمنا جدلا بوجود شيء من السلطة التقديرية للقضاء في مجال إضفاء الصفة العقدية للاتفاق بين الطرفين المعنيين بالفاتحة أو الخطبة الفاتحة من خلال النظر في النصوص الثلاثة السالفة البيان وهي: المواد (05- 06 - 22) فإنّنا نجد على المستوى التطبيقي بأنّ الأحكام والقرارات القضائية قد تضاربت بشأن أحكام الفاتحة، أو الفاتحة المقترنة بالخطبة. فأحيانا تعطي المحاكم تفسيرات الفاتحة على أنّها: خطبة، ومنه فهي مجرد تواعد وليست تعاقدا. وأحيانا تؤوّل على أنّها: عقد زواج شرعي يجب الحكم بتسجيله. ومن هذه القرارات:

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: 17-03-1992م (ملف رقم: 81129) والذي جاء فيه: "... حيث أنّه بالفعل فإنّ 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 أنّهم قد حضروا مجلس العقد على معنى المادة

<sup>1</sup> بعض المآخذ على أحكام الطلاق الواردة في قانون الأسرة، تشوار الجيلالي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004 م، ص 190، 208.

(09) من نفس القانون، بينما الفاتحة فهي ليست ركنا من أركان الزواج وليست شرطا لوقوع الخطبة وإثما هي من باب التبرك والدعاء وعلى ذلك يجب التفريق بين الفاتحتين.<sup>1</sup>

وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 14-04-1992م (ملف رقم: 81877) والذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. ومن المقرر أيضا أنه يثبت الزواج بتوافر أركانه المعروفة 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.

إنّ 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 قضوا قد طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.<sup>2</sup>

فمن خلال هذين القرارين نلاحظ بأن المحكمة العليا اعتبرت في القضية الأولى قراءة الفاتحة مجرد خطبة، في حين اعتبرت توافر أركان الزواج في القضية الثانية يجعل من الفاتحة زواجا شرعيا - غير مسجل أو عرفي- وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ: 04-04-1995م (ملف رقم 111876) والذي جاء فيه: "ومتى تبين في قضية الحال أن الخطبة لم تسبق الفاتحة حتى تعتبر وعدا بالزواج طبقا للمادة 05 من قانون الأسرة، وإثما اقترنت الخطبة بالفاتحة أثناء مجلس العقد بحضور الشهود والولي وتحديد الصداق، وبالتالي فإنّ اقترن الخطبة بالفاتحة هذه الحالة يعتبر زواجا صحيحا متى توافرت أركانه طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة. وعليه فإنّ قضاة الموضوع باعتبارهم الفاتحة مثل الخطبة تعتبر وعدا بالزواج رغم تقديم الطاعة لشهود على وقوع الزواج وتوافر أركانه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطؤوا في تطبيق القانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 31.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 36.

<sup>3</sup> الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 36.

يبدو واضحا من خلال هذه القرارات؛ الخلط الكبير بين ما يعتبر زواجا، وما يعدّ مجرد خطبة. ومردّ هذا كما أسلفنا القول: سوء الصياغة القانونية- ذات الصفة الارتجالية- من طرف المشرع الجزائري الذي لم يحدد المقصود بمصطلح الفاتحة؛ أهي مجرد قراءة سورة الفاتحة بمناسبة الخطبة من باب الدعاء وطلب البركة فحسب؟ أم أنّها الصيغة التي يتم بها التعاقد؟<sup>1</sup> ذلك أنّ التمييز بين الحالتين إنّما يترتب عنه أحكام قانونية و شرعية مختلفة اختلاف الوعد بالزواج، وعقد الزواج.

وعليه، كان يفترض في المشرع الجزائري من باب رفع هذا التعارض والتناقض<sup>2</sup> من خلال: تحديده لمدلول الفاتحة في نص المادة(06) من قانون الأسرة إقتداء في ذلك

<sup>1</sup> ينظر: الخطبة والزواج، محمد محدة، ص52،50 - شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، 30/1 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، رشيد بن شويخ، ص30.

<sup>2</sup> أشير هنا إلى ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد، والذي أرى أنّه رأي تفرد به من بين القانونيين الجزائريين في تحليله وشرحه للعلاقة بين الخطبة والفاتحة. فهو يرى أنّه ليس ثمة أيّ تعارض أو تناقض بين نصي المادتين: 05، 06، وكذا المادة 22 من قانون الأسرة وذلك بقوله: "وإذا كان هناك من القضاة أو غيرهم، ممن يرى أنّ هناك تناقضا بين عناصر الخطبة والفاتحة أو تعارضا في نتائجها وآثارهما باعتبار أنّ الخطبة تقف آثارها عند التعارف واختبار الطرفين لبعضهما بعضا دون أن يتم أي عقد عرفي، دون أن ينشأ عليها أي إلزام شرعي، باعتبار أنّ الفاتحة نوع من العقد الشفهي يتم بإيجاب وقبول وحضور ولي وشهود، وتسمية الصداق، وينتج عنها التزام شرعي متبادل يشكل عقدا شرعيا تاما، وليس من العدل أن يخضعا إلى حكم واحد أو قاعدة واحدة، فإننا نرى أنّه وإن كانت الفاتحة تختلف عن الخطبة من حيث عناصرها ونتائجها الظاهرة، إلا أنّها ليست كذلك من وجهة نظر لقانون الأسرة على الأقل. لأنّ قانون الأسرة قد حصر دليل إثبات عقد الزواج في وسيلة واحدة هي النسخة المستخرجة عن سجلات الحالة المدنية بعد أن يكون عقد الزواج قد وقع إبرامه بين يدي الموثق أو أي موظف غيره، وسجّل في سجلات الحالة المدنية، ولم يعترف قانون الأسرة بما دون ذلك من العقود بما فيها العقد العرفي الذي يبرم عن طريق الفاتحة بين يدي جماعة من المسلمين وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية والدليل على ذلك هو أنّ المادة الخامسة من القانون رقم 224-63 قد منعت كل شخص من أن يدعي أنه زوج ويتجه إلى القضاء ليطلب بالحكم له بما يترتب عن الزواج من آثار إذا لم يكن زواجه قد سجل في سجلات الحالة المدنية وقدم نسخة عن وثيقة عقد زواجه إلى المحكمة المختصة. أمّا الخطبة والفاتحة فسواء أكانتا مقترنين أو متفرقين، وسواء أكانتا متحدتين من حيث عناصرهما أو مختلفتين، فأنّهما لا ترقيان إلى درجة العقد في نظر قانون الأسرة... وأنّ قانون الأسرة يكون منطقيا مع نفسه ولا وجود لأي تعارض أو تناقض في إخضاعه لكلّ من الخطبة والفاتحة إلى أحكام متماثلة ومتشابهة" - ينظر: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص90-91.

قلت: إنّ ما ذهب إليه الأستاذ عبد العزيز سعد، غير مسلمّ به، وذلك من جوانب عدة اقتصر على ثلاثة منها:

بالتشريعات العربية المقارنة باعتبارها أحد المصادر المعتمدة في إصدار هذا القانون<sup>1</sup>.

إقتداء في ذلك بالتشريعات العربية المقارنة باعتبارها أحد المصادر المعتمدة في إصدار هذا القانون<sup>2</sup>.

ب- ما يتعلق بموضوع أسباب التطليق:

نصت المادة 53 على أنه: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78 و 79 و 80) من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

\* الجانب الأول: إن تأسيسه في رفع صفة التعارض والتناقض بين أحكام الخطبة والفاثحة على نص المادة (05) من القانون 224-63 لسنة 1963م، الذي لا يعترف بغير وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية دليلاً في إثبات العلاقة الزوجية، استدلال غير صحيح. لأن هذا القانون لم يعد معمولاً به كونه ألغى إلغاءً ضمناً. بموجب صدور قانون الأسرة رقم 11-84، الذي أعاد تنظيم الأحكام: تسجيل عقد الزواج وإثباته، فأصبح إلى جانب الوثيقة الرسمية المتمثلة في نسخة من عقد الزواج المستخرجة من سجلات الحالة المدنية، يعتبر الحكم القضائي المقرر لقيام العلاقة الزوجية متى توافرت لدى القضاء أركانه المنصوص عليها في المادة (09) من قانون الأسرة كطريقة ثانية من طرف الإثبات حسب المادة (22) منه.

\* الجانب الثاني: إن الأستاذ نفسه يقرّ بوجود اختلاف بين الخطبة والفاثحة (عقد شرعي، عرفي) من حيث العناصر المركبة لكل منهما، وكذا من حيث الآثار المترتبة عنهما، فكيف يتصور التسليم والقول بعدم وجود تعارض في إخضاع أمرين مختلفين لنفس الأحكام القانونية؟

الجانب الثالث: وهو أن لأستاذ اعتبر الفاثحة عقداً شرعياً فقط، في حين يوجد نوع آخر هو كونها مجرد قراءة لسورة قرآنية كما تعارف عليه الناس في بعض المناطق من الجزائر، ولعل هذا النوع هو الذي جعله المشرع في حكم الخطبة - تحقيقاً.

<sup>1</sup> فقد حسم الأمر في كل من سوريا والمملكة المغربية حيث اعتبروا الفاثحة: والمراد بها قراءة السورة والقرآنية - فحسب- في حكم الخطبة. فقد جاء في نص المادة (02) من قانون الأحوال الشخصية السوري بأن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاثحة... لا تكون زواجا."

وجاء في المادة (2/5) من مدونة الأسرة المغربية أنه: "تتحقق الخطبة... ويدخل في حكمها قراءة الفاثحة وما جرت به العادة والعرف في تبادل الهدايا".

<sup>2</sup> فقد حسم الأمر في كل من سوريا والمملكة المغربية حيث اعتبروا الفاثحة: والمراد بها قراءة السورة والقرآنية - فحسب- في حكم الخطبة. فقد جاء في نص المادة (02) من قانون الأحوال الشخصية السوري بأن: "الخطبة والوعد بالزواج وقراءة الفاثحة... لا تكون زواجا."

وجاء في المادة (2/5) من مدونة الأسرة المغربية أنه: "تتحقق الخطبة... ويدخل في حكمها قراءة الفاثحة وما جرت به العادة والعرف في تبادل الهدايا".



3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.
5. الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. كل ضرر معتبر شرعا و لاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبينة".

فالتأظر في هذا النص، يلحظ العديد من النقائص المترتبة عن ضعف الصياغة التشريعية التي اشتمل عليها. نذكر منها ما تعلق بالفقرة الرابعة.

إنّ من بين الحالات التي يجوز فيها للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها، ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، و التي جاء فيها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق من زوجها في حالة الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية...".

يتبين من تحليل ما تضمنته هذه الفقرة؛ أنّ المشرع الجزائري قد أباح للزوجة حق طلب التطلاق بسبب حبس الزوج لأكثر من سنة، و هذا دفعا للضرر الذي قد يلحقها جراء غيابه عنها، متى توافرت الشروط الآتية البيان:

#### 1- الحكم بعقوبة شائنة:

يقصد بالعقوبة الشائنة تلك الأفعال المعاقب عليها والتي تشمئز لها النفوس، و تأباها الأخلاق و أحكام الشريعة الإسلامية . و ما يعاب على الفقرة الرابعة من المادة (53) من قانون الأسرة أنّها جاءت بصياغة رديئة، بحيث وصفت عمل القاضي بالشائن متناسية في ذلك الفعل المحرم المرتكب من قبل الزوج. في حين كان على المشرع أن يصغها على النحو الآتي: "الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة...". هذا من ناحية. و من ناحية أخرى فإن لفظ شائنة في حد ذاته غير سليم، فلو كان واردا في صيغته الدالة على المبالغة لكان أفضل فيقول: "مُشينة"، لأنّ الأفعال ليست هي التي تقوم بإصدار وصف "الشين" على نفسها و على العقوبة، و إنّما هي محكوم عليها بهذا الوصف.

أضف إلى ذلك، أنه يُطرح التساؤل حول المقصود بالعقوبة "الشائنة". فهل حدّدها قانون العقوبات تحت هذا الوصف أم حدّدها الشريعة الإسلامية؟ ثمّ ما هو المعيار الذي يمكن اعتماده من طرف القاضي ليصل به إلى اعتبار الجريمة شائنة أو غير ذلك، و من ثمة يقبل طلب التطبيق أو يرفضه؟

لقد حدّد قانون العقوبات الجرائم والعقوبات المقررة لها، وجعل بعضها جرائم أخلاقية تتعلق بالآداب العامة والنظام العام، والبعض الآخر يتعلق بالأشخاص أو الأموال. فأين وصف الشين في كل ما سبق؟ وهل يتعلق بجميع هذه الأصناف أم يخص فقط الجرائم الأخلاقية؟ بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها اعتبرت جريمة "الزنا"، فعلا شائنا مصداقا لقوله تعالى: "لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و مقتا وساء سبيلا".

لكن، قانون العقوبات جرم فعل الزنا المرتكب من قبل أحد الزوجين، و هكذا يصبح نص الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه يتضمن فكرة مرنة تسمح للقاضي أن يُدخل ما يشاء من الأفعال تحت هذا الوصف "الشين".

2- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية:

يشترط القانون أن تكون العقوبة سالبة للحرية، و يتم تنفيذها دون الاستفادة من منحة العفو كلياً أو جزئياً، أما إذا حُكم على الزوج بعقوبة موقوفة التنفيذ لمدة أكثر من سنة أو سبق له أن أودع الحبس المؤقت، فالعقوبة في هذه الحالة غير سالبة للحرية ولا تصلح أن تكون سبباً لطلب التطبيق حسب مفهوم هذه الفقرة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ المشرع الجزائري لم يبين طبيعة الحكم القاضي بالعقوبة إن كان نهائياً أم لا؟ على خلاف القانون المصري الذي جعله نهائياً.

3- أن تكون العقوبة لمدة أكثر من سنة:

يجب إثبات صدور حكم قضائي ضد الزوج يشتمل على عقوبة الحبس أو السجن لمدة تفوق السنة حتّى يتسنى للزوجة طلب التطبيق فلو كانت مدة العقوبة تتراوح بين الشهر و إحدى عشر شهراً فلا يجوز لها أن تطلب ذلك. و هذا لعدم توافر المدة المحددة قانوناً، رغم توافر الأوصاف الأخرى في الفعل المعاقب عليه، لأنّ تعبير المشرع في قوله: "لمدة أكثر من سنة" يفيد أنّ سنة كاملة قد لا تسمح برفع طلب التطبيق.

#### 4- أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة:

إنّ المشرع باستعماله لعبارة: "العقوبة الماسة بشرف الأسرة"؛ قد عمّم الوصف و جعل معياره غير دقيق، كما هو الحال بالنسبة لما أسلفنا ذكره بمناسبة تطرقنا للشرط الأول و المتمثل في كون العقوبة شائنة. و بالتالي فإنّ الجرائم و العقوبات التي تمس بشرف الأسرة، يصعب علينا حصرها في عدد معين لدرجة يمكن معها القول أنّ معظم العقوبات التي تسلط على الزوج بسبب ارتكابه جريمة من الجرائم هي عقوبات تتضمن هذا الوصف لاسيما جريمة الزنا و الفاحشة بين المحارم. وبالتالي تبقى للقاضي دوما السلطة التقديرية في اعتبار آية جريمة ماسة بشرف الأسرة أم غير ذلك!

#### 5- أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية:

لقد بالغ المشرع الجزائري في استعماله لمصطلح "الاستحالة"، ذلك أنّ الحكم على الزوج بعقوبة شائنة مقيدة للحرية ولمدة تفوق السنة، وفيها مساس بشرف الأسرة، لا يؤدي حتما إلى استحالة مواصلة الحياة الزوجية، و إنّما قد يخلق جواً من التوتر يصعب معه استمرار الحياة بين الزوجين. لذا أُعطي للزوجة حق طلب التطليق وللقاضي في ذلك السلطة التقديرية الكاملة مستعينا بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر، ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها لقبول طلب الزوجة أو رفضه.

وكما أسلفنا القول، يجب أن يقضي الحكم بعقوبة مقيدة للحرية و نافذة، وهذا أمر منطقي لارتباط الحبس بغيبوبة الزوج، و إلاّ فلا مبرر لطلب الزوجة التطلاق عندما تكون العقوبة موقوفة التنفيذ، وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري الذي لم يحدد نوع العقوبة بدقة<sup>1</sup>.

إنّه، وبناء على جملة ما اشتمل عليه قانون الأسرة الجزائري رقم: 11-84 من نقائص و عيوب أدّت بالمهتمين، و المعنيين بمسائل الأسرة - سواء من فقهاء الشريعة الإسلامية، أو رجال القانون، أو غيرهم من الجهات الناشطة في هذا المجال - إلى المطالبة بمراجعة هذا القانون بطريقة تعاد فيها صياغة النصوص لتحقيق الانسجام بين الجوانب القانونية و الشرعية، و استدراك النقائص الشكلية الناجمة عن ضعف و سوء الصناعة التشريعية. على أن

<sup>1</sup> ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري، فضيل سعد، 289/1.

- التطليق والخلع وفق القانون و الشريعة الإسلامية، منصور نور، ص 54، 58.

- صور فك الرابطة الزوجية، باديس ذيابي، ص 42، 45.

يأخذ هذا المسعى بعين الاعتبار، جملة التغيرات والتطورات والتحويلات التي شهدتها المجتمع الجزائري، وكذا المنظومة التشريعية الوطنية لاسيما منها على المستوى الدولي. ذلك أنه ليس طبيعياً أن يطرح قانون كقانون الأسرة على النقاش بمعزل عن صراعات فكرية وعقائدية في مجتمع كالمجتمع الجزائري، الذي يمتاز بالتنوع الفكري والثقافي. خاصة بعد ظهور جيل ما بعد الاستقلال المتشبع بالثقافة العربية الإسلامية<sup>1</sup>.

ومهما يكن، فإن أي قانون شرع في مرحلة زمنية يستوجب مراجعة إذا تغيرت ظروف تلك المرحلة التي شرع فيها، حتى وإن كانت أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية. فتعديل قانون الأسرة لا يعتبر بدعة في التشريع الجزائري، بل، يجب أن ينظر إلى هذا القانون على أنه كباقي القوانين الأخرى، التي خضعت في العديد من المرات إلى التعديل والمراجعة. ومن ثم ينبغي وضع قانون الأسرة في هذا السياق لأن الهدف من التعديل هو تحسين القانون وتقويمه باستدراك النقائص التي وقع فيها المشرع، وكذا مواجهة المستجدات ومعالجتها<sup>2</sup>.

وبالفعل، فقد استجاب المشرع الجزائري لهذه المطالب. حيث قام بمراجعة وتعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 09-05 المؤرخ في 04-05-2005م، والمتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في: 27-02-2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم: 11-84 المؤرخ في: 09-06-1984م، والمتضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية العدد 43.

### الفرع الثالث: تعديل قانون الأسرة الجزائري بالقانون رقم: 09-05

يعتبر قانون الأسرة الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات العائلية، من خلال تحديد المراكز القانونية لأطراف الخلية الأساسية للمجتمع المتمثلة في الأسرة، وهو المرآة العاكسة لمستوى التقدم الاجتماعي والاقتصادي والثقافي للمجتمع.

غير أن القانون رقم: 11-84 المؤرخ في: 19-06-1984م، والمتضمن قانون الأسرة الجزائري لم يعدل منذ تاريخ صدوره، رغم التغيرات الاجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري خلال هذه الحقبة الطويلة من الزمن. لذا بات من الضروري مراجعته لجعله يستجيب

<sup>1</sup> المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، محمد أمين لوعيل، ص 06.

<sup>2</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، رشيد بن شويخ، ص 11.

لتطلعات التغيير المعلن عنها من قبل العديد من شرائح المجتمع، وكذا لجعله ينسجم مع الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من طرف الجزائر.

لذا فقد تضافرت جملة من العوامل التي أدت إلى المطالبة بتعديل هذا القانون. وهو ما سأعرض له بشكل مختصر، وذلك ببيان أهم أبعاد تعديل قانون الأسرة الجزائري، والمتمثلة أساسا في عنصرين اثنين هما<sup>1</sup>:

### أولا- عوامل تعديل قانون الأسرة الجزائري

لقد تبلورت حتمية تعديل وإثراء وتكييف هذا القانون بفعل المشكلات والتحديات الاجتماعية والسياسية والقانونية والقضائية- الوطنية والدولية- التي جابهت نظام الأسرة الجزائرية، بسبب احتدام تفاعلات جدلية الموروث الثقافي والحضاري، وتراكمات التخلف الاجتماعي والاقتصادي من جهة. وتعاضم دور الأسرة في المجتمع وفي سياسة التنمية الوطنية الشاملة وازدهار عملية ترقية وحماية حقوق الإنسان، بفعل عوامل داخلية وخارجية عديدة أهمها: عصرنة وتقدم الحياة الاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية والسياسية، وتزايد الوعي وانتشار المد الديمقراطي واتساع دائرة الاتصال والتواصل والتفاعل بين الثقافات والحضارات الإنسانية العالمية في نطاق ما يعرف بـ: "نظام العولمة الشاملة". فقد نجم عن تفاعلات هذه الجدلية العديد من المشاكل والتحديات لنظام الأسرة الجزائرية- وهي عوامل التعديل - أهمها:

- 1- اختلال مبدأ المساواة بين المرأة والرجل على حساب المرأة ودورها في المجتمع؛ إذ تزايدت ظاهرة خضوع المرأة للعبودية الاجتماعية، والخضوع والتبعية للرجل، وهضم حقوقها المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، بصورة خطيرة وملفتة للنظر.
- 2- تعطيل دور المرأة الحيوي في بناء المجتمع السليم المزدهر، وفي حركة التنمية الوطنية الشاملة؛ اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا، بصورة مؤثرة سلبا على مسيرة البناء والتشييد الوطني في كافة المجالات.
- 3- انفتاح أبواب المبالغات والمهاترات السياسية، والتطرف الإيديولوجي وسيادة فوضى الفتاوى الدينية الجاهلة في التعامل مع نظام الأسرة في الجزائر.

<sup>1</sup> أبعاد تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية والقانونية، مجلة الفكر البرلماني، الوثائق البرلمانية، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 09، جويلية 2005م، ص280، 262.

4- ظاهرة تزايد الضغوطات والمساومات و الابتزازات الخارجية في نظام العولة والنظام الدولي الجديد على الدولة الجزائرية؛ من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المرأة والطفل بصفة خاصة.

5- استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكك الأسرة، والعنوسة، وتشرد الطفولة، والتسرب المدرسي وانتشار مظاهر البؤس والفقر والحرمان والانحلال الخلقي، وتفشي الآفات الاجتماعية والمخدرات وجنوح الطفولة والإجرام، وظهور الأمراض المعدية والفتاكة-مثل مرض نقص المناعة... بصورة باتت تهدد المجتمع الجزائري في الصميم بالوهن وعدم الاستقرار الاجتماعي.

6- اتساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام قانون الأسرة السابق(11-84) وتعطل فاعلية ودور قضاء الأحوال الشخصية-نتيجة لذلك- في حماية الحقوق الزوجية والطفولة، ومصالح المجتمع العامة وتكملة النقائص الطارئة في مجال منازعات قانون الأسرة والأحوال الشخصية<sup>1</sup>.

لهذه الأسباب والعوامل - وغيرها- جاء هذا التعديل لقانون الأسرة بغرض تدارك هذه الوضعية واستهداف أبعاد اجتماعية، سياسية، قانونية، قضائية، وطنية ودولية سامية وحيوية.

**ثانيا- أهداف تعديل قانون الأسرة الجزائري:** إنه ولما كان لكل عمل تشريعي مقاصد، أو فلسفة تشريعية. فإن من بين الأهداف المتوخاة من طرف المشرع الوطني من وراء تعديل قانون الأسرة في أبعادها الاجتماعية والسياسية والقانونية، نجد الأهداف الآتية:

1- إيجاد وتوفير آليات جديدة بغرض التحكم في عملية تنظيم الأسرة بصورة سليمة وفعالة من كافة النواحي لترقية وحماية الأسرة الجزائري وتدعيم دورها في المجتمع السليم والمستقر، وتوفير العوامل والظروف الكفيلة بتنشئة طفولة اليوم بطريقة سعيدة ومتوازنة لتكوين مواطني الغد الصالحين، وتحديث

وعصرنة المجتمع الجزائري برمته من خلال: عصرنة وتطوير نظام الأسرة فيه.

2- كما يستهدف هذا التعديل والإثراء؛ تطوير أحكام قانون الأسرة لاسيما بعد مرور ما يفوق العشرين (20) سنة على صدوره دون أية مراجعة تذكر، وجعل أحكامه متطابقة

<sup>1</sup> وقد سبقت الإشارة إلى بعض تلك النقائص آنفا.



أولاً: مع أحكام الدستور، ولاسيما تلك المنصوص عليها في المواد(29-31-54-65) منه، والمتعلّقة أساساً بمبادئ العدالة والمساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق والواجبات بما فيها الزوجية، وفي المسؤولية عن رعاية الأسرة، وفي حماية الطفولة بصفة خاصة من كافة المخاطر.

3- تكييف أحكام قانون الأسرة الجزائري مع أحكام مصدر النظام القانوني لحقوق الإنسان الدولي بصورة عامة وحقوق المرأة والطفولة بصورة خاصة، ولاسيما أحكام المادتين (7-16) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولاسيما المادتين(15-16) منها، وكذا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الموافق عليها سنة 1990م، والتي انضمت إليها الجزائر سنة 2002م.

ويعدّ ذلك نقله نوعية في مجال تأهيل الجزائر إلى مكانة مرموقة في المحافل والشراكة الدولية من معيار عملية الترقية وحماية حقوق الإنسان.

4- يعدّ هذا التعديل تطبيقاً سليماً وأميناً لأهداف سياسية الإصلاحات الوطنية الشاملة التي انطلقت في التسعينات من القرن الماضي، وتجدّدت بعد الانتخابات الرئاسية المبرمة بتاريخ 08-04-2004م، في مشروع الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، المحسّد رسمياً في برنامج الحكومة الذي وافق عليه البرلمان بغرفتيه في شهر ماي، سنة 2004م، في مجال عملية ترقية وحماية حقوق الإنسان والمواطن بصفة عامة، وحقوق المرأة والطفل بصور خاصة، وتفعيل دور المرأة في المجتمع الجزائري المعاصر.

5- هدف تعزيز وتطوير دور الدولة- من خلال قانون الأسرة وسلطات القضاء المختص- في ترقية وحماية الأسرة والمجتمع في نفس الوقت وتعزيز دور الضمانات القضائية في سبيل ذلك.

هذه هي أهمّ أبعاد- عوامل وأهداف- تعديل قانون الأسرة الاجتماعية والسياسية والقانونية بشكل موجز فيه ما يكفي لمعرفة نطاق الفلسفة التشريعية التي بنى عليها المشرع الوطني تصوّره من خلال التعديلات التي أجراها على هذا القانون.

وعليه، وانطلاقاً من هذا المنظور كلف السيد رئيس الجمهورية في شهر أكتوبر من سنة 2003م وزير العدل حافظ الأختام- وقتئذ- بمراجعة قانون الأسرة الذي نصّب بدوره- وعلى جناح السرعة والتي قلّ ما شهدتها تشريع آخر- لجنة متكونة من اثنين وخمسين

(52) عضوا ضمّت نوابا من البرلمان قضاة، محامين، أساتذة في الشريعة الإسلامية أطباء وعلماء اجتماع بتاريخ: 26-10-2003م أوكلت لها مهمة تعديل هذا القانون<sup>1</sup>.

وقد لاحظت هذه اللجنة أنّ الأسرة الجزائرية قد تغيّرت من عائلة أبوية يشرف عليها الزوج إلى عائلة قائمة على التعاون العائلي بين الزوجين، فاقترحت تبعا لذلك تعديلات مستعجلة وفقا لمخطط الأهداف المرسوم لها سلفا<sup>2</sup>. وإن كانت في تقريرها النهائي قد: " طالبت رئيس الجمهورية بالتدخل والفصل في الموضوع، وذلك بطرح هذا المشروع القانوني على الاستفتاء الشعبي مثلما فعله سنة 1999م، عندما طرح قانون الوئام المدني على الاستفتاء الشعبي وحقق نتائج مرضية واستحسنه المجتمع الجزائري. لكن الإشكالية في طرح المشروع التمهيدي لقانون الأسرة على الاستفتاء الشعبي تكمن في الصيغة التي سيُطرح بها القانون على الشعب."<sup>3</sup>

وفي خضمّ الأحداث، وردود الفعل اتّجاه هذا المشروع بين الجهات الرسمية في الدولة- وغير الرسمية- والمختصين في شؤون الأسرة، وكذا السياسيين من أحزاب الائتلاف الرئاسي، وغيرهم. أصبح طرح مشروع تعديل القانون الأسري الجزائري على الاستفتاء الشعبي أمرا محرّجا، ونتائجه غير مضمونة لصالح مريدي التعديل على هذه الشاكلة التي تحمل من النقائص والعيوب والتناقضات التي تجاوزت القانون السابق بكثير، وذلك بناء على استطلاعات الرأي العام للمجتمع الجزائري التي قامت بها الجهات التي يعينها هذا الأمر.

<sup>1</sup> وقد قيل الكثير حول: تركيبة، مهمّة، والطبيعة القانونية لهذه اللجنة، بل، صرّح بعض أعضائها، أنّ لجنة 52 لم تكمل إعداد مشروع تعديل هذه القانون، لتفاجأ بعد أن منحت لها العطلة بتاريخ: جويلية 2004م، على أن تستأنف عملها في سبتمبر. فكان أن قدّم نص مشروع التعديل الكامل بتاريخ: 09 سبتمبر من نفس السنة لرئاسة الحكومة، وكانّ هذه اللّجنة هي التي قامت بإعداده. والحقيقة أنّه: "حضّرتة جهة مجهولة." وهذا ما صرّحت به السيّدة صالحى، أحد أعضاء هذه اللّجنة، والتي أرى أنّه ينبغي عدم تحميلها وزر ما اشتمل عليه هذا القانون من عيوب ونقائص... الخ.

ينظر: تعديل قانون الأسرة- نساء في الواجهة... يرفض ويصرح- جريدة السفير، العدد 229، 16-22 أكتوبر 2004م، ص18.

<sup>2</sup> مشروع قانون الأسرة، جريدة الأحرار، الصادرة بتاريخ: 05-03-2005، الجزائر، العدد 2131، ص08-09.

<sup>3</sup> قانون الأسرة والمقترحات البديلة، بوروي، ص120.

إلا أنه، كان من المنتظر أن مشروع تعديل مواد قانون الأسرة يحال - على الأقل - للنظر من قبل الهيئة التشريعية. غير أن ذلك لم يتم، ليصدر التعديل بموجب أمر رئاسي (02-05) ليحال بعدها على البرلمان بغرفتيه للمناقشة في صيغة النهائية. لتتم المصادقة عليه - طبعاً - ويصبح قانوناً رقم: 05-09 معدّلاً ومتمّماً لقانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> إنه ومن باب العدل والإنصاف التاريخي لتعديل قانون الأسرة رقم 11-84؛ الإشارة إلى أن ما اشتمل عليه هذا القانون لم يكن مرضياً لبعض الجهات - كما تقدّم البيان - حيث رأوا فيه بعداً عن إنصاف المرأة، ومنهم من أرجع إليه مسؤولية تشرد الأطفال، وجرائم الأحداث، بل ومنهم من أرجع إليه المسؤولية عن ظواهر اجتماعية أخطر من ذلك في الجزائر. و بعض المعارضين لاسيما طبعاً الحركات والجمعيات النسوية الفاعلة، بالغوا في الشكوى منه حتّى جعلوا من إلغائه، تغييره، أو على الأقل تعديله؛ مهمّة وطنية إنسانية... فقالوا: ألها إن تحققت فستحلّ كثيراً من المشكلات التي تعانيها الجزائر. وقد وظّفت أجهزة الإعلام في سبيل ذلك بعناية، واستخدم الأدب والتمثيل والكتابة الصحفية والندوات والرسوم الهزلية في هذا الغرض بصورة مكثفة.

فمن يقرأ للمعارضين - من غير المتخصّصين في الشريعة الإسلامية ولا القانونيين المخلصين - حصيلة ما كتبوا في هذا المجال فسيذكر في وضوح أن اعتراضاتهم، ومنه دعوتهم إلى التغيير، مهما تنوعت صورها الجزئية أو الفرعية، فإنّها تلتقي وتخلص إلى الاعتراض على أربعة أمور في قانون الأسرة هي:

أ - مخالفته الدستور.

ب - مخالفته لروح العصر والمدنية والحضارة المتنامية المتسارعة، فهو رجعي، تراثي... الخ.

ج - قوامة الرجل العامة ( سواء أكان أباً، أو زوجاً... ) على المرأة، بما تحمله هذه القوامة من معنى عدم المساواة الكاملة بين الجنسين ومثال ذلك: الولاية في الزواج، تعدد الزوجات، إنفراد الرجل ( أي الزوج ) بإيقاع الطلاق.

د - تحميل هذا القانون المسؤولية عن العديد من الإشكالات والمشاكل الاجتماعية والأخلاقية التي تعيشها المرأة والأطفال أثناء وبعد العلاقة الزوجية، لاسيما موضوعي: أحكام الحضانة، والولاية على الأطفال القصر.

وعليه كانت مقترحاتهم في علاج هذه الأمور تدور حول: إسقاط الولاية في الزواج، منع، أو على الأقل تقييد تعدد الزوجات، سلب الرجل حق الطلاق، ومنع إيقاعه إلاّ أمام القاضي، إلغاء أو تقليل الأحكام التي تقيّد حرية المرأة في انطلاقتها نحو المساواة الكاملة مع الرجل نحو: فتح المجال أمام عملها و ما ينجر عنه من تواع؛ استقلالية الذمة المالية، إسقاط شرط عمل المرأة المطلقة عن كونه مسقطاً للحضانة، إمكانية مخالفتها لزوجها دون مراعاة موافقته، حرية الاشتراط أثناء أو بعد قيام عقد الزواج... الخ.

وقد بلغت بعض المقترحات إلى ألوان من الشطط الذي يستوقف التّظر. فقد حدث في الجزائر سنة 1998م أن اجتمعت فيالق التيار النسوي التحرري بمختلف توجهاتها - راديكالية، شيوعية، لبرالية - على هدف واحد ووحيد وهو توجيه الضربة القاضية، التاريخية، التي تحسم أمر قانون الأسرة نهائياً ( و حضر هذا اللقاء كل من الجمعية من أجل الدفاع وترقية حقوق النساء، النجمة الثقافية لآقبو، الجزائريات المتحدة من أجل تسوية الحقوق، جمعية المرأة في اتصال، المرأة المواطنة، جمعية راشدة (بقيادة خليدة مسعودي)، جمعة رفض، جمعية ( ثغري نمطوث) جمعية صوت النساء. إلى جانب الوجوه السياسية النافذة، واللّويات الضاغطة والصحف التي جعلت نفسها تحت تصرف هذه المجموعة، فاتفقوا على فكرة: "جمع مليون توقيع من طرف النساء الجزائريات" حتّى يتخذوا هذا المليون كحجّة دامغة

في مسعاهم - إلغاء أو تعديل قانون الأسرة - وانطلقت عملية مصحوبة بتغطية إعلامية رهيبية، وانظم إليها بعض الأحزاب العلمانية. لكن كانت النهاية مخيبة للآمال، فلم تتمكن هذه الجحافل بترسانتها المادية والبشرية سوى من جمع حوالي (41 ألف) توقيع في مجتمع عدد النساء فيه وقتئذ (16 مليون) امرأة لبيوء مسعاهم هذا بالفشل. فقد سئلت السيدة زازي سعدو - ورئيس جمعية رفض، عن عدد التوقعات التي جمعت؟ فأجابت: "لم أكلف بالحسابات، لكن لنا مساندة من طرف المواطنين حتى في الأرياف، ومن الصحافة، ومن مختلف الشرائح".

- ينظر: جريدة اليوم، الصادرة بتاريخ: 08-03-2000 م، الجزائر.

وقد احتير للنداء الذي وجهته هذه الجمعيات عنوانا وعبارات جميلة وبراقة كما هو مثبت:

**مليون توقيع من أجل حق المرأة في العائلة:**

**مجاهدات، شاركن في تحرير الجزائر**

**عاملات، نسهم في تطوير البلد**

**مقاومات، نواجه التهديدات بالعمل يوميا لضمان استمرارية الحياة**

**مناضلات، نناضل من أجل اكتساب حقوقنا**

**ديمقراطيات، نكافح من أجل الحريات الفردية والجماعية**

**... مواطنات راشدات عندما يتعلق الأمر بالانتخابات، وعاجزات في تسيير العائلة**

**جزائريات، نقاسم الوطن ومصيره، لكننا نتعرض للظلم المقتن في قانون الأسرة**

**وحتى نضع حدا لهذا الظلم**

**من أجل حقوقنا والحقوق نفسها داخل الأسرة، لنعمل معا رجالا ونساء كي نغير المواد الأكثر تمييزا في قانون الأسرة، نقترح قوانين أخرى، قوانين لا ترمي النساء وأطفالهن في الشارع، قوانين لا تحرم النساء من حقوقهن في الوصايا على أطفالهن، لنعمل معا من أجل قوانين أكثر إنصافا وأكثر عدلا. ساندوا هذا المطلب وساندوا اقتراحاتنا.**

**وقعوا معنا هذا النداء**

**من أجل مليون توقيع.**

وقد كان هذا النداء بعد أن وضعت هذه الجمعيات والأطراف المجتمعة، مقترحات تعديل قانون الأسرة والتي

شملت على (22) مقترحا بديلا - لا يمت بصلة إلى مبادئ وأعراف الأسرة الجزائرية، بل؛ هو أقرب إلى التشريع

الكنسي والمسيحي أو الغربي المنحل من كل أواصر الترابط والاستقرار العائلي في المجتمع - أعرض لثلاث مواد منها، من قبيل الإثبات والاستدلال لا غير:

\* نص المادة (08) من الاقتراحات البديلة: "يعتبر باطلا زواج كل شخص لم تنحل رابطة الزوجية السابقة." (و المراد بالشخص؛ الزوج حتى يمنع من أن يجمع بين زوجتين) وهذا قانون كنسي واضح.

\* نص المادة (09) من الاقتراحات البديلة: "ينعقد الزواج برضا الزوجين فقط". فلا ركنية ولا شرطية للشهود، الصداق ولا الولي الذي يجب أن تنتزع وتلغى دكتاتوروية ويصبح دوره الأساس هو: الحضور فقط إلى مجلس العقد، لا يكون له اعتبار حتى في حالة كون أبنته قاصرا وتحت وصايته، إذ لا يكون له منعها من الزواج. وهو المقترح الذي ورد في:

\* المادة (12): "لا يمكن لولي الفتاة القاصر الموجودة تحت وصايته أن يمنعها من الزواج".

- ينظر فيما يتعلق بالمقترحات البديلة: النشرة الإعلامية الخاصة بتعديلات قانون الأسرة، الجمعية الوطنية للمرأة في اتصال، ص 09، وكذلك: قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شمس الدين بوروي، ص 197، 207.

أما عن مدى مصداقية هذه المقترحات (22) البديلة التي سعت الجمعيات النسوية- ومن والاهما - فرضها على المجتمع الجزائري، فقد أثبت الواقع فشلها، بل ورفضها من هذا المجتمع المحافظ، ويكفي في هذا مقارنة التوقعات متحصل عليها (41 ألفا) مع المأمول (1 مليون) بل أن الدراسات الإحصائية الميدانية متمثلة في سير الآراء العلمي الذي قام به طلبة على مستوى مدينة الجزائر العاصمة - بعد صدور ونشر جملة هذه الاقتراحات البديلة من طرف تلك الجمعيات النسوية - أثبتت عدم قبولها بما لا يدع مجالاً للشك في أمرين اثنين:

الأول: و هو أن هذه الجمعيات التحررية لا تمثل إلاّ قيمة مهملة في أوساط المجتمع الجزائري، وإن كان لها نفوذ على مستوى أجهزة الدولة بلا شك، بدليل تمرير مقترحاتها في محطات لاحقة من مساعي تغيير أو تعديل قانون الأسرة. والثاني: وهو أن مجتمع الجزائري لا يزال ينساق ويستجيب ويحتكم لتعاليم دينه الإسلامي في مجال الأحوال الشخصية.

هذا فيما يخص منهج ومطالب الفئة الأولى من المعارضين لقانون الأسرة الجزائري، اللذين جاهروا بمقترحاتهم على الشكل المبين قريبا. في حين سلك البعض الآخر من المعارضين لهذا القانون مسلك الهدوء والحرفية في صياغة مقترحاتهم، فكان أن عقدت أولى الملتقيات بالجزائر لمناقشة- مع تحفظي عن هذه الكلمة - قانون الأسرة. وهو الملتقى الدولي حول: " قضايا المرأة والأسرة بين المبادئ الإسلامية ومعالجات القوانين الوضعية." الذي نظّمه المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ: 11-12-13/10/1999م، والذي أشرف على إدارته السيد عبد المجيد مزبان باعتباره رئيسا للمجلس، وبرعاية سامية لرئاسة الجمهورية.

هذا الملتقى الذي قيل عنه الكثير حول الظروف المحيطة بتنظيمه من جهة. والأهداف المرجوة من عقده من جهة ثانية. فأما عن الظروف المحيطة به؛ فتتجلى أساسا في الأشخاص الذين حضروا هذا الملتقى أو الذين دعوا لذلك. إذ الملاحظ بهذا الشأن؛

حضور الحركات والجمعيات النسوية التحررية التي ترمي أساسا إلى إلغاء أو تغيير قانون الأسرة أو تعديله في أسوأ الاحتمالات. وذلك بتمرير مقترحاتها السالف الإشارة إليها أعلاه. و كذا غياب الكثير من المتخصصين في مجال الأحوال الشخصية من الناحية الشرعية في الجزائر. أضف إلى ذلك حضور بعض الشخصيات العربية كرئيس المجلس الإسلامي الأعلى التونسي وذلك بقصد نقل التجربة التونسية في هذا المجال التشريعي، إلى جانب بعض الرهبان مثل (الراهب موريس؛ أستاذ القانون الإسلامي بالمعهد البابوي بالفاتيكان. والأسقف هنري تيسي؛ رئيس أساقفة الجزائر).

أما عن الأهداف فقد حدّدت في هذا الملتقى سلفا، وذلك من خلال المحاور الثلاث التي دار حولها الملتقى وفتح بشأنها النقاش بقصد الخروج بتوصيات تكون بمثابة معالم أساسية تعتمد في تعديل قانون الأسرة الجزائري، وهو الأمر الذي حصل. إذ و بالتّظر في نصوص القانون (09-05) نلاحظ أن أغلب التوصيات التي خرج بها هذا الملتقى كرّسها هذا القانون، والتي نجملها باختصار في الجدول الآتي:

محاور المنتقى	أهم نقاط النقاش	أهم التوصيات
المحور الأول : حقوق المرأة والطفل.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- هل يعد قانون الأسرة قانونا شرعيا أم مدنيا؟</li> <li>- ترقية العمل النسوي والمشاكل التي تعيق تطوره.</li> <li>- تطور العائلة والمكتسبات الحضارية .</li> <li>- حماية الطفل أمام التطورات الاجتماعية والمشاكل المترتبة عنها.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>1- إن قانون الأسرة قانون وضعي مستوحى من الشريعة الإسلامية وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.</li> <li>2- لا بد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالاقتصاد المنزلي وترقيته، مما يمكنها من حماية شخصيتها.</li> <li>3- التذكير بحق المرأة في العمل ضمن قانون الأسرة.</li> <li>4- تحديد كل حالات التكفل بالطفل قصد السماح للمرأة بممارسة حقها في العمل.</li> <li>5- اتخاذ إجراءات خاصة بالأطفال المولودين خارج الأسرة القانونية، وكذا المعوقين.</li> <li>6- إعطاء الأولوية لحقوق الطفل والأم في السكن في حالة الحضانة المترتبة عن الطلاق .</li> </ul>
المحور الثاني : موضوع تعدد الزوجات.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- الآثار المترتبة على تعدد الزوجات في الحضارة الإسلامية .</li> <li>- حماية كرامة المرأة في ظل نظام التعدد .</li> <li>- المشاكل الناجمة عن تعدد الزوجات وآثارها على الأسرة.</li> <li>- ضرورة تطوير المنظومة التشريعية.</li> </ul>	



=== وعليه، فقد تحرك التعديل أو التجديد الذي عرفه قانون الأسرة في مساحة تقدر ب(42) مادة قانونية ما بين الإضافة، التعديل والإلغاء.

أ- فأما المواد التي أضيفت فهي:

المادة 3 مكرر: المتعلقة بالنيابة العامة.

المادة 07 مكرر: المتعلقة بالشهادة الطبية قبل الزواج ( الفحوص الطبية قبل الزواج)

المادتان (8 مكرر، 8 مكرر 1): المتعلقة بعدد الزوجات.

المادة 09 مكرر: المتعلقة بشروط عقد الزواج.

المادة 45 مكرر: المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي.

المادة 53 مكرر: المتعلقة بإمكانية التفويض للمطلق في حالة التطليق.

المادة 57 مكرر: المتعلقة بالقضاء الاستعجالي في بعض المسائل الأسرية.

ب- وأما المواد التي عدلت فهي:

- المادة 04: والمتعلقة ببيان المقصود بعقد الزواج وأهدافه.

- المادتان (05-06): والمتعلقة بأحكام الخطبة والفاحة.

- المادة 07: والمتعلقة بأهلية الزواج، من حيث السن القانونية.

- المادة 08: والمتعلقة بتعدد الزوجات.

- المادة 09: والمتعلقة بركن الرضا في عقد الزواج.

المحور الثالث :	- الطلاق كظاهرة متزايدة في المجتمع.
موضوع	- الطلاق التعسفي وأضراره.
الطلاق	- طرد الزوجة مع أولادها في حالة
والتطليق.	الطلاق من المسكن.
1- تعديل المادة 48 بما يتماشى والاحترام كرامة المرأة وعدم التعسف و التمييز.	
2- تعديل المادة 52 بما يتماشى وفلسفة حماية الطفل المحضون والأسرة.	
3- تعديل المادة 87 وجعل ولاية الأولاد للحاضن بعد الطلاق.	
4- الإسراع بسنّ قواعد إجرائية خاصة بتطبيق أحكام قانون الأسرة.	

- المادتان (11-13): المتعلقة بشرط الولي في عقد الزواج.
- المادة 15 المتعلقة بشرط الصداق.
- المواد (18-19-22): المتعلقة بتسجيل عقد الزواج وإثباته.
- المادتان (30-31): المتعلقة بموانع الزواج.
- المادتان (32-33): المتعلقة بفساد وبطلان عقد الزواج.
- المادتان (36-37): المتعلقة بحقوق وواجبات الزوجين.
- المادة 40: المتعلقة بإثبات النسب.
- المواد (48-49-52): المتعلقة بالطلاق.
- المادة 53: المتعلقة بالتطبيق.
- المادة 54: المتعلقة بالخلع.
- المادة 57: المتعلقة بعدم قابلية الأحكام الصادرة في الطلاق التلقين والخلع للاستئناف إلا في الجوانب المادية منها.
- المواد (64-67-72): المتعلقة بالحضانة.
- \* يضاف إليها: المادة 87؛ المتعلقة بالولاية على الأولاد القصر- وهي متعلقة بكتاب النيابة الشرعية.

### ج- أمّا المواد التي ألغيت فهي:

- المادة 12: التي كانت تتعلق بموضوع الولاية في الزواج؛ من حيث جواز عضل الولي موليته متى كان العضل أصلح لها، وكذا رقابة القاضي على هذا المنع ومدى صحته متى رفع الأمر إليه، وإمكانية إذن القاضي بهذا الزواج إذا كان الولي غير الأب، والمولى عليها غير بكر. وكذا مسألة إمكانية منع الأب ابنته البكر من الزواج إذا كان هذا أصلح لها.
- المادة 20: التي كانت تتعلق بالوكالة في عقد الزواج<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> كانت المادة 20 من قانون الأسرة لسنة 1984م تعطي الزوج الحق في أن يوكل غيره في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة، إلا أنها ألغيت بموجب التعديل الذي عرفه هذا القانون سنة 2005م. وأمام هذا المسلك التشريعي الذي أقدم عليه المشرع الجزائري، يقول بن شويخ الرشيد: " وهذا من وجهة نظرنا لا يمكن قبوله لاعتبارات تتعلق بأحكام النظرية العامة للعقد، التوكيل في جميع العقود أمر جائز شرعا وقانونا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن هذا الأسلوب من شأنه التضييق على الناس. فقد يكون الزوج مسافرا في بلد أجنبي لا تسعفه الظروف أن ينتقل إلى الجزائر لإبرام عقد الزواج، بسبب التكاليف المادية أو لأسباب أخرى.

- المادتان (38-39) وكانت تتعلق ببعض حقوق الزوجية.

- المادة 63: والتي كانت تتعلق بمسألة مرتبطة بالحضانة، وهي إمكانية منح القضاء للأم أهلية التوقيع على كل شهادة إدارية ذات طابع مدرسي أو اجتماعي تتعلق بحالة الطفل أو الأطفال في حالتي؛ إهمال العائلة من طرف الأب، أو فقدانه متى طلبت الأم ذلك قبل إصدار الحكم بالتطبيق وفقا للمادة (53) من قانون الأسرة.

فهذه إذا جملة التعديلات التي عرفها قانون الأسرة الجزائري الذي أثار في حقيقة الأمر ضجة إعلامية كبيرة منذ بدايات تحضيره - كما سلف وأن ذكرنا آنفا- والذي لطالما انتظره رجال الشريعة والقانون ليطفئ شغفهم المستمر في تحليل ودراسة كل ما هو جديد من تشريعات وطنية ودولية. لكن ما ميّز هذا القانون أو التعديل، هو أنه أثار اهتمام مختلف شرائح المجتمع على اختلاف مستوياتهم العلمية والثقافية وتفاوتها، لاسيما منهم القانونيين،

---

وأمام هذه الوضعية يصبح من المستحيل عليه أن يبرم عقد زواجه، لأن التوكيل غير جائز. لذلك نرى أن هذا الحكم يعتبر غريبا ويعدّ خروجاً عن القواعد القانونية والشرعية والعرفية أيضاً. كذلك الأمر قد تطرح الوكالة في حالة زواج الراشدة بالوكالة ... فماذا لو لم تسعفها الظروف في مباشرة العقد بنفسها ... كونها مسافرة مثلا إلى بلد أجنبي؟ لاشك أن المشرع بإلغائه للوكالة لم يكن موفقا في ذلك للاعتبارات السابق ذكرها.

والسؤال المطروح: هل يحق لكلا الزوجين التوكيل بمباشرة عقد الزواج بالرغم من أن الوكالة ألغيت بمقتضى التعديل الجديد؟ إن المشرع بإلغائه للتوكيل يعني أنه أوجد فراغا قانونيا... وهو ما يحتم على القاضي في حال النزاع من الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية مما يعني العودة مجددا إلى الوكالة لأن أحكام الفقه الإسلامي كلّها تميز التوكيل في الزواج، وبالتالي يصبح التعديل الذي بموجبه ألغيت المادة 20 السابقة بلا معنى."

ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 71-72.

وعليه يكون قانون الأسرة - حسب رأي عبد العزيز سعد- قد: "أغفل عمدا التصريح بجواز عقد الزواج بواسطة مفوض الزوجة أو وكيل الزوج أو من ينوبهما دون مبرر جدي... أي أن قانون الأسرة الجزائري فضّل أن يسير في الظل. فلا هو أجاز عقد الزواج بواسطة الوكيل. ولا هو منعه صراحة... أما ما يمكن أن نلاحظه في هذا المجال فهو أن واضعي تعديل سنة 2005 من المشرعين الجزائريين قد اعتمدوا قفزة في الهواء. و لم يضعوا نصا صريحا ومريحا لمنع عقد الزواج بالوكالة. واكتفوا باللجوء إلى طريقة كانت تبدو لهم أنها ذكية. وهي أنهم ذهبوا إلى المادة 20 من قانون الأسرة... فحذفوها دون مبرر وقرروا إلغائها..."

ينظر: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 78-79.

الذين اختلفت وجهات نظرهم ومواقفهم من هذه التعديلات وفي صدر كل واحد ومنهم أمل بأن يجد ما يتناسب ووجهة نظره أو مصلحة، وهذا أمر طبيعي لعدة أسباب<sup>1</sup> :  
أولها: إن إطار التعديل قد مسّ أهم محور يقوم عليه المجتمع البشري على مرّ العصور، وهو: "الأسر"، التي تحظى بمكانة أساسية وجوهرية كما واضح في المادة (02) من هذا القانون التي جاء فيها: "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع...". وهذا فضلا عما تتمتع به من سياج وحماية ورعاية-ولو نظرية- من طرف كل من الدولة والمجتمع، وهو ما يؤكده مضمون المادة (58) من الدستور الجزائري والتي تقضي بأنه: "تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع."<sup>2</sup>

**ثانيها:** إن هذا التعديل جاء بعد قرابة (20) سنة من صدور أول قانون للأسرة في الجزائر والذي تزامن تاريخيا- أي التعديل- مع التطور الكبير الذي مسّ حقوق الإنسان عموما، والمرأة خصوصا سواء على المستوى الدولي أو الوطني، ومطالبة منظمات وحركات حقوق المرأة بتدخل تشريعي لحمايتها وتدعيم حقوقها لترقى إلى درجة المساواة- المطلقة- مع الرجل.

**ثالثها:** إنه إذا كان ظاهر قانون الأسرة مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، فإنّ التعديل الجديد أثار الكثير من التحفظات و التحسّسات بالنسبة لأغلب المتخصّصين في مجال فقه الأحوال الشخصية؛ الشرعيين منهم، والقانونيين.

وعليه؛ فمهما تعدّدت الأسباب الواقعة وراء اختلاف الرؤى حول قانون الأسرة المعدل. فإنّ التحقيق في مجمل ذلك يجعل الحكم النهائي حول جملة التعديلات أنّها: لم تكن محقّقة للمأمول والمبتغى، بل جاءت مخيّبة لكل الآمال التي كانت معلقة بعد طول انتظار. إذ لم يزد هذا القانون إلاّ تناقضا وعيوبا إلى جانب تلك السابقة التي تضمنها القانون رقم: 11-84، سواء من حيث الجانب الشكلي أو الموضوعي، وكذا الإجرائي. وهو ما سيتمّ توضيحه وتحليلته فيما سيأتي من الدراسة.

<sup>1</sup> قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا مع تعديلات 2005م، فضيل العيش، ص7-8.

<sup>2</sup> الدستور الجزائري لسنة 1996م.

## الباة الثاني

التبءبء في مباحث مقومات

عقء الزواج و انحلاله

## تمهيد:

مما لا ريب فيه، أنّ الأسرة خلية أو نواة المجتمع - إذ المجتمع في حقيقة تكوينه ماهو إلا مجموعة من الأسر - تُعدُّ صورة مصغرة لهذا المجتمع، فترابطها آية على ترابطه، وتفككها آية على تفككه. وكذا انحلالها ومدى تمسكها بالقيم، ودرجتها من العلم ونصيبتها من السلوك الراقي المتحضر ودرجة المودة والتفاهم التي تسري بين أفرادها، كل ذلك ينعكس لا محالة على المجتمع سلبيًا أو إيجابًا. ومن هنا كان اعتناء القرآن الكريم - غير المسبوق - بمباحث الأحوال الشخصية - ومنها الأسرة - إذ جاء النص على أحكامها بآيات محكمة لا تقبل التأويل في أغلبها.

وإذا كانت عناية الإسلام بالعبادات جعلت أحكامها عملية يتولى النبي ﷺ تعليمها وبيانها لتربّي النفوس عليها بالدُرْبَةِ والتهذيب لا بمجرد التلقين، فإنّ عناية الإسلام بمباحث الأحوال الشخصية، إنّما كانت بالنص الكامل - المفصل فيما يقتضي التفصيل، والمجمل فيها يقتضي الإجمال - على نظامها، لكيلا ينحرف الناس بأهوائهم عنها، ولكيلا ينكروا تطبيقها ويجعلوا لعقولهم سبيلا للتحكم في أحوالها ونظامها. ولأنّها متّصلة بالرضا والغضب بين المخاطبين بها، كان لا بدّ من ميزان ثابت يحكم الأهواء ويضع الأمور في مواضعها.

فالإسلام ينشد بناء مجتمع فاضل تربطه المحبة، وتوثق عراه المودة. ومن هنا كانت عنايته مزيدة في مجال أحكام الأحوال الشخصية، وذلك من خلال إخضاعها لقواعد شرعية مرعية من الكتاب والسنة ومقاصد الشريعة التي طرقتها الأصول العامة والقواعد الكلية للشريعة الإسلامية، والتي تعتبر بابا واسعا للاجتهاد الشرعي - الفقهي والقانوني، الذي يمثل محور هذا البحث - في مباحث الأحوال الشخصية وقضاياها المتجدّدة.

هذا، وبالرجوع إلى أحكام مباحث الأحوال الشخصية من الجانب القانوني، نجد أنّ المشرع الجزائري قد اعتنى بهذا الفرع التشريعي - كأصل عام - فحاول مواكبة التطوّرات والتغيّرات التي طرأت على المجتمع الجزائري، والتي كان للمؤثرات الداخلية والخارجية الدور البارز في فرض إعادة النظر في بعض الأحكام القانونية التي تمس بالدرجة الأولى المركز القانوني للمرأة، مستجيبا في ذلك لمجمل الدعوات المطالبة بترقية دور المرأة الجزائرية - لتلحق بركب المرأة في الغرب المقتدى به - في طريقتها إلى تحقيق المساواة مع شقيقها الرجل في مختلف مناحي الحياة.

ولعلّ هذا ما عكسه التجديد - أو التعديل - الذي عرفه قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم: 09-05 لسنة 2005م، والذي مسّ موادّا محددة لها علاقة - مباشرة - بالمركز القانوني للمرأة داخل مؤسسة أو شركة الأسرة، محاولا بذلك سدّ بعض الثغرات والنقائص التي كان قد



اشتمل عليها القانون رقم: 11-84 لسنة 1984م المعدل. حيث أعيد تقسيم أحكام ونصوص الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون رقم: 09-05 إلى ثلاثة أقسام هي: القسم الأول: في الخطبة، ويشمل المواد من 04 إلى 06. القسم الثاني: في الزواج، ويشمل المواد من 07 إلى 17. القسم الثالث: في عقد الزواج و إثباته، ويشمل المواد من 18 إلى 22.

في حين أبقى على الفصول الأربعة الأخرى- وهي: موانع الزواج، النكاح الفاسد والباطل حقوق وواجبات الزوجين، وكذا النسب- من هذا الباب على ذات التوزيع مع إدخال تعديلات موضوعية وأخرى شكلية عليها بما يوافق- ويحقق- ضمان ذلك المركز القانوني الذي باتت تحظى به المرأة في هذا القانون.

وعليه، فقد مسّ هذا التجديد التشريعي أغلب المواد المتعلقة بأحكام عقد الزواج وانحلاله- الموضوعية منها والشكلية- والتي تراوحت بين: الإلغاء، التعديل، الإضافة والإثراء، بما ينسجم وتطلعات الداعين إلى عصنة وتحديث-بل، وقولية- الأسرة الجزائرية وفق النموذج الذي ترسمه وتمليه القوانين الدولية تحت مسمى: حماية حقوق الإنسان عموماً، والمرأة والطفل تحديداً. لذا كان على المشرع الجزائري- وهو تحت مطرقة القوانين الدولية، وسندان الجمعيات الوطنية الضاغطة- محاولة التوفيق بين ماهو مقرر في الفقه الإسلامي، وما تَتَطَلَّبُه المصلحة ومقتضيات العصر، ممّا أوقعه في جملة من النقائص نحو: التعارض مع أحكام الشريعة في بعض المسائل، التناقض الحاصل في بعض المواد القانونية فيما بينها والتذبذب في بعض المواقف. فضلاً عن ضعف الصياغة القانونية لبعض النصوص. الأمر الذي جعلها غامضة، قاصرة، غير جامعة ولا مانعة. فكانت في حاجة إلى الرجوع إلى مختلف الأحكام التي تساعد على توضيح وتفسير نصوصه وذلك بالعودة إلى ما تُقرِّره المذاهب الفقهية، وإلى ما يُقرِّره الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا؛ كون الأحكام التنظيمية التي تلت صدور هذا القانون شابها ما شاب القانون نفسه!

وعليه، سيكون محور البحث والدراسة في هذا الباب مقتصرًا على أهمّ المواد المتعلقة بأحكام ومباحث الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري التي شملها التجديد، والتي طرحت نفسها بقوة على ساحة النقاش الفقهي، القانوني والقضائي. وذلك بدراسة معطياتها وبيان أحكامها الفقهية والشرعية قصد الوصول إلى إبراز قدرة التراث الإسلامي- الشرعي والفقهي- ونجاعته في تقديم الحلول المناسبة لمختلف الإشكالات القانونية- الموضوعية والإجرائية- في هذا المجال التشريعي التي تقتضيها طبيعة العصر المتطورة والمتجددة من جهة. والتي تعتبر من جهة أخرى ماثراً للتراع والجدل بين مختلف الاتجاهات الفكرية والإيديولوجية، بالنظر إلى أهميتها البالغة

وطبيعتها المتميزة، وذلك: استنادا على ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، وتماشيا مع ما تضمنه قانون الأسرة الجزائري، واستثناسا بما استقر عليه الاجتهاد القضائي فيما يخص مباحث أو مسائل الزواج وانحلاله من خلال العناصر الآتية:

**الفصل الأول: التجديد في مباحث مقومات عقد الزواج**

**المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج**

**المبحث الثاني: التجديد المتعلق بالإجراءات لعقد الزواج**

**الفصل الثاني: التجديد في مباحث انحلال العلاقة الزوجية وآثاره**

**المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لانحلال العلاقة الزوجية**

**المبحث الثاني: التجديد المتعلق بالإجراءات لانحلال العلاقة الزوجية**

## الفصل الأول: التجديد في مباحث مقومات عقد الزواج

إنَّ أوَّل ما يطالعنا في الحديث عن مباحث الأحوال الشخصية، إنّما هو مصطلح: "الزواج". ذلك العقد المقدس الذي عدّه القرآن الكريم من نعم الله على عباده وشواهد قدرته وعظمته فقال ﷻ: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>1</sup>، والقرآن الكريم لا يستعمل لفظ: "آية"، إلا في الأمور الجليلة العظيمة الدالة على عظمة الخالق ﷻ<sup>2</sup>.

فعقد الزواج هو الخطوة الرسمية الأولى لبناء الأسرة والمجتمع. وعليه، ولما كان: صلاح المجتمع من صلاح الأسرة وفساده من فسادها، وجدنا الشريعة الإسلامية قد اعتنت بهذا العقد، فأحاطته بسياج حصين، وسور متين وحرصت على توثيقه وتمتين رابطته. فأحاطته بجملة من الآداب والشروط. كما حدّدت أركانه التي يبنى عليها وما يشترط في تلك الأركان من أوصاف تتلاءم والمقاصد التي رسمها الإسلام لهذا العقد-كلية كانت أم جزئية- بل، وتولّته الشريعة الإسلامية من بداية التفكير في الإقدام على إنشائه. لذا، أرى أنه يقع لزاما علينا تباعا لذلك أن نتطرق إلى بيان:

ماهية أو حقيقة عقد الزواج، ثمّ التعرّيج بالحديث عن أحكام الخطبة باعتبارها المرحلة التمهيديّة لعقد الزواج، ثمّ بيان مختلف مقوماته من: أركان وشروط موضوعية ابتداء، فالأحكام الإجرائية أو الشكلية المتعلقة بهذا العقد انتهاء. وكلّ هذا في دائرة الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري. وهو ما سيتمّ بيانه في المباحث الآتية.

### المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج

#### المطلب الأول: ماهية عقد الزواج

##### الفرع الأول: تعريف العقد

أرى أنّه، وقبل التطرّق لبيان مدلول الزواج وحقيقته في الفقه الإسلامي، ومدلوله في قانون الأسرة الجزائري- وما يقابله من قوانين عربية- لابد من تحديد مقصود "العقد" أولا.

<sup>1</sup> سورة الروم: الآية 21.

<sup>2</sup> ومن ذلك: قوله ﷻ: ﴿إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ لَآيَاتٍ لِّأُولِي الْأَلْبَابِ﴾ - سورة

آل عمران: الآية 190.

- وقوله أيضا: ﴿قَدْ فَضَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾ - سورة الأنعام: الآية 97.

- وكذا قوله ﷻ: ﴿ذَلِكَ مِنْ آيَاتِ اللَّهِ مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فُهِوَ الْمُهْتَدِي﴾ - سورة الكهف: الآية 17.

**أولاً- العقد لغة:** يطلق العقد في لسان العرب على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، نحو جمع طرفي الحبلين وشدّ أحدهما بالآخر حتى يتّصلا فيصبحا كقطعة واحدة. والعقدة هي الموصل الذي يمسكها ويوثقها. كما يطلق- العقد- على كلّ ما يفيد التزاما، وإن كان الأصل فيه الربط الحسي بين أطراف الشيء. إلا أنّ العرب استعملوه للربط المعنوي للكلام، سواء أكان توثيقا وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة: كأن يقول: عقدت النية والعزم على فعل كذا. أم كان ربطا بين كلامين لشخصين: فيقال: عقد البيعة والإجارة والزواج، ونحوها. فالعقد عند اللغويين يحمل معان عدة، أهمّها<sup>1</sup>:

الربط والشدّ- وهو الأصل اللغوي للفظ العقد- التوثيق والإحكام، العزم والجمع. وكذا: الالتزام والعهد.

لذا عدّ ابن منظور "العقد": عهدا وإلزاما. فقال: "العقد هو العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود، فيقال: عهدت إلى فلان كذا وكذا، تأويله؛ ألزمته. فإذا قلت: عاهدته أو عقدت عليه، فمعناه: أنّك ألزمته ذلك باستيثاق."<sup>2</sup>

**ثانيا- العقد اصطلاحا:** إنّ الناظر في المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد، يلحظ بأنّه لا يتعد عن المعنى اللغوي له، بل، هو في الحقيقة تقييد وحصر وتخصيص له لما فيه من العموم. وعليه، يجد المتتبع لكلام الفقهاء أنّهم يطلقونه- أي العقد- بمعنيين: معنى عام، وآخر خاص<sup>3</sup>.

**المعنى العام:** ويذهب أصحاب هذا التصور إلى أنّ العقد يشمل ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج، وما كان لا بد لانعقاده من تلاقي إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالوكالة والوصية على أفراد. كما يشمل ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالطلاق واليمين. وبهذا يكون هؤلاء أقرب بكثير إلى المعنى اللغوي المتقدم.

يقول الجصاص رحمه الله: "العقد: ما يعقده العاقد على أمرٍ يفعله هو، أو يعقده على غيره فعله على وجه إلزامه إياه. فيسمّى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقودا، لأنّ كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به. وسمّي اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالعمل أو الترك، وكذا كل ما شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ينظر: المصباح المنير، الفيومي، 275، المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 614/2.

<sup>2</sup> لسان العرب، 297/3.

<sup>3</sup> ينظر: الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص 175، 173، المدخل للفقهاء الإسلاميين، محمد سلام مذكور، ص 516.

<sup>4</sup> آيات الأحكام، 294/2.

**المعنى الخاص:** وهو ما لا يتم إلا من خلال تقابل إرادتين على إحداث أثر معين. وهذا هو المعنى الشائع المشهور، حتى أنه يكاد ينفرد - هو - بالاصطلاح. لذا، إذا ما أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن هذا المعنى الخاص<sup>1</sup>.

وعلى هذا المعنى - الخاص - عرّف جمهور الفقهاء العقد بأنه:

\* " مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر، أو كلام الواحد القائم مقامهما."<sup>2</sup>

\* " تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل."<sup>3</sup>

\* " ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا. وربط أجزاء التصرف هو عبارة عن اتفاق يبنى عليه كما تبني عليه آثار."<sup>4</sup>

كما عرّفه الحقوقيون - أو القانونيون - وفق هذا المعنى، بأنه:

\* "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يظهر أثره في المعقود عليه."<sup>5</sup>

\* "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله."<sup>6</sup>

\* "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله - أو تعديله - أو إنهائه."<sup>7</sup>

وعرف المشرع الجزائري العقد بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."<sup>8</sup>

## الفرع الثاني: تعريف الزواج

**أولاً- الزواج لغة:** الزواج في اللغة<sup>9</sup>؛ الاقتران والاختلاط. يقال: زوّج الشيء بالشيء وزوّجه إليه بمعنى قرنه. وكلّ شيئين اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان، ومنه قوله **﴿كذلك﴾**

<sup>1</sup> الملكية ونظرية العقد، أبو زهرة، ص 175.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 182/3.

<sup>3</sup> العناية على هامش الفتح، 84/5.

<sup>4</sup> التعريفات، الجرجاني، ص 166.

<sup>5</sup> ينظر: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، قدرتي باشا، المادة 262، ص 49- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، السنهوري، 32/1.

<sup>6</sup> مجلة الأحكام العدلية، المادة 103.

<sup>7</sup> ينظر: نظرية العقد، السنهوري، ص 63 - نظرية الالتزام، العربي بلحاج، 30/1.

<sup>8</sup> المادة 54 من الأمر رقم 58-75 الصادر بتاريخ 26-09-1975م والمتضمن القانون المدني.

<sup>9</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 523/3، 524 - القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 193/1 - معجم مقاييس

اللغة، ابن فارس، 35/3 - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 407/1.

وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ<sup>1</sup>، أي قرناهم بأن جعلنا لهم قرينات صالحات، وزوجات حسان من الحور العين.

وقوله أيضا: ﴿احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾<sup>2</sup>، أي قرنائهم أو قرأتهم الذين يقتدون بهم، والذين كانوا يحضونهم على الظلم ويُعروهم به. وكذا قوله ﷺ: ﴿وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ﴾<sup>3</sup>، أي قرنت.

ويقال لكل واحد من القرينين من الذكر والأنثى في الحيوانات المتزاوجة: زوج، ولكل قرينين فيها وفي غيرها زوج، ولكل ما يقتربن بآخر مماثلا له أو مضادا: زوج. قال ﷺ: ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى﴾<sup>4</sup>، وقال أيضا: ﴿وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ﴾<sup>5</sup>. والمعنى أن كل ما في المخلوقات زوج من حيث إن له ضدا أو مثيلا أو تركيبا.

والزوج؛ من ألفاظ الأضداد، إذ يطلق على الذكر والأنثى، فيقال: الرجل زوج المرأة، والمرأة زوج الرجل. قال ﷺ: ﴿وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾<sup>6</sup>. وقال ﷺ: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾<sup>7</sup>. ويقال أيضا: تزوجه النوم، أي حالطه.

وقد شاع استعمال لفظ الزواج في اقتران الرجل بالمرأة - أي الزوج بزوجه أو زوجته - على سبيل الدوام والاستقرار.

ويطلق لفظ الزواج على النكاح، قال ﷺ: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾<sup>8</sup>، أي أنكحناك إياها. والعرب تقول: تزوج في بني فلان: أي نكح فيهم. وتقول: تزوج امرأة، وزوجه إياها، وزوجه بها: أنكحه إياها.

ومن معاني النكاح في اللغة<sup>1</sup>: الضم والاختلاط والتداخل. يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض، ونكح المطر الأرض إذا حالط ثراها، ونكحت الحصى أخفاف الإبل إذا دخلت فيها.

<sup>1</sup> سورة الدخان: الآية 54.

<sup>2</sup> سورة الصافات: الآية 22.

<sup>3</sup> سورة التكويد: الآية 07.

<sup>4</sup> سورة القيامة: الآية 39.

<sup>5</sup> سورة الذاريات: الآية 49.

<sup>6</sup> سورة البقرة: الآية 35.

<sup>7</sup> سورة الأحزاب: الآية 37.

<sup>8</sup> الآية نفسها.



وسمّي العقد بين الرجل والمرأة في الاصطلاح نكاحاً؛ لأنه يصبح به كل واحد منهما زوجاً مرتبطاً بالآخر مقترنا به، وكذا لما فيه من ضمّ أحد الزوجين إلى الآخر شرعاً؛ إمّا وطء، وإمّا عقداً حتى صاراً فيه كأنها واحداً<sup>2</sup>.

ويطلق النكاح في اللغة على العقد، ويأتي بمعنى الوطء. قال الأزهري: "وأصل النكاح في كلام العرب: الوطء. وقيل للتزويج: نكاح؛ لأنه سبب الوطء. وقال أبو القاسم الزجاجي: النكاح في كلام العرب الوطء والعقد جميعاً. وقال أبو علي الفارسي: فرقت العرب بينهما فرقا لطيفاً، فإذا قالوا نكح فلان فلانة، أرادوا: عقد عليها. وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته، لم يريدوا إلا الوطء. لأنه بذكر امرأته أو زوجته يستغني عن العقد. وقال ابن فارس والجوهرية وغيرهما من أهل اللغة: النكاح؛ الوطء، وقد يكون العقد. ويقال أَنْكَحَتْهَا وَنَكَحَتْ هِيَ: أي تزوجت. وَأَنْكَحَتْهُ؛ زَوَّجَتْهُ. وهي ناكح؛ أي ذات زوج. واستنكحها؛ تزوجها."<sup>3</sup>

واختلف الفقهاء في حقيقة النكاح: هل الأصل فيه العقد أو الوطء؟ على ثلاثة أوجه هي:

#### الأول- النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد

وهو رأي الحنفية<sup>4</sup>، وقول عند الشافعية<sup>5</sup>. واستدلوا على رأيهم هذا فقالوا بأن:

- الاستعمال المعجمي؛ يفيد بأن النكاح في لغة العرب إنما يطلق ويراد به البضع في نوع الإنسان خاصة.

- الاستعمال الشرعي؛ إذ أنه وبالرجوع إلى آي القرآن الكريم وأحاديث السنّة النبوية نجد أن لفظ النكاح إنما يقصد به الوطء، ومن ذلك:

قوله ﷻ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾<sup>6</sup>؛ فالنكاح يراد به الاحتلام أي القدرة على الوطء. وقوله أيضاً: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>7</sup>؛ فيراد بالنكاح في الآية الوطء.

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 713/3 - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 960/2 - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، سعدي أبو الحبيب، ص285.

<sup>2</sup> أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر سليمان الأشقر، ص 10.

<sup>3</sup> النووي بشرح صحيح مسلم، النووي، 187، 186/5.

<sup>4</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 123/3، نيل الأوطار، الشوكاني، 227/6.

<sup>5</sup> لسان العرب، ابن منظور، 715/3.

<sup>6</sup> سورة النساء: الآية 06.

<sup>7</sup> سورة النور: الآية 03.

ولم يرد لفظ النكاح بمعنى العقد في القرآن الكريم إلا بورود قرينة تدل على ذلك<sup>1</sup>، نحو:  
 - توجيه خطاب للأولياء، كما في قوله ﷺ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾<sup>2</sup>.  
 - أو اشتراط إذن الأهل، كما في قوله ﷺ: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾<sup>3</sup>.  
 أمّا في السنة النبوية، فيستدل في هذا الشأن بأحاديث منها:

قوله ﷺ: "ولدت من نكاح"؛ أي من وطء.

وقوله ﷺ فيما يجل للرجل من امرأته وهي حائض: "اصنعوا كل شيء إلا النكاح"<sup>4</sup>.

### الثاني- النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء

ذهب المالكية<sup>5</sup>، وفي الراجح عند الشافعية<sup>6</sup>، ورأي عند الحنابلة<sup>7</sup> إلى أنّ النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء. واستدلوا على ذلك بكثرة وروده- أي النكاح- بمعنى العقد في الكتاب والسنة، فلم يرد بمعنى الوطء إلا في مواضع استثنائية<sup>8</sup>، وذلك في:

قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾<sup>9</sup>. و في قوله أيضا:  
 ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾<sup>10</sup>.

وقد وضّحت السنة النبوية أنّ مراد الله ﷻ بلفظ النكاح في الآية ما قبل الأخيرة أعلاه؛ هو الوطء لا العقد في حديث العسيلية بقوله ﷺ: "... لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك"<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 09.

<sup>2</sup> سورة النور: الآية 32.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 25.

<sup>4</sup> صحيح مسلم، كتاب الحيض، جواز غسل الحائض رأس زوجها وترجيله...، ص 93.

<sup>5</sup> ينظر: شرح الزرقاني للموطأ، الزرقاني، 161/3 - الفواكه الدواني، النفراوي، 02/2.

<sup>6</sup> ينظر: معنى المحتاج، الشريبي، 123/3، البحر الرائق، ابن نجيم، 82/3.

<sup>7</sup> ينظر: المغني، ابن قدامة، 333/7، الإنصاف، المرادوي، 4، 5/8.

<sup>8</sup> ينظر: مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جاتم، ص 17.

- أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 09.

<sup>9</sup> سورة البقرة: الآية 230.

<sup>10</sup> سورة النساء: الآية 06.

<sup>11</sup> نص الحديث كما ورد في صحيح مسلم: عن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى رسول الله ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني، فبتّ طلاقني، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإتّما معه مثل هُدبَة الثوب، فتبسم رسول الله ﷺ وقال: "أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك".

ينظر: مسلم، كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها...، ص 397.

هذا، ولصحّة نفيه عن الوطء يقال في الزنا: سفاح لا نكاح. وصحّة النفي دليل على أنّ النكاح مجاز في الوطء، حقيقة في العقد.

### الثالث- النكاح مشترك لفظي بين العقد والوطء

وهو قول عند الشافعية<sup>1</sup> وكذا الحنابلة<sup>2</sup>. وهو ما قال به الإمام ابن تيمية<sup>3</sup> رحمه الله. فائدة الخلاف بين الفقهاء<sup>4</sup> فيما تقدم، إنّما تظهر فيما يأتي<sup>5</sup>:

- من زنا بامرأة فإنّها تحرم على والده وولده عند القائلين بأنّ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد. بينما لا تحرم عليهما عند القائلين بأنّه حقيقة في العقد مجاز في الوطء.

- من علّق طلاق زوجته على نكاح أخرى، فإنّها تطلق بمجرد العقد على الثانية عند من يرى النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء، ولا تمام- أي لا تطلق- إلاّ بالوطء عند من يرى بأنّ النكاح حقيقة في الوطء مجاز في العقد.

**الترجيح:** إنّ تتبّع واستقراء أدلة الرأيين الأول والثاني، يفضي إلى القول بأنّ كلاهما قد تكلف فيما ذهب إليه من جعل النكاح حقيقة في أحد الأمرين العقد أم الوطء<sup>6</sup>. وبالتالي يظهر تقدم ورجاحة الرأي الثالث. ذلك أنّ المعنى الذي يدور عليه النكاح في لسان العرب على ما تقدّم بسطه، والذي هو الضمّ والجمع والاختلاط والتداخل؛ كلّها معاني قد تكون مشمولة بالعقد، كما قد تكون بالوطء، لذا كان النكاح يشمل العقد والوطء معاً<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 123/3.

<sup>2</sup> المغني، ابن قدامة، 333/7.

<sup>3</sup> الفتاوى الكبرى، 527/4.

<sup>4</sup> يرجع اختلاف الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في دلالة المشترك اللفظي على الأحكام وأثره.

ينظر تفصيل هذا الأمر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مصطفى الخن، ص 80، 81.

<sup>5</sup> ينظر: البناية في شرح الهداية، العيني، 530/4 - الحاوي الكبير، الماوردي، 214/9 - البحر الرائق، ابن نجيم،

82/3 المغني، ابن قدامة، 333/7 - مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري، ص 17 -

أحكام الخطبة والزواج، نصر سليمان، سعاد سطحي، ص 10، 09.

<sup>6</sup> وإن كان القول- كما هو مقرر في كتب الأصول، من أنّه-: إذا دار اللفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى. لأنّه،

أبلغ وأغلب- كان النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي.

ينظر: أصول الفقه، زكريا البرديسي، ص 336.

<sup>7</sup> الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله، أمال رواق، ص 79.

ذلك أنّ ما أمر به الشارع في القرآن الكريم نحو قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ﴾<sup>1</sup>. وقوله ﷺ: " من سنتي النكاح"<sup>2</sup>. إنّما المقصود به تحصيل المصلحة، وهو ما يكون بالعقد والدخول. كما لو قال: " اشترى لي طعاما. فالمقصود به ما يحصل بالشراء والقبض."<sup>3</sup>

قلت: وهذا ما اختاره المشرع الجزائري. فمن خلال استقراء نصوص قانون الأسرة- وعناوين الفصول الخاصة بالباب الأول، الزواج- نجدّه يستعمل كلاً من مصطلحي الزواج والنكاح استعمالاً مشتركاً. فجدّه تارة يطلق على الفصل مصطلح الزواج ، ثم يستعمل مصطلح النكاح في معرض بيان الأحكام الموضوعية. فالناظر في عنوان الفصل الثاني الذي يشمل المواد 23 إلى 31 من الباب الأول يلحظ أنّه أطلق عليه: " موانع الزواج". ثمّ يستعمل في المادة 24 منه مصطلح النكاح، حيث نص فيها على أنّ: " موانع النكاح المؤبدة هي: - القرابة - المصاهرة - الرضاع."

قلت: ومعلوم أنّ هذه الأصناف من المحرمات إنّما يحرم فيها العقد فضلاً عن الدخول. لذا، يظهر وضوح ما ذهب إليه أو ما اختاره المشرع الجزائري في جعل كلاً من العقد والدخول أو الوطاء مشتركاً لفظياً يدل أحدهما على الآخر على النحو السالف البيان.

ويتأكد هذا الذي قلناه من خلال التمعّن في نصوص الفصل الثالث من الباب الأول، حيث استعمل المشرع الجزائري مصطلح النكاح كعنوان للفصل- النكاح الفاسد والباطل، والذي شمل النصوص: من 32 إلى 35. ثم استعمل مصطلحي الزواج والدخول- أي الوطاء- في المواد: 2/33، 34.

### ثانياً- الزواج اصطلاحاً

لقد تعددت تعريفات الفقهاء- لاسيما المتقدمين منهم، للزواج أو النكاح- وتنوعت تبعاً لاختلافهم في تصور حقيقته- أو مقوماته- وإدخال بعض الشروط فيه أو إخراجها. فقد أدلى كلّ فقيه في هذا الشأن بدلوّه، فكان ثمة اختلاف- على الرغم من أنّه- شكلي. إلاّ أنّه ساق إلى خلاف غير محمود، استعمله البعض من الطاعنين في كل ما هو تراث إسلامي استغلالاً سيّئاً. وهنا تكمن المعضلة التي سنحاول أن نفكّ إشكالاتها، ونستجلي مجهولها. لكن، بعد عرض وبيان بعض تعريفات الفقهاء للزواج، أو النكاح.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 03.

<sup>2</sup> السنن الكبرى، البيهقي، كتاب النكاح، باب الرغبة في النكاح، 124/7.

<sup>3</sup> مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 421/7.

### تعريف الحنفية:

قال ابن الهمام رحمه الله - الزواج - : " عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصد."<sup>1</sup>  
شرح التعريف<sup>2</sup>:

\* قوله عقد: يريد به؛ مجموع الإيجاب والقبول الصادر عن المتعاقدين أو من يمثلها.

\* وقوله تملك المتعة: فالمراد به؛ حل الاستمتاع لا التملك الشرعي المعروف في الأعيان كالبيع.

\* وقوله قصدا: فقد خرج به تحرزا ما يفيد حل المتعة ضمنا كسواء الجارية، لأن حليتها تابعة لملك رقبته<sup>3</sup>.

وعرف ابن عابدين رحمه الله الزواج بأنه: " عقد يفيد ملك المتعة من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي."

وقال السرخسي بأن الزواج: " عقد يفيد ملك المتعة قصدا، أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، بالقصد المباشر."<sup>4</sup>

### تعريف الشافعية:

عرّف الرملي رحمه الله الزواج بأنه: " عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج وما أشتق منها."<sup>5</sup>

وقال الشريبي رحمه الله أن الزواج: " عقد يتضمن وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمة."<sup>6</sup>

### تعريف الحنابلة:

قال ابن قدامه رحمه الله أن النكاح في الشرع: " عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عند دليل."<sup>7</sup>

وعرف البهوتي رحمه الله الزواج بأنه: " عقد يعتبر فيه لفظ إنكاح أو تزويج في الجملة، والمعقود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>8</sup>. وقال أيضا: " النكاح شرعا عقد تزويج."<sup>9</sup>

<sup>1</sup> شرح فتح القدير، 186/3.

<sup>2</sup> ينظر: عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 44 - أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 23.

<sup>3</sup> حاشية رد المحتار، 03/3.

<sup>4</sup> المبسوط، 05/5.

<sup>5</sup> نهاية المحتاج، 165/6.

<sup>6</sup> مغني المحتاج، 333/3.

<sup>7</sup> المغني، 333/7.

<sup>8</sup> الروض المربع شرح زاد المستنقع، 60/3.

<sup>9</sup> كشف القناع، 06/5.

## تعريف الملكية:

عرف الدردير رحمه الله الزواج بأنه: " عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة لقادر محتاج، أوراخ نسلا."<sup>1</sup>

وقال ابن عرفه رحمه الله: " النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها بيّنة قبله، غير عالم عاقدة محرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر-أي على القول غير المشهور."<sup>2</sup>

شرح التعريف<sup>3</sup>: إن النكاح- على هذا الحدّ- ارتباط ناشيء عن إيجاب وقبول قصد بهما إباحة المتعة المجردة بالمرأة، على أن يسبق ذلك بنيته.

وقد تضمن هذا التعريف جملة من القيود والأوصاف احترازا عن بعض الأمور التي لا يتناولها أولا تراد فيه، فخرج بذلك ما يأتي:

\* على مجرد متعة التلذذ<sup>4</sup>: خرج بهذا القيد العقد على الذوات والمنافع، نحو: البيع والإجارة لأنّهما عقد على عين أو منفعة، لا على المتعة.

\* بأدمية: خرج به العقد على غير الأدمية- كالجنيّة<sup>5</sup>- وقد حكى عن الإمام مالك جوازه- أي إمكانية- ومنعه سدا للذريعة والفساد. فالمرأة غير ذات الزوج، إذا ظهر عليها الحبل لا يقبل

<sup>1</sup> الشرح الصغير، 194/2

<sup>2</sup> ينظر: شرح حدود بن عرفة، الرصاع، 1/235 - مواهب الجليل، الخطاب، 3/403 - الفواكه الدواني، العدوي، 2/2.

<sup>3</sup> شرح حدود بن عرفة، الرصاع، 1/235-239.

<sup>4</sup> ومعنى هذا أن النكاح عند الملكية عبارة عن عقد متعة التلذذ المجردة. وهو يعني أن يدفع الزوج مقابل هذه اللذة. وقد صرح الملكية بأنّ عقد النكاح هو: عقد تملك انتفاع بالوضع وسائر بدن الزوجة.

ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 2/5، 6 - أو جز المسالك إلى موطن مالك، الكندهلوي، 9/119.

- أوضح المسالك إلى ألفية بن مالك، الأنصاري، 3/200

<sup>5</sup> إن اختلاف الجنس بين الزوجين، أو النوع فيما ذكره الفقهاء بقولهم بجنية، أو غير آدمية: خصيصة هامة في الزواج، ليس في المنظور الإسلامي فحسب، بل، في مختلف الأديان، وفي كل نظام بشري سوي، فهو الزواج في شكله الطبيعي أو الفطري على ما غرسه الله ﷻ في جميع مخلوقاته. ولكن بعض المجتمعات وبعض الدول تفتخر بكونها متحررة متقدمة... أصدرت تشريعات مخالفة للفطرة البشرية تبيح فيها الزواج بين أفراد الجنس الواحد، أو ما بات يعرف بالزواج المثلي- الذكر مع الذكر، والأنثى مع الأنثى- ومنها السويد، الولايات المتحدة الأمريكية، الدنمارك، النمسا، وأخيرا فرنسا. بل راحت تدعوا أو تقيم الندوات والمؤتمرات من أجل تعميم هذه التشريعات والقوانين التي تتعارض والفطرة، تحت مسمى الحرية الشخصية، والسعادة الجنسية، وغيرها من المسميات والسلوكيات التي ابتلى بها هؤلاء القوم- وأتباعهم- في هذا العصر؛ عصر الجنون والمجون.



قولها أنّها متزوجة من جنّي، ويصبح هذا الادّعاء متمسك كلّ زانية أو منحرفة فرارا من العار أو العقوبة. كما تحرّز بهذا القيد أيضا: العقد على متعة التلذذ بالطعام والشراب.

\* غير موجب قيمتها: أخرج به تحليل الأمة لمن يتلذذ بها إن وقع بيّنة، لأنّ حلّيتها تحصل بعقد البيع الموجب دفع القيمة.

\* بيّنة قبله: فلا بد من وقوع البيّنة، بالإشهاد أو الإعلان قبل التلذذ بها، فخرج بذلك الزنا.

\* غير عالم عاقده حرمتها: فأخرج بذلك نكاح المحرمات والمتعة.

\* إنّ حرّمها الكتاب على المشهور، أو الإجماع على الآخر: فيشمل التحريم بهذا القيد كلّ ما حرم الكتاب - أي القرآن - والإجماع.

#### - اعتراضات على هذه التعريفات

إنّه، وبعد عرض التعريفات التي رسمها وحدها الفقهاء المتقدمون لبيان معنى الزواج أو النكاح، يمكن القول بأنّها كانت محل نقد واعتراض واسع، من طرف الكثير ممّن نظروا إليها بعين المخالفة. فكان أن خلصوا إلى القول بقصورها من عدة أوجه، لعلّ أهمّها:

**الوجه الأول:** قد غفلت بعض التعريفات عن ذكر قيد بأن تكون المرأة ممّن تحلّ له شرعا؛ ذلك أنّ عقد الرجل على امرأة تحرم عليه كأمه وأخته وغيرهما من المحرمات، انطبق عليه التعريف القائل بأنّه: "عقد يرد على ملك المتعة قصدا". وهو ما قال به ابن الهمام من الحنفية كما تقدم. وهذا مع أنّه عقد باطل لا يعترف به الشارع ولا يرتب عليه آثار الزواج الشرعي كونه في حكم العدم.

**الوجه الثاني:** حيث أنّ المتمنّ في مختلف التعريفات المتقدمة، يلحظ خلوها من تقييد عقد الزواج أو النكاح بأن يكون على وجه أونية التأييد، لا التأقيت حتّى يستثني منه زواج المتعة، والزواج المؤقت المحرمان في الشريعة الإسلامية تحقيقا، لتعارضهما مع شرط الدوام والاستمرارية في العلاقة الزوجية.

---

ولعلّ من لطائف التراث الفقهي الإسلامي، إشارة بعض الفقهاء نحو: ابن عرفة المالكي، و الكاساني الحنفي إلى ضرورة اختلاف الجنس. أو بالأحرى النوع في الزواج، ولم يدر بخلداهم يقينا: أن يمر على الإنسان حين من الدهر يطالب فيه الرجل بعقد قرانه مع رجل مثله، وتطالب امرأة بعقد قرانها مع امرأة مثله.

ينظر: أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، عقد الزواج، كمال الدين إمام، ص 96.

- أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 22 - قانون الأسرة في توبة الحديد، عبد العزيز سعد، ص 38.

- مجلة المجتمع، العدد 1377، الصادر بتاريخ: 03-11-1999م، ص 14.

**الوجه الثالث:** ويتمثل في كون ظاهر هذه التعريفات تفيد أن حق الاستمتاع إنما يستأثر ويقتصر على جهة الزوج فحسب، مع أنه مقرّر وثابت كحق للمرأة على حد المساواة، كيف لا والأمر متمخّض عن عقد، أي ارتباط مشترك بين الطرفين<sup>1</sup>.

**الوجه الرابع:** والمتمثل في كون أغلب التعريفات المتقدمة- إذا ما استثنينا إنصافاً، ما ورد في تعريف بعض الحنابلة كابن قدامه، وقول للبهوتي كما تقدم- إنما ركزت على موضوع الزواج- أوالعقد- وهو الاستمتاع والمعاشرة، وثمرته هي: حلّ الاستمتاع و فقط، فكانت قاصرة من جهة إغفال مقاصد الزواج وأهدافه.

لذا، كان من الإنصاف أن تقرر أنّ تعريفات الفقهاء للزواج لم تُجَلِّ حقيقته ومقاصد الشريعة فيه. الأمر الذي جعلها- أي التعريفات- سبباً لاتهام الزواج الإسلامي من البعض<sup>2</sup>، بأنّه عقد علاقة جسدية وقضاء شهوة عاطفية فحسب.

فقرأ مثلاً لـ: قاسم أمين، الذي أطلق عليه: محرر المرأة<sup>3</sup>، عندما علّق على تعريف الزواج عند الفقهاء المتقدمين بقوله: " رأيت في كتب الفقهاء أنّهم يعرفون الزواج بأنّه: " عقد يملك به الرجل بضع المرأة"، وما وجدت فيها كلمة واحدة تشير إلى أنّ بين الزوج والزوجة شيئاً آخر غير التمتع بقضاء الشهوة الجسدانية، وكلّها خالية من الإشارة إلى الواجبات الأدبية التي هي أعظم ما يطلبه شخصان مهذبان كل منهما من الآخر. وقد رأيت في القرآن الشريف كلاماً ينطبق على الزواج، ويصحّ أن يكون تعريفاً له، ولا أعلم أنّ شريعة من شرائع الأمم التي وصلت إلى أقصى درجات التمدّن جاءت بأحسن منها؛ قال ﷺ: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> وإن كان من الفقهاء من علّل ذلك بأن الرجل هو الذي يسعى ، غالباً في طلب الزواج من المرأة ، كما أن الاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بها ، بعكس المرأة التي لها حق التمتع به دون الاختصاص ، إذ يحل له التمتع بغيرها في حدود ما قرّره نصوص الشريعة الإسلامية فيما يخص أحكام تعدد الزوجات.

ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام ، مصطفى شلي ، ص 46 - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 30،29/7.

<sup>2</sup> ينظر: امرأتنا في الشريعة والمجتمع، الطاهر الحداد، ص 60،58.

- الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر، زكي علي أبو غضة، ص 37،38.

- الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام ، غسان عشا، ص 18،21.

- خلف الحجاب، سناء المصري، ص 83،84.

- حركات تحرير المرأة، من المساواة إلى الجندر، مثنى أمين الكردستاني، ص 220 وما بعدها.

<sup>3</sup> تجديد التفكير الديني في مسألة المرأة، زكي الميلاد، ص 32.

<sup>4</sup> سورة الروم: الآية 21 .

والذي يقارن بين التعريف الأول الذي فاض من علم الفقهاء علينا، والتعريف الثاني الذي نزل من عند الله يرى بنفسه إلى أيّ درجة وصل انحطاط المرأة في رأي فقهاءنا، وسرى منهم إلى عامة المسلمين ولا يستغرب بعد ذلك أن يرى المتزلة الوضيعة التي سقط إليها الزواج حيث صار عقدا غايته أن يتمتع الرجل بجسم المرأة ليتلذذ به، وتبع ذلك ما تبعه من الأحكام الفرعية التي رتبوها على هذا الأصل الشنيع.

فهذا النظام الجميل الذي جعل الله أساسه المودة والرحمة بين الزوجين، آل أمره بفضل علمائنا الواسع إلى أن يكون اليوم آلة استمتاع في يد الرجل، وجرى العمل على إهمال كل ما من شأنه أن يوحد المودة والرحمة...<sup>1</sup>

حقيقة، قد يكون جوهر ملاحظات قاسم أمين صحيحة، وقد نوافقه على بعضها. لكن، نخالفه ولا نوافقه على ما رتب عليها من أحكام وحوادث، ولا على أسلوبه في الحديث عن علم العلماء. فليس تعريفهم للزواج هو السبب فيما آل إليه أمره، بل، هو الانحراف عن تعاليم الإسلام الكامل الشامل؛ فالزواج نظام من منظومة متكاملة تشمل المجتمع بكل مؤسساته - التي - إذا ما وقع فيها خلل اختل لذلك نظام الزواج أيضا.<sup>2</sup>

ولذلك، نجد الإمام أبا زهرة - وغيره - قد أشار إلى بعض ما أشار إليه قاسم أمين. لكن، وقبل عرض تعريفاتهم للزواج، نشير أولا إلى أنه هناك بعض المسائل المتعلقة بقصد الفقهاء المتقدمين من تعريفهم له بقصد بيان وتجلية الحقيقة، والتي منها:

أ- إن للزواج حقيقة وحكمة: لذلك كان التعريف الذي ذكره الفقهاء على اختلاف في الرسم بينهم والذي انتقده واستشعنه قاسم أمين وغيره، إنما هو سعي إلى تبين حقيقة الزواج وخصيسته. وأمّا بيان مقاصده وأهدافه أو الغرض منه، فهذا الأمر مجاله وموضعه عند بيان حكمة الزواج.<sup>3</sup>

فالفقهاء بنوا التعريف على أساس تقسيم الأمور الدينية إلى: حقوق قضائية، وواجبات دينية. فأرادوا أن يحدّدوا رسم الزواج منطقيا من خلال حدّه قضاء وليس ديانة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> الأعمال الكاملة لقاسم أمين، محمّد عمارة، ص 387، 388.

<sup>2</sup> قواعد تكوين البيت المسلم، أكرم رضا، ص 60، 59.

<sup>3</sup> ينظر: الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 11/6، الزواج العربي، عبد المالك المطلق، ص 53.

<sup>4</sup> محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 42.

وأمر المودة والرحمة والمعاشرة بالمعروف بين الزوجين - وهي المقصود بـ: حد الديانة - أمور عامة لا تنضبط فيها حدود التعريف انضباطا كاملا وتامًا في كلمات قليلة، وهي: المودة والرحمة... في تطبيقها العلمي أقرب إلى مسائل الضمير الديني، أو المشاعر العاطفية التي لا تخضع للتقنين العقلي الدقيق، بخلاف حلّ الاستماع، فإنه حقّ منضبط بالاستمتاع الجسدي في حدود نصوص الشريعة، ومعلوم بأنّ الفقه إنّما يتّجه إلى تعريف المسائل بما تنضبط به<sup>1</sup>.

ب- الاستمتاع الشرعي<sup>2</sup>: إنّ الاستمتاع الجسدي إنّما هو الفعل التالي مباشرة لهذا العقد الذي كان ممنوعا من دونه، بل، هو مقصد أساسي وفطري لهذا العقد، والتقليل من شأن هذا الأمر نوع من التغاضي أو التعامي عن الفطرة.

ولا ينكر عاقل أنّ هذا الامتاع، وهو سبيل الإحصان والعفة. ليس هدفا أو مطلبًا هيّنا ولا مهيّنا، بل، هو من أسمى مطالب وأهداف عقد الزواج في الشريعة الإسلامية، وإن لم يكن أسماها. ج- ثمّ إنّ الفقهاء أنفسهم لم يفتهم هذا المعنى. فقد ذكر الإمام السرخسي رحمه الله ما نصه: "ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة - وإنّما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة - ولكن الله تعالى علّق به قضاء الشهوة أيضا؛ ليرغب فيه المطيع والعاصي. المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة..."<sup>3</sup>

ومهما يكن من أمر - كما يقول محمّد البلتاجي رحمه الله -: "فهذا الذي وجدناه في تعريفات الفقهاء، وهذا هو تأويله كما نفهمه، بمنطق الإنصاف والتقدير، والتأمل والتّظر إلى طبيعة الأمور دونما تحامل أو ضجيج، لأنّه يجب أن نضع في اعتبارنا دائما أنّ هؤلاء الفقهاء هم الذين نقلوا إلينا ثروة هائلة من الفكر الفقهي الشامخ المستوعب من أعلى غط، وهم الذين نقلوا إلينا التشريعات الإسلامية مقررة معلّلة في استدلال وحجج عقلية، وقلّ أن تجد في تراث أمّة من الأمم الأخرى ما يقارب هذا الذي تركوه لنا في كتبهم."<sup>4</sup>

والذي أراه أنّ تعريف الفقهاء المتقدمين، لاسيما منهم الشافعية والحنابلة هو الأدق في بيان تعريف الزواج. ذلك أنّهم لم يدخلوا في حكم العقد ما يعرف بالواجبات الدينية والآداب، أو المشاعر العاطفية وجميعها غير منضبطة من جهة. ومن جهة أخرى كون مجال أو محل تفصيلها

<sup>1</sup> دراسات في عقد الزواج، محمّد البلتاجي، هامش ص 31.

<sup>2</sup> ينظر: المرأة بين الشريعة وقاسم أمين، زكي علي أبو غصّة، ص 175، 176 - قراءة فقهية في أدبيات العلاقة

الزوجية، علي مرسي مرسى، 01، 10.

<sup>3</sup> المبسوط، 194/4.

<sup>4</sup> دراسات في عقد الزواج، ص 34.

فيما يترتب عن العقد- المنضبط العناصر والمقومات- من أحكام أو آثار. لذا فقد انصبَّ تعريف الفقهاء كما تقدّم على العقد وحده وهو المراد، ويبدو أنّ هذا هو الأكثر تلبية للمصلحة المتبتّغة.

**تعريفات حديثة للزواج:** إنّه، وتأسيساً على ما تقدّم ذكره من جملة الاعتراضات الموجهة لتعريفات الفقهاء المتقدمين للزواج نجد توجه بعض<sup>1</sup> الفقهاء المتأخرين- أو المحدثين- إلى وضع تعريف أكثر شمولاً للدلول الزواج يبيّن فيه إلى جانب مقومات العقد، مقاصده وغاياته التي رسمها له الشارع. ولعلّ من أبرز هؤلاء- إن لم أقل عميدهم- الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله حيث قال معلّقاً على موضوع حصر ثمرّة الزواج في الاستمتاع الجسدي: " وهذا يشير إلى أنّ هذا المقصد عند الناس ومقصده عند الشارع أيضاً، وقد يكون من مقاصده عند الناس، بل قد يكون أهمّ مقاصده عند بعضهم، ولكنّه ليس مقصد الشارع الوحيد وليس أهمّ المقاصد عند الفضلاء الذين سمت مداركهم، وليس أسماها عند العلماء أجمعين، بل إنّ المقصد الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر والتّظن هو التناسل وحفظ النوع الإنساني، يجد كل واحد من العقّادين في صاحبه الأنس الروحي الذي يؤلف بينهما وتكون به الراحة وسط الحياة وشدائدها؛ لذا قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾...<sup>2</sup> "3.

ولذلك، يضع الإمام أبو زهرة تعريفاً للزواج، على أنّه: " عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة، ويحدّد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات."<sup>4</sup>

<sup>1</sup> قلت: "بعض الفقهاء"، لأنّه ثمة من المتأخرين من ذهب مذهب المتقدمين في تعريفه لعقد الزواج. ومن ذلك تعريف محمد زيد الأيباني للزواج على أنّه: "عقد يفيد حل استمتاع الرجل بامرأة لم يمنع من العقد عليها مانع شرعي". ينظر: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، 27/1.

- وعرفه مصطفى شليبي، فقال: "عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحلّ استمتاع المرأة به". ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، ص 46.

- أشير إلى أنّ الشيخ عبد الوهاب خلاف، قد ذهب مذهباً تركيبياً في تعريف عقد الزواج، حيث لفّق بين تعريف المتقدمين والمعترضين عليهم من المتأخرين، فقال بأنّ الزواج: "عقد يفيد حلّ استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكلّ منهما حقوقاً قبل صاحبه وواجبات عليه". ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 15.

<sup>2</sup> سورة الروم: الآية 21.

<sup>3</sup> عقد الزواج وأثاره، ص 44، 45.

<sup>4</sup> المرجع نفسه.

ويعلّق الإمام على ما قاله - موضحا - بأن: "الحقوق والواجبات التي تستفاد من هذا التعريف من عمل الشارع، إذ هي تنشأ من الأحكام الشرعية التي رتبها الشارع على هذا العقد."<sup>1</sup> مع ملاحظة أن قيد: "مدى الحياة" في التعريف، إنّما يخرج به نكاح المتعة والتأقيت. وهذا التعريف هو الذي رجّحه واختاره الكثير من العلماء والباحثين، بل، وحتى الكثير من المشرعين في البلاد العربية، ومنها الجزائر.

مع اقتراح البلتاجي أن يضاف إلى تعريف الإمام أبي زهرة في أوله: "أنه عقد شرعي". أو في نهايته: "على الوجه المشروع."<sup>2</sup>

أمّا عن تعريف الزواج في الاصطلاح القانوني<sup>3</sup>، فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة: 04 من قانون الأسرة - القانون رقم: 09-05 لسنة 2005م - على أنه: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب." أمّا المادة: 04 من القانون رقم: 11-84 لسنة 1984م، فكانت قد عرّفت الزواج على أنه:

<sup>1</sup> عقد الزواج وأثاره، ص 45.

<sup>2</sup> دراسات في عقد الزواج، ص 35.

<sup>3</sup> اختلفت قوانين الأحوال الشخصية العربية في تعريف الزواج على النحو الآتي:

- **أولاً:** عرفه قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 01، وقانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 03، وقانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 02، بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غاية إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

- **ثانياً:** عرفه قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة 11، بأنه: "عقد بين رجل وامرأة على نية التأييد يحلّ استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي".

- **ثالثاً:** عرفه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة 05، بأنه: "عقد شرعي بين رجل وامرأة غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة".

- **رابعاً:** عرفته مدونة الأسرة المغربية في مادتها: 04، بأنه: "ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة".

ويؤخذ على هذه التعريفات بأنها: ليست جامعة مانعة، وأن أقربها إلى المعنى الشرعي الذي قال به الفقهاء المتأخرون - أو المحدثون - وعلى رأسهم أبو زهرة، هو التعريف الذي جاءت به مدونة الأسرة المغربية، وإن كان يؤخذ عليه أنه لم يقيّد عقد الزواج بمن تحل له شرعا، فضلا عن أن هذه التعريفات لم تذكر موضوع عقد الزواج وأثاره فكانت قاصرة من هذا الجانب.

ينظر: مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمد جاتم، ص 20 - شرح قانون الأحوال الشخصية، مصطفى السباعي، 34/1.



"عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب."

وقد جاء في عرض أسباب تعديل هذا النص: "إنّ التعديلات في هذا الجانب أساسا تتعلق بطبيعة العقد وركن الرضا فيه، وأتته تمّ التكفل في هذا المجال بالتأكيد على أنّ عقد الزواج عقد رضائي، يقوم أساسا على رضا الزوجين، والتمييز بين ركن الرضا في عقد الزواج الذي لا ينعقد الزواج إلاّ بتوافره وشروط عقد الزواج من أهلية وصادق وولي وشاهدين وانتفاء الموانع الشرعية."<sup>1</sup>

وعليه، فقد تضمّنت هذه المادة المعدلة إضافة عبارة: "رضائي"؛ تقييدا لعموم المادة القديمة التي لم تذكر هذا التقييد والتحديد في تعريف الزواج، وذلك من باب استبعاد الشكلية عنه.

وقد كان التعريف الذي وضعه المشرع الجزائري للزواج محطّ اعتراض العديد من الباحثين، الذين سجّلوا جملة من الملاحظات النقدية الموجهة لهذا النص، لعلّ أهمّها<sup>2</sup>:

أ- اعتبار المشرع الجزائري الزواج: عقد رضائي، من خلال إضافة عبارة: "رضائي"، أمر معيب في فنّ الصناعة التشريعية، بل، وغير مقبول. وذلك من وجهين اثنين:

- **الوجه الأول:** ويتمثّل في كون هذه الإضافة لافائدة منها، فقولنا: الزواج عقد، يستغرق كونه رضائيا بشكل آلي وهو من مقتضيات إطلاق مصطلح العقد- على النحو الذي تقدّم بيانه آنفا.

- **الوجه الثاني:** والذي علّل به المشرع في عرضه لأسباب تعديل النص، من باب تمييز ركن الرضا عن بقية عناصر أو شروط عقد الزواج، فهو أمر معيب أيضا، كون الرضا لا يعتبر ركنا في عقد الزواج، بل هو مشروط لانعقاده. فضلا عن كون الرضا أمر أدبي غير حسي، إذ يحتاج إلى إثبات. لذا كانت الصيغة- أي الإيجاب والقبول- عند الفقهاء هي الركن وليس الرضا كما ذهب إليه المشرع الجزائري.

<sup>1</sup> ينظر فيما يخص عرض أسباب تعديل قانون الأسرة الجزائري:

موقع المجلس الوطني الشعبي على شبكة الانترنت: WWW.ANP.DZ

<sup>2</sup> ينظر: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمد محدة، جريدة اليوم، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 26-04-2004م، ص 09.

- الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد حسال، ص 19، 20.

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 31/1.

- الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله، ص 26.

- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، محفوظ بن الصغير، ص 289، 290.

ب- إغفال المشرع الجزائري في التعريف الوارد في نص المادة 04 الحديث أو التعرض لموضوع عقد الزواج وآثاره التي ترتبط بالمفهوم القانوني لهذا العقد. ولعلّ مبعث هذا الإغفال هو خشية أن يظنّ أنّ عقد الزواج موضوع في الإسلام مجرد الاستمتاع والتلذذ بالمرأة فحسب، فكان أن عدل عن هذا المسلك- على صوابه كما أسلفنا القول- إلى الاقتصار على إيراد الغاية والأهداف التي ترجى من هذا العقد. ذلك أنّ عقد الزواج كما يقول مصطفى السباعي رحمه الله: "عقد لا بدّ له من موضوع وثمره. أمّا الموضوع: فهو الاستمتاع والمعاشرة، وأمّا ثمرته: فهو حل الاستمتاع على الوجه المشروع. فيإغفال القانون لذلك في تعريفه قصور."<sup>1</sup>

ج- كما أغفل المشرع الجزائري الإشارة إلى فكرة تأييد عقد الزواج، تحرزا من إمكانية جعله مؤقتا بخلاف ما ذهب إليه المشرع المغربي مثلا.

وبناء على جملة الملاحظات التي أخذت على تعريف المشرع الجزائري لعقد الزواج- على ما اختاره الفقهاء المحدثون، وكذا المشرع العربي- يمكن أن نعرّفه بأنّه: "عقد شرعي بين رجل وامرأة يجلّ لكلّ منهما الاستمتاع بالآخر على نية التأييد بقصد الإحصان والإعفاف وتكثير النسل وحفظه بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تضمن لهما تحمل أعبائهما في سكينه ومودّة ورحمة."

### المطلب الثاني: أحكام الخطبة

لما كان عقد الزواج من أجلّ العقود شأننا وأخطرها مكانة بين الناس، كونه متعلق بذات الإنسان، ومستقبل حياته الاجتماعية، وحياة الأمة، فكان- كما يقال- عقد العمر، فضلا عن أنّه استجابة لحقائق الفطرة. ولآثمه متعلق بالأعراض، وأنّه مناط الشرف، إذ عن طريقة يتم تحصين النفس وتحصيل النسل، وبقاء النوع الإنساني على نحو يليق بكرامته، وثبوت نعمة النسب، وتأسيس المصاهرات والقربات، وتحقيق التكافل الاجتماعي الملزم في نطاق الأسرة بإيجاب النفقة، وغيرها من الآثار الجارية على الزمن، وفي ظلّ الحياة الزوجية تتوافر المعاني الإنسانية من المودّة والرحمة والسكن، والإطمئنان النفسي ممّا يعين على تحمل أعباء الحياة وأداء الواجبات... ومن هنا جاء عقد الزواج: متميزا عن سائر العقود، فقد خصّه الشارع الإسلامي بمقدمات تسبيقية<sup>2</sup>، حتّى يتبيّن كل واحد من العاقدين مدى توافقه مع الآخر، ومدى تحقّق رغباته ومطالبه في العقد؛ فإذا

<sup>1</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، 34/1.

<sup>2</sup> ينظر: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 55 - أحكام الأحوال الشخصية، عبد الوهاب خلاف، ص 18 - أحكام الأسرة، الشرنباصي، ص 57، 58- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريبي، 451، 452/2.

تلاقت الرغبات أقدم كل واحد منهما على العقد وتلاقت إرادتهما بالإيجاب والقبول فيتم العقد. لاسيما وأنه يقوم على نية الدوام والاستمرار ما بقى كلا الزوجين على قيد الحياة. ومقدمة عقد الزواج هذه التي اختصّ بها دون غيره من العقود هي ما تعرف في لسان العرب، ولسان الشرع الإسلامي بـ: الخطبة.

ومن هنا، ونظرا لأهمية الخطبة- المستمدة من أهمية عقد الزواج نفسه؛ لأنّ الوسيلة تأخذ حكم غايتها شرعا وعقلا- لم يغفل الشارع الإسلامي هذا الأمر، بل، دعا الناس إلى استعمال هذه الآلية وحرص على ذلك ورغب فيها، حتى تنشأ الرابطة الزوجية على خير الأسس، وأمتن القواعد، وأقوم السبل، فتدوم العشرة، ويعمّ الصفاء، ويشعّ الوفاق<sup>1</sup>. لذا، وجدنا المشرع الجزائري- انطلاقا من أهمية وقيمة هذه المقدمة التمهيدية لعقد الزواج- قد حرص على تنظيم أحكام الخطبة. إذ عمد إلى تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، كما عرض لآثار العدول عنها. وذلك على النحو الذي سيتمّ بيانه فيما يأتي.

## الفرع الأول: تعريف الخطبة وبيان تكييفها الفقهي والقانوني

### أولا: تعريف الخطبة لغة واصطلاحا

1- تعريف الخطبة لغة<sup>2</sup>: الخطبة: مصدر خطب يخطب خطبا، والخطب؛ الشأن والأمر- الصغير أو العظيم- وقيل: الخطب سبب الأمر، تقول العرب: ما خطبك، أي ما الأمر، وهذا خطب جليل أويسير، ومن هذا المعنى قوله **عَلَيْكُمْ**: ﴿قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ﴾<sup>3</sup>. وقيل: مأخوذة من الشأن، أي أنّها شأن من الشؤون.

وقيل من الخطاب، لأنّها نوع مخاطبة تجري من جانب الرجل ومن جانب المرأة. قال القرطبي رحمه الله: "الخطبة- بكسر الخاء- فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول. والخطبة- بضم الخاء- الكلام الذي يقال في النكاح وغيره."<sup>4</sup>

فيقال: خطب المرأة يخطبها خطبا وخطبة- بالكسرة- أي طلبها للزواج. قال **عَلَيْكُمْ**: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾<sup>5</sup>. وخطب المرأة إلى القوم: إذا طلب أن يتزوج

<sup>1</sup> ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 43/1 - قانون الأسرة، عبد الفتاح تقيّة، ص 80.

<sup>2</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 855/1 - القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 835/1 - النهاية في غريب

الحديث، ابن الأثير، 50/2 - مختار الصحاح، الرازي، ص 55.

<sup>3</sup> سورة الحجر: الآية 57. وكذلك: سورة الذاريات: الآية 31.

<sup>4</sup> الجامع لأحكام القرآن، 190/3.

<sup>5</sup> سورة البقرة: الآية 235.

منهم. ويقال خطب المرأة إلى وليها؛ إذا كان الرجل يخطب المرأة لنفسه. ويقال خطب علي فلان؛ إذا كان يخطبها لغيره. قال ابن حجر رحمه الله - في شرح حديث: "بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبي وجدي وخطب عليّ فأنكحني: أي طلب لي النكاح، فأجيب" - : "خطب المرأة إلى وليها؛ إذا أرادها لنفسه. وعلى فلان؛ إذا أرادها لغيره."<sup>1</sup>

ويقال: اختطب القوم فلانا، فمعناه: دعوه إلى الزواج منهم.

والخطبة بمهذو المعنى اللغوي - أي طلب الزواج - قريبة من المعنى الاصطلاحي.

2- تعريف الخطبة اصطلاحاً: عرّف الفقهاء الخطبة بتعريفات متقاربة. فقال:

- الحنفية بأنّها: "طلب التزويج."<sup>2</sup>

- المالكية بأنّها: "إلتماس التزويج والمحاولة عليه."<sup>3</sup> - أو هي: "استدعاء التزويج."<sup>4</sup>

- الشافعية أنّ الخطبة: "إلتماس الخاطب النكاح من المخطوبة."<sup>5</sup>

- الحنابلة بأنّها: "خطبة الرجل المرأة لينكحها."<sup>6</sup>

وقد عرف الفقهاء المحدثون الخطبة بتعريفات هي الأخرى متقاربة. لكن، مع اتّسامها بالطول، وذلك قصد توضيح صورتها ومراحلها وطبيعتها. ومن جملة تلك التعريفات، نذكر الآتية:

عرّف أبو زهرة رحمه الله الخطبة على أنّها: "طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها والتقدم إلى ذويها ببيان حاله ومفاوضتهم في أمر العقد."<sup>7</sup>

وعرّفها وهبة الزحيلي بقوله: "إظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة وإعلام المرأة أووليّها بذلك. وقد يتمّ هذا الإعلام مباشرة من الخاطب أو بواسطة أهله، فإن وافقت المخطوبة أهلها فقد تمّت الخطبة بينهما وترتبت عليها أحكامها وآثارها الشرعية."<sup>8</sup>

<sup>1</sup> فتح الباري، 34/4.

<sup>2</sup> رد المختار، ابن عابدين، 08/3.

<sup>3</sup> ينظر: حاشية الخرشبي، الخرشبي، 167/3 - حاشية العدوي، العدوي، 167/3.

<sup>4</sup> مواهب الجليل، الخطاب، 407/3.

<sup>5</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 135/3.

<sup>6</sup> المعني، ابن قدامة، 520/7.

<sup>7</sup> الأصول الشخصية، ص 28.

<sup>8</sup> الفقه الإسلامي وأدلته، 10/7.

كما عرفها فتحي الدريني رحمه الله على أنّها: "توافق أو تواعد صريح متبادل بين رجل وامرأة تحل له شرعا في الحال، أو بين من ينوب عنها من الأولياء بإبرام عقد الزواج مستقبلا".<sup>1</sup> والتأظر في تعريفات المحدثين من الفقهاء عموما، يلحظ أنّ الخطبة إنّما تتمّ عبر مرحلتين اثنتين هما<sup>2</sup>:

**المرحلة الأولى:** وهي مرحلة العرض أو الطلب، أو إبداء الرغبة في التزوج بالمخطوبة سواء أكان الطلب موجّه إلى المرأة مباشرة، أو إلى أوليائها.  
**المرحلة الثانية:** وهي مرحلة الموافقة أو الركون، والتي تصبح فيها الخطبة تامّة مرتبة بذلك أحكامها الشرعية الخاصة بها.

أمّا عن تعريف الخطبة في الاصطلاح القانوني<sup>3</sup>، فإنّه وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد بأنّ المشرع في حقيقة الأمر لم يعرض أو لم يضع تعريفا للخطبة، وإنّما اكتفى ببيان وصفها أو طبيعتها القانونية فحسب. حيث نص في المادة 1/5 على أن: "الخطبة وعد بالزواج". هذا، وإن كان بعض الباحثين قد ذهبوا إلى اعتبار نص هذه الفقرة تعريفا للمشرع الجزائري للخطبة<sup>4</sup>، وعابوا عليه أنّه تعريف: غير كاف ولا دقيق، ممّا يقتضي الاستعانة بالفقه الإسلامي لانتقاء تعريف شامل وجامع مانع من بين التعريفات التي تقدّم عرضها أعلاه.

<sup>1</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 460/2

<sup>2</sup> المرجع نفسه 461/2 .

<sup>3</sup> عرفت قوانين الأحوال الشخصية العربية الخطبة بتعريفات متقاربة تدور حول معنى واحد وهو أنّها: وعد بالزواج وليست زواجا. ومن هذه التعريفات:

أولاً: عرف قانون الأحوال الشخصية السوداني في المادة 07 الخطبة بأنّها: "وعد بالزواج في المستقبل..."

ثانياً: عرفت مدونة الأسرة المغربية الخطبة في المادة 05 بأنّها: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج.

تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأيّ وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج..."

ثالثاً: عرف مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الخطبة في المادة 01 بأنّها: "طلب التزويج أو الوعد به..."

ينظر: المجلة العربية للفقه والقضاء، ص 19.

<sup>4</sup> ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 44/1 - قانون الأسرة، عبد الفتاح تقيّة، ص 89. 89.

- شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 26.

كما ورد في معرض بيان أسباب تعديل المادة 05 من قانون الأسرة بأنّه: "قد أعيد ترتيب أحكام الخطبة بالفصل بين تعريفها وحق العدول عنها...".

ينظر: موقع المجلس الشعبي الوطني على شبكة الانترنت: WWW.ANP.DZ

والصّواب فيما تجلى عندي، أنّ النصّ المتقدم - كما يبدو - واضح في كونه يحدّد الوصف أو التكييف القانوني للخطبة لا تعريفها.

## ثانياً - التكييف الفقهي والقانوني للخطبة

### 1- التكييف الفقهي للخطبة

أجمعت المذاهب الإسلامية على أنّه إذا تمّ الاتفاق بين رجل وامرأة على الزواج، فإنّ هذا الاتفاق لا يعتبر عقد زواج يبيح لهما أن يختلطا ببعضهما البعض كاختلاط الأزواج، ولا يترتب على ذلك شيء من أحكامه، فالخطبة ليست عقد زواج، وإنّما هي وعد بالزواج غير ملزم<sup>1</sup>. فلو اعتبرت عقداً ملزماً بإجراء عقد الزواج مستقبلاً، لفقدت وظيفتها والغاية من أصل مشروعيتها. ذلك أنّها: "ما شرعت إلّا ضماناً كافياً لحرية الزواج لا للالتزام به، ولا للإكراه عليه، كي لا يفاجأ أيّ من المتواعدين بالزواج بمن لا يطمئن إليه. ومن هنا، تدرك أنّ تكييفها الفقهي مستمد من غايتها، ولولا هذا التكييف لما أمكن أن تفضي الوسيلة إلى غايتها، والمفروض أنّها شرعت لذلك."<sup>2</sup>

كما أنّ الخطبة ليست جزءاً من عقد الزواج، ولاركنا فيه، ولا شرطاً لانعقاده أو نفاذه أو لزومه. فلو فرض أنّ الخطبة التامة منشأ للالتزام بإجراء عقد الزواج الموعود، لفقد هذا العقد نفسه أساس انعقاده وهو التراضي، فيغدوا باطلاً، لا تترتب عليه آثار العقد الصحيح.

وعلى هذا، فليست الخطبة جزءاً من ماهية عقد الزواج، ولا ركناً فيه، ولا شرطاً أيضاً. أمّا أنّها ليست جزءاً من ماهية عقد الزواج: فلأنّ عقد الزواج لو تمّ دون خطبة، لكان صحيحاً مرتباً لكافة آثاره، ومعلوم أنّ العقد لا يوجد من دون ركنه... على أنّ الشارع الإسلامي، يرى أنّ هذا التكييف للخطبة يدلّ دلالة واضحة على أنّ الفشل في الخطبة بالعدول عنها وفسخها، خير من الفشل في الزواج لخطورة آثاره. لذا كانت - أي الخطبة بوضع الشارع - مجرد وعد

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، عبد القادر بن داود، ص 64.

<sup>1</sup> ينظر: محاضرات في عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 45 - الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان ص 69 - الأحوال الشخصية، الغندور، ص 31 - الزواج والطلاق، بدران أبو العين، ص 31 - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الصابوني، ص 58 - الخطبة والزواج، محمّد محمّد، ص 46 - خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، ص 357 - الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حال العدول عنها، توفيق حسن فرح، ص 67.

<sup>2</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 462/2.



غير ملزم<sup>1</sup>... 2

وتأسيا على ما سبق، فالخطبة ليست عقد زواج، ولا يترتب عليها شيء من أحكامه. وإنما هي مجرد وعد بالزواج ومقدمة من مقدماته، حتى وإن تأكدت بما اعتاده الناس من قراءة الفاتحة، أو لباس خاتم الخطوبة، أو تبادل الهدايا، أو الاتفاق على المهر، أو حتى تقديم شيء منه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وقد ناقش الفقهاء قديما وحديثا- بعد أن أجمعوا على أن الخطبة وعد بالزواج فقط وليست بعقد- مسألة مدى إلزامية الوعد بالزواج أو الوعد بالتعاقد، فكان أن تخرّج على هذا قولان:

- القول الأول: وهو قول الجمهور، والقاضي بعدم إلزامية الوعد بالزواج وهذا لما تقدّم من أدلة في المتن أعلاه، والتي تقوم أساسا على الغاية أو المقصد الشرعي من الخطبة باعتبارها آلية تمهيدية لتحقيق مقاصد الزواج لاحقا.

- القول الثاني: والقاضي بأن الخطبة وعد ملزم يجب الوفاء به، وممن قال بهذا: مالك في قول له، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، والبخاري، وابن حجر، وابن الشاط. والوعد عند الإمام مالك رحمه الله فيه أربعة أقوال: أولها: أنه لا إلزام فيه، ولا يقضي بمقتضاه شيء، سواء أكان الوعد سببا للدخول في شيء أو ترك شيء ترتب عليه، أو التزامات مغارم أو لم يكن.

والثاني: أن الوعد ملزم، ويقضى به في كل الأحوال.

والثالث: أنه يجب الوفاء بالوعد الذي يكون سببا لأمر يستطيع من بذل له الوعد القيام به بدون تحقيق الوعد، كمن يعدّ شخصا بأن يعطيه مقدارا من المال ليسد ما عليه من دين، فإنه يقضى بالوفاء، لأنّ المدين والدائن كلاهما اعتمد على بذل الوعد.

والرابع: أنه يجب الوفاء إذا كان الوعد له سبب للتصرف، ودخل من بذل الوعد في التصرف بسبب ذلك الوعد، كمن يقول لشخص اشترى هذه الأرض وأنا أدفع تكاليف البناء. فإنه يجب الوفاء إذا اشترى.

- ينظر في ثبت القول الثاني: فتح الباري، ابن حجر، 290/5، إدرار الشروق على أنوار الفروق، بهامش كتاب الفروق، ابن الشاط، 24/4، حيث ورد عنه قوله: "والصحيح عندي القول بلزوم الوفاء بالوعد مطلقا". وفي ثبت قول مالك في الوعد: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، الخطاب، ص: 71، 163، 187، 261 - الأحوال الشخصية أبو زهرة، هامش ص 35.

كما تجدر الإشارة إلى إجماع علماء المسلمين على أنه يجب الوفاء بالوعد بالزواج ديانة ما لم يكن هناك سبب للعدول عنه، يقول السباعي رحمه الله- بعد أن بين بأن العدول عن الخطبة من غير سبب مقبول يؤثم فاعله، وإن كان العدول لسبب مشروع يقبله العقلاء فلا إثم عليه-: "وعلى هذا جميع المذاهب الإسلامية لا نعلم في ذلك خلافا".

- شرح قانون الأحوال الشخصية، 57/1.

هذا، ولنا عودة إلى ذكر أقوال العلماء في مسألة العدول عن الخطبة وأدلتهم لاحقا.

<sup>2</sup> بحوث مقارنة، فتحي الدريني، 462/2، 463.

<sup>3</sup> ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 56/1 - التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، جميل فخري محمد حاتم، ص 81.

## 2- التكييف القانوني للخطبة

ذهب المشرع الجزائري- في معرض بيان أو تحديد الطبيعة والوصف القانوني لموضوع الخطبة من خلال ما تضمنه نص المادة 1،2/05 من قانون الأسرة المعدل بموجب القانون رقم: 05/09 لسنة 2005م، القاضي بأن: " الخطبة وعد بالزواج.

- يجوز للطرفين العدول عن الخطبة... "

ذهب إلى أن الخطبة مجرد وعد بالزواج، كما هو مصرح به في الفقرة الأولى من جهة. وفصل بشكل أكبر الطبيعة القانونية لهذا الوعد، معتبرا إياه: "غير ملزم." كما يستخلص من منطوق الفقرة الثانية، إذ أعطى المشرع الطرفين- الخاطب والمخطوبة- إمكانية أو جواز الرجوع أو العدول عن الخطبة من جهة أخرى.

وبهذا، يكون المشرع الجزائري من خلال تكييفه للخطبة على أنها: وعد بالزواج غير ملزم قضاء، قد وافق ما ذهب إليه جمهور علماء الأمة الإسلامية قديما وحديثا- على التفصيل الذي تقدم بيانه- كما وافق أو واكب كذلك النظر القانوني في مختلف البلاد العربية والإسلامية<sup>1</sup>. بل، وافق حتى الفكر القانوني الحديث في العالم الغربي<sup>2</sup>، مانعا بذلك أيّ تأويل فقهي أو قانوني قد يضيف على موضوع الخطبة الصفة أو الطبيعة العقدية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فقد نصت مختلف قوانين الأحوال الشخصية العربية على هذه الطبيعة القانونية للخطبة باعتبارها: وعد بالزواج غير ملزم قضاء. فإلى جانب ما سبق ذكره في معرض تعريف الخطبة في بعض البلاد العربية آنفا، فقد ذكر: - قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 02 بأن: " الخطبة والوعد بالزواج والفاتحة وقبض المهر وقبول الهدية لا يكون زواجا". كما بين في المادة 03 منه بأنه: " لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة". - قانون الأحوال الشخصية الأردني: الذي ذهب في مادتيه: 03 و 04 إلى ما جاء في المادتين: 02 و 03 من التشريع السوري.

- قانون الأحوال الشخصية الكويتي: حيث نص في المادة 02 على أن: " الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به وقبض المهر وقبول أو تبادل الهدايا"- قلت: وكأني بالمشرع الكويتي يميز بين الخطبة والوعد بالزواج. - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: نص في المادة 17 على أن: " الخطبة طلب التزوج والوعد به و لا يعد ذلك نكاحا".

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي، 51/1.

<sup>3</sup> ذلك أنه من القانونيين من ذهب إلى تكييف الخطبة على أنها ذات طبيعة عقدية، حيث يرى هؤلاء بأن المراكنة بين الخاطبين وما يدور بينهما من إيجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد. ويعتمد هؤلاء في تدعيم مذهبهم على أساسين:

إنه على الرغم من صحّة وصواب ما ذهب إليه المشرع الجزائري- مبدئيا- من خلال ما تضمنه نص المادة 1/5-2 من قانون الأسرة بتكليفه الخطبة على أنّها مجرد وعد بالزواج غير ملزم. إلا أنّ هذا لا يثني عن إبداء الاعتراض حول استعماله في الفقرة الأولى من المادة 05 لمصطلح: "الوعد" من الناحية البنائية للنص، أو ما تعرف بـ: فن الصناعة أو الصياغة التشريعية. ذلك أنّه، وكما هو معلوم لدى القانونيين أنّ هذا المصطلح له دلالاته الخاصة في النظرية العامة للعقود في القانون المدني- باعتباره الشريعة العامة لفروع القانون الخاص- من خلال ما تضمنه نص المادتين: 71، 72 من القانون المدني الجزائري، واللّتين جاء فيهما:

المادة 71: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها..."

المادة 72: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثمّ نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد."

فيتضح من خلال هذين النصين، أنّ شروط إلزام الوعد بالتعاقد هي: الاتفاق على المسائل الجوهرية والمدة الزمنية المحددة لإبرامه. فضلا عن الشكلية فيما يتطلبه القانون. وتأسيسا على هذه العناصر المستفادة من نصي المادتين المتقدّمتين قريبا، يكون الوعد بالتعاقد الملزم على صورتين:

**الأولى:** وهي أن يكون الوعد بالتعاقد المراد إبرامه في المستقبل من العقود الشكلية، فاستلزم الأمر أن يفرغ الوعد في شكل رسمي يحدده القانون، وإلا فقد الوعد قيمته القانونية.

**والثانية:** وهي أن يكون الوعد بالتعاقد مستقبلا منصبا على عقد من العقود الرضائية، ففي هذه الحالة يكون ملزما للواعد طيلة الأجل الذي ألزم به نفسه، أو تمّ الاتفاق عليه مع الشخص الموعود له. فإذا انتهى الأجل، جاز للواعد التحلّل من وعده.

---

- الأساس التاريخي: والمتمثل في كون الخطبة تعتبر تقليدا قديما ترجع جذوره إلى ما قبل العهد الروماني، الذي يجعل قانونه الزواج مؤلف من مرحلتين: إحداها الخطبة. حيث يتمّ فيها الرضا وتحديد مختلف الشروط اللازمة لذلك. والمرحلة الثانية: وهي الزواج أو ما يعرف بالبناء فحسب. لذا كانت ولا تزال الطبيعة التعاقدية للخطبة واضحة.

- الأساس القانوني: ويتمثل في أنّ الخطبة إنّما تستوفي مقومات العقد العادي المتعارف عليها من أركان وشروط. ومن هؤلا نذكر: قوانين الأحوال الشخصية، بشير البيلاي، ص 45 - أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، زكريا البري، 1/17.

- خواطر حول الطبيعة القانونية للخطبة، محمّد المنصف بوقرة، ص 87 ( نقلًا عن: الخطبة والزواج، محمّد محمّد، ص 42، 44).

أمّا في قانون الأسرة- المادة 1،2/5- فيبدو أنّ المشرع قد خالف مقومات الوعد بالتعاقد المبيّنة في القانون المدني. حيث اعتبر الخطبة وعدا بالزواج من جهة. وأجاز من جهة أخرى لكلا الطرفين العدول عنها بأن جعلها غير ملزمة. فكان أن ترتب عن مقابلة هذه النصوص بهذه الطريقة: الوقوع في حالة تضارب وتناقض الأحكام بين القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين<sup>1</sup>، على الرغم من وحدة المصطلح المستعمل، وهو: "الوعد بالتعاقد". ذلك أنّ توحيد المصطلح المستعمل في المنظومة القانونية الواحدة مسألة مهمّة من الناحيتين التشريعية والقضائية. لذا فإنّه، وبقصد رفع هذا التضارب في الأحكام بسبب الصنعة التشريعية غير السويّة، ولا المنضبطة في المنظومة القانونية الجزائرية، يمكن اقتراح استبدال مصطلح: "الوعد" بلفظ: "تمهيد". ليصبح نص المادة 1/5 على النحو الآتي: "الخطبة تمهيد للزواج".

ذلك أنّه باستعمال هذا اللفظ المقترح- تمهيد- يتحقّق المقصود في اعتبار الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية أو إعدادية للعقد من جهة. ومن جهة ثانية، يؤدّي هذا الاستعمال إلى القول بأنّه: مادامت الخطبة مجرد مرحلة تمهيدية، فإنّه لا إلزام ولا التزام بالمضي فيها، إذ يحقّ لكلا الطرفين العدول عن الخطبة. كما يتحقّق من جهة أخرى: تجنّب الوقوع في التناقض بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة

إنّه ولما كانت الخطبة في المنظور الفقهي الإسلامي- وهو ما اختاره المشرع الجزائري- لا تزيد عن كونها: مجرد وعد بالزواج لا يتضمّن عنصر الإلزام القاطع؛ الموجب للوفاء القضائي. فقد تقرر تأسيساً على هذا: أنّ لكلّ من طرفيها فسخها بالعدول<sup>3</sup> عن إتمام الزواج دون أن يملك

<sup>1</sup> وإن كان ثمة من ذهب في تبرير هذا التعارض أو محاولة رفعه إلى القول بأنّ: "الخطبة هي وعد من نوع خاص يخضع لأحكام خاصة من حيث الشروط ومن حيث الآثار". ينظر: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الغوثي بن ملحمة، ص 21.

قلت: وهذا تكلف في تعليل الأحكام بما لا يستقيم معه الحال في مجال العلوم القانونية. فهل يقبل العقل القانوني أن نطلق على كل وعد بالتعاقد في كلّ فرع من فروع القانون تخالف الذي عليه القانون المدني الحكم بأنّه: وعد من نوع خاص على غرار الخطبة!؟

<sup>2</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 31.

<sup>3</sup> العدول لغة: مصدر عدل، عدلاً، وعدولاً، بمعنى: مال. ويقال: عدل عن الطريق، بمعنى حاد عنه، وعدل إليه: أي رجع إليه.

ينظر: القاموس المحيط، الفيروز أياي، 520/2 - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 588 /2.

العدول اصطلاحاً: هو في الخطبة:

الطرف الآخر - أو غيره - حق الإلزام بإتمام عقد الزواج<sup>1</sup>. ذلك أن التكييف الشرعي للخطبة - كما بينا آنفا - مستمد من غايتها بما ترمى إليه من كفالة و ضمان الحرية الكاملة في إبرام عقد الزواج لكل من طرفيها، ليقوم هذا الأخير على أسس ثابتة وقوية.

وعلى ضوء هذا التكييف أو الطبيعة، من كونها تواعد غير ملزم، نشأ حق العدول بفسخها. وهذا وضع شرعي أنشأه المشرع نفسه، ولا يؤثر في هذا الحكم أو الوصف ما قد يصاحب هذا العدول من أضرار قد تلحق بالطرف المعدول عنه سواء في صورتها المادية أو الأدبية، ولا أن يكون قد تم تبادل الهدايا بين الخاطبين أو أهليهما، بل، ولا يؤثر في ذلك أن يكون قد تم الاتفاق على المهر، أو حتى دفعه كله أو شطرا منه.

لكن النظر - أو التساؤل - يتجه إلى بحث الحقوق التي قد يتصور أن تكون قد تعلقت بهذه الخطبة المفسوخة، والتي تكون قد نجمت وترتبت عن ذلك. والمتمثلة أساسا في عناصر ثلاث، هي:

- حكم التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول.
- حكم الهدايا المقدمة من أحد الطرفين أو التبادلية.
- حكم المهر - كله أو جزئه - متى تم تقديمه للمخطوبة، سواء أكانت: معدولا عنها، أم عادلة. وهو ما سيتم تفصيله - فقها وقانونا - من خلال العناصر الآتية.

#### أولا - التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي كأثر للعدول عن الخطبة

قد يحدث في بعض الأحيان والحالات أن ينال الطرف المتمسك بالخطبة - أي المعدول عنه - شيء من الضرر بسبب العدول الذي أقدم عليه الطرف الآخر - أي العادل - فهل يكون من حق

---

- رجوع أحد الطرفين أو كليهما عن الخطبة وفسخها بعد إتمامها وحصول الرضا منهما. - ينظر: التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة، جميل فخري محمد جانم، ص 88.

- رجوع أحد الخطيبين والتخلي نهائيا عن مشروع الزواج بالخطيب الآخر، والتوقف عن الإجراءات المؤدية إلى إبرام عقد الزواج. - ينظر: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 17.

<sup>1</sup> فلا يجوز هذا الأمر حتى للقضاء. وفي هذا الصدد يقول عبد العزيز سعد: "ولا يجوز للطرف الذي لم يعدل ولم يقبل بالعدول أن يطلب من القضاء الحكم له بإلزام الطرف العادل بالاستمرار في الخطبة وبمتابعة إجراءات إبرام عقد الزواج دون رغبته ودون إرادته. مع العلم أن عقد الزواج رضائي وليس عقد إذعان. وإن المحكمة التي تحكم بإلزام الطرف المتراجع بالإبقاء على الخطبة... و إجباره على متابعة إجراءات عقد الزواج فإنها تكون قد دمّرت أهم ركن لإبرام عقد الزواج، وتكون قد خرقت أحكام الشريعة والقانون."

قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ص 17.

ينظر أيضا: عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 71 - دراسات في عقد الزواج، محمد البلتاجي، ص 113، 114.

من وقع به الأذى أو الضرر سواء في شكله المادي أو الأدبي<sup>1</sup>، أن يحكم له قضاءً بشيء من المال على سبيل التعويض أو الضمان؟

## 1- الموقف الفقهي من مسألة التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي كأثر للعدول عن الخطبة

أ- موقف الفقهاء المتقدمين: إنّه ومّا يجب الوقوف عنده والتنبه إليه في هذه المسألة، أنّه لم يتعرض الفقهاء القدامى رحمهم الله لهذه المسألة في مدوناتهم، ولا نكاد نجد لها نظيراً لدى فقيه واحد من فقهاء المذاهب الاجتهادية المتعددة. ولعلّ مردّ ذلك إلى جملة من الأسباب، منها:

\* ظروف الحياة الإسلامية في عهود فقهاءنا المتقدمين كانت تجري في مثل هذه الأمور على شيء من البساطة واليسر، فلم تكن الخطبة تستمر فترة طويلة، بل، كانت تستغرق زمناً قصيراً يكون فيه الإعداد للزواج، وإذا ما عنّ لأحد الطرفين أن يترك الطرف الآخر، فإنّ هذا كان يحدث ببساطة، ومّا يكن أحد منهما قد تكلف ما يستحق التعويض من مال أو غيره. كما أنّ التزام العائلات الإسلامية عندئذ بعدم اختلاط الخطيبين إلاّ بعد العقد. وفي الحالات القليلة التي يكون أحد الطرفين قد تكلف شيئاً من المال بسبب الخطبة، فإنّ المروءة والتدبم والتعفّف عن أخذ العوض في مثل هذه الأمور لم تكن تفسح مجالاً لطلب التعويض القضائي، وكان الناس يحلّون مثل هذه الأمور في مجالس عرفية يحضرها بعض ذوي الرأي من وجهاء القوم وفقهائهم، الذين كانت لأحكامهم العرفية سلطة الطاعة والتنفيذ بين الناس<sup>2</sup>.

\* ولعلّ ذلك أيضاً مرده إلى أنّ الناس في ذلك الزمان، ما كانوا يتورّطون فيما قد يضرهم في هذه المسألة. لأنّهم يعلمون أنّ مجرد الخطبة لا يلزم أحد الطرفين بشيء، ومن تورط في تصرف قبل أن يستوثق من أمره بإتمام العقد يكون مقصراً في حق نفسه، فيتحمّل تبعه ما جنى، ولا يكون له حق في المطالبة بأيّ تعويض<sup>3</sup>.

\* ويعلّل البعض ذلك بأنّ طبيعة الحياة الاجتماعية في زمن أولئك الفقهاء، لم تكن تسمح بإثارة هذه المسألة حتّى يتناولها الفقهاء بالبحث والتحليل وإصدار الحكم فيها. فالإسلام لا يبيح

<sup>1</sup> يعرف الفقهاء الضرر بأنّه: الأذى الذي يصيب الإنسان فيتسبّب له في خسارة مالية في أمواله: كنقصها أو نقص منافعها أو زوال بعض أوصافها. وهذا الضرر هو الذي ينعت لدى بعض الفقهاء بالضرر المالي. وقد يتمثّل الضرر فيما يلحق الشخص في عرضه أو شرفه، كما في: القذف والإهانة والسبّ، والآلام التي تصيب عاطفته، أو تحقير في مخاطبته، أو امتهان في معاملته. وهذا ما يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي.

ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي، علي الخفيف، ص 05 - نظرية الضمان، وهبة الزحيلي، ص 15 - نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، سعيد مقدم، ص 62.

<sup>2</sup> دراسات في عقد الزواج، محمد البلتاجي، ص 118.

<sup>3</sup> الزواج في الشريعة الإسلامية، علي حسب الله، ص 29.



للخاطب إلاّ النّظر والحديث مع المخطوبة بحضور محرم لها، ولا يتصوّر في مجتمع يقوم على آداب الإسلام أن يلتقي الخاطب بمخطوبته إلاّ بحضور أقاربها.

أمّا الظهور أمام الناس بمظهر الزوجية، وما ينشأ عن ذلك من أضرار بالمخطوبة عند العدول فذلك لا وجود له في تلك العصور، ولا في البيئات التي تتمسك بتعاليم الإسلام. ولكن، لما انحرف المسلمون عن تعاليم الإسلام وقلّدوا الأجانب، فسمحوا للخاطب أن يخرج مع خطيبته وحدها... ترتب على ذلك أضراراً لحقت بالمرأة عندما يعدل الخاطب. وهي الأوضاع التي حملت الفقهاء المحدثين على البحث عن هذه الأضرار، وبيان حكم الشريعة الإسلامية فيها، وذلك بالرجوع إلى أقوال الفقهاء القدامى في طبيعة الخطبة والقواعد الشرعية التي تحكم الضرر<sup>1</sup>.

وعليه، وخلافاً لفقهاءنا المتقدمين، فقد نالت هذه القضية اعترافاً واهتماماً بعض الفقهاء والقانونيين المعاصرين نتيجة تبدل الظروف، وتبدل الممارسات الاجتماعية، وضعف الوازع الديني، وسريان تيار المجافاة للأحكام الشرعية في مختلف شؤون الحياة بما فيها مسائل الأحوال الشخصية. وكذا التأثير بالعادات والمفاهيم الغربية في السلوك الاجتماعي، الأمر الذي حتم على رجال القانون ضرورة معالجة قضية العدول، بعد أن كثرت التعديلات، وازدادت الشكاوى من أنواع الأذى<sup>2</sup> التي باتت تلحق بالخاطب أو المخطوبة على السواء. كما أصبح من المحتّم على الفقه المعاصر - كذلك - أن يجتهد في الإجابة عن هذا السؤال أو هذه القضية<sup>3</sup>.

**ب- موقف الفقهاء المعاصرين:** اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة مدى جواز التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية في حال العدول عن الخطبة - كونها مسألة مستجدة، لم يرد فيها نص، ولا نظير يقاس عليه. لذا كانت محلاً للاجتهاد بالرأي<sup>4</sup> - فكان أن تخرج عن ذلك قولان:

<sup>1</sup> ينظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، ص 79، 80 - أحكام الأسرة، مصطفى شليبي، ص 77.

<sup>2</sup> يذكر الفقهاء والقانونيون بأن الخطبة إذا فسخت بعدول أحد الطرفين، فإنّه قد يلحق بالطرف المعدول عنه ضرراً أو أضراراً متراوحة بين ما هو مادي، نحو: ترك العمل، أو التوقف عن الدراسة، التكلف في إعداد مسكن خاص أو اقتناء جهاز وألبسة وأثاث محددة... ومنها ما هو أدبي، نحو: جرح الشعور والأحاسيس، مس الشرف والخلق... جراء ما ينجم عن العدول من أقاويل وتأويلات وافتراعات، وتقويت لفرص الزواج... - ينظر في هذا الشأن، إلى جانب المؤلفات العامة المقدمة آنفاً:

الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج، سامح سيد محمد، ص 70 - خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، ص 393.  
- خطبة النساء، توفيق العطار، ص 45 - الأحوال الشخصية، عبد العزيز عامر، 29/1 - أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، عبد الرحمن الصابوني، ص 87.

<sup>3</sup> ينظر: نظام الأسرة في الإسلام، محمد عقلة، 235/1 - دراسات في عقد الزواج، محمد البلتاجي، ص 118.

<sup>4</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 468/2.

القول الأول: ويذهب إلى عدم جواز التعويض مطلقا.

القول الثاني: يذهب إلى جواز التعويض.

وفيما يأتي تفصيل القولين، وبيان أدلتهما مع المناقشة، ثم الترجيح.

### 1- القول الأول: عدم جواز التعويض مطلقا

فإذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وترتب على ذلك ضرر-سواء في شكله المادي أو الأدبي- بالطرف الآخر، فإنه لا يعرض على رأي أصحاب هذا القول.

وقد ذهب إلى هذا الرأي كل من: محمد بن حنبل المطيعي رحمه الله، وعمر سليمان الأشقر<sup>1</sup>.

يقول الشيخ المطيعي رحمه الله بعد بيانه لطبيعة الخطبة على أنها وعد لا يجب شرعا الوفاء به: "... وهذا هو حكم الله الذي يجب اتباعه على كل مسلم، ولا يعذر بالجهل به مسلم مكلف، بل، يعتبر كل مسلم عالما بأحكام الشريعة خصوصا هذا الحكم الذي يتكرر وقوعه ويعلمه الخاص والعام. ألا ترى أن القوانين الوضعية بعد نشرها يعتبر كل من دخل تحت أحكامها عالما بها، ولا يعذر بجهلها غالبا، فالأولى والأجدر القوانين الإلهية التي هي القوانين الشرعية التي يكون كل مسلم عالما بها... ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من تمتع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض، لأن كل واحد منهما لا يفوت على الآخر حقا حتى يلزم بالتعويض، بل، بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء."<sup>2</sup>

وقد أسس أصحاب هذا القول ما ذهبوا إليه على جملة ومن الأدلة، نورد منها:

أ- إن القول بالتعويض يخالف الطبيعة الفقهية للخطبة والتي لا تعدو أن تكون وعدا بالتعاقد مستقبلا. فهي اتفاق أولي ممهّد للزواج. وعليه، فالقول بالتعويض حال العدول عنها- ترتب عن ذلك أذى- ينافي هذه الحقيقة. ومن ذهب إلى إيجاب التعويض وهو يقرر ذلك، وقع في التناقض<sup>3</sup>.

ب- إنّه من المقرر شرعا أنّ: "الجواز ينافي الضمان"، أي أنّ من يمارس حقّا مشروعاً له، أو حقاً أباحه له الشارع لا يكون مسؤولاً عما يترتب عن ذلك من ضرر، لأنّ الجواز ينافي المسؤولية.

<sup>1</sup> ينظر مؤلفه: أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص78- الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص39.

<sup>2</sup> ينظر: مجلة الحاماة الشرعية، القاهرة، مصر، السنة: 02، د ت، العدد 01، ص44، 45 (نقلا عن: شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 42/1).

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، الغندور، ص56.

وإنما تنشأ المسؤولية عن المجاوزة، والاعتداء، والخاطب متى استعمل حقّه في العدول عن الخطبة فإنّه لا يعتبر متجاوزاً ولا معتدياً<sup>1</sup>.

ج- إنّ الطرف المتضرر في حالة العدول قد قصر ولم يحتط لنفسه، بأن ترك أمر إجراء عقد الزواج إلى المستقبل، وقام في أثناء فترة الخطبة بأعمال ما كان ليقوم بها لولا ارتباطه بوعده الزواج، وكان الواجب عليه استظهار الأمر مسبقاً قبل الالتزام بأيّ عمل، فهو في تهوره مُقَصِّر في النظر، وليس من العدل تحميل غيره ثمن تقصيره<sup>2</sup>.

د- إنّ الطرف المتضرر قد غاب عنه، أو غفل عن أنّ حكم الخطبة: وعد بالزواج وليست عقداً، وأنّه لكلّ من الطرفين حقّ العدول عنها متى شاء، وأنّ: "التعويض لا يحكم به إلاّ لسبب من أسباب الالتزام كالإخلال بالعقد أو فعل عمل ضار. والخطبة ليست عقداً ولا يترتب عليها أثر ما"<sup>3</sup>. والنكول عن الوعد وإن كان غير مجبّد شرعاً، إلاّ أنّه ليس عملاً مادّياً ينشأ عنه ضرر مادي يوجب التعويض<sup>4</sup>.

هـ- إنّ القول بالتعويض في حال العدول؛ فيه شيء من الإكراه الضمني على الطرف العادل يحمله على المضي وهو راغب عن إنشائه لعقد الزواج خوفاً من التعويض، وهذا ما يتنافى مع ما يجب أن يكون عليه هذا العقد من القناعة الكاملة والرضا المطلق<sup>5</sup>. ذلك أنّه- وكما يرى الشيخ أبو زهرة- من صور الإكراه الذي يجب إبعاده في الحمل على المضي في إبرام عقد الزواج في غير رضا: "أن تفرض مغارم مالية لمن يعدل من أحد العاقدين- يريد الخاطبين- فإنّ ذلك فيه نوع إكراه. إذ قد يمضي في إتمام العقد مخافة المغارم التي يتوقعها إن عدل عن الخطبة"<sup>6</sup>.

و- ثمّ إنّ القول بالتعويض في حال العدول عن الخطبة يوجب قضاء إبراز وتبيين الأسباب والمبررات والحجج التي دعت إلى العدول من جهة العادل، والمبالغة في تقرير حجم الضرر في المعدول عنه لتحديد وضمان أكبر قدر من التعويض، ولو بإيهام القضاء بذلك. وفي كلّ هذا كشف لأسرار الأشخاص والعائلات، وهتك حرّامات البيوتات... من خلال تقديم وعرض أدقّ التفاصيل في المحاكم وربّما على مرأى ومسمع الناس، وبين أنّ هذه الوسيلة والضرر المتمخض

<sup>1</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 469/2.

<sup>2</sup> أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، عمر عبد الله، ص 54.

<sup>3</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 67/1.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبيد القدومي، ص 79.

<sup>6</sup> عقد الزواج وآثاره، ص 71.

عنها يقتضي - موازنة بين الضررين - عدم الدعوة إلى التعويض؛ حماية وتقديمًا للمصلحة الأعظم منه، وهي ستر وصون أسرار العائلات والبيوتات<sup>1</sup>.

## 2- القول الثاني: جواز التعويض

وتفصيل القول بالتعويض في حال ثبوت الضرر في حق المعدول عنه، فإنَّ الفقهاء من أصحاب هذا القول، انقسموا فيه على رأيين.

أ- الرأي الأول: وجوب التعويض في حال ثبوت الضرر للمعدول بغضَّ النظر عن أن يكون للعادل دخل أو تسبب في إيقاعه أم لا.

وقد قال بهذا الرأي كلٌّ من: محمود شلتوت، فتحي الدريني، مصطفى السباعي<sup>2</sup>، محمد عقلة<sup>3</sup> وزهدي يكن<sup>4</sup>.

فقد ذكر محمود شلتوت رحمه الله بأنَّ: "العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر."<sup>5</sup>

وأما الدريني رحمه الله فقال: "إنَّ العدول إذا أدَّى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر ولو مجردا عما يلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية والتعويض عن الأضرار المادية أو الأدبية الناجمة عنه، لأنَّه ضرب من التعسف في استعمال الحق."<sup>6</sup>

فجُلِّي من خلال القولين بأنَّ هذا الرأي، إنَّما يقرُّ الحكم بالتعويض في حال ثبوت الضرر في حق الطرف المعدول عنه، وذلك تأسيساً على فكرة التعسف في استعمال الحق، ذلك أنَّه: \* من المقرر - المسلم به - في الفقه الإسلامي أنَّ صاحب الحق له أن يمارس حقه لمصلحته الذاتية، لكن هذا الحق مقيد بالمحافظة على حق الغير، فالحق تثبت له صفة الفردية والجماعية في وقت واحد.

أمَّا الأولى؛ فلأنَّ ذلك ميزة تحوّل صاحبها الاستمتاع بثمرات حقه منفردا.

وأما الثانية؛ فمناطها تقييد هذا الحق حتَّى لا يتخذ وسيلة للإضرار بالغير، فردا كان أم جماعة.

<sup>1</sup> ينظر: أحكام الخطبة والزواج، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 44 - خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، ص 396.

<sup>2</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/64، 65.

<sup>3</sup> نظام الأسرة في الإسلام، 1/230.

<sup>4</sup> الزواج ومقارنته بقوانين العالم، ص 125.

<sup>5</sup> الفتاوى، دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامية، 2/85.

ينظر أيضا: شرح قانون الأحوال الشخصية، عبد الرحمن الصابوني، ص 35.

<sup>6</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 2/470.

ولذلك ينبغي أن يكون قصد المكلف باستعمال الحق موافقا لقصد الشارع في التشريع، كما أنّ النظر في مآلات الأفعال ونتائجها يعتبر من مقاصد الشرع، والخروج على هذا القول تعسف في استعمال الحق، وإساءة ما ينبغي أن يكون<sup>1</sup>. وبناء على هذا، كان العدول عن الخطبة بغير مبرر: تعسف في استعمال الحق، وذلك على أساس أنّ الخطبة وعد يلزم طرفيه يبذل الجهد لإتمام الزواج والوفاء بالعهود مأمور به شرعا، وإن كان هذا الحق يمنح كل من الخاطبين الحق في العدول، فإنّه يقيدّه بأن لا يساء استعماله؛ بأن يكون العدول عن الخطبة ببره مسوّغ شرعي، أمّا إن تجرّد العدول عن مسوّغه هذا، فإنّه يعتبر تعسفا في استعمال الحق.

وللدريبي رحمه الله كلام طيّب في هذا الشأن، أرى أن أقتطع منه قوله: "ليس في الفقه الإسلامي حق مطلق، بحيث يتصرف فيه صاحبه كيف يشاء دون رعاية الحق الغير، أو دون استهداف للغاية النوعية المرسومة التي شرع من أجلها هذا الحق؛ لأنّ الشارع يرسم لكلّ ذي حق غاية معينة على المكلف أن يتغيّها إبان استعماله لحقه. فينبغي أن يكون قصد ذي الحق في الفعل موافقا لقصد المشرع من التشريع وإلاّ كان استعمال الحق لغير غاية، أو للضرر، وهو عبث أو تحكّم، فضلا عن أنّه مناقض لقصد الشارع وكلّ ذلك غير مشروع يستوجب المسؤولية عمّا ينجم عن هذا التعسف في استعمال الحق من ضرر يلحق بالغير... وتأسيسا على هذا، فإنّ الشارع إذا منح حق العدول، فلا يبرّر هذا المنح استعماله على وجه ضار، يباعث غير مشروع، أو قصد سيّء لإلحاق الأذى بالغير، تحت شعار الحق؛ إذ الحقّ لم يشرع أصلا ليؤخذ وسيلة للأضرار بالغير، بل، شرع لمصلحة جديدة حقيقية مشروعة ومعقولة، تحقّق غرضا اجتماعيا، إنسانيا مقصودا للشارع تحقيقه، وهو هنا تمكين كلّ من طرفي الخطبة من التعرف على الآخر ليكون على بينة من أمره لينشأ عقد الزواج على أساس متين، حتّى إذا استعمله وهو ينوي غير هذا الغرض، أو مارسه في ظرف غير مناسب بحيث أفضى ذلك إلى الإضرار بالطرف الآخر ولو دون قصد منه إلى إيقاعها، بل لزمّت ووقعت - أي الأضرار - حتمية لعدوله في مثل ذلك الظرف... اتجهت عليه المسؤولية عمّا لحق بها من ضرر.

<sup>1</sup> الموافقات في أصول الشريعة، 2/08.

وعلى هذا، فالعدول إذا كان معيباً في باعته أو نتيجته و مآله، يوجب المسؤولية إذا لحق بالطرف الآخر ضرر محقق مادي أو أدبي... فهو إذن تعسف و انحراف، و هذا هو منشأ المسؤولية و الحكم بالتعويض<sup>1</sup>...<sup>2</sup>

\* الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية؛ وعليه كانت جميع التصرفات التي تلحق ضرراً بالآخرين ممنوعة، بل و موجبة للتعويض. فقد قرر النبي ﷺ أنه: " لا ضرر ولا ضرار."<sup>3</sup>

وجه الاستدلال: إن النبي ﷺ نهى عن إيقاع الضرر، مرتباً بذلك قاعدة كُلية حاکمة على التشريع كله نظراً وتطبيقاً، ومقيدة لأحكامه؛ إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح المكلفين، لا للإضرار بهم، وهذه القاعدة: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>4</sup>، مقتضاها أن كل من تسبب في الإضرار بغيره، دون وجه حق - مباشرة أو بطريق غير مباشر - لزمه إزالة هذا الضرر عينا إن أمكن، أو رفعه معنى بالتعويض<sup>5</sup>. و ما العدول عن الخطبة إلا تطبيق لهذه القاعدة.

- الرأي الثاني: يشترط لوجوب التعويض مع ثبوت الضرر أن يكون للطرف العادل دخل في إيقاع الضرر. وعليه، يرى أصحاب هذا الرأي بأن مجرد العدول لا يترتب عليه أي تعويض. لكن، إذا صاحب العدول أضراراً، وكان العادل هو المتسبب فيها وجب عليه تعويض الطرف المتضرر، بخلاف الأضرار التي لم يكن له دخل في تسببها بطريق مباشر، وأمّا إن كانت الأضرار نتيجة العدول فلا تعويض عليها<sup>6</sup>.

يقول أحمد الغندور مبيناً مذهب أصحاب هذا الرأي: "الضرر قسمان:

<sup>1</sup> ومبدأ التعويض هنا إنما هو مبدأ تقرر في الشريعة الإسلامية، وذلك بناء على أصليين هما: مبدأ الإلتزام، والذي قال به الفقه المالكي - كما تقدم - و: مبدأ التعسف في استعمال الحق، والذي بات مبدأ مسلماً به في مختلف القوانين والشرائع البشرية في البلاد العربية الإسلامية وكذا الأجنبية، والسبق في تأسيس وإعمال هذا المبدأ إنما يرجع للفقه الإسلامي، بل، والشريعة الإسلامية تأصيلاً.

ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 1/65 - خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، ص 398.

<sup>2</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، 2/470، 471.

<sup>3</sup> أخرجه مالك، الدارقطني، البيهقي والحاكم:

موطأ الإمام مالك، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، ص 529.

سنن الدارقطني، كتاب البيوع، 3/77.

السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر و لا ضرار، 6/70، 69.

المستدرک على الصحيحين، كتاب البيوع، باب التشديد في أداء الدين، 2/58.

قال الحاكم حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

<sup>4</sup> الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 84.

<sup>5</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 2/472.

<sup>6</sup> أحكام الخطبة والزواج، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 45.



\* ضرر ينشأ وللخاطب فيه دخل غير العدول عن الخطبة، وتسبب في إلحاق الضرر بالطرف الآخر فحينئذ يحكم بالتعويض لمن أصابه الضرر، لأنه تغير.

\* ضرر ينشأ عن مجرد العدول عن الخطبة، من دون أن يكون لمن عدل عنها دخل فيه، وهذا لا يعتبر تغيراً يوجب الضمان، وإنما هو اغترار لا دخل للعادل فيه، فلا يلزم بالتعويض.<sup>1</sup> ووجه هذا القول أن:

- الضرر المترتب عن العدول والذي تدخل في إيقاعه الطرف الآخر أشبه ما يكون بالتسبب في وقوع الضرر، وإن تدخل الطرق العادل وكان تحريضه هو السبب المباشر في هذا الفعل وما نتج عنه. لذا فإن التعويض هو أثر من آثار الخداع، لا أثر الرجوع عن الخطبة.<sup>2</sup>

- التعويض نتيجة تدخل الطرف العادل في إيقاع الضرر يؤكد مبدءان أساسان في الفقه الإسلامي<sup>3</sup>:

**المبدأ الأول:** مبدأ الإلتزام في الفقه المالكي؛ فإذا لزم عن الوعد ارتباط بعمل، ومثله إذا ارتبط بعقد أو قول وكان بسبب ذلك الوعد، ونشأ عن تخلف تنفيذ الواعد لوعده ضرر، حكم عليه قضاء بتنفيذ ما وعد.

**المبدأ الثاني:** مبدأ إساءة استعمال الحق، كما هو مقرر ومسلم به في عدد من الفروع والتفصيلات الفقهية، وكذا القانونية الحديثة.

**الترجيح:** إنه، وبعد النظر في مذهب كل فريق وما قدمه من أدلة، فإن الذي يترجح عندي: القول بالتعويض في حال ثبوت دخل الطرف العادل في إيقاع الضرر، وذلك لأنه:

أ- رأي وسط بين ما ذهب إليه الفريق الأول وأصحاب الرأي الأول من الفريق الثاني، جامعاً في ذلك بين أدلة كل منهما، لما تقرر لدى العلماء من أن الجمع بين الدليلين وإعمالهما، خير من إهمالهما أو إهمال أحدهما.

ب- رأي فيه من الاحتياط والتحرز في القول بالتعويض؛ فقد احتاط في القول بذلك واشترط شروطاً تثبت وتؤكد وقوع الضرر من الطرف العادل حتى يحكم عليه بالتعويض. أما أن يقرر التعويض مطلقاً أو في حالة العدول وثبوت الضرر، بصرف النظر عن معرفة مدى مساهمة أو قدر تدخل العادل في إيقاعه من عدمه، فإن ذلك قد يكون فيه شبهة أكل أموال الناس بالباطل، مما يقتضي التحرز في المسألة. فقد تكون لدى الطرف المعدول عنه رغبة في عدم إتمام العقد - أيضاً -

<sup>1</sup> الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ص 57.

<sup>2</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية، عبد الرحمن الصابوني، ص 35.

<sup>3</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 65/1.

إلا أنّها غير صريحة، أو أن يكون العادل إنّما أقدم على العدول بسبب يرجع إلى تصرف أو سلوك أوقول صدر في حقيقة الأمر عن المعدول عنه، فمن غير العدل ولا المنطق أن يُعَرَّم وَيُضَمَّن الطرف العادل في مثل هذه الحالة. وهذا ما قرره أصحاب الرأي المُرَجَّح، من خلال تقريرهم بأنّ التعويض عن العدول يحكم به متى توافرت الشروط الآتية<sup>1</sup>:

- 1- أن يثبت أنّ العدول لم يكن بسبب المخطوبة إذا كان العادل هو الخاطب.
- 2- أن العدول قد أضر بها ماديا ومعنويا وأنّ للعادل دخل في إيقاعه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> شرح قانون الأحوال الشخصية، السباعي، 65/1.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى موقف الشيخ أبو زهرة رحمه الله في هذه المسألة، فنقول بأنّه: ينبغي التنبيه إلى أنّ الشيخ وإن كان يعتبر من أعمدة هذا الرأي المُرَجَّح، إلاّ أنّه قَصَرَ القول بالتعويض بهذه الشروط الثلاثة على الأضرار المادية دون الأدبية. حيث أنّه لا يرى سبيلا إلى إقرار التعويض عليها بأيّ حال من الأحوال.

وأردت التنبيه إلى هذا، لأنّ العديد من الباحثين ينسبون إليه هذا الرأي دون الاستثناء المشار إليه. ولعلّ مرد هذا اللبس إنّما هو اعتمادهم في الدراسة على كتابة الأول: الأحوال الشخصية، ص37. الذي لم يفرق في قوله بين التعويض عن الضرر المادي والأدبي، بل، تركه مجملا حين قال: "وعلى هذا يكون الضرر قسمين: ضرر ينشأ وللخاطب دخل فيه غير مجرد الخطبة والعدول... وضرر ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من جانب العادل. فالأول يعوض، والثاني لا يعوض."

دون الرجوع إلى كتابة الثاني- المتأخر عن كتابه المتقدم- الذي حدّد فيه صراحة موقفه من التعويض على الأضرار المادية دون الأدبية، حيث قال: "وقد يحدث بسبب العدول عن الخطبة ضرر مادي أو أدبي لأحد العاقدين. إنّ التمسك بالأداب الإسلامية الخاصة بالخطبة يترتب عليه أن يقتصر النّظر في الأضرار المادية؛ لأنّ الأضرار الأدبية التي تمس السمعة وسببها الاستهواء والاستغواء ونحو ذلك، لا محل لها في الفقه الإسلامي... لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبي."

- عقد الزواج وآثاره، ص66.

وقد اعترض عما قاله الشيخ من قصر التعويض على الأضرار المادية دون الأدبية من أوجه عدة، منها:

**الوجه الأول:** يُسَلَّم الجميع للشيخ بأنّ الضرر الأدبي الذي ينشأ عن مخالفة أحكام وتعاليم الشريعة الإسلامية والوقوع في المحرمات لا يستحق التعويض- بل، قد يستوجب العقاب- بل، وحتىّ الضرر المادي نفسه لا يستحق ذلك. وفي هذا الصدد قال السنهوري رحمه الله: "إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسي، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي، حتىّ وإن كان هناك مشروع للزواج لم يتم." - ينظر: الوسيط، 825/1.

**الوجه الثاني:** إنّ الضرر الأدبي لا ينحصر في نطاق الاستهواء والاستغواء كما ذكر الشيخ أبو زهرة، بل، الحق أنّ الأضرار المعنوية متعددة، وقد تكون من الجسامة ما يتجاوز وقعها الأضرار المادية، بل، ولا يجبرها أيّ مال مهما بلغ، وإنّما قد يخفّف من وقعها فحسب.

**الوجه الثالث:** تمّ إنّ النصوص الشرعية ذاتها، ولاسيما قوله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"؛ مطلق يستغرق الأضرار المادية والأدبية الموجبة لرفع الضرر- جبرا أو عينيا- وعليه، يكون قصر ذلك على الأضرار المادية فحسب درب من التخصيص مع عدم المخصص- هذا والله أعلم.

3- أن الخاطب قد أكد رغبته في الزواج من المخطوبة بما يستدل به عادة وعقلا على تأكيد خطبته، وتصميمه على إجراء عقد الزواج.

2- الموقف القانوني من مسألة التعويض عن الضرر المادي أو المعنوي كأثر العدول عن الخطبة<sup>1</sup> نظمّ المشرع الجزائري أحكام التعويض عن الضرر المترتب عن العدول عن الخطبة بموجب نص المادة: 3/5 من قانون الأسرة، فنص على أنه: "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض."

فقد رسم المشرع الجزائري من خلال هذا النص أهمّ المبادئ التي تحكم مسألة التعويض في حال العدول عن الخطبة، والتي يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

أ- أقرّ جواز المطالبة بالتعويض في حال العدول عن الخطبة من الطرف المتضرر.

ب- لم يعتبر مجرد العدول عن الخطبة موجبا للمطالبة بالتعويض.

ج- اعتبر ما ينجم عن العدول من أضرار موجبا للمطالبة بالتعويض.

د- لم يحصر نطاق الأضرار، بل، اعتبر أيّ ضرر سواء أكان ماديا أو معنويا متى وقع نتيجة العدول موجبا للتعويض.

لكن، وعلى الرغم من هذه المبادئ التي أرساها المشرع الجزائري فيما يتعلق بمسألة التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة، فإنّ موقفه هذا لم يسلم من النقد والاعتراض من أوجه عدة نورد منها:

**الوجه الأول:** إنّ الحقيقة التي أغفلها المشرع الجزائري ابتداء، من خلال إطلاقه لحدود ونطاق التعويض بترتيبه الحق في ذلك، مسلك غير مسلم به؛ كون أيّ عدول عن الخطبة لا محالة أن ينجم عنه أو يصاحبه ضرر ما، وإن كان من باب الانكسار النفسي في جهة الطرف المعدول عنه. فهذا الضرر كما يرى بن شويخ<sup>2</sup>: لا يمكن التعويض عنه، لأنّه معدود من الأضرار المألوفة في هذا المجال، ولأنّ كل طرف يعلم مسبقا بأنّ العدول حق مقرر لكليهما. أمّا الضرر الموجب للتعويض هو أن لا يكتفي الطرف العادل بمجرد العدول، وإنّما تُرتكب أفعال أو أقوال من شأنها أن تلحق الضرر بالطرف الآخر، كالضرب والسب والشتم، أو الإهانة، أو التشهير وتشويه السمعة، أو أنّ أحدهما قد اشترط على الآخر أن يشتري تجهيزا معينا ثمّ عدل عن الخطبة بلا مبرر معقول. فهنا

<sup>1</sup> بالرجوع إلى تشريعات الأحوال الشخصية العربية- المطلاع عليها- نلاحظ أن كلاً من المشرعين السوري والتونسي قد أغفلها النص على موضوع التعويض عن الأضرار المترتبة عن العدول عن الخطبة، وهو ما أغفله أيضا واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.

<sup>2</sup> ينظر: شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص37، 38 - الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة، ص 18.

تنشأ المسؤولية عن هذه الأفعال وإلزامية التعويض عن الضرر، لأنّ مرتكبها أدخل الطرف الآخر في وضع جديد بهذا الشرط، في حين لو تمّ العدول دون شرط فلا تعوض، إذ لم يرتكب ما يستوجب ذلك كما هو مقرر في أصول المذهب المالكي - وقد تقدم توضيح ذلك<sup>1</sup>.

**الوجه الثاني:** ويتمثل في كون المشرع الجزائري اعتبر العدول المرتب للضرر المادي أو المعنوي وحده موجبا للتعويض، بصرف النظر عن المتسبب في أصل العدول الذي ترتبت عنه هذه المسؤولية.

وقد اعتُبر هذا المسلك قصورا في النظر التشريعي عند المشرع الجزائري، الذي كان يجدر به أن يقرن مسألة الحق في التعويض بـ: سبب أو مبرر العدول. وذلك لاعتبارين اثنين:

**الاعتبار الأول:** وهو ما استقر عليه القضاء الوطني الذي جعل مسألة التعويض في حال العدول عن الخطبة - وهي من صلاحيات وسلطات القاضي، فله حرية التقدير - مؤلفة من ثلاثة عناصر:

أ- التأكد من قيام الخطبة.

ب- إثبات الضرر من طرف المتضرر.

ج- إلى جانب وجود المبرر الشرعي الذي حمل العادل عن العدول عن الخطبة.

وهذا ما يتضح من خلال القرارات الصادرين عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا:

حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ: 30-12-1985م (ملف رقم: 39065) أنّه: " قبل

الفصل في التعويض يجب التأكد من قيام الخطبة، وإثبات الضرر من طرف المضرور."

وجاء في القرار الصادر بتاريخ: 13-07-1993م (ملف رقم: 92714) أنّه: " ولما ثبت

في قضية الحال، أنّ الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج بدون مبرر شرعي أو قانوني..."<sup>2</sup>

**أمّا: الاعتبار الثاني:** فيمثل في دعوة العديد من شرّاح قانون الأسرة الجزائري<sup>3</sup> - سواء القانون

رقم: 84-11 أو رقم: 05-09 مذ كان مشروعا - إلى ضرورة تعديل هذه الفقرة، وذلك

<sup>1</sup> ينظر الطبيعة الفقهية للخطبة فيما تقدم.

<sup>2</sup> المجلة القضائية، العدد: 01، سنة 1995م، ص 128.

<sup>3</sup> ومنهم: محمد محمّد، فضيل سعد، الرشيد بن الشويخ، عبد القادر بن داود. ينظر:

- الخطبة والزواج، محمّد، ص 76.

- دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمّد، جريدة اليوم، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 26-09-09-

2004م، ص 9.

- شرح قانون الأسرة، فضيل سعد، 09/1 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، بن شويخ، ص 39.

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، بن داود، ص 65.

بربطها بفكرة الطرف المتسبب في العدول<sup>1</sup>.

**الوجه الثالث:** أمّا عن الوجه الآخر من أوجه النقد والاعتراض التي وجهت للمشرع الوطني في المسألة محل الدراسة، فإنه يتمثل في عدم وضوح المعايير التي اعتمدها المشرع في الحكم بالتعويض، والتي يصعب استنباطها من خلال نص المادة 2/5. ذلك أنه معلوم بأنّ أساس التعويض إنّما يقوم على أحد النظريات الثلاث: نظرية المسؤولية التعاقدية، نظرية المسؤولية التقصيرية، أو نظرية التعسف في استعمال الحق.

وما يجب أن نقرّه ابتداءً، هو أنّ قيام التعويض على أساس معيار النظرية العقدية مستبعد تماماً. إذ لم يقل به أحد من القانونيين الجزائريين، بل، قد استبعده وأقصاه المشرع ابتداءً بجعله الخطبة وعدا بالزواج ولكلّ من الطرفين العدول عنها في أي وقت شاء<sup>2</sup>.

ذهب بعض القانونيين إلى القول بأنّ معيار التعويض إنّما هو المسؤولية التقصيرية<sup>3</sup>. بينما اختار آخرون اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>4</sup>. وتوقف البعض الآخر في المسألة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> وهذا ما ذهب إليه كل من المشرع المغربي و الإماراتي في سابقة تشريعية جيدة في المسألة، حيث: نص المشرع المغربي في المادة: 02/07 من مدونة الأسرة على أنه: "إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض."

ونص المشرع الإماراتي في المادة: 18 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: "لكلّ من الطرفين العدول عن الخطبة وإذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتضى كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عمّا أصابه من ضرر ويأخذ المسبب للعدول حكم العادل."

وهذا النص الذي جاء به المشرع الإماراتي، أرى أنه فيه من القيود والمحترزات ما يغطي النقائص التي تضمنها قانون الأسرة الجزائري في المسألة مع تدعيمه بفكرة التعسف في استعمال الحق كمعيار للتعويض.

<sup>2</sup> نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، مقدم سعيد، ص 350.

<sup>3</sup> ومنهم: تشوار الجليلي، محفوظ بن صغير، وطاهري حسين. ينظر:

- محاضرات في قانون الأسرة، تشوار الجليلي، ص 06.

- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، محفوظ بن صغير، ص 317.

- الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، طاهري حسين، ص 15.

<sup>4</sup> وهم جمهور القانونيين الجزائريين - الذين لهم باع في نطاق الأحوال الشخصية - ومنهم: محمد محدة، عبد العزيز سعد، غوثي بلملحة، عيسى حداد و الرشيد بن شويخ.

ينظر: دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمد محدة، جريدة اليوم، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 26-

09-2004م، ص 9- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ص 09- قانون الأسرة في ضوء

الفقه والقضاء، غوثي بلملحة ص 24- عقد الزواج، عيسى حداد، ص 22 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل،

الرشيد بن شويخ، ص 38.

<sup>5</sup> ومنهم: العربي بلحاج، عبد الفتاح تقية، و سلمان ولد حسال.

والذي أراه، أن يتمّ إعمال نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك للاعتبارين الآتيين:  
الاعتبار الأول: عجز نظرية المسؤولية التقصيرية التي تقوم على عناصر: الخطأ، الضرر والعلاقة السببية عن استغراق الحق في العدول، وذلك لعدم إمكانية جمع عناصرها في حال عدول أحد الطرفين. إذ لا يتصور قيام الخطأ حتى وإن ثبت الضرر، لأنّ الطرف العادل إنّما يستعمل حقا حوله إياه المشرع نفسه.

الاعتبار الثاني: وهو أنّ حق العدول حق مقرر لكلا الطرفين، ولكلّ منهما استعماله متى شاء. لكنّ استعمال هذا الحق ليس على إطلاقه، وإنّما في نطاق المعايير التي رسمها الشارع، والتي تقوم عليها نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>.

### ثانيا: حكم الهدايا المقدمة من أحد الطرفين - أو التبادلية -

جرت العادة بين الناس أن يقدم الخاطب لمخطوبته بعض الهدايا، وتقدم المخطوبة لخطيبها شيئا من الهدايا قصد تحقيق التآلف والتحاب والتقارب بينهما<sup>2</sup>، وكذا تبادل الهدايا بين أفراد

<sup>1</sup> وتقوم نظرية التعسف في استعمال الحق على المعايير الآتية:

أولا- المعايير الذاتية أو الشخصية. وهي: معيار قصد الأضرار، ومعيار المصلحة غير المشروعة.

ثانيا- المعايير الموضوعية أو المادية. وهي: معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، ومعيار الضرر الفاحش.

ينظر تفصيل هذه المعايير وتطبيقاتها في العدول عن الخطبة:

- نظرية التعسف في استعمال الحق، الدريني - التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبير قدومي، ص85،86.

- نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الأسرة، العربي مجيدي، ص12.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام التعسف في استعمال الحق بموجب المادة 124 مكرر من القانون المدني، والتي جاء فيها:

" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الأضرار بالغير.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

ينظر الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في: 26-09-1975م، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في: 20-07-2005م، والمتضمن القانون المدني.

<sup>2</sup> إنّ الهدية توجد التواد والتحاب، وتؤدي إلى إقامة الألفة بين الناس، ويزداد استحباب الهدية بمناسبة الخطبة. جاء في شرح عين العلم وزين الحلم، 1/286: " ويهادي كلّ منهما صاحبه قبل التزوج أو الرجل، لأنّه أولى أن يكون في هذا

الفعل هو البادئ، فورد: " تهادوا تحابوا... " ( نقلا عن: خطبة النكاح، عبد الرحمن عتر، ص344)



أسرتيهما<sup>1</sup>. وقد كان للعرف دور كبير في تحديد هذه الهدايا، التي تختلف من مكان إلى آخر، ومن زمن إلى آخر. لكن، ولما كان أمر العدول عن الخطبة وارداً، فقد يحصل أن يختلف الطرفان فيذهب كل منهما للمطالبة باسترداد ما قدّمه للطرف الآخر بمناسبة الخطبة التي لم يتحقق المقصود منها، وهو إبرام عقد الزواج، بل، قد يصل السّجال بينهما إلى أبعد مما قد يتصور، لاسيما وأن قيمة الهدايا في زماننا هذا قد تبلغ الشيء الكثير، والذي قد يتجاوز مقدار الصداق ذاته بأضعاف مضاعفة. ومن هنا ينشأ التساؤل: ما حكم الهدايا المقدمة من أحد الخاطبين أو كلاهما في حالة العدول عن الخطبة؟

### 1- الموقف الفقهي من الهدايا كأثر للعدول عن الخطبة

اختلفت آراء الفقهاء في حكم الهدايا المقدمة بمناسبة- أو أثناء فترة- الخطبة في حال العدول عنها قبل إبرام عقد الزواج، على التفصيل الآتي:

أ- **مذهب الحنفية:** يذهب الحنفية إلى أنّ هدايا الخطبة هي من الهبات. وعليه فإنّها: تأخذ حكم الهبة. فإذا كانت الهبة قائمة؛ وجب ردّها عينا. أمّا إن كانت تالفة؛ بأن هلكت أو استهلكت، فلا ترد<sup>2</sup>. وذلك تماشياً مع المبدأ العام في المذهب والقاضي بـ: عدم الرجوع في الهبة إن وجد مانع من الموانع<sup>3</sup>. وبمثله قال الظاهرية<sup>4</sup>.

ب- **مذهب المالكية:** وهم في المسألة ثلاثة أقوال<sup>5</sup>:

**القول الأول:** عدم الرجوع في هدايا الخطبة مطلقاً بصرف النّظر عن الطرف الذي وقع منه العدول- ما لم يوجد شرط أو عرف- وهذا أصل المذهب<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> فالهدية لا تقتصر على الخاطبين، بل، قد تتعدى إلى أهليهما، فيقدم الخاطب هدية إلى أهل المخطوبة، وتقدم المخطوبة هدية إلى أهل الخاطب، كما قد يتبادل أهلي الخاطبين الهدايا فيما بينهما من باب التقارب والتآلف والتواد بين الأسرتين. وهو أمر مستحب ومندوب إليه في الشريعة الإسلامية.

فمن أحب ما تكرم به المرأة أن يكرم أهلها. قال النبي ﷺ: "... وأحق ما أكرم الرجل ابنته أو أخته." - نيل الأطار، الشوكاني، 174/6.

<sup>2</sup> ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 153/3 - مجمع الضمانات، البغدادي، ص343.

<sup>3</sup> وموانع الرجوع في الهبة عند الحنفية سبعة، وهي: موت أحد المتعاقدين- الزيادة المتصلة- العوض عنها- أن تخرج عن ملك الموهوب له- الهبة لذي رحم - أن يهب أحد الزوجين للآخر- هلاك العين الموهوبة.

ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 153/3 - الهداية شرح بداية المبتدي، المرغيناني، 227/3.

<sup>4</sup> المحلي، ابن حزم، 128/9.

<sup>5</sup> ينظر: مواهب الجليل، حطاب، 405/3 - تقريرات عليش على الشرح الكبير، محمد عليش، 219/2.

<sup>6</sup> الشرح الصغير، الدردير، 348/2.

**القول الثاني:** الرجوع في هدايا الخطبة بحسب الشرط أو العرف السائد. فإذا اشترطت المخطوبة هدايا معينة فإنها تأخذ حكم الصداق المتفق عليه. وفي حالة العدول عن الخطبة فإنها - أي الهدايا - تعامل معاملة المهر الذي: يسترد إن كان قائما، وبدله أو مثله إن كان تالفا. وإن كان ثمّة عرف سائد يقضي بأن هدايا الخطبة لا رجوع فيها، أو أنها تسترد وإن كانت تالفة - بدلا أو مثلا - فإنه يعمل به.

**القول الثالث:** تفصيل الرجوع في الهدايا بحسب الطرف الذي وقع منه العدول: فإذا عدل الخاطب؛ فإنه لا يسترد الهدايا التي قدمها وإن كانت قائمة. وإن عدلت المخطوبة؛ فإنها ترد الهدايا القائمة، وقيمتها إن كانت هالكة. وجه القول في ذلك أنّ في العدول إباحا وإيلاما، وليس من المقبول عقلا ولا شرعا أن يطالب الطرف المعدول عنه برد الهدايا أوقيمتها، لأنّ فيه ثنى الألم ومضاعفته<sup>1</sup>. كما أنّ الطرف العادل إنّما أبطل العمل الناشيء من جهته، ومن سعى في نقض ما تمّ من جهته، كان سعيه مردودا عليه<sup>2</sup>.

**ج- مذهب الشافعية:** ولهم في المسألة قولان<sup>3</sup>:

**القول الأول:** الرجوع في هدايا الخطبة بصرف التّظّر عن الطرف العادل.  
**القول الثاني:** تفصيل القول بالرجوع في الهدايا بحسب الطرف الذي وقع منه العدول. موافقا ما ورد في القول الثالث عند المالكية، المبين أعلاه قريبا.  
**د- مذهب الحنابلة:** وذهبوا إلى تفصيل القول بالرجوع في هدايا الخطبة متى وقع العدول بالتّظّر إلى الطرف العادل<sup>4</sup>:

- فإن عدل الخاطب؛ فليس له أن يسترد الهدايا التي قدّمها وإن كانت قائمة.  
- وأمّا إن عدلت المخطوبة؛ فعليها ردّ الهدايا القائمة، أوقيمتها إن كانت هالكة - موافقين بذلك أحد الأقوال عند المالكية والشافعية.  
وقد وافق مذهب الإباضية<sup>5</sup>، ما ذهب إليه الحنابلة.

<sup>1</sup> التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، عبير القدومي، ص 73.

<sup>2</sup> الزواج والطلاق، أبو العنين بدران، ص 33.

<sup>3</sup> ينظر: الأم، الشافعي، 62/4 - الفتاوى الكبرى الفقهية، الهيثمي، 94/4.

<sup>4</sup> ينظر: الإنصاف، المرادوي، 296/8 - الروض المربع، البهوتي، 282/2 - مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 10/32. تيمية، 10/32.

<sup>5</sup> شرح النيل وشفاء العليل، محمد أطفيش، 48/3.

## 2- الموقف القانوني من الهدايا كأثر للعدول عن الخطبة

نظّم المشرع الجزائري حكم الهدايا المقدمة من أحد الخاطبين للآخر باعتبارها أحد الآثار المترتبة عن عدول أحدهما عن الخطبة بموجب نص المادة: 4،5/5 - من قانون الأسرة رقم: 09-05 لسنة 2005م- والتي جاء فيها: " لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته أو قيمته.

وإن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب ما لم يستهلك من هديا أو قيمته." إنّه، ومن خلال نص هذين الفقرتين، نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري قد أقرّ مبدأ الرجوع في الهدايا المقدّمة من أحد الطرفين أو كلاهما في حال العدول عن الخطبة، حيث أسّس هذا المبدأ على معيارين اثنين هما:

**المعيار الأول:** اعتبار الطرف العادل متحمّلاً لما ينجم عن تصرفه بالعدول عن الخطبة، دون التّظر في الأسباب والدوافع التي حملته على ذلك.

**المعيار الثاني:** كيفية أو آلية ردّ الهدايا التي أعطى فيها المشرع للطرف الملزم بردها حق الاختيار بين أن يردها عينا أو قيمة- والمقصود هنا: الهدايا التي لم تستهلك طبعاً- أمّا التي استهلك فقد أعفى المشرع الملزم بها من ردها.

وعليه، فقد ذهب المشرع الوطني من خلال هذا المسلك التشريعي مذهبا لم يقل به أيّ مذهب فقهي من المذاهب المتقدمة البيان في المسألة، بل، نجده قد لفق<sup>1</sup> بين قولين فقهيين؛ فقال

<sup>1</sup> يعرف التلفيق لغة على أنّه: مصدر لفق، ويطلق على عدة معاني منها:

الضم؛ فيقال: لفق الثوب، أي ضمّ شقه إلى أخرى فأخاطبهما.

الملاءمة؛ فيقال: لفق بين ثوبين إذا لاءم بينهما بالخياطة.

الجمع؛ يقال: لفق بين أمرين أي جمع بينهما.

وهذه المعاني الثلاثة، هي الأشهر استعمالاً، بل، وهي التي اعتمدت في التعريفات الاصطلاحية للتلفيق عند الفقهاء والأصوليين والمحدثين.

ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 120/8 - تاج العروس، الزبيدي، 78/7 - مختار الصحاح، الرازي، ص311.

وأما التلفيق في الاصطلاح، فقد عرفه العلماء بتعريفات مختلفة منها:

- "الإتيان بكيفية لا يقول بها مجتهد، وذلك بأن يجمع في قضية واحدة بين قولين أو أكثر يتولد منهم حقيقة مركبة لا

يقول بها أحد." ( عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق، محمّد سعد الباني، ص91)

- "الجمع بين عدة مذاهب حتّى لا يمكن اعتبار هذا العمل صحيحاً في مذهب من المذاهب." ( معجم لغة الفقهاء،

محمّد قلعجي، ص144)

بتحمّل العادل تبعه تصرفه برده لما قدّمه له الطرف المعدول عنه دون مطالبه هذا الأخير بشيء من جهة- وهو قول: المالكية، الشافعية، الحنابلة، والإباضة كما تقدم- واستثناؤه في ذلك للأشياء التي تمّ استهلاكها، كما هو مقرر في المذهب الحنفي والظاهر- كما تقدّم أيضا. هذا، ولم يسلم النص محل الدراسة- أي المادة: 4،5/5- من النقد والاعتراض من أوجه عدة، نجملها فيما يأتي:

**الوجه الأول:** ويتمثل في كون المشرع قد علّق الرجوع في الهدايا بالنظر إلى الطرف العادل- سواء أكان الخاطب أوالمخطوبة - وبصرف النظر عن الأسباب أوالدوافع التي حملت هذا الأخير على العدول.

وهذا أمر فيه نظر؛ ذلك أنّ الحقيقة التي غفل عنها، أوأغفلها المشرع، هي أنّ العدول عن الخطبة غالبا ما يكون مؤسّسا على مسببات. فقد يكتشف أحد الطرفين أنّ بالآخر عيبا، أو نقصا، أو مرضا قد يحول دون تحقيق مقاصد الزواج في حال إتمامه. ومّا لاشكّ فيه، أنّ العدول في مرحلة الخطبة أولى من حيث تحقيق المصالح ودرء المفسد من اكتشافه بعد العقد الشرعي، أوحثّى لحظة إبرامه أمام الموظف المختص، الذي يُعلم الطرفين بنتائج الفحوص الطبية حتّى يكون كل طرف على بينة بما في الآخر من أمراض- كما سيأتي توضيحه لاحقا- كما أنّه قد يكون العدول بسبب الطرف المعدول عنه أوحثّى أهله... وغيرها من الأسباب.

**الوجه الثاني:** وهو نتيجة حتمية لسابقه، ويتمثل في الآلية التي اختارها المشرع لتنفيذ الرجوع في الهدايا على الطرف العادل، حيث ربطها بمسألة الاستهلاك أوالقيمة، فجعل الأمر اختياريا للطرف الملزم بها.

إنّنا، وإن سلّمنا بهذا الاختيار التشريعي، فالإشكال يكمن في: إمكانية التحايل حول ردّ الهدايا المستهلكة. فقد يحدث أن يشترط، أو يحمل أحد الطرفين الآخر بأن يقدم له- وربما لأحد

---

- "أخذ صحّة الفعل من مذهبين معا بعد الحكم بطلانه على كل واحد منهما بمفرده." (الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 118/13)

- ولمزيد فائدة وتحصيلها حول موضوع التلفيق الفقهي، من حيث أنواعه، حكمه، وتطبيقاته، ينظر:
- تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء، محمّد إبراهيم الحفناوي، ص 261 وما بعدها.
- التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول، جابر عبد الهادي سالم الشافعي.
- التقليد والتلفيق في الفقه الإسلامي، قدرى سيد معين الدين، مجلة المسلم المعاصر، العدد 39، السنة 10، سنة 1984م ص 87، 127.
- التلفيق والأخذ بالرخص وحكمها، حمد علي التسخيري، موقع مكتبة البيان على شبكة الانترنت.
- حكم التلفيق وتبع الرخص، وهبة الزحيلي، موقع الزحيلي على شبكة الانترنت.

أقاربه- هدايا قد تكون باهضة الثمن، ثم يتم التصرف فيها بأي وجه من أوجه التصرفات الناقلة للملكية، نحو: البيع الهبة... و إن كانت في شكل صوري يوحى بأنها قانونا استهلكت، ثم يعمد إلى اختلاق مختلف الأسباب وبشتى الطرق حتى يدفع الطرف الآخر إلى العدول، فيعفي نفسه بذلك من ردها من جهة، ويسترد الهدايا التي قد يكون قدّمها للطرف العادل، الذي قد يتورع عن التحايل بشأها فيردها أو يدفع قيمتها من جهة أخرى، بل، وقد يعمد المعدول عنه إلى المطالبة بالتعويض عن جملة أضرار مادية أو معنوية، يدّعي أنّها لحقته جراء العدول عن الخطبة.

وتأسيسا على ذلك، ذهب كل من عرض لهذا النص في الجزائر من أهل التخصص إلى القول بضرورة إعادة النظر فيه<sup>1</sup>، وذلك بتعديله بما يحقق العدالة والإنصاف بين الطرف العادل والمعدول عنه دون فتح المجال للتحايل والتغيير الذي قد يعتمد عليه كل طرف، لتجنّب تحمل مسؤولية المبادرة بالعدول<sup>2</sup>. وربما حمّله على إبرام عقد زواج مهّدّ ابتداء بالفشل جرّاء مسلك تشريعي

---

<sup>1</sup> والحقيقة أنّ الدعوة إلى إعادة صياغة النص المنظم لأحكام الهدايا في حال العدول عن الخطبة، يربطه بالسبب الدافع إلى ذلك، لا بالنظر إلى المبادر بالعدول، إنّما كان منذ صدور قانون الأسرة رقم: 11-84. لتستمر هذه الدعوة في ظل القانون رقم: 09-05. الذي أبقى المشرع فيه - كما هو مبين أعلاه - على هذا النقص البين قصوره ينظر في هذا الشأن، المؤلفات الآتية:

- الخطبة والزواج، محمد محدة، ص 64، 65 - الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، عبد العزيز سعد، ص 86.

- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 20 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، عبد القادر بن داود، ص 65 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 44.

<sup>2</sup> وقد تقدّم بيان مسلك المشرع المغربي: المادة 2/7، والإماراتي: المادة 18 آنفا، وكيف أنّهما ربطا مسألة العدول عن الخطبة بالسبب الحامل على ذلك، لا على مجرد النظر إلى الطرف العادل كما فعل المشرع الجزائري، بل، جاء المشرع الإماراتي بما يمنع التغيير والدفع بالطرف الآخر إلى العدول، بأن جعل المتسبب بالتغيير في العدول في حكم العادل.

أمّا المشرع الكويتي: فقد أخذ برأي المالكية والحنفية، مع تحميل المتسبب في العدول المسؤولية. إذ نص في المادة: 05 من قانون الأحوال الشخصية على أنّه: "إذا عدل أحد الطرفين عن الخطبة وليس ثمة شروط أو عرف:

أ- فإن كان عدوله بغير مقتضى لم يسترد شيئا مما أداه إلى الآخر.

ب- وإن كان العدول بمقتضى، استرد ما أهداه إن كان قائما أو قيمة يوم القبض إن كان هالكا أو مستهلكا." أمّا المادة 06 منه فنظمت مسألتي العدول الاتفاقي، وكذا حالة الوفاة، أو ظهور عارض حال دون إتمام الزواج - أي انتفاء الإرادة في العدول - حيث نصت على أنّه:

"أ- إذا انتهت الخطبة بعدول الطرفين فإن كان السبب من أحدهما اعتبر عدول الآخر بمقتضى وطبقت الفقرة (ب) من المادة السابقة، وإلا استرد كل منهما ما أهداه إن كان قائما.

اختاره المشرع وألزم به المواطنين، دون النظر في مآلات تطبيقية؛ لا أقول على الطرفين - الخاطب والمخطوبة - فحسب، بل، قد يتعداه إذا مضى الطرفان إلى الزواج على مضد إلى أسرتيهما أو أبنائهما، ومنه كامل المجتمع.

**الوجه الثالث:** ويتمثل في كون المشرع الجزائري لم يعرض في هذين الفقرتين إلى بعض المسائل ذات الصلة بالهدايا المقدمة بمناسبة الخطبة، أو خلال فترة قيامها، ومنها:

- حكم الهدايا التي قدّمها المخطوبة للخطاب متى كانت هي العادلة؟
- حكم الهدايا المقدّمة من أقارب الخطاب أو المخطوبة، سواء للطرف الآخر أو حتى لأقاربه؟
- حكم الهدايا المقدمة في حالتي: العدول الاتفاقي، ووفاة أحد الطرفين؟

### ثالثاً: حكم الصداق كأثر للعدول عن الخطبة

إنّه ولما كانت الخطبة مقدمة تمهيدية تسبق عقد الزواج - وقد تؤول إليه- لذا، فقد يرى الخطاب أن يبادر بتقديم الصداق المتفق عليه ككله أو بعضه في فترة الخطبة، بقصد تأكيد نيّته في المضي لإبرام عقد الزواج، أو للتخلّص من بعض الأعباء المالية للزواج والتفرغ للانفاق على ما يلزم من بقية مؤن الزواج من متطلبات تخصه هو، أو تجهيز بيت الزوجية، أو مستلزمات الوليمة، أو تقديم الصداق للمخطوبة حتى يتسنى لها هي الأخرى الاستعداد والتحضير للزواج، بشراء ما يلزمها، وغير ذلك ممّا تعارف عليه الناس.

لكن، قد يحدث أن يطرأ ما يحول دون إتمام عقد الزواج من أحد الطرفين أو كليهما - أو حتى باتفاقهما - فيثار التساؤل حينها عن حكم الصداق المقدّم متى وقع العدول عن الخطبة؟

### 1- الموقف الفقهي من حكم الصداق كأثر للعدول عن الخطبة

من المقرر في الفقه الإسلامي أنّه: لا خلاف بين الفقهاء<sup>1</sup> على وجوب ردّ جميع ما قدّم من الصداق في حال العدول عن الخطبة. وذلك برّد عينه إن كان قائماً، ومثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً. ويستوي في هذا أن يكون العدول من الخطاب أو من المخطوبة، أو باتفاقهما. وسواء أكان هذا العدول تعسفياً أم غير ذلك، أو ترتّب عنه ضرر أم لا؟

---

ب- وإذا انتهت بالوفاة أو بعراض حال دون الزواج، لم يسترد شيئاً من الهدايا.  
أمّا المادة 07 منه فقد أخذت برأي الحنفية؛ عدم الرجوع في الهبة. ومنها الهدايا في حالة الهلاك أو الاستهلاك. حيث نصت على أنّه: "في جميع الأحوال لا ترد الهدايا التي لا بقاء لها."

<sup>1</sup> ينظر: فتح العلي المالک، محمد عليش، 400/1 - فتح الجواد بشرح الإرشاد، الهيثمي، 86/2.

- الإنصاف، المرادوي، 296/8 - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 48/7.

- الفقه المقارن لأحوال الشخصية، بدران أبو العينين، 32/1 - أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 82.



ذلك أن الصداق يعتبر من مقومات عقد الزواج ومقتضياته، ومادام الزواج لم يوجد، فلا حق للمخطوبة متى تمّ العدول عن الخطبة في الصداق الذي يبقى حقًا خالصًا للرجل. وهذا ما أشار إليه ابن عابدين رحمه الله بقوله: "إذا خطب رجل امرأة ولم يزوجها أبوها فما بعث على أنه مهر يسترد عينه. وإذا تغير بالاستعمال فإن لم يتمكن من ردّ عينه تردّ قيمته، لأنّه معاوضة عن حق الاستمتاع بالبضع، ولم تتمّ المعاوضة، فجاز الاسترداد..."<sup>1</sup>

ذلك أن الصداق، إنّما قرّر في مقابلة العقد بالزواج وملك الاستمتاع بالمرأة لقوله **﴿عَلَىٰ مَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾**<sup>2</sup>. ولا أدلّ على ذلك من أن المرأة لو طلقت قبل الدخول فإنّه لا يتعين لها إلاّ نصف الصداق: **﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾**<sup>3</sup>. ومن ثمّ؛ فما دامت المرأة لا تملك نصف الصداق إلاّ بالعقد، فإنّ المخطوبة التي لم يعقد عليها لا تستحقّه من باب أولى، ليقع عليها الإلزام برده، لأنّه ملك للخاطب لا لها - على نحو ما تقدّم بيانه.

## 2- الموقف القانوني من حكم الصداق كأثر العدول عن الخطبة

إنّه وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لأحكام الخطبة في قانون الأسرة الجزائري، وما يتعلق بها من آثار في حال العدول عنها، والمتمثلة أساسا في نص المادة: 05 السالفة البيان. نجد أن المشرع لم ينظّم صراحة مسألة الصداق المقدم خلال فترة الخطبة وقبل إبرام عقد الزواج، سواء قبل أو بعد التعديل الذي عرفه هذا القانون.

إلاّ أنّه، قد يستنبط حكم هذه المسألة - ضمنا - من خلال الرجوع، والنظر في نصي المادتين: 1/15 و16 من قانون الأسرة رقم: 09-05.

جاء في نص المادة: 1/15 أنّه: "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلا أو مؤجلا." وجاء في نص المادة: 16 أنّه: "تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج، وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول."

وعليه، يترتب عن الجمع بين النصين: الحكم بردّ الصداق، أو ما دفع منه خلال الخطبة، مادام العقد لم يتم، بل، أنّه ليس للمخطوبة الحق فيه - كاملا - حتّى ولو تمّ العقد وحدثت الفرقة قبل الدخول، إذ تستحق نصفه فقط. أمّا والعقد لم يتم، فلا يحقّ لها منه شيء. ذلك أن وجوب

<sup>1</sup> حاشية رد المختار، ابن عابدين، 24/3.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 24.

<sup>3</sup> سورة البقرة: 237.

الصدّاق كاملاً إنّما يكون بالدخول، ونصفه بالطلاق قبل الدخول. والخطبة كما تقدم، ليست إلاّ مجرد وعد بالزواج. لذا تقرّر وجوب استرداد الصدّاق في حق المخطوبة<sup>1</sup>.

لكن، ممّا تجدر الإشارة إليه أنّه على الرغم من تكلف بعض القانونيين الجزائريين عناء استنباط حكم الصدّاق في حال العدول عن الخطبة، وذلك بالرجوع إلى نصوص خاصة بأحكام الصدّاق المتعلق أصلاً بعقد الزواج - كما تقدم - بل، وسعى البعض الآخر إلى التماس العذر للمشرع كونه: "قد نظر إلى أنّ عادات المجتمع الجزائري متعارف عليها في أن المهر يدفع بعد أو أثناء العقد وليس أثناء الخطبة، وبالتالي عدم النص على هذه الحالة"<sup>2</sup>، فقد كان - لا نقول من المستحسن، بل - الأولى به أن يعرض لحكم هذه المسألة، وذلك لعدة أسباب، منها:

**السبب الأول:** إنّ فنّ الصناعة التشريعية يقتضي أن يُلمَّ ويجمَع المشرع مختلف الأحكام المنظمة للمسألة الواحدة في نص أو نصوص متتالية، حتّى يسهل الرجوع إليها دونما عناء سواء بالنسبة للمتقاضين أو القضاة، أو حتّى الباحثين - فضلاً عن المواطن المخاطب أصلاً بهذه النصوص - وهذا ما يستوجبه مصطلح: القانون أو التقنين<sup>3</sup>.

**السبب الثاني:** أثبت الواقع المعيش أنّ العديد من الخطاب، لاسيما المستعجلين منهم. باتوا يقدّمون الصدّاق أجزء منه بعد الخطبة بوقت قصير، حتّى تتمكن المرأة من تحضير وتجهيز ما يستلزمه عقد الزواج من جهة. وكذا، من قبيل إبانة الرجل جدّيته في المضي لإتمام هذا العقد من جهة أخرى.

**السبب الثالث:** والمتمثّل في أنّ تقديم الصدّاق للمخطوبة، وثبوت حق الخاطب في استيراده عينا متى كان قائماً، أو قبولها ردّه قيمة إذا كانت قد تصرفت فيه بأيّ وجه من الأوجه، لا يتمثّل في الحقيقة أيّ اعتراض أوليس. لكن الإشكال يبرز جليّاً في حالة إقدام المخطوبة على التصرف في

<sup>1</sup> ينظر: الخطبة والزواج، محمّد محمّد، ص 59 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 53/1.

<sup>2</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 48.

<sup>3</sup> يعرف التقنين اصطلاحاً بأنّه: "صياغة الأحكام ذات الموضوع الواحد التي لم يترك تطبيقها لاختيار الناس، عبارات آمرة، يميز بينها بأرقام متسلسلة ومرتبة ترتيباً منطقياً بعيداً عن التكرار والاضطراب". ولهذا الغرض اشترط أن تأتي الصياغة في خطوتين: أولاهما؛ وضع الأحكام المراد النص عليها بأفضل طريقة ممكنة. وأما الثانية؛ فهي وضع تلك الأحكام في أفضل صيغة ممكنة.

ينظر في هذا الصدد: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، 388/1 - في الصياغة التشريعية، كمال الدين إمام، ص 15.

- تقنين الأحكام الشرعية، مراد كاملي، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد: 12، سنة 2008م، ص 481، 491.

هذا الصداق، وذلك بإعداد الجهاز لاستقبال الحياة الزوجية من ألبسة وحليّ وأثاث، بل، وتزداد المسألة تعقيدا في حالة ما ترتّب عن قيام المخطوبة بمختلف هذه الإجراءات إلتزامات مالية أخرى، نحو: أجرة الحياط، النجار، بائع الحليّ والأثاث... مما يثير التساؤل عن كيفية استرداد الصداق في هذه الحالة؟ ومن يتحمل تبعه هذه الإلتزامات المترتبة عن التصرف في هذا الصداق من طرف المخطوبة؟

وعليه، كان الأحرى بالشرع الجزائري أن يضع حلا، كما فعل بالنسبة للهدايا، لاسيما وقد دعا بعض القانونيين الجزائريين إلى هذا الأمر منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984م، لكنّه لم يفعل، بل، ولم يستدرك هذا الأمر حتّى عند تعديل هذا القانون سنة 2005م- وقد تقدّمت الإشارة إلى هذا آنفا.

فقد ذهب محمّد محمّد رحمه الله في اقتراحه لحلّ في المسألة- يقوم أساسا على رأي في المذهب المالكي وذلك بالتفريق بين ما إذا كان العدول من جانب الخاطب، أو من جانب المخطوبة- حيث قال: "والحلّ الذي يبدو معقولا، هو تحميل تبعات المهر لمن كان عادلا<sup>1</sup>؛ فإن كان الخاطب هو الذي عدل عن الخطبة، لزمه تسلّم الأشياء التي حوّل إليها مبلغ الصداق. وإذا كان أحد الدائنين مازال لم يستوف حقه كالحياط أو النجار أدّى له حقه. ذلك أنّ الخطيبة لا مبرر لإجبارها على تملك هذه الأشياء الذي كان الخاطب بحظّتها لها دافعا في تملكها، إذ لولاتك الخطبة والوعد والدفع ما تصرفت هذه التصرفات. وعلى العكس، إذا كانت هي التي عدلت عن الخطبة فعليها أن ترجع إلى الخاطب الصداق كما دفعه لها أو مثله إن كان مثليا. ولا يرغب على تقبّل الفراش أو اللباس أو الحليّ الذي اشترته المخطوبة والمصاريف التي صرفتها عليه، لأنّه قد يجد من لا ترغب

<sup>1</sup> وهذا ما أخذت به العديد من تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد العربية:

- نص المادة 1/4، 2، قانون الأحوال الشخصية السوري - نص المادة 3/4، قانون الأحوال الشخصية الكويتي.  
- نص المادة 2/18، قانون الأحوال الشخصية الإماراتي - نص المادة 2/4، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحدة.

وأشير هنا إلى أنّ المشرع المغربي قد ذهب مذهبا متميّزا وجديدا في المسألة. حيث حمّل المتسبّب في العدول تبعات التصرف في الصداق وتحويله إلى جهاز متى امتنعت المخطوبة عن ردّ الصداق نقدا. وهو رأي وجيه وجدير بأن يؤخذ بعين الاعتبار من خلال اعتماده. كونه أكثر عقلانية ممّا يجعل الترابط والتوافق بين حكم ردّ الهدايا، وتبعات التصرف في الصداق يربطهما بذات المعيار في حال اعتراض أو عدم اتفاق الطرفين. حيث نص في المادة: 02/9 من مدونة الأسرة على أنّه:

" إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حوّل إلى جهاز تحمّل المتسبّب في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المودى فيه."

فيه، ويضطر إلى بيعه وإنقاص قيمته، مما يجعله يجمع بين ضررين: ضرر العدول عنه، وضرر إنقاص قيمة المهر.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: مقومات عقد الزواج

إنه ونظرا لقداسة عقد الزواج، وفائق أهميته وخطورته - لاسيما منها- تعلقه بالأنساب والأعراض. فقد اعتنت به الشريعة الإسلامية أيما اعتناء؛ فحدّدت جملة العناصر أو المقومات<sup>2</sup> التي يؤسّس عليها هذا العقد، حتّى ينشأ قويا، سليما، محافظا من خلال ذلك على ديمومته وبقائه.

وتنقسم هذه المقومات - إجمالا - إلى قسمين، هما: أركان عقد الزواج، وشروطه. وهو ما سأعرض له في ثنايا هذا المطلب - مقتصرًا في ذلك على ما شمله تعديل قانون الأسرة الجزائري كأصل، مع التطرق لبعض المسائل التي قد يكون من اللازم أن أبينها باعتبارها تدخل في حكم الدعوة إلى تجديد مباحث الأحوال الشخصية - قدر الوسع.

لكن، وقبل بسط ذلك أرى أن أبين ابتداء مدلول كلّ من مصطلحي: الركن والشرط، ووجه التمايز بينهما، وذلك لترتب آثار مختلفة - كما سنرى - في وجود أو عدم وجود كل واحد منهما. وذلك من خلال العناصر الآتية.

#### الفرع الأول: تعريف الركن والشرط

##### أولا: تعريف الركن

1- الركن لغة: مصدر رَكَنَ، يَرُكُنُ، رُكُونًا. أي: مال وسكن. يقال: ركن إلى الشيء أي مال إليه. ومنه القول: ركن إلى الدنيا - مجازا - بمعنى: مال إليها. ومن هذا المعنى قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَرْكَبُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَيَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الخطبة والزواج، ص 60.

<sup>2</sup> وقد أصبح هذا الإطلاق يستعمل من طرف العديد من الباحثين في مجال الأحوال الشخصية - في حدود ما أطلعت عليه في هذا المجال، باعتباره مجال التخصص العلمي، وليست أدرى مدى اعتماده في الفروع أو المجالات القانونية الأخرى - كونه يجمع مختلف عناصر العلاقة التعاقدية في الزواج من أركان وغيرها. ذلك أن: "المقومات أعمّ من الأركان لأنها تشمل كلّ ما لا يمكن وجود العقد فعلا دونه..."

ينظر تفصيل ذلك في: المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 301/1 - أحكام الأسرة، مصطفى شليبي، ص 93 - مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمّد جام - أحكام الأحوال الشخصية، سالم الرفاعي، ص 226 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 48.

<sup>3</sup> سورة هود: الآية 113.

والركن؛ الجانب الأقوى في الشيء، ويُجمَعُ على: أركان وأركان ، وأركان كل شيء: هي جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها<sup>1</sup>. وهذا المعنى هو الأشهر، والذي ينصرف إليه المعنى عند إطلاقه.

كما يأتي الركن بمعنى: العزة والمنعة<sup>2</sup>. ومن هذا المعنى قوله **﴿قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةً أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ﴾**<sup>3</sup>. ويكون الركن بمعنى التقوى - لأن ركن الشيء جانبه القوي - ومنه ركن الرجل: قومه وأهله، لأنه يتقوى ويتعضد بهم، ومنه التقوي بالملك والجند. قال **﴿قَالَ فَتَوَلَّى بِرُكْنِهِ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ \* فَأَخَذْنَا مِنْهُ جُودَهُ فَنَبَذْنَاهُمْ فِي الْيَمِّ وَهُوَ مُلِيمٌ﴾**<sup>4</sup>.

2- الركن اصطلاحاً:

عرّف الأصوليون الركن تعريفات كثيرة، تختلف في ألفاظها، إلا أنها في الحقيقة متقاربة، بل، تكاد تكون متفقة من حيث المعنى والدلالة، ومنها أن الركن هو:

- ما لا وجود للشيء إلا به<sup>5</sup>.

- ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلاً في الماهية<sup>6</sup>.

وعليه، يكون الركن - أصولياً - ما كان جزءاً من حقيقة الشيء. أو هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في ماهيته وجزءاً منه. أو هو كما قال الجرجاني رحمه الله: "عين الشيء"<sup>7</sup>.

إلا أن هذا الاتفاق أو شبه الإجماع الذي استقرّ عليه معنى الركن عند الأصوليين، لا نجد عند نظرائهم من الفقهاء. فقد اختلفوا في بيان مدلول أو تعريف الركن على النحو الآتي:

أ- عند الجمهور: والركن عند جمهور الفقهاء؛ ما لا بدّ منه لتصور العقد ووجوده، سواء أكان جزءاً منه أم مختصاً به. لذا، فالركن: "هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلاّ به، أو ما كان منه، أو ما تتوقف عليه الماهية الشرعية، سواء أكان جزءاً منه أم خارجاً عنه"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 435/3 - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 370/1.

<sup>2</sup> ينظر: القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 191/4 - مختار الصحاح، الرازي، ص 142.

<sup>3</sup> سورة هود: الآية 80.

<sup>4</sup> سورة الذاريات: الآيتان: 39، 40.

<sup>5</sup> كشف الأسرار، البخاري علاء الدين، 344/3.

<sup>6</sup> أصول الفقه، زهير أبو النور، 119/1.

<sup>7</sup> التعريفات، ص 117.

<sup>8</sup> ينظر: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيري، 13/4 - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 45/7.

- الخطبة والزواج، محمد محمّد، ص 118 - الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، عبد القادر بن حرز الله، ص 50.

ب- عند الحنفية، وبعض الحنابلة<sup>1</sup>: والركن عند هؤلاء؛ ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزء داخلا في الماهية الحقيقية له، حيث لا يتصور وجود الشيء إلاّ به<sup>2</sup>. ذلك أنّ حقيقته اللفظية قائمة به وعليه. لذا كان الركن: "هو ما لا وجود لذلك الشيء إلاّ به، وهو جزء داخِل في ماهيته."<sup>3</sup>

وعليه، وتأسيسا على هذا الاختلاف في تحديد مدلول الركن عند الفقهاء، فقد تباينت تبعاً لذلك آراؤهم في تحديد ما يعدّ من أركان عقد الزواج بين موسع ومضيق، على النحو الذي سيتم توضيحه لاحقاً في معرض تجلية أركان عقد الزواج، و بعد بيان معنى الشرط. وذلك فيما يأتي.

### ثانياً: تعريف الشرط

1- الشرط لغة: شرط - الشين والراء والطاء - أصل يدلّ على: علم وعلامة، وما قارب ذلك من علم<sup>4</sup>.

فالشَرَطُ - بالتحريك - العلامة، والجمع أشرط. ومنه أشرط الساعة؛ أعلامها وعلاماتها وأسبابها التي هي دون معظمها وقيامها<sup>5</sup>.

وفي القرآن الكريم قوله ﷻ: ﴿ فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾<sup>6</sup>. والاشترط؛ الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، وذلك بأن يجعلوا بينهم علامات. ومنه سُمّي الشرط لأنّهم جعلوا لأنفسهم علامات وأمارات يعرفون بها<sup>7</sup>. ومن هذا المعنى القول: أعلم فلان نفسه لأمر كذا. أي: أعلمها له وأعدّها<sup>8</sup>.

و الشرطُ - بالتسكين - جمعه شروط وشرائط، له معان عدة، أظهرها: إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، أو في أمر من الأمور<sup>1</sup>. وفي الحديث، من هذا المعنى: "لا يجوز شرطان في بيع."

<sup>1</sup> ومنهم الإمام البهوتي، وابن المفلح:

- شرح منتهى الإرادات، 119/5 - المحرر في الفقه الحنبلي، 14/2.

<sup>2</sup> المدخل للفقه الإسلامي، محمد سلام مذكور، ص 523.

<sup>3</sup> ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 87/1 - بلغة السالك، الصاوي، 103/1.

أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 94.

<sup>4</sup> معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 260/3.

<sup>5</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 325/5 - القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، أبو جيب، ص 192.

<sup>6</sup> سورة محمد: الآية 18.

<sup>7</sup> ينظر: معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 260/3 - مختار الصحاح، الرازي، ص 181.

<sup>8</sup> مختار الصحاح، الرازي، ص 181.



والشرط أيضا: تعليق شيء بشيء، بحيث إذا وجد الأول، وجد الآخر. فكان كلّ حكم متعلق بأمر يقع لوقوعه، وذلك الأمر كالعلامة<sup>2</sup>.

وعند النّحاة؛ يدلّ الشرط على الجملة الشرطية، وجواب الشرط، وأداة الشرط<sup>3</sup>. أي: ترتيب أمر على آخر بأداة<sup>4</sup>.

ومّا سبق يتبيّن أنّ معنى الشرط - المراد - هو: العلامة، وإلزام الشيء والتزامه.

2- الشرط اصطلاحا: عرّف الأصوليون - المتقدّمون منهم، والمتأخرون - الشرط بتعريفات مختلفة. إلاّ أنّ اختلافها هذا - في الأعم الأغلب - اختلاف في الألفاظ والعبارات، لا في المعاني والدلالات. ومن هذه التعريفات، نورد الآتية:

قال ابن قدامة رحمه الله، الشرط: "هو ما يلزم من انتفائه انتفاء الحكم."<sup>5</sup>

قال الغزالي رحمه الله: "الشرط ما لا يوجد المشروط إلاّ به. لكن، لا يلزم أن يوجد عند وجوده."<sup>6</sup>

قال الشاطبي رحمه الله: "الشرط: ما كان وصفا مكّملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه."<sup>7</sup>

قال الشوكاني رحمه الله: "الشرط هو الحكم على الوصف بكونه شرطا للحكم. وحقيقة الشرط هو: ما كان عدمه يستلزم عدم الحكم، فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم ذلك."<sup>8</sup>

وقال القراقي رحمه الله مفصلا - في بيان - المراد بالشرط: "الشرط هو الذي يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره."

فالقيد الأول: يلزم من عدمه العدم؛ احترازا من المانع، فإنّه لا يلزم من عدمه شيء لا وجودا ولا عدما.

والقيد الثاني: ولا يلزم من وجوده الوجود؛ احترازا من السبب، فإنّه يلزم من وجوده الوجود.

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 335/5 - ترتيب القاموس المحيط، أحمد الزاوي، 138/2.

<sup>2</sup> التوقيف على أمهات التعاريف، عبد الرؤوف المناوي، ص 437.

<sup>3</sup> دائرة المعارف الإسلامية، 27/13.

<sup>4</sup> المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 478/1.

<sup>5</sup> روضة الناظر، ص 55.

<sup>6</sup> المستصفي، 180/2.

<sup>7</sup> الموافقات في أصول الشريعة، 253/1.

<sup>8</sup> إرشاد الفحول، ص 08.

والقييد الثالث: ولا عدم؛ احترازاً من المانع، لأنه يلزم من وجوده الانتفاء.  
والقييد الرابع: لذاته؛ احترازاً من مقارنة وجوده لوجود السبب فيلزم الوجود، ولكن ليس ذلك لذاته وهو كونه شرطاً، بل، لكونه السبب، أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع فيلزم عدمه، لكن ليس بالشرط أي ذات الشرط، بل، لأجل المانع.

والقييد الخامس: ولا يشمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره؛ احترازاً من جزء العلة، فإنه يلزم من عدمه عدمه ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدمه، غير أنه مشتمل على جزء المناسبة.<sup>1</sup>  
وقال أبو زهرة رحمه الله: "الشرط هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم."<sup>2</sup>  
وقال عبد الكريم زيدان - وقريب من قوله ما ذكر: مصطفى الزرقا، زكي الدين شعبان - بأن الشرط:

"ما يتوقف وجود الشيء على وجوده، وكان خارجاً عن حقيقته، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء."<sup>3</sup>

فالنَّظَرُ فِي مَخْتَلَفِ هَذِهِ التَّعْرِيفَاتِ، يَلْحَظُ بِأَنَّهَا مَتَّفِقَةٌ - أَوْ يَكَادُ تَتَّفَقُ - فِي بَيَانِ مَدْلُولِ وَمَعْنَى الشَّرْطِ الَّذِي يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ: مَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ عَدَمُ الْحُكْمِ أَوِ الْمَشْرُوطِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُودِ الشَّرْطِ وَجُودُ الْحُكْمِ أَوِ الْمَشْرُوطِ وَلَا عَدَمِهِ، عَلَى أَنَّ الشَّرْطَ يَكُونُ خَارِجًا عَنِ مَاهِيَةِ الْحُكْمِ أَوِ الْمَشْرُوطِ.<sup>4</sup>

وتأسيساً على ما تقدّم من بيان التعريف ومدلول كل من الركن والشرط، يمكن القول: إنه، وإن كان وجود الحكم يتوقف على كليهما من حيث الاتفاق والتقارب بينهما. لكن، وبالنظر في علاقتهما بالحكم فهما مختلفان تماماً من حيث كون الركن يعتبر داخلاً في الحقيقة أو الماهية المركبة للحكم، بخلاف الشرط الذي يكون خارجاً عنها.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، ص 262، 263.

<sup>2</sup> أصول الفقه، ص 59.

<sup>3</sup> ينظر: الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 46 - المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 304/1.

- أصول الفقه الإسلامي، زكي الدين شعبان، ص 252.

<sup>4</sup> ينظر: الشروط الجعلية في عقود الزواج، نورة دري، ص 19.

- أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، عبد القادر داودي، ص 49.

<sup>5</sup> وفي هذا الصدد يقول صاحب مراقب السعود، ناظماً:

والركن جزء الذات والشرط خرج \* وصيغة دليلها في المنتهج - فيعني صدر البيت، أن الفرق بين الركن والشرط: هو أن الركن جزء الذات، أي الحقيقة الداخل فيها بخلاف الشرط، فإنه يكون خارجاً عنها.

كما أنّ التّمايز بينهما يمتد إلى الأثر المترتب عن وجود خلل في أحدهما؛ فيكون الخلل في الركن معناه الخلل في العقد أو التصرف نفسه، وهو ما يستلزم وجوباً البطلان قولاً واحداً. أمّا إن كان الخلل في الشرط، فيكون الحكم عند الجمهور بطلان العقد أو التصرف، أمّا عند الحنفية ومن وافقهم، فيكون حكم ذلك الفساد<sup>1</sup>. لأنّ الشرط وصف خارج عن الماهية كما تقدم.

## الفرع الثاني : أركان عقد الزواج

### أولاً: في الفقه الإسلامي

إنّ الناظر في أسفار الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه، يلحظ بأن الفقهاء المسلمون لم يحصل بينهم اتفاق حول تحديد أركان عقد الزواج. فكان الاختلاف بين المذاهب الفقهية في هذا الشأن، بل أنّه اختلاف قائم حتّى في المذهب الفقهي الواحد، فنجد منهم من يعتبر عنصراً معيّناً ركناً في عقد الزواج، يخالفه في ذلك بقية، أو جلّ، أو بعض الفقهاء من اتباع مذهبه. ولعلّ مردّ هذا الاختلاف إنّما يرجع إلى أسباب نوجزها- قبل بيان أركان عقد الزواج في هذه المذاهب- فيما يأتي:

أ- اختلافهم أساساً في مدلول ومقصود مصطلح الركن وعلاقته بماهية عقد الزواج- كما تقدّم- لذلك نجد جمهور الفقهاء: من مالكية وشافعية وجمهور الحنابلة. على أنّ الولي ركن في عقد الزواج، بينما يرى الحنفية وبعض الحنابلة بأنّ الولي ليس ركناً فيه كونه خارجاً عن ماهية وحقيقة هذا العقد.

ب- اختلافهم في المعيار والأساس الذي يبنى عليه اعتبار الأمر ركناً أم غير ركن، بالإضافة طبعاً إلى مدى اعتباره داخلياً أم خارجاً عن الماهية. فذهب الجمهور إلى اعتبار الماهية الشرعية<sup>2</sup> كمعيار في تمييز الركن عن غيره من مقومات عقد الزواج. بينما ذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى اعتماد معيار الماهية اللفظية أو اللغوية لمصطلح الركن. فكان أنّ ترتّب عن هذا الاختيار من الفريقين؛ أنّ توسع الجمهور في تحديد ما يدخل في مدلول الركن، فكان أنّ عدّوا أركان الزواج بما لا يقل عن ثلاثة- على اختلاف فيما بينهم كما سيأتي تفصيله لاحقاً- بينما غيرهم ضيق من مشمولات ما

ينظر: نشر البنود شرح مراقي السعود، عبد الله إبراهيم الشنقيطي، 74/1.

وإلى هذا أشار ميارة الفاسي في التكملة، ناظماً: الشرط عن ماهية قد خرجاً\*\* والركن جزؤها بما قد ولجا

ينظر: الروض المبهج بشرح بستان المنتهج في تكميل المنهج، ص 72.

<sup>1</sup> الشرط عند الأصوليين، سعيد فكرة، ص 188.

<sup>2</sup> ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 36/7 - الخطبة والزواج، محمّد محدة، ص 118.

يدخل في مصطلح الركن. لذا نجدهم قد حصروا أركان الزواج فيما لا يتجاوز الثلاثة أركان كحدّ أقصى عندهم.

ج- اختلافهم في تسمية بعض العناصر أو الشروط أركاناً باعتبار المعنى المشترك بينهما، أو للتردد في اعتباره جزءاً من ماهية العقد أو خارجاً عنه، أو حتى من قبيل التجوز اللفظي<sup>1</sup>. ولا أدلّ على هذا ممّا ذكره الإمام الدسوقي رحمه الله: "فَجَعَلُ الشُّهُودِ شَرْطًا وَالصَّدَاقِ رَكْنًا مَجْرَدِ اصْطِلَاحِ لَهُمْ."<sup>2</sup>

بل، تجد البعض الآخر يدخل الأركان بالشروط، مثل المذهب الحنبلي. ففي حاشية الروض المربع يقول المصنّف: "وأركان الزواج ثلاثة: الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية والإيجاب والقبول. وشروطه- أي الزواج- أربعة: الولي والشاهدان والتراضي بين الزوجين وتعيين الزوجين."<sup>3</sup>

ويقول في الكافي: "شرائط الزواج خمسة هي: الولي والشاهدان والتراضي بين الزوجين والإيجاب والقبول."<sup>4</sup>

وعليه، يمكن القول بأنّ أركان عقد الزواج في المذاهب الفقهية، إنّما تختلف من مذهب إلى آخر، بل، تختلف في المذهب الواحد. وهذا ما يتّضح من خلال بيان أركان الزواج في كل مذهب من المذاهب الآتية:

أ- عند المالكية: اختلفت المالكية في حصر أركان الزواج فنجد من: اعتبرها خمسة، وهي: الزوج، الزوجة، الولي، الصداق، والصيغة<sup>5</sup>.

ومنهم من اعتبرها أربعة- وهو ما عليه جمهور المذهب- وهي: الزوج، الزوجة، الولي، والصيغة<sup>6</sup>. هذا:

"... ولم يعدّ الشهود من الأركان، لأنّ ماهية العقد لا تتوقف عليه. ويرد عليه أن الصداق كذلك فالأولى جعلهما شرطين"<sup>7</sup>، بل، ويذهب الإمام الخطّاب رحمه الله فيما يتعلق بالشهود و

<sup>1</sup> ينظر: أحكام الأحوال الشخصية، سالم الرافي، ص 226 - الزواج العرفي، عبد المالك المطلق، ص 70.

<sup>2</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 220/2.

<sup>3</sup> عبد الرحمن الجندي، 246/6.

<sup>4</sup> ابن قدامة، 10/2.

<sup>5</sup> ينظر: الفواكه الدواني، النفراوي، 22/2 - القوانين الفقهية، ابن جزير، ص 195 - حاشية البناي على شرح الزرقاني البناني، 168/2.

<sup>6</sup> ينظر: حاشية الدسوقي، ابن عرفة، 220/2 - شرح الزقاني على مختصر سيدي خليل، الزرقاني، 168/2.

<sup>7</sup> ينظر: تقريرات محمد عيش بهامش الشرح الكبير، محمد عيش، 220/2 - الشرح الصغير، الدردير، 375/1.

الصداق إلى أبعد من هذا، حيث يقول: "وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدّ في الأركان و لا في الشروط، لوجود النكاح الشرعي بدونهما. غاية الأمر أنّه يشترط في صحّة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد."<sup>1</sup>

وهناك من عدّ أركان النكاح ثلاثة، هي: المحل والولي والصيغة.<sup>2</sup>

ومنهم من عدّ أركان الزواج إثنان، هما: الزوج والزوجة. وهو ما ذهب إليه الإمام الحطاب بقوله: "أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاحا شرعيا إلاّ بها. لكن الظاهر أنّ الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان."<sup>3</sup>

**ب- عند الشافعية:** يذهب جمهور الشافعية إلى أنّ أركان الزواج خمسة، وهي: الزوج، الزوجة، الولي الصيغة والشاهدان.<sup>4</sup>

قال الشرقاوي: "وأركانه خمسة: زوج وزوجة وولي وشاهدين وصيغة."

ومنهم من عدّها أربعة أركان، على اعتبار الشاهدين شرط صحّة عقد الزواج.<sup>5</sup>

**ج- عند الحنابلة:** فهناك من عدّ أركان النكاح خمسة، وهي: الولي، الشاهدان، الإيجاب والقبول، تعيين الزوجين، والتراضي بينهما. وهناك من عدّها ثلاثة، هي: الزوجان، الإيجاب، والقبول.<sup>6</sup>

وثمة من عدّها إثنان فقط، هما: الإيجاب والقبول. يقول الإمام البهوتي رحمه الله: "ركناه - أي النكاح - إيجاب وقبول."<sup>7</sup>

**د- عند الحنفية:** ويرى الحنفية أنّ عقد الزواج، إنّما يقوم على ركن واحد هو: الإيجاب والقبول. وهناك من عدّها ركنان بالفصل بينهما. قال الإمام الكاساني رحمه الله: "وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول"<sup>8</sup>. وقال الإمام ابن الهمام رحمه الله: "أركان الزواج اثنان هي: إيجاب وقبول."<sup>9</sup>

<sup>1</sup> مواهب الجليل، 419/3.

<sup>2</sup> الشرح الصغير، الدردير، 375/1.

<sup>3</sup> مواهب الجليل، 419/3.

<sup>4</sup> ينظر: معني المحتاج، الشربيني، 149/3 - الروضة، النووي، 45/7 - المهذب، الشيرازي، 45/2.

<sup>5</sup> ينظر: معني المحتاج، الشربيني، 194/3 - الوسيط في المذهب، الغزالي، 53/5.

<sup>6</sup> ينظر: الكافي في فقه الإمام أحمد، ابن قدامة، 10/3 - كشف القناع، البهوتي، 19/3.

<sup>7</sup> شرح منتهى الإرادات، 118/5.

<sup>8</sup> بدائع الصنائع، 229/2.

<sup>9</sup> شرح فتح القدير، 103/3.

وقد علّل ذلك ابن مفلح رحمه الله بقوله: "أركان عقد النكاح الإيجاب والقبول، لأنّ ماهية النكاح مركبة منهما ومتوقّفة عليها."<sup>1</sup>

وفي هذا السياق، يقول مصطفى الزرقا رحمه الله: "وركن العقد هو ما يعبر عن اتفاق الإرادتين من إيجاب وقبول، أو ما يقوم مقامهما... لأنّهما العنصران الذاتيان في ماهية العقد ومعناه، فبارتباطهما الشرعي يقوم العقد ويتكوّن... وعلى هذا، لا يعتبر الفاعل ركنا في المعنى الاصطلاحي للركن. لأنّ الفاعل ليس جزء ذاتيا في معنى الفعل وماهيته، وإن كان لا بدّ لكلّ فعل من فاعل، فالعاقد إذن لا يسمّى ركنا في العقد، باعتبار أنّه أحد الجانبين الأساسيين في تكوينه... وإنّ التحقيق ما قد بيّناه. فالعاقدان والحل المعقود عليه، تعتبر من مقومات العقد، ولكنّها ليست أركاننا بالمعنى الاصطلاحي للركن."<sup>2</sup>

وقال الشيخ عبدالوهاب خلاف رحمه الله - وهو ما اختاره بعض المتأخرين<sup>3</sup> - في زيادة تجلية تجلية وتوضيح: "أركان كلّ عقد هي أجزاءه التي يتركب منها ويتحقّق بها وجوده وانعقاده، وهي: العاقدان والمعقود عليه، وصيغة العقد المكونة في الإيجاب والقبول. ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه اقتصر أكثر الفقهاء على بيان أركان الزواج على قولهم: أركان الزواج الإيجاب والقبول."<sup>4</sup>

وهذا الذي اختاره؛ لقوة أدلته ورجاحتها من جهة. فضلا عن وجود اتفاق بين الفقهاء على اعتبار الإيجاب والقبول ركنا لعقد الزواج من جهة أخرى.

### ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري

إنّه، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري رقم: 09-05 لسنة 2005م، لاسيما منها المواد: 04، 09، 1/33. نخلص إلى أنّ المشرع اعتبر عقد الزواج يقوم على ركن واحد فقط، هو<sup>5</sup>: ركن الرضا. فقد نص في المادة: 09 على أنّه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."

<sup>1</sup> المبدع، 17/7.

<sup>2</sup> المدخل الفقهي العام، 301، 300/1.

<sup>3</sup> ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 80/6 - الأحوال الشخصية في مذاهب أهل السنّة ومذهب الجعفرية، محمّد حسين الذهبي، ص 44 - دراسات في أحكام الزواج، محمّد البلتاجي، ص 131.

<sup>4</sup> أحكام الأحوال الشخصية، ص 18.

<sup>5</sup> يرى تشوار الجليلي بأنّ عقد الزواج يقوم على ركنين أساسيين هما: الرضا والاختلاف في الجنس. فبالنسبة للاختلاف الجنسي إنّما ينقسم إلى قسمين: الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي. ومعناه الوهمي أو النفسي. والمقصود هنا إنّما هو الأول. ذلك أنّه من الثوابت في أحكام الأحوال الشخصية أنّ يتمّ الزواج بين رجل وامرأة، فيكون كل واحد منهما يحمل من الصفات التناسلية ما يجعله ذكرا أم أنثى. لكن الإشكال يثور في حالة ما إذا كان الشخص



الزوجين." وهذا تأكيداً لما نصت عليه المادة: 04 القاضية بأن: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة..."

كما يبيّن أثر تخلف هذا الركن في المادة: 1/33، والتي جاء فيها: "بيطل الزواج إذا احتل ركن الرضا."

ويؤكد المشرع الجزائري اختياره هذا، من خلال ما ورد في معرض بيانه لأسباب تعديل المادة: 09 المحددة لأركان الزواج\* بقوله: "مما لاشكّ فيه أنّ عقد الزواج يتميّز من الناحية القانونية عن باقي العقود من جهة أنّه يخضع للعديد من القواعد والشروط التي تخضع لها هذه العقود. إلاّ أنّه يتميّز عنها بعدة خصائص، لاسيما كونه عقد رضائي يتمّ بمجرد تبادل الرضا بين رجل وامرأة..."<sup>1</sup>

فمن خلال ما تضمّنته نصوص هذه المواد، لاسيما المادة: 09 منها. وكذا ما جاء في معرض بيان أسباب تعديل هذا النص؛ نجد بأنّ المشرع الجزائري آثر اختيار ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من الحنابلة، الذين يقصرون أركان عقد الزواج في ركن واحد- إجمالاً- هو الإيجاب

---

يحمل من الصفات التناسلية الذكرية والأنثوية في آن واحد دون أن تغلب عليه إحداها، وهو ما يعرف بالخنثى المشكل. فيثور التساؤل هنا عن مدى أحقيته في إنشاء عقد الزواج؟

والحقيقة أنّ هذا الشخص، قد يبقى طول حياته دون زواج ما دام على هذه الحال، لعدم تحقيق صفة الذكورة أو الأنوثة فيه بشكل تام، فيحرم بذلك من نعمة الزواج والإنجاب والمصاهر... إلخ.

إلاّ أنّ ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن أنّه: "لا يوجد في الوقت الحاضر أيّ مانع من الاستعانة بأهل المعرفة والمتخصّصين من رجال الطب للكشف عن حقيقته. فالعدالة الاجتماعية تقتضي بأنّ تحل مشكلة هذا الخنثى عن طريق الاستعانة بالتقدم العلمي في مجال الطب، وإجراء عملية جراحية لأعضائه التناسلية لتوطيد سمة العضو المتغلب لديه. وبالطبع لا يتمّ ذلك إلاّ بعد فحص طبي دقيق، حتّى يمكن تحديد معطياته الجسمية التي تحوّل الانتماء إلى جنس معين، ومن ثمّ يتمّ تصحيح أعضائه التناسلية، وكذا أوراقه الرسمية."

- ينظر: الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 09 وما بعدها.

وينظر في موضوع تغيير الجنس وزرع الأعضاء التناسلية، وعلاقتها بعقد الزواج وآثاره:

- الجوانب الفقهية المتعلقة بتغيير الجنس، بديعة علي أحمد، ص 56، 112.

- أثر زرع الأعضاء التناسلية على مسألة النسب، زيري بن قويدر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، العدد 07، فيفري 2011 م، ص 132، 144.

\* من النقائص الشكلية التي تميّز بها قانون الأسرة الجزائري حتّى بعد تعديله، أن يدرج تحت مسمّى أركان عقد الزواج: نص المادة: 09 مكرر، وكذا المواد: من 11 إلى 17. وهي جميعاً- في حقيقة الأمر- نصوص خاصة بشروط عقد الزواج، فقد كان من الواجب أن يدرجها تحت مسمى: شروط عقد الزواج.

<sup>1</sup> ينظر: موقع المجلس الشعبي الوطني على شبكة الأنترنت: WWW.ANP.DZ

- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، عبد القادر بن داود، ص 82.

والقبول. مخالفاً بذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - من مالكية، شافعية وحنابلة - الذين يرون بأن أركان الزواج لا تنحصر في هذا الركن فحسب، بل، تعدّاه لتشمل أركان أخرى - على التفصيل المتقدم آنفاً - إلا أن مسلك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 09، وإن كان قد وافق ما ذهب إليه الحنفية وبعض الحنابلة، وله أن يختار ما يشاء في هذا الصدد، إلا أن صيغة هذه المادة غير مطابقة لما هو مقرر في المذهب الذي اختاره. فكان النص معيباً من هذا الجانب. وفيما يأتي توضيح ذلك.

إن الناظر في المصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في معرض بيانه وتحديد له لأركان عقد الزواج، والمتمثل في: "الرضا". يلحظ بأنه إطلاق غير صحيح في الدلالة على المقصود، أي الركنية سواء من حيث: الاستعمال المعجمي أو الاصطلاحي - الفقهي والقانوني - ذلك أن الرضا في حقيقته، أمر معنوي خفي لا يمكن الاطلاع عليه. ومن باب أولى أن لا يُعتدّ به كأساس في بناء أية علاقة تعاقدية، بما فيها الزواج. لذا، كان في حاجة إلى آلية تؤدي إلى إظهاره وتحليلته بما يحقّق هذا المقصد، وهي التي أطلق عليها الفقهاء: الإيجاب والقبول، أو الصيغة<sup>1</sup>. ولهذا السبب وجدنا فقهاءنا المتقدمين منهم والمتأخرين، قد عنوا بهذا الركن عناية واسعة لما له من أثر في بناء عقد الزواج. إذ لم يقتصروا على الإرادة الباطنية - أي الرضا، كما فعل المشرع الجزائري - في إنشاء هذا العقد، بل، اعتبروا في ذلك الإرادة الظاهرية من إيجاب وقبول، أو صيغة.

وفي هذا الصدد يقول السنهوري رحمه الله: "يُكثر الفقهاء من الكلام في صيغة العقد، فقد عنوا بهذه المسألة عناية كبيرة. ذلك أن الفقه الإسلامي نزعتة موضوعية... وأول أثر لهذه التزعة، أنه يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة. ولما كانت الإرادة الظاهرة هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة، فقد وقف الفقهاء عند هذا المظهر الخارجي. والمظهر الذي يعتدون به في الأصل هو اللفظ قبل أيّ مظهر خارجي آخر نستخلص منه الإرادة الباطنة، فهو أول أداة يعوّل عليها في هذه الصيغة."<sup>2</sup>

وعليه، فإنّه وبجعل المشرع الجزائري للرضا ركناً في عقد الزواج، يكون قد خالف كل القواعد اللغوية، الفقهية والقانونية، وذلك بأن يكون قد جعل الشروط بدلاً للأركان. فالرضا في حقيقته شرط انعقاد وليس ركناً من أركان العقد، لأنّ شروط الانعقاد هي تلك الشروط التي

<sup>1</sup> نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، ص 41، ص 327

<sup>2</sup> مصادر الحق في الفقه الإسلامي، 61/1.

يطلب توافرها في أركان العقد عند إنشائه أو انعقاده. ثم إن الرضا مطلوب توافره في من يبرم عقد الزواج<sup>1</sup>.

قلت: إنه وتأسيسا على ما تقدم، فإنه يجدر بالمشرع أن يعيد النظر في صياغة نص المادتين: 09 و1/33 لاشترائيهما في استعمال مصطلح الرضا كركن. فهذه المادة: 1/33 إلى جانب قصورها من حيث استعمال مصطلح الرضا- وقد تقدّم بيان قصور استعماله- فإن صياغتها غير سليمة. إذ أن الناظر في عبارتها: " يبطل الزواج إذا احتل ركن الرضا". يلحظ وكأن مصطلح: "احتل"، يمتثل وجود عيب في شرط من الشروط التي ينبغي توافرها في الركن، بينما الصواب أن يرتب على: " تخلف " أو: "انعدام" الركن: البطلان.

ولذلك نقترح أن تكون صيغة هذين النص، كالآتي:

بالنسبة للمادة 09: " ينعقد الزواج بتبادل الإيجاب والقبول.

وبالنسبة للمادة 1/33: " يبطل الزواج إذا تخلف ركنه.

أما عن طريقة تبادل الإيجاب والقبول- أو الصيغة- في عقد الزواج، فقد نظّمها المشرع الجزائري بموجب المادة: 10 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: " 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.

وعليه، يكون المشرع الجزائري من خلال هذا النص قد حدّد آلية التعبير عن الإرادة التعاقدية المؤدية إلى إنشاء عقد الزواج، بأن جعل في ذلك- كما فعل الفقهاء-: أصلا واستثناء.

**فالأصل:** حسب نص المادة: 1/10 أن يتمّ تبادل الإيجاب والقبول مشافهة، أي عن طريق التلّفظ بهما. موافقا بذلك اتفاق الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بعدم انعقاد الزواج بغير كلام- التلّفظ- مع القدرة على ذلك، لآفتقار العقد إلى الإشهار والإعلان، ويتحقّق ذلك بالكلام لا بغيره<sup>2</sup>.

أما عن المادة اللفظية التي يتمّ من خلالها تبادل الإيجاب والقبول، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار كل: " لفظ يفيد معنى النكاح شرعا." موافقا بذلك ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله والذي يرى بأنّه: " ينعقد النكاح بما عدّه الناس نكاحا وبأي لغة ولفظ كان،

<sup>1</sup> دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمّد محدة، جريدة اليوم، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 26-09-2004م، ص 21.

<sup>2</sup> أحكام الخطبة والزواج، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 55.

ومثله كل عقد<sup>1</sup> - ذلك أن الفقهاء اختلفوا في الألفاظ التي ينعقد بها عقد الزواج بين مضيق وموسع في ذلك<sup>2</sup>.

أما الإستثناء: فيتمثل في حالة العجز عن التلفظ بالإيجاب أو القبول، حيث قرّر المشرع الجزائري في حالة عجز أحد العاقدين - أو كليهما - عن تبادل الإيجاب والقبول عن طريق الكلام، كأن يكون أحرس أو أبكم، أن له أن يعبر عن إرادته في إنشاء عقد الزواج بأية وسيلة يفهم منها هذا القصد. نحو الكتابة والإشارة. ولا يهم في ذلك الترتيب، إذ لا يشترط حسب منطوق نص المادة، إلزام العاقد العاجز عن الكلام بأن يعبر عن إرادته التعاقدية بالكتابة إذا كان يحسنها، وإلاّ انتقل إلى استعمال الإشارة التي تفيد ذلك المقصود. وإتّما يمكنه استعمال الإشارة التي تدل دلالة مفهومه على قصد إبرام عقد الزواج ابتداء وإن كان يحسن الكتابة. فكانت الكتابة والإشارة - باعتبارها نوع من أنواع الدلات - سواء .

وعليه، يكون المشرع الجزائري من خلال ما تضمّنه نص المادة: 2/10 قد اختار مذهب جمهور الفقهاء<sup>3</sup>. وخالف ما قال به الحنفية في رأي أول - يعتبر أصل المذهب<sup>1</sup> - حيث ألزموا

<sup>1</sup> ينظر: الفتاوى الكبرى، 450/5 - الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ص 119.

<sup>2</sup> فذهب الشافعية والحنابلة إلى اعتبار لفظي: التزويج و الإنكاح فقط ( وهما محل اتفاق بين الفقهاء) - وذهب الظاهرية إلى اعتبار: لفظ التمليك.

- وذهب الشيعة الجعفرية في الراجح عندهم إلى اعتبار: لفظ التمتع.

- وذهب الحنيفة إلى اعتبار كل لفظ يفيد التمليك نحو: البيع، الهبة، الصدقة والتمليك.

- أمّا المالكية فقد اختلفوا في المسألة على أقوال أربعة:

القول الأول: انعقاد الزواج بألفاظ التزويج و الإنكاح.

القول الثاني: انعقاد الزواج بلفظ: وهبت إن اقترنت بذكر الصداق (لأنه قرينة على عقد الزواج)

القول الثالث: انعقاد الزواج بلفظ: بعثت أو ملكت - وكلّ لفظ يفيد البقاء مدى الحياة متى اقترنت بذكر الصداق كلفظ: وهبت - وخالف في ذلك بعضهم.

القول الرابع: عدم انعقاد الزواج بأيّ لفظ لا يفيد معنى البقاء مدى الحياة - وإن اقترنت بالصداق - كالإجارة والعارية.

ينظر: نهاية المحتاج، الرملي، 207/6 - حاشية الطحاوي، الطحاوي، 5/2 - الإنصاف، المرادوي، 45/8.

المحلي، ابن حزم، 464/9 - شرائع الإسلام، المحلي، 272/2 - أحكام الأسرة، مصطفى شلبي، ص 99 - شرح

العناية على الهداية، الباري، 105/3 - تبين الحقائق، الزيلعي، 96/2 - الإشراف، القاضي عبد الوهاب،

699/2 - الاستذكار، ابن عبد البر، 69/16 - بداية المجتهد، ابن رشد، 10/2.

<sup>3</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 231/2 - الفتاوى الهندية، الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، 422/1 -

مواهب الجليل، الخطيب، 422/3 - حاشية البجيرمي على الخطيب، البجيرمي، 396/3 - المغني، ابن

قدامة، 430/7 - الفروع، ابن مفلح، 169/5 - شرح الأحكام الشرعية، الأبياني، 52/1 - المحلي، ابن حزم،

464/9.

العاجز عن الكلام عند إبرام عقد الزواج متى كان قادرا على الكتابة أن يعبر عن إيجابه أو قبوله من خلالها، لأنها: "أبين وأوضح دلالة من الإشارة، ومن يستطيع الأعلى لا يقبل منه الأدنى."<sup>2</sup> والراجح في المسألة، ما قال به الحنفية في أصل مذهبهم إذ الكتابة - ولا ريب - أقوى من حيث الدلالة والمقصود من الإشارة، التي قد يشوبها شك عند بعض الشهود - أوحى ضابط الحالة المدنية أو الموثق - فكانت الكتابة يقينا أوقرية منه، بينما الإشارة فيها شيء من الشك، فتقدم الكتابة - لمن يحسنها - عن الإشارة بالنسبة للعاجز عن الكلام، حتى لا تستباح الفروج إلاّ بيقين - أو ما في حكمه. لذا، كان الأولى بالمشرع الجزائري أن يأخذ بهذا الرأي، والذي اختارته العديد من التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية.<sup>3</sup>

### المطلب الرابع : شروط عقد الزواج

إنّ الناظر في مسألة شروط عقد الزواج في كتب المذاهب الفقهية الإسلامية، يلحظ بأنّ للزواج شروطا مختلفة، وتقسيمات مختلفة - أيضا - عند الفقهاء.<sup>4</sup>

أ- فيذهب الحنفية: إلى أنّ الشروط في الزواج على أربعة أنواع<sup>5</sup> - من حيث الاختلاف - فهناك:

- شرائع الإسلام، الحلبي، 273/2 - أحكام الأسرة، مصطفى شلي، ص 105.

<sup>1</sup> ينظر: عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 78 - الأحوال الشخصية، محمد حسين الذهبي، ص 56.

<sup>2</sup> عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 78.

<sup>3</sup> فقد نص المشرع المغربي في المادة: 2/10 من مدونة الأسرة على أنه: "يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلاّ فيإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشهود."

ونص المشرع الكويتي في المادة 9/ج على أنه: "وعند العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة." وهذا ما نص عليه كلّ من: القانون السوري: المادة 10 - والعماني: المادة 17 - والصومالي: المادة 5/8 - واللبناني: المادة 10. - ومشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد: المادة 6/ج.

<sup>4</sup> تختلف الشروط في عقد الزواج في المذاهب الفقهية؛ فمنها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، ومنها أخرى معتبرة عند البعض دون البعض الآخر من المذاهب.

ينظر تفصيل ذلك: أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 113 وما بعدها - مدونة الفقه المالكي وأدلتها، عبد الرحمن الغرياني 571/2 وما بعدها - المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 97/6 وما بعدها - الأحوال الشخصية الغندور، ص 71 وما بعدها - الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها في الشريعة الإسلامية، أمير عبد العزيز، ص 24 وما بعدها.

<sup>5</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 232/2.

\* و إن كان ثمة من حصرها في اثنين فقط هما: شروط الانعقاد والصحة ( ينظر: شرح الأحكام الشرعية، محمد زيد الأبياني، 42/1)

شروط الانعقاد<sup>1</sup>، وشروط الصحة<sup>2</sup>، وشروط النفاذ<sup>3</sup>، وكذا شروط اللزوم<sup>4</sup>. وهذه الشروط مرتبة تدرّجاً في كلّ عقد؛ فالانعقاد هو الأساس. فإذا وجد، يأتي دور الصحة. فإذا توفّرت، ينظر في مدى نفاذ العقد. فإذا ثبت النفاذ، يبحث في العقد هل هو لازم أم لا؟

فتلك مراتب أربع، يتوقف وجود كل واحد منها على توافر أمور تسمّى في الاصطلاح بـ: الشروط. متى وجدت؛ تحققت، وإذا انتفت أو واحد منها؛ انعدمت.

أمّا من حيث النّظر إلى شروط عقد الزواج من جهة الأقسام، فهو على ثلاثة- تحقّقاً في المذهب الحنفي<sup>5</sup> - وهي: الزواج الصحيح، الباطل، والفاسد.

فالزواج الصحيح: هو الذي استوفى شرائط انعقاده تامة.

وأما الزواج الباطل: فهو الذي تخلف واحد أو أكثر من شروط انعقاده.

وأما الزواج الفاسد: فهو الذي تخلف واحد فأكثر من شرائط الصحة فيه.

هذا، ويمكن إجمال تلك الأنواع الأربعة من شروط الزواج في المذهب الحنفي، من خلال الجدول الآتي<sup>6</sup>:

- 
- <sup>1</sup> وشروط الانعقاد: هي الشروط التي يلزم توافرها في أركان العقد، بحيث لو تخلف شرط منها كان العقد باطلاً شرعاً، ولا يترتب عليه أثر. وهي: شروط في العاقدين، وفي المعقود عليه، وفي الصيغة.
- <sup>2</sup> وشروط الصحة: هي الشروط التي يلزم توافرها في العقد بعد انعقاده لترتيب الآثار الشرعية عليه، بحيث إذا تخلف شرط منها انتفت الصحة على العقد وكان فاسداً.
- وهي الشروط المتمثلة في: أن لا يكون بين الزوجين حرمة مؤبدة أو مؤقتة، تأييد صيغة العقد، الإشهاد على الزواج، وأن لا يكون العاقد محرماً بحج أو عمرة.
- <sup>3</sup> وشروط النفاذ: هي تلك الشروط التي لا تنفذ أحكام عقد الزواج على كل من عقديه بغير وجودها. فيكون عقداً موقوفاً. أو هي: الشروط التي لا بد من توافرها لترتيب آثار العقد عليه، بحيث إذا تخلف شرط منها كان العقد موقوفاً على إجازة من له الحق في ذلك. وتمثل هذه الشروط في: توافر صفة مباشرة العقد (الزوجية، الولاية، الوكالة)، عدم تجاوز حدود الإنابة متى كان العاقد وكيلًا.
- <sup>4</sup> وشروط اللزوم: هي التي يتوقف عليها بقاء العقد مرتباً لجميع آثاره الشرعية، بحيث لا يكون لأيّ أحد حقّ الخيار في فسخه ورفع من أساسه، سواء أكان أحد العاقدين أو غيرهما. وتمثل هذه الشروط في: أن يتولى نكاح ناقص الأهلية أحد أصوله أو فروعه - وإلا كان له المطالبة بالفسخ حال اكتمال أهليته - وكذا: الكفاءة، الخلو من التغيرير بين الزوجين، الخلو من العيوب التي تبيح طلب فسخ عقد الزواج.
- <sup>5</sup> ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلبي، ص 15، 14 - بحوث مقارنة، الدريني، 382/2.
- <sup>6</sup> ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلبي، ص 15 وما بعدها - أحكام الأسرة، الشرنباصي، ص 125 وما بعدها. الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص 40 وما بعدها - الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 80/7 وما بعدها.



شروط النفاذ	شروط الصحة	شروط الانعقاد
<p>1- أهلية وصفة التقاعد وإلا كان العقد موقوفا على إجازة من يملك هذا الحق.</p> <p>2- إجازة الولي أو الوكيل إذا كان أحد الزوجين أو كلاهما ناقص الأهلية.</p> <p>- أما عدم الأهلية فالإجازة الصادرة عن الولي أو الوكيل لا تعتبر فاعلة- لأن الإجازة لا تجعل العقد الباطل صحيحا.</p>	<p>1- أن يتولى العقد ولي المرأة</p> <p>- عند الجمهور بخلاف الحنفية الذين يميزون الزواج بعارة النساء -</p> <p>2- الشهادة على النكاح</p> <p>3- أن تكون صيغة العقد مؤبدة</p>	<p>* شروط خاصة بالعاقدين:</p> <p>1- أهلية مباشرة العقد</p> <p>2- العلم بما صدر عن الطرف الآخر</p> <p>3- إسلام الزوج متى كانت الزوجة مسلمة</p> <p>* شروط خاصة بمحل العقد (المرأة)</p> <p>1- أن تكون أنثى محققة الأنوثة</p> <p>2- ألا تكون محرمة على الرجل تحريما قطعيا لا شبهة فيه.</p> <p>* شروط يجب توافرها في العقد:</p> <p>1- إتحاد مجلس الإيجاب والقبول</p> <p>2- موافقة القبول للإيجاب</p> <p>3- الإنجاز في الصيغة</p>

ب- أمّا عند جمهور الفقهاء: فقد ذهبوا إلى أن شروط الزواج- من جهة الاختلاف- ثلاثة أنواع، هي: شروط الصحة، شروط النفاذ، وكذا شروط اللزوم. فيجعلوا بذلك كلاً من شروط الانعقاد والصحة عند الحنفية، نوعاً واحداً هو: شروط الصحة.

لذا، كان أن ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنّ شروط الزواج- من جهة الأقسام- إثنان، هما: الزواج الصحيح، وغير الصحيح. وهذا الأخير يطلق عليه: الزواج الباطل أو الفاسد.

وفي هذا الصدد، يقول مصطفى شلي رحمه الله، مبيّناً مذهب الجمهور لأنواع وأقسام الشروط في عقد الزواج: "أمّا الذين لم يفرّقوا بينها\* وجعلوا غير الصحيح نوعاً واحداً يسمى بالباطل أو الفاسد فليس عندهم شروط للانعقاد وأخرى للصحة، بل، كلّها شروط للصحة. فأنواع الشروط للزواج عندهم ثلاثة."<sup>1</sup>

وعلى هذا، تكون شروط عقد الزواج عند جمهور الفقهاء مقاربة إلى حدّ بعيد لما هو مقرّر عند الحنفية- على النحو المتقدّم البيان- مع اختلاف في الإطلاق، فكان أن تقرّر في الموازنة- إجمالاً- بين الفريقين أنّ: الاختلاف في الألفاظ والمباني لا في الدلالات والمعاني. لذا، يمكن الحكم- تجوّزاً- على أنّ الفقهاء متّفقون على اشتراط كل من: الولي، الإشهاد، الصداق، الأهلية، وانتفاء المحرمية بين العاقدين كشروط في عقد الزواج- وهذا إذا ما استثنينا حكم اشتراط الولي بالنسبة للمرأة البالغة متى زوجت نفسها أو غيرها بتوافر شرطي: الكفاءة، ومهر المثل عند الحنفية. وكذا: شرط الإعلان عند المالكية بدل الإشهاد، على وفق ما سيتمّ بسطه وتوضيحه لاحقاً.

ج- أمّا عن موقف المشرع الجزائري: من مجمل هذه الشروط، فإنّه وبالرجوع إلى نص المادة: 09 مكرر، التي حدّد فيها شروط عقد الزواج- بشكل مجمل- وكذا نصوص المواد: 32، 33، 34. والمتعلقة بأحكام النكاح الفاسد والباطل، يتّضح جلياً بأنّه اختار مذهب الجمهور. وذلك بجعله تلك الشروط في نفس الدرجة- ابتداءً- حسب نص المادة: 09 مكرر، والتي جاء فيها:

" يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية :

أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، انعدام الموانع الشرعية."

فاعتبرها شروط صحة في عقد الزواج.

\* أي لم يفرّقوا بين الشروط من حيث الأقسام الثلاثة على ما ذهب إليه الحنفية.

<sup>1</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 114.

لينتقل بعدها بمناسبة عرضه لأحكام الزواج الفاسد والباطل إلى اختيار مذهب الحنفية، حيث ميّز بين الحالات التي يكون فيها عقد الزواج باطلا- المادة:32- وبين الأخرى التي يكون فيها فاسدا المواد: 2/33، 34- من قانون الأسرة الجزائري رقم: 09-05 لسنة 2005م.

وفيما يأتي تفصيل شروط صحّة، أو ما يطلق عليها: الشروط الشرعية- أو الموضوعية- في عقد الزواج وفقا لما ورد في الفقه الإسلامي، وقانون الأسرة الجزائري- المادة: 09 مكرر، وما يخدمها من نصوص- متّبعاً في هذا التفصيل والبيان منهج المشرع من حيث التدرّج في ترتيب هذه الشروط، مع الاقتصار على شرطي: الأهلية، والولي، باعتبارهما محلّ التجديد الذي عرفه القانون.

### الفرع الأول: الأهلية في عقد الزواج

إنّه ولما كان عقد الزواج- بالمعنى السالف البيان- من الأهمية بمكان، يتجلّى بعضها في تعمير الكون، وتحقيق معنى الخلافة عن الله ﷻ على الوجه الأكمل، وتلبية الحاجات الفطرية، الغريزية لدى الإنسان على النحو اللائق بكرامته وتكريمه، والتناسل بغير معصية وخذلان، فوجود الإنسان بغير هذا المسلك- الطاهر العفيف- وجود قلق يعوزه النسب الذي إليه ينتمي، والأسرة التي بها يجتمعي، والتي هي ركيزة المجتمع الأساسية التي يقوم عليها صرحه المتين. كان أن اشترط في إبرام هذا العقد شرطا يكون ضامنا لإدراك المقبل عليه بأهميّة هذا التصرف، وما يترتب عليه من آثار وأعباء، تقتضي قدرا من هذا الوعي والإدراك في تحمل المسؤولية.

لذا، وجدنا الشريعة الإسلامية؛ وهي شريعة جاءت لتكون مبادؤها خالدة، قابلة للتطبيق في كلّ عصر ومصر، صالحة لكلّ زمان ومكان. لم تُقدّر أو لم تحدّد سنّا ثابتا لإبرام عقد الزواج كحد أدنى. وذلك لاختلاف محدّداته باختلاف البيئات والأوضاع الاجتماعية والاقتصادية والفيزيولوجية والنفسية، من بلاد إلى أخرى، ومن شخص لآخر.

وتبعا لذلك، تقرر اختلاف المذاهب الفقهية الإسلامية، والتشريعات الوضعية حول مسألة الأهلية في إبرام عقد الزواج- أصالة ونيابة- وهو ما سأعرض له في هذا العنصر من الدراسة، وذلك من خلال بيان: مدلول إطلاق الأهلية، مذاهب الفقهاء في أهلية الزواج، وكذا موقف المشرع الوطني منها.

وفيما يأتي تفصيل كلّ ذلك.

### أولا: مدلول الأهلية

أ- الأهلية في اللغة<sup>1</sup>: مؤنث الأهلي، المنسوب إلى الأهل. والأهل للشيء؛ الصالح له. فيقال: فلان أهل لهذا الأمر، وهو أهل ذاك، وأهل لذاك. ويقال أيضا: هو أهله ذلك وأهله لذلك الأمر

<sup>1</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 1/254 - المعجم الوسيط، إبراهيم أنيس ورفاقه، 1/32.

تأهילה وآهله؛ رآه له أهلا. فيقال: فلان أهل لهذا العمل؛ أي صالح له، وجدير به. وعلى هذا، تكون الأهلية للأمر؛ الصلاحية له.

ب- الأهلية اصطلاحا: عرفها الأصوليون تعريفات تكاد تكون متطابقة، وذلك باعتبارها صفة يفترضها الشارع في الشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، وتثبت عليه الواجبات، وتصحّ منه التصرفات<sup>1</sup>. فقيل بأنّها: "عبارة عن صلاحيته- أي الإنسان- لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه."<sup>2</sup>

وعرفها الفقهاء بأنّها: "صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي."<sup>3</sup> وتنقسم الأهلية- إجمالاً- إلى قسمين: أهلية وجوب، وأهلية أداء.

القسم الأول- أهلية الوجوب: وهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق المشروعة له أو وجوبها عليه. بمعنى آخر: هي صلاحية الإنسان للإلزام والإلتزام. وتنقسم أهلية الوجوب بدورها إلى قسمين: ناقصة، وكاملة.

ف- أهلية الوجوب الناقصة: هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط- أي صلاحيته للإلزام- وهذه الأهلية تثبت للجنين وهو في بطن أمّه. والحقوق التي تثبت له هي التي لها فيها منفعة، ولا تتوقف على عنصر القبول، نحو: النسب، الإرث، والوصية. وتثبت للجنين أهلية الوجوب قاصرة، لأنّه في هذا الوقت يكون جزء من أمّه، يتحرك بحركتها ويقرّر بقرارها... ولكنها لما كان منفرداً بالحياة، ومعدّاً للانفصال وصورته نفساً مستقلة، لم يكن جزء الأمّ مطلقاً. ولذلك كانت أهلية الوجوب التي تثبت له: أهلية وجوب قاصرة.

أمّا: أهلية الوجوب الكاملة: فهي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق له وعليه. وثبت هذه الأهلية فور ولادة الإنسان، فيكون صالحاً لاكتساب الحقوق، وتحمل الواجبات التي يجوز للولي أدائها نيابة عنه.

هذا، وواضح مما تقدّم بأنّ أهلية الوجوب إنّما أساسها: "صفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرشد، بل، كلّ إنسان في أيّ طور عمري كان أو صفة، حتّى الجنين والمجنون، يعتبر متمتعاً بأهلية الوجوب. والتي قد تكون قاصرة أو تامّة. لذا تقرّر أنّه: لا يوجد إنسان فاقد لهذه الأهلية.

<sup>1</sup> علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته، محمّد بن عبد الله بن محمّد العامر، ص 120.

<sup>2</sup> كشف الأسرار، علاء الدين البخاري، 237/4.

<sup>3</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء، 738/2.

أمّا: أهلية الأداء: فهي صلاحية الإنسان لصدور التصرف منه على وجه يعتدّ به شرعا. بمعنى: أن يكون صالحا بمقتضى هذه الأهلية لاكتساب الحقوق الناشئة عن تصرفاته وإنشاء الحقوق لغيره بهذه التصرفات. على أن مناط هذه الأهلية إنّما هو: التمييز والعقل. فلا تثبت للإنسان - فقها - إلاّ بعد سنّ التمييز. وعلى هذا؛ فالجنون والصبي والمعتوه غير المميّز ليست لهم أهلية الأداء مطلقا. لأنّ عباراتهم غير صالحة لأن تكون سببا في إنشاء التصرفات، لعدم فهمهم لها، ولا لما يراد منها، ولا لما يترتب عنها من آثار وتبعات في الجملة. أمّا غير هؤلاء، فتثبت لهم أهلية الأداء على تفاوت بينهم تبعا لقوة العقل والبدن. فكمال أهلية الأداء تكون بكمال قدرة فهم الخطاب، وذلك بالعقل وكمال قدرة العمل به - وذلك بالبدن - فإذا نقصت إحداهما نقصت أهلية الأداء تبعا لذلك. وهو حال: الصبي المميز، والمعتوه البالغ. وعلى هذا، فأهلية الأداء على قسمين: قاصرة، وكاملة.

ف: أهلية الأداء القاصرة: هي صلاحية الإنسان لصدور بعض التصرفات منه على وجه يعتدّ به شرعا دون البعض الآخر. وذلك لنقصان إحدى القدرتين<sup>1</sup>، بأن يكون: عاقلا غير بالغ - وهو الصبي المميز - أو يكون: بالغا ناقص العقل - وهو المعتوه - فكل واحد منهما له أهلية أداء، ولكنها قاصرة.

أمّا: أهلية الأداء الكاملة: فهي صلاحية الإنسان لصدور كلّ تصرف منه على وجه يعتدّ به شرعا دون التوقف على إجازة غيره، وذلك لكمال قدرته العقلية والبدنية. فتثبت أهلية الأداء الكاملة للبالغ العاقل الرشيد في التصرفات المالية أو التي فيها جانب مالي، نحو: عقد البيع، الهبة، الوصية، الزواج في مقوماته المالية: إنشاء؛ كالمهر وتبعاته. أو آثارا؛ كالنفقة ومشتملاتها. وهذا القسم من الأهلية: هو مناط التكليف الشرعي، وتوجّه الخطاب من الشارع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قلت: ولعلّ من هذا المعنى ما ذهب إليه المشرع الجزائري في معرض بيانه لشرط الأهلية في عقد الزواج، حيث جمع بين عنصرين: السن القانونية - 19 سنة - الذي يشمل: العقل والبلوغ من جهة. والقدرة البدنية المتضمنة في نص المادتين: 7 و7 مكرر، على النحو الذي سيتم تفصيله لاحقا.

<sup>2</sup> ينظر فيما يتعلق ببيان مدلول الأهلية وأقسامها:

كشف الأسرار، البخاري، 237/4 - شرح التلويح، التفتازاني، 161/1، 162 - الإحكام في أصول الأحكام، الأمدي 130/1 وما بعدها - المستصفي، الغزالي، 48/1 وما بعدها - علم أصول الفقه، عبد الوهاب خلاف، ص 159، 158. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 739/1 وما بعدها - نظرية العقد، محمد أحمد سراج، ص 71 وما بعدها - الفقه الإسلامي، كمال الدين إمام، ص 72 وما بعدها - الأهلية وعوارضها، جمعة سمحان الهلباوي، ص 12.

وعلى ما تقدّم، يتضح أنّ الإنسان أو الشخص، لا تثبت له الأهلية دفعة واحدة، بل تثبت له بالتدرّج على مراحل أربعة هي: أهلية الوجوب القاصرة، ثمّ أهلية الوجوب الكاملة، وبعدها أهلية الأداء الناقصة، ثمّ أهلية الأداء الكاملة التي تجعله مناط التكليف الشرعي بشكل تام، دون حاجة إلى من يميز تصرفاته المختلفة، ومنها: إبرام عقد زواجه باعتبار أنّه أصبح كامل الأهلية في ذلك. إلّا أنّ السؤال الذي يطرح هنا، لاسيما ونحن بصدد بحث أحكام الأهلية في الزواج هو: ما حكم الزواج الذي يبرمه ناقص الأهلية أصالة، أو الذي يبرمه غيره نيابة عنه سواء أكان ناقص أو عديم الأهلية؟ وهو ما ستتم الإجابة عنه، من خلال بيان الموقف الفقهي والقانوني فيما يأتي.

### ثانياً: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

إنّ الناظر في كتب الفقه الإسلامي - لاسيما التراثية منها - يلحظ بأنّ مسألة الأهلية في الزواج منها ما هو محلّ إجماع، ومنها ما هو محلّ خلاف. فقد أجمع أهل العلم قاطبة، على أنّه لا بد من وجود أهلية الأداء في المتعاقدين في الزواج، ومن ثمّ: فالصغار دون سنّ التمييز لا تصحّ مباشرتهم لعقد زواجهم. وإنّ باشره؛ كان العقد باطلاً. فلا يقبل الإجازة مطلقاً: سواء من الأولياء أو من غيرهم، ولاحتّى منهم بعد البلوغ<sup>1</sup>، إذ لا يثبت فيه ما يعرف بـ: خيار البلوغ. وهذا أمر بديهي، لأنّ أيّ عقد، سواء أكان زواجا أم غيره يعتمد على فهم المقصود منه. والصغار دون سنّ التمييز؛ لا قصد لهم ولا رأي. لذا، رفع الشارع الحكيم التكليف عنهم. ففي الحديث - الذي رواه: عليّ وعمر وعائشة رضي الله عنهم، بروايات وصيغ متعدّدة<sup>2</sup> - أنّ النبي ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتّى يستيقظ، وعن الصبي حتّى يحتلم، عن المجنون حتّى يفيق."<sup>3</sup>

---

**ملاحظة:** لم تختلف كتب القانون التي عرضت لمسألة الأهلية عمّا ورد في كتب الأصول وكتب الفقه الإسلاميين. لذا، لم أعرض لها لتحقق المراد بما ورد في كلام الأصوليين والفقهاء، و أكتفي بالإحالة إلى المصدرين الآتين: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، 246/1 و ما بعدها - المدخل إلى القانون، حسن كبره، ص 517 وما بعدها.

<sup>1</sup> البحر المحيط، الزركشي، 345/1.

<sup>2</sup> وفي رواية عن عائشة رضي الله عنها، أنّ النبي ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتّى يستيقظ، وعن المبتلى حتّى يبرأ، وعن الصبي حتّى يحتلم" - والمراد بالمبتلى: فاقد العقل، وهو المجنون. ويؤيد هذا المعنى حديث عليّ وعمر رضي الله عنهما المتقدّم -

<sup>3</sup> أخرجه: الترمذي، أبو داود، النسائي، ابن ماجه وأحمد:



وجه الاستدلال: إنّ رفع القلم - أي التكليف - عن هؤلاء الأصناف الثلاثة المبيّنة في الحديث التّبويّ يعني عدم الإعتداد بتصرفاتهم شرعا، ومنها: الزواج.

وهذا الذي ذكرنا لا خلاف فيه بين الفقهاء. وإنّما الخلاف هنا في المسألتين الآتيتين:

المسألة الأولى: مباشرة الصغير عقد زواجه إذا بلغ سنّ التمييز وقبل أن يبلغ الحلم.

والمسألة الثانية: مباشرة الولي عقد تزويج الصغير جبرا عليه قبل البلوغ.

وفيما يأتي بيان أقوال أهل العلم في المسألتين مشفوعة بأدلتها، مع بيان الرأي المختار.

**المسألة الأولى: حكم مباشرة الصغير المميز عقد زواجه بنفسه**

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

**الرأي الأول:** ذهب الحنفية، وأكثر المالكية، والحنابلة في رواية إلى أنّ الصغير المميز، إذا باشر

عقد زواج نفسه بإذن وليّه كان عقده صحيحا نافذا. وإن باشره بغير إذن وليّه كان العقد موقوفا

على إجازة الولي. فإن أجازته نفذ، وإلا فلا. وهذا قياسا على بيعه وشرائه، فإن بيعه وشراءه بإذن

وليّه جائزان عند هؤلاء لقوله ﷺ: «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»<sup>1</sup>، أي اختبروهم

لتعلموا رشدهم. وإنّما يتحقّق الاختبار بتفويض التصرف إليهم بيعا وشراء، فيقاس زواجه على

بيعه في توقف كلّ منهما على إجازة وليّه بجامع أنّ كلا منهما عقد معاوضة<sup>2</sup>.

**الرأي الثاني:** ذهب بعض المالكية، والشافعية والحنابلة، والظاهرية، والإباضية إلى القول ببطلان

عقود الصغير المميّز مطلقا - سواء أكانت زواجا أم غيره، وسواء أكانت نافعة نفعاً محضاً أم ضارة

ضرراً محضاً أم دائرة بين النفع والضرر، وسواء أذن له الولي أم لا - وذلك لعدم أهلية الصغير

المميّز لصدور التصرفات منه على وجه يعتدّ به شرعا. لأنّ حديث رفع القلم - المبيّن أعلاه قريبا -

---

سنن الترمذي، كتاب: الحدود عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد، 4/125. قال أبو عيسى: حديث حسن غريب.

سنن أبي داود، كتاب: الحدود، باب: في المخنون يسرق أو يصيب حداً، 4/363.

سنن النسائي، كتاب: الطلاق، باب: من لا يقع طلاقه من الأزواج، 5/265.

سنن ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والتائم، 2/512.

مسند الإمام أحمد، مسند عائشة رضي الله عنها، 6/156.

<sup>1</sup> سورة النساء: الآية 06.

<sup>2</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 2/232 - الذخيرة، القرافي، 4/206 - شرح الخرشي علي مختصر خليل،

الخرشي، 5/292 - المغني، ابن قدامة، 7/394 - كشاف القناع، البهوتي، 3/151.

لم يفرّق بين المميّز وغيره، فدلّ على أنّ الحكم بالنسبة لهما - أي الصغير المميّز وغير المميّز - سواء<sup>1</sup>.

**الترجيح:** والذي يظهر أولى في المسألة، ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، القائلين بـ: عدم جواز مباشرة الصغير - المميز غير البالغ - عقد زواج نفسه سواء أجازته الولي أم لا. لأنّ العقد بغير عاقد مؤهل له لا يصح، والصغير ولو كان مميّزا فهو مسلوب أهلية الأداء. إذ تثبت بوجود العقل كاملا، ولما كان العقل أمرا خفيا لا يدرك كماله، جعل الشارع البلوغ علامة كاشفة عنه<sup>2</sup>. وعليه، فمن بلغ الحلم عرفنا أنّه قد كمل عقله الكمال الذي علّق الشارع الحكيم التكليف عليه، إلاّ إذا ظهر لنا منه خلاف ذلك، فنعطيه عندئذ حكم ما ظهر من حاله. ومن لم يبلغ الحلم كان عقله ناقصا أو منعدما. وانعدام عقله أو نقصانه مانع من صحّة تصرفاته لعدم القصد الصحيح، ولا أثر لإجازة الولي هنا، لأنّها تعني تصحيح ما أبطله الله ﷻ على لسان رسول الله ﷺ وهو قوله: "رفع القلم عن ثلاثة... " وذكر منها الصبي مطلقا.

وأما الابتلاء في قوله ﷻ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾؛ فالمقصود به أن يمتحن الصغير في المماكسة حتّى إذا أراد العقد عقد عنه وليّه، لا أن يعقد هو. ويكون الاختبار في المماكسة لمعرفة رشده حتّى تسلم أمواله إليه إذا بلغ، لأنّ الله ﷻ علّق دفع المال إليه على شرطين، هما: إيناس الرشد، والبلوغ<sup>3</sup>. ولو فرضنا - جدلا - أنّ الابتلاء في الآية لا يتحقّق إلاّ بتفويض التصرف إليهم بيعا وشراء، فإنّ قياس الزواج على البيع والشراء غير مسلم به. لأنّ بيعه - على رأي من قال به - إنّما جاز للحاجة، وهو اختباره في أمور التجارة، للوقوف على رشده من عدمه، والزواج ليس كذلك. يعني ليس من أمور التجارة حتّى يختبر فيه. فضلا عن أنّه قياس مع الفارق، فالبيع عقد معاوضة مالية، والزواج عقد معاوضة غير مالية. والقياس مع الفارق باطل كما هو معلوم لدى الأصوليين<sup>4</sup> - والله أعلم.

<sup>1</sup> حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، 05/3 - نهاية المحتاج، الرملي، 355/4 - الشرح الكبير على

المنع، أبو الفرج ابن قدامة، 385/7 - الخلي، ابن حزم، 458/9 - شرح النيل، أطفيش، 674/13.

<sup>2</sup> شرح طلعة الشمس، السالمي، 247/2.

<sup>3</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 07/2.

<sup>4</sup> ينظر: الوجيز في أصول الفقه، عبد الكريم زيدان، ص 157، 159 - أصول الفقه، أبو زهرة، ص 240.

## المسألة الثانية: حكم تزويج الولي الصغير دون سن البلوغ

اختلف الفقهاء في هذه المسألة - أيضا - على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> - من: حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة وإباضية. وهو المنقول عن: الثوري والأوزاعي والحسن البصري والنخعي، وغيرهم<sup>2</sup> - إلى القول بثبوت الولاية على الصغير والصغيرة، فيجوز لولييهما الشرعي تزويجهما. واستدل أصحاب هذا المذهب بأدلة من الكتاب والسنة والآثار الواردة عن الصحابة والتابعين، ومن الإجماع.

أولا- من الكتاب: ورد في القرآن الكريم عدة آيات تدلّ على جواز تزويج الصغار، منها:

1- قوله ﷻ: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَى جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرَابَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>3</sup>. ومحلّ الشاهد في الآية قوله ﷻ: ﴿أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾؛ فقد جاء في تفسير: ﴿لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ معنيان:

الأول: من القول على الشيء إذا اطلع عليه، أي لا يعرفون ما العورة، ولا يميّزون بينها وبين غيرها. والثاني: من ظهر على فلان إذا قوي عليه، ومنه قوله ﷻ: ﴿فَأَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ﴾<sup>4</sup>، أي غالبين قادرين عليهم، فالمعنى: لم يبلغوا أوان القدرة على الوطء.<sup>5</sup>

وعلى كلا المعنيين، يتبيّن أن الطفل في الآية - وهو مفرد محلى بالألف واللام - يفيد عموم الجنس، مالم يبلغ التمييز بشأن عورات النساء ولا يطبق الوطء، فإن المرأة لا تحتجب منه. فإذا حصل

<sup>1</sup> ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم، 126/3 - الهداية، المرغيناني، 198/1 - بداية المجتهد، ابن رشد، 6/2، 7.

الكافي، القرطبي، 522/2 - الذخيرة، القرافي، 206/4 - مغني المحتاج، الشربيني، 160/3.

المغني، ابن قدامة، 379/7 - الفروع، ابن مفلح، 170/5 - شرح النيل، أطفيش، 365/9.

<sup>2</sup> ينظر: المحلى، ابن حزم، 38/9 - نيل الأوطار، الشوكاني، 120/6.

<sup>3</sup> سورة النور: الآية 31.

<sup>4</sup> سورة الصف: الآية 14.

<sup>5</sup> البحر المحيط، أبو حيان الأندلسي، 414/6.

الأمران أو أحدهما فيجب عليها ذلك، ولم يذكر الله ﷻ شرط البلوغ؛ لأنه متعلق بحق غير الطفل<sup>1</sup>.

2- قوله ﷻ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾<sup>2</sup>. ففي الآية الكريمة: خطاب عام- للأولياء أو لجنس المؤمنين- في إنكاح كل من لا زوج له من الذكور والإناث طالبا العفاف والإحصان. فقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا﴾ صيغة أمر صريحة، وهي على الفور على أصول مالك رحمه الله، سواء دلت على الوجوب أو الندب على الصحيح، ولأن الفور أحوط، ولولاه لفاتت المصلحة<sup>3</sup>.

والأيم في لغة العرب: اسم لمن لا زوج له ذكرًا كان أم أنثى، كبيرا كان أم صغيرا، بكرا كانت الأنثى أم ثيبا<sup>4</sup>. قال ابن السكيت: فلانة أيم وفلان أيم، وقد تأيم زمانا. والمصدر: الأيم والأيممة. وقد آمت من زوجها وتأيمت؛ مكثت بغير زوج. وقال مرة: الأيم التي ليس لها زوج عذراء كانت أم غير عذراء. والجمع أيامي. قال ابن دريد: آم الرجل إيمة وأيمه؛ ماتت امرأته. والرجل: إيمان، المرأة: أيم<sup>5</sup>.

وقد أمر الله ﷻ بإنكاح الأيامي سواء من الرجال أو النساء، من كان متزوجا منهم أو من لم يتزوج قط، مادام لا زوج له، صغيرا كان أم كبيرا. وكذلك بالتسبة للنساء، دون أن يعلق ذلك الأمر بحالة الغنى، لأنه: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾. فدلّت الآية بعمومها على صحّة إنكاح الولي للصغير والصغيرة على السواء مطلقا<sup>6</sup>.

3- قوله ﷻ: ﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> الحثّ على الزواج والتبكير به في الشريعة الإسلامية، أبو عاصم همامي، ص 46.

<sup>2</sup> سورة النور: الآية 32.

<sup>3</sup> أضواء البيان، الشنقيطي، 5/120.

<sup>4</sup> مختار الصحاح، الرازي، ص 32.

<sup>5</sup> المخصص، ابن سيده، 1/355.

<sup>6</sup> بدائع الصنائع، الكساني، 2/240.

<sup>7</sup> سورة الطلاق: الآية 04.

فآية الكريمة جعلت عدّة اللائي لم يحضن ثلاثة أشهر، والصغيرة لا تحيض، فعدّتها ثلاثة أشهر. والعدة لا تكون إلاّ من طلاق في نكاح أوفي فسخ النكاح. فدلّ ذلك على أنّ الصغيرة: تُزوّج، وتُطلق وزواجها صحيح<sup>1</sup>.

قال الطبري رحمه الله: "وكذلك عدد اللائي لم يحضن من الجوّاري لصغر إذا طلقهن أزواجهن بعد الدخول ونحو الذي قلنا قال أهل التأويل... فقال السُدّي: الجوّاري. وقال قتادة: هنّ الأبيكار اللاتي لم يحضن، فعدّتهن ثلاثة أشهر. وقال الضحاك: لم يبلغن الحيض وقد مُسسن، عدّتهنّ ثلاثة"<sup>2</sup>.

وقال الجصاص رحمه الله: "فتضمّنت الآية جواز تزويج الصغيرة"<sup>3</sup>.

ثانياً- من السنة النبوية: فقد ورد في السنة النبوية أحاديث كثيرة في هذا الصدد، منها:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: "تزوجني النبي ﷺ وأنا بنت ستّ سنين، فقدمنا المدينة فترلنا في بني الحارث بن الخزرج، فوعكت فتمزق شعري، فوفّي جُميمةً، فأتتني أمّي أمّ رومانَ - وإني لفي أرجوحة ومعّي صواحب لي - فصرخت بي فأتيتها، لا أدري ما تريد بي، فأخذت بيدي حتّى أوقفتني على باب الدار، وإني لأُنهجُ حتّى سكن بعض نفسي، ثمّ أخذت شيئاً من ماء فمسحت به وجهي ورأسي، ثمّ أدخلتني الدار، فإذا نسوة من الأنصار في البيت، فقلن: على الخير والبركة، وعلى خير طائر. فأسلمتني إليهن، فأصلحن من شأنني، فلم يرعني إلاّ رسول الله ﷺ، فأسلمتني إليه وأنا يومئذ بنت تسع سنين"<sup>4</sup>.

وفي رواية أخرى عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنّ النبي ﷺ تزوجها وهي بنت سبع سنين وزفت إليه وهي بنت تسع سنين ولعبها معها، ومات عنها وهي بنت ثمان عشرة<sup>5</sup>.

فهتتين الروائيتين وغيرهما، ظاهرة الدلالة على صحّة إنكاح الصغيرة، لأنّ النبي ﷺ قد تزوج عائشة وابتنى بها في حال صباها، وليس أدلّ على الصحّة من وقوع الفعل منه ﷺ<sup>6</sup>.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث، برواياته المتعددة من وجهين:

<sup>1</sup> أحكام القرآن، ابن العربي، 4/125 - الفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 6/390.

<sup>2</sup> جامع البيان في تفسير القرآن، 23/452.

<sup>3</sup> أحكام القرآن، 2/346.

<sup>4</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب: مناقب الأنصار، باب: تزويج النبي ﷺ، عائشة وقدمها المدينة وبنائه بها، ص 468.

صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة، ص 391.

<sup>5</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب: النكاح، باب: تزويج الأب البكر الصغيرة، ص 391.

<sup>6</sup> المغني، ابن قدامة، 7/378.

**الوجه الأول:** إنَّ زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها، وهي بنت ست سنين، ليس سنّة للمسلمين وإتّما هو من خصوصياته ﷺ. ومن ثمّ لا يصح لغيره أن يتزوج صغيره، وليس لغير أبي بكر ﷺ أن يزوج ابنته الصغيرة. لأنّ الأصل في النكاح التحريم، إلّا ما دلّ عليه الدليل. وقد ورد حديث عائشة رضي الله عنها في تزويج أبي بكر ﷺ لها وهي دون البلوغ، فيبقى ما عداه على الأصل، وهو عدم الجواز<sup>1</sup>.

**الوجه الثاني:** إنَّ زواج النبي ﷺ بعائشة رضي الله عنها كان في مكة قبل الهجرة. يعني قبل أن يتقرّر استئذان الأبقار واستئثار الثيبات، كما في الحديث المعروف<sup>2</sup>. وعليه، لا يصلح الاحتياج بحديث عائشة رضي الله عنها<sup>3</sup>.  
ويجاب عن الوجه الأول بما يأتي:

أ- لا نسلم أنّ الأصل في النكاح التحريم، بل، المحرّم في الأصل هو السفاح لا النكاح<sup>4</sup>.  
ب- كما لا نسلم بأنّ زواج النبي ﷺ من عائشة رضي الله عنها من خصائصه، لأنّه ﷺ أسوة في جميع أقواله وأفعاله، لقوله ﷺ: **«قَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ»**<sup>5</sup>، فلنا أن نتأسّى بكلّ ما قاله أو فعله النبي ﷺ. إلّا فيما ما قام الدليل على أنّه خاص به دون بقية المسلمين، ولا دليل هنا على ذلك، بل، قام الدليل على عدم الخصوصية، وهو سياق قصة زواجه ﷺ من عائشة رضي الله عنها. فقد ورد أنّه: لما ماتت خديجة رضي الله عنها، جاءت خولة بنت حكيم امرأة عثمان بن مظعون ﷺ فقالت: يا رسول الله ألاّ تتزوج؟ قال: من؟ قالت: إن شئت بكرا وإن شئت ثيبا. قال: فمن البكر؟ قالت: ابنة أحب خلق الله إليك، ابنة أبي بكر. قال: ومن الثيب؟ قالت سودة بنت زمعة، قد آمنت بك واتبعتك على ما تقول. قال: فاذهبي فاذكريهما علي. فدخلت بيت أبي بكر وقالت: يا أمّ رومانَ ماذا أدخل الله عليكم من الخير والبركة؟ قالت: وما ذاك؟ قالت: أرسلني رسول الله ﷺ أحطب عليه عائشة. فقالت: انتظري أبا بكر حتّى يأتي. فجاء أبو بكر ﷺ فقالت: ماذا أدخل الله عليكم من الخير والبركة؟ قال: وما ذاك؟ قالت:

<sup>1</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، 120/6 - المحلى، ابن حزم، 39/9.

<sup>2</sup> روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: " لا تنكح الأيم حتّى تستأمر، ولا البكر حتّى تستأذن". قالوا يا رسول الله: وكيف إذنها؟ قال: " أن تسكت".

- صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلّا برضاها، ص 639.

<sup>3</sup> ينظر: نيل الأوطار، الشوكاني، 120/6.

<sup>4</sup> إيضاح البيان، السالمي، ص 33.

<sup>5</sup> سورة الأحزاب: الآية 21.



أرسلني رسول الله ﷺ أخطب عليه عائشة. قال: وهل تصلح له؟ إنما هي ابنة أخيه. فرجعت إلى رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك،. قال: ارجعي إليه فقولي له: أنا أخوك وأنت أخي في الإسلام، وابنتك تصلح لي<sup>1</sup>. فرجعت فذكرت ذلك له...<sup>2</sup>

فهذه الرواية، تدلّ على أنّ تزويج الصبيّة كان معروفًا عند العرب، وأنّه غير مختص برسول الله ﷺ.

فإنّ حوله رضي الله عنها هي التي عرضت ذلك على النبي ﷺ. كما أنّ أبا بكر وزوجته لم يستنكرا ذلك. ولو كان غير معروف عندهم لاستنكراه كما استنكر أبو بكر ﷺ تزويج ابنته للنبي ﷺ لاعتقاده أنّها ابنة أخيه في الإسلام، ظلّا منه أنّ أخوة الإسلام كأخوة النسب في التحريم. ويجاب عن الوجه الثاني بما يأتي:

أ- إنّ حديث الاستئذان والاستئمار - المتقدم - ليس عامًا في كل امرأة، بل، هو خاص بالكبيرة. يدلّ على هذا: فعل النبي ﷺ. فقد: "زوج أمّامة ابنة عمّه حمزة، من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة."<sup>3</sup> ومعلوم أنّ الصغيرة لا تسأذن ولا تستأمر لعدم اعتبار ذلك منها. وهو حال السيّدة عائشة رضي الله عنها كما تقدم<sup>4</sup>.

### ثالثاً- من آثار الصحابة والتابعين

قال الشافعي رحمه الله: "فإن قال قائل: لم زعمت أنّ الآباء يزوجون الصغار؟ قيل: زوّج أبو بكر رسول الله ﷺ عائشة وهي بنت ستّ أو سبع سنوات، وبنى بها النبي ﷺ وهي بنت تسع. فالحالان اللذان كان فيهما النكاح والدخول كانا وعائشة صغيرة ممّن لا أمر لها في نفسها، وزوّج غير واحد من أصحاب رسول الله ﷺ ابنته صغيرة..."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عن عروة بن الزبير: أنّ النبي ﷺ خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنّما أنا أخوك، فقال: "أنت أخي في دين الله وكتابه، وهي لي حلال."

- صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: تزويج الصغار من الكبار، ص 632 (وقد تفرّد به البخاري رحمه الله).  
<sup>2</sup> فتح الباري، ابن حجر، 101/9.

<sup>3</sup> السنن الكبرى، البيهقي، كتاب: النكاح، باب: تزويج الصغار، 121/7. قال: إسناده ضعيف.  
وذكره ابن حجر في: الإصابة عن ابن إسحاق عن عبد الله بن شداد. وذكره ابن الهمام واحتج به على صحّة إنكاح الصغار.

ينظر: الإصابة في تمييز الصحابة، 66/2 - شرح فتح القدير، 174/3.

<sup>4</sup> ينظر: المجموع، النووي، 264/17 - المغني، ابن قدامة، 382/7.

<sup>5</sup> الأم، 155/7.

فقد رُوِيَ عن عدد من الصحابة أنّهم تزوجوا من صغيرات، وزوّجوا أولادهم في سنّ صغيرة. كما زوّجوا من هم تحت سلطتهم. فقد خطب عمر رضي الله عنه أم كلثوم ابنة أبي بكر رضي الله عنه بعد موته إلى السيدة عائشة رضي الله عنها فأجابته والجارية ذات تسع سنوات أو أقل - فامتنعت الجارية - فتزوجها طلحة بن عبيد الله <sup>1</sup>.

وزوج علي رضي الله عنه ابنته أمّ كلثوم من عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهي جارية تلعب مع الجوّاري <sup>2</sup>.

وزوج عبد الله بن عمر رضي الله عنه ابنته من عروة بن الزبير رضي الله عنه وهي صغيرة <sup>3</sup>.

وزوج الزبير رضي الله عنه ابنته من قدامة بن مظعون رضي الله عنه يوم ولدت <sup>4</sup>.

وزوج عروة بن الزبير بنت أحميه بابن أخته وهما صغيران <sup>5</sup>.

وعن سعيد بن جبير رحمه الله قال: قال لي ابن عباس رضي الله عنه: هل تزوجت؟ قلت: لا. قال: "تزوج فإنّ خير هذه الأمة أكثرها نساء" <sup>6</sup>. وفي رواية: وذلك قبل أن يخرج وجهي - أي قبل أن يلتحي <sup>7</sup>.

قال الحسن البصري والزهري وقتادة رحمهم الله: إذا أنكح الصغار آبائهم جاز نكاحهم. قال عبد الرزاق رحمه الله: وبه نأخذ <sup>8</sup>.

فهذه الوقائع والأقوال تدلّ على صحّة وجواز إنكاح الصغار، ذكورا وإناثا، وقبل بلوغهم. إذ لو كان هذا غير صحيح ولا جائز، ما فعلوه <sup>9</sup>.

رابعا- الإجماع: فقد حكى جمع من العلماء إجماع الأمة <sup>10</sup> على جواز تزويج الصغار دون البلوغ. قال ابن بطلال رحمه الله: "أجمع العلماء على أنّه يجوز للأباء تزويج الصغار من بناتهم وإن

<sup>1</sup> ينظر خبر خطبة أمّ كلثوم بنت أبي بكر في ترجمة أمّها أمّ حبيبة في: الاستيعاب، ابن عبد البر، 165/3 (ترجمة رقم: 3264).

<sup>2</sup> المصنف، عبد الرزاق، 16/6.

<sup>3</sup> المغني، ابن قدامة، 487/6.

<sup>4</sup> مصنف ابن أبي شيبة، 148/5.

<sup>5</sup> ينظر: مصنف، ابن أبي شيبة، 148/5 - المصنف، عبد الرزاق، 123/6.

<sup>6</sup> صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: كثرة النساء، ص 631.

<sup>7</sup> مسند الإمام أحمد ابن حنبل، مسند ابن عباس، 231/1.

<sup>8</sup> المصنف، عبد الرزاق، 122/6.

<sup>9</sup> ينظر: الاستذكار، ابن عبد البر، 59/16 - المبسوط، السرخسي، 212/4.

<sup>10</sup> ينظر: اختلاف العلماء، المروزي، ص 125 - التمهيد، ابن عبد البر، 19، 98 - شرح السنة، البيهقي، 37/9

- المنتقى الباجي، 272/3 - شرح صحيح مسلم، النووي، 206/9 - فتح الباري، ابن حجر، 149/9 - المغني، ابن قدامة، 379/7. الإنصاف، المرداوي، 54/8.

كنّ في المهدي. إلاّ أنّه لا يجوز لأزواجهن البناء بهنّ إلاّ إذا صلّحنّ للوطء واحتملن الرجال. وأحوالهنّ تختلف في ذلك على قدر خلقهن وطاقتهن.<sup>1</sup>

بل، أنّ العلماء أجروا هذا الجواز حتّى في العقود عند توثيقها، فيقولون: "أصدق فلان فلانة البنت الصغيرة الثيب التي لم تبلغ الاحتلام صداقا مبلغة كذا."<sup>2</sup>

فقوله: "الصغيرة الثيب التي لم تبلغ الاحتلام"، فضلا عن الصغيرة البكرة، دليل على الجواز. تنبيه: إنّّه ومع اتفاق أصحاب هذا المذهب على جواز تزويج الصغار، اختلفوا في من يحقّ له إجراء هذا العقد. كما اختلفوا في مدى كونه ملزما- أي مدى ثبوت حق خيار البلوغ- للصغير من عدمه؟<sup>3</sup>

**المذهب الثاني:** ذهب أصحاب هذا المذهب إلى أنّه لا يجوز تزويج الصغار حتّى يبلغوا، سواء أكانوا ذكورا أو إناثا. وسواء أكان المزوجّ أبا أم غيره. وإن حصل التزويج فهو باطل، ولا يترتّب

---

هذا، وقد اعترض مصطفى السباعي رحمه الله على دعوى الإجماع ونسبتها إلى ابن المنذر (الإجماع، ص 91) وذكر بأنّ الصحيح: كون الإجماع في المسألة أخرجه جمع من العلماء منهم من تقدم ذكرهم. ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية، 1/115.

<sup>1</sup> شرح صحيح البخاري، 7/173.

<sup>2</sup> جواهر العقود، شمس الدين المنهاجي، 2/68 (نقلا عن: الحث على الزواج والتكبير به، أبو عاصم همامي، ص 57)

<sup>3</sup> فذهب الحنفية إلى أنّه: لجميع الأولياء حق تزويج الصغير أو الصغيرة متى كان الزوج كفاء، وبمهر المثل. وللصغير حق الفسخ بعد البلوغ إذا زوّجه غير الأب أو الجد عند أبي حنيفة و الشيباني. وقال أبو يوسف: لا خيار له اعتبارا بالأب والجد.

ينظر: البناية في شرح الهداية، العيني، 4/602 - البحر الرائق، ابن نجيم، 3/128.

- وذهب المالكية إلى أنّ تزويج الصغير حق للأب أو وصية فقط.

ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 2/06 - شرح الخرشي، الخرشي، 3/178 - الإستذكار، ابن عبد البر، 16/58.

- وذهب الشافعية إلى أنّ ذلك حق للأب والجد فقط.

ينظر: الأم، الشافعي، 5/19 - الحاوي الكبير، الماوردي، 9/54.

- وذهب الحنابلة إلى أنّ تزويج الصغير حق للأب فقط.

ينظر: المغني، ابن قدامة، 7/382 - شرح منتهى الإرادات، البهوتي، 3/91.

- وذهب الإباضية إلى أنّ تزويج الصغار ثابت لجميع الأولياء من العصابات. ينظر: إيضاح البيان، السالمي، ص 34.

- وذهب الإمام اسحاق بن راهويه إلى أنّه: يجوز لغير الأب أن يزوج الصغيرة، ولا خيار لها عند البلوغ، وليس

للزوج أن يدخل بها قبل أن تبلغ وتختار. ينظر: اختلاف العلماء، المروزي، ص 126.

عليه أيّ أثر. فهذا المذهب يشترط لصحة الزواج البلوغ في الزوجين، وبه قال: ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصبم<sup>1</sup>. وهو مذهب الإمام جابر بن زيد<sup>2</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا المذهب بما يأتي:

أولاً- من الكتاب: قوله ﷺ: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: فقد دلّت الآية الكريمة على جعل بلوغ سن الرشد هو علامة انتهاء الصغر. وعليه، فلو كان الزواج صحيحاً قبل البلوغ، لما كان لهذا التحديد القرآني في ذلك معنى<sup>4</sup>.

ونوقش هذا القول- كما يذكر الشيخ محمد بن حنبل المطيعي- بأنه: "يعد أن يكون ابن شبرمة رحمه الله ومن وافقه قد استدلوا بهذه الآية على منع تزويج الصغير والصغيرة. ذلك لأن الآية سيقّت لما يتعلق بأموال اليتامى الصغار، ولا دلالة فيها على منع تزويج الصغار، لا بطريق العبارة، ولا بطريق الإشارة ولا حتى بطريق آخر من طرق الدلالات. فإن الآية تعني: اختبروا من عندكم من اليتامى بتتبع أحوالهم في الاهتداء إلى ضبط الأموال وحسن التصرف فيها، وجربوهم بما يليق بحالهم، فإن أحسستم أو تبينتم اهتدائهم إلى ضبط الأموال وحسن التصرف فيها فادفعوا إليهم أموالهم. فكان الاختبار قبل البلوغ كما تدلّ عليه: ﴿حَتَّى﴾ التي هي للغاية، وكان دفع المال بعد البلوغ وإيناس الرشد لقوله ﷺ: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، فعلق الدفع على شرطين: الوصول إلى حد البلوغ، وإيناس الرشد.

وإذا علمت أنّ معنى الآية هو ما سبق، تعلم أنّها لا دلالة فيها على منع تزويج الصغار قبل البلوغ حتى يقال: إنّه لو جاز التزويج قبل البلوغ لم يكن لهذا فائدة، وما هو الشيء الذي لا تكون له فائدة في هذه الآية إذا جاز التزويج قبل البلوغ، وقد عملت معناها الذي أطبق عليه المفسرون؟<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 240/2 - بداية المجتهد، ابن رشد، 05/2- المبسوط، السرخسي، 212/4- المحلى، ابن حزم، 459/9 - نيل الأوطار، الشوكاني، 120/6.

<sup>2</sup> ينظر: جامع أبو الحسن البسيوني، 12/3 - إيضاح البيان، السالمي، ص 28.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 06.

<sup>4</sup> المبسوط، السرخسي، 212/4 - أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شليبي، ص 145.

<sup>5</sup> في الصياغة التشريعية، محمد كمال الدين إمام، ص 57 وما بعدها.

ثم إن الاستدلال بهذه الآية على منع زواج الصغار مُعَارَضٌ بما سبق ذكره من أدلة أصحاب المذهب الأول، والتي دلت على جوازه.

ثانياً- من المعقول: كما استدل أصحاب هذا المذهب بأدلة عقلية، فقالوا:

إنه ليس للولي ولا غيره تزويج الصغير أو الصغيرة؛ لأنه لا حاجة لهما إلى الزواج، إذ الزواج شرع لمقاصد معتبرة عند طرفيه، نحو: السكن والمعاشرة والتناسل وتحصين النفس وإعفافها. ولا يتحقق شيء من هذا في زواجهما في الصغر، بل، قد يكون فيه ضرر لهما. لأنه عقد أبدي فتلزمهما أحكامه بعد البلوغ، فلا يكون لأحد أن يلزمهما بذلك لأنه لا ولاية إجبار لأحد عليهما بعد البلوغ<sup>1</sup>.

وقد نوقش هذا القول: بأن تزويج الصغار جائز إن كان فيه مصلحة لهم- لما تقدّم من أدلة- وإلا فلا يجوز. لأنّ المولى تبارك وتعالى قد أقام الولي مقامهم، وناظرًا لهم فيما فيه حظّهم، ومتصرفًا عنهم لعجزهم عن التصرف في أنفسهم. فلا يجوز له فعل ما لاحظّ لهم فيه كما في أموالهم. ولأنّ حرّم عليه التصرف في أموالهم بما لاحظّ فيه لهم، فكان الاحتياط في أنفسهم أولى<sup>2</sup>. أمّا عن كون العقد لا تظهر ثمراته إلا بعد البلوغ، فهذا لا يمنع من صحّة العقد، قياسًا على ما لو اشترى للصغير عقارًا لا يغل إلا بعد البلوغ\*، فإنّه يجوز مادامت مصلحته فيه مع أنّ ثمرات العقد لا تكون إلا بعد الكبر<sup>3</sup>.

**المذهب الثالث:** وذهب أصحاب هذا المذهب إلى القول بالتفرقة بين الصغير والصغيرة، وبين البكر والثيب. وهو مذهب الظاهرية وبعض الشافعية<sup>4</sup>. وقد استدل أصحاب هذا المذهب- لاسيما ابن حزم- بجملة الأحاديث والآثار المروية في هذا الصدد وأهمّها كما ذكر:

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 240/2 - المبسوط، السرخسي، 212/4 - أحكام الأسرة، مصطفى شليبي، ص145.

<sup>2</sup> المغني، ابن قدامة، 382/7.

\* وقد يرّد على هذا الاستدلال: بأنّ قياس الزواج على البيع والشراء قياس مع الفارق، وهو لا يصح كما تقدّم آنفاً.

ينظر: تحديد السن في الزواج، المغاوري الفقي، ص54.

<sup>3</sup> الأحوال الشخصية، أبو زهرة، ص109.

<sup>4</sup> فالظاهرية: يرون عدم صحّة تزويج الصغير و الصغيرة الثيب حتّى يبلغا. ويرون صحّة تزويج البكر.

أمّا الشافعية: فيرون صحّة تزويج الصغير. أمّا الصغيرة فيفترقون فيها بين البكر والثيب. فيقولون بصحّة تزويج البكر، وعدم تزويج الثيب حتّى تبلغ.

ينظر: المحلي، ابن حزم، 462، 459/9 - مغني المحتاج، الشربيني، 149/3 - حاشيتا قليوبي وعميرة، 222/3.

أ- تزويج أبي بكر رضي الله عنه عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهي بنت ست سنين، وقد كانت بكرًا - وقد تقدم بيان النصوص الدالة على ذلك.

ويردّ عليه، بأنّ الحديث يفيد صحّة إنكاح الصغيرة البكر، ويقاس عليها الصغيرة الثيب، إذ العلة هي الصغر الدال على قصور رأيهما وعجزهما عن تدبير أمر نفسيهما<sup>1</sup>.

ب- ماروي عن ابن عباس رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها."<sup>2</sup>

وجه الاستدلال: إنّ النبي صلى الله عليه وسلم قسّم النساء في الحديث إلى قسمين: بكر وثيب. وأثبت الحق للثيب في نفسها، فدلّ على نفيه عن الأخرى - أي البكر - وأحقية الثيب بنفسها تعني إبداء رأيها في أمر زواجها صراحة وإذنها به. وعلى هذا، لا يجوز للولي أن يزوج الثيب إلا بعد إذنها ورضاها صراحة. ولما كانت الصغيرة الثيب لا إذن لها شرعا لصغرها، فإنّه ليس لأحد أن يزوجها حتّى تبلغ وتأذن بالزواج صراحة وهو المطلوب<sup>3</sup>.

وقد نوقش هذا الاستدلال، بأنّ المراد بالثيب في الحديث: البالغة العاقلة لا الصغيرة. لأنّه علّق بالثيب ما لا يتحقّق إلاّ بالبلوغ والعقل، وهو كونها أحقّ بنفسها. وذلك إنّما يتحقّق في البالغة العاقلة دون الصغيرة والمجنونة. وعلى فرض أنّ الحديث عام يشمل الثيب الصغيرة والكبيرة، فالمراد منه بالنسبة للصغيرة: المشورة على سبيل الندب لا الحتم، كما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أمروا النساء في بناتهن"<sup>4</sup>. فقد أمر صلى الله عليه وسلم باستثمار أمهات البنات في أبضاعهن، وكان ذلك بطريق الندب<sup>5</sup>، فهذا مثله<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المسوط، السرخسي، 217/4.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 391.

<sup>3</sup> ينظر: المحلى، ابن حزم، 460/9 - مغني المحتاج، الشريبي، 149/3.

<sup>4</sup> سنن أبي داود، أبو داود، كتاب: النكاح، باب: الاستثمار، 575/2.

<sup>5</sup> قال عنه المنذري: فيه مجهول. ينظر: عون المعبود، العظيم آبادي، 84/6.

<sup>6</sup> قال الخطابي رحمه الله: "مؤامرة الأمهات في بضع بناتهنّ ليس من أجل أنّهنّ يملكن من عقدة النكاح شيئا. ولكن، من جهة استطابة أنفسهنّ وحسن العشرة معهنّ، ولأنّ ذلك أبقى للصّحة وأدعى إلى الألفة بين البنات وأزواجهنّ إذا كان مبدأ العقد برضاء من الأمهات. وإذا كان بخلاف ذلك لم يؤمن ترصيتهنّ ووقوع الفساد من قبلهنّ. والبنات إلى الأمهات أميل، ولقولهنّ أقبل. فمن أجل هذه الأمور يستحبّ مؤامرتهنّ في القدر على بناتهنّ والله أعلم." - معالم السنن، 275/2، 276.

<sup>6</sup> ينظر: المغني، ابن قدامة، 381/7 - المسوط، السرخسي، 218/4.



**الترجيح:** إنه وبعد عرض أقوال مختلف المذاهب الفقهية في المسألة محلّ الدراسة، فإنّ الذي تسكن إليه النفس لدى التّظر في مجموع الأدلة، وما دار حولها من بحث ونقاش: هو القول بجواز تزويج الصغار. وهو الذي قال به أصحاب المذهب الأول. وذلك لـ: لقوة أدلته وسلامتها من المناقشات التي وردت عليها. في الوقت الذي لم تسلم أدلة المذهبيين المخالفين من المناقشات التي وجهت إليها. ولكن، إذا ما وجدت ظروف قلبت زواج الصغار ضررا عليهم أو على المجتمع، فلوليّ الأمر وقتئذ أن يمنعه سياسة<sup>1</sup>. لأنّ أقصى ما تفيد الأدلة الواردة بصحّة تزويج الصغار، هو الإباحة المبنية على مصلحة متغيرة كتحصيل الصلاح المنتظر في المال، وتحصيل الكفاء في الصغر، ونحو ذلك ممّا ليس في مرتبة الضرورة. فإنّ تغيّرت هذه المصلحة في بعض الأزمنة وأدى زواج الصغار إلى ضرر بهم وبالمجتمع، فإنّ هذا الزواج يمنع لمناقضته قصد الشارع. ولذلك قال البعض: إنّ الحكم الذي قضى به عمر رضي الله عنه في منعه نكاح الكتابيات\* هو الفقه العميق لمقصد الشارع من

<sup>1</sup> والسياسة التي نقصدها هي السياسة الشرعية، التي ذكرها علماؤنا قديما وحديثا. وهي سلطة تقديرية ممنوحة شرعا للحاكم يعمل بها في تدبير شؤون الأمة باجتهاده أو اجتهاد غيره. بما يحقق مصلحتها. وقد عرفها ابن عقيل فقال: "السياسة ما كان فعلا يكون مع الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحى". (الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ابن القيم، ص 15) وعرفها ابن نجيم بقوله: "هي فعل الشيء من الحاكم لمصلحة يراها وإن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي". (البحر الرائق، 11/5)

وعرفها عبد العال عطوة، بأنّها: "فعل شيء من الحاكم لمصلحة يراها فيما لم يرد فيه نص خاص، وفي الأمور التي من شأنها أن لا تبقى على وجه واحد، بل تتغير وتتبدل تبعا لتبدل الظروف والأحوال". (المدخل إلى السياسة الشرعية، ص 52)

هذا، والعمل بالسياسة الشرعية ليس مخالفا للشرع، بل، هو مواقف لما جاء به. ويشهد لذلك الوقائع الكثيرة التي حدثت من كبار الصحابة، بل، وتشهد له كذلك القواعد الشرعية. يقول الطرابلسي نقلا عن القرافي: "واعلم أنّ التوسعة على الحكام في الأحكام السياسية ليس مخالفا للشرع، بل تشهد له الأدلة... وتشهد له أيضا القواعد الشرعية من وجوه". (ينظر: معين الحكام، ص 173 - السياسة الشرعية، القرضاوي، ص 27 وما بعدها)

وأحكام السياسة الشرعية ظنيّة، لأنّ مبنائها على الاجتهاد المؤسّس على أصول معروفة في الشريعة الإسلامية نحو: المصالح المرسلّة، سد الذرائع، الاستحسان، العرف، مراعاة مقاصد الشريعة، والنظر في مآلات الأمور. وفي ذلك ممّا يضبط الاجتهاد ويؤصّله. لكنّ تبيّن ولي الأمر لها، يجعلها حكما ملزما للمجتهدين وغيرهم، ويمنع القول بخلافها، دون أن يغلق باب النقد والنصح له، حفاظا على وحدة الأمة وتماسكها. لأنّ طاعة ولي الأمر فيما ليس بمعصية واجبة. وهذا يشمل المباح والامتنال فيه أمرا أو نميا لا تترتب عليه معصية، كما يشمل المسائل الاجتهادية. ( نظرية الإباحة عند الأصوليين، محمد سلام مذكور، ص 329)

تشريع الحق. وذلك بإدارة الإذن أو المنع في الفعل على ضوء من مآله إلى موافقة قصد الشارع أو مناقضته إياه<sup>1</sup>.

### ثالثا- أهلية الزواج في قانون الأسرة الجزائري

نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في عقد الزواج بموجب نص المادة: 7 من قانون الأسرة رقم: 05-09 لسنة 2005م، والتي جاء فيها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج.

يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات." إنّه، ومن خلال قراءة متأنية، وتحليل سليم لهذه المادة، يمكن الخلاص إلى تسجيل جملة الملاحظات التي تفرض نفسها، وذلك من خلال النقاط الآتية:

1- حدّد المشرع الجزائري بشكل صريح مبنى أهلية الزواج حيث ربطها بعامل السنّ، وذلك بتمام كلّ من الرجل والمرأة 19 سنة، فمن أتمّها اكتملت أهليته للزواج- مادام عاقلا- ومن ثمّ له أن يعقد زواجه دون توقف على إرادة أو إجازة أيّ شخص آخر. فيكون الزواج وقتئذ منتجا لجميع آثاره مادام قد استجمع ركنه وشرائطه التي حددها المشرع.

وينصرف قصد المشرع من وراء تحديد أهلية الزواج بـ: 19 سنة للجنسين، لما لوحظ من الأهمية الشخصية والاجتماعية لهذا العقد من جهة سعادة البيت أو شقاؤه، والقدرة على إنجاب نسل قويّ مع العناية به ورعايته كما يجب وينبغي. فضلا عن أنّ تطور الزمنّ أوجب استعدادا كبيرا لحسن القيام بشؤون الأسرة. وهذه المصلحة الجليّة، إنّما تتحقّق بالسنّ التي ألفها أكثر الناس وأطمأنوا إليها. أمّا تخفيض السنّ دون هذا التقدير، أو زواج الصغار فهو حتما: مجلبة للأمراض، ومضن للشباب، ومانع للمرأة من نموها الطبيعي. فضلا عن أنّ الأوضاع الاجتماعية باتت تأباه<sup>2</sup>. كما أنّ البلوغ الجنسي أو البيولوجي قد أصبح في عصرنا الحالي غير كاف لإبرام عقد الزواج. لذا، وجب تنظيم أهلية الزواج بالنظر إلى عامل السنّ الذي تتحقّق من ورائه مختلف الأهداف والغايات المرجوة من هذا العقد<sup>3</sup>، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فقد أسّس المشرع الوطني

\* وسيتم إيراد قصة منع عمر (رضي الله عنه) الزواج بالكتابات، عند الحديث عن مسألة الشروط القانونية لتعدد الزوجات.

<sup>1</sup> نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، الديني، ص 163.

<sup>2</sup> ينظر: قانون الأسرة نصا وفقا وقضاء، نبيل صقر، ص 20 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 61/1.

<sup>3</sup> الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص 425.

مذهبه فيما يخص تحديد أهلية الزواج بسنّ معينة وموحدة بالنسبة للجنسين على معيار قانوني بحت، يتمثل في: توحيد وتطابق سنّ الرشد القانوني في مختلف الفروع التشريعية. حيث ورد في عرض أسباب تعديل نص هذه المادة أنّها: "تقترح النص على توحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة وتحديداه بـ: 19 سنة، تطابقا مع سن الرشد المدني... من باب المساواة بينهما."<sup>1</sup>

فقد كانت المادة السابقة من القانون رقم: 11-84 لسنة 1984م، تنص على اكتمال أهلية الزواج ببلوغ 21 سنة بالنسبة للرجل، و 18 سنة بالنسبة للمرأة. وقد كان هذا المعيار منتقدا، باعتبار أنّ في التشريع الجزائري: تعارضا كبيرا في تقدير سن الرشد، والأهلية- فالمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة، فإنّها تعتبر قاصرا بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني، والتي تحدّد سنّ الرشد بـ 19 سنة كاملة للجنسين. وكذا الأمر بالنسبة لقانون الجنسية قبل تعديله\*، والذي كان يحدّد السن بـ 21 سنة للجنسين. وكذا الحال في المجال الجزائي؛ حيث تكتمل أهلية تحمّل المسؤولية الجزائية للجنسين بتمام 18 سنة. وفي جرائم الإرهاب بـ 16 سنة- فشكّلت هذه الحالة، ما يعرف بـ: فوضى في نصوص الأهلية القانونية المتعددة. وهو ما اقتضى في ظلّ الإصلاح التشريعي، توحيد سنّ الرشد للزوجين بجعله 19 سنة. ووجه الترجيح؛ أنّ أحكام الإتفاقية الدولية لحقوق الطفل، التي صادقت عليها الجزائر: تجعل سنّ الطفولة يمتد إلى 18 سنة\*\*، وبالتالي فإنّ سن 19، يعتبر سنّ رشد، وليس من بلغ هذه السن بطفل وفقا للأحكام القانون المدني الجزائري أولا. وكذا، وفقا للاتجاه الدولي- والمعايير الدولية الجديد- من جهة أخرى. وحتّى لا يكون التشريع الجزائري شاذّا ومتعارضة نصوصه فيما بينها. فضلا عن أنّ تحديد هذه السن لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية بجميع مذاهبها<sup>2</sup>. لذا كان توحيد السن في الزواج في الجزائر بـ 19 سنة دربا من دروب المساواة بين الجنسين

<sup>1</sup> ينظر عرض أسباب تعديل قانون الأسرة الجزائري على موقف المجلس الشعبي الوطني: [WWW.ANP.DZ](http://WWW.ANP.DZ)  
\* عدلّ قانون الجنسية رقم: 70-86 لسنة 1970م بموجب الأمر رقم: 01-05، المؤرخ في: 27-02-2005م، الجريدة الرسمية، العدد: 43. ونص في المادة: 04 على أنّه: "يقصد بسن الرشد في مفهوم هذا القانون: سن الرشد المدني."

\*\* حيث جاء في نص المادة: 01 من هذه الاتفاقية- التي اعتمدت، وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 25/44 المؤرخ في: 20/11/1989م، والتي دخلت حيز التنفيذ من تاريخ: 02-09-1990م- أنّه: "... يعني الطفل: كلّ إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر..."

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، بن داود عبد القادر، ص 68، 69.

التي شهدتها التشريع الجزائري لأول مرة من خلال تعديل المادة 7 من قانون الأسرة بموجب القانون رقم: 09-05 لسنة 2005م<sup>1</sup>.

إلا أن هذا المسلك التشريعي الذي أقدم عليه المشرع الجزائري في توحيد سن الزواج بما يوافق سن الرشد المدني، كان محلّ اعتراض ونقد وتساؤل حول: مدى جدوى هذا التوحيد بين سنّ الرشد المدني و سن الزواج ؟ بل، حول: مدى جدوى مساواة سنّ الرجل والمرأة في هذا الأمر؟

ذلك أنّه، ومما تجدر الإشارة إليه بشأن تحديد سن الزواج الوارد في المادة 07 من قانون الأسرة، هو أنّه: وتحت ضغط بعض المحظيات من بعض الميسّسات، ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في سن أهلية الزواج- وهي في الحقيقة: مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية، لاسيما إذا علمنا أنّ المشكلة التي يعاني منها المجتمع الجزائري، ليست مشكلة الزواج المبكر، وإنّما هي: مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة، ومشكلة البطالة والعجز عن تحمّل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل<sup>2</sup>.

كما أنّه، وفيما يخص مساواة الرجل والمرأة في سن الزواج؛ مسلك لا يخدم مصلحة المرأة. ذلك أنّه من الثابت علميا؛ أنّ المرأة تبلغ قبل الرجل، ومنه تصبح مؤهّلة للزواج قبله. إضافة إلى أنّ عاداتنا وأعرافنا السائدة في الجزائر- وكذلك الأمر في البلاد العربية والإسلامية عموما- تميل كلّها إلى زواج وتزويج الفتاة قبل الفتى. وتميل أيضا إلى الزواج المبكر بصفة عامة، بقصد تحقيق أغراض عدّة، لعلّ منها: تفادي الانحرافات الأخلاقية والاجتماعية<sup>3</sup>.

يضاف إلى جانب هذه الملاحظات: بأنّ مسعى المشرع إلى توحيد سن أهلية الزواج مع سن الرشد المدني أمر مبالغ فيه. ذلك أنّه وبالتنظر في تشريعات أغلب دول العالم\* نجد أنّ سن الزواج فيها يختلف عن سن الرشد المدني، وهذا لما يميّز به عقد الزواج من خصائص عن بقية العقود. حيث أنّه يفترض البلوغ والعقل أكثر من الرشد- المالي- وقد تقدم راحة مذهب جمهور الفقهاء على جواز وصحة زواج الصغير المميز<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص 67.

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 25.

<sup>3</sup> إشكالات قانون الأسرة الجزائري بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة- ص 35.

\*مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، مصطفى الزرقا، ص 63، 64.

<sup>4</sup> يقسم الفقهاء المراحل التي يمرّ بها الإنسان منذ ولادته، وحتى سن البلوغ إلى ثلاثة مراحل، هي:

المرحلة الأولى: مرحلة الطفولة، وتمتد منذ الولادة إلى سن السابعة. ويكون الإنسان فيها: صبي غير مميز.

المرحلة الثانية: وتمتدّ- غالبا- من سنّ السابعة وحتى سنّ البلوغ. ويكون الإنسان في هذه المرحلة: صبيّ ميّز.

2- إته وبعد أن نص المشرع الجزائري على أن أهلية الزواج بالنسبة للرجل والمرأة لا تكتمل إلاّ ببلوغ سن 19 سنة. نص في ذات الفقرة على أنه: " للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج". فيعتبر هذا النص حالة استثناء عن الأصل. إذ راعى من خلالها المشرع ما قد يستدعيه الوضع في بعض الأحيان، وبما تقتضيه المصلحة والضرورة من التزول عن حدّ سن 19. وذلك من خلال تقييد كلّ من يريد الزواج قبل هذه السن بشرط الحصول على ترخيص قبلي من القاضي المختص<sup>1</sup>. وتمثل قيود أو شروط الإذن بالزواج في:

أ- إثبات عدم توفر سنّ أهلية الزواج - أقل من: 19 سنة.

ب- إثبات قيام المصلحة أو الضرورة.

ج- وكذا: إثبات قدرة كلّ من الفتى والفتاة على الزواج وتحمل تبعاته.

إلاّ أنّه، ومع مراعاة المشرع في هذا النص لبعض العادات السائدة في بعض مناطق الوطن. لاسيما منها: الريفية والجنوبية بشكل أوسع. واحتياطاً لبعض الحالات التي تكون فيها الضرورة دافعة إلى هذا الإعفاء من شرط السن المؤهلة لإبرام عقد الزواج. فإنّ هذا النص لم يسلم من جملة الاعتراضات التي أثّرت بشأنه، والتي نورد منها:

أ- رغم أن النص محلّ الدراسة، قد حدّد الجهة المخولة بمنح الترخيص بالزواج، والمتمثل في: "القاضي". إلاّ أنّ هذا التحديد غير كاف، ممّا يجعل التساؤل يثار: هل يقصد به قاضي شؤون الأسرة، أم رئيس المحكمة، أم وكيل الجمهورية؟

وقد جرت التطبيقات القضائية القضائية في الجزائر على أنّ رئيس المحكمة المختصة إقليمياً هو المؤهل قانوناً بمنح الترخيص بالزواج في حالة تخلف شرط السنّ القانونية المؤهلة للزواج<sup>2</sup>. ذلك أنّ هذا العمل القضائي؛ إنّما يدخل ضمن الأعمال الولائية للجهات القضائية، ممّا يحقّقه هذه المسلك من الغاية والمصلحة التي شرّع لأجلها هذا الاستثناء، لما يتطلّب الأمر - غالباً - من سرعة تحصيل التراخيص بالزواج، المرتبطة بمصلحة مستعجلة<sup>3</sup>.

---

المرحلة الثالثة: وتبدأ من سن البلوغ الذي له علامات مميزة لدى الجنسين، وهي معروفة، نحو، الإنبات، الإنزال - والحيض عند الأنثى ... - ينظر: مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، جميل فخري محمّد جاتم، ص 198، 199.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 25.

<sup>2</sup> ينظر: دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة، يوسف دلاندة، ص 17، 20.

- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 25، 26.

<sup>3</sup> الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص 427.

ب- لم يحدد المشرع الجزائري المراد بحالة الضرورة والمصلحة التي تقدر لمنح الترخيص بالزواج مما جعل الأمر يخضع لسلطة وتقدير رؤساء المحاكم. مما يجعلها تختلف من واحد لآخر. فما يعتبر عند أحدهم ضرورة ومصلحة، قد لا يعتبر عند الآخر، أو الآخرين. كذلك، فضلا عن اختلافها- طبعا بحسب البيئة والعرف- من منطقة إلى أخرى، وبهذا نكون في مواجهة حالة من تفاوت في منح التراخيص، حتى لا نقول: تناقض حيث يصدر أمر يبرر منح الترخيص بالزواج، بينما يصدر أمر آخر في نفس الحالة وفي مكان آخر يبرر رفض منحه.

ج- كما أن هذا النص، لم يحدّد السن الأدنى التي يمكن للقاضي أن يمنح الترخيص بالزواج في حدودها. فكان النص حسب ظاهره؛ أنه يمكن أن يمنح الإعفاء في سن مبكرة، نحو سنّ العاشرة مثلا. كما أنّه-أي نص المادة 7 من قانون الأسرة- لم يوضّح الطريقة التي يقدم بها الإعفاء من هذا القيد القانوني.

لعلّ ما يفهم هنا، إنّما هو- كما تقدم- قصد التيسير، وجعل ذلك خاضعا لسلطة وتقدير القضاء حتى لا يكون النص عائقا أمام إبرام عقد الزواج إذا ما اقتضت الضرورة. ومع ذلك، فإنّه يمكن القول بأنّ السن الأدنى الذي لا يجوز أن يتزل عنه القضاء في منح الترخيص بالزواج إلى جانب التأكد من قدرة الطرفين على ذلك، وتحمل توابعه، هو: سن 13 سنة<sup>1</sup>؛ على اعتبار أنّه سن التمييز وفق ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنّه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير مميّز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة."

وهو ما أكّده نص المادة 82 من قانون الأسرة، والتي جاء فيها: "من لم يبلغ سن التمييز لصغر طبقا للمادة (42) من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

أمّا عن الطريقة التي يمكن من خلالها الحصول على ترخيص بالزواج بقصد الإعفاء من شرط السن، فإنّه جرت التطبيقات العملية على أن يقدم وليّ الطرف القاصر<sup>2</sup> الذي يريد الزواج طلبا إلى رئيس المحكمة التي يتواجد بها مسكن المعني بالأمر موقّعا ومؤرّخا، مشفوعا بجملة

<sup>1</sup> نحو دور فعال للنصوص القانونية في معالجة ظاهرة تأخر سن زواج الشباب الجزائري، مراد كاملي، مجلة المعيار، كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، العدد 22، سنة 2010، 909، 922.

<sup>2</sup> وهذا ما يؤكده نص المادة 2/11 من قانون الأسرة الجزائري القاضي بأنّه: "دون الإخلال بأحكام المادة: 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أوليائهم، وهو: الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له.



التبريرات التي يؤسّس عليها طلب الترخيص بالزواج. ويكون- الطلب- مرفوقا بشهادة ميلاد الطرف المعني، وكذا: وصل تسديد الرسوم القضائية.

وهناك بعض الجهات القضائية، توجب إرفاق الطلب بـ: شهادة طبية تثبت مقدرة الطرفين على تحمل الأعباء النفسانية والجسمانية للزواج<sup>1</sup>.

3- كما انتقد نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري من حيث أنه: لم يتعرض لحالة مخالفة شرط السنّ القانونية متى أقدم الطرفان على إبرام عقد زواج دون الحصول على ترخيص من القضاء وفق الشروط المتضمّنة في هذا النص قبل بلوغهما- أو أحدهما- سن الأهلية القانونية لذلك. وهذا بخلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية المقارنة في دائرة الأحوال الشخصية<sup>2</sup>، بل، وعلى عكس ما ورد في القانون رقم: 63-224 المؤرخ في: 29-06-1963م<sup>3</sup>، والذي عرض لهذه الحالة وفق طريقة نموذجية تجاوزت مختلف الاعتراضات والانتقادات التي اشتمل عليها النص محل الدراسة- على النحو المتقدم- فكان حريّا بالمشرع الجزائري أن يعتمده، أو يستفيد منه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، هامش ص428.  
<sup>2</sup> فقد نص القانون الإماراتي في المادة 2/20 على أنه: "وكلّ زواج يعقد بالمخالفة لأحكام الفقرة السابقة- أي مخالفة شرط السنّ وعدم الحصول على الأذن القضائي- يعاقب كلّ من: عاقده وموثقة وممثلي الزوجين وشهوده بغرامة لا تقلّ عن ألف درهم ولا تتجاوز خمسة آلاف درهم ما لم ينص على عقوبة أشد في قانون آخر."

ونجد المشرع المصري كان أكثر تشدّدًا في المسألة، حيث جعل الجزاء على مخالفة شرط السنّ القانوني: عدم سماع الدعوى إطلاقًا. جاء في نص المادة 17 من القانون رقم: 01 لسنة 2000م، المتعلق بإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية أنه: "لا تقبل الدعوى الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ستّ عشرة سنة ميلادية، أو كانت سنّ الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى..."

<sup>3</sup> الجريدة الرسمية الجزائرية رقم: 47، الصادرة بتاريخ: 02-12-1963م، ص681.

<sup>4</sup> لاسيما ما ورد في المواد الثلاثة الأولى منه، والتي جاء فيها:

المادة 01: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل: 18 سنة ولا المرأة التي لم تكمل: 16 سنة كاملة أن يعقدا زواجهما. يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة."

المادة 02: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين، وممثليهما والشركاء الذين لو يراعوا شرط السن المنصوص عليها في المادة الأولى بالحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000 فرنك... أو بإحدى هاتين العقوبتين."

المادة 03: "كل عقد زواج أبرم خلافا لأحكام المادة الأولى يكون باطلا ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصيا، أو من النيابة العامة، أو ممن تكون له مصلحة فيه.

ويكون قابلا للبطلان إذا لحقه دخول وذلك بناء على طلب كل من الزوجين دون غيرهما."

وعليه، وفي ظلّ هذا القصور التشريعي فإنّه وعند مخالفة هذا الشرط، فإنّ الزواج متى تمّ بطريق شرعي، فإنه يرتّب جميع آثاره قبل وبعد الدخول. وهذا إعمالاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة مادام أنّه ليس هناك ما يمنع أو يرفع عنه صفة الشرعيه؛ إذ ليس في الشريعة الإسلامية تحديد لسنّ معينة للزواج لاسيما ومذهب الجمهور يبيح ويصحّ ذلك من جهة. كما يمكن قانوناً مادام لم يستحل هذا العقد أن يتم إثباته وتبينه عن طريق القضاء حسب ما تقضي به نص المادة 22 من ذات القانون من جهة أخرى- لاسيما في ظلّ اتصاف هذا القانون بصفة الأدبية، وانعدام الزواجر فيه- الأمر الذي جعل محمّد محمّد رحمه الله يقترح إضافة مادة أخرى، تشمل على الزجر الكافي واللازم لمثل هذه الخرقات والتجاوزات التي أدّت إلى تنامي نسبة الزيجات العرفية، ومنه ارتفاع دعاوى إثباتها<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: الولاية في عقد الزواج

### أولاً: تعريف الولاية

أ- الولاية في اللغة<sup>2</sup>: اسم من وليت الشيء ولاية والمصدر ولاية، إذا توليته وقمت عليه ودبرت شؤونه ونصرته. والولي بمعنى القرب والدنو. فيقال: وليه ولياً، بمعنى: دنا واقترب منه. وأوليته إياه، بمعنى: أدنيته وقربته منه.

والولي أيضاً بمعنى: القائم بالأمر، فيقال: ولي فلان أمراً؛ إذا قام به. وتولى الأمر، بمعنى: تقلّده. والولي؛ فعيل بمعنى: فاعل، من وليه؛ إذا قام به. وكلّ من ولي أمراً آخر؛ فهو وليه. يقال: ولي أمر اليتيم أو المرأة... بمعنى: المالك أمرهم، والمتصرف والمدبر والقائم بشؤونهم. ومنه والي البلد أي: الناظر والقائم بأمر أهله بالتدبير والتصرف والأمر والنهي. فكانت الولاية- بفتح الواو- والولاية - بكسر الواو- بمعنى: الإمارة والسلطان.

ويكون الولي بمعنى: المحب والصديق والمعين والمطيع والنصير- أو الناصر- وهو ضدّ العدو. فالولاية- بالفتح- بخلاف العداوة. ومنه كان اسم الله تعالى: الولي؛ أي الناصر. وقد ورد في القرآن الكريم آيات تدلّ على هذا المعنى- النصره والمولاة والمحبة وغيرها- ومنها: قوله ﷻ: ﴿وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمّد محمّد، جريدة اليوم، الجزائر، الصادرة بتاريخ: 27-09-2004، ص 21.

<sup>2</sup> ينظر: لسان العرب، ابن منظور، 407، 406/15 - معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 142/6 - القاموس المحيط، الفيروز أبادي، 153/4.

<sup>3</sup> سورة آل عمران: الآية 68.

وقوله ﷺ: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾<sup>1</sup>.  
 وقوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ﴾<sup>2</sup>.  
 وفي قوله ﷺ: ﴿وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا فَإِنَّ حِزْبَ اللَّهِ هُمُ الْغَالِبُونَ﴾<sup>3</sup>.  
 ومن هذا المعنى والدلالة، أطلق على القائم بشؤون المرأة- في نطاق نكاحها- ولياً؛ لأنه هو الذي ينصرها إذا حلَّ بها مكروهه، إلى جانب كونه يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبدَّ بعقد النكاح دونه<sup>4</sup>.

ب- الولاية اصطلاحاً: ورد في تعريف الولاية في الاصطلاح الشرعي تعريفات عدّة، منها:  
 - " تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي."<sup>5</sup>

- " قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية."<sup>6</sup>  
 وقيل بأنّها: " سلطة شرعية، يملك بها صاحبها التصرف في شؤون غيره جبراً عليه. فدخل في هذا المعنى: الولاية على النفس، والولاية على المال، والولاية الخاصة- كولاية الأب على ابنه الصغير- والولاية العامة- كولاية الإمام ومن ينوب عنه..."<sup>7</sup>  
 قلت: إنَّ التّأخر في مختلف هذه التعريفات- لاسيما الأخير منها- إنّما يلحظ بأنَّ الولاية تنصرف إلى عدة أنواع أو أقسام يمكن إجمالها فيما يأتي<sup>8</sup>:

<sup>1</sup> سورة التوبة: الآية 71.

<sup>2</sup> سورة المائدة: الآية 51.

<sup>3</sup> سورة المائدة: الآية 56.

<sup>4</sup> لسان العرب، ابن منظور، 407/15.

<sup>5</sup> وهذا التعريف على مذهب الحنفية. ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، 55/3 - كشف الأسرار، البخاري، 350/2.

الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدي باشا، 118/1.

وقد اعترض على هذا التعريف من وجهين: الوجه الأول: ويتمثل في كونه لا يستغرق مختلف صور وأقسام الولاية المعروفة عند الفقهاء، ومنها: الولاية على النفس مثلاً. فكان من هذا الجانب غير جامع.  
 وأما الوجه الآخر: فقولهم: " شاء أم أبي"، زيادة في التعريف لا تصادف محلاً، ذلك أنّ المولى عليه- عند الحنفية - إمّا أن يكون عديم أهلية؛ فلا تثبت له مشيئة أو إباء. و إمّا أن يكون ناقص أهلية؛ وهو في هذه المرحلة لا تثبت له مشيئة ولا إباء من حيث نفاذ التصرف أو القول عليه.

<sup>6</sup> المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، 843/2.

<sup>7</sup> الأحوال الشخصية، محمد حسين الذهبي، ص 95.

<sup>8</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 24/2 - المنتقى، الباجي، 268/3 - المعونة، القاضي عبد الوهاب، 729/2.

- المبسوط، السرخسي، 02/5.

- 1- أقسام الولاية بالنظر إلى الجهة القائمة بها: وتنقسم إلى عامة وخاصة:
- أ- العامة: وهي الثابتة للإمام، أي الرئيس أصالة، وللقاضي نيابة.
- ب- الخاصة: وهي الثابتة للأفراد بصفتهم أشخاصا- محكومين- لا حُكَّامًا.
- 2- أقسام الولاية بالنظر إلى محل أو موضوع ممارستها: وتنقسم إلى قاصرة ومتعدية:
- أ- القاصرة: وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف وتنفيذ أحكامه على نفسه وماله. وتثبت هذه الولاية للشخص متى كان كامل الأهلية.
- ب- المتعدية: وهي قدرة الشخص متى كان كامل الأهلية على إنشاء التصرف وتنفيذ أحكامه على غيره. وهي إمَّا: أصلية أو نيابية.
- \* الولاية الأصلية: وهي الولاية التي تثبت للشخص ابتداء من غير أن تستمد من الغير، ومثالها: ولاية الأب على أولاده؛ فهي تثبت ابتداء بحكم الأبوة.
- \* الولاية النيابية: وهي الولاية التي تثبت للشخص- لكن- مستمدة من الغير، نحو: ولاية الوصي\* وولاية القاضي. فولاية الوصي مستمدة من ولاية الشخص الذي أقامه وصيا. وولاية القاضي مستمدة من ولاية الحاكم أو الرئيس، لأنَّه نائب عنه فيما يتولاه من الشؤون. وإمَّا أن تكون الولاية المتعدية على ثلاثة أقسام:
- القسم الأول: ولاية على النفس؛ وتختصّ بشؤون القاصر غير المالية، ومنها: القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا من غير حاجة إجازة أحد.
- القسم الثاني: ولاية على المال؛ وتختصّ بشؤون القاصر المالية، ومنها: القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها في حق القاصر بما فيه مصلحته.
- وعليه، ولما كان القسم الأول من أقسام الولاية المتقدمة هو موضوع بحثنا، أي الولاية على النفس والتي يدخل في نطاقها ومشتملاتها ولاية الزواج- القاصرة والمتعدية- فقد عرِّفت على أنّها: "سلطة شرعية تحوّل صاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء أكان موضوع

\* وإن كنت أرى أن الولاية النيابية- بما فيها الوصي- كلّها قضائية. لأنَّها وإن كانت تثبت من الغير، فإنَّها لا يكون لها أثر قانوني إلا إذا منحت من طرف القضاء باعتباره الجهة المخوِّلة بذلك. فكانت الولاية المتعدية في هذا القسم؛ قضائية انتهاء.

ينظر: أحكام النيابية الشرعية في قانون الأسرة الجزائري، المادة: 81 وما بعدها.

التصرف يَخُصُّه أو كان يَخُصُّ من في ولايته مَن له عليه سلطة مستمدة من الغير.<sup>1</sup> أوهي: " قدرة الشخص على إنشاء عقد الزواج نافذا من العاقد نفسه وتنفيذ أحكامه، أو على غيره بإقامة الشارع."<sup>2</sup>

وقيل بأنّها: " السلطة التي يستطيع بها الشخص إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه أو لغيره."<sup>3</sup> إنّه، وانطلاقاً من جملة هذه التعريفات المبيّنة لمدلول الولاية- بهذا التخصيص في نطاق الزواج - يمكن التساؤل حول: حكم الزواج الذي يوقعه الولي على المرأة البالغة العاقلة<sup>4</sup> دون موافقتها- أي جبراً عليها- وكذا، حكم الزواج الذي تتولّى إبرامه على نفسها أو غيرها؟ وهو ما سيمّ بحثه من خلال العناصر الآتية، على ضوء أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري نصّاً وتطبيقاً.

### ثانياً: ولاية التزويج في الفقه الإسلامي

إنّه، وكما تقدمت الإشارة فيني سأعرض بالدراسة في هذا العنصر لمسألتي: إجبار المرأة<sup>5</sup>- البكر- البالغة العاقلة، وكذا حكم تولي المرأة البالغة العاقلة لعقد زواجها، وذلك فيما يأتي.

#### أ- إجبار البكر البالغة العاقلة

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

<sup>1</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمد سلام مذكور، ص 170.

<sup>2</sup> عقد الزواج وآثاره، أبو زهرة، ص 146.

<sup>3</sup> أحكام الأسرة في الإسلام، محمد مصطفى شلبي، ص 272.

<sup>4</sup> والمقصود بالمرأة البالغة العاقلة في البحث هنا، إنّما هي: كاملة الأهلية- البكر- تحديداً. ذلك أنّ المشرع الجزائري لم يميّز بين البكر والثيب في معرض بيانه لأحكام الولاية في عقد الزواج كما هو مثبت في نصوص المواد: 11 و 13 من قانون الأسرة. وعلى هذا الأساس، قصرت الدراسة على بيان حكم إجبار البكر البالغة العاقلة- أو كما سمّاها: الراشدة- وكذا على حكم توليها عقد زواجها، وذلك من باب المقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة، دون الخوض في مباحث فرعية كثيرة فيما يخص موضوع الولاية في عقد الزواج، قد تخرج عن نطاق الدراسة وما يقتضيه انحصارها في العناصر التي شملها تعديل أو تجديد قانون الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> يقسم العلماء الولاية المتعدية إلى قسمين: الأول: ولاية إجبار أو جبر؛ وهي التي تخول صاحبها الانفراد بإنشاء عقد الزواج دون أن يكون للمولى عليه دخل فيه. ولذا يسميها بعض الفقهاء: ولاية استبدادية؛ لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد دون اختيار أو مشاركة من المولى عليه. والقسم الثاني: ولاية لا جبر فيها؛ وهي التي تخول الولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ومشاركته ورغبته، فلا يستقل بالعقد. واختلف الفقهاء في تسمية هذه الولاية: فأطلق عليها الحنفية ولاية ندب واستحباب، وسمّاها المالكية ولاية اختيار، وقال الشافعية بأنّها: ولاية شراكة أو شركة.

**المذهب الأول:** ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> - من مالكية وشافعية والحنابلة في رواية، وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق - إلى أن للولي المخبر - ومن حكمه - أن يزوج من له عليها ولاية الإيجاب وإن كانت بكرا بالغة عاقلة، فله أن يزوجه دون حاجة إلى إذنها، ولا توقّف على هذا الإذن. وقد استدلل أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة، نورد منها:

1- ماوري عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها." <sup>2</sup>

**وجه الاستدلال:** فقد قسّم النبي صلى الله عليه وسلم النساء في التزويج قسمين، فأثبت الحق لأحدهما، فدلّ ذلك على نفيه عن الأخرى، وهي البكر، فيكون - إعمالا لمفهوم المخالفة، وهو معتبر عند أصحاب هذا المذهب<sup>3</sup> - وليّها أحقّ منها بها، فله أن يجبرها ولا خيار لها في الأمر.

قال البهوتي رحمه الله: " وللأب تزويج بناته الأباكار ولو بعد البلوغ لحديث ابن عباس... " <sup>4</sup> وقال: " فقسّم النساء قسمين، وأثبت الحق لأحدهما، فدلّ على نفيه عن الآخر، وهي البكر، فيكون وليّها أحقّ منها بها." <sup>5</sup>

2- قوله صلى الله عليه وسلم: " اليتيمة تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذنها، وإن أبت فلا جواز عليها." <sup>6</sup>

وكذا قوله صلى الله عليه وسلم: " ليس للولي مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر." <sup>7</sup>

<sup>1</sup> ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 11/2 - القوانين الفقهية، ابن حزي، ص 221 - الأم، الشافعي، 19/5 - مغني المحتاج الرملي، 229/6 - فتح الباري، ابن حجر، 193/9 - المغني، ابن قدامة، 385، 384/7 - سبل السلام، الصنعاني، 259/2.

<sup>2</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>3</sup> الأم، الشافعي، 20/5.

<sup>4</sup> ينظر: كشاف الفناع، 22/3 - غاية المنتهي في الجمع بين الإقناع والمنتهي، 19/3.

<sup>5</sup> شرح منتهي الإرادات، 124/5.

<sup>6</sup> أخرجه: أبو داود، الترمذي، والدارمي، أحمد والحاكم :

سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الاستئثار، 238/2.

سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ماجاء في إكراه اليتيمة على التزويج، 417/3. قال أبو عيسى: حديث حسن.

سنن الدارمي، كتاب: النكاح، باب: تستأمر اليتيمة في نفسها، 138/2.

مسند الإمام أحمد، 394/4.

المستدرک على الصحيحين، كتاب: النكاح، 166/2. قال الحاكم: حديث صحيح، ووافقه الذهبي.

<sup>7</sup> أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي والبيهقي:

سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الثيب، 232/2



**وجه الاستدلال:** إنَّ اليتيمة هي التي لا أب لها؛ فدلَّ الحديث بمنطوقه على أنَّ اليتيمة لا يجوز إجبارها، بل، يؤخذ رأيها، فلا تزوج إلاَّ برضاها. ودلَّ بمفهومه على أنَّ ذات الأب بخلافها. وعليه، فلا يجب استئذانها، إلاَّ ما ثبت للثيب - كما تقدّم في الحديث - من استئذان بإجماع.

3- قوله ﷺ: " لا تنكح البكر حتى تستأذن، ولا الثيب حتى تسأمر"<sup>1</sup> فاستئذان البكر هنا، إنّما هو من باب تطيب خاطرها فحسب، لا من باب الوجوب والإلزام. ونظير ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً: "أمروا النساء في بناهن."<sup>2</sup>

قال الشافعي رحمه الله: " لا خلاف أنّه ليس للأُم أمر، لكنّه على معنى استطابة النفس."<sup>3</sup>

وعليه، فالحديث كما هو واضح منطوقه فرق بين البكر والثيب، فيبيّن بأنَّ الأولى تسأذن، والثانية تستأمر، وهذا يدلُّ على أنَّ البكر خلاف الثيب، فيكون لوليها أن يجبرها خلافاً للثيب.<sup>4</sup>

**المذهب الثاني:** وذهب أصحابه<sup>5</sup> - وهم: الحنفية والحنابلة في رواية، والظاهرية، والشيعية الزيدية والجعفرية والأوزاعي، والثوري، وأبو ثور، وابن تيمية وابن القيم - إلى أنّه لا يجوز للولي - أبا كان أو غيره - أن يجبر المرأة البكر البالغة العاقلة على النكاح، بل، يجب استئذانها فيه. فإنَّ زوّجها من غير استئذان، كان العقد موقوفاً على رضاها وإجازتها.

قال ابن حزم رحمه الله: " وإذا بلغت البكر... لم يجز للأب ولا لغيره أن يزوجه إلاَّ بإذنها، فإن وقع فهو مفسوخ."<sup>6</sup>

واستدل أصحاب هذا المذهب بجملة من الأدلة، نورد منها الآتي:

---

سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في استثمار البكر والثيب، 416/3.

سنن النسائي، كتاب: النكاح، باب: استئذان البكر في نفسها، 84/6.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: ما جاء في إنكاح الثيب، 192/7.

<sup>1</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>2</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>3</sup> فتح الباري، ابن حجر، 193/9.

<sup>4</sup> النووي بشرح مسلم، النووي، 204/9.

<sup>5</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 241/ 2 - شرح فتح القدير، ابن الهمام، 252/3 - المغني، ابن قدامة، 380/7.

المحلي، ابن حزم، 459/9 - التاج المذهب، العنسي، 22/2 - فقه الإمام جعفر، مغنية، 240/5 - شرائع الإسلام، الحلبي 276/2 - بداية المجتهد، ابن رشد، 12/ 2 - مجموع الفتاوى، ابن تيمية، 25، 23/32 - زاد المعاد، ابن القيم، ص 859، 858 - الإيجار على الزواج، مجمع الفقه الإسلامي، ص 83 وما بعدها.

<sup>6</sup> المحلي، 459/9.

1- روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن." قالوا: يا رسول الله: وكيف إذنها؟ قال: " أن تسكت."<sup>1</sup>

2- روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "... والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها."<sup>2</sup>

3- ثبت في الصحيح من حديث خنساء بنت خدام الأنصارية أن أباه زوجها وهي ثيب. فكرهت ذلك، فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فردّ نكاحه.<sup>3</sup>

وفي السنن عن ابن عباس رضي الله عنه أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباه زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم.<sup>4</sup>

وفي رواية أن فتاة- أي بكرا- جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: " يا رسول الله إن أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، وأنا له كارهة. فذكر لها النبي صلى الله عليه وسلم أن هذا ليس لأبيها، وخيرها في ذلك. فقالت الفتاة: لقد أمضيت ما صنع أبي، ولكن فعلت ذلك ليعلم النساء أن ليس للرجال في هذا أمر."<sup>5</sup>

**وجه الاستدلال:** إن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بتخير الثيب في الحديث الأول- أي حديث خنساء بنت خدام الأنصارية- وقضى في الثاني كذلك بتخير الفتاة البكر- و: " هذه غير خنساء، فهما قضيتان قضى في إحداهما بتخير الثيب، وقضى في الأخرى بتخير البكر"<sup>6</sup>- فدل ذلك على اعتبار إذن البكر البالغة العاقلة التي يراد تزويجها.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها، ص 639.

صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 390. تقدم تحريجه.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، كتاب: النكاح، باب: إذا زوج ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود، ص 639.

<sup>4</sup> أخرجه أبو داود، النسائي وابن ماجه:

سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في البكر يزوجه أبوها ولا يستأذنها، 232/2.

سنن النسائي، كتاب: النكاح، باب: البكر يزوجه أبوها وهي كارهة، 85/6.

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: من زوج ابنته وهي كارهة، 602/1.

<sup>5</sup> أخرجه ابن ماجه والدارقطني:

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: من زوج ابنته وهي كارهة، 603، 602/1.

السنن، كتاب: النكاح، 233/232/3.

<sup>6</sup> زاد المعاد، ابن القيم، ص 858.

<sup>7</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، 122/6.

قال ابن القيم رحمه الله: "وموجب هذا الحكم أنه: لا تجبر البكر البالغ على النكاح، ولا تزوج إلاّ برضاها... وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته.

أمّا موافقته لحكمه؛ فإنّه حكم بتخيير البكر الكارهة.

وأمّا موافقة هذا القول لأمره؛ فإنّه قال: "والبكر تستأذن"، وهذا أمر مؤكد لأنّه ورد بصيغة الخبر الدال على تحقّق المخبر به وثبوته ولزومه. والأصل في أوامره ﷺ أن تكون للوجوب مالم يقيم إجماع على خلافه.

وأمّا موافقته لنهيه؛ فلقلوله: "لا تنكح البكر حتّى تستأذن" \*... فأمر ونهي وحكم بالتخيير، وهذا إثبات للحكم بأبلغ الطرق.

وأمّا موافقته لقواعد شرعه؛ فإنّ البكر البالغة العاقلة الرشيدة لا يتصرف أبوها في أقل شيء من مالها إلاّ برضاها، ولا يجبرها على إخراج اليسير منه بدون رضاها، فكيف يجوز أن يرقها، ويخرج بضعها منها بغير رضاها إلى من يريد هو، وهي من أكره الناس فيه، وأبغض شيء إليها؟ ومع هذا فينكحها إياه قهرا بغير رضاها إلى من يريد، ويجعلها أسيرة عنده، كما قال النبي ﷺ: "أتقوا الله في النساء فإنّهنّ عوان عندكم"، أي أسرى. ومعلوم أنّ إخراج مالها كلّها بغير رضاها أسهل عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها. وقد أبطل من قال: إنّها إذا عينت كفاء تحبه وعين أبوها كفاء، فالعبرة بتعيينه، ولو كان بغضا إليها، قبيح الخليقة.

وأمّا موافقته لصالح الأمة؛ فلا تخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره وترضاه، وحصول مقاصد النكاح لها به، وحصول ضد ذلك بمن تبغضه وتنفر عنه، فلولم تأت السنة الصريحة بهذا القول، لكان القياس الصحيح، وقواعد الشريعة لا تقتضي غيره.<sup>1</sup>

وقال ابن تيمية رحمه الله: "فإنّ الأب ليس له أن يتصرف في مالها إذا كانت رشيدة إلاّ بإذنها وبضعها أعظم من مالها، فكيف يجوز أن يتصرف في بضعها مع كراهتها ورشدها... وأمّا تزويجها مع كراهتها للنكاح فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوّغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجازة إلاّ بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على مباحة

\* قال الإمام ابن رشد رحمه الله في قوله ﷺ: "والبكر يستأذنها أبوها"...: "وهو نص في موضع الخلاف". مرجّحاً بذلك مذهب القائلين بعدم إجبار البكر البالغة العاقلة على الزواج - بداية المجتهد، 12/2.

<sup>1</sup> زاد المعاد، ص 858، 859.

ومعاشرة من تكره مباضعته ومعاشرته؟! والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه فأبي مودة ورحمة في ذلك.<sup>1</sup>

**الترجيح:** إنّه، ومن خلال التّظر في الأدلة النقلية- التي أساسها نصوص الأحاديث النبوية المتقدمة- التي اعتمدها كلّ مذهب لترجيح ما رآه الحق، وكذا جملة الأدلة العقلية التي دعت بها كل مذهب اختياره، فإنّ الذي تسكن إليه نفس، ويطمئن إليه العقل المقاصدي ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني في رفع ولاية الإجماع عن المرأة البكر العاقلة وإثبات ولاية النّيب والاستئذان والمشاركة لما في هذا المسلك من ضمان لتحقيق قيام علاقة تعاقدية، تنشيء زيجة على أساس من التراضي الذي يحقق المودة والرحمة والسكن وغيرها من مقاصد الزواج، الذي هو آية من آيات المولى ﷺ: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>2</sup>.

#### ب- تولى المرأة البالغة العاقلة لعقد زواجها

يتحدّد موضوع البحث في مدى تولى المرأة البالغة العاقلة لعقد زواجها، من حيث كون الولاية شرط صحّة في العقد أو ليست بشرط؟ وهو ما أشار إليه الإمام ابن رشد رحمه الله حين حدّد محلّ النزاع في المسألة بقوله: "اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحّة النكاح أم ليست بشرط؟"<sup>3</sup>

لكن، وقبل تناول هذه المسألة بالبحث- وهي مسألة اختلفت فيها أنظار المجتهدين اختلافًا واسعًا- نقول بأنّ ثمة مسائل اتفق الفقهاء على حكمها فيما يتعلق بولاية المرأة؛ وذلك حتّى تستبعد عن مواطن النزاع، والمتمثلة في:

- إنّ للمرأة الأهلية الكاملة في إبرام كافة عقود المعاملات- فيما عدا النكاح- وأنّ تليها بنفسها اتفاقًا وتكون صحيحة منتجة لآثارها. وإذا كان لها الولاية الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود المالية- على استقلال- فإنّها تملك أن توكل فيها غيرها، لأنّ من ملك شيئًا جاز أن يوكل فيه غيره، وليس لأحد حق الاعتراض على تصرفها في أموالها.

- إنّ عقد النكاح لو باشره الولي الشرعي بإذن المرأة البالغة العاقلة وبرضاها التّام، كان العقد صحيحًا ونافذًا.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> مجموع الفتاوى، 25/32.

<sup>2</sup> سورة الروم: الآية 21.

<sup>3</sup> بداية المجتهد، 15/2.

<sup>4</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 478/2.

واختلفوا فيما إذا باشرت المرأة البالغة العاقلة عقد زواجها بنفسها حول أثر ذلك على: صحّة العقد أو نفاذه أو لزومه؟ فكان أن تخرّج عن ذلك الأقوال الآتية:

**القول الأول:** ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> - من مالكية، شافعية، حنابلة، ظاهرية، إباضية، وأبو يوسف من الحنفية في إحدى الروايات عنه، وكذا الرَّاجح في مذهب الشيعة الزيدية - إلى أنّه: لا تملك المرأة تزويج نفسها بكراً كانت أم ثيباً، وإن حدث؛ فإنّه يقع غير صحيح، فلا يرتّب أيّ أثر حتّى وإن أذن وأجاز الوليّ ذلك.

وقد قال بهذا، جمع كبير من الصحابة رضي الله عنهم، منهم: عمر، علي، ابن مسعود، ابن عباس أبو هريرة وعائشة. قال ابن المنذر رحمه الله: "لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك."<sup>2</sup> وإلى هذا القول، ذهب: سعيد بن المسيب، البصري، جابر بن زيد، عمر بن عبد العزيز، الثوري ابن أبي ليلى، ابن شبرمة، ابن المبارك، أبو عبيد والطبري، وغيرهم.<sup>3</sup> وهذه بعض التّقول عن أصحاب هذا القول:

قال الإمام النفرأوي رحمه الله: "لا نكاح صحيح إلاّ بمباشرة ولي... فإن وقع النكاح عندنا بغير ولي فسخ، ولو ولدت الأولاد."<sup>4</sup>

قال الإمام ابن جزري رحمه الله: "فلا تعقد المرأة النكاح على نفسها ولا على غيرها، بكراً أو ثيباً شريفة أو ذنيئة، رشيدة أو سفية، حرة أو أمة، أذن لها وليها أو لم يأذن. فإن وقع: فسخ قبل الدخول وبعده، وإن طال وولدت، ولا حدّ في الدخول للشبهة، وفيه الصداق المسمى."<sup>5</sup>

قال الإمام الشيرازي رحمه الله: "لا يصح النكاح إلاّ بولي، فإن عقدت المرأة لا يصح."<sup>6</sup> وقال الإمام ابن حزم رحمه الله: "لا يحل للمرأة نكاح ثيباً كانت أو بكراً إلاّ بإذن وليها."<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ينظر: المدونة، مالك ابن أنس، 46/2 - القبس في شرح موطن مالك، ابن العربي، 684/2 - الحاوي الكبير، الماوردي 57/11 - مغني المحتاج، الشربيني، 147/3 - الإنصاف، المرداوي، 66/8 - الفتاوى الكبرى، ابن تيمية، 192/3 - المحلى ابن حزم، 451/9 - شرح النيل، أطفيش، 100/6 - شرح فتح القدير، ابن الهمام، 256/3 - شرح الأزهار، الهذيلي 228/2 - التاج المذهب، العنسي، 22/2 - النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، الطوسي، 464.

<sup>2</sup> ينظر: فتح الباري، ابن حجر، 189/9 - نيل الأوطار، الشوكاني، 251/6.

<sup>3</sup> ينظر: التمهيد، ابن عبد البر، 90/19 - المغني، ابن قدامة، 337/7.

<sup>4</sup> الفواكه الدواني، 22/2.

<sup>5</sup> القوانين الفقهية، ص 186.

<sup>6</sup> المهذب، 45/2.

<sup>7</sup> المحلى، 451/9.

وجاء في مذهب الزيدية بأنه: عقد النكاح له خمسة أركان: الأول: أن يقع من ولي، فلا يصح من المرأة أن تزوج نفسها عندنا، وإثما يصح العقد إذا صدر من ولي مرشد ذكر...<sup>1</sup> واستدل الجمهور على قولهم هذا بجملة من الأدلة، والتي نورد منها:

### أولاً- من القرآن الكريم

- قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال بالآية: هو أن الخطاب موجّه إلى الأولياء بالنهي عن تزويج المشركين حتى يؤمنوا. ومعلوم أنه لا يوجّه الخطاب بالنهي عن شيء لمن لا يملكه، فدل ذلك على أن ولاية التزويج لا يملكها إلا الأولياء، وإلا ما صحّ توجيه الخطاب إليهم أصلاً، ولكان توجيهه خلوا من الفائدة.<sup>3</sup>

فدلّت الآية الكريمة على أن الولي شرط في الزواج لصحته، ومنه عدم صحّة استئثار المرأة بعقد زواجها بغير ولي، لصراحة النهي الوارد في حق الأولياء بعدم تزويج المسلمات بالمشركين. ولولا ثبوت هذا الحق لهم، لما فهم الله ﷻ عن ذلك.<sup>4</sup>

قال الإمام الشوكاني رحمه الله: "وأجمع القراء على ضمّ التاء من ﴿تُنكِحُوا﴾..."<sup>5</sup>. فكان هذا الأمر من الله تعالى دلالة على أن أولياء المرأة أحقّ بتزويجها.<sup>6</sup>

- قال الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>7</sup>.

وجه الاستدلال بالآية: هو أنها تنهى الأولياء عن منع النساء من نكاح من يخترن من الأزواج فالخطاب بالنهي عن العضل<sup>8</sup> موجّه إلى الأولياء. ولو كان أمر تزويج المرأة عائدا إليها لما كان في نهي الأولياء عن العضل فائدة.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> شرح الأزهار، الهذلي، 228/2.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 221.

<sup>3</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 482/2.

<sup>4</sup> أحكام القرآن، ابن العربي، 158/1.

<sup>5</sup> فتح القدير، 224/1.

<sup>6</sup> جامع البيان، الطبري، 379/2.

<sup>7</sup> سورة البقرة: الآية 232.

<sup>8</sup> والعضل: هو المنع أي: لا تمنعوهن أن يتزوجن من أزواجهن السابقين. ينظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، الفقهية، النسفي، ص 93.

<sup>9</sup> أحكام القرآن، ابن العربي، 164/1.



قال الإمام الشافعي رحمه الله: " ولا أعلم الآية تحتل غيره، لأنه إنما يؤمر بأن لا يعضل المرأة من له سبب إلى العضل بأن يكون يتم به نكاحها من الأولياء."<sup>1</sup>

ويؤيد هذا الاستدلال، ما ورد في سبب نزول الآية<sup>2</sup>. فقد روي أن هذه الآية نزلت في: " معقل معقل بن يسار، كانت أخته تحت رجل فطلقها ثم حلّى عنها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها. فحمي معقل من ذلك آنفا فقال: حلّى عنها وهو يقدر عليها ثم يخطبها، فحال بينه وبينها. فأنزل الله ﷻ: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ ﴾ إلى آخر الآية، فدعاه رسول الله ﷺ فقرأ عليه، فترك الحمية واستفاء لأمر الله."<sup>3</sup> وفي رواية أنه - أي معقل بن يسار - زوج أختا له له رجلا من المسلمين فطلقها طليقة وبعد انقضاء عدتها جاء يخطبها من وليها، فقال له: زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليها أبدا، وكان رجلا لا بأس به، وكانت تريد أن ترجع إليه، فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه، فأنزل الله هذه الآية ﷻ: ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ ... ﴾ فلما سمعها معقل قال: " سمعا لربي وطاعة."<sup>4</sup>

فدلّ سبب النزول - المتقدم في الروايتين - بما يؤكّد المذهب القائل باشتراط الولي لصحة عقد النكاح أنه لو كان للمرأة أن تزوج نفسها دون ولاية ولي لفعلت - مع شدة رغبتها في زوجها ورغبته فيها - فثبت أن الولاية شرط في صحة عقد النكاح.<sup>5</sup>

وفي هذا الشأن - أي الجمع بين الآية محل الاستدلال وسبب نزولها - قيل:  
- "... وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا، وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف."<sup>6</sup>

- "... أصرح دليل على اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لم تحتج إلى أخيها، ومن كان أمره إليه لا يقال أن غيره منعه."<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الأم، 12/5.

<sup>2</sup> أسباب النزول، أبو الحسن النيسابوري، ص 60، 61.

<sup>3</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب: الطلاق، باب: " وبعولتهن أحق بردهن"، ص 661.

<sup>4</sup> سنن الترمذي، الترمذي، كتاب: تفسير القرآن عن رسول ﷺ، باب: ومن سورة البقرة، 667/1.

قال أبو عيسى: حديث حسن صحيح.

<sup>5</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، 129/6.

<sup>6</sup> فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 187/9.

<sup>7</sup> الإشراف، القاضي عبد الوهاب، 686/2.

- "... ففيه دليلان: أحدهما؛ أنّ العضل هو المنع الذي لا خلاص منه، ولو كان لهنّ أن يعقدن، لم يكن امتناع الأولياء عضلا لهنّ. والثاني؛ أنّ سبب ذلك امتناع معقل بن يسار من إنكاح أخته الذي طلقها.<sup>1</sup>"

- قوله **﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾**<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال بالآية: إنّ الخطاب فيها موجه للأولياء، فلو لم يكن حق الولاية لهم لما خوطبوا بوجوب إنكاح الأيامي من النساء- أي من لا أزواج لهن، سواء أكنّ أبكارا أم ثيبات- فدلّ ذلك على أنّ ولاية عقد النكاح للأولياء لا للنساء. فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج أصلا. وإن تولّته؛ كان باطلا. فإضافة الأمر- الذي يفيد الوجوب مالم يوجد ما يصرفه إلى غيره- وهو منتفي في الآية محلّ الاستدلال في قوله تعالى: **﴿وَأَنْكِحُوا﴾**؛ خطاب للأولياء الرجال دون النساء.<sup>3</sup>

قال الإمام القرطبي رحمه الله: "والخطاب للأولياء، وقيل للأزواج. والصحيح الأول. وفي هذا دليل على أنّ المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي، وهو قول أكثر العلماء."<sup>4</sup>

وقال في موضع آخر: "فلم يخاطب الله تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهنّ."<sup>5</sup>

- قوله **﴿وَأَنْكِحُوا﴾** - حكاية عن سيّدنا شعيب عليه السلام في قصة سيّدنا موسى عليه السلام:- **﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ﴾**<sup>6</sup>.

قال الإمام القرطبي رحمه الله مبينا وجه الاستدلال بالآية: "وفي هذه الآية دليل على أنّ النكاح إلى الولي، لا حظّ للمرأة فيه، لأنّ صالح مدين تولاه..."<sup>7</sup>

<sup>1</sup> الأم، الشافعي، 12/5.

<sup>2</sup> سورة النور: الآية 32.

<sup>3</sup> أحكام القرآن، ابن العربي، 285/3.

<sup>4</sup> الجامع لأحكام القرآن، 62/3.

<sup>5</sup> المصدر نفسه، 229/15.

<sup>6</sup> سورة القصص: الآية 27.

<sup>7</sup> الجامع لأحكام القرآن، 271/13.

## ثانياً- من السنة النبوية

- ما روى عبد الله بن عباس رضي الله عنه وغيره<sup>1</sup> أن رسول الله ﷺ قال: " لا نكاح إلا بولي."<sup>2</sup>
- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل."<sup>3</sup>
- روت السيدة عائشة رضي الله عنها، أن النبي ﷺ قال: " أيما امرأة أنكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - ثلاث مرات- وإن دخل بها فلها المهر بما أصاب منها..."<sup>4</sup>
- روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: " لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها."<sup>5</sup>

<sup>1</sup> قال الإمام الشوكاني رحمه الله: " و قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة و أم سلمة و زينب بنت جحش ثم سرده نحو ثلاثين صحابياً..." - نيل الأوطار، 6/150.

<sup>2</sup> أخرجه أبو داود، الترمذي، ابن ماجه، الدارمي، البيهقي وأحمد: سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، 1/481.

سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، 2/280.

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 1/605.

سنن الدارمي، كتاب: النكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، 2/137.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 7/106.

مسند الإمام أحمد، مسند ابن عباس رضي الله عنه، 1/220.

قال السيوطي: حديث صحيح الجامع الصغير، 2/751.

<sup>3</sup> أخرجه الدارقطني و البيهقي:

سنن الدارقطني، كتاب: النكاح، 3/221، 222.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بشاهدي عدل، 7/125، 126.

قال السيوطي: حديث صحيح. الجامع الصغير، 2/457.

<sup>4</sup> أخرجه: أبو داود، الترمذي، ابن ماجه، الدارمي، البيهقي والحاكم:

سنن أبي داود، كتاب: النكاح، باب: في الولي، 1/480.

سنن الترمذي، كتاب: النكاح، باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي، 2/280. قال أبو عيسى: حديث حسن.

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 1/605.

سنن الدارمي، كتاب: النكاح، باب: النهي عن النكاح بغير ولي، 2/137.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 7/106.

المستدرک علی الصحیحین، كتاب: النكاح، أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها...، 2/168.

قال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. قال الهيثمي حديث معلول.

<sup>5</sup> أخرجه ابن ماجه، البيهقي والدارقطني:

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 1/606.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 7/178.

سنن الدارقطني، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 4/325.

- ما ورد في الصحيح<sup>1</sup> عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت: "إنّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء. فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها... فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كلّهُ إلاّ نكاح الناس اليوم."<sup>2</sup>

**وجه الاستدلال بهذه الأحاديث<sup>3</sup>:** دلت هذه الأحاديث النبويّة مجتمعة - يعضد بعضها بعضا - على أنّه ليس للمرأة حق تزويج نفسها - فضلا عن غيرها - إذ لا مناص من وجود الولي في ذلك. فالولي شرط لصحة عقد الزواج، فإذا انتفى الشرط انتفت الصحة؛ إذ لا يصح الشيء من دون شرطه المعلق عليه. ومعلوم كما تقدّم في معرض تحديد مدلول الشرط، أنّه: ما يلزم من عدمه عدم المشروط - وإلاّ ما كان ثمّة من وجه لتعليقه عليه، والنفي في الأحاديث المتقدمة، إمّا صراحة كما في قوله ﷺ: "لا نكاح" أو: "لا تزوج المرأة..." أو ضمنا - أي حكما - كما في قوله ﷺ: "أيما امرأة أنكحت... فنكاحها باطل..."

أو: ما روت السيدة عائشة رضي الله عنها: "... هدم نكاح الجاهلية إلاّ نكاح الناس اليوم"، إمّا هو نفي ينصبّ على الصحة فيرفعها، لأنّها أقرب شيء إلى نفي الذات<sup>4</sup>.

### ثالثا - من المعقول

لم يكتف جمهور الفقهاء في إثباتهم للولاية في النكاح على الأدلة النقلية - التي سبق بيان بعضها - بل دعموا ما ذهبوا إليه بأدلة عقلية تدور في مجملها حول بيان الحكمة التشريعية للولي في عقد النكاح<sup>5</sup>:

- إنّ من شيم المرأة الحياء الذي جبلت عليه، فذلك يمنعها أن تباشر عقد نكاحها أو نكاح غيرها من النساء، صيانة لها عمّا يشعرها بالوقاحة والرعونة والميل إلى الرجال.

---

قال الألباني: حديث صحيح، دون جملة الزانية - ينظر: صحيح سنن ابن ماجه، 317/1 - الإرواء، 248/6.

<sup>1</sup> وقد احتج الإمام البخاري بهذا الحديث على اشتراط الولي، حيث وضعه تحت باب: لا نكاح إلاّ بولي. ومعلوم بأن تراجم الإمام البخاري تدل على فقهه.

ينظر: أحكام الخطبة والزواج، نصر سلمان، سعاد سطحي، ص 107.

<sup>2</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>3</sup> ينظر: الجامع لإحكام القرآن، القرطبي، 72/3 - التمهيد، ابن عبد البر، 89/19 - سبل السلام، الصنعاني،

118/3.

المغني، ابن قدامه، 337/7 - المحلي، ابن حزم، 449/9 - نيل الأوطار، الشوكاني، 129/6.

<sup>4</sup> بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، الدريني، 484/2.

<sup>5</sup> ينظر: التمهيد، ابن عبد البر، 93، 94/19 - الأم، الشافعي، 19/5 - مقاصد الشريعة الإسلامية، الطاهر بن عاشور،

ص 158. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، فتحي الدريني، 559/2 - أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، عمر

سليمان الأشقر، ص 119 - أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، نصر سليمان، سعاد سطحي، ص 111.

- إنَّ المرأة عاطفية، تغلب عليها العاطفة والاعتزاز وتخدع بالمظاهر- التي غالباً ما تكون زائفة. فإنَّ أساءت الاختيار تعدَّت الإساءة إلى الأهل والأقارب- بخلاف تصرفها في الأموال عن طريق البيع، وغيره من التصرفات المالية- فإنَّ النفوس تُظنُّ بها وتحرص عليها، والضرر في فقد الأموال محتتمل لا عار فيه بخلاف الضرر في إساءة اختيار الزوج ، فإنَّ فيه الفضيحة والشقاء والعناء لأهل الزوجة وأوليائها. ذلك أنَّ أساس الولاية- كما قال الإمام أبو زهرة رحمه الله: " عقد الزواج لا تعود مغبّاته على العاقدين وحدهما بل، ينال الأسرة منه شيء من العار أو الفخار."<sup>1</sup>

- إنَّ الرجال أقدر من المرأة على البحث على أحوال الخاطب ومعرفة حقيقته. فلو ترك الأمر للمرأة وحدها في أن تقرر مصيرها في اختيار الزوج، فإنَّها قد لا توفّق- في الغالب- في ذلك.

وقد أجمَلَ الإمام الدهلوي رحمه الله مختلف هذه الحكم التي شرع لأجلها الولي في عقد النكاح في قوله: " اعلم أنَّه لا يجوز أن يحكم في النكاح النساء خاصة؛ لنقصان عقلمن وسوء فكرهن. فكثيراً ما لا يهتدين المصلحة ولعدم حماية الحسب منهن غالباً، فربّما رغبت في غير الكفء وذلك عار على قومها فوجب أن يجعل للأولياء شيء من هذا الباب لتُسدَّ المفسدة. و أيضاً فإنَّ السنّة الفاشية في الناس من قبل ضرورة جبليّة أن يكون الرجال قوامون على النساء، ويكون بيدهم الحل و العقد، و عليهم النفقات و إنّما النساء عوان بأيديهم وهو قوله ﷺ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾<sup>2</sup>. و في اشتراط الولي في النكاح تنويه أمرهم، واستبداد النساء بالنكاح وقاحة منهن منشؤها قلة الحياء<sup>3</sup>، واقتضاب على الأولياء وعدم اكتراث لهم أيضاً. وأيضاً يجب تمييز النكاح عن السفاح بالتشهير وأقل التشهير أن يحضره أولياؤها."<sup>4</sup>

**القول الثاني:** ذهب الحنفية<sup>5</sup>- أبو حنيفة، زفر وأبو يوسف في روايتين عنه، ومحمد في رواية- إلى القول بجواز مباشرة المرأة البالغة العاقلة عقد زواجها- وزواج غيرها- مطلقاً سواء أكانت بكرًا

<sup>1</sup> الأحوال الشخصية، ص 108.

<sup>2</sup> سورة النساء : الآية 34.

<sup>3</sup> ولعلّ من هذا المعنى، ما ذكره الكاساني رحمه الله في معرض استدلاله بقوله ﷺ: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ على أنَّ الولي شرط حواز أو تمام في النكاح، بل، واعتباره من قبيل العرف والعادة بين الناس. ومع ذلك فإنَّ: " النساء لا يتولين النكاح بأنفسهنّ عادة، لما فيه من الخروج إلى محافل الرجال، وفيه نسبتهنّ إلى الوقاحة..."

ينظر: بدائع الصنائع، 371/2.

<sup>4</sup> حجة الله البالغة، 116/2 - 117.

<sup>5</sup> ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 57/3 - تبين الحقائق، الزيلعي، 117/3 - المبسوط، السرخسي، 10/5.

أو ثيبا. وإن كان يندب ويستحب لها تقديم وليها في تولي ومباشرة عقد تزويجها. وبه قال: ابن سرين، والشعبي والزهري وقتادة<sup>1</sup>.

فـ: "ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها، وإن لم يعقد عليها ولي، بكرة كانت أو ثيبا."<sup>2</sup>  
و: "تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا، إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، وإن عقدت مع كفاء جاز ومع غيره لا يصح."<sup>3</sup>  
واستدل أصحاب هذا القول بجملة من الأدلة، نورد منها الآتي:

#### أولا- من القرآن الكريم

1- قال الله ﷻ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَبُغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال؛ أن الله ﷻ أضاف النكاح إلى النساء، فدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي، وأما خطاب منع العضل فهو موجه للأزواج- وليس للأولياء- أي أنه خطاب لمن طلق ومعناه: عضلها عن الأزواج بتطويل العدة عليها<sup>5</sup>.

2- قال ﷻ: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾<sup>6</sup>.

وجه الاستدلال بالآية؛ أنها لا تدل على اشتراط الولي في عقد النكاح، فيكون للمرأة البالغة العاقلة حق استئثارها بإنكاح نفسها ممن ترضاه لها زوجها، والدلالة على ذلك في الآية الكريمة من وجهين<sup>7</sup>:

الأول: إضافة عقد النكاح إليها من غير ذكر الولي في قوله ﷻ: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾.

والثاني: إضافة المراجعة إليهما من غير ذكر الولي في قوله ﷻ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾.

وقال ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنْكُمْ وَيَدْرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 149/2 - بداية المجتهد، ابن رشد، 16/2.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 255/3.

<sup>3</sup> المصدر نفسه.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 232.

<sup>5</sup> ينظر: أحكام القرآن، الجصاص، 400/1.

<sup>6</sup> سورة البقرة: الآية 230.

<sup>7</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 400/1.

<sup>8</sup> سورة البقرة: الآية 234.



وجه الاستدلال بالآية؛ أنها تدل على جواز فعل المرأة في نفسها من حيث نكاحها دون اشتراط الولي، لأن في إثبات شرط الولي لصحة العقد نفياً لما تستوجبه الآية، وهذا الخطاب جاء بعد أن أمرها الله ﷻ بالتربص بنفسها هذه المدة عن الأزواج<sup>1</sup>.

ثانياً- من السنة النبوية:

- روى عبد الله بن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "الأيّم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماقتها."<sup>2</sup>

وجه الاستدلال؛ أن الحديث يوضح أن للمرأة الحق في تزويج نفسها، كما أن كونها بالغة عاقلة يجعل لها الولاية على نفسها، قياساً على التصرف في مالها<sup>3</sup>.

وقد فسّر أصحاب هذا القول معنى "الأيّم"، بأنه: اسم للمرأة التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيباً. أو هي التي فارقها زوجها بطلاق أو وفاة بكرا كانت أو ثيباً. قال الإمام السرخسي رحمه الله: "وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي، قال: الأيّم من النساء كالأعزب من الرجال بخلاف ما ذكر محمد أن الأيّم اسم للثيب..."<sup>4</sup>

واستدلوا على ذلك من اللغة بما ورد في أمثال أكنم بن صيفي: "كل ذات بعل ستيم"، وهو يضرب لتحوّل الزمن بأهله. وكذا بقول الشاعر:

أفطم إني هالك فتبّيتي \*\*\*\* ولا تجزعي كلّ النساء تميم<sup>5</sup>

وهذا الحديث، يعتبر من أقوى ما استدلّ به أصحاب هذا القول، ويعتبرونه معارضا للأحاديث التي ساقها أصحاب القول الأول- أي الجمهور- ويترجح عليها بسنده وصحته.

قال ابن عابدين رحمه الله: "الأيّم من لا زوج لها بكرا أو لاً، فإنه ليس للولي إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها أحق منه به، و يترجح هذا بقوة سنده و الاتفاق على صحته، بخلاف الحديثين الأولين... فإنهما ضعيفان أو حسنان، أو بأنّ النفي للكمال، أو بأن يراد بالولي من يتوقف على إذنه: أي لا نكاح إلا لمن له ولاية."<sup>6</sup>

<sup>1</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 401/1.

<sup>2</sup> تقدم تخريجه.

<sup>3</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 401/1-402.

<sup>4</sup> المبسوط، 12/5.

<sup>5</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 259/3.

<sup>6</sup> حاشية رد المختار، 59/3.

- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ: " لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن." قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها؟ قال: " أن تسكت."<sup>1</sup>

- وعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: " الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وإذنها صماتها- وربما قال: " وصمتها إقرارها."<sup>2</sup>

- ما روي عن أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها بعث إليها النبي ﷺ أبا بكر رضي الله عنه يخطبها عليه، فلم تزوجه. فبعث إليها رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه يخطبها عليه، فقالت: أخبر رسول الله ﷺ أني امرأة غيري، وأني امرأة مصيبة- أي ذات صبيان- وليس أحد من أوليائي شاهد. فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له، فقال ﷺ: " ارجع إليها فقل لها: أما قولك إنني امرأة غيري فسأدعوا الله لك فيذهب غيرتك، وأما قولك إنني امرأة مصيبة فستكفين صبيانك، وأما قولك أن ليس أحد من أوليائي شاهد فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك". فقالت لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه."<sup>3</sup>

فدلّت هذه الأحاديث-أيضا- على أنه: للمرأة البالغة العاقلة ثيبا كانت أم بكرا، أن تتولى عقد نكاحها بنفسها، لأنها تتصرف بخالص حقها، فلا يملك أحد- بما في ذلك الولي الشرعي- منعها من ذلك.<sup>4</sup>

**القول الثالث:** وهو ما ذهب إليه الإمام مالك في رواية إلى أن الولاية في عقد الزواج مجرد سنة لا فرض فهي مستحبة-فحسب- فقد فرق الإمام تباعا لذلك بين المرأة الشريفة و الوضيعة<sup>5</sup>؛

<sup>1</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>2</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب: النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، ص 391.

<sup>3</sup> أخرجه الترمذي، النسائي، ابن ماجه، البيهقي وأحمد:

سنن الترمذي، كتاب: النكاح، عن رسول الله ﷺ، باب: ما جاء في لا نكاح إلا بولي، 283/2.

سنن النسائي، كتاب: النكاح، باب: إنكاح الابن أمه، 6/128، 127.

سنن ابن ماجه، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح إلا بولي، 1/652.

السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: الابن يزوحها إذا كان عصبه لها بغير البتة، 7/11.

مسند الإمام أحمد، مسند أم سلمة، 6/317.

وهو حديث صحيح. ينظر: صحيح ابن حبان، 7/212.

<sup>4</sup> ينظر: الهداية، المرغيناني، 2/391 - أحكام القرآن، الحصص، 1/402.

<sup>5</sup> ونوقش قول الإمام مالك في التفرقة بين الشريفة والوضيعة من النساء بأنه: قول مردود لعدم الأدلة من الكتاب أو السنة أو غيرها، بل الجميع أمام الله في الأعمال سواء لقوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾ - سورة الحجرات: الآية 13.

ينظر تفصيل هذه المناقشة: المحلي، ابن حزم، 9/456 - المجموع، النووي، 17/244.

فالشريفة لا يجوز لها أن تستأثر بتزويج نفسها كما لا ينعقد نكاحها بعبارتها مطلقاً، بخلاف المرأة  
الوضيعة التي يجوز لها أن تستخلف رجلاً من الناس ليزوجها. ومن ثمَّ يجوز لها أن تستأثر بعقد  
زواجها لزواج توكيلها غيرها ليعقد لها، لأنَّ من ملك التوكيل ملك المباشرة للشيء.

قال الإمام ابن رشد رحمه الله: "وتخرَّج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية... أنَّ  
اشترطها سنَّة لا فرض، وذلك أنَّه روى عنه أنَّه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي، وأنَّه  
يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على إنكحائها، وكان يستحب أن تقدم  
الثيب وليها ليعقد عليها فكأنَّه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحَّة." <sup>1</sup>

**القول الرابع:** وهو قول داود الظاهري، حيث ذهب إلى التفريق بين الثيب والبكر <sup>2</sup>. فقال  
باشترط الولي في البكر دون الثيب.

قال ابن حزم رحمه الله ناقلاً هذا الرأي: "وأما داود فقال: أمَّا البكر فلا يزوجه إلاَّ وليها.  
وأما الثيب فتولي من شاءت من المسلمين، ويزوجهها، وليس للولي في ذلك اعتراض." <sup>3</sup>  
ودليله في ذلك قوله ﷺ: "الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها وإذنها صماتها." <sup>4</sup>

ووجه الاستدلال في الحديث، أنَّه صريح في جعل الحق للثيب في زواجها، والبكر بخلافها إذ  
أنَّه ونظراً لغلبة الحياء عليها، اكتفى الشرع باستئذائها بما يدل على رضاها، وليس معناه سلب  
حق مشاركتها في اختيار الزوج، وإنَّما يدل الحديث على سلبها الحق - كالثيب - في الانفراد  
بمباشرة عقد زواجها الذي يتقدم فيه حق وليها وأهليته في ذلك <sup>5</sup>.

**القول الخامس:** ذهب أصحاب هذا القول - وهم: محمد بن الحسن في رواية، وأبو يوسف في  
رواية من الحنفية. وأبو ثور والأوزاعي وابن سيرين، والحنابلة في رواية - إلى أنَّه يجوز للمرأة البالغة

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 15/2.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 15/2.

ونوقش استدلال داود الظاهري بهذا الحديث بأنَّه: لا يعارض النصوص الموجبة للولاية في الزواج على المرأة البالغة  
العاقلة سواء أكانت ثيباً أو بكراً، فهو ليس دليل في التمييز بينهما من حيث الثبوتية أو البكارة بقدر ما هو دليل في  
ترجيح أقوى الحقيين أهو حق الولي أم المرأة. وعليه، يكون الحديث دالاً على أنَّ الولاية حق للولي والثيب، وحق  
الثيب أولى من حق الولي من حيث استثمارها، وتصريحها بالقبول والموافقة. أمَّا البكر - وإن كان لها حق مقرر  
بموجب الحديث - فإنَّ حق الولي أولى من حقها، ولهذا اكتفى في معرفة قبولها على سكوتها أو صماتها.

ينظر: الشرح الكبير، الراجعي، 527/7 - المغني، ابن قدامة، 337/7.

<sup>3</sup> المحلى، ابن حزم، 455/9.

<sup>4</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>5</sup> المحلى، ابن حزم، 456/9.

العاقلة أن تتولى عقد زواجها وأن يكون ذلك بعبارتها. إلا أن العقد متى تم بهذه الطريقة فإنه يقع موقوفا على إذن الولي. فإن أذن صح، وإن لم يأذن لم يصح<sup>1</sup>.

**القول السادس:** ذهب أبو حنيفة في رواية، وأبو يوسف في رواية ثالثة إلى التمييز بين إمكانية استئثار المرأة البالغة العاقلة بمباشرة عقد الزواج بالنظر إلى صفة الزوج، بين أن يكون كفاء أم غير كفاء. فقالوا: يكون للمرأة أن تبرم بلفظها عقد زواجها متى كان الزوج كفاء لها، وعدم انعقاده بعبارتها - أي لا بد من الولي في إجرائه بلفظه - عند زواجها من غير كفاء<sup>2</sup>.

**القول السابع:** وهو مذهب الشيعة الجعفرية، فالراجح عندهم جواز تولي المرأة البالغة العاقلة زواجها بلفظها إطلافاً دون توقف على وجود الولي أو إذنه، سواء أكان زواجها بمهر المثل أو أقل منه، بل، وإن كان الزوج غير كفاء. وهذا ما يتضح من خلال ما ورد في مؤلفاتهم: فقد جاء في شرائع الإسلام: "... وهل تثبت ولايتهما - أي الأب والجد - على البكر الرشيدة؟ روايتان:

أظهرهما سقوط الولاية عنها، وثبت الولاية لنفسها في الدائم والمنقطع"<sup>3</sup>؛ أي نكاح المتعة. وقالوا: "عبارة المرأة معتبرة في العقد مع البلوغ والرشد، فيجوز لها أن تزوج نفسها..."<sup>4</sup> وقد استقر فقهاء الجعفرية المتأخرين على أنه: "للحرة المكلفة - أي البالغة العاقلة - أيضاً أن تزوج نفسها بلا ولي بكرة كانت أو ثيباً. ويصح وينفذ زواجها إذا باشرت عقده بنفسها وبدون وليها، وسواء رضي أو كره، وسواء كان بمهر المثل أو غيره، وسواء كان الزوج كفاء أو غير كفاء."<sup>5</sup>

**الترجيح:** إنه وبعد استعراض أقوال وأدلة مختلف المذاهب الفقهية فيما يتعلق بمسألة مدى إمكانية انفراد المرأة البالغة العاقلة بعقد زواجها، فالذي ينبغي التوقف عنده، والوقوف عليه قبل اختيار أو ترجيح أي قول منها، عناصر أساسية في ذلك - لا يجب أن تمهل أو يعُصّ الباحث في المسألة الطرف عنها وينساق وراء ما قاله الغير، ربّما دون إمعان وتدقيق في الموازنة وأبعادها - والتي يمكن إجمالها فيما يأتي:

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكسائي، 247/2 - البحر الرائق، ابن نجيم، 117/3 - المذهب، الشيرازي، 25/2 - المغني، ابن قدامة، 337/7 - سبل السلام، الصنعاني، 120/3 - الولاية على النفس، أبو زهرة، ص 121.

<sup>2</sup> ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 256، 255/3 - تبين الحقائق، الزيلعي، 117/2.

<sup>3</sup> جعفر الهذيلي، 276/2.

<sup>4</sup> ينظر: شرائع الإسلام، الهذيلي، 277/2 - الفصول الشرعية، محمد جواد مغنية، ص 25.

<sup>5</sup> ينظر: الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، ص 3 - أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 284.

أ- إنَّ الولاية في عقد الزواج على المرأة البالغة العاقلة ليست بركن في عقد الزواج في الراجح بين المذاهب الفقهية- على خلاف من يقول بذلك، وقد تقدم بيان حكم المسألة- وذلك لإمكان قيام عقد الزواج شرعا من دون ولاية، لعدم قيام الأدلة القطعية على رُكْنَيْهَا، فضلا عن الخلاف في أصل اعتبارها.

ب- إنَّ الولاية ليست بشرط صحّة في الزواج- بالنظر في مجل النصوص النقلية من الكتاب والسنة- كما تقدم. فالأدلة في المسألة على وفق ما قال به كل فريق غير قطعية، ولا رافعة للخلاف في وجهات النظر في القضية. إذ أن أدلة كل فريق فيما ذهب إليه، لاسيما معتبرا صحّة الولاية، يمكن مناقشتها بما لا تنهض بعده لإثبات المدعى به، من جهة. ومن جهة أخرى، فإنّ القول بعدم اشتراط الولي أو عدم اعتباره إطلاقا مناف للنصوص الكثيرة الدالة على اعتباره في المسألة محل الدراسة، كون التسليم بهذا القول- أي عدم اعتبار الولي- فتح لباب عظيم من الفساد والانحراف في العلاقات الأسرية والاجتماعية بما يزعزع- وربما- يهدم لبنات وأسس الأسرة، ومن خلالها المجتمع المسلم، وقد يتسبب عنه ضياع حقوق المرأة لعدم المطالب بها، وهو فوق ذلك إساءة للأولياء الحريصين على رعاية وصون مصالحها.

وقد بيّن الإمام ابن رشد رحمه الله هذا الأمر- أي عدم قيام دليل قطعي في المسألة على مدى اعتبار الولي من جهة. وكذا عدمه من حيث اعتبار صحّته أو كماله من جهة أخرى- بقوله: "وسبب اختلافهم أنّه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسّنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلّها محتملة. وكذلك الآيات والسّنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك. والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحّتها إلاّ حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل لأنّ الأصل براءة الذمة..."<sup>1</sup> - وبعد أن يسترسل الإمام في عرض تلك الأدلة ومناقشتها عند كل فريق ومخالفه، يخلص إلى القول بعدم صواب كلا الفريقين بقوله: "لكن الذي يغلب على الظنّ أنّه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبيّن جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، فإنّ تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز، فإذا كان لا يجوز عليه ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواترا أو قريبا من التواتر لم ينقل، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين: إمّا أنّه ليست الولاية شرطا في صحّة النكاح، وإمّا للأولياء الحسبة في ذلك. وإمّا إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات

<sup>1</sup> بداية المجتهد، 15/2.

الأولياء وأصنافهم ومراتبهم، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب.<sup>1</sup>

ج- إنّ الزواج ليس حق المرأة البالغة العاقلة وحدها حتّى تستأثر وتستبد به، بل، هو علاقات وروابط تنشأ بين أسرتين، وتتوثق بين عائلتين، ومن وراء هذا لا يكون الاختلاط ويتم الاندماج. وأمر كهذا شأنه عظيم ألاّ يشارك فيه الأولياء، وهم أصحابه. وأعجب منه، أن يتمّ دُبرَ آذاهم ورغم أنوفهم. والزواج ليس حق للولي وحده. بل، هو بالمرأة- ربما ألصق- وهي به أحق، فهي التي ستعيش في كنف زوجها، وترتبط حياتها بحياته، فكيف يهمل رأيها...؟! والحق أنّه لا بدّ من المشاركة في الرأي، واجتماع إرادة المرأة وإرادة الولي على اختيار الزوج الذي سيكون لها ولهم، ومنها ومنهم.

وعليه، وانطلاقاً من جملة هذه الاعتبارات والأسس، فإنّ الذي يترجح لي في المسألة، بعيداً عن التحيز والهوى، مذهب جمهور الفقهاء القائل باشتراط الولي لصحة عقد زواج المرأة البالغة العاقلة التي لا يجوز لها الانفراد بإنشاء عقد زواجها من غير الرجوع في الأمر إلى وليها بمشاورته، وقبوله من غير تعسف في ذلك من الطرفين.

بل، أنّ هذا الترجيح أو القول الذي انتهيت إليه- وهو ما استقر عليه الاتفاق في المسألة في مختلف البلاد العربية والإسلامية، بما فيها البلاد التي تعتمد مذهب الحنفية في تشريعها. حيث راح مختلف أصحاب الشأن من العلماء الشرعيين والقانونيين وغيرهم، يدعون إلى العدول عن مذهب أبي حنيفة إلى مذهب الجمهور، بالنظر إلى الانعكاسات السلبية المترتبة عن سوء استعمال المرأة لحق تزويج نفسها<sup>2</sup>- ينبغي أن يفهم على أنّه: "ليس من مهمته ولا المقصود منه الحجر على

<sup>1</sup> المصدر نفسه، 18/2.

<sup>2</sup> فهذه جمهورية مصر العربية- مثلاً- التي تفتتت وعمّت فيها أنماط عديدة من الزواج لعل أشهرها: الزواج السري، والعرفي. وجراء استفحال المضار المترتبة عنها، أصبح علماؤها يصدرون الفتاوى الواحدة تلو الأخرى بتحريم هذه الأنماط من الزواج التي بات الناس يقبلون عليها، استناداً إلى ما هو مفتى به في المذهب الحنفي حيث لا تشترط الولاية في النكاح- كما يجوز النكاح الذي يتمّ بإشهاد مع التواصي بكتمانه- فهذا نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية سابقاً، يرى أنّه قد: "أصبح الزواج العرفي اعتماداً على ما هو منسوب لمذهب الإمام أبي حنيفة غير مشروع الآن بناء على قول جمهور الفقهاء، لأنّ التشريع الإسلامي إنّما جاء لصالح ما يوافق الزمان والمكان. وللمحافظة على الكليات الخمس التي هي ضرورية لقيام المجتمع الإسلامي. ولهذا فإنّ دار الإفتاء المصرية أصدرت فتوى بحرمة هذا الزواج الذي يقوم بتحقيق أركانه وشروطه الشرعية التي قال بها جمهور الفقهاء، ومنها الولي. وهو والد الزوجة أو أخوها أو أحد عصبته...<sup>2</sup>". واضح من خلال هذا المسعى الذي يصبوا هؤلاء المختصون إلى تحقيقه بحكم أنّ الواقع الأسري والاجتماعي بات يطلبه، أنّ الرأي السليم إنّما هو مذهب الجمهور فيما يتعلق باشتراط الولاية.



المرأة والاستبداد بأمرها ووضعها موضع المهانة والصغار، كما يتصور دعاة ما يزعمونه تقدما وتحريرا للمرأة- إنما الأمر على نقيض هذا تماما، حيث يتجاوز هذا الفهم الضيق الخاطيء إلى منافع متعددة كبيرة معتبرة بالنسبة للمرأة وأهلها معا.

والدليل على إدراك كافة المذاهب الإسلامية، باستثناء قول المتأخرين من الجعفرية كما تقدم بيان مذهبهم لحقيقة دور ولي المرأة في عقد زوجها، أنه حتى مذهب أبي حنيفة الذي يبيح للمرأة أن تزوج نفسها، فإنه يرى بجوار ذلك أنه: "يستحب ويندب" أن يتولى الولي عقد نكاح البالغة العاقلة الرشيدة- وإن لو يوجبوا ذلك، لكنهم يطلقون على ولايته عندئذ: ولاية ندب واستحباب. إشارة إلى أفضلية ذلك عن عقد المرأة نكاحها بنفسها، كذلك فإنهم يعطون الولي حق رفع دعوى فسخ النكاح إذا عقده بنفسها وتبين أنها زوجت نفسها من غير كفاء. ومن ثم لا يغفل الحنفية دور الولي بالكلية كما يتصور بعض الناس.

وخلاصة الأمر في هذا أن الإسلام اشترط لصحة عقد الزواج اجتماع إرادتين من جهة المرأة العاقلة البالغة الرشيدة، حيث دلّ مجموع النصوص الشرعية الصحيحة المتصلة بالموضوع على أن لهذه المرأة- بكرا كانت أم ثيبا- حقا أصيلا في زواجها لا ينكره عالم بمجموع هذه النصوص. وأيضا فإن لوليها حقا في مباشرة عقد زواجها بنفسه أو بمن يوكله عنه، فإذا اجتمعت الإرادتان معا صحّ العقد ونفذ. ولا ضرر على المرأة، بل، مزيد من الإكرام والإعزاز والحرص على مصلحتها. وقد تمثل هذا في مباشرة الولي تزويجها والنطق بعبارته. كما تمثل ضمنا في أن معنى عمله هذا أنه تحرى عن الزوج ورضيه لها واحتاط لمصلحتها ولا ضرر على المرأة إطلاقا في هذا؛ لأنها رضيت بالزوج ووليها راض به، فأبي ضرر وقع عليها في أن يتولى وليها مباشرة العقد والنطق بالعبرة التي من ناحيتها؟ إنه لا ضرر، بل، إكرام وإعزاز ونفع ومصلحة.<sup>1</sup>

ينظر: الزواج العربي، إبراهيم عبده الشرفاوي، ص 39، 40 - رأي الدين بين السائل والجيب، محمد البهي، ص 202، 203 - المحيط في مسائل الأحوال الشخصية، حسن حسن منصور، 175/2، 195.

<sup>1</sup> مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، ص 332، 333.

### ثالثا- ولاية التزويج في قانون الأسرة الجزائري

لقد كان لمسألة الولاية على المرأة في عقد الزواج- إلى جانب مسألتي تعدد الزوجات والخلع- حصة الأسد في جملة النقاشات الحادة والطويلة، التي عرفها مشروع تعديل قانون الأسرة الجزائري<sup>1</sup> بين مختلف المعنيين والمهتمين بالموضوع من رجال القانون، فقهاء الشريعة الإسلامية، وممثلي المجتمع المدني لاسيما منهم الجمعيات النسوية ذات التوجهات الفكرية التحررية والعلمانية. فقد كان الرأي في المسألة منقسم بين من يرى أن الولاية يجب أن تلغى كلية؛ لأنه لا يعقل أن تكون المرأة قاضي، وتعتبر بحكم ذات القانون ولي من لا ولي له- بموجب المادة 11 من قانون الأسرة رقم: 11-84 لسنة 1984م- في الوقت الذي تحتاج هي نفسها إلى ولي يعقد زواجها! فضلا عن أن تكون وزيرا أو محام أو حتى مرشح لرئاسة الجمهورية! فهذا ما لا يستقيم مع العقل والمنطق التشريعي. وهو الذي يعرف بتحكم العقل والمنطق في بناء أحكامه أساسا. إلى جانب كون هذا المسلك القانوني يعتبر مساسا بمبدأ المساواة بين الجنسين، وفقا لأحكام الدستور، وامتنالا للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة التي صادقت عليها الجزائر كاملة دون تحفظ، بعد أن تحفظت على نصيب منها، وكذا حقوق الإنسان والمواطن، هذا بالنسبة للرأي الأول.

وكان رأي آخر يذهب إلى أن إسقاط الولاية- على وفق ما يرى الرأي المتقدم- يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، كما ينافي ما استقر عليه العرف داخل المجتمع الجزائري، المسلم المحافظ على مختلف تعاليم دينه الحنيف، بما فيها مقومات بناء العلاقة الأسرية، بل، ومختلف مباحث نظام الأحوال الشخصية إلى درجة أنه في كثير من الأحيان يحتكم في بناء أوتقويم، أوحى إنهاء العلاقة الأسرية وآثارها إلى فتاوى وأقوال الأئمة والعلماء الشرعيين، وإن كانت تخالف ما قال به التشريع الأسري تماما. فضلا عن كون مسألة الولاية في الزواج تتماشى ونص المادة 02 من الدستور الوطني، وكذا النصوص الموجبة للمساواة بين المواطنين من غير تمييز على أساس الجنس<sup>2</sup>.

وعليه، وأمام هذا التجاذب والتعارض في الطروحات، حاول المشرع الجزائري- ممثلا في رئيس الجمهورية الذي أصدر الأمر رقم: 02-05 المتضمن تعديل قانون الأسرة، ومنها أحكام الولاية في الزواج- أن يقف موقفا وسطا، حتى يُرضي: " من عملوا أكثر من قدرتهم على إلغاء

<sup>1</sup> ينظر: أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 111- قانون الأسرة والمقترحات البديلة، شمس الدين بوروي، ص 88 و ما بعدها - قانون الأسرة بين المشروع التمهيدي والأمر الرئاسي: 02-05، ص 19.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، عبد القادر بن داود، ص 84، 85.

وجود الولي في إبرام عقد الزواج، وأن يُرضى بالمقابل بعض... من أصروا على إبقاء شرط الولي كأمر واقع، فاختار الجمع بين المتناقضين"<sup>1</sup>. فكان أن جاءت أحكام الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري رقم: 09-05 لسنة 2005م، على النحو الآتي:

- المادة 04: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وإمرأة على الوجه الشرعي..."
- المادة 09: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين."
- المادة 09 مكرر: "يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:  
- أهلية الزواج - الصداق - الولي - شاهدان - إنعدام الموانع الشرعية للزواج."
- المادة 11: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره."

دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون، يتولى زواج القصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له."

- المادة 13: "لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها."

- المادة 2/33: "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، بفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل."

إنه ومن خلال استقراء مجمل هذه النصوص المنظمة لأحكام الولاية في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، يمكن الخلاص إلى استنباط جملة الملاحظات والتقريرات حول المركز القانوني للولي في عقد الزواج بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة، فيما يخص مسألتها: إجبارها على الزواج، وكذا مدى إمكانية توليها عقد زواجها- على وقف ما تم بسطه من الناحية الفقهية آنفا- وذلك فيما يأتي:

#### أ- ولاية الإيجاب في قانون الأسرة الجزائري

لقد منع المشرع الجزائري الولي مهما كانت درجته من أن يجبر من في ولايته من النساء سواء أكانت بكرا أم ثيبا، كاملة الأهلية أم قاصرا. وبالتالي فإن المشرع يكون قد استبعد وبشكل نهائي مسألة الإيجاب في عقد الزواج، فلم يعد يعتد فيما يعرف بأنواع الولاية في عقد الزواج- من: ولاية الإيجاب وولاية الاختيار أو المشاركة، كما تقدم- إلا بنوع واحد هو: ولاية الاختيار

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 41.

أوالمشاركة، التي يكون فيها الرضا والموافقة قاسما أوحقًا مشتركًا بين الولي وموليته حتى وإن كانت قاصرا<sup>1</sup>. وهذا ما يتضح من خلال نصوص المواد: 1/11، 13 من قانون الأسرة<sup>2</sup>.

فمن خلال هذه النصوص يكون المشرع الجزائري قد أخذ في القانون المعدل بمذهب الحنفية ومن وافقهم، وعدل عن مذهب المالكية ومن وافقهم من خلال إلغائه لولاية الإيجاب سواء بالنسبة للمرأة البالغة العاقلة- بكرا كانت أم ثيبا- حيث يتضح ذلك جليًا من خلال نسبته- صراحة- إبرام العقد إليها، وكذا موافقتها ورضاها التام في عقد الزواج في نصوص المواد: 4، 9، 1/11.

وكذلك الشّأن بالنسبة للقاصرة من خلال ما جاء في نص المادة 13 بصيغة صريحة في رفع هذا النوع من الولاية، حيث اعتبرت موافقة المرأة القاصرة ضرورية في تزويجها<sup>3</sup>.

واختيار المشرع الجزائري للمذهب القائل بعدم الإيجاب مطلقا، رأي صائب ووجيه تؤيده عليه. كونه اختيار ينسجم وروح الشريعة الإسلامية ومقاصدها في دائرة تشريع الزواج، كما يوافق هذا المسلك-أيضا- القواعد الشرعية العامة<sup>4</sup>.

كما أنّ الذي يبدو غاية في الوضوح من مجموع النصوص الصحيحة، أنّه لا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يسمى إجبار المرأة البالغة العاقلة- بكرا أم ثيبا- على الزواج من رجل لا تريده ولا ترغب فيه كائنا من كان هذا الرجل. وعليه، فإن عقد الولي زواجها بإرادته المنفردة، ودون رضاها، فالزواج باطل حتما، لانتفاء ركن القبول أو الرضائية في العقد، لذا تقرّر بأنّه: لا إجبار في عقد الزواج لبكر أو لثيب<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 41 - الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد حسال، ص 59، 60.

<sup>2</sup> وما يؤكد توجه المشرع الجزائري في هذا الشأن: إلغاء نص المادة: 02/12 من القانون رقم: 11-84 المعدل، والتي كانت تقضي بأنّه: "غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت."  
\* قلت: إنّ السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، اعتراضا على اختيار المشرع الجزائري في مسألة وجوب موافقة الفتاة القاصر هو: كيف تكون قاصرا من جهة، ويشترط موافقتها من جهة أخرى؟!

فهذا النص- المادة: 2/11، و13 من قانون الأسرة، يتعارض و ما جاء في نص المادة: 7 منه، التي تشترط الإذن أو الترخيص القضائي للقصر بالزواج استثناء بتوافر: الضرورة والمصلحة، وكذا القدرة على تحمل أعباء الزواج. حيث يفترض أن تكون إرادة الولي الذي يقدم الطلب هي محل الاعتبار، وليست موافقة القاصر، لافتقارها لها. وقد تقدّم تفصيل ذلك عند بحث مسألة الأهلية آنفا.

<sup>4</sup> ينظر: أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 119 - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 65.

<sup>5</sup> مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، محمد بلتاجي، ص 333، 335.

إلا أنه، ومع تأييدنا وثنائنا على اختيار المشرع في منع ولاية الإجماع بالنسبة للمرأة مطلقاً، سواء أكانت كاملة الأهلية أو قاصرة. فإننا نرشدته إلى عدم حصر منع ولاية الإجماع على القاصرة فحسب، بل تمديدها لتشمل القاصر من الذكور أيضاً، ليكون بذلك منع إجماع القاصر سواء كان ذكراً أم أنثى على الزواج في نص المادة 13، وذلك لاتّحاد و وحدة المعنى أو العلة، التي هي: الصغر و عدم الرشد فيهما من جهة. وحتّى يتحقّق التوافق والتناسق بين نصي المادتين: 11 و 13 من حيث الصياغة التشريعية والحكم من جهة أخرى.

2- أمّا فيما يخصّ المسألة الثانية، والمتمثلة في موقع الولي<sup>1</sup> من زواج المرأة البالغة العاقلة: فإنّ الناظر في نصوص قانون الأسرة الجزائري المنظمة لهذه المسألة، يخلص - بعد طول عناء في دراسة، تحليل جمع وتقريب الأحكام الممتدة في مختلف تلك النصوص - إلى القول: إنّ المشرع الجزائري قد ألغى دور الولي - بمدلوله اللغوي والشرعي - في زواج المرأة البالغة العاقلة، كاملة الأهلية، أو الراشدة حسب تعبير المشرع في قانون الأسرة، ولم يبق عليه إلاّ من جهتين: الأولى؛ وهي من حيث إيراد مصطلح الولي في الصياغة التشريعية كرمس فقط.

والثانية؛ وهي حضوره الشرطي متى حظي باختيار المرأة المعنية بعقد الزواج، وهذا في أحسن الأحوال ما لم تتجاوزته إلى غيره من غير الأقارب، أوحتّى تجاهلهم جميعاً بإنشاء زواج سري أو عرفي، تسقط فيه كلّ ماهو ولاية عليها في الزواج!

وفي كلتا الحالتين؛ لا يعدو أن يكون الولي في عقد زواج المرأة البالغة العاقلة أمراً شكلياً غير ذي بال<sup>2</sup>. وما يُثبتُ هذا الحكم أو النتيجة المتخصّصة - حتماً - عن موقف المشرع الجزائري من

<sup>1</sup> أشير إلى أنّ الولي المقصود هنا إنّما هو الولي من الأقارب - أي بحسب النسب - وهم العصبات على اختلاف بين الفقهاء في الترتيب بين مقدم لدرجة الأصول على الفروع على الأصول، والاتفاق على جعل درجة الأخوة ثم العمومة على النحو الآتي:

عند الحنفية: الابن ثم ابن الابن، الأب ثم الجد، الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم، العم ثم ابن العم.

عند المالكية: الابن ثم ابن الابن، الأب، الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم، الجد ثم الأعمام وأبنائهم.

عند الشافعية: الأب، الجد، الأخ ثم ابن الأخ، العم ثم ابن العم.

عند الحنابلة: الأب ثم الجد، الابن ثم ابن الابن، الأخ الشقيق ثم لأب ثم أبنائهم، العم ثم ابن العم.

أمّا بالنسبة لذوي الأرحام: فذهب الجمهور - من: مالكية، شافعية وحنابلة - إلى عدم ولايتهم في الزواج. بينما ذهب أبوحنيفة إلى اعتبارهم فيه.

ينظر: المعونة، القاضي عبد الوهاب، 730/2 - بدائع الصنائع، الكاساني، 250/2 - المجموع، النووي، 147/16.

المغني، ابن قدامة، 348/7، 349 - نيل الأوطار، الشوكاني، 129/6، 130.

<sup>2</sup> أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 111.

شرط الولي في إبرام عقد الزواج على المرأة الراشدة الذي كان متذبذبا؛ فلا هو قرّر إلغاءه صراحة، ولا هو قرّر اشتراطه حقيقة- أي اعتبار صحته في العقد- فاختار أن يقف هذا الموقف الغامض؟!<sup>1</sup> الذي يظهر من خلال جملة النصوص نفسها، والتي يعلّل بعضها بعضا:

أ- إن نصوص المواد: 4،9، و1/10 قد حدّدت أطراف العلاقة التعاقدية، وهما: الرجل والمرأة اللذان يتبادلان حسب صريح عبارات المشرع الجزائري الإيجاب والقبول المنشئين لعقد الزواج، حيث جاء في:

المادة 04: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي..."

المادة 9: "ينعقد الزواج يتبادل رضا الزوجين"

المادة 1/10: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر..."

وعليه، ولما كان معلوما أنّ الإيجاب والقبول يشكّلان مُجْتَمَعَيْن صيغة الزواج. وإذا كان هذا الإيجاب والقبول يتولاه الزوجان، فالسؤال الذي يطرح- استفهما وتعجبا في نفس الوقت- هو: ماذا بقي للوليّ أن يتولّى في عقد الزواج؟!<sup>2</sup>

ب- إن قراءة متأنية ودقيقة لنص المادة 11، تجعلنا نقول بأنّه: لا دور للولي في عقد الزواج المرأة الراشدة؛ فالناظر في المصطلحات المستعملة في هذه المادة لا محالة سيخلص إلى هذا الحكم، فقولها: "تعقد المرأة الراشدة زواجها"، وكذا: "بحضور وليها..."; تكون قد جعلت العقد للمرأة، فهي التي تباشره متى كانت راشدة، وليس للولي حظّ منه إلاّ الحضور. ثم جاء المشرع بعد هذا- الحظّ من تطيب خاطر الولي من خلال تقرير الحضور الشرفي له- وجعل للمرأة الحق في اختيار أيّ شخص، حتّى من غير الأقارب في أن يكون حضوره بصفته وليا لها: "...وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أيّ شخص آخر تختاره."

ذلك أنّ "أو" الواردة في نص المادة محل الاستدلال، إنّما تفيد التخيير. لذا فللمرأة- وبسهولة- الاستغناء عن الولي (الأب أو حتّى أحد الأقارب) إلى شخص آخر من الغير، وهذا الأمر يعدّ غريبا، ليس على المجتمع الجزائري من حيث العرف الجاري<sup>3</sup> في مسألة الولاية في الزواج فحسب، بل، وحتّى بالنسبة للمنظومة الفقهية الإسلامية؛ حيث ذهب المشرع في هذا الشأن إلى ابتداء معيار جديد في أحكام الولاية الاختيارية حيث أعطى المرأة البالغة العاقلة الحق

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 42.

<sup>2</sup> دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، محمّد محدة، جريدة اليوم، الصادرة بتاريخ: 28-09-2004 م، ص 09.

<sup>3</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، رشيد بن شويخ، ص 66



المطلق في انتقاء من تشاء ليكون وليًا - رمزيًا - في زواجها حتى وإن كان أجنبيًا عنها، وحتى إن كان لها أب وأخ أو أي قريب آخر من ذوي العصبة أو الأرحام. فلم يفرق المشرع بين الولي الذي يعدّ صاحب مسؤولية شرعية وقانونية محددة الأسباب والصلاحيات، وبين الشاهد الذي يحتاج إليه لتوثيق العقد من الناحية الإدارية فقط، وأعطاهما نفس الدور والدرجة، فكلّ منهما ليس له إلاّ حضور مجلس العقد، كما أنّهما يخضعان لاختيار المرأة أو الرجل أو حتى لاختيارهما مشاركة! وبذلك تنتفي كثير من حكم وفوائد الولي التشريعية، ويبقى اشتراطه أمرًا شكليًا لا غير<sup>1</sup>.

ج- بل، إنّ المطلاع على ما اشتمل عليه نص المادة 2/33 يلحظ ما تقدّم من حكم حول موقع الولي في قانون الأسرة الجزائري الذي يمكن إقصاؤه تمامًا من حق المشاركة في عقد الزواج ولو من باب الحضور الرمزي، إذا ما قرّرت المرأة - الراشدة - إبرام عقد زواجها بطريق غير رسمي، متحررة في ذلك من القيود الشكلية لهذا العقد من ولي وشهود ومجلس تعاقد وضابط حالة مدنية - أوموثق - مقتصرة على إنشاء الصيغة مع الزوج ما دام القانون يبيّن ذلك متى تمّ الدخول، وهذا من خلال قول المشرع الجزائري: "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو وداق أو ولي في حالة وجوبه - أي بالنسبة للقاصر 2/11 - يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل." ممّا يفتح مجالًا آخر لطرح السؤال المتقدّم: ماذا بقي للوليّ أن يتولى في عقد الزواج؟!

إنّه و إلى جانب مختلف هذه الملاحظات التقييمية، لما عرض له المشرع الجزائري من خلال النصوص المنظمة لموضوع الولاية في عقد الزواج، فإنّه يؤخذ عليه - أيضًا - إغفاله لمسائل أخرى ذات صلة وثيقة بالموضوع، على الرغم من أنّها من الأهمية بمكان، كونها كثيرة الوقوع في الحياة العملية؛ سواء الاجتماعية منها أو القضائية. لعلّ أهمّها، المسألتين الآتيتين<sup>2</sup>:

- المسألة الأولى: وهي حالة إجبار الولي - وهو الأب غالبًا - ابنته سواء أكانت راشدة أم قاصرة، على الزواج بمن لا ترضاه، فتضطرّ للموافقة. فكثيرًا ما يحدث أن يُكره الولي من له ولاية عليها - وفق العرف، وليس التشريع الجزائري - على الزواج، مخالفًا بذلك القاعدة القانونية الآمرة التي يقتضيها نصي المادتين 11 و13 من قانون الأسرة. الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مصير أو حكم هذا الزواج: هل يكون صحيحًا أم باطلاً؟<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أحكام الأسرة، عبد القادر داودي، ص 112.

<sup>2</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 67، 69.

<sup>3</sup> وقد عاجلت مدونة الأسرة المغربية مسألة الإكراه على الزواج بموجب المواد: 12، 63 واللتين جاء فيهما:

- المسألة الثانية: وهي حالة اعتراض الولي على زواج موليته؛ فقد يحدث أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج. لكن، يصادف لهذه الرغبة معارضة الولي في ذلك مما يبعث على التساؤل عن مصير هذه الرغبة في الزواج في هذه الحالة؟

لم يعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة، فبالرغم من أنه أخذ بولاية الاختيار بالنسبة للقاصرة فقط دون الراشدة التي أعطها إمكانية تولى عقد زواجها- كما تقدّم بيانه- ومع ذلك فإنّ اعتراض الولي على الزواج مسألة واردة، بل، وكثيرة الحدوث، فهل يكون لها في هذه الحالة أن ترفع أمرها إلى القاضي لكي يأذن لها بالزواج؟

لقد كانت المادة: 12 من قانون الأسرة الملغاة<sup>1</sup> تعالج هذه الحالات. ففي حالة الإيجاب أو المنع كان للموالية أن ترجع إلى القاضي للنظر في أمرها بما يحقق مصلحتها في ذلك. وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري في حالة عضل الولي. فقد أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 30-03-1993م (ملف رقم: 90468) على منع تعسف الولي حيث جاء فيه:

"ومتى تبين- في قضية الحال - أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الإمتناع، فإنّ القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون."<sup>2</sup>

غير أنه وفي ظلّ إلغاء نص المادة 12، فإنّه يمكن القول بوجود حالة من الفراغ التشريعي في المسألة. وهذا بخلاف ما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية المقارنة<sup>3</sup>، وإن كان ثمة نص المادة

---

المادة 12: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63، 66." المادة 63: "يمكن للمكروه أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بما هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، أو من يوم العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض."

أما المادة 66: فتتعلق ببعض أحكام التدليس وآثاره.

وحسنا فعل المشرع المغربي، وحبذا لو حدا حدوه المشرع الجزائري في المسألة بالنص على عيوب الإرادة صراحة، لا الإحالة إليها بموجب المادة: 222 من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> يقول الرشيد بن شويخ متعجبا من مسلك المشرع الجزائري في هذا الشأن: "ولسنا ندرى في نهاية المطاف ما الذي حمل المشرع الجزائري على إلغاء نص المادة: 12... مع أن النص وضع لحماية المرأة راشدة أو قاصرة من تعسف الولي في استعماله سلطة التزويج." - شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ص 70.

<sup>2</sup> الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة: 2001م، ص 47.

<sup>3</sup> نص المشرع الكويتي في المادة 31 على أنه: "إذا عضل الولي الفتاة، فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي ليأمر أولا يأمر بالتزويج."

كما نص المشرع السوداني في المادة 37 على أنه: "1- إذا امتنع الولي عن تزويج موليته، فيجوز لها أن تطلب من القاضي تزويجها.

222 من قانون الأسرة الجزائري، والتي تحيل بدورها إلى تطبيق أحكام الفقه الإسلامي الذي يقرّ في مجمله بإسقاط الولاية عن الولي العاضل دون ميررات، كونه متعسف في استعمال حقّه<sup>1</sup> وانتقالها إلى القاضي<sup>2</sup>.

وتأسيسا على ما تقدم عرضه والإشارة إليه من أحكام بخصوص مسألة الولاية في الزواج من الناحية القانونية على وفق ما ذهب إليه المشرع الوطني، يمكن إجمال القول في النقاط الآتية<sup>3</sup>:

- خرج التعديل في بعض جوانبه عن المذاهب الفقهية كلّها، في حين كان يفترض في المشرع أن يتخيّر من الفقه الإسلامي العام ولا يخرج- كأصل- عن دائرته، وإن خرج عليها- وله ذلك-

2- يجوز للقاضي أن يأذن بتزويج من طلبت الزواج، إذا ثبت له أنّ وليّها ممتنع عن التزويج، بلا مسوّغ شرعي." لذا نقول بأنّه كان الأولى بالمشرع الجزائري أن ينص صراحة على حكم هذه المسألة، وعدم الاقتصار على الإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي. بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة.

<sup>1</sup> الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، سليمان ولد حسال، ص 60.

<sup>2</sup> اختلف الفقهاء في مسألة انتقال الولاية في حالة عضل الولي؟ على مذهبين هما:

أ- المذهب الأول: ذهب الجمهور من: الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة في رواية إلى القول بانتقال الولاية إلى القاضي.

ب- المذهب الثاني: ذهب الحنفية في قول، والمالكية في رواية، والحنابلة في الظاهر من الرواية عندهم إلى القول بانتقال الولاية إلى الولي الأبعد متى وجد.

ينظر: حاشية رد المحتار، ابن عابدين، 83/3 - البحر الرائق، ابن نجيم، 136/3.

- شرح الخرشي، الخرشي، 184/3 - الشرح الصغير، الدردير، 376/2.

- مغني المحتاج، الشريبي، 153/3 - نهاية المحتاج، الرملي، 234/6.

- المغني، ابن قدامة، 369/7.

أودّ الإشارة هنا إلى أنّه في حالة عضل الولي للمرأة الراشدة، فإنّه يرجع أمرها كما ذكرنا إلى القاضي الذي يتولى زواجها متى ثبت تعسف الولي.

لكن، ما يجب الانتباه إليه هنا، كون الولي حسب التشريع الجزائري إنّما يشترط فيه الذكورة، حسب ما هو واضح من النصوص المتقدمة. إلّا أنّ القاضي الذي تنتقل إليه ولاية التزويج في هذه الحالة قد يحدث أن يكون أنثى. إذ توجد بعض النسوة قضاة في أقسام شؤون الأسرة. الأمر الذي يثير تساؤلا آخر يجدر النظر فيه، لأنّه قد يشكل عيبا تشريعا وقع فيه المشرع الجزائري الذي تكون نصوصه متعارضة من هذا الجانب بمنحه الولاية في التزويج للنساء، في وقت الذي يشترط ولاية الرجال كما تقدم.

كما أنّ الأمر قد يشكل نازلة فقهية في الجزائر تحتاج إلى إبداء الرأي الشرعي فيها بالجواز أو الحظر، حتّى يتبين موقف المشرع في المسألة قبولا أو ردّا.

<sup>3</sup> موقع الولي من قانون الأسرة الجزائري، فاتح ربيعي، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، الجزائر، العدد 05، سنة 2008م، ص 69-78.

لكن شريطة أن يكون من أهل الاجتهاد حتى يقيم الدليل على اختياره. والحق أنه لا دليل فيما ذهب إليه المشرع هنا ولو من قبيل التلفيق الذي عهدناه عليه.

- يلاحظ عدم التوازن بين موقع الولي من جهة. وحق المرأة في اختيار الشريك من جهة أخرى. فبالنسبة للقاصرة، فإنها غالبا ما تكون غير راشدة بما يؤهلها للانتقاء والموافقة، فجعل رشد الولي نظيرا لما هو أقل منه رشدا! وأما بالنسبة للمرأة الراشدة، فنجعل مكانة الولي من الأقارب نظيرا للأجنبي وفق اختيار المرأة!

- إن الأمة في الجزائر قد اجتمعت على رأي بعينه، فصار عرفا توحدت عليه، وخلافه يعرض وحدتها للتفتت، ونظامها العام- في دائرة الأحوال الشخصية- للاهتزاز. ولا يخفى ما في ذلك من مفساد، وقد لاحظت بعض آثارها.

ولئن جاز للحاكم الترجيح أو الاجتهاد سياسة<sup>1</sup>، فإن اجتهاده مشروط بمدى تحقيقه للمصلحة العامة، طبقا للقاعدة الفقهية المعمول بها في أحكام السياسية الشرعية: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"<sup>2</sup>، ولا مصلحة هنا.

<sup>1</sup> ينظر فيما يخص شروط اجتهاد الحاكم:

حسن علي محمد الجوجو، القيود الواردة على صلاحيات الحاكم في الشريعة الإسلامية، ص 168.

- خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، الدريني، ص 483.

<sup>2</sup> ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 139 - القواعد الفقهية، الندوي، ص 280.

## المبحث الثاني: التجديد المتعلق بالأحكام الشكلية- الإجرائية- لعقد الزواج

إنه، و إلى جانب التجديد أو التعديل الذي أورده المشرع الجزائري، فيما يتعلّق بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج، والتي شملت المواد: 9،9،7،6،5،4 مكرر،32،13،11،10، و 33 من قانون الأسرة على النحو الذي تقدّم بيانه آنفا. فقد نصّ أيضا على بعض الأحكام ذات الطبيعة الشكلية أو الإجرائية- والمتعلقة أساسا بتسجيل أو إبرام عقد الزواج لدى الجهات المختصة- والمتمثلة في: استصدار رخصة الإعفاء من سن أهلية الزواج<sup>1</sup>، استصدار ترخيص بالزواج الجديد، فتح المجال أمام الأزواج في وضع ما يروونه من الشروط الاتفاقية أثناء أو بعد إبرام عقد الزواج<sup>2</sup>، إلى جانب إلزامية القيام الفحص الطبي قبل الزواج. و هو العنصر الذي ستمّ دراسته بشيء من التفصيل في ثنايا هذا المبحث.

### المطلب الأول: مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج

يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج وسيلة وقائية من الأمراض المختلفة، والتي قد تعيب أطراف العلاقة الزوجية- أو الأبناء- في حال عدم الإلتزام به، لاسيما في هذا العصر الذي ظهرت وتفشّت فيه الأمراض والعلل المختلفة، والتي لم تشهد الحياة البشرية مثلها من ذي قبل. ولأجل محاولة الابتعاد عمّا تسببه هذه الأمراض، كان من اللازم اتّخاذ الاحترازاات و الأساليب الوقائية، التي- قد- تحول دون وقوع مسبباتها.

و من هذا المنطلق، اعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من قبيل الأخذ بالأسباب التي تحول دون الإصابة أو انتشار تلك العلل والأمراض قدر الإمكان. إلاّ أنّه، وقبل عرض موقف الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري من هذا الموضوع، أجد أنّه من اللازم أن أستهل أو أستبق ذلك ببيان مدلول ومشتملات الفحص الطبي قبل الزواج، طلبا للإحاطة والإلمام بالموضوع، دونما إفراط ولا تفريط. وكلّ ذلك فيما يأتي.

<sup>1</sup> وقد تقدّم عرض ما تعلّق بهذا الشرط آنفا، بمناسبة بحث موضوع "الأهلية في الزواج"، التي نظّم أحكامها المشرع الجزائري بموجب نصّي لمادتين: 7، 9 مكرر من قانون الأسرة. وأمّا عن سبب هذا التقديم في الدراسة، فمرده إلى تلك العلاقة الترابطية الحتمية، بين الجانبين الموضوعي والإجرائي الحاكمة للمسألة. إلى جانب الحرص على الإحاطة و التفصيل فيما يشمل الأهلية في عقد الزواج، ومقارنة أحكامها الفقهية، والقانونية في ذات الوقت، وهو الأمر الذي يقتضيه، ويُلزم به البيان، وإلاّ فقد كانت دراسته وبيحته هنا أولى.

<sup>2</sup> لمزيد فائدة حول عنصري: استصدار ترخيص بالزواج الجديد، والاشتراط في عقد الزواج، والتي نظّمها المشرع الجزائري بموجب نصوص المواد: 8،8 مكرر، 8 مكرر، 8 مكرر، 19 مكرر، 2، 19، 53 من قانون الأسرة، ينظر مذكرة ماجستير: الإطلاق والتقييد في تعدد الزوجات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية- مسعود هلال.

## الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج

الفحص الطبي قبل الزواج مصطلح شاع في الآونة الأخيرة، وهو من ابتكار الأطباء المعاصرين، حيث لم يتعرض له الفقهاء والأطباء قديماً بهذا الاسم، بل تعرض له العلماء المعاصرون في مقالات وأبحاث وجيزة<sup>1</sup>. ولعلّ من أهمّ التعريفات التي أوردها العلماء في معرض بيان المراد بالفحص الطبي قبل الزواج قولهم بأنّه:

\* تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية للخاطبين المقبلين على الزواج، تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لهم قبل عقد القران<sup>2</sup>.

\* فحوصات مخبرية أو سريرية تجرى لكلّ من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجراؤها قبل عقد القران لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج، وحتى معرفة إمكانية الإنجاب من عدمه بحيث يكون كلا الخاطبين عالماً بما هو مقبل عليه ومقتنعاً به تماماً<sup>3</sup>.

\* مجموعة من الفحوصات المخبرية والسريرية التي يقترح عملها لأي شريكين قبل ارتباطهما بعقد الزواج. وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الوصول إلى حياة زوجية سعيدة وأطفال أصحاء، وبالتالي أسرة سليمة<sup>4</sup>.

\* الكشف بالوسائل المتاحة من أشعة وتحليل وكشف جيني ونحوه، لمعرفة ما بأحد الخاطبين من أمراض معدية أو مؤثرة في مقاصد الزواج<sup>5</sup>.

كما عرّف الفحص الطبي قبل الزواج تعريفاً موسّعاً يشمل بذلك الجانبين الجسدي والنفسي في الإنسان، فقبل بأنّه: برنامج نفسي وثقافي متكامل، الهدف الأساسي منه لا يقتصر على إجراء بعض التحاليل. إنّما استشارة كاملة لما قبل الزواج ورصد لمرحلة التاريخ الطبي السابق لدى المتقدم، وتشمل كلا من الصحة النفسية والجسدية. وهو إجراء يتعرف من خلاله على الحالة الصحية العامة للزوجين وإمكانية إنجاب أطفال أصحاء عند الولادة وأثناء النمو لاحقاً<sup>6</sup>.

إنّه، ومن خلال هذه التعريفات المبينة لمعنى الفحص الطبي، يمكن أن نقف على ما يأتي:

<sup>1</sup> موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد، ناصر النشوي، ص 85.

<sup>2</sup> ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور شرعي وطبي، جمعية العفاف الأردنية، تحرير: فاروق بدران وآخرون، مقال: بلتو يوسف الأشقر، ص 38.

<sup>3</sup> الفحص الطبي قبل الزواج، صفوان عضيبات، ص 28.

<sup>4</sup> الإرشاد الوراثي رؤية طبية وشرعية، نداء عبيدات، ص 123.

<sup>5</sup> ينظر: موقع المجلس الأوروبي للإفتاء: [www.E.CFP](http://www.E.CFP)

المادة الوراثية الجينوم، قضايا فقهية، محمد رأفت عثمان، ص 443.

<sup>6</sup> الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، ص 65.



1- إنَّ المستهدف من عملية الفحص الطبي، هم الخاطبون المقبلون على الزواج، ويكون ذلك قبل عقد القران الرسمي. إلاَّ أنَّ هذا القول لا يمنع أن يتقدم الزوجان- بعد الزفاف- لإجراء مثل هذه الفحوصات إن كان هناك ضرورة<sup>1</sup>.

2- إنَّ الذي يقرر إجراء الفحص الطبي قبل الزواج إمَّا القانون فيكون إجبارياً. أو يعود إلى إرادة الخاطبين ودرجة وعيها بأهمية إجراء مثل هذه الفحوصات فيكون اختيارياً<sup>2</sup>.

3- إنَّ الفحوصات التي يتعرض لها الخاطبان إمَّا أن تكون سريرية، وذلك بالفحص الحسِّي للمتقدم يتحسس مواضع معينة من بدنه ومعاينتها بالنظر واللمس، أو بواسطة الأجهزة الحديثة. وإمَّا أن تكون الفحوصات مخبرية بالكشف عن الأمراض عن طريق التحاليل المختلفة- الدموية، الوبائية... .

4- إنَّ الفحص الطبي قبل الزواج يعتبر مسلكاً وقائياً لحماية الأسرة من الإصابة بالأمراض سواء الوراثية منها أو المعدية، ومن خلاله يتم تقديم النصح والمشورة التي تضمن إنجاح الزواج وسلامة الزوجين، وإنجابهما لأطفال أصحاء<sup>3</sup> - بمشيئة الله.

فيشمل الفحص الطبي قبل الزواج فيما هو متعارف عليه، نوعين أساسيين- إلى جانب الاستشارات الطبية- هما<sup>4</sup>:

- الفحص الطبي الوراثي؛ أو ما يعرف بالفحص الجيني، أو فحص الأمراض المتوارثة.

<sup>1</sup> الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، يوسف بلنو الأشقر، ص 15.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 28.

<sup>3</sup> الفحص الطبي قبل الزواج، صفوان عضيات، ص 29.

<sup>4</sup> يندرج تحت مسمى و مشتملات الفحص الطبي قبل الزواج ما يعرف بالاستشارات الطبية والمتمثلة في: تقديم مجموعة من النصائح الصحية والنفسية والاجتماعية والثقافية والزوجية، والتوعية بشكل عام، لتزويد الراغبين في الزواج بمبادئ صحية وأسرية مبنية على أسس علمية سليمة.

فالفحص الطبي قبل الزواج يعدّ ثقافة من الثقافات الطبية التي ينبغي على الراغبين في الزواج أن يفقهوا مدلولها، وحدودها حتّى إذا ما باشروها، كان ذلك على قدر من الفهم والدراية.

ولهذا وجد من عبّر عن الفحص الطبي قبل الزواج بـ: "الثقافة الطبية للخطاب قبل الزواج".

ينظر: موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد، ناصر النشوي، ص 87.

- موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون 126 لسنة 2008 والخاص بالزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج، جمال مهدي محمود الأكنشة، ص 58.

- أهمية الثقافة الطبية للخطاب وفحصهم قبل الزواج، ياسين محمد غادي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 40، مارس: 2000م، ص 284، 285.

- والفحص الطبي الغير وراثي؛ أو ما يعرف بالفحص عن الأمراض المعدية غير الوراثية والمتنقلة عن طريق العلاقات الجنسية.

وعليه، يستثنى من الفحص الطبي قبل الزواج الكشف عن الأمراض العادية، والتي لا تشكل خطورة على المقبلين على الزواج، إذ هي مجرد علل عارضة يتغلب عليها بالأدوية والمضادات<sup>1</sup>.

5- إنَّ الحديث عن الفحوصات التي يخضع لها الخاطبان يقود إلى تحديد خصائص وصفات المرض الذي يسعى إلى الوقاية منه قبل الزواج، ولأجله تجري هذه الفحوصات<sup>2</sup>:

أ- أن يكون واضح الانتشار، معروفا بين الناس، وأن تكون نسبة انتشاره عالية.

ب- أن تكون نسبة الحاملين للمرض عالية؛ بحيث تحدث زيادات متتالية من تزواج الأفراد الحاملين له.

ج- أن تكون الوقاية منه ممكنة، إذا ما عرفنا الحاملين له قبل الزواج.

د- أن تكون تكلفة هذا الفحص لهذا المرض غير مكلفة للمواطن والدولة، قياسا بالأعباء الاقتصادية والنفسية والتكاليف الكثيرة التي يسببها هذا المرض نفسه.

### الفرع الثاني- مشتملات الفحص الطبي قبل الزواج

يشمل الفحص الطبي الذي يتعرّض له الخاطبان مجموعة من التحاليل والكشوفات السريرية والمخبرية. وكذا الاستشارات الطبية التي تهدف إلى ضمان علاقة أسرية سليمة بالمعنى الصحي

والطبي- على النحو الذي تقدّم بيانه آنفاً، من خلال التعريفات الموضّحة لمدلول الفحص الطبي قبل الزواج- ويمكن تقسيم مختلف هذه الفحوصات بالنظر إلى مدى أهميتها وإلزاميتها إلى<sup>3</sup>:

فحوصات أساسية- أو إلزامية- وفحوصات إختيارية- أو غير إلزامية.

أولاً- الفحوصات الأساسية- أو الإلزامية-

#### 1. الفحص العام والاختبار البدني - Question noir et examen physique:

وهو عبارة عن فحص سريري عام.مراجعة التاريخ المرضي لكل من طالبي الزواج لذا فهو ذا أهمية كبيرة لتقدمه لمعلومات هامة عن صحّة كل من طالبي الزواج، سواء تعلق الأمر بالأمراض الوراثية أو بالأجهزة التناسلية الخارجية والعمليات الجراحية التي خضع لها طالبي الزواج إن حدث ذلك فيما مضى.

<sup>1</sup> الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، سارة لشطر، ص 07.

<sup>2</sup> ندوة الفحص الطبي قبل الزواج من منظور شرعي وطي، جمعية العفاف الخيرية، تحرير فاروق بدران وآخرون، مقال: سناء سقف الحيط، ص 19.

<sup>3</sup> الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، سارة لشطر، ص 08 و ما بعدها.

## 2. صور الأشعة للصدر – Radio-troupes :

وهو عبارة عن صورة الأشعة الخاصة بالصدر وذلك بالاطمئنان عن سلامة الجهاز التنفسي والقلب...

## 3. الفحص الكهربائي لخضاب الدم – L'électrophores de l'hémoglobine :

ويقصد بالفحص الكهربائي لخضاب الدم (الهيموغلوبين)<sup>1</sup> وهو فحص ذو أهمية كبيرة لاحتوائه على معلومات دقيقة عن عدد من أمراض الدم الوراثية التي تعدّ محل بحث ودراسة من قبل الكثير من الباحثين داخل الوطن العربي وخارجه.

## 4. تحليل زمرة الدم الريزوسية – Le groupage et le rhesus :

و المراد فحص زمرة الدم الريزوسية، وذلك لما لهذا الفحص من فائدة، خاصة إذا علمنا أنّها تكشف عن احتمالات لها علاقة وطيدة بمستقبل طالبي الزواج فهي تكشف لنا عن من يحمل الفصيلة السالبة ومن يحمل الفصيلة الموجبة، لذا فإن هناك أربعة احتمالات يمكن حدوثها، وهي:

\* الاحتمال الأول: وجود فصيلة الدم لكلّ من الزوجين إيجابية.  
\* الاحتمال الثاني: وجود فصيلة الدم لكلّ من الزوجين سلبية.  
\* الاحتمال الثالث: وجود فصيلة الدم إيجابية بالنسبة للزوجة وسلبية بالنسبة للزوج، وعليه فإن هذه الاحتمالات السالفة الذكر ذات توافق وتجانس، أي أنه لا خوف على المولود أو على الزوجين.

\* الاحتمال الرابع: وفيه تكون فصيلة الدم سلبية بالنسبة للزوجة و إيجابية بالنسبة للزوج. ففي هذه الحالة تتولد لدى الأم أجسام مضادة في دمها نتيجة لحملها لطفل إيجابي الفصيلة، وذلك باعتبار أنّ الصفة الموجبة التي يكتسبها الزوج سائدة على الصفة السالبة التي تكتسبها الأم، لذا فإن جسم الأم يُعدّ الجنين كجسم غريب، وهذا ما يسبب للجنين المعاناة نتيجة عدم التماثل الحاصل بين الفصيلتين، وعليه فإنّ نسبة المضاعفات في الطفل الخامس أكثر بكثير من المضاعفات في الطفل الرابع والتي هي أكثر من المضاعفات في الطفل الثالث، وهكذا... ولكن، إذا ما تمّ حقن الأمهات السليبات الحاملات لـ (rh-) بدواء يحمل الأجسام المضادة لـ (rh+) بعد

<sup>1</sup> الهيموغلوبين؛ صبغة تنفسية توجد داخل خلايا الدم الحمراء.

ينظر: المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية، زكي ممدوح و آخرون، ص 141.

أول وكل ولادة أو إجهاض خلال 48 ساعة من ذلك، فإنها تحفظ أولادها من حدوث تكسر كرات الدم الحمراء التي تؤدي إلى تلف خلايا المخ<sup>1</sup>.

#### 5. الصيغة الرقمية الدموية - FNS Formule Numérique Sang Aine :

ويقصد به؛ تحليل الدم العام للتأكد من عدم وجود مرض فقر الدم أو اللوكيميا<sup>2</sup>، وهذا لتفادي المخاطر التي يشكّلها المرض على الشخص خاصة إذا علمنا أن مثل هذا المرض (اللوكيميا) يسبب سرطان الدم.

#### 6. فحص الحصبة الألمانية - Recherche LgG de la rubeolle :

وهو عبارة عن فحص للحصبة الألمانية والتي عادة ما تكون أعراضها عبارة عن طفح جلدي في جسم الشخص المصاب بها، وهي أقل خطورة من الحصبة العادية، ماعدا ظهورها لدى الأم خاصة في مرحلة الحمل فإنها قد تشكل خطرا على الجنين كأن يولد مشوها أو أصما.

#### 7. دراسة بكتيولوجية للبول - Etude cyto bactino logique des urines chimie : desurines ECBU

ونعني به تحليل البول الروتيني وهذا يفيدنا في معرفة ما إذا كان الشخص مصابا بالسكر أو التهابات الجهاز التناسلي أو الكشف عن وجود حصى الكلية وغيرها من الأمراض وذلك من خلال المؤشرات التي يتم بواسطتها الكشف عن تلك الأمراض وأخرى<sup>3</sup>.

#### 8. فحص الكشف عن الزهري - Test TPHA triponéme palidum :hemagglutination

ويقصد به؛ إجراء الفحص الطبي للكشف عن الزهري (السفلس) - والذي يشكل خطرا على الجنين في حالة- إذا ما كانت الأم مصابة بهذا المرض. ذلك أن معالجة الأم- بالبنيسيلين- قد تساعد الطفل في النجاة من الموت. وينتقل هذا المرض من شخص إلى آخر عن طريق ممارسة العلاقة الجنسية، وبنسبة أقل عن طريق نقل الدم الموبوء من شخص مريض إلى شخص سليم. و يجب الامتناع عن الجماع في فترة العلاج. و هذا المرض لا يترك أي مناعة في جسم الإنسان أي أن الإنسان الذي كان مصابا به وشفى منه يبقى معرضا لالتقاط العدوى، وهو يصيب الذكر والأنثى على حد سواء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، بلتو يوسف الأشقر، ص 190.

<sup>2</sup> اللوكيميا: اضطرابات سائدة في الأنسجة المكونة لخلايا الدم البيضاء.

ينظر: المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية، زكي ممدوح وآخرون، ص 147.

<sup>3</sup> الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، بلتو يوسف الأشقر، ص 181.

<sup>4</sup> الأمراض المنتقلة عبر الجنس، سبيرو فاخوري، ص 50.

## 9. فحص فيروس الكبد (HBS) :Recherche de l'antigene de l'hepatite B

ونعني فحص فيروس الكبد بالتشخيص الذي يتم عادة بواسطة فحص الدم في المختبر لصعوبة التشخيص السريري، وفيروس التهاب الكبد الوبائي أو اليرقان التناسلي أو الصفيراء مرض تناسلي يصيب جميع فئات العمر، سريع الانتقال من شخص إلى آخر سواء عن طريق اللعاب أو الدم أو السائل المنوي وهو بذلك مرض من الأمراض المنتقلة عبر الجنس ولا يوجد علاج لهذا المرض لحد اليوم سوى الخضوع للراحة والتغذية المتوازنة التي تعمل نوعاً ما على تقديم المساعدة اللازمة عند الاكتشاف المبكر لمثل هذا المرض.

وعليه، لتفادي انتقاله و انتشاره يتم تلقيح الخاطب الآخر السليم و اتخاذ جميع وسائل الحيطرة والحذر وعلى الإنسان المصاب تطبيق كل ما يتعلق بالوقاية الصحية، و يجب الامتناع عن ممارسة الجنس أيًا كان شكله<sup>1</sup>.

## 10. تحليل السائل المنوي – Analyse de sperme :

ويقصد به تحليل السائل المنوي الذكري وذلك بغية التأكد من الإخصاب، وكذا مدى الإصابة بدوالي الخصية والتهابات الجهاز التناسلي، لأنهما سبب العقم. وهذا الفحص خاص بالرجل فقط<sup>2</sup>.

## 11. فحص نقص المناعة المكتسب – Hiv

ونعني به فحص نقص المناعة المكتسب ( الإيدز ) والذي يهدد حياة الملايين بالموت المحتم لأن نسبة الناجين منه منعدمة، وهو من بين الأمراض المنتقلة عبر الجنس كما أن له قنوات وطرق أخرى للانتقال والانتشار بشكل هائل ورهيب، خاصة إذا علمنا أنه لا يمكن اكتشافه في مراحله الأولى نظرا لصعوبة الاكتشاف، وهو يصيب الذكر والأنثى على حد سواء، ومما يجعله أكثر الأمراض خطورة وتهديدا للبشرية عدم اكتشاف أي دواء أو مضاد حيوي له لحد الساعة<sup>3</sup>.

ثانياً- الفحوصات الاختيارية- غير الإلزامية-

يمكن القول بأنها فحوصات أقل أهمية مما هو الشأن بالنسبة للفحوصات الأساسية السالفة الذكر. وتتمثل الفحوصات الاختيارية فيما يأتي:

<sup>1</sup> الأمراض المنتقلة عبر الجنس، سبيرو فاخوري ، ص 50

<sup>2</sup> الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، بلتو يوسف الأشقر، ص 181.

<sup>3</sup> الأمراض المنتقلة عبر الجنس، سبيرو فاخوري ، ص 50.

## 1. وظائف الكلية – Les Fonctions De Rein :

وهي عبارة عن فحوصات لوظائف الكلى لإعطاء صورة عامة عن الصحة الشخصية وكذا الإصابة بعدد من الأمراض المختلفة.

## 2. التخلف العقلي الطفيلي – Toxoplasmose :

وهو عبارة عن فحص مرض التخلف العقلي الطفيلي لدى الإناث وإذا حدث وأن اكتشف أن المرأة الحامل مصابة بهذا المرض، فإنه يسبب للجنين العمى أو التخلف العقلي، وهو ينتقل عبر عدة طرق منها: أكل اللحوم غير تامة الطهي أو تلوث التربة...<sup>1</sup>

## 3. وظائف الكبد – Les Fonctions De Fois :

وهو عبارة عن فحص لوظائف الكبد، الهدف منه قياس نشاط الكبد.

## 4. فحص إنزيمات الدم G6p Des Hydrogénase + Pyruvate Kinase :

ويقصد به فحص إنزيمات الدم كفحص إنزيم الغلوكوز (6) فوسفات النازع للهيدروجين، والذي يؤدي نقصها الوراثي إلى فقر الدم المتوسط الأهمية.

## 5. تحليل المادة الوراثية (ADN) Analyse De :

وهو عبارة عن فحص للجينات ويشمل تحليل المادة الوراثية (DNA) وهو يهدف للكشف عن بعض الأمراض الوراثية والتي لم تحدد بموجب الفحوصات الأساسية.

## 6. نسبة الهرمونات الجنسية – Taux Des Hormones Sexuelle :

ونعني به فحص عام بسيط نسبي للهرمونات الجنسية لدى الأنثى، والتي تتحكم بالإخصاب.

## 7. الطابع النووي – Caryotypes :

ونعني به؛ فحص الكروموزومات من أجل حماية الأجنة من بعض حالات الشذوذ والاضطرابات والتي يمكن انتقالها عن طريق الكروموزومات.

## 8. فحص سكر الدم بالصوم – Glycémie a jeun :

ونقصد به فحص سكر الدم بعد الصوم لمدة لا تقل عن 10 ساعات من أجل الكشف عن حالات السكري الكامنة، وهذا ما يساعد على معرفة احتمالات المرض بالنسبة للأطفال، و بالتالي العمل على الحيلولة دون انتقاله، أو على الأقل تفادي توسع دائرة انتشاره.

## 9. التصوير بالأشعة – Echographi :

وذلك بغية التأكد من سلامة الرحم، وكذا المبيضين.

<sup>1</sup> المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية، زكي ممدوح و آخرون، ص 195.



## 10. فحص الهيموفيليا:

ونعني به فحص الهيموفيليا أي عدم تخثر الدم، وهو المرض الذي يظهر لدى الذكور، وهذا بغية البحث عن المورثات المسؤولة عن هذا المرض، من أجل الحد من انتشاره أو تفاديه.

## 11. فحص غشاء البكارة<sup>1</sup>:

وذلك بقصد التأكد من عذرية الفتاة. إذ أنه وبعد الفحص يسلم الطبيب شهادة العذرية للفتاة لاستعمالها وقت الحاجة، وهو فحص ضروري بالنسبة للفتاة؛ لأنّ العرف والتقاليد الاجتماعية أولت لهذا الغشاء الكثير من الأهمية. لذا بات لزاما على الفتاة إثبات عذريتها، وإلاّ لطّخت سمعتها وسمعة عائلتها بمجرد انتشار خبر فقدان بكارة الفتاة- حتّى ولو كان سبب ذلك حادث غير مقصود<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> البكارة: بالفتح هي الجلدة التي على قبل الفتاة، وتسمى عذرة أيضا. والعذراء هي المرأة التي لم تفتض، والبكر هي التي لم يمسه رجل - لسان العرب، ابن منظور، 334/1.

<sup>2</sup> فقد نشأت أعراف وتقاليد اجتماعية، تجعل من: "غشاء بكارة الزوجة"، دليلا قطعيا على "عفتها"، وخلافه دليلا قطعيا-أيضا- على فساد أخلاقها.

وأمام هذا الوضع غير السليم، إذ يمكن أن تفقد أي فتاة عذريتها لأسباب لا علاقة لها بالجانب الأخلاقي نحو: السقوط، الوثب التعرض للضرب، القلق الشديد... وتفاديا لانعكاساته السلبية على الفتاة وأسرتها، باتت المقبلات على الزواج تَقْمَن بهذا الفحص احترازا لمواجهة ما قد يحدث، بل أنه يكاد يكون الفحص الوحيد الذي تحرص عليه الفتاة وأهلها، لاسيما الأم والأخوات.

ينظر في هذا المعنى: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، محمد نعيم ياسين، ص 227 - الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، سارة لشطر، ص 16.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعتبر هذا الفحص من بين الفحوصات الطبية-كما سيأتي توضيحه لاحقا- و إنما نجد القضاء الوطني ممثلا في المحكمة العليا، قد قرر: عدم اعتبار عذرية الزوجة سببا أو مبررا كافيا للزوج أن يطلق، وإن أسس دعواه على هذا الأمر- ما لم يشترط ذلك في عقد الزواج، موافقا بذلك مذهب المالكية والحنابلة، القاضي بعدم اعتبار فوات وصف العذرية سببا للرد بالعيب إلاّ إذا اشترطه الزوج- اعتبر طلاقه تعسفاً.

ينظر: بلغة السالك، الصاوي، 395/1 - كشاف القناع، البهوتي، 265/7

- الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 243417 الصادر بتاريخ: 23-05-2000م، عدد خاص، سنة 2001م، ص 109.

## المطلب الثاني: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج

### الفرع الأول: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي\*

نظرا لما تميز به المسلمون في العصور السابقة من صدق وأمانة في الإخبار عن معايهم النفسية والجسدية عموما، ونظرا لبساطة الحياة آنذاك، لم تكن هناك ثمة حاجة للتأكد وفحص المقبلين على الزواج. فعن أم سلمة رضي الله عنها قالت: "جاءني رسول الله ﷺ فخطبني فقلت: ما مثلي تنكح... وأنا غيور، ذات عيال، فقال: أنا أكبر منك، وأما الغيرة فيذهبها الله، وأما العيال فإلى الله ورسوله<sup>1</sup>".

وأما في عصرنا الراهن، فإضافة لما طرأ في حياة الناس من انحدار في مستوى الأمانة والصدق، ونتيجة للتقدم العلمي في حياة البشر، واتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة للتأكد من سلامة الزوجين من الأمراض، فقد دعا هذا العديد من البلدان إلى سنّ قوانين لإجراء الفحص الطبي قبل الزواج والإلزام به. الأمر الذي يدعو إلى معرفة حكم هذا الإلزام وأسانيده؟

من المعلوم أنّ هذه المسألة من المسائل المستجدة، التي ظهرت حديثا ولا يوجد الفقهاء القدامى رأي فيها. أمّا الفقهاء المعاصرون، فقد اختلفوا في هذه المسألة على رأيين:

**الرأي الأول:** عدم جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج؛ يرى أصحاب هذا الرأي أنّه لا يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم به الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج بقصد الكشف عن الأمراض الوراثية والمعدية، بل ينبغي ترك الأمر لاختيار المقبلين على الزواج مع العمل على تكتيف التوعية بين الناس بضرورة وأهمية هذه الفحوصات المتقدمة عن إبرام عقد الزواج<sup>2</sup>.

وممن ذهب إلى هذا الرأي: الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله، محمد رأفت عثمان، محمد عبد الغفار الشريف<sup>3</sup>.

فذهب الشيخ ابن باز في إحدى الفتاوى إلى أنّه: "لا حاجة لهذا الكشف"، ونصح المتقدمين على الزواج: "بإحسان الظنّ بالله، فالله وعيالك يقول: "أنا عند ظن عبدي بي"<sup>1</sup> - كما روي ذلك عن نبيه ﷺ - ولأنّ الكشف يعطي نتائج غير صحيحة"<sup>2</sup>.

\* أود الإشارة هنا إلى أنّي لم أعرض لمسألة مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج، وإنّما لمسألة مدى مشروعية الإلزام به، ذلك أنّه ومن خلال المؤلفات والكتابات المطبوع عليها في هذا الموضوع، لم أعتز على رأي صريح ينازع في مشروعية الفحص ذاته، بل ثمة إجماع على مشروعيته. بخلاف موقفهم من مسألة مدى الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج على النحو المبين في المتن.

<sup>1</sup> تقدّم تخرجه.

<sup>2</sup> مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، حسن صلاح الصغير، ص 112.

<sup>3</sup> الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، مجلة كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، العدد 1، 22/331.

وذهب محمد رأفت عثمان إلى القول بأنه: "مع أن الاختبارات الوراثية للمقدمين والمقدمات على الزواج تكاد أن تكون أمرا ضروريا، وأعلى الأقل تدعوا إليها الحاجة الشديدة . إلا أنه توجد بعض الأمور تجعلنا لا نحبذ أن يكون ذلك جبرا للمقدمين والمقدمات على الزواج بنصوص القانون أو الأوامر أو القرارات الإدارية. فمن الأمور المحتملة أن يؤدي الإجبار على إجراء الاختبار الوراثي عند الإقدام على الزواج إلى أن يتردد الكثير من الشباب في إتمامه لعدم القبول النفسي من كثير منهم لهذا الاختبار، وتخوفا من النتيجة التي سيفصح عنها بيانا لما سيلحق بذرياتهم، أو بهم أنفسهم في مستقبل حياتهم، ولما يقتضيه إجراء الاختبار من تحميل الشباب أعباء مالية زيادة على الأعباء المالية العادية في مشروع الزواج... ويضاف إلى هذا ما هو معروف من سهولة الحصول على الشهادة الطبية، التي تثبت سلامة الشخص من العيوب الوراثية والصحية في بلاد العالم الثالث... فيؤدّي الإجبار على إجراء الاختبار الوراثي عند الإقدام على الزواج إلى فتح باب جديد - كما قلنا للرشوة- مع ما هو معروف من عظم هذا الجرم وضرره الجمّ على حقوق الناس وعلاقاتهم المتعدّدة بعضهم ببعض... لهذا فإننا نرى: بناء على ما بيّناه أن يكون الاختبار الوراثي اختياريا..."<sup>3</sup>

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من القول بأنه لا يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم به المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي قبل إتمام عقد الزواج بجملة من الأدلة، نورد منها الآتي:

أ- إنّ عقد النكاح ليس عقدا جديدا حتّى نبحت عن شروط جديدة لصحته، بل، هو عقد جاءت الأدلة الشرعية ببيان أركانه وشروطه بصورة مفصّلة، وليس من بينها إجبار الناس على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، وجعل ذلك شرطا للنكاح المخالف لما ثبت عن الشرع، ومن ثمّ يكون شرطا باطلا<sup>4</sup>.

ب- إنّ الصحّة ليست من شروط صحّة عقد النكاح، كما أنّ النكاح لا يلزم منه الذرية. فقد يتزوج الرجل لأجل المتعة والعفة فحسب- وكذا المرأة- كما هو الحال في كبار السن، فلا وجه

<sup>1</sup> أخرجه البخاري ومسلم:

صحيح البخاري، كتاب: التوحيد، باب: قوله تعالى: ﴿وَيَحْذَرُكُمُ اللَّهُ نَفْسَهُ﴾، ص 880، 881.

صحيح مسلم، كتاب: الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: الحث على ذكر الله تعالى، ص 766.

<sup>2</sup> ينظر: مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، أسامة عمر سليمان الأشقر، ص 92 - أحكام الهندسة الوراثية،

سعد الشويرخ، ص 127.

<sup>3</sup> المادة الوراثية الجينوم، قضايا فقهية، ص 427.

<sup>4</sup> موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأَوْلاد، ناصر النشوي، ص 115.

للإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج. ثم إنّ حصول الولد مظنون، لأننا لا نستطيع الجزم بحصوله في النكاح، ومن ثم فإنّ التعويل على دفع الضرر عن الولد بالفحص الطبي، تعويل على مفسدة مظنونة<sup>1</sup>.

إضافة إلى أنّ الشروط الشرعية بعد شروط عقد النكاح هي كون الزوج من أهل الدين والخلق، ولا يشترط كونه سليماً منجبا<sup>2</sup>.

وهذا المعنى هو ما أشار إليه النبي ﷺ في قوله: "إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلاّ تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض"<sup>3</sup>.

ج- إنّ إلزام الناس بالفحص الطبي قبل الزواج فيه مفسد عظيمه تربو على المصالح المرجوة منه، ومن هذه المفسد<sup>4</sup>:

- إنّهُ يؤدي إلى تردّد كثير من الشباب في إتمام عقد الزواج عند الإقدام عليه، لعدم القبول النفسي من كثير منهم لهذا الفحص، وتخوفاً من النتيجة التي سيفصح عنها. فيجعل هذا الإلزام بالفحص الطبي حياة بعض الناس قلقة مكتئبة ويائسة، إذا ما تمّ إعلام الشخص المتقدم، بأنّه مصاب أو سيصاب هو أو ذريته بمرض عضال لا شفاء له طبيًا.

- ارتفاع تكاليف الفحص الطبي - لاسيما الوراثي منه - والتي يتعذر الالتزام بها في حال إلزام ولي الأمر بجعل الفحص الطبي شرطاً للزواج، ذلك أنّه من الناحية التقنية قد يكون هذا الفحص مقتصرًا على عدداً قليل من الأمراض الوراثية التي تعرف أسبابها الحقيقية أو الجينات المسببة لها، حيث لا يمكن إجراء فحص واحد للكشف على جميع الأمراض الوراثية، التي قد يزيد عددها عن عشرة آلاف مرض، فتكون تكلفة القيام بمختلف هذه التحاليل للكشف عن الأمراض الوراثية

<sup>1</sup> مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، حسن صلاح الصغير، ص 119.

<sup>2</sup> موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد، ناصر النشوي، ص 116.

<sup>3</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>4</sup> ينظر: موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون، رقم 126 لسنة 2008م، والخالص بالزواج

الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج، جمال مهدي محمود الأكنشة، ص 186، 188.

- المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية، محمد رأفت عثمان، ص 427، 428.

- الأزمت الزوجية وحماية الزواج، نور الدين أبو لحية، ص 68.

- المقاصد الشرعية وفقه المستحبات، دراسة تأصيلية تطبيقية، نجوان رمضان علي السيد، ص 392.

- الفحص الطبي قبل الزواج، عضيات صفوان، ص 60-64.

باهظة جدًا. فضلا عن استحالة إجرائها عمليا لعدم توفر المختبرات للإمكانيات المؤهلة للقيام بذلك؟!!

ثمَّ إنَّه قلَّما يخلو إنسان من أمراض، خاصة إذا علمنا أنَّ الأمراض الوراثية التي صُنِّفت، تبلغ أكثر من ثلاثة آلاف مرض وراثي!

- إيهام الناس أنَّ الفحص الطبي قبل الزواج يقيهم من الأمراض الوراثية، وهذا فهم خاطيء ومسلك غير صحيح، ذلك أنَّ الفحص لا يبحث في الغالب، سوى عن مرض أو مرضين وراثين وربما تصل كأقصى تقدير إلى خمسة أمراض معروفة، ومنتشرة في المنطقة التي يفحص فيها بقدر انتشار هذه الأمراض في مجتمع معين. ولذلك لا يمكن العمل على إلزام الفحص الطبي، بل، لا بد من الحرص على عملية التثقيف الصحي ونشره، وتوعية الناس به.

- قد يؤدي هذا الفحص الطبي إلى الإحباط الاجتماعي، والإرباك النفسي لصاحب الفحوصات. فمثلا لو أثبتت الفحوصات - أي كانت إيجابية - أنَّ هناك احتمال إصابة المرأة بالعقم، أو سرطان الثدي أو احتمال إصابة الرجل بمرض معين متى كان حاملا لموروث، لاسيما إذا علمنا أنَّ ثمة من الأمراض التي تنتقل وتظهر نتيجة وجود مورث واحد... واطلع الآخرون على ذلك - خاصة وإمكانية إفشاء نتائج الفحوصات قائمة - فحتما سيسبب ذلك ضررا نفسيا واجتماعيا وربما طريق إلى القضاء على مستقبلهما، لاسيما والنتائج الطبية غير أكيدة؛ فقد تصيب وقد تخطيء. فيكون في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج شيء من حرمان الأفراد من الزواج، بطريق مباشر أو غير مباشر.

وربما دفعهم إلى الوقوع في المحذور، باللجوء إلى الزنا أو مخالفة ولي الأمر... وكأنَّ في الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج دفع مفسدة بمفسدة أعظم منها. ومعلوم أنَّه لا يجوز دفع الضرر بضرر أعظم منه<sup>1</sup>.

د- إنَّ إجبار الناس على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، يعتبر نوعا من التدخل في الحياة الشخصية للإنسان<sup>2</sup>؛ فهو يتضمن الافتئات على الحرية الشخصية، ويسبب عدة مشاكل مالية ونفسية - كما تقدم - ويؤدي في بعض الأحيان إلى كشف سرِّ الشخص، وإلى التحيز ضده، خاصة في شركات التأمين أو التوظيف، أو الزواج المستقبلي...

كما أنَّ إلزام الناس بالفحص الطبي قبل الزواج - خاصة عند المصابين بالأمراض الوراثية والمعدية - قد يؤدي إلى تعرض بعض الأشخاص لأيِّ شكل من أشكال التمييز القائم على صفاته

<sup>1</sup> ينظر: الكشف الإجماعي عن الأمراض الوراثية، محمد عبد الغفار الشريف، ص 333.

<sup>2</sup> المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، صفاء العياصرة، ص 85.

الوراثية، الذي يكون عرضة أو نتيجة النيل من حقوق ذلك الشخص وحرياته الأساسية، والمساس بكرامته، فكل شخص له الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيًا كانت سماته الوراثية<sup>1</sup>.

هـ- إنَّ طاعة ولي الأمر في الالتزام بأداء الفحص الطبي قبل الزواج متى أُلزم به ليست بواجبة، ولا هي من الخروج عن طاعته، ذلك أنَّ طاعة ولي الأمر إنما تجب في حال جعل المباح واجبا إذا تعيَّنت في إيجابه المصلحة، أو غلبت ورجحت للقاعدة الفقهية: "تصرف الإمام علي الرعية منوط بالمصلحة"<sup>2</sup>.<sup>3</sup>

**الرأي الثاني:** جواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج؛ يرى أصحاب هذا الرأي أنَّه يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم به الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج من الأمراض الوراثية أو المعدية، خاصة في حالة انتشار أمراض وراثية معينة في المجتمع، وكان الزواج أحد أسباب هذا الانتشار.

ويعتبر هذا الرأي مذهب جمهور العلماء المعاصرين، الذين اتجهوا إلى القول بضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، والإلزام به- إذا رأى ولي الأمر ذلك- ومن هؤلاء العلماء: نصر فريد واصل<sup>4</sup>، محمد عثمان شبير<sup>5</sup>، محمد القضاة<sup>6</sup>، سعد بن عبد العزيز الشويرخ<sup>7</sup>، عبد الرحمن الصابوني<sup>8</sup>، عارف علي عارف، محمد الزحيلي، أسامة عمر سليمان الأشقر، وعلي محمد يوسف يوسف المحمدي.

فيرى عارف علي عارف في إجراء الفحص الجيني قبل الزواج- وهو جزء من الفحص الطبي كما تقدم- أنَّه: "قد يحقق مصالح شرعية راجحة، ويدراً مفسدة متوقعة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره، بل هو من قضاء الله وقدره. وينفع التحليل الجيني خاصة في العائلات

<sup>1</sup> مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، مصلىح النجار، وإياد أحمد إبراهيم، ص 316.

<sup>2</sup> الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 121.

<sup>3</sup> مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، حسن صلاح الصغير، ص 120.

<sup>4</sup> جريدة صوت الأزهر، العدد: 256، الصادر بتاريخ: 08-03-2005م، القاهرة، ص 05 (نقلا عن: إفشاء

السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، علي محمد علي أحمد، ص 222)

<sup>5</sup> دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، موقف الإسلام من الأمراض الوراثية، 336/1.

<sup>6</sup> ندوة الفحص الطبي قبل الزواج، جمعية العفاف الأردنية، تحرير: فاروق بدران وآخرون، ص 39، 38.

<sup>7</sup> أحكام الهندسة الوراثية، ص 140، 141.

<sup>8</sup> أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، ص 237.



التي لها تاريخ وراثي لبعض الأمراض، ويتوقع الإصابة بها بقينا أوغالباً، والمتوقع كالواقع، والشرع يجتاط لما يكثر وقوعه احتياطه لما تحقق وقوعه.<sup>1</sup>

وذهب محمد الزحيلي في بحثه: "الإرشاد الجيني" إلى أن: إجراء الفحص الطبي قبل عقد الزواج، لا بأس به شرعاً. وإذا كان إلزامياً من أجل تحقيق مصلحة، أصبح واجباً.<sup>2</sup>

ويقول أسامة الأشقر متحدثاً عن نفسه: "فيرى الباحث أنه إذا رأى ولي الأمر إجبار الناس على ذلك- أي الفحص الطبي- حالة انتشار أمراض معينة في بلد محددة، وكان الزواج أحد أسباب الانتشار، جاز ذلك من باب السياسة الشرعية. إلا أن هذا الإجبار وإن كان فيه الإلزام القانوني أوترتب عليه عقوبات مالية، لا يؤثر في صحة العقد، فالعقد صحيح إذا تكاملت فيه شروط الانعقاد الأخرى."<sup>3</sup>

ويقول علي محمد يوسف المحمدي حاتماً على وجوب الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ما نصه: "... وينبغي أن يكون هذا الفحص إجبارياً كسائر الأوراق الرسمية لضمان الوضع القانوني للذرية وحقهم في حياة سعيدة، وتجنّبهم وراثته جينات ضارة."<sup>4</sup>

وقد استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من القول بأنه يجوز لولي الأمر أن يصدر قانوناً يلزم فيه الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، بجملة من الأدلة، نورد منها ما يأتي:

1- عموم الأدلة النقلية الواردة في الكتاب والسنة والدالة على وجوب طاعة ولي الأمر في المعروف.<sup>5</sup> ومن هذه النصوص:

أ- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾<sup>6</sup>.

ب- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "السمع والطاعة حق ما لم يؤمر بمعصية، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> الاختبار الجيني والوقاية من الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، مجلة التجديد، الجامعة العالمية الإسلامية، ماليزيا، السنة: 03، العدد: 05، فيفري 1999م، ص 124.

<sup>2</sup> ينظر: الفحص الطبي قبل الزواج، صفوان عضيبيات، ص 68.

- المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، صفاء العياصرة، ص 89.

<sup>3</sup> مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 97.

<sup>4</sup> بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة، ص 321.

<sup>5</sup> أحكام الهندسة الوراثية، سعد الشويرخ، ص 141.

<sup>6</sup> سورة النساء: الآية 59.

ج- ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: " من أطاعني فقد أطاع الله، ومن عصاني فقد عصى الله، ومن يطع الأمير فقد أطاعني، ومن يعص الأمير فقد عصاني وإِنَّمَا الإِمَامُ جُنَّةٌ يُقَاتَلُ مِنْ وَرَائِهِ وَيَتَّقَى بِهِ، فَإِنِ أَمَرَ بِتَقْوَى اللَّهِ وَعَدَلَ فَإِنَّ لَهُ بِذَلِكَ أَجْرًا، وَإِنِ قَالَ بغيره فَإِنَّ عَلَيْهِ مِنْهُ. <sup>2</sup>

**وجه الاستدلال:** فهذه النصوص تفيد في مجموعها وجوب طاعة ولي الأمر ما لم تكن طاعته معصية لله، والفحص الطبي قبل الزواج ليس فيه معصية لله تعالى ولا يؤدي إليها. فيكون من حق ولي الأمر أن يصدر قانونًا يلزم الناس بمقتضاه بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج، ويقع وجوبًا عندئذ على الناس الالتزام بذلك.<sup>3</sup>

2- كما استدل أصحاب هذا الرأي بعموم الأدلة التي تنهى عن تعريض النفس إلى التهلكة، ومنها:

أ- قوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾<sup>4</sup>.

ب- وقوله صلى الله عليه وسلم: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>5</sup>.

ج- روي سعيد بن ميناء قال: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا عدوى ولا طيرة ولا همامة ولا صفر، وفر من المجذوم كما تفر من الأسد." <sup>6</sup>

د- ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا توردوا الممرض على المصح" <sup>7</sup>. وفي رواية: " لا يورد الممرض على المصح." <sup>8</sup>

**وجه الاستدلال:** فهذه النصوص تفيد في مجموعها الأمر بتوقي المهلك، والبعد عن كل ما من شأنه تعريض النفس إلى التهلكة، والفحص الطبي قبل الزواج وسيلة لتفادي إصابة الزوج غير المريض، وكذا إصابة الذرية بالأمراض الوراثية أو المعدية المنتقلة عن طريق الجنس، فدلّ هذا على مشروعية الإلزام بالفحص الطبي دفعا للتهلكة، وتقاة من قتل النفس.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: السمع والطاعة للإمام، ص 358.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، كتاب: الجهاد والسير، باب: يقاتل من وراء الإمام ويتقى به، ص 358.

<sup>3</sup> موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد، ناصر النشوي، ص 111.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 195.

<sup>5</sup> سورة النساء: الآية 29.

<sup>6</sup> صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الجذام، ص 700.

<sup>7</sup> صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: لا عدوى، ص 707.

<sup>8</sup> صحيح مسلم، كتاب: الإسلام، باب: لا عدوى... ص 647.

<sup>9</sup> مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي، قبل الزواج، حسين صلاح الصغير، ص 113.

3- إنَّ الشرعية تقضي بأنَّ: " تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"<sup>1</sup>، كما تبين أيضا أصلا عظيما من أصول السياسة الشرعية، وهو أنَّ من يلي أمور الناس فعليه أن يتصرف فيهم بما يحقق المصلحة لهم. ومنع الزواج قبل إجراء الزوجين للفحص يحقق المصلحة للزوجين وللمجتمع، ويدراً عنهم الأضرار التي تنشأ عن إصابة الذرية بالأمراض الوراثية. حيث إنَّ إنجاب أطفال مرضى بأمراض وراثية- أو معدية- تحتاج إلى نفقة مكلفة، ورعاية خاصة ومستمرة، وأدوية متعددة<sup>2</sup>.

4- إنَّ الفحص الطبي قبل الزواج وسيلة لدفع الضرر عن الأسر، فالأسرة التي يصاب أبنائها بالأمراض- سواء الوراثية منها أو المعدية- تكون في حقيقة الأمر أسرا مضطربة اجتماعيا ونفسيا واقتصاديا. والواجب توقي هذا الأمر والاحتراز منه، والفحص الطبي المتقدم عن الزواج من أسباب الوقاية، ومعلوم أن مقدمة الواجب واجبة<sup>3</sup>.

5- قاعدة: " ما لا يتم الواجب إلاَّ به فهو واجب"<sup>4</sup>. فالشارع إذا أوجب شيئا تضمن ذلك إيجاب ما يتوقف عليه ذلك الشيء. وتطبيقا لهذه القاعدة: كان السعي إلى المحافظة على النسل إيجادا أو ابقاء هو في الأصل من الفروض الواجبة على الأمة، وتحقيق هذا الواجب قد يتوقف على الفحص الطبي قبل الزواج- خاصة في المناطق التي تنتشر فيها الأمراض الوراثية أو المعدية- التي يمكن من خلاله معرفتها، فيعتبر الفحص الطبي قبل الزواج مشروعاً وواجباً من هذا الوجه<sup>5</sup>.

بالإضافة إلى ورود بعض القواعد الفقهية التي تحث في مضمونها على مراعاة المصلحة العامة، وتحقيق المقاصد الشرعية و التي تدرأ المفسد عن الفرد و المجتمع. و من هذه القواعد: " لا ضرر ولا ضرار"<sup>6</sup> - " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"<sup>7</sup> - " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 121.

<sup>2</sup> ينظر: أحكام الهندسة الوراثية، سعد الشويرخ، ص 142.

- الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، فاتن البوعيشي الكيلاني، ص 117، 156.

<sup>3</sup> البحر المحيط، الزركشي، 179/1.

<sup>4</sup>: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 238.

<sup>5</sup> مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي، مصلح النجار، إياد أحمد إبراهيم، ص 321.

<sup>6</sup> الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 94.

<sup>7</sup> ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، ص 176 - القواعد الفقهية، الندوي، 313.

<sup>8</sup> ينظر: الأشباه والنظائر، السيوطي، 179 - القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، محمد بكر إسماعيل، ص 104.

- وكذا قاعدة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح."<sup>1</sup>

فمحمل هذه القواعد تبيّن بأنّ الشرع يدور مع المصلحة. ولهذا كان أنّ تقرّر بأنّ المصلحة المترتبة عن الفحص الطبي مصلحة مشروعّة؛ وهي المحافظة على الأسرة وسلامتها. وكذا الأمر بالنسبة للمجتمع ككلّ، في الوقت الذي انتشرت فيه الأمراض والأوبئة بشكل كبير. وعليه فالفحص الطبي مشروع، بل أنّنا بحاجة إلى الإلزام به للقاعدة: "إنّ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة."<sup>2</sup>

**الترجيح:** إنّّه وبعد عرض الرأيين اللذين تجاذبا مسألة "مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج"، وما استدل به كل منهما، يتضح في ضوء الرؤية المقاصدية - لاسيما وأنّ المسألة كما تقدّم مستجدة، تستوجب الاجتهاد وإبداء الرأي وفق المنهج المقاصدي - أنّ الرأي الأولي بالقبول والرجحان هو رأي وسط بين الرأيين. وهو على النحو الآتي:

**1- فالأصل؛** أنّه لا يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم به الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج في الأحوال العادية، التي لا يكون فيها الزواج سببا لانتشار الأمراض الوراثية.

أمّا بالنسبة للأمراض المعدية المتنقلة عبر الزواج فله ذلك - كما سيوضح قريبا - إذ أنّه من غير اللائق أن يجبر الناس على إجراء الفحص الطبي قبل الزواج والغالب في ذلك السلامة. على أن تبقى إمكانية تقديم راغبي الزواج للقيام بالفحوصات الطبية متى كانت اختيارية متاحة.

**2- والاستثناء؛** أنّه يجوز لولي الأمر أن يصدر قانونا يلزم به الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج في حالة انتشار الأمراض والأوبئة في بلد معين، وكان الزواج من أهم الأسباب التي تؤدي إلى انتشار تلك الأمراض. وذلك بهدف وقاية أفراد ذلك المجتمع من خطر الأمراض المستعصية، لأنه يعتبر من الإجراءات الوقائية التي تمنع من انتشار الأمراض وتوسعها. والدين الإسلامي هو دين وقاية واحتياط قبل أن يضطر الإنسان إلى أخذ العلاج. وقد وردت كثير من النصوص تحت على هذا المسلك الوقائي. ومن ذلك - إلى جانب النصوص المتقدمة - قوله ﷺ: "إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها، وإذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> قال السيوطي: "فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة، قدم دفع المفسدة غالبا؛ لأنّ اعتناء الشارع بالمنهيات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات." - الأشباه والنظائر، ص 179.

<sup>2</sup> الأشباه والنظائر، ابن نجيم، ص 100.

<sup>3</sup> أخرجه البخاري ومسلم. واللفظ للبخاري:

صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: ما يذكر في الطاعون، ص 702.

صحيح مسلم، كتاب: الطب، باب: الطاعون والطيبة، ص 645.

لكن، ومع القول بجواز الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في هذه الحالة، فإنه يجب أن يحاط بضوابط منها:

أ- القيام بحملات توعية مكثفة بضرورة وأهمية الفحص الطبي قبل الزواج، وأن تبسط الحقائق العلمية للناس، وأن يربط بينها وبين ما يحدث في الواقع من حالات مرضية مرجعها إلى العامل الوراثي. بالإضافة إلى تبصيرهم بالموقف الشرعي من إجراء مثل هذا الفحص على نحو يبتغي من ورائه إقناع الناس بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج لاسيما منه الوراثي، مما يساعد على إزالة الحاجز النفسي والخوف الذي يسيطر على كثير من المقبلين على الزواج من النتيجة التي سيفصح عنها الفحص.

ب- أن يقتصر الإلزام بالفحص الطبي الوراثي على الأمراض التي ثبت انتشارها في بعض المناطق أو بعض العائلات، نظرا لكثرة الأمراض الوراثية. على أن تستعين الجهات المختصة في تحديد الأمراض أو المناطق المعنية بالمعطيات العلمية المستقاة من البحث الميداني.

ج- أن توفر الدولة الإمكانيات اللازمة لتسيير إجراءات الفحص، مع تحملها لنفقات الفحوصات- الجادة- حتى لا يتهرب الناس من إجرائها، أو يتحايلون من أجل الحصول على شهادات طبية- قد تكون مزورة- لا تعبر عن حالتهم الصحية.

وهذا المسلك، وإن كان سيكلف الدولة أعباء مالية، إلا أنه سيعفيها، ويعفي المواطنين كذلك من أعباء ونفقات أكثر في حالة قيامها بعلاج ورعاية وتأهيل ضحايا الأمراض الوراثية من المشوهين خلقيا وعقليا. وكذا الحال بالنسبة للمصابين بالأمراض المعدية، لاسيما المستعصية منها، بل، وحتى التي لم يتم إيجاد أدوية شفاوية لها.

د- رقابة المؤسسات التي سيناط بها إجراء الفحص الطبي قبل الزواج، على نحو يكفل سلامة الفحوص ويحافظ على سرية النتائج إلا عن أصحابها، كما يجول دون التلاعب أو التزوير في النتائج أو الشهادات الطبية.

هـ- وحتى لا يبقى الإلزام بالفحص الطبي مجرد مسلك تشريعي يوصف بكونه أدبيا، لا بد من إردافه بجملة من الإجراءات العقابية، بما يضمن احترامه والالتزام به، قصد تحقيق الغايات والأهداف المرجوة منه. على أن تشمل تلك العقوبات الأطراف المعنية بعملية الفحص الطبي الثلاث، والمتمثلة في: المؤسسات المنوط بها إجراء الفحص، المتقدمين لإجراء الفحص قبل الزواج، وكذا الجهات المعنية بتحرير وتسجيل عقد الزواج.

وفي ختام بيان الموقف الشرعي من المسألة محل الدراسة، أرى أنه لا بد من الإشارة إلى الأحكام الآتية من باب التنبيه والتذكير، وإتمام الفائدة:

\* في حالة كون الفحص الطبي ملزما، فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد، فإذا تمّ مستوفيا جميع أركانه وشرائطه، كان العقد صحيحا وليس بباطل.

\* إنّ الفحص الطبي قبل الزواج لا يؤثر على حرية الاختيار، ولا يجز الخاطبين على فسخ خطبتهما، ولا يمنعهما من الزواج، بل، ولا يمنع نفاذ العقد متى نشأ صحيحا، إلاّ أنّه يقدم لهما- أي نتائج الفحص- النصيحة بفسخ الخطبة أو تأجيل الزواج أو الإنجاب... وغيرها من التوجيهات الإرشادية. إلاّ أنّ القرار النهائي يرجع لهما. فلهما الحرية التامة في الأخذ بالنصيحة أو عدمها، وهما يتحملان نتائج المجازفة.

أمّا الفحص الطبي الذي يُسفر عن بعض الأمراض المعدية والخطيرة، كمرض نقص المناعة المكتسبة والوباء الكبدي والزهري وغيرها. فإنّه يكون لولي الأمر- من باب السياسة الشرعية- أن يمنع إتمام الزواج حتّى يُعالج المريض ويشفى. وهذا التدخل بالمنع لا مانع منه شرعا، بل، هو الأوجب؛ كون درء الأمراض المعدية، والحفاظ على صحّة الطرف الآخر وكذا الأطفال، من أسباب حفظ النفس الذي تقتضيه الضرورة الشرعية، لأنّ الفوائد التي ستترتب على منعه أهم وأعظم بكثير من المترتبة عن الإذن به أو ترك أمر تقديره لإرادة الطرفين، اللذين قد يغلب عليهما الهوى والمصلحة الخاصة عن المصلحة العامة ومعلوم أنّ المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، ودرء المفاسد أولى من جلب المنافع، كما تقدم- والله أعلم.

## الفرع الثاني: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري

### أولا- مسألة الفحص الطبي قبل تعديل قانون الأسرة

إنّ أوّل ما يجب الإشارة إليه في معرض بحث مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، هو أنّ المشرع الجزائري قد تعرّض لها قبل سنة: 2005م، وذلك من خلال نص المادة 115 من الأمر المتضمن قانون الصحة لسنة 1976م، والذي جاء فيه: "تحدد بموجب مرسوم كفاءات الفحص الطبي السابق للزواج وذلك لأجل حماية صحّة العائلة"<sup>1</sup>. فمن خلال هذا النص يتبين أنّ المشرع الجزائري لم يغفل عن مسألة الفحص الطبي قبل الزواج قبل تعديل قانون الأسرة لسنة 2005م، بل، أنّه قد اشترط الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك قصد حماية العائلة من الأمراض المنتشرة والتي تشكل خطرا حقيقيا على صحّة أفرادها. إلاّ أنّه ما يعاب عن المشرع الجزائري، عدم إصداره لأي مرسوم يحدد كيفية إجراء الفحص السابق للزواج الوارد في نص المادة 115 من الأمر المتضمن قانون الصحة لسنة 1976م، الأمر جعل نص المادة المذكور حبيس الأدرج، إذ لم

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية رقم: 101، السنة: 19، الصادرة بتاريخ: 15-12-1976م.



يطبق في المجال العملي<sup>1</sup>. وبإلغاء الأمر الصادر سنة 1976م المتضمن قانون الصحة، وصدور القانون رقم: 11-84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ومع خلوّه من أي نص يفيد تقديم شهادة الفحص الطبي قبل الزواج للمقبلين عليه- وهذا ما عُدد نقصا تشريعيًا- كان لزاما على المشرع الجزائري استدراكه، حتّى يتفادى بذلك أنتشار الأمراض المعدية، والتي أثارَت العديد من المشاكل التي أدت بدورها إلى تعجيل التعديل المنتظر آنذاك بهذا الشأن. وهو ما يجعلنا نتساءل: كيف عالج المشرع الجزائري مسألة الفحص الطبي قبل الزواج في ضوء قانون الأسرة المعدل؟

### ثانيا: مسألة الفحص الطبي قبل الزواج بعد التعديل

عمل المشرع الجزائري على تدارك الهفوة التي خلفها بعد إلغاء نص المادة 115 من الأمر المتضمن قانون الصحة لسنة 1976م، من خلال النص على: إلزامية القيام بالفحص الطبي لكلّ مترشّح للزواج<sup>2</sup> وذلك بموجب نص المادة 07 مكرر من قانون الأسرة والتي تقضي بأنّه: " يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

يتعين على الموثق أوضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج.

تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

واضح من خلال مضمون نص المادة أنّه: يقع لزاما على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية تثبت خلوها من الأمراض، وأن لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر. كما أنّ المشرع وحرصا منه وضمانا لحسن تطبيق هذا الشرط، أوجب على كل من الموثق ووضابط الحالة المدنية قبل تحرير العقد التأكيد من:

- خضوع الطرفين للفحوصات الطبية.
- إعلام كل من الرجل والمرأة بما تكشف من أمراض جراء الفحص وبما قد تشكل من خطر يتعارض مع الزواج.
- التأشير في عقد الزواج بعد إعلام الطرفين بما سبق ذكره.

<sup>1</sup> الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن والشريعة الإسلامية، نصر الدين ماروك، ص32.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- وفق آخر التعديلات-...، العربي بلحاج، 1/136.

هذا، وقد ورد في المادتين: 02، 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في 11 ماي 2006م، المتضمن شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر- السالفة الذكر- من قانون الأسرة الجزائري، ما يأتي:

المادة 02: " يجب على كل طالب من طالبي الزواج أن يقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر، تثبت خضوعه للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم.

يسلم الشهادة المنصوص عليها في هذه المادة طبيب حسب النموذج المرفق بهذا المرسوم".  
المادة 03: " لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه إلا بناء على نتائج:

● فحص عيادي شامل.

● تحليل فصيلة الدم (ABO + Rhésus)".

واضح من خلال هذين التصيين بأن المشرع قد أوجب على كل من:

أ- المترشحين للزواج: تقدم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن (03) أشهر، تثبت خضوعهما للفحوصات الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم، والتي تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل يتعارض مع الزواج.

ب- الطبيب: أن لا يقدم الشهادة الطبية- المنصوص عليها في المادة: 02 أعلاه - للمقبلين على الزواج إلا بعد فحص عيادي وتحليل زمرة الدم. بالإضافة إلى إمكانية اقتراحه على المعني أو المعنيين معا، إجراء فحوصات إضافية بقصد الكشف عن الأمراض الوراثية والعائلية، وكذا الأمراض المعدية التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الزرية. وهذا ما تضمنه المادة: 04 من المرسوم، والتي تنص على أنه: " يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض.

وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء الفحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الزرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها".

كما يجب على الطبيب أيضا، أن يعلم المتقدم للفحص الطبي بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم القيام بها، ثم منحه الشهادة الطبية المثبتة لذلك. وهذا من خلال ما ورد في المادة: 05 من المرسوم.

كما حدّد المشرع الجزائري: التزامات كلاً من الموثق و ضابط الحالة المدنية من خلال نصّي المادتين: 06 و 07 من المرسوم القاضيتين بأنه:

المادة 06: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج، إلا بعد أن يقدم طالبا الزواج الشهادة الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم".

المادة 07: "يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من خلال الاستماع إلى كلا الطرفين في آن واحد من علمهما بنتائج الفحوصات التي خضع لها كل منهما وبالأعراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

فمن خلال هذين النصين يتضح بأن:

\* عقد الزواج لا يبرم إلا بعد تقديم طالبي الزواج وثيقة الفحص، ومنه فإن مهمة علم طرفي الزواج بنتائج الفحص هي من اختصاص الموثق أو ضابط الحالة المدنية طبقا لنص المادتين السابقتين. هذا ويتضح أيضا ورود عبارة: "في آن واحد" في المادة 07 من المرسوم، والتي تدلّ على أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية عليه أن يجمع الطرفين المقبلين على الزواج، حتى يتسنى له إعلامهما بما ورد في الشهادة الطبية، وهذا من أجل تفادي أي نزاعات مستقبلًا. بالإضافة إلى أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يجوز له رفض إبرام عقد الزواج في حالة ما إذا تبين بعد الفحص إصابة أحد الطرفين، مع رضا الطرف السليم. بعبارة أخرى، لا يقف حائلا دون إرادة المعنيين في إتمام الزواج حتى ولو كان أحدهما مصابا أو مريضا. لكن بشرط أن يكون الطرفين على علم بذلك، لأن صحة الزواج تقتصر على توافر مقوماته - على النحو الذي تقدّم بيانه آنفا - وهو ما اختارته المحكمة العليا في أحد قراراتها، حيث قضت بأن مرض أحد الزوجين ليس عيبا في إبرام عقد الزواج<sup>1</sup>.

### ثالثا: أثر الفحص الطبي قبل الزواج

من خلال ما تقدّم ذكره، يتبادر إلى أذهاننا أن مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، لا يمكن أن تخلو من آثار ترتبها، ذلك أن المسألة يمكن أن تحدد لنا معالم الزواج. فهي قد تؤثر في إتمام العقد أو عدم إتمامه، لذا كان لزاما أن نتطرق إلى مسألة: أثر الفحص الطبي قبل الزواج، لما له من أهمية في دراستنا للموضوع خصوصا ما تعلق بالأثرين المدني والجزائي<sup>2</sup>. وهذا ما سنعرض له فيما يأتي.

<sup>1</sup> ملف رقم: 88865، الصادر بتاريخ: 23-02-1993م، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية: عدد 02، ص 96.

<sup>2</sup> الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها، سارة لشطر، ص 100.

## أولاً: الأثر المدني لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج

يقصد بالأثر المدني سقوط الحق في الخيار للرجل والمرأة على السواء<sup>1</sup>، وذلك إذا تبين أن أحد الطرفين كان مريضاً أو معيباً. ففي مثل هذه الحالة، يسقط حق الخيار للسليم منهما إذا كان العيب أو المرض قد اكتشف بعد العقد. أما إذا كانت الإصابة بالمرض بعد الزواج ففي مثل هذه الحالة للزوج السليم الحق في الخيار.

والتأمل لكتب الفقه الاسلامي يلحظ اتفاقهم على العيوب الموجبة للتفريق من حيث الجملة، إذ قالوا: بأنها تشمل: الجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج.

وقد أجاز جمهور الفقهاء التفريق للعيوب، واستدلوا في ذلك بما حدث للرسول ﷺ. إذ أنه ﷺ تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها ووضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحتها<sup>2</sup> بيضا فانحاز عن الفراش ثم قال: "خذي عليك ثيابك."<sup>3</sup> ولم يأخذ مما آتاها شيئا.

إلا أنه، وقع الاختلاف في داء الفرج بين مضيق و موسع:

فاقتصر الحنفية على عيوب الفرج المتعلقة بالرحل، حيث قصروها على:

<sup>1</sup> اختلف الفقهاء في "صاحب الحق بالرد"، إلى مذهبين: أ- ذهب أبو حنيفة و أبو يوسف إلى ثبوت حق المطالبة بالتفريق لعلل الزوجة فقط دون الزوج.

ب- وذهب جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة، إلى ثبوت حق المطالبة بالتفريق للعلل للزوجين.  
ينظر: المسوط، السرخسي، 95/5- بداية المجتهد، ابن رشد، 02/2- المجموع، النووي، 298/16- المغني، ابن قدامة، 579/7.

\* تجدر الإشارة إلى أنه ثمة من الفقهاء من يرى: "عدم جواز التفريق بالعيوب"، ومنهم: داود الظاهري، ابن حزم، الشوكاني. وبه قال عمر بن عبد العزيز، ابن عيينة، و ابن عليه.

ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 298/4- التمهيد، ابن عبد البر، 224/13- الحاوي الكبير، الماوردي، 398/9- المحلى، ابن حزم، 58/10، 109- نيل الأوطار، الشوكاني، 656/5.

- لمزيد فائدة حول مسألة: خيار الرد للعيوب، ينظر: التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء دراسة مقارنة، شوقي إبراهيم عبد الكريم علام.

-أما عن اختيار المشرع الجزائري، فواضح من خلال نص المادة 2/53 والتي أقرّ فيها ب: ثبوت حق المطالبة بالتفريق للعيوب للزوجة- موافقا مذهب الحنفية- بقوله: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج."

<sup>2</sup> الكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي- مختار الصحاح، الرازي، ص 296.

<sup>3</sup> السنن الكبرى، البيهقي، 214/07.

العنة<sup>1</sup> و الحب<sup>2</sup>، و الخصاء<sup>3</sup>.

و توسع المالكية في سرد عيوب الفرج، فقسموها إلى ثلاثة أقسام<sup>4</sup>:

أ- عيوب مشتركة: و تتمثل في العذيفة<sup>5</sup>.

ب- عيوب خاصة بالرجل: و تتمثل في الحب، والعنة، والخصاء، و الحصر<sup>6</sup>، و الاعتراض<sup>7</sup>.

ج- عيوب خاصة بالمرأة: و تتمثل في: الرتق<sup>8</sup>، القرن<sup>9</sup>، العفل<sup>10</sup>، البخر<sup>11</sup>، الإفضاء<sup>12</sup>.

بينما ذهب الشافعية- و وافقهم في ذلك الحنابلة- فيما يتعلق بالعيوب الخاصة بداء الفرج إلى الاقتصاد على العنة، و الحب بالنسبة للرجل، و القرن و الرتق بالنسبة للمرأة. قال النووي رحمه الله: "والعيوب التي يثبت لأجلها الخيار في النكاح... و ينفرد كل واحد منهما باثنين، فينفرد الرجل بالحب والعنة، و تنفرد المرأة بالرتق و القرن<sup>13</sup> و دليلهم في ذلك، ما روي عن عمر رضي الله عنه: "أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص، فمسّها فلها صداقها كاملا، ولزوجها غرم على والدها"<sup>14</sup>.

وقد اعتبر بعض العلماء<sup>15</sup> - ومنهم: شريحوا الزهري وبعض الحنابلة- أنّ أيّ عيب ينفر منه الزوج يوجب التفريق، وبالتالي عدم حصر العيوب. فقد ذكر ابن القيم بعض الآثار عن عمر رضي الله عنه

<sup>1</sup> العنة: وهي صغر الذكر فلا يتأتى الجماع معه لامتناع تأتي إيلاجه - التلقين في الفقه المالكي، القاضي عبد الوهاب، 296 / 1.

<sup>2</sup> الحب: قطع الإحليل والأنثيين - القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 210.

<sup>3</sup> الخصاء: قطع الأنثيين أو الإحليل، أي قطع أحدهما - القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 210.

<sup>4</sup> أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، سلمان نصر، سعاد سطحي، ص 119-120.

<sup>5</sup> العذيفة: خروج الغائط عند الجماع - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، 278 / 02.

<sup>6</sup> الحصور: المخلوق بغير ذكر، أو بذكر صغير لا يتأتى إيلاجه. القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 210.

<sup>7</sup> المعترض: هو الذي لا يقدر على الوطء لعارض، وربما كان بعد وطفة تقدم منه، وربما كان عن امرأة دون أخرى - التلقين في الفقه المالكي، القاضي عبد الوهاب، 296 / 1.

<sup>8</sup> الرتق: انسداد مسلك الفرج بحيث لا يمكن الجماع معه - الفواكه الدواني، النفراوي، 40 / 2.

<sup>9</sup> القرن: خروج شيء بارز في الفرج يمنع الجماع - الفواكه الدواني، النفراوي، 40 / 2.

<sup>10</sup> العفل: هو عبارة عن رغبة تحدث في الفرج عند الجماع - حاشية الدسوقي، الدردير، 278 / 02.

<sup>11</sup> البخر: وهو تن يكون في الفرج عند الوطفة - القوانين الفقهية، ابن جزري، ص 210.

<sup>12</sup> الإفضاء: هو اختلاط مسلك البول والذكر، واختلاط مسلك البول والغائط. وقيل: سبيل الحيض والغائط - الفقه الإسلامي وأدلته، الزحيلي، 514 / 7.

<sup>13</sup> المجموع، النووي، 268 / 16.

<sup>14</sup> الموطأ، الإمام مالك، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحياء، 357 / 2.

<sup>15</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، ص 250.

أنّه لم يقف عند العيوب المذكورة سالفًا، بل، قضى أنّ العقم من العلل. و في هذ الشأن قال ابن القيم: "... و القياس أنّ كلّ عيب ينفر منه الزوج، و لا يحصل به مقصود النكاح من رحمة و مودة بموجب الخيار وهو أولى بالوفاء من البيع كما أنّ الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، و ما ألزم الله ورسوله مغرورا قط... و ما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، لقربه من قواعد الشريعة... أمّا الاقتصار على عدد من العيوب فلا وجه له. فالعمى و الخرس و الطرش و كونها مقطوعة اليدين... أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات و السكوت عنه من أفحح التدليس و الغش، وهو مناف للدين. و الإطلاق... إنّما ينصرف إلى السّلامة، فهو كالمشروط عرفا.<sup>1</sup>

هذا، و نجد أنّ المشرع الجزائري تناول مسألة العيوب الموجه للتفريق دون إحصائها أو تسميتها وذلك في نص المادة 2/53 من قانون الأسرة الجزائري، و التي تمنح الزوجة الحق في المطالبة بالتطليق بسبب وجود أي عيب في الزوج من شأنه أن يحول دون تحقيق الهدف من الزواج. و لم يتطرق المشرع كما سبق ذكره إلى نوع العيب وذلك لتعدد العيوب و كثرتها و تنوعها فمن الصعب على المشرع تحديدها. وهو بذلك يتماشى و الحياة الاجتماعية المعاصرة، فمن العيوب و الأمراض التي ظهرت في عصرنا ما هو أخطر ممّا عدّه الفقهاء مثل ما نسمع عنه كالإيدز و التهاب الكبد الوبائي و غيرهما من الأمراض الفتاكة - عافانا الله و إياكم.

و في هذا الشأن صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإيدز يقضي بأنّه: "... في حالة إصابة أحد الزوجين بهذا المرض، فإنّ عليه أن يخبر الآخر و أن يتعاون معه في إجراءات الوقاية كافة."<sup>2</sup>

إلا أنّ وجود العيب في أحد الزوجين لا يكفي لثبوت حق الخيار. إذ يتوجب عدم علم أورضا الطرف الآخر به. فبمجرد العلم و الرضا يسقط الحق في الخيار، وهذا الشرط متفق عليه عند الفقهاء.

و في المذهب المالكي: إذا علم السّليم بعيب الآخر قبل العقد فلا خيار له بعده.<sup>3</sup>  
أمّا الحنفية فاشتروا أنّ لا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت النكاح. فإن كانت تعلم فلا خيار لها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> زاد المعاد، ص 985 .

<sup>2</sup> مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 08، سنة 1994م، 3 / 414.

<sup>3</sup> حاشية الدسوقي، الدردير، 02 / 277.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 3 / 592.



أمّا المذهب الحنبلي: فلا يوجد خلاف فيه لأنّه رضي به سواء أكان العيب يسيرا أم كثيرا، وإن رضي بعيب ثمّ زال بعد العقد وإن كان به قليلا من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له، لأنّ رضاه به رضا بما يحدث منه<sup>1</sup>.

وخالف في ذلك الشافعية حيث جعلوا العلم بالعيب مسقطا للخيار. إلا أنّهم استثنوا من ذلك العلم بالعنة وقد جاء في ذلك: "لو علم أحدهم بعيب صاحبه قبل العقد لا خيار له إلا في العنة، فلو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب. لأنّ العنة تحصل في حق امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون نكاح. ويثبت الخيار للزوجة للعنة وإن كان قادرا على جماع غيرها."<sup>2</sup>

ومن هنا، يمكن القول أنّ إجماع الفقهاء على العلم بالعيب والرضا به قبل العقد، يسقط حق الخيار، وبالفحص الطبي قبل الزواج يمكن تفادي مثل هذه العيوب التي تشكل قبلة موقوتة، تهدد استقرار الحياة الزوجية. إذن فالفحص الطبي يعمل على إعلام الطرفين بما تمّ كشفه - وذلك من خلال توضيح الطبيب أو الموثق أوضاع الحالة المدنية - وبعلمهما يصبح العقد صحيحا غير قابل للفسخ بسبب العيوب، كما أن الفحص يساعد في خفض نسبة الطلاق بالعيوب والتي بدورها تساعد على استقرار الحياة الزوجية مدة أطول مما نعيشه في زمن انتشار الأمراض والآفات الاجتماعية.

### ثانيا: الأثر الجزائي لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج

يتمثل الأثر الجزائي في المسألة محل الدراسة في تعمد المصاب بالمرض تنقل العدوى للطرف السليم ولا يتأتى هذا إلا إذا كان هناك تواطؤ من طرف المصاب والطبيب أو من المصاب والموثق أو ضابط الحالة المدنية، وذلك بأن يقوم المصاب بتزوير شهادة الفحص الطبي قبل الزواج أو تزوير التحاليل بمساعدة الطبيب أو المخبري، أو حتى بمساعدة الموثق أو ضابط الحالة المدنية وذلك عن طريق عدم الإفصاح عن مرض أحد الطرفين.

وعليه، فقد نص المشرع في المادة 226 قانون العقوبات على أنّه: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كذبا بوجود أو بإخفاء وجود مرض أو عاهة أو حمل أو أعطى بيانات كاذبة عن مصدر مرض أو عاهة أو عن سبب الوفاة، وذلك أثناء تأدية أعمال وظيفته وبغرض محاباة أحد الأشخاص، يعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكن الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد من 126 إلى 134.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر."

<sup>1</sup> المغني، ابن قدامة، 584/7.

<sup>2</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 203/03.

ومن خلال نص المادة، يتبين لنا أنّ أيّ شخص مصاب ويعلم بذلك و لكنه سعى إلى نقل العدوى إلى طرف ثانٍ أو لتحقيق مصلحته، وجب معاقبته؛ سواء أكان الفاعل هو المريض نفسه أم كان الطبيب أم المخبري أم غيرهم.

حيث أنّهم يحمّلون المسؤولية الجنائية والمدنية عن جميع الأضرار التي تقع على الأفراد والمجتمع، وذلك بناء على تسبّبهم فيها، والمقترن بالتعمّد.

كما أنّ المادة 18 من قانون الأسرة قد نصّت على أنّه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادتين: 9، 9 مكرر من هذا القانون".

ولكي يتمّ إبرام عقد الزواج يجب تقديم الوثائق التي ورد ذكرها في المواد: 74، 75، 76 من قانون الحالة المدنية للموثق أو الموظف المؤهل قانوناً، وذلك حتّى يتسنى لهما التأكد من المعلومات المصرح بها.

ومنّه، يفهم أنّ سلطة ومسئولية الموثق أوضاعاً الحالة المدنية في تحرير عقود الزواج تحكمها النصوص القانونية، والتي لا يجوز الخروج عنها.

وطبقاً لنص المادة: 46 قانون الحالة المدنية الجزائري فإنّ: "العقود تبطل عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها، ولو أنّ العقد في حد ذاته كان صحيحاً شكلاً، كما يجوز أيضاً إبطال العقد عندما يكون محرراً بصورة غير قانونية ولو كانت بياناته صحيحة". أي أنّه أيّما عقد زواج تمّ شكلياً صحيحاً وتضمن بيانات مزورة، فإنّ العقد يقع باطل<sup>1</sup>.

كما أنّه يعاقب الموثق أوضاعاً الحالة المدنية في حالة عدم تطبيقهما للإجراءات المتعلقة بكيفية إبرام عقود الزواج وتسجيلها طبقاً لنص المادة 77 قانون الحالة المدنية الجزائري.

وعليه فإنّه إذا تقدم طالبّي الزواج إلى الموثق أوضاعاً الحالة المدنية لإبرام عقد الزواج دون تقديمهما للشهادة الطبية التي تثبت خلوّهما من الأمراض، فإنّه يجب على الموثق أوضاعاً الحالة المدنية أن يمتنع عن تحرير مثل هذا العقد لتخلّف شرط تشريعيّ، وهو تقديم الشهادة الطبية.

أمّا إذا قام الموثق أوضاعاً الحالة المدنية بتحرير العقد دون أن يستلم هذه الشهادة أي متجاهلاً هذا الشرط، فإنّه بذلك سيتحمل المسؤولية عن مخالفته للقانون، وبهذا يعرض نفسه للعقاب الإداري والجزائي<sup>2</sup>.

إنّه، وبعد عرض موقف المشرع الجزائري، وطريقة معالجته لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج، يمكن القول بأنّها معالجة فيها العديد من المآخذ وترد عليها كذلك العديد من الملاحظات، والتي نجملها في النقاط الآتية:

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- وفق آخر التعديلات...، العربي بلحاج، 137/1.

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص53.

أ- من الناحية الشكلية: فقد اشتملت النصوص المنظمة لمسألة الفحص الطبي قبل الزواج، العديد من النقائص - بل و الانتقادات - والتي نورد منها الآتي:

- إنّ المتمنّ في نصّ المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، يلحظ التناقض بين الفقرتين: 01 و 02، والمواد: 07، 06، 05، 02 من المرسوم رقم: 06-154، المحدّد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة. فالفقرة 01 من نصّ المادة 07 مكرر توجب أن تكون الشهادة الطبية مثبتة لخلوّ المترشحين: "من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج". بينما تقضي الفقرة 02 منها- متى كان أحد المترشحين أو كلاهما معتلاّ- بوجوب إعلامهما من طرف الموظف المؤهل بما قد يكون بأحدهما أو كلاهما من علل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج: "يتعين على الموثق أوضاع الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج... ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج."

قلت: كيف يتصوّر أن تكون ذات الشهادة الطبية مثبتة لخلو المتقدمين من الأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج- حسب الفقرة 01- من جهة، ومثبتة لها- حسب الفقرة 02- من جهة أخرى؟!

- تعارض و عدم انسجام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، مع المواد: 02/6، 18، 22 من ذات القانون. وكذا المادة 39 من قانون الحالة المدنية. الأمر الذي يجعلنا نتساءل: كيف يتصوّر إمكانية إلزام المتقدمين للزواج بالامتنال لأحكام المادة 07 مكرر- و مواد المرسوم رقم: 06/154- في الوقت الذي لا يزال فيه قانون الأسرة ذاته يعترف بالزواج غير المسجل أو ما يعرف: بالزواج العرفي، والذي يتمّ دونما حاجة- ولا اعتبار- لمسألة الشهادة الطبية أو الفحص الطبي المتقدّم عن الزواج، هذا من جهة. بالإضافة إلى خلوّ القانون من أيّ جزاءات في حالة عدم الالتزام بهذا الشرط القانوني، من جهة أخرى.

- تعارض وعدم انسجام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، مع المادة 02/53 منه؛ ذلك أنّ المشرع الجزائري على الرغم من إلزامه المتقدمين للزواج بإجراء الفحص الطبي وتقديم الشهادة الطبية المثبتة لذلك، والتي يفترض من خلالها علم الطرفين بالحالة الصحية للطرف الآخر- بقوة القانون- فإنّه ومع هذا، أعطى الحق للزوجة بعد الدخول في المطالبة بالتطبيق. الأمر الذي يؤدي بنا إلى التساؤل عن جدوى الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج من هذا الجانب؟!

ب- من الناحية الموضوعية: إنّه و إلى جانب هذه الملاحظات الشكلية، ثمة أخرى موضوعية يمكن توجيهها لطريقة معالجة المشرع الجزائري لأحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، نورد منها الآتي:

- إن أحكام القانون؛ سواء قانون الأسرة أو المرسوم رقم: 06-154، لم تحدّد الفحوصات التي يجب القيام بها بما يحقق مقاصد الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، فقد جاءت النصوص عامة ومطلقة- وإن كان نص المادة 03 من المرسوم قد حدّد مشتملات تلك الفحوصات: " لا يجوز للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المنصوص عليها في المادة 02 أعلاه إلاّ بناء على نتائج:  
\* فحص عيادي شامل.

\* تحليل فصيلة الدم (ABO + Rhésus).

- لم ينص القانون على إلزامية الفحص الطبي الوراثي، ولا حتّى على إلزامية فحص الأمراض التناسلية السارية، والأمراض المعدية والمستعصية نحو: السيدا، السل، الجذام، السرطان، أو التهاب الكبد الوبائي، بل، أبقى المسألة اختيارية بالنسبة للأزواج، متى اقترح الطبيب على المعني- من باب الإرشاد- القيام ببعض الفحوصات الجينية أو المتعلقة بالأمراض المعدية، وهذا حسب نص المادة: 04 من المرسوم المتقدّم.

- أعطى المشرع المعنيين بعقد الزواج الأهلية الكاملة في تحديد مصير هذا العقد، بغضّ النظر عمّا يمكن أن تسفر عنه الفحوصات الطبية- الإجبارية أو الاختيارية- حتّى وإن كان أحدهما أو كلاهما مصابا بمرض مستعص وخطير، حسب نصّ المادة 2/07 من المرسوم المتقدّم: " لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافا لإرادة المعنيين".

- إغفال المشرع لموضوع الفحوصات النفسية والعقلية، على الرغم من أهميتها في تحقيق مقاصد الزواج بما لا يقلّ أهميّة عن فحص الأنواع الأخرى من الأمراض الوراثية أو المعدية أو العضوية. قلت: إنّه وفي ظلّ هذه الملاحظات- الشكلية منها والموضوعية- يمكن الجزم بأنّ أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري، لا تعدوا أن تكون أحكاما أدبيّة صوريّة، القصد منها استصدار شهادة أو وثيقة طبية تدرج ضمن قائمة الوثائق المطلوبة لتسجيل عقد الزواج لدى الجهات المختصة فحسب.

وقد كان حريّا بالمشرع الجزائري أن يجعل الفحص الطبي قبل الزواج، فحصا طبييا شاملا، على الأقل فيما يخص- الأمراض الجنسية والمزمنة- تحقيقا للغايات المنشودة من هذه الفحوصات، لا أن تكون مجرد شهادة طبية صورية مقتصرة على النواحي الشكلية الظاهرية- حيث بات المواطن لا يُلقى لها بالا- لاسيما في ضوء نقص الوعي بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج- لسهولة الحصول عليها دون إجراء أية فحوصات، بل، وحتّى دون التنقل إلى الطبيب، إذ يكفي أن يقدم هو- أو من ينوبه... - بطاقة هويته وبطاقة الزمرة الدموية، ودفع قيمة الفحص الطبي 50 دج!؟

## الفصل الثاني: التجديد في مباحث انحلال العلاقة الزوجية وآثاره

لقد أظهرت الجوانب التطبيقية لقانون الأسرة الجزائري لسنة 1984م، قصورا تشريعيًا فيما يتعلق بانحلال العلاقة الزوجية- وذلك في بعديه؛ الموضوعي والإجرائي، وقد تقدّم بيان بعضها في الباب الأول من هذه الدراسة- الأمر الذي حمل الكثير من الباحثين، وغيرهم- على المطالبة بـ: مراجعة قانونية له تكون في شكل تعديل أو تجديد، ترفع من خلاله مجمل تلك النقائص، ويتحقّق به الانسجام بين الجوانب القانونية والشرعية دون إغفال عنصر التطور الذي شهده المجتمع الجزائري طيلة هذه الفترة الزمنية.

واستجابة لذلك، جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة بأحكام جديدة شملت الجوانب الموضوعية والإجرائية لانحلال العلاقة الزوجية، إلى جانب الآثار المترتبة عن ذلك.

وعليه، سأحاول في ثنايا هذا الفصل من الدراسة أن أعرض بالتحليل والبيان لبعض هذه الأحكام الجديدة، وذلك من خلال المبحثين الآتيين.

**المبحث الأول:** وأعرض فيه للأحكام الموضوعية، والمتمثلة في عنصري: أسباب التطلق وأحكام الخلع.

**المبحث الثاني:** والذي أعرض فيه للأحكام الإجرائية، والمتمثلة في عنصر: النيابة العامة كطرف أصلي في الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية.

## المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لانحلال العلاقة الزوجية

تعتبر العلاقة الزوجية من أهم أسس و ركائز عقد الزواج، الذي يقوم على مبدأ الرضائية المطلقة والمستمرّة ما بقي هذا العقد قائماً. إلاّ أنّه، ولما كانت هذه العلاقة مرشحة للانقطاع بحكم إمكانية تراجع مبدأ الرضائية في فترة من الفترات التي تمرّ بها العلاقة الزوجية بالنظر لجملة العوارض التي قد تطرأ مما يؤدي إلى وضع حدّ للحياة الزوجية.

لذا، حرص المشرع الجزائري في التعديل الذي عرفه قانون الأسرة على إرساء بعض الأحكام الموضوعية الجديدة لانحلال العلاقة الزوجية- من جهة الزوجة- وذلك من خلال: زيادة أسباب التطبيق وكذا إعادة النظر في شروط الخلع. وهي مجمل الأحكام التي سأعرض لها في ثنايا هذا المبحث، من خلال المطلبين الآتيين:

### المطلب الأول: أسباب التطبيق

لئن كان من المقرّر شرعاً وقانوناً أنّ للزوج حقّ إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة<sup>1</sup>. فإنّ العقل الفقهي الإسلامي قد ابتدع صورة أخرى لا تقلّ أهميّة من حيث الطبيعة والآثار عن تلك المقرّرة للزوج. ذلك أنّ إرادة هذا الأخير في إيقاع الطلاق، لم تبق على طاقها، إذ جوهت عن طريق الفقه والقانون بصورة مقابلة، أو مشابهة في صالح الزوجة، وذلك من خلال: حقها في طلب الطلاق عن طريق القاضي أو ما اصطلح عليه بـ: التطبيق. إذ يمكن للزوجة أن تنهي رابطة الزوجية- ليس بإرادتها المنفردة- عن طريق القاضي الذي ترفع إليه أمرها متى أسست دعواها على سبب مشروع من بين جملة الأسباب التي تكون الحياة الزوجية مستحيلة الدوام في ظلّها. وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري المعدّل، نجد أنّ المشرع قد وسّع في دائرة أسباب التطبيق- مقارنة بتلك التي تضمّنها نص المادة 53 من قانون الأسرة لسنة 1984م<sup>2</sup>-

<sup>1</sup> وفي هذا السياق يذكر مصطفى السباعي رحمه الله كلاماً نفيساً، حيث قال: "وجعل الطلاق بيد الرجل وحده، هو الطبيعي المنسجم مع واجباته المالية نحو الزوجة و البيت، فما دام هو الذي يدفع المهر ونفقات العرس والزوجية، كان من حقه أن ينهي الحياة الزوجية إذا رضي بتحمل الخسارة المادية والمعنوية الناشئتين عن رغبته الطلاق، والرجل في الأعم الغالب أضبط أعصاباً، وأكثر تقديراً للنتائج في ساعات الغضب والثورة، وهو لا يقدم على الطلاق إلاّ عن يأس من سعادته الزوجية مع زوجته، ومع علم بما يجره الطلاق عليه من خسارة، و ما يقتضيه الزواج الجديد من نفقات، فقلّ أن يقدم عليه إلاّ وهو على علم تام بالمسؤولية و على يأس تام من استطاعته العيش مع زوجته لذلك نجد أن إعطاء الرجل وحده حق الطلاق طبيعي ومنطقي ومنسجم مع قاعدة "الغرم بالغنم". - ينظر: المرأة بين الفقه والقانون، ص90.

<sup>2</sup> والتي نصّت على آته: "يجوز للزوجة أن تطلب التطبيق للأسباب التالية:



بأن أضاف سببين هما: مخالفة الشروط المتفق عليها بين الزوجين في عقد الزواج، والشقاق المستمر بين الزوجين، وهو ما سيتمّ بيانه من خلال الفرعين الآتيين، مقتصرًا في ذلك على عنصر الشقاق المستمر بين الزوجين.

### الفرع الأول: أحكام التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه الإسلامي أولاً- تعريف الشقاق:

أ- الشقاق لغة: من شقق- بفتح الشين والقافين- والشقّ- بكسر الشين: الصدع البائن والمشاقّة- بضم الميم- والشقاق: العداوة والخلاف. يقال: شاقّه مشاقّة وشقاقاً؛ خالفه. والشقاق: العداوة بين فريقين، والخلاف بين اثنين. وسمّي ذلك شقاقاً؛ لأنّ كلّ فريق من فريقى العداوة قصد شقّاً: أي ناحية غير شقّ الآخر.

وشقّ أمر فلان: أي تفرّق وتبدّد اختلافاً. وشقّ فلان العصا: أي خرج عن الجماعة وفارقها. والشقاق: الخلاف. والشقّ- بكسر الشين: الصدع<sup>1</sup>.

ب- الشقاق اصطلاحاً<sup>2</sup>: عرّف الشقاق على أنّه:

1. عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد (78 و 79 و 80) من هذا القانون.
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.
5. الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة.
6. كل ضرر معتبر شرعاً ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين (8 و 37) أعلاه.
7. ارتكاب فاحشة مبيّنة".

<sup>1</sup> ينظر "لسان العرب، ابن منظور، 181/10-185، مختار الصحاح، الرازي، ص 185.

<sup>2</sup> إنّ الباحث في كتب ومصنّفات الفقهاء المتقدّمين في مختلف المذاهب، يلحظ بشأن هذا العنصر من الدراسة أمرين:  
الأول: عدم إيرادهم تعريفاً لمصطلح الشقاق.

والثاني: عدم أفراد حالة الشقاق بين الزوجين كسبب لمطالبة الزوجة بالتطلاق عند من يقول بهذا، بل اعتبار الأمر صورة من صور الضرر المعتر شرعاً. لذلك، وجدنا الفقهاء الحديثين عندما يعرضون لتعريف الشقاق، يعرفونه على أنّه الضرر، أو أحد أنواعه.

\* النزاع الشديد بين الزوجين، سواء أكان بسبب من أحد الزوجين أو بسببهما معا، أو بسبب أمر خارج عنهما<sup>1</sup>.

\* جاء في تفسير جامع البيان في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾<sup>2</sup> ما يستفاد منه معنى الشقاق على أنه: "مشاققة كل واحد منهما لصاحبه، وهو إتيان ما يشق عليه من الأمور، فأما من الزوجة فالنشوز وتركها أداء حق الله عليها الذي ألزمها الله لزوجها، وأما من الزوج فتركه إمساكها بالمعروف أو تسريحها بإحسان."<sup>3</sup>

فالناظر في هذه التعاريف، يلحظ أن الشقاق قد يكون من جانب الزوج، كما قد يكون من جانب الزوجة. إلا أن الذي يعنينا في هذه الدراسة - بل، ما تجب الإشارة إليه ابتداءً - إنما هو الشقاق الذي يتسبب فيه الزوج<sup>4</sup>. وعليه، فقد عرّف الشقاق من هذا المنظور بأنه:

\* النزاع الذي تستحيل معه الحياة الزوجية، سواء أكان ماديا أم معنويا؛ كأن يسيء الزوج معاملتها بالضرب أو بالشتم أو يجبرها على منكر من القول أو الفعل<sup>5</sup>.

\* النزاع الشديد بين الزوجين المستوجب لحكم الحكّمين إمّا بصلح أو فراق بأمر من القاضي. أو هو: الحالة التي تشكو فيها الزوجة أمرها للقاضي بسبب الخلاف وسوء العشرة المستمر من الزوج لينظر في أمرهما؛ إمّا أن يصلح بسعي من الحكّمين أو أن يفرّق<sup>6</sup>.

---

وانطلاقاً من هذه الملاحظة، كان الأحرى بالمشروع الوطني عدم إفراد الشقاق كسبب للتطليق لجهة الزوجة، لأنّه في الحقيقة ليس إلا صورة من صور الضرر التي تندرج تحت: التطبيق لكلّ ضرر معتبر شرعاً، التي نص عليها في المادة 10/53.

<sup>1</sup> الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، لبنان، 53/29 - نقلاً عن: الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، محفوظ بن صغير، ص 629.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 35.

<sup>3</sup> الطبري، 70/5.

<sup>4</sup> الحق أن الأصل في الحياة الزوجية أن تكون قائمة على المودة والرحمة، وجعل كلّ من الزوجين سكناً للآخر: ﴿هُنَّ لِيَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِيَاسٌ لَهُنَّ وَلَدًا﴾، ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾. لكن، قد يحدث بين الزوجين ما يقلب حبهما كرهاً، ونعيمهما جحيماً وسكنهما اضطراباً... فتسوء الحياة الزوجية. الأمر الذي يحمل الزوجة على اللجوء إلى القضاء طالبة التفريق بينها وبين زوجها لما ألحقه بها من أذى - مادياً كان أو أدبياً - نجم عنه النزاع والخصام الذي تستحيل في ظلّه استمرارية الحياة الزوجية.

<sup>5</sup> ينظر: الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، 527/7 - الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، زكي الدين شعبان، ص 492.

<sup>6</sup> الطلاق بين تعسّف المطلق وتفريق القاضي، تيسير رجب التميمي، ص 251، 252.

## ثانياً- آراء الفقهاء في التفريق للشقاق

حرص الإسلام على استقرار الحياة الزوجية بين الزوجين بما شرعه من حقوق وواجبات متبادلة فقال ﷺ: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>1</sup>. وأمر كل واحد من الزوجين بالصبر على صاحبه فإن كرهه من الآخر أمراً، فقد تُعجبه أمور أخرى. قال ﷺ: ﴿فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>2</sup>. فالخطاب وإن كان موجهاً للأزواج، إلا أنه موجّه للزوجات كذلك. لأن الكراهة قد تكون من قبل المرأة نحو زوجها<sup>3</sup>.

لكن، قد ينشأ بين الزوجين من مسببات - صادرة من الزوج - ما يعكّر صفو حياتهما فيستحيل معها العيش بمودة وسكينة، لتتقلب حياتهما شقاء وعتتا، الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل: هل يجوز للزوجة اللجوء إلى القضاء لطلب التفريق بينها وبين زوجها، بسبب النزاع والشقاق من جهته أم لا يجوز ذلك؟

اختلف الفقهاء في جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها بسبب النزاع والشقاق، فكان أن تخرج عن ذلك رأيان:

أ- الرأي الأول: جواز طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بسبب النزاع والشقاق وهو قول المالكية<sup>4</sup>، ورواية عند الحنابلة<sup>5</sup> - فقالوا: إنَّ للزوجة الخيار بين الإقامة معه، فيأمره القاضي بأن يحسن عشرتها بالمعروف، وبين طلب التفريق، فإن اختارت التفريق وثبت الضرر أمره القاضي بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلق عليه القاضي<sup>6</sup>.

واستدل المالكية و الحنابلة لصحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

1- قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>7</sup>.

وجه الاستدلال: تدل الآية على أن للحكمين أن يفعلوا ما يريانه مناسباً، لأنها حاكمان - في الراجح من الأقوال - فلا يعتبر رضا الزوجين. ولأن الحاكم يحكم بما يراه من المصلحة، فإن

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 228.

<sup>2</sup> سورة النساء: الآية 19.

<sup>3</sup> الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، تيسير رجب التميمي، ص 244.

<sup>4</sup> ينظر: المنتقى، الباجي، 406/5 - البهجة شرح التحفة، التسولي، 491/1.

<sup>5</sup> المغني، ابن قدامة، 34/8.

<sup>6</sup> ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 128/2.

<sup>7</sup> سورة النساء: الآية 19.

وفق الحكماء إلى الإصلاح أصلها وإن لم يوفقا إلى الإصلاح فلهما التفريق بين الزوجين، وذكر الله الإصلاح دون الفرقة لأنه الأفضل، وليسعى إليه الحكماء، وليس للاقتصار عليه وحده<sup>1</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾<sup>2</sup>، وقوله: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: تنص الآيتان على أن الإمساك يجب أن يكون بالمعروف، وإلا كان حراما وظلما، وإزالة الظلم واجبة، فإذا تعين التفريق وسيلة لإزالته كان مشروعاً، فيكون الإمساك مع الشقاق إمساكاً بغير معروف، فيتعين فيه التسريح بالإحسان<sup>4</sup>.

3- قوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار."<sup>5</sup>

وجه الاستدلال: أمر رسول الله ﷺ بإزالة الضرر، والشقاق ضرر، وإزالته تكون: إمّا بالإصلاح بين الزوجين، أو بالتفريق بينهما<sup>6</sup>.

4- تزوج عقيل بن أبي طالب فاطمة بنت عتبة بن ربيعة، فقالت: تصبر لي وأنفق عليك. فكان إذا دخل عليها قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ فيسكت عنها حتى إذا دخل عليها يوماً وهو برم قالت: أين عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة؟ قال: عن يسار كفي النار إذا دخلت، فشددت عليها ثيابها فجاءت عثمان بن عفان، فذكرت ذلك له فضحك، فأرسل إلى ابن عباس ومعاوية فقال ابن عباس: لأفرق بينهما، وقال معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، فأتيا فوجدهما قد أغلقا عليهما أبوابهما وأصلحا أمرهما فرجعا<sup>87</sup>.

وجه الاستدلال: قول أحد الحكمين وهو ابن عباس ﷺ: لأفرقنّ بينهما، وقول الآخر وهو معاوية: ما كنت لأفرق بين شيخين من بني عبد مناف، يدلان على جواز التفريق عند العجز عن الإصلاح بين الزوجين<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق، عبد الرحمان الصابوني، 765/2.

<sup>2</sup> سورة البقرة: الآية 231.

<sup>3</sup> سورة البقرة: الآية 231.

<sup>4</sup> ينظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 135/3 - المغني، ابن قدامة، 34/8.

<sup>5</sup> تقدم تخريجه.

<sup>6</sup> البهجة شرح التحفة، التسولي، 488-489/1.

<sup>7</sup> المصنف، عبد الرزاق، 389/6-390. قال ابن حجر: إسناده صحيح. ينظر: التلخيص الحبير، 204/2.

<sup>8</sup> تقدم تخريجه.

<sup>9</sup> المغني، ابن قدامة، 34/8.

5- - أتى رجل وامرأته علياً عليه السلام، ومع كلّ منهما فتمام من الناس، فأمرهما عليّ عليه السلام أن يبعثا حكماً من أهله وحكما من أهلها لينظرا. فلما دنا منه الحكمان قال عليّ عليه السلام: أتدريان مالكما؟ لكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما. فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعلي، فقال الرجل: أمّا الفرقة فلا. فقال عليّ عليه السلام: كذبت، والله لا تبرح حتى ترضى بمثل ما رضيت به<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: قول عليّ عليه السلام للحكمين: عليكم إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وقول الرجل: أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا، ورد عليّ عليه السلام عليه بقوله: "كذبت والله لا تبرح حتى ترضى بمثل ما رضيت به"، يدلان على جواز التفريق، فكما لهما الجمع، لهما التفريق<sup>2</sup>.

وهذه بعض النقول لعلماء المالكية التي تناولت المسألة:

\* قال الدردير رحمه الله: "ولها- أي للزوجة- التطلاق على الزوج للضرر، وهو ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك وسبها وسبّ أبيها... ويؤدّب زيادة على ذلك زيادة على التطلاق. ومتى شهدت البيّنة على الضرر، فلها اختيار الفراق، ولو لم تشهد البيّنة بتكرّره"<sup>3</sup>.

\* قال الدسوقي رحمه الله تعليقا على كلام الدردير: "...قوله:- ولو لم تشهد البيّنة بتكرّره- بل، شهدت بآته حصل لها مرّة واحدة فلها التطلاق بها على المشهور."<sup>4</sup>

\* قال الخرخشي رحمه الله: "إذا ثبت بالبيّنة عند القاضي أنّ الزوج يضار زوجته وهي في عصمته و لو كان الضرر مرّة واحدة، فالمشهور أنّه يثبت للزوجة الخيار؛ فإن شاءت أقامت على هذه الحال، وإنشاءت طلّقت نفسها بطلقة واحدة بائنة..."<sup>5</sup>

\* قال التسولي رحمه الله: "إنّ الطلاق بيد الحاكم. فهو الذي يتولّى إيقاعه إن طلبته الزوجة وامتنع عنه الزوج. وإنشاء الحاكم أمرها أن توقعه. فعلى هذا القول: لا بدّ أن يوقعه الحاكم أو يأمرها به

<sup>1</sup> المصنف، عبد الرزاق، 389/6-390. قال ابن حجر: إسناده صحيح. ينظر: التلخيص الحبير، 204/2.

<sup>2</sup> ينظر: بداية المجتهد، ابن رشد، 128/3 - زاد المعاد، ابن القيم، ص 898-899.

<sup>3</sup> الشرح الكبير، 345/2.

<sup>4</sup> حاشية الدسوقي، 345/2.

<sup>5</sup> الخرخشي على مختصر خليل، 149/3.

فتوقعه. وإذا أمرها به، فهي نائبة عنه في الحقيقة، كما أنه هو نائب عن الزوج شرعا حيث امتنع عنه.<sup>1</sup>

فمن خلال هذه النقول، يمكن استنباط الأحكام الآتية:

أ- جواز مطالبة الزوجة بالتطليق على الزوج للضرر اللاحق بها متى كان شرعياً، ومنه: الضرر المترتب عن الشقاق.

ب- لا يشترط تكرار الضرر للمطالبة بالتطليق، بل، يكفي إثبات حصوله مرة واحدة.<sup>2</sup>

ج- الأصل أن الزوج هو من يُوقَع الطلاق متى ثبت إضراره بالزوجة. لكن، ينتقل الحق في إيقاعه للقاضي أو الزوجة؛ إذا امتنع الزوج عن ذلك.

د- يقع الطلاق الذي يوقعه الزوج، أو القاضي على الزوجة، متى ثبت الضرر للشقاق طلاقة بئنة.

ب- **الرأي الثاني:** عدم جواز طلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها بسبب النزاع والشقاق<sup>3</sup>، وهو قول جمهور الفقهاء من: حنفية<sup>4</sup>، وشافعية<sup>5</sup>، وحنابلة<sup>6</sup>، وظاهرية<sup>7</sup>.

وقد علّل أصحاب هذا الرأي قولهم بأن القاضي يستطيع رفع الضرر بغير التفريق<sup>8</sup>.

كما استدلوا لصحة ما ذهبوا إليه بالأدلة الآتية:

1- قوله تعالى: ﴿وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> البهجة شرح التحفة، 489/1.

<sup>2</sup> أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وتكررت شكاؤها مع عدم تبين مدى ظلم الزوج لها؛ كان للقاضي أن يبعث الحكّمين لينظرا في أمرهما.

- بداية المجتهد، ابن رشد، 129/2.

<sup>3</sup> إنّه، ومّا يجب التنبيه عليه، أنّ أصحاب هذا المذهب وهم جمهور الفقهاء. حين لا يجيزون حق الزوجة في التفريق لسوء العشرة والشقاق المستمر بينها وبين زوجها، فليس معنى هذا أنّهم يقرّون الزوج على هذا الصنيع ونحوه، بل، أنّهم مجمعون على أنّه: لا يجوز للزوج أن يسيء معاملة زوجته بأي حال من الأحوال، و بأيّ إساءة كانت؛ مادّية أو أدبيّة. وأنّه إن فعل ذلك كان ظلماً. لكن، كلّ ما في الأمر أنّهم لا يعطونها الحق في طلب التفريق لهذا السّبب.

<sup>4</sup> بدائع الصنائع، الكاساني، 494/2.

<sup>5</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 261/3.

<sup>6</sup> المغني، ابن قدامة، 166/8.

<sup>7</sup> الحلى، ابن حزم، 87/10.

<sup>8</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 614/3 - المغني، ابن قدامة، 148/8 - الوسيط، الغزالي، 308/5.

<sup>9</sup> سورة النساء: الآية 35.



وجه الاستدلال: قصرت الآية الكريمة مهمة الحكّمين على بذل الوسع قصد الإصلاح بين الزوجين حال قيام النزاع والشقاق بينهما وليس التفريق بينهما<sup>1</sup>. وعليه لا يتعدّى دور الحكّمين من الإصلاح إلى التفريق بين الزوجين؛ لأنّه سبيل مبعوض مقيت<sup>2</sup>.

2- جاء رجل وامرأة إلى عليّ عليه السلام ومع كل واحد منهما فتام من الناس، فلمّا بعث الحكّمين قال: "رويدكما حتّى أعلمكما ماذا عليكما، أتدريان ما عليكما؟ إنكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما". ثمّ أقبل على المرأة فقال: "أرضيت بما حكما؟". قالت نعم، رضيت بكتاب الله عليّ، و لي. ثمّ أقبل على الرجل فقال: "أرضيت بما حكما؟". قال: لا، ولكّني أرضى أن يجمعا ولا أرضى أن يفرقا. فقال عليّ عليه السلام: "كذبت، والله لا تبرح حتّى ترضى بمثل الذي رضيت به"<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: إنّه لو كان الحكمان يملكان التفريق بين الزوجين، لما قال عليّ عليه السلام للزوج: "رضيت بما حكما؟"، فالحكّمين لهما صفة الوكيل الذي يتصرف في حدود وكالته فقط<sup>4</sup>.

3- إنّ القاضي غير محوّل - ابتداءً - بالتفريق بين الزوجين شرعا دون إذنهما؛ إذ لاسلطة له على أحد منهما مع الرشد، حيث إنّ الفراق يحصل بالمخالعة أو الطلاق، و كلاهما ليس حقّا للقاضي، فلا يجوز إلّا بإذنهما.

كما أنّ الحكّمين ليسا في الأساس إلّا وكيلين، والوكيل ليس له أن يتصرف إلّا فيما وكلّ به، والزوجان لم يوكلّاهما بالطلاق، وبذلك فليس لهما - أي الحكمان - التفريق.

4- الطلاق حق الزوج، ولا يملك غيره هذا الحق إلّا بإذنه، أو بتوكيل منه، والطلاق للضرر من الشقاق والنزاع من غير إذن أو توكيل<sup>5</sup>.

**الترجيح:** إنّه، وبعد عرض أقوال وأدلة كلّ رأي من الرأيين، فيما يتعلق بإمكانية التفريق بين الزوجين حال قيام الشقاق بينهما واستفحاله، أجد أنّ الرأي الأول و الذي قال به: المالكية والحنبلة في قول، و القاضي بجواز التفريق بين الزوجين للشقاق والنزاع المستمر. لكن، بعد استفراغ الجهد في الإصلاح بينهما، وذلك لما يأتي<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> ينظر: المغني، ابن قدامة، 34/8 - المحلى، ابن حزم، 248/9 - فتح القدير، الشوكاني، 463/1.

<sup>2</sup> أحكام القرآن، الجصاص، 193/2.

<sup>3</sup> تقدم تجرّجه.

<sup>4</sup> ينظر: المحلى، ابن حزم، 247، 248/9 - البهوتي، كشاف القناع البهوتي، 240/5.

<sup>5</sup> كشاف القناع، البهوتي، 240/5.

<sup>6</sup> ينظر: الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، تيسير رجب التميمي، ص 251، 252 - الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة، عبد الله العسالي، ص 295.

1- قوة الأدلة التي استند إليها أصحاب المذهب الأول للدلالة على ما ذهبوا إليه من جواز التفريق للضرر، وضعف استدلال من خالفهم في ذلك.

2- جاءت الشريعة الإسلامية لرفع الحرج والضيق، وإزالة الضرر عن الناس، وحين يستحكم الضرر ويعجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين فيتعين إزالته، وهو ما لا يتحصّل إلا بالفرقة بينهما.

3- إذا لم يكن من صلاحية الحكّمين وسلطتهما التفريق- أو أن يكونا سببا لذلك- كان موقفهما ضعيفا في معالجة النزاع والشقاق المستمر بين الزوجين، وإذا كان أحدهما حكما- دون قدرة على التفريق بين المتنازعين- كان وكيفا عن أحد الزوجين، فإنّه سوف يتبنى موقف موكله ويكون مقيدا بموجب هذه الوكالة.

### الفرع الثاني: أحكام التّطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في التشريع

#### أولا- في التشريع الجزائري

جاء في المادة 8/53 من قانون الأسرة أنّه: "يجوز للزوجة أن تطلب التّطليق للأسباب الآتية:  
8- الشقاق المستمر بين الزوجين."

وقد كان للاجتهاد القضائي السّبق في منح الزوجة حق طلب التّطليق للشقاق المستمر، حيث قضت المحكمة العليا بتاريخ: 15/06/1999م بما يأتي:

" من المستقر عليه قضاء أنّه يجوز تطليق الزوجة لاستفحال الخصام وطول مدّته بين الزوجين باعتباره ضررا شرعيا. ومتمّ تبيين- في قضية الحال- أنّ الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأنّ الزوج هو المسؤول عن الضرر، لأنّه لم يمثّل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة، ممّا يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض. وعليه، فإنّ قضاة الموضوع لما قضاوا بتطليق الزوجة لطول الخصام وبتظلم الزوج وتعويض الزوجة، طبقوا صحيح القانون.<sup>1</sup>

فالثّابت من هذا القرار: أنّ الزوج حكم عليه بتوفير سكن منفرد ولم يوفر ما ألزمه الحكم به، وأنّ الخصام طالت مدته بين الزوجين فلم يبق سوى الحكم بالطلاق. وحيث إنّ الطلاق لطول مدة الخصام بين الزوجين يعدّ ضررا، وأنّه ثابت أنّ المسؤول عن ذلك هو الزوج لعدم امتثاله للقضاء وتوفير مسكن منفرد للزوجة ممّا يجعل الضرر لاحقا بالزوجة مما استحققت عنه التعويض.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 224655، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 129، 132.

<sup>2</sup> صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، باديس ذيابي، ص 51.

وقد حظي هذا الاجتهاد بعناية المشرع، الذي ارتقى به إلى درجة جعله سببا مستقلا من أسباب التطلاق<sup>1</sup>، حيث أجاز المشرع للزوجة أن تطلب التطلاق بسبب الشقاق المستمر الذي لا يُستطاع معه دوام العشرة. وعليه، تقرّر الآتي:

\* إذا أثبتت الزوجة صحّة دعواها، طلقها القاضي طلقة بائنة؛ ذلك أنّ الإبقاء على العلاقة الزوجية قائمة مع إساءة العشرة مجلبة للأضرار<sup>2</sup>.

\* وإذا عجزت عن إثبات دعواها؛ رفض القاضي طلبها للتطلاق.

\* أمّا إذا تكررت الشكوى وعجزت الزوجة عن الإثبات اختارت المحكمة حكّمين للتوفيق والإصلاح بين الزوجين. ويشترط في الحكّمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين، وعليهما أن يتعرّفا على أسباب الشقاق والتزاع، ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين على أن يقدمّا للقاضي تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين. وهو مانصت عليه: المادة 56 من قانون الأسرة والمواد: 446-447-448-449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

فقد جاء في المادة 56 من قانون الأسرة أنّه: "إذا اشتد الخصاص بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكّمين للتوفيق بينهما.

يعيّن القاضي الحكّمين، حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكّمين أن يقدمّا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين".

بينما تضمّنت المواد: 446، 447، 448، 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: كيفية تعيين الحكّمين، ومهامهما، وإمكانية إنهاءها. فقد جاء في نص:

\* المادة 446: "إذا لم يثبت أيّ ضرر أثناء الخصومة، جاز للقاضي أن يعيّن حكّمين اثنين لمحاولة الصلح بينهما حسب مقتضيات قانون الأسرة."

\* المادة 447: "يطلع الحكّمان القاضي بما يعترضهما من إشكالات أثناء تنفيذ المهمة."

\* المادة 448: "إذا تمّ الصلح من طرف الحكّمين، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لأيّ طعن."

<sup>1</sup> حيث جاء في معرض بيان أسباب تعديل نص المادة 53، ما نصه: "إنّ التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى... تكريس الممارسة القضائية في هذا المجال... إذ أنّه يمكن للمرأة أن تطلب التطلاق من أجل الشقاق المستمر مع زوجها الذي يؤديّ إلى انعدام الألفة ونفي المودّة والرحمة بين الزوجين".

ينظر: موقع المجلس الشعبي الوطني: WWW.ANP.DZ

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 302/1.

\* المادة 449: "يجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائياً، إذا تبين له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة، يعيد القضية إلى الجلسة وتستمر الخصومة."

فعلى الحكمين أن يتعرفوا على أسباب الشقاق، والتحقق من وجود الضرر، وأن يبذلا قصار جهدهما في التوفيق والإصلاح بين الزوجين، وأن يرفعا تقريرهما إلى القاضي، وعلى هذا الأخير أن ينظر في الأمر. ففي حالة عجز الحكمين، وثبوت الضرر: حكم القاضي بتطبيق الزوجة<sup>1</sup>. وهذا ما قضت به المحكمة العليا من غرفة الأحوال الشخصية في قضية عرضت أمامها: "تطبيق بناء على استمرار الشقاق بين الزوجين ..."

إن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه أصابته بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما، فإن القضاة بقضائهم بتطبيق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي طبقوا صحيح القانون.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> أشير هنا إلى أن التطبيق الذي يوقعه القاضي بعد تحقّقه من الضرر اللاحق بالزوجة- والتي يقع عليها عبء إثباته- إنما يكون بعد استيفاء شرط إجرائي جوهري. والمتمثل في: "الصلح بين الزوجين". وقد نظم المشرع الجزائري أحكام "الصلح بين الزوجين"، بموجب النصوص الآتية:

- المادة 1/49 من قانون الأسرة: والتي أصبحت توجب القيام بعدة محاولات صلح، بعدما كان النص القديم يقصر الأمر في محاولة واحدة. وقد نصت على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى".

- بالإضافة إلى المواد: 439-445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، والتي بينت شروط وضوابط الصلح القضائي وآثاره.

- وهذا دون إغفال ما تضمنه نص المادة 425- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09- والذي يمثل إحدى أهم الآليات العملية التي استحدثها المشرع بقصد التعرف على الأسباب الفعلية لمنازعات الأحوال الشخصية، وذلك من خلال منح قاضي شؤون الأسرة في إطار التحقيق بالاستعانة بالجهات التي قد تسهم في عن طريق الاستشارة في تجاوز تلك المنازعات. حيث جاء في هذه المادة: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة... ويجوز له بالإضافة إلى هذه الصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب أو لجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..."

يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراء الصلح."

<sup>2</sup> القرار الصادر بتاريخ: 24-09-1997م، ملف رقم 139393، المجلة القضائية، سنة 1998م، العدد 02، ص

إنه، وبعد عرض موقف المشرع الجزائري من أحكام التطليق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين، من خلال ما تضمنته النصوص الموضوعية والإجرائية المتقدمة. يمكن إبداء الملاحظات الآتية:

أ- تبني المشرع الجزائري لمذهب من يرى- وهو قول بعض المالكية، وابن حزم- بأنّ الحكمين من حيث التوصيف: رسولان وشاهدان يعينهما القاضي ليصلحا بين الزوجين اللذين اشتدّ بينهما النزاع والخصام، وليعرفا حالهما والظالم من المظلوم منهما، وليخبرا الحاكم بما اطلعوا عليه وليشهدا بما ظهر لهما، وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين.

ب- تبني المشرع الجزائري لرأي أصحاب المذهب الأول- الذي يتقدمه المالكية- والذي يرى جواز طلب الزوجة التفريق القضائي بينها وبين زوجها بسبب الضرر المترتب عن سوء معاملته لها مما أفضى إلى حالة الشقاق المستمر بينهما، إلى درجة استحالة استمرار قيام العلاقة الزوجية معه.

ج- إغفال المشرع لبعض العناصر التي نحسبها هامة، والتي لا يُكْتَفَى فيها بالإحالة إلى أحكام الفقه الإسلامي. بموجب نص المادة 222 من قانون الأسرة، ومن ذلك نذكر:

\* الشروط الواجب توافرها في الحكمين، طرق إثبات حالة الشقاق المستمر بين الزوجين- وأقصد هنا تحديدا:

- مدى اعتبار الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين؟  
- مدى قبول هذه الشهادة على نفي حالة الشقاق، لاسيما إذا كان سبب ذلك أمر أدبيّ، كالسبّ والشتم... التي قد يستحيل إثباتها بغير هذه الطريقة؟  
- بالإضافة إلى: مدى اعتبار شهادة الأقارب، أو من له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلا للشهادة؟

\* وكذلك إغفاله لطبيعة أنواع الفرقة التي يوقعها القاضي، متى امتنع الزوج المتسبب في الشقاق المستمر عن التلّفظ بالطلاق.

فهذه بعض الملاحظات التي أغفلها المشرع الجزائري بشأن معالجته لأحكام الشقاق، والتي جعلت موقفه هذا يوصف بالسّطحية والاقْتَضاب إلى درجة أنّ الباحث في هذا السبب من أسباب التطليق في التشريع الجزائري، يكاد يجزم بأنّ نص المادة 8/53: نص مدرج أو مدخل بطريق غير مؤسّس، غايته التشريعية: زيادة عدد أسباب التطليق لا أكثر<sup>1</sup>. ذلك أنّ التطليق

<sup>1</sup> حيث جاء في معرض بيان أسباب تعديل نص المادة 53، ما نصه: "إنّ التعديل المدخل على هذه المادة يهدف إلى توسيع أسباب لتطليق... إذ أنّه يمكن للمرأة أن تطلب التطليق من أجل الشقاق المستمر مع زوجها الذي يؤدي إلى انعدام الألفة ونفي المودّة والرحمة بين الزوجين".

للشقاق؛ ما هو في الحقيقة إلا صورة من صور التطبيق للضرر، المنصوص عليه في المادة نفسها: 10/53.

قلت: وهذا بخلاف منهج بعض التشريعات العربية المقارنة، التي عرضت لموضوع التفريق لضرر سوء العشرة في قوانين الأحوال الشخصية بشكل مفصل ودقيق - وقد كان جديرا بالمشرع الجزائري أن يستفيد منها - على غرار التشريع: الكويتي<sup>1</sup>، المصري<sup>2</sup> والمغربي<sup>3</sup>.

## ثانيا- في التشريع المقارن

### أ- في القانون الكويتي

المادة 126: "لكل من الزوجين قبل الدخول أو بعده أن يطلب التفريق بسبب إضرار الآخر به قولاً أو فعلاً بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها".

المادة 127: "على المحكمة أن تبذل وسعها للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عينت حكماً للتوفيق أو التفريق".

المادة 128: "يشترط في الحكمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن يتوافر فيهم حسن التفهم والقدرة على الإصلاح".

المادة 129: "على الحكمين أن يعرفا أسباب الشقاق، ويبدلا جهدهما في الإصلاح بين الزوجين بأي طريقة ممكنة".

المادة 130: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح:

أ- فإن تبين أن الإساءة كلّها من الزوج وكانت الزوجة طالبة التفريق، اقترح الحكمان التفريق وإلزامه جميع الحقوق المترتبة على الزواج والطلاق، وإن كان الزوج طالب التفريق اقترح الحكمان رفض دعواه.

ب- وإن كانت الإساءة كلّها من الزوجة اقترحا التفريق بين الزوجين نظير رد ما قبضته من المهر وسقوط جميع حقوقها المالية المترتبة على الزواج والطلاق.

ج- وإن كانت الإساءة مشتركة اقترحا التفريق دون عوض أو بعوض يتناسب مع الإساءة.

---

ينظر: موقع المجلس الشعبي الوطني: WWW.ANP.DZ

<sup>1</sup> القانون رقم: 5124-84 لسنة 1984م.

<sup>2</sup> القانون رقم: 100-85 لسنة 1985م.

<sup>3</sup> القانون رقم: 70-03 لسنة 2003م.



د- وإن لم يعرف المسيء من الزوجين فإن كان طالب التفريق هو الزوج اقترحا رفض دعواه، وإن كانت الزوجة هي الطالبة أو كان كل منهما يطلب التفريق اقترح الحكمان التفريق دون عوض.

هـ- التفريق للضرر يقع طلقه بئنة."

المادة 131: "أ- على الحكّمين أن يرفعا إلى المحكمة تقريرهما مفصلا، وللقاضي أن يحكم بمقتضاه إذا كان موافقا لأحكام المادة السابقة.

ب- إذا اختلف الحكّمان ضمت المحكمة إليهما حكما ثالثا مرجحا من غير أهل الزوجين قادرا على الإصلاح."

المادة 132: "أ- يرفع المحكّمون الثلاثة تقريرهم بالاتفاق أو بالأكثرية إلى المحكمة للفصل في الدعوى وفق المادة (130).

ب- وإذا تفرقت آراؤهم أو لم يقدموا تقريرا، سارت المحكمة في الدعوى بالإجراءات العادية." المادة 134: "يكفي في إثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبني على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر."

المادة 135: "تقبل شهادة القريب ومن له صلة بالمشهود له متى كانوا أهلا للشهادة."

#### ب- في القانون المصري

المادة 6: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب التطلق من القاضي، وحينئذ يطلقها القاضي طلقه بئنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب وتكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكّمين على الوجه المبين في المواد: 8-9-10-11."

المادة 7: "يشترط في الحكّمين أن يكونا عدلين من أهل الزوجين إن أمكن، وإلا فمن غيرهم ممن لهم خبرة بما لهما وقدرة على الإصلاح بينهما."

المادة 8: "1- يشتمل قرار بعث الحكّمين على تاريخ بدء وانتهاء مأموريتهم على ألاّ تجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكّمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكّمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة.

2- يجوز للمحكمة أن تعطي للحكّمين مهلة أخرى مرة واحدة لاتزيد على ثلاثة، فإن لم يقدموا تقريرهما اعتبرا غير متفقين."

المادة 9: " لا يؤثر في سير عمل الحكّمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم إحصاره، وعلى الحكّمين أن يتعرفا عن أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهدهما في الإصلاح بينهما على أية طريقة ممكنة. "

المادة 10: " إذا عجز الحكّمان عن الإصلاح:

- 1- فإن كانت الإساءة كلّها من جانب الزوج اقترح الحكّمان التطليق بطلقة بائنة دون مساس بشيء من حقوق الزوجة المترتبة على الزواج والطلاق.
- 2- إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة اقترحا التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه تلتزم به الزوجة.

3- إذا كانت الإساءة مشتركة اقترحا التطليق بدون بدل أو يبدل يتناسب مع نسبة الإساءة.

4- وإنجهل الحال فلم يعرف أيّهما المسيء منهما اقترح الحكّمان تطليقهما بدون بدل. "

المادة 11: " على الحكّمين أن يرفعا تقريرهما إلى المحكمة مشتملا على الأسباب التي بني عليها، فإن لم يتّفقا بعث معهما ثالثا له خبرة بالحال والقدرة على الإصلاح، وحلفه اليمين المبيّنة في المادة 8، و إذا اختلفوا أو لم يقدّموا تقريرهم في الميعاد سارت المحكمة في الإثبات، وإن عجزت عن التوفيق بين الزوجين وتبيّن لهما استحالة العشرة بينهما وأصرّت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينهما بطلقة بائنة مع إسقاط حقوق الزوجة المالية كلّها أو بعضها وإلزامها بالتعويض المناسب إن كان لذلك كله مقتضى. "

## ب- في القانون المغربي

يعد التطليق بسبب الشقاق هو أبرز مستجد جاءت به مدونة الأسرة المغربية على الإطلاق<sup>1</sup>، و يجد سنده التشريعي في المواد: 94 إلى 97. فالمرشع المغربي يكون قد أضاف سببا جديدا لطلب التطليق سواء من الزوج أو من الزوجة أو هما معا يضاف إلى الأسباب الأخرى المنصوص عليها في المدونة.

المادة 94: " إذا طلب الزوجان أو أحدهما من المحكمة حل نزاع بينهما يخاف منه الشقاق، وحب عليها أن تقوم بكل المحاولات لإصلاح ذات البين طبقا لأحكام المادة 82 أعلاه. "

المادة 95: " يقوم الحكّمان أو من في حكمهما باستقصاء أسباب الخلاف بين الزوجين و بذل جهدهما لإنهاء النزاع.

<sup>1</sup> ينظر: المقترضات الجديدة لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ص 130-131 - أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، عبد الله أبو عوض، ص 276 وما بعدها.

إذا توصل الحكمان إلى الإصلاح بين الزوجين، حررا مضمونه في تقرير من ثلاث نسخ...".  
المادة 96: "إذا اختلف الحكمان في مضمون التقرير أو في تحديد المسؤولية، أو لم يقدماه خلال الأجل المحدد لهما، أمكن للمحكمة أن تجري بحثا إضافيا بالوسيلة التي تراها ملائمة."  
المادة 97: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتطبيق وبالمستحقات طبقا للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر.  
يفصل في دعوى الشقاق في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب."

### المطلب الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

#### الفرع الأول: تعريف الخلع ومشروعيته والحكمة منه وحكمه

##### أولاً- تعريف الخلع

أ- الخلع لغة: الخاء واللام والعين أصل واحد مطّرد. وهو مزايلة الشيء الذي كان يشمل به أو عليه. تقول خلعت الثوب، أخلعه خلعا. وخلع الوالي يخلع خلعا. وخالعت المرأة زوجها وقد اختلعت؛ أي افتدت نفسها منه بشيء تبذله، فهي خالعة<sup>1</sup>.

جاء في لسان العرب: خلع الشيء يخلعه خلعه واخلعه بمعنى "نزعه"، إلا أن في الخلع مهلة. وسوى بعضهم بين الخلع و الترع. وخلع النعل والثوب والرّداء يخلعه خلعا؛ جرّده.

والخلعة من الثياب: ما خلعت فطرحته على آخر أو لم تطرحه، وكلّ ثوب تخلعه عنك خلعة وخلع عليه خلعة. وفي حديث كعب بن مالك: "إنّ من توبتي أنّي أنخلع من مالي صدقة"<sup>2</sup> - أي أتجرّد و أخرج منه جميعا وأتصدّق به و أعرّى منه كما يعرّى الإنسان إذا خلع ثوبه- وخلع قائده خلعا: أزاله، وخلع دابته: إذا أطلقها من قيدها، و خلع الرّبقة عن عنقه: نقض عهده، وتخالع القوم: نقضوا الحلف و العهد بينهم وفي الحديث: "من خلع يدا من طاعة، لقي الله يوم القيامة لا حجّة له"<sup>3</sup> - أي من خرج من طاعة سلطانه وعدا عليه بالشرّ؛ فلا حجّة له يوم القيامة.

وخلع الرجل امرأته خلعا بمعنى: أزالها عن نفسه وطلقها على بدل منها له، فالخلع؛ استعارة من خلع اللباس، لأنّ كلّ واحد منهما لباس للآخر، فإذا فعلا ذلك فكأنّ كلّ واحد منهما نزع لباسه عنه. والاسم من كل ذلك: "الخلع"، والمصدر: "الخلع".

<sup>1</sup> معجم مقاييس اللغة، ابن فارس، 209/2.

<sup>2</sup> صحيح البخاري، كتاب الأيمان و النذور، باب إذا أهدى ماله على وجه النذر و التوبة، ص 799 .

<sup>3</sup> صحيح مسلم، مسلم، كتاب الإمارة، باب وجوب ملازمة جماعة المسلمين عند ظهور الفتن و في كلّ حال...، ص 547.

قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾<sup>1</sup>، فإذا افتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها إلى ذلك فقد بانت منه، فكأن كل واحد منهما خلع عنه لباس صاحبه<sup>2</sup>. أنشد ابن الأعرابي:

مولعات بهات هات فإن شفو \*\*\* فر مال أردن منك الخلعا

والملاحظ على المدلولات اللغوية أنه: يطلق الخلع، ويراد به أحد المعاني الثلاث الآتية: الترع، التجريد والإزالة.

كما اختلف العلماء في كلمة الخلع-بضم الخاء- فقيل: الخلع-بفتح الخاء- مصدر قياسي "خلع". ويستعمل في الأمور الحسبية، فيقال: خلع الرجل ثوبه خلعا، أي أزاله عن بدنه ونزعه عنه.

ويقال: "خلعت النعل خلعا"، أي نزعته. ومنه قوله تعالى: ﴿فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَىٰ إِنِّي أَنَا رَبُّكَ فَاخْلَعْ نَعْلَيْكَ إِنَّكَ بِالْوَادِ الْمُقَدَّسِ طُوًى﴾<sup>3</sup> وفي هذه الآية الخلع بمعنى الترع. وفي الأمور المعنوية: "كنخلع الرجل امرأته خلعا؛ إذا أزال زوجته. وخلعت المرأة زوجها مخالعة؛ إذا افتقدت منه.

والخلع مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضا. لكن، الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز، على اعتبار أن المرأة لباس للرجل وبالعكس، لقوله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾<sup>4</sup>.

والأولى بالاعتبار: أن الخلع بالضم؛ يستعمل في الإزالة المعنوية- ومنها إزالة الزوجية- والخلع بالفتح؛ يستعمل في الإزالة الحسبية<sup>5</sup>.

ب- الخلع اصطلاحا: للخلع عند الفقهاء تعريفات عدة، تختلف باختلاف مذاهبهم الفقهية. نورد من بين هذه التعريفات ما يأتي:

**تعريف الحنفية:** عرف فقهاء الحنفية الخلع بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها- أي الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 187.

<sup>2</sup> ينظر: المفردات في غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، ص 155 - لسان العرب، ابن منظور، 8/83، 76.

<sup>3</sup> سورة طه: الآية 11-12.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 187.

<sup>5</sup> ينظر: فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 395/9 - سبل السلام، الصنعاني، 3/166.

<sup>6</sup> ينظر: رد المحتار، ابن عابدين، 3/439 - البحر الرائق، ابن نجيم، 4/77.

\* فقد خرج بقوله: "ملك النكاح"؛ الخلع في النكاح الفاسد، والخلع بعد البينونة أو الردة.  
 \* وخرج بقوله: "المتوقفة على قبولها"؛ ما لو قال لزوجته: خلعتك وهو ينوي الطلاق، فإنه في هذه الحالة يقع بائنا غير مسقط للحقوق.  
 \* وخرج بقوله: "بلفظ الخلع"؛ الطلاق على ما. لأنه ليس هو الخلع، بل هو في حكمه من وقوع البينونة.  
 \* وبقوله: "أوما في معناه"؛ دخلت ألفاظ أخرى يصح بها الخلع.  
 وألفاظ الخلع عند الحنفية خمسة:

**أولها:** ما اشتق من الخلع كأن يقول لها: "خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك"، "أخلعتك".  
 لهذا قالوا: إنه يقع به الخلع من دون نية. لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيرا فأصبح كالصریح، فإذا قال لامرأته: "خالعتك"، وذكر مالا؛ فالأمر ظاهر. وإذا لم يذكره؛ فإنه يقع به الطلاق؛ سواء نوى أو لم ينو قبلت أو لم تقبل.  
**ثانيها:** لفظ "بارأتك"، فإذا قال لها: "بارأتك على كذا من المال" وقبِلت وقع طلاقا بائنا، ولزمها العوض وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق. أما إذا لم يذكر البدل و قال لها "بارأتك" وقالت "قبلت"؛ وقع الطلاق البائن وسقط حقها في المهر. لكن، هل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب: إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع؛ يقع بها الطلاق بدون نية.

**ثالثها:** لفظ "باينتك"، فإنه موضوع للخلع، فإن لم يذكر مالا و قبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل و نوى به الطلاق؛ طُلِّقَتْ و إلا فلا. لأن المباشرة لا يقع بها الطلاق إلا بالنية. أما إذا قال لها: "باينتك على كذا من المال"، ولم تقبل؛ لا يقع به الطلاق قولاً واحداً، ولا يلزمها البدل لأنه علق إبانيتها على المال.

**رابعها:** لفظ "فارقتك" فإنه إذا ذكر مالا فقال: "فارقتك على كذا من المال"، وقبلت؛ بانت منه ولزمتها العوض وسقط حقها في المهر، وإن لم تقبل لا يقع طلاق، ولا يلزمها مال.  
 وإن لم يذكر مالا وقبلت؛ سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق. وإن لم تقبل؛ فإن نوى به الطلاق لزمه طلاقا بائنا لأنه كناية، وإلا فلا يلزمه شيء.

**خامسها:** لفظ طلاق على ما فإذا قال لها: "طلقي نفسك على كذا من المال"، فقالت: "قبلت"؛ وقع الطلاق بائنا ولزمها العوض. أما إذا قال لها: "طلقي نفسك" ولم يذكر مالا، كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

ويضيف الحنفية لفظين آخرين، هما: ما اشتق من لفظ البيع، وما اشتق من لفظ الشراء<sup>1</sup>.  
ويفيد هذا التعريف: صحّة خلع المطلقة رجعيًا، لكون ملك النكاح مازال باقيا<sup>2</sup>.  
**تعريف المالكية:** عرّف فقهاء المالكية الخلع بأنّه: " طلاق بعوض أو بلفظه"<sup>3</sup>.  
\* فقوله: " طلاق"؛ شمل الطلاق بألفاظه الصريحة والكنائية.  
\* وقوله: " بعوض"؛ أي مقابل عوض مالي.  
\* وقوله: " أو بلفظه"؛ أي الخلع وما في معناه.  
\* وخرج بقوله: " الطلاق بعوض"، الطلاق دون عوض ولفظ الخلع. وعليه، يكون الخلع عند المالكية نوعان: الأول: ما كان في نظير عوض. والثاني: ما كان بلفظ الخلع، لكن من دون عوض.  
ولا فرق عند المالكية بين الخلع والطلاق على مال<sup>4</sup>.  
قال الخرشي: " وهو - أي الخلع - الطلاق بعوض، وهذا التعريف معترض عليه، لأنّه يخرج منه ما كان بلفظ الخلع بغير العوض. فإنّه أيضا مع انتفاء العوض فيه"<sup>5</sup>.  
**تعريف الشافعية:** عرّف فقهاء الشافعية الخلع بأنّه: " فرقة بين الزوجين بعوض مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع"<sup>6</sup>.  
\* فقوله: " فرقة"، أي طلاق، سواء أكان الطلاق بالألفاظ الصريحة أو الكنائية.  
\* وقوله: " أو خلع"، المراد به لفظه أو ما في معناه.  
\* وقوله: " بعوض"؛ قيد أول، لأنّ الفرقة إذا خلت من العوض كانت طلاقا رجعيًا.  
\* وقوله: " لجهة الزوج"؛ قيد ثان، لأنّ العوض إنّما يكون للزوج.  
\* وقوله: " مقصود" أي ذو منفعة تقصد منه ولو كمنفعة تعليم القرآن، فيخرج بهذا القيد الأعراس التي لا منفعة مقصودة فيها<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: بدائع الصنائع، الكاساني، 145/3 - البحر الرائق، ابن نجيم، 77/4.

<sup>2</sup> ينظر: فتح القدير، ابن الهمام، 188/4 - رد المحتار، ابن عابدين، 439/3.

<sup>3</sup> الشرح الكبير، الدردير، 347/2.

<sup>4</sup> ينظر: حاشية العدوي على حاشية الخرشي، العدوي، 414/4.

<sup>5</sup> حاشية الخرشي، 417/4.

<sup>6</sup> مغني المحتاج، الشريبي، 347/3.

<sup>7</sup> نهاية المحتاج، الرملي، 393/6، 396 - شرح التنبيه، السيوطي، 640/2، 642.



**تعريف الحنابلة:** عرّف فقهاء الحنابلة الخلع بأنه: "فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه من امرأته أو من غيرها بألفاظ مخصوصة"<sup>1</sup>.

\* فقوله: "بعوض"، أي أنّ الخلع لا يكون إلاّ بعوض من الزوجة، فالحنابلة يفرّقون بين الخلع والطلاق على مال - وهذا القول رواية عن الإمام أحمد -

\* وقوله: "أو غيرها"، أي جواز أخذ البدل من غير الزوجة.

\* وقوله: "بألفاظ مخصوصة"، أي أنّ الخلع لا يقع إلاّ بألفاظ معيّنة، وهي نوعان:

النوع الأول: الألفاظ الصريحة في الخلع؛ كالمفاداة والخلع والفسخ.

النوع الثاني: الألفاظ الكنائية في الخلع؛ كالمبارأة والمباينة والمفارقة<sup>2</sup>.

**تعريف الظاهرية:** عرّف ابن حزم الخلع بأنه: "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألاّ توفّيه حقّه أو خافت أن يبغضها فلا يوفّيها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو."<sup>3</sup>

**تعريف الشيعة الجعفرية:** عرّف فقهاء الشيعة الجعفرية الخلع على أنّه: "طلاق بعوض مقصود لازم لجهة الزوج."<sup>4</sup>

وعرّف عبد الرحمن الصابوني الخلع على أنّه: "إنهاء الحياة الزوجية بالتراضي بين الزوجين، أو بحكم القاضي، على أن تدفع الزوجة لزوجها مبلغاً من المال لا يتجاوز ما دفعه إليها من مهر."<sup>5</sup>

كما عرّف الخلع على أنّه: "صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج بسبب عوض عن التطليق."<sup>6</sup>

وعرّفه عبد العزيز سعد الخلع على أنّه: "عقد معاوضة رضائي وثنائي الأطراف، شرع لمصلحة الزوجة غايته إنهاء الحياة الزوجية بحكم قضائي بناء على عرض أحد الزوجين وقبول الآخر تلبية لرغبة الزوجة مقابل مال معلوم ومقوم شرعاً تدفعه الزوجة فيتفقان على نوعه أو مقداره في جلسة الحكم أو يحدّده القاضي بما لا يتجاوز مقدار صداق المثل وقت الحكم."<sup>7</sup>

إنّه، ومن خلال استقراء التعاريف المتقدّمة، نخلص إلى أنّها تكاد تجمع أو تتفق حول ضرورة توافر جملة من العناصر لا يتحقّق معنى الخلع، ولا يترتب آثاره إلاّ بها، وهي:

<sup>1</sup> كشف القناع، البهوتي، 241/5.

<sup>2</sup> ينظر: المغني، ابن قدامة، 39/7-40 - المحرر في الفقه، ابن تيمية، 97/2، 98 - الفروع، ابن مفلح، 345/5.

<sup>3</sup> المحلى، 509/9.

<sup>4</sup> الروضة البهية، العاملي، 87/6.

<sup>5</sup> مدى حرّية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ص 495.

<sup>6</sup> شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، عبد الكريم شهبون، ص 260.

<sup>7</sup> الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 248-249.

أ- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة قياما صحيحا حقيقة أو حكما، فلا يتحقق الخلع في النكاح الفاسد لآثمه يفيد ملك المتعة.

ب- أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه: كالإبراء والافتداء.

ج- أن يكون الخلع نظير عوض- مال عند الجمهور، لآثمه يأخذ حكم المهر- من جهة الزوجة.  
د- رضا الزوج بالخلع متى صدر من الزوجة، ورضا الزوجة بالخلع متى صدر من الزوج: ذلك أن التعاريف المتقدمة، إنما تنصب على معنى واحد مشترك فيما بينها يؤكد على مبدأ: "رضائية الخلع"، من خلال: وقوع الفرقة بين الزوجين بتراضيهما، وبعوض تدفعه الزوجة لزوجها. أو: حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه، في مقابل عوض تلتزم به المرأة؛ لآثمه- أي الخلع- وإن كان كالطلاق تنحل به الرابطة الزوجية، إلا أنه يختلف عنه بأن الخلع: يتوقف وقوعه على رضا الزوج، والعوض الذي تقدمه الزوجة. فالخلع ليس إسقاطا محضا كما هو الحال في الطلاق المجرد عن العوض<sup>1</sup>.

هذا، وقد خلا قانون الأسرة الجزائري- سواء القديم أو الجديد- من أي إشارة إلى تعريف الخلع حيث اكتفى المشرع بإيراد نص واحد جمع فيه بعض أحكامه- بينما ترك بقية الأحكام الأخرى يرجع فيها إلى الشريعة الإسلامية، بموجب الإحالة التي تضمنتها نص المادة 222 من هذا القانون. فقد جاء في نص المادة 54 من القانون رقم: 09-05 لسنة 2005م، أنه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

وعليه، وتماشيا مع ما ورد في هذا النص، يمكن تعريف الخلع وفق تصور المشرع الجزائري بأنه: "إزالة ملك النكاح الصحيح ولو بغير رضا الزوج بلفظ الخلع أو بما في معناه بمال تدفعه الزوجة لزوجها"<sup>2</sup>.

فمن خلال استقراء هذا التعريف، المشتق من نص المادة المتقدمة قريبا، نلاحظ بأنه لا يتحقق معنى الخلع في التشريع الجزائري، ولا يرتب آثاره إلا إذا توافرت العناصر الآتية:

<sup>1</sup> ينظر: المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 8/114- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر الزبياري، ص 53- أحكام الأسرة في الإسلام، مصطفى شلي، ص 552-553 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، العربي بلحاج، 1/264 - صور فك الرابطة الزوجية، باديس ذيابي، ص 59، 60.

<sup>2</sup> الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، عبد القادر عبد السلام، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد 12، سنة 2008م، ص 568.

أ- قيام العلاقة الزوجية، حقيقة أو حكما.

ب- أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه.

ج- أن يكون الخلع بمقابل ماليّ تدفعه الزوجة لزوجها.

فبمقارنة ما ذهب إليه المشرع الجزائري من حيث العناصر التي تستلزمها عملية المخالعة، بتلك التي يبيتها التعاريف المتقدمة آنفا، نلاحظ عدم اعتبار المشرع لعنصر الرضائية كمبدأ في الخلع. فقد أجاز مخالعة الزوجة لزوجها، دونما توقّف إرادة الزوجة في اختيارها للخلع على إرادة أو موافقة الزوج. فإرادة الزوج لا اعتبار لها إلا في حالة الاتفاق مع الزوجة على بدل الخلع فقط. وبهذا، يكون الخلع في التشريع الجزائري- في قول مجمل، سيأتي تفصيله في الفرع الآخر من هذا المطلب- صورة من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة للزوجة؛ دون توقّف على موافقة الزوج ولا خضوع للسلطة التقديرية للقاضي حول مبدأ المخالعة.

### ثانيا- أدلة مشروعية الخلع

ثبتت مشروعية الخلع بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع.

#### أ- من القرآن الكريم:

1- قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال من الآية: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية بينهما، نحو: بغض الزوجة لزوجها، وكرهيتها له. ففي هذه

الحالة التي استفحل فيها البغض والكرهية... وإذا تعذر الإصلاح والتوفيق بقصد إزالتها، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا تملك عصمتها<sup>2</sup>.

ذلك أن المولى وَعَلَيْكَ بين أن: الطلاق مرتان، ولا بدّ من العشرة الحسنة الكريمة، أو المفارقة بالحسنى. ويقع محرّما على الزوج أخذ ما دفعه إلى الزوجة من المهر، باستثناء المال الذي يدفع للزوج عوضا عن الخلع، حين الخشية من عدم إقامة حدود الله فيما بينهما؛ لأسباب قد تستحيل

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> ينظر: جامع البيان، الطبري، 466/2 - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 120/3، 121- أحكام القرآن، الجصاص 151/1.

معها ديمومة الحياة الزوجية. فإذا كرهت الزوجة زوجها، وخافت أن لا تقيم حدود الله في حق زوجها، في الوقت الذي كان فيه الزوج قائماً بما فرضه الله عليه من واجبات فقد حلت له الفدية. وإن لم يقيم أيهما حدود الله فليسا مقيمين حدود الله<sup>1</sup>. ولا يحرم على الزوجة ما دفعت من مالها إذا أحل الله ذلك للزوج<sup>2</sup>.

2- قوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِينَةٍ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال من الآية: تنص الآية الكريمة صراحة على حرمة مضارة الرجال بزواجهم حتى يفتدين منهم، إلا في حالة إتيانهم بالفاحشة - سواء أكان المقصود بها: الزنا، أو مطلق الفاحشة كالنشوز والعصيان، على خلاف بين العلماء - فحينئذ يجوز للرجل مفارقتها مقابل استرجاع ماله الذي أعطها إياه<sup>4</sup>.

ب- من السنة النبوية: فقد ذكر المحدثون روايات كثيرة في مشروعية الخلع - وهي مع تعددها، تدور حول امرأة جاءت تشكو إلى النبي ﷺ زوجها. إلا أنها تختلف من حيث زيادة الألفاظ واختلاف اسم المرأة<sup>5</sup>، أو سبب شكواها - نورد منها:

1- عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم، أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام<sup>6</sup>. قال

<sup>1</sup> ينظر: أحكام القرآن، الشافعي، 217/1، 218 - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 120/3، 121.

<sup>2</sup> ينظر: تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، 412/1 - الدر المنثور في التفسير بالمأثور، السيوطي، 462/2.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 19

<sup>4</sup> ينظر: أحكام القرآن، ابن العربي، 467/1 - أضواء البيان، الشنقيطي، 287/3.

<sup>5</sup> وقع خلاف حول نسب المرأة المختلعة من زوجها ثابت بن قيس واسمها، فقيل في نسبها، هي: بنت سلول، بنت عبد الله بن أبي، بنت عبد الله بن أبي سلول، بنت أبي.

ورجح النووي وابن الأثير وابن حجر، أنها: جميلة أخت عبد الله لكن نسب أخوها إلى أبيه كما نسبت هي إلى جدتها سلول.

كما وقع خلاف حول اسمها، فقيل هي: جميلة، سهلة. قال ابن حجر: الذي يظهر لي أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقتين واختلاف السياقين. أي خبر حبيبة بنت سهل، وجميلة بنت عبد الله بن أبي.

ينظر: فتح الباري، ابن حجر، 400/9، 402 - عمدة القاري، العيني، 261/20 - نيل الأوطار، الشوكاني، 263/6.

<sup>6</sup> أي أكره إن أقمت عنده أن أقع فيما يقتضي الكفر، وانتفى أنها أرادت أن يحملها على الكفر ويأمرها به نفاقاً؛ بقولها: "ما أعتب عليه في خلق ولا دين"، وكأنها أشارت إلى أنها قد تحملها شدة البغض على الوقوع فيه. ويحتمل أن

رسول الله ﷺ: "أتردّين عليه حديقته؟" قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ: "اقبل الحديقة وطلّقها تطليقة."<sup>1</sup>

2- وعن عائشة أنّ حبيبة بنت سهل الأنصارية، كانت عند ثابت بن قيس بن شماس، فضرّها فكسر بعضها. فأنت النبي ﷺ بعد الصبح فاشتكته إليه. فدعا النبي ﷺ ثابتاً فقال: "خذ بعض مالها وفارقها". فقال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: "نعم". قال: فإتني أصدقها حديقتين وهما بيدها. فقال النبي ﷺ: "خذهما وفارقها"، ففعل.<sup>2</sup>

3- أتت أخت عبد الله بن أبي رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبداً. إني رفعت جانب الخباء فرأيتته أقبّل في عدة، فإذا هو أشدهم سواداً، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهاً. قال زوجها: يا رسول الله إني أعطيتها أفضل مالي، حديقة فإن ردّت عليّ حديقتي؟ قال: "ما تقولين؟". قالت: نعم، وإن شاء زدته. قال: ففرق بينهما، فكان أول خلع في الإسلام.<sup>3</sup>

ج- من الإجماع: انعقد الإجماع على مشروعية الخلع، ونقل ذلك عدد من الفقهاء<sup>4</sup> - وما شدّ إلا بكر بن عبد الله المزني.

قال مالك رحمه الله: "لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا، وهو إن الرجل إذا لم يضر بالمرأة، ولم يسيء إليها ولم تؤت من قبله وأحبّت فراقه، فإنّه يحلّ له أن يأخذ منها كلّ ما افتدت به... وإن كان النشوز من قبله، بأن يضيّق عليها ويضرّها ردّ عليها ما أخذ منها."<sup>5</sup>

---

تريد بالكفر كفران العشير؛ إذ هو تقصير المرأة في حقّ زوجها، وقال الطيبي: "المعنى أخاف على نفسي في الإسلام ما ينافي حكمه؛ من نشوز وفرك وغيره ممّا يتوقّع من الشابة الجميلة المبغضة لزوجها، إذا كان بالصدّ منها"، فأطلقت على ما ينافي مقتضى الإسلام، أي الكفر. و يحتمل أن يكون في كلامها إضمار، أي أكره لوزم الكفر من المعادة والشقاق والخصومة.

ينظر: فتح الباري، ابن حجر، 400/9.

<sup>1</sup> صحيح البخاري، البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، ص 654.

<sup>2</sup> سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب في الخلع، 244/2. والحديث صحيح. ينظر: صحيح سنن أبي داود، الألباني، 369/1.

<sup>3</sup> المستدرک على الصحيحين، الحاكم، 210/2.

<sup>4</sup> ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 190/4 - المعونة، القاضي عبد الوهاب، 869/2 - التهذيب، البغوي، 551/5 - كشف القناع، البهوتي، 241/5.

<sup>5</sup> ينظر: المدونة الكبرى، 340/5 - الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 140/3.

وقال العيني رحمه الله: "وأجمع العلماء على مشروعية الخلع، إلا بكر بن عبد الله المزني - ثم نقل قول ابن عبد البر حول ما قاله المزني فقال: هذا خلاف السنّة الثابتة في قصّة ثابت بن قيس... وخالف جماعة الفقهاء والعلماء بالحجاز والعراق والشام."<sup>1</sup>

وحكى ابن قدامة رحمه الله أنّه: "... قول: عمر وعثمان وعليّ وغيرهم من الصّحابة. لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا، فيكون إجماعا. ودعوى النسخ - التي قال بها المزني - لا تسمع\*..."<sup>2</sup>

### ثالثا- حكمة تشريع الخلع

شرع الله ﷻ الزواج وجعله على جهة الدوام والاستمرار، حتّى يتحقّق السكن المطلوب لكلا الزوجين. قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>3</sup>، ولا يكون ذلك إلا إذا يرقى بكلّ منهما حتّى يكون لباسا للآخر، قال تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾<sup>4</sup>.

لكن، ولما كانت الحياة الزوجية معرّضة لما يعكّر صفوها ويزعزع سكونها واستقرارها، بما لا يفلح معه مسعى الإصلاح و العلاج الذي رسمته الشريعة الإسلاميّة حتّى في وقت الكراهية المنتشرة بين الزوجين لحماية لكيان الأسرة، فقد أثبت الواقع أنّ من الزواج ما لا يصحبه التوفيق، وقد أمر الإسلام الأزواج بالصبر والتريث وعدم الاستجابة لعاطفة الكراهية إن أحسّوا بها، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾<sup>5</sup>.

كما أمر الإسلام الأزواج بأن يعالجوا المرأة الناشز بكل الوسائل، حتّى تعود إلى الموافقة والطاعة. وأمر المجتمع أن يتدخل للتحكم والإصلاح عن طريق مجلس عائلي: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عمدة القاري، 260/20.

\* ينظر في الردّ على دعوى المزني: جامع البيان، الطبري، 472/2، 473- أحكام القرآن، الجصاص، 192/2- المحلى، ابن حزم، 510/9- أصول الفقه، الخضري، ص43.

<sup>2</sup> المغني، 174/8.

<sup>3</sup> سورة الروم : الآية 21

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 187.

<sup>5</sup> سورة النساء : الآية 19.

<sup>6</sup> سورة النساء : الآية 35.



ومع هذا، فقد تستحكم التّفرة، ويتفاقم التّزاع، وتحقق كل وسائل الإصلاح والتحكيم والتوفيق. فعندها يكون الطلاق، الذي جعله المولى تبارك وتعالى بيد الرجل هو العلاج رغم مرارته. إلا أنّ الإسلام لم يهمل جانب المرأة، التي لها من المشاعر والأحاسيس مثلما للرجل - ربّما وزيادة - فأعطاهما حقًا مشابهاً للحقّ الذي يملكه الزوج وهو الخلع؛ بقصد: "إزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه"<sup>1</sup>. لذلك، كان المعنى في الخلع أنّه: لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزِيل ذلك الملك بعوض، دفعا للضرر عن المرأة غالباً<sup>2</sup>.

قال ابن رشد رحمه الله في معرض بيان هذه الحقيقة: "والفقه أنّ الفداء إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما للرجل من طلاق؛ فإنّه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك - أي كرهه، وأبغض - المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت - أي كرهت وأبغضت - الرجل"<sup>3</sup>. وهكذا يراعي الإسلام جميع الحالات الواقعيّة التي تعرض للنّاس، ويراعي مشاعر القلوب الجادّة التي لا حيلة للإنسان فيها، ولا يجبر الزوجة على حياة تنفر منها. وفي الوقت ذاته لا يضيّع على الرجل ما أنفق من مهر تعوّضه له الزوجة المختلعة جبرا لإزالة الزوجية من غير سبب ولا ذنب منه<sup>4</sup>.

لكن، ما يجب التنبيه إليه؛ أنّ أمر الخلع باعتباره مكنة للمرأة لرفع الضرر عنها في مقابلة ما للرجل من حقّ الطلاق ليس أمرا مرسلا ولا مطلقا على النحو الذي قد تتصوّره أو تقتضيه أهوية النساء أو تدفعهنّ إليه عواطفهنّ. فإنّ هذا الأمر جدّ خطير، إنّهُ فصل لميثاق غليظ، ولعقد عظيم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المغني، ابن قدامة، 52/7.

<sup>2</sup> الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، زكريا الأنصاري، 227/4.

<sup>3</sup> بداية المجتهد، 89/2.

<sup>4</sup> في ظلال القرآن، سيد قطب، 249/1.

<sup>5</sup> ذهب العلماء إلى أنّ: "الأصل في الخلع الحظر، وإنّما يجوز للحاجة، لما فيه من فكّ لأصرة النكاح، قال ابن الهمام: "الهمام: "و الأصحّ حظره - أي الخلع - إلاّ للحاجة" - شرح فتح القدير، 197/4.

ومع ذلك فإنّ الخلع تعتريه - في جهة المرأة، على اعتبار صدورهِ منها في الأعمّ الأغلب - الأحكام الشرعية التكليفية فيكون:

\* مباحا؛ إذا كرهت الزوجة زوجها لسبب شرعيّ كتقصيره في أداء التزاماته الشرعية، أو لكبر سنّه، أو لذمامته، أو لقيح صورته. وخافت أن يؤدّي بها ذلك إلى تفریطها في أداء حقوقه الشرعية التي أمر الله بها، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ حَقَّتْهُمُ الْأُيُوبَةُ حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾.

لذلك، ينبغي أن لا يكون مفهوما عند النساء على صورة ساذجة<sup>1</sup>، عبثية<sup>2</sup>، أو احتيالية تخالف فلسفة تشريع الخلع المتجلية أساسا في: التوقي من تعدي حدود الله التي حددها للزوجين<sup>3</sup>. فقد: "أجازته الشارع الحكيم منعا للضرر عند عدم إقامة حدود الله تعالى"<sup>4</sup>: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ

قال البهوتي: "ويباح - أي الخلع - لسوء عشرة ولبغضة لخلقه أو خلقه، وتخشى أن لا تقيم حدود الله معه."  
- غاية المنتهى، 102/3.

\* مكروها؛ إذا كانت العلاقة بين الزوجين جيدة، والعشرة حسنة ولا يوجد ما يدعو إلى المخالعة.  
قال الشريبي: "ولكنه - أي الخلع - مكروه لما فيه من قطع التكااح الذي هو مطلوب الشرع." - مغني المحتاج، 347/3.

قال ابن حجر: "هو - أي الخلع - مكروه إلا في حالة مخافة أن لا يقيما حدود الله، أو أحد منهما ما أمر به." - فتح الباري 402/9.

\* حراما؛ متى كان طلب الخلع من غير ما بأس ولا حاجة أو سبب شرعي يدعو إلى ذلك. وقد دلت على هذه الحرمة الأدلة الآتية:

أ/ قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾، والخلع دونما بأس تعدد لتلك الحدود.

ب/ قوله ﷺ: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس، فحرام عليها رائحة الجنة."  
أخرجه: أبو داود، ابن ماجه، البيهقي و أحمد:

سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الخلع، 463/2 - سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة، 518/2 - السنن الكبرى، كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسائلها طلاق زوجها، 317/7 - مسند الإمام أحمد، 277/5.

ج/ قوله ﷺ: "أيما امرأة اختلعت من زوجها بغير بأس، لم ترح رائحة الجنة."  
سنن الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في المختلعات، 366/4.  
وقوله ﷺ: "المختلعات هن المنافقات."

سنن الترمذي، كتاب الطلاق، باب ما جاء في المختلعات، 366/4 - قال: هذا حديث غريب من هذا الوجه، وليس إسناده بالقوي.

قال ابن قدامة: "وهذا يدل على تحريم المخالعة لغير حاجة، ولأنه إضرار بها وبزوجها، وإزالة لمصالح التكااح من غير حاجة فحرم... - المغني، 174/8.

<sup>1</sup> الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة، عبد الله العسيلي، ص 266.

<sup>2</sup> قال البهوتي: "وإن خالعت المرأة مع استقامة الحال، كره ذلك... ولأنه عبث فيكون مكروها." - كشف القناع، 126/3.

<sup>3</sup> المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، عبد الكريم زيدان، 125/8.

<sup>4</sup> حكمة التشريع و فلسفته، علي أحمد الجرجاوي، 53/2.

عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: أحكام الخلع

إنَّ للخلع أحكاماً كثيرة، لذا سأقصر الدراسة على ما أجد عرضه مهماً، وذلك مسaire لما ورد في التشريع الجزائري- قانونا وقضاء- قصد بيان موقف، واختيار المشرع من الأحكام الآتية: اشتراط موافقة الزوج، مقدار بدل الخلع، دور القضاء في الخلع، وانتهاء بيان تكييف فرقة انحلال العلاقة الزوجية بالخلع.

### أولاً- حكم اشتراط موافقة الزوج في الخلع

إنَّه، وانطلاقاً مما تقدّم بحثه في معرض بيان: تعريف الخلع، والحكمة منه. فقد اختلف الفقهاء حول مسألة: مدى اعتبار موافقة الزوج أروضاه في تحقّق المخالعة. بمعنى: هل الخلع تصرف تعاقدى يستلزم موافقة لزوج. أم أنه مُمكنة تقديرية تخضع لسلطة القاضي المطلقة، بغضّ النظر عن إرادة الزوجين المعيّنين بطلب المخالعة؟ أم أنّ الخلع حق إرادي انفرادي لجهة الزوجة، يمكنها من انهاء العلاقة الزوجية متى شاءت، من دون أن يتوقّف ذلك على موافقة الزوج، أو السلطة التقديرية للقاضي؟

أ- الموقف الفقهي: انقسم الفقهاء في المسألة، فكان أن تخرّج على ذلك قولان:

- القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. حيث قالوا بأنّ الخلع يندرج في زمرة التصرفات العقدية، فلا يكون للزوجة أن تستأثر بفكّ العلاقة الزوجية عن طريق المطالبة بالخلع. وإن حدث ذلك كان مفتقراً لإيجاب الزوج وموافقته. وعلى هذا، يكون دور القاضي منحصرًا في تثبيت وتقرير ما انصرفت إليه إرادة الزوجين. فإن اتفقا على المخالعة، حكم بها. وإن امتنع الزوج عن إيجاب<sup>2</sup> زوجته اعتبر القاضي الخلع باطلاً.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> اختلف الفقهاء في حكم إجابة الزوج لطلب زوجته إذا أرادت الخلع، فكلن أن تخرج على ذلك قولان: أ- الأول: وهو أنه لا يجب على الزوج إجابة طلب زوجته، وإنما يندب له ذلك. وهو ما ذهب إليه أكثر أهل العلم.

ب- الثاني: وهو وجوب إجابة الزوج لطلب زوجته. وهو ما ذهب إليه ابن تيمية والشوكاني رحمهما الله. ينظر: الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 3/138- فتح الباري، ابن حجر العسقلاني، 11/319- كشاف القناع، البهوتي 5/246- الفروع، ابن مفلح، 5/343- نيل الأوطار، الشوكاني، 6/265.

ولعلّ أظهر قول في عند أصحاب هذا التوجّه، ما ذكره ابن حزم رحمه الله في اشتراط رضا الزوج في الخلع متى بادرت الزوجة بطلبه، حيث قال: "الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت ألاّ توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها، فلها أن تفتدي منه ويطلقها إن رضي هو." <sup>1</sup> ومثله، قول أبو زهرة، بأن الخلع: "عقد؛ ينعقد بالإيجاب والقبول." <sup>2</sup>

– **القول الثاني:** وهو اعتبار الخلع مكنة خالصة للزوجة، فلها أن تخلع نفسها من زوجها من غير توقّف أثر ذلك على موافقته، و لا لنظر وسلطة القاضي في الحكم بفك العلاقة الزوجية بإرادة الزوجة الانفرادية؛ من حيث مبدأ الخلع. ذلك أن الخلع في حقيقته، إنّما شرع لمصلحة الزوجة باعتباره مكنة لها في مقابلة ما للزوج من مكنة الطلاق.

ولعلّ أظهر قول عند أصحاب هذا التوجّه، ما ذكره ابن رشد رحمه الله في معرض بيان حكمة تشريع الخلع وحقيقته: "والفقه أنّ الفداء- أي الخلع- إنّما جعل للمرأة في مقابلة ما للرجل من طلاق. فإنّه، لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل." <sup>3</sup>

ب- **الموقف القانوني:** جاء في نص المادة 54 من القانون رقم: 09-05 لسنة 2005م، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم للقانون رقم: 11-84 لسنة 1984م<sup>4</sup>، أنّه: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخلع نفسها بمقابل مالي."

<sup>1</sup> الخلي، 509/9.

<sup>2</sup> الأحوال الشخصية، ص 352.

<sup>3</sup> بداية المتهنّد، 89/2.

<sup>4</sup> لم يكن موقف المشرع الجزائري في ظلّ القانون رقم: 11-84 حول مدى اعتبار رضا الزوج في الخلع من عدمه واضحا. حيث كان نص الماد 54 يقضي بأنّه: "يجوز للزوجة أن تخلع نفسها من زوجها على مال يتمّ الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت الحكم". فلم يبيّن النص إذا ما كان الاتفاق بين الزوجين منصبّا على مبدأ الخلع ذاته، أم على بدله؟ الأمر الذي أدّى بدوره إلى الاختلاف في فهم موقف المشرع من قبل شراح قانون الأسرة، وكذا الاختلاف في تطبيقات هذا النص من قبل القضاة والمستشارين في قضاء الأحوال الشخصية في الجزائر، بل أنّ قضاة المحكمة العليا انقسموا بشأن هذه المسألة إلى اتجاهين:

أ- **الاتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:** وقد وجد تطبيقه في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا أهمّها:

\* القرار الصادر بتاريخ: 1988/12/21م، ملف رقم 51728، والذي جاء فيه: "من المقرر فقهاً و قضاءً أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي وأنّه ليس للقاضي سلطة مخالعة الزوجين دون رضا الزوج. و من ثمة فإنّ القضاء فيما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الفقه. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المطعون ضدها طلبت التطبيق و

لما لم يكن لها سبب فيه أظهرت استعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبول من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد خرقاً للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع. و متى كان كذلك استوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالته."

- ينظر: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 03، سنة 1990م، ص 32.

\* القرار الصادر بتاريخ: 03-04-1991م، ملف رقم: 73885، والذي جاء فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنه يشترط لصحة الخلع قبوله من طرف الزوج، ولا يجوز فرضه عليه من طرف القاضي. و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الخلع وخطأً في تطبيق القانون".

- ينظر: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1993م، ص 55.

**ب- الاتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:** وقد وجد تطبيقه كذلك في عدة قرارات للمحكمة العليا أهمها:

\* القرار الصادر بتاريخ: 1992/07/21م، ملف رقم: 83603، والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صدق المثل وقت الحكم.

إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرف على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صدق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز

والتعسف الممنوعين شرعاً. وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون و متى كان كذلك رفض الطعن."

- ينظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 134.

\* القرار الصادر بتاريخ: 1999/03/16م، ملف رقم 216239، والذي جاء فيه: "الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه. ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن."

- ينظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 138.

وأمام هذا الاختلاف في فهم، وتطبيق نص المادة المذكورة، جاء التعديل الذي برره المشرع في معرض بيان أسباب تعديل المادة بأنه: "يهدف التعديل المدخل على هذه المادة إلى توضيح أحكام الخلع، عن طريق تكريس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في هذا المجال المستقرّ عليه منذ 1997م، وتأكيد حق المرأة في خلع نفسها من زوجها دون حاجة إلى قبول الزوج. إلا أنّ الزوج يمكنه منازعة مقابل التعويض، ويرجع في هذه الحالة للقاضي بحكم

بما لا يتجاوز قيمة صدق المثل عند صدور الحكم". ينظر: موقع المجلس الشعبي الوطني: WWW.ANP.DZ

فمن خلال استقراء هذا النص التشريعي، نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري لا يشترط لتحقيق معنى الخلع ولا لترتيب آثاره: رضا أو موافقة الزوج. فيحكم القاضي بالفرقة بين الزوجين متى توافرت العناصر الآتية:

أ- قيام العلاقة الزوجية، حقيقة أو حكما.

ب- أن يكون بلفظ الخلع أو ما في معناه.

ج- أن يكون الخلع بمقابل ماليّ تدفعه الزوجة لزوجها.

وعليه، فقد أجاز المشرع- موافقا بهذا الاختيار القول الفقهي الثاني في المسألة- مخالعة الزوجة لزوجها، دونما توقّف إرادة الزوجة في اختيارها للخلع على إرادة أو موافقة الزوج. وبهذا، يكون الخلع في التشريع الجزائري من حيث النّظر في مدى اعتبار رضا الزوج: صورة من صور فك الرابطة الزوجية بإرادة منفردة للزوجة، دون توقّف على موافقة الزوج، ولا خضوع للسلطة التقديرية للقاضي حول مبدأ المخالعة.

#### ثانيا- مقدار بدل الخلع

أ- **الموقف الفقهي:** اختلف الفقهاء في مقدار البدل الذي تؤديه الزوجة لزوجها مقابل خلعه منها، فكان أن تخرّج على ذلك قولان:

- **القول الأول:** جواز كون بدل الخلع قليلا أو كثيرا؛ فيجوز أن يزيد أو يقل أو يساوي قيمة الصداق الذي قدّمه الزوج لزوجته. وهو قول جمهور الفقهاء من: حنفية<sup>1</sup>، مالكية<sup>2</sup>، شافعية<sup>3</sup>، وحنابلة<sup>4</sup>، وظاهرية<sup>5</sup>، وإباضية<sup>6</sup>، وجعفرية<sup>7</sup>. وهو القول المرويّ عن: عمر وعثمان وابن عباس وابن عمر ومجاهد وعكرمة وقبيصة والنخعي<sup>8</sup>.

وقد استدل أصحاب هذا القول لصحّة ما ذهبوا إليه بما يأتي:

<sup>1</sup> البحر الرائق، ابن نجيم، 83/4.

<sup>2</sup> بداية المجتهد، ابن رشد، 88/2.

<sup>3</sup> الأم، الشافعي، 290/5.

<sup>4</sup> كشف القناع، البهوتي، 246/5.

<sup>5</sup> المحلى، ابن حزم، 511/9.

<sup>6</sup> شرح النيل، أطفيش، 487/3.

<sup>7</sup> الروضة البهية، العاملي، 87/6.

<sup>8</sup> المغني، ابن قدامة، 175/8.



- من القرآن الكريم

1- قوله ﷺ: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: فنص الآية الكريمة عامٌ في جواز أخذ الزوج لكل ما تقدمه الزوجة فداء- أي مخالعة- لزوجها؛ قليلا كان أم كثيرا زائدا عن الصداق<sup>2</sup>.

2- قوله ﷺ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: إن الآية الكريمة أباحت للزوج أخذ المال من زوجته في الأحوال العادية، فكان تبعا لذلك مباحا في حالة الاختلاف والتنازع من باب الأولى<sup>4</sup>.

- من السنة النبوية

1- ما روي عن ابن عباس رضيهما عن أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام. قال رسول الله ﷺ: "أتردّين عليه حديقته؟". قالت: نعم...<sup>5</sup>

وجه الاستدلال: فالحديث الشريف دلّ على جواز الخلع بالمهر- وهو هنا الحديقة- وليس فيه منع الزيادة ولا النقصان<sup>6</sup>، فجاز بكل ما تراضيا عليه وإن زاد عن مقدار المهر، لإطلاق الحديث النبويّ في ذلك.

2- ما روي عن أبي سعيد الخدري رضيهما أنه قال: "كانت أختي تحت رجل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله ﷺ فقال لها: "أتردّين حديقته عليه؟". قالت: وأزيده. فخلعها فردّت عليه حديقته وزادته.<sup>7</sup>

وجه الاستدلال: فقد دلّ الحديث الشريف على أن ما زاد عن الصداق في الخلع جائز، ولو لم يكن كذلك لما أمضاه النبي ﷺ<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> المعونة، القاضي عبد الوهاب، 870/2.

<sup>3</sup> سورة النساء: الآية 04.

<sup>4</sup> الحاوي الكبير، الماوردي، 04/10.

<sup>5</sup> تقدّم تخريجه.

<sup>6</sup> الحاوي الكبير، الماوردي، 04/10.

<sup>7</sup> السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما يكره للمرأة من مسائلها طلاق زوجها، 317/7.

<sup>8</sup> نيل الأوطار، الشوكاني، 251/6.

- من الأثر:

ما روي أن الربيع بنت معوذ بن عفراء قالت: " كان لي زوج يقلّ الخير عليّ إذا حضر ويحرمني إذا غاب، قالت: فكانت متي زلة ذات يوم فقلت له: أحتلع منك بكلّ شيء أملكه؟ فقال: نعم.

قلت: ففعلت، فخاصم عمّي معوذ بن عفراء إلى عثمان، فأجاز الخلع. قالت: وأمره أن يأخذ ما دون عقاص<sup>1</sup> الرأس<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال: إن الأثر المروي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه صريح في جواز الخلع بكلّ ما تملكه الزوجة وإن زاد عن صداقها ما رضيت ذلك.

- القول الثاني: عدم جواز أخذ الزوج أكثر ممّا أعطى لزوجته من صداق، فإن خالعتها على أن يأخذ أكثر ممّا أعطها وقع الخلع بقدر ما أعطها وبطل فيما زاد على ذلك. وهو قول<sup>3</sup> عطاء والأوزاعي وطاوس والزهري والشعبي والحسن البصري وأبو بكر الحنبلي والشوكاني. واستدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

- من القرآن الكريم:

1- قوله عز وجل: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال: بيّنت الآية الكريمة جواز الخلع وحلّ أخذ الزوج للبدل من الزوجة على أن ذلك مقيد بأخذ ما أعطها إياه صداقا كما أشارت الآية في أولها؛ وكأنّ الآية قيّدت إعطاء بدل الخلع بقدر الإعطاء صداقا فتكره الزيادة عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عقاص: جمع عقيسة، وهي الضفيرة، أو ما ربط به الشعر. وعقص الشعر: ضفره وليّه على الرأس.

ينظر: مختار الصحاح، الرازي، ص 236.

<sup>2</sup> المصنف، عبد الرزاق، 504/6.

<sup>3</sup> ينظر: الإشراف على مسائل أهل العلم، ابن المنذر، 195/2 - المغني، ابن قدامة، 175/8 - المحلى، ابن حزم،

519/9 - نيل الأوطار، الشوكاني، 251/6 - أحكام الخلع في الإسلام، تقي الدين الهلالي، ص 59.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>5</sup> ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 196/4 - مطالب أولي النهى، الرحيباني، 299/5.

## – من السنّة النبويّة:

ما رواه ابن عباس من أنّ جميلة بنت سلول أتت النبيّ ﷺ فقالت: يا رسول الله، والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق، ولكنّي أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا. فقال لها رسول الله ﷺ: "أتردّين عليه حديقته؟" قالت: نعم. فأمره رسول الله ﷺ أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: فالحديث الشريف دلّ على جواز الخلع في حدود مقدار المهر الذي أعطاه الزوج لزوجته دون أن يتجاوز البدل في المخالعة هذا القدر، ذلك أنّ الزيادة على قدر المهر ممنوعة، لأنّ المستحق هو ما بذله الزوج من مهر، و"الأولى أن لا يزداد"<sup>2</sup>. ومن هنا، كان نهي النبيّ ﷺ الزوج المخالع عن أخذ الزيادة على المهر، ولو كان الأخذ جائزا لما أمره بالاقْتِصَار على ما أعطاه.

**الترجيح:** إنّ الناظر في الأدلة التي أسّس عليها أصحاب القولين ما ذهبوا إليه، يخلص إلى أنّ القول الأول هو الأولى بالاعتبار، وذلك لما يأتي<sup>3</sup>:

- 1- قوة الأدلة التي تجيز أخذ الزيادة عن المهر وصحة الاستدلال بها.
- 2- ضعف أدلة القائلين بعدم الجواز، وعدم صحة استدلالهم بها.
- 3- إنّ أساس التعامل في المعاضات: التراضي وقد تحقّق في الخلع.
- 4- إنّ المسألة أخذت شكل الإجماع ولم يعد يعرف لها من يخالف.
- 5- تحدث آيات القرآن الكريم على ترك المشاحة بين الزوجين وتجنب نسيان الفضل بينهما، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾<sup>4</sup>، وعلى إمساك الرجل زوجته بالمعروف عند الرغبة بدوام الحياة الزوجية، فإذا أراد الفرق فعليه أن يفارق بإحسان؛ قال تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سنن ابن ماجه، كتاب الطلاق، باب المختلة تأخذ ما أعطاه، 663/1.

والحديث صحيح: صحيح سنن ابن ماجه، الألباني 350/1.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 196/4.

<sup>3</sup> ينظر: الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، تيسير رجب التميمي، ص 394- أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية عامر الزبياري، ص 173- الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، عبد القادر عبد السلام، مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد 12، سنة 2008م، ص 582.

<sup>4</sup> سورة البقرة: الآية 237.

<sup>5</sup> سورة البقرة: الآية 229.

لكن، و مع القول بجواز أخذ الزوج لبدل الخلع، و إن كان بمقدار يزيد عن قدر الصداق فإنه: "يستحسن أن يقدر ذلك بعض أهل الحلّ والعقد... أو من يهّمه أمرهما. حتّى لا يكون هناك أيّ مدخل للتّعسف."<sup>1</sup>

#### ب- الموقف القانوني:

إنّه، وبالرجوع إلى نص المادة 2/54 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها: "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم." نجد أنّ المشرع أورد في شأن تقدير قيمة بدل الخلع: أصل واستثناء.

\* فجعل الأصل في تقدير قيمة بدل الخلع: اتفاق الزوجين. وعليه، يمكن أن يكون البديل: أقل أو يساوي أو يزيد عن مقدار الصداق الذي استحقتّه الزوجة. وهو بهذا الاختيار يكون قد وافق ما قال به جمهور الفقهاء على النحو المتقدّم البيان.

\* بينما جعل الاستثناء في تقدير قيمة بدل الخلع: في حالة عدم اتفاق الزوجين؛ فإذا لم يحصل اتفاقهما على المقدار المالي المقابل للخلع، فإنه يجب على القاضي حينها أن يتدخل لحسم الخلاف القائم بين الزوجين حول المبلغ المطلوب آداؤه، فيحكم بالطلاق خلعاً مقابل مال لا تتجاوز قيمته قيمة الصداق الذي يقدم عادة لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق على أساس الخلع حسب أعراف كل منطقة<sup>2</sup>. موافقاً بذلك ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، والقاضي بـ: عدم جواز أخذ ما زاد عن قيمة الصداق الذي أعطاه الزوج لزوجته.

وقد كرّس القضاء جزائري سلطة القاضي في تقدير قيمة بدل الخلع، في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، ومنها: القرار الصادر بتاريخ: 22-04-1985م (الملف رقم: 36709) والذي جاء فيه: "من المتفق عليه فقهاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف على مقداره فإنّ أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع، باعتبار أنّ ذلك يعتبر اتفاقاً على مبدأ الطلاق بخلع، ومن ثمّ يتعين على القاضي تقدير قيمة الخلع ثمّ الحكم بالطلاق.

وتأكيداً لهذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي يقضي برجوع الزوجة لمحلّ الزوجية إذا طلبت الطلاق بخلع على مقدار صداقها واشترط الزوج مبلغاً قدره خمسون (50) ألف دينار جزائري، رغم انصراف إرادة الطرفين إلى الطلاق بخلع وطلبهما له معاً.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> ينظر: أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، عامر الزبياري، ص 173.

<sup>2</sup> التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، نورة منصوري، ص 141.

<sup>3</sup> غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1989م، ص 92.

إلاّ أنّه، وإن كان لا بدّ في الخلع من بدل، سواء أكان تقديره راجع إلى اتفاق الزوجين، أو إلى سلطة القاضي الذي يفرض قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم بالخلع. فإنّ: "... التسليم بهذا قد يضرّ بالزوج. فمن جهة نجد الزوجة هي التي طلبت الخلع، ومن جهة لا تدفع إلاّ قيمة صداق المثل. فماذا لو تبين بأنّ الصداق الذي دفعه الزوج يفوق صداق المثل بأضعاف كثيرة؟ وهنا يتضرر الزوج لمجرد أنّهما لم يتّفقا على المبلغ. وربّما لم يبالغ الزوج فيه وإتّما طالب برّد ما دفعه لها. وهذا ما قضت به السّنة النّبويّة.

كما أنّ هذا المسلك التشريعي، قد يؤدّي بالزوجة إلى أن تتعمّد عدم الموافقة، لأنّها ترى بأنّ دفع قيمة صداق المثل بحكم القاضي خير لها من أن تردّ الصداق إذا كانت قيمته تتجاوز بكثير صداق المثل.

وعليه، يكون النص محل الدراسة- أي المادة 2/54 من قانون الأسرة الجزائري- بهذه الصورة يفتح باب التحايل، بأن تطلب المرأة مهرا كبيرا إذا رأت بأنّ الزوج ثري. وقد تكون تزوّجته لاعتبارات مالية، ثمّ تلجأ إلى المخالعة للتخلّص من الزوج. فإذا طلب منها إرجاع الصداق أوقيمته لا توافق، وإتّما تعرض مبلغا أقل.

وبالمقابل، قد يستغلّ الزوج أيضا هذا الوضع، فيطلب مبلغا مقابلا ماليا لا تقوى عليه الزوجة<sup>1</sup>. وهنا تنتقل المسألة للقاضي للفصل فيها فلا يجد أمامه سوى تطبيق النص، وهو أن يفرض عليها صداق المثل وقت الحكم.

ومن باب سدّ الذرائع، تمّينا لو أنّ المشرع يأخذ في الحسبان هذه المسائل. فقد يتضرر الزوج لمجرد عدم اتّفاقه مع زوجته على المقابل. فعلى الأقلّ إذا خسرت الزوجة، لا يخسر الصداق الذي دفعه.

---

<sup>1</sup> ينظر: القرار الصادر بتاريخ: 21-07-1992م، ملف رقم: 83603، والذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أنّه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتّفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم.

إنّ المادة المذكورة من قانون الأسرة تسمح للزوجة بمخالعة نفسها من زوجها على مال دون تحديد نوعه كما يتفق الطرفان على نوع المال وقدره وفي حالة عدم اتّفاهما يتدخل القاضي لتحديد على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. " - ينظر: الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م، ص 134.

وعليه، يمكن للمشرع إضافة فقرة للنص في الأخير على النحو الآتي: "إذا تبين بأن قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم تقل عن قيمة الصداق الذي دفعه الزوج قضى القاضي باستكمال الفرق بينهما..."<sup>1</sup>

ولا يمكن أن يقال بأن هذا إجحاف في حق الزوجة، بل، هو سعي لإيجاد التوازن بين مصلحة كل من الزوجين. لاسيما وأن تعديل المادة 54 لم يشتمل فقط على تغييب وإهمال إرادة الزوج في مسألة الخلع. وإنما أقرّ تغييبها وإهمالها أيضا في مسألة مقابل الخلع.<sup>2</sup>

### ثالثا- دور القاضي في الخلع

إنه و بعد معرفة أدلة مشروعية الخلع وغايته، فإن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه المرحلة هو مركز أو دور القاضي في مسألة الخلع؟ بمعنى: هل يشترط في الخلع حضور القاضي أم أنه يجوز من دونه؟

أ- الموقف الفقهي: اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

- المذهب الأول: يجوز الخلع بغير القاضي، وهو قول عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان من الصحابة رضي الله عنهم. وهو قول شريح والزهري.<sup>3</sup>  
وبه قال أبو حنيفة<sup>4</sup> ومالك<sup>5</sup> والشافعي<sup>6</sup> وأحمد<sup>7</sup> وإسحاق بن راهويه وابن المنذر<sup>8</sup> وابن حزم<sup>9</sup>.  
واستدلوا لقولهم بما يأتي:

1- قوله ﷺ: «وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الرشيد بن شويخ، ص 211، 212.

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 130.

<sup>3</sup> المحلي، ابن حزم، 513/9.

<sup>4</sup> ينظر: الإشراف على مسائل أهل العلم، ابن المنذر، 202/1 - المغني، ابن قدامة، 175/8.

<sup>5</sup> ينظر: شرح فتح القدير، ابن الهمام، 193/4 - المبسوط، السرخسي، 183/2.

<sup>6</sup> حاشية الدسوقي، الدسوقي، 3/ 216، 218 - حاشية الخرخشي على مختصر خليل، الخرخشي، 4/418، 417.

<sup>7</sup> المهذب، الشيرازي، 101/2.

<sup>8</sup> المغني، ابن قدامة، 175/8.

<sup>9</sup> الإشراف على مسائل أهل العلم، ابن المنذر، 202/1.



وجه الاستدلال: المراد من الآية إذن ولي الأمر بتمكين الزوجين من الخلع ، إذا خيف عليهما عدم قيامهما بواجبهما إذا ترافعا إليه، ولا يعني أنه لا بدّ من الترافع إليه<sup>2</sup>.

2- جاءت الربيع بنت معوذ بن عفراء هي وعمّها إلى عبد الله بن عمر، فأخبرته أنّها احتلعت من زوجها في زمان عثمان رضي الله عنه، فبلغ ذلك عثمان بن عفان رضي الله عنه فلم ينكره، وقال عبد الله بن عمر رضي الله عنه: "عدّتها عدّة المطلقة"<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: أن الخلع وقع دون علم عثمان بن عفان رضي الله عنه به، فلمّا أتته أقره. ولو كان مفتقرا إلى إذن القاضي لأنكره عثمان وابن عمر رضي الله عنهما<sup>4</sup>.

3- واستدلوا عقلا بأنّ الخلع عقد معاوضة، يعتمد على التراضي كسائر العقود، فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح. فللزواج ولاية إيقاع الطلاق، وللزوجة ولاية التزام العوض<sup>5</sup>.

4- واستدلوا بقياس الخلع على الطلاق، حيث يوقعه الزوج دون حاجة إلى حاكم<sup>6</sup>.

- المذهب الثاني: لا يجوز الخلع إلاّ أمام القاضي بعد بعث الحكّمين وفشلهما في الإصلاح. وهو قول الحسن وابن سرين وسعيد بن جبير<sup>7</sup>. واستدلوا لصحة قولهم بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾<sup>8</sup>.

وجه الاستدلال: جعلت الآية الكريمة الخوف لغير الزوجين وهم الولاية، ولو كان لهما لقال: فإن خافا. ويقوي ذلك قراءة حمزة<sup>9</sup>: ﴿إِلَّا أَنْ يَخَافَا﴾ بضم أوله على البناء للمجهول<sup>10</sup>.

2- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> المحلى، ابن حزم، 502/9.

<sup>3</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 193/4.

<sup>4</sup> موطأ الإمام مالك، مالك بن أنس، باب طلاق المختلعة ، 451/2.

<sup>5</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 193/4.

<sup>6</sup> المبسوط، السرخسي، 183/2 - المهذب، الشيرازي، 105/3.

<sup>7</sup> فتح الباري، ابن حجر، 491/9.

<sup>8</sup> سورة النساء : الآية 35.

<sup>9</sup> المحلى، ابن حزم، 497/9.

<sup>10</sup> فتح الباري، ابن حجر، 491/9.

وجه الاستدلال: منطوق الآية الكريمة ينص على أنّ الخلع مشروط بخوف الأئمة والحكام، إذ هم المخاطبون بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ﴾، وهو فرع الترافع إليهم<sup>2</sup>.

والذي أراه أن وقوع الخلع لا يفتقر إلى حضور القاضي، وذلك لما يأتي:

1- الاستدلال بقراءة حمزة لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ - بالضم - استدلال مردود. لأنّه؛ لا يساعد الإعراب ولا اللفظ ولا المعنى، وهو شاذ مخالف لما عليه الجمع الغفير<sup>3</sup>.

2- قول الحسن البصري بشرط الخلع أمام السلطان مأخوذ عن زياد عندما كلان أميراً على العراق لمعاوية، وقال ابن حجر: "وزياد ليس أهلاً أن يقتدى به."<sup>4</sup>

3- عدم صحّة الآثار المروية عن الحسن البصري وابن سيرين وسعيد بن جبير<sup>5</sup>.

4- قوة الأدلة على وقوع الخلع دون حضور السلطان وصحتها، وإجازة المخالعات التي وقعت في عهد الصحابة في غير مجلس السلطان، ولو كان وقوعها في مجلس القاضي واجبا لأنكر ذلك عثمان وابن عمر رضي الله عنهم<sup>6</sup>.

5- صحّة قياس الخلع على الطلاق في وقوعه بغير حضور القاضي<sup>7</sup>.

6- الخلع عقد التزام تستطيع المرأة إبرامه دون حاجة لحضور السلطان أو القاضي<sup>8</sup>.

ب- الموقف القانوني:

1- في التشريع الجزائري

إنّ الناظر في نصوص المواد: 49، 54 قانون الأسرة الجزائري، والمواد: 439-445 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بأحكام وإجراءات الصلح، يتبيّن له اختيار المشرع الجزائري للموقف الفقهي الذي قال به أصحاب المذهب الثاني، والقاضي بأنّه: لا يجوز الخلع إلاّ أمام القاضي. لكن، من غير اشتراط إرسال الحكّمين في الخلع، ذلك أنّ تعيينهما مرتبط بحالة

<sup>1</sup> سورة البقرة: الآية 229.

<sup>2</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 193/4.

<sup>3</sup> شرح فتح القدير، ابن الهمام، 193/4.

<sup>4</sup> المصدر نفسه.

<sup>5</sup> ينظر: المبسوط، السرخسي، 183/2 - فتح الباري، ابن حجر، 491/9.

<sup>6</sup> المهذب، الشيرازي، 106/3.

<sup>7</sup> فتح الباري، ابن حجر، 491/9.

<sup>8</sup> المحلى، ابن حزم، 504/9.

الشقاق بين الزوجين على النحو المفصل سابقا بشأن مسألة: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين، التي نظم أحكامها المشرع بموجب المواد: 8/53 من قانون الأسرة، والمواد: 439 إلى 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## 2- الخلع في التشريع المقارن

وعليه، وبعد بيان أهم أحكام الخلع في قانون الأسرة الجزائري على الرغم من حصرها في نص قانوني واحد- ومقارنتها بما ورد في الفقه الإسلامي- أودّ الإشارة إلى بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية المقارنة التي فصلت أحكام الخلع بطريقة- كان حريًا بالمشرع الوطني الاستفادة منها، وعدم اكتفائه بالإحالة إلى الفقه الإسلامي. بمختلف مذاهبه بموجب نص المادة: 222- نذكر منها:

### أولاً- القانون المصري:

المادة 18: "للقاضي في دعاوى الطلاق والتطليق ومنها الخلع أن لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولات الصلح بين الزوجين. وإن عجزت المحكمة عن ذلك وكان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن سنتين."

المادة 19: "على قاضي التطليق أو الخلع أن يقوم بنذب حكيمين من كلا الزوجين بتسميته حكماً من أهله بقدر الإمكان في الجلسة التالية على الأكثر، فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن الحضور بهذه الجلسة عيّنت المحكمة حكماً عنه. ويجب على الحكيمين المثول أمام المحكمة خلال الجلسة التالية لتعيينها ليقرّرا ما خلصا إليه معا، فإن تخلف أي منهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين. وللمحكمة أن تأخذ بأقوال الحكيمين أو أحدهما أو تحكم من خلال ما تستقيه من أوراق الدعوى."

المادة 20: "للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع، فإن لم يتراضيا عليه أقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت إليه الصداق الذي أعطاه لها وحكمت المحكمة بتطليقها.

ولا تحكم المحكمة بالتطليق للخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكيمين لموالاته مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض.

ولا يصح أن يكون مقابل هذا الخلع إسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أي حق من حقوقهم. ويقع بالخلع طلاق بائن، ويكون الحكم في جميع الأحوال غير قابل للطعن عليه بأي من طرق الطعن.<sup>1</sup>

وعليه، فقد تفرّد القانون المصري بالنص على حكم الحالة التي يرفض فيها الزوج مخالعة زوجته الكارهة مع إصرارها على طلب التفريق، حيث يتولى القاضي الحكم لها بالخلع مقابل رد ما بذل لها من مهر أو مال بهدف الزواج. وذلك بعد خطوات إجرائية محددة تضمن عدم التفريق بين الزوجين، إلا عندما يؤدي استمرارها إلى مفسد كثيرة وبالأخص على الأبناء. ويملك القاضي هذه الصلاحية بمقتضى السلطة التقديرية التي يتمتع بها، والتي تشمل التفريق بين الزوجين.

وبذلك يكون القانون المصري قد حقّق مصلحة عظيمة ودفع مفسدة كبيرة، فلا فائدة لتشريع الخلع وافتداء المرأة نفسها إذا ارتبط بصورة مطلقة بإرادة الزوج، وإلا أصبحت الحياة الأسرية قيّدا للزوجة المبغضة وبيت الزوجية سجننا لها.

ويسجّل للقانون موقفه الوسطي المعتدل بين تعسف الزوج في إمساكه زوجته ظلما وإضرارها بها وتحكما في حياتها وتعليقها لها. وبين تمادي الزوجة التي تنشط في طلبها الخلع ربّما لأتفه الأسباب أو لأسباب ونوايا خبيثة، دون مبالاة بمصير أسرتها وأبنائها. فقد مكّن الزوجة من الحصول على حكم الخلع بواسطة القاضي في حالة رفض الزوج مخالعتها. وتشدد في الوقت نفسه في الإجراءات التي تقتضي إجابتها إلى طلبها<sup>1</sup>.

#### ثانيا - القانون المغربي

المادة 115: "للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة 114 أعلاه."  
المادة 116: "تخالع الزوجة الراشدة عن نفسها والتي دون سن الرشد القانوني إذا حولت وقع الطلاق، و لا تلزم ببذل الخلع إلا بموافقة النائب الشرعي."  
المادة 117: "للزوجة استرجاع ما خالعت به، إذا أثبتت أنّ خلعتها كان نتيجة إكراه أو إضرار الزوج بها، و ينفذ الطلاق في جميع الأحوال."  
المادة 118: "كل ما صح الالتزام به شرعا، صح أن يكون بدلا في الخلع، دون تعسف و لا مغالاة."

<sup>1</sup> الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي، تيسير رجب التميمي، ص 396.

المادة 119: " لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأطفال أو بنفقتهم إذا كانت الأم معسرة. إذا أعسرت الأم بنفقة أطفالها، وجبت النفقة على أبيهم، دون المساس بحقه في الرجوع عليها."

المادة 120: " إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع، واحتلفا في المقابل، رفع الأمر إلى المحكمة لمحاولة الصلح بينهما، وإذا تعذر الصلح، حكمت المحكمة بنفاذ الخلع بعد تقدير مقابله، مراعية في ذلك مبلغ الصداق، وفترة الزواج، وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة. إذا أصرت الزوجة على طلب الخلع، ولم يستجب لها الزوج، يمكنها اللجوء إلى مسطرة الشقاق."

فقد تناولت هذه المواد - فيما يخص الطلاق بالخلع- الأحكام الأساسية التي تتعلق بهذا المسلك في فك الرابطة الزوجية، إذ بينت أبرز الأحكام الأساسية الآتية<sup>1</sup>:

\* إمكانية تراضي الزوجين على الخلع؛ فكان موقف المشرع المغربي موافقا لمذهب الجمهور في اشتراط موافقة الزوج على الخلع، لذا نظم أحكامه تحت قسم: الطلاق بالاتفاق أو بالخلع.  
\* ميز المشرع المغربي بين المرأة الرشيدة وغير الرشيدة من حيث الالتزام بدفع بدل الخلع. فقد جعله ملزما في حق الأولى دون الأخرى التي يبقى بذلها لمقابل الخلع موقوفا على موافقة النائب الشرعي عنها.

\* سنّ مقتضيات لحماية حقوق المرأة المخالعة لزوجها تحت إكراه أو نتيجة إضرار الزوج بها.  
\* تجلية وتوضيح الالتزامات التي يصح بها الخلع.

\* سن التدابير الرامية إلى صيانة حقوق الأطفال مما قد يلحقهم من ضرر نتيجة الخلع.  
\* سن إجراءات تبين ما يجب الحكم به في حالة اتفاق الزوجين على مبدأ الخلع واختلافهما حول مقابله، إذ يحق للمحكمة أن تحدده في هذه الحالة تلقائيا، وكذا بيان ما يمكن القيام به في حالة إصرار الزوجة على الخلع و رفضه بالمرّة من طرف الزوج، حيث إنه بإمكان الزوجة اللجوء في هذه الحالة الأخيرة إلى مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المادة 94 وما بعدها على النحو المتقدم أعلاه في مسألة التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين.

### ثالثا- القانون التونسي

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع التونسي لم ينص صراحة على الخلع سواء كان بالتراضي بين الزوجين- كما ذهب إليه المشرع المصري في الأصل في الخلع، والسوري، والمغربي- أو من خلال دعوى ترفعها الزوجة للقاضي تطلب فيها مخالعة زوجها- كما ذهب إليه المشرع المصري

<sup>1</sup> المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ص 145 .

في الاستثناء، والجزائري- إلا أنه قد يستنبط حكمه من خلال الفقرتين: 1 و3 من نص الفصل 31 من قانون الأحوال الشخصية، والتي جاء فيها: "يحكم بالطلاق:

1- بتراضي الزوجين

2- بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل له من ضرر

3- و بناء على رغبة الزوج إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به."

وعليه، قد يكون الخلع بناء على: تراضي الزوجين، و إما بناء على طلب الزوجة.

إلا أنه يبقى نص الفصل 31 مجملاً، يحتاج إلى تفصيل قصد بيان صور إنهاء العلاقة الزوجية في فصول أخرى.

### المبحث الثاني: النيابة العامة كطرف في دعاوى شؤون الأسرة

لم يقتصر مسلك المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة على جملة الأحكام الموضوعية لانحلال الرابطة الزوجية فحسب، بل، تجاوزه إلى جملة أحكام إجرائية جديدة، لاسيما ما تعلق بـ: تفعيل دور النيابة العامة في دعاوى الأحوال الشخصية عموماً، وانحلال العلاقة الزوجية تحديداً.

ذلك أن النيابة العامة هي الأمانة على المصالح في المجتمع، وهي الهيئة التي تعمل على الدفاع عن المصلحة العامة والتي تسهر على تطبيق القانون، وتتولّى رفع الدعاوى المرتبطة بالمصلحة العامة باسم المجتمع في الحدود التي وضعها القانون.

وقد جعلها المشرع الجزائري سلطة الادعاء العامة التي تقوم بوظيفة الاتهام للحفاظ على حسن تطبيق القوانين والدفاع عن المجتمع وحقوقه، باعتبارها ممثلة للدولة في التطبيق السليم والصارم للقانون.

إلا أن الوظائف القضائية للنيابة العامة لا تنحصر فقط في فروع القانون العام<sup>1</sup>، بل، هناك وظائف هامة أسندت إليها في المواد المدنية أو فروع القانون الخاص<sup>2</sup>. فحينما يتعلّق الأمر بما

<sup>1</sup> ذلك أنه وبالإضافة إلى الاختصاص الأساسي للنيابة العامة، وهو تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها وفقاً للمادة 01 من قانون الإجراءات الجزائية. فإنها واستناداً إلى نصوص هذا القانون:

\* الإشراف على وظائف الضبط القضائي، حسب المادة 12.

\* مراقبة الأعمال الخاصة بالضبط القضائي وكيفية التصرف فيها، وتنفيذ القرارات والأحكام القضائية، حسب المواد: 18، 1/36. بالإضافة إلى اختصاصات أخرى في المجال الجزائي.

\* كما تُمثّل أمام كل جهة قضائية، حسب المادة 29.

<sup>2</sup> ذلك أنه، ولما كان القانون العام يعنى بالروابط المتعلقة بالمصالح العامة للمجتمع؛ فإن فكرة النظام العام تكون حاضرة بقوة في المواد والقواعد القانونية الخاصة به. إلا هذا لا ينفي قيام وتواجد فكرة النظام العام في فروع القانون



يعرف بـ: بالنظام العام<sup>1</sup> فإنّ النيابة العامة تقوم حينها مقام حارسه هذا النظام<sup>2</sup>. كما أنّه، لا يقتصر دور النيابة العامة في السهر على التطبيق السليم للقانون فحسب، بل، تعمل أيضا على:

- حماية ناقصي أوقادي الأهلية القانونية، بالنظر إلى حالتهم العقلية أو بسبب سنّهم. هذا، ومّا لاشكّ فيه أنّ دور النيابة العامة في الدعاوى المدنية إنّما يزداد يوما بعد يوم، بحكم توسع دور الدولة الحديثة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي اتساع دائرة النظام العام في المجتمع، ممّا أدى إلى ازدياد دور النيابة العامة<sup>3</sup>.

- كما تمارس النيابة العامة مهامّ استثنائية في بعض القضايا المدنية على وجهين؛ إمّا كطرف منضم أو إضافي. بمعنى أنّها تتمثّل في الخصومة وتحضر المحاكمة لإبداء الرأي. وقد تكون طرفا أصليا. فقد أجاز قانون الإجراءات للنيابة العامة أن تتدخل في الدعاوى الخاصة بعديمي الأهلية

---

الخاص؛ لأنّ الكثير من المجالات والمسائل التي يتناولها القانون الخاص وإن تعلّقت بالمصالح الفردية، فإنّها تعود على المجتمع بمصالح عديدة وآثار خطيرة.

فروابط الأحوال الشخصية وإن صنّفت كفرع من فروع القانون الخاص، فإنّها تحكمها قواعد كثيرة مرتبطة بفكرة النظام العام؛ لأنّ هذا الفرع القانوني إنّما يحكم الأسرة التي هي اللبنة الأساس في بناء المجتمع، الذي يتوقّف استقراره على مدى قوّة وصلاحيات هذه اللبنة وثبات نظامها. ومن هذا المنطلق، كانت أغلب القواعد والأحكام الخاصة بنظام الأسرة متعلّقة بالنظام العام.

ينظر: أصول القانون، عبد المنعم فرج الصدة، ص79،80 - المدخل للقانون، حسن كيره، ص50 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، السنهوري، 400،401/1 - المدخل للدراسات القانونية، محمّد عبد الظاهر حسين، ص62 - المناهج الأصولية، فتحي الدريبي، ص197.

<sup>1</sup> أوّد الإشارة إلى أنّ فكرة النظام العام؛ تعتبر فكرة غير منضبطة يحكمها عنصر الزمان والمكان، فتتغير بتغيّرهما، ولذلك وجدنا أغلب التشريعات - ومنها الجزائري - تتحاشى وضع تعريف له. وأمام هذا الوضع لجأ القانونيون إلى محاولة إيجاد معايير يستند عليها في بيان مدلولها، لعلّ أبرزها: معيار المصلحة العامة.

فعرّف النظام العام بأنّه: "مجموعة من المصالح الأساسية للجماعة وكيانها... التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصوّر بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها." ينظر: المدخل للقانون، حسن كيره، ص47-48.

<sup>2</sup> القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي - مقال حول: دور مقاصد الشريعة - أحمد هندي، جامعة الإسكندرية، فيفري 2009م، ص06 - نقلا عن: قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص245.

<sup>3</sup> ولم يقتصر مدلول فكرة النظام العام على الدعوى العمومية فقط، بل، امتد نطاقه ليشمل الدعوى المدنية. وإنّ كان اتصالها بالدعوى المدنية لا يهدف إلى حماية بعض الحقوق الخاصة أو الدفاع على المصالح الفردية، بل أنّ النيابة العامة باعتبارها هيئة عمومية، فإنّها تعمل على حماية المصالح العامة وحماية الشرعية في المجتمع والعمل على تطبيق القانون تطبيقا سليما لتحقيق السير الحسن للعدالة. وهذا ما نصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، المؤرخ في: 25-02-2008م.

وناقصيتها والغائبين والمفقودين والدعاوى المتعلقة بالأوقاف الأهلية والهبات والوصايا، وكذلك الدعاوى التي ترى النيابة التدخل فيها لتعلقها بالنظام العام أو الآداب، وفي كل حالة ينص القانون على جواز تدخلها فيها<sup>1</sup>.

إلا أنه، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري، نجد أنه استحدث بموجب القانون رقم: 05-09 لسنة 2005م حكما جديدا تضمنته المادة 03 مكرر منه، والتي جاء فيها: "تعد النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".  
والحقيقة أن هذا النص التشريعي ومنذ صدوره، أثار جدلاً كبيراً في أوساط القانونيين، لاسيما في طريقة تطبيقه في الميدان القضائي، الأمر الذي حمل بعض القضاة - في ظلّ انعدام المذكرات الإيضاحية والنصوص التنظيمية للنص - على مطالبة الخصوم بتكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي، وذهب البعض إلى الحكم برفض الدعوى شكلاً لعدم تكليفها بالحضور...<sup>2</sup> وهو ما أدى برجال القانون إلى مطالبة وزارة العدل بمراجعة إجراء حضور النيابة في قضايا الأحوال الشخصية<sup>3</sup>؛ لما فيه من إهدار للوقت والمال، فهو مجرد حبر على ورق. وقد أثار هذا المسلك التشريعي صعوبات من الناحية الإجرائية والتنفيذية الناجمة عنه عند التطبيق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، أحمد نصر الجندي، ص 32.

<sup>2</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005م، ص 33.

<sup>3</sup> وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ المادة 3 مكرر تبقى هيكلاً بلا روح ولا موضوع ما لم يتم استحداث صلاحيات جديدة محدّدة في قانون الإجراءات الجزائية، والمنظومة التشريعية الوطنية برمتها، توضح مجال تدخل النيابة العامة في منازعات الأحوال الشخصية كطرف أصلي، بصفة واضحة وميسورة، لتفادي طول الإجراءات وتعقيدها على المتقاضين، وتحديد المجالات الحساسة لمفهوم النظام العام.

ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، بن داود عبد القادر، ص 60، 61 - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات...، العربي بلحاج، 37/1.

<sup>4</sup> حضور النيابة العامة في جلسات قضايا الأسرة إهدار للوقت والمال، وتعقيد للإجراءات. فدور النيابة العامة - ممثلة في وكيل الجمهورية - لا يعدو أن تُردّد في كلّ الجلسات، وفي كلّ قضية عبارة: "يرجى تطبيق القانون"، وهذا طبعاً على حساب وظيفتها الأساسية، في دائرة المواد الجنائية والإدارية وملاحقة الخارجين عن القانون.

ينظر: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - وفق آخر التعديلات...، العربي بلحاج، 1/ هامش الصفحة 38.

- جريدة الخبر، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 19-05-2008م، ص 06.

ففي ظل قانون الأسرة لسنة 1984م- وإلى غاية سنة 1991م- كان التنفيذ يتمّ من طرف عون التنفيذ، الذي يخضع في تأديته لمهامه لجهتي القضاء؛ رئيس المحكمة، ووكيل الجمهورية. وهو ما يعرف بـ: نظام قاضي التنفيذ<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ومؤدّى هذا النظام أن توجد في كلّ محكمة مصلحة خاصة بالتنفيذ يتولى تسيير التنفيذ فيها أعوان التنفيذ، وهم موظفون بقلم كتاب المحكمة تحت إشراف قاض مختص، يسمى قاضي التنفيذ كما يسمى أحيانا رئيس دائرة الإجراء. ويمتاز نظام قاضي التنفيذ بجملة من الإيجابيات، منها:  
أ- إجراء التنفيذ بمقتضاه، يخضع لإشراف ورقابة القضاء منذ البداية.  
ب- توحيد جهة التنفيذ.

ج- إمكانية الرجوع إلى القاضي - أي قاضي الاستعجال - بسهولة لتذليل عقبات التنفيذ.  
د- يميز لقاضي التنفيذ أن يستوضح المحكمة- أي قاضي الموضوع- المصدرة للحكم عمّا فيه من غموض أو عن طريق تنفيذه.

وامتد العمل بهذا النظام في الجزائر منذ صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 1966م، وإلى غاية صدور القانون رقم: 91-03 بتاريخ: 08-01-1991م، والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.  
فكان القائم بالتنفيذ خلال هذه المرحلة- هو كاتب الضبط وفق المادة 329 من قانون الإجراءات المدنية- يخضع في تأديته لمهامه لازدواجية جهة الإشراف: جهة الحكم فيما يتعلق بمنازعات التنفيذ وإشكالاته، ويتولى هذا العمل قاضي الاستعجال- أي رئيس المحكمة- حسب نص المادة 2/183 من قانون الإجراءات المدنية. وجهة النيابة العامة- أي وكيل الجمهورية- فيما يتعلق بتسخير القوة العمومية.  
وقد أعيب على هذا نظام الذي أخذ به المشرع الجزائري خلال هذه المرحلة، أنه:

أ- أسند مهمة التنفيذ لأشخاص غير مؤهلين للقيام بهذه المهمة، فليس لهم التكوين القانوني اللازم.  
ب- عدم توفر الإمكانيات المادية والبشرية اللازمة لممارسة أعوان التنفيذ لمهامهم، فقد كان طالب التنفيذ يتحمل مسؤولية توفير مختلف الوسائل المؤدية إلى تنفيذ الحكم، أو القرار، أو الأمر القضائي. ولعلّ هذا ما أدى إلى جعل طلبات التنفيذ تتراحم وتتراكم على المحاكم، لاسيما في ظل وجود مصلحة واحدة للتنفيذ على مستوى كلّ محكمة يديرها كاتب ضبط أو اثنين بغض النظر عن عدد الطلبات المقدمة إليها.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يتخلى عن هذا النظام ويستبدله بـ: نظام المحضرين القضائيين. بموجب القانون رقم: 91-03 بتاريخ: 08-01-1991م، والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي- الملغى بموجب القانون رقم: 03-06 المؤرخ في: 20-02-2006م، والذي أبقى على الطابع الحر للمهنة، التي أصبحت خاضعة لرقابة مزدوجة من هيئات المهنة من جهة، والنيابة العامة من جهة أخرى.

لمزيد فائدة حول نظامي التنفيذ، ينظر:

طرق التنفيذ، محمّد حسنين، ص 20، 25 - محاضرات في طرق التنفيذ، عبد الرحمن ملزي، ص 7، 10 - طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حمدي باشا عمر، ص 77 83 - أصول التنفيذ والحجز التنفيذي على المنقول والعقار وفقا لقانون 08-09، عبد الرزاق بوضياف، ص 14، 15.

فلم يكن بإمكان المتقاضين الحصول على النسخة التنفيذية<sup>1</sup> إلا بعد استصدار شهادتي عدم المعارضة وعدم الاستئناف. وهو الإجراء الذي قد يستغرق مدّة زمنية قد تتجاوز خمسة عشرة يوما يقضيها المتقاضون في انتظار تمكينهم من استصدار الصيغة التنفيذية<sup>2</sup>.

وعليه، وفي ظلّ هذه هذه المعوّقات أو الإشكالات التي يطرحها نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري حول طبيعة دور النيابة العامة في قضايا أو مسائل الأحوال الشخصية، سنسعى إلى إظهار الدور المنوط بالنيابة العامة في هذه المسائل، وذلك من خلال تجلية: مركز النيابة العامة في قضايا شؤون الأسرة أولا، وحقوق النيابة العامة في رفع الدعوى والآثار المترتبة عن عدم تبليغها ثانيا. وفيما يأتي بيان وتفصيل ذلك.

### المطلب الأول: مركز النيابة العامة في دعاوى شؤون الأسرة

إنّ الناظر في طريقة اتصال وممارسة النيابة العامة للدعوى المدنية- ومنها دعاوى شؤون الأسرة- يجد أنّها لا تخرج عن كونها أحد المسلكين، وذلك من خلال:

<sup>1</sup> النسخة التنفيذية، حسب نص المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09: "هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية.

توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وتحمل النسخة التنفيذية العبارة التالية "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية". وقد حدّدت المادة 1،2/609 من القانون نفسه شروط استصدار النسخة التنفيذية الخاصة بالأحكام والقرارات القضائية بقولها: "الأحكام والقرارات القضائية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا بعد انقضاء آجال المعارضة أو الاستئناف، وتقدم شهادة بذلك من أمانة ضبط الجهة القضائية المعنية، تتضمن تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار إلى المحكوم عليه، وتثبت عدم حصول معارضة أو استئناف.

في حالات الطعن بالنقض للموقف للتنفيذ تطلب شهادة عدم الطعن بالنقض".<sup>2</sup> تُعرف الصيغة التنفيذية بأنّها: "خطاب به أمر موجه من السلطة العامة إلى المحضر القضائي للقيام بعملية التنفيذ الجبري نيابة عنها وإلى ممثلي النيابة و ضباط القوات العمومية لمد يد المساعدة إلى المحضر أثناء قيامه بعملية التنفيذ متى طلب منهم ذلك".

ينظر: طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية حمدي باشا عمر، ص 174.

ونظرا لأهمية الصيغة التنفيذية فقد حدّدت المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مضمونها. ولمزيد فائدة وتحصيلها فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في مسائل الأحوال الشخصية، ينظر:- طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، عبد الرحمان بربارة.

- طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حمدي باشا عمر.

\* تدخلها كطرف أصلي مدعي أو مدعى عليه؛ كقضايا حالة الأشخاص المدنية وناقصي الأهلية، وهذا مانصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09.

\* أو تدخلها كطرف منضم؛ عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون، وهذا مانصت عليه المادة 259 من القانون نفسه.

وعليه، يطرح التساؤل حول طبيعة دور النيابة العامة المنصوص عليه في المادة المذكورة- 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري- فهل تعد طرفا أصليا في جميع قضايا الأسرة، كما يفهم من سياق النص، أم أن المشرع لم يقصد ذلك، وإثما أراد شيئا آخر مسيئا بذلك التعبير عما يريد من النيابة العامة أن تؤديه من دور أمام القضاء المدني؟<sup>1</sup>

### الفرع الأول: النيابة العامة كطرف أصلي

لقد استند المشرع الجزائري إلى عدة اعتبارات في إدخال النيابة العامة كطرف أصلي في جميع قضايا قانون الأسرة، كونها تدعى باسم الحق العام، وتقوم بحماية الصالح والنظام العام فهي حامية الحقوق والحريات عامة، وفي مسائل الأحوال الشخصية خاصة.

ومن أمثلة تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة: "تقديمها طلبات بطلان الزواج عندما يكون باطلا بطلانا مطلقا؛ إذا كان أحد الزوجين غير بالغ، وإذا كانت العلاقة الزوجية سرية، أو تم إبرام عقد الزواج عن طريق الإكراه والتهديد، أو تزوجت المرأة منفصلة عن زوجها السابق دون أن تنتهي عدتها<sup>2</sup>. ولها كذلك أن تصرح بوفاة الأشخاص المفقودين، وأن تطلب تعيين مقدمين لتسيير أموالهم، وفقا لنصي المادتين: 111- 114 من قانون الأسرة.

ومن وظائفها كذلك المحافظة على مصالح القصر وعديمي الأهلية، سواء أكانت مدعية أو مدعى عليها.

هذه بعض الحالات التي تتدخل فيها النيابة العامة عن طريق رفع الدعوى كطرف أصلي. وبصفتها هذه يحق لها أن تحضر في كل إجراءات القضية في التحقيقات، وكل الإجراءات تحرر باسمها. والهدف هو تطبيق القانون وحماية الصالح العام. وكذلك يجوز لها أن تحرك الدعوى العمومية بهذا الشأن إذا رأت أن الأمر يشكل جريمة من جرائم القانون العام.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة كمدعية فقد تهدف إلى؛ مجرد تقرير حق أو مركز قانوني أو انكاره مثل: طلب ثبوت رابطة زوجية أو بنوة، وقد يكون

<sup>1</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005م، ص 34.

<sup>2</sup> دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 03، السنة: 1991م، ص 276.

بإنشاء مركز قانوني كطلب التفريق بين الزوجين. وبما أنّ الخصومة ملك للخصوم، فإنّ النيابة أن تدعي باسم النظام العام وترد في نفس الوقت على إدعاءات الخصوم"<sup>1</sup>. جاء في نص المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّه: "تتدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام." والنيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في قضايا الأسرة يجب أن تتوفر فيها شروط قبول الدعوى حال ادعائها طبقا للمادة 13<sup>2</sup> من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، التي تشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة توافر شرطان شكليان أساسيان، هما: الصفة والمصلحة.

وكأصل عام فإنّ حقّ النيابة العامة قاصر على الدعوى العمومية، التي تستأثر بتحريكها ومباشرتها أمام القضاء الجزائي، أمّا مباشرة الدعوى المدنية أمام القضاء المدني فلا يكون إلاّ استثناء بشرط أن يوجد نص في القانون يمنحها هذا الحق. فإذا رفعت الدعوى أمام القضاء المدني دون وجود سند قانوني يمنحها هذا الحق، فلا تقبل الدعوى لانتهاء الصفة، ولو كان سبب رفع الدعوى هو المصلحة العامة<sup>3</sup>.

"إذن، قد يسمح القانون للنيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني كطرف أصلي أي كمدعية أو مدعى عليها، أي تقف موقف الدفاع، وهو أمر استثنائي، لا يعمل به إلاّ حيث ينص القانون صراحة على ذلك.

وعندما تعمل النيابة العامة كطرف أصلي، فهي تأخذ بذلك مركز الخصم في الخصومة المدنية، بحيث تتمتع بجميع حقوق الخصم، فلها توجيه سير الخصومة وإبداء الطلبات والدفع، وتقديم الأدلة، ولها الحق في الطعن في الحكم الصادر في الدعوى لغير مصلحتها"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص 248.

<sup>2</sup> تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 على أنّه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرّها القانون..."

ميّز المشرع الجزائري من خلال هذا النص بين الشروط الشكلية والموضوعية لقبول الدعوى بحيث أبقى على الشرطين الشكليين؛ الصفة والمصلحة. بينما أحال الأهلية باعتبارها شرطا موضوعيا إلى المادة 64 من القانون نفسه. وعليه فإنّه لم يسقط المشرع عنصر الأهلية من شروط رفع الدعوى القضائية كما توهم البعض، بل، أعاد تقسيم تلك الشروط فحسب إلى شكلية وموضوعية.

ينظر: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبد الرحمن بربارة، ص 33، 104 - قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، سائح سنقوقة، 45/1-47.

<sup>3</sup> دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مزيان محمد مقران، ص 15.

<sup>4</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005م، ص 36.



ذلك أنّ "الطرف الأصلي في الدعوى هو الطرف الذي يمكن أن يصدر الحكم له أو يصدر عليه. والنيابة العامة هنا لا يمكن الحكم لها ولا الحكم عليها. وحتى لو جاز القول أنّ النيابة طرف أصلي مُدخل في الخصام فإنّ إدخالها لا يكون إلّا إلى جانب المدعي أو إلى جانب المدعى عليه. وفي جميع الأحوال فإنّ الحكم الذي ستصدره المحكمة سيصيب نصيب منه المدخل في الخصام سلباً أو إيجاباً والنيابة هنا لا نصيب لها في نتيجة الحكم. وهذا ما يجعل المرء يتساءل: هل يتصور أنّ النيابة العامة وهي طرف أصلي يمكن الحكم لها أو عليها؟ وإذا لم يمكن الحكم لها أو عليها فهي لا تصلح لأن تكون طرفاً أصلياً... في الخصام"<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: النيابة العامة كطرف منضم

قد يسمح القانون للنيابة العامة أن تعمل أمام القضاء المدني، ليس كطرف أصلي وإتّما كطرف منضم<sup>2</sup>. فقد ترفع الدعوى القضائية من طرف أصحاب الشأن، فإذا انعقدت الخصومة القضائية بين طرفيها، وتدخلت النيابة العامة فيها، يقال حينئذ أنّ النيابة العامة تعمل كطرف منضم. ولا يقصد بذلك أن تنظم إلى أحد الطرفين، بل، يجب عليها أن تعمل دون أن تنحاز لأحدهما، لأنّ الهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون، وقد جرى الفقه على تسمية النيابة العامة عندما تعمل أمام القضاء المدني بهذه الوسيلة بالطرف المنضم.

إنّ النيابة العامة عندما تعمل بهذا الطريق، فهي تعمل من أجل احترام القانون و لا تنظم لأحد الخصوم، ولا تعتبر بتدخلها هذا طرفاً وإتّما هي ممثلة للمصلحة العامة في خصومة ناشئة بين طرفيها، وعلى هذا الأساس تتحدد سلطاتها وتنحصر في إبداء رأيها في القضية بما يحقق سلامة تطبيق القانون<sup>3</sup>.

ويكون تدخل النيابة العامة عندما تعمل كطرف منضم اختيارياً أو إجبارياً<sup>4</sup>.

**أولاً- تدخل النيابة العامة الاختياري:** يمكن للنيابة العامة أن تتدخل أمام القضاء المدني، وفي أي دعوى، وهذا الحق متروك لتقديرها هي، فتستطيع أن تتدخل في أي قضية، ويسمى هذا التدخل، بالتدخل الاختياري، على أن يكون ذلك إمّا بـ:

<sup>1</sup> قانون الأسرة في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 182-183.

<sup>2</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005م، ص 36.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 36-37.

<sup>4</sup> "وللتفرقة بين نوعي التدخل أهمية خاصة. ففي حالات التدخل الوجوبي، فإذا لم تتمكن النيابة العامة من الاطلاع على تلك القضايا، فإنّ الحكم الصادر في الدعوى يكون باطلاً، في حين إذا كان تدخلها اختيارياً فلا يترتب أي بطلان على عدم تدخلها." ينظر: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبد الرحمن بربارة، ص 195.

- بمبادرة من النيابة العامة متى قدرت أن تدخلها في القضية ضروريا.  
- أو بمبادرة من الجهة القضائية التي تبلغ النيابة العامة إن رأت ذلك أنسب.  
وهذا ما يستفاد من نص المادة 02،03/260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم:  
08-09 ، والتي جاء فيها بأنه: " ويجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى  
التي يرى تدخله فيها ضروريا.

يمكن أيضا للقاضي تلقائيا، أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى".  
وعليه، لا يجوز للجهة القضائية أن ترفض تدخل النيابة العامة في الدعوى متى بادرت بذلك،  
كون النيابة العامة هي التي تستقل بتقدير ما إذا كان تدخلها ضروريا أم لا.  
كما أنه قد يرى القاضي من تلقاء نفسه أنه من الضروري أن تتدخل النيابة العامة لإبداء  
رأيها في القضية، ولا يجب عليها أن ترفض، بل يجب عليها أن تبدي رأيها في القضية، ومن حقها  
أن تكتفي بالإشارة إلى أنها اطلعت دون إلزامها بإبداء رأي معين في القضية<sup>1</sup>.  
ثانيا- تدخل النيابة العامة الوجوبي:

يمكن للنيابة العامة أن تعمل كطرف منضم في الخصومة المدنية ويكون تدخلها وجوبيا  
بمقتضى القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 1/260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم:  
08-09.

والتي جاء فيها: " يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة (10) أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا  
الآتية:

- القضايا التي تكون الدولة أو إحدى الجماعات الإقليمية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة  
الإدارية طرفا فيها،
- تنازع الاختصاص بين القضاة،
- رد القضاة،
- الحالة المدنية،
- حماية ناقصي الأهلية،
- الطعن بالتزوير،
- الإفلاس والتسوية القضائية،
- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين."

<sup>1</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، المحكمة العليا، العدد: 02،  
السنة: 2005م، ص 37-38.

ومن هذا النص كانت قضايا الأحوال الشخصية تعتبر من القضايا المبلغة وجوبا، والنيابة العامة طرفاً منضماً، وتدخلها وجوبي في القضايا السالفة الذكر، وجوازي في غير ذلك من القضايا<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة

الواقع أنّ قانون الأسرة تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة، وأهمل القواعد الشكلية أو الإجرائية اللازمة لتطبيقه. ذلك أنّ هذا القانون، وباعتباره قانوناً خاصاً كان من الأفضل أن يتضمن قواعد إجرائية خاصة بتنظيم كيفية اللجوء إلى القضاء وكيفية التقاضي التي يجب مراعاتها، والتي تضمن للأطراف المتخاصمة حماية مصالحهم القانونية.

ولذلك كان لابد لنا بالرجوع إلى نصوص وقانون الإجراءات المدنية باعتباره الشريعة العامة للقواعد الإجرائية الواجبة الاتباع أمام القضاء<sup>2</sup>.

إنّ، وعلى ضوء ما سبق التطرق إليه في الفرعين المتقدمين و من خلال تحليل نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، يجدر بنا تقرير ما إذا كانت:

\* النيابة العامة تعمل في إطار أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة كطرف أصلي أم كطرف منضم؟ وما يترتب على ذلك من النتائج القانونية؟

\* و تبعاً لذلك، إذا توصلنا إلى القول إنّ النيابة العامة تعمل كطرف أصلي في جميع قضايا الأسرة، فإنّ هذا يجرنا إلى سؤال آخر، وهو أنّ إذا أصبحت النيابة العامة طرفاً أصلياً وبالتالي تأخذ مركز الخصم، فهي ضد من؟ فهل هي مثلاً خصم للزوج أو للزوجة أو خصم للزوجين؟<sup>3</sup> ومن ثمة فهل يجوز لها أن تصبح طرفاً في دعوى الطلاق أو التطلق للضرر أو عن طريق الخلع، أو دعوى إثبات النسب أو دعوى إبطال عقد الهبة أو الوصية، أو غيرها من الدعاوى الأخرى المتعلقة بقانون الأسرة؟

وإذا رفعت الزوجة دعوى التطلق للضرر، فهل يتم توجيه هذا الطلب لكل من الزوج والنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعوى أم أنّ تقدم الطلب باسمها وباسم النيابة العامة في مواجهة الزوج؟

<sup>1</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، عبد القادر بن داود، ص 59.

<sup>2</sup> قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات، أحمد شامي، هامش الصفحة 253، 252.

<sup>3</sup> وقد جرى العمل في بعض الجهات القضائية على قبول الدعوى التي ترفعها الزوجة على النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية، لإثبات عقد الزواج في حالة وفاة الزوج قبل تسجيل هذا العقد في الحالة المدنية. والصحيح خلاف ذلك. ينظر: قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات، أحمد شامي، هامش الصفحة 253.

فإن وقعت النيابة العامة في هذه الدعوى إلى جانب الزوجة ستصبح خصما في الدعوى بما يمس بدورها في المجتمع وتصبح محل شبهة، على اعتبار أنّها ممثلة المجتمع، وهي لا تتبنى في دفاعها سوى تحقيق المصلحة العامة في حين أنّ دعوى التطليق للضرر تهم مصلحة الزوجين فقط. وإذا فهمنا النص - على هذا النحو، باعتبار النيابة العامة طرفا أصليا - فيحق لها أن ترفع الدعوى أمام القضاء المدني، للمطالبة بالطلاق أو التطليق بالرغم من إرادة الطرفين. إنّ تفسير نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على هذا النحو، لا يستقيم مع طبيعة دور النيابة العامة في الخصومة المدنية، فبحكم هذا الدور لا تستطيع أن تنحاز لأحد الطرفين. إنّ النيابة العامة لا تستهدف تحقيق مصلحة أحد الأطراف، بل أنّ كلّ الدعاوى التي ترفعها النيابة العامة استنادا إلى نص خاص تهدف إلى حماية المصلحة العامة، كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي ترفعها للمطالبة بتوقيع الحجر على الشخص أو استصدار حكم يقضي بفقدان الشخص أو الدعوى التي ترفعها وترمى من خلالها إلى استصدار حكم يتمتع الشخص أو عدم تمتعه بالجنسية الجزائرية، فيتبين من هذه الدعاوى أنّ النيابة العامة لا تهدف إلا إلى تحقيق الصالح العام، في حين عندما يسمح لها في إطار أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة برفع الدعوى أمام القضاء المدني للمطالبة بالتطليق أو الطلاق، فهي لا تهدف من وراء ذلك إلا إلى تحقيق مصلحة أحد الطرفين<sup>1</sup>.

إنّ، وأمام هذا الإجمال الذي اتّسم به نص المادة محل الدراسة - 03 مكرر من قانون الأسرة - فقد انقسم القانونيون بشأن صفة تدخل النيابة العامة، فكان أن تخرّج تبعا لذلك رأيان<sup>2</sup>:

### الرأي الأول: تدخل النيابة العامة كطرف منضم

يرى أنصار هذا الرأي أنّ النيابة العامة تعمل كطرف منضم وليس كطرف أصلي. وفي هذا الصدد يقول عمر زودة مجملا طرح أنصار هذا الرأي: "لا يمكن التسليم بهذا الفهم لنص المادة

<sup>1</sup> ينظر: طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02 السنة: 2005م، ص 40-41.

- قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، عبد العزيز سعد، ص 184.

<sup>2</sup> ينظر: طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02 السنة: 2005م، ص 36.

- قانون الإجراءات المدنية، بوبشير محمد أمقران، ص 122 - 124.

- شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبد الرحمن بربارة، ص 194 - 195.

- دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص 13 وما بعدها.

وأنه لا يمكن للنيابة العامة أن تكون طرفاً أصلياً بصفة مطلقة في جميع القضايا المتعلقة بمنازعات الأسرة. بل، يمكن أن تكون كذلك - وعلى سبيل الاستثناء- في بعض القضايا المنصوص عليها بالمواد: 102-114-182 من قانون الأسرة<sup>1</sup>، وما عدا ذلك لا يمكن أن تكون طرفاً أصلياً في أي قضية أخرى، لأن ذلك يتناقض وطبيعة دورها في المجتمع.

وما يؤكد على دور النيابة العامة المنصوص عليه بالمادة 03 مكرر أنها تعمل كطرف منضم؛ أن المشرع لم يبلغ المواد: 102-114-182 من قانون الأسرة ولو قصد المشرع جعل النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع قضايا الأسرة لألغى باقي المواد الأخرى التي تسمح لها بأن تعمل كطرف أصلي أمام قاضي الأسرة واكتفى بنص المادة 3 مكرر<sup>2</sup>.

### الرأي الثاني: تدخل النيابة العامة كطرف أصلي

ويرى أنصار هذا الرأي أن النيابة العامة كان من حقها في ظل التشريع السابق- أي قانون الإجراءات المدنية- أن تتدخل في جميع قضايا الأسرة لإبداء رأيها أمام المحاكم، ولا يوجد ما يمنعها من ذلك، وبالتالي لم يقصد المشرع أن تتدخل كطرف منضم، بل، قصد من ذلك أن تتدخل كطرف أصلي كما تنص عليه صراحة المادة 03 مكرر من قانون الأسرة<sup>3</sup>.

**الترجيح:** الذي يظهر أولى بالاعتبار والتعويل، هو ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول، والقاضي بأن تدخل النيابة العامة في منازعات الأسرة كطرف منضم وليس كطرف أصلي. ذلك أنه إذا كانت النيابة العامة من حقها أن تتدخل في جميع القضايا أمام المحاكم كطرف منضم، ولكن تدخلها جوازياً، وأن ما استحدثه المشرع في هذا النص، هو أن جعل تدخلها أمام المحاكم في قضايا الأسرة أمراً وجوبياً- وهذا هو الجديد الذي استحدثه- أي أن المشرع يريد أن ينص على وجوب اطلاع النيابة العامة على مستوى المحاكم الابتدائية على جميع قضايا الأسرة التي تخضع لقانون الأسرة، ولا يقصد أن تصبح خصماً في هذه الدعاوى. ومن ثم، يجب على قاضي الأسرة أن يقوم بتبليغ جميع القضايا التي يفصل فيها إلى النيابة العامة- وكيل الجمهورية- ويكفي

<sup>1</sup> تنص المادة 102 على أنه: " يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة." - و تنص المادة 114 على أنه: " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة."

- و تنص المادة 182 على أنه: "في حالة عدم وجود ولي أو موصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم..."

<sup>2</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02 السنة: 2005م، ص 41-42.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 43.

لنيابة العامة الممثلة في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة أن تطّلع على قضايا الأسرة وأن تبدي رأيها فيها، ويكفي- لتطبيق أحكام هذه المادة- أن يشار إلى أنها اطّلت عليها ويكون الحكم صحيحا، فيكفي أن ترد فيه الإشارة إلى أنه تمّ تبليغ ملف القضية إلى النيابة العامة، أو أنه تمّ الإطلاع على طلبات النيابة العامة. هذا، ومادامت النيابة العامة أصبحت طرفاً منضمّاً في قضايا الأسرة فإنّه يكفي لاحترام تطبيق القانون أن تبلغ بملف القضية وبالتالي لا يشترط تكليفها عن طريق طريق المحضر القضائي كما كان يفعل البعض لأنّها لا تعدّ خصماً في هذه القضية<sup>1</sup>.

ومّا يجب التنبيه إليه في هذا الصدد- أي كيفية تبليغ النيابة العامة في دعاوى الأحوال الشخصية- هو أن مضمون نص المادة 03 مكرر المستحدث في قانون الأسرة، أثار جدلاً كبيراً وقت التطبيق وتباينا في الرأي والمواقف بين الدفاع والقضاة، وقد وصل حدّ الخلاف. ذلك أنّ بعض الجهات القضائية تشترط على المدعي تكليف النيابة العامة بالحضور عن طريق المحضر القضائي وهو إلزام شاذ. لأنّ المستقر عليه، أنّ النيابة تخطر من طرف الجهة القضائية المختصة لإبداء الرأي كما هو عليه الشأن في القضايا الإدارية والقضايا التي تخص حالة الأشخاص. فالنيابة العامة طرف منضم وليس خصماً في قضايا الأحوال الشخصية، وبالتالي لا يشترط تكليفها عن طريق المحضر القضائي<sup>2</sup>. وهو الأمر الذي تداركه المشرع الجزائري- وإن كان قد حصر الأمر في دعاوى الطلاق بطلب من أحد الزوجين فحسب- بموجب نص المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، والتي جاء فيها: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436..."

ويجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط."- وإن كان هذا النص أيضاً معيباً، ممّا يؤدي إلى بعث إشكالات من حيث تطبيقه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02 السنة: 2005م، ص 44.

<sup>2</sup> ينظر: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبد الرحمن بربارة، ص 335.  
- طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02 السنة: 2005م، ص 45.

<sup>3</sup> يعاب على هذا النص، ما يأتي:  
أ- بخصوص الفقرة الأولى: أنّها جاءت مبهمّة فيما يتعلق بكيفية القيام بإجراء التبليغ، لاسيما ما تعلق منها بتبليغ النيابة العامة. إذ لم تبيّن أيّ جهة معنية بذلك؟ أي كتابة الضبط أم بواسطة المحضر القضائي؟



## المطلب الثاني: حقوق النيابة العامة في رفع الدعوى والآثار المترتبة عن عدم تبليغها

### الفرع الأول: حقوق النيابة العامة خلال سير الخصومة

تتحدد حقوق النيابة العامة أثناء سير الخصومة بالنظر إلى صفة اتصالها بقضايا الأسرة:

\* فإذا كانت تعمل بطريق الادعاء، فهي من تحرك النشاط القضائي وترفع الدعوى. فتقوم بتبليغ ملف القضية إلى الخصوم ويتم إعلانها بها خلال مدة 10 أيام. ويكون لها ما للخصوم من حقوق وواجبات. فلها أن تبدي ما تشاء من الطلبات والدفع، إذ يمكنها مثلا أن تتمسك بالدفع

ب- وسعيًا من المشرع في الإجابة عن التساؤل المطروح أعلاه أورد الفقرة الثانية، التي قررت أن ذلك يمكن أن يتم بواسطة كتابة الضبط.

- غير أن ما يلاحظ على صياغة هذه الفقرة أنها زادت الطين بلة. فبدلاً من أن تقرر بأن ذلك يتم مباشرة بواسطة كتابة الضبط، جعلت من هذا الإجراء جوازياً، حينئذ، فإن هذه الفقرة لم تحل الإشكال مطلقاً، بل فتحت المجال إلى تأويل النص من طرف المعنيين بما كل حسب ما يراه مناسباً له على النحو الآتي:

\* بالنسبة للمدعي المعني بالتبليغ: سيتمسك بتطبيق أحكام الفقرة الثانية، باعتماد الأسباب الآتية:

- كون النص جاء جوازياً، وهو ما يجعله يفسر ذلك على أنه المعني به، دون غيره. وبالتالي على كتابة الضبط تطبيقه على هذا النحو.

- كون النيابة تتواجد على مرمى عصي من كتابة الضبط أو أقل من ذلك.

- كون الإجراء سيقوم به أمين الضبط.

- كون الإجراء غير مكلف بالنسبة إليه. سواء في جانبه المادي أو الوقي أو الجهدي.

\* بالنسبة لأمين الضبط: سيتمسك بكون النص جوازي بالنسبة إليه، وبالتالي فإنه سيستغني عنه.

\* بالنسبة للنيابة العامة: فهذه الأخيرة ممثلة في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، فإنها بدورها سيمسها مثل هذا الاحتمال، غير أن هذه الأخيرة ستتمسك بتبليغ الدعوى عن طريق أمانة الضبط.

- غير أن إشكالا آخر قد يثور إذا ما سعى المدعي إلى تطبيق الفقرة الأولى من النص، وذلك بتبليغ كافة أطراف الدعوى بموجب التكليف بالحضور الذي يتولاه المحضر القضائي، حيث يتحتم على ممثل النيابة العامة توقيع محضر التكليف بالحضور بين يدي المحضر القضائي... تصوروا الموقف؟

وعليه، وأمام حالة القصور الذي اتسم به نص المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09، يمكن اقتراح تعديل له ليصبح على النحو الآتي:

- يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه والنيابة العامة بنسخة من العريضة الافتتاحية المشار إليها في المادة 436 أعلاه.

- يبلغ المدعى عليه بواسطة المحضر القضائي.

- تبليغ النيابة العامة بواسطة أمانة ضبط المحكمة.

ينظر: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، سائح سنقوفة، 1/ 602-603.

المتعلقة بالنظام العام كالدفع بعد الاختصاص النوعي، لأنّ ذلك ممّا يلزم المحكمة أن تراعيه من تلقاء نفسها. وما عمل النيابة في هذه الحالة إلاّ تنبيهها لما هو واجب عليها<sup>1</sup>.

\* وإذا كانت النيابة العامة تعمل باعتبارها طرفا حقيقيا لا يجوز طلب ردّها، كونها خصما تبدي طلباتها ودفعها في القضية بصفة موضوعية، ممّا يحقق المصلحة العامة. أمّا باعتبار النيابة طرفا أصليا، فدورها لا يختلف عن الخصم العادي، فهي تتصل بالدعوى وفقا للإجراءات العادية. إنّ إجراء اتصال النيابة العامة بملف القضية هو إجراء جوهري - يترتب على إغفاله البطلان المتعلق بالنظام العام، وتقضي به المحكمة العليا من تلقاء نفسها، باعتبار أنّ هذا التدخل يقصد به حماية المصلحة العامة<sup>2</sup> - فلها أن تحضر الجلسة وتقدم التماساتها وطلباتها شفاهة أو تبديه في مذكرة مكتوبة.

وإذا قامت النيابة العامة بالإدعاء فلا يجوز طلب ردّها، وذلك نزولا عند الأصل العام الذي يقضي بأنّه: لا يجوز رد الخصم. فالنيابة لا تنضم لأحد الخصوم ولا تدافع على أحدهما، وإنّما تعمل على تطبيق القانون تطبيقا سليما. وإذا كانت النيابة تعمل عن طريق الدعوى حقا لها طلب رد القضاة.

حيث كان قبل التعديل اتصال النيابة العامة بالدعوى عن طريق الإدعاء هو الطريق الاستثنائي، في حين اتصالها بالدعوى لإبداء الرأي هو الطريق الطبيعي لممارسة وظيفتها<sup>3</sup>. لكن، وبعد التعديل الأخير بموجب القانون رقم: 05-09 أصبح طريق الإدعاء أو الدفاع هو الطريق الطبيعي لممارسة النيابة العامة لوظيفتها في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> ينظر: قانون الإجراءات المدنية، بوشير محمد أمقران، ص124، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص25.

<sup>2</sup> ينظر في هذا الشأن، القرارات الآتية:

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 11/07/1984م، ملف رقم: 32377، والذي جاء فيه ما يأتي: "متى أوجب القانون تبليغ القضايا التي تمّ القصر إلى النيابة العامة، كان ذلك الإجراء يعد جوهريا لا يجوز استبعاده أو اعتباره مستوفيا بمجرد الإشارة إلى إتمامه. .."، المجلة القضائية، سنة 1989م، العدد 01، ص 51.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 06/10/1986م، ملف رقم: 41752، المجلة القضائية، سنة 1989م، العدد 02، ص 09.

- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ: 11/03/1998م، ملف رقم: 153622، المجلة القضائية، سنة 1998م، العدد 02، ص 71.

<sup>3</sup> ينظر: قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص 259 - دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 03، السنة: 1991م، ص 276.

<sup>4</sup> دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص26.

## الفرع الثاني: حقوق النيابة العامة في الطعن في الأحكام

يحقّ للنيابة العامة باعتبارها طرفاً أصلياً في الدعوى المتعلقة بقضايا الأسرة أن تطعن في أيّ حكم طبقاً للقواعد العامة، سواء تعلق الأمر بطرق الطعن العادية أو غيرها بنفس المواعيد<sup>1</sup>. غير أنّه لا يحقّ لها الطعن بالمعارضة، لأنّ كل الأحكام تصدر حضورية في حق النيابة العامة ولو كانت غائبة فعلاً. وإلى جانب طرق الطعن المذكورة، فإنّ المشرع أعطى للنيابة العامة طريقاً آخر للطعن لم يعطه لأيّ أحد من الخصوم يتمثل في الطعن لصالح القانون وهو حق محوّل فقط للنائب العام لدى المحكمة العليا، الطعن الذي يحقّ له لصالح القانون في كل الأحكام التي تصبح نهائية إذا كان الحكم مبنيّاً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله، فهنا يظهر دور النيابة في الدفاع عن تطبيق القانون.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> فالطريقتان العاديان: يتمثلان في المعارضة والاستئناف. فالمعارضة؛ هي طريق عادي في الأحكام الغيابية وهذا لا يحدث بالنسبة للنيابة لأن كل الأحكام تصدر حضورياً في حق النيابة. أمّا الاستئناف؛ فيكون أمام المجلس القضائي من أجل النظر فيه، ويمنح للنيابة مهلة شهر يسرى من تاريخ تبليغ الحكم إذا كان حضورياً وتستطيع النيابة تقديم الطلبات التي تكون بمثابة دفاع عن الدعوى الأصلية مثل طلب التعويض المقدم في دعوى محلها الأصلي هو الطلاق. أمّا بالنسبة لطرق الطعن غير العادية الممنوحة للنيابة العامة فتتمثل في: الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر، إذ تستطيع النيابة الطعن في الحكم الذي يفصح بالطلاق بتظلم الزوجين بداعي عدم إثبات الطرفين إدعاءاتهما. وقد بيّن المشرع الجزائري طرق الطعن العادية بموجب المواد: 323 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما بيّن طرق الطعن غير العادية بموجب المواد: 348 وما بعدها من قانون نفسه.

– لمزيد فائدة وتحصيلها ينظر: شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عبد الرحمن بريارة، ص 236 وما بعدها – دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص 28. أود الإشارة إلى مسألة من الأهمية بمكان، فيما يتعلق بأجال الطعن بالنقض. فقد حدد المشرع الجزائري آجال الطعن بالنقض بموجب نص المادة 354 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 التي تعدّ قاعدة بـ: شهرين إذا تمّ التبليغ شخصياً، وبأجل ثلاثة أشهر متى تمّ التبليغ في الوطن الحقيقي أو المختار، على أنّ يبدأ احتساب الآجال من: تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه. إلّا أنّ ما يجب التنبيه إليه، هو أنّ أجل الطعن بالنقض فيما يتعلق بحالة الطلاق بالتراضي، والتي تعدّ استثناء من القاعدة المقررة آنفاً، فإنّ أجل الطعن بالنقض المقدر بشهرين يبدأ احتسابه من: تاريخ النطق بالحكم. وهذا حسب نص المادة 434 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09.

<sup>2</sup> ينظر: دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص 29 – قانون الأسرة الجزائري وفقاً لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص 259.

## الفرع الثالث: الآثار المترتبة على عدم تبليغ النيابة العامة

### أولاً- طبيعة وآثار إجراء تبليغ النيابة العامة بالدعوى المدنية

إنَّ إجراء تبليغ النيابة العامة هو إجراء تنظيمي، وما دامت النيابة العامة قد تدخلت في الدعوى وأبدت رأيها أو قدمت طلباتها والتماسها أو مذكراتها فقد تحققت الغاية. وفي الحقيقة أن الإجراء الجوهري ليس هو التبليغ في حدِّ ذاته، وإنما الإجراء الجوهري الذي يترتب على مخالفته بطلان الحكم هو تمكين النيابة العامة من إبداء الرأي، فإذا أبدت رأيها في القضية، وتضمن الحكم أنَّ النيابة قد أبدت رأيها فتكون الغاية قد تحققت. وإذا لم تبلغ النيابة العامة بالقضية، واستطاعت أن تتدارك هذا النقص بنفسها بحضورها أمام المحكمة أو أمام المجلس القضائي ممَّا يمكنها من الإطلاع على القضية، حيث سمح لها أن تبدي رأيها ففي هذه الحالة إذا لم تبلغ النيابة العامة فإنَّه لا يترتب عليه البطلان، لأنَّ إجراء تبليغ النيابة بالدعوى ماهو إلاَّ إجراء تنظيمي وليس إجراء حتمياً أو جوهرياً<sup>1</sup>، بحيث يترتب على مخالفة البطلان العمل القضائي، لأنَّ الإجراء الذي يترتب على مخالفته بطلان العمل القضائي هو ذلك الإجراء الذي يترتب عليه المشرع مباشرةً بطلاناً على مخالفته في حدِّ ذاته دون السماح بالبحث عن تحقق الغاية منه من عدمه.

وقد رأينا أنَّ الغاية من تبليغ النيابة العامة لأجل التدخل في القضية ليس إجراء مقرراً لغاية كاملة في حدِّ ذاته، وإنما لغاية أخرى، وهي تمكين النيابة العامة من إبداء الرأي. فإذا تمكنت النيابة من التدخل في القضية وأبدت رأيها، فإنَّ الغاية من تدخلها تكون قد تحققت. ومن ثمَّ فإنَّ عدم إرسال القضية إليها بواسطة كتابة الضبط لا يترتب عليه البطلان، وإنما الذي يترتب عليه البطلان هو عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضية وليس عدم إرسال الملف القضية إليها.

### ثانياً- طبيعة البطلان المترتب على عدم إبداء النيابة العامة لرأيها في قضايا الأسرة

إنَّ عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخاصة بناقصي الأهلية وعديميها، يترتب عنه جزاء البطلان، وهو بطلان نسبي مقرر لمصلحة هؤلاء، فالبطلان هنا لا يتعلق بالنظام العام.

وهناك رأي يذهب إلى اعتبار المسألة تتعلق بالنظام العام سواء تعلق الأمر بالقضايا الخاصة بعديمي الأهلية وناقصيها، أو يتعلق بتنظيم صلاحيات الجهات القضائية. ذلك أنَّ مصلحة القصر

<sup>1</sup> ينظر: دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 03، السنة: 1991م، ص 279

وعديمي الأهلية تتعلق بالنظام الاجتماعي الذي يهيمه بالدرجة الأولى رعاية حقوق عديمي الأهلية وناقصيها والأشخاص المعتدلين غائبين، لأنّ هؤلاء الأشخاص في حاجة إلى الحماية كونهم عاجزين عن الدفاع عن حقوقهم والنظام الاجتماعي يهيمه الدفاع عن هؤلاء. وعلى ذلك، تقرّر بأنّ البطلان المترتب على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها في القضايا الخالصة بالقصر إنّما هو بطلان يتعلق بالنظام الاجتماعي<sup>1</sup>.

**الترجيح:** والرأي الأرجح، و منه الأولى بالاعتبار وفق ما توجهه قواعد ومبادئ المنطق الإجرائي القانوني، هو الرأي الأخير الذي يذهب إلى عدم التفرقة بين البطلان الناشيء على عدم تمكين النيابة العامة من إبداء رأيها، سواء تعلق الأمر بالقضايا الخاصة بالقصر وعديمي الأهلية أو غيرها من القضايا المنصوص عليها في المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية- المتقدمة البيان- لأنّ تلك القواعد في جملتها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، وهي كلّها تتعلق بالنظام العام<sup>2</sup>.

يمكننا القول بأنّ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 03 مكرر المستحدثة من قانون الأسرة حاول إبراز دور تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة يجعلها طرفا أصليا، وذلك بالنظر لما أفرزته النصوص الإجرائية من لبس في التطبيق. فكان القصد هو حلّ مشكلة كانت مطروحة في مجال قضايا الأحوال الشخصية لعدم نجاعة المادة 141 من قانون الإجراءات المدنية القديم- والتي عدّلت بالمادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لوحدها- فقد كانت ترفع الدعوى ضد النيابة في حالتيّ الفقدان والحجر، رغم أنّها ليست طرفا أصليا، فقوبلت الدعوى بالفرض. لذا كرست المادة 03 مكرر كحل لهاته المشكلة<sup>3</sup> - وإن كان تدخل النيابة العامة في قضايا الأسرة وفقا لنص المادة 03 مكرر لا يزال يحتاج إلى تنظيم وتفسير، وإلا سيكون إهدارا للوقت والمال، سيظلّ حرا على ورق، دون إهمال أو إغفال المشاكل الإجرائية والتنفيذية الناتجة عن هذا المسلك التشريعي عند التطبيق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص34. القانون رقم 70-03 لسنة 2003م

<sup>2</sup> ينظر: دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، عمر زودة، مجلة المحكمة العليا، العدد: 03، السنة: 1991م، ص279.

- دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، الشيخ إسماعيل، ص34.

<sup>3</sup> قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص260-261.

<sup>4</sup> ينظر: جريدة الخبر، الجزائر، العدد الصادر بتاريخ: 19-05-2008- نقلا عن: الوجيز في شرح قانون الأسرة

الجزائري- وفق آخر التعديلات...، العربي بلحاج، 1/38 الهامش.

أمّا في القانون المغربي فقد نصت المادة 3 من مدونة الأسرة بقولها: "تعتبر النيابة العامة طرفاً أصلياً في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة"<sup>1</sup>.

وقد أسس المشرع المغربي استحداث هذه المادة على اعتبار أن الرجوع إلى القواعد العامة في قانون المسطرة المدنية، يوضح أنّ إضفاء طرف أصلي على النيابة العامة في أنواع من القضايا، لا يعني تحكيمها في الإجراءات التي يتخذها القاضي، بل تبدي رأيها في القضية المعروضة؛ و دورها هنا هو الحرص على حسن تطبيق القانون، والمحافظة على التوازن بين حقوق الأفراد والمجتمع، وهو دور فاعل في قضايا الأسرة، و يعتبر من المستحداث التي أتى بها هذا القانون الذي أعطاه هذه الإمكانية؛ إذ أصبح بإمكانها متابعة كل القضايا المتعلقة بالأسرة، و تبلغ إليها المقالات، و تمارس مسطرة الطعن وفق مقتضيات القانون، ثم تتابع التنفيذ عند الاقتضاء<sup>2</sup>.

أمّا في القانون المصري فقد حرص المشرع على إصلاح حال الأسرة وتعزيز استقرارها على تسيير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية. فكان أن أصدر:

\* القانون رقم: 01 لسنة 2000م الخاص بتنظيم إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بهدف تجميع القواعد الإجرائية بدلاً من تثارها في أكثر من قانون.

\* وكذلك القانون رقم: 10 لسنة 2004م القاضي بإنشاء محاكم الأسرة.

فلنيابة شؤون الأسرة رفع أيّ دعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر فيها بالنظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة 06 من القانون رقم: 01 لسنة 2000م<sup>3</sup>، ومن ذلك: دعوى التفريق بين زوجين زواجهما فاسد، دعوى ثبوت نسب صغير. وذلك باعتبارها ممثلة للمجتمع والأمانة على مصالحه، وكذلك تكون لها صفة في الدعوى، هي صفة الدفاع عن مصلحة عامة. وهنا فإنّ النيابة تكون خصماً في الدعوى، ويكون لها ما للخصوم من حقوق - المادة 87 من قانون المرافعات المصري - كما لها الحق في أن تتدخل في الدعاوى والطعون التي تختص بنظرها محاكم الأسرة، وإلاّ كان الحكم باطلاً<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم: 70 - 03 لسنة 2003م.

<sup>2</sup> المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، ص 46.

<sup>3</sup> تنص المادة 6 على أنه: "مع عدم الإخلال باختصاص النيابة العامة برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة المنصوص عليه في القانون رقم: 03 لسنة 1996م، للنيابة العامة رفع الدعوى ابتداءً في مسائل الأحوال الشخصية إذا تعلق الأمر بالنظام العام أو الآداب، كما يجوز لها أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية التي تختص بها المحاكم الجزئية ..."

<sup>4</sup> تنص المادة 6 من القانون رقم: 01 لسنة 2000 على أنه: "وعلى النيابة العامة أن تتدخل في دعاوى الأحوال الشخصية والوقف التي تختص بها المحاكم الابتدائية أو محاكم الاستئناف وإلاّ كان الحكم باطلاً."



وكذلك من مهامها إصدار قرارات قضائية في دعاوى الأحوال الشخصية، وذلك مثل إصدار قرار مسبب بتسليم الصغير مؤقتا إلى من تتحقق مصلحته معها. وكذلك لها الحق في إصدار القرارات القضائية الخاصة بتقدير النفقة الوقتية لعديم الأهلية والغائب، من أموال مستحقي النفقة إلى حين صدور الحكم بتقديرها- المادة 4/26 من القانون رقم: 01 لسنة 2000م.

كما استحدثت المشرع المصري بموجب القانون رقم: 10 لسنة 2004م، نيابة عامة متخصصة بالدعاوى المتعلقة بشؤون الأسرة<sup>1</sup>، فقد نصت المادة 04 من القانون المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة على أنه: "تنشأ نيابة متخصصة لشؤون الأسرة، تتولى المهام المخولة للنيابة العامة أمام محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية.

تتولى نيابة شؤون الأسرة- في الدعاوى والطعون التي تختص بنظرها محاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية- الاختصاصات المخولة للنيابة العامة قانونا، ويكون تدخلها في تلك الدعاوى والطعون وجوبيا وإلا كان الحكم باطلا.

وعلى نيابة شؤون الأسرة إيداع مذكرة بالرأي في كل دعوى أو طعن، كلما طلبت منها المحكمة ذلك..."

ويبين النص المتقدم أمرين:

-أولهما: أن تدخل نيابة شؤون الأسرة في دعاوى الأحوال الشخصية أصبح واجبا سواء أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية، وإلا كان الحكم الصادر في الدعوى باطلا.

- وثانيهما: أنه يجب على نيابة شؤون الأسرة أن تودع مذكرة مكتوبة برأيها في الدعوى أمام المحاكم الجزئية أو الابتدائية أو أمام الدوائر الاستئنافية<sup>2</sup>.

وعليه، يكون المشرع المصري قد أعطى نيابة شؤون الأسرة دورا واسعا في مجال الأحوال الشخصية، يتمثل في رفع الدعوى في بعض الحالات، ووجوب التدخل في دعاوى أخرى، إضافة

---

وهنا قد يكون تدخل نيابة شؤون الأسرة تدخلا أصليا أو هجوميا، أي أنها تطلب حماية قضائية لمسألة متعلقة بالنظام العام أو الآداب العامة. ولهذا فإنها تصبح طرفا أصليا في الخصومة كالأطراف الأصليين وتأخذ مركز المدعي، ويكون لها سلطاته كاملة ولا تكون آخر من يتكلم. كما قد يكون تدخلها انضماما، وذلك في الدعاوى التي تتعلق بمصلحة خاصة، فيكون تدخلها هنا لإبداء الرأي، ولا يكون لها هنا الحق في أن تبدي طلبات أو دفع إلا ما تعلق منها بالنظام العام، وتكون آخر من يتكلم- المادة 2/95 من قانون المرافعات المصري.

<sup>1</sup> لمزيد فائدة وتحصيلها، ينظر: نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، أحمد نصر الجندي، ص 31 وما بعدها - شرح إجراءات محكمة الأسرة، حسن حسن منصور، ص 169، 178.

<sup>2</sup> نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة، أحمد نصر الجندي، ص 71.

إلى اختصاصات رقابية تتمثل في تلقي البلاغات في بعض الحالات واتخاذ إجراءات تحفظية بصددها.

ولنيابة شؤون الأسرة في القانون المصري اختصاصات الرقابة، والتي تتمثل في قيد طلبات الولاية على المال ورفعها لمحكمة شؤون الأسرة بقيد طلب الحجر والمساعدة القضائية واستمرار الولاية أو الوصاية، وسلب الولاية أو وقفها، وسلب الإذن للقاصر أو المحجور عليه أو سلب ولايته من التصرف أو تقييد حريته فيه<sup>1</sup>.

ومن هنا، يمكن القول بأن القانون المصري قد نظم اختصاصات النيابة العامة بما يحقق تعزيز موقعها وفعاليتها في نطاق قضاء الأحوال الشخصية، أكثر مما هو عليه الأمر في التشريع الجزائري. فقد كان يستحسن أن تتضمن التعديلات التي مست الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد؛ تنظيم اختصاصات النيابة العامة لدى المحاكم باعتبارها جزء من هيئة المحكمة، وتوسيع صلاحيتها القانونية- وخاصة في قضايا: إثبات الزواج العرفي، الحالة المدنية، صرف النفقة العامة، تسليم حضانة الصغير إلى من تتحقق مصلحته معه، فاقد الأهلية وناقصها والمفقودين والمحجور عليهم، التركات والموارث...- وذلك بالنص على إلزامية حضور النيابة العامة للجلسات، وفقا للمادة 3 مكرر من قانون الأسرة، لتقديم الطلبات الشفوية أو المكتوبة. وهي الإصلاحات التي ستفقد لا محالة إلى تعزيز موقعها وفعاليتها، وتحسين آليات تدخلها، سواء كطرف أصلي أو منضم في الحالات التي يحددها القانون.

وهذا المسلك، يستوجب تفرغ بعض قضاة النيابة لتمثيل الادعاء العام لدى قسم شؤون الأسرة بالمحكمة أو حتى بالمجالس القضائية. وهو ما سيمكّن النيابة العامة أن تؤدي دورا إيجابيا وحاسما على صعيد الاجتهاد الفقهي، وفق وقائع الدعوى المتعلقة بالأسرة وموضوع النزاع لمساعدة هيئة المحكمة على حسن تطبيق القانون، وكذا مراقبة تطبيق القانون والقرارات والأحكام، ومتابعة التنفيذ ضمن مقتضيات النظام العام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> القانون الإجرائي في مسائل الأحوال الشخصية، مقصد التيسير الإجرائي- مقال حول: دور مقاصد الشريعة- جامعة الإسكندرية، فيفري 2009م، أحمد هندي، ص 09- نقلا عن: قانون الأسرة الجزائري وفقا لأحدث التعديلات، أحمد شامي، ص 263.

<sup>2</sup> الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- وفق آخر التعديلات...، العربي بلحاج، 38/1.

# الخلاصة

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من ختمت به الرسالات وعلى آله وأصحابه ومن سار على هداه إلى يوم الدين، أما بعد:

فهذه دراسة حول موضوع: "التجديد في مباحث الأحوال الشخصية"، قدمها الباحث راجيا من الله ﷻ أن تكون قد أحاطت بعناصر البحث إحاطة مقبولة، لاسيما وأنني عشت معه من خلال المصادر والمراجع المتنوعة؛ استقراء وتحليلا واستنتاجا، وأحسست أن الموضوع يحتاج إلى بحث أشمل ودراسة أعمق. ولكن، حسي أنني بذلت الجهد، واستغرقت الوسع- بتوفيق من الله المستعان- وإذا كان ثمة نقص أو تقصير في جانب من جوانب البحث، فالكمال لله وحده، و العصمة لنبية ﷺ.

وقد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج، تمثل خلاصة البحث، إلى جانب بعض التوصيات.

#### أولا- النتائج:

ويمكن إجمال النتائج التي انتهت إليها في النقاط الآتية:

1- إن الناظر في جملة الأبعاد- أي الأسباب والأهداف- التي أدت إلى بعث قانون الأسرة الجزائري الجديد، يلحظ جليا بعدها عن البواعث القانونية المعهودة عند الحقوقيين، واقترابها من البواعث السياسية والإيديولوجية؛ الوطنية منها والدولية. الأمر الذي انعكس سلبا على الصناعة التشريعية التي اتسمت بما نصوص هذا القانون من ضعف وقصور وعدم انسجام في البناء اللغوي والاستدلالي، وتبعاً لذلك الجانب الشكلي. وهو الأمر الملاحظ في النص القانوني الواحد، فضلا عن التعارض والتناقض الذي أفرزه هذا المسلك فيما بين نصوص هذا القانون نفسه، بل، بينه وبين القوانين الأخرى ذات الصلة به.

فبالنسبة لأسباب التعديل: فقد تبلورت حتمية تعديل وإثراء وتكييف هذا القانون- حسب ما نشرته الجهات الرسمية بشأن عوامل تعديل قانون الأسرة الجزائري- بفعل المشكلات والتحديات الاجتماعية والسياسية والقانونية والقضائية- الوطنية والدولية- التي جابهت نظام الأسرة الجزائرية بسبب احتدام تفاعلات جدلية الموروث الثقافي والحضاري، وتراكمات التخلف الاجتماعي والاقتصادي من جهة. وتعاضم دور الأسرة في المجتمع، وفي سياسة التنمية الوطنية الشاملة وازدهار عملية ترقية وحماية حقوق الإنسان بفعل عوامل

داخلية وخارجية عديدة، أهمّها: عصنة وتقدم الحياة الاجتماعية والثقافية والعلمية والتكنولوجية والسياسية، وتزايد الوعي، وانتشار المد الديمقراطي، واتساع دائرة الاتصال والتواصل والتفاعل بين الثقافات والحضارات الإنسانية العالمية في نطاق ما يعرف بـ: " نظام العولمة الشاملة". فقد نجم عن تفاعلات هذه الجدلية العديد من المشاكل والتحديات لنظام الأسرة الجزائرية، لعلّ أظهرها:

\* اختلال مبدأ المساواة بين المرأة والرجل على حساب المرأة ودورها في المجتمع؛ إذ تزايدت ظاهرة خضوع المرأة للعبودية الاجتماعية، والخضوع والتبعية للرجل، وهضم حقوقها المدنية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية، بصورة خطيرة وملفتة للنظر.

\* تعطيل دور المرأة الحيوي في بناء المجتمع السليم والمزدهر، وفي حركة التنمية الوطنية الشاملة؛ اجتماعيا واقتصاديا وسياسيا، بصورة مؤثرة سلبا على مسيرة البناء والتشييد الوطني في كافة المجالات.

\* انفتاح أبواب المبالغات والمهاترات السياسية، والتطرف الإيديولوجي وسيادة فوضى الفتاوى الدينية الجاهلة في التعامل مع نظام الأسرة في الجزائر.

\* ظاهرة تزايد الضغوطات والمساومات والابتزازات الخارجية في نظام العولمة والنظام الدولي الجديد على الدولة الجزائرية، من خلال ذرائع حماية وترقية حقوق الإنسان بصفة عامة، وحقوق المرأة والطفل بصفة خاصة.

أمّا بشأن الأسباب ذات الطبيعة الاجتماعية والقانونية، فقد قصرها المشرّع في:

\* استفحال ظاهرة الطلاق والتطليق وتفكك الأسرة، العنوسة، تشرد الطفولة، التسرب المدرسي وانتشار مظاهر البؤس والفقر والحرمان والانحلال الخلقي، تفشي الآفات الاجتماعية والمخدرات، جنوح الطفولة والإجرام، وظهور الأمراض المعدية والفتاكة-نحو مرض نقص المناعة... بصورة باتت تهدد المجتمع الجزائري في الصّميم بالوهن وعدم الاستقرار الاجتماعي.

\* اتّساع دائرة الثغرات والنقائص في أحكام قانون الأسرة المعدل، وتعطلّ فاعلية ودور قضاء الأحوال الشخصية- نتيجة لذلك- في حماية الحقوق الزوجية والطفولة، ومصالح المجتمع العامة، وتكملة النقائص الطارئة في مجال المنازعات المتعلقة بمباحث هذا الفرع التشريعي.

وبالنسبة لأهداف التعديل: فقد جاءت هي الأخرى في نفس الحلة التي اتّسمت بها الأسباب المتقدّمة لتعديل هذا القانون، من خلال:

\* إيجاد وتوفير آليات جديدة بغرض التحكم في عملية تنظيم الأسرة بصورة سليمة وفعالة من كافة النواحي، لترقية وحماية الأسرة الجزائري وتدعيم دورها في المجتمع السليم والمستقر، وتوفير العوامل والظروف الكفيلة بتنشئة طفولة اليوم بطريقة سعيدة ومتوازنة لتكوين مواطني الغد الصالحين، وتحديث أو عصرنه المجتمع الجزائري برمته من خلال: عصرنه وتطوير نظام الأسرة فيه.

\* تطوير أحكام قانون الأسرة، لاسيما بعد مرور ما يفوق العشرين سنة على صدوره، دون أية مراجعة تذكر، وجعل أحكامه متطابقة أولا: مع أحكام الدستور، ولاسيما تلك المنصوص عليها في المواد: 29، 31، 54، 65، والمتعلقة أساسا بمبادئ العدالة والمساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق والواجبات بما فيها الزوجية، وفي المسؤولية عن رعاية الأسرة، وفي حماية الطفولة بصفة خاصة.

\* تكييف أحكام قانون الأسرة الجزائري مع أحكام مصدر النظام القانوني لحقوق الإنسان الدولي بصورة عامة، وحقوق المرأة والطفولة بصورة خاصة، ولاسيما أحكام المادتين: 7، 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والاتفاقية الدولية لمكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولاسيما المادتين: 15، 16 منها. وكذا الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الموافق عليها سنة 1990م، والتي انضمت إليها الجزائر سنة 2002م.

\* يعد هذا التعديل تطبيقا سليما وأمينا لأهداف سياسية الإصلاحات الوطنية الشاملة التي انطلقت في التسعينات من القرن الماضي، وتجددت بعد الانتخابات الرئاسية المبرمة بتاريخ: 08-04-2004م، في مشروع الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، المجلسد رسميا في برنامج الحكومة الذي وافق عليه البرلمان بغرفتيه في شهر ماي سنة 2004م في مجال عملية ترقية وحماية حقوق الإنسان والمواطن بصفة عامة، وحقوق المرأة والطفل بصورة خاصة، وتفعيل دور المرأة في المجتمع الجزائري المعاصر.

هذه أهمّ الأبعاد التي أسّس عليها ولأجلها المشرع الوطني فلسفته التشريعية وتصوّره للتعديلات التي عرفها قانون الأسرة، والتي يمكن القول بشأنها: إنّ القليل منها يرجع إلى



صميم المجتمع الجزائري، والكثير منها نتاج تصوّرات، وأفكار، وإيديولوجيات ثقافية وسياسية؛ دخيلة ومفروضة عليه.

2- كرّس المشرع مختلف الأبعاد التي رسمها- سلفا- لتعديل قانون الأسرة، وعلى رأسها تطويع نصوص القانون إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، الأمر الذي يظهر جليًا من خلال الملامح التشريعية الآتية:

\* ساوى بين المرأة والرجل من حيث توحيد سنّ الأهلية القانونية في الزواج، من خلال تحديدها بسن 19 حسب نص المادة 7.

\* جعل للمرأة الحق الخالص- كما هو مقرّر للرجل- في اختيار الزوج الذي ترضاه، سواء أكانت راشدة أم قاصرة، من خلال ما تضمّنه نصي المادتين: 11، 13.

\* ساوى بين الزوجين في حق الاشتراط في عقد الزواج- أو في عقد رسمي لاحق؛ وإن كان قد أغفل أثر عدم وفاء الزوج بالشروط اللاحقة في نص المادة 9/53- بل، مع حرص وتوجيه للزوجة حول بعض المسائل التمثيلية، نحو: اشتراط عدم الزواج عليها، وحقّها في العمل؛ من حيث استمرارها أو سعيها لإيجاد عمل. وهذا من خلال نص المادة 19.

\* جعل المشرع للمرأة مكنة إنهاء العلاقة الزوجية بشكل انفرادي عن طريق الخلع، الذي ارتقى به المشرع من كونه رخصة إلى درجة اعتباره حقا أصيلا، من خلال نص المادة 54. وذلك في مقابلة ما للرجل من مكنة إنهاء العلاقة الزوجية بشكل انفرادي عن طريق الطلاق.

\* كما يظهر هذا المسلك الذي نهجه المشرع الجزائري، الرامي إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة. وذلك من خلال بعض النصوص الملغاة، ويتعلّق الأمر بالمادتين: 20، 12، والتي لم يكن إلغاؤها مؤسّسا إلا إذا ما ألحقناه بهذه الفكرة.

3- إنّ معالجة المشرع الجزائري في تعديله لموضوع الخطبة، لاسيما من خلال نص المادة: 3، 4، 5/5 تعتبر معالجة قاصرة، بل، وتؤدّي إلى خلق العديد من الإشكالات الاجتماعية والأخلاقية. فقد كان الأولى والأصوب، أن يعدّل أحكام هذه المسألة وفق ما نادى به أهل التخصص منذ سنة 1984م. وذلك بضرورة ربط حكمي التعويض وكيفية الرجوع في الهدايا التبادلية بمناسبة الخطبة بالمتسبب في العدول، وليس بالنظر إلى جهة الطّرف العادل.

4- اعتبر المشرع الجزائري في تعديله لنص المادة 2/6 من قانون الأسرة اقتراح الخطبة بالفاتحة بمجلس العقد زواجا صحيحا، متى توافر ركن الرضا وشروط عقد الزواج. وهذا في مسعى منه إلى رفع اللبس الذي كان سائدا في القانون المعدل. إلا أنه ومن خلال هذا التعديل، يكون قد أقر صراحة اعترافه، بل وحمايته القانونية والقضائية لأحد أخطر الزيجات التي باتت تهدد المجتمع من حيث استقرار العلاقات الأسرية، و حماية الحقوق المترتبة عنها، والمتمثلة في الزواج العرفي، وذلك من خلال نصي المادتين: 2/6، 18، في الوقت الذي كان حريا به أن يشرع بقصد الحد من انتشاره.

5- ذهب المشرع الجزائري في تعديله لنص المادة 7 من قانون الأسرة، إلى اعتماد معيار السن كأصل في تقدير أهلية الزواج والمقدرة بـ: 19 سنة كاملة لكل من الرجل والمرأة. تاركا بذلك فسحة من الاستثناء في إمكانية الترخيص بالزواج قبل بلوغ هذه السن، متى كان في ذلك مصلحة أو ضرورة. على أن يرجع أمر تقديرهما للقاضي.

أعطى المشرع الزوج القاصر المرشد حق التقاضي، لكن فيما يتعلق بآثار عقد الزواج فقط. وعليه، كان نص هذه المادة معيبا من أوجه عدة:

\* لم يحدد النص حالات المصلحة أو الضرورة، مانحا بذلك السلطة المطلقة للقاضي، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعدد التقديرات بين القضاة على مستوى المحاكم بالنسبة لنفس الحالة!  
\* إن المقصود بـ: "القاضي" في النص القانوني من الناحية العملية، إنما هو: رئيس المحكمة، وليس قاضي شؤون الأسرة. الأمر الذي كان الأحرى بالمشرع الانتباه له عند صياغة النص.  
\* أعطى المشرع الزوج القاصر المرشد حق التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج، لكنه أغفل حقه في التقاضي بالنسبة للصّور الإرادية فكّ الرابطة الزوجية و آثارها، الأمر الذي يستلزم التوضيح والبيان.

\* كما أغفل المشرع بيان حكم و أثر مخالفة نص المادة 2/7.

6- سعى المشرع الجزائري من خلال نص المادة: 7 مكرر- والمرسوم التنفيذي رقم: 06-156 إلى الاعتناء بالجانب الصحي للأسرة، من خلال إلزامه المتقدمين للزواج بالخضوع للفحوصات الطبية، حتى يكون كل طرف على بينة من الوضعية الصحية للطرف الآخر. وهذا من قبيل تحقيق مقاصد الزواج التي تهدف الشريعة الإسلامية إلى ضمانها.

إلا أنّ الدراسة المتمعّنة لأحكام الفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري، تؤدّي إلى القول بالتناقض والقصور من حيث الصناعة الفنية للنصوص المنظمة له. ويكفي في ذلك الإشارة إلى أنّ المشرع يوجبه، ثمّ لا يرتّب عن تخلفه أيّ أثر؟! كما تثبت الدراسة أيضا، عدم نجاحه في تحقيق المأمول منه؛ إذ الملاحظ بشأن الفحوصات الإلزامية- والمتمثلة في: فحص عيادي شامل، وتحليل فصيلة الدم- أنّها من البساطة بمكان، فليست التي يعول عليها في تحصين الأسرة من الأمراض التي يفترض أن يشرع لها الفحص الطبي؟!!

7- وسّع المشرع الجزائري من دائرة الأسباب التي تمكّن الزوجة من اللجوء إلى القضاء بقصد المطالبة بفكّ الرابطة الزوجية عن طريق التطليق. إذ أنّه وإلى جانب تلك الأسباب التي كان القانون المعدّل يتيحها للزوجة، فقد أضاف عليها عاملين آخرين بموجب التعديل الأخير، والمتمثّين في: التطليق للشقاق المستمر، وكذا لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج. وذلك من خلال ما تضمّنه نص المادة 8،9/53. وهذا فضلا عن إمكانية مطالبة الزوجة المطلّقة بالتعويض والحكم به لها، متى رأى القاضي ذلك حسب نص المادة 53 مكرر.

8- إنّهُ ومن قبيل تأكيد المشرع الجزائري على اعتنائه وحرصه الكبيرين على تطبيق أحكام قانون الأسرة، فقد كرّس تفعيل دور النّياحة العامة، بأن جعلها طرفا أصليًا في مختلف القضايا المتعلقة بهذا القانون. وذلك من خلال اعتبارها من النّظام العام. وهو الحكم الذي نص عليه في التعديل الأخير بموجب المادة 3 مكرر.

9- و لايفوتني أن أذكّر- وجوبا- بالدور البارز الذي قام به القضاء الوطني، ممثّلا في غرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحكمة العليا، وذلك من خلال العديد من القرارات التي أسهمت في تكريس مبادئ ثابتة في بعض أحكام الأحوال الشخصية، والتي ارتقى بها المشرع إلى جعلها نصوص قانونية تحكم بها جميع الجهات القضائية، رافعا بذلك حالات التكييف المختلفة التي عرفتها بعض النصوص منذ صدور قانون الأسرة رقم 11-84 لسنة 1984م، وإلى غاية تعديله بموجب القانون رقم 09-05 لسنة 2005م.

10- في ختام عرض مجمل النتائج التي خلصت إليها من هذه الدراسة، أقول: إنّهُ إذا كان ظاهر قانون الأسرة مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة- سواء أكان ذلك وفق مبدأ التلفيق أو الاجتهاد الذي أقدم عليه المشرع الوطني- فإنّ التعديل الجديد أثار الكثير

من التحفظات والتحسّسات بالنسبة لأغلب المتخصّصين في مجال فقه الأحوال الشخصية؛ الشرعيّين منهم والقانونيّين. وعليه، فمهما تعدّدت أبعاد اختلاف الرّوى حول قانون الأسرة المعدل، فإنّ التحقيق في مجمل ذلك يجعل الحكم النهائي حول جملة التعديلات أنّها: لم تكن محقّقة للمأمول والمبتغى، بل، جاءت محيية لكل الآمال التي كانت معلّقة بعد طول انتظار. إذ لم يزد هذا القانون إلا تناقضا وعيوبا، إلى جانب تلك التي تضمّنها القانون رقم: 11-84، سواء من حيث الصناعة الفنيّة؛ الشكلية منها والموضوعية. أوحى الإجراءية التطبيقية على مستوى الجهات القضائية المختصة.

### ثانيا- التوصيات:

أمّا ما يمكن تسجيله وتوجيهه من توصيات متعلقة بالبحث، والموجهة إلى الباحثين، أو إلى فعاليات المجتمع من هيئات ومؤسسات، فيمكن تلخيصها فيما يأتي:

1- لعلّ أوّل ما أوصي به- لاسيما بعد توضيح وتجلية النقائص والعيوب التشريعية التي اشتمل عليها قانون الأسرة الجزائري- هو أنّه: **يقع لزاما تعديل القانون المعدل- قولا واحدا-** على أن يتولّى هذه المهمة أهل التخصّص من علماء الشريعة، والقانونيين المتمرّسين في مجال الأحوال الشخصية. ولا بأس بالاستفادة من أهل الخبرات فيما يلزم من العلوم الأخرى المساهمة في النهوض بالأسرة الجزائرية من علماء اجتماع ونفس، وأطباء، ومتخصّصين في فنّ التنمية الأسريّة.

2- إنّه لا بدّ من إصدار قانون ينظّم إجراءات التقاضي في مادة الأحوال الشخصية في الجزائر- إقتداء في هذا الشأن بالتشريع المصري، الذي بلغ درجة إنشاء محاكم خاصة بشؤون الأسرة منذ سنة 2004م- ذلك أنّه، وعلى الرّغم من تنظيم نصوص المواد: 433-499 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لإجراءات التقاضي في قضايا الأسرة، إلا أنّها ليست كافية في هذا الصدد.

3- ضرورة إعداد وتكوين قضاة ومحامين مؤهلين للقيام بدورهم الكامل والدقيق في مجال قضاء الأحوال الشخصية. تمهيدا لإعادة بعث ما يعرف بالقضاء الشرعي، وأنظمة المحاكم الشرعيّة المعمول به في العديد من البلاد العربية والإسلامية، بل، و الذي كان سائدا في الجزائر إلى غاية الاستقلال.

4- تفادي البدائل الغربية في قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية- ومنها الجزائر- لعدم ملامتها للنظام الاجتماعي الذي رسمه الإسلام واختلاف الفلسفة التي يقوم عليها كل منهما. مع ارتباط نظام الأحوال الشخصية بكثير من أمور العقيدة التي لا يجوز تجاوزها، كونها تمثل جوهر الإسلام. لذا فإنه يقع على المسلمين عامّة، والباحثين خاصّة أن يطلبوا الدليل الشرعي على صدق ما يقال، حتّى يتميز الحبيث من الطيّب، والباطل من الحق، ثم يكون عليهم أن يتبعوا من القول أحسنه، وأن يعملوا من الصالحات بقلب مؤمن مخلص لله وحده، وعلى كل مخلص لدينه وأمّته أن يوضح للناس أنّ هذا الدّين خير عاصم للعقل البشري من الإنحراف الفكري، وأقوى سدّ أمام الغزو الثقافي والقانوني، وأحسن حلّ لمشكلات المجتمع الإنساني.

5- وجوب الاعتناء بالأجيال الناشئة وإعدادها إعدادا كاملا يراعي الجوانب الصحية والذهنية والنفسية و السلوكية والعاطفية وفق رسالة الأمة ودينها وحضارتها، وما يراد منه تحقيقه من أهداف أو ما ينتظره من تحديات.

ولما كان الموضوع محل الدراسة متعلق بقضايا الأحوال الشخصية عموما، والزواج وانحلاله تحديدا. فإنّي أدعو إلى ضرورة نشر الثقافة الشرعية الخاصة بذلك، إذ ينبغي أن تثقّف الفتاة والشاب المسلم وكل المعنّين بأمور الزواج. وإنّي هنا أقترح أن يتمّ:

\* تدريس كتاب النكاح والطلاق من صحيح البخاري أو صحيح مسلم، أو غيرهما من كتب السنّة، إلى جانب كتاب أو كتب تُنتقى من أهل التّخصص لطلاب وطالبات المرحلة الثانوية والجامعية في الجزائر. فهذا، فضلا عن كونه من جملة الشريعة التي أمرنا بتعلّمها وتعليمها؛ فإنّه يحل الكثير من المشكلات الاجتماعية. وهذا أقل الواجب الذي ينبغي أن يطّلع به رجال التربية والتعليم حتّى يستطيع أبناؤنا مواجهة الغزو الفكري الواسع المدى بخطى ثابتة راسخة.

\* العمل على بعث، تفعيل وتكريس فكرة التّأهيل العلمي والسلوكي للمقبلين على الزواج- اقتداء ببعض الدول الإسلامية كالنموذج الماليزي، أو ما تؤديه بعض الجمعيات الناشطة في مجال التنمية الأسرية كجمعية البر الخيرية، أو مشروع ابن باز الخيري لمساعدة الشباب المقبل على الزواج وتوجيههم، في السعودية...- وذلك لما لهذا المسلك من آثار طيّبة في توعية أفراد المجتمع عموما، والشّباب تحديدا فيما يخص أحكام الأحوال الشخصية. على أن يكون

ذلك في صيغة إلزام قانوني، مثلما عليه الأمر بالنسبة للإلزام بالفحص الطبي - بل، أنه من باب الأولى.

6- إن الدعوة الإسلامية ضرورة حتمية لإنقاذ المجتمعات مما هي فيه؛ ولن يتأت هذا التبليغ الواسع إلا بعد تعبئة الوسائل المختلفة، ومن أهمها فيما أجد: الإعلام؛ فلا بد أن يكون إعلاما إسلاميا موجهها لخدمة الإسلام ودفع الشبه والشكوك عنه، ولا بد أن يكون محتويا على برامج الدعوة الإسلامية المختلفة والمتنوعة - مضمونا وأداء- مع المحافظة على سلامة العقيدة والأخلاق والقيم الإسلامية.

7- كلمة أخيرة أتوجه بها إلى المرأة المسلمة، فأقول: حذار من التردّي في المنحدر الذي تردّت فيه المرأة الغربية، وإن كانت معذورة في ذلك لأنّها لا تجد الدين القويم، ولا القانون السديد الذي يحفظ لها حقها، فما عذر المرأة العربية المسلمة وقد أنزل الله لها الدين الذي يحفظ لها كرامتها و كل ما تصبو إليه الواعية العاقلة. إننا لا نريد المرأة في البلاد العربية الإسلامية أن تردّد ما يقال دون تمحيص، لا نريد أن تملأ فكرها بكل ما يكتب، ولا أن تنساق وراء كل كاذب، وتجري وراء كل بريق خادع... إننا نريد المرأة المسلمة التي تزن الأمور بميزان السماء، وتنظر إلى الحياة من خلال كتاب الله وسنة نبيه الكريم ﷺ وتنظر وهي في الدنيا إلى الآخرة، وتتخذ من الإسلام منهجا وطريقا، ومن نساء النبي ﷺ وبناته والصالحات من المسلمات على مرّ التاريخ الإسلامي أسوة وقدوة.

وبعد، فهذا هي ذي الرسالة قد تمّت بحمد الله ومّنه وواسع كرمه، أضعها بين يدي قارئها، ولا أدعي فيها الكمال. بل، أقر بأنّه جهد المقلّ، الذي يصبو إلى التوجيه فيها:

وما بها من خطيا ومن حلل \*\*\*\* أذنت في إصلاحه لمن فعل  
لكن بشرط العلم والإنصاف \*\*\*\* فذا و ذا من أجمل الأوصاف  
والله يهدي سبل السلام \*\*\*\* سبحانه بحبله اعتصامي

فإن أصبت فمن الله، وإن كانت الأخرى، فمن نفسي والشيطان، وأستغفر الله ممّا زلّ به القلم أو شدّ به الفكر، وأسأله ﷻ أن يجعل هذا الجهد لوجهه خالصا ولعباده نافعا، وأن ينفعي به يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وأن ينفعنا بما كتبنا وقرأنا وسمعنا - والله من وراء القصد.



والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و صلى الله على نبيّنا محمّد وعلى آله وصحبه  
وسلم.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة	رقمها	الصفحة
الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ	الفاتحة	6	92
ثُمَّ بَعَثْنَاكُمْ مِنْ بَعْدِ مَوْتِكُمْ	البقرة	56	44
إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَالَّذِينَ هَادُوا وَالنَّصَارَى	البقرة	62	46
أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الْكِتَابِ وَتَكْفُرُونَ	البقرة	85	99
وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا	البقرة	143	95 , 92 , 18 , ي
وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ يُقْتَلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ	البقرة	154	41
وَلَتَبْلُوكُمْ بِشَيْءٍ مِنَ الْخَوْفِ وَالْجُوعِ	البقرة	155	11
يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ	البقرة	185	113
هُنَّ لِيَاسٍ لَكُمْ	البقرة	187	345
وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	البقرة	195	314
كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً	البقرة	213	44
وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ	البقرة	220	45
وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا	البقرة	221	276
وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ	البقرة	228	74
الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ	البقرة	229	95
تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا	البقرة	229	104
فَأِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ	البقرة	229	101
فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ	البقرة	229	361
وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ	البقرة	229	351
شَيْئًا			
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ	البقرة	230	69
وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ	البقرة	232	76

282	234	البقرة	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا
195	235	البقرة	وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ
220	237	البقرة	وَإِنْ طَلَقْتُمْوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ
363	237	البقرة	وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ
113	286	البقرة	لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا
62	62	آل عمران	إِنَّ هَذَا لَهُوَ الْقَصَصُ الْحَقُّ
266	68	آل عمران	وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ
62	79	آل عمران	مَا كَانَ لِبَشَرٍ أَنْ يُؤْتِيَهُ اللَّهُ الْكِتَابَ وَالْحُكْمَ وَالنُّبُوَّةَ
18	110	آل عمران	كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ
45	164	آل عمران	لَقَدْ مَنَّ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ إِذْ بَعَثَ فِيهِمْ رَسُولًا
50	3	النساء	ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا
88	3	النساء	فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ
361	4	النساء	وَأْتُوا النِّسَاءَ صِدْقَاتِهِنَّ نِحْلَةً
181	6	النساء	وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ
69	11	النساء	فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ
70	13	النساء	تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ
69	19	النساء	فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا
74	19	النساء	وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ
77	19	النساء	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ
88 ب,	21	النساء	مِيثَاقًا غَلِيظًا
85	22	النساء	وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ
220	24	النساء	فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ
182	25	النساء	فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ
314	29	النساء	وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ

88	34	النساء	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ
94	34	النساء	فَإِنْ أَطَعْتُمْ كُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا
89	35	النساء	إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا
69	36	النساء	وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا
313	59	النساء	فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ
ب	83	النساء	وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ
24	124	النساء	وَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ
118	143	النساء	مُذَبِّدِينَ بَيْنَ ذَلِكَ
45	146	النساء	إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَأَصْلَحُوا وَاعْتَصَمُوا بِاللَّهِ
104	176	النساء	يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا
99	3	المائدة	الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ
62	44	المائدة	إِنَّا أَنْزَلْنَا التَّوْرَةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ
63	48	المائدة	وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا
			بَيْنَ يَدَيْهِ
65	49	المائدة	وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ
			أَهْوَاءَهُمْ
267	51	المائدة	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ
			وَالنَّصَارَى
267	56	المائدة	وَمَنْ يَتَوَلَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا
36	98	الأنعام	قَدْ فَصَّلْنَا الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَفْقَهُونَ
50	83	الأعراف	فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ
76	46	الأنفال	وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا
37	65	الأنفال	قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ
50	28	التوبة	وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُعِينِكُمْ اللَّهُ
أ	32	التوبة	يُرِيدُونَ أَنْ يُطْفِئُوا نُورَ اللَّهِ
267	71	التوبة	وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ
ب، 37	122	التوبة	فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ

50	46	هود	قَالَ يَا نُوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ
227	80	هود	قَالَ لَوْ أَن لِي بِكُمْ قُوَّةٌ
226	113	هود	وَلَا تَرَكُنَّوْا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا
46	117	هود	وَمَا كَانَ رَبُّكَ لِيُهْلِكَ الْقُرَى بِظُلْمٍ
119	40	يوسف	ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ
7	5	الرعد	وَإِن تَعَجَبَ فَعَجَبٌ قَوْلُهُمْ
8	11	الرعد	إِنَّ اللَّهَ لَا يُعَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ
7	19	إبراهيم	إِن يَشَأْ يُذْهِبْكُمْ وَيَأْتِ بِخَلْقٍ جَدِيدٍ
ب	24	إبراهيم	كَشَجَرَةٍ طَيِّبَةٍ أَصْلُهَا ثَابِتٌ
70	47	إبراهيم	فَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ مُخْلِفَ وَعْدِهِ رُسُلَهُ
70	9	الحجر	إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ
195	57	الحجر	قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ
69	23	الإسراء	وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ
8	49	الإسراء	وَقَالُوا أَإِذَا كُنَّا عِظَامًا وَرُفَاتًا
74	70	الإسراء	وَأَقْدَمَ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ
63	105	الإسراء	وَبِالْحَقِّ أَنْزَلْنَاهُ وَبِالْحَقِّ نَزَلَ
105	27	الكهف	لَا مُبَدِّلَ لِكَلِمَاتِهِ
346	11	طه	فَلَمَّا أَتَاهَا نُودِيَ يَا مُوسَى
18	92	الأنبياء	إِنَّ هَذِهِ أُمَّتُكُمْ
113	78	الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ
68	115	المؤمنون	أَفْحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا
181	3	النور	الرَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً
69	30	النور	قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ
67	31	النور	وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ
250	32	النور	إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ
183	32	النور	وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ
51	170	الشعراء	فَنَجَّيْنَاهُ وَأَهْلَهُ أَجْمَعِينَ



63	210	الشعراء	وَمَا تَنْزَلَتْ بِهِ الشَّيَاطِينُ
50	7	النمل	إِذْ قَالَ مُوسَىٰ لِأَهْلِهِ إِنِّي آنستُ نَارًا
278	27	القصص	قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ
ب	20	الروم	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ
ج، 70	21	الروم	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا
9, 8	10	السجدة	وَقَالُوا أَإِذَا ضَلَلْنَا فِي الْأَرْضِ
252	21	الأحزاب	لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ
أ	35	الأحزاب	وَرَدَّ اللَّهُ الَّذِينَ كَفَرُوا بِغَيْظِهِمْ
67	36	الأحزاب	وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ
181	37	الأحزاب	فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا
181	37	الأحزاب	وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ
69	49	الأحزاب	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ
8	7	سبأ	وَقَالَ الَّذِينَ كَفَرُوا هَلْ نَدُلُّكُمْ عَلَىٰ رَجُلٍ
96	28	سبأ	وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ
8	16	فاطر	إِنْ يَشَاءُ يُدْهِبِكُمْ وَيَأْتِ بِخَلْقٍ جَدِيدٍ
180	22	الصفات	احشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ
65	26	ص	يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ
180	54	الدخان	كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ
228	18	محمد	فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ
8	15	ق	أَفَعَيَّبْنَا بِالْخَلْقِ الْأَوَّلِ
195	31	الذاريات	قَالَ فَمَا خَطْبُكُمْ أَيُّهَا الْمُرْسَلُونَ
227	39	الذاريات	فَتَوَلَّىٰ بَرَكْنَهُ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ
181	49	الذاريات	وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ
68	56	الذاريات	وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ
62	3	النجم	وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ

249	14	الصف	فَأَصْبَحُوا ظَاهِرِينَ
أ	2	الجمعة	هُوَ الَّذِي بَعَثَ فِي الْأُمِّيِّينَ رَسُولًا
104	1	الطلاق	وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ
250	4	الطلاق	وَاللَّائِي يَتُسَّنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ
69	6	التحريم	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ
90	14	الملك	أَلَّا يَعْلَمَ مَنْ خَلَقَ
92	28	القلم	قَالَ أَوْسَطُهُمْ أَلَمْ أَقُلْ لَكُمْ
63	44	الحاقة	وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ
68	36	القيامة	أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى
181	39	القيامة	فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى
180	7	التكوير	وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ
50	8	الضحى	وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
88	(أبغض الحلال عند الله الطلاق )
361	(أتردين عليه حديقته؟ )
270	(الأم أحق بنفسها من وليها)
70	(إذا أتاكم من ترضون خلقه )
316	(إذا سمعتم بالطاعون في أرض فلا تدخلوها )
308	(أنا أكبر منك )
308	(أنا عند ظن عبدي بي )
284	(إرجع إليها فقل لها )
332	(إقبل الحديقة وطلقها تطليقة )
11	(إن الإيمان يخلق في القلب )
15	(إن قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة )
70	(إن من أكمل المؤمنين إيماناً )
325	(إن من توبتي أتي أنخلع من مالي )
13	(إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة )
77	(إن المؤمن للمؤمن كالبنيان)
113	(إن هذا الدين متين )
279	(أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها )
182	(اصنعوا كل شئ إلا النكاح )
258	(آمروا النساء في بناهن )
72	(بارك الله لك وبارك عليك )
14	(بشر هذه الأمة بالسنة والرفعة )
70	(تنكح المرأة لأربع )
11	(جددوا إيمانكم )
315	(خذي عنك ثيابك )
50	(الخلق كلهم عيال الله )

258	( الثيب أحق بنفسها من وليها )
246	( رفع القلم عن ثلاث )
42	( ستكون فتن يصبح الرجل فيها مؤمنا ويمسي كافرا )
313	( السمع والطاعة حق )
6	( كان النبي ﷺ يجمع بين المغرب والعشاء )
42	( كان النبي ﷺ إذا دخل العشر )
51	( كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته )
11	( لو أنكم تكونون إذا خرجتم من عندي )
15	( ليلعن هذا الأمر ما بلغ الليل والنهار )
270	( ليس للولي مع الثيب أمر )
279	( لا تزوج المرأة المرأة )
271	( لا تنكح البكر حتى تستأذن )
271	( لا تنكح الأيم حتى تستأمر )
314	( لا توردوا الممرض على المصح )
210	( لا ضرر ولا ضرار )
314	( لا عدوى ولا طيرة )
279	( لا نكاح إلا بولي )
279	( لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل )
13	( لا يصيب أحدا من المسلمين من مصيبة )
13	( ما من مسلم تصيبه مصيبة فيقول ما أمره الله )
14	( مثل أمي مثل المطر )
77	( مثل المؤمنين في توادهم )
77	( المسلم أخو المسلم )
76	( المؤمن أخو المؤمن )
42	( من أحب سنة من سنتي )
82	( من اشترط شرطا )
314	( من أطاعني فقد أطاع الله )

345	(من خلع يدا من طاعة )
ر	(من سلك طريقا يلتمس فيه علما)
184	(من سنني النكاح )
ب	(من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين )
182	( ولدت من نكاح )
321	(النساء عندكم عوان )
270	(اليتيمة تستأمر في نفسها)
145	(يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب )
113	(يسرا ولا تعسرا )

عبد القادر للعطوم الإسلامية

فهرس الأثار

الصفحة	الأثر
335	( أتدریان ما لكما ؟... )
253	( ارجعي إليه فقولي له: أنا أخوك... )
78	( إنَّ النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء... )
254	( تزوج فإن خير هذه الأمة أكثرها نساء )
251	( تزوجني النبي ﷺ وأنا بنت ست سنين... )
73	( تزوجني النبي ﷺ فأتني أمي... )
367	( عدتها عدة المطلقة )
271	( لا تنكح الأيم حتى تستأمر )
82	( هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ )
113	( ما خير النبي ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما )



## فهرس المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

1. أبحاث في مقاصد الشريعة- نور الدين الخادمي- مؤسسة المعارف- بيروت- ط1- سنة 2008.
2. أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة- محمد نعيم ياسين- دار النفائس- الأردن- ط2- سنة 1999.
3. أثر الاجتهاد الفقهي والقضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400- عبد الله أبو عوض- دار الأمان- الرباط- ط1- سنة 2011.
4. أثر الاختلاف في القواعد الأصولية- مصطفى الحن- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط1- سنة 2009.
5. الإجماع على الزواج- مجمع الفقه الإسلامي بالهند- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 2007.
6. الاجتهاد الاستصلاحي- نور الدين عباسي- دار ابن حزم- بيروت- ط1- سنة 2007.
7. الاجتهاد في الشريعة الإسلامية - يوسف القرضاوي- دار العلم- الكويت - ط1- سنة 1985.
8. الاجتهاد والتجديد في الفكر الإسلامي المعاصر- سعيد شبار- المعهد العالمي للفكر الإسلامي- الولايات المتحدة الأمريكية- ط1- سنة 2007.
9. الاجتهاد القضائي وفقاً لأحكام قانون الأسرة- عمر بن سعيد- دار الهدى- الجزائر- دط- سنة 2004.
10. الإحسان بترتيب صحيح بن حبان- علاء الدين علي بن بلبان- مؤسسة الرسالة- بيروت- سنة 1991.
11. أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام- ابن دقيق العيد- دط- دت.
12. أحكام الأحوال الشخصية- محمد يوسف موسى- دار الكتاب العربي- القاهرة- ط1- سنة 1956.
13. أحكام الأحوال الشخصية- عبد الوهاب خلاف- دار القلم- الكويت- ط2- سنة 1990.

14. أحكام الأحوال الشخصية-عبد العظيم شرف الدين-الدار الدولية للاستثمارات الثقافية- القاهرة- ط1- سنة 2003.
15. أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب- سالم الرفاعي- دار ابن حزم- بيروت- سنة 2002.
16. الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي- محمد لبن لوعيل- دار هومة- الجزائر- دط- سنة 2010.
17. الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية- محمد محدة- دار الشهاب- باتنة- دط- دت.
18. أحكام الأسرة- علي السيد الشرنباصي- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ط1- سنة 2007.
19. أحكام الأسرة- جابر عبد الهادي الشافعي- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ط1- سنة 2007.
20. أحكام الأسرة- عبد القادر داودي- دار البصائر- الجزائر- دط- سنة 2010.
21. أحكام الأسرة في الإسلام- محمد سلام مذكور- دار النهضة العربية- القاهرة- ط2- سنة 1969.
22. أحكام الأسرة- أحمد فراج حسين- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية- ط1- سنة 1998.
23. أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية- زكريا البري- دار النهضة العربية- القاهرة- دط- دت.
24. أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية- سلمان نصر وسعاد سطحي- دار الهدى- الجزائر- ط1- سنة 2002.
25. أحكام الخلع- تقي الدين الهلالي- المكتب الإسلامي- بيروت- ط2- سنة 1984.
26. أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية- عامر الزبياري- دار ابن حزم- بيروت- ط1- سنة 1997.
27. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية- عبد الرحمن الصابوني- مكتبة الفلاح- الكويت- ط1- سنة 1987.
28. أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية- أحمد فراج- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية- ط1- سنة 2004.
29. أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة- عمر سليمان الأشقر- دار النفائس- الأردن- ط2- سنة 1999.

30. أحكام الزواج في مدونة الأحوال الشخصية- مقارنة بين دول المغرب العربي- الفاخوري إدريس - مركز الخدمات المتحدة للطباعة- الدار البيضاء - ط1 - سنة 1993.
31. الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية- زكي الدين شعبان- منشورات جامعة قاريونس- بنغازي- ليبيا- ط6- سنة 1996.
32. الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية- محمد قدرى باشا- شرح: محمد زيد الأبياني- دار السلام- القاهرة- ط1- سنة 2006.
33. أحكام القرآن - أبو أحمد بن عبد الله ابن العربي - دار الفكر- بيروت - دط- دت .
34. أحكام القرآن للإمام الشافعي- أبو بكر أحمد البيهقي- دار الكتب العلمية- بيروت- دط- سنة 1980.
35. أحكام القرآن- أبو بكر أحمد الجصاص- دار الكتاب العربي- بيروت- ط1- سنة 1995.
36. الإحكام في أصول الأحكام- أبو محمد بن حزم- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1998.
37. الإحكام في أصول الأحكام- سيف الدين الآمدي - دار الكتب العلمية- بيروت- دط- سنة 1983.
38. أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية- عمر عبد الله- دارالمعارف-القاهرة- ط5- سنة 1965.
39. أحكام الهندسة الوراثية- سعد بن عبد العزيز الشويرخ- دار كنوز إشبيليا-الرياض-ط1- سنة 2007.
40. الأحوال الشخصية- محمد أبو زهرة- دار الفكر العربي- القاهرة- ط3- سنة 1957.
41. الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية- محمد حسين الذهبي- دارالحديث- القاهرة دط- سنة 2010.
42. إحياء علوم الدين- أبو حامد الغزالي - دار الحديث- القاهرة - دط- سنة 2004.
43. اختلاف الدارين وأثره في أحكام المناكحات والمعاملات- إسماعيل لطفى فطاني- دار السلام- القاهرة ط2- سنة 1998.
44. الأدب المفرد- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري- دار الكتب العلمية- بيروت- ط2- سنة 2002.

45. إرشاد الفحول- محمد بن علي الشوكاني - مؤسسة الكتب الثقافية- بيروت- ط1- سنة 1993.
46. إرواء الغليل- محمد ناصر الدين الألباني-المكتب الإسلامي-بيروت- ط2- سنة 1985.
47. الأزمات الزوجية وحماية الزواج- نور الدين أبو لحية-دار الكتاب الحديث- القاهرة- دط- سنة 2009.
48. أسباب النزول- أبو الحسن النيسابوري- دار الكتب العلمية-بيروت-ط1-سنة 1982.
49. أسباب النزول- جلال الدين السيوطي- مكتبة الثقافة الدينية- القاهرة- دط- سنة 2004.
50. الاستذكار- ابن عبد البر القرطبي- دار الوعى- القاهرة- ط1- سنة 1993.
51. الأسرة السعيدة وأسس بنائها- علي الشرجبي- دار اليمامة- دمشق- ط1- سنة 2001.
52. الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري- بلخير سديد- دارالخلدونية- الجزائر- سنة 2009.
53. الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم 100 لسنة 1985- عبد الناصر توفيق العطار - المؤسسة العربية الحديثة- القاهرة- دط- سنة 1985.
54. الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة- البهي الخولي- دار البشير- طنطا- ط1- سنة 2000.
55. الإسلام روح المدنية القادم- مصطفى الغلاييني- المكتبة العصرية- بيروت- دط- سنة 1960.
56. الإسلام شريعة الزمان والمكان- عبد الله ناصح علوان- دار السلام- القاهرة- ط9- سنة 2011.
57. الإسلام وضرورة التغيير- محمد عمارة- كتاب العربي- الكويت- جويلية 1997.
58. الإسلام عقيدة وشريعة- محمود شلتوت- دار الشروق- القاهرة- ط20- سنة 2010.
59. الإسلام في قفص الاتهام- أبو الخليل شوقي- دار الفكر- دمشق- ط5- سنة 1982.
60. الإسلام مقاصده وخصائصه- محمد عقله- مكتبة الرسالة- عمان- ط2- سنة 1991.
61. الإسلام وقضايا المرأة المعاصرة- البهي الخولي- دار القلم- الكويت- ط5- سنة 1984.
62. إسلامنا- السيد سابق - دار الكتاب العربي- بيروت- دط- دت.
63. الأشباه والنظائر- زين الدين بن نجيم - دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1993.

64. الإشراف على نكت مسائل الخلاف-عبد الوهاب القاضي المالكي-دار بن حزم-بيروت-ط1-سنة 1999.
65. الإصابة في تمييز الصحابة- ابن حجر العسقلاني- مطبعة المثنى- بيروت- ط1-دت.
66. أصول التشريع- بنتام- ترجمة: أحمد أفندي، فتحي زغلول- المطبعة الأميرية العامة- القاهرة- دط- دت.
67. أصول التنفيذ والحجز التنفيذي على المنقول والعقار وفقا لقانون 08-09- عبد الرزاق بوضياف- دار الهدى- الجزائر- ط1-سنة 2012.
68. أصول الدعوة- عبد الكريم زيدان- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط3- سنة 1993.
69. أصول الفقه الإسلامي- وهبة الزحيلي- دار الفكر- دمشق- ط1- سنة 1986.
70. أصول الفقه الإسلامي- زكي الدين شعبان- منشورات جامعة قاريس- ليبيا- ط5- سنة 1989.
71. أصول القانون- عبد المنعم فرج الصدة- دار النهضة العربية- بيروت- سنة 1978.
72. أضواء البيان- محمد الأمين الشنقيطي- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1996.
73. إعلام الموقعين عن رب العالمين- محمد بن أبي بكر بن القيم- دار الفكر- بيروت- ط2- سنة 2003.
74. الأعمال الكاملة لقاسم أمين- محمد عمارة- دار الشروق- القاهرة- ط2- سنة 2006.
75. الإعلان المشروع والمنوع في الفقه الإسلامي- مساعد بن محمد الفاتح- دار العاصمة- الرياض- ط1 سنة 1995.
76. إنشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي- علي محمد علي أحمد- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- ط1- سنة 2007.
77. آليات الاجتهاد- علي جمعة- دار الرسالة- القاهرة- ط1- سنة 2004.
78. الأم- محمد بن إدريس الشافعي- دار المعرفة- بيروت- دط- دت.
79. الأمراض المنتقلة عبر الجنس- سبيرو فاخوري- دار العلم للملايين- بيروت- ط1- سنة 1991.
80. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف- المرادوي علاء الدين- دار إحياء التراث العربي- بيروت ط2- سنة 1986.

81. الأنكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة - عادل أحمد عبد الموجود - دارالكتب العلمية - بيروت - ط 1 سنة 2005.
82. الأهلية وعوارضها - جمعة سمحان الهلباوي - دار الهدى - عين مليلة - الجزائر - دط - سنة 1993.
83. الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري - حسين طاهري - دار الخلدونية - الجزائر - ط 1 - سنة 2009.
84. إيضاح البيان - السالمي - مكتبة الإمام نور الدين السالمي - مسقط - سلطنة عمان - دط - دت.
85. البجيرمي علي الخطيب - سليمان الشافعي البجيرمي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط 1 - سنة 1996.
86. البحر الرائق شرح كتر الدقائق - زين الدين بن نعيم - دار الكتب العلمية - بيروت - ط 2 - سنة 1997.
87. البحر الزخار - أحمد بن يحيى بن المرتضى - دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - دط - دت.
88. بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله - فتحي الدريني - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط 2 - سنة 2008.
89. بحوث وفتاوى في قضايا معاصرة - جاد الحق علي جاد - دار الحديث - القاهرة - دط - سنة 2004.
90. بدائع الصنائع - علاء الدين الكاساني - دار الكتاب العربي - بيروت - ط 2 - سنة 1982.
91. بداية المجتهد - أبو الوليد محمد بن رشد - دار الكتب الحديثة - القاهرة - دط - دت.
92. بذل المجهود في حل أبي داود - خليل أحمد السهارنفوري - دار اللواء - الرياض - دط - دت.
93. بلغة السالك لأقرب المسالك أحمد الصاوي - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
94. بناء الأسرة المسلمة - جبر محمود الفضيلات - دار الشهاب - باتنة - الجزائر - ط 1 - سنة 1987.
95. بناء الشخصية الإسلامية المعاصرة - باسمه بسام العسلي - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
96. البيان والتحصيل - أبو الوليد محمد بن رشد - دار الغرب الإسلامي - بيروت - ط 2 - سنة 1988.
97. تاج العروس - أبو الفضل محمد الزبيدي - دار الفكر - بيروت - سنة 1994.



98. التاج المذهب لأحكام المذهب - العنسي أحمد بن قاسم - مكتبة اليمن الكبرى - صنعاء - دط - دت.
99. تاريخ الأمم والملوك - أبو جعفر بن جرير الطبري - مؤسسة عز الدين للطباعة - بيروت - دط - دت.
100. تاريخ التشريع الإسلامي - مناع القطان - مكتبة وهبة - القاهرة - ط4 - سنة 2009.
101. تاريخ التشريع الإسلامي - محمد الخضري - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
102. تاريخ التشريع الإسلامي - علي محمد معوض وعادل عبد الموجود - دارالكتب العلمية - بيروت ط1 - سنة 2000.
103. تاريخ الفقه الإسلامي - محمد علي السائس - دارالكتب العلمية - بيروت - ط1 - سنة 1989.
104. تاريخ الفقه الإسلامي - عمر سليمان الأشقر - دار النفائس - الأردن - ط3 - سنة 1993.
105. تبصير النجباء بحقيقة الاجتهاد والتقليد والتلفيق والإفتاء - محمد إبراهيم الحفناوي - دار الحديث القاهرة - ط1 - سنة 1995.
106. تبين الحقائق - فخر الدين بن علي الزيعلي - دار الكتاب الإسلامي - القاهرة - طبعة الأوفست - دت.
107. تجديد التفكير الديني في مسألة المرأة - زكي الميلاد - المركز الثقافي العربي - المغرب - ط1 - سنة 2001.
108. تجديد الفقه الإسلامي - جمال عطية - دار الفكر - دمشق - ط2 - سنة 2002.
109. التجديد في الفقه الإسلامي - وهبة الزحيلي - دار الفكر - دمشق - ط2 - سنة 2002.
110. التجديد في الفقه الإسلامي - محمد الدسوقي - دار المدار الإسلامي - بيروت - ط1 - سنة 2006.
111. تجديد الفكر الإسلامي - حسن الترابي - دار البعث - قسنطينة - ط1 - سنة 1982.
112. تجديد المنهج في تقويم التراث - طه عبد الرحمن - المركز الثقافي العربي - المغرب - ط1 - سنة 1994.
113. تحديد السنن في الزواج - محمد الفقي المغاوري - مكتبة الوفاء القانونية - الإسكندرية - ط1 - سنة 2011.
114. التحدث بنعمة الله - جلال الدين السيوطي - المطبعة العربية الحديثة - دم - دط - دت.

115. التحرير والتنوير- الطاهر ابن عاشور- الدار التونسية للنشر- تونس- ط 4- سنة 1984.
116. تحرير المرأة- قاسم أمين- الأونيس للنشر- الجزائر- ط 1- سنة 1988 .
117. تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى- محمد المبار كفورى - دار الفكر- بيروت- ط 3- سنة 1979.
118. تحفة الفقهاء- علاء الدين السمرقندى- دار الكتب العلمية- بيروت- ط 2- سنة 1993.
119. تحفة المودود بأحكام المولود- محمد بن أبى بكر بن القيم - دار ابن القيم- الرياض- ط 1- سنة 2003.
120. التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة- جميل فخري محمد جانم- دار الحامد- الأردن- ط 1 سنة 2009.
121. تشريعات البلاد العربية بين القوانين الغربية والشريعة الإسلامية- محمد عبد الجواد محمد- معهد الدراسات الإضافية- جامعة الخرطوم- دط- سنة 1966.
122. التشريع الإسلامى والغزو القانونى الغربى للبلاد الإسلامية- ساجر ناصر حمد الجبورى- دار الكتب العلمية- بيروت- ط 1- سنة 2005.
123. التشريع الجنائى الإسلامى- عبد القادر عودة- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط 14- سنة 2001.
124. التعسف فى استعمال الحق فى الأحوال الشخصية- عيبر القدومى- دار الفكر- الأردن- ط 1 سنة 2007.
- 125.
126. التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية- نورة منصورى- دار الهدى- الجزائر- دط- 2010.
127. التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم 1 لسنة 2000- أحمد نصر لجندي- دار الكتب القانونية- القاهرة- ط 1- سنة 2001.
128. التعليقات الرضية على الروضة الندية- صديق حسن خان- القاهرة- ط 1- سنة 1999.
129. تعليل الأحكام- محمد مصطفى شلى- دار النهضة العربية- بيروت- ط 2- سنة 1981.

130. تغير الأحكام في الشريعة الإسلامية- إسماعيل كوكسال- مؤسسة الرسالة-بيروت- ط1- سنة2000.
131. تغير الظروف وأثره في تغيير الأحكام في الشريعة الإسلامية-محمد قاسم المنسي-دار السلام- القاهرة ط1- سنة2010.
132. التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء دراسة مقارنة-شوقي إبراهيم عبد الكريم علام- مكتبة الوفاء القانونية- القاهرة- ط1- سنة 2010.
133. تفسير البحر المحيط- محمد بن يوسف أبو حبان الأندلسي- دار الفكر- دمشق- ط2- سنة 1983.
134. تفسير القرآن الحكيم - محمد رشيد رضا- دار المعرفة- بيروت- دط- دت.
135. تفسير القرآن العظيم- أبو الفداء إسماعيل بن كثير- دار ابن حزم- بيروت- ط1- سنة 2002.
136. تفسير القرآن العظيم- ابن أبي حاتم بن ادريس الرازي- المكتبة العصرية-بيروت-ط2- سنة 1999.
137. التفسير الكبير ومفاتيح الغيب- فخر الدين محمد الرازي- دار الفكر- بيروت- دط- سنة 1995.
138. تفسير آيات الأحكام- محمد علي السائيس- دن- دط- دت.
139. تقارير وملاحظات على مدونة الأحوال الشخصية الجزائرية- عمار مهري- دار البعث- قسنطينة ط1- سنة 1984.
140. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني - مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة- دط- سنة1979.
141. التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول- جابر عبد الهادي سالم الشافعي- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية- دط- سنة2005.
142. التلويح على التوضيح- سعد الدين التفتزاني- دار الكتب العلمية-بيروت- ط1- دت.
143. التمهيد- ابن عبد البر القرطبي- وزارة الشؤون الدينية- المغرب- ط1- سنة1981.
144. التنظير الفقهي- جمال الدين عطية- دار الفكر- دمشق- ط1- سنة1987.
145. تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان- عبد الرحمن بن ناصر السعدي- مكتبة النبلاء- الرياض ط1- سنة2000.

146. جامع البيان في تفسير القرآن- أبو جعفر بن جرير الطبري- دار الفكر- بيروت- دط- سنة 1978.
147. الجامع لأحكام القرآن- القرطبي ابو عبد الله- دار الكتاب العربي- بيروت- دط- دت.
148. الجواهر الحسان في تفسير القرآن الكريم- عبدالرحمان بن مخلوف الثعالبي- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر- دط- سنة 1985.
149. حاشية الدسوقي على شرح الكبير- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي- دار الفكر- بيروت- دط- دت.
150. حاشية الشرواني- عبد الحميد الشرواني- دار إحياء التراث العربي- بيروت- دط- دت.
151. حاشية العدوي- علي الصعيدي العدوي- دار المعرفة- بيروت- دط- دت.
152. حاشية رد المختار على الدر المختار- محمد الأمين بن عابدين- دار الفكر- بيروت- ط2- سنة 1966.
153. حاشيتا القليوبي وعميرة على منهاج الطالب- القليوبي وعميرة- دار الفكر- بيروت- دط- دت.
154. الحث على الزواج والتبكير به- أبو عاصم همامي- دار الهدى- الجزائر- دط- سنة 2011.
155. حجة الله البالغة- ولي الله الدهلوي- دار التراث- القاهرة- دط- دت.
156. حركة تحديد النسل- أبو الأعلى المودودي- دار الشهاب- باتنة- دط- سنة 1988.
157. حركات تحرير المرأة من المساواة إلى الجندر- مثنى أمين الكردستاني- دار القلم- الكويت- ط2 سنة 2011.
158. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده- فتحي الدريني- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط3- سنة 1984.
159. حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية- إبراهيم أحمد النجار- مكتبة دار الثقافة- الأردن- دط- سنة 1995.
160. الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية- نصر الدين ماروك- الجزائر- دط- سنة 2003.
161. الحيل الفقهيّة- ضوابطها وتطبيقاتها على الأحوال الشخصية- صالح بوبشيش- مكتبة الرشد- الرياض ط1- سنة 2005.

162. خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم - فتحي الدريني - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط 2 سنة 1987.
163. الخصائص العامة للإسلام - يوسف القرضاوي - مكتبة وهبة - القاهرة - ط 6 - سنة 2003.
164. خلف الحجاب - سناء المصري - سينا للنشر - دم - ط 1 - سنة 1989.
165. حكمة التشريع وفلسفته - علي أحمد الجرجاوي - دار الفكر - بيروت - ط 1 - سنة 1961.
166. الخرشبي علي مختصر سيدي خليل - الخرشبي - دار الفكر - بيروت - ط 1 - دت.
167. خصائص التصور الإسلامي ومقوماته - سيد قطب - دار الشروق - القاهرة - ط 12 - سنة 1993.
168. خصائص المجتمع الإسلامي - محمد عبد الله الخطيب - دار الصديقية - الجزائر - ط 1 - دت.
169. الخطبة والزواج - محمد محدة - مطابع عمار قرني - باتنة - ط 2 - سنة 1994.
170. الخطبة كمقدمة وتمهيد لعقد الزواج - سامح سيد محمد - دار أبوالمجد - القاهرة - ط 1 - سنة 2000.
171. خطبة النكاح - عبد الرحمن عتر - مكتبة المنار - عمان - الأردن - ط 1 - سنة 1985.
172. الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق - عبد القادر بن حوز الله - دار الخلدونية - الجزائر - ط 1 - سنة 2007.
173. الخلع والزواج العربي - شريف كمال عزت - دار التقوى - القاهرة - ط 1 - سنة 2000.
174. الدرّ المنثور في التفسير بالمأثور - جلال الدين السيوطي - دار الفكر - بيروت - ط 1 - سنة 1983.
175. دراسات في الأحوال الشخصية - محمد بلتاجي - دار السلام - القاهرة - ط 1 - سنة 2006.
176. دراسات في عقد الزواج - محمد بلتاجي - مكتبة الشباب - القاهرة - ط 1 - سنة 1992.
177. دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة - محمد عثمان شبيب - دار النفائس - الأردن - ط 1 - سنة 2001.
178. دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة - يوسف دلاندة - دار هومة - الجزائر - ط 3 - سنة 2011.
179. ديوان الإمام الشافعي - دار البلاغ - الجزائر - ط 1 - سنة 2002.
180. الذخيرة - شهاب الدين القرافي - دار المغرب الإسلامي - بيروت - ط 1 - سنة 1994.

181. الرحيق المختوم - صفي الرحمن المباركفوري - دار الفكر - بيروت - ط1 - سنة 2003.
182. الرد على من أخلد إلى الأرض وقال أن الاجتهاد في كل عصر ليس بفرض - جلال الدين السيوطي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - سنة 1983.
183. روح المعاني - أبو الفضل الألويسي - دار الفكر - بيروت - دط - سنة 1978.
184. روضة الطالبين - أبو زكريا النووي - دار الكتب العلمية - بيروت - دط - دت.
185. زاد المعاد في هدي خير العباد - محمد بن أبي بكر بن القيم - طبعة: - دار إحياء التراث العربي - بيروت - ط1 - سنة 2001 .
- دار ابن حزم - بيروت - ط2 - سنة 2005.
186. الزرقاني على خليل - عبد الباقي الزرقاني - دار الفكر - بيروت - ط1 - سنة 1946.
187. الزواج العربي - عبد المالك المطلق - دار العاصمة - الرياض - ط2 - سنة 2009.
188. الزواج العربي - إبراهيم عبده الشرقاوي - مكتبة الصفا - القاهرة - ط1 - سنة 2005.
189. الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي - محمد كمال الدين إمام - الدار الجامعية - بيروت - دط - دت .
190. الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية - جيلالي تشوار - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - دط - سنة 2001.
191. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري - عبد العزيز سعد - دارالبعث - قسنطينة - ط2 - سنة 1989.
192. الزواج والطلاق والتعدد بين الأديان والقوانين ودعاة التحرر - زكي علي أبوغضة - ط1 - سنة 2004.
193. الزواج والطلاق وتعدد الزوجات في الإسلام - غسان عشنا - دار الساقى - بيروت - ط1 - سنة 2004.
194. الزواج في الشريعة الإسلامية - علي حسب الله - دار الفكر العربي - القاهرة - دط - سنة 1971.
195. الزواج ومقارنته بقوانين العالم - زهدي يكن - المكتبة العصرية - بيروت - ط2 - دت.
196. سبل السلام - محمد إسماعيل الأمير الصنعاني - دار الحديث - القاهرة - دط - دت.
197. سرّ تأخر العرب والمسلمين - محمد الغزالي - دار الصحوة - القاهرة - ط1 - سنة 1985.



198. سلسلة الأحاديث الصحيحة- ناصر الدين الألباني - المكتب الإسلامي- بيروت- ط4- سنة1985.
199. سلسلة الأحاديث الضعيفة-الألباني محمد ناصرالدين-المكتب الإسلامي-بيروت-ط5- سنة 1985.
200. سلسلة البحوث الاجتماعية- عمر رضا كحالة- الزواج- مؤسسة الرسالة- بيروت- ط2- سنة1985.
201. سنن أبي داود- سليمان بن الأشعب أبو داود - مكتبة مصطفى الباي الحلبي وأولاده- القاهرة- ط1- سنة 1952.
202. سنن الترمذي- محمد بن عيسى الترمذي:  
- دار الفجر للتراث- القاهرة- ط1- 2011.  
- دار الكتب العلمية- بيروت- ط3- سنة 1995.
203. سنن الدار قطني-أبو الحسن الدارقطني- عالم الكتب-بيروت-ط4- سنة 1986.
204. سنن الدارمي- أبو محمد الدارمي-دار الكتاب العربي-بيروت-ط1- سنة 1987.
205. السنن الكبرى- أبو بكر أحمد البيهقي - دار الفكر- بيروت- دط- دت.
206. السنن- أبو عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه - دار الفكر- بيروت- دط- دت.
207. السياسة الشرعية في ضوء نصوص الشريعة ومقاصدها- يوسف القرضاوي- مكتبة وهبة- القاهرة- ط1- سنة 1998 .
208. السيرة النبوية- ابن هشام عبد الملك المعافري-دار الفكر- بيروت-دط- دت.
209. شذرات الذهب- أبو الفلاح الحنبلي- ابن العماد- دار ابن كثير- دمشق- ط1- سنة 1992.
210. شرح التنبيه- جلال الدين السيوطي- دار الفكر- بيروت- ط1- سنة 1996.
211. شرح إجراءات محكمة الأسرة- حسن حسن منصور-دم- دط- دت.
212. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك- ابن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني -دار الكتب العلمية-بيروت-ط1- سنة 1990.
213. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- عثمان التكريوي-دار الثقافة- الأردن- ط1.
214. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- محمود السرطاوي- دار الفكر- الأردن- ط2- سنة 1996.

215. شرح السنة- أبو محمد الحسين البغوي- المكتب الإسلامي- بيروت- دط- سنة 1980.
216. الشرح الصغير- أحمد بن محمد الدردير- دار الفكر- بيروت- دط- دت.
217. شرح العناية على الهداية - أكمل الدين محمد البابرتي - دار الفكر- ط2- دت.
218. الشرح الكبير على متن المقنع- شمس الدين أبو الفرج ابن قدامة - مطبوع مع كتاب المغني لابن قدامة موفق الدين.
219. شرح المجلة- سليم رستم- دار الكتب العلمية- بيروت- ط3- سنة 1305هـ.
220. شرح النيل وشفاء العليل- أحمد بن يوسف أطفيش - مكتبة الإرشاد- جدة- دط- دت.
221. شرح حدود بن عرفة- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع- دار الغرب الإسلامي- بيروت- ط1- سنة 1993.
222. شرح صحيح مسلم- أبو عبد الله الآبي- مكتبة طبرية- الرياض- دط- دت.
223. شرح فتح القدير على الهداية- كمال الدين بن الهمام - دار الفكر- بيروت- ط2- دت.
224. شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية- عبدالرحمن بربارة - منشورات بغدادي- الجزائر- ط1 سنة 2009.
225. شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985- أنور العمروسي- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- ط1- سنة 1989.
226. شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج والنحلاله- مصطفى السباعي - المكتب الإسلامي دمشق ط7- سنة 1997.
227. شرح قانون الأحوال الشخصية- عبد الرحمن الصابوني - المطبعة الجديدة- دمشق- ط5- سنة 1997.
228. شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- عثمان التكروي- دار الثقافة للنشر- الأردن- سنة 2004.
229. شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق- فضيل سعد- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر- ط1 - سنة 1986.
230. شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل- الرشيد بن شويخ- دار الخلدونية- الجزائر- ط1- سنة 2008.

231. شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية- شهوبون عبدالكريم- ط3- سنة 2000.
232. شريعة الإسلام-خلودها وصلاحياتها للتطبيق في كل زمان ومكان- يوسف القرضاوي- دار الشهاب باتنة- ط1- سنة1988.
233. الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية- ابن حماد الجوهري- دار العلم للملايين- بيروت- سنة 1994.
234. صحيح البخاري-أبو عبدالله محمد البخاري-دار ابن حزم-القاهرة-ط01-سنة2010.
235. صحيح ابن حبان- محمد بن حبان- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1987.
236. صحيح مسلم-ابن الحسين بن الحجاج القشيري مسلم- القاهرة-ط01- سنة2010.
237. صحيح مسلم بشرح النووي- أبو زكريا النووي- دار الفكر- بيروت- د ط- دت.
238. صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر- باديس ذيابي-دار الهدى- الجزائر دط- سنة2007.
239. الضمان في الفقه الإسلامي- علي الخفيف-المطبعة الفنية الحديثة- مصر-دط- 1971.
240. الضوء المنير على التفسير- محمد بن أبي بكر بن القيم- مكتبة دار السلام الرياض- دط- دت .
241. الضوابط الشرعية لنكاح المسلم الكتابية- عطية فياض- دارالنشرللجامعات-القاهرة- ط1- سنة2002.
242. ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية- محمد سعيد البوطي - مؤسسة الرسالة- ط1- سنة2001.
243. الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حال العدول عنها- توفيق حسن فرح- مطبعة جامعة الإسكندرية- دط- سنة 1963.
244. الطلاق بين تعسف المطلق وتفريق القاضي- تيسير رجب التميمي- دار الفكر العربي- القاهرة ط1- سنة 2009.
245. طرق التنفيذ في قانون الإجراءات المدنية الجزائري-محمد حسنين-ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر ط5- سنة2006.
246. طرق التنفيذ- العربي الشحط عبد القادر ونبيل صقر- دار هومة- الجزائر- ط 1- سنة 2007.

247. طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09- عبد الرحمان بربارة - منشورات بغدادي- الجزائر- ط1- سنة 2009.
248. طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في: 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية- عمر حمدي باشا - دار هومة- الجزائر- د ط- سنة 2012.
249. الطرق الحكمية في السياسة الشرعية - محمد بن أبي بكر بن القيم - تحقيق محمد حامد الفقي- دار الكتب العلمية بيروت- ط1- سنة 1953.
250. طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية- نجم الدين أبو حفص النسفي - دار النفائس- بيروت- ط1 سنة 1995.
251. عارضة الأحوذى شرح صحيح الترمذي- ابن العربي- دار الكتاب العربي- دط- د ت.
252. العدالة الاجتماعية في الإسلام- سيد قطب- دار الشروق- القاهرة- ط12- سنة 1989.
253. عدة الصابرين- محمد بن القيم- إحياء التراث العربي- بيروت- ط5- سنة 1983.
254. العدوى بين الطب وحديث المصطفى- محمد علي البار- الدار السعودية- الرياض- ط5- سنة 1985.
255. العصرانيون بين مزاعم التجديد ومبادئ التغريب- محمد حامد الناصر- مكتبة الكوثر- الرياض- ط1- سنة 1996.
256. عقد الزواج- عيسى حداد- منشورات جامعة باجي مختار- عنابة - دط- سنة 2006.
257. عقد الزواج وآثاره- محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي- القاهرة- دط- سنة 2011.
258. العقل الفقهي معالم وضوابط - نوار بن الشلي- دار السلام- القاهرة- ط1- سنة 2008.
259. علم أصول الفقه- عبد الوهاب خلاف - دار الحديث- القاهرة- ط7- سنة 2003.
260. علم الشروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته- محمد بن عبد الله بن محمد العامر- الدار السعودية للنشر والتوزيع- جدة- ط1- سنة 2004.
261. عمدة التحقيق في التقليد والتلفيق- محمد سعد الباني- المكتب الإسلامي- دم- دط- دت.
262. عمدة القاريء شرح صحيح البخاري- العيني البدر- دار الفكر- بيروت - دط - دت

263. العمدة في الفقه الحنبلي - موفق الدين بن قدامة - تحقيق محمد أنور زهراء - الدار المتحدة - دمشق ط1 - سنة 1990.
264. عناية القرآن والسنة بمشاعر المرأة - مها يوسف الجار الله - دار ابن حزم - بيروت - ط1 - سنة 2008.
265. الفتاوى الكبرى - أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية - دار المعرفة - بيروت - دط - دت.
266. الفتاوى - دراسة لمشكلات المسلم المعاصر - محمود شلتوت - دار الشروق - القاهرة - ط6 - سنة 1991.
267. فتح الباري - أحمد بن حجر العسقلاني - دار السلام - الرياض - ط3 - سنة 2000 .
268. فتح القدير - محمد بن علي بن محمد الشوكاني - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - سنة 1994.
269. الفحص الطبي قبل الزواج - صفوان محمد عضيات - دار الثقافة - عمان - الأردن - ط1 - سنة 2009.
270. الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة - دار الفكر الجامعي الإسكندرية - ط1 - 2008.
271. الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج - يوسف بلتو الأشقر - دار زهران - الأردن - دط - سنة 2000.
272. الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج - فتن البوعيشي الكيلاني - دار النفائس - الأردن ط1 - سنة 2011.
273. الفروع - أبو عبد الله محمد المقدسي بن مفلح - عالم الكتب - بيروت - ط1 - سنة 1984 .
274. الفروق - شهاب الدين بن العباس القرافي - عالم الكتب - بيروت - دط - دت.
275. الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة - عبد الله العسيلي - دار النفائس - الأردن - ط1 - سنة 2011.
276. فقه الأحوال الشخصية في الميراث والوصية - هاني الطعيمات - دار النفائس - الأردن - ط1 - سنة 2009.

277. الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد-عبد الله الجبوري-دار النفائس-الأردن- ط1- سنة 2005.
278. الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد-يوسف القرضاوي-مكتبة وهبة-القاهرة-ط2- سنة 1999.
279. الفقه الإسلامي وأدلته- وهبة الزحيلي - دار الفكر- دمشق- ط2- سنة 1985.
280. الفقه الإسلامي في طريق التجديد-محمد سليم العوا-سفير الدولية للنشر-القاهرة-ط3- سنة 2006.
281. فقه السنة- السيد سابق- دار الفتح للأعلام العربي- القاهرة- ط21- سنة 1999.
282. الفقه المقارن للأحوال الشخصية- بدران أبو العنين بدران- دار النهضة العربية- بيروت-دط- دت.
283. فقه الوسطية الإسلامية والتجديد- يوسف القرضاوي-دار الشروق- القاهرة- ط1- سنة 2010.
284. فلسفة التشريع في الإسلام- صبحي الحمصاني- دار العلم للملايين- بيروت- ط3- سنة 1961.
285. الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني- أحمد بن سالم النفراوي- دار الفكر- بيروت-دط- دت.
286. فيض التقدير شرح الجامع الصغير- المناوي عبد الرؤوف- دار الفكر- بيروت- ط2- سنة 1972.
287. في الصياغة التشريعية- كمال الدين إمام- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- دط- سنة 1997.
288. في فقه التدين فهما وتزيلا- عبد المجيد النجار- كتاب الأمة- قطر- دط- العدد 23- سنة 1990.
289. في منهجية التقنين- كمال الدين إمام- دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- دط- سنة 1997.
290. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد- سائح سنقوقة- دار الهدى- الجزائر- دط- سنة 2011.



291. قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين- محمد حسين منصور- منشورات الحلبي الحقوقية- مصر- دط- دت.
292. قانون الأسرة- عبد الفتاح تقيّة- دار الكتاب الحديث- دم- ط1- سنة 2010.
293. قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء- الغوثي بن ملحّة- ديوان المطبوعات الجامعية- ط2- سنة 2008.
294. قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا- نبيل صقر- دار الهدى- الجزائر- د ط- سنة 2006.
295. قانون الأسرة مدعمّ باجتهادات المحكمة العليا مع تعديلات 2005- فضيل العيش- ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر- ط2- دت.
296. قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات- أحمد شامي- دارالجامعة الجديدة- الإسكندرية- دط سنة 2010.
297. قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد- عبد العزيز سعد- دار هومة- الجزائر- ط 4- سنة 2010.
298. قانون الأسرة والمقترحات البديلة- شمس الدين بوروي- دار الأمة- الجزائر- ط1- سنة 2003.
299. القاموس الفقهي لغة واصطلاحا- سعدي أبو الحبيب- دار الفكر- بيروت- ط2- سنة 1988.
300. القاموس المحيط- مجد الدين الفيروز أبادي- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1995.
301. قراءة فقهية في أدبيات العلاقة الزوجية- علي مرسي مرسي- دار الهدى- القاهرة- ط1- سنة 2012.
302. القضاء الشرعي السني- حسن موسى الحاج- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- ط1- سنة 2008.
303. قضايا التجديد نحو منهج أصولي- حسن الترابي- دار الهادي- بيروت- ط1- سنة 2000.
304. قضايا الفقه والفكر المعاصر- وهبة الزحيلي- دار الفكر- دمشق- ط2- سنة 2009.

305. قضايا معاصرة في محكمة الفكر الإسلامي - أحمد محمد جمال - دارالصحوة-القاهرة- ط2-سنة1986.
306. القواعد- ابن رجب الحنبلي- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة 1993.
307. القواعد الفقهية- علي أحمد الندوي - دار القلم- دمشق- ط2- سنة 1991.
308. القواعد الفقهية- عبد العزيز محمد عزام- دار الحديث- القاهرة- ط- سنة 2005.
309. القواعد الفقهية وتطبيقاتها- عبد المؤمن بلباقي- دم- ط- دت.
310. القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه- محمد بكر إسماعيل- دار المنار- القاهرة- ط1- سنة1997.
311. قواعد تكوين البيت المسلم- أكرم رضا- دار التوزيع والنشر الإسلامية- القاهرة- ط1- سنة 2004.
312. قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ابن عبد السلام عبد العزيز- بيروت - ط 2- سنة 1980.
313. قوانين الأحوال الشخصية- بشير البيلاي- دار العلم للملايين- بيروت- ط1- سنة 1979.
314. القوانين الفقهية- محمد بن أحمد بن جزيء- المكتبة العصرية- بيروت- ط1- سنة 2002.
315. الكافي في عمل أهل المدينة- ابن عبد البر القرطبي- مكتبة الرياض الحديثة- الرياض- ط2- سنة 1980.
316. الكامل في التاريخ- عز الدين أبو الحسن بن الأثير - مكتبة إدارة الطباعة- القاهرة- ط- دت.
317. كتاب النكاح- أبو زكريا يحيى ابن أبي الخير الجناوني- المطابع العالمية- سلطنة عمان- ط2- سنة 1988.
318. كشف الخفاء- إسماعيل بن محمد العجلوني - مكتبة القدسي- القاهرة- ط- دت.
319. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأفاويل في وجوه التأويل- محمود بن عمر الزمخشري - دار الكتاب العربي- بيروت- ط- سنة1986.
320. كشاف القناع- منصور بن يونس البهوتي - دار عالم الكتب- مكة المكرمة- طبعة خاصة- سنة 2003.

321. كشف الأسرار عن أصول اليزدوي- علاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري - دار الكتاب الإسلامي القاهرة- طبعة الأوفست- دت.
322. كشاف اصطلاحات الفنون- محمد علي التهانوي - دار صادر- بيروت- ط1- سنة1982.
323. كتر العمال - علاء الدين علي الهندي - مؤسسة الرسالة - بيروت - دط - سنة1993 .
324. لسان العرب- أبو الفضل محمد الإفريقي بن منظور - دار صادر- بيروت- ط3- سنة1994.
325. المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية- محمد رأفت عثمان- مكتبة وهبة- القاهرة- ط1- سنة2009.
326. المبادئ القانونية العامة- أنور سلطان- دار النهضة العربية- بيروت- دط- سنة1974.
327. مباحث في قانون الأسرة الجزائري- عبد الفتاح تقيّة- دم- دط- سنة1999- 2000.
328. المسوط- شمس الدين السرخسي - دار المعرفة-بيروت- دط- سنة1989.
329. مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية- عبد الرزاق الأشرف وأحمد بن شرشالي- المطبعة الشرقية لبيرفونتانا- الجزائر- دط - سنة1909.
330. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد- نور الدين علي الهيثمي - مؤسسة المعارف- بيروت- ط1- سنة1986.
331. مجموع الفتاوي- أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية - مكتبة المعارف- الرباط- دط- دت.
332. المجموع شرح المذهب- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي - دار الفكر- بيروت- دط- دت.
333. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة1931- أنور طلبة - دار الثقافة- الإسكندرية- ط1- سنة1982.
334. محاسن التأويل- محمد جمال الدين القاسمي- دار الفكر- بيروت- دط- سنة1978.

335. محاضرات في تاريخ التشريع الإسلامي - محمد مقبول حسن - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ط4 سنة 1994.
336. محاضرات في قانون الأسرة - الجيلالي تشوار - كلية الحقوق - جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - دط - دت.
337. محاضرات في طرق التنفيذ - عبد الرحمن ملزي - كلية الحقوق - جامعة الجزائر - سنة 2010/2009.
338. محاضرات في مادة الأحوال الشخصية - عبد الفتاح تقيّة - منشورات تالة - الجزائر - سنة 2007.
339. محاضرات في الفقه المقارن - محمد سعيد رمضان البوطي - دار الفكر المعاصر - دمشق - دط - سنة 2001.
340. محاضرات في عقد الزواج وآثاره - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة - ط2 - سنة 1971.
341. المحرر في الفقه الحنبلي - أبو البركات ابن تيمية - دار الكتاب العربي - بيروت - دط - دت.
342. المحصول في علم أصول الفقه - فخرالدين محمد الرازي - دارالكتب العلمية - بيروت - ط1 - سنة 1988.
343. المحلى بالآثار - أبو محمد علي بن حزم - دار الكتب العلمية - بيروت - دط - دت.
344. المحيط في مسائل الأحوال الشخصية - حسن منصور - مطبعة سامي - الاسكندرية - ط2 - سنة 2001.
345. مختار الصحاح - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - دار الغد الجديد - القاهرة - ط1 - 2009.
346. مختصر سنن أبي داود - المنذري - مطبعة أنصار السنة - القاهرة - دط - سنة 1949.
347. مختصر تفسير القرآن العظيم - عمدة التفسير - أحمد محمد شاكر - دار الوفاء - القاهرة - ط1 - سنة 2003.
348. مدى حرية الزوجين في إيقاع الطلاق - عبد الرحمان الصابوني - دار الفكر - بيروت - ط3 - سنة 1983.

349. مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج - حسن صلاح الصغير - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية دط - سنة 2007.
350. مدارك التزويل وحقائق التأويل - أبو البركات عبد الله النسفي - دار الفكر - دم - دط - دت.
351. المدخل إلى علم أصول الفقه - معروف الدواليبي - دار الكتاب الجديد - القاهرة - ط5 - دت.
352. مدخل إلى العلوم القانونية - محمد سعيد جعفرور - دار هومة - الجزائر - ط15 - سنة 2007.
353. المدخل إلى العلوم القانونية - عمار بوضياف - جسور للنشر والتوزيع - الجزائر - ط2 - سنة 2000.
354. المدخل للتشريع الإسلامي - محمد فاروق النبهان - وكالة المطبوعات - الكويت - دط - دت.
355. المدخل الفقهي العام - أحمد مصطفى الزرقاء - دار الفكر - بيروت - دط - سنة 1946.
356. المدخل لفقہ الإسلامی - محمد سلام مدكور - دار الكتاب الحديث - القاهرة - دط - سنة 2005.
357. المدونة الكبرى - مالك بن أنس - دار الفكر - بيروت - دط - دت .
358. المهذب في الفقه الشافعي - أبو اسحاق الشيرازي - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
359. المرأة بين التاريخ والشريعة - أسعد السحمراني - دار النفائس - بيروت - ط2 - سنة 1997.
360. المرأة بين الفقه والقانون - مصطفى السباعي - المكتب الإسلامي - دمشق - ط6 - سنة 1984.
361. المرأة بين الشريعة وقاسم أمين - زكي علي أبو غصّة - دار الوفاء - المنصورة - ط1 - سنة 2004.
362. المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري - لوعيل محمدلين - دار هومة - ط1 - سنة 2004.

363. المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في مسائل الأحوال الشخصية - صفاء محمود محمد العياصرة دار عماد الدين - الأردن - ط1 - سن 2009.
364. مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق - أسامة عمر سليمان الأشقر - دار النفائس - الأردن ط2 - سنة 2005.
365. مستجدات طبية معاصرة من منظور فقهي - مصلح عبد الحي النجار، إياد أحمد إبراهيم - مكتبة الرشيد - الرياض - ط1 - سنة 2005.
366. المستصفي في أصول الفقه - الغزالي أبو حامد محمد بن محمد - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
367. مسند الإمام أحمد بن حنبل - أحمد بن حنبل - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
368. المسند - أحمد بن حنبل - شرح وفهرسة أحمد محمد شاكر - مكتبة التراث الإسلامي - القاهرة - دط - دت.
369. مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما - أحمد مصطفى الزرقاء - دون دار نشر - دمشق - ط1 - سنة 1969.
370. مصادر التشريع الإسلامي فيما لانصّ فيه - عبدالوهاب خلاف - دار القلم - الكويت - ط7 - سنة 2005.
371. المصباح المنير - أحمد بن محمد علي المقرئ الفيومي - دار الكتب العلمية - بيروت - دط - دت.
372. المصلحة المرسله حقيقتها وضوابطها - نور الدين الخادمي - دار بن حزم - بيروت - ط1 - سنة 2000.
373. المصنف في الأحاديث والآثار - أبو بكر بن أبي شيبة - دار السلفية - الهند - ط1 - سنة 1983.
374. معالم التجديد الفقهي - أشرف عبد العظيم الميمي - دار شروق - مصر - ط1 - سنة 2012.
375. معالم السنن - محمد بن محمد الخطابي - دار الحديث - دمشق - ط1 - سنة 1970.
376. معترك الأقران في إعجاز القرآن - جلال الدين السيوطي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - 1988.



377. معجم مفردات ألفاظ القرآن- أبو القاسم بن الراغب الأصفهاني- دار الفكر- بيروت- دط- سنة 1988.
378. المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم- محمد فؤاد عبد الباقي- دار الحديث- القاهرة- دط- سنة 2007.
379. المعجم الموضوعي للمصطلحات الطبية- زكي ممدوح وآخرون- دار المريخ- السعودية- دط- دت.
380. معجم مقاييس اللغة - ابن فارس بن زكريا - دار الجيل - بيروت - دط - دت.
381. المعجم الوسيط - مجمع اللغة العربية - دار المعارف - القاهرة - ط1 - دت.
382. المعجم الوسيط - إبراهيم أنيس ورفاقه - دار إحياء التراث العربي - القاهرة - ط2 - دت.
383. المعونة على مذهب عالم أهل المدينة - عبد الوهاب القاضي المالكي - دار الكتب العلمية - بيروت ط1 - سنة 1998.
384. المعيار العرب - أحمد بن يحيى الونشريسي - دار الغرب الإسلامي - بيروت - دط - سنة 1981.
385. المغني - موفق الدين ابن قدامة - دار الكتاب العربي - بيروت - دط - سنة 1973.
386. مغني المحتاج - محمد الخطيب الشربيني - دار الفكر - بيروت - دط - دت.
387. المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم - عبد الكريم زيدان - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط3 - سنة 2000.
388. مفهوم تجديد الدين - محمد سعيد لبسطامي - دار الدعوة - ط1 - سنة 1984.
389. مفهوم التطور والتجديد في الشريعة الإسلامية - محمد علوي المالكي - دم - ط2 - سنة 1994.
390. مقدمة ابن خلدون - عبد الرحمن بن محمد بن خلدون - دار الهدى - الجزائر - دط - سنة 2009.
391. مقاصد الشريعة الإسلامية - محمد الطاهر بن عاشور - دار النفائس - الأردن - ط3 - سنة 2011.
392. مقاصد الشريعة الإسلامية وأثرها في الترجيح - يمينة سعد بوسعادي - دار ابن حزم - بيروت - ط1 سنة 2007.

393. مقدمة كتاب العبر وديوان المبتدأ والخبر في أيام العرب والعجم والبربر ومن عاصرهم من ذوي السلطان الأكبر - عبد الرحمن ابن خلدون - الدار التونسية للنشر - دط - سنة 1993.
394. المقدمات والمهدات - ابن رشد - دار صادر - بيروت - طبعة الأوفست - دت.
395. مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون - جميل فخري جانم - دار الحامد - الأردن - ط1 - سنة 2009.
396. مقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة - جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية - دار السلام - الرباط - ط1 - سنة 2004.
397. مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة - محمد بلتاجي - دار السلام - القاهرة - ط1 - سنة 2000.
398. الملكية ونظرية العقد - محمد أبو زهرة - دار الفكر العربي - القاهرة - دط - سنة 1996.
399. من أجل صحة راشدة - يوسف القرضاوي - دار الشروق - القاهرة - ط1 - سنة 2001.
400. المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - أبو الوليد بن خلف الباجي - دار الفكر - بيروت - دط - سنة 1983.
401. المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب للمنذري - القرضاوي يوسف - مركز بحوث قطر - سنة 1986.
402. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي - فتحي الدريني - مؤسسة الرسالة - ط3 - سنة 2008.
403. مناهج التشريع الإسلامي - محمد بلتاجي - دار السلام - القاهرة - ط2 - سنة 2007.
404. منهج التغيير الاجتماعي في الإسلام - عبد الحميد محسن - مكتبة الرسالة - بيروت - دط - سنة 1983.
405. منهج القرآن في بناء المجتمع - محمود شلتوت - دار الكتاب العربي - القاهرة - دط - سنة 1954.
406. منهج القرآن في إصلاح المجتمع - محمد السيد يوسف - دار السلام - القاهرة - ط3 - سنة 2007.

407. المنهج في استنباط أحكام النوازل- وائل الهويريني- مكتبة الرشد- الرياض- ط1- سنة 2009.
408. منهج عمر بن الخطاب في التشريع- محمد بلتاجي- دار السلام- القاهرة- ط3- سنة 2006.
409. الموافقات في أصول الشريعة- أبو إسحاق المالكي الشاطبي - دارالحديث-القاهرة- دط-سنة 2006.
410. موجز تجديد الدين وإحيائه- أبو الأعلى المودودي- الدار السعودية للنشر-الرياض- سنة 1985.
411. موقف الشريعة الإسلامية من التعديلات القانونية الجديدة الخاصة بحقوق الأولاد- ناصر أحمد النشوي- دم- د ط- سنة 2008.
412. موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون 126 لسنة 2008 والخاص بإلزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج- جمال مهدي محمود الأكشة- مكتبة الوفاء القانونية- الإسكندرية- ط1- سنة 2012.
413. موسوعة الأحوال الشخصية- معوض عبد التواب- دار المعارف- الاسكندرية- ط6- سنة 1995.
414. موسوعة الزواج الإسلامي السعيد- محمود المصري- دار الإمام مالك- الجزائر- ط1- سنة 2010.
415. الموسوعة الفقهية - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت - ط2- سنة 1983 .
416. الموسوعة الفقهية الميسرة، الزواج- محمد إبراهيم الحفناوي- مكتبة الإيمان- القاهرة- دط- دت.
417. موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر- عبد الحليم عويس- دار الوفاء- القاهرة- ط1- سنة 2005.
418. الموطأ( برواية أبي مصعب الزهري )- مالك بن أنس- مؤسسة الرسالة- بيروت ط2- سنة 1993.
419. الموطأ( برواية يحيى الليثي )- مالك بن أنس- دار النفائس- بيروت- ط11- سنة 1990.

420. الميزان في تفسير القرآن - محمد حسين الطباطبائي - مؤسسة الأعلمي للمطبوعات - بيروت - ط1 - سنة 1991.
421. المسير في شرح قانون الأسرة الجزائري - سليمان ولد خصال - دار طليطلة - الجزائر - ط1 - سنة 2010.
422. نحو تفعيل دور مقاصد الشريعة - جمال الدين عطية - دار التنوير - الجزائر - ط2 - سنة 2004.
423. نزهة الأعين التواظر في علم الوجوه والنظائر - أبو الفرج بن الجوزي - مؤسسة الرسالة - بيروت - ط2 سنة 1984.
424. نشأة القوانين وتطورها - علي محمد جعفر - المؤسسة الجامعية للدراسات - بيروت - ط1 - سنة 2002.
425. نشر البنود على مراقبي السعود - عبد الله العلوي الشنقيطي - دار الكتب العلمية - بيروت - ط1 - سنة 1988.
426. نظام الأسرة في الإسلام - محمد صالح الصديق - دار هومة - الجزائر - ط1 - سنة 2005.
427. نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام - عبد الرحمن الصابوني - دار الفكر المعاصر - بيروت - سنة 2001.
428. نظرات قانونية مختلفة - علي علي سليمان - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - دط - دت.
429. نظرية الإباحة عند الأصوليين - محمد سلام مذكور - دار النهضة العربية - بيروت - ط2 - سنة 1965.
430. نظرية التعويض عن الضرر المعنوي - سعيد مقدم - المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر - دط - سنة 1992.
431. نظرية الضمان - وهبة الزجيلي - دار الفكر - دمشق - دط - سنة 1982.
432. النظرية العامة للقانون - سمير سيد تناغو - منشأة توزيع المعارف - الإسكندرية - سنة 1986.
433. نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي - محمد أحمد سراج - ديوان المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - دط - سنة 1998.

434. النظرية العامة للالتزام في القانون المدني-العربي بلحاج- ديوان المطبوعات الجامعية- ط1-سنة1999.
435. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي- فتحي الدريني-مؤسسة الرسالة- بيروت- ط3-سنة2008.
436. النهاية في غريب الحديث والأثر- أبو السعادات بن الأثير - دار الفكر- القاهرة- دط- دت.
437. النهاية في مجرد الفقه والفتاوى- أبو جعفر الطوسي- دار الكتاب العربي- بيروت- ط2-سنة1980.
438. نيابة شؤون الأسرة ودورها أمام محاكم الأسرة- أحمد نصر الجندي- دارالكتب القانونية- القاهرة دط- سنة 2006.
439. نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار-محمد بن علي الشوكاني- مكتبة الكليات الأزهرية- القاهرة- دت.
440. الهداية شرح بداية المبتديء- أبو الحسن المرغيناني- دار الكتب العلمية- بيروت- ط1- سنة1990.
441. الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني- عمر سليمان الأشقر- دار النفائس- الأردن ط1-سنة1997.
442. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد- عبد القادر بن داود -دار الهلال- وهران-دط- سنة2004.
443. الوجيز في أصول الفقه- عبد الكريم زيدان- مؤسسة الرسالة ناشرون-بيروت- ط1- سنة 2009.
444. الوجيز في شرح قانون الأسرة- العربي بلحاج- ديوان المطبوعات الجامعية- ط4- سنة 2005.
445. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات...- العربي بلحاج - ديوان المطبوعات الجامعية ط06- سنة 2010.
446. وسطية الإسلام- محمد محمد المدني- دار القلم- الكويت- ط1- سنة 2007.
447. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- عبد الرزاق السنهوري - دار النهضة العربية- القاهرة-دت.

448. الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية-إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم- مكتبة دار الثقافة- عمان الأردن- ط1- سنة 1999.

449. الولاية على النفس- محمد أبو زهرة- دار الفكر العربي- القاهرة- دط- سنة 1994.

#### ثانيا : الرسائل الجامعية

1- الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة- رشيد بن شويخ- رسالة دكتوراه- جامعة سعد دحلب- كلية الحقوق- البليدة- سنة 2002.

2- الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري- محفوظ بن صغير- رسالة دكتوراه- إشراف الدكتور عبد الكريم حامدي- جامعة الحاج لخضر- كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية باتنة- السنة الجامعية 2009/2008.

3- الإطلاق والتقييد في تعدد الزوجات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأحوال الشخصية العربية- مذكرة ماجستير- مسعود هلاي- إشراف الدكتور سعاد سطحي- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة- السنة الجامعية 2007/2006.

4- إشكالات قانون الأسرة الجزائري بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة- المدرسة العليا للقضاء الجزائر- الدفعة 13- سنة 2005/2004.

5- الإشهاد ودوره في إثبات الزواج وانحلاله وأثره في ترتيب الأحكام عليها- آمال رواق- مذكرة ماجستير- إشراف الدكتور كمال لدرع- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة- السنة الجامعية 2007/2006.

6- الإرشاد الوراثي رؤية طبية وشرعية- نداء عبيدات- رسالة ماجستير- جامعة اليرموك- سنة 2003.

7- إنعكاسات تعديل قانون الأسرة على الاستقرار الأسري- مسعود رزيق- مذكرة ماجستير- إشراف الدكتور مصطفى عوفي- كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية- جامعة الحاج لخضر- باتنة- السنة الجامعية 2010/2009.

8- دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة- الشيخ إسماعيل- المدرسة العليا للقضاء-الجزائر- الدفعة 14- سنة 2006/2005.

9- دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة- مزيان محمد مقران- المدرسة العليا للقضاء- الجزائر- الدفعة 14 سنة 2006/2005.

10- الشرط عند الأصوليين - سعيد فكرة- رسالة دكتوراه- إشراف الدكتور محمد محدة- معهد جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة - السنة الجامعية 1997/1996.



- 11- الفحوصات الطبية قبل الزواج وآثارها- سارة لشرط- مذكرة ماجستير- إشراف  
الدكتورة سعاد سطحي- جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة - السنة الجامعية:  
2009/2008.
- 12- قانون الأسرة بين المشروع التمهيدي والأمر الرئاسي: 02-05 - المدرسة العليا للقضاء-  
الجزائر الدفعة 13- سنة 2005/2004.
- 13- مقاصد نظام الأسرة في التشريع الاسلامي- عبد القادر داودي- رسالة دكتوراه- إشراف  
الدكتور بوبكر لشهب- كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية- قسم العلوم الاسلامية-  
جامعة السانايه- وهران السنة الجامعية 2005/2004.
- 14- المقاصد الشرعية وفقه المستجدات دراسة تأصيلية تطبيقية- نجوان رمضان على السيد-  
رسالة دكتوراه إشراف الدكتور محمد كمال الدين إمام- كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية-  
سنة 2011.
- 15- نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام الفقه الأسرة- العربي مجيدي- مذكرة  
ماجستير إشراف الدكتور نصر سلمان- كلية أصول الدين- الخروبة- جامعة الجزائر- السنة  
الجامعية 2002/2001.

### ثالثا : الدوريات

- 1- مجلة الإحياء، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر:  
العدد 11، سنة 2007م - العدد 12، سنة 2008م.
- 2- مجلة الأكاديمي، المغرب، ديسمبر 1991م.
- 3- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 36، السنة 09، سنة 1997م.
- 4- مجلة التجديد، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، العدد 05، السنة 02، سنة 1999م.
- 5- مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد 07، فيفري  
2011م.
- 6- مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث، الجزائر، العدد: 05، نوفمبر 2009م.
- 7- مجلة دراسات إسلامية، مركز البصيرة للبحوث، الجزائر، العدد 05، جوان 2009م.
- 8- المجلة العربية للفقه والقضاء، الأمانة العامة لمجلس وزراء العرب، المملكة المغربية، العدد: 2،  
السنة: 2 أكتوبر 1985م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- 9- مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، العدد: 03، 2000م.

10- مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، العدد: 09 جويلية 2004م.

11- مجلة الميادين، جامعة محمد الأول، وجدة، العدد: 03، سنة 1988م.

12- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، الكويت، العدد 40، مارس: 2000م.

13- مجلة الصراط، كلية العلوم الإسلامية، الجزائر، العدد 09، جويلية 2004م.

14- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، العدد 01، مارس 1982م.

15- مجلة الفكر القانوني، الجزائر، العدد 01، سنة 1984م.

16- مجلة كلية الشريعة والقانون، القاهرة، مصر، العدد 22.

17- مجلة المجمع الفقه الإسلامي، العدد 08، سنة 1994م.

18- مجلة المسلم المعاصر، العدد 39، السنة 10، 1984م.

19- منشورات جمعية الإرشاد والإصلاح- واقع الأسرة الجزائرية وآفاق ترقيتها-الجزائر- ط1- سنة 1997م

20- ندوة: جمعية العفاف الخيرية-الفحص الطبي من منظور طبي شرعي- تحرير: فاروق بدران وآخرون الأردن- ط3- دت.

#### رابعا: الجرائد اليومية

1- جريدة الأحرار، الجزائر، العدد 2131، يوم السبت: 05-03-2005م.

2- جريدة اليوم، الجزائر، يوم الأحد: 26 سبتمبر 2004م.

3- جريدة الشروق، الجزائر، العدد: 1629، 08 مارس 2006م.

#### خامسا: المجلات القضائية

\* المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، الجزائر، المجلة القضائية:

- العدد: 01، سنة 1989م.

- العدد: 03، سنة 1990م.

- العدد: 03، سنة 1991م

- العدد: 01، سنة 1993م

- العدد: 02، سنة 1993م

- العدد: 01، سنة 1994م

- العدد: 01، سنة 1995م

- العدد: 02، سنة 1995م

- العدد:02، سنة 1998م

- العدد:02، سنة 2002م

\* الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، الجزائر، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001م.

### سادسا: التشريعات

- القانون المؤرخ في: 23-03-1882م، المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين، المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ: 02-04-1930، الذي جعل التصريحات الخاصة بالولادة والزواج والطلاق إجبارية.

- المرسوم المؤرخ في: 13-03-1883، المتعلق بالتنظيم الإداري العام لتطبيق قانون: 23-03-1882، المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين.

- القانون المؤرخ في: 16-03-1925م، المتعلق بالزواج المختلط بين الجزائريين - من الجنسين - بالفرنسيين، أو الأجانب؛ لا تخضع للشريعة الإسلامية.

- المرسوم المؤرخ في: 19-03-1931م، المتعلق بفسخ الزواج للعيوب المتعارف عليها.

- المرسوم المؤرخ في: 19-05-1931م، والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية في منطقة القبائل.

- الأمر المؤرخ في: 23-11-1944م: والمتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر.

- القانون رقم: 57-777 المؤرخ في: 11-07-1957م، والمتعلق بإثبات وحجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية.

- القانون رقم: 57-778 المؤرخ في: 11-07-1957م، والمتعلق بالقواعد الأساسية الخاصة بالوصاية، والولاية والحجر والغياب والفقدان

- القانون رقم: 59-274 الصادر في: 04-02-1959م، والمشمول على بعض أحكام الزواج وانحلاله.

- المرسوم رقم: 59-1082 المؤرخ في: 17-09-1959م، المتضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقم: 59-274.

- قرار وزير العدل الفرنسي الصادرة بتاريخ: 21-11-1959م، المتضمن تحديد المستندات الواجب تقديمها إلى ضابط الحالة المدنية أو القاضي بغرض إبرام عقد الزواج.

- القانون رقم: 62-157 الصادر بتاريخ: 31-12-1962م، والقاضي بتمديد العمل بالتشريع الفرنسي فيما عدا النصوص الاستعمارية والعنصرية أو المخالفة للحقوق والحريات العامة.

- القانون رقم: 63-218، المؤرخ في 18-05-1963م: الذي ألغى ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية. لينشئ مكانها: المجلس القضائي الأعلى

- القانون رقم: 63-224، المؤرخ في: 29-06-1963م: الخاص بتحديد سن الزواج -المرسوم رقم: 63-261، المؤرخ في: 22-07-1963م، المتضمن إلغاء المحاكم الشرعية. - الأمر رقم: 69-72، الصادر بتاريخ: 16-09-1969م: والذي جاء معدلا لما تضمنته نص المادة(50) من القانون 63-224م، فيما يتعلق بإثبات الزواج.

- القانون رقم: 25-29 لسنة 1929م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري- مع جملة التعديلات التي عرفها هذا القانون إلى غاية صدور القانون رقم: 10-04 المؤرخ في: 18-03-2004م والمتضمن إنشاء محاكم الأسرة.

- القانون المؤرخ في: 13-08-1956م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 27-58 لسنة 1958م، المؤرخ في: 08-03-1958م، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية. - القانون رقم: 57-342 لسنة 1957م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 04-22041، الصادر بتاريخ: 03-02-2004م، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية: العدد 5184 لسنة 2004م.

- القانون رقم: 188-59 لسنة 1959م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي. - القانون رقم 23-75 لسنة 1975م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الصومالي. - القانون رقم 61-76 لسنة 1976م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. - القانون رقم 5124-84 لسنة 1984م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتي. - القانون رقم 10-84 لسنة 1984م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الليبي. - قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

- القانون رقم: 11-84 المؤرخ في: 09-06-1984م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 09-05 المؤرخ في: 04-05-2005م، المتضمن الموافقة على الأمر رقم: 02-05 المؤرخ في: 27-04-2005م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية: العدد 43 لسنة 2005م. - القانون رقم: 20-92 لسنة 1992م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 24-99 لسنة 1999م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية اليمني.

- المرسوم السلطاني رقم: 32-97 لسنة 1997م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

- المرسوم التشريعي رقم: 59-53، لسنة 1953م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 12-76 الصادر بتاريخ: 21-01-1976م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، الجريدة الرسمية: العدد 03.

- قانون الأحوال الشخصية اللبناني.

- قانون الأحوال الشخصية السوداني.

- مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية لسنة 2001م.

- مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

- القانون رقم: 03-91 بتاريخ: 08-01-1991م، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي،

الملغى بموجب

القانون رقم: 03-06 المؤرخ في: 20-02-2006م، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية: العدد 14 لسنة 2006م.

- الأمر رقم: 154-66 المؤرخ في: 08-06-1966م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 23-02-2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية: العدد 21 لسنة 2008م.

- الأمر رقم: 155-66 المؤرخ في: 08-06-1966م، المتضمن قانون الإجراءات الجزائرية، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم: 02-11 المؤرخ في: 23-02-2011م، الجريدة الرسمية: العدد 12 لسنة 2011م.

- الأمر رقم: 156-66 المؤرخ في: 08-06-1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية: العدد 94 لسنة 1966م.

- الأمر رقم 20-70 المؤرخ في: 19-02-1970 المتضمن قانون الحالة المدنية الجزائري.

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في: 26-09-1975 المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية: العدد 78 لسنة 1975م.

- الأمر المتضمن قانون الصحة لسنة 1976م، المؤرخ في: 15-12-1976م، الجريدة الرسمية: العدد 101 لسنة 1976.

- القانون رقم: 22-89 المؤرخ في: 12-12-1989م، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها المعدل والمتمم بالأمر رقم: 25-96 المؤرخ في 12-08-1996م.

- المرسوم الرئاسي رقم: 279-05 المؤرخ في: 14-08-2005م، المتضمن النظام الداخلي للمحكمة العليا.

- القانون العضوي رقم: 11-05 المؤرخ في: 17-07-2005م، المتعلق بالتنظيم القضائي.
- المرسوم التنفيذي رقم: 06-154، المؤرخ في: 11 ماي 2006م، المتضمن شروط وكميات تطبيق أحكام المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

#### سابعاً: مواقع على شبكة الأنترنت

WWW.ANP.DZ

موقع المجلس الوطني الشعبي على شبكة الأنترنت:

WWW.AWFARAB.ORG

موقع التشريعات العربية:

WWW.QARADAWI.NET

موقع القرضاوي على شبكة الأنترنت:

www.E.CFP

موقع المجلس الأوروبي للإفتاء :

موقع الزحيلي على شبكة الأنترنت.

موقع مكتبة البيان على شبكة الأنترنت.



## فهرس الموضوعات

المقدمة.....	أ- ث
الباب الأول: ماهية التجديد في مباحث الأحوال الشخصية.....	2
الفصل الأول: مفهوم التجديد في مباحث الأحوال الشخصية.....	4
المبحث الأول: مدلول التجديد في مباحث الأحوال الشخصية.....	4
المطلب الأول: مدلول مصطلح التجديد.....	4
الفرع الأول: المدلول اللغوي لمصطلح التجديد.....	6
الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي لمصطلح التجديد.....	28
المطلب الثاني: مدلول مصطلح الأحوال الشخصية.....	39
الفرع الأول: المدلول اللغوي للأحوال الشخصية.....	39
الفرع الثاني: المدلول الاصطلاحي للأحوال الشخصية.....	41
المبحث الثاني: مقومات مباحث الأحوال الشخصية.....	61
المطلب الأول: خصائص مباحث الأحوال الشخصية.....	61
الفرع الأول: خاصية الربانية.....	62
الفرع الثاني: خاصية الإنسانية.....	74
الفرع الثالث: خاصية الواقعية.....	87
الفرع الرابع: خاصية الشمول.....	89
الفرع الخامس: خاصية الوسطية.....	92
الفرع السادس: خاصية الجمع بين الثبات والمرونة.....	95
المطلب الثاني: أسباب التجديد في مباحث الأحوال الشخصية.....	107
الفرع الأول: الأسباب الذاتية.....	108
الفرع الثاني: الأسباب الموضوعية.....	114
الفصل الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية.....	116
المبحث الأول: تطور تقنين الأحوال الشخصية في البلاد العربية.....	116
المطلب الأول: المرحلة الممتدة من عهد النبوة إلى صدور مجلة حقوق العائلة.....	116
المطلب الثاني: مرحلة ما بعد صدور مجلة حقوق العائلة.....	121
المبحث الثاني: تطور تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر.....	130

المطلب الأول: مراحل تطور تقنين الأحوال الشخصية في الجزائر.....	130
الفرع الأول: مرحلة ما قبل الاحتلال.....	130
الفرع الثاني: مرحلة الاحتلال.....	131
الفرع الثالث: مرحلة ما بعد الاحتلال.....	138
المطلب الثاني: ملاحظات حول قانون الأسرة الجزائري- رقم: 11-84.....	142
الفرع الأول: إيجابيات قانون الأسرة الجزائري- رقم: 11-84.....	143
الفرع الثاني: سلبيات قانون الأسرة الجزائري- رقم: 11-84.....	148
الفرع الثالث: تعديل قانون الأسرة الجزائري- القانون رقم: 09-05.....	161
الباب الثاني: التجديد في مباحث مقومات عقد الزواج وانحلاله.....	174
الفصل الأول: التجديد في مباحث مقومات عقد الزواج.....	177
المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لعقد الزواج.....	177
المطلب الأول: ماهية عقد الزواج.....	177
الفرع الأول: تعريف العقد.....	177
الفرع الثاني: تعريف الزواج.....	179
المطلب الثاني: أحكام الخطبة.....	194
الفرع الأول: تعريف الخطبة وبيان تكييفها الفقهي والقانوني.....	195
الفرع الثاني: آثار العدول عن الخطبة.....	202
المطلب الثالث: مقومات عقد الزواج.....	226
الفرع الأول: تعريف تعريف الركن والشرط.....	226
الفرع الثاني: أركان عقد الزواج.....	231
المطلب الرابع: شروط عقد الزواج.....	239
الفرع الأول: الأهلية في عقد الزواج.....	243
الفرع الثاني: الولاية في عقد الزواج.....	266
المبحث الثاني: التجديد المتعلق بالأحكام الشكلية لعقد الزواج.....	299
المطلب الأول: مفهوم الفحص الطبي قبل الزواج.....	299
الفرع الأول: تعريف الفحص الطبي قبل الزواج.....	300
الفرع الثاني: مشتملات الفحص الطبي قبل الزواج.....	302

308.....	المطلب الثاني: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج.....
308.....	الفرع الأول: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي.....
318.....	الفرع الثاني: أحكام الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري.....
329.....	الفصل الثاني: التجديد في مباحث انحلال العلاقة الزوجية وآثاره.....
330.....	المبحث الأول: التجديد المتعلق بالأحكام الموضوعية لانحلال العلاقة الزوجية.....
330.....	المطلب الأول: أسباب التطلق.....
331.....	الفرع الأول: أحكام التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في الفقه الإسلامي...331
338.....	الفرع الثاني: أحكام التطلق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين في التشريع.....
345.....	المطلب الثاني: الخلع في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.....
345.....	الفرع الأول: تعريف الخلع ومشروعيته والحكمة منه وحكمه.....
357.....	الفرع الثاني: أحكام الخلع.....
372.....	المبحث الثاني: النيابة العامة كطرف في دعاوى شؤون الأسرة.....
376.....	المطلب الأول: مركز النيابة العامة في دعاوى شؤون الأسرة.....
377.....	الفرع الأول: النيابة العامة كطرف أصلي.....
379.....	الفرع الثاني: النيابة العامة كطرف منضم.....
381.....	الفرع الثالث: دور النيابة العامة في المسائل المتعلقة بالأسرة.....
	المطلب الثاني: حقوق النيابة العامة في رفع دعاوى شؤون الأسرة والآثار المترتبة عن عدم
385.....	تبليغها.....
385.....	الفرع الأول: حقوق النيابة العامة خلال سير الخصومة.....
387.....	الفرع الثاني: حقوق النيابة العامة في الطعن في الأحكام.....
388.....	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن عدم تبليغ النيابة العامة.....
393.....	الخاتمة.....
403.....	فهرس الآيات القرآنية.....
409.....	فهرس الأحاديث النبوية.....
412.....	فهرس الآثار.....
413.....	فهرس المصادر والمراجع.....
450.....	فهرس الموضوعات.....

جامعة الأميرة  
عبد القادر للعالم الإسلامي