

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.....

## حماية العلاقة الزوجية

# في المستجدات من تشريعات الأسرة دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي

◀ رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة و القانون - تخصص أحوال شخصية ▶

إشراف الأستاذة الدكتور:

سعاد سطحي

إعداد الطالبة:

نظيرة عتيق

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د: محمد بوركاب	أستاذ تعليم عالي	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	رئيسا
أ.د: سعاد سطحي	أستاذ تعليم عالي	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	مشرفا و مقرا
د: الصادق فريوي	أستاذ محاضر	جامعة باجي مختار - عنابة	عضوا مناقشا
د: مليكة خشمون	أستاذ محاضر	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	عضوا مناقشا
أ.د: مراد كاملي	أستاذ تعليم عالي	جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل	عضوا مناقشا
د: رحيمة بن حمو	أستاذ محاضر	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 1437-1438هـ / 2016-2017

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: .....

# حماية العلاقة الزوجية في المستجدات من تشريعات الأسرة -دراسات مقارنة- مع أحكام الفقه الإسلامي

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة والقانون  
تخصص أحوال شخصية

إشراف الأستاذة الدكتورة:

سعاد سطحي

إعداد الطالبة:

نظيرة عتيق

السنة الجامعية: 1437-1438هـ / 2016-2017م

# إلى روح والدي

• إلى روح والدي - مرحمًا الله - مدى ما في القلب من وفاء ...

مدى ما في الأعماق من أفق....

• إلى أمي بارك الله في عمرها ... مدى ما في العمر من بقية...

اللهم تقبل هذا العمل صدقة جارية عن - والدي - ليوم الدين.

﴿ وَأَخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ أَرْحَمُهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا ﴾ ﴿٢٤﴾

• إلى روح أستاذي الفاضل الدكتور محمد محدة رحمه الله الذي غرس في نفسي حب هذا التخصص .

نظيرة عتيق

# شُكْرٌ وَ تَقْدِيرٌ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴿ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ۗ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ  
حَمِيدٌ ﴿ لقمان: 12﴾ .

إيماننا مني بدوام النعمة و زيادتها بالشكر ، أتوجه بجزيل الشكر إلى فضيلة الأستاذة  
الدكتورة: سعاد سطحي ، أن تفضلت بالإشراف على أطروحتي ، و لما حبتني به من  
عظيم التواضع والنصيحة و التوجيه، فجزاها الله عني و عن طلبة العلم خير الجزاء.  
□ كما أسدي الشكر الجزيل لسادتي: الأستاذة أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه الكريم ، و  
الذين قبلوا- لكرمهم و فضلهم- الإشراف على مناقشة هذه الأطروحة.  
□ كل أساتذة وطني الذين بنوا لأمثالي جسورا من نور؛ لنبلغ فكرا نيرا و علما خيرا.  
□ كما أتقدم بالشكر و الامتنان لكل من ساعدني من قريب أو بعيد، في إنجاز هذه الأطروحة.

لو أنني أوتيت كل بلاغة ❖ و أفنيت بحر النطق في النظم و النثر  
لما كنت بعد القول إلا مقصرا ❖ و معترفا بالعجز عن واجب الشكر



## بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، أحدهم حمد الشاكرين، وأثنى عليه بما هو أهله، والصلاة والسلام على معلم الناس الخير، وعلى آل وصحبه، وكل من دعا بدعوتهم واقتفى أثره إلى يوم الدين .  
أما بعد :

### - التعريف بالموضوع:

شغلت قضية الأسرة و منذ زمن بعيد حيزا واسعا من الاهتمام؛ سواء من حيث جانب معرفة الواقع في تنوعه و مختلف أزمانه؛ أو من جانب التطلعات إلى إصلاح الأوضاع و تجديد الفلسفة الأسرية و تحقيق النظام الأسري الأنسب، فالأسرة بروابطها و علاقاتها التي تنشؤها ؛ كانت ولا تزال الخلية والنواة الأولى في هذا الاجتماع البشري، و تعتبر الموقع الذي تنطلق منه مسيرة تكوين شخصية الفرد، وفي رحابها يكتسب مفاهيمه وعقيدته و عاداته و مهاراته الأولى.

وإن البحث في كنه الأسرة لا يتم بمعزل عن العلاقة الزوجية ؛ التي هي المنشأ الأساس و المحور الرئيس في تكوينها، فهي تؤثر بقوتها وضعفها في الروابط الأسرية و المجتمعية، و تشكل بامتياز اللبنة الأساسية المحددة توجهات المجتمع وآفاقه، ولما كان من مقاصد إنشاء الأسر بناء مجتمع قوي متكامل و متعاون و متكافل، جاءت العناية بشؤونها من خلال الأحكام الشرعية لأجل بقائها و استقرارها، فقد نظمت الشريعة الإسلامية العلاقة الشرعية التي تربط الرجل بالمرأة في إطار الزواج على أساس المودة و الرحمة

مصادقا **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿٢٠﴾ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا**

**وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾** [الروم: 21]، و شرعت من

الأحكام و الآداب و التوجيهات ما يرمي إلى حماية العلاقة الزوجية من كل ما يهدد كيانها و إذا كان هذا حال التشريع الإسلامي، فإن التشريعات الوضعية اجتهدت لتعكس الأبعاد الدينية، و الاجتماعية، و السياسية و الاقتصادية، العلمية و حتى الثقافية و الفكرية في قوانينها، فالأسرة بحكم مكانتها الاجتماعية تحتاج و لكي تقوم على أسس مبنية إلى حد أدنى من الرعاية لذا فقد صدرت العديد من النصوص القانونية الوضعية لإتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لتوفير الحماية القانونية لها.

و لم يجد المشرع الجزائري في وضعه للقواعد القانونية المنظمة للأسرة عن هذه الفلسفة و الأبعاد ؛محاولا تثبيت الأصالة الحضارية المميزة للمجتمع الجزائري ضمن العالمية التي تسمح بالتنوع. و لا غرابة في حرص المشرع الجزائري على وضع تشريع خاص للأسرة يضمن الحماية القانونية لها باعتبارها وحدة قانونية تجدد حمايتها و حل مشاكلها و الدفاع عن القواعد التي تنظمها،فجاء صدور قانون الأسرة بتاريخ 09 جوان 1984م، ليحدد القواعد القانونية المنظمة للعلاقة الزوجية و المراكز القانونية لكل من الزوج و الزوجة ، مؤسسا بذلك لماهية تشريعية أسرية اختص بها المشرع الجزائري عن غيره جعل مصدرها الأساسي الشريعة الإسلامية.

و هذه الماهية التشريعية بدأت تتأثر شيئا فشيئا ،أولا :بسبب النقائص المتعلقة بالقواعد القانونية الأسرية التي بدأت تظهر شيئا فشيئا من خلال التطبيق القضائي لقانون الأسرة فأصبحت مثار جدل فقهي و قانوني و ظهرت عدة تأويلات و تفسيرات أدت إلى اختلاف الاجتهاد القضائي ،و ثانيا :بسبب واقع التحول المجتمعي في العالم بأسره و التي فرضت على التشريعات الوطنية ابتكارات قانونية حديثة تسعى إلى التوفيق قدر المستطاع بين توجيهات الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقه الإسلامي و بين العلاج القانوني و العلمي لمثل هذه الأوضاع الجديدة ؛و ثالثا :بسبب الخيارات القانونية الدولية التي تخص المفاهيم الحديثة للعلاقة الزوجية ،و التي تغيرت من المفهوم الكلاسيكي إلى مفهوم جديد يقوم على أساس فكرة التعايش المشترك و المناصفة بين الزوجين.

وهو ما حمل المشرع الجزائري على إعادة النظر في قانون الأسرة سنة 2005م بعد عشرين سنة من التطبيق القضائي له، من خلال وضع جملة من التدابير و القواعد القانونية لضمان أكبر قدر من المناعة والاستقرار لها؛و كان ذلك ضمن إطار الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر على رأسها اتفاقية القضاء على جميع أنواع التمييز ضد المرأة ،فلا يمكن دراسة التعديلات بعيدا عن التحولات التي عرفها المجتمع الدولي الشيء الذي انعكس بكيفية واضحة على التشريعات الوطنية.

إن ما استحدثه المشرع الجزائري من تعديلات تخص القواعد القانونية المتعلقة بعقد الزواج في شقها الموضوعي و الإجرائي ؛من المفروض أن تكون ملائمة و موائمة للمقصد العام لأحكام التشريع الأسري ،و هو حفظ كيان الأسرة و حمايته،منطلقة من الوقع الاجتماعي و فلسفة الحقوق الفردية في إطار مقاصد الشريعة الإسلامية.

و إذا سلمنا فرضا بأن مؤسسة الزواج مثلها مثل بقية المؤسسات المجتمعية تعرف عدة تحولات جوهرية في بنيتها ووظيفتها أدر كنا أهمية البحث.

تأسيسا على ما سبق، فإني رأيت من الضروري البحث في هذا الموضوع من خلال دراسة علمية أكاديمية مفصلة موسومة كالتالي:

### ◀ حماية العلاقة الزوجية في المستجدات من تشريعات الأسرة ▶

- دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي -

#### - مفاتيح الدراسة:

- الحماية: تعني القواعد القانونية التي وضعتها المشرع لوقاية و حماية العلاقة الزوجية ضد المخاطر وضمان أمنها و سلامتها و استقرارها داخل المجتمع في جانبها الوقائي و العلاجي
- العلاقة الزوجية: الزواج مؤسسة هامة تبدأ بزواجين و تنتهي بأسرة كبيرة و هذا ما يفرض علينا إختيار هذا النموذج بالذات ، بمعنى الإقتصار على المفهوم الضيق للأسرة أي الزوجين نظرا لاتساع العلاقات الأسرية ، و هذا لا يمنع من الإشارة و التطرق إلى بقية هذه العلاقات - عند الضرورة العلمية - خاصة إذا كان لها تقاطع أو تأثير مباشر على العلاقة الزوجية .
- المستجدات من تشريعات الأسرة: يتم التركيز في هذه الدراسة على التعديلات التي مست قانون الأسرة المعدل سنة 2005م ، وقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي تم وضعه سنة 2008م، مع الإشارة - عند الضرورة العلمية - لبعض القوانين المقارنة: العربية كالقانون المغربي و التونسي، و الغربية كالفرنسي.
- مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي: مقارنة ماجاء به المشرع الجزائري من حماية مع الفقه الإسلامي، للوصول إلى أي مدى وافق روح الشريعة الإسلامية و هل أستفاد المشرع في تعديلاته التي أدخلها على منظومته التشريعية الخاصة بالأسرة من الاجتهادات الفقهية التي وضعت الحلول للمشكلات الواقعة و المستجدة.

#### - إشكالية الدراسة:

يسعى البحث للإجابة عن سؤال رئيس، يتمثل فيما يأتي :

إلى أي مدى جاءت التعديلات التي مست التشريعات الأسرية محققة الحماية للعلاقة الزوجية و متماشية مع أحكام الفقه الإسلامي و روح الشريعة الإسلامية ؟

و يندرج تحت هذه الإشكالات الرئيس أسئلة فرعية يمكن رصدها فيما يأتي:



- فيما تتمثل القواعد و التدابير التي استحدثها المشرع الجزائري لحماية قوية للعلاقة الزوجية و هل حققت أهدافها ؟
- ماهي المعايير و الأسس القانونية والفقهية التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تعديل مواده القانونية ؟
- مامدى استفادة المشرع الجزائري من الإجتهدات الفقهية الملائمة لطبيعة المجتمع الجزائري ؟

### - أهداف الدراسة :

يمكن إجمال أهداف هذه الدراسة فيما يأتي:

- الإجابة على الإشكالية المطروحة حول فعالية التعديلات الجديدة التي قام بها المشرع في المحافظة على العلاقة الزوجية و بالتالي حماية الأسرة ،ومناقشة ما أوردته التعديلات الجديدة وتقويم و تقييم ذلك في ضوء أحكام الفقه الإسلامي .
- بيان أهم الأسس و القواعد التي وضعها المشرع الجزائري لحفظ عقد الزواج و حمايته من خلال استظهار القواعد القانونية و مقارنتها بأحكام الفقه الإسلامي.
- إثراء المكتبة العلمية بهذه الدراسة للإستفادة على جميع الأصعدة والمستويات سواء كان ذلك في الأوساط العلمية أو في المواقع المهنية بين رجال القانون:قضاة،محامين..أو بين مختلف الشرائح الاجتماعية وهذا تعميماً للفائدة العلمية و خدمة للبحث العلمي.
- إثراء الدراسات المتعلقة بالأسرة بهذا البحث الذي أحسبه نافعا -إن شاء الله- ،واستكمال جهود الدراسات السابقة في مجال التشريع الأسري المقارن بما يسهم نحو تحقيق و إبراز تميز الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

### - أسباب الاختيار:

يرجع اختياري لهذا الموضوع لأسباب و دوافع ذاتية و موضوعية ، يمكن إجمالها فيما يأتي:

- الأسباب الذاتية:

- تكويني الأكاديمي - في مرحلة الليسانس - الذي كان بكلية الشريعة بجامعة الأمير عبد القادر ،ثم بقسم الحقوق بجامعة سكيكدة مما جعل ميلني للدراسات المقارنة بين الشريعة و القانون.
- طبيعة تخصصي في مرحلة الماجستير و الدكتوراه - الأحوال الشخصية - .

- الرغبة الملحة و التي أحسبها صادقة - إن شاء الله- في اختيار موضوع متصل بواقع المجتمع، و موضوع حماية العلاقة الزوجية موضوع من نوع خاص نظرا لأهميته .
- الأسباب الموضوعية:
- الحاجة العلمية الماسة للبحث في موضوع ذي صلة مباشرة بالأسرة، باعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر من مصادر قانون الأسرة.
- أغلب من كتب في هذا الموضوع ركز على جانب واحد منه فقط، سواء من خلال إبراز الجانب الشرعي، أو إبراز الجانب القانوني فكانت الرغبة في دراسة كلية غير تجزئية للموضوع.
- تأصيل الحماية القانونية للعلاقة الزوجية في ظل التعديلات الجديدة التي مست المنظومة التشريعية الأسرية للوصول إلى أي مدى هي قادرة على استيعاب القضايا الأسرية بما يضمن حفظها و بيقى كيانها.
- ارتباط هذا الموضوع بواقع الأمة الإسلامية، خاصة في زمن العولمة القانونية.

### - الدراسات السابقة:

- نظرا لسعة البحث و تشعب مسائله في الجوانب الفقهية و القانونية و القضائية و حتى العلمية و الطبية، لم أقف - في حدود ما قرأت- على دراسة مستقلة جامعة و مستفيضة تهتم بهذا الموضوع ، فكل ما كتب لم يتعد أن يكون مجموعة من الدراسات و الجزئيات ذات الصلة ببعض عناصر البحث، فلم يحظى الموضوع محل الدراسة بدراسة مقارنة تفصيلية مع أحكام الفقه الإسلامي.
- و من جملة الدراسات السابقة المتصلة بالموضوع يمكن ذكر أهمها كما يأتي:
- أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، للدكتور بلحاج العربي و هي دراسة طبعت عن دار هومة-الجزائر، و طبعت بديوان المطبوعات الجامعية تحت عنوان : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعما بأحدث اجتهادات المحكمة العليا.
  - و الدراسة قانونية ركز فيها الدكتور بلحاج على التعديلات التي قام بها المشرع في قانون الأسرة، بالشرح و التحليل و الملاحظة و مناقشة الإختيارات التي تبناها المشرع الجزائري شكلا و مضمونا خاصة ما يتعلق بعقد الزواج، لكن لم يوسع كثيرا في مسائل التأصيل الفقهي لهذه القواعد القانونية.

- الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، للباحث : محفوظ بن صغير و هو بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة - كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية قسم الشريعة تخصص فقه و أصول.  
و قد تعرض الباحث للأحكام الفقهية و القانونية و التعديلات التي مست القواعد القانونية الخاصة بالأسرة و عقد الزواج لكن كان البحث مركزا أكثر على النظام و الاجتهد القضائي.
- الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النص و اجتهادات القضاء، للباحثة : كريمة محروق، و هي رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة - كلية الحقوق.  
و قد تعرضت الباحثة من خلالها للحماية المدنية و الجنائية التي وضعها المشرع الجزائري للأسرة من خلال التعديلات التي مست المنظومة التشريعية، لكن تفتقد الأطروحة للتأصيل الفقهي الدقيق .
- قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة ، للدكتور : أحمد شامي ، صادرة عن ، دار الجامعة الجديدة بمصر، و هذه الدراسة في أصلها رسالة ماجستير و قد كانت مركزة على الجانب العام للتعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري دون الخوض في التفاصيل و الأحكام سواء من الجانب القانوني أو الفقهي ، و هو ما أفقد هذه الدراسة الدقة.
- مجموعة من المقالات العلمية المحكمة المنشورة في مجلات الجامعات الجزائرية ، و قد تطرق أصحابها إلى جزئيات متعلقة بموضوع البحث، وأخص بالذكر مقالات الدكتور تشوار جيلالي.

### - المنهج المتبع

- إن طبيعة البحوث المقارنة تقتضي إتباع المنهج الذي من شأنه تحقيق غايتها و كذا الوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة ، و هذا لا يكون إلا من خلال الاعتماد على عدة مناهج علمية من أجل استقاء الموضوع حقه من البحث و تحقيق أهدافه المرجوة و هذه المناهج هي :
- المنهج الاستقرائي : فهو الملائم لدراسة هذا الموضوع ، و ذلك من خلال تتبع كل الجزئيات المتعلقة به سواء كان ذلك في النصوص القانونية ، الفقهية، القضائية ، مع جمع التعريفات و النصوص الشرعية و الفقهية و القانونية و الأقوال و الأدلة في نسق متسلسل حسب الترتيب

الموضوعي للدراسة، و قد بذلت جهدي في استقراء و تتبع المادة العلمية و ذلك من خلال التنويع في الرجوع إلى المصادر و المراجع ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

• المنهج التحليلي: الذي يعتمد على التفصيل و التحليل و التمحيص في الآراء الفقهية والنصوص القانونية، و هذا المنهج مهم جدا خاصة في تحليل القواعد القانونية للوقوف على المقصد الأصيل للمشرع الجزائري .

• المنهج المقارن: لما كانت الدراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي، فالمنهج المقارن يعتبر أساسيا في الدراسات النقدية المقارنة، حتى تتمكن من الموازنة بينهما و بيان أوجه الاختلاف و الاتفاق؛ بين الفقه و القانون، و الوصول إلى الرأي الراجح ذو الدليل القوي.

• المنهج التاريخي: و ذلك في دراسة التطورات التاريخية التي مست التشريعات الأسرية في الجزائر قبل و بعد الاستقلال.

### -منهجية البحث :

• تم الاعتماد في هذا البحث على المصادر الأصلية وأمّهات الكتب التي صنفها الفقهاء، و اكتفيت بالمذاهب الأربعة و التعدي لرأي الظاهرية و غيرها من المذاهب عند الضرورة العلمية، و كان الإعتبار في عرض آرائهم للأسبق زمنا.

• قمت بتدعيم البحث بالنصوص الشرعية من الكتاب و السنة، و أقوال العلماء - المفسرين و المحدثين و الفقهاء - ووجه الإستدلال؛ و أدلتهم بما يخدم البحث و عناصره، ثم أرجح ما يعضده الدليل.

• عزو الآيات القرآنية الكريمة المذكورة في البحث بذكر اسم السورة ورقم الآية بعدها مباشرة و هذا وفق الرسم العثماني برواية حفص، و ذلك تجنبا لإثقال الهامش.

مثال: قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: 221]

• تخريج الأحاديث النبوية الشريفة و الآثار المروية عن الصحابة - إن وجدت - تخريجا علميا و عزوها لمصادرهما من كتب الحديث و التخريج المعروفة، و كانت المنهجية المتبعة أن اكتفيت بذكر الحديث إذا كان في الصحيحين أو أحدهما، و إلا خرجته من الكتب الأربعة: السنن لأبي داوود و النسائي و ابن ماجه، و الجامع للترمذي، مع ذكر درجة الحديث ما أمكن، و

إن لم يوجد في هذه المظان رجعت إلى الكتب الأخرى للحديث كموطأ الإمام مالك، و مسند الإمام أحمد، و سنن الدارمي، و أقوم بتهميش الحديث و ذلك بذكر:  
- اسم المؤلف، عنوان المؤلف، الكتاب، الباب، رقم الحديث، الجزء، الصفحة.  
مثال: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، رقم الحديث: 5305، (1092/3).

- فإذا تكرر ذكر الحديث في موضع آخر أضع في التهميش أنه سبق تخريجه.
- قمت بترجمة للأعلام الواردة أسماؤهم في المذكرة ترجمة وافية، و ذلك بذكر اسم العلم و كنيته و بعض مؤلفاته و شيوخه و تاريخ الميلاد و الوفاة إن وجد، و ذلك اعتماداً على كتب التراجم المختلفة، و كمعيار نسبي استثنيت من انتشرت شهرته، كمشاهير الصحابة و أمهات المؤمنين و أئمة المذاهب الأربعة و شيخ الإسلام ابن تيمية.
- التعريف بالمصطلحات الفقهية و الأصولية و القانونية في متن الرسالة- إذا اقتضى الأمر ذلك- و إلا ففي الهامش، مع شرح غريب المفردات إن وجدت من المعاجم الخاصة بذلك.
- في تهميش المصادر و المراجع (باللغة العربية و الفرنسية) في البحث قمت بذكر: اسم المؤلف، عنوان المؤلف، اسم المحقق إن وجد، دار النشر، بلد النشر، رقم الطبعة، سنة النشر، الجزء، الصفحة.
- مثال: الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط: الأولى، 2008م.
- وإذا كان هناك اسم شهرة للمؤلف فيكون التهميش بتسبيق شهرته على الاسم.  
مثال: الأ شقر (عمر سليمان )، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس- الأردن، ط: الثانية، 1999م، ص10.
- إذا كان المصدر أو المرجع لا يتوفر على طبعة أو تاريخ النشر أشير إلى ذلك بـ: (د.ط)، (د.ت)
- مثال: أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي- القاهرة، (د.ط)، (د.ت).

و إذا تكرر ذكر المصدر أو المرجع أقوم بتهميشه بذكر لقب و اسم المؤلف، فعنوان المؤلف، ثم الجزء و الصفحة مثال: الكاساني، بدائع الصنائع، (54/2).

إلا إذا ورد في الصفحة الواحدة أكثر من مرة، فأكتفي بذكر اسم المؤلف، فعنوان المؤلف فقط، و ذلك إذا فصلت بهوامش أخرى و إلا كتبت: المصدر نفسه أو المرجع نفسه مع ذكر الجزء و الصفحة.

• في تهميش المجالات و الرسائل العلمية و مواقع الأنترنت اتبعت مايلي:  
- الرسائل العلمية بذكر: اسم الباحث، عنوان البحث، نوع البحث (ماجستير- دكتوراه)، اسم الجامعة، التاريخ.

مثال: عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- تخصص قانون خاص، جامعة تلمسان- كلية الحقوق، 2012م-2013م

- المجالات و الدوريات بذكر: كاتب المقال، عنوان المقال، اسم المجلة، مكان المجلة، التاريخ، العدد، الصفحة.

مثال: مراد كاملي، نحو دور فعال للنصوص القانونية في معالجة ظاهرة تأخر سن زواج الشباب الجزائري، مجلة المعيار- كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2010م، ع 22، ص

فيما يخص المواقع على شبكة الأنترنت، فيتم بيان كاتب المقال و عنوانه و تاريخ زيارة الموقع و اسمه.

• بالنسبة لتهميش النصوص القانونية يتم تهميشها بذكر رقمه ثم ذكر: الجريدة الرسمية، التاريخ، العدد.

• إعداد فهارس علمية في آخر الرسالة مرتبة على حروف المعجم ابتداءً من الألف إلى الياء، مع إسقاط آل التعريف و كنية المؤلف (أبو، ابن، ..)، و تتضمن الآتي:

1. فهرس الآيات القرآنية .
2. فهرس الأحاديث النبوية .
3. فهرس الآثار الموقوفة.
4. فهرس الأعلام المترجم لهم.

5. فهرس المصادر والمراجع .

6. فهرس الموضوعات.

### - تقسيم البحث وخطته :

اقتضت إشكالية البحث في هذا الموضوع : حماية العلاقة الزوجية في المستحدث من تشريعات الأسرة أن يتوزع إلى ثلاثة فصول - بين مقدمة و خاتمة - .

خصصت الفصل الأول للإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها، و كان لوضع هذا الفصل ضرورة منهجية فلا يمكن فهم جوهر الحماية القانونية إذا لم نعلم بتفكيك المفاهيم الأساسية للدراسة، فلأجل المقارنة كان لزاما مبحثا تم التطرق فيه لمفهوم الزواج و بيان مقاصده، حيث تعرضت فيه للتعريف بالزواج و بيان مقاصده القانونية و الشرعية ثم تعرضت للتكييف الفقهي و القانوني للزواج.

أما المبحث الثاني خصصته لمسار تطور تشريعات الأسرة ومسلكها في الحماية من خلال مطلبين خصصت المطلب الأول لمسار تطور التشريع الأسري في الجزائر، أما المطلب الثاني لمسلك المشرع في حماية عقد الزواج من خلال تحديد المشرع الجزائري للمرجعية و كذلك للدور القضائي الجديد.

أما الفصل الثاني فحدده لحماية العلاقة الزوجية في طور الانعقاد، وذلك من خلال مبحثين، تناولت في المبحث الأول إلى الشروط الموضوعية لانعقاد العلاقة الزوجية، بينما خص المبحث الثاني إلى الشروط الشكلية لانعقاد العلاقة الزوجية.

وحددت الفصل الثالث لحماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد، حيث تطرقت في هذا الفصل إلى الآثار التي تترتب عن عقد الزواج من خلال مبحثين تطرقت في الأول للحقوق الشخصية للزوجين و المقصود بها الحقوق غير المالية و المالية.

أما المبحث الثاني فخصصته للحقوق المتعدية و الذي تختص بمسألة إثبات النسب بالبصمة الوراثية، و أيضا جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

و ختم البحث بخاتمة يضم أهم النتائج و التوصيات.

وأسأل الله عزوجل أن يرزقني نعمة الإخلاص لوجهه الكريم، وأن يجعل هذا العمل نافعا خادما للشريعة

الإسلامية إنه ولي ذلك والقادر عليه

# الفصل الأول

## الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها



الفصل الأول:

- طار - **ية و القواعد المنظمة لها -**

تقوم العلاقة الزوجية على أساس عقد الزواج الذي بمقتضاه يحل استمتاع كل من العاقدين-رجلا و امرأة- بالآخر على الوجه الشرعي ويرتب حقوق لكل منهما على الآخر فضلا عن حقوق مشتركة بينهما.

ولأن الزواج فطرة الله في خلقه تستدعيه الحياة للمحافظة على النوع الإنساني، كانت هذه الرابطة مبنية على الورع والاحتياط حتى لا تهتز الأسرة ويسود التوتر محل الاستقرار، باعتبار أن الأسرة هي المحضن الأول لبناء الإنسان، كما تعتبر اللبنة الأولى لبناء المجتمع.

وبقدر ما يكون هذا المحضن قويا و اللبنة متماسكة بقدر ما يكون بناء الإنسان متوازنا و متماسكا، و هو ما جعل القواعد الشرعية و القانونية تولى العناية البالغة بأحكام الأسرة وطريقة بنائها من خلال جملة الأحكام الخاصة بها، و تحديد الحقوق و الواجبات و وضع الحلول و ضبطها عند المنازعات .

و لم يحد المشرع الجزائري عن ذلك حين خص الأسرة بنظام قانوني يأتي في مقدمته الدستور وقانون الأسرة الذي يعد القانون المفصل لكل أحكامها والناظم لحمايتها بداية بالعلاقة الزوجية التي تقوم على أساس عقد الزواج الشرعي والقانوني.

واهتمام المشرع بالتشريع القانوني للأسرة جاء مواكبا للتطورات والتغيرات الداخلية والخارجية التي طرأت على المجتمع الجزائري مما فرض استحداث تشريعات الأسرة خاصة الماسة بموضوع الدراسة " إما بالإلغاء أو التعديل أو الإثراء.

ونظرا لحيوية الموضوع وطبيعته وارتباطه بالجوانب القانونية والشرعية وكذا الاجتماعية والتاريخية فإن تحديد المصطلحات و المفاهيم التي تدخل في نطاق هذه الدراسة ووضعها في إطارها الشرعي و القانوني لها أهمية كبيرة في فهم الموضوع و توضيحه على الصورة المطلوبة.

فجاء هذا الفصل في مبحثين اثنين كما يأتي:

- المبحث الأول: مفهوم الزواج و بيان مقاصده
- المبحث الثاني: مسار تطور تشريعات الأسرة و مسلكها في الحماية

## المبحث الأول:

### « هو و ل و ن عكده »

إن الزواج هو الإطار الشرعي للعلاقة بين الجنسين و أقدم عرف إنساني و أساس الحضارة و قاعدة الارتكاز للعائلة و لكل منهج منظم<sup>1</sup>، و بحكم طبيعة القواعد القانونية المنظمة للأسرة في التشريع الجزائري - والتي تلقى مصدرها ومادتها الأولية في قواعد الفقه الإسلامي لأنها مستمدة منه- فإنه لا يمكن بدء الدراسة بعرض القواعد القانونية للتشريعات الأسرية أولاً، كما هو الحال في الدراسات المقارنة في فروع القانون الأخرى، فالأولى في الدراسات الخاصة بهذه التشريعات أن نرجع أولاً إلى مصدرها الأصلي؛ وهو أحكام الفقه الإسلامي، بعدها نشير إلى هذه التشريعات الوضعية لنرى مدى تطابقها أو اختلافها مع هذه القواعد، ليتسنى لنا بعدها الإشارة إلى مختلف المذاهب الفقهية التي أخذ منها كل تشريع.

لهذا طبيعة البحث هنا استلزم أولاً تعريف الزواج و بيان مقاصده (مطلب أول)؛ ثم يأتي في (مطلب ثان) التكييف الفقهي و القانوني للزواج.

<sup>1</sup> « Le mariage la plus veille coutume de l'humanité fondement même de la civilisation et la base de la cellule familiale de toute société organisée, et le cadre qui permet les relations licites entre les sexes ».

↳ MALIKA KAOUAH née derder : les effets du mariage dans les rapports entre époux. Mémoire pour l'obtention du diplôme de magister en droit option contrat et responsabilité. Institut des sciences juridiques et admiratives. Université Alger 1988.p12.

## المطلب الأول: تعريف الزواج و بيان مقاصده

تحظى العلاقة بين الرجل و المرأة باهتمام الخطاب الشرعي و القانوني ، و ذلك من خلال إخضاعها إلى جملة الضوابط الشرعية و القواعد القانونية، و التي تعد ضرورة واقعية و إطاراً أفضلًا لضبط هذه العلاقة و تنظيمها و حمايتها.

و يعتبر الزواج هو الأساس المشروع لقيام هذه العلاقة بين الرجل و المرأة ضمن المنظومة القيمية و السلوكية و الأخلاقية للمجتمع، و هو ما يفرض علينا تخصيص هذا المطلب لتعريف الزواج ( فرع أول ) ، ثم التطرق لمقاصده فقها و قانوناً ( فرع ثان ) .

### الفرع الأول: تعريف الزواج لغة واصطلاحاً

البند الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج من لفظ زوج الشيء بالشيء زوجه إليه أي قرنه به، فهو الاقتران و الاختلاط<sup>1</sup>، و منه **قَوْلُهُ**

**بَعَالًا: ﴿ أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾** [ الصافات: 22 ] ، أي و قرنائهم

، فزوج الأشياء تزويجاً و زواجاً قرن بعضها ببعض أي قرنائهم بنظرائهم و ضربائهم.<sup>2</sup>

و زوج المرأة بعلها و زوج المرأة امرأته<sup>3</sup>، و الألفصح في لغة العرب أن يطلق الزوج على كل من الذكر

و الأنثى بصيغة واحدة ، و هي لغة القرآن الكريم **قَوْلُهُ بَعَالًا: ﴿ وَقُلْنَا يَا نَارُ كُونِي بَرْدًا وَسَآئِرَ الْأَشْيَاءِ فِيهَا حَرًّا ﴾** [ البقرة: 24 ] ، و

**أَلْجَنَّةَ وَكُلًّا مِنْهَا رَعْدًا حَيْثُ شِئْتُمْ وَلَا تُقْرَبُوا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونُوا مِنَ الظَّالِمِينَ** [ البقرة: 35 ] ، و

**قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ، وَوَهَبْنَا لَهُ، يَحْيَىٰ وَأَصْلَحْنَا لَهُ، زَوْجَهُ، إِنَّهُمْ**

<sup>1</sup> \_ الفيروز آبادي (الشيرازي محمد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الثامنة، 2005م، ص192.

<sup>2</sup> \_ مصطفى إبراهيم، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية - إسطنبول، (د.ط.)، 1972م، (405/1).

<sup>3</sup> \_ ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي)، لسان العرب، دار صادر- بيروت، (د.ط.)، (د.ت.)، (293/2).



القرينة عند من لا يجيز حمله على معانيه، بخلاف المجاز، فإنه عند خفاء القرينة يحمل على الحقيقة، فكونه حقيقة في أحدهما، مجازا في الآخر أولى<sup>1</sup>

واختلاف الفقهاء في أيهما يكون حقيقة و في الآخر مجازا، أو أنه حقيقة فيهما الاثنان كان على أقوال نذكرها كآتي:

• القول الأول : النكاح حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، وهو ما ذهب إليه الحنفية<sup>2</sup> و وجه

للسافعية<sup>3</sup> اعتبارا للأصل اللغوي. واسم النكاح في الشريعة يدل على معناه الحقيقي، **قَالَ ابْنُ الْقَيِّمِ**

**عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَابْتُلُوا آلِيَنَّمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ [النساء: 06]** و المعنى الاحتلام، فإن المحتلم

يرى في منامه صورة الوطاء<sup>4</sup>.

و من الأدلة التي ذكرها هذا الفريق :

**قَوْلُهُ بَعَارًا: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: 230]**. أي

حتى يطأها زوجها الثاني و لا يكفي العقد عليها فقط لتحل المطلقة ثلاثا لزوجها الذي بت

طلاقها من جديد.<sup>5</sup> و **قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِنَّمَا يَنْتَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾**

[النساء: 6] فالنكاح المراد به الاحتلام أي القدرة على الوطاء، و اعتبارا للأصل اللغوي فإن

النكاح يطلق و يراد به البضع في نوع الإنسان خاصة<sup>6</sup>، نقل عن الزمخشري<sup>7</sup> قوله : " لم يرد

<sup>1</sup> \_ ابن حجر العسقلاني (أبو الفضل أحمد بن علي)، التخليص الحبير في شرح أحاديث الرافي الكبير، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1989م، (250/3)

<sup>2</sup> \_ السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، دار المعرفة-بيروت. ط: الأولى، 1989م، (192/4-193).

<sup>3</sup> \_ الشريبي الخطيب (شمس الدين محمد بن محمد)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت، (د.ط)، 2000م (200/4).

<sup>4</sup> \_ السرخسي، المبسوط، (192/4).

<sup>5</sup> \_ الطبري (أبي جعفر محمد بن جرير)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة و النشر و الإعلان-القاهرة، ط: الأولى، 2001م، (165/4).

<sup>6</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (625/5).

<sup>7</sup> \_ الزمخشري: هو محمود بن عمر بن محمد بن عمر العلامة أبو القاسم الزمخشري الخوارزمي، الملقب بجار الله، ولد في رجب سنة سبع و ستين و أربعمائة، كان مف سراً لغويًا، من تصانيفه: الفائق في غريب الحديث، أسس البلاغة، ربيع الأبرار و نصوص الأخبار، مات ليلة عرفة سنة ثمان و ثلاثين و خمسمائة. ===

النكاح في القرآن إلا بمعنى العقد لأن كونه بمعنى الوطاء من باب التصريح و من أراد به الكتابة عنه أتى بلفظ الملامسة أو المماسمة<sup>1</sup> .

• القول الثاني: ذهب المالكية<sup>2</sup>، والشافعية<sup>3</sup> و رواية للحنابلة<sup>4</sup> إلى أن النكاح حقيقة في العقد مجازاً في الوطاء لصحة نفيه و لاستحالة أن يكون حقيقة فيه ، و لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة، حتى قيل: إنه لم يرد في القرآن إلا في للعقد، **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: وَالْأَسْمَاءُ كُنْيَاتٌ لِلنِّسَاءِ**

﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: 230] . فأصل النكاح

للعقد، ثم استعير للجماع، ومحال أن يكون الأصل للجماع، ثم استعير للعقد، لأن أسماء الجماع كلها كنيات ولأستقبحهم ذكره.<sup>5</sup>

واستدلوا بأنه لم يرد في القرآن الكريم بمعنى الوطاء إلا في مواضع استثنائية، وأن أكثر استعمالاته

وردت بمعنى العقد كما جاء في **قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ**

**مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾** [النساء: 22]

[النساء: 22] .

=== للـ: السيوطي (جلال الـيدـين بن عبد الرحمن بن أبو بكر)، طبقات المفسرين، تحقيق: علي محمد عمر، دار النوادر - الكويت، (د.ط)، 2010م، ص120. ■ الزركلي (خير الدين)، الأعلام، دار العلم للملايين-بيروت، ط: الخامسة عشر، 2002م، (7/178).

<sup>1</sup> - الشريبي مغني المحتاج، (4/200).

<sup>2</sup> - الزرقاني (محمد بن عبد الباقي بن يوسف)، شرح الزرقاني للموطأ، المطبعة الخيرية، (د.ط)، (د.ت)، (3/2). ■ الآبي الأزهري (صالح عبد السميع)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبوع الحاج عبد الله اليسار، (د.ط)، (د.ت)، ص365.

<sup>3</sup> - الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، (4/200). ■ النفراوي الأزهري ( أحمد بن غانم بن سالم شهاب الدين المالكي)، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1997م، (3/2).

<sup>4</sup> - ابن قدامة (موفق الدين عبد الله بن أحمد)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلوي، دار عالم الكتب-الرياض، ط: الثالث، 1997م، (9/339).

<sup>5</sup> - الأصفهاني الراغب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة-بيروت، (د.ت)، ص505.



- القول الثالث: حقيقة في العقد والوطء معا، و هو وجه للشافعية<sup>1</sup> و به قال القاضي<sup>2</sup> من الحنابلة: "الأشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعا ; لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخوله في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا﴾ [النساء: 22]."<sup>3</sup>

ويترتب على هذا الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة عدة آثار، فمن زنى بامرأة فإنها تحرم على والده وولده وتحرم عليه أمها وبناتها؛ ولو علق طلاق زوجته على نكاح أخرى فإنها تطلق بمجرد العقد على الثانية إلا إذا نوى بلفظ النكاح الوطاء ولا تطلق إلا بالوطء عند من قال أن: النكاح حقيقة في الوطاء مجازا في العقد، ولا تحرم موطوءة الأب من الزنا عند من قال أن النكاح حقيقة في العقد مجازا في الوطاء<sup>4</sup>.

والراجح هو أن النكاح و الزواج يحويان نفس المعنى، و أن النكاح حقيقة في كل منهما، و هذا ما اختاره ابن تيمية في أن لفظ النكاح يتناول الاثنين، فقد وفق بين المرادين في اللغة والشرع والذي ينفي ما قد يوهم الاشتراك في اللفظ<sup>5</sup>، جاء عنه -رحمه الله - : " النكاح في اللغة الجمع والضم على أتم الوجوه , فإن كان اجتماعا بالأبدان فهو الإيلاج الذي ليس

<sup>1</sup> \_ الشريبي مغني المحتاج،(4/201).

<sup>2</sup> \_ القاضي الحنبلي: هو أبو يعلى محمد الحسين الفراء البغدادي الحنبلي، ولد في بغداد سنة 380هـ—، و نشأ فيها و تفقه على يد أبي عبد الله بن حامد، و كان أبو يعلى عالم ع صره في الأصول و الفروع، و أنواع الفنون و إماما لا يشق له غبار، سمع الحديث الكثير و حدث و أفتى، توفي عام 458هـ.

<sup>3</sup> \_ ابن أبو يعلى (أبو الحسين محمد)، طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الملك فهد الوطنية-السعودية، (د.ط)، 1999م، (3/361). ■ الزركلي (خير الدين)، الأعلام، (6/99).

<sup>3</sup> \_ ابن قدامة المغني، (9/339).

<sup>4</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (4/201). ■ الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مطرجي و آخرون، دار الفكر-لبنان، (د.ط)، 1994م، (9/11)، ■ الآبي الأزهرى الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص436 ■ ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط: الأولى، 1997م، (3/136). ■ ابن قدامة المغني، (9/339).

<sup>5</sup> - ابن تيمية (نقي الدين)، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف-المملكة العربية السعودية، (د.ط)، 2004م، (7/15).

بعده غاية في اجتماع البدنين , وإن كان اجتماعا بالعقود فهو الجمع بينهما على وجه الدوام واللزوم "،<sup>1</sup> و هو القول الذي رجحه الحافظ ابن حجر.<sup>2</sup>

البند الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا

أولاً: في الاصطلاح الفقهي

لا بد أن أشير إلى أن كثرة التعريفات الفقهية لمسمى الزواج التي سأذكرها سيكون مقصودا ،لكون هذه التعريفات متقاربة في مدلولها،مختلفة الألفاظ في آحادها، وهذا يمكننا في الأخير ، من الوصول إلى تعريف جامع مانع يوفق بين المختلف منها و يجمع بين المتفق منها.

لقد كان استخدام لفظ النكاح عند المتقدمين من الفقهاء أكثر شيوعا من استعمال لفظ الزواج و قد تناولوه في الغالب بمعنى واحد ، و جاء في معناه الفقهي ما يأتي:

• تعريف الزواج عند الحنفية:

لم تختلف عبارات الحنفية في تعريفهم للزواج " النكاح " ، فقد عرفه ابن الهمام<sup>3</sup> بأنه: "عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ المرادوي(علاء الدين أبي الحسن علي)،الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،تحقيق:عبد الله بن عبد المحسن التركي،هجر للطباعة و النشر -جيزة،ط:الأولى،1996م،(7/20).

<sup>2</sup> \_ ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي) ،فتح الباري شرح صحيح البخاري،دار إحياء الكتاب العربي- بيروت،ط:الثانية،1406هـ،(84/9) .

- ابن حجر: هو أبو الفضل أحمد بن محمد، الشهير بابن حجر العسقلاني الشافعي، الحافظ المتقن ، عمدة المحققين رواية ودراية، أتمن الفقه والحديث والتاريخ وصنف في ذلك الموسوعات النفيسة منها: فتح الباري شرح صحيح البخاري، الإصابة في معرفة الصحابة، لسان الميزان وغيرها.

للإمام:ابن العماد الدين (شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي الحنبلي) ،شذرات الذهب في أخبار من ذهب،تحقيق:محمود الأرناؤوط،دار ابن كثير - بيروت،ط:الأولى،1992م،(435/8).

<sup>3</sup> -ابن الهمام:هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي السكندري،المعروف بابن الهمام الحنفي، كان علامة في الفقه و الأصول و النحو و التصريف و المعاني و البيان و التصوف و غيرها،ولد سنة تسعين و سبعمائة،تفقه بالسراج قارئ الهداية و لازمه في الأصول و غيرها وانتفع به و بالقاضي محب الدين بن الشحنة، سمع الحديث عن الجمال الحنبلي و الشمس الشامي و أحاز له المراغي و ابن ظهيرة،له تصانيف منها شرح الهداية سماه فتح القدير للعاجز الفقير،التحرير في أصول الفقه و المسيرة في أصول الدين،وله مختصر في الفقه سماه زاد الفقير،توفي يوم الجمعة السابع من رمضان سنة إحدى و ستين و ثمانمائة.

للإمام:ابن العماد: ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب،(438-437/9).

<sup>4</sup> - ابن الهمام(كمال الدين محمد بن عبد الواحد)،شرح فتح القدير،دار الكتب العلمية-بيروت،ط:الأولى،2002م،(177/3).



- و المراد بـ : ( وضع ) هو وضع المشرع و ليس وضع المتعاقدين.
- و المراد بـ: ( تمليك المتعة الأنثى ) تملك منفعة البضع.
- و المراد بـ : (قصدا) قيد خرجت به الأمة لأن منفعة البضع تابعة لملك العين في الأمة و أما في الزواج فالمقصود منه ملك المنفعة .<sup>1</sup>

وعرفه ابن عابدين<sup>2</sup> بقوله: "بأنه عقد يفيد ملك المتعة من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي"<sup>3</sup>

• تعريف الزواج عند المالكية:

عرفوه بأنه عقد بين الرجل و المرأة يبيح استمتاع كل منهما الآخر، قال الدردير<sup>4</sup>: "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم و مجوسية و أمة كتابية بصيغة لقادر محتاج أو راج نسلًا"<sup>5</sup>.  
وقال ابن عرفه<sup>6</sup>: "أن النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها بينة قبله

<sup>1</sup> \_ ابن الهمام، شرح فتح القدير، (3/177).

<sup>2</sup> \_ ابن عابدين: هو أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، من فقهاء الحنفية من علماء دمشق، ولي الكثير من مناصب القضاء، كان مولده عام 1784م و وفاته عام 1838م في دمشق، له تصانيف كثيرة في مختلف فنون الشريعة منها: رد المختار على الدر المختار، العقود الذرية، الرحيق المختوم، رسائل ابن عابدين.

لل: نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف و الترجمة و النشر، ط: الثانية، 1986م، (2/496). ■ الزركلي، الأعلام، (6/42).

<sup>3</sup> - ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب-الرياض، ط: خاصة، 2003، (4/60-59).

<sup>4</sup> - الدردير: هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي المالكي الأزهرى، أبو البركات الشهير بالدردير، من فقهاء المالكية المتأخرين، ولد في بني عدي بمصر و تعلم بالأزهر و تفقه على الشيخ علي الصعدي في الفقه المالكي، فلما مات تعين الدردير شيخا على المالكية و مفتيا، توفي سنة 1201هـ-1786م من كتبه: شرحه لمختصر خليل، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك و الشرح له.

لل: مخلوف محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2002م، (1/516).

<sup>5</sup> - الدردير (أبو البركات سيدي أحمد)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف-القاهرة، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، (د.ط)، (د.ت)، (2/332-333).

<sup>6</sup> \_ ابن عرفه: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي، يكنى أبا عبد الله، شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق و الرسوخ، في المذهب المالكي، إمام وخطيب الجامع الأعظم التونسي طيلة خمسين سنة، ولد سنة 716هـ و توفي سنة 807هـ. من مؤلفاته: مختصرة في الفقه، الحدود الفقهية، إختصار فرائض الجوفي، و مختصر في المنطق.

لل: ابن فرحون (برهان الدين المالكي)، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، تحقيق: مأمون بن يحيى، دار التراث للطبع و النشر-القاهرة، (د.ط)، (د.ت)، (2/331). ■ محمد مخلوف (محمد بن عمر بن قاسم)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد الحميد خيالي، دار الكتب العلمية-لبنان، ط: الأولى، 2003م، (1/326).

غير عالم عاقدة محرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر<sup>1</sup>. فالنكاح هو ارتباط ناشئ عن إيجاب وقبول قصد بهما إباحة المتعة المجردة بالمرأة؛ على أن يسبق ذلك بيينة، وهو بهذه القيود خرج عقد البيع و الكراء لأنهما عقد على بيع أو على منفعة العين لا على المتعة، وخرج أيضا العقد على غير الآدمية كالجنينة، و قد حكي عن الإمام مالك جوازه و منعه سدا ذريعة الفساد أي أن المرأة غير ذات الزوج إذا ظهر عليها الحبل لا يقبل قولها أنها متزوجة من جني و يصبح هذا الادعاء متمسك كل زانية أو منحرفة فرارا من العار أو العقوبة؛ كما خرج العقد على متعة التلذذ بالطعام و نحوه<sup>2</sup>.

• تعريف الزواج عند الشافعية :

عرفوه بأنه : "عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته و العرب تستعمله بمعنى العقد و الوطاء جميعا"<sup>3</sup>.

- و المراد بـ : ( عقد ) جنس في التعريف.

- و المراد بـ : ( يتضمن إباحة وطء ) خرج به مالا يتضمن إباحة الوطاء كالإجارة و غيرها .

- و المراد بـ : ( بلفظ الإنكاح أو التزويج ) خرج به مالم يكن بهذا اللفظ كالهبة و التملك<sup>4</sup>.

• تعريف الزواج عند الحنابلة:

تم تعريفه بأنه : " عقد يعتبر فيه لفظ النكاح و تزويج في الجملة و المقصود عليه منفعة الاستمتاع"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ الرضاع (أبو عبد الله محمد الأنصاري)، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحناف-الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م، (235/1). ■ الحطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب-بيروت، ط: خاصة، 2003م، (19/5).

<sup>2</sup> \_ الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، (237/1).

<sup>3</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (200/4). ■ الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الثالثة، 2003م، (176/6).

<sup>4</sup> \_ الرافعي (أبو القاسم عبد الكريم بن محمد القزويني الشافعي)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1997م، (427/7).

<sup>5</sup> \_ النجدي الحنبلي (عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون دار نشر، ط: الأولى، 1397هـ، (224/6).

و عرفه ابن قدامة<sup>1</sup> بأنه : " عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم ينصرف عنه دليل ".<sup>2</sup>

• مناقشة التعريفات:

يمكن من خلال ما سبق الخلوص إلى ما يأتي:

- أن حقيقة الزواج هو الكل المركب من كل التعريفات التي أوردها الفقهاء، فكلها متقاربة في مدلولها، مع ذلك - هذه التعريفات - لم تصل إلى تعريف جامع للزواج، فكلما استوفى أحد التعريفات جانباً من المعنى أغفل الجانب الآخر.

ومعاني هذه التعريفات تدور في فلك واحد تقريباً، مضمونه أن عقد الزواج يتم بين عاقلين بلفظ مخصوص، وأن المحل المعقود عليه محدد بالاستمتاع وامتلاك منفعة الاستمتاع بالمرأة، فالفارق بين التعريفات لا يتعدى إدراج بعض الألفاظ أو القيود أو إغفالها.

- هذه التعريفات تفيد الملك الخاص للرجل، و للمرأة حل الاستمتاع لا الملك الخاص بها و دل على أن الاستمتاع بالزواج قاصر فقط على الرجل دون المرأة، و لعلهم فعلوا ذلك لأن الرجل هو الذي يسعى إلى الزواج و يطلبه و الاستمتاع من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجه لا يشاركه فيها أحد؛ و أما من جانبها فهي تتمتع بدون اختصاص حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع.<sup>3</sup>

- اهتم الشافعية و الحنابلة في تعريفهم بتقييد الزواج باللفظ الذي ينعقد به، و هذا شرط عندهم و ليس في حقيقته، بينما كان تعريف المالكية قريب من الحنفية إلا أن فيه زيادة ألفاظ لا تشتمل على معان زائدة .

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة موفق الدين: هو محمد موفق الدين عبد الله ابن أحمد بن محمد بن قدامة بن نصر المقدسي الدمشقي ، الفقيه الأصولي الإمام . ولد سنة 501 هـ درس في دمشق رحل إلى بغداد أخذ العلم عن مشايخها. توفي رحمة الله سنة 620 هـ له تصانيف كثيرة منها: المغني والكافي والمقنع في الفقه الحنبلي ، وله في الأصول : رخصة الناظر .

للـ: ابن مفلح (برهان الدين إبراهيم بن محمد)، المقصد الأرشد في معرفة أصحاب أحمد ، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض - السعودية، ط: الأولى، 1410 هـ - 1990 م. (15/2).

<sup>2</sup> \_ ابن قدامة، المغني ، (339/9).

<sup>3</sup> \_ الزحيلي (محمد وهبة)، الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر - الجزائر، ط: الأولى، 1992 م، (29/7). ■ محمد مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الدار الجامعية - بيروت، ط: الرابعة، 1982 م، ص 46.

- أبرز الفقهاء حل الاستمتاع في تعريف الزواج قاصرين أهدافه ومقاصده على جانب الشهوة فقط، دون التطرق إلى مقاصده، وأهدافه الأخرى ، فقد جعلوا الاستمتاع محورا أساسيا في تعاريفهم .
  - حصر تعريف الزواج في أنه امتلاك المتعة أو حل المتعة و ما ينتقى من مرادفات لهذا المعنى لا يعبر حقيقة عن معنى الزواج الذي شرعه الإسلام ، و يبدو أن هذا النقص الذي لحق الزواج في التعريف جعل الفقهاء يستدركونه ، فقد قال السرخسي<sup>1</sup>: " ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة و إنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة و لكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع و العاصي ، المطيع للمعاني الدينية و العاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه و النفوس ترغب فيها لهذا المعنى ، و لكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه بل المقصود بها إظهار الحق و العدل "<sup>2</sup>.
  - الظاهر أن الفقهاء المتقدمين درسوا الزواج من جانب طبيعته العقدية؛ فلكل عقد محل ، و محل عقد الزواج هو العلاقة الزوجية على الوجه المشروع ، إضافة أن إغفالهم لذكر مقاصد الزواج في التعريف ، لا يعتبر تقصيراً من جانبهم ، إذا ما أخذ بعين الاعتبار ، ما كان سائداً في عصرهم من منهج علمي تجريبي ينطلق من مسائل محددة ، بحثاً عن حلول مناسبة لها ، فليس هم الفقيه و شغله في وضع تعريفات ، جامعة مانعة ، تحتوي على مظاهر و عناصر الموضوع ، المراد تعريفه إنما شغله الشاغل أيضا ، البحث عن الحلول الشرعية للمسائل المطروحة وهو ما عبر عنه بالفقه الاستقرائي.<sup>3</sup>
- فالفتات القدامى إلى الجانب المادي في عقد الزواج لا مطعن فيه؛ فالمقصود الأصلي للزواج هو العفة، والعلاقة المادية بين الرجل والمرأة موجودة عند كافة الأمم بلا استثناء.

<sup>1</sup> \_ السرخسي: هو محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي الإمام الكبير شمس الأئمة صاحب كتاب المبسوط، أحد فحول أئمة الحنفية الكبار، كان إماما وعلامة و متكلماً و فقيهاً أصولياً مناظراً، توفي في حدود 490هـ.

للإمام أبي الوفا (محي الدين أبو محمد عبد القادر)، الجواهر المضوية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، مصر، ط: الثانية، 1413هـ-1994م (3/ 78-79). ■ الزركلي، الأعلام، (23/7).

<sup>2</sup> \_ السرخسي ، المبسوط، (194/4).

<sup>3</sup> \_ بهاء الدين العلايلي ، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي و القانون، دار الشواف-مصر، 2011م، (49/1).

و لابد من الإشارة هنا أن من الفقهاء المعاصرين من فضلوا عدم تعريف الزواج ، تعريفاً جامعاً ، يشتمل مقاصده الرئيسية ، و اقتصروا على ذكر التعريف بالقيود التي رسمها الفقهاء المتقدمين باعتبار أن الأصل في التعريف هو بيان حقيقة عقد الزواج و خصيسته أما بيان مقصده أو الغرض منه فهذا يذكر في بيان حكمته.<sup>1</sup>

هذه التعريفات كانت لبعض الفقهاء المعاصرين وجهة نظر اتجاهها باعتبارها لا تكشف المقصود من هذا العقد و الواجب وضع تعريفاً كاشفاً عن حقيقة الزواج و المقصود منه عند الشارع الحكيم كما ذهب إلى ذلك أبو زهرة<sup>2</sup> الذي عرف الزواج بقوله : "عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الإنساني، وتعاونهما مدى الحياة، ويجدد مال كليهما من الحقوق، وما عليه من واجبات".<sup>3</sup>

فالغرض الأسمى في الشرع وعند أهل الفكر و النظم كما يقول الإمام أبو زهرة هو<sup>4</sup> : "التناسل و حفظ النوع الإنساني وأن يجد كل واحد من العاقدين في صاحبه الإنس الروحي وسط متاعب

الحياة، في قولنا عز وجل: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا

وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: 21].

و يمكن اعتبار تعريف أبو زهرة من أشمل و أحسن التعريفات و قريب منه تعريف الحنابلة و الشافعية، فقد قصد إظهار الآثار المترتبة على عقد الزواج و إظهار قيمتها العظيمة و معانيها الحضارية

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة ، ط : الأولى، 1992م، (11/6)

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة محمد: محمد بن أحمد بن مصطفى بن أحمد المعروف بأبي زهرة ولد عام 1898م ، حفظ القرآن الكريم صغيراً ثم انتقل إلى الجامع الأحمدي ثم مدرسة القضاء الشرعي ثم دار العلوم ثم أصبح مدرسا بكلية أصول الدين و تدرج أبو زهرة في كلية الحقوق التي شهدت أخصب حياته الفكرية حتى ترأس قسم الشريعة، وشغل منصب الوكالة فيها، و اختير الشيخ أبو زهرة عضواً في مجمع البحوث الإسلامية سنة 1962م، وهو المجمع الذي أنشئ بديلاً عن هيئة كبار العلماء توفي سنة 1974م من أشهر مؤلفاته: تاريخ المذاهب الإسلامية. العقوبة في الفقه الإسلامي. زهرة التفاسير، الأحوال الشخصية، الجريمة في الفقه الإسلامي. علم أصول الفقه.

للزركلي، الأعلام، (25/6).

<sup>3</sup> \_ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي-القاهرة، (د.ط)، (د.ت). ص44. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي-القاهرة، ط: الثالثة، 1957م، ص17.

<sup>4</sup> \_ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص44.



## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

في الوقت المعاصر ،بينما كان تركيز الفقهاء المتقدمين على حقيقة الزواج دون آثاره، و هذا لا ينفي أن تكون هذه التعارف دقيقة و ذلك لأنهم لم يدخلوا في حكم العقد ،إنما<sup>1</sup> كان التركيز على حد الزواج و هو المراد هنا.

ثانيا: في الاصطلاح القانوني

عرف المشرع الجزائري الزواج في الباب الأول: -الزواج- في الفصل الأول:-الخطبة و الزواج- المادة الرابعة من قانون الأسرة رقم : 84-11؛ ثم عدل في التعريف من خلال نفس المادة بالأمر 05-02 ليعرفه بنصه : " الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب"<sup>2</sup> .

و قد أضاف المشرع كلمة واحدة للتعريف هي "الرضا" بحيث أصبح عقد الزواج يعرف بأنه عقدا رضائيا بين رجل وامرأة، وقد اختار المشرع استعمال لفظ الزواج في التعريف غير أنه استعمل لفظ النكاح في مواضع أخرى من قانون الأسرة.<sup>3</sup>

وظاهر المادة أن المشرع الجزائري ساوى بين طرفي العلاقة الزوجية أي الزوج و الزوجة ، حيث صرح بالأطراف المتعاقدة أي الرجل والمرأة، كما نص على وجوب احترام الشروط الشرعية؛ و لم يجعل المرأة

<sup>1</sup> \_سمية صالح، الو سائل المستحدثة و دورها في م سائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة-كلية الشريعة و الإقتصاد، 2016م-2017م، ص81.

<sup>2</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م. لثم الجريدة الرسمية، التاريخ 27 فبراير 2005م، ع:15

<sup>3</sup> \_ كما هو الشأن في تسمية الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة المعدل و المتمم و المتعلق بالنكاح الفاسد و الباطل و بعض المواد على سبيل الذكر لا الحصر :

- المادة 10: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا. و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة".
- المادة 24: " موانع النكاح المؤبدة هي : القرابة-المصاهرة-الرضاع."
- المادة 40: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون ....."

مخلافه، وهو ما ذهب إليه معظم التشريعات العربية في تعريفها للزواج من خلال إظهار غايته و أهدافه.<sup>1</sup>

وذهب بعض القانونيين أن هذا التعريف يشبه تعريف الزواج " mariage " في القانون الفرنسي الذي يعرفه بأنه نظام قانوني يقوم على توافق إرادتي رجل وامرأة واقتراحهما على سبيل الدوام، بحيث إذا أطلق مصطلح الزواج أصبح لا يقصد منه إلا هذا المعنى<sup>2</sup>، على عكس تعريفه في بعض التشريعات

<sup>1</sup> \_ عرف القانون الأردني الزواج في المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية رقم 36 لسنة 2010 م: "عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة و إيجاد نسل".

- المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية: "الزواج ميثاق تراض و ترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان و العفاف و إنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"
- المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية لسوريا: "الزواج عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة الزوجية المشتركة".
- المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية السوداني: "عقد بين رجل و امرأه على نية التأييد يحل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه الشرعي".
- المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 المعدل: "عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعا غايته السكنى و الإحصان و قوة الأمانة".

تظهر هذه التعريفات ما للزواج من مقاصد سامية في بناء المجتمع الصالح، ولكن يعاب عليها أنها غفلت عن عنصر جوهرى هو موضوع العقد، و لم تعرض لآثاره الشرعية، ولعل الهدف من ذلك هو إبراز أهمية الغاية من عقد الزواج و مقاصده.

لل: القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المعدل و المتمم، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.22 بتاريخ: 03 فبراير 2004 م . -الجريدة الرسمية، بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ع: 5184.

لل: قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 7-9-1953م.

لل: قانون الأحوال الشخصية للمسلمين بالسودان لسنة 1991 .

لل: قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت.

<sup>2</sup> \_ «le mot de mariage désigne à la fois une situation juridique ,l'état des gens mariés ,et l'acte qui donne naissance à cet état ,une définition juridique est difficile à formuler car elle doit être précise et faire abstraction des aspects sociaux et moraux du mariage qui n'ont aucune conséquence en droit et risquerait de fausser la nation technique à dégager.

Pour essayer d'exprimer sa conception en droit positif actuel, on peut dire que le mariage est l'acte juridique solennel par lequel l'homme et la femme établissent une union sanctionnée par la loi civile et dont ils ne pourront obtenir la rupture que dans certains cas déterminés.

L'analyse des termes de cette définition ne permettra de préciser les caractères et la nature du mariage ».

لدى بعض الدول الأوروبية من أنه عقد شخصين دون ذكر جنسيهما وهو ما سمح لبعض التشريعات لبعض الدول كهولندا وبلجيكا تسمح بزواج الشواذ.<sup>1</sup>

ولم ينتهج المشرع الجزائري منهج الفقهاء المتقدمين في تعريفهم للزواج بأنه الملك و الاستمتاع، بل رقى بالزواج إلى أسمى من ذلك حين جعل له هدفا شخصيا لكل من الزوج و الزوجة ألا و هو الإحصان، و آخر أسريا و ذلك يجعلها قيام المودة و الرحمة و التعاون بين أفراد الأسرة من متطلبات عقد الزواج، وهدفا اجتماعيا وهو المحافظة على الأنساب حتى تبقى العلاقات الأسرية قائمة و الأنساب ثابتة فيؤدي كل من الوالدين واجباتهما اتجاه ابنتهما فينشئون لهذا المجتمع ذرية طيبة ذات تربة صلبة لا تتصدع بالهزات ولا تسقط لأتفه الويلات.<sup>2</sup>

ونص المادة ركز على أهداف الزواج، ومقاصده من جهة، ومن الجهة المقابلة كرس الرضائية في عقد الزواج لاستبعاد كل أشكال الإكراه والإكراه، وللدلالة على أن عقد الزواج يقوم أساسا على الرضا باعتباره العنصر الجوهرى في العقد.<sup>3</sup>

وجاء ذلك في عرض أسباب هذه المادة أن التعديلات في هذا الجانب أساسا تتعلق بطبيعة العقد وركن الرضا فيه، وأنه تم التكفل في هذا المجال بالتأكيد على أن عقد الزواج رضائي يقوم على رضا الزوجين والتمييز بين ركن الرضا في عقد الزواج الذي لا ينعقد الزواج إلا بتوافره وشروط عقد الزواج من أهلية وصداق وتولي وشاهدين وانتفاء الموانع الشرعية.<sup>4</sup>

وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها على أن الزواج عقد رضائي بالأساس، حيث جاء التنصيص على أنه: "من المستقر عليه قانونا وقضاء أن عقد الزواج يعتبر صحيحا متى تم برضا الزوجين"<sup>5</sup>

GABRIEL marty- PIERRE raynaud. Droit civil les personnes, Sirey, 3ème édition, Paris 1976.p65.

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، دار هومة-الجزائر، ط: الأولى، 2007م، ص37.

<sup>2</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ط: الثانية، 1994م، (91/1). ■ محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، دار الشهاب للطباعة و النشر، باتنة، (د.ط)، (د.ت)، (48/1)

<sup>3</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط: الأولى، 2008م، ص24.

<sup>4</sup> \_ الجريدة الرسمية للمداولات، التاريخ: 28-05-2005 م، ع:156. ■ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، (د.ط)، 2005م، ص63.

<sup>5</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 88856، التاريخ: 23-02-1993م.



و إن كان هذا أمرا إيجابيا باعتبار أن الزواج أسمى العقود الرضائية إلا أن المشرع غفل عن مسألة أساسية و هي خاصية هذا العقد باعتباره عقد زواج، فقد جعل المشرع في التعريف عقد الزواج كباقي العقود الأخرى حينما قال : "عقد يتم بين رجل و امرأة ... " فيمكن أن يكون هذا العقد تجاريا أو عقد هبة أو وصية .

وكان الأولى بالمشرع الجزائري البحث عن تكييف أسمى و أقدم لهذه العلاقة الزوجية كاعتباره ميثاقا

غليظا مصداقا ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَ عُرْوَاتُكُمْ مِنَ الرِّجَالِ فَأُولَئِكَ أَصْرَابُهُمْ وَرِجَالُهُمْ أَوْلَىٰ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغْلِبُوا عَنْ مِيثَاقِكُمْ إِلَىٰ أَيْدِي الرِّجَالِ وَأَنْتُمْ أَعْيُنٌ عَلَىٰ الرِّجَالِ مِثْلَ الْأَعْيُنِ عَلَىٰ الرِّجَالِ﴾ [النساء: 20]

وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ [النساء: 21].

فالعلاقة الزوجية التي تربط بين الرجل و المرأة أسمى من أن تتعلق بتبادل منافع مالية ، وهو ما عناه الدكتور محمد محدة<sup>1</sup> في قوله : " الزواج هو تلك الشريعة التي تنشأ بين الزوجين ويحصل بينهما الارتباط الشرعي وتقوم بها الحياة الزوجية مرتبة لجميع آثارها ومحققة لأسمى أغراضها"<sup>2</sup>.

و يمكن الوصول لنتيجة أن المشرع الجزائري لا يعترف إلا بالزواج الشرعي كأساس لتكوين الأسرة و يشترط أن يكون النسب شرعيا حتى ينسب الولد لأبيه حيث تنص المادة الرابعة من قانون الأسرة : " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية "<sup>3</sup>.

للهم: المجلة القضائية، التاريخ : 1996 ، ع:2، ص 69.

<sup>1</sup> \_ محمد محدة: هو محمد بن احمد \_ بالفتح \_ بن أحمد مَحْدَة. ولد بالوادي عام 1955م حفظ القرآن الكريم وبعض المتون الفقهية في مسقط رأسه زاول دراسته الثانوية و الجامعية في قسنطينة التحق بمعهد الحقوق حتى نال الماجستير في القانون الجنائي عام 1983م ثم الدكتوراه عام 1991م و نال درجة الأستاذية عام 1996م ،درس في أكثر من جامعة قسنطينة باتنة و بسكرة الوادي جامعة التكوين المتواصل ، ين عام 1999 عضوا باللجنة القطاعية الدائمة لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي لمدة خمس سنوات و كان غزير الكتابة فألف الكثير من الكتب و البحوث الأكاديمية خاصة في الجنائي و الأسرة توفي إثر حادث مرور سنة 2006م . للهم : موقع ww.shamela-dz.com تاريخ التصفح : 22 سبتمبر 2016 .

<sup>2</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص92.

<sup>3</sup> \_ خالف المشرع الجزائري المشرع الفرنسي في نظرتة للتشريعات الأسرية باعتبار تحديد مرجعيتها الشرعية ففي نظرتة للزواج يعترف المشرع الفرنسي بثلاثة أشكال منه بالمعنى اللغوي للكلمة trois types de couple هي : "الزواج mariage العقد المدني للتضامن و الذي يختصر في الكتابات الفرنسية تحت مصطلح p.a.c.s و أخيرا المخادنة le concubinage للهمز مزيد من التفصيل ينظر : محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة ،رسالة دكتوراه فرع القانون الجنائي، جامعة منتوري قسنطينة ، كلية الحقوق ، 2010م، ص 16.

## الفرع الثاني: مقاصد<sup>1</sup> الزواج في قانون الأسرة

إن قيمة أي قانون إنما تتعلق بما يحققه من مصالح و مقاصد وأهداف، فالأصل أن المشرع يتدخل عن طريق القانون منظماً العلاقة الزوجية لتحقيق مصالح وضعها غاية للزواج لأجل تحقيقها، فإذا وجد الزواج تحققت هذه المصالح غالباً ، وإذا انتفى الزواج انتفت تلك المصالح وتعطلت. والناظر لفلسفة المشرع الجزائري يجد أنه لم يجعل عقد الزواج عقداً عادياً كبقية العقود بل رفع من شأنه عندما جعل له بعداً مقاصدياً، حين جاء معرفاً له من خلال إظهار أهدافه وغاياته ، فذكر على سبيل الحصر في الفقرة الثانية من المادة الرابعة لقانون الأسرة المعدل: "تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب". فعقد الزواج من العقود الهامة جداً لأنه يغير سائر العقود فهو ليس عقد تملك لعين أو منفعة كعقد البيع و الإجارة بل هو عقد و ميثاق بين الزوجين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً مدى الحياة؛ وهي مقاصد تتماشى و روح فلسفة الإسلام اتجاه الزواج الذي يعتبره نظاماً ربانياً قبل أن يكون عقد بين رجل و امرأة .

<sup>1</sup> \_ المقاصد لغة :جمع مقصد بفتح الميم و مصدرها ميمي مأخوذ من الفعل "قصد"، و لها عدة معان منها : الاعتماد و الأم و استقامة الطريق و العدل و التوسط و عدم الإفراط، أما اصطلاحاً : فلم يذكر العلماء و الأصوليين المتقدمين كالفارابي و الشاطبي تعريفاً علمياً للمقاصد الشرعية إنما اكتفوا ببيان حقيقة المقاصد و محتوياتها و نصوا على المقاصد في مصنفاتهم و ذكروا بعض تقسيماتها كالكليات الخمس و ذكر المصالح الضرورية و الحاجة و التحسينية و بعض الحكم و العلة، و أرجع بعض الأصوليين المعاصرين كالريسوني أن سبب ذلك هو وضوحها عندهم ، أما المعاصرون فقد أوردوا عدة تعريفات منها تعريف ابن عاشور بأن: " مقاصد الشريعة العامة هي المعاني و الحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا تختص ملاحظاتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة " ، و عرفها علال الفاسي : " بأنها الغاية منها و الأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها " ، و عرفها الريسوني بأنها : " الغايات التي وضعت الشريعة لأجل تحقيقها لمصلحة العباد " ، فمقاصد الشريعة دائرة مع المصالح و الغايات و الحكم التي قصد الشارع عند وضعه الشريعة و هذا شامل للمقاصد العامة و الخاصة .

للإشارة ينظر: ابن فارس (أبو الحسن أحمد)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، (د.ط)، 1979م، (95/5) الفراهيدي (الخليل بن أحمد) ، العين، دار مكتبة الهلال، (د.ط)، (د.ت)، (54/5) الخادمي (نورالدين مختار)، أبحاث في مقاصد الشريعة دراسة مقاصدية لبعض قضايا الاجتهاد و التجديد و المعاصرة و الفكر و الحضارة و الثقة و المنطق و الأصول و الفروع، دار المعارف-بيروت، ط: الأولى، 2008م، ص12-15. ابن عاشور (محمد الطاهر)، مقاصد الشريعة الإسلامية، دار السلام للطباعة و النشر-مصر، ط: الثانية، 2007م، ص49. الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، سلسلة الرسائل الجامعية، الدار العالية للكتاب الإسلامي و المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط: الرابعة، 1995م، ص17. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مكتبة الوحدة العربية، المغرب، (د.ط)، 1963م، ص3. اليوبي (محمد سعد بن أحمد)، مقاصد الشريعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 1998م، ص33.

ونظرة المشرع الجزائري لعقد الزواج هي نظرة مقاصدية متقدمة رغم أن هناك من يعيب عليه ذكر أهداف الزواج ضمن تعريفه للزواج، باعتبار أن التعريف يعنى برسم الحدود والقيود للمصطلح إلا أن المشرع لم يقصر عقد الزواج على الملك أو الحلية فقط بل رقى بالزواج إلى أسمى من ذلك حين جعل له هدفا و مقصدا شخصيا و آخر أسريا و أخيرا هدفا و مقصدا اجتماعيا.<sup>1</sup>

ولا ريب أن المشرع الجزائري لم يخالف الشريعة الإسلامية التي تريد أن تحقق أهدافاً سامية وغايات نبيلة، و مقاصد أساسية من خلال تشريع الزواج ، و قد أبانت نصوص شرعية كثيرة حقيقة ذلك في الإسلام، و المقاصد المبتغاة من وراء تشريعه سواء أكانت عامة متعلقة بعموم المجتمع أو الأمة، أو خاصة لكل فرد من أفراد المجتمع، فالاستقراء لدلالات تلك النصوص تجعلنا نقف على قواعد الشريعة التي تعتبر من مقاصد الزواج وأغراضه الأساسية<sup>2</sup>، جاء في أعلام الموقعين: "إن عقد النكاح يشبه العبادات في نفسه بل هو مقدم على نقلها و لهذا يستحب عقده في المساجد و ينهى عن البيع فيها فإذا تكلم به أحد رتب الشارع حكمه و إن لم يقصد بحكم ولاية الشارع على العبد فالمكلف قصد السبب و الشارع قصد الحكم"<sup>3</sup>.

### البند الأول : مقصد الزواج الشخصي

من بين مقاصد الزواج هو تحصيل الإحصان والتحلي بفضيلة العفاف وتطهير المجتمع من كل مظاهر الرذيلة والسمو بالإنسان عن البهيمية الحيوانية في قضاء الغرائز والشهوات التي جبل عليها أو زينها الله له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، ص 48.

عرف المشرع المغربي عقد الزواج من خلال المادة الأولى من مدونة الأسرة بقوله: "الزواج ميثاق تراض و ترابط شرعي بين رجل و امرأة على وجه الدوام غايته الإحصان و العفاف و انشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة". و يتضح من منطوق هذا النص أن المشرع المغربي تنبه أيضاً إلى خاصية الزواج باعتباره عقد ليس ككل العقود فهو أسمى و أجل من مجرد عقد تملك لعين أو منفعة كعقود البيع أو عقد الإيجار بل هو عقد و ميثاق بين الزوجين يرتبطان به ارتباطاً وثيقاً مدى الحياة و يندمج كل منهما في الآخر اندماجاً كلياً فعرفه تعريفاً مثالياً مرتبطاً بأهدافه.

للإشارة ينظر: محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة الجزء الأول الزواج، ط: الأولى، 2006م، ص 111-112.

<sup>2</sup> - عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة وهران كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2004م-2005م، (59/1).

<sup>3</sup> - ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة، دار ابن الجوزي-السعودية، ط: الأولى، 1423هـ، (111/3).

<sup>4</sup> - عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، (د.ط)، 2010م، ص

وهذا المقصد لا يتحقق إلا بكل استمتاع كل منهما بالآخر، و الملاحظ أن تعريفات الفقهاء للزواج - على الأخص المتقدمين - كلها تدور حول هذا المعنى و إن اختلفت في التعبير فهي تؤدي في مجملها إلى أن موضوع عقد الزواج امتلاك المتعة على الوجه المشروع، و أن الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل هذه المتعة حلالا، و لا شك أن ذلك من أغراضه بل هو من أوضح أغراضه عند الناس عامة و لكن ليست هي كل أغراضه و لا أسمى أغراضه في نظر الشارع الإسلامي فالزواج يحقق الراحة الحقيقية للرجل و المرأة على حد سواء ليس الراحة الحيوانية إنما الراحة التي يسير في مدارج الكمال و تعلق تبعاته بمقدار كماله.<sup>1</sup>

و الإحصان هو توفير المناعة الكافية للمؤمن، والتي تصده عن الوقوع في الفاحشة أو تصرفه بالتفكير فيها عن الوظائف الموكلة إليه، و سر ذلك هو أن الإسلام يعترف بالغرائز التي وجدت في نفس الإنسان، فلا يقاومها أو يطلب إقامتها، بل يوفر السبل النظيفة التي تتيح إخراجها في جو يحفظ مبادئه ومقاصده الكلية، و لا يصادم في نفس الوقت الفطرة التي فطر الله الناس عليها، و قد نص على هذا

المقصد في قوله عز وجل: ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفَ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور: 33]

، و قوله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَفْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ [المؤمنون: 05]

و الإسلام لم يستنكف عن الاستمتاع الجنسي، و لم يقلل من شأنه إذا كان حلالا، بل إنه رتب عليه الأجر الجزيل، قال رسول الله - ﷺ -: « وفي بضع أحدكم صدقة، قالوا: يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر؟ قال - ﷺ -: أليس إذا وضعها في الحرام كان عليه وزر، فكذلك إذا وضعها في حلال كان لها أجر»<sup>2</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث أن المباحات تصير طاعات بالنيات، فالجماع يكون عبادة إذا نوى به قضاء حق الزوجة و معاشرتها بالمعروف الذي أمر به الله تعالى به أو طلب ولد صالح أو إعفاف نفسه أو زوجه و منعهما جميعا من النظر إلى حرام أو الفكر فيه أو الهم به أو غير ذلك من المقاصد الصالحة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 19

<sup>2</sup> - مسلم (أبو الحسين الحجاج بن مسلم النيسابوري)، الجامع الصحيح، كتاب الزكاة - باب بيان اسم الصدقة يقع على كل نوع من المعروف، رقم الحديث: 1006، دار الطباعة العامرة-مصر، (د.ط)، (د.ت)، (493/1).

<sup>3</sup> - النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، شرح النووي لصحيح مسلم، دار النقوى-مصر، (د.ط)، (د.ت)، (1225/7).

وحاجة الرجل إلى المرأة، والمرأة إلى الرجل، حاجة فطرية جبل الله الناس عليها، ولا بد من تسهيل الطرق الشرعية إليها حتى لا يضطر الناس إلى ركوب الحرام ولا سيما في عصر فتحت فيه أبواب المحرمات على مصاريعها، و كثر في المغربيات بالمنكر، و المعوقات عن المعروف<sup>1</sup>.

ولو ترك الناس لطبائعهم و شهواتهم و أبيع للجنسين الذكر و الأنثى أن يجتمعا إشباع رغبتهما الجنسية دون وازع أو رادع أو قيد كالزواج لسادت الفوضى بين الناس و لقلت العناية بالنسل و لما كان الإنسان هو سيد الوجود، جاء في الظلال: " إن الزواج هو الطريق الطبيعي لمواجهة الميول الجنسية الفطرية، وهو الغاية النظيفة لهذه الميول العميقة، فيجب أن تزول العقبات من طريق الزواج، لتجري الحياة على طبيعتها وبساطتها، والعقبة المالية هي العقبة الأولى في طريق بناء البيوت، وتحصين النفوس، والإسلام نظام متكامل، فهو لا يفرض العفة إلا وقد هيأ لها أسبابها، وجعلها ميسورة للأفراد الأسوياء، فلا

يلجأ إلى الفاحشة حينئذ إلا الذي يعدل عن الطريق النظيف الميسور عامدا غير مضطر<sup>2</sup>.

ويشرح السرخسي هذا المقصد شرحا عجيا فعقد الزواج كما ذهب إليه لم يشرع لقضاء الشهوة فقط لكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة ليرغب فيه الطائع و العاصي، المطيع للمعاني الدينية و العاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة ففيها قضاء شهوة الجاه، و النفوس ترغب فيه لهذا المعنى أكثر من الرغبة في النكاح حتى تطلب ببذل النفوس و جر العساكر، لكن ليس المقصود بها قضاء شهوة الجاه بل المقصود قضاء إظهار الحق و العدل و لكن الله تعالى قرن به معنى شهوة الجاه ليرغب فيه المطيع و العاصي فيكون الكل تحت طاعته و الانقياد لأمره مع أن منفعة العبادة على العابد مقصورة و منفعة النكاح لا تقتصر على الناكح بل تتعدى إلى غيره و ما يكون أكثر نفعاً فهو أفضل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ يوسف القرضاوي، زواج المسيار.

موقع على شبكة الأنترنت باسمه : [www.quaradawi.net](http://www.quaradawi.net) تاريخ التصفح : 2015-11-24م

تقدم الدراسات النفسية لمسألة الاستقرار الزوجي تفسيرات مفادها أن اضطراب العلاقة الجنسية بين الزوجين تعتبر من أهم المشكلات التي تؤدي لظهور العنف بين الأزواج و التعاسة الزوجية حيث يغيب الابتهاج في مجالات محددة من التفاعل الزوجي على رأسها : المشكلة الجنسية، و في تحديد أشكال العلاقة الجنسية و أنماط السلوك الجنسي يضع موشير mosher ثلاث مستويات يتحدث في إحداها على مستوى الاندماج والحب والزواج حيث يكون الاستمتاع بين الشريكين و الذي يجعل العلاقة الزوجية تتطور إلى الأفضل.

للزيد من التفصّل ينظر: كلثوم بلميهوب، الاستقرار الزوجي دراسة في علم النفس، منشورات الخبر-الجزائر، ط: الثانية، 2006م، ص96.

<sup>2</sup> \_ سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق-القاهرة، ط: الثانية و الثالثون، 2003م، المجلد الرابع (2515/18).

<sup>3</sup> - السرخسي، المبسوط، (194/4)



البند الثاني : مقصد الزواج الأسري

لم يقصر المشرع الجزائري هدف الزواج على الإحصان فقط، بل سمي به ليجعل له مقصداً أسرياً، يتمثل في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، فمن أهم مقاصد الزواج : تحقيق السكن، والمودة بين الزوجين ، فعند اختلافهما لا يبقى النكاح محققاً لمصالحه ؛ لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد فتتقلب المصلحة إلى الطلاق؛ ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح .<sup>1</sup> وإذا كان الزواج يحفظ النفس من الوقوع في الفاحشة ويحصنها وهو طريق الفضيلة والعفاف فهو طريق أيضاً لتحمل المسؤولية وذلك بمجاهدة النفس بالولاية والرعاية والقيام بحقوق الأهل والصبر و لأن الزواج جذم نظام العائلة و به تبتدئ آصرة القرابة بنسبة البنوة و الأبوة ، و انتظام أمر العائلات في الأمة أساس حضارتها و انتظام جامعتها فلذلك كان الاعتناء بضبط العائلة من مقاصد الشريعة الإسلامية .<sup>2</sup>

قَالَ (الدين) عز وجل : ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ ﴾ (٢٠) وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (٢١) [الروم: 21] .

فالعائلة هي أساس التناسل ، و هو نظام عجيب جعله الله مرتكزا في الجبل لا يشد عنه إلا الشذاذ وقد جعل للإنسان ناموس التناسل ، و جعل تناسله بالتزاوج و لم يجعله كتناسل النبات من نفسه ، وأن جعل أزواج الإنسان من صنفه و لم يجعلها من صنف آخر لأن التانس لا يحصل بصنف مخالف ، وأن جعل في ذلك التزاوج أنسا بين الزوجين و لم يجعله تزاوجا عنيفا أو مهلكا كتزاوج الضفادع ، وأن جعل بين كل زوجين مودة ومحبة فالزوجان يكونان من قبل التزاوج متجاهلين فيصبحان بعد التزاوج متحابين ، وأن جعل بينهما رحمة فهما قبل التزاوج لا عاطفة بينهما فيصبحان بعده متراحمين كرحمة الأبوة والأمومة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الكاساني(علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد عوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية-لبنان، ط: الثانية، 2003م، (3 / 317) .

<sup>2</sup> ابن عاشور، مقاصد الشريعة ، ص 151-152 .

<sup>3</sup> ابن عاشور (محمد الطاهر)، تفسير التحرير و التنوير ،الدار التونسية للنشر،(د.ط)،(د.ت)، (71/21)

## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

فالزوجة شريكة للزوج، وسكنا له، و العلاقة بينهما هي علاقة المودة والرحمة، التي على أساسها تكون الأسرة مترابطة، و الإنسان يستكمل نصفه الآخر بالزواج أي يستكمل مقومات حياته المتوازنة و المنسجمة و يمنحها كامل قوتها و فعاليتها الاجتماعية التي تظل ناقصة و غير مستقرة إلا إذا حدث الزواج الصالح الناجح.<sup>1</sup>

و المشرع الجزائري حين جعل عقد الزواج قائما على المودة و الرحمة فهو يمنع الظلم و الإستبداد و هو ما كرسته المحكمة العليا أيضا من خلال قراراتها.<sup>2</sup>

البند الثالث : مقصد الزواج الاجتماعي

من أهم مقاصد الزواج حفظ الأنساب، و هو مقصد أصلي من تشريع الزواج فقد جعل الله عزوجل

استمرار النوع الإنساني منوطا بالتزاوج، و استمرار النوع هدف و غاية للخالق سبحانه و تعالى قَالَ

الذِي عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ، وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ﴿ ٧ ﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ

سُلَالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿ ٨ ﴾ ﴾ [السجدة: 07-08] ، جاء في المنتقى : " فإن المقصود من النكاح حفظ

النسب " .<sup>3</sup>

فحفظ الأنساب من مقاصد الزواج فهو مقصد أصلي من حيث تحقيقه لذلك المعنى ؛ و من حيث أنه خادم للمقصد الأصلي و هو تكثير النسل ، فهو من المقاصد التبعية له لأن تكثير النسل يستلزم حفظه و حفظ أسبابه.

و قد عد هذا المقصد في الشريعة مقصدا أصليا لأمرين :

<sup>1</sup> \_ الطيب برغوت، بناء الأسرة المسلمة طريق النهضة الحضارية ، دار قانة للنشر و التجليد، باتنة، ط: الرابعة، 2008م، ص32.

<sup>2</sup> \_ "متى كان من المقرر شرعا وقانونا، أن أهداف الزواج تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، فإن عدم تحقق الأهداف السالفة تحول للزوجة طلب التطلاق (المادتان 4 و 2/53 من ق.أ) و من ثم فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما استجابوا لطلب الزوجة الرامي إلى التطلاق لعدم قدرة الزوج على الإنجاب وتكوين أسرة متكاملة، لذا فإن الدفع المثار جاء في غير محله، مما وجب رفض الطعن "

-قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 52850 ، التاريخ: 13-03-1989م.

للهم: المجلة القضائية، سنة 1995م، ع:02، ص 38.

<sup>3</sup> \_ الباجي القرطبي الأندلسي(أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث)،المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - مصر، ط: الأولى، 1332 هـ ، ( 302/3)

- أولهما : أن النسل لا سبيل له إلا بالزواج سواء في الحفاظ على وجوده أو سلامته أو هما معا وقد ذكر الأطباء أن مقاصد النكاح ثلاثة حفظ النسل و إخراج الماء الذي يضر احتباسه و نيل اللذة.<sup>1</sup>
- ثانيهما : أن حفظ الأنساب والعفة يقوم على ظاهرين كلاهما يتقابلان ويتعانقان في سبيل حفظهما وهما النكاح وتحريم الزنا و من أجل ذلك حرم الإسلام الزنا و ما يشبهه من الأنكحة الباطلة لأنها لا يترتب عليها حفظ النفس من الزنا و لا حماية الأنساب من الاختلاط. فالزواج بأصوله وحدوده وقواعده وغاياته و أهدافه كما شرعه الله تعالى هو الوسيلة الوحيدة السليمة والمشروعة لتوالد النوع الإنساني ولبقائه واستمراره و تكاثره جيلا بعد جيلا لإقامة الشريعة الإسلامية وعمارة الكون و إصلاحه و استلاله و الاستفادة منه.<sup>2</sup>
- يقول حجة الإسلام الغزالي<sup>3</sup> : "و إنما الشهوة خلقت باعثة مستحثة كالموكل بالفحل في إخراج البذر بالأنثى في التمكين من الحرث تلطفا بهما في السياقة إلى اقتناص الولد بسبب الوقاع كالتلطف بالطير في بث الحب الذي يشتهي ليساق إلى الشبكة و كانت القدرة الأزلية غير قاصرة عن اختراع الأشخاص ابتداء من غير حراثة و ازدواج و لكن الحكمة اقتضت ترتيب المسميات على الأسباب مع الاستغناء عنها إظهارا للقدرة و إتاما لعجائب الصعنة و تحقيقا لما سبقت به المشيئة و حقت بالكلمة و جرى به القلم "<sup>4</sup>.
- فالغزالي يرى أن الشهوة باعثة مستحثة و هي صفة غير مكتسبة و الغاية من خلقها في الكائن الحي و بالذات في النوع الإنساني هو اقتناص الولد لبقاء استمرارية النوع الإنساني، و الحفاظ على نظام

<sup>1</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (201/4).

<sup>2</sup> \_ أحمد أباش، الأسرة بين الجمود و الحداثة، منشورات الحلبي القانونية-بيروت، ط: الأولى، 2011م، ص17

<sup>3</sup> \_ الغزالي: هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد أبو حامد الغزالي زين الدين الطوسي ، الملقب بحجة الإسلام، ولد سنة 450 هـ — بطوس الفقيه الشافعي الأصولي المتكلم المفسر لم يكن للطائفة الشافعية في آخر عصره مثله، بلغت مؤلفاته حوالي المائتين منها : إحياء علوم الدين، الوسيط، الوجيز في الفقه، و المستصفى، و المنحول، و شفاء الغليل في الأصول . توفي الإمام الغزالي سنة 505 هـ..

للغزالي: الأسنوي (جمال الدين عبد الرحيم)، طبقات الشافعية، تحقيق: كمال يوسف الحوتدار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، (د.ط)، 2001 م، (111/2). ■ ابن خلكان (أحمد بن محمد بن أبي بكر)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، المحقق: إحسان عباس ، دار صادر — بيروت، (د.ط)، 1972، (217/4). ■ الزركلي، الأعلام، (22/7).

<sup>4</sup> \_ الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين ، دار المعرفة-بيروت، (د.ط)، (د.ت)، (24/2).



التناسل و هذا كله من باب تنظيم المسببات بالأسباب وترتيب النتائج على الأسباب.<sup>1</sup> ونخلص مما سبق أن تحديد أهداف الزواج ومقاصده هو ممايسهم في تحصينه من العبث و الأسرة من الانحراف ، و هو من باب المحافظة على البناء السليم للأسرة المسلمة حذرا من الانزلاق في المنزلاقات الخطرة التي تعود بالفساد و الإفساد على الأسرة و المجتمع خاصة و أن بعضها سبب شيوعه هو الانفلات من الأحكام الشرعية و التقليد الأعمى لغير المسلمين و عدم إدراك ما يترتب على ذلك من أضرار كبيرة تلحق بالأسرة و المجتمع المسلم.<sup>2</sup> ثم إن عقد الزواج من أغلظ الموثيق وأكرمها على الله ، فهو عقد متعلق بذات الإنسان ونسبه ، و هو بهذا يرتقي من مجرد اللذة الهمجية إلى بناء المؤسسة القائمة على تحقيق عبادة الله .

<sup>1</sup> \_ رائد عبد الله نمر، مسميات الزواج المعاصرة بين الفقه الواقع و التطبيق القضائي، دار ابن الجوزي-القاهرة، ط: الأولى، 2006م، ص15.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص8.

## المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني للزواج

تتميز العلاقة الزوجية بالخصوصية التي تربط بين طرفين رجل وامرأة، فهي أرقى من مجرد توافق إرادتين على إحداث أثر شرعي أو قانوني ، فقد سماها الله عزوجل بالميثاق الغليظ ، تدعو إليه جبلية التناسل<sup>1</sup> ،

و الذي يُبنى على مقومات متينة تحقق غاية الزواج و مقصده، **قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿عِزَّاهُمْ عَلَيْكُمْ وَاللَّهُ يَبْسُطُ الرِّيحَ وَهُوَ أَعْلَمُ بِمَا تُكْسِبُ أَيْمَانُكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تَشْعُرُونَ﴾** ﴿٢٠﴾ **وَكَيْفَ**

**تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا** ﴿٢١﴾ [

النساء: 21].

هذا الميثاق الذي يربط بين الرجل و المرأة ينشئ حقوقا زوجية و أسرية و يجسد صورة للتواصل الجسمي و العاطفي و الفكري بين الزوجين، وهو ما جعل طبيعة هذا الميثاق محل بحث للوصول لتحديد الوصف الشرعي و القانوني الدقيق له.

إن البحث في التكييف الفقهي و القانوني للزواج هو التوصل لتحديد طبيعته، فإن كان التطور قد انتهى اليوم إلى اعتبار الزواج تصرفا قانونيا بإجماع الفقهاء و علماء الاجتماع فإن النقاش مازال محتدما على مستوى التحليل القانوني بخصوص تكييف الرابطة الزوجية<sup>2</sup> .

و تكييف الزواج و تحديد طبيعته القانونية على جانب من الصعوبة و التعقيد لأن كل تكييف يجب أن يبنى على تعريف دقيق للزواج و على تحديد لخصائصه الاجتماعية و المعنوية و القانونية<sup>3</sup>، ثم إن معرفة طبيعة الزواج يحدد مدى تأثير ذلك في الآثار المترتبة على إنشاء الزواج ، فإذا ثبت أن الزواج مجرد عقد صرف كبقية العقود الأخرى؛ فمعنى ذلك أنه يقوم على تراض متبادل بين الطرفين و أن القانون يتدخل فقط لوضع شروطه و أحكامه و بالتالي لطرفي عقد الزواج كامل الحرية في إضافة ما

<sup>1</sup> - يقول الطاهر بن عاشور: " استخدمت الشريعة أنواع الوازع الذي يزع النفوس عن التهاون بحدود الشريعة، فاعتمدت في ذلك ابتداء على الوازع الجبلي، فكان كافيا لها من الإطالة بالتشريع للمنافع التي تتطلبها النفس من ذاتها مثل منافع الاقتيات و اللباس و حفظ النسل و الزوجات"

للإ: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص123.

<sup>2</sup> - الحسن رحو، نظام الزواج بين التاريخ و القانوني الإسلامي ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس أكادال - الرباط، 2001م، ص151.

<sup>3</sup> - عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونين التونسي و المقارن، مركز النشر الجامعي - تونس، (د.ط)، 2007م، ص107.

شاءا من الشروط إلى بنود عقد الزواج بما يكفل لهما التفاهم و الاستقرار و القضاء على كل ما يمكن أن يعرقل دوام هذا العقد و استمراره شريطة ألا تحلل حراما أو تحرم حراما .<sup>1</sup>

### الفرع الأول : الزواج بين كونه عقدا أو نظاما

لا يوجد تعريفا للعقد<sup>2</sup> كمصطلح مستقل بذاته عند الفقهاء المتقدمين ، إنما يذكر الفقهاء ذلك عند كلامهم عن أي عقد من العقود كعقد البيع و النكاح و الإجارة و سائر عقود المعاوضات ، و يمكن استنتاج تعريفهم الاصطلاحي بمعنيين عام و خاص .

في معناه العام عرفه أبو زهرة : "بأنه كل تصرف شرعي سواء أكان ينعقد بطرف واحد أم لا ينعقد إلا بكلام الطرفين " .<sup>3</sup>

و التصرف هنا لفظ عام يشمل جميع أنواع التصرفات؛ تصرفا فعليا غير عقدي كالغصب و الإتلاف و قبض الدين و غيرها هنا، و تصرفا فعليا عقديا كبيع المعاطاة و غيرها، و تصرفا قوليا عقديا كالبيع و الشراء و الإجارة و النكاح و غيرها.<sup>4</sup>

وقد خرج من التعريف التصرف غير العقدي وهو الذي لا يتضمن إرادة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها بل يترتب عليه نتائج حقوقية كالإقرار و الإنكار.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ فتحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين و آثار الإخلال بها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- الرباط، 2004م، ص125.

<sup>2</sup> \_ يطلق في لغة العرب العقد على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، و العقد: نقيض الحل، فهو بمعنى الربط و الشد، فيقال: عقدت الحبل فانعقد؛ أي ربطت بين طرفيه و شددهما ، يطلق العقد على ما يفيد عهداً و التزاماً، سواء كان من جانب واحد أو من جانبين ما يراد به توثيقاً و إحكاماً، سواء كان لتوثيق الكلام و تقويته الصادرة من جهة واحدة؛ فيقال: عقدت اليمين و عقدتها بالتشديد ؛

أي أكدتها توكيداً، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَنُكُمْ ﴾ [ النساء:33] . فالعقد له عدة معاني عديدة منها

الالتزام و الضمان و العهد و الشد و البناء و الحساب و التوثيق، و جدير بالذكر أن العقد على معنيين حسي كعقد الحبل و الآخر معنوي أو حكمي كعقد النكاح و عقد البيع إذ هو ربط بين كلامين و أو ربط بين الإرادة و تنفيذ ما التزم به

للصاحب: الفيروز أبادي القاموس المحيط، ص300. ابن منظور، لسان العرب، (3/296). الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقرئ) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان-بيروت، (د.ط)، 1987م، ص160 القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سميح البخاري، دار عالم الكتب-الرياض، ط: الثانية، 2003م، (5/166-167).

<sup>3</sup> \_ أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد، دار الفكر العربي، (د.ط)، (ط.ت)، ص200.

<sup>4</sup> \_ الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دار القلم-دمشق، ط: الثانية، 2004م، (1/380).

<sup>5</sup> \_ الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، (1/380).

فالعقد بمعناه العام يقصد به كل التزام ينشأ عن ارتباط إرادتين كالبيع والشراء والنكاح أو ما ينشأ بإرادة منفردة كالهبة والوصية، قال الجصاص<sup>1</sup> : "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقده وعلى غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمي اليمين على المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالعمل أو الترك وكذا كل ما شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد".<sup>2</sup>

وجاء في تفسير **بُؤَالِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ** : ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا﴾ [المائدة: 01] هذا المعنى العام للعقد، فشمل العقود التي عاقد المسلمون عليها ربهم وهو الامتثال لشريعته ، والعقود التي عاقد المسلمون عليها المشركين ، والعقود التي يتعاقدونها المسلمون بينهم<sup>3</sup> .  
أما المعنى الخاص للعقد فيطلق على كل ارتباط بين كلامين أو إرادتين من طرفين بحيث ينشأ عنه آثاره و تترتب عليه حقوقاً متبادلة، يقول ابن عابدين: "العقد هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما"<sup>4</sup> .  
و شاع بين الفقهاء تعريفهم للعقد في معناه الخاص بأنه : "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله"<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> \_ الجصاص: هو أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص الحنفي، ولد سنة خمس و ثلاثمائة ببغداد، تفقه على أبي الحسن الكرخي، وأخذ عن أبي سهل الزجاج، وعن غيرهما من الفقهاء في عصره، تصدّر التدريس و كان إمام الحنفية في وقته، توفي ببغداد سنة سبعين و ثلاثمائة هجري، من مؤلفاته: أحكام القرآن، أدب القضاء، شرح مختصر الكرخي، وكتاب أصول الفقه.  
للهم: محمد حسين الذهبي، التفسير والمفسرون، دار الكتب الحديثة، ط: الثانية، 1976، (438/2) عادل نويهض: معجم المفسرين، (48/1).

<sup>2</sup> \_ الجصاص (أحمد بن علي الرازي أبو بكر)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء الكتب العربية - مؤسسة التاريخ العربي- بيروت، (د.ط)، 1992م. (285/3)

<sup>3</sup> \_ ابن عاشور، التحرير و التنوير، (74/6).

<sup>4</sup> \_ ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (59/4).

<sup>5</sup> \_ الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق- سوريا، ط: الثانية، 1425هـ-2004م، (372/1).

أما عند فقهاء القانون فقد عرف السنهوري<sup>1</sup> العقد بقوله : " هو توافق إرادتين أو على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله و هو بذلك أخص من الاتفاق الذي لا يمكن أن يرقى لكونه عقداً إلا إذا كان منشئاً للإلتزام أو ناقلاً له فإذا كان يعدل الإلتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد".

ويرى الأستاذ السنهوري عدم جدوى التمييز بين العقد و الاتفاق من الناحية العملية و هو ما يقول به كثير من الفقهاء الفرنسيين<sup>2</sup>.

و قد عرف المشرع الجزائري العقد في القانون المدني الجزائري في المادة 54 بقوله : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".<sup>3</sup> و بدأ المشرع الجزائري متأثراً بالمشرع الفرنسي فتعريف العقد بنص المادة جاء ترجمة حرفية لنص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.<sup>4</sup>

و بإسقاط هذه المفاهيم على الزواج نجد أن الجانب التعاقدية في الزواج موجود في قوله تعالى:

﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ﴾ [ البقرة: 235 ]

<sup>1</sup> \_ السنهوري :عبد الرزاق السنهوري من أعلام الفقه والقانون ولد عام 1895 بالإسكندرية و قد التحق بمدرسة الحقوق بالقاهرة حيث حصل على الليسانس عام 1917م وحصل على الدكتوراه بفرنسا عام 1926م ليعمل مدرساً للقانون المدني بالكلية ثم انتخب عميداً لها عام 1936م. نادى بوضع قانون مدني جديد واستجابت له الحكومة وشغل منصب وزير المعارف 4 مرات وعين رئيساً لمجلس الدولة من عام 1949م حتى 1954م يعتبر السنهوري باشا ومؤلفاته ثروة للمكتبة القانونية إذ كان عضواً في مجمع اللغة العربية منذ 1946م وأسهم في وضع كثير من المصطلحات القانونية إلى أن توفي في 21 يوليو 1971م. للإزركلي، الأعلام، (3/350).

<sup>2</sup> \_ السنهوري (عبد الرزاق أحمد) ، الوسيط في شرح القانوني المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط: الثالثة، 2009م، (1/149) .

<sup>3</sup> \_ الأمر 58/75 المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني. المعدل و المتمم قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005. للجريدة الرسمية، ع:44، التاريخ 26 يونيو 2005م.

<sup>4</sup> \_ Article 1101 Code civil français : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »

للجريدة الرسمية، ع:44، التاريخ 26 يونيو 2005م.

أي ولا تعقدوا عقد النكاح حتى تنتهي العدة.<sup>1</sup>

فالزواج في الإسلام مرهون بإرادة العاقدين يتم برضاهما وفق ما شرعه الله ، وكما عقدها بإرادتهما يستطيعان الانفكاك منه بإرادتهما أيضا ، أما الزوج فيستطيع الطلاق و أما الزوجة فتستطيع الفكك بالخلع كما يستطيع القاضي التفريق بين الزوجين إذا طلب أحدهما ذلك<sup>2</sup>، فالفقه الإسلامي إذنا جاء مكرسا للنظرية العقدية للزواج .<sup>3</sup>

أما مفهوم النظام القانوني فيفيد خضوع العقد في إنشائه و انحلاله وتنظيم آثاره لحكم القانون ، فالقانون هو الذي يقرر هذا الارتباط و يرتب عليه آثارا قانونية إما لطابعه الأخلاقي أو أهميته الاجتماعية ، و بالتالي لا يجوز إطلاقا مخالفة هذه القواعد القانونية الصريحة و الضمنية و لا يجوز الاتفاق على عكسها و استدلووا على ذلك بأن موضع الزواج هو إنشاء أسرة و لا يمكن أن يكون إنشاء أسرة موضوع للتعاقد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ الصابوني (محمد علي )، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم-بيروت، ط:الرابعة، 1981م، (151/1).

<sup>2</sup> \_ الأشقر (عمر سليمان عبد الله )، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس للنشر و التوزيع ، ط:الخامسة ، 2012م ، ص52.

<sup>3</sup> \_ الباحث في الفقه الإسلامي يتعرف على نظرية متكاملة للعقد ؛ فإن كان في القانون عبارة عن أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين، ففي الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة. و هذه النظرية تنظم حركة النشاط الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود، مما يجعل مسيرة الحياة مترعة بالعقود، فتكون نظرية العقد: هي البناء الشرعي الذي يقوم عليه نظام التعاقد.

وقد وضع فقهاء الإسلام نظاماً على حدة لكل عقد معروف في عصرهم، ويمكن للباحث أن يستخلص نظرية عامة للعقد من جملة هذه الأنظمة، وبحوث الفقهاء حول تعريفات العقد، وأركانه وشروطه، وأحكامه التي قرروها لكل عقد. وبه يمكن الانتقال من الطابع الاستقرائي والتحليلي للقضايا الفردية الذي سار عليه فقهاؤنا إلى المنهج التركيبي أو النظريات العامة التي يسير عليها الآن فقهاء العصر الحديث في القانون وغيره. والأصول العامة لنظرية العقد في الفقه الإسلامي.

للزيد من التفصيل ينظر: الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، (4/ 78 فما فوق)

<sup>4</sup> \_ أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشريعا و فقها و قضاء، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط: الثانية مزيدة و صححة، 2008م، ص34.



و تكاد أغلب الاجتهادات الفقهية تتفق على مبدأ عام وهو أن ترتيب آثار العقود و أحكامها إنما هو في الأصل من عمل الشارع لا من عمل المتعاقدين فالشارع هو الذي ينظم هذه العقود و يجعل كل عقد طريقاً إلى نتائج معينة يرتبها عليه.<sup>1</sup>

وفكرة تكييف الزواج باعتباره نظاماً قانونياً جاءت مسابرة للتطور القانوني الذي شهدته أوروبا منذ الثورة الفرنسية سنة 1791م، فقد ساد لدى بعض فقهاء القانون الفرنسيين ومن تأثر بهم؛ القول بأن الزواج نظام مدني علماني ينظمه القانون فالدولة هي التي تتولى تنظيم الزواج بالقوانين التي تصدرها وتراها مناسبة وهي التي تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بصدده دون خضوعها لأي سلطة دينية.<sup>2</sup> ففي النظام القانوني تقتصر إرادة الزوجين على قبول الانضمام إلى نظام الزواج ذلك بالزواج، أما في العقد فإن الإرادة يجب أن يكون لها دور أكثر خاصة في تحديد آثار العقد و هو ما ينعدم بالنسبة للزواج.<sup>3</sup>

فالانضمام إلى نظام معين يختلف اختلافاً جوهرياً عن إبرام عقد ، لأن النظام القانوني يعني القبول بالقواعد المنظمة دون التدخل فيما تتضمنه هذه القواعد من قيود و ما تنتج من آثار ، أما عقدية الزواج فيأتي من الإيجاب و القبول أي ينشأ بتلاقي إرادة الزوج و الزوجة ويرتب آثاراً قانونية و حقوقاً و التزامات على عاتق كل من الزوجين.

و يشرح فقهاء القانون التفرقة بين العقد الذاتي و الاتفاق المنظم "النظام القانوني" ، فصفة العقد لا تكون إلا للعقد الذاتي أما الاتفاق المنظم فليس في نظرهم من فصيلة العقود و إن كان يرجع في تكوينه إلى توافق إرادتين أو أكثر ، فالاتفاق المنظم يشكل مركزاً قانونياً ثابتاً هو أقرب إلى القانون منه إلى

<sup>1</sup> \_ فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين و آثار الإخلال بها ، ص 132.

<sup>2</sup> \_ Article 1<sup>er</sup> de Constitution de la République française du 4 octobre 1958 : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. »

للإنظر: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د.ط)، 2010م، ص 16 .

<sup>3</sup> - محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعة، ط: الأولى، 1996م، ص 61.

العقد فيسري على الغير كما يسري على الطرفين كما أنه لا تعارض بين مصالح الأطراف فيه بل لهم غاية متحدة و غرض مشترك و مثل ذلك عقد الزواج فلا يوجد تناقض بين مصلحة الزوجين.<sup>1</sup> فالرجل و المرأة بزواجهما يؤسسان مؤسسة الأسرة و التي لها ذمة مالية خاصة عن الذمة المالية لكل من الزوجين و الزواج هو مجموعة من القواعد القانونية المفروضة من قبل المشرع و ماعلى الطرفين إلا الإذعان لهاته القواعد و تطبيقها من غير تدخل الإرادة في تغيير أحد الشروط أو تعديل بعض الآثار.<sup>2</sup>

إلا أن اعتبار الزواج نظاما قانونيا محضا فيه كثير من المبالغة فإذا كان الزوجان قد انضما إلى هذا النظام فإنهما لم يفعلا ذلك بتصرفات قانونية فردية و منفصلة لكنهما أنشئا عقدا يربط بينهما و يحمل كل منهما التزامات تعاقدية فبمقتضى هذا العقد تنشئ مؤسسة الزواج و يتحقق وجودها، ثم إن الإعلان عن العقد لا ينشئه؛ فالعقد ينشأ عند تبادل الرضا بين الطرفين و الإعلان مجرد شكلية فرضها القانون في بعض التشريعات كالقانون الفرنسي<sup>3</sup>، و الإرادة هنا لها دورا هاما في إنشاء أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج.

والذي يظهر من خلال مفهوم العقد و النظام القانوني معا، أن كلاهما يعبران عن جانب من حقيقة الزواج، و بالتالي يمكن اعتبار كل منهما مكملا للآخر، فكلا من النظرية التعاقدية و فكرة النظام تعتبر غير كافية إذا أخذت كل منهما على حدة، فكل واحدة تكمل و تفسر الأخرى، فالزواج نظاما مختلطا، فهو عقد عبر فيه الأطراف عن رغبتهما في الدخول في نظام قانوني تحدد قواعده السلطة المختصة، و هذه الطبيعة القانونية المزدوجة للزواج يشير إليها الفقيه الفرنسي جون كاربونييه<sup>4</sup> بقوله

<sup>1</sup> \_GABRIELmarty- PIERRE raynaud :Droit civil les personnes,Sirey,3ème édition, Paris1976,p.62-63.

<sup>2</sup> \_جيلالي تشوار ، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2007 م، ع:2، ص213.

<sup>3</sup> \_عمار عبد الواحد الداودي،العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونية التونسية و المقارن، ص111.

<sup>4</sup> \_جون كاربونييه: من مواليد 20 أبريل 1908 في لبيرون (جرونند) بفرنسا، توفي 28 أكتوبر 2003 م في باريس، أستاذ كلية الحقوق في بواتييه (1937-1955)، ثم عميدا، (من مؤلفاته المشهورة و البارزة القانون المدني في خمسة مجلدات تمت إعادة إصدارها لمدة نصف قرن، كان فقيها قانونيا ذو شهرة عالمية و واحد من أعظم سادة الفكر القانوني المعاصر. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Carbonnier](https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean_Carbonnier) تاريخ التصفح: 2016/10/15.



" نظام يعتمد في أساسه إن لم يكن على عقد فعلى الأقل على تصرف قانوني أو اتفاق إرادات".<sup>1</sup> فعلى الرغم من أن فكرة الزواج تقوم على تلاقي إرادتين بهدف ترتيب آثارا قانونية معينة متمثلة في الحقوق و الواجبات إلا أن الزواج ليس نظاما عقديا ، بل نظاما قانونيا . وصفوة القول هنا أن الزواج قانونا: عقد رضائي في إنشائه ؛ نظامي في نتائجه و آثاره ، يعبر فيه الأطراف عن رغبتهما في الدخول في نظام قانوني تحدد قواعده السلطة المختصة.<sup>2</sup> و فكرة نظام الزواج في المفهوم الإسلامي تختلف عما سبق ذكره باعتبار أن المرجعية شرعية ، قال الشيخ ابن عاشور<sup>3</sup> : " فمن نظام الزواج، ونظام النسب، ونظام المصاهرة، تكون أسرة العائلة " وقال أيضا : " فمن نظام النكاح تكون الأمومة والأبوة والبنوة".<sup>4</sup> فالزواج نظام، إلهي، تولى القرآن والسنة تنظيم أحكامه، ووضع أركانه وشروطه، بدءا من التفكير فيه حتى نشأته وقيامته؛ إلى انقضائه بالموت، أو الطلاق، فالبناء الشرعي لهذه الرابطة وما يترتب عليها من آثار وحقوق وواجبات، وما ينتج عنها من مقاصد وضعها الشارع الحكيم<sup>5</sup>. والحقيقة أن قياس الزواج على غيره من العقود و جعله ذو طبيعة واحدة تأثرا بما سبق ذكره قياس فاسد، فالزواج في الإسلام ينفرد بصبغة خاصة و ذاتية مستقلة و هو أرفع من مجرد توافق إرادتين، و هو عقد ليس كسائر العقود ، فهو ميثاق غليظ، و فطرة بشرية، و ضرورة شرعية و اجتماعية، و نظام أساسي لتكوين الأسرة، والترابط الاجتماعي و التعارف الإنساني ، و قد نظم الشارع أحكامه و قواعده و آثاره بنظام دقيق محكم .

<sup>1</sup> \_JEAN carbonnier.droit civil.paris.1955. p28.

<sup>2</sup> \_سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين الزواج نظام ديني، منشأة المعارف - الإسكندرية، 1998م، ص132.

<sup>3</sup> \_الطاهر بن عاشور: هو الأستاذ الإمام محمد الظاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن محمد بن الشاذلي بن عاشور، ولد بالمرسى في تونس عام 1879م، حفظ القرآن الكريم و مجموعة من المتون العلمية وهو صغير في مسجد بلده ثم التحق بجامعة الزيتونة عام 1910م فدرس علم النحو و الصرف و البلاغة و المنطق و التفسير و القراءات و الحديث و الكلام و أصول الفقه و الفرائض على يد خيرة علماء الزيتونة كالشيخ عبد القادر التميمي و محمد النخلي و محمد صالح الشريف و عمر بن عاشور و محمد النجار، تولى الإمام عدة وظائف علمية و قضائية، منها م شيخة الجامع الأعظم - الزيتونة-، و عضو مجمع اللغة العربية بالقاهرة، و المجمع العلمي العربي بدمشق. توفي رحمه الله بمسقط رأسه عن عمر يناهز الأربعة و التسعين سنة، و كان ذلك عام 1973م، من أشهر مؤلفاته: تفسير التحرير و التنوير، مقاصد الشريعة الإسلامية.

لل: الزركلي، الأعلام، (6/325).

<sup>4</sup> \_ ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 151

<sup>5</sup> \_ ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج و العلاقة الزوجية في الإسلام و الشرائع الأخرى المقارنة، الفتح للإعلام العربي القاهرة، ط: الأولى، 2000م، (1/125)

ويمكن التوفيق بين كل ما سبق وفق الرؤية الشرعية للزواج بأنه نظام شرعي في أحكامه وآثاره، ورضائي في انعقاده، و شكلي في شروطه وتوثيقه.

و بالرجوع للمشرع الجزائري يتضح لنا جليا أنه يتبنى الطبيعة العقدية للزواج باعتبار المصطلحات المستعملة من طرف المشرع فنجد أنه وصف الزواج بالعقد في المادة الخامسة من قانون الأسرة بقوله: " الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي "، فهو عقد يدخل في دائرة العلاقات التعاقدية و يتم كالعقود بما يتطلب ذلك دور الإرادة و الرضا ، و ما يترتب عليه من حقوق و التزامات.<sup>1</sup>

ثم إن الأركان و الشروط الموجبة لقيام الزواج من رضا و أهلية و غيرها تدل على أن الزواج عند نشأته هو عقد من العقود.

فحرية طرفي العلاقة الزوجية في تحديد مجموعة من الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج تؤكد طبيعته العقدية فالمشرع الجزائري أقر بإمكانية اقتران عقد الزواج بشروط وفق المادة رقم 19 المعدلة من قانون الأسرة: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون ".<sup>2</sup> وقد رتب على مخالفتها إمكانية فك العلاقة الزوجية بالتطليق وفق المادة 53 من نفس القانون والتي تجيز للزوجة طلب التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج ".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الأولى، 2005م، ص28.

<sup>2</sup> \_ المادة السابقة من قانون الأسرة رقم 19 - قبل التعديل-: " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون".

<sup>3</sup> \_ المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون،
- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،
- المهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،
- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية،
- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،
- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،
- ارتكاب فاحشة مبينة،
- الشقاق المستمر بين الزوجين،===

ثم علينا التفريق بين الجانب العقدي و التنظيمي لعقد الزواج ، فالمشعر الجزائري ترك الحرية للزوجين في بعض الجوانب كإنشاء عقد الزواج و إنهائه ، لكنه تدخل في عدة جوانب و نظم هذا العقد بقواعد أمرة لا يجوز للزوجين مخالفتها كشرط دفع الصداق و تحريم زواج المسلمة بغير المسلم .  
لقد أقر المشعر الجزائري إمكانية إبطال عقد الزواج مما يحيلنا على نظرية البطلان في العقد ،<sup>1</sup> حيث تنص المادة 32 من قانون الأسرة على أنه: " يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد "

ثم إن إقرار المشعر الطلاق وفق المادة 48 المعدلة من قانون الأسرة سواء بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة فيه تمكين للزوجين من إنهاء عقد الزواج فهنا يجد القاضي نفسه مجبرا على الاستجابة لطلب الطرفين أو أحدهما وهذا فيه تكريس للطبيعة العقدية للزواج.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني : الزواج بين كونه عقدا مدنيا أو عقدا دينيا

العقد المدني عقد ينظمه القانون الوضعي بغض النظر عن أي مرجعية دينية ، و يتطلب لصحته شروطا و أركانا حددها القانون ، أما العقد الديني فهو العقد الذي يتم أمام رجال الدين وفق طقوس معينة و عرف كل طائفة دينية، و لئن كان التطور اليوم قد انتهى إلى اعتبار الزواج عقد ينشئ رابطة يحكمها نظاما قانونيا، إلا أن هناك نقاشا مازال يلقي تجاذبا على مستوى التحليل القانوني بخصوص تكييف هذه العلاقة الزوجية بين كونها عقدا مدنيا أو عقدا دينيا.

هذا التطور التاريخي المؤثر في الزواج يوضح أن لكل من الدين و القانون دور في تنظيمه لدرجة محاولة الاستحواذ على هذا التنظيم ، فمن جهة يرى رجال الدين أن الزواج يقوم على أوامر دينية فلا سلطة إلا سلطة الدين، و من الجهة المقابلة هناك من يرى الزواج أمر دنيوي محض متعلق بحالة الشخص الذي يحتاج إلى تنظيم بواسطة القانون، و محاولة الاستئثار هذه مرجعها لخصوصية الزواج دون غيره ، بقدرسية

1 - مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

2 - كل ضرر معتبر شرعا".

<sup>1</sup> \_ محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015م-2016م، ص92.

<sup>2</sup> \_ المادة 48 المعدلة من قانون الأسرة: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون."

جعلته فريدا بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار لا تقتصر فقط على عاقديه بل تمتد إلى الأسرة و بعدها المجتمع.

لقد كانت الكنيسة تعتبر الزواج من التصرفات المقدسة و سرا من أسرارها السبعة المقدسة، عن طريقها يستفيد الإنسان من البركة الإلهية و غفران الخطايا في دار الآخرة<sup>1</sup>، و جعلته رابطة لا تقبل الفصام بين الزوجين، و اعتبرت المذاهب المسيحية أن الزواج سرا مقدسا و وصل الأمر بالأرثودوكس و الكاثوليك أن ارتفعوا به إلى مرتبة السر الإلهي فهو عندهم أكثر من علاقة مقدسة و أن المسيح هو الذي ارتقى به إلى ذلك الحد فلذلك يعتبر من الأسرار السبعة؛ و قد رقم ترتيب هذا السر، و جعل له رمزا لاتحاد المسيح و الكنسية، و إذا كان هذا الزواج يرتقي إلى مرتبة السر الإلهي حسب اعتقادهم فمن الطبيعي أن لا يتم إلا عن طريق الكنيسة ليتم بذلك إعلام الزوجين و من يحضر معهم أن الزواج ليس مجرد اتفاق طبيعي بل إنه عمل ديني و من جهة أخرى فإن ذلك يذكر المسيحيين أن الله يتدخل كطرف في العقد و عمدتهم في ذلك مقالة ينسبونها إلى نبي الله عيسى - عليه السلام - نصها عندهم: "فما جمعه الله لا يفرقه إنسان"<sup>2</sup>.

والناظر في النصوص المنظمة لقواعد الزواج الديني في الفكر المسيحي يكتشف الحقيقة الثابتة أن الأناجيل التي يعتمدون عليها خلت من نصوص منظمة، و بالتالي فالزواج في الشريعة المسيحية خليطا عجيبا من أحكام و قواعد القانون الروماني و مزيجا متنافرا من تقاليد رومانية كلدانية بابلية آشورية حمورابية تارة و فرعونية مصرية تارة أخرى، فقواعد و أحكام الزواج هي من وضع العقل البشري و إن تميزت بالصبغة الدينية التي أضفاها رجال الدين و القائمون على الفقه المسيحي<sup>3</sup>.

و بعيدا عن تأثير الكنيسة على أتباعها كانت معظم المجتمعات باختلاف ثقافتها تميل إلى الطابع المدني في الزواج باعتباره يقوم على الاتفاق الإرادي و إن اختلفت في شكلياته و أحكامه، فلو عدنا إلى الثقافات السابقة على الإسلام سنجد أن قدماء المصريين درجوا على اعتبار الزواج عملا رضائيا مدنيا و قد يكون الزواج عندهم موثق أو غير موثق لأن الكتابة لم تكن شرط انعقاد، و بالنسبة للبابليين و

<sup>1</sup> \_ سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين الزواج نظام ديني، ص 132.

<sup>2</sup> \_ الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص 53.

<sup>3</sup> \_ ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، (80/1).

الأشوريين أيضا فالزواج كان مدنيا إنما كانت الكتابة شرط انعقاد و ليست مطلوبة فقط في الإثبات.<sup>1</sup> وحتى في الديانة اليهودية لم يصطبغ الزواج بالصبغة الدينية الشكلية القائم عليها الآن ؛بل إن الزواج كان مجرد تصرف مدني بحت يتم بلا مقدمات أو إجراءات و ينتهي بلا إجراءات<sup>2</sup>. و بدأت تتجه الرغبة الشاملة في جعل الزواج ذو طبيعة عقدية مدنية تماشيا مع الرغبة في فصل الدين عن الدولة بعد نجاح الثورة الفرنسية و التمرد على سيطرة الكنيسة الكاثوليكية بالذات على كل أنشطة الحياة في أوروبا خاصة و أنها كانت تبسط سيطرتها التامة على الزواج مما أدى إلى الإجحاف بحقوق البروتستانت الذين لا تنظم كنيستهم مسائل الزواج<sup>3</sup>، و هو ما دفع بدعاة الإصلاح الديني البروتستانت إلى الثورة على مبادئ الكنيسة و إنكار الطابع القدسي للزواج و ساهم في ذلك الكثير من المفكرين و فلاسفة القانون في ذلك الوقت ،فكانت فرنسا أول الدول التي جعلت الزواج مدنيا بقوة القانون،<sup>4</sup> و يظهر هذا أيضا في تعريفات الزواج عند الفقهاء الفرنسيين و الذي يعتبرونه عقدا مدنيا وعلنيا بمقتضاه يرتبط الرجل والمرأة من أجل العيش في حياة مشتركة والتعاون المتبادل تحت قوامة الرجل باعتباره القيم على شؤون العائلة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ الحسن رحو، النظام القانوني للزواج محاولة في التأصيل، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، ط: الأولى، 2007م، ص178. العربي بنحيتي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة-الجزائر، ط: الأولى، 2013م، ص120.

<sup>2</sup> \_ ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، (48/1)

<sup>3</sup> \_ بدء تدخل السلطة الزمنية في شؤون الزواج بإصدار القوانين التي تنظمه على نحو الأمر الفرنسي الخاص بتنظيم الزواج الصادر عام 1697م و الأمر الملكي الصادر سنة 1787م؛ الذي أباح لغير الكاثوليك عقد زواجهم أمام الموثق المدني ؛و المرسوم الصادر سنة 1792م بعد الثورة الفرنسية بجعل توثيق الزواج من مهام مأمور البلدية، ثم أكده قانون الزواج المدني الصادر سنة 1804م من قوانين نابليون ليخرج الزواج من طبيعته الدينية ليصبح ذو طبيعة مدنية تختص بتنظيمه القوانين و تفصل في منازعه المحاكم المدينة .  
للهم: صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، ص16.

<sup>4</sup> \_ محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية و حالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية ، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش- ط: الأولى، 2001، ص247.

<sup>5</sup> \_ Le mariage est le contrat civil et solennel par lequel l'homme et La femme S'unissent en vue de vivre en commun et de se preter mutuellement assistance et secours, sous La direction du mari chef du ménage .

COLIN ambroise-CAPITANT henri ,Cours élémentaire de droit civil francais ,librairie dalloz-paris ,edition :2 ,1919,P 113



و من هنا يظهر اتجاهين في تكييف عقد الزواج :<sup>1</sup>

• الاتجاه الأول: يعد عقد الزواج عقدا دينيا بحتا لا ينعقد إلا تحت إشراف رجال الدين و بواسطتهم فإذا تم بغير ذلك فهو غير صحيح و لا تترتب آثاره .

• الاتجاه الثاني : يعد عقد الزواج مدنيا بحتا لا علاقة له بالدين و هو ما تبنته أكثر القوانين الأوروبية خصوصا القانون الفرنسي ؛ و إن كانت هذه القوانين لا تمنع من إجراء العقد في الكنيسة بعد أن يتم إجراؤه في سجلات الدولة الوضعية و سار في الاتجاه الثاني بعض الأساتذة المسلمين المتأخرين حين وصفوا الزواج بأنه عقد مدني ذلك لأن الأحوال الشخصية فرع من فروع القانون المدني، و القانون المنظم للأحوال الشخصية هو نوع من القوانين الوضعية<sup>2</sup>.

فمن تعريفاتهم للزواج : " بأنه عقد مدني لفظي أو خطي بين رجل و امرأة بالغين راشدين يحفظان به عليهما عفافهما و صلاحهما ثم تنشأ منه أسرة "<sup>3</sup> و نظرا لخطورته فهو عقد مدني صرف ذو طابع علني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ زبير مصطفى حسين ، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية و القانون المدني، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2012م، ص271 ▪ ملكة يوسف زرار ، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، ص 109 ▪ صلاح الدين جمال الدين ، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، ص16. ▪ عمر سليمان الأشقر، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ص53.

<sup>2</sup> \_ الأحوال الشخصية : هي مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ومن أمثلة ذلك : كون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرماًلاً أو مطلقاً أو أباً شرعياً، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من الأسباب الشرعية والقانونية، و قد اصطلح فقهاء القانون على تسمية ما يتعلق بقضايا النكاح والطلاق والوصية و الميراث بالأحوال الشخصية، إذ كان المعهود عند العلماء السابقين وما تعلق بعرفهم العلمي تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب الميراث أو الفرائض، أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتباً، كباب النكاح و باب الطلاق، و كان أول من استعمل هذا المصطلح الفقيه المصري محمد قدرى باشا رحمه الله في كتابه الموسوم : الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، و الذي كان له رحمه الله الأسبقية و الفضل في صوغ هذا المصطلح و تحديد مدلوله و نطاقه على النحو الذي تبنته فيما بعد محكمة النقض المصرية سنة 1934م.

للإشارة: لمزيد من التفصيل ينظر : مسعود هلال، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة و القانون - تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة - كلية الشريعة و الإقتصاد، 2013م-2014م، ص49 و ما بعدها.

<sup>3</sup> \_ عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، المكتبة العصرية، ط: الأولى، 1951م، ص70.

<sup>4</sup> \_ زهدي يكن، الزواج و مقارنته بقوانين العالم، المكتبة العصرية، ط: الثانية، ص41.

و عمدتهم في ذلك الزواج الذي أقره الشرع مطابق تماما لمفهوم الزواج المدني فهو : " تصرف بسيط لا يختلف عن بقية العقود المدنية التي يكفي لانعقادها الايجاب و القبول من الطرفين و لا يتطلب طقوسا خاصة ولا تدخل وسيط روعي " .<sup>1</sup>

ويذهب البعض إلى أن إدخال النقاش حول الزواج في الدائرة القانونية لا يعني مصادرة طابع ديني مدعى للزواج لأن النقاش يجب أن يكون قانونيا مدنيا أولا ؛ فالذي ينظمه هو القانون الوضعي بغض النظر عن مرجعيته الإسلامية ، و ثانيا لأنه حتى في سياق هذه المرجعية يبقى الزواج نظاما اجتماعيا يتخذ في الممارسة شكل تصرف مدني.<sup>2</sup>

وللدكتور محمد محدة نظرة مغايرة تماما حيث يرى أنه لا توجد ضرورة لتسمية عقد الزواج في قانون الأسرة بالزواج المدني، ذلك أن الزواج القانوني في الجزائر يجري وفق أحكام الشريعة الإسلامية وماتوثيقه إلا وسيلة اثبات لا شرط انعقاد وهذا ما عليه العمل والقضاء.<sup>3</sup>

ويستشهد الدكتور محدة بالمفهوم من نص المادة 22 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون و يتم تسجيله بالحالة المدنية " .<sup>4</sup>

فالزواج إذا توافرت مقوماته الشرعية و القانونية أثبت بأثر رجعي وسجل مدنيا و صارت له القوة الإلزامية في إثبات الحقوق و النسب كغيره من العقود المسجلة بدأة ، و من ثم يتضح جليا أن التسجيل و التوثيق ليس ركنا من أركان الزواج بل هو باق على رضائته و بالتالي فلا أثر للتوثيق على التسمية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ أحمد الخليلي، الوقاية من الأمراض الجنسية القابلة للتلوث، مجلة النظر، مطبعة النجاح الجديدة للدار البيضاء، ط: الأولى، 1983م، ص349.

<sup>2</sup> \_ الحسن رحو، نظام الزواج بين التاريخ و القانون الإسلامي، ص157.

<sup>3</sup> \_ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص111.

<sup>4</sup> \_ أصبح نص المادة 22 من قانون الأسرة بعد التعديل : " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي " .

<sup>5</sup> \_ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص112.

و يحاجج الدكتور محدة من ذهب مذهبا توفيقيا في الجمع بين الاتجاهين السابقين في تكييفه للزواج بأنه عقد مدني ذو طبيعة خاصة لإحاطته بهالة قدسية تجعله مطبوعا بطابع مدني في أن عقد الزواج عقد شرعي كغيره من العقود الأخرى؛ و ذلك لورود النصوص الشرعية الواصفة و المحددة له، و لكيفية إجراءاته تحديدا دقيقا، و لكن هذه الكيفية لا تعني أن الصبغة الدينية قد انحسرت عنه بل هو ذو صبغة دينية خاصة تميزه عن غيره من العقود الشرعية بالرغم من رضائته و فورية تمامه لمجرد اكتمال أركانه.<sup>1</sup> و لم يخطئ الدكتور محدة فيما ذهب إليه، لأن القانون عادة هو الذي يحدد الطبيعة القانونية للأشياء من وجهة نظره، فهو بذلك المنشئ للطبيعة القانونية للوقائع، و النصوص القانونية التي جاءت تتكلم عن عقد الزواج وصفه بالشرعي في المادة 04 من قانون الأسرة: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي" و أكدت على شرعيته بنص المادة 222 من نفس القانون: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

<sup>1</sup> \_ محمد محدة، سلسلة فقه الأسرة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص 115.



## المبحث الثاني:

### مسار تطور الأسرة و مكانها للمابة

الثابت أن النصوص القانونية بحكم صيرورة التغيير و حتمية التجديد تخضع دوما للتطورات الاجتماعية الواسعة، سواء التي تكون على المستوى الوطني المحلي أو تكون على المستوى العالمي، و التي تؤثر فيها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، و بالتالي فهي تتأكل تحتاج للتحديث ، لأنها تبقى من صنع البشر ، فيصبح الملاذ هو المشرع من خلال التدبر في الوقائع اللامتناهية و الاجتهاد في إيجاد حلول لها ؛ و بالتالي إخضاع القانون لسنة التطور و التطوير.

فالقانون وليد المجتمع و صورته؛ و يحوي متطلبات و تطلعات أفرادة فهو يتطور بتطور الجماعة التي يسري فيها، و على هذا الأساس فقد ولد القانون بميلاد المجتمعات البشرية و تطورها، لذلك فهو ليس ثابتا و لا مقدسا بل قابلا للتعديل و التغيير كلما تعارضت مقتضياته مع مصالح المجتمع، كضرورة يفرضها الواقع المتطور للمجتمع ذكورا و إناثا، و لعل أهم مجال يمكن أن نرصد فيه هذا الدور بوضوح هو التشريع الأسري على اعتبار محورية الأسرة في أي مشروع لبناء مجتمع حضاري، حيث إن استتباب الأمن المجتمعي رهين بضبط العلاقات الأسرية بمحوريها المتمثل في رباطي الزواج و القرابة على حد سواء ، و ذلك في إطار يصون للجميع حقوقه و كرامته و يحدد له واجباته.

إن تعديل قانون الأسرة في 2005م؛ و القوانين ذات الصلة به ، فضلا عن حملتها القانونية النوعية؛ الأصل أن مقصدها الرئيس التأسيس لمشروع مجتمعي يجعل الأسرة الجزائرية قوامها العلاقة الزوجية القائمة على المودة و المساواة و العدل و المعاشرة بالمعروف ، و هذا من خلال الحماية القانونية و القضائية لمؤسسة الأسرة بمختلف مكوناتها و تأسيس قواعد استقرار قوية للعلاقة الزوجية في نطاق استيعاب التحولات الجديدة التي عرفها المجتمع الجزائري و كذلك تأثير المحيط الدولي الخارجي . وهو يستوجب القراءة العمودية و الأفقية لاستكشاف مدى التجديد المبني على التأصيل فيما استحدثه المشرع الأسري سواء على مستوى مسار تطورها أو مسلك المشرع في بسط الحماية القانونية للأسرة ابتداء من عقد الزواج المؤسس لها.

## المطلب الأول : مساهمة تطور تشريعات الأسرة

يقصد بتشريعات الأسرة - موضوع الدراسة - ؛ جملة القوانين المنظمة للأسرة ، على المستوى الموضوعي و الإجرائي ، و ما يهتم دراستنا تحديداً دور التشريعات الأسرية المستحدثة في توفير الحماية للعلاقة الزوجية ضمن نطاق النصوص التشريعية المقررة لحماية الأسرة ، و لا يقتصر الأمر على قانون الأسرة فقط بل يتعدى لقانون الإجراءات الإدارية و المدنية .<sup>1</sup>

الناظر في القواعد القانونية المنظمة للأسرة يجد أنها مرت بمراحل حاسمة ، فالمشرع الجزائري أحاط الأسرة عموماً بنصوص قانونية لحمايتها و صيانة حقوقها ، و قد مرت هذه النصوص القانونية بتطورات تاريخية منذ فترة الاحتلال الفرنسي و حتى بعد الاستقلال .

وتتبع مسار التشريع الأسري في الجزائر بالتدقيق و التمحيص و التحليل يمكن من رصد هذه المراحل التاريخية و تحديد اختيارات المشرع الجزائري .

### الفرع الأول : فترة الاحتلال الفرنسي

قبل الاحتلال الفرنسي لبلادنا سنة 1830م ، كان التنظيم القضائي في الجزائر مثله مثل سائر الدول الإسلامية يخضع في معظمه لقواعد الشريعة الإسلامية في أصوله و في نظام إجراءاته.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سنكتفي بالإشارة إلى هذه النصوص القانونية فقط لنترك تحليلها و التعليق عليها لاحقاً في ثنايا البحث. و هل نجحت أو أخفقت في مدى منحها الحماية اللازمة لعقد الزواج .

<sup>2</sup> - من عهد النبوة إلى منتصف القرن التاسع عشر لم تكن الأحكام الشرعية مقننة في شكل قواعد تشريعية مبوبة و مرتبة و مصاغة بعبارات أمرة موجزة واضحة في بنود تسمى ( مواداً ) ذات أرقام متسلسلة ، و إصدارها في صورة قانون أو نظام تفرضه الدولة ، يلتزم القضاة بتطبيقه بين الناس ، و قد ظهرت محاولات عديدة لتقنين الفقه الإسلامي في القرنين الماضيين ، منها ( الفتاوى الهندية ) لجماعة من علماء الهند ، لتقنين العبادات و العقوبات و المعاملات ، و مجلة ( الأحكام العدلية ) التي تضمنت جملة من أحكام : البيوع ، و الدعاوى ، و القضاء و صدرت هذه المجلة عام 1869م ، و احتوت على 1851 مادة استمد أغلبها من الفقه الحنفي باعتباره المذهب الرسمي للدولة العثمانية حينها ، بسبب تشعب الأحكام و تفرقها في مؤلفات الفقهاء من مختلف المذاهب حتى أصبح إلزام القضاة بها أمراً صعباً ، و الوصول إلى الحلول و تطبيقها فيما يعرض عليهم من أفضية غير ميسورة بل شاقة لأجل تراكم القضايا و بطء الفصل فيها ؛ و قد ظلت هذه المجلة مطبقة في أكثر البلاد العربية إلى أواسط القرن العشرين . إلى أن أصبحت المجلة بعد مدة غير كافية للوفاء بالحاجات العصرية التي نشأت بسبب تولد الأساليب الاقتصادية الحديثة في التجارة و في العمل و سائر نواحي الإنتاج مما دعا إلى تدارك الحاجة بقوانين متتابعة عديدة كان كل منها ينسخ جانباً من المجلة ، حتى أصبح الشعور بقصور المجلة عن الوفاء بالحاجة الزمنية يتزايد عند المسؤولين في العهد العثماني ، فكان ذلك إرهاباً لحلول القانون المدني الذي لا يخلو من آثار القوانين الوضعية ، و جاء بعد المجلة حركة تقنين واسعة كوضع قانون الزواج و الطلاق . بمصر سنة 1915 م و قانون حقوق العائلة بالدولة العثمانية سنة 1917م .

## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

وكانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة على الأهالي في جميع ميادين الحياة العامة بل كان المذهب المالكي تحديدا هو المطبق في كل أنحاء الوطن باستثناء السكان الأتراك فقد كانوا يخضعون للمذهب الحنفي وكذلك الإباضيين كانوا يحتكمون للمذهب الإباضي<sup>1</sup> ؛ وتحديد المرجعية الفقهية بالمذهب المالكي يرجع لاختصاص أهل المغرب والأندلس بالمذهب وإن كان يوجد في غيرهم.<sup>2</sup> والحقيقة أنه مع مجيء العثمانيين للجزائر أصبح المذهب الرسمي السائد للدولة هو المذهب الحنفي؛ دون التدخل في المذاهب الأخرى، وكانت السلطة القضائية مؤلفة من محكمتين؛ حنفية و أخرى مالكية و مجلس شرعي أعلى مشترك ينعقد أسبوعيا في الجامع الكبير بالعاصمة للنظر في الوقائع النازلة و المسائل التي تثير الاختلاف بين القضاة عند التطبيق.<sup>3</sup>

وعندما دخلت الجزائر في ظل الاستعمار الفرنسي و استوطنها عدد كبير من المدنيين و العسكريين من أجناس و أقوام أوربية مختلفة؛ أصبحت واقعا تحتضن أشخاصا متنافرين في معتقداتهم و متعادين في ثقافتهم وهو ما أثر على النظام القضائي الجزائري، فلا يمكن جمع كل هؤلاء تحت منظومة تشريعية

---

=== للزم: الزرقا، المدخل الفقهي العام، (1/225 و ما بعدها) شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، جمعية عمال المطابع، ط: الأولى، 1422هـ، ص 468، مناق القطان، التشريع والفقه في الإسلام تاريخاً و منهجاً، مكتبة وهبة، ط: الخامسة ط. 1422 هـ، ص 404. عبد الرحمن بن سعد، حكم التقنين الشريعة الإسلامية، دار الصمعي، ط: الأولى، 2007م، ص 21. عز الدين كيجل - عبد الحميد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية و دوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2014م، ع: (37/36)، ص 223 و ما بعدها.

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، دار الخلدونية، ط: الأولى، 2007م، ص 14.

<sup>2</sup> \_ ابن خلدون، المقدمة، دار القلم، ط: السادسة، 1986م، ص 449. بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، (د.ط.)، (د.ت.)، ص 137.

يرجع انتشار و استمرار المذهب المالكي في المغرب العربي لأسباب كثيرة منها: علم و فضل الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه و ملازمته للمدينة و في هذا ضمان علمه من الأهواء و دور الوفود العلمية بين القيروان و المغرب و الأندلس و مساندة و تدعيم السلطة للمذهب و إعظام العلماء و توقيرهم و طلب الأمراء للعلم و حرصهم عليه.

للزمزيد من التفصيل ينظر: نذير حمادو، المذهب المالكي في الغرب الإسلامي دراسة تحليلية نقدية في أسباب انتشاره و استمراره في الغرب الإسلامي، دار الفجر للطباعة و النشر، ط: الأولى، 2008م.

<sup>3</sup> \_ أبو القاسم سعد الله، محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث بداية الاحتلال، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع الجزائر، ط: الثالثة، 1982م، ص 53. عبد الرحمن الجيلالي، تاريخ المدن الثلاث الجزائر المدية ملية نة، دار الأمة الجزائر، ط: الأولى، 2007م، ص 54. أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1998م، (1/258).

واحدة من جهة ، و من جهة أخرى السياسة الاستعمارية التي عملت على طمس الهوية الجزائرية من خلال القضاء على موروثها الحضاري: الإسلام و العربية ؛من خلال محاولات بائسة متواصلة لتفكيك وحدة التشريع الجزائري و دمج نظريات الفقه الإسلامي في النظام الفرنسي، و طمس معالم النظام الذي كان متواجدا قبل مجيئه ، و بعد تأكد فشلهم تركوا الجزائريين و شأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في أحوالهم الشخصية و معاملاتهم المدنية الخاصة بهم أما المستوطنين الفرنسيين و غيرهم من الأوربيين فقد كانوا يخضعون للقوانين الفرنسية<sup>1</sup>.

و قد كان مختصر الشيخ خليل بن اسحاق المالكي<sup>2</sup> و شروحه ؛هو المرجع الأساسي لقضاة المحاكم الإسلامية في أفضيتهم و كذا رسالة أبي زيد القيرواني<sup>3</sup> و تحفة الحاكم لابن عاصم<sup>4</sup> و قد تم ترجمتها إلى الفرنسية و اعتماد العمل عليها أيضا في المحاكم الفرنسية من طرف القضاة الفرنسيين.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط: الثالثة، 1996م، ص9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 1994م، ص18.

<sup>2</sup> \_ خليل: أبو المودة خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي لأنه كان يلبس زي الجند ولي الإفتاء على مذهب مالك له تأليف مفيدة تدل على فضله و سعة اطلاعه منها التوضيح ،شرح على ابن الحاجب، المختصر في فقه المذهب، أقبل عليه الطلبة من جميع الجهات ،اختلف في سنة وفاته على ثلاث روايات (767، 769، 776هـ).

للهم: ابن فرحون ، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، (357/1). الزركلي، الأعلام، (315/2).

<sup>3</sup> \_ القيرواني: عبد الله بن أبي زيد النفراوي القيرواني مكان ولادته القيروان و كانت ولادته على الأرجح 310هـ، ولد في زمن الدولة العبيدية الشيعية التي أطاحت بالدولة الأغلبية السنية هو من أعلام المذهب المالكي. من أهل الصلاح والورع والفضل و قد لُقّب بـ " مالك الأصغر " وتوفي أبو محمد رحمه الله، وغفر له، سنة ست وثمانين وثلاثمائة. ورثاه كثير من أدباء القيروان. للهم: الزركلي، الأعلام، (230/4). محمد محفوظ، تراجم المؤلفين التونسيين، دار المغرب الإسلامي-بيروت، 1982م، (443/1).

<sup>4</sup> \_ ابن عاصم: هو محمد بن محمد بن محمد، أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي ولد 760 هـ \_ و توفي سنة 829 هـ \_، قاض، من فقهاء المالكية بالأندلس. مولده ووفاته بغرناطة. كان يجلد الكتب في صباه، وتقدم حتى ولي قضاء القضاة ببلده. له كتب منها، (تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام - ط) أرجوزة في الفقه المالكي تعرف بالعاصمة، شرحها جماعة من العلماء، و (حدائق الأزاهر في مستحسن الأجوبة والمضحكات والحكم والأمثال والحكايات والنوادر - ط) وأراجيز (في الأصول)، وهو والد أبي يحيى (محمد بن محمد ابن عاصم).

للهم: الزركلي، الأعلام، (45/7). محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، (356/1).

<sup>5</sup> \_ أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، (422/4-479).

تم ترجمة مختصر خليل و تم طباعته في باريس في سبع مجلدات ما بين: 1848م - 1854م ، و تم ترجمة جزء منه ما يتعلق بالزواج و الطلاق و تم طبعه في الجزائر سنة 1909م ، و رسالة القيرواني سنة 1914م، و تحفة ابن عاصم سنة 1882-1893م.

و بمقتضى المرسوم الفرنسي كريميوه<sup>1</sup> crémieux الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 1870م؛ منحت السلطات الفرنسية بالجزائر صفة المواطن الفرنسي لليهود الجزائريين، و بالتالي أصبحت قوانينهم للأحوال الشخصية و العينية خاضعة للقانون الفرنسي في حين ظل أغلبية الجزائريين المسلمين متشبثين بعاداتهم و دينهم و كذلك بأحوالهم الشخصية.<sup>2</sup>

و لم تعد فرنسا مباشرة إلى إلغاء قوانين الأحوال الشخصية لعلمها بأن إلغاء قوانين الشريعة لا يزد الشعب إلا تمسكا؛ ثم إن الناس كانوا يلجؤون في قضايا الأحوال الشخصية إلى الأئمة و الفقهاء و شيوخ الجماعة لهذا عملت السلطات الاستعمارية على تدمير القضاء الشرعي و تعويضه بقضاء مدني أوروبي و قد استمر مجلس القضاء الشرعي يعقد بالجامع الكبير بالعاصمة إلى سنة 1848م؛ و كذلك منعت المحاكم الشرعية بناحية القبائل بقرار صدر بتاريخ: 28 أوت 1874م و استبدال قوانين الأحكام الشرعية بنظام الجماعة الأهلية التي تبني أحكامها على العرف و التقاليد المعتادة من غير التفات إلى أحكام الفقه الإسلامي.<sup>3</sup>

و للضغط على الشعب الجزائري حتى يتخلى عن قوانينه الشرعية في أحواله الشخصية، صنفته الإدارة الاستعمارية شعبا من الدرجة السفلى مادام متمسكا بأحواله الشخصية فهو مجرد رعية؛ و لا يسمى مواطنا حتى جاء قانون 30 سبتمبر 1947م و الذي اعتبر المسلمين مواطنين فرنسيين دون مساس بأحوالهم الشخصية و الشرعية حسب أحكام القرآن الكريم.<sup>4</sup>

voir: JEAN robert henry-FRANCOIS balique, La doctrine coloniale du droit musulman algérien. Bibliographie systématique et introduction critique, 1979, p77-89.

<sup>1</sup> \_ اسحاق كريميوه: (Isaac Moise Cremieux) هو وزير العدل الفرنسي في 1870 من أصل يهودي. و أصدر قانون كريميوه الذي منح الجنسية الفرنسية لأعضاء الجماعة اليهودية في الجزائر. <https://ar.wikipedia.org/wiki> تاريخ التصفح: 03-12-2016م.

<sup>2</sup> \_ LOUIS.le problème de l'intégration des indigènes algériens au sein de la famille française. L'Obstacle du Statut Personnel. Revue questions nord africaines.n,14 et15 1938 ,p 16.

<sup>3</sup> \_ شمس الدين بوروي، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، دار الأمة، ط: الأولى، 2003م، ص51.

<sup>4</sup> \_ الجيلالي (عبد الرحمن بن محمد)، تاريخ الجزائر العام، منشورات دار مكتبة الحياة-بيروت، ط: الثانية، 1965م، (365/4).



لقد عمد المشرع الفرنسي بشتى الطرق التدخل في قانون الأسرة الإسلامي و التغلغل في مجال الأحوال الشخصية ، و الهدف طمس الهوية الجزائرية المسلمة، والوسيلة سلسلة من القوانين لاختراق المجال الأسري الجزائري و إبعاد الجزائريين المسلمين عن تطبيق أحوالهم الشخصية و إخضاعهم بالتالي لمقتضيات القانون المدني الفرنسي هادفة من وراء ذلك القضاء على مؤسسة الطلاق "بيد الرجل" و على تعدد الزوجات و ولاية الإيجار على الزواج<sup>1</sup>.

و جاءت هذه القوانين بالتدريج عن طريق إصدار بعض التشريعات؛ و تارة أخرى عن طريق الاجتهاد القضائي<sup>2</sup> ناهيك عن لجوئها أحيانا إلى بعض التقنيات القانونية و الإدارية لتسهيل انصهار العنصر الجزائري المسلم العربي و الأمازيغي على حد سواء في الحضارة الفرنسية، و يمكننا رصد هذه القوانين بالترتيب كالاتي:<sup>3</sup>

1) الأمر الملكي الصادر بتاريخ: 30-08-1834م والقاضي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية.

2) القانون الصادر بتاريخ: 23-03-1882م و المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين و

<sup>1</sup> \_ محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة و الوراقة الوطنية  
مراكش، ط: الأولى، 2009م، ص11.

<sup>2</sup> \_ تم تأسيس غرفة الطعون الإسلامية بمحكمة الاستئناف بالجزائر بموجب مرسوم 25 ماي 1892م حيث كلفت بالتطبيق الحرفي للقانون و الأعراف التي تنظم الأحوال الشخصية و الموارث لأهالي الجزائر، و قد قضت هذه الغرفة بزواج المرأة بدون ولي اعتمادا على رضاها الشخصي إذا كنت بالغة (حكم 28 نوفمبر 1925)، كما أن المرأة التي فقدت بكارتها بصفة شرعية أو تعاشر زوجها يمكن لها أن تزوج نفسها بدون ولي (حكم 30 يونيو 1925)، و في حالة رفض هذا الأخير يمكن أن تتجاوز فولاية الإيجار لا يمكن أن تمارس مخالفة لمصلحة الطفل (حكم 26 ماي 1927) كما ان بعض المحاكم حددت المدة الأقصى للحمل في 300 يوما ( المحكمة الابتدائية بقسنطينة حكم 8 أكتوبر 1902) و أقرت طلاق المرأة في كل الحالات التي يكرسها القانون المدني الفرنسي (المحكمة الابتدائية لمدينة الجزائر حكم 30 أفريل 1921م ) .

⇒ JEAN-PAUL CHARNAY. la vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du 20eme siècle. puf paris , 1965.p200.

<sup>3</sup> \_ لا أستطيع الجزم أنني قمت بمسح جميع القوانين، لكني اجتهدت في الرصد التاريخي لها و تتبعها و ترتيبها وفق تسلسلها الزمني .  
للإشارة ينظر: عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، ط: الثانية، 1995م، ص305-333 . محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، (د.ط)، 2004م، ص21 . عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص19 . محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص15 . شمس الدين بوروي، قانون الأسرة و المقترحات البديلة، ص52.

- المعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ: 02-04-1930م والذي يحث على إجبارية التصريحات الخاصة بالولادة والزواج والطلاق.
- 3 المرسوم الصادر بتاريخ: 13-03-1883م والمتعلق بالتنظيم الإداري العام لتطبيق قانون 23-03-1882م المتعلق بالحالة المدنية للأهالي المسلمين الجزائريين.
- 4 المرسوم المؤرخ بتاريخ: 17-04-1889م والذي تم بموجبه تعيين قضاة فرنسيين بالجنسية إلى جانب قضاة مسلمين جزائريين.
- 5 المرسوم الصادر بتاريخ: 29-12-1890م المنظم للأحكام الواجبة التطبيق حسب المذهب الإباضي في الجنوب الجزائري.
- 6 المرسوم الصادر بتاريخ: 25-05-1892م الذي يؤسس غرفة الطعون الإسلامية بمحكمة الاستئناف بالجزائر وقد قضت هذه الغرفة بزواج المرأة بدون ولي اعتمادا فقط على رضاها الشخصي إن كانت بالغة.
- 7 المرسوم الصادر بتاريخ: 08-12-1922م بشأن تطبيق التقاليد القبائلية وإنشاء ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل.
- 8 القانون الصادر بتاريخ: 16-03-1925م المتعلق بالزواج المختلط بين الجزائريين من الجنسين بالفرنسيين أو الأجانب حيث لا يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، وهو مشروع قانون وافقت عليه غرفة النواب في 16-03-1928م.
- 9 القانون الصادر بتاريخ: 02-03-1930م والمتعلق بالخطبة و سن الزواج.
- 10 المرسوم الصادر بتاريخ: 19-03-1931م والمتضمن مسائل فسخ الزواج للعيوب المتعارف عليها
- 11 المرسوم الصادر بتاريخ: 19-05-1931م والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية في منطقة القبائل والمتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية حيث يمكن للمرأة طلب الطلاق في بعض الحالات كالضرر أو لهجر زوجها بيت الزوجية.
- 12 المرسوم الصادر بتاريخ: 12-08-1936م والذي حدد أهلية القاصر بـ: 22 سنة للذكور والإناث وبـ: 25 سنة بالنسبة للفتاة غير المتزوجة.

13) الأمر الصادر بتاريخ: 23-11-1944م المتعلق بالنظام القضائي الإسلامي وما تضمنه القانون من قواعد الاختصاص وقواعد الإجراءات و القضاء المستعجل و قواعد تصفية و قسمة التركات والطعن بالنقض والطعن بالإلغاء.

14) القانون رقم 57-777 المؤرخ في: 11-07-1957م والمتعلق بإثبات و حجية عقود الزواج المنعقدة في الجزائر تبعا لقواعد الشريعة الإسلامية.

15) القانون رقم 57/778 المؤرخ في: 11-07-1957م والمتعلق بقواعد الوصاية و الولاية و الحجر و الفقدان و الغياب.

16) الأمر رقم 274/59 المؤرخ في 04-02-1959م و الذي يضم في المادة الثانية منه أركان عقد الزواج، و المادة 4-5-6-7-8 قواعد و أحكاما تتعلق بالوعد بالزواج و سن أهلية الزواج و انحلال عقد الزواج و ما يمكن اتخاذه من إجراءات عاجلة مؤقتة، حيث حسب هذا الأمر يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين و يجب بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي و هذا الزواج ينحل فيما عدا الوفاة إلا بحكم قاضي و بطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهناك أسباب حاسمة ( زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية) و أسباب غير حاسمة ( سوء معاملة الزوجة إضافة أنه لا يعترف بزواج الصغار فقد حددت سن الزواج ب 18 سنة للفتى و 15 سنة للفتاة).

17) المر سوم رقم 1082-59 الصادر في 17-09-1959م المتضمن اللائحة التنفيذية للأمر السابق والأحكام المتعلقة بتمثيل القاصرين والحضانة والنفقة والفقدان و آثار انحلال عقد الزواج. إن هذا الكم المتعاقب من القوانين يدل على أن مسألة تخلي الجزائريين عن قوانين أحوالهم الشخصية ليس بالأمر الهين و لا يمكن تحقيقه بسرعة لتسمك الشعب الجزائري بتعاليم دينه و أعرافه و تقاليده، و هو ما أدركته الإدارة الاستعمارية، فجاء اهتمامها من البداية بالفقه الإسلامي و العادات المحلية و إعطاءها مكانة هامة في الدراسات و البحوث؛ و كذلك العناية التي حظيت بها في التنظيم و البيان القانوني، لم يكن في اتجاه المحافظة عليها بل كان في اتجاه إحلال القوانين الفرنسية محلها، و كان هدف أغلب الدراسات و البحوث التي قام بها الاحتلال غايتها إظهار تفوق عقلانية القوانين الغربية على التشريعات الإسلامية و عدم قدرة هذه الأخيرة على التكيف مع ضروريات العالم العصري.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص 12



إضافة لما سبق كانت هناك محاولات لإصدار تشريعات محددة تنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية؛ ومنها الجهد التشريعي لتوحيد قانون الأسرة سنة 1916م، وذلك عن طريق مشروع العميد مارسيل موردو الذي جاء بناء على مرسوم الحاكم العام بتاريخ 22 مارس 1905م و الذي نص على تكوين لجنة خاصة بغرض تقنين الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، و قد قدم مشروع قانون إلى لجنة تقنين الفقه الإسلامي بالجزائر جمع فيه كل أحكام الأسرة في 781 مادة، حيث تضمن المشروع أربعة كتب وزعت على الشكل الآتي: الكتاب الأول خصص للأحوال الشخصية حيث كان يحتوي على 263 مادة متعلقة بالزواج والطلاق وآثارهما المتعلقة، و الكتاب الثاني للموارث من خلال 226 مادة متعلقة بالهبة والحبوس والميراث والوصايا، و الكتاب الثالث للأحوال العينية 220 مادة؛ و أخيرا الكتاب الرابع يحوي 79 مادة متعلقة بالإثبات وبالرغم من أن هذا المشروع لم يصبح قانونا كان بعض الفقهاء و جل القضاة الفرنسيين يستنبطون أحكامهم منه<sup>2</sup>، و كان الغرض من هذا التقنين دمج ما بقي من اختصاص المحاكم الإسلامية في القانون الفرنسي من خلال إخضاع المعاملات الإسلامية للقانون الفرنسي و حصر الشريعة في مسائل الزواج و الطلاق لأن التركات قد تدخل فيها القانون الفرنسي أيضا.<sup>3</sup>

وجدير بالذكر هنا الدور الذي اضطلع به جيش التحرير الوطني في الفترة ما بين 1954م و 1962م حيث وضع جملة من المصالح الإدارية موازية للإدارة الفرنسية بهدف خدمة الشعب خاصة في مجال القضاء الأسري و الحالة المدنية لتسجيل عقود الزواج و الطلاق و إحصاء مختلف الممتلكات و تقسيم التركات و عملت الثورة على تأسيس و تثبيت هذا الجهاز الإداري على مستوى كل عرش و المتكون

بعض الكتابات اعتبرت القانون الإسلامي في سبات بل عبارة عن سكون مقبرة، كما قال بوسكي Bousquet أحد الأساتذة الفرنسيين في كلية الحقوق بجامعة الجزائر أثناء الفترة الاستعمارية: "إن القانون الإسلامي لا يوجد".

⇒ BOUSQUET g.h.le droit musulman.edition A Colin.paris ,1963.p 50.

<sup>1</sup> \_ صالح فركوس، المختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم عنابة، (د.ط)، (د.ت)، ص222.

<sup>2</sup> \_ ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - دورية في الثقافة الإسلامية الجزائر، جانفي 2000م، ع:3، ص296.

لم يكن هذا التقنين ملزما و كانت مرجعته فقه الإمام مالك و أبي حنيفة و الشافعي و أيضا القانون الفرنسي حتى وصف بأنه " كودا لقيطا من إنتاج الفقه الإسلامي و القانون الفرنسي".

لل: أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، (349/4).

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه، (531/4).

من خمسة أعضاء أحدا بمبدأ الشورى في الحكم و الذي يفصل في مختلف القضايا و أخذ القرارات بشأنها و منها على الخصوص:

- عقد الزواج والطلاق.
- تقسيم الميراث.
- الفصل في النزاعات والخصومات وإزالتها وإقرار الصلح.<sup>1</sup>

### **الفرع الثاني: فترة ما بعد الاحتلال الفرنسي**

بعدما نالت الجزائر استقلالها في 05 جويلية 1962م ونظرا للفراغ التشريعي والقانوني الذي خلفه خروج المستعمر الفرنسي كان لزاما وضع منظومة قانونية متماشية مع خصوصية المجتمع الجزائري مجسدا للسيادة الوطنية غير خاضع للنظام القانوني للمحتل الفرنسي.

#### **البند الأول: المرحلة الممتدة ما بين 1962 - 1984م**

قامت السلطات الجزائرية بعد الاستقلال مباشرة بتمديد العمل بكل التشريعات الموروثة عن الاحتلال الفرنسي سدا للفراغ التشريعي الطبيعي الذي خلفه رحيل الإدارة الاستعمارية، و كان ذلك بموجب القانون المؤرخ في 13 ديسمبر 1962 و القاضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية مع إلغاء جميع مقتضيات الماسة للحقوق و الحريات العامة و كذلك مواد الاستعمارية و العنصرية ، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون : " إن كل نص تشريعي باطل إذا مس السيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية ، أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو ذات طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية".

وبحكم هذا القانون ظلت قواعد المذهب المالكي هي المطبقة على العلاقات الأسرية، كما أبقى العمل بالأمر الملكي الصادر بتاريخ 10 أوت 1934م القاضي بتطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية وكذلك المرسوم الصادر في 31 ديسمبر 1859م و مرسوم 17 أفريل 1889م المتضمن

<sup>1</sup> \_ منعت الثورة التحريرية المواطنين من التردد على الإدارة الفرنسية وأصدرت أوامر بتسجيل عقود الزواج والمواليد والوفيات لدى الهيكل القاعدية للثورة ومن خالف هذه الأوامر صدرت في حقه عقوبة تتراوح بين التوبيخ والغرامة المالية.  
للح: رشيد فارح، التنظيم القضائي إبان الاحتلال بين المبدأ العام و التمييز، أعمال الملتقى الوطني حول القضاء إبان الثورة التحريرية، المنعقد بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، طبعة خاصة بوزارة المجاهدين، 2007م، ص22.

تطبيق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للجزائريين المسلمين و كذلك قانون 1931م المتضمن وضع المرأة في بلاد القبائل و قانون 1959م المتضمن تنظيم زواج الإناث.<sup>1</sup> في نفس الوقت وحتى يتم التخلص من الازدواجية و التبعية القضائية وإنشاء نظام قضائي يتلاءم مع تطورات المجتمع الجزائري صدر القانون رقم 63-218 المؤرخ في: 18-05-1963م ليغني ولاية النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية و لينشئ مكانه المجلس القضائي الأعلى.<sup>2</sup>

وقد بدأت تظهر التشريعات والنصوص القانونية تباعا كما يأتي :

(1) القانون رقم 63-224 المؤرخ في: 29-06-1963م المتضمن تحديد سن الزواج الذي جاء بمبدأ شكلية الزواج و حدد الحد الأدنى لسن الزواج حيث أصبحت المرأة لا تتزوج إلا ببلوغها سن 16 سنة و الرجل ببلوغه 18 سنة كاملة.<sup>3</sup>

(2) المرسوم رقم 63-261 المؤرخ في: 22-07-1963م و الذي ألغى المحاكم الشرعية لينقل اختصاصاتها إلى المحاكم المدنية العادية و يبقى على الهيكل العام للنظام القضائي المبين على ثلاثة أنواع من المحاكم : الابتدائية ؛ و المحاكم الابتدائية الكبرى و محاكم الاستئناف تحت ظل المجلس القضائي الأعلى.<sup>4</sup>

(3) الأوامر الصادرة بتاريخ: 23 جوان 1966م و 16 سبتمبر 1969م و 22 سبتمبر 1971م و الخاصة بكيفية اثبات الزواج.<sup>5</sup>

(4) الأمر رقم 73-29 المؤرخ بتاريخ: 05-07-1973م لإلغاء القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من 01 جويلية 1975م للقضاء على التبعية القانونية و ظاهرة الاقتباس من التشريعات الأجنبية التي تربط المجتمع الجزائري بعجلة القوانين الدخيلة عليه، و بالتالي إخضاع كل ما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية لأحكام الشريعة الإسلامية إعمالا للمادة الأولى من القانون المدني بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975م التي تنص في فقرتها الثانية : " و إذا لم

<sup>1</sup> \_ NADIA ait zai.les algériennes.citoyenne en devenir.edition c.n.maron ,2000.p19.

<sup>2</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص11.

<sup>3</sup> \_ محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص23.

<sup>4</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص11.

<sup>5</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص19

يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يجد فبمقتضى العرف"، و جاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على مبدئ الأسبقية المطلقة لأحكام الفقه الإسلامي بدون منازع<sup>1</sup> ، و من هنا أصبحت أحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى هذه المادة هو القانون المطبق في مجال قضايا الأحوال الشخصية.<sup>2</sup>

و لابد من الإشارة هنا للمحاولات التشريعية بعد الاستقلال لإعداد قانون منظم مستقل للأسرة في الجزائر و الذي تم في الفترة الممتدة من 1963م إلى 1964م غير أن مناقشة هذا المشروع بين التيارات الفكرية المختلفة أدى إلى إقباره ثم تلى ذلك محاولات أخرى لوضع قانون للأسرة يقتبس بعض أحكامه من المجلة التونسية للأحوال الشخصية (لسنة 1956م) و مدونة الأحوال الشخصية المغربية (لسنة 1957 م و 1958م ) غير أن هذه المحاولة باءت بالفشل أيضا.<sup>3</sup>

البند الثاني : مرحلة ما بعد 1984م

أولا: على مستوى القواعد الموضوعية

أكدت الدساتير التي تعاقبت على الجزائر منذ 1963م على حماية الدولة للأسرة فقد نصت المادة 17 من دستور 1963 على أنه : " تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع ".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص19-21.

<sup>2</sup> \_ عبد الفتاح تقية، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، (د.ط)، 2012م، ص12.

<sup>3</sup> \_ LEILA hamdan.les difficultés de codification du droit de la famille algérien.revue internationale de droit comparé.paris, 1985, n : 4,p1001.

تجدر الإشارة إلى أن هناك جمعيات و حركات نسوية تكونت خلال العشرية الأولى الموالية للاستقلال كانت تطالب بتقنين الأحوال الشخصية كجمعية القيم التي تظاهرت بتاريخ 05 جانفي 1964م مطالبة بقانون إسلامي من أجل المرأة و في 08 مارس 1965 طالبت جمعية نسوية بقانون خاص بالمرأة و الرجل ثم ظهرت مبادرة أخرى في 08 أكتوبر 1970 م أين وضعت لجنة لتحرير قانون الأسرة لكن عملها لم يظهر للوجود

للـ: محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص24.

<sup>4</sup> \_ يعتبر دستور الجزائر أعلى قانون في الدولة و هو وثيقة تعتمدها الدولة الجزائرية كإطار لكل القوانين و التشريعات التي تسنها من أجل حماية الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية و المصالح العليا للبلاد و قد إعتمدت الجزائر عدة دساتير عبر إستفتاء شعبي حول مضامينها، و كل دستور جديد يحل محل الذي قبله، و لم يخل دستور من التأكيد على حماية الدولة للأسرة.

و رغم ذلك لم تحظ المنظومة التشريعية في الجزائر بقانون مستقل منظما لشؤون الأسرة، فبعد اثنين وعشرين سنة من الاستقلال، و بعد تجاذبات و صراعات فكرية طفت على السطح في الكثير من الأحيان بين أنصار استنباط أحكام هذا القانون من الشريعة الإسلامية وأنصار تغريبه؛ جاء تشريع قانونا يخص القواعد المنظمة للأسرة في الجزائر أطلق عليه المشرع اسم قانون الأسرة، و الذي يعد من القوانين العربية المتأخرة من الناحية التاريخية، فقد تبني المجلس الشعبي الوطني -حينها- مشروع القانون بتاريخ 29 ماي 1984م و أصبح نافذا في 9 جوان من نفس السنة؛ حيث صدر بموجب الأمر رقم: 11-84 المؤرخ في: 09-06-1984م.

و يمكن تعريف قانون الأسرة بأنه تلك الوثيقة التي تحوي مجموعة من القواعد التي تنظم حالة الشخص و علاقاته المالية ميراثا و هبة؛ و وصية و وقفا و غير المالية من العلاقات الشخصية التي لا تقوم بمال مع أسرته و مجتمعه.<sup>1</sup>

وقد ظل موضوع العمل على ايجاد قانون للأسرة الجزائرية الجديدة محل أخذ و رد و نقاش و حوار استغرق مدة من الزمن لم يستغرقها أي قانون غيره، لذا فصدوره يعتبر نصرا للمشرعين المناضلين و مكسبا للقضاة و المتقاضين، فلم يكن من السهل إصدار قانونا للأسرة و الفصل في الاتجاه الفقهي أو

---

-دستور 1976م المادة 65: "الأسرة هي الخلية الأساسية و تحظى بحماية الدولة و المجتمع، تحمي الدولة الأمومة، و الطفولة، و الشبيبة، و الشيخوخة، بواسطة سياسة و مؤسسات ملائمة."

-دستور 1989م المادة 55 دستور: "تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع."

-دستور 1996م المادة 58: تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع.

-دستور 2016م المادة 72: تحظى الأسرة بحماية الدولة و المجتمع.

تحمي الأسرة و المجتمع و الدولة حقوق الطفل.

تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

يقمع القانون العنف ضد الأطفال.

تعمل الدولة على تسهيل استفادة الفئات الضعيفة ذات الاحتياجات الخاصة من الحقوق المعترف بها لجميع المواطنين، و إدماجها في الحياة الاجتماعية.

تحمي الأسرة و الدولة الأشخاص المسنين.

يحدد القانون شروط و كفاءات تطبيق هذه الأحكام.

<sup>1</sup> \_ آمال رواق، علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج و الطلاق و آثارهما دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة-كلية الشريعة و الاقتصاد، 2015م-2016م، ص7.



الفلسفي الذي يطبع قانون الأسرة الجزائري و يحدد نمط و شكل الأسرة الجزائرية بالمقارنة مع القوانين الأخرى كالقانون المدني و التجاري.<sup>1</sup>

و قد جاء "قانون الأسرة" مشتملا على 224 مادة موزعة على أربع كتب إضافة للأحكام العامة:

- الأحكام العامة: من المادة 1 - إلى المادة 3 مكرر.
- الكتاب الأول : الزواج و انحلاله من المادة 4 - إلى المادة 80 به مسائل الزواج و الطلاق و حقوق و واجبات الزوجين و النسب و العدة و الحضانة و النفقة.
- الكتاب الثاني : النيابة الشرعية من المادة 81 - إلى المادة 125 و به مسائل الولاية و الوصاية و التقديم و الحجر و المفقود و الغائب و الكفالة .
- الكتاب الثالث : الميراث من المادة 126 - إلى المادة 183 و به مسائل التركات و المواريث.
- الكتاب الرابع : من المادة 184 - إلى المادة 224 و به مسائل الوصية و الهبة و الوقف.

ويعتبر هذا القانون فرعا مستقلا بذاته عن فروع القانون الخاص فله ذاتية مستقلة، و هو أول قانون في الوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد،<sup>2</sup> يشتمل على جميع أحكام الأحوال الشخصية من زواج و طلاق و أهلية و ميراث و عقود التبرعات من هبة و وصية و وقف و قد جعل القانون من أحكام الزواج و الطلاق و أحكامهما ثلث النصوص الواردة فيه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص 27

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص 22.

<sup>3</sup> \_ تاريخيا ظهرت قوانين الأحوال الشخصية كما يأتي :

- قانون حقوق العائلة العثمانية سنة 1917م.
- القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي من 1920م إلى سنة 1952م.
- قانون حقوق العائلة الأردني سنة 1951م .
- قانون الأحوال الشخصية السوري سنة 1953م و المعدل سنة 1975م.
- مجلة الأحوال الشخصية التونسية 1956م.
- مدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة 1957م.
- قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة 1959م.
- قانون المحاكم الشرعية السوداني سنة 1967م.
- قانون الأحوال الشخصية الكويتي سنة 1984م.
- القانون رقم 10 لسنة 1984م الليبي المتعلق بالزواج و الطلاق.
- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم 28 لسنة 2005م

وإذا كان هذا القانون لم يبلغ حد الكمال فإنه يكفي أنه ملاً فراغاً قانونياً في مجال تنظيم الأسرة وأنهى تضارب الأحكام التي عاشها القضاء الجزائري منذ الاستقلال في نطاق حل المنازعات المتعلقة بالزواج والطلاق وما تعلق بهما.<sup>1</sup>

وإذا كان جمع أحكام قانون الأسرة المبعثرة في نص تشريعي واحد يعد في حد ذاته إنجازاً قانونياً عملياً هاماً؛ إلا أنه لم يمض على المشروع العملي في تطبيق قانون الأسرة أكثر من عشر سنوات حتى بدأت المطالبات و الاقتراحات بالتعديل الجزئي لقانون الأسرة الجزائري، فقد تواجد القانون بقواعده و محتواه بين عدة تيارات و اتجاهات فكرية متضاربة منها من يطالب بإلغائه باعتباره لم يعد متماسياً مع متطلبات العصر انطلاقاً من التفتح السياسي و الديمقراطي الذي عرفته الجزائر ابتداءً من سنة 1989م؛ و أُعتبر في نظرهم قانوناً تمييزياً يمس بمركز المرأة على وجه الخصوص، و بين من يرى أن القانون انعكاساً و تطبيقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

وعرفت مراجعة القانون مرحلتين اتسمت الأولى باتخاذ الحكومة منذ سنة 2001م تدابير استعجالية عملاً بتوصيات اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة، والثانية ارتكزت على مراجعة المنظومة المعيارية التي كانت موجودة حينها و إعداد مشاريع قوانين جديدة و مراجعة النصوص التشريعية الأساسية و الضرورية كالتشريعات الأسرية ضمن إطار الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر لاسيما المتعلقة باتفاقية منع كل أشكال التمييز ضد المرأة و تلك الخاصة بحقوق الطفل<sup>3</sup>، حيث ظهرت مسألة

---

للهم: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: السادسة، 2010م، ص 16.

<sup>1</sup> \_ كمال لدرع، قانون الأسرة الجزائري بين الاعتراضات و اقتراحات التعديل، مجلة الحضارة الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية - جامعة وهران، جانفي 2004م، ع: 9، ص 85.

<sup>2</sup> \_ محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة - كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية - قسم الشريعة تخصص فقه و أصول، 2009م، ص 49.

<sup>3</sup> \_ كان من الملتقيات الأولى التي عقدت لتناقش قانون الأسرة الصادر سنة 1984م تلك التي نظمها المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1999م تحت إشراف الدكتور عبد المجيد مزبان - رحمه الله - بحضور شخصيات في الغالب غير متخصصة و جمعيات نسوية و دارت المناقشات حول النقاط الآتية:

- هل يعد قانون الأسرة قانوناً شرعياً أم قانوناً مدنياً؟
- ترقية العمل النسوي و المشاكل التي تعيق تطوره.
- التقاليد المنسوبة زوراً للإسلام.



المطالبة بالمساواة في المركز القانونية بين الجنسين نظرا للوضعية الاجتماعية التي تحياها المرأة في المجتمع الجزائري، وهو ما جعل المشرع يدخل الكثير من التعديلات المهمة و التي كان لها تأثير على المراكز القانونية لكل من الزوج و الزوجة في عقد الزواج.

و هذه المراجعة لها ما يبررها إضافة لما سبق ذكره من تأثير العولمة على القوانين الداخلية؛ فقد كانت هناك إشكالات تنفيذ بعض النصوص القانونية و إغفال المشرع لمعالجة الكثير من القضايا، إضافة للتضارب الحاصل بين نصوص القانون و نصوص القوانين الأخرى كالقانون المدني و قانون الجنسية و الحالة المدنية و قانون الإجراءات المدنية، و تعارض و عدم انسجام مواد قانون الأسرة نفسه و كذا تأثير الاجتهاد القانوني في مسائل الأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

فالجوانب التطبيقية لقانون الأسرة أظهرت الكثير من العيوب التي تعترى قواعده منها سوء الصياغة القانونية والتناقضات في النصوص مما أدى إلى غياب الوحدة القانونية بين مختلف التشريعات من جهة

- تطور العائلة و المكتسبات الحضارية.

- حقوق الإنسان في الأسرة.===

- ===حماية الطفل أمام التطورات الاجتماعية و المشاكل المترتبة عنها

و انتهت مناقشات الملتقى بإصدار توصيات أهمها:

- باعتبار أن الإسلام دين الدولة فهو لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار الخاصة بترقية المرأة و قانون الأسرة قانون وضعي مستوحى من الشرعية الإسلامية و كل قانون وضعي يخضع للاجتهاد
  - لا بد من إعطاء الأولوية للمرأة فيما يتعلق بالتكفل بالاقتصاد المنزلي و ترقية ما يمكنها من حماية شخصيتها و تحديد الاجراءات الاجتماعية لصالح المرأة العاملة و التذكير بحق المرأة في العمل ضمن قانون الأسرة و وضع قوانين تقمع التحرش الجنسي في جميع الميادين و تطبيق مبادئ حقوق الانسان داخل السرة مع النصوص الدستورية.
  - إعطاء الأولوية لحقوق الطفل و الأم في السكن في حالة الحضانة المترتبة عن الطلاق
  - تعديل بعض المواد : مثل المادة 48 و المادة 52 و المادة 87
  - الإسراع بسن قواعد إجرائية خاصة بتطبيق أحكام قانون الأسرة
- لل: موقع المجلس الإسلامي الأعلى، تاريخ التصفح: 18-08-2016م.

[http://www.hci.dz/index.php?option=com\\_content&view=article&layout=edit&id=2](http://www.hci.dz/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=2)

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ص24.

## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

؛ومن جهة أخرى غياب الانسجام بين النص القانوني و الشرعي.<sup>1</sup>  
وعليه جاء تعديل القانون بالأمر 02-05 المؤرخ في 08 محرم عام 1426هـ الموافق لـ: 27  
فيفري 2005م و الموافق بالقانون 05-09 المؤرخ في 04 ماي 2005م.<sup>2</sup>  
ومس التعديل اثنين وأربعون مادة بين إلغاء وإضافة وتعديل جزئي:  
- ألغيت خمسة مواد: 12، 20، 38، 39 و63؛  
- أضيفت ثمانية مواد جديدة: 3 مكرر، 7 مكرر، 8 مكرر، 8 مكرر، 9 مكرر، 45 مكرر،  
35 مكرر و57 مكرر؛  
- وعدلت تسعة وعشرون مادة: 4، 5، 6، 7، 8، 9، 11، 13، 15، 18، 19، 22، 30،  
31، 32، 33، 36، 37، 40، 48، 49، 52، 53، 54، 57، 64، 67، 72، 87.  
فالتعديل جاء متحركا في مساحة تقدر بواحد وأربعين مادة قانونية بين الإلغاء أو التعديل أو الإضافة  
الجديدة كما هو موضح في الجدول:

المواد المعدلة	المواد المضافة	المواد الملغاة
م4: المتعلقة ببيان المقصود من الزواج و تحديد أهدافه. م5-م6: أحكام الخطبة و الفاتحة. م7: أهلية الزواج. م8: تعدد الزوجات. م9: ركن الرضا في عقد الزواج. م11-م13: شرط الولي في عقد الزواج. م15: شرط الصداق في عقد الزواج. م18-م19-م22: تسجيل عقد الزواج و إثباته. م30-م31: موانع الزواج. م32-م33: فساد و بطلان عقد الزواج.	م3 مكرر: النيابة العامة. م7 مكرر: الشهادة الطبية قبل الزواج. م8 مكرر-م8 مكرر: عدد الزوجات. م9 مكرر: شروط عقد الزواج. م45 مكرر: التلقيح الاصطناعي. م53 مكرر: التفويض للمطلقة في حالة التطليق. م57 مكرر: القضاء الاستعجالي في بعض المسائل الأسرية.	م12: بعض مسائل الولاية في الزواج و جواز عضل الولي. م20: الوكالة في الزواج. م38-م39: الحقوق الزوجية. م63: بعض مسائل الحضانة.

<sup>1</sup> \_على سبيل الذكر لا الحصر قام المشرع بتعديل سن أهلية الزواج بتوحيد السن ب19 سنة لكل من الرجل و المرأة على حد سواء، و بالتالي وحد بين سن أهلية الزواج و الأهلية في القانون المدني و أنهى التناقض الموجود سابقا حيث كان يميز للمرأة الزواج في سن 18 سنة أي دون سن الرشد في القانون المدني.

<sup>2</sup> \_ الجريدة الرسمية، تاريخ: 27 فيفري 2005م، ع: 15.

## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

	<p>م36-37: حقوق و واجبات الزوجين.  م40: إثبات النسب.  م48-49-52: الطلاق.  م53: التطليق.  م54: الخلع.  م57: عدم قابلية الحكام الصادرة في فك  العلاقة الزوجية للاستئناف إلا في الجوانب  المادية.  م64-67-72: الحضانة.  م87: النيابة الشرعية</p>
--	---

و قد أطلق المشرع الجزائري على قانون رقم :11-84 اسم "قانون الأسرة code de la famille" ، و هو بهذا خالف التسمية القديمة التي دأب عليها و جرى العمل بها لسنوات، و أيضا خالف معظم التشريعات العربية التي أخذت بتسمية " الأحوال الشخصية " ، حيث اصطلح فقهاء القانون على تسمية ما يتعلق بقضايا الزواج والطلاق والوصية والميراث بالأحوال الشخصية، إذ كان المعهود عند الفقهاء المتقدمين السابقين تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب الموارث أو الفرائض، أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتبا، كباب النكاح و باب الطلاق.. وهكذا<sup>1</sup>.

ثم استبدل بمصطلح الأحوال الشخصية ؛ فالمصطلح حادث لم يعرفه الفقه الإسلامي أدخل في العلوم الشرعية والقانونية اقتباساً من القوانين الوضعية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_السرطاوي (محمودعلي)، شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق ،دار الفكر ناشرون و موزعون- عمان، ط:الرابعة، 2013م، ص13. ■ الأشقر(عمر سليمان عبد الله)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس للنشر و التوزيع-عمان، ط:الخامسة، 2012م، ص12.

<sup>2</sup> \_ أول ما ظهر هذا المصطلح في الفقه القانوني في القرن الثالث عشر حيث نشأت في إيطاليا نظرية سميت نظرية الأحوال، أي القوانين نظرا لتقسيم القوانين إلى قسمين: قسم موضوعه الأشخاص ويسمى قانون الأحوال الشخصية، وقسم موضوعه الأشياء ويسمى قانون الأحوال العينية، و سبب ظهوره هو بروز مشكلة تنازع القوانين نتيجة تبلور نظامين قانونيين هما: القانون الروماني الذي كان له التطبيق العام في إيطاليا والقانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة أو مدن معينة دون الأخرى تتمتع باستقلال نسبي، ولتمييز هذين النظامين لجأ القانون الروماني إلى إطلاق لفظ حال على القانون المحلي، ثم قسم هذه الأحوال إلى :أحوال تتعلق بالأموال (الأحوال العينية) و أحوال تتعلق بالأشخاص (الأحوال الشخصية). وبعد ذلك أخذت القوانين الغربية بهذا التقسيم و طورته خاصة المدرسة الفرنسية حيث: أصبح يطلق مصطلح الأحوال الشخصية على تلك القواعد الخاصة بالروابط الشخصية في مقابل

و الناظر في مواد القانون يلحظ أنه برغم أن مباحث الأسرة قد طغت على ثلثي مواد القانون، إلا أنه كان شاملاً أيضاً لحالة الشخص و ترشيده و أحكام المفقود و الغائب و الحجر و الوصاية و التقديم و الكفالة و الهبة و الوصية و الوقف و كلها في حقيقة الأمر قواعد خاصة بالشخص كفرد لا كعضو في أسرته و هي ألصق بالأحوال الشخصية منها بالأسرة.<sup>1</sup>

و بالرجوع للقانون المدني الجزائري نجد أن مصطلح الأحوال الشخصية قد ورد بالمادة 775 التي جاء نصها على أنه: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها "، في حين ورد في النص الفرنسي لنفس المادة مصطلح قانون الأسرة<sup>2</sup>، و هو ما يعتبر أكثر تماشياً و انسجاماً مع تسمية قانون: 84-11 "قانون الأسرة"، و لعل هذا ما جعل المشرع الجزائري يقوم بتغيير تسمية قسم و غرفة الأحوال الشخصية على مستوى المحاكم و المجالس القضائية إلى قسم و غرفة شؤون الأسرة بنص المواد 5 و 13 من القانون العضوي رقم 11/05 المؤرخ في 17 يوليو 2005 و المتعلق بالتنظيم القضائي.<sup>3</sup>

الأحوال العينية المتعلقة بالأموال، وأول من عرف عنه استعمال هذا المصطلح من المعاصرين محمد قدري باشا، حيث قام في سنة 1890 بصياغة ثلاثة كتب على المذهب الحنفي، أحدهما في الأحوال الشخصية سمي (كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) و يقصد بالأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي هي مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي ترتب عليها القانون أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ومن أمثلة ذلك: كون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملًا أو مطلقاً أو أبا شرعياً، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من الأسباب الشرعية والقانونية، و هناك من ذهب إلى أن هذا المصطلح يتماشى مع القواعد الشرعية و مقاصدها و لا مشاحة في الاصطلاح، و هناك من انتقد هذا المصطلح و اعتبره غير ملائم لمقاصد الشريعة باعتبار أن شرائع الأسرة ليست أحوالاً شخصية تم أصحابها و حدهم و من حقهم أن يقيروها أو يغيروها إذا شاؤوا، و من هؤلاء الشيخ محمد الغزالي.

للغزالي ينظر: حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان، (د.ط)، 1997م، ص 31.  
▪ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب-الجزائر، (د.ط)، 1986م، ص 13. ▪ محمد الغزالي، كفاح دين، نهضة مصر للطباعة و النشر و التوزيع، ط: جديدة و منقحة، 2005م، ص 167. ▪ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، ط: السابعة، 1996م، (11/1). ▪ عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2011م، ص 30-34.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص 15.

<sup>2</sup> Art. 775. : " Le testament est régi par le code de la famille et les lois y relatives. "

<sup>3</sup> مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للنشر-الجزائر، (د.ط)، 2015م، ص 25.

و نفس الأمر بالنسبة لتسمية غرفة الأحوال الشخصية و المواريث على مستوى المحكمة العليا فقد غيرت إلى غرفة شؤون الأسرة و المواريث. بموجب القانون العضوي رقم: 11-12 المؤرخ في 26 يوليو 2011 و المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصها .  
و قد أثر المشرع أن يدخل هذه التعديلات حتى يكون اسم "قانون الأسرة " متجانسا مع التسميات الموجودة على مستوى المحاكم.

و إذا كان هناك من برر تسمية "قانون الأسرة " بأن المشرع حاول أن يجمع بين علاقات الفرد الأسرية و الاجتماعية،<sup>1</sup> فالواضح أن المشرع الجزائري كان متأثرا أيضا بفقهاء القانون في فرنسا الذي تشيع عندهم هذه التسمية ، كما يبرز هذا الاسم الصفة المؤسساتية للأسرة للتركيز عليها من أجل حفظ و صيانة حق أفرادها و قيامهم بالواجبات، و نظرا لأهميتها كخلية أساسية في المجتمع ،تنص المادة الثانية من قانون الأسرة :84-11 : "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجين و صلة القرابة".<sup>2</sup>

ثانيا: على مستوى القواعد الإجرائية

لا يكف أن ينظم القانون المدني و سائر فروع القانون الخاص المعاملات المدنية بين الأفراد أو غيرها من المعاملات الخاصة و ما يترتب عليها من حقوق و مراكز قانونية إنما يجب توفير ضمانات لسيادة القانون و احترامه في الواقع ،و قانون الإجراءات المدنية هو الذي يتولى تنظيم هذه الضمانات ممثلة في الحماية القضائية باعتبارها أهم الوظائف القانونية للدولة.<sup>3</sup>

ولا يكف أن توجد نصوصا آمرة في القوانين الموضوعية تحدد الحقوق و كيفية نشأتها و الانتفاع بها و انقضائها ، بل يجب أن يوجد الجزاء لحماية ما تقضي به هذه القواعد وذلك بضمان لصاحب الحق وسيلة لرد الاعتداء على حقه و كفالة الوصول إليه هذا ما يتكفل به قانون الإجراءات المدنية.<sup>4</sup>

1 \_ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة-الجزائر، ط: الأولى، 2010م، ص7.

2 \_ كان للدكتور محمد محدة اقتراحات لتعديل قانون الأسرة طرحها في مقالات متسلسلة تحت عنوان دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية ضمن جريدة اليوم ، و ذلك في الفترة التي بدئ فيها النقاش حول تعديل قانون الأسرة ، و قد اقترح أن يغير اسم القانون من قانون الأسرة إلى قانون الأحوال الشخصية باعتبار أن القانون يمس حالة الشخص من خطبة و زواج و طلاق و تقديم و وصية و كونه وارثا أو مورثا .

للـ: محمد محدة ، دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، جريدة اليوم : 28-09-2004م، ص09.

3 \_ الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية-الجزائر، ط: الثانية، 2000م، ص10.

4 \_ محمد إبراهيم، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، (د.ط)، 2002م، (10/1).



## الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية و القواعد المنظمة لها

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد أنه تضمن النصوص الموضوعية لتنظيم الأسرة، دون أن يتضمن النصوص الشكلية الإجرائية اللازمة لتطبيقه، وكحتمية لذلك كان لزاما وجود شريعة عامة للقواعد الإجرائية الواجبة الإلتباع أمام القضاء، لأنها ترسم للمتقاضين على اختلاف قضاياهم الطريق الواجب الإلتباع و المحكمة المختصة بنظر دعواهم و الفصل فيه.

ومن نافلة القول الإشارة أن واضعي قانون الأسرة شغلهم عملية إرساء القواعد الموضوعية الأساسية عن القواعد الإجرائية؛ و جاء قانون الأسرة حاليا من مجرد الإشارة للإحالة لقانون الاجراءات المدنية في كل ما يتعلق بقواعد رفع الدعوى و التبليغ و التنفيذ و طرق الطعن وغيرها مما يتصل بتطبيق قانون الأسرة.<sup>1</sup>

لقد صدر قانون الإجراءات المدنية في الجزائر: 66-154<sup>2</sup>، بتاريخ 08 جوان 1966م، و قد تضمن 478 مادة على الرغم أنه مستمد من القانون الفرنسي الذي يجوي 1048 مادة، و علة اختصار مضمون النص الجزائري أنذاك هو سعي المشرع الجزائري نحو اعتماد قواعد بسيطة حتى يسهل على القضاة تطبيقه نظرا لضعف التكوين حينها عند الممارسين و نقص الإطارات المتخصصة مع تقليص تكاليف التقاضي و المصاريف القضائية<sup>3</sup>، و قد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي و حتى الإيطالي بتسمية القانون بقانون الإجراءات المدنية.<sup>4</sup>

و لم يخضع قانون الإجراءات المدنية إلى أي تعديل منذ سنة 1966م؛ إلى حين تنصيب اللجنة المكلفة بمراجعته في ديسمبر 2000م بالرغم من تغير الظروف التي كانت سائدة حين وضع نصوصه، ومن

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص40.

<sup>2</sup> \_ قانون رقم 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

لل: الجريدة الرسمية، التاريخ 9 يونيو 1966م، ع:47.

<sup>3</sup> \_ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشورات بغداددي، ط: الثانية، 2009م، ص7.

<sup>4</sup> \_ ظهرت عدة تسميات للقانون، فقد سماه المشرع المصري قانون المرافعات المدنية و التجارية، و انتقدت التسمية باعتبارها لا تضم جميع المسائل التي ينظمها هذا الفرع القانوني، و تسمية أصول المحاكمات المدنية و انتقدت باعتبار أن المحاكمة قد تدخلنا في المجال الجزائري، و هناك من سماه بالقانون القضائي و قد تبني ذلك المشرع البلجيكي، و ظهرت تسمية قانون القضاء المدني أيضا.

لل ينظر: أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف-الإسكندرية، ط: الخامسة عشر، 1990م، ص18. ■ علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار المطبوعات الجامعية-الإسكندرية، (د.ط)، 2007م، ص3. ■ محمد أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثالثة، 2003م، ص10-11.



الطبيعي أن تطور القواعد الموضوعية النازمة للتشريعات القانونية أثرت تلقائيا على القواعد الاجرائية لنفس القانون .

و مما لا شك فيه أن تنزيل مقتضيات قانون الأسرة و تنفيذها على أرض الواقع واجهته عدة إكراهات مادية و بشرية و إجرائية حدت من الانتظارات المتوخاة منه في تحقيق مقاصده القانونية فقد ظهرت الكثير من الثغرات الإجرائية المتعلقة بخصوصية الأحوال الشخصية، لذلك فإن مرور كل هذه المدة على وضع القانون فرض إعادة تعديله و مراجعته مع الأخذ بالاعتبار المعطيات التالية:<sup>1</sup>

• المبادئ الدستورية ذات التوجه الليبرالي التي استحدثت بمقتضى دستوري 1989م و 1996م.

• الاجتهاد القضائي المتراكم من خلال ممارسات وتطبيقات الجهات القضائية طيلة سنوات فاقت الثلاثين.

• تطور القوانين المقارنة خاصة المتعلقة بالتنظيمات المماثلة للتنظيم القضائي المطبق في بلادنا وكذا تبعات عولمة القانون.

• اللجنة الوطنية لإصلاح العدالة.

فجاء وضع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون رقم: 08-09 المؤرخ في: 25-

02-2008م<sup>2</sup>؛ و الذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية من أجل السير الحسن لمرفق القضاء و استقرار المجتمع الجزائري.<sup>3</sup>

و يعد القانون قفزة نوعية في خضم مسعى إصلاح العدالة لما له من وزن بالنظر إلى ما احتواه من حلول إجرائية تسمح بحسن سير الدعوى و توجيهها، من خلال استحداث قواعد و ضوابط جديدة تكفل حماية الحقوق و تسهل للمتقاضى المطالبة بها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، ط: الثالثة، 2012م، ص15.

<sup>2</sup> \_ قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

للجريدة الرسمية التاريخ: 23 أفريل 2008م، ع: 21 .

<sup>3</sup> \_ المادة 1062 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يسري هذا القانون بعد سنة 1 من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية".

المادة 1064: " تلغى بمجرد سريان مفعول هذا القانون أحكام الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل و المتمم".

<sup>4</sup> \_ نشرة القضاة، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل - مديرية الدراسات القانونية و الوثائق ، ع: 64، (299/1).

وعلى عكس التشريعات الأخرى جعل المشرع الجزائري الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليكون بذلك قد جمع بين إجراءات الخصومة العادية والإدارية في قانون واحد، فقد فصل المشرع بين مجموعتين من القواعد الإجرائية إذ تتضمن المجموعة الأولى تلك المطبقة على الخصومة العادية في المواد المدنية بصفة عامة وتحتوي الثانية تلك المطبقة على الخصومة الإدارية من أجل هذا أطلقت تسمية قانون الإجراءات المدنية والإدارية على هذا القانون الجديد.

ولم يعد القانون الجديد النظر في سير إجراءات التقاضي بشكل جذري يجعل من النصوص المعمول بها إلى تاريخ صدوره منعدمة إنما قام بما يلي:<sup>1</sup>

- اعتماد بعض ما استقر عليه الاجتهاد القضائي؛
- توضيح مسائل تتضمن كثيرا من اللبس؛
- تعديل بعض الأحكام لعدم تناسبها مع واقع الحال؛
- إلغاء بعد المواد التي تتعارض مع نصوص سارية المفعول أو لم يعد لها جدوى،
- استحداث بعض الأحكام.

وقد نص القانون الجديد للإجراءات المدنية و الإدارية بعد إلغاء قانون الإجراءات المدنية السابق على الإجراءات الخاصة المطبقة في قسم شؤون الأسرة في الكتاب الثاني الخاص بالإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية، والتي تعتبر نقلة نوعية في التطبيق القضائي للقواعد الأسرية حيث جاء القانون بعدة قواعد إجرائية من تحديد صلاحيات واختصاص اقليمي وإجراءات الطلاق والصلح والولاية بأنواعها والنسب و الكفالة و التركة و ذلك في المواد من 423 إلى 499 من هذا القانون.

و يكون بهذا المشرع الجزائري قد خص القضايا الأسرية بقسم خاص ، يعطي نظرة أولية للأهمية التي أولها المشرع إلى قسم شؤون الأسرة، بالنظر لأهمية المسائل التي يفصل فيها والتي تتعلق بالخلية الأساسية بالمجتمع وهي الأسرة<sup>2</sup>.

و جاء الباب الثاني مقسما لستة أقسام كما يأتي :

<sup>1</sup> \_ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص8.

<sup>2</sup> \_ صالح حمليل-الأخضر صديقي، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة-جامعة ادرار الجزائر، مارس 2014م، ع:28، ص22.

- القسم الأول: في صلاحيات شؤون الأسرة المواد 423 إلى 425 ؛
- القسم الثاني: في الإختصاص الإقليمي مادة واحدة 426 ؛
- القسم الثالث: في إجراءات الطلاق المواد 427 إلى 452 ؛
- القسم الرابع: في إجراءات الولاية المواد 453 إلى 489 ؛
- القسم الخامس : في دعاوى النسب المواد 490 إلى 491 ؛
- القسم السادس : في إجراءات الكفالة المواد 492 إلى 497 ،
- القسم السابع: في التركة المواد 498 إلى 499.

و ما جاء في هذه الأقسام يحدد الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة ؛ حيث يختص قسم شؤون الأسرة بالفصل في كل القضايا المحددة في قانون الأسرة .

و الملاحظ على نص المادة 423 أنها لم تحدد حالات اختصاص النوعي على سبيل الحصر، و إنما نصت على أنه " ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص " و ذكرت خمس حالات دون أن تذكر حالة واحدة هي الاختصاص في نظر دعاوى أو منازعات التركة، رغم أن المشرع قد حدد الاختصاص الإقليمي لها في نص المادة 498 من نفس القانون.

و أيضا قام المشرع بتحديد الإختصاص الإقليمي لمحكمة شؤون الأسرة ، و قد اعتمد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مصطلح الاختصاص الإقليمي بدلا من المحلي على أساس أن الإقليم أوسع من المحل في حيزه.

و قد تضمنته المادة 426 من نفس القانون ، حيث حددت موضوع الدعوى و الاختصاص الإقليمي لها، و الملاحظ على هذا النص أنه لم يتضمن أو لم يشمل كل الدعاوى بالاختصاص الإقليمي و إنما ترك البعض منها خاضعة لنصوص متفرقة و يتعلق الأمر بمايلي: النسب - الكفالة - التركة.

- النسب: تضمنته المادة 490 و حددت الاختصاص الإقليمي له بموطن المدعى عليه.
- الكفالة: تضمنتها المادة 492 و حددت الاختصاص الإقليمي له بمقر موطن طالب الكفالة.
- التركة: تضمنتها المادة 498 و حددت الاختصاص الإقليمي بمقر المحكمة التي يقع فيها موطن المتوفي.

إضافة إلى مسائل الاستعجال و التي يختص القاضي الإستعجالي نوعيا بها، تدابير مؤقتة إلى حين الفصل في النزاع القائم بعد التحقيق فيه أو البحث في الإجراء الوقي المطلوب منه اتخاذ لمنع الضرر

أو الخطر الذي يهدد حق من لجأ إليه لإسباغ حمايته عليه، طبقا لنص المادة 425 منه، بعد أن كان رئيس المحكمة يختص بإصدار أوامر استعجالية تطبيقا لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة، و لعل السبب في إسناد هذا الاختصاص إلى قاضي شؤون الأسرة يرجع إلى كون أن النزاع من طبيعة واحدة وهي منازعات الأسرة.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> \_ عمليا يتمسك رئيس المحكمة في النظر في الأوامر الإستعجالية و إصدار الأوامر الولائية إذا ما عرضت عليه، و له الخيار في إحالته على قاضي شؤون الأسرة، ذلك أنه ليس هناك نص قانوني يمنعه من ذلك، و هذا بالرجوع إلى قانون التنظيم القضائي في المادة 16 من الأمر رقم 05-11 التي تنص على:

" يحدد رئيس المحكمة بموجب أمر، وبعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية، توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الأقسام أو الفروع عند الاقتضاء.

ويجوز له أن يرأس أي قسم يمكن تعيين نفس القاضي في أكثر من قسم أو فرع... "

## المطلب الثاني: مركاتر المشرع في حماية العلاقة الزوجية

يعبر مصطلح الحماية عن احتياط يرتكز عن وقاية شخص أو مال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته و ذلك بواسطة وسائل قانونية أو مادية<sup>1</sup>، فهي النظام القانوني الذي اتخذ المشرع من خلال قانون الأسرة و الإجراءات الإدارية و المدنية لضمان حفظ الأسرة و تأمين سلامتها و وقايتها من الاعتداء على أحكامها أو على أفرادها<sup>2</sup>، فالمصطلح يعبر عن عمل الحماية و نظامها على حد سواء أي التدبير و الإجراء أو النظام أو الجهاز الذي يتكفل بالحماية المعنية من خلال وقاية و ضمان حقوق الشخص المادية و المعنوية بواسطة مشروعة.

إن المشرع وهو يضع القواعد القانونية المنظمة للزواج تضارعه في ذلك فلسفة تشريعية معينة و محددة يرتبط أساسا بمحور أساسي يبدأ منه ويرتكز عليه و يدور حوله؛ ذلك المحور الأساسي هو النظرة العامة للتشريع في نظرتة للحماية التي يتصدى لها بالتنظيم ووضع الأحكام و القواعد. فالحماية مقصد رئيس يُهدف إليها، والأصل أن المشرع لا ينطلق من فراغ أو فلسفة مؤقتة، فهناك مقاصد و مصالح مادية و معنوية؛ وضع القانون لأجل حمايتها و رعايتها انطلاقا من مرتكزات وأسس و أصول توصل بها المشرع و نهل منها، و هنا يبرز منهجه العام و مسلكه في توفير الحماية. والملاحظ بعد الاستقراء لمواد قانون الأسرة والتدقيق فيها والسعي لتأصيلها بعد التعديل في 2005م و كذا قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد؛ أن المشرع سعى لحماية الأسرة حين "اعتبر مصلحة الأسرة أساسا في تنظيم شؤونها"<sup>3</sup>.

واعتبار المصلحة كقاعدة أساسية للحماية كان من خلال اعتماد المشرع في تنظيم شؤون الأسرة على الشريعة الإسلامية كمصدر أصلي و احتياطي (الفرع الأول) في وضع القواعد القانونية، والتأسيس لدور قضائي جديد هو القضاء الأسري (الفرع الثاني) في وضع القواعد الإجرائية.

<sup>1</sup> - محمود صالح العادلي، الحماية الجنائية لالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط: الأولى، 2003م، ص 06.

<sup>2</sup> - محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة، ص 31

<sup>3</sup> - ليلي جمعي، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاء الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات، مجلة الحضارة الإسلامية- كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع: 09، ص 141.

## الفرع الأول: تحديد المرجعية التشريعية لقانون الأسرة

إن تحديد المرجعية التشريعية لقانون الأسرة هدفه الوصول للمنهجية التشريعية التي تنشأ بها القاعدة القانونية؛ ومن ثم الوقوف على مختلف المصادر والمرجعيات المتحركة في نشأة النص القانوني، ولحظة ولادته، وطبيعة موضوعه، وتوجهات واضعيه، والطرق المعتمدة في إنتاجه وصياغته، وهو ما يعرف عند رجال القانون " بالمصادر المادية أو الموضوعية للقاعدة القانونية".

إن النص القانوني الفاعل في مجال التشريع الأسري تضارعه في التأثير قواعد شرعية، فقد اقتضت تقنية التشريع والخلفية التاريخية لمادة الأسرة في التشريع الجزائري أن تربط النص القانوني بمصدر أساسي؛ و آخر احتياطي متمثل في أحكام الشريعة الإسلامية و هو ما جعل مجال التشريع الأسري محموم بشئائيه من حيث القواعد و الأحكام في تنظيم مسائله.

و الشريعة الإسلامية هي الأحكام التي شرعها الله لعباده، سواء أكان تشريع هذه الأحكام بالقرآن أم بسنة النبي محمد - ﷺ - من قول أو فعل أو تقرير، و هذه الأحكام جاءت على شكل أحكام تفصيلية و على شكل قواعد و مبادئ عامة؛ بحالية من معاني الجور و النقص و الهوى لأن صانعها هو الله بخلاف القوانين الوضعية التي لا تنفك عن هذه المعاني.<sup>1</sup>

و هذا المفهوم للشريعة الإسلامية مطابق لمفهوم الفقه عند المتقدمين إذ كل منهما يتناول الدين كله بعقائده و أحكامه و آدابه، أما عند المتأخرين فالفقه هو فهمنا لتلك الشريعة<sup>2</sup>، فالشريعة هي الغاية و الفقه هو الطريق.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب - الاسكندرية، (د.ط)، (د.ت)، ص 39-49.

يذهب بعض دعاة العلمانية بأن لفظة الشريعة لم ترد في القرآن. بمعنى التشريع و القانون، و هذه من المغالطات المكشوفة التي لا يتورط فيها عاقل لأن القرآن الكريم يشتمل على أحكام تشريعية في عدة مجالات، منها ما يتعلق بأمور العبادات و منها ما يتعلق بالمعاملات، و منها ما يتعلق بشؤون الأسرة، و منها ما يتعلق بالمعاملات المدنية و التجارية و بالجرائم و العقوبات من الحدود و القصاص و منها ما يتعلق بالأمور السياسية و العلاقات الدولية، و الآيات التي تتنازل هذه الأمور تعرف عند الدارسين باسم آيات الأحكام و قد أفردها بعض العلماء قديما و حديثا بمؤلفات خاصة .

للإشارة: يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1994م، ص 10-11.

<sup>2</sup> \_ الأشقر (عمر سليمان)، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس الأردن، ط: الثالثة، 1991م، ص 18.

<sup>3</sup> \_ يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 22.



وهي بهذا المفهوم أهم المرتكزات الرصينة التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تشريع أحكام قانون الأسرة باعتبارها من ثوابت النظام العام الجزائري.<sup>1</sup>

والاستقراء لنصوص قانون الأسرة يجد أنه يرتكز على مبدأين جوهرين هما:<sup>2</sup>

- المرجعية الشرعية لقانون الأسرة الجزائري "مرجعية أصلية".
- تعميم تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال الأحوال الشخصية دون تحديد المذهب الفقهي الذي له أولوية التطبيق "مرجعية احتياطية".

البند الأول: المرجعية الأصلية لقانون الأسرة

يعد قانون الأسرة أحد القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية و التي حدد المشرع مصادرها في المادة الأولى من القانون المدني لسنة 1975م؛ و الذي جاء قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984م؛ حيث جاء في المادة الأولى منه في فقرتها الثانية: "و إذا يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي و قواعد العدالة".<sup>3</sup>

فقد جعل المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا للقانون الوضعي الجزائري والتي تأتي بعد النصوص التشريعية مباشرة<sup>4</sup>، وجاءت قرارات المحكمة العليا تؤكد على أسبقية تطبيق أحكام

<sup>1</sup> \_ تنص المادة الثانية من دستور سنة 1996م على ما يأتي: "الإسلام دين الدولة".

<sup>2</sup> \_ عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، ص16. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ص20.

<sup>3</sup> \_ من خلال هذه المادة يتضح لنا بأن المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي:

- التشريع. بمعنى صدور القوانين من الجهات المختصة في مجال التشريع
- الشريعة الإسلامية في حالة غياب نص تشريعي حيث يلجأ القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية للفصل في القضايا المعروضة عليه.
- العرف حيث يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالعرف للفصل في القضايا المطروحة و التي لا يوجد لها نص في القانون أو في مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويرى الدكتور الرشيد بن شويخ بأن المشرع الجزائري لم يكن موقفا في هذا الترتيب لأن مصطلح الشريعة الإسلامية يضم بداخله العرف و فقهاء الشريعة خاصة علماء الأصول يعتبرون العرف من ضمن المصادر التبعية للتشريع الجزائري .

للرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سعد دحلب البليدة - كلية الحقوق، 2001م، ص14.

<sup>4</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ص19

الفقه الإسلامي في مسائل الأحوال الشخصية بدون منازع<sup>1</sup> ، ورغم اختلاف تاريخ صدرها إلا أنها جعلت الشريعة الإسلامية هي المختصة بمسائل الأسرة في الجزائر.<sup>2</sup>

وجاء تأكيد المشرع على مصدرية الشريعة الإسلامية من خلال مشروع قانون 1981م الصادر عن مديرية البحث لوزارة العدل؛ الذي ورد في ديباجة مشروعه التمهيدي مايلي: " اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية: القرآن الكريم و السنة النبوية الثابتة ثوبنا مقبولا عند علماء الحديث و الإجماع و القياس و الاجتهاد و كذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة و على غيرها في بعض المسائل ".<sup>3</sup>

و اعتمد المشرع الجزائري في صياغة مصطلحات القانون بلغته العربية والفرنسية على المصطلحات و الضوابط و القواعد الشرعية و لم يكتف بجعل الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للتشريع فقط و الأمثلة على ذلك كثيرة منها :

• نص المادة الرابعة من قانون الأسرة: " أسرة أساسها المودة و الرحمة " ، فهي مستمدة من قوله

﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ

بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ [الروم: 21].

• نص المادة 14 من قانون الأسرة: " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة " ، فهي مستمدة من

قوله ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتَيْنِ نَحْلَةً ﴾ [النساء: 04].

• نص المادة 27 من قانون الأسرة : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب " فهي مستمدة

<sup>1</sup> \_ " لا يصبح تطبيق الأعراف المحلية في مادة الأحوال الشخصية بين المسلمين إذا كانت هذه الأعراف مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية " .

للجنة : المجلس الأعلى ، .غرفة الأحوال الشخصية، 24-03-1971م.

-نشرة.القضاة، 1972م، ص72.

<sup>2</sup> \_ ليلي جمعي، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاء الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الإيجابيات، ص144.

<sup>3</sup> \_ مسعود هلاي، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، ص149

من قوله - ﷺ - : «يُحْرَمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يُحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ»<sup>1</sup>.

- نص المادة 189 من قانون الأسرة: "لا وصية لوارث" فهي مستمدة من قوله - ﷺ - : «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، ألا وصية لوارث»<sup>2</sup>.
- مباني الألفاظ ودلالاتها بقانون الأسرة تحوي ألفاظ شرعية متواترة وأحكام شرعية كمصطلح "الزواج الشرعي" في تعريف الزواج المادة الرابعة التي تنص على أن الزواج هو : "عقد يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي"، فالمادة تدل على أن المقومات و عناصر البناء للزواج مستمدة من الشريعة الإسلامية ، و استعمال المصطلح الزواج الفاسد، والتطبيق للضرر، وأحكام النيابة الشرعية و التبرعات المتعلقة بالهبات و الوصايا و الأوقاف و أحكام الميراث و غيرها في كثير من مواد قانون الأسرة.

والشريعة الإسلامية كمصدر أصلي و رسمي لقانون الأسرة ؛ يدور مقصدها بين أحكامها الثابتة؛ و هي تلك التي لا تتغير ولا تتبدل بتغير الأزمنة والأمكنة، والأشخاص والعوائد ، ولا بتجدد الحوادث ولا بتقلب الظروف، وهذا النوع قررت الشريعة الإسلامية أصول مسائله، وفصلت أحكامه تفصيلا وافية فهي أحكام ثابتة دائمة لعامة الناس، ولجميع الأمم ، وفي كل الأحوال ، إذ مقصود الشارع من تشريع الحكم هو المصلحة ، ومن المصالح ما لا يتغير ولا يتبدل مقاصد الشرع .

و الأحكام المتغيرة وهي ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا، ومكانا، وحالا ، قال ابن القيم<sup>3</sup> : "الأحكام نوعان : نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة ولا اجتهاد

<sup>1</sup> \_ البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل)، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد محمد تامر، دار البيان العربي، ط: الأولى، 1426هـ - 2005م، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب، والرضاع المستفيض، والموت القديم، رقم الحديث: 2645، (2/524)

<sup>2</sup> \_ ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية-الرياض، (د.ط)، (د.ت)، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، رقم الحديث: 2714، ص296.

قال الألباني : " صحيح "

للإمام: الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 1997م، (2/367).

<sup>3</sup> \_ ابن قيم الجوزية: هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي الفقيه الأصولي ابن قيم الجوزية الحنبلي، ولد سنة 691هـ، و لازم الشيخ ابن تيمية فأخذ عنه تأثر به ، كان بارعا في عدة فنون و اعتنى بالحديث و أجاد الفقه و تدريسه توفي سنة 751هـ. و قد ترك مصنفاً كثيرة و نفيسة منها إعلام الموقعين عن رب العالمين، زاد المعاد في هدى خير العباد ، الطرق

الحكمية في السياسة الشرعية.===

الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدره بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه<sup>1</sup> .

والأحكام الثابتة هي أحكام شرعية و ليست أحكاما فقهية ناتجة عن اجتهادات لفقيه من الفقهاء أو فهمه، و في قانون الأسرة نجدها مستمدة من النصوص القطعية فهي ثابتة من حيث الأصل، و هذه الأحكام لا يجوز تغييرها و لا تبديلها بل يجب المحافظة عليها : كاستحقاق المرأة المهر و منع تزوج المسلمة بالكافر و أنصبة الميراث و غيرها.<sup>2</sup>

أما الأحكام المتغيرة فتبقى في مجال الأدلة الظنية و مباحث و دلالات الألفاظ و مما لا نص فيه حيث يتم إعمال الاجتهاد وفق منهج مذهب معين، و قد استمد قانون الأسرة أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد على المذاهب الأخرى في بعض أحكامه إذا دعت الحاجة<sup>3</sup>، كمذهب الأحناف و الشافعية و الحنابلة.<sup>4</sup>

ويرى بعض أهل القانون أن عدم تقيد المشرع الجزائري بمذهب واحد كالمذهب المالكي فيه مسaire لمصالح المواطنين بل لقد قام بانتقاء ما فيه من اليسر من المذاهب الإسلامية وذلك لرفع الحرج وهو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية.<sup>5</sup>

و يرى البعض الآخر أن الاتجاه اللامذهبي للمشرع الجزائري جاء نتيجة حتمية للمنهجية التي اتبعت سابقا في سن قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية؛ فهذه المنهجية كانت تركز على مذهب

---

==: ابن حجر العسقلاني شهاب الدين أحمد، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ضبط: الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1418هـ-1997م، المجلد الثاني(243/3). ابن رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، (د ط)، (د ت)، (447/2).

<sup>1</sup> \_ ابن القيم الجوزية(شمس الدين أبي عبد الله محمد)، إغاثة اللهفان في مصايد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع-مكة، ط: الأولى، 1432هـ، (570/1).

<sup>2</sup> \_ كمال لدرع، قانون الأسرة الجزائري بين الاعتراضات و اقتراحات التعديل، مجلة الحضارة الإسلامية - كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع: 09، ص113.

<sup>3</sup> \_ سعيد فكرة، قانون الأسرة و ازدواجية مصدر التشريع، مجلة الحضارة الإسلامية - كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع: 09، ص47. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ص16.

<sup>4</sup> \_ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص11.

<sup>5</sup> \_ ناصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - دورية في الثقافة الإسلامية الجزائر، السنة الثالثة - جانفي 2000م، ع: 03، ص300.

واحد معين إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى مما يدفعها أحيانا ترجيح الرأي من غير المذهب المرتكز عليه ؛ كما أنها تخير القاضي أن يأخذ من أيها شاء عند انتفاء النص التشريعي ؛ كقانون حقوق العائلة العثماني الصادر سنة 1927م ؛ و الذي أخذ معظم أحكامه من الفقه الحنفي ، و أخذ في كثير من المسائل من المذاهب الفقهية الأخرى ؛ كمنع زواج المجنون و المجنونة إلا عند الضرورة ، و هو رأي عند الشافعي و أحمد ؛ و كاعتبار عقد الزواج صحيحا و الشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها ؛ و إن تزوج فهي أو المرأة الثانية طالق على مذهب الحنابلة ؛ و كجواز التفريق بين الزوجين للضرر و إعطاء المرأة الخيار في فسخ الزواج إذا ظهر في الزوج مرض من الأمراض المزمنة كالسل و الجنون على مذهب المالكية.<sup>1</sup>

فالرجعية الفقهية لقانون الأسرة مرجعية متنوعة ؛ قاعدتها مرتكزة على المذهب المالكي الذي يعتبر أحد المصادر الأساسية للعديد من النصوص القانونية ، و هو مصدر مادي معتمد في إنتاج القاعدة القانونية وتشكيلها.

وتضمنت أيضا قواعد مستقاة من مذاهب فقهية أخرى من غير المذهب المالكي، و أحيانا تضمنت حلولاً من غير هذه المذاهب.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد و التقنين، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية - جامعة باتنة، أكتوبر 2001م، ع:4 (خاص بأعمال الملتقى الدولي حول الأصالة و التجديد في مناهج البحث في العلوم الإنسانية و الاجتماعية)، ص218.

<sup>2</sup> \_ على سبيل المثال لا الحصر خالف المشرع الجزائري المذاهب الأربعة في مسألة ترتيب الحواضن في المادة 64 المعدلة و التي تنص على أنه : " الأم أولى بحضانه ولدها ثم الأب ثم الجدة لأم ثم الجدة لأب ثم الخالة ثم العمه ثم الأقربون درجة مع مرعاة مصلحة الحوضون " ، فقد جعل المشرع الجزائري مرتبة الأب بعد الأم مباشرة و هو ما يخالف الترتيب الذي اتفقت فيه المذاهب الأربعة حول جعل الأم في المرتبة الأولى ثم أم الأم بعدها مباشرة و كان الاختلاف فيما يلي ذلك.

لللمزيد من التفصيل ينظر: المرغيناني(برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدى، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية - باكستان، ط: الأولى، 1417هـ، (366/3). الكاساني، بدائع الصنائع، (206/5). ابن الهمام، شرح فتح القدير، (330/4). ابن نجيم، البحر الرائق، (279/4). ابن رشد(محمد بن أحمد)، المقدمات و الممهديات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية و التحصيلات المحكمات لمهات مسائلها المشكلات، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1988م، (565/1). الخرشي(محمد أبو عبد الله)، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، ط: الثانية، 1317هـ. (207/4). الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، (229/7). الشيرازي(أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم - دمشق، ط: الأولى، 1992م، (643-642/4). ابن قدامة، المغني، (413/11).



وهذه المنهجية المتعمدة من طرف المشرع الجزائري لها ما يبررها؛ فالهدف هو إيجاد حلول مستجدة للمسائل المطروحة، وهذا يتفق مع سماحة الشريعة الإسلامية، ويستقيم مع منهجها في التيسير. ثم مما ينبغي تقريره و التسليم به من حيث المبدأ؛ إن في هذا المنهج قضاء على الجمود الذي يترتب في حالة اعتماد مذهب واحد، كما أن تخير القاضي بين عدة آراء فيه تحقيق للمصلحة العامة وتوخياً لإحقاق الحق والقضاء العادل، وقد اثبتت التجارب أنه لا يمكن لمذهب واحد أن يستوعب حاجات الناس وأمورهم غير المتناهية .

ثم إن مسائل الفروع ليست كلها مما يصح أن يدخل في إطار ما يسمى المذهبية الفقهية فالأحكام التي لا مجال للاختلاف فيها ليست مذهباً لأحد بعينه كوجوب الصلاة و الزكاة أو الصيام و الحج، مما هو معلوم عند الدين بالضرورة، قال الدسوقي<sup>1</sup>: "فالأحكام التي نص الشارع عليها في القرآن أو في السنة لا تعد من مذهب أحد من المجتهدين"<sup>2</sup>.

#### البند الثاني: المرجعية الاحتياطية لقانون الأسرة

نصت المادة الأولى من قانون الأسرة على أنه: "تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"؛ فقاضي شؤون الأسرة يستمد قاعدته القانونية بمقتضى هذه المادة من قانون الأسرة فقط، غير أن المشرع الجزائري أضاف للقاضي مصدراً احتياطياً آخرًا يرجع إليه، وهو ما أقرته المادة 222 من نفس القانون التي جاء نصها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

فقد أحال القانون القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية و لم يقيد بمذهب معين؛ و"الأصل في المصدر الاحتياطي إسعاف القاضي بما تمس الحاجة إليه من قواعد قانونية و تقرئها إليه لحسم الخصومات

<sup>1</sup> \_ الدسوقي: هو أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد بن عرفة الوردغمي التونسي المالكي شيخ الإسلام بالمغرب، ولد بتونس سنة ست عشرة و سبعمائة، سمع من ابن عبد السلام الهواري و الوادي آشي الصحيحين، روى عن الفقيه القاضي أبي عبد الله بن عبد السلام و سمع عليه موطأ مالك و علوم الحديث لابن الصلاح... برع في الأصول و الفروع و العربية و المعاني و البيان و الفرائض و الحساب، له تأليف مفيدة و كثيرة منها المبسوط في المذهب و مختصر الحوضي في الفرائض، و له تأليف في المنطق و غير ذلك... توفي ليلة الخميس الرابع و العشرين من جمادى الآخرة سنة ثلاث و ثمانمئة و دفن بالبقيع.

للح: ينظر: ابن العماد: شذرات الذهب في أخبار من ذهب، (61/9).

<sup>2</sup> \_ الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط.)، (د.ت.)، (19/1).



المرفوعة إليه إذا تقاصرت عنه النصوص التشريعية<sup>1</sup>.

ولم يختلف المشرع الجزائري في تجاوز فكرة الالتزام بمذهب واحد عن غالب تقنينات الأحوال الشخصية كما هو الشأن بالنسبة للمصدر الجوهري و المباشر لقانون الأسرة، فالرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال المسائل الأسرية دفع ببعض المشرعين تبني منهجا معيناً عند وضع النصوص القانونية من خلال مسلك المنهجية المذهبية المقارنة، فهذه المنهجية و إن كانت قوامها مذهب معين إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى مما يدفعها أحيانا لترجيح رأي من غير المذهب المعتمد عليه كما أنها تضع القاضي أمام خيار الآراء الفقهية المتعددة عند انتفاء النص الشرعي<sup>2</sup>.

و إن كانت هذه الإحالة الاحتياطية من الناحية المبدئية مما يحسب للمشرع الجزائري؛ إلا أنها من الناحية العملية تطرح عدة إشكالات: فهل يتم التعامل مع المذاهب الأربعة في نفس السياق؟ أم يكفي القاضي في البحث بأول حل يجده في أول مذهب؟ ثم هل ستكيف النوازل المعروضة بناء على الفتوى الأشد أو الأخف في حالة البحث عن نطاق الفقه المقارن على مستوى المذاهب؟ فهذه الأمور غير واضحة مما يترك مجالا واسعا لفضاضة السلطة القضاء عند الاجتهاد.

هذه الاشكالات لها أسبابها: كالصياغة المتبعة في نص و عرض القواعد القانونية و المتسمة بالإجمال و الإبهام، و طبيعة العمل القضائي في الجزائر و عدم تخصص القضاة في المجال الشرعي<sup>3</sup>. إن القاضي حين تعرض عليه القضية يبحث لها عن حكما في القواعد القانونية المقررة، و يسعى إلى جمع النصوص القانونية و التنسيق بينها، لما تشكله من وحدة غير قابلة للتجزئة و يكمل بعضها بعضا<sup>4</sup>، فما يكون غامضا أو مجملا في نص قانوني قد يتحدد معناه في ضوء نص قانوني آخر، لاسيما مدلولات المصطلحات التي يستعملها المشرع؛ قد تدرك بتتبع استعمالها في عدد من النصوص القانونية، إضافة أنه قد تكون هناك قواعد عامة يندرج تحتها الكثير من المسائل<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، 2013م، ص9.

<sup>2</sup> \_ جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج للمشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2009 م، ع:3، ص304.

<sup>3</sup> \_ إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص.48.

<sup>4</sup> \_ محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ط)، 1984م، ص218.

<sup>5</sup> \_ إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ص53-54.

فإن لم يستطيع الحصول على الحكم بمختلف طرق الدلالة تعين عليه بمقتضى المادة 222 الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>1</sup>؛ لكن الاشكال المطروح عند اللجوء إلى التشريع الإسلامي هكذا بدون ضابط؛ وكيف سيتم الفصل إزاء قضية واحدة قد يحصل فيها الاختلاف في المذهب الواحد. لقد جاء التباين بين شراح قانون الأسرة حول مقصد المشرع من " أحكام الشريعة الإسلامية "، حيث ذهب أكثرهم أن المقصود هو مجموع ما في الشريعة الإسلامية من حلول قانونية في مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيّد بمذهب من المذاهب بما يتناسب مع مصالح الزمن وروح الشريعة و مقاصدها فالقاضي يختار من الآراء الفقهية ما يشاء فالاختيار له وحده؛ باعتبار أن المشرع أعتمد في سن القواعد الأسرة إضافة إلى الفقه المالكي على الفقه المقارن.<sup>2</sup>

فهنا نبحت عن الحلول القانونية بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية وعدم الاقتصار على مذهب الإمام مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية وليس الدين الإسلامي كله كما يفهم البعض؛ إنما المراد هنا مسائل المعاملات القابلة للتطور والتحديث والاتجاه.<sup>3</sup>

1 \_ إن كان قانون الأسرة وفق المادة 222 يحيل إلى أحكام الشريعة فقد جاءت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". و الظاهر أن المشرع الجزائري تأثر بالمشرع المصري الذي جاء قانونه المدني ينص على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرا احتياطيا بعد التشريع و العرف اعتمادا على الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في لجنة القانون المدني و التي ورد فيها "فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيّد بمذهب معين"، و يراد بمبادئ الشريعة الإسلامية عند المشرع المصري و أيضا عند شراح القانون المدني الجزائري المبادئ العامة و الأصول الكلية للشريعة المتفق عليها و التي لا تختلف جوهرها باختلاف المذاهب الفقهية، و هناك من يخالف هذه الرؤية فيعتبر أن المقصود بمبادئ الشريعة هي مجموع ما فيها من حلول بصرف النظر عن اختلاف المذاهب الفقهية فينبغي على القاضي الذي يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أن يبحث عن الحل في أي مذهب من مذاهبها دون أن يقتصر على مذهب مالك المعمول به في الجزائر في مادة الأحوال الشخصية.

للزيد من التفصيل ينظر: حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثالثة، 1992م، ص 126. محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثانية، 1998م، ص 96. عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية بيروت، (د ط)، 1982م، ص 107. حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الاسكندرية، (د ط)، 2000م، ص 299.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص 17. أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، (د.ط)، 2009م، ص 216. مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، (د.ط)، 2010م، ص 118.

<sup>3</sup> \_ جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج للمشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، ص 306 و ما يليها.

وهذا المسار في تبني مذهبية فقهية موسعة أخذ به الكثير من الفقهاء المتقدمين فهذا شيخ الإسلام ابن تيمية يقول: "و إذا كان الرجل متبعاً لأبي حنيفة أو مالك أو الشافعي أو أحمد و رأى في بعض المسائل أن مذهب غيره أقوى فاتبعه كان قد أحسن في ذلك و لم يقدح ذلك في دينه و لا عدالته بلا نزاع بل هذا أولى بالحق و أحب إلى الله و رسوله - ﷺ - ممن يتعصب لواحد معين غير النبي - ﷺ - كمن يتعصب لمالك أو الشافعي أو أحمد أو أبي حنيفة و يرى أن قول هذا المعين هو الصواب الذي ينبغي اتباعه دون قول الإمام الذي خالفه فمن فعل ذلك كان جاهلاً ضالاً".<sup>1</sup>

ومن الفقهاء المعاصرين مصطفى الزرقا<sup>2</sup> حيث يقول: "و يرى بعض المفكرين من علماء العصر أن مجموعة المذاهب الاجتهادية يجب أن تعبر كمذهب واحد كبير في الشريعة، و كل مذهب فردي منها كالْمذهب الحنفي و المالكي و الشافعي و الحنبلي و غيرها يعتبر في هذه المذهب العام كالآراء و الأقوال المختلفة في المذهب الفردي الواحد فيرجح علماء الأمة و يختارون منها للتقنين في ميدان القضاء و الفتيا ما هو أوفى بالحاجة الزمنية و مقتضيات المصلحة في كل عصر، و هذا رأي سديد".<sup>3</sup>

وهذه المهمة المكلف بها القاضي كما تبدو جد صعبة لأن المادة تحيله إلى بحر من الأحكام لتنوع واتساع مجال ومصادر الشريعة الإسلامية.<sup>4</sup>

لهذا هناك من ذهب إلى أن المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية المذاهب السنية<sup>5</sup>، و هناك من ذهب إلى الأخذ بمسار الترجيح بالدليل المناسب من خلال الالتزام بالراجح من الأدلة المناسبة و الاستدلال

<sup>1</sup> \_ ابن تيمية، مجموع الفتاوى الكبرى، (249/22).

<sup>2</sup> \_ الزرقا: هو مصطفى بن أحمد بن محمد بن عثمان بن محمد بن عبد القادر الزرقا، ولد في مدينة حلب الشهباء سنة 1904 م، في بيت علم وصلاح، ونشأ في بيئة علمية حافلة على الطلب والتحصيل، حيث تربى تحت نظر جده العلامة الكبير الشيخ محمد الزرقا، وفي رعاية والده الفقيه الشيخ أحمد الزرقا حفظ القرآن صغيراً، من علماء الشام و أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، و عمل أستاذاً بجامعة دمشق و القاهرة، من مؤلفاته المدخل الفقهي العام، أحكام المرأة في الفقه الإسلامي . أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية . دعوى الحسبة في الشريعة الإسلامية، الدارس الفقهية و غيرها، توفي سنة 1420 هـ .

لل: عامر أبو سلامة، الفقيه العلامة مصطفى الزرقا، مقال منشور على موقع مجلة المجتمع.

<http://mugtama.com/ntellectual/item/22894-2015-08-20-14-51-49.html>

تاريخ التصفح: 28-11-2016م.

<sup>3</sup> \_ الزرقا، المدخل الفقهي العام، (262/1).

<sup>4</sup> \_ هجيرة دندوبي، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى دورية في الثقافة الإسلامية الجزائر، السنة الثالثة - جانفي 2000 م، ع: 03، ص: 491.

<sup>5</sup> \_ جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج للمشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، ص: 307.

بالمعتبر بالأدلة الأقوى أو المشهور فيه في المذهب المالكي باعتبار مبادئه مصدرا احتياطيا لمسائل الأحوال الشخصية.<sup>1</sup>

و باعتبار أن الاجتهاد القضائي له دور في تطبيق النص القانوني من خلال تفسيره متى كان غامضا أو تكميله متى كان ناقصا؛ فيمكن معرفة الرؤية العامة لتفسير مصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" من خلال قرارات المحكمة العليا؛ والتي لم تشر في حد - إطلاعنا - على تفسير للمصطلح سوى ماجاء في القرار الوارد عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 09-02-1987م و الذي جاء فيه: " و بما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها و قضاءا بالجزائر التي تأخذ كأصل عام بالمذهب المالكي ".<sup>2</sup>

و لا بد من الإشارة هنا أن الاعتماد في الغالب على المذهب المالكي كأصل عام كان قبل ميلاد قانون الأسرة سنة 1984م لهذا فقد أسست المحكمة العليا قراراتها - في هذا النطاق - على الاجتهاد القضائي السابق "من المستقر عليه قضاء"؛ و تبنت المذهب المالكي مرجعا لقراراتها سيما ما استقر فيه المذهب عند المتأخرين؛ لكنها اضطرت و لم تستقر على منحى واحد في تفسير مستقر و ثابت لمصطلح "أحكام الشريعة الإسلامية" في اجتهاد المحكمة العليا.<sup>3</sup>

و هذا التباين ربما له ما يبرره؛ فالقاضي باعتباره مفسر للقانون فهو باحث عن حل عادل للقضية المعروضة عليه و في نفس الوقت مقيد بنص القاعدة القانونية التي يجب اتخاذها أساسا لقراره، و كثير من الأحكام القانونية تشكل قوانين قابلة للموت و مرد ذلك إلى فقدان "ميزة التوقع عند التشريع"<sup>4</sup>، و باعتبار أن المشرع الجزائري لم يقيد مذهب فقهي معين فهنا قد فسح لسلطته التقديرية المجال ووسع دائرته؛ سدا للثغرات القانونية و هذا مؤدي لنتيجة تتعلق بمسألة تطور و تطوير القاعدة القانونية.

<sup>1</sup> \_ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هوم، (د.ط)، 1999م، ص 209.

<sup>2</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 446630.

لل: المحلة القضائية 1990، ع: 3، ص 56-57

<sup>3</sup> \_ إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، 107.

قدم الباحث إسماعيل شيخ دراسة وافية عمل فيها على تتبع و استقراء الاجتهادات من خلال تطبيقات قضائية باختيار مسائل معينة في الأحوال الشخصية حيث قام بتصوير المسألة المعروضة قضائيا؛ و عرض المذاهب الفقهية فيها، و اختيار شراح قانون الأسرة ثم النظر في اجتهاد المحكمة العليا و دراسة و تحليل هذه الاجتهادات التي استندت إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة .

<sup>4</sup> \_ عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس - الرباط، 2000م، ص 36.



هذا الدور الخلاق للقاضي هناك من أيده من شراح قانون الأسرة الجزائري؛ واعتبروه ميزة تحسب له على حساب التشريعات العربية بشرط أن لا يؤخذ بقول شاذ لا دليل له.<sup>1</sup> زد أن هذا يتناسب مع التنوع المذهبي السائد في بعض الدول فيراعي القاضي ذلك في حكمه و لعل هذا ملاحظه المشرع الجزائري، حتى يجنب القاضي جريمة إنكار العدالة و الحكم بغير أساس.<sup>2</sup> ثم الأصل أن القاضي لم يعد دوره خلق القاعدة القانونية فهذه مهمة المشرع من خلال وضعه للتقنين، لكن الحاجة تبقى ماسة للاجتهاد القضائي، لأن "الحق الذي هو بطبيعته متحرك يصبح بالتقنين المعبر عنه ثابتاً"<sup>3</sup>، و أكد هذا لا يتحقق بسهولة لاختلاف و تعدد الآراء الفقهية في بعض الأحيان داخل حتى المذهب الفقهي الواحد من جهة، و ضعف التكوين الشرعي عند القضاة من الجهة المقابلة. و الإشكالية التي تطرح نفسها أيضا على هذا الصعيد ما يتعلق بالأساس الذي يخول للقاضي تفسير القاعدة القانونية خلافا لما عليها، فتبدو الاجتهادات القضائية غير منسجمة و غير موحدة مع النسق الفقهي والقانوني الموجود؛ وبالتالي نسمح للقاضي هنا بالانسياق وراء قناعاته الفكرية و الفقهية، فتختلف الأحكام و القرارات القضائية في تفسير مادة واحدة في قانون الأسرة والواقع العملي يجعل الأحكام والقرارات التي تصدرها الجهات القضائية غير متوقعة، ففي العديد من المرات تصدر أحكاما مختلفة بشأن قضايا مماثلة.

و على سبيل المثال لا الحصر: كان الخلع من المسائل التي جاء تعديل أحكامه في قانون الأسرة الجزائري المعدل وفق الأمر : 05-02 وفقا لاختيارات الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا خاصة، في جعل الخلع حقا أصيلا للمرأة دون انتظار موافقة الزوج<sup>4</sup>، بعد أن كان ذلك متوقفا على رضاه و توقيع

<sup>1</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة، ص 10. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص 23.

<sup>2</sup> \_ إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، 118-119.

<sup>3</sup> \_ عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، ص 36.

<sup>4</sup> \_ كالقرار المؤرخ في 21.07.92 و الذي كان نصه كالاتي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الاتفاق عليه، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم. إن 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 اتفاقهما يتدخل القاضي لتحديده على أن لا يتجاوز ذلك قيمة صداق المثل وقت الحكم دون الالتفات إلى عدم قبول الزوج بالخلع الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح باب الابتزاز والتعسف الممنوعين شرعا. وعليه فإن قضاة الموضوع - في قضية الحال - لما قضوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون."

لل: ملف رقم : 83603 : المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 .

إرادته حسب المادة 54 من قانون الأسرة قبل التعديل ،ومرد ذلك إلى عدم استقرار القضاء على اجتهاد ثابت منذ صدور قانون الأسرة سنة 1984م حتى جاء التعديل في سنة 2005م. فقد جاءت المادة قبل التعديل لتتحدث عن إمكانية المخالعة للزوجة فقط لنفسها، ولكن في المقابل لم تحسم المادة الأمر فيما يتعلق بأحقية الزوجة في المخالعة دون انتظار لموافقة الزوج مما انعكس على قرارات المحكمة العليا إذ جاءت اجتهاداتها تقرر مبدأ رضائية الخلع بمعنى أن الخلع يعتبر عقداً رضائياً يعتبر فيه رضا الزوج.

فهنا تقييد القاضي بمذهب واحد " المذهب المالكي "يسعفه أفضل من تركه لقواعد متعددة،لأنه يصعب إيجاد ضوابط موحدة و محددة تحكم الاجتهاد القضائي المؤسس على أحكام الشريعة وفقاً للمادة 222؛ ثم إن من تحقيق المصلحة أن يكون للمشرع مسار مذهبي موحد يرجع إليه من حيث المبدأ مع عدم إقصاء غيره من المذاهب الأخرى التي يمكن أن تنتشر في أوساط المجتمع من باب مراعاة الأقلية المذهبية كالْمذهب الإباضي مثلاً ؛ وقد سلك هذا الاتجاه بعض التشريعات العربية.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: التدخل الجديد للقضاء الأسري

لقد أعطى المشرع الجزائري دوراً جديداً للقضاء الأسري، الذي انتقل من دور تقليدي موضوعه البث في المنازعات الأسرية إلى دور جديد وصلاحيات مستحدثة باعتبار أن الأسرة مؤسسة قانونية يحدد قواعدها القانون، تنص المادة الأولى من قانون الأسرة على أنه: " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون"، هذه المؤسسة القانونية تحميها القواعد الموضوعية التي تبقى رهينة التطبيق القضائي والقواعد الإجرائية المفعلة والمصاحبة لها.

إن هذا التحول في التشريع الأسري جعل وزن التدخل القضائي يزداد بشكل ملحوظ، وأصبح له حضوراً ثقيلًا على غير ما كان عليه، وهو ما يوضح الفلسفة التشريعية المتجهة نحو وضع القضايا المتعلقة بالأسرة في صلب الشؤون العامة المرتبطة بالنظام العام<sup>2</sup> و بالمصالح الحيوية للمجتمع ككل.

<sup>1</sup> \_تنص المادة رقم 346 من القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت على أن: " يطبق هذا القانون على من كان يطبق عليهم مذهب الإمام مالك و فيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم ".

<sup>2</sup> \_ يعتبر مصطلح النظام العام من أكثر المفاهيم القانونية استعمالاً و تداولاً؛ و قد استعمل فقهاء القانون صيغاً مختلفة للقول إجمالاً بأن النظام العام هو مجموع المبادئ الأساسية التي يركز عليها تنظيم المجتمع و الدولة و التي من شأنها الحد من حرية الأفراد لغاياتي التنظيم و التحقيق المصلحة العامة،فكرة النظام العام مرتبطة بالدولة و المجتمع لأنه يعبر عن مجموعة الأطر الأساسية التي يركز عليها المجتمع و بناؤه الأولي، فهو شامل للأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يركز عليها كيان المجتمع كما تحدده القوانين الداخلية محقق لمصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى و تعلق على مصلحة الأفراد فيجب =



### البند الأول: الدور القضائي الجديد للنيابة العامة

أولاً: المركز المستحدث للنيابة العامة

تعرف النيابة العامة على أنها ذلك الجهاز المنوط به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي و هي محامي المجتمع و الطرف العام في الخصومة الجنائية وسيدة الدعوى العمومية<sup>1</sup>. فالنيابة العامة كائناً قانونياً يقوم على دعامة التنظيم القانوني لمرحلة الإجراءات الأولية في مجال الدعوى العمومية، و المادة الثانية من القانون الأساسي للقضاء تعتبر النيابة العامة جهاز " يشمل سلك القضاء قضاة الحكم و النيابة العامة للمحكمة العليا و المجالس القضائية و المحاكم التابعة للنظام القضائي العادي... " <sup>2</sup>.

==== على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة و تحقيقها ،وهو يتسع وينحصر حسب النظام السياسي السائد في الدولة لاختلاف المبادئ الأساسية بما فيها السياسية الاجتماعية والثقافية التي يقوم عليها كل مجتمع و بالتالي اختلاف التشريعات الوطنية ، هذا الاختلاف يجعل النظام العام يتميز بالنسبية ، فما يعتبر من النظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في الدول الأخرى ، و من أبرز صفاته الشمول إذ يخص القانون العام أو الخاص. و هذا المصطلح بالذات لم يظهر عند فقهاء الشريعة المتقدمين لكنه ظاهر في عباراتهم بشكل جلي كفكرة المصلحة و فكرة حق الله أو الحق العام و فكرة الحكم الشرعي أو الحلال و الحرام لتضمنه معنى الإلزام كما هو الشأن عند القرافي و الشاطبي و الإمام الغزالي و غيرهم.

للإشارة ينظر: محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التجليات، مركز النشر الجامعي تونس، ط: الأولى، 2006م، ص54-65. عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، ط: الثامنة، (د.ت)، ص211 فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة و الحكم، مؤسسة الرسالة، ط: الثانية، 2013م، ص273 فما فوق. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط: الرابعة، 1985، ص28.

<sup>1</sup> \_ محمد محمود السعيد، حق المجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دارالكتاب الحديث، 1982م، ص299.

لا يقوم أعضاء النيابة العامة بأعمال قضائية بالمعنى الحقيقي إذ ليس من اختصاصهم الفصل في المنازعات المعروضة أمام القضاء فهم يختلفون عن قضاة الحكم من عدة جوانب تتمثل في القواعد المنظمة لمركزهم القانوني ووظائفهم و سبل أدائها.

للإشارة: محمد أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ص216 فما فوق.

<sup>2</sup> \_ تنص المادة الثانية من القانون العضوي رقم 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يشمل سلك القضاء:

1) قضاة الحكم والنيابة العامة للمحكمة العليا والمجالس القضائية، والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي،

2) قضاة الحكم ومحافظي الدولة لمجلس الدولة والمحاكم الإدارية،

3) القضاة العاملين في:

-الإدارة المركزية لوزارة العدل،

-أمانة المجلس الأعلى للقضاء،

-المصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة،

إن المجال الرئيسي لعمل النيابة العامة يتحدد أساسا في المجال الزجري، و ذلك بتحريكها للدعوى العمومية كلما كان الحق العام مهددا، فهي سيدة الدعوى العمومية و لا تملكها بل تباشرها نيابة عن المجتمع، للذوذ عن مصالحه العليا تنص الفقرة الأولى من المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> على أنه: " تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع و تطالب بتطبيق القانون و هي تمثل أمام كل جهة قضائية و يحضر ممثلها للمرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم "؛ فهي الخصم الشريف الذي يحرك الدعوى العمومية و يباشرها و يعمل ما في وسعه لحسن تطبيق القانون أمام القضاء و هي بذلك تباشر وظيفة أسندت لها تشريعيا.

إلا أن ذلك لا يعني اقتصارها على هذا المجال دون غيره<sup>2</sup>، في وقت أصبح إدخالها في المجال المدني ضرورة ملحة، حتى يحاط بنوع من الحماية الكفيلة بضمان حقوق الأفراد وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال المادة 3 مكرر<sup>3</sup> من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون".

مؤسسات التكوين والبحث التابعة لوزارة العدل.

<sup>1</sup> \_ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.

للجريدة الرسمية ، التاريخ : 10 يونيو 1966، ع: 48.

<sup>2</sup> \_ يتمثل بوجه عام اختصاص النيابة العامة في وظيفة الاتهام وبناء على ذلك فإنها تباشر الاختصاصات المتمثلة في التصرف في محاضر جمع الاستدلالات وتحريك الدعوى العمومية ومباشرتها والطعن في القرارات والأحكام وكذا تنفيذ القرارات والأحكام القضائي. وبناء على المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية فإن وكيل الجمهورية يقوم بما يلي:

- يتلقى المحاضر و الشكاوي و البلاغات و يقرر ما يتخذ بشأنها.

- يباشر بنفسه أو يأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث و التحري عن الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات.

- يدير نشاط ضباط و أعوان الشرطة القضائية في دائرة اختصاص المحكمة و يراقب تدابير التوقيف للنظر

- و يبدي أمام تلك الجهات القضائية ما يراه لازما من طلبات

- و يطعن عند الاقتضاء في القرارات التي تصدرها بطافة طرق لطن القانونية

- و يعمل على تنفيذ قرارات التحقيق و جهات الحكم.

<sup>3</sup> \_ نص المادة المستحدثة هو مستنبط حرفيا من المادة الثالثة من مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004م و قد حدثت إشكالات بخصوص تطبيق هذا النص و خلال الأيام الدراسية التي نظمتها وزارة العدل المغربية بمدينة إفران يومي 4 و 5 أكتوبر و 20 و 21 ديسمبر 2004م توصل المشاركون إلى أن النيابة العامة باعتبارها طرفا أصليا في القضايا المذكورة فإن حضورها و تتبعها و مناقشتها مفيد في جميع ملفات قضايا الأسرة إلا أنه إن تعذر حضورها فيكتفي في هذه الحالة بالتماساتها الكتابية لأن المشرع لم يرتب البطلان على عدم حضورها في غير الجلسات الجنائية. ===

حيث اعتبر المشرع الجزائري النيابة العامة مكونا من مكونات محكمة الأسرة مما يدل على التطور الملحوظ في الدور المنوط عادة بالنيابة العامة، فقد أعطى لها المشرع الجزائري إضافة إلى دورها الأصلي في الجانب الجزائي باعتبارها ممثلة للمجتمع و مدعية للحق العام؛ مركزا خاصا يتمثل في الطرف الأصلي في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، لكن بقي هذا الدور يكتنفه الغموض و عدم الوضوح أمام غياب تأصيل و شرح لنص المادة؛ مما طرح الكثير من الاشكالات على المستوى القضائي، حتى طالب البعض بتكليف النيابة العامة عن طريق المحضر القضائي تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، و هو ما أدى بفقهاء القانون إلى مطالبة وزارة العدل بمراجعة إجراء حضور النيابة في قضايا الأحوال الشخصية فحسب نظرهم جاءت المادة هيكلا بلا روح و بدون صلاحيات جديدة محددة في المنظومة التشريعية برمتها توضح مجال تدخل النيابة العامة في منازعات الأحوال الشخصية كطرف أصلي و بصفة واضحة<sup>1</sup>، فصدر قانون: 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 و الذي اهتم بهذه المسألة جاهدا لإزالة الغموض و النقائص التي كانت قائمة في ظل قانون الإجراءات المدنية السابق، و ذلك بأن تضمن أحكام مستحدثة في شأن تدخل النيابة العامة في القضايا المدنية عامة و في قضايا شؤون الأسرة خاصة.

لقد كان قانون الأسرة قبل تعديله يمنح للنيابة العامة صلاحيات التدخل في بعض القضايا، حيث كان لها سلطة تعيين مقدم بالنسبة إلى حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا الأهلية أو نقصها تطبيقا لنص المادة 99<sup>2</sup>، كما كانت لها سلطة إصدار حكم بفقدان الغائب أو بموت المفقود تطبيقا لنص المادة 114<sup>3</sup>، و إلى جانب ذلك منح القانون للنيابة العامة سلطة تقديم طلب إلى المحكمة

=== للشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، (د.ط)، 2014م، ص15.

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص61 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص37.

<sup>2</sup> \_ تنص المادة 99 من قانون الأسرة على أن: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

<sup>3</sup> \_ تنص المادة 114 من قانون الأسرة: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة".

مباشرة بقصد تصفية التركة و تعيين مقدم في حالة عدم وجود ولي أو وصي تطبيقا لنص المادة 182<sup>1</sup>

من نفس القانون، و معنى هذا أن النيابة العامة كان دورها محتشما إذ منحها قانون 84-11 قبل التعديل صلاحيات التدخل في بعض القضايا من أجل إعطائها دورا في إجراءات الدعوى<sup>2</sup>. بالإضافة لذلك فقد نص قانون الإجراءات المدنية الذي كان مطبقا خلال مدة تطبيق قانون الأسرة قبل تعديله في المادة 141 المعدلة والمتممة بموجب الأمر 71-80 على دور النيابة العامة في قضايا محددة بعضها مرتبط ب قانون الأسرة، كما نصت على الدور الجوازي أو الاختياري للنيابة العامة في جميع القضايا التي ترى أن تدخلها فيها ضروري لاسيما القضايا الماسة بالنظام العام، فالنيابة العامة كان دورها جوازي في أغلب قضايا الأحوال الشخصية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_تنص المادة 182 من قانون الأسرة : " في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة و بتعيين مقدم و لرئيس المحكمة أن يقرر وضع الاختتام و إيداع النقود و الأشياء ذات القيمة و أن يفصل في الطلب".

<sup>2</sup> \_ نوارة العشي، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 05-02 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، جوان 2012م، ع: 01، ص 169.

<sup>3</sup> \_ المادة 141 قانون الإجراءات المدنية : "يجب اطلاع النائب العام على القضايا الآتية:

- القضايا التي تتعلق بالدولة والجماعات المحلية و المؤسسات العمومية و المصالح و الهبات و الوصايا لصالح الخدمات الاجتماعية
- القضايا الخاصة بحالة الأشخاص
- القضايا التي تتضمن دفوعا بعدم في نزاع يتعلق بصلاحيات الجهة القضائية
- تنازع الاختصاص بين القضاة و رد القضاة
- محاصمة القضاة
- القضايا المتعلقة بعدمي الأهلية
- القضايا المتعلقة بالأشخاص المعترين غائبين
- إجراءات الطعن و التزوير

و ترسل هذه القضايا الموضحة آنفا إلى النائب العام قبل (10) أيام على الأقل من يوم الجلسة بواسطة كاتب الضبط -و يجوز للنائب العام الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى ان تدخله فيها ضروري و لا سيما القضايا الماسة بالنظام العام.

- و يجوز للمجلس القضائي أن يأمر من تلقاء نفسه بإرسال القضايا المذكورة إلى النائب العام." هذه المادة من قانون الإجراءات المدنية المعدلة و المتممة بموجب الأمر 71-80، أصبحت تقابلها المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الصادر بموجب القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008، و التي =====

ثم جاء التعديل ليمنح النيابة العامة صلاحية التدخل في القضايا المتعلقة بالأسرة و التي تستقي أساسها من المادة الثالثة مكرر من قانون الأسرة السابق ذكرها؛ و يترتب على هذا حق النيابة العامة في أن تكون طرفاً أصلياً في كل الدعاوى لها ما للخصم وعليها ما عليه؛ فالنيابة العامة لها مركز الخصم في قضايا الأسرة فلها أن تبدي طلباتها و حججها و لها جميع الحقوق من رفع الدعوى و الدفاع فيها و التمسك بجميع الدفوع و الطعن في الأحكام.<sup>1</sup>

و هذا المركز المستحدث يؤهلها لحضور جميع جلسات الأحوال الشخصية و تقديم إلتماساتها كتابياً بعد إحالة الملف عليها من طرف القاضي كما جاء في المادة 258 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: " يجب على ممثل النيابة العامة تقديم طلباته كتابياً و حضور الجلسة في القضايا التي يكون طرفاً أصلياً فيها ..".

و المدعى هنا ليس مطالباً بتبليغ عريضة افتتاح الدعوى للنيابة لأن هذه الأخيرة حاضرة أثناء الجلسات و باستطاعتها الاطلاع على الملف أمام كتابة الضبط، و كذا تقديم طلبات مكتوبة أو شفوية بالجلسة و حضور النيابة بالجلسة ليس الغرض منه عرقلة القاضي في عمله بل مساعدة القاضي و هذا بتنبهه إلى مسألة معينة قد يغفل القاضي عنها والتي تصل إلى علم النيابة من خلال اتصال أحد طرفي الدعوى بها أو بواسطة الاستنتاج من مذكرات الأطراف أو أثناء الجلسة.<sup>2</sup>

و إدخال النيابة العامة كطرف أصلي له ما يبرره في قضايا الأسرة كونها تدعى باسم الحق العام فهي حامية الحقوق والحريات والنظام العام في المجتمع وقضايا الأسرة تدخل غي هذا المجال.<sup>3</sup>

=== حددت الدور الوجوبي للنيابة العامة حيث ورد فيها قضايا الحالة المدنية و القضايا الرامية لحماية ناقصي الأهلية كما

نصت المادة 257 على التدخل التلقائي للنيابة العامة للدفاع من النظام العام.

<sup>1</sup> \_ هذه المادة ذات الطابع الاجرائي جاءت تطبيقاً لتوصيات اللجنة الوطنية للإصلاح العدالة سنة 2000م لتعزيز موقع النيابة العامة في الجهاز القضائي و تحسين فعاليتها.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص35.

<sup>2</sup> \_ الحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصاً و شرحاً، دار الهدى، ص15.

جاءت المادة 438 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتذهب مذهبا مغايراً حيث اشترطت على طالب الطلاق سواء كان زوجاً أو زوجة أن يبلغ رسمياً النيابة العامة بنسخة من عريضة افتتاح الدعوى و يجوز أن يكون هذا التبليغ بواسطة أمانة الضبط و هذا بإيداع نسخة من تلك العريضة بأمانة النيابة على مستوى المحكمة مقابل الحصول على وصل إيداع.

<sup>3</sup> \_ نوارا العشي، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 05-02 في حماية عقد الزواج، ص170.



ثانيا: النيابة العامة و إشكالية الصفة

إن الوظيفة الأساسية للنيابة العامة تمارسها في القضايا الجنائية التي تعتبر فيها طرفا أصليا، ووفقا للمادة المستحدثة أصبحت تقوم بهذا الدور أيضا في قضايا الأسرة، حيث يمكنها رفع الدعوى على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، كما ترفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعى أو المدعى عليه بحسب الأحوال، وهو ما يسمى بحق الادعاء أو الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق، إذ تقوم برفع الدعوى باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام.

و هنا يجب أن تتوفر فيها شروط قبول الدعوى في حالة ادعائها طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه كما يثير تلقائيا انعدم الإذن ما اشترطه القانون"، فانتفاء الصفة عند النيابة العامة يمنعها من رفع الدعوى لغياب السند القانوني الذي يمنحها هذا الأصل<sup>1</sup>.

و الدعوى المرفوعة من طرف النيابة هي رفع الادعاء على القضاء للحصول على حكم إيجابي من القضاء، و يتم رفع الادعاء عن طريق المطالبة القضائية الذي يتم بإيداع عريضة مكتوبة لدى كتابة الضبط، و هذا حين يكون هناك اعتداء على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته.

واعتبار النيابة طرف أصلي ليست لديها مصلحة شخصية فهي تقف في الدعوى موقف الحكم المحايد لا يهتم إلا قول الحقيقة لا تأخذها في ذلك لومة خصم والقاضي يهتم أن يسمع لرأي جهة متخصصة محايدة لا تهمها من النزاع إلا تطبيق القانون تطبيقا سليما و السهر على حسن سير العدالة<sup>2</sup>. فعضو النيابة العامة لا يتصرف باعتباره طرفا في الخصومة الموضوعية سيعود عليه النزاع بمصلحة خاصة وإنما يتصرف وفقا لمقتضيات الصالح العام.

لكن ما يمكن أن يطرح إشكالا حقيقيا في صفة تدخل النيابة العامة كطرف أصلي؛ هو الأحكام الصادرة لأنه لا يمكن الحكم لها و لا الحكم عليها، فالحكم الذي تصدره المحكمة سيصيب نصيب منه المدخل في الخصام سلبا أو إيجابا و النيابة هنا لا نصيب لها في نتيجة الحكم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، 2005م، ع:02، ص 38.

<sup>2</sup> \_ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ص 38.

<sup>3</sup> \_ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ص 183.



لقد ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص آخر يوحى "بقراءة مكملة"<sup>1</sup> للمادة 3 مكرر، وهي المادة 438 فقرة 1 التي توجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعي عليه و النيابة العامة بنسخة عن العريضة.<sup>2</sup>

والواقع أن هذا الغموض في طبيعة عمل النيابة العامة كان في بداية تطبيق هذه المادة على الواقع العملي حيث وجد القضاة أنفسهم مرتبكين ومختلفين بين يدي من يرى أن النيابة العامة كطرف أصلي يجب أن يكون لها ما لأي طرف من الأطراف وعليها ما عليهم من حقوق وواجبات في كل ما يتعلق برفع الدعوى وحضور الجلسات وبين من يرى أن الأمر ليس كذلك وأن مهمتها تنحصر فقط في حضور شكلي وفي كونها طرفاً في الدعوى المدنية.<sup>3</sup>

ومعنى هذا هو أن أي دعوى يرفعها أحد أطراف الأسرة بصفته زوجاً أو ابناً أو أباً وتخضع لتطبيق قانون الأسرة فإن النيابة العامة تكون طرفاً أصلياً فيها ليس كمدعى عليها بالمعنى القانوني، و ليس الهدف الحكم لها أو عليها و لكن كمراقب و كمكلف بالسهر على حسن تطبيق القانون تطبيقاً سليماً وحارساً على حماية النظام العام، و يرى بعض شراح القانون أن القضاة و المحامون ابتكروا صفة جديدة ليست هي صفة النيابة العامة كمدعى عليها و هي عبارة "بحضور النيابة العامة"، و هي عبارة تحل محل عبارة المدعى عليها كطرف أصلي في الدعوى على ما يظهر، حيث لم يعثر على أن النيابة العامة طعنت ذات مرة بالاستئناف في حكم صدر بالطلاق أو بالرجوع أو بالنفقة أو بالحضانة، و هو ما يجعل وضع النيابة العامة من طرف المشرع الجزائي في وضع الطرف الأصلي في قضايا شؤون الأسرة هو وضع غريب و غير مستساغ لا من القضاة و لا من المحامين حيث يمكن قد أخرجها عن طبيعتها كمؤسسة أو كجهة قضائية اتهامية و أقحمها في قضايا مدنية تتعلق بالأحوال الشخصية دون أن يمنحها صفة المدعى أو المدعى عليها كما هو الحال في قانون الجنسية و دون أن يمنحها صراحة

<sup>1</sup> \_ الطيب زروني، الكامل في العرائض القضائية طبقاً للقانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008م، مطبعة الفسييلة الدويرة، ط: الأولى، 2010م، ص18.

<sup>2</sup> \_ المادة 438 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "يجب على المدعي في دعوى الطلاق أن يبلغ رسمياً المدعى عليه و النيابة العامة بنسخة من العريضة المشار إليها في المادة 436 أعلاه.

و يجوز له أيضاً تبليغ النيابة العامة عن طريق أمانة الضبط "

<sup>3</sup> \_ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، (د.ط)، 2011م، ص174

صلاحية الطعن في الأحكام الابتدائية أمام جهات النقض أو الجهات الاستئنافية.<sup>1</sup> و يرى بعض أهل القانون أن النيابة العامة يمكنها رفع الدعوى على كل من اعتدى على المركز القانوني الذي تهدف إلى حمايته، كما ترفع عليها الدعوى فتقف موقف المدعى أو المدعى عليه بحسب الأحوال، وهو ما يسمى بحق الادعاء أو الدفاع بوجود نص صريح يمنحها هذا الحق ، إذ تقوم برفع الدعوى باعتبارها الممثلة الرسمية للنظام العام، إذ تتدخل لاحترامه، إذنا القانون هو الذي يعطيها صفة رفع الدعوى<sup>2</sup>

من جهة أخرى وبالنظر للمادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أنها تنص على أن النيابة العامة تمارس النيابة العامة الدعوى العمومية من خلال: تدخلها كطرف أصلي مدعى أو مدعى كقضايا حالة الأشخاص وقضايا شؤون الأسرة أو كطرف منضم عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون.<sup>3</sup>

وتمارس أيضا دورها كطرف منظم عندما تتدخل لإعطاء رأيها في كيفية تطبيق القانون وفقا للمادة 259 من نفس القانون.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، ص 173.

<sup>2</sup> \_ مقداد كرعلي ، دور النيابة في المادة المدنية، نشرة القضاة - وزارة العدل، 1982م، عدد خاص، ص 102-101.

<sup>3</sup> \_ المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجب ابلاغ 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 بالتسوية القضائية
- المسؤولية المالية للمسيرين الاجتماعيين

و يجوز 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 ."

<sup>4</sup> \_ المادة 259 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يكون ممثل النيابة العامة طرفا منضما في القضايا الواجب إبلاغه بها و يبدى رأيه بشأنها كتابيا حول تطبيق القانون".

وبالنظر إلى هذين المادتين نجد أنهما تمنحان النيابة العامة صلاحية لتكون طرفاً أصلياً ومنظماً في نفس الوقت و هذا ماجاءت به المادة 256 من نفس القانون التي جاء نصها كالآتي : " يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعياً كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منضم".

فالمشرع قد فصل بين هذين الحالتين فوضع فاصلاً بينهما يجعل من النيابة طرفاً أصلياً حينما تكون مدعية و طرفاً منضمماً حينما تكون متدخلة.<sup>1</sup>

و تظهر أهمية التمييز بين دور النيابة العامة هنا في اختلاف الآثار القانونية التي تتدخل بها النيابة العامة، وإن كان يظهر للوهلة الأولى ازدواجية في طبيعة تدخلها، هنا لا بد من التوضيح أن النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً تستأثر بالدعوى العمومية فتحركها و تباشرها أمام القضاء الجزائي و لا يجوز لها الادعاء أو يدعى عليها إلا حين ينص القانون على ذلك، و من ثمة إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المدني و لا تستند في دعواها إلى أي نص يسمح لها بذلك فيجب أن يقضى في الدعوى بعدم قبولها لانتفاء الصفة، و لا تقبل دعواها حتى و لو كانت ترمي إلى حماية المصلحة العامة، أما حين تكون طرفاً منضمماً فحين ترفع الدعوى من أصحاب الشأن فإذا انعقدت الخصومة القضائية بين طرفيها فتتدخل النيابة العامة فيها و لا يقصد أن تنضم إلى أحد الطرفين بل يجب عليها أن تعمل دون ان تنحاز لأحدهما لأن الهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون ؛ فهي لا تنحاز و لا تنضم لأحد الخصوم لكنها ممثلة للمصلحة العامة في خصومة ناشئة بين طرفيها و يكون تدخلها كطرف منضم إما اختيارياً أو اجبارياً.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ص 194.

<sup>2</sup> \_ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ص -36.35.

تظهر أهمية التفريق بين تدخل النيابة العامة كطرف أصلي و منضم من الناحية الإجرائية في النتائج المترتبة على ذلك و يمكن تفصيلها في الآتي:

- إذا كانت النيابة العامة تعمل كطرف أصلي في الدعوى فتقوم بإعلان الأوراق إلى الخصم و تعلن بها في حين إذا كانت تعمل كطرف منضم فهي لا تعلن و لا تعلن بهذه الأوراق، و غنما تقوم كتابة الضبط بتبليغها بالدعوى و إرسال إليها القضية
- إذا كانت النيابة العامة تعمل كطرف أصلي في الدعوى فهي تأخذ حكم الخصم و تفريعا عن ذلك فلها أن تبدي ما تشاء من الطلبات و الدفع، أما إذا كانت تعمل كطرف منضم فليس لها إلا ان تبدي رأيها فما أبداه الخصوم الأصليون من الطلبات و الدفع غير أن لها ان تتمسك بالدفع التي تتعلق بالنظام العام و لو لم يتمسك بها الخصوم كالدفع بعدم الاختصاص النوعي.

انطلاقاً مما سبق يمكن الوصول للتفسيرات والملاحظات لشرح القانون حول طبيعة النيابة العامة في قانون الأسرة والتي يمكن إجمالها في النقاط التالية:<sup>1</sup>

- النيابة العامة عندما تكون طرفاً أصلياً فهي لا تستهدف أحد الأطراف بل أن كل الدعاوى التي ترفعها استناداً على نص خاص تهدف من وراءها إلى حماية المصلحة العامة كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي ترفعها للمطالبة بتوقيع الحجر على الشخص مثلاً.

- إذا اتصلت النيابة العامة بالدعوى المدنية عن طريق الطلب القضائي حق لها الطعن في الحكم الصادر عليها في حين إذا اتصلت بالدعوى المدنية عن طريق إبداء الرأي أي كطرف منضم فلا يجوز لها أن تطعن في الحكم سواء كان هذا الحكم الصادر متفقاً مع رأيها أو مخالفاً له.
- إذا كانت النيابة العامة هي التي رفعت الدعوى أي حركت النشاط القضائي فلا يجوز طلب ردها و ذلك نزولاً عند الأصل العام الذي يقضي بأنه لا يجوز رد الخصم، أما إذا كانت تعمل كطرف منضم أصبح مركزها أقرب إلى مركز الحكم منه إلى مركز الخصم و ذلك أن النيابة العامة عندما تعمل كطرف منضم في الدعوى فإن مركزها يقترب من مركز المستشار القانوني مما يجب عليها إعطاء رأيها بصفة موضوعية و مجردة مما يكون لأقوالها تأثير على عقيدة المحكمة و بالتالي يجوز طلب ردها و النيابة العامة لا ترد كهيئة و إنما يرد العضو فقط، و المشرع الجزائري سكت على حكم هذه الحالة و ذلك ما إذا كان يجوز طلب رد عضو النيابة العامة إذا كانت تعمل كطرف منضم.
- و بما ان النيابة العامة عندما تعمل كطرف منضم فإنها لا تنضم لأحد الخصوم و لا تدافع على احدهما و إنما يطلب منها أن تبدي رأيها في المسائل المعروضة على القاضي بما يحقق سلامة تطبيق القانون تطبيقاً سليماً و لذلك كون لرأيها تأثير على اتجاه المحكمة و من ثم إذا قام سبب من شأنه أن يؤثر في عضو النيابة العامة فإنه يجوز طلب رده و استبداله بغيره بحيث أنه في هذه الحالة إذا أثبت أن النيابة العامة لن تبدي رأيها في الدعوى بصفة مجردة و موضوعية مما يتناقض مع المبدأ الذي من أجله أوجب المشرع أن تتدخل في الدعوى و على ذلك فإن التشريع الجزائري لن يشد على هذا الحكم و لو لم ينص عليه صراحة.
- إذا كانت النيابة العامة تعمل عن طريق الدعوى حق لها طلب رد القضاة في حين إذا كانت تعمل كطرف منضم فلا يحق لها أن تطلب رد القضاة.

للإشارة: ينظر: عمر زودة، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1991م، ع: 03 ص 284-286.

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص 37. ■ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ص 36-35. ■ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 254. ■ الطيب زروقي، الكامل في العرائض القضائية طبقاً للقانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008م، ص 19.

- تدخل النيابة العامة الوجودي يكون في بعض الدعاوى المدنية وهذا بمقتضى القانون وهذا ما نصت عليه المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكرها.<sup>1</sup>

أما في قضايا الزواج والطلاق فتعمل النيابة العامة كطرف منضم ولكن بصفة أخرى أي تنضم إلى الدعوى ولا تكون مدعى ولا مدعى عليها؛ أي تكون طرفاً أصلياً ليس بصفة مطلقة حيث إنها لا تبدي طلبات ولا دفوعاً لأنه ليس من مصلحتها أن تقف إلى جانب الزوج أو إلى جانب الزوجة بل تلتمس تطبيق القانون رغم أن المادة 3 مكرر تشير إلى تدخل النيابة العامة في جميع شؤون الأسرة.<sup>2</sup>

- تدخل النيابة العامة الاختياري وتكون في أي قضية إذا رأت النيابة العامة أنها تمس بالنظام العام وهذا الحق متروك لتقديرها فهي تستطيع أن تتدخل في أي قضية، طبقاً لنص المادة 260 الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.<sup>3</sup>

كما أنه قد يرى القاضي من تلقاء نفسه أنه من الضروري أن تتدخل النيابة العامة لإبداء رأيها في القضية ولا يجب عليها أن يرفض بل يجب عليها أن تبدي رأيها في القضية ومن حقها أن تكتفي بالإشارة أنها اطلعت عليه دون إلزامها بإبداء رأي معين.<sup>4</sup>

- لا يمكن للنيابة العامة أن تكون طرفاً أصلياً بصفة مطلقة في جميع القضايا المتعلقة بمنازعات الأسرة؛ ويمكن أن تكون كذلك في بعض القضايا المنصوص عليها بالمواد 102-114-182 من قانون الأسرة؛ فهي طرف أصلي في القضايا المدنية التي خصها المشرع بهذا

<sup>1</sup> - وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12-02-2001م بقولها: "من المقرر أن إطلاع النيابة العامة على القضايا المتعلقة بحالة الشخص من القواعد القانونية الجوهرية المتعلقة بالنظام العام التي أوجبتها المادة 141 من قانون الإجراءات القديم أي المادة 260 من القانون الجديد 08-09 و من ثم يستوجب نقض و إبطال القرار الذي لم يرد فيه رأي النيابة العامة حسب طلباتها المكتوبة".

لللم المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 256629. قرار بتاريخ 12-02-2001م .  
-المجلة القضائية، 2002 م، ع:02، ص 322.

<sup>2</sup> - أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، (د.ط)، 2010م، ص252.

<sup>3</sup> - و يجوز لممثل النيابة العامة الاطلاع على جميع القضايا الأخرى التي يرى تدخله فيها ضرورياً يمكن أيضاً للقاضي تلقائياً أن يأمر بإبلاغ ممثل النيابة العامة بأية قضية أخرى".

<sup>4</sup> - عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ص-36.35.



- الدور بنصوص خاصة، فهنا النيابة العامة تتمتع بجميع حقوق الخصم فترفع الدعوى أو ترفع عليها مباشرة، تبدي طلباتها و دفعوها فيها و لها حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى.
- لو قصد المشرع جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا لقم بإلغاء المواد السالفة ذكرها التي تسمح للنيابة بأن تعمل كطرف أصلي أمام قاضي الأسرة و اكتفى بنص المادة 3 مكرر، مما يؤكد على أنها طرفا منضما أيضا.
- من حق النيابة العامة قبل تعديل قانون الأسرة في 2005م 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.
- المادة التي تنص على أن النيابة العامة طرفا أصليا تبقى هيكلها بلا روح ولا موضوع دون صلاحيات جديدة محددة في قانون الإجراءات الجزائية والمنظومة التشريعية برمتها لتوضح 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.
- وفي اعتقادي - كما أيد ذلك بعض شراح قانون الأسرة - فدور النيابة العامة يتمثل في أنها تعمل أمام قاضي شؤون الأسرة كطرف منضم وليس كطرف أصلي أي كخصم إلا إذا كان ذلك بنصوص قانونية واضحة أو حين تتدخل لحماية المصلحة العامة ولا يصوغ منطقيا و قانونا أن تكون طرفا أصليا في كل قضايا الأسرة، إضافة إلى أن تدخلها وجوبي في كل القضايا الأسرية فالنيابة العامة يجب عليها الاطلاع على جميع القضايا التي تخضع لقانون الأسرة<sup>1</sup>، و ما قام باستحداثه المشرع الجزائري هو وجوب اطلاع النيابة العامة على مستوى المحاكم على جميع القضايا التي تخضع لقانون الأسرة و لا يقصدون أن تصبح خصما في الدعوى بل يجب عليها إبداء رأيها في قضايا الأسرة.<sup>2</sup>
- وتبقى الأهداف المرجوة من قانون الأسرة رهينة بمدى حسن التطبيق السليم لأحكامها والفهم الدقيق لغاية المشرع من نصوصها ولعل مسؤولية تحقيق ذلك مرهونة بمؤسسة القضاء وتوسيع دور النيابة

<sup>1</sup> \_ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، ص 43.

<sup>2</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 255.



العامة يعتبر عاملا من عوامل إنضاج العمل القضائي في تامين الحماية القانونية للأسرة و لأساس تكوينها المتمثل في عقد الزواج.<sup>1</sup>

البند الثاني: توسيع صلاحيات قاضي شؤون الأسرة

إن التشريعات الأسرية فضلا عن حملتها القانونية المستحدثة على مستوى القواعد الموضوعية؛ جاءت بالجديد أيضا على مستوى القواعد الإجرائية، فقد نص المشرع الجزائري على قضاء متخصص للأسرة وظهر قسم شؤون الأسرة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل سنة 2008م بصلاحيات موسعة .

ويعتبر قسم شؤون الأسرة من أهم أقسام المحكمة باعتباره بوابة على المجتمع يتيح تكوين نظرة شاملة على خباياه و أهم المشاكل التي تواجه الأسر الجزائرية، و قد أولاه المشرع الجزائري اهتماما خاصا بالتعديل الأخير المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08-09، فقد تضمن القانون أحكاما خاصة بكل جهة قضائية في المواد من 423 إلى 583 تضبط الإجراءات المتبعة أمام المحاكم و من بينها استحداث قسم مكلف بشؤون الأسرة على مستوى المحاكم حيث أفرد له أحكاما خاصة في الكتاب الثاني من المادة 423 إلى المادة 499 أي ما مجموعه 76 مادة و هو ما لم تحض به باقي الأقسام المكونة للمحكمة كالقسم الاجتماعي و القسم العقاري و القسم التجاري و كذا المدني، قصد ترسيخ فكرة تخصص القضاة و الاستجابة للمطالب الراهنة المستجدة نتيجة التعقيد المتزايد للنزاعات المطروحة.<sup>2</sup>

والظاهر أن المشرع الجزائري تأثر بغيره من التشريعات فأراد أن يحاكيها في مسألة قاضي مختص بشؤون الأسرة.<sup>3</sup>

و لم يرد نص في قانون الأسرة ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية يعرف المقصود بمسائل شؤون الأسرة أو يحدد مضمونها والتي كانت تعرف سابقا بالأحوال الشخصية وتم تغييرها وفقا للقانون

<sup>1</sup> \_ نوارة العشي، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 05-02 في حماية عقد الزواج، ص172.

<sup>2</sup> \_ نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، ع:64، (1/299).

<sup>3</sup> \_ على غرار القانون التونسي مثلا الذي جاء القانون عدد 74 لسنة 1993 المؤرخ في 12 جويلية 1993 و المتعلق بتنقيح بعض الفصول من مجلة الأحوال الشخصية ليتكلم عن قاضي متخصص في شؤون الأسرة.

لللمزيد من التفصيل ينظر: ساسي بن حليمة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي - تونس، (د.ط)، 2012م، ص185.

العضوي رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي كما تم تفصيله - فيما سبق- .  
و في نظر محكمة النقض المصرية يقصد بها ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ككون الإنسان ذكرا أو أنثى و كونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون<sup>1</sup>.

وما يسجل أيضا هو الاهتمام الكبير الذي أعطاه المشرع في هذا التقنين لقسم شؤون الأسرة فقد خصص له 76 مادة من أصل 176 مادة مخصصة لجميع الاقسام و هذا يدل على العناية الكبيرة التي أولاهها المشرع الجزائري للأسرة باعتبارها اللبنة الأساسية لقيام المجتمع و بصلاحتها يصلح المجتمع ، فقد جاء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد بإجراءات فعالة أعطت لقاضي شؤون الأسرة الدور الإيجابي في ممارسة صلاحياته و لا سيما ما تعلق بحماية القصر .<sup>2</sup>

و جاء القانون الجديد ينص على صلاحيات واسعة لقاضي شؤون الأسرة من خلال المواد 2/40 و المادة 423 حتى المادة 499 حيث يمكننا رصد المسائل التي يختص بها قسم شؤون الأسرة و هي كالاتي :

- الدعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية ؛
- دعاوى انحلال الرابطة الزوجية أو الرجوع و آثارهما حسب الحالات و الشروط المذكورة في القانون؛
- دعاوى النفقة و الحضانة و حق الزيارة؛
- دعاوى إثبات الزواج و النسب ؛
- الدعاوى المتعلقة بالكفالة ؛
- الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و فقدان و التقديم؛
- المنازعات المتعلقة بمتاع الزوجية ؛
- الترخيص بالتعدد في الزواج؛
- منازعات الصداق ؛

<sup>1</sup> \_ حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2010م، ص169.

<sup>2</sup> \_ محمد لمن لو عيل، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، دار هومه، ط: الثانية، 2012م، ص7.

- دعاوى الميراث؛
- دعاوى تصحيح وثائق الحالة المدنية ، و هذا النوع من القضايا إما يكون بواسطة أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة و إما بواسطة دعوى أمام قسم شؤون الأسرة.
- و يختص قسم شؤون الأسرة بالمحكمة بالفصل في هذه الأنواع من الدعاوى دون سواه من الأقسام الأخرى و إذا حصل و أن سجلت دعوى لقسم آخر في قسم شؤون الأسرة و هي لا تدخل ضمن دائرة اختصاصه النوعي فإنه لا يمكنه أن يفصل فيها و لا أن يحكم بعدم اختصاصها النوعي بل عليه أن يحيلها عن طريق أمانة الضبط إلى القسم المختص بها.<sup>1</sup>
- و من خلال ما سبق نجد أن لقاضي شؤون الأسرة دورا حمائيا من خلال سلطته الولائية و تعزيز دوره الرقابي و يظهر ذلك من خلال توسيع سلطته التقديرية و صلاحياته من خلال مايلي:<sup>2</sup>
- طريق التدابير المؤقتة عن طريق الأوامر على العرائض ، و قد نص عليها المشرع من خلال نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة التي تجيز للقاضي الفصل على وجه الاستعجال بموجب أمر على عريضة في جميع التدابير المؤقتة و لاسيما ما تعلق منها بالنفقة و الحضانة و الزيارة و السكن، و التي كانت تخضع في تنظيمها لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في باب تدابير الاستعجال ، و باب القضاء المستعجل.<sup>3</sup>
- و يختص القضاء الاستعجالي باتخاذ هذه التدابير المؤقتة إلى حين الفصل في النزاع القائم بعد التحقيق فيه أو البحث في الإجراء الوقي المطلوب منه اتخاذ لمنع الضرر أو الخطر الذي يهدد حق من لجأ إليه لإسباغ حمايته عليه، حيث يكفي وجود مظاهر و بوادر الخطر و الضرر أمام القضاء المستعجل، أما صفة الحماية فتكون باتخاذ إجراء مؤقت لا يمس بأصل الحق، و لا يفصل في موضوع النزاع، و العبرة في توافر ركن الاستعجال هي بوقت الحكم في الدعوى

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2013م، ص39.

<sup>2</sup> \_ سنترك تحليل المواد و شرحها تفصيلا و التعليق عليها حين عرضها في ثنايا البحث ، كما تم الإشارة في المطلب السابق من نفس المبحث .

<sup>3</sup> \_ أمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية.

للجريدة الرسمية، التاريخ: 09 يونيو 1966، ع: 47.

- لا وقت رفعها فإذا توفر الاستعجال وقت رفع الدعوى<sup>1</sup>.
- والمادة 425 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أسندت إلى قاضي شؤون الأسرة الصلاحية المخولة لقاضي الاستعجال بعد أن كان رئيس المحكمة يختص بإصدار أوامر استعجاليه تطبيقاً لنص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة.
- طريق الأذون القضائية، والهدف من الإذن القضائي ليس التعسير على الأشخاص بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة على أسس صلبة تضمن بقائها و استقرارها لذلك حاول المشرع أن يجعل للقضاء دوراً فاعلاً في حماية الأسرة من خلال إصدار الأذون<sup>2</sup>.
  - و تتعدد الأذون التي يمنحها القاضي فهناك ماهي متعلقة بتوثيق عقد الزواج كترخيص بتعدد الزوجات ( المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة )، و ترخيص الزواج دون السن القانونية (المادة 2/7 المعدلة من قانون الأسرة ) ، و هناك ماهي مختصة بمسألة التصرف في أموال القاصر ( المواد 84 - 88 - 89 - 90).
  - عن طريق الدور الإصلاحية الذي منحه له المشرع الجزائري من خلال إجراءات الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين (المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة). و انتداب الحكّمين ( المادة 56 من قانون الأسرة )، فقد منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية واسعة من خلال أحكام المواد 439 إلى 445 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

<sup>1</sup> \_ عبد الرحيم إسماعيل زيتون - صلاح الدين جمال، الجديد في قضاء التنفيذ و قضاء الأمور المستعجلة و الإعلانات القضائية ، دار الكتب القانونية، -مصر، 2007م، ص 145، 146.

<sup>2</sup> \_ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النص و اجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - كلية الحقوق، 2014م - 2015م، ص 132.

## خلاصة الفصل :

نخلص في نهاية هذا الفصل إلى تحديد مفهوم الزواج و الإطار القانوني المنظم له في الشريعة الجزائرية، فقد جاءت القواعد القانونية لتحديد طبيعته ، و الذي عُدها شرعيا يجمع بين رجل و امرأة لتحقيق أهداف سامية و مقاصد عالية نص عليها المشرع الجزائري في المادة الرابعة من قانون الأسرة.

و اهتمام المشرع الجزائري بوضع تشريعا خاصا بالأسرة جاء مواكبا للتطورات والتغيرات الداخلية والخارجية التي طرأت على المجتمع الجزائري مما فرض وضع قانونا مواكبا للواقع الاجتماعي الجزائري مظهرا لملامح العناية والتجديد و الحداثة بما يتماشى و الهوية الدينية مواكبا للتحويلات الدولية التي عرفها العالم .

وقد جاء التشريع الإسري في شقه الموضوعي "قانون الأسرة " و شقه الإجرائي "قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " إثر مسار طويل عرفه و تخلله جدل حاد و نقاش بخصوص إصلاح المنظومة القانونية الأسرية .

و نظرا للأهمية التي تحتلها الأسرة كفضاء لبناء العلاقات الاجتماعية في المجتمع الجزائري فقد ارتكز المشرع الجزائري في التعديلات التي أدخلها على قانون الأسرة سنة 2005م كمصدر أساسي على أحكام الشريعة الإسلامية معتمدا على مذاهب الفقه الإسلامي من غير المذهب المالكي، وأحال القانون القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية و لم يقيد بمذهب معين في حالة عدم وجود نص قانوني، إضافة إلى جعل النيابة العامة طرفا أصيلا في جميع قضايا الأسرة.

و من خلال صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سنة 2008م أعطى المشرع الجزائري دورا جديدا للقضاء الأسري ، فقد أعطى صلاحيات واسعة لقاضي شؤون الأسرة ، حسب المواد من: المادة 423 حتى المادة 499 ، إضافة إلى الاهتمام الكبير الذي أعطاه المشرع في هذا التقنين لقسم شؤون الأسرة فقد خصص له 76 مادة من أصل 176 مادة مخصصة لجميع الأقسام .

و جعل له دورا حمائيا من خلال سلطته الولائية و تعزيز دوره الرقابي بتوسيع سلطته التقديرية و صلاحياته التي منحها له القانون حيث يقوم باتخاذ التدابير المؤقتة في القضايا الاستعجالية وطريق الأذون القضائية إضافة للدور الإصلاحي الذي منحه له المشرع الجزائري من خلال إجراءات الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين.

# الفصل الثاني

## حماية العلاقة الزوجية في طور الانعقاد



الفصل الثاني:

جية في طور الانعقاد

يوصف الزواج بأنه الارتباط المشروع الوحيد بين الرجل والمرأة ، و الطريق الوحيد للتناسل و الحفاظ على الجنس البشري من الانقراض، فضلا عن كونه باب التواصل و سبب الألفة و المحبة و المعونة على العفة و الفضيلة ، و كونه ضمانا لإحراز نصف الدين و حصنا يقي الإنسان من جميع ألوان الانحراف و الاضطراب العقلي و النفسي و العاطفي و يخلق جو الاستقرار في العقل و القلب على حد سواء.<sup>1</sup>

و يتعدى ذلك إلى بعده الحضاري ، فلا تسقط المجتمعات إلا بعد أن يصيب الخلل أعضائها الأساسية و هي الأسرة ، فالأسرة المتماسكة القوية هي المحضن العظيم لتخريج الإنسان العظيم.<sup>2</sup> و من المقرر شرعا و قانونا أن هذا الارتباط المشروع له قواعد و أحكام أساسية هدفها تنظيم العلاقة الزوجية و حمايتها على أسس متينة ؛ تعتبر بمثابة الركائز الأساسية لضمان بقائها بعيدا عن كل عوامل الشقاق و الضرر التي تلحق بطرفي العقد و قد يؤدي إلى انفكاكه .

وتبدأ هذه القواعد و الأحكام في تنظيم العلاقة الزوجية من بداية تكوينها و إنشائها، و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه رتب الإطار القانوني من خلال الأحكام الجديدة التي جاءت بها التعديلات القانونية الخاصة بتنظيم العلاقة الزوجية .

وتمس هذه القواعد المستحدثة الجانب الموضوعي لعقد الزواج و المتضمن أركانه و شروطه و الجانب الشكلي و الإجرائي؛ مما يجعل الأنسب القيام بدراسة تفكيكية لمنطوق هذه القواعد القانونية من خلال فصلين، خصص الفصل الأول للضوابط الموضوعية و الفصل الثاني للضوابط الإجرائية موضوع الحماية.

و بناء على ذلك جاء تقسيم هذا الباب إلى فصلين كالآتي :

- المبحث الأول: الحماية الموضوعية لانعقاد العلاقة الزوجية.
- المبحث الثاني: الحماية الإجرائية لانعقاد العلاقة الزوجية.

<sup>1</sup> - أحمد آباش: الأسرة بين الجمود و الحداثة ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط: الأولى ، سنة: 2011م، ص: 11.

<sup>2</sup> - عبد الحليم عويس و آخرون، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء-مصر، ط: الأولى، 2005م، (415/2).

## المبحث الأول:

### « ماية بوجية قات »

## ع الزوجية

إن العلاقة بين الرجل و المرأة ليست فقط علاقة تحكمها القوانين ولكنها علاقة إنسانية سامية، هي الركيزة في بناء الإنسان.

وهي عقد شرعي لها مقومات تضبطها وتحقق ماهيتها، وشروط لا بد منها، تستقر الحياة الزوجية على أساسها و يأنس كل طرف فيها إلى شريكه، فهي دعامة و قاعدة أساسية تحمي إرادة الزوجين و تصونها.

إن هذه المقومات و الضوابط لوجود الشيء و متانته، هو أركانها وشروطه ، وعقد الزواج كغيره من العقود يتطلب أركاناً وشروطاً ينضبط بها، وتحدد فيها صلاحيته للإستمرار .

و هذه الأركان و الشروط أهم ما يجب أن يُعتنى بها قانوناً، باعتبار أن العناية بتقوية العلاقة الزوجية ؛ و التي هي أساس تكوين الأسرة تعد من أهم ما يجب مراعاتها و الاهتمام بها .<sup>1</sup>

وقد أحدث المشرع الجزائري تغييراً على أركان وشروط الزواج ما بين قانون 1984م و التعديل

الجديد في صورة الأمر: 05-02 ؛ حيث أعاد بناء عقد الزواج من جديد ؛ فأبقى على ركن وحيد

في عقد الزواج و هو الرضا (المطلب الأول)، و اعتبر الباقي شروطاً له ، شرط الأهلية (المطلب الثاني)

، كشرط الولي (المطلب الثالث) ليضع بذلك حداً فاصلاً بين ما هو ركن و بين ما هو شرطاً.

<sup>1</sup> - تنص المادة الثانية من قانون الأسرة على أن : " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة "

## المطلب الأول: ركنية الرضا في عقد الزواج

الناظر للتعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على عقد الزواج، يجده قد جعل من الرضا الركن الوحيد فيه، وجاءت المادة مدرجة تحت عنوان أركان عقد الزواج في كتاب الزواج من الكتاب الأول الفصل الأول من قانون الأسرة المعدل بالأمر 05-02. فنصت المادة التاسعة المعدلة على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"<sup>2</sup>؛ بينما أعتبر باقي عناصر العقد شروطا حسب المادة 09 مكرر التي تنص على أنه: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج -الصداق -الولي -شاهدان -انعدام الموانع الشرعية".

وقد جاءت المادة الرابعة المعدلة من نفس القانون تأكيدا لسابقتها حيث نصت أن: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة".

<sup>1</sup> \_ لغة الركن بالضم الجانب القوي في الشيء، وهو الذي يقوم عليه ذلك الشيء فيقال جبل ركين أي له أركان عالية، وهو يأوي إلى ركن شديد أي إلى عز ومنعة، والمعنى هو جانب الشيء الذي يستند إليه و يقوم به كأركان البيت و هي زواياه التي تمسك ببناءه قال الله عز وجل: ﴿ ٧٩ ﴾ قَالَ لَوْ أَنَّ لِي بِكُمْ قُوَّةٌ أَوْ آوِي إِلَىٰ رُكْنٍ شَدِيدٍ ﴿ ٨٠ ﴾ [هود:79].

- اصطلاحا عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة مختلفة في ألفاظها متقاربة في معانيها فعند الجمهور: "هو مالا توجد الماهية الشرعية إلا به أو كان منه أو ما يتوقف عليه الماهية الشرعية سواء كان جزءا منه أو كان خارجا عنه".  
أما الحنفية فعندهم الركن: "هو مالا وجود لذلك الشيء إلا به و هو جزء من ماهيته كالقيام و الركوع و السجود". فمأجعه الشارع ركنًا لشيء يكون جزء من ذلك الشيء و ينعدم وجوده شرع إذا انعدم الركن فلا يتحقق بدونه مثاله قراءة الفاتحة في الصلاة فهي ركن و الركوع فيها كذلك ركن و القبول و الإيجاب ركن في عقد الزواج و جزء من حقيقته شرعا لما يتوقف وجوده عليه.  
أما علماء الأصول فلا نجد الاختلاف في مفهوم الركن عندهم فتكاد تكون تعريفاتهم واحدة، فقد عرفوه بأنه مالا وجود للشيء إلا به، فهو ما يلزم من عدمه العدم، ومن وجوده الوجود، مع كونه داخلا في الماهية. فالركن إذنا هو ما كان جزءا من حقيقة الشيء غير أن وجوده لا يستلزم وجود الشيء، إلا أن انعدامه يترتب عنه عدم الوجود، ومثاله الركوع والسجود في الصلاة، والإيجاب والقبول في عقد الزواج.

للإمام الرازي (أبو بكر)، مختار الصحاح، دار عمار - الأردن، ط: التاسعة، 2005م، ص132 ■ زكريا البرديسي، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة - مصر، (د. ط.)، (د. ت.)، ص39 ■ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ص94. ■ بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، (د. ط.)، 1984م، ص290.

<sup>2</sup> - تنص المادة التاسعة من قانون الأسرة قبل التعديل: "يتم عقد الزواج، برضا الزوجين، و بولي الزوجة، و شاهدين، و صديق".

ولم يعرف المشرع الجزائري ركن الرضا وإنما اكتفى فقط في الفقرة الأولى من المادة العاشرة من نفس القانون بتحديد قسيمي الرضا واللفظ بصفة عامة الذي يحوز به التعبير عن الإيجاب والقبول، فقد نصت المادة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا".

هذا يفرض علينا دراسة تفصيلية لأركان عقد الزواج فقها، وتقدير موقف المشرع الجزائري من تعديل هذه الأركان من خلال التطرق لمفهوم الرضا في عقد الزواج (الفرع الأول)، و صيغة الرضا في عقد الزواج (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : مفهوم الرضا في عقد الزواج

يتم التطرق لتحديد معنى الرضا لغة و إصطلاحا وفق ما يأتي :

البند الأول: تعريف الرضا لغة و اصطلاحا

أولا : لغة/ الرضا بالألف المقصورة من مصدر الفعل رضي و هو ضد السخط<sup>1</sup>، و هو طيب النفس بما يصيبه و يفوته مع عدم التغير<sup>2</sup>.

• و منه **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ**: **ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ اتَّبَعُوا مَا آسَخَطَ اللَّهُ وَكَرَهُوا رِضْوَانَهُ، فَأَحْبَطَ أَعْمَالَهُمْ** ﴿٢٨﴾ [محمد: 28].

• و تأتي كلمة الرضا أيضا بمعنى سرور القلب و منه **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ**: **أَفَمِنْ أَتَّبَعَ رِضْوَانَ اللَّهِ**

**كَمَنْ بَاءَ بِسَخَطٍ مِّنَ اللَّهِ وَمَأْوَنُهُ جَهَنَّمُ وَيَسَّ الْمَصِيرُ** ﴿١٦٢﴾ [آل عمران: 162].

• و يأتي أيضا بمعنى طيب النفس و ارتياحها **﴿ أَرْجِعِي إِلَىٰ رَبِّكِ رَاضِيَةً مَّرْضِيَّةً ﴾** ﴿٢٨﴾ [الفجر: 28].

و لم يخرج المعنى الاصطلاحي للرضا عن اللغوي بكل المعاني السابقة و التي تدور حول سرور النفس و ارتياحها و معنى الاختيار و ضد الكره و الغضب و السخط<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (323/14).

<sup>2</sup> \_ المناوي (محمد رضوان الداية)، التعاريف، دار الفكر المعاصر - سورية، 1410هـ، (365/1).

<sup>3</sup> \_ القرة داغي (علي محي الدين)، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار البشائر الإسلامية - لبنان، ط: الثالثة، 2008م، (193/1).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

ثانيا: اصطلاحاً/ مبدئياً يغلب على الفقه الإسلامي طابع الرضائية في العقود، بل يعتبر القاعدة العامة التي قام عليها هذا الفقه في جوهره،<sup>1</sup> إلا أنه تباينت تعريفاته في الفقه الإسلامي، باعتبار أن الرضا أمراً خفياً لا يستطيع أحد الاطلاع عليه فهو من الأمور الباطنية التي لا يعلمها إلا صاحبها<sup>2</sup>، مما فتح الباب واسعاً لدخول المصطلح في دائرة الاجتهاد التي تسمح بها قواعد الشريعة الإسلامية فظهر لنا موقفين للحنفية و الجمهور .

-الحنفية

عرف البزدوي<sup>3</sup> الرضا بأنه: " امتلاء الاختيار أي بلوغه نهايته حيث يفضي أثرها الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها، كما يفضي أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب."<sup>4</sup>

والاختيار هو القصد إلى مقدور متردد بين الوجود و العدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر فإن استقل الفاعل في قصده فصحيح و إلا فاسد.<sup>5</sup>

فمجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء العقد وأداة شرعية لوجوده سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أو لم توجد ويتم الاختيار بترجيح فعل الشيء على عدم فعله أو

<sup>1</sup> \_ حسين عبد القادر معروف، الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي دراسة في آراء الباحثين في الفقه الإسلامي، مجلة آداب - جامعة البصرة، 2010م، ع: 52، ص 298.

<sup>2</sup> \_ حسن حامد حسن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبى - القاهرة، ط: الثانية، 1979م، ص 241.

<sup>3</sup> -البزدوي: هو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم بن موسى بن عيسى بن مجاهد أبو الحسن المعروف بفخر الإسلام البزدوي الفقيه الأصولي المحدث المفسر الإمام الكبير بما وراء النهر المولود سنة 400هـ - بسمرقند توفي يوم الخميس الخامس من شهر رجب عام 482 هـ.

<sup>4</sup> ابن الأثير (أبو الحسن علي بن أبي الكرم)، الكامل في التاريخ، تحقيق أبي الفداء عبد الله القاضي، دار الكتب العلمية - لبنان، (3/344). ■ الذهبي (شمس الدين محمد بن عثمان)، تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير و الأعلام، تحقيق د. عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي - بيروت، 1990م، (6/258). ■ الزركلي، الأعلام، (7/22).

<sup>4</sup> \_ النسفي (أبو البركات عبد الله بن أحمد)، كشف الأسرار شرح المنصف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار، دار الكتب العلمية - لبنان، (د.ط) (د.ت) (383/4). ■ البخاري (علاء الدين عبد العزيز بن أحمد)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1997م، (4/536).

<sup>5</sup> \_ صدر الشريعة (عبيد الله بن مسعود الحنفي)، التوضيح شرح متن التنقيح، قديمي كتب خانة، (د.ط)، (ط.ت)، (2/414).

العكس.<sup>1</sup>

والظاهر من التعريف أن الحنفية يفرقون بين الرضا والاختيار، فالرضا أخص من الاختيار وإن كان لا يتحقق من غير اختيار، إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته أو هو إمتلاء الاختيار.<sup>2</sup> ويتضح مما سبق أنه يمكن أن يتحقق الاختيار وإن تخلف الرضا، أما الرضا فلا يمكن أن يتحقق إلا بوجود الاختيار، فالأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقق الاختيار لأن به يوجد العقد وتتكون صورته، إضافة إلى أن هذا الفرق جعل علماء الحنفية يوجدون مرتبة وسطا بين الصحة و البطلان في العقود و هي مرتبة الفساد بحيث يكون البطلان جزاء لتخلف الاختيار في جميع العقود، في حين يكون الفساد جزاء لتخلف الرضا في العقود التي يكون فيها الرضا شرط صحة دون غيرها.<sup>3</sup> و يذهب بعض فقهاء القانون أن في نطاق التصرف القانوني فالمقصود بالاختيار عند الأحناف هو القصد إلى السبب و المقصود بالرضا هو الرغبة في الآثار، و هذه التفرقة كالتفرقة بين إرادة التعبير و التي تعني أن الشخص تصدر منه عبارة معينة أو فعل معين؛ وإرادة الأثر و التي تعني نية إحداث الأثر الشرعي.<sup>4</sup>

و يقسم الحنفية التصرفات وفقا لما سبق ذكره إلى قسمين:<sup>5</sup>

• تصرفات تقبل النقض و لا تتحقق آثارها و لو تحققت العبارات المنشئة لها كعقود المبادلات المالية، حيث تكون الأموال هنا مقصدا أساسيا، فهذه تصرفات تنعقد لازمة بوجود الاختيار و لكن لا تكون صحيحة إلا إذا وجد الرضا، أما عقد الهازل و المكره فهو فاسد و يحتاج الرضا ليكون العقد صحيحا.

• تصرفات لا تقبل النقض إطلاقا، فهي تكون لازمة بمجرد تحقق العبارات المنشئة لها كعقود الزواج و الطلاق و العتاق، فهذه التصرفات إن انعقدت تكون لازمة منتجة لآثارها الفقهية

<sup>1</sup> \_ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، (د.ط)، (د.ت)، ص391.

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، (د.ط)، 1977م، ص223. ■ محمد الخضري، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط: السادسة، 1969م، ص106.

<sup>3</sup> \_ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي و نظرية الملكية و العقود، ص393.

<sup>4</sup> \_ وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة - الأردن، ط: الأولى، 1998م، ص444.

<sup>5</sup> \_ أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص205.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فهي صحيحة و لو لم يتوفر فيها الرضا فالهزل و الإكراه لا يؤثر في صحة الزواج بل ينعقد صحيحا باعتبار أن الرضا ليس شرطا لصحته، و لأن أحكامه لا تنفصل عن وجود سببه فعند الحنفية إذنا يقع زواج المكره و الهازل و طلاقهما أيضا.

-جمهور الفقهاء:

ذهب الجمهور من غير الحنفية إلى أن المراد بالرضا هو قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه.<sup>1</sup> و هذا التعريف و إن لم يصرحوا به في كتبهم إلا أنه يؤخذ مما كتبوا بوضوح.<sup>2</sup>

فالرضا هو القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة الدالة عليه طلبا آثاره عن رغبة فيها ، بحيث تكون تلك العبارة أو ما يقوم مقامها ترجمة عما في النفس و دليلا على الرغبة في العقد و آثاره، أي ترجمة عما في النفس ودليلا على رغباتها وغاياتها.<sup>3</sup>

فخلافًا للحنفية لم يفرق جمهور الفقهاء بين الرضا والاختيار فهما لفظان مترادفان لا يمكن الاعتداد بأحدهما بعيدا عن الآخر، فالرضا و الاختيار ألفاظ يراد بها معنى واحد أو يراد بها معان تتلاقى و تنتهى عند معنى واحد، فالمكره على إنشاء عقد غير مختار و لا راض.<sup>4</sup>

و على ضوء ذلك فالرضا عند الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور فمجرد القصد إلى تحقيق أثر في العقود عليه يسمى الرضا عند الجمهور و إن لم يبلغ الاختيار غايته و لم يظهر السرور في حين لا يسمى عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان و التفصيل في أقل تقدير.<sup>5</sup>

فالجمهور يريد بالرضا القصد إلى إنشاء العقد بالعبارة المنشئة له طلبا لآثاره عن رغبة فيها، و ذلك لا يكون إلا نتيجة لاختيار العاقد و على ذلك فالرضا و الاختيار متلازمان لا ينفكان و لا يتحققان إلا

<sup>1</sup> \_ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل- الكويت، ط: الثانية، 1992م، (228/22).

<sup>2</sup> \_ يمكن الرجوع لتحقيق الدكتور القرة داغي في هذه المسألة

للقررة داغي (علي محي الدين) ، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، (194/1).

<sup>3</sup> \_ التندي (محمد إبراهيم حسن)، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية و القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق-جامعة القاهرة، 1983م، ص235.

<sup>4</sup> \_ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، (د.ط)، 2008م، ص341.

<sup>5</sup> \_ وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، (228/22). ■ القررة داغي (علي محي الدين) ، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، (194/1).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

مع إرادة إنشاء العقد، و هو ما يرتب تقسيم العقود من حيث آثارها إلى صحيحة وباطلة، و لا يوجد مرتبة الفساد كما هو عند الأحناف، فالفساد و البطلان مصطلحان مترادفان لمعنى واحد عند الجمهور، و كذلك عدم تحقق الرضا و الاختيار في المكره و الهازل و المجنون و النائم.<sup>1</sup>

أما في الفقه القانوني، فالرضا عبارة عن اتجاه الإرادة نحو أمر قانوني بمعنى انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل العقد<sup>2</sup>، و هذا يكون بوجود إرادتين متوافقتين و متطابقتين متجهتين لإحداث أثر معين<sup>3</sup>، و في الزواج هو حلية الاستمتاع مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي و مظهر ذلك كله في الإيجاب و القبول المعترين حقيقة ركننا من أركان عقد الزواج و مكونا من مكونات الماهية الحقيقية الشرعية للعقد.

و الرضائية كمصطلح قانوني خاص هو أحد شقي مبدأ سلطان الإرادة حيث يقوم هذا المبدأ على أمرين:<sup>4</sup>

الأول: الرضائية و هي كفاية الإرادة بذاتها لإنشاء التصرفات القانونية.

الثاني: قدرة الإرادة على إحداث آثار التصرف القانوني و هذا ما يعبر عنه "بالعقد شريعة المتعاقدين".

وإذا كان الفكر القانوني المعاصر قد كرس مبدأ الرضا في العقود، فإن الفقه الإسلامي قد أقر هذا المبدأ منذ نشأته و جعله أساسا لإبرام جميع العقود و إنتاج آثارها الفقهية المختلفة و التي تدور حول فكرة الحق و الواجبات المتبادلة بين المتعاقدين.<sup>5</sup>

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه لم يعرف ركن الرضا و إنما اكتفى في المادة العاشرة في الفقرة الأولى بتحديد قسمي الرضا حيث نصت المادة على أنه: " يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و

<sup>1</sup> \_ غير أن الشافعية ذهبوا في أحد قوليهما إلى أن الهازل مختار في التلفظ بعبارته قاص إلى إنشائها و ذلك آية رضاه و قصده الباطن فيعامل على هذا الأساس و لا عبرة بما يزعمه من الهزل حتى تستقر المعاملة.

للعلامة علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص 349.

<sup>2</sup> \_ زبير مصطفى، حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية و القانون المدني، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2012م، ص 117.

<sup>3</sup> \_ السنهوري، الوسيط في شرح لقانون المدني، (182/1). ■ السنهوري (أحمد عبد الرزاق)، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، (د.ط)، 1998م، (1/147).

<sup>4</sup> \_ السنهوري (عبد الرزاق)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (184/1).

<sup>5</sup> \_ القراءة داغي (علي محي الدين)، مبدأ الرضا في العقود- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون - جامعة الأزهر، 1985م، ص 297.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

قبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا "، و يمكن استخلاص القول بأن ركن الرضا في عقد الزواج يتحقق قانونا بشقين هما الإيجاب و القبول لكن ما يلاحظ أن المشرع الجزائري حدد قسما الرضا دون أن يعرفهما.

البند الثاني: تأصيل ركن الرضا في عقد الزواج  
أولا: في الفقه الإسلامي

إن الرضا الركن الجوهرى في جميع العقود<sup>1</sup>، فللمرء الحرية الكاملة في إنشاء ما يرى إنشاءه من عقود و اشتراط ما يشاء من اشتراطات و ذلك في حدود الأمور التي لم يوجبها الله سبحانه و تعالى قال ابن تيمية: "أن الأصل في العقود رضى المتعاقدين و موجبها هو ما أوجباه على أنفسهما".<sup>2</sup>

ولا يختلف الأمر بالنسبة لإنشاء العلاقة الزوجية ، فهو الأساس لبناء الأسرة على أسس سليمة و الحفاظ عليها و محاولة وضع حد لمشاكلها المستقبلية و التقليل منها من خلال وجود الرغبة المتبادلة بين الرجل و المرأة ؛ و الاختيار المطلق و الرضا الكامل بالتزواج.<sup>3</sup>

و من باب أولى أن يكون الرضا ركنا في عقد زواج يرتبط به شخصان ارتباطا مؤبدا و يخلفان به أثرا يعم خيره دنيا و آخرة ، لا مجرد منفعة تنفذ باستعمال الشيء أو مالا يستهلك بالتصرف فيه.<sup>4</sup>

و قد وصف الله عزوجل هذا العقد بالميثاق الغليظ، و لم يصف عقداً من العقود بما وصف به ؛ فهو

من العقود المهمة في الإسلام؛ **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى**

<sup>1</sup> - إن الأصل في العقود التراضي لكن مع التطور الحياتي و الاقتصادي و التكنولوجي ظهرت أنواع من العقود لسلم و خدمات تسيطر عليها الحكومات أو تمنحها لمؤسسة دون أخرى ، فيكون القابل بهذه العقود مضطرا للانضمام لها و لا يستطيع التغيير أو المناقشة في الشروط ، ففي هذا العقد يكون أحد الأطراف أقوى من الآخر فله أن يملي من الشروط ما يشاء ، و يعرف هذا النوع بعقود الإذعان التي تعتبر من العقود المستحدثة لهذا فقد تكلم عنها أهل القانون فعرفها السنهوري بقوله: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب " ، و يعتبر السنهوري أول من سماها بهذا الاسم ثم انتشر الاسم في القانون و الفقه الإسلامي ، فالمصطلح حسب القرار رقم 132(14/6) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي هو مصطلح غربي حديث جاء لاتفاقيات تحكمها خصائص و شروط معينة.

لللسنهوري ، نظرية العقد، (1/285-279). ■ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الرابعة عشر، 2004، ع: 14، (3/523).

<sup>2</sup> - ابن تيمية (تقي الدين) ، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي - جدة، ط: الأولى، 1422هـ، ص 280.

<sup>3</sup> - أحمد أباش، حماية الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط الأولى، 2012م، ص 11.

<sup>4</sup> - محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، ص 59.

بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴿٢١﴾ [النساء:21]. ووصف - سبحانه - الميثاق

بالغلظة لقوته وشدته.<sup>1</sup>

والرضا مطلوب بالضرورة في هذا الميثاق الغليظ فقد جاء عن النبي - ﷺ - أنه قال لرجل: «أترضى أن أزوجك فلانة؟ قال: نعم، وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا، قالت: نعم فزوج أحدها صاحبه»<sup>2</sup>.

وبالرجوع لأقوال الفقهاء في أركان عقد الزواج؛ نجد أن هناك اجماع على ركنية الرضا، حيث لم يحصل بينهم اتفاق في غيره، ويمكن تفصيل ذلك كالآتي:

- أركان الزواج عند الحنفية:

يعد الإيجاب و القبول هو الركن الوحيد عند الحنفية<sup>3</sup>، لأن الانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا و يستعقب الأحكام و ذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا لغرض الكلام السابق و يسمع كل من العاقدين كلام صاحبه، و الكلامان هما الإيجاب و القبول، جاء في بدائع الصنائع: "و أما ركن النكاح فهو الإيجاب و القبول".<sup>4</sup>

- أركان الزواج عند المالكية:

عد المالكية أركان الزواج وهي المحل أي الزوجان والولي والصيغة<sup>5</sup>، وقد قال بهذا الدردير والصابوي<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ طنطاوي (محمد سيد)، التفسير الوسيط للقرآن الكريم تفسير سورة النساء، الرسالة، ط: الثالثة، 1987م، ص123.

<sup>2</sup> - أبو داود (سليمان بن أشعث السجستاني)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز خالدي، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1996م، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، رقم الحديث: 2117، (104/2). قال عنه الألباني: صحيح.

<sup>3</sup> للم: الألباني (محمد ناصر الدين)، إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط: الأولى، 1979م، (361/6).

<sup>4</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (325/3). ابن الهمام، شرح فتح القدير (175/3) ■ ابن نجيم، البحر الرائق (136/3).

<sup>5</sup> - الكاساني بدائع الصنائع (317/3).

<sup>6</sup> - ابن عبد البر (أبي عمر يوسف بن عبد الله)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة، ط: الأولى، 1978م، ص520. ابن شاس (جلال الدين عبد الله بن نجم)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحم، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 2003م، (411/2). ■ القراني (شهاب الدين أحمد)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1994م، (201/4).

<sup>6</sup> - الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، الشهير بالصاوي المالكي فيه مالكي، نسبته إلى (صاء الحجر) في إقليم الغربية، بمصر. توفي بالمدينة المنورة. من كتبه (حاشية على تفسير الجلالين) وحواش على بعض كتب الشيخ أحمد الدردير في فقه المالكية و (الفرائد السنية) شرح همزية البوصيري. ولد سنة 1761 و توفي 1825م.

للهم الزركلي، الأعلام، (246/1).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و هناك من عد المهر إضافة إلى الأركان السابقة شرط صحة.<sup>1</sup>  
و منهم من جعل المهر ركناً<sup>2</sup> قال الدسوقي: "أركان النكاح أربعة: ولي، صداق، محل زوج و زوجة معلومان خاليان من الموانع الشرعية، صيغة".<sup>3</sup> و جاء في المختصر عن خليل: "ركنه ولي و صداق و محل و صيغة".<sup>4</sup>

و قال ابن عاصم الأندلسي في تحفة الحكام و هي نظم لعقود المعاملات الشرعية في الفقه المالكي:  
"و المهر والصيغة والزوجان ثم الولي جملة الأركان".<sup>5</sup>

و هناك من حصر أركان الزواج في الزوج و الزوجة فقط و أسقط المهر و الإشهاد، قال الخطاب<sup>6</sup>: "وأما الشهود و الصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان و لا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما غاية الأمر أنه يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق و يشترط في جواز الدخول الإشهاد".<sup>7</sup>

-أركان الزواج عند الشافعية:

<sup>1</sup> \_ الجعلي المالكي (عثمان بن حسين بري)، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار صادر-بيروت، ط: الأولى، 1994م، (285/2)  
<sup>2</sup> \_ الآبي الأزهري (عبد السميع)، جوهر الإكليل شرح مختصر خليل، المكتبة الثقافية-بيروت، (د.ط) (د.ت)، (277/1). ■ ابن جزئ (أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي المالكي)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنبلية، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم-بيروت، ط: الأولى، 2013م، ص430.

<sup>3</sup> \_ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (220/2).

<sup>4</sup> \_ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (42/5).

<sup>5</sup> \_ ابن عاصم (أبو بكر محمد الأندلسي الغرناطي)، منظومة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م، (39/1).

<sup>6</sup> \_ الخطاب: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرُّعيني المالكي فقيه مالكي، من علماء المتصوفين. أصله من المغرب، ولد واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب. من كتبه (قرة العين بشرح ورفقات إمام الحرمين) في الأصول، و (تحرير الكلام في مسائل الالتزام) و (هداية السالك المحتاج) في مناسك الحج، و (تفريح القلوب بالخصال المكفرة لما تقدم وما تأخر من الذنوب) و (مواهب الجليل في شرح مختصر خليل) في فقه المالكية، و (شرح نظم نظائر رسالة القيرواني) ولد 1497م توفي 1547م.

لل: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، (389/1). ■ الزركلي، الأعلام، (58/7).

<sup>7</sup> \_ الخطاب، مواهب الجليل، (43/5).



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

حدد فقهاء الشافعية أركان الزواج في: الصيغة و الولي و الزوج و الزوجة والشاهدان،<sup>1</sup> و قد نظروا إلى أن الشاهدين و إن كانا خارجين عن حقيقة عقد الزواج فلا يختص أحدهما بشروط دون الشاهد الآخر و إما أن الزواج متعلق بهما الاثنين، ومنهم من لم يعد الشهود ركنا في الزواج لكن تساهل الفقهاء فقط رقى به إلى درجة الركنية في الزواج.<sup>2</sup>

-أركان الزواج عند الحنابلة:

جعل الحنابلة أركان الزواج هي الولي و الشاهدان و الايجاب و القبول و الزوجين و حصول التراضي بينهما<sup>3</sup>، و هناك من اقتصر فقط على الزوجان و الايجاب و القبول فماهية الزواج مركبة من الايجاب و القبول و متوقفة عليهما و لا ينعقد الزواج إلا بهما.<sup>4</sup> جاء في شرح منتهى الإرادات: "ركناه إيجاب و قبول".<sup>5</sup>

و المتتبع لهذه الآراء الفقهية يجد عندهم اختلافا متباينا ماعدا موضوع واحد فيه إجماع وهو الرضا، فالزواج لا يقوم إلا على ركن التراضي باعتباره ركنا أساسيا و جوهريا في عقد الزواج و صورته الصيغة.

و نفس الرأي لدى الفقهاء المتأخرين، إلا أن الشيخ أبو زهرة لم يتردد في تكييف عقد الزواج بوصفه عقدا شكليا و عمدته في ذلك اشتراط جمهور الفقهاء للإشهاد عليه حيث قال: "و على ذلك يصح أن نقول بأن عقد الزواج عقد شكلي لأنه لا يكتفي في تكوينه برضا العاقدين، بل لابد مع هذا الرضا من الإعلان و الشهرة أو شهادة الشهود و إن شكلية عقد الزواج واضحة كل الوضوح".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ابن حجر الهيتمي (السعدي الأنصاري، شهاب الدين، أبو العباس)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، (د.ط)، (د.ت)، (123/3). ■ النووي (أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب - السعودية، ط: خاصة، 2003م، (297/5-382). ■ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (210/6).

<sup>2</sup> \_ الشريبي مغني المحتاج (234/4) ■ الشيرازي، المهذب، (136/4).

<sup>3</sup> \_ الرحيباني مصطفى السيوطي، م ط ل ب أولي النهى في شرح عا ية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي - دمشق، (د.ط)، (د.ت)، (46/5).

<sup>4</sup> \_ البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، كشف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب - بيروت، (د.ط)، 1983م، (73/5).

<sup>5</sup> \_ البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 2000م، (118/5).

<sup>6</sup> \_ أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد، ص 230.



لكن رأي أبو زهرة فيه مبالغة في التكييف والوصف لأن المعتبر في عقد الزواج هو رضا أطرافه كما تقدم عند المتقدمين من الفقهاء، ثم إن الفقه الإسلامي قائم على مبدأ الرضائية في العقود منذ نشأته بعيدا عن القيود الشكلية وهو ما أكده السنهوري بقوله: "و الذي يلفت النظر في أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضي بأن الإيجاب و القبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ووجه الغرابة في ذلك أن القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث لم يصل القانون الروماني على عراقته إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى في آخر مرحلة من مراحل تطوره و لعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ما كان للدين من الأثر البالغ في تقرير قواعد الفقه أصولا و فروعاً و يكفي لترجيح هذا الرأي أن نذكر أن العقد في أوروبا لم يصبح رضائيا إلا بعد تأثير عوامل مختلفة من أهمها الدين المسيحي و قوانين الكنيسة و هي تحض على وجوب الوفاء بالعهد فصار تقييد الإنسان بكلمته متفقا مع آداب الدين ثم انتقل بعد ذلك إلى الدائرة القانونية".<sup>1</sup>

و يشبه مبدأ الرضائية في العقود كعقد الزواج مبدءاً آخر أكثر شمولية منه و هو مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن الفرق بينهما يقتصر في كون أن مبدأ الرضائية يقتصر دوره في تكوين العقود بينما سلطان الإرادة مبدأ عام يشمل كل الأطوار التي تمر عليها العقود من وقت التمهيد لها إلى وقت التكوين و ترتيب الآثار و يستمر الدور حتى انحلال العقود، فعقد الزواج لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود.<sup>2</sup>

ثانياً: في القانون الجزائري

يعتبر الرضا الركن الوحيد المتفق عليه في الفقه الإسلامي و القانوني، فهوينبئ عن أساس العقد وركنه الذي لا يقوم بغيره، وبالرجوع للمشرع الجزائري في تحديد أركان الزواج نجده قد منحى مذهب المالكية فقد نصت المادة 09 من قانون الأسرة قبل التعديل على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين وولي الزوجة و شاهدين و صداق".

ومن الناحية القانونية يقتضي الأمر أن تخلف ركن من أركان العقد يرتب البطلان، و هذا ما تقضي

<sup>1</sup> \_ السنهوري (أحمد عبد الرزاق)، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، (د.ط)، 1998م، (80/1).  
نوه الأستاذ De Bellefons بالفلسفة الإسلامية في نظرتها لعقد الزواج من خلال ركنية الرضائية فيه و قد عنون إحدى فقرات مؤلفه بعبارة: "الزواج عقد رضائي" و أضاف يقول: "انعقد إجماع الفقهاء في جميع العصور بما لا يدع مجالاً للشك بأن عقد الزواج في الفقه الإسلامي عقد رضائي".

↳ LYNANT bellefons. Traité de droit Musulman comparé, mouton, paris, 1965, p39.

<sup>2</sup> \_ السنهوري، الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، (160/1).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

به النظرية العامة للعقود في النطاق المدني، و النظرية العامة للعقد تحدد كما هو معلوم ثلاثة أركان أساسية للعقد و هي الرضا و المحل و السبب و لا ينعقد العقد إلا بها كما أن تخلف واحد منها يؤدي إلى بطلان العقد، غير أن قانون الأسرة خالف النظرية العامة للعقد من جهة، و لم يحترم المدلول المصطلحي للركن و هو ما أدى إلى تضارب الأحكام في العقود .<sup>1</sup>

وهذا الخلط الذي كان موجودا حاول المشرع الجزائري تداركه من خلال التعديل الجديد في صورة الأمر 05-02<sup>2</sup>، فقد اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج قائما على ركن واحد فقط هو ركن الرضا، تنص المادة 09 على أنه: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، و بالتالي فقد أنهى أي دور للأركان السابقة قبل التعديل كالولي، فقد جعل المشرع الجزائري عقد الزواج عقد رضائي بالأساس شأنه شأن

<sup>1</sup> \_ على سبيل المثال لا الحصر :

- المادة 32 من قانون الأسرة قبل التعديل: " يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج ".فما يلاحظ على هذا النص القانوني أنه استعمل لفظ الفسخ في حالة اختلال أحد أركان العقد أو في حالة اشتماله على أي مانع من موانعه أو في حالة الردة من الزوج، و استعمال مصطلح الفسخ لا يكون منسجما من الناحية القانونية لأن هذا المصطلح يستعمل في العقود الصحيحة المستجمعة لجميع الأركان، و الفسخ لا يتعلق باختلال الأركان و إنما يتقرر في حالة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية جاز للمتعاقد الآخر إما المطالبة بالتنفيذ أو المطالبة بالفسخ مع الاحتفاظ بحقه في طلب التعويض إذا أصابه ضرر من عدم جراء عدم التنفيذ. أما الفسخ المتعلق في المادة 32 من قانون الأسرة قبل التعديل فيتعلق باختلال أحد أركان العقد أو وجود مانع و هو أمر غير مقبول فمن المفروض أن يتقرر البطلان و ليس الفسخ لأن العقد يعد معدوما لا وجود له مع تخلف الركن أو وجود المانع.

- المادة 33: " إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد و يبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد".

و بمقارنة المادة التاسعة المحدد لأركان الزواج و هذه المادة نجد تعارض بينهما باعتبار أن اختلال أي ركن من أركان الزواج حسب المادة التاسعة يرتب البطلان مباشرة و ليس الفسخ كما هو واضح في المادة 33، إضافة أن المادة 33 عندما رتب الفسخ عند اختلال ركن واحد فقد جعلته محصورا في ثلاثة أركان هي: الولي و الصداق والشهود و لم تتحدث عن الرضا و هو ما يفهم ضمنا بأن تخلف الرضا وحده يؤدي إلى بطلان العقد و المفروض أنه لا يوجد فرق بين الأركان الأربعة المحددة في المادة و إلا تسقط عنها صفة الركنية و تعتبر شروط صحة، ثم إن المادة 33 أيضا عند تخلف أحد الأركان الثلاثة: الولي و الصداق والشهود؛ قد رتب الفسخ إذا كان قبل الدخول أما بعد الدخول فإن الزواج يثبت فيكون صحيحا و يفرض مهر المثل و لا يترتب البطلان إلا عندما يختل أكثر من ركنين .

لمزيد من التفصيل ينظر: الرشيد بن شويخ، الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري، ص197. لحسين بن الشيخ آثا ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2005م، ص53.

<sup>2</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص51.

جميع العقود و التصرفات<sup>1</sup>، فمن خلال التعديل الجديد نستنتج بأن عقد الزواج أصبح يقوم على ركن واحد فقط هو الرضا فإذا اختل ركن الرضا لم ينعقد العقد أصلا و يكون باطلا بطلانا مطلقا من الناحية القانونية<sup>2</sup>.

وقد نصت على هذا الحكم المادة 33 المعدلة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى حيث جاء فيها ما يلي: " يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".

وجاء التعديل مؤكدا لقرارات المحكمة العليا التي أعتبرت أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد الزواج وأنه سيبطل بانعدام الرضا كما أنه لا يمكن لقضاة الموضوع إجبار زوجة على إتمام مراسيم الدخول بها رغم معارضتها له أو عدم رضاها به<sup>3</sup>.

وجاء في معرض بيان أسباب تعديل هذه المادة القول: "مما لا شك فيه أن عقد الزواج يتميز من الناحية القانونية عن باقي العقود من جهة أنه يخضع للعديد من القواعد و الشروط التي تخضع لها هذه العقود إلا أن يتميز عنها بعدة خصائص لا سيما كونه عقد رضائي يتم بمجرد تبادل الرضا بين رجل و امرأة من أجل تكوين أسرة على وجه الدوام فليست المصالح المادية و المنافع هي التي تجمع بينهما"<sup>4</sup>. فالمرشح حين اشترط الرضا في عقد الزواج و أكد على اعتباره ركنا فإنه يدرك أهمية هذا العقد لأنه يختلف بطبيعته عن العقود المالية الأخرى<sup>5</sup>، ذلك أن المال زائل سهل التحويل والتخلص ينقضي بانقضاء المنفعة التي رصد من أجلها، أما الزواج فهو مستمر دائم صعب الإزالة وخطره جليل لما يترتب عنه من الآثار و من بينها والأولاد ثم أن الخبرة في المال تتحقق بالاختبار في حين أنه ليس هناك خبرة

1 \_ المادة 59 من القانون المدني: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

2 \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص55. لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى-عين مليلة، (د.ط)، 2014م، ص36.

3 \_ " يبطل الزواج بانعدام الرضا و لا يحق للقضاة إجبار المرأة الغير راضية به على إتمام إجراءات الزواج "

للحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، التاريخ: 18-07-2000م، ملف رقم: 249128

-المجلة القضائية، التاريخ: 2001/02/21م، ع: 2، ص271.

4 \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص82.

5 \_ عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015م، ص41.

في الزواج.<sup>1</sup>

و المشرع و إذ يجعل الرضا كركن في عقد الزواج فهو قد جعل كل من رضا المرأة و الرجل في مرتبة واحدة،<sup>2</sup> وهو بهذا التعديل قد وضع قاعدة ارتكاز ضرورية لقيام علاقات متكافئة أسست بدورها لتحقيق التوازن والمساواة في العلاقات الزوجية؛ فالزوجان حران في أن يتعاقدا وفق مشيئتهما وإرادتهما، ولهما حرية للإرادة في مجال إنشاء العلاقات الأسرية مكفولة قانونا.<sup>3</sup>

فالجديد في هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل للزواج ثلاثة أركان وهي الزوج و الزوجة و التراضي ، عند من يرى التقسيم الشرعي للأركان، و عند من يرى الوقوف عند القراءة القانونية للنص دون المنظور الشرعي ، فإن المادة 09 المعدلة حصرت ركن الزواج في ركن وحيد وهو التراضي.<sup>4</sup> وظاهريا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنفية في تحديد أركان الزواج وحصره في الرضا وصورته الايجاب والقبول من أحد الطرفين وهي الصيغة التي يتم بها العقد.<sup>5</sup> و الملفت للنظر أن المشرع الجزائري ركز كثيرا في تعديل مواد قانون الأسرة على عنصر الرضا حيث أورده في العديد من المواد و جعله في مقدمة المواد التي ذكرها.<sup>6</sup>

وبالنظر للمصطلح الذي استعمله المشرع الجزائري في تعديل المادة الخاصة بأركان الزواج نجد أنه قد استعمل مصطلح "الرضا" بيد أنه قد جانبه الصواب إلى حد ما باعتبار أن فقهاء الحنفية يستعملون مصطلح "الايجاب و القبول" و ليس الرضا باعتباره أنه أمر باطني و شيء معنوي خفي لا يمكن

<sup>1</sup> \_ القرّة داغي، مبدأ الرضا في العقود، ص312.

<sup>2</sup> \_ محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص52.

<sup>3</sup> \_ و نفس الأمر بالنسبة للمشرع التونسي و المغربي فعقد الزواج قانونا من عقود التراضي و لا إيجاب و لا إكراه لأحدهما على الآخر، و ما وظيفة القانون سوى حماية الأفراد في أعراضهم و أموالهم. نصت أحكام الفصل الثالث من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على: "لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين و يشترط لصحة الزواج إظهار شاهدين من أهل الثقة و تسمية مهر للزوجة". و تنص المادة العاشرة من مدونة الأسرة المغربية على أنه: "ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين و قبول من الآخر، بالفاظ تفيد معنى الزواج".

<sup>4</sup> للمزيد من التفصيل ينظر: عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونية التونسية و المقارن، ص154. ■ أحمد أباش: الأسرة بين الجمود و الحداثة، ص21. ■ ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية، ص73.

<sup>5</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص83.

<sup>6</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص113.

<sup>6</sup> \_ ينظر المواد: 04-06-09-10-33 من قانون الأسرة المعدل

الاطلاع عليه، و بالتالي و من باب أولى لا يعتد به في بناء أي علاقة تعاقدية بما فيها الزواج.<sup>1</sup> وللدكتور محمد محدة رؤية موافقة لما تقدم تعقيبا على ركن الرضا قبل تعديل قانون الأسرة في 2005م حيث يذهب أنه كان الأولى بالمشرع أن يتكلم عن صيغة الزواج ضمن أركان العقد لا عن الرضا لأن الرضا هو شرط من شروط الصحة حيث لا يتصور وجود صيغة صحيحة مكونة لماهية العقد الشرعية ومنتجة آثارها إلا إذا كانت صادرة عن رضا وطيب خاطر من صاحبها أو ممن أريد انصراف أثر هذا العقد إليه كالزوجة عند مباشرة العقد من الولي مثلا.<sup>2</sup> ولا بد من الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل جاء متناغما في حدود ضيقة مع القانون الدولي الذي حرص على تقنين هذه المتطلبات العالمية الملحة لحماية حقوق الإنسان<sup>3</sup> خاصة اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1975م<sup>4</sup> فقد نصت المادة 16 من الاتفاقية على

<sup>1</sup> \_ مسعود هلاي، التجدد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، ص 232.

<sup>2</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص 126.

من نظر إلى مجلة الأحكام الشرعية العدلية الصادرة سنة 1907 يجدها قد جعلت الرضا من ضمن شروط الصحة و ذلك في المادة الثانية حيث نصت على أن: "صحة النكاح منوطه بالشروط الآتي بيانها وهي أولا بلوغ الزوجين و ثانيا الإعراب عن نفسها بالرضا به و ثالثا الخلو من الموانع و رابعا فرض الصداق و خامسا مراعاة الأمور الواجبة". و مما جاء في شرح هذا النص: "أن المرأة خصوصا إذا كانت بالغة لا ينعقد نكاحها صحيحا إلا برضاها خلافا لما عليه المالكية لأنهم لا يعتبرون رضا المرأة شرطا في صحة النكاح إلا في الشيب و البكر المرشدة".

للينظر: أحمد بن شرشالي- عبد الرزاق الأشرف، مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، المطبعة الشرقية- الجزائر (د.ط)، 1909م، ص 127.

<sup>3</sup> \_ أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 07 ديسمبر 1962م عن اتفاقية الرضا بالزواج و الحد الأدنى لسن الزواج و تسجيل عقود الزواج، و جسدت الاتفاقية عدة مبادئ من أهمها أن يكون برضا الطرفين التام و الحر و إعرابهما عنه بإرادتهما الحرة و التامة و أن يكون هذا الزواج علانية أمام الجميع و إلا فإنه يعتبر زواج غير قانوني، نصت المادة 16 من ميثاق حقوق الإنسان على أنه " لا ينعقد الزواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما زواجا كاملا لا إكراه فيه " و نصت المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية و المادة 10 من العهد الدولي لحقوق الإنسان الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية على " لا ينعقد زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاءا كاملا لا إكراه فيه ".

للهند مطاري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و انعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق- المركز الجامعي محمد أولحاج البويرة، 2011م، ص 18.

<sup>4</sup> \_ جاء ت ضمين كافة حقوق المرأة في اتفاقية واحدة، وهي اتفاقية محاربة كافة أشكال التمييز ضد المرأة (اتفاقية سيداو). من خلال مفوضية حركة المرأة بالأمم المتحدة التي بدأت التحضير لها منذ عام 1973. و انتهت من إعدادها عام 1979 و كان للمؤتمر العالمي بمكسيكو سنة 1975 أثره في تسريع إعداد هذه الاتفاقية، و إجراءات تطبيقها و قد تم عرض الاتفاقية و اعتمادها في الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 و فتح باب التوقيع عليها عام 1980م لتصبح نافذة في سبتمبر 1981 بعدما صادق عليها 20 بلدا و في 2008م كانت 185 دولة قد صادقت على الانضمام إليها و



أن " للمرأة الحرية في اختيار الزوج وفي عدم الزواج إلا برضاها الحر والكامل".<sup>1</sup>  
فرضا المرأة مطلوب حسب هذه المادة و ضروريا لكي يصح و يتم عقد الزواج و يرتب آثاره

باتت تشكل ما يعرف بالدول الأطراف في اتفاقية سيداو و قد انضمت إليها الجزائر و بمقتضى الأمر رقم 96-03 المؤرخ في 10 يناير سنة 1996 م مع التحفظ .، وتجدد الإشارة إلى أن الجزائر بانضمامها إلى اتفاقية مكافحة جميع أشكال التمييز ضد المرأة، نشرت النص الكامل لهذه الاتفاقية دون تحديد المواد المتحفظة عليها، ولا مضامين التحفظات.  
لمزيد من التفصيل ينظر: هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، ط: الأولى، 2011م، ص58. الشحات إبراهيم منصور، المرأة بين حقوقها السياسية و اتفاقية عدم التمييز في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، (د.ط)، 2013م، ص119. أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف و التمييز، الوراق للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الأولى، 2014م، ص91 و ما بعدها. منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، ط: الأولى، 2007م، ص224. وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط: الأولى، 2009م، ص91.

<sup>1</sup> \_ تنص المادة 16 من اتفاقية سيداو :

- 1- تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:
  - (أ) نفس الحق في عقد الزواج ؛
  - (ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل؛
  - (ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه؛
  - (د) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهم الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول ؛
  - (هـ) نفس الحقوق في ان تقرر، بحرية وبادراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على معلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق؛
  - (و) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم ، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول؛
  - (ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل؛
  - (ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيارة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2- لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي امرأ إلزامياً ."



القانونية، و أبعده من ذلك نجدهما يشترطان أن يكون هذا الرضا كاملا و حرا.<sup>1</sup> بمعنى أن تكون الزوجة راضية بكل ما يتعلق بهذا العقد ابتداء من اختيار الزوج إلى غاية تحديد ميعاد الزواج، و أن لا تخضع لأي ضغط أو تأثير مهما كان نوعه أو سببه عند إفصاحها بنية قبول الزواج أو رفضه.

وقد تحفظت الحكومة الجزائرية على هذه المادة بالذات و كان نص التحفظ كالتالي: "تصرح حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بأن أحكام المادة 16 المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة فيما يخص كل المسائل الناتجة عن الزواج أثناء الزواج وعند حله يجب ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة " باعتبار أن التشريع الجزائري فيما يتعلق بالعلاقات داخل الأسرة بقي متمسكا بما ورد في قانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

و هذا التحفظ أساسه حماية مصلحة الأسرة، فمبدأ الرضا و إن كان مكفولا قانونا لكل من الرجل والمرأة و يجيز لهما إنشاء عقد الزواج بكل حرية، إلا أنه بالنسبة للمرأة فحريتها مقيدة بالمادة 31 من قانون الأسرة التي لا تسمح بزواج المسلمة بغير السلم، فالمسألة متعلقة بالنظام العام.

### الفرع الثاني: صيغة الرضا في عقد الزواج

إن "الرضا هو تعبير حر واعي و صريح عن الإرادة"<sup>3</sup>، فحقيقة التعاقد يقتضي التقاء رضا المتعاقد الأول برضا المتعاقد الثاني فيتولد بهذا الالتقاء ما يسمى بالتراضي، و لا يستطيع أي عقد أن يكتب له البقاء إلا بتوافره، ولما كان الرضا لا يمكن الإطلاع عليه لأن محله القلب، كان الإيجاب و القبول دليلا ظاهرا عليه.

<sup>1</sup> \_ سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2000م، ص58. ■ سرور طالبي المل، حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية لعام 2000، سلسلة المنشورات العلمية لمركز جيل البحث العلمي، (د.ط)، 2014م، ص85.

<sup>2</sup> \_ أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة في القانون الدولي و التشريع الجزائري، دار الأمل للنشر و التوزيع - الجزائر، (د.ط)، 2010م، ص239.

<sup>3</sup> \_ فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الاحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص - تونس، ط: الأولى، 2015م، ص41.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

البند الأول: صيغة الرضا في الفقه الإسلامي

اعتبرت الشريعة الإسلامية الإيجاب و القبول دليلا ظاهرا على الرضائية في العقود و عقد الزواج على الخصوص ، و عليه إذا تم عقد الزواج بالإكراه فسخ العقد و تعتد المرأة من الماء الفاسد إذا حصل دخول و يثبت النسب و يجب المهر و تثبت حرمة المصاهرة.<sup>1</sup> و يسمى الإيجاب و القبول بالصيغة<sup>2</sup>، وقد عرفها ابن عرفة بقوله: "مادل عليه كلفظ التزويج و الإنكاح".<sup>3</sup> أما الإيجاب و القبول فقد جاءت عدة تعريفات تخصهما نوردها كالآتي:

الإيجاب هو اللفظ الصادر أولا من أحد المتعاقدين الكلامين سواء صدر من جانب الزوج أو من جانب الزوجة وسمي إيجابا لأنه أوجد التزاما، وسمي الثاني قبولا لأن رضا بما في الأول من إلزام.<sup>4</sup> وهو رأي الحنفية<sup>5</sup>، إلا أن المالكية يجعلون ما صدر من ولي المرأة أو وكيلها تقدم أو تأخر<sup>6</sup>، و بهذا قال الشافعية<sup>7</sup> و الحنابلة<sup>8</sup>، فالعبرة بجهة الصدور بصرف النظر عن الوقت، قال الخرشي<sup>9</sup>: "إنه لا يشترط

<sup>1</sup> \_ ابن رشيد- الحفيد- (الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن محمد)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت- لبنان، (د.ط)، 1425هـ- 2005م. (5/2).

<sup>2</sup> \_ السرطاوي (محمود علي)، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص29 لغة الصيغة مصدر مشتق من صاغ يصوغ صياغة يقال صاغ الشيء أي سبكه. للهم: ابن منظور، لسان العرب (442/8).

<sup>3</sup> \_ الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، (241/1).

<sup>4</sup> \_ محمد مصطفى شليبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص98. ■ سيد سابق، فقه السنة، (23/2). ■ الشرنباصي (رمضان علي السيد)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، (د.ط)، (د.ت)، ص49. ■ السرطاوي (محمود علي)، فقه الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، دار الفكر ناشرون و موزعون- عمان الأردن، ط: الثانية، 2013م، ص53.

<sup>5</sup> \_ ابن الهمام، فتح القدير (182/3).

<sup>6</sup> \_ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (221/2).

<sup>7</sup> \_ الشريبي، مغني المتحاج (227/2).

<sup>8</sup> \_ البهوتي، الروض المربع، (249/6).

<sup>9</sup> \_ الخرشي: محمد بن عبد الله الخرشي، وكنيته: أبو عبد الله، ولقب بالخرشي (أو بالخراشي)، نسبة إلى قرية يقال لها: أبو خراش (من البحيرة بمصر). مذهبه: مالكي مولده: 1010 هـ. وفاته: 1101 هـ في القاهرة. فقيه مجتهد، انتهت إليه الرئاسة في مصر، وأول من تولى مشيخة الأزهر. أبرز شيوخه: والده عبد الله، البرهان اللقاني، والنور الأجهوري، وغيرهم. أهم مصنفاته: الشرح الكبير على متن خليل (المعروف بشرح الخرشي)، و منتهى الرغبة في حل ألفاظ النخبة لابن حجر، وله أيضا الشرح الصغير على متن خليل أيضا، و الفوائد السننية في شرح المقدمة السنوسية.

للهم: محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، (459/1).

الترتيب في صيغة النكاح بمعنى أنه لا يشترط أن يكون كلام الزوج بعد كلام ولي المرأة فلو بدأ الزوج فقال لولي المرأة زوجني وليتك بكذا فقال الولي زوجتكها فإن النكاح ينعقد بذلك".<sup>1</sup>  
و على هذا فالمالكية يخالفون جمهور الفقهاء القائلين بأن اللفظ الصادر أولاً هو الإيجاب سواء كان صادر من الزوج أو الزوجة أو وليهما أو وكيلهما.

أما القبول هو ما يصدر من الطرف الثاني بعد إيجاب معبراً عن موافقته عليه فالبادئ عبارته في بناء العقد هو الموجب والآخر هو القابل<sup>2</sup>، على الخلاف الذي تم ذكره سابقاً، و متى حصل الإيجاب و القبول بشرائطهما الشرعية اعتبر ذلك ارتباطاً بين الشخصين بموضوع العقد.<sup>3</sup>

و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم انعقاد النكاح بالكتابة مع القدرة على الكلام لأنها قابلة للتحريف و التديل مع كونها غير ملزمة فقد ينكرها صاحبها إذ الأصل في النكاح الإعلان و الاشهاد يكون ذلك بالكلام لا بالكتابة.<sup>4</sup> قال الدردير: "لا تكفي الإشارة و لا الكتابة إلا لضرورة خرس".<sup>5</sup>  
و في قول للحنفية أنه يجوز أن يعقد بالإشارة حتى و لو كان بإمكانه أن يعقد بالكتابة لأن كل من الكتابة و الإشارة تصلح كوسيلة لتحقيق الغاية و المقصود مادام يلتقيان في تحقيق الإفهام.<sup>6</sup>

لا خلاف بين الفقهاء<sup>7</sup> في انعقاد الزواج بلفظي الإنكاح و التزويج و الجواب عنهما لأنهما اللفظان

الذان ورد بهما النص القرآني، **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ**

**النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴿٢٢﴾ [النساء: 22].

<sup>1</sup> \_ الخرشبي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، (174/3).

<sup>2</sup> \_ ابن نجيم، البحر الرائق، (144/3) ■ الزرقا، المدخل الفقهي، (382/1).

<sup>3</sup> \_ الزرقا، المدخل الفقهي، (382/1). ■ الأشقر (عمر سليمان عبد الله)، الواضح في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس - الأردن، ط: الخامسة، 2012م، ص54.

<sup>4</sup> \_ سعاد سطحي. سلمان نصر، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر - عين مليلة، (د.ط)، 2002م، ص55.

<sup>5</sup> \_ الدردير (أبو البركات سيدي أحمد)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، (350/2).

<sup>6</sup> \_ ابن الهمام، شرح فتح القدير (190/3).

<sup>7</sup> \_ البهوتي، الروض المربع، (249/6). ■ الشربيني مغني المحتاج (229/4) ■ الكاساني، بدائع الصنائع، (330/3). ■ ابن قدامة، المغني، (460/9).

و قوله (الله عز وجل): ﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي

أَزْوَاجٍ أَدْعِيَآئِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴿٣٧﴾ [الأحزاب: 37].

فلفظي الزواج و النكاح مما يصاغ منهما لفظ الإيجاب و القبول لأتهما اللفظان الموضوعان في اللغة الشرعية للدلالة على هذا العقد تخصيصا و هما المستعملان في أكثر نصوص القرآن و السنة. قال أبو زهرة: "إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء كانت لغوية في دلالتها عليها أم كانت مجازا مشهورا وصل على درجة الحقيقة اللغوية أم كانت مجازا وضحت فيه القرينة و استبان المعنى بما حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج"<sup>1</sup>.

أما في انعقاد الزواج بغير لفظ الإنكاح والتزويج فقد كان الخلاف على قولين: القول الأول: ذهب الشافعية<sup>2</sup> والحنابلة<sup>3</sup> بأن النكاح لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح والتزويج، وعمدتهم أن لفظ الزواج والنكاح ومادتهما هي الألفاظ الواردة في القرآن الكريم والسنة للدلالة على عقد الزواج و لأن غير هذه الألفاظ ليس صريحا في إرادة النكاح بل كناية و هي لا تعلم إلا بالنية و لا يمكن للشهود الإطلاع عليها و الشهادة شرط من صحة عقد الزواج، فلم ينعقد بغير لفظي الإنكاح و التزويج<sup>4</sup>.

وجاءت عبارات الفقهاء لتأكد ذلك، انطلاقا من النص—وص الشرعية المتضافرة التي كانت عمدتهم، قال الشافعي: "سمى الله تعالى النكاح في كتابه باسمين النكاح و الزواج و التزويج و دلت السنة أن الطلاق يقع بما يشبه الطلاق و لم نجد في كتاب الله و لا سنة رسوله إحلال نكاح إلا بنكاح أو تزويج و الهبة لرسول الله مجمع أن ينعقد له بها نكاح بأن تهب نفسها له بلا مهر و في هذا دلالة على أنه لا يجوز النكاح إلا باسم التزويج و الإنكاح"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 41.

<sup>2</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (3/190)، النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد-جدة، (د.ط)، 1980م، (16/210).

<sup>3</sup> \_ ابن قدامة (شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد)، الشرح الكبير على متن المقنع، هجر للطباعة و النشر و التوزيع-جيزة، ط: الأولى، 1996م (20/93) ■ ابن قدامة، المغني، (9/460).

<sup>4</sup> \_ الشيرازي، المهذب، (4/141).

<sup>5</sup> \_ الماوردي، الحاوي الكبير، (11/207).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

القول الثاني: ذهب الحنفية إلى انعقاد الزواج بكل لفظ يدل على التملك المؤبد كلفظ الهبة والصدقة والتمليك ولفظ البيع في الأصح.<sup>1</sup>

وقد استدلت الحنفية بما روي أن النبي - ﷺ - زوج رجلا امرأة فقال: « قد ملكتها بأمعك من القرآن »<sup>2</sup>. و رُد على الحنفية بأن الحديث المستدل به له عدة روايات منها زوجتكها وأنكحتكها وزوجناكها، والظاهر أن الراوي روى الحديث بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد فلا تكون حجة.<sup>3</sup> أما المالكية فقد قالوا بانعقاد الزواج بلفظ الهبة فقط إذا ذكر معها المهر، وكان عمدتهم ما استدلت به الحنفية إلا أنهم قالوا بذلك إذا ذكر المهر مع لفظ الهبة فيكون قرينة على إرادة الزواج من هذا اللفظ.<sup>4</sup> واختار شيخ الإسلام ابن تيمية صحة الإيجاب و القبول بأي لفظ يعتبره الناس إيجابا و قبولا دون تقييد فقال: " و ينعقد النكاح بما عده الناس نكاحا بأي لغة و لفظ كان و مثله كل عقد".<sup>5</sup>

### البند الثاني: صيغة الرضا في القانون الجزائري

لما كان الرضا وتوافق الإرادتين من الأمور النفسية التي لا يطلع عليها كان لا بد من التعبير الدال على التصميم على إنشاء الارتباط وإيجاده<sup>6</sup>، و النية المجردة لا تنشأ عقدا.<sup>7</sup> و الرضا يوجد بوجود إراديتين متوافقتين ومتطابقتين متجهتين لإحداث أثر شرعي معين و هو حلية الاستمتاع في الزواج مع تحمل باقي آثار العقد الشرعي و مظهر ذلك كله هو الإيجاب و القبول المكونان للماهية الشرعية و الحقيقة للعقد.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> \_ ابن نجيم، البحر الرائق، (91/3).

<sup>2</sup> \_ مسلم (أبو الحسين الحجاج بن مسلم النيسابوري)، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد، رقم الحديث: 1425، (726/2).

<sup>3</sup> \_ الصنعائي (محمد بن إسماعيل)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع - الرياض، ط: الأولى، 2006م، (320/3).

<sup>4</sup> \_ النفراوي الأزهر، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، (5/2).

<sup>5</sup> \_ ابن تيمية (تقي الدين)، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1987م، (450/5).

<sup>6</sup> \_ سيد سابق، فقه السنة، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط: الثانية، (د.ت). (23/2). ■ ابن رشيد - الحفيد -، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (5/2).

<sup>7</sup> \_ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية و تأصيلية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، (د.ط)، 2008م، ص78.

<sup>8</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص125. ===



لقد نصت المادة العاشرة من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين و قبول من الطرف الآخر"، وما يؤخذ على هذه المادة أنها حددت الإيجاب والقبول من دون أن تعرفهما ولم تحدد شروطهما.<sup>1</sup>

وجعل المشرع الجزائري في المرتبة الأولى من حيث تعبير الشخص عن إرادته أن يكون ذلك عن طريق الكلام، من خلال اعتبار كل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا في إبرام عقد الزواج، فلم يحدد الألفاظ التي يتم بها التعبير عن الإيجاب والقبول و لم يحدد اللغة التي يتم بها العقد و صيغة الفعل عند التعبير، فلهما أن يعبرا عن إرادتهما بالتعبير الصريح المباشر المؤلف و المعروف بين الناس بحيث يكون باللفظ أو اتخاذ وسائل أخرى كالكتابة.<sup>2</sup>

ومما تقدم نرى أن المشرع الجزائري قد وافق مذهب الأحناف في مسألة الصيغة اللفظية و عليه يشترط لصحة عقد الزواج رضا الطرفين بواسطة ألفاظ تفيد معنى النكاح لغة أو شرعا أو عرفا في مجلس واحد، أما إذا تخلف ركن الإيجاب و القبول فإن الزواج يكون باطلا بطلانا مطلقا لاختلال أركانه الأساسية ذلك أنه لا يوجد زواج بدون رضا سليم و اختياره ملؤه الحزم و الحرية.<sup>3</sup>

بينما إذا كان عاجزا عن التلفظ فيمكن أن يعبر عن إرادته بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة. فحسب ما نصت عليه المادة يأتي التعبير بالمشافهة في المرتبة الأولى إن كان العاقدان قادران على الكلام،

و هو ما أخذ به المشرع الجزائري حسب الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأسرة التي تنص على أنه يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة و جاءت الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الأسرة تنص على أنه: "و يصح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة".

=== نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"

<sup>1</sup> \_ نظم القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم الإيجاب و القبول في الباب الثاني في الكتاب الثاني الباب الأول الفصل الثاني القسم الثاني من المادة 59 حتى المادة 98 .

<sup>2</sup> \_ غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، دار طيطلة-المحمدية، ط: الأولى، 2011م، ص20.

<sup>3</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص142.



## المطلب الثاني: شرط<sup>1</sup> الأهلية في عقد الزواج

تعد الأهلية مناط صحة تصرفات الفرد، إذ لا يمكن أن نعتد بتصرفاته إلا إذا كان كامل الأهلية، وقد حرصت التشريعات الأسرية على تحديد الأهلية و تعيين سن محددة لها، وإذا كان الزواج لا ينعقد إلا بتحقيق الرضا بين الزوجين، فقد سعى المشرع الجزائري من خلال التعديل إلى تحديد ما يعد ركنا في عقد الزواج و ما يعد شرطا حيث جاء في المادة 9 مكرر على ما يلي: " يجب أن تتوفر في عقد الزواج أهلية الزواج،الصداق،الولي،شاهدان،انعدام الموانع الشرعية للزواج " .

<sup>1</sup> لغة: الشرط و جمعه أشرط و شروط و منه أشرط الساعة أي علامتها ل **بَابُ الْإِشْرَاطِ** (الدين عز وجل): ﴿ فَكَيْفَ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾ [محمد:18] و

هو إلزام شيء و التزامه، كلمة شرط و لا تخل من أحد معنيين العلامة و إلزام الشيء و التزامه.

اصطلاحا: وردت تعريف كثيرة منها :

- أنه اسم لما يتعلق به الوجود، دون الوجوب. فقوله هو اسم لما يتعلق به الوجود هو كالعلامة، إذ أنها عبارة عن أمارات غير واجبة للحكم بذاتها إنما دالة عليه لكن يجعل الشارع لها ذلك.

- هو الذي يتوقف عليه تأثير المؤثر، ويلزم من عدمه العدم للحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، وهو خارج عن حقيقة المشروط. أو هو ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سببا لوجوده ولا داخلا في السبب. بمعنى أنه أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعا، مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء، فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحا في نظر الشارع عندهم، فقد يوجدان ولا يوجد الزواج.

- الشرط هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم ويلزم من عدمه عدم الحكم.

وبالمقارنة بين الركن الذي تم تعريفه -ص 112- والشرط نجد أنهما يتفقان في بعض الأمور ويختلفان في أخرى، فالركن والشرط يتفقان في أن الحكم يتوقف على وجودهما، فعدم كل منهما يستلزم عدم الحكم، ويفترقان في أن الركن جزء من ماهية الشيء، والشرط خارج عنه؛ بمعنى ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلا في حقيقته. وعلى هذا ترتب أن وقوع خلل في الركن معناه خلل في العقد أو التصرف نفسه فيكون الحكم حينئذ البطلان بالاتفاق. أما إذا كان الخلل في الشرط معناه خلل في وصف خارج عن الماهية، ويكون حكمه عند الجمهور البطلان وعند الحنفية الفساد.

للإشارة ينظر: ابن منظور، (329/7). ■ البخاري أحمد (علاء الدين عبد العزيز)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (173/4). ■ الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر و التوزيع - السعودية، ط: الأولى، 2003م (379/2). ■ أبو زهرة (محمد)، أصول الفقه، دار الفكر العربي. القاهرة. مصر، (د.ط) (د.ت)، ص 53. ■ سعيد فكرة، الشرط عند الأصوليين، رسالة دكتوراه دولة في الفقه و أصوله، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 1417هـ - 1997م، ص 188.

واستقراء هذه المادة فقد أعاد المشرع ترتيب الشروط و جعل الأهلية في المرتبة الأولى مع تعديل سن الأهلية بالنسبة للرجل (من 21 سنة إلى 19 سنة) و المرأة (من 18 سنة إلى 19 سنة) على حد سواء، فأصبحت الأهلية من الشروط الموضوعية لصحة الزواج. وإذا كانت الأهلية شرطا من شروط الزواج الظاهرة فهي مستترة في ركن الرضا فلا يمكن أن نتصور ركن الرضا دون أن يكون مبدية أهلا لذلك .

### الفرع الأول : ماهية الأهلية و تحديد أقسامها

البند الأول: تعريف الأهلية لغة و اصطلاحا

أولا :التعريف اللغوي

جاء تعريف الأهلية في اللغة هي الصلاحية مطلقا فيقال :فلان أهل لهذا العقد إذا كان صالحا للقيام أو لطلبه منه أو لاستحقاقه به ،<sup>1</sup>، فهي إذن الصلاحية و الأهلية للأمر<sup>2</sup> ،أي صلاحية القيام بشيء معين<sup>3</sup>، فهي (الجدارة) و (الكفاية) لأمر من الأمور ،يقال فلان أهل للرئاسة أي هو جدير بها<sup>4</sup>، جاء في التنزيل قوله تعالى: ﴿وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا﴾ [الفتح:26] أي كانوا مستأهلين لها ؛من الصلاحية و الأهلية<sup>5</sup>.

ثانيا:التعريف الإصطلاحي

في الاصطلاح الفقهي تعرف بأنها:

- الصلاحية لثبوت الحقوق و الالتزامات في الذمة<sup>6</sup> ،

<sup>1</sup> \_رمضان علي الشرنباضي،النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية،(د.ط)،2003م،ص73.

<sup>2</sup> \_ابراهيم أنيس و آخرون،المعجم الوسيط، دار عارف-مصر،ط:الثانية،1972م،(31-32/1).

<sup>3</sup> -ابن منظور،لسان العرب،(130/11).

<sup>4</sup> -الزرقا مصطفى،المدخل الفقهي العام،(783/2).

<sup>5</sup> -البيضاوي(نا صر الدين أبو سعيد الشيرازي)،أنوار التنزيل و أسرار التأويل،مطبعة مصطفى محمد-مصر،(د.ط)،(د.ت)،(155/4).

<sup>6</sup> \_ محمد سراج،أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية،(د.ط)،1998م،ص77.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- صلاحية لوجوب الحقوق المشروعة للشخص أو عليه<sup>1</sup>،
  - صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً للخطاب بالأحكام الشرعية،<sup>2</sup>
  - صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحاً لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه و صحة التصرفات منه.<sup>3</sup>
- و الأهلية بهذا المعنى الواسع لا تثبت لكل شخص، بل قد تثبت له منها جزء أو أجزاء على حسب كمال الشخص في جسمه و عقله و نقصانه، و هي تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عندما يصل إلى درجة الكمال فكلما كان الشخص ناقصاً كانت أهليته ناقصة و كلما قل نقصه زادت أهليته<sup>4</sup>.
- وعند أهل القانون هي: " صلاح الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك".<sup>5</sup>
- و دأب أهل القانون حصر الأهلية في نطاق الحقوق و الواجبات المدنية وحدها، و يقصد بالأهلية في هذا المعنى صلاحية الشخص قانوناً لأن تثبت له الحقوق و يتحمل بالالتزامات و القدرة على إجراء عمل ينتج أثره في حقه.<sup>6</sup>
- وقد ذهبت معظم التشريعات القانونية إلى النص على مبدأ جوهرى ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الشخص في الأصل كامل الأهلية ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> - الجرجاني (علي بن محمد السيد الشريف)، التعـ — ريفات، تحقيق: د. عبد المنعم الحنفي، دار الرشد، القاهرة-مصر، (د.ط)، (د.ت) ص 49. المناوي (محمد عبد الرؤوف)، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق: د. محمد ر ضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1410هـ-1990م، ص 140.

<sup>2</sup> \_ محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي قواعد الفقه و نظرياته العامة، دار الجامعة الجديدة، 2007م، ص 72.

<sup>3</sup> \_ محمد علي فهمي السرجاني، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية-القاهرة، ط: الأولى، 1977م، ص 120.

<sup>4</sup> \_ شلي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي و قواعد الملكية و العقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، (د.ط)، 1405هـ-1985م، ص 491.

<sup>5</sup> \_ محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث-الجزائر، (د.ط)، 2003م، ص 163.

<sup>6</sup> \_ فرج الصده عبد المنعم، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، (د.ط)، 1978م، ص 442-443.

<sup>7</sup> \_ مندر الفضل، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة-الأردن، (د.ط)، 1996م، (1/149).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني التي تنص على أنه : "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد 19 سنة كاملة"، و المادة 78 من نفس القانون التي تنص على أن : "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

### البند الثاني: أقسام الأهلية

باعتبار الأهلية صفة يقدرها الشارع أو القانون في الشخص ليكون محل الخطاب فهي تبدأ مع الإنسان منذ أن يكون نطفة في بطن أمه لحين ولادته حيا ثم تستمر معه حين وفاته، انطلاقا من هذا تم تقسيمها إلى نوعين أهلية وجوب و أهلية أداء.

### أولا: أهلية الوجوب

مناطها الحياة الإنسانية، و قد عرفها علماء أصول الفقه بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه<sup>1</sup>.

و مراد ذلك صلاحيته للإلزام و الالتزام، فكل أهلية يطلبها الشارع في الشخص لأجل نشوء حق له أو ترتب التزام عليه هي أهلية وجوب<sup>2</sup>، فهي ثبت للإنسان حقوقا وتلزمه بالواجبات بمجرد وجوده وإنسانيته فهي ملازمة لوجود الروح في الجسد، وتدرج مع الإنسان منذ أن كان جنينا وحملا إلى أن يصير بالغا وكهلا، بل إلى أن يتوفاه الله أي صلاح الإنسان لحكم الوجوب والمطالبة به أداء وقضاء<sup>3</sup>، قال السرخسي : " أصل هذه الأهلية لا يكون إلا بعد ذمة صالحة"<sup>4</sup>، وقال البزدوي : " أما أهلية الوجوب فبناء على قيام الذمة وأن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب

<sup>1</sup> - البخاري أحمد، كشف الأ سرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (4/335). ■ الفتازاني ( سعد الدين ابن مسعود)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، (د.ط)، (د.ت)، (2/161). ■ الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر-دمشق، ط: الأولى، 1986م، (1/163).

<sup>2</sup> - الزرقا، المدخل الفقهي العام، (2/785).

<sup>3</sup> - البخاري أحمد، كشف الأ سرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (4/335). ■ الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، (1/163).

<sup>4</sup> - السرخسي (أبي بكر محمد أحمد بن أبي سهل)، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف-حيدر آباد، (د.ط)، (د.ت)، (2/333).

بإجماع الفقهاء رحمهم الله بناءً على العهد الماضي".<sup>1</sup>

و تقسم أهلية الوجوب بدورها إلى قسمين:

• أهلية وجوب ناقصة : فهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط و لا تحتاج إلى قبول و هذا النقص يكون أصلياً،<sup>2</sup> و هذه الأهلية تثبت للجنين و هو في بطن أمه كالإرث و الوصية و الاستحقاق في الوقف، و لا تثبت الحقوق التي تحتاج لقبول كالهبة و الشراء باعتبار أن الجنين ليس له عبارة.<sup>3</sup>

و إنما كانت أهليته ناقصة لأنه يعتبر جزءاً من أمه فهو يتحرك بحركتها و يتبعها في بعض الأحكام و هو بهذا الاعتبار ليس له أي حق من الحقوق و هو من وجه آخ مستقل بالحياة و مستعد للإنفصال و هو بهذا الاعتبار تثبت له حقوق و عليه واجبات ،فروعياً الوجهان و تثبت له الحقوق و لم تلزمه واجبات.<sup>4</sup>

• أهلية وجوب كاملة: هي صلاحيته لثبوت الحقوق له و وجوب الحقوق عليه، بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن تثبت له حقوق على غيره ، و صالحاً لأن تجب لغيره عليه حقوق<sup>5</sup>، فإذا توافر فيه هذا العنصران فقد تأهل أهلية وجوب كاملة و هذه تثبت للإنسان بعد ولادته.<sup>6</sup> فمناط أهلية الوجوب الإنسانية فقط من غير احتياج إلى تمييز أو عقل فمتى وجدت الإنسانية وجدت أهلية الوجوب و متى انتفت انتفت تلك الأهلية.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> \_البزدوي(علي بن محمد الحنفي)، كنز الوصول إلى معرفة الأصول "أصول البزدوي"، مير محمد كتب خانة، (د.ط)، (د.ت)، ص324

<sup>2</sup> \_عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة-الأردن، ط: الأولى، 2009م، ص110.

<sup>3</sup> \_ الزحيلي (محمد وهبة)، أصول الفقه الإسلامي، (1/165).

<sup>4</sup> \_ البخاري أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، (4/335).

<sup>5</sup> \_الكبيسي(محمود مجند بن سعود)، الصغير بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء، رسالة ماجستير في الفقه و الأصول، جامعة أم القرى السعودية- كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية مكة، 1980م-1981م، ص60. شلي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه، ص492.

<sup>6</sup> \_ابن أمير الحاج الحلبي(محمد بن محمد بن حسن)، التقرير و التحبير، المطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط: الأولى، 1316هـ، (2/165).

<sup>7</sup> \_ الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، المستصفى في علم الأصول، المطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط: الأولى، 505هـ—(84/1).

ثانياً: أهلية الأداء

من بين التعاريف لأهلية الأداء شرعا :

- صلاحية الإنسان لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا.<sup>1</sup>
- صلاحية الشخص للالتزام بعبارته و أن يطالب غيره أو يطالبه غيره بما تم التعاقد من آثار و التزامات و عبارة أخرى هي صلاحية الشخص لصدور التصرف منه على وجه يعتد به شرعا.<sup>2</sup>
- صلاحية الإنسان لأن يطالب بالأداء، و لأن تعتبر أقواله و أفعاله، و تترتب عليها آثارها الشرعية، بمعنى آخر أن تكون له القدرة على استعمال الحقوق و تأدية الواجبات.<sup>3</sup>
- و انطلاقاً من التعاريف الشرعية لهذا النوع من الأهلية فالصبي تثبت له حقوق و تجب عليه واجبات - كما تقدم في أهلية الوجوب - قبل أن يميز إذا صدرت عنه تصرفات فإنه لا يعتد بها و لا تترتب عليها آثارها الشرعية، فإذا ميز صحت منه بعض التصرفات و تترتب عليها آثارها الشرعية - عند بعض الفقهاء - فإذا بلغ عاقلاً تترتب على جميع ما يصدر عنه من قول أو فعل أو اعتقاد آثاره الشرعية فيستطيع الشخص ممارسة و مباشرة جميع الحقوق، سواء ما تعلق منها بحقوق الله عزوجل كالعبادات من صلاة و صوم و سواها، و يكون أدائه لها معتبراً شرعاً مسقطاً عنه الواجب، أو ما تعلق أيضاً بحقوق الغير كالمعاملات المالية و غيرها، فهي إذن تعم العبادات و المعاملات.
- و مناط هذه الأهلية هو التمييز بالعقل<sup>4</sup>، و بيان ذلك أن الأهلية لا تنشأ إلا في الوقت الذي تتوفر فيه القدرة على التمييز، و ذلك يكون بالعقل الذي يصل إلى مرتبة الوعي و الإدراك يستطيع من خلالها فهم الخطاب، فإذا كان الشخص فاقداً للتمييز تماماً تكون أهليته معدومة و إذا كان غير مستكمل للتمييز يكون ناقص الأهلية و لا يكون كامل الأهلية إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز و التقدير بأن يكون بالغاً عاقلاً راشداً.

<sup>1</sup> \_ الفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، (2/348).

<sup>2</sup> \_ أحمد فراج حسين، المدخل للفقهاء الإسلاميين، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية - الإسكندرية، (د.ط)، 2001م، ص213.

<sup>3</sup> \_ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط: السابعة، 1419هـ - 1998م، ص93. ■ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص136.

<sup>4</sup> \_ زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، ص93. ■ خلاف عبد الوهاب، علم أصول الفقه، ص136. ■ شلي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، ص492.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و تمر هذه الأهلية بطورين تكون في الأول ناقصة و في الثاني كاملة.

-أهلية الأداء الناقصة: و يعبر عنها أيضا بالقاصرة، وذلك لقصور العقل والبدن<sup>1</sup>، لأن المعبر في وجوب الأداء ليس مجرد فهم الخطاب بل مع قدرة العمل به، وهو بالبدن، فإذا كانت كلتا القدرتين منحطة عن درجة الكمال كما في الصبي الغير العاقل أو إحداهما كما في الصبي العاقل أو المعتوه البالغ كانت الأهلية ناقصة قال الشريبي<sup>2</sup>: " أحسن ما قيل في حد التمييز أنه يصير الطفل بحيث يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده"<sup>3</sup>، وثبتت هذه الأهلية للإنسان بالتمييز، وتستمر معه حتى يبلغ جسما وعقلا.<sup>4</sup>

-أهلية الأداء الكاملة: و تثبت عند كمال العقل فتجعل للإنسان صلاحية لتوجه الخطاب و وجوب الأداء عليه، و هنا لا بد من الاعتداد بجميع ما يصدر عن الإنسان من تصرفات و أقوال و أفعال.<sup>5</sup> ولما كان العقل والفهم في الصبي خفيا وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطا وهو البلوغ<sup>6</sup>، و حط عنه التكليف قبله تخفيفا عليه، فتتحقق هذه الأهلية إذا فيمن بلغ الحلم عاقلا، و تثبت له حينئذ أهلية أداء كاملة، فيصبح أهلا للتكليف الشرعية، ويجب عليه أدائها ويأثم يتركها، وتصح منه جميع العقود والتصرفات، وتترتب عليها مختلف آثارها ويؤخذ على جميع الأعمال الصادرة منه.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> ابن أمير الحاج الحلبي، التقرير و التحبير، (225/2).

<sup>2</sup> الشريبي الخطيب: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشافعي القاهري الفقيه المفسر المتكلم، النحوي، ولد في شربين بمحافظة الدقهلية وإليها ينسب ثم انتقل إلى القاهرة واستوطنها حتى توفي. أخذ الشيخ عن جملة من الشيوخ، فتبحر في العلوم على أيديهم وأجازوه بالإفتاء والتدريس، فدرّس وأفقى في حياة أشياخه، وانتفع به خلائق لا يحصون من مؤلفاته السراج المنير، الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع، مغني المحتاج وغيره. توفي سنة 977 هـ الموافق 1570م.

للإمام: ابن العماد، شذرات الذهب، (10 / 561، 562).

<sup>3</sup> الشريبي الخطيب (شمس الدين محمد بن محمد)، الإقناع في حل ألقاظ أبي شجاع، مكتبة دار الخير- دمشق، ط: الأولى، 1423هـ، ص 115.

<sup>4</sup> مصطفى الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: الأولى، 1421هـ، ص 71.

<sup>5</sup> الكبيسي، الصغير بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء، ص 63. أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، (د.ط)، (د.ت)، ص 311.

<sup>6</sup> سيأتي تفصيل علامات البلوغ في الفرع الثاني.

<sup>7</sup> الزحيلي (محمد وهبة)، أصول الفقه الإسلامي، (1/166).

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه قد اعتبر أحكام الأهلية من قواعد النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كما نصت عليه المادة 45 من القانون المدني التي تنص على أنه : "ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا لتغيير أحكامها".

و تم تعريف الأهلية قانونا بأنها صلاح الشخص لكسب الحقوق و تحمل الالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك <sup>1</sup>.

أما أهلية الوجوب فقد تم تعريفها بأنها وصف في الشخص يقوم على مدى صلاحيته لكسب الحقوق و التحمل بالواجبات <sup>2</sup>، بمعنى أن يكون دائما و مدينا في نفس الوقت، والقانون ينظر إلى الشخص من ناحية صلاحيته لاكتساب الحق و التحمل بالالتزام لأنه متمتع بالشخصية القانونية.

وبالرجوع لفقهاء القانون نجد أنهم قد عرفوا أهلية الأداء بأنها صلاحية الشخص <sup>3</sup> للتعبير عن إرادته تعبيرا يترتب عليه القانون آثاره <sup>4</sup>، و بالتالي تكون لدى الشخص القدرة على التعبير الواعي عن إرادته في التعامل و كسب الحقوق أو التنازل عنها و التصرف فيها، أي كان موضوعها كأن يكون مالا أو عقارا أو امتيازاً، أو حقا عينيا أو شخصيا بمقابل أو بدون مقابل.

## الفرع الثاني : أهلية الزواج فقها وقانونا

البند الأول: أهلية الزواج في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط لتحقيق صحة عقد الزواج أن يكون المباشر لها متمتعا بصلاحيات إصدارها و إلا كانت لغوا لا يترتب عليها أي أثر و يستوي أن يكون في ذلك العاقد أصيلا أو وليا أو وصيا أو وكيلاً <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى-عين مليلة، ط: الرابعة، 2011م، ص152.

<sup>2</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (266/1).

<sup>3</sup> يلاحظ في تعريف نوعي الأهلية إدخال قيد (الإنسان) عند الفقهاء و إدخال قيد (الشخص) عند أهل القانون ليشمل الشخص الطبيعي كالأفراد، و الشخص المعنوي أو الاعتباري كالشركات و المؤسسات، و الحقيقة أن الشريعة الإسلامية تعترف بالشخصية المعنوية فقد يكون المحكوم عليه غير إنسان فيقال مثلا: "بيت المال وارث من لا وارث له"، فهذا حق ثابت له، فالفقه الإسلامي قد عرف الشخصية المعنوية و إن لم يعرف هذا الاسم صراحة و العبرة للمعاني. الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، (164/1).

<sup>4</sup> اسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق، ص228.

<sup>5</sup> محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص415.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و المستقرى للفقهاء الإسلامي يجد أنه لم يقع تحديد سن الزواج في التشريع الإسلامي، غير أن المتفق عليه بين الفقهاء أن كل تكليف شرعي لا يكون إلا بشرط العقل، و لما كان العقل وصفا باطنيا يحصل للإنسان بالتدريج كان لابد من وضع أمر منضبط يكون علة و مناطا لاستكمالها و لهذا كان شرط التكليف بلوغ المكلف من غير خلل في عقله.<sup>1</sup>

و لاشك أن الزواج تكليف ينطبق عليه ما ينطبق على كل تكليف شرعي بالأحكام<sup>2</sup>، فليس هناك تحديد لسن الزواج بل أحكامه قاضية بالوصول لسن البلوغ، و تم تعريف البلوغ بأنه انتهاء حد الصغر فهو قوة تحدث في الصغير يخرج بها من حال الطفولية إلى حال الرجولية و العقل<sup>3</sup>، و يعتبر مرحلة فاصلة بين الصغر و الكبر و ناقل الشخص إلى درجة المسؤولية، و يعرف بعلاماته المعروفة، أو بالسن، و قد تم القول بالبلوغ لارتباط سائر التكاليف الشرعية به استنادا لحديث النبي ﷺ - حيث قال: « رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، و عن الصبي حتى يحتلم، عن المجنون حتى يفيق »<sup>4</sup>. و يعرف البلوغ بعلامات في الذكر و الأنثى اعتبرها الفقهاء علامات على البلوغ و منها المتفق عليه و منها ما هو مختلف فيه.

<sup>1</sup> \_ عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، - الرباط، (د.ط)، 2011م، ص43.

<sup>2</sup> \_ عبد الهادي بوطالب، حقوق الأسرة و تحرير المرأة، مطبعة النجاح الجديدة-الرباط، ط: الأولى، 2005م، ص91.

<sup>3</sup> \_ الأزهرى (صالح عبد السميع الآبي)، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص302. ■ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (269/9) ■ الكشناوي (أبو بكر حسن)، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط: الثانية، (د.ت)، (5/3).

<sup>4</sup> \_ جاء الحديث بروايات متعددة :

أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدا، رقم الحديث: 4398، (143/3). ■ النسائي (أحمد بن شعيب)، السنن الكبرى، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية-قطر، ط: الأولى، 2012م، كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج، رقم الحديث: 5807، (297/6). ■ الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر-بيروت، (د.ط)، 2005م، كتاب الحدود، باب ماجاء فيمن لا يجب عليه الحد، رقم الحديث: 1428، (363/4). ■ ابن ماجة (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجة، بيت الأفكار الدولية-الرياض، (د.ط)، (د.ت)، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه و الصغير و النائم، رقم الحديث: 2041، ص221.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

وجاء الاتفاق على علامات البلوغ<sup>1</sup> وهي: الإنزال<sup>2</sup> والإحبال<sup>3</sup>، والحيض<sup>4</sup>، ووقع الخلاف في علامات أخرى طبيعية جانبية كالإنبات<sup>5</sup>، وفرق الأرنبه من الأنف و غلظ الصوت و نتو الحلقوم، حيث المشهور عند المغاربة في العادة، أنهم يأخذون خيطا و يقومون بتثنيته و يديرونه بالرقبة و يجمعون طرفيه في أسنانه فإن دخل رأسه منه فقد بلغ عندهم و إلا فلا<sup>6</sup>.

فإن تعذر معرفة البلوغ على أساس العلامات الطبيعية لسبب أو آخر الأمر يرجع إلى معرفة حد البلوغ تقديرا بالسن.

و قد أفاض الفقهاء في الحديث عن البلوغ سواء بالعلامات الحسية أو بالسن و ذهبوا في ذلك مذاهب عدة، و لكل دليله سواء من الكتاب أو من السنة أو من المعقول، ولعل هذا الاختلاف فيه من حفظ المصالح الكثير، حيث تراعى الظروف البيئية و الصحية التي تمكن الصغير من الوصول إلى مرحلة البلوغ خاصة إذا لم تظهر علاماته و كان المعتبر هو السن، وقد ثبت علميا أن الصغير قد يبلغ في سن مبكرة و تظهر عليه العلامات والأوصاف إذا توفرت له ظروف التغذية الجيدة، و ليس من العدل أن نجعل

1\_ الكاساني، بدائع الصنائع، (171/7) ■ الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص302.

2\_ ويعبر عنه بالاحتلام أيضا و المراد به خروج المني يقظة أو مناما بجماع أو غيره و قد أجمع العلماء على اعتبار التكليف و الإلزام بالفرائض و الأحكام بحصوله.

للـ: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (277/5).

3\_ اتفقت المذاهب الأربعة على أن الحمل دليل على البلوغ فالحمل لا يكون إلا مع الإنزال و الإنزال بلوغ كما ذكر القرطبي.

للـ: البهوتي، كشف القناع، (444/3) ■ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (34-36/5).

4\_ أجمع العلماء على أن الحيض بلوغ و أن المرأة بظهور الحيض منها تجب عليها الفرائض و الأحكام، و نقله ابن المنذر و غيره، و عند المذاهب الأربعة أقل سن يمكن أن تحيض فيه الأنثى هو تسع سنين.

للـ: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (2117/5). ■ ابن المنذر، الأوسط في السنن و الإجماع و الاختلاف، دار طيبة-الرياض، ط: الأولى، 1405هـ، (388/4).

5\_ و المراد به نبات الشعر الخشن على العانة المنطقة فوق قبل المرأة و ذكر الرجل. و اتفق فقهاء المذاهب الأربعة إلى عدم اعتبار نبات شعر غير العانة بلوغا.

للـ: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (226/9). ■ النووي، روضة الطالبين، (412/3). ■ ابن قدامة، المغني، (6/597).

6\_ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (59/5).

و لا أدري مدى صحة الأسس العلمية التي استندوا لها لكن المعروف أن الإنسان إذا بلغ تغلظ حنجرته و بالتالي تغلظ رقبته، ربما لهذا جعلوا ذلك من علامات البلوغ في حالة عدم ظهور العلامات المعروفة عموما عند جميع الناس.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الجميع يحتكمون لرأي واحد مادام أن الأمر هنا اجتهادي، لهذا الأفضل أن نأخذ بما يتوافق مع طبيعة كل بيئة و مكان لما فيه من الحفظ و الرعاية للصغير.<sup>1</sup>

وإن كان الفقهاء اتفقوا على أن هناك سنا يغلب فيها ظهور واحد من علامات البلوغ فقد اختلفوا في مقدار السن الذي يحصل به ؛ وهذا راجع لاختلاف الأماكن والمناطق و الظروف البيئية فقد تظهر هذه العلامات باكرا عند البعض، و قد تتأخر عند البعض الآخر، و في هذه الحالة يكون البلوغ بالسن، و الذي اختلف الفقهاء في تقديره كما يأتي:

- يقدر البلوغ بخمسة عشر سنة قمرية سواء للذكر أو الأنثى على حد سواء فهذه السن بلوغ لمن لم يحتلم، و هو المفتي به في المذهب الحنفي و رواية عن أبي حنيفة<sup>2</sup> ماذهب إليه أبي يوسف<sup>3</sup> و محمد<sup>4</sup> من الحنفية<sup>5</sup> و الشافعية<sup>6</sup> و الحنابلة<sup>7</sup>، و هو قول جماعة من أهل المدينة<sup>8</sup>، و هو المشهور عند الإباضية أيضا.<sup>9</sup>
- يقدر البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر، و سبعة عشر للفتاة و هو قول لأبي حنيفة<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> \_ نظيرة عتيق، حماية اللقيط دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و الموثيق الدولية، دار ابن بطوطة-الأردن، ط: الأولى، 2009م، ص 59.

<sup>2</sup> \_ المرغيناني (برهان الدين أبو الحسن)، الهداية شرح بداية المبتدي، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية-باكستان، ط: الأولى، 1417هـ-، (446/6).

<sup>3</sup> \_ أبو يوسف: هو القاضي أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم بن حبيب، أخذ العلم عن أبي حنيفة و لازمه طويلا و تفقه عليه فكان ذا رأي و عقل ثاقب، تولى قضاء بغداد في عهد المهدي و الهادي و الرشيد. يعد أبو يوسف أول من وضع الكتب على مذهب الحنفية و أملى مسائله و نشرها في مختلف الأقطار و مما تركه: كتاب الخراج و الأمالي و النوادر، و آراؤه الفقهية مبثوثة في كتب الحنفية. توفي سنة 192هـ.. للإمام أبو الوفاء القرشي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية، (611-612/3).

<sup>4</sup> - محمد: هو محمد بن الحسن بن فرقد، من موالي بني شيان، أبو عبد الله: إمام بالفقه و الأصول، وهو الذي نشر علم أبي حنيفة، نشأ بالكوفة، فسمع من أبي حنيفة و غلب عليه مذهبه و عُرف به و انتقل إلى بغداد، فولاه الرشيد القضاء بالرقعة ثم عزله. قال الشافعي: "لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن، لقلت لفصاحته". له كتب، منها "المبسوط أو الأصل"، و "الزيادات" و "الجامع الكبير". للإمام ابن خلكان، وفيات الأعيان، (184/4).

<sup>5</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (94/10).

<sup>6</sup> \_ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، (216/3).

<sup>7</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (599/6).

<sup>8</sup> \_ القرطبي (محمد بن أحمد)، الجامع لأحكام القرآن، (35/5).

<sup>9</sup> \_ أطفيش، شرح النيل و شفاء العليل، مكتبة الارشاد-جدة، ط: الثالثة، 1985م، (7/2).

<sup>10</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (598/6). ■ المرغيناني، الهداية، (446/6).



- يقدر البلوغ بثماني عشرة سنة للذكر و الأثنى، و هذا هو المشهور عند المالكية<sup>1</sup>.
  - يقدر البلوغ بتسعة عشر سنة و هو قول ابن حزم<sup>2</sup>.
- أما في مسألة أهلية الزواج اختلف الفقهاء في مدى مشروعية زواج الصغير و الصغيرة على قولين هما:
- القول الأول: ذهب الجمهور ومنهم أئمة المذاهب الأربعة<sup>3</sup> بجواز زواج الصغار وعدم اشتراط البلوغ في صحة زواج، و قد استدلوا بالكثير من الأدلة منها ما يأتي :

• **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالَّتِي بَلَغَتْ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْتَبِتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ**

**وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا**

﴿٤﴾ [الطلاق:04]، ووجه الدلالة أن الصغيرات اللائي لم يبلغن سن الحيض عدتهن ثلاثة أشهر

وهذا دليل على صحة الزواج؛ حيث أن سبب العدة شرعا هو الطلاق بعد الزواج و الطلاق و العدة منه لا يترتبان إلا على زواج صحيح، و في هذا دليل على تصور زواج الصغار و بهذا قال الكثير من علماء التفسير.<sup>4</sup>

فالآية دالة على أن عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر و العدة لا تكون إلا بعد الطلاق، و الطلاق لا يكون إلا بعد زواج فدللت الآية على جواز تزويجها، قال ابن حجر: " و هو استنباط حسن "<sup>5</sup>.

1\_ الخطاب، مواهب الجليل، (633/6).

2\_ ابن حزم الأندلسي (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الثانية، 2003م، (102/1).

3\_ السرخسي، المبسوط، (212/4). ■ القرافي، الدخيرة، (217/4). ■ ابن قدامة، المغني (379/7). ■ المرغيباني، الهداية، (39/3).

4\_ الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (54/23). ■ القرطبي، أحكام القرآن، (165/18). ■ البغوي (أبي محمد الحسين بن مسعود)، تفسير البغوي معالم التنزيل، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع-بيروت، ط: الأولى، 2003م، ص1323. ■ ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل القرشي)، تفسير القرآن العظيم، مؤسسة المختار، القاهرة-مصر، ط: الثالثة، 1423هـ-2002م، (380/4).

5\_ المرجع نفسه، (156/9).



• **قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ**

**وَرُبْعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا»** [النساء: 03].

ووجه الدلالة أن اليتيم من توفي أباه و هو لم يبلغ بعد، و أن لفظ اليتامى في الشرع يطلق على الصغيرات اللاتي لم يبلغن لحديث علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنه قال حفظت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حيث قال: «لا يتم بعد احتلام»<sup>1</sup>. قال ابن حجر: "و فيه جواز تزويج اليتامى قبل البلوغ لا يقال لهن يتيما ت إلا أن يكون أطلق استصحابا لخالهن"<sup>2</sup>.

• عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «تزوجها وهي بنت ست سنين وأدخلت عليه وهي بنت تسع و مكثت عنده تسعا»<sup>3</sup>، و قد أعترض على هذا بأن زواج النبي - صلى الله عليه وسلم - له من الخصوصية التي لا تتعداه إلى غيره كزواجه بأكثر من أربع<sup>4</sup>، و أجيب بأن دعوى الخصوصية لا تثبت إلا بدليل و لا دليل يدل على خصوصية النبي - صلى الله عليه وسلم - في هذه المسألة و لو كانت خصوصية لثبت بالدليل كما في زواجه - صلى الله عليه وسلم - بأكثر من أربع<sup>5</sup>.

• أجمع أهل العلم على مشروعية نكاح الصغار وأنه جائز بلا خلاف إذا زوجت من كفاء، كما يجوز له تزويجها مع كراهيتها و امتناعها<sup>6</sup>، جاء في فتح الباري: "أجمعوا أنه يجوز للأب تزويج ابنته الصغيرة البكر ولو كانت لا يوطأ مثلها"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> \_ أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ماجاء متى ينقطع اليتيم، رقم الحديث: 2873، (2/323).

<sup>2</sup> \_ ابن حجر، فتح الباري، (8/194).

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار، رقم الحديث: 5133، (3/1059).

<sup>4</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (9/40).

<sup>5</sup> \_ الأشقر (عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس - الأردن، ط: الأولى، 1997م، ص 125.

<sup>6</sup> \_ النووي، شرح النووي لصحيح مسلم، (9/1703).

<sup>7</sup> \_ ابن حجر، فتح الباري، (9/156).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

-القول الثاني: ذهب أبو بكر الأصم<sup>1</sup> و ابن شبرمة<sup>2</sup> إلى منع تزويج الصغار مطلقا من غير تفريق و عدم جوازه و اعتباره باطلا،<sup>3</sup> و عمدتهم الكثير من الأدلة منها ما يأتي :

• **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ<sup>ط</sup> وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ<sup>ع</sup> فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴿٦﴾ [النساء:06].

فقد جعلت الآية الزواج مقرونا بالبلوغ و جعلته مرتبا عليه، فبين الله عزوجل أن بلوغ سن الزواج علامة تشير إلى انتهاء مرحلة الصغر، كما أنه لا يستفاد من العقد قبل البلوغ و لا تظهر ثماره و في إثباته ضرر بالصغير كالمعاشرة و السكن النفسي و التناسل؛ و لو صح زواج الصغار لما كان لهذه الغاية معنى؛ فبلوغ سن النكاح هو علامة لانتهاء الصغر فلو كان الزواج يصح في سن الصغر

لما كان للآية معنى.<sup>4</sup> وقد رد عليهم بأن المقصود من **قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ**

**إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** ﴿٦﴾ يعني القدرة على الوطاء و ليس البلوغ.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ أبو بكر الأصم: هو عبد الرحمن بن كيسان بن جرير مولى خالد بن عبد الله بن أسيد القرشي الأموي، تلقى تعليمه في مكة و المدينة و العراق، اشتهر بالأصم لصمم كان فيه، من شيوخ المعتزلة الكبار، كان فقيرا شديدا الصبر، جليل القدر فصيحاً فقيها ورعا، من مؤلفاته كتاب تفسير القرآن الذي وصف بأنه عجيب، قيل أنه توفي سنة 200هـ أو 201هـ، و قال آخرون 226هـ.

للـ: ابن حجر، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت، ط: الثانية، 1971م، (427/3) الزركلي، الأعلام، (323/3).

<sup>2</sup> \_ ابن شبرمة: - بضم الشين والراء - هو عبد الله بن طفيل بن حسان أبو شبرمة الضبي فقيه العراق ، وقاضي الكوفة كان فقيها شاعرا ، أحد المجتهدين في القرن الثالث الهجري ، حدث عن أنس بن مالك و أبي الطفيل عامر بن واثلة ، وعامر الشعبي ، و أبي سلمة بن عبد الرحمن والنخعي وغيرهم ، حدث عنه الثوري ، وابن المبارك ، وابن عيينة كان ابن شبرمة من أئمة الفروع ، وليس بالمكثر في الحديث توفي رحمه الله سنة 144 هـ.

للـ: ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب، (205/2).

<sup>3</sup> \_ السرخسي، المبسوط، (212/4). ■ الكاساني، بدائع الصنائع، (353/3). ■ ابن رشيد-الحفيد- ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (5/2).

<sup>4</sup> \_ محمد فهرشقفه، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين و النصارى و اليهود دراسة فقهية قانونية مقارنة في ضوء الإجتهد القضائي، دون دار نشر، (د.ط)، (د.ت)، (219/1).

<sup>5</sup> \_ ابن العربي (أبي بكر محمد بن عبد الله)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية-لبنان، طبعة جديدة، 2003م، (418/1).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

• حديث النبي - ﷺ - حيث قال: « لا تنكح الأيبر حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن . » قالوا يارسول الله و كيف إذنها قال: « أن تسكت »<sup>1</sup>.

فالحديث فيه دلالة على أن الزواج لا يكون إلا باستئذان المرأة بكرا أم ثيبا، والإذن لا يتأتى من الصغيرة التي لم تبلغ اتفاقا سواء كان بالتصريح أو بالصمت أو السكوت؛ لأنها ناقصة الأهلية أو فاقدة لها، فلا يؤخذ بإذنها حيث لا اعتبار له أصلا و يمتنع تزويجها لفوات الشرط.<sup>2</sup>

• زواجه من عائشة رضي الله عنها من خصائص النبي - ﷺ -.<sup>3</sup>

• هذا الزواج قد يكون فيه ضرر بالغ بالصغار إذ هو إجبار لهم على حياة مشتركة مؤبدة دون التأكد من الانسجام بينهما.<sup>4</sup>

و الذي يظهر من خلال استعراض أدلة الفريقين أن سبب الخلاف هو اختلافهم في فهم النصوص و تأويلها حيث وقع الخلاف في المقصود من البلوغ في من قول (النبي) عز وجل: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ هل هو البلوغ المعروف بعلاماته الطبيعية أو التقديرية، أم أن المعنى هو القدرة على تحمل الوطء، زد على اختلافهم في زواج النبي - ﷺ - من أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - هل هي خصوصية من خصوصيات النبي - ﷺ - أم أنه عام له و لأمته.

والذي يظهر أولى في المسألة جواز زواج الصغار و مشروعيته و العقد عليهم صحيح بوضوح الأدلة، ثم حديث السيدة عائشة - رضي الله عنها - نص في محل النزاع فلا ينبغي العدول عنه و لا يوجد ما يشير أن حديث السيدة عائشة رضي الله عنها كان خاصا بالنبي - ﷺ - لكن الأولى عدم التزويج إلا إذا ظهرت مصلحة راجحة، وباعتبار مآلات الأفعال و النظر فيها المعبر مقصوده

<sup>1</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب، رقم الحديث: 5136، (3/1060). ■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح برضاها، رقم الحديث: 1419، (2/724).

<sup>2</sup> \_ الزركشي (شمس الدين محمد بن عبد الله)، شرح الزركشي على مختصر الخرقي في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيكان-الرياض، ط: الأولى، 1993م، (5/85).

<sup>3</sup> \_ ابن حجر، فتح الباري، (9/156).

<sup>4</sup> \_ محمد فهرشقفه، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين و النصارى و اليهود دراسة فقهية قانونية مقارنة في ضوء الإجتهد القضائي، (1/219).

شرعا،<sup>1</sup> فالناظر في الحكم الشرعي يجب عليه الالتفات إلى ما يترتب على الحكم من آثار سواء من تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة، وحيث أننا لا نعلم ما سيؤول له هذا الزواج بعد بلوغ الصغير و الصغيرة و قد يكون لكل منهما رأي يؤثر في إبقاء عقد الزواج على حاله<sup>2</sup>.  
ثم إن الزواج تتعلق به حقوق و واجبات و مسؤوليات مما قد لا يطبقها الصغار في تحملها و لا آباءهم في تحمل تبعاتها فالصغير ممنوع من التصرف و تزويجه يعني الاعتراف بأهليته الكاملة لتحمل تبعات الزواج، فتزويجهما حسب الأدلة الشرعية غير واجب إنما هو جائز وهذا ما جعل بعض الفقهاء أن يضعوه ضمن المصالح الحاجية.<sup>3</sup>

#### البند الثاني: أهلية الزواج في القانون الجزائري

إذا كان الزواج في الفقه الإسلامي لم يكن موقوفا على سن معينة و لا معلقا على شرط بلوغ عدد من السنوات مضبوطة فإن النصوص القانونية تناولت مسألة الأهلية بالتنظيم، فقد اعتبر المشرع الجزائري أن تمام الأهلية بالسن المحدد قانونا للرجل و المرأة و لم يعتبرها بالبلوغ باعتبار أن الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة لما يترتب عليه من الالتزامات المالية و الحقوق و الواجبات المتبادلة و الممتدة التي لا تقتصر على الزوجين فقط بل تمتد للروابط الأسرية، لهذا كان من المصلحة الخاصة و العامة عدم السماح لكل فرد الإقدام عليه - أي الزواج - من غير نضج فكري و قدرة مالية و معرفة شؤون الحياة و الأعباء الزوجية.

أولا: أهلية الزواج قبل تعديل 2005

مر تحديد السن القانوني للزواج في الجزائر بعدة مراحل و يعزى الأمر في ذلك إلى الفترات التاريخية المتباينة التي مرت بها الجزائر قبل و بعد فترة الاستعمار الفرنسي

- المرحلة الأولى / قانون رقم 30-323 بتاريخ 02-05-1930: و هو القانون الصادر عن السلطة الاستعمارية الفرنسية في سنة 1930 م، و يمثل المرحلة الأولى من مراحل تقنين التشريع الأسري في الفترة الاستعمارية، و احتوى القانون على ثلاث مواد فقط، حددت أهلية الزواج

<sup>1</sup> \_ الشاطي(أبي إسحاق غبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز - محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2004م، ص837.

<sup>2</sup> \_ مصطفى القضاة، التكبير في الزواج و الآثار المترتبة عليه دراسة فقهية قانونية مقارنة رؤية معاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2010م، المجلد 26، ع: الأول، ص448.

<sup>3</sup> \_ القرافي، الذخيرة، (219/4).

بخمسة عشر سنة للرجل و المرأة على السواء مع إمكانية إعفاء صادر عن الحاكم العام و لأسباب خطيرة للزواج قبل ذلك و بأخذ رأي لجنة مؤلفة من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر و قاضي الصلح و طبيب مع تصريح مسبق بالخطبة، و هذا ضمن قانون حول الخطوبة و سن الزواج لمنطقة القبائل<sup>1</sup>.

حيث جاء نص المادة الأولى من هذا القانون كما يأتي: "إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام الخامسة عشر كاملة و لا يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من أجل أسباب خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى مجلس قضاء الجزائر رئيسا و قاضي الصلح بالقبائل و طبيب ، يعين أعضاء هذا اللجنة في بداية كل سنة بقرار من الحاكم العام"<sup>2</sup>.

• المرحلة الثانية / قانون رقم 59-275: يمثل هذا القانون المرحلة الثانية من التطور التشريعي الأسري في الجزائر أثناء الاستعمار الفرنسي و هو قانون خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية و ذلك في عمالات<sup>3</sup> الجزائر و الواحات و الساورة، حيث أصبحت أهلية الزواج بخمسة عشر "15" سنة بالنسبة للمرأة و ثمانية عشر "18" للرجل ،تنص المادة الخامسة من هذا القانون على أنه: "لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة و لا للمرأة التي لم تبلغ 15 سنة أن يعقدا زواجا إلا أنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباب خطيرة"<sup>4</sup>.

وهذا القانون أبقى على تحديد السن في الزواج لكن أضاف زيادة لسن الرجل حيث قام برفعها لسن الثامنة عشر بينما أبقى سن المرأة دون تعديل.

<sup>1</sup> BENMELHA chaouti. le droit algérien de la famille, OPU, Alger, 1993,p20.

<sup>2</sup> \_ قانون رقم 30-323 بتاريخ 02-05-1930 المتعلق بالأهالي القبائل.

<sup>3</sup> \_ يقصد بالعمالة الولاية حاليا و قد كانت التسمية موجودة قبل صدور الأمر رقم 69-38 بتاريخ 23-05-1969م المتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم بقانون رقم 90-09 المؤرخ في 07 أفريل 1999م.

<sup>4</sup> \_ قانون رقم 59-274 الصادر في 04-02-1959م خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة.

للجريدة الرسمية، التاريخ: 03-30-1959م، ع:19.



وجاء في المادة العاشرة من نفس القانون : " لا تطبق أحكام هذا الأمر على عقود الزواج التي أبرمت وفقا لمذهب الإباضية" ،لقد كانت نية المشرع الفرنسي إحكام القبضة على الأسرة الجزائرية و إحداث التمييز العنصري بين أبناء المجتمع الجزائري أكثر منه مسألة تنظيمية.<sup>1</sup>

• المرحلة الثالثة / قانون 63-224: يعد القانون المؤرخ في 29-06-1963م أول نص قانوني يصدره المشرع الجزائري بعد الاستقلال، أصبحت أهلية الزواج وفق هذا القانون ستة عشر سنة "16" بالنسبة للمرأة و ثمانية عشر "18" بالنسبة للرجل، حيث نصت المادة الأولى من نفس القانون على أنه: "لا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة و لا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجا و يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسبابا خطيرة و ذلك بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية".<sup>2</sup>

أما بالنسبة للزواج الذي يبرم مخالفا لمسألة تحديد السن فقد نصت المادة الثالثة من نفس القانون على أنه : "بيطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، و يجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة".

وبهذا يمكن أن نفرق بين الدخول وعدمه فقبل الدخول فالأمر واضح أما إذا حصل فيه دخول وكان الزوجان لم يبلغا السن فإذا كان الزوجان قد بلغا قبل تحريك الدعوى من قبلهما أو ممن له مصلحة في هذا الزواج أو السلطة العامة التي لم يبلغها العالم بذلك إلا بعد أن صار الزوجان بالغين ،أما إذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن قد حملت وفقا لنص المادة الرابعة التي تنص على أن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة أو الذي لم يبلغ فيه أحدهما هذا السن لا يصلح الطعن فيه في الحالتين التاليتين :

أ/ إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.

<sup>1</sup> \_ يعد استرجاع السيادة الوطنية واستقلال الجزائر تم الإبقاء على سريان التشريعات القديمة وفق قانون 31-12-1962م ماعدا النصوص المخالفة للسيادة الوطنية الداخلية والخارجية أو ذات طابع استعماري أو تمييز عنصري ومنه تم إلغاء هذه المادة بموجب القانون رقم 63-224 الصادر بتاريخ 29-06-1963.

للـ: ابتسام مليط، الترخيص بالزواج قبل سن الأهلية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في تخصص قانون شؤون الأسرة، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012م، ص36.

<sup>2</sup> \_ قانون رقم 63-224 بتاريخ 29-06-1963م الخاص بتحديد سن الزواج .

للـ: الجريدة الرسمية، 02-07-1963م، ع:44.



ب/ إذا كانت الزوجة التي لم تبلغ السن قد حملت.<sup>1</sup>

وفي غير هذه الأحوال يكون زواج من لم يبلغ السن باطلا بطلانا مطلقا ويجوز الطعن فيه من جانب الزوجين أنفسهما أو من ذي مصلحة أو من قبل السلطة العامة وهنا يظهر الدور الذي تقوم به النيابة العامة فيما يتعلق بتقديم طلبات بطلان عقود الزواج باعتبار قواعده من النظام العام يجب المحافظة عليها و استقرارها.<sup>2</sup>

- المرحلة الرابعة / قانون 11-84: جاءت المادة السابعة من قانون: 11-84 و الذي يعد أول قانون للأسرة صادر بعد الاستقلال تنص على أنه " تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة والمرأة 18 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة".  
و يكون تقدير سن الزواج وقت إبرام العقد و ليس ساعة الدخول و يرجع في ذلك لدفتر الحالة المدنية عند وجوه أو شهادة الميلاد الخاصة بالزوجين<sup>3</sup>، فالقاعدة القانونية تحدد أهلية الزواج بسن معينة فقد تضمنت عدم السماح للفتى قبل 21 سنة و لا للفتاة قبل 18 سنة أن يتزوجا معا أو مع أجنبي أبدا مهما كانت إمكانيات قابليتهما الجسدية لهذا الزواج.

<sup>1</sup> \_ قانون رقم 63-224 بتاريخ 29-06-1963م الخاص بتحديد سن الزواج :

- المادة الأولى: "ليس للرجل قبل بلوغه ثماني عشرة سنة كاملة ولا للمرأة قبل بلوغها ست عشرة سنة كاملة أن يعقد زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة الإذن بالإعفاء من شرط السن."
- المادة الثانية: "يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو القاضي) المأذون (والزوجان وممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم الذين لم يراعوا السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، وبغرامة من أربعمئة إلى ألف فرنك جديداً أو بإحدى هاتين العقوبتين."
- المادة الثالثة: " يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة الأولى، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة، فإن كان قد حصل فيه دخول لم يصح الطعن فيه إلا من جانب الزوج فحسب 1916 "
- المادة الرابعة: " ومع هذا فإن الزواج المعقود من زوجين لم يبلغا السن المقررة، أو الذي لم يبلغ في أحدهما هذه السن لا يصح الطعن فيه في الحالتين الآتيتين:  
أولا: إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية.  
ثانيا: إذا كانت الزوجة لم تبلغ السن وقد حملت."

<sup>2</sup> \_ هذا طبقا للمادة 141 من قانون الإجراءات المدنية لأن الأصل أن لا تتدخل النيابة العامة في القضايا المدنية.

<sup>3</sup> ينظر: عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار-عنا، (د.ط)، 2006م، ص93.

<sup>3</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص117.

فالمشرع برفعه سن الزواج فإنه افترض أن يكون في حدود هذه السن بلوغ مستوى معين من الثقافة و النضج الاجتماعي من غير مساس للحرية الشخصية للمواطنين، إذ من المحتمل أن تكون فيه مراعاة للناحية الاقتصادية للمجتمع الجزائري من حيث زيادة السكان زيادة مذهلة دون أن تقابلها زيادة في الإنتاج، أو تكون فيه مراعاة للناحية الاجتماعية للمواطنين من حيث تربية الأجيال القادمة و توفير لها سبل التعليم والصحة والأمن و العدل.<sup>1</sup>

أما الاستثناء بجواز الزواج دون السن المحددة قانونا فهو ليس خروجا اعتباطيا، فقد أجاز المشرع الجزائري لكل من لم يبلغ السن المحددة لأهلية الزواج قبل ذلك إذا أثبت أن هناك ضرورة أو مصلحة في ذلك الزواج المراد إبرامه، واستطاع أن يحصل نتيجة لذلك على إعفاء من السن المطلوب وذلك بموجب إذن أو رخصة يطلبها من رئيس المحكمة التي يسكن بدائرة اختصاصها المعني نفسه أو وليه.

فالمشرع جعل القاضي رقبيا غير مباشر لهم وأمينا على مصالحهم ومقدرا عادلا غير ظالم لظروفهم الخاصة الاستثنائية التي قد تدفعهم للإقدام على الزواج قبل السن المحددة قانونا، والقاضي معفى من تسبب قبوله أو رفضه لطلب الإعفاء من سن الزواج، وأن ما يقرره في هذا المجال لا يقبل أية طريق من طرق الطعن أو المراجعة.

و لا بد من الإشارة هنا أن هذا الاستثناء الخاص بالزواج قبل سن الأهلية أصبح يشمل كلا الجنسين الرجل و المرأة على حد سواء؛ بعدما كان في السابق يقتصر على المرأة فقط، إضافة أن المشرع الجزائري قد منح القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات. ضف أن هذه المادة المحددة لسن الأهلية قد ألغت ضمينا المادة الأولى من قانون: 224-63، لكن الإشكال وقع في إلغاء بقية المواد الأخرى من نفس القانون و التي اشتملت على أحكام تتعلق بتنظيم قواعد لم يعالجها قانون الأسرة: 84-11.

فقد تضمنت المادة الثانية من القانون: 63-224 قاعدة قانونية تعاقب ضابط الحالة المدنية و الموثق والزوجين وممثليهما والشركاء الذين لم يحترموا السن القانوني المؤهل لعقد الزواج بالسجن من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة شهور و بالغرامة من 400 إلى 1000 فرنك جديد أو بإحدى العقوبات، و بالنظر لقانون الأسرة: 84-11 لم ترد قاعدة قانونية تعاقب مخالفتي سن الأهلية .

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص97.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

ويرى بعض شراح قانون الأسرة بأنه إذا كانت المادة السابعة من قانون الأسرة قد عاجلت نفس الموضوع الذي عاجلته المادة الأولى من القانون رقم: 224-63 و أن المادة 22 منه عاجلت جزءا من المادة الخامسة من القانون السابق فإن أحكام المادة الأولى تكون قد ألغيت ضمنا ؛أما أحكام المواد الباقية و التي لم يعالجها قانون الأسرة فإنها تعتبر أحكاما قابلة للتطبيق باعتبار أن المادة ما قبل الأخيرة من قانون الأسرة لم تتضمن نصا يلغي صراحة جميع أحكام القانون رقم: 224-63، وإنما تضمنت عبارة "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون" أي قانون الأسرة، فالأحكام المنصوص عليها ببعض المواد من القانون: 224-63 لا يوجد في القانون ما يماثلها و لا ما يخالفها أو يتعارض معها فتبقى سارية المفعول و قابلة للتطبيق.<sup>1</sup>

ثانيا: أهلية الزواج بعد تعديل 2005

حدد المشرع الجزائري سن الزواج للجنسين على قدم المساواة معا بتمام 19 سنة كاملة لكلا الجنسين، وهو ما جاءت به المادة 07 المعدلة من قانون الأسرة التي نصت: "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي 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".

هذا التعديل جعل أهلية الزواج تتطابق مع أهلية الشخص الراشد لمباشرة كامل حقوقه المدنية وفق ما ينص عليه القانون المدني الجزائري والذي لم تفرق بين الذكر والأنثى هذا خلافا لما كان عليه الأمر في السابق إذ كان بإمكان المرأة أن تتزوج في سن 18 سنة.<sup>2</sup>

تنص المادة 40 من القانون المدني على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة".

وقد جاء في أسباب تعديل نص المادة السابعة من قانون الأسرة: 84-11 وجود تعارض كبير في احتساب سن الرشد من جهة ؛وأهلية الزواج من جهة أخرى فالقانون قام بتوحيد سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء بتسعة عشر سنة تطابقا مع سن الرشد المدني مع الإبقاء على إمكانية ترخيص القاضي بالزواج لمن هو دون هذه السن لضرورة أو مصلحة متى تأكدت قدرة الطرفين على

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص99.

<sup>2</sup> \_ يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، (د.ط)، 2011م، ص15.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الزواج، إضافة أن هذا التعديل المتضمن تقرير سن موحد بالنسبة لكل من الرجل و المرأة هو من باب المساواة بينهما.<sup>1</sup>

وتحديد أهلية الزواج بسن معينة وضع حدا لما كان يجري به العمل داخل العائلة الأبوية من زواج مبكر بالنسبة للفتاة خاصة؛ وما كان يترتب عنه من عواقب مضرّة، فقد سائر المشرع الجزائري اعتبارات سن الرشد القانوني والمالي وتبعات الحياة الزوجية المادية ومسؤوليات الزواج الجسيمة والخطيرة التي تتطلب نضج فكري ونفسي مؤهل للزواج، فتحدد السن هو مصلحة جلية رآها المشرع الجزائري، كإجراء تنظيمي.

ويذهب الدكتور محمد محدة إلى أن السلطة التشريعية لها الحق في تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع؛ وتحميها مبررة عملها بما أثبتته الأطباء وعلماء الاجتماع وأن زواج الصغار يترتب عليه الكثير من الأضرار الجسمانية والنفسية والاجتماعية.<sup>2</sup> وهناك من يرى، أن تحديد سن الزواج يفترض فيه أن يخضع لدراسة اجتماعية للبيئة الجزائرية، يشترك فيها كل من علماء الاجتماع، و أطباء، و رجال دين و قانون، و ذلك للوصول إلى

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 67-68.

<sup>2</sup> \_ يرى الدكتور محدة -رحمه الله- معلقا على قانون 84-11 بتحديد الأهلية ب18 سنة للمرأة و 21 سنة للرجل أن تعقد الحياة و صعوبة الطرق المعيشة فالزواج أصبح مطالب بتأمين النفقة على الأسرة الناشئة و الزوجة تنال من جسمها و صحتها العلاقة الجنسية و تبعات الزوجية، و فوق هذا و ذلك فإن الزواج أبدي به تنشأ الأسرة و تكون رعاية الأبناء و كل هذه التبعات التي يفرضها عقد الزواج تفترض أن يكون المتعاقد جسما قادرا على تحملها و متمتعا بقدر كاف من التمييز يستطيع معه إدراك نتائج و عواقب ما هو مقدم عليه و هذه لا تكون إلا ببلوغ الشخص سنا معينة، و يرى أيضا أن المشرع بالغ في تحديد سن الزواج فلو أبقاها كما كانت قبل قانون 48-11 و هي 16 سنة للزوجة و 18 سنة للزوج لكان أفضل و هذا نظرا لما تتسم به البلد من مناخ و خشية العنت الذي قد يكون مبررا في السماح من طرف القاضي و لو قبل به لانقلب الاستثناء إلى الأصل و الأصل إلى الاستثناء.

<sup>3</sup> ينظر: محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص 131-132.

حسب إحصائيات لسنة 1998 تبين أن متوسط سن الزواج في الجزائر قد ارتفع إلى واحد و ثلاثين سنة بالنسبة للرجال و سبعة و عشرين سنة بالنسبة للنساء فالفرق شاسع بين ما حدده الفقه الإسلامي و ما حدده القانون و ما يعكسه الواقع .

<sup>4</sup> عادل بغره، أسباب تأخر سن الزواج في الجزائر و أثره على الخصوبة دراسة مقارنة بين المسح الجزائري حول صحة الأم و الطفل و المسح الجزائري حول صحة الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في تخصص الديموغرافيا، جامعة الحاج لخضر-باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية-قسم علم الاجتماع و الديموغرافيا، 2009م، ص 13-14.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الأفضل و تفادي الحالات العديدة التي يلجأ فيها إلى الزواج رغم عدم توافر السن القانونية، ولما يتبع ذلك من مشاكل بالنسبة لأبناء هؤلاء.<sup>1</sup>

وأهلية الزواج تتعلق بالنظام العام حيث لا يمكن إبرام عقد زواج دون مراعاة السن القانونية المحددة قانونا ولو ارتضى الطرفان قياسا على الأهلية بصفة عامة<sup>2</sup>، فالغرض هو حماية مصالح خاصة هي مصالح الأفراد إلا أنها تمسهم في مجموعهم و على هذا فلا يجوز التعديل فيها أو الاتفاق على مخالفتها، تنص المادة 45 من القانون المدني : " ليس لأحد التنازل عن أهليته و لا لتغيير أحكامها".

وجاء تعديل المشرع لسن الأهلية في عقد الزواج لكلا الجنسين و تحديدها بتسعة عشر سنة ليخلق التجانس القانوني مع سن الأهلية في القانون المدني و أيضا قانون الجنسية<sup>3</sup>، فقد كانت المادة السابعة السابقة من قانون الأسرة 84-11 محددة لأهلية الزواج ب21 سنة و ب 18 سنة على التوالي لكلا من الرجل و المرأة؛ و كان هذا المعيار منتقدا باعتبار أن في التشريع الجزائري تعارضا كبيرا في احتساب سن الرشد و الأهلية للمرأة التي تعتبر كاملة الأهلية بتمام 18 سنة في قانون الأسرة و قاصر بموجب أحكام المادة 40 من القانون المدني الذي يحدد سن الرشد بتمام 19 سنة لكل من الرجل و المرأة و كلاهما قاصر بموجب أحكام قانون الجنسية القديم الذي كان يحدد قبل التعديل سن 21 سنة للجنسين في مادته الرابعة و التي أصبحت تنص على : " يقصد بسن الرشد في مفهوم هذا القانون سن الرشد القانوني ".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية و الإدارية، العلوم القانونية و الإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس-كلية الحقوق، 2009-2010م، ص177.

<sup>2</sup> \_ عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، ص100.

<sup>3</sup> \_ تم توحيد سن أهلية الزواج و تحديدها بثمانية عشر سنة وفق المادة 19 من مدونة الأسرة المغربية بعدما كان في مدونة الأحوال الشخصية قبل إلغائها يكتمل بثمان عشرة سنة بالنسبة للفتى و بخمس عشرة سنة شمسية كاملة، و كذلك أصبحت أهلية الزواج موحدة مع سن الرشد القانوني الذي يكتمل بثمانية عشر سنة طبقا للمادة 209 من مدونة الأسرة، كما وحد المرع الموريتاني بين سن الزواج و سن الرشد القانوني الذي يكتمل بدوره بإتمام ثمانية عشر سنة كما نصت عليه مقتضيات المادة 18 من قانون الإلتزامات و العقود الموريتاني، أما المشرع التونسي فيمنع الزواج على المرأة و الرجل ما لم يبلغا ثمانية عشر سنة كاملة كما نص على ذلك الفصل الخامس من مجلة الأحوال الشخصية، أما في ليبيا فتقضي المادة السادسة من القانون رقم 10 لسنة 1984م باكتمال أهلية الزواج ببلوغ سن العشرين . للإشارة: محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص59-60.

<sup>4</sup> \_ الأمر رقم 01-05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ - الموافق 27 فبراير 2005م المعدل و المتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ 17 شوال 1390هـ - الموافق 15 ديسمبر 1970م المتضمن قانون الجنسية الجزائرية. ===



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

وفي المجال الجزائري سن اكتمال الأهلية و المسؤولية الجزائرية هو 18 سنة للرجل و المرأة ، و هذه فوضى و ازدواجية تشريعية في النصوص تستدعي الإصلاح التشريعي الذي يقتضي توحيد السن بجعل سن الرشد لدى كلا الزوجين محدد ب19 سنة.<sup>1</sup>

وجعل المشرع الجزائري أهلية الزواج منتهية بسن الحضانة في الحالات العادية و هو بهذا يحافظ على الفتاة التي تكون أمها مطلقة فتنتقل مباشرة من بيت أمها الحاضنة إلى بيت زوجها ، تنص المادة 65 قانون الأسرة : "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى سن 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية على أن يراعى في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون".<sup>2</sup>

==> الجريدة الرسمية ، 27 فبراير 2005م ، ع:15

كانت المادة الرابعة قبل التعديل كما يلي : " يعتبر بالغاً لسن الرشد حسب مدلول هذا الأمر كل شخص ذكر أو أنثى بلغ إحدى و عشرين سنة من العمر ، تقدر الأعمار و الآجال المنصوص عليها في هذا القانون حسب التاريخ الميلادي".

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد ، ص68.

يذهب الدكتور بلحاج العربي إلى أنه ليس هناك ازدواجية قانونية فوضى نصوص لأن المشرع في القانون المدني اقتصر على تنظيم الأحوال العينية أو الروابط المالية و هو النص العام تاركا تنظيم الأحوال الشخصية لقانون الأسرة و هو النص الخاص و القاعدة العامة في حالة التعارض أن الخاص يقيد العام في حالة التعارض ضف أن القانون المدني أسبق على قانون الأسرة و المبدأ أن اللاحق يلغي السابق عند التعارض بينهما . > ينظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، ص39.

<sup>2</sup> \_ وافق المشرع الجزائري في مسألة حضانة البنت فقهاء المالكية الذين قالوا بأن مدة حضانة البنت حتى تتزوج ، قال الدسوقي : "وحضانة الأنثى حتى يدخل بها الزوج أي فلو طلقت قبل البناء استمرت حضانتها ولا تسقط بالعقد ولا بالطلاق".

وقال عيش " : وحضانة الأنثى إلى الدخول فقط . أما إذ اطلقت قبل البناء لتسقط حضانتها وأما لو دخلت زمنه واستمرت زمنه حتى تأتمت لم تسقط حضانتها وأن الزوج إذا دخل بها غير مطيقة الوطاء سقطت حضانتها ولا حضانة بالدخول حتى تطيق". ويتضح لنا من النصوص ويتضح لنا من النصوص أن حضانة البنت تستمر حتى يدخل بها الزوج . فليس العقد ولا الطلاق والدخول غير الحقيقي ولا الدخول غير المطاق يسقط حضانة الأم لبنتها . فالملاحظ أن البنت تكون في معية أمها إلى أن تتزوج وإن لم تتزوج تكون مع أمها ، لأنه من خلال النصوص لم يذكر وقت لتسليم الأب وإذا لم تكن مع الأب بداهة تكون مع الأم ، إضافة إلى ذلك ذكر الأحوال السابقة على أنها لا تسقط حضانة الأم.

> ينظر: نسيبة الحسن محمود علي، الحضانة و أثرها في تربية الطفل على ضوء الفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل دجة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة الخرطوم-السودان، كلية الدراسات العليا-قسم الدراسات الإسلامية، 2006م، ص97.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

وقد تعرض المشرع لإمكانية الترخيص لمن هو أقل من السن المحددة في المادة لكنه لم يحدد السن الأدنى الذي يمكن القاضي أن يصل إليه مع مراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون وهي القدرة الجسدية والمادية على تحمل المسؤولية.<sup>1</sup>

ومنح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في الترخيص للقاصر بما تتطلبه المصلحة و الضرورة، وهناك من يرى بأن السن الأدنى الذي لا يجوز أن ينزل عليه القضاء في منح الترخيص بالزواج إلى جانب التأكد من قدرة الطرفين على ذلك و تحمل توابعه هو سن 13 سنة على اعتبار أنه سن التمييز وفق ما نصت عليه المادة 42 من القانون المدني الجزائري، ولأن الترشيد يمكن أن يتحصل عليه في حدود سن التمييز وفق ما بينته المادة 84 من قانون الأسرة حيث تنص على أنه: " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة فيقاس عليه الترشيد المتعلق بالزواج.<sup>2</sup>

وهناك من يرى أيضا أنه لا يمكن النزول في جميع الأحوال عن سن 15 سنة لاعتبارات تتعلق بالبلوغ الجسدي و لأنها مرحلة البلوغ في الفقه الإسلامي في الغالب، و خاصة و أن القانون نص على أن الزوج القاصر يكتسب أهلية التقاضي بشأن الحقوق و الواجبات.<sup>3</sup>

وهناك من يرى أن القاضي لا يجب عليه أن ينزل عن سنة أو سنتين عن سن الأهلية 19 سنة واستثناء جدا أربع سنوات.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص61.

<sup>2</sup> \_ مراد كامل، نحو دور فعال للنصوص القانونية في معالجة ظاهرة تأخر سن زواج الشباب الجزائري، مجلة المعيار - كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2010م، ع22، ص909.

<sup>3</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص61.

<sup>4</sup> \_ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل

شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م، ص54.  
من التشريعات العربية التي حددت حدا أدنى لمنح الترخيص التشريع السوري الذي حدد الحد الأدنى لسن الزواج ب 15 سنة للذكر و 13 سنة للإنتى. طبقا للفقرة الأولى من المادة " : 18 إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشرة و طلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما " ، أما المشرع المغربي و التونسي و المصري فلم يحددا الحد الأدنى لسن الزواج.

لللقانون الأحوال الشخصية السوري: رقم 59 المؤرخ: 07-09-1953م

و هناك من يرى أن الحد الأدنى لسن الفتاة ست عشرة سنة كاملة و للفتى ثماني عشرة سنة و يمنع قيام الزواج مهما كانت المصلحة أو الضرورة إذا كانت السن وقت العقد دون ذلك.<sup>1</sup>

فأمام هذا الاستثناء -إذنا- يجب على القاضي أن يقدر المصلحة و أعمال سلطته في أضيق الحدود حتى لا يفتح باب زواج الصغار، ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة و لم يضع لها معيارا يمكن اعتماده لتحديدتها فيمكن أن يستخلصها القاضي بعد الاستماتع إلى أبوي القاصر أو رأي الطبيب المختص كالأستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي حسب مقتضيات الحال،<sup>2</sup> أو من لقاء بين القاضي و القاصر أو القاصرة الراغبين و من باب المصلحة القوة الجنسية الجامحة و حمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها و بالتالي طلب زواجها ممن تسبب في حملها أو ممن اغتصبها.<sup>3</sup>

وهذا الزواج يتوقف على موافقة الولي باعتباره قاصرا فإن امتنع و ليه و تمسك كل طرف بموقفه يرجع الأمر إلى القاضي الذي يقرر إما تزويج القاصر أو منعه و بت القاضي في مسألة الترخيص يعتبر باتا و غير قابل للطعن فهو عمل و لائي لا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.<sup>4</sup>

وإذا كانت المصلحة و الضرورة هي مناط الترخيص فالقاضي يقوم بإعمالها أما إذا تعلق الأمر بفعل هتك العرض، أو الاغتصاب الواقع على القاصر حسب مقتضيات المادة 336 المعدلة من قانون العقوبات<sup>5</sup> التي تنص على أن: " كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن من خمس 5 سنوات إلى عشر 10 سنوات .إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة 18 سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر 10 سنوات إلى عشرين 20." <sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2000م، ع:1، ص24.

<sup>2</sup> \_ جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 1999 م، ع:4، ص79.

<sup>3</sup> \_ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، ص50.

<sup>4</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص121

<sup>5</sup> \_ الأمر رقم:66- 56: المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم. للجريدة الرسمية، التاريخ:30-12-2015م، ع:71.

<sup>6</sup> \_ عدلت المادة بالقانون رقم 01-14 المؤرخ في 04-02-2014 و كان نص الفقرة الثانية المعدلة كما يلي: " كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات و إذا وقع هتك العرض ضد قاصر لم يكمل الخامسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة " .

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فالترخيص في هذه الحالة لا يعدو أن يكون غايته الأولى والأخيرة ستر الفضيحة الأخلاقية، وإفلات الفاعل من العقوبة، فهو بهذا بعيد عن الأهداف الحقيقية للزواج والتي أهمها السكينة والطمأنينة فكيف لهذه الغايات أن تتحقق في رابطة بين الجاني والجاني عليه.<sup>1</sup> و نفس الأمر متعلق بزواج المخطوفة أو المبعدة و التي تنص المادة 326 من قانون العقوبات : " كل من خطف أو أبعده، أو حاول اختطاف أو إبعاد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة و ذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 2000 دينار، و إذا تزوجت القاصر المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله." فالمشرع بعد أن جرّم فعل الاختطاف أو الإبعاد تراجع إلى الوراء بقصد حماية مصلحة الضحية المخطوفة أو المبعدة، ذلك أنه في حالة زواج القاصرة من خاطفها فلا يمكن أن تُتخذ ضده إجراءات المتابعة الجزائية إلا بناء على شكوى من لهم صفة في طلب بطلان عقد الزواج، ثم تراجع خطوة ثانية وقال " : لا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله"، وكان إعلان رغبة المخطوفة في الزواج من خاطفها وإبرام عقد الزواج بينهما، عمل يزيل الصفة الجرمية.<sup>2</sup>

و هنا قد نجد أنفسنا أمام تفاوت تقدير المصلحة و الضرورة لاختلاف الأعراف و العادات من منطقة لأخرى، ثم إن "العلاقة بين الرجل و المرأة ليست فقط علاقة تحكمها النصوص القانونية و لكنها علاقة إنسانية تقوم على أرض الواقع تنمو و تتفاعل و تتطور مع هذا الواقع"<sup>3</sup> و يمنح القاضي الترخيص بالترشيد للقاصر فإن هذا الأخير يكتسب أهلية التقاضي في حدود ضيقة وهذا في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره.

وهذه المقتضيات الجديدة المكرسة بترشيد القاصر في الزواج مقتبسة أصلا من المادة 476 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب قانون 5 يوليو 1974 والتي تقتضي بأن القاصر يرشده الزوج بقوة

<sup>1</sup> \_ سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 47-48.

<sup>2</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 67.

<sup>3</sup> \_ إدريس الفاحوري، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر - مجلة فصلية للدراسات و الوثائق القانونية، ع 09، ص 11.

القانون أي دون استصدار حكم قضائي.<sup>1</sup>

و أهلية التقاضي تعني صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات أمام القضاء ويكتسبها الزوج القاصر طبقا للمادة السابعة فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات و هو ما لم يكن موجودا قبل 2005م، و يحق له رفع الدعوى مادام تتوفر فيه الشروط المحددة وفق المادة 13 من قانون الإجراءات الإدارية و المدينة؛ و التي تنص : "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

و طبقا لهذه المادة نجد أن تخلف الأهلية يترتب عليه بطلان العمل القضائي فهو شرط لمباشرة الدعوى و ليس شرطا لوجودها، لكن المادة السابعة منحت كإستثناء للزوج القاصر الذي لم يبلغ سن البلوغ القانوني الذي يسمح له بإبرام عقد الزواج، أي يتمتع بحق اللجوء إلى القضاء و رفع دعوى قضائية حتى و إن لم يكن قد بلغ السن المشترطة فقط فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات. لكن الإشكالية التي ستظهر أن الزوج القاصر رشده المشرع في نطاق آثار الزواج فقط لكنه لا يملك قدرة التصرف في أمواله كونه ناقص الأهلية طبقا للمادة 81 من قانون الأسرة التي تنص : "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عليه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

تنص المادة 88 في فقرتها الأولى من نفس القانون : "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص و يكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

ثم إن المشرع لم يعط للزوجة القاصرة نفس الحق الذي أعطاه للزوج القاصر من حيث الآثار المترتبة على عقد الزواج، و هنا كما يرى أساتذة القانون يطرح إشكالا عمليا على مستوى القضاء، فحين ترفع الدعوى من قبل الزوج القاصر المتمتع قانونا بأهلية التقاضي ضد زوجته لقاصرة، فهل أن هذه الأخيرة تحضر إجراءات المرافعة بصفتها زوجة قاصرة أم أن وليها يتولى الحضور والمرافعة عنها بهذه الصفة؟ خاصة إذا علمنا أن قضايا شؤون الأسرة، وخاصة الزواج والطلاق من القضايا المعقدة جدا

<sup>1</sup> \_ Article 476 Code civil français :

« La personne en tutelle peut, avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, être assistée ou au besoin représentée par le tuteur pour faire des donations.

Elle ne peut faire seule son testament après l'ouverture de la tutelle qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, à peine de nullité de l'acte. Le tuteur ne peut ni l'assister ni la représenter à cette occasion.

Toutefois, elle peut seule révoquer le testament fait avant ou après l'ouverture de la tutelle.

Le testament fait antérieurement à l'ouverture de la tutelle reste valable à moins qu'il ne soit établi que, depuis cette ouverture, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu. »

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

والتي تحتاج إلى إجراءات و شروط خاصة ، و هل يمكن لولي الزوجة حضور جلسة الصلح في قضايا الطلاق أم لا؟ و في حالة الإجابة بالنفي، هل يجوز أن يسمع القاضي الزوجة القاصرة الحد دون حضور وليها؟<sup>1</sup>

ولا يمكن إغفال تأثيرات الاتفاقيات الدولية على التشريعات الداخلية ومنها الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر<sup>2</sup> والتي جعلت سن الطفولة يمتد إلى 18 سنة و بالتالي فإن سن 19 سنة يعتبر سن الرشد و ليس من بلغ هذه السن بطفل وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري و وفقا للاتجاه الدولي و المعايير الدولية الجديدة، و أيضا اتفاقية سيداو لسنة 1979م و اتفاقية نيويورك لسنة 1962م و التي أكدت على ضرورة فرض سن دنيا للزواج من الدول المصادقة عليها و ذلك بقصد القضاء على ظاهرة زواج الأطفال.<sup>3</sup>

إن هذه التحويرات القانونية يعكس صدى النقاش و الجدل الفكري سواء بين رجال القانون أنفسهم أو بين رجال السياسة و الجمعيات الحقوقية و أنصار الحداثة؛ بما فيها تأثير التيار الرفض لقانون الأسرة باعتبار أنه لم يحترم المبادئ الواردة في الدستور التي تتعلق بالمركز القانوني للمرأة حيث اعتبره قانونا ماسا بكرامة المرأة بحيث لا يعترف بالأهلية الكاملة لها<sup>4</sup>، و بالتالي فإن تكريس المساواة بين الجنسين أصبح مطلبا ملحا من طرف هذا التيار، و إقرار المساواة بين الرجل و المرأة يعني بالضرورة إقصاء كل تمييز<sup>5</sup>، فهو يرى أن عدم المساواة بين الجنسين هو تبرير للنظرة الدونية للمرأة حيث، تنص المادة 16 في فقراتها الثلاث الأولى من الاتفاقية:

<sup>1</sup> \_ يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2007م، ص15.

<sup>2</sup> \_ صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية في 19 ديسمبر 1992 بالمرسوم الرئاسي 9/461/92 المؤرخ في 19-12-1992 للـ: الجريدة الرسمية، التاريخ: 23 ديسمبر 1992م، ع: 91.

<sup>3</sup> \_ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النص و اجتهادات القضاء، ص15.

<sup>4</sup> \_ دليلة حميرش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم 2005، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علم اجتماع قانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإنسانية-قسم العلوم الاجتماعية، 2014م، ص83.

<sup>5</sup> \_ تنص المادة رقم 1 من الاتفاقية: " لأغراض هذه الاتفاقية يعنى مصطلح " التمييز ضد المرأة " أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من إثارة أو أغراضه توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل "



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

"تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة: أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه؛".

في حين هناك من يرى أن هذه المساواة هي شكلية أكثر منها مساواة جوهرية لا تخدم المجتمع الجزائري باعتبار أن ما يعانيه ليس الزواج المبكر بل التأخر في الإقدام على الزواج بسبب مشكلة البطالة والعجز عن تحمل تكاليف الزواج.<sup>1</sup>

ثم من الناحية الواقعية مساواة الرجل والمرأة في الزواج لا يخدم المرأة حيث من الثابت علميا أن المرأة تبلغ قبل الرجل ومن ثم تصبح مؤهلة للزواج قبله؛ وتصبح هذه المساواة الشكلية ظالمة لها لأنه قد تفوتها عروض زواج.<sup>2</sup>

ثم علينا أن ننظر إلى الرجل والمرأة نظرة واحدة باعتبار تكاملهما، وليس تساويهما مساواة شكلية كما ينظر لذلك الفكر القانوني الدولي لحقوق الإنسان فالمساواة بين الرجل والمرأة تشمل جميع الكليات من : نفس و دين و عقل و نسل و مال ماعدا بعض التمايز و التفاوت بينهما في الوظائف العائلية كجعل القوامة من واجب الرجل مثلا والانجاب والرعاية من واجب المرأة و هي ناتجة عن الفروق الفيزيولوجية.<sup>3</sup>

فكلا من المرأة والرجل من أصل إنساني، واحد ولكل منهما خصائص إنسانية تماثل الآخر مماثلة تامة، وفي النظرة الإسلامية المرأة صنو الرجل، ولها خصائص الإنسان مع الرجل سواء بسواء، فهو وهي إنسان مكلف، أما عن المساواة فقد ساوى الإسلام بينهما في المسؤولية الخاصة والعامة، وفي الثواب والعقاب، كما نص في أنواع العقوبات الأخرى على المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة، وذلك بلا فرق ولا تفاوت ولا مفاضلة، وكما ساوى بينهما في المسؤولية الخاصة والعامة، كما ساوى

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج و الطلاق بعد التعديل، ص 25.

<sup>2</sup> \_ عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014م، ص 46.

<sup>3</sup> \_ هدى محمد حسن هلال، نظرية الأهلية دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه و علم النفس، المعهد العالمي للفكر الإسلامي- فرجينيا، ط: الأولى، 2011م، ص 233.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

بينهما كذلك في الحقوق العامة، حيث لا فرق في ذلك بين المتزوجة وغير المتزوجة، حيث تظل المرأة بعد الزواج تملك حق إبرام العقود وتحمل الالتزامات، فتحتفظ بحقوقها في التملك، ولها شخصيتها وثروتها الخاصة المستقلة عن شخصية وملك زوجها، لكن تبقى التباينات بين الرجل والمرأة بين إنسانين، وهما يمثلان طرفين كل منهما خلق في هذه الدنيا بصفات وإمكانات مختلفة، وكل منهما مكلف بالقيام بمسؤولية تتناسب مع إمكانياته واستعداداته، وبذلك فإنه لا تقل قيمة دور كل منهما بالنسبة لدور الآخر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> \_ أحمد مبارك سالم، الأسرة في الإسلام حقوق وواجبات، سلسلة دعوة الحق -رابطة العالم الإسلامي، السنة الثامنة و العشرون، 1436هـ، ص21.

## المطلب الثالث: شرط الولي في عقد الزواج

من أهم المستجدات التي جاء بها قانون الأسرة تلك المتعلقة بموضوع الولاية، فقد قام المشرع الجزائري بإعادة ترتيب مركز الولي في عقد الزواج، وذلك يجعله شرطا لصحة الزواج بعد أن كان ركنا من أركانه، من خلال المادة 9 مكرر التي جعلت الولي شرطا في المرتبة الثالثة بعد أهلية الزواج و الصداق. وجاءت المادة 33 المعدلة من نفس القانون في فقرتها الثانية تقضي بأنه " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوه يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

وجاءت المادة 11 تنص على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له".

و جاءت المادة 33 المعدلة في فقرتها الثانية تنص على أنه: " إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

و إذا كان المشرع الجزائري قد أبقى الولي موجودا في عقد الزواج بالنسبة للمرأة الراشدة فإن ما يطرح التساؤل هو كيف تتحقق الولاية عليها بالمنظور الجديد الذي جاء به المشرع خلافا لما كان عليه سابقا

### الفرع الأول: مفهوم الولاية في الزواج

البند الأول: تعريف الولاية في الزواج

أولا: تعريف الولاية لغة

الولاية بالكسر هي السلطان؛ و الإسم مثل الإمارة و النقابة و بالفتح هي النصر،<sup>1</sup> الولاية من وليت الشيء ولاية، الولي و هو القرب و الدنو يقال تباعد بعد ولي، و له معان كثيرة منها: المحب، وهو ضد العدو اسم من والاه إذا أحبه و الصديق و النصير من والاه إذا نصره.<sup>2</sup>

والولاية بالكسر: السلطان والولاية: النصر، يقال هم على ولاية أي مجتمعون في النصر

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب (407/15).

<sup>2</sup> الجوهري (إسماعيل بن حماد، تاج اللغة و صحاح العربية، (2529/6).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

والولي من أسماء الله الحسنى: وهو الناصر، وقيل المتولي لأمر العالم و الخلائق، القائم بها، و من أسمائه عزوجل الولي و هو مالك الأشياء جميعها المتصرف فيها.<sup>1</sup>  
والمولى في الدين هو الولي والنصير و منه:

﴿قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ

مِّنكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴿٥١﴾ [ المائدة: 51]، و ﴿قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَالَّذِينَ

كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [ الأنفال: 73]،

وتطلق الولاية على القرابة والخطة والإمارة والسلطان والبلاد التي يتسلط عليها الولي، وتطلق أيضا على المحب و الجار و الخليف و المعتق و المعتق و المالك و المنعم و المنعم عليه و الصاحب و القريب و غيرها من المعاني التي وصلت لواحد و عشرين عند صاحب تاج العروس.<sup>2</sup>

وولي المرأة هو: " الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد الزواج دونه".<sup>3</sup>

ثانيا: تعريف الولاية إصطلاحا

لم يعرف الفقهاء الولاية في الزواج بشكل خاص وإنما أطلقوا الأمر وعرفوا الولاية بشكل عام، فالناظر في كتب الفقه الإسلامي يجد أن الفقهاء لم يخصصوا بابا مستقلا للولاية بل جاء الحديث عنها في مواضع مختلفة كالزواج و الحجر و الوصايا و غيرها .

و تم رصد تعاريف كثيرة وسأذكر جملة - منها - ، ثم أتبعها ببعض ما وجه إليها من انتقاد أو اعتراض كما سيأتي:

الولاية هي : "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي"<sup>4</sup>، و التعريف للحنفية و يمكن مناقشته من عدة أوجه منها :

<sup>1</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب (407/15).

<sup>2</sup> \_ الزبيدي (محمد مرتضى الحيني)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (د.ط)، 1965م، ص 242-245.

<sup>3</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب (407/15).

<sup>4</sup> \_ التمرتاشي (محمد بن عبد الله)، تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1994م، (153/4). ■ ابن نجيم، البحر الرائق، (192/3) ■ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (154/4).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

• التعريف غير مانع لأن التنفيذ لا يعبر عن تعريف الولاية، فالولاية صفة تقوم بالشخص و التنفيذ المذكور أثرها لا حقيقتها، و الحقيقة يمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض بأن أكثر الفقهاء لم يراعوا في التعريفات الدقة الفلسفية الموجودة عند المناطق و المتكلمين إنما يذكرون تعريفات تقف بها على معنى اللفظ و يحصل بها التمييز تركا منهم للتكلف و احترازا عما لا يعينهم لحصول مقصودهم دونها.<sup>1</sup>

• التعريف غير جامع لأفراد المعرف فهو مقتصر على مجال الأقوال دون الأفعال والولاية تتناول القول والفعل معا.<sup>2</sup>

• التعريف لا يتناول ولاية الشخص إلى نفسه وماله، مع أن الإنسان يكون ولي نفسه وماله قبل أن يكون ولي غيره فيكون التعريف غير جامع أيضا، ومن شرط التعريف أن يكون مانعا من دخول الغير عليه و أن يكون جامعا لأفراد المعرف<sup>3</sup>، أن عبارة "شاء أم أبي" تدل على أن المعرف هنا هي ولاية الإيجاب لا الولاية بمعناها العام، فقد قصر التعريف الولاية على الإيجاب دون ولاية إختيار و هو شامل لولاية المال و هي خارجة عن باب النكاح الذي يشمل النفس أو ولاية النفس و المال معا،<sup>4</sup> فيكون التعريف غير جامع لأنه قد اقتصر على نوع واحد من أنواع الولاية المتعددة فيكون التعريف يحوي عيبا ينبغي أن يكون التعريف سليما منه<sup>5</sup>.

و قام الكاساني<sup>6</sup> بتقسيم الولاية إلى قسمين الأول ولاية حتم و إيجاب؛ و الثاني ولاية ندب و استحباب و اعتبر التعريف السابق تنفيذ القول على الغير شاء أم أبي منصرفا إلى النوع الأول فقط؛ و قد عرف النوع الثاني بقوله: "و أما ولاية الندب و الاستحباب فهي الولاية على الحرة البالغة العاقلة بكرا كانت

<sup>1</sup> \_ البخاري (علاء الدين)، كشف الأسرار، (51/1).

<sup>2</sup> \_ نضال محمد أبو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة-الأردن، ط: الأولى، 2011م، ص34.

<sup>3</sup> \_ النشوي (ناصر أحمد إبراهيم)، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة-الاسكندرية، (د.ط)، 2005م، ص221.

<sup>4</sup> \_ ابن عابدين، رد المحتار، (154/4).

<sup>5</sup> \_ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية-الرياض، ط: الأولى، 1420هـ، ص25.

<sup>6</sup> \_ الكاساني: هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد بن علاء الدين الكاساني فقيه حنفي من أهل حلب، الإمام الثقة أحد أقطاب المذهب في عصره. أخذ العلم عن العديد من المشايخ منهم علاء الدين محمد السمرقندي، ابن ميمون الكحولي. تفقه على يد الكاساني خلق كثير أشهرهم الفقيه محمود الغزنوي. ولإمام تصانيف كثيرة: بدائع الصنائع، السلطان المين في سلطان الدين، وشرح تحفة الفقهاء. توفي في حلب سنة تسع و ثمانين و خمسمائة (589هـ - 1191م).

للإمام: الزركلي، الأعلام، (70/2).



أم ثيبا " 1.

ومن خلال التمعن بالتعريف العام للولاية نجد أن الولاية في الفقه الحنفي تشعر بسلطة الولي على من تحت ولايته وتركز على عنصر السلطة في تحديد مهمة الولي وإغفالها لعنصر الرعاية الذي هو غرضها الحقيقي وبذلك يمكن أن ينطبق المفهوم العام للولاية على ولاية الإيجار في الزواج التي يملك فيها الولي مباشرة عقد الزواج على من تحت ولايته دون إذنه ورضاه.

وهناك من لم يعرف الولاية و اكتفى بذكر شروط الولي بأنه: "البالغ العاقل الوارث، فخرج الصبي و المعتوه و الكافر على المسلمة و في أصول الدين هو العارف بالله تعالى و بأسمائه و صفاته حسبما يمكن المواظب على الطاعات المحتنب عن المعاصي غير المنهمك في الشهوات و اللذات" 2.

وعرف ابن جزئي 3 من المالكية الولاية باعتبارها الآصرة الموجبة للإرث بقوله: "الولاية خمسة أنواع: ولاية الإسلام و لا يورث بها إلا مع عدم غيرها وولاية الحلف وولاية الهجرة و كان يتوارث بها أول الإسلام ثم نسخ وولاية القرابة وولاية العتق و الميراث بهما ثابت" 4. فالتعريف و لو أنه لم يعرف الولاية بصريح العبارة لكن ذكر طبيعتها بأنها سلطة شرعية و عدد أسبابها و ترتيب الأولياء.

و جاء عن ابن رشد 5 في المقدمات شرح لذلك بقوله: "فأما ولاية الإسلام و الإيمان فإن الله قد نص

عليها في محكم القرآن **قَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ ﴾** [ التوبة: 71 ] و هي

1 \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (369/3).

2 \_ ابن نجيم، البحر الرائق، (117/3).

3 \_ ابن جزئي: هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن حمدي الكلبلي يكنى أبا القاسم، من أهل غرناطة، كان فقيهاً حافظاً قائماً على التدريس، قرأ على الأستاذ أبي جعفر بن الزبير، كما لازم الخطيب الفاضل أبا عبد الله بن رشيد و أبا الجعد بن أبي الأحوص و القاضي أبا عبد الله بن برطال.. و غيرهم، من مؤلفاته: كتاب: "وسيلة المسلم في تهذيب صحيح مسلم"، "القوانين الفقهية"، و كتاب: "الفوائد العامة في لحن العامة"، توفي شهيداً يوم الكائنة بطريف سنة إحدى و أربعين و سبعمائة.

للهم: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، (274/2).

4 \_ ابن جزئي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنابلة، ص 623.

5 \_ ابن رشد (الجد): هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشيد القرطبي، المعروف بالجد، شيخ المالكية في عصره، و قاضي الجماعة بمدينة قرطبة، ولد سنة 450هـ و توفي سنة 520هـ، من بين كتبه المقدمات و المهدات، و البيان و التحصيل.

للهم: مخلوف محمد، شجرة النور الزكية، (190/1). ■ المقرئ (أحمد بن محمد)، أزهار الرياض في أخبار عياض، صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية و الإمارات المتحدة العربية، تحقيق: مصطفى السقا-إبراهيم الأبياري و آخرون، (د.ط)، (د.ت)، (3/60-59).

ولاية عامة وأما ولاية الحلف و الأيمان فقليل إن الناس كانوا يتوارثون بها في أول الإسلام بدليل قوله

عمر بن الخطاب : ﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَعَاثُوهُمْ نَصِيبُهُمْ إِنْ أَلَّ اللَّهُ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ

شَهِيدًا ٣٣ [ النساء: 33] ثم نسخ ذلك بقوله : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ

إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ٧٥ [ الأنفال: 75] ، و أما ولاية الهجرة فإن الناس كانوا يتوارثون بها في

أول الإسلام لا اختلاف بين أهل العلم في ذلك بقوله : ﴿ إِنْ أَلَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا

بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوَأُوا وَنَصَرُوا أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ

يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّنْ وَلِيَّتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا

عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ٧٢ [ الأنفال: 72]، فكان المهاجرون و

الأنصار يتوارثون بالهجرة و المؤاخاة التي آخى النبي بها بينهم دون ذوي الأرحام حتى نزل قوله

عمر بن الخطاب : ﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ

بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ٧٥ [ الأنفال: 75] ، وأما ولاية النسب فموجودة في

القرآن قوله : ﴿ وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوْلَىٰ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ <sup>٤</sup> وَالَّذِينَ عَقَدَتْ

أَيْمَانُكُمْ فَعَاثُوهُمْ نَصِيبُهُمْ إِنْ أَلَّ اللَّهُ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا ٣٣ [ النساء: 33] ، و

أما ولاية العتق فإنها توجب الميراث عند انقطاع النسب بحق الإنعام بالعتق و المن به عند جماعة

العلماء" <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ابن رشد(محمد بن أحمد)،المقدمات و الممهديات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية و التحصيلات المحكمات لمهات مسائلها المشكلات ،(127-133/2).

وما يلاحظ على ما ذكره ابن جزئ أنه ذكر أنواع الروابط التي توجب الولاية لا الولاية بحد ذاتها كما أن هذه الروابط تتعلق كلها بالروابط أي موجبة للميراث و لا علاقة لها بالزواج.<sup>1</sup> أما ابن عرفة من المالكية فعرف الولاية من خلال تعريف الولي بقوله: " الولي من له على المرأة ملك أو أبوة أو تعصيب أو إيصال أو كفالة أو سلطة أو ذو إسلام ".<sup>2</sup> و قريب منه تعريف للشافعية.<sup>3</sup> فالولي هنا له سلطة تزويج المرأة قررها له الشرع بسبب الملك إن كانت أمة، أو الأبوة إن كانت بنتا أو العصبية إن كانت أختا شقيقة مثلا أو وصية أو كفالة أو حاكما أو قاضي أو بسبب ولاية الإسلام إن عدم من سبق ذكرهم، فالولاية شرعت لحفظ النسب فلا يدخل فيها إلا من يكون له نسب حتى تحصل الحكمة لمحافظة الشخص على مصلحة نفسه فذلك أبلغ في اجتهاده في نظره في تحصيل الأكفاء و درء العار عن النسب.<sup>4</sup>

وهناك من أراد الجمع بين جوانب الولاية في التعريف مع سلامته من الاعتراضات السابقة من الفقهاء المعاصرين فعرف الولاية على أنها:

"سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات و العقود و تنفيذها"<sup>5</sup>.

و كانت هناك تعاريف عدة -للفقهاء المعاصرين- منها ما جاء متوافقا مع تعريف الحنفية، فجاء تعريف الولاية على أنها :

- قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية و المالية.<sup>6</sup> و هذا التعريف أظهر بعض شروط الولي و هي البلوغ و الرشد، فلا تمنح الولاية لعدم الأهلية و لا لناقصها، و انها تكون على نفس و مال الغير.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> \_ سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م، ص33.

<sup>2</sup> \_ الرصاع، شرح حدود بن عرفة، ص241.

<sup>3</sup> \_ النووي (محيي الدين يحيى)، تكملة المجموع شرح المذهب، تحقيق: عادل عبد الموجود و آخرون دار الكتب العلمية- بيروت، ط: الأولى، 2002م، (167/19).

<sup>4</sup> \_ القراني، الفروق، عالم الكتب، (183/3).

<sup>5</sup> \_ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ص271.

<sup>6</sup> \_ الزرقا، المدخل الفقهي العام، (843/2).

<sup>7</sup> \_ سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، ص35.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونه و هي شعبة يمكن بها شرعا من مباشرة العقود و ترتيب أحكامها عليها من غير توقف على رضی أحد.<sup>1</sup>
- و قريب منه تعريف بعض شراح قانون الأسرة الجزائري : "بأنها تنفيذ القول على الغير و الإشراف على شؤونهم أو القدرة على إنشاء العقد نافذا غير موقوف على إجازة أحد."<sup>2</sup>
- القدرة على مباشرة التصرف من غير توقف على إجازة أحد.<sup>3</sup>
- هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية لحساب شخص آخر وبما ينتج آثارها في حق هذا الأخير، فقد تكون هذه الولاية على النفس وقد تكون على المال، والولاية على النفس تكون في الأمور المتعلقة بشخص المولي عليه ، كولاية التعليم والحضانة وولاية التزويج.<sup>4</sup>

و يمكن من خلال ما تقدم الوصول إلى تعريف للولاية بأنها سلطة شرعية متوقفة على قرابة أو نحوها تجعل الشخص محولا بتزويج من كان تحت ولايته أو فاقد الأهلية أو ناقصها ، و هي تقوم بين شخصين ، فالأول منهما يقوم بمقتضى حق ثبت له شرعا بتدبير الشؤون الشخصية و المالية للشخص الثاني القاصر عن ذلك مع مراعاة الشارع في هذا الحق.

و تأسيسا على ما سبق نجد أن الولاية تنقسم إلى عدة أقسام يمكن إجمالها فيما يأتي :<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد شلبي، نظرية الولاية، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، الكويت، 1987م، ع7، ص74-76. ■ محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، ط: الأولى، 1984م، ص68.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ص118.

<sup>3</sup> \_ الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي و أدلته، (186/7).

<sup>4</sup> \_ حسن كبيره، المدخل إلى القانون، ص596.

<sup>5</sup> \_ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص29. ■ أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ص107. ■ صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة الرسالة-بغداد، ط: الأولى، 1976م، ص31. ■ عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية للأحوال الشخصية، دار المعارف، ط: السادسة، 1968م، ص213. ■ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، دار النهضة العربية-القاهرة، 2006م، (134/1). ■ نضال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص39-40. ■ السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، ص67. ■ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام بحث تحليلي و دراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف-مصر، ط: الثانية، 1961م، ص117. ■ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء الزواج، دار الفكر العربي، ط: الأولى، 1984م، ص79.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- تنقسم الولاية من حيث ذاتها إلى :<sup>1</sup>  
ولاية عامة : و تسمى بالولاية الكبرى ؛ و هي استحقاق تصرف عام على الأنام<sup>2</sup> ، أو سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ و هي الثابتة لرئيس الدولة أصالة و القضاة نيابة عنه بصفتهم حكاما لا بصفاتهم الشخصية<sup>3</sup> ، و لا تكون سلطة شرعية إلا إذا كانت رعاية لمصالح غيره بمقتضى الشرع.<sup>4</sup>  
ولاية خاصة: و هي الثابتة للأفراد بصفتهم الشخصية لا بصفتهم حكاما، فيملك بها الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصة للأشخاص المعينين و هي تثبت للشخص بتسليط من الشارع أصلا كولاية الأب و الجد على الصغار أو يتسليط من الأصيل نيابة عنه كالوصي و القيم ، و تقدم الولاية الخاصة على العامة إذا اجتمعتا فالخاصة أولى من العامة.
- تنقسم الولاية من حيث مصدرها إلى:<sup>5</sup>  
ولاية ذاتية : و هي ما تعرف بالولاية الأصلية و تثبت ابتداء من غير أن تكون مستمدة من الغير لسبب ملتصق به لا يفارقه، كولاية الأب على أبيه و أمه إذا فقدا  
الولاية النيابية "المكتسبة": و هي المستمدة من غيرها بإقرار الشارع يكتسبها صاحبها من الغير نيابة عنه، سواء كان الغير وليا خاصا كالأب و الجد أو وليا عامة كولاية القاضي ولايته مستمدة ممن أقامه وصيا فهو نائب عنه في الوصاية.
- تنقسم من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو غيره إلى :

<sup>1</sup> \_ ابن جزيء، القوانين الفقهية، ص344.

<sup>2</sup> \_ الحصفكي (محمد بن علي بن محمد)، الدر المختار ، تحقيق: عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2002م، ص75.

<sup>3</sup> \_ صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، ص32.

<sup>4</sup> \_ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط: الأولى، 2002م، (1/25). ■ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام بحث تحليلي و دراسة مقارنة، ص117.

<sup>5</sup> \_ النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولى المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، ص265.



ولاية قاصرة : و هي ولاية الشخص على نفسه و ماله ، أي صلاحيته و قوته الشرعية مباشرة شؤون نفسه و ماله من العقود و التصرفات دون توقف على إجازة أحد كالزواج و البيع و الشراء و الهبة و الوصية، و هي تثبت للشخص الكامل الأهلية بالبلوغ و العقل.<sup>1</sup>

ولاية متعدية: و هي ولاية الشخص على غيره أو سلطة شرعية تمكن صاحبها من التصرف الصحيح النافذ لغيره ، و لا تكون إلا لمن تثبت له ولاية على نفسه أو هي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع.<sup>2</sup>

• تنقسم الولاية من حيث موضوعها إلى ثلاثة أقسام:<sup>3</sup>

الولاية على النفس: و هي تتعلق بالتصرف الصحيح النافذ في الشؤون الخاصة بنفس المولى عليه و الإشراف على شؤونه الشخصية غير المالية ، و تتمثل في أمرين أما الأول فيتعلق بالتربية و الحفظ أي شؤون الرصاعة و الحضانة "ولاية الحضانة و الكفالة".

أما الثاني فيخص التزويج و هو إعطاء الحق للولي في أن يتولى عقد زواج المرأة التي تحت ولايته "ولاية التزويج و النكاح" - و هو ما يهمننا في هذه الدراسة-، فولاية الزواج سلطة شرعية لعصبة نسب أو من يقوم مقامهم يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا لعقده.<sup>4</sup>

الولاية على المال: و هي تدبير شؤون القاصر المالية من القدرة على إنشاء العقود الخاصة بالمال و تنفيذها ، من استثمار و تصرف و حفظ و إنفاق.

الولاية على النفس و المال معا: و هي تشمل الشؤون الشخصية و المالية كولاية الأب على أولاده فاقدين الأهلية أو ناقصيها.

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه لم يعرف الولاية بصفة عامة و لا حتى الولي، لكنه نص عليها في جملة من الأحكام فقام بتكريس المبدأ في المادة 81 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

<sup>1</sup> \_ النشوي، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، ص 251. ■ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء الزواج، ص 79.

<sup>2</sup> \_ صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية و القانون، ص 32.

<sup>3</sup> \_ حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، ص 33.

<sup>4</sup> \_ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، (29/1).

البند الثاني: تمييز الولاية عن الألفاظ المشابهة لها

أولاً: تمييز الولاية عن النيابة

لغة: النيابة هي جعل الإنسان غيره نائباً عنه في الأمر، يقال ناب عنه في الأمر إذا قام مقامه<sup>1</sup>، أما اصطلاحاً فعرفت بعدة تعريفات منها:

- قيام الغير عنك بفعل أمر؛ أو طلبك نيابة الغير عنك في أمر أو قيام الغير عنك بفعل أمر.<sup>2</sup>  
و إذا كان كلا من النيابة و الولاية من خلال التعريف تشتركان في منح الغير سواء كان ولياً أو نائباً حق مباشرة التصرف عن الغير على ذلك، فالنيابة أعم من الولاية، فكل ولاية نيابة و ليست كل نيابة ولاية، فالولاية قد تكون شرعية أو قانونية يفرضها التشريع النافذ و هي نيابة الولي، و قد تكون قضائية و هي نيابة الوصي أو القيم.<sup>3</sup>

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجده أنه وافق هذا المعنى فقد أفرد الكتاب الثاني من قانون الأسرة للنيابة الشرعية في المواد من 81 إلى 125 تعرض فيها لجملة من المواضيع منها أحكام الولاية في الفصل الثاني و الذي ضم المواد من 87 حتى 91.

البند الثاني: تمييز الولاية عن الوصاية

لغة: الوصاية من مصدر وصى وتعني طلب شخص شيئاً من غيره ليفعله حال حياته، وهي أوصى إليه إذا جعلته وصياً،<sup>4</sup> أما اصطلاحاً فقد فرق الفقهاء بين مصطلح الوصية و الوصاية أو الإيضاء، فلفظ "الوصية" في التملك المضاف إلى ما بعد الموت. أما لفظ "الإيضاء" فيستعملونه في جعل الإنسان غيره وصياً على من يلي أمره بعد موته، و على هذا يقال: "أوصى له" أي بمال و "أوصى إليه" بمعنى جعله وصياً في أمره بعد موته.<sup>5</sup>

و جاءت عدة تعريفات لمصطلح الوصاية أو الإيضاء منها:

<sup>1</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (774/1).

<sup>2</sup> \_ الدسوقي، حاشية الدسوقي (17/2).

<sup>3</sup> \_ الزرقا مصطفى (844/3)

<sup>4</sup> \_ الجوهري، الصحاح، (2525/6). ■ ابن منظور: لسان العرب، (394/15).

<sup>5</sup> \_ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (422/4).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- كلمة موضوعة في الشرع لطلب شخص من غيره ليفعل شيئاً بعد مماته فقط.<sup>1</sup>
- جعل الشخص غيره وصياً بعد موته ليقوم بما يعهد إليه من أمر النظر في شؤون أولاده أو أمواله أو تنفيذ وصاياه أو غير ذلك.<sup>2</sup>
- و يمكن القول إن الوصاية هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته ، وما يتعلق بها من ديون ووصايا في شؤون أولاده الصغار ورعايتهم.
- و تختلف الولاية عن الوصاية في عدة أمور منها:<sup>3</sup>
- الولاية أعم من الوصاية لأن الولاية تكون على النفس و المال أما الوصاية فلا تكون إلا على المال غالباً.
- الولاية أقوى من الوصاية لأن حق الولاية مستمد من الشرع و تثبت للعصبات الأقرب أما الوصاية فلا تملك هذه القوة إذ أن الوصي يستمد وصايته من إذن الأب أو الجد أو القاضي.
- بل يستطيع أحد عزل الولي بلا سبب شرعي أما الوصي فيجوز للموصي أو القاضي عزله متى شاء.
- يجوز تعدد الأوصياء من نفس الدرجة و التصرف أما الأولياء فالأبعد يجب بالأقرب.

### البند الثالث: تمييز الولاية عن الوكالة

- تعرف الوكالة لغة بأنها التفويض إلى الغير و رد الأمر إليه حيث يستقل بأمر الموكل إلى الوكيل<sup>4</sup> ، و الوكيل هو الحافظ أو الكفيل، ويقال: وكَّلَ اللهُ وتَوَكَّلَ عليه وَاَتَكَّلَ: استسلم إليه ووكَّلَ إليه الأمر سلمه، ونقول وكَّلْتُهُ إلى فلان أي أَلجأته إليه واعتمدت فيه عليه واستكفيت أمري، ووكَّلْتُهُ إليك أَكَلَهُ كَلَةً: أي فوضته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ قاضي زاده ( أفندي بن قودر شمس الدين أحمد)، نتائج الأفكار في كشف الرموز و الأسرار المعروف ب: تكملة فتح القدير، دار الفكر-بيروت، ط: الثانية، (411/10).

<sup>2</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المفصل، (403 / 10).

<sup>3</sup> \_ نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص41.

<sup>4</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (734/11).

<sup>5</sup> \_ الجوهري، الصحاح، (1845/5). ■ ابن سيده (علي بن إسماعيل)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: محمد علي النجار، جامعة الدول العربية، ط: الأولى، 1973، (106/7، 107).

والوكيل صفة من صفات الله عزوجل، **قَالَ بَعَّالٌ** : ﴿ **وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا** ﴾ [الأحزاب:03] .

أما اصطلاحاً فقد عرفها الفقهاء بتعاريف عدة منها ما يأتي :

- الحنفية : إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف جائز معلوم.<sup>1</sup>
  - و قد عيب على هذا التعريف، أنه لا يمنع دخول بعض التصرفات التي لا تقبل النيابة كأنواع معينة من العبادات البدنية مثل: الصلاة والوضوء لها، كما أنه يدخل تحت طائلته الإيضاء.<sup>2</sup>
  - المالكية : نيابة ذي حق غير ذي إمرة و لا عبادة لغيره فيه غير مشروط بموته.<sup>3</sup>
  - و هو التعريف المشهور عند المالكية ، و يعاب على التعريف احتواءه ألفاظاً غامضة بعض الشيء تحتاج إلى بيان، كما أنه يُعرف الوكالة بالإنابة استناداً لتفرقة المالكية بين الوكالة والإنابة على أساس أن النيابة أعم لكن الصحيح عندهم أن لهما المعنى نفسه.<sup>4</sup>
  - الشافعية : تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.<sup>5</sup>
  - الحنابلة : استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة.<sup>6</sup>
- و يمكن من خلال ما تقدم أن نصل لتعريف جامع للوكالة تدرج تحته جميع أنواعها و يشمل جميع الشروط التي تشترط لصحة الوكالة فتعرف : بأنها تفويض شخص ما له فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته.

و تختلف الوكالة عن الولاية في جهة التعيين فالموكل هو من يعين الوكيل فيكون له حق عزله كقاعدة عامة متى شاء، أما الولي فمعيّن بمقتضى الشرع أو القانون و بالتالي لا يمكن عزله إلا عن طريق

<sup>1</sup> \_ ابن عابدين، رد المحتار، (241/8).

<sup>2</sup> \_ سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي، (د.ط)، 1987، ص 87.

<sup>3</sup> \_ محمد عليش، شرح منح الجليل لشرح مختصر خليل، دار صادر - بيروت، (د.ط)، (د.ت)، (351/3).

<sup>4</sup> \_ على خلاف المشهور عند المالكية مذهب ابن رشد والقاضي عياض أن النيابة عندهم مساوية للوكالة.

للح: الخطاب، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل، (160/7-161).

<sup>5</sup> \_ الشربيني، مغني المحتاج، (231/3).

<sup>6</sup> \_ البهوتي (منصور بن صلاح الدين)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، تحقيق: عبد الله بن محمد و آخرون، دار الوطن للنشر - الرياض ط: الثانية، 2006م، (563/6).

القضاء، أيضا من ناحية الأهلية فالوكيل يكفي فيه التمييز في حين يشترط في الولي كمال الأهلية، إضافة لما سبق أن الوكيل قد يزوج الموكل أو الموكلة و قد يتزوج هو ممن وكل بتزويجها و هذا غير متصور في الولي إن كان من المحارم و لكن يتصور في غيرهم كابن العم الذي يكون وليا على ابنة عمه فيخطبها لنفسه.<sup>1</sup>

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه عرف الوكالة من خلال المادة 571 من القانون المدني التي تنص على أن: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى المساواة بين مصطلحي: الوكالة والنيابة أو الإنابة حيث أعطاهما التعريف نفسه.

أما عن الوكالة في الزواج فقد أسقطها تعديل 2005 لقانون الأسرة بعد أن كانت موجودة وفق المادة 25 الملغاة و التي كانت تنص على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج و كي له في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة".

### الفرع الثاني: دور الولي في ولاية التزويج

أدخل المشرع الجزائري تغييرات جذرية على المركز القانوني للولي؛ و دوره في التزويج، إضافة لمسألة انفراد المرأة بتزويج نفسها باختيارها دون الرجوع لأحد أو مباشرة الولي لذلك، و هو ما يفرض علينا التطرق إلى مسألة مباشرة المرأة لعقد زواجها بنفسها و أيضا حكم إجبارها على الزواج؛ في الفقه الإسلامي و كذلك موقف المشرع الجزائري.

البند الأول: دور الولي في الفقه الإسلامي

أولا: عقد المرأة زواجها بنفسها دون ولي

إذا كان رضا المرأة بمن تتزوجه من الحقوق الشرعية التي أوجبها الشرع إذا كانت ممن يعتبر رضاها<sup>2</sup>، و إذا كان اتفاق الفقهاء على أن المرأة الحرة البالغة العاقلة إذا كان عقد وليها الشرعي زواجها برضاها و بإذنها كان هذا العقد صحيحا و نافذا<sup>3</sup>؛ فقد وقع الاختلاف بين الفقهاء في مسألة توليها لهذا العقد بنفسها و مدى صحته و نفاذه و لزومه.

<sup>1</sup> \_ سمير شيهاني، شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة ص 45.

<sup>2</sup> \_ محمد يعقوب محمد الدهولي، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط: الأولى، 2004م، 97.

<sup>3</sup> \_ الدريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة ناشرون-لبنان، ط: الثانية، 2008م، (478/2).



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء<sup>1</sup> من المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية و الإباضية ؛ إلى أن المرأة لا تملك تزويج نفسها ، فإن فعلت لم يصح النكاح لأن الولي ركن من أركان العقد ، فهو من ينفرد بتولي الصيغة ، و قد قال بهذا جمع من الصحابة و التابعين رضي الله عنهم<sup>2</sup> ، جاء في فتح الباري: "لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك"<sup>3</sup>.

و في رواية عن أبي يوسف من الحنفية أنه لا يجوز لها عقد زواجها دون ولي مطلقا إذا كان لها ولي<sup>4</sup> ، و فرق الإمام مالك بين الشريفة و الدنية في رواية ، و في رواية أخرى إذا كانت معتقة أو مسكينة أو تكون في قرية لا سلطان فيها فلا بأس أن تستخلف رجلا يزوجهها و إن كانت ذات جمال و نسب فلا ينبغي لها أن يزوجهها إلا وليها أو السلطان.<sup>5</sup>

و استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة نذكر منها ما يأتي:

• **قوله (الذي يغيرها):** ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ [النور: 31].

قال القرطبي: "و الخطاب للأولياء و قيل للأزواج و الصحيح الأول و في هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تنكح نفسها بغير ولي و هو قول أكثر العلماء"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مالك بن أنس (أبي عبد الله الأصبغي)، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية، (د.ط)، (د.ت)، (27/4).  
■ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (8/2). ■ الشربيني، مغني المحتاج، (266/4) ■ ابن قدامة، المغني، (345/9) ■ ابن حزم، المحلى، (25/9). ■ أطفيش (محمد بن يوسف بن عيسى)، شرح النيل و شفاء العليل، (102-105/6).

<sup>2</sup> روي هذا القول عن عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب و عائشة ، و ابن مسعود، و ابن عباس و أبي هريرة رضي الله عنهم ، و به قال سعيد بن المسي و الحسن البصري و عمر بن عبد العزيز و جابر بن زيد و سفيان الثوري و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و ابن المبارك و الشافعي و عبيد الله بن الحسن و أحمد و إسحاق و أبو عبيد. ■ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (462/3). ■ ابن قدامة، المغني، (345/9).

<sup>3</sup> ابن حجر، فتح الباري، (154/9)

<sup>4</sup> ابن الهمام، شرح فتح القدير، (246/3).

<sup>5</sup> هناك روايتان عن مالك ، ففي رواية أشهب عن مالك فإن الشريفة و الدنية و السوداء و المسالمة و من لا خطب لها في ذلك سواء ، وهناك رواية ابن القاسم عنه المذكورة في المتن .

■ ينظر: ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (8/2). ■ ابن عبد البر (أبي عمر يوسف بن عبد الله)، الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة و النشر-بيروت، ط: الأولى، 1994م، (35/16).

<sup>6</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (239/12)

ونوقش الدليل بأن الخطاب يحتمل احتمالاً قوياً بأن يكون لعامة المسلمين كمبدأ عام، لا لخصوص الأولياء و إلا لأمرهم بمباشرة عقد الزواج، وهذا العموم يقتضي ترغيب سائر الناس في العقد على الأيامى.<sup>1</sup>

وقد أوجب أن الخطاب يحتمل أن يكون لعامة المسلمين بل هو للأولياء و مما يرجح كونه للأولياء قوله -ﷺ- : « إذا خطب إليكم من ترون دينه و خلقه فزوجوه إلا تعجلوا تكن فتن في الأرض و فساد عظيم»<sup>2</sup>، فالمعروف أن من أراد أن يخطب امرأة يأتي وليها فقط.<sup>3</sup>

• **قوله (الذي يتأهل): ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾ [البقرة: 221]** ووجه الاستدلال في

الآية أن الخطاب هنا موجه إلى الأولياء فدل ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء<sup>4</sup>، و لو كان للمرأة تزويج نفسها لخطبها الله عزوجل مباشرة بأن يقول: " و لا ينكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، ثم إن الخطاب موجه إلى الأولياء بالنهي عن تزويج المشركين حتى يؤمنوا فلو لم يكن حق الولاية لهم لما حوطلبوا بوجوب انكاح الأيامى من النساء أي من لا أزواج لهن فدل ذلك على أن ولاية عقد الزواج للأولياء لا للنساء<sup>5</sup>، و من يقول بأنه يجوز لها أن تزوج نفسها يقتضي كلامه أن الآية لم تف بالدلالة على تحريم تزويج المشركين للمسلمات لأنها دالة على نهي الأولياء من تزويج المشركين لا عن نهي المسلمات من تزويج أنفسهن من المشركين فليس للمرأة ولاية في عقد الزواج.<sup>6</sup>

قال القرطبي: "في هذه الآية دليل بالنص على أن لا نكاح إلا بولي"<sup>7</sup>، و جاء في تهذيب الفروق أن الخطاب للأولياء أظهر من كونه خطاباً لأولى الأمر لوجهين:<sup>8</sup>

<sup>1</sup> عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية دراسة مقارنة، دار النفائس - ط: الأولى، 2011م، ص163. ■ الجصاص، تفسير الجصاص، (5/178).

<sup>2</sup> الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب النهي عن التبتل، رقم الحديث 1084، ص329.

<sup>3</sup> النووي، تكملة المجموع شرح المهذب، (9/178).

<sup>4</sup> نضال محمد أبو سنيعة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص164-166.

<sup>5</sup> الدريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، (2/482).

<sup>6</sup> السنعاي، سبل السلام، (3/331-332).

<sup>7</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (3/462).

<sup>8</sup> المالكي (محمد علي بن الحسين)، تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، دار المعرفة-بيروت، (3/171).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- ولي الأمر من جملة الأولياء إذ السلطان ولي من لا ولي له فلا وجه لتخصيصه .
- الضرر بزواج غير الأكفاء إنما يتعدى بالعار والفضيحة الشنعاء للأولياء لا لولي الأمر منهم ، فهم أحق بخطاب الإرشاد منه .

و قد ناقش صاحب بداية المجتهد هذا الدليل بقوله بأن الخطاب في الآية إنما هو لأولي الأمر من المسلمين أو لجميع المسلمين و بالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر، فمن أحتج بهذه الآية فعليه البيان ، "فإن قيل إن هذا عام و العام يشمل ذوي الأمر و الأولياء قبل ، إنما هو خطاب بالمنع؛ و المنع بالشرع ، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب لها ولاية خاصة في الإذن، و لو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنتهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ولا صفاتهم و لا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة " .<sup>1</sup>

و قد رد عليه الصنعاني<sup>2</sup> بقوله : " و لقد تكلم صاحب نهاية المجتهد بكلام في غاية السقوط فقال الآية مترددة بين أن تكون خطابا للأولياء أو لأولي الأمر ، و الجواب أن الأظهر : أن الآية خطاب لكافة المؤمنين المكلفين خوطبوا بصدورها أعني قوله ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَةَ حَتَّىٰ تُؤْمِنَ ﴾ و المراد لا ينكحهن من إليه الإنكاح و هم الأولياء أو خطاب للأولياء و منهم الأمراء عند فقدهم أو عضلهم " .<sup>3</sup>

• **قَوْلُهُ (الْبُرِّ بَيْتًا): ﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ [البقرة: 232]**، فالآية تنهى الأولياء عن منع النساء من نكاح من يخترن

<sup>1</sup> \_ ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (9/2).

<sup>2</sup> \_ الصنعاني: محمد بن اسماعيل بن الأمير الحسن ولد سنة 1099هـ — باليمن حفظ القرآن صغيرا وتعلم الفقه والنحو والبيان وبويع فيه توفي سنة 1182هـ — له تصانيف كثيرة منها توضيح الأفكار على تنقيح الأنظار، التنوير شرح الجامع الصغير ارشاد النقاد إلى تيسر الاجتهاد سبل السلام شرح بلوغ المرام.

للإمام الزركلي، الأعلام، (38/6).

<sup>3</sup> \_ الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، (332/3).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

من الأزواج، فالخطاب بالنهي عن العضل<sup>1</sup> موجه للأولياء و لو كان أمر تزويج المرأة عائدا إليها لما كان في نهي الأولياء عن العضل فائدة فقد جاء النهي قاطعا<sup>2</sup>، يقول الشافعي: "فهذه الآية آيين آية في كتاب الله عزوجل دلالة على أن ليس للمرأة الحرة أن تنكح نفسها"<sup>3</sup>.

و الخطاب في قوله ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ﴾ للأولياء - على الصحيح - لا إلى الأزواج.<sup>4</sup>

و قد نوقش هذا الاستدلال بأن المنهي عن العضل هم الأزواج ولو سلم بكون الآية تنهى عن عضل المرأة فلا دلالة في الآية على اشتراط الولي فالآية تنهى الأولياء عن ظلم المرأة بمنعها من استخدام حقها في الزواج فالعضل المنهي عنه هو منع المرأة من مباشرة عقد زواجها بمن تختاره

من الزواج حيث نسب الله النكاح إليهن لا إلى الأولياء في قوله ﴿أَنْ يَنْكِحَنَّ﴾.<sup>5</sup>

جاء في التحرير و التنوير - استدلالا بهذه الآية - القول: "المرأة إذا رأت الرغبة من الرجل الذي كانت تألفه و تعاشره لم تلبث أن تقرن رغبته برغبتها فإن المرأة سريعة الانفعال قريبة القلب فإذا جاء منع فإنما يجيء من قبل الأولياء و لذلك لم يذكر الله ترغيب النساء في الرضا بمراجعة أزواجهن

<sup>1</sup> لغة: العضل من عضل به الأمر، اشتد و استغلق، و عضل عليه ضيق عليه و حال بينه و بين مراده ظلما، و عضل المرأة عن الزواج حبسها و عضل الرجل أيمه يعضلها عضلا و عضلها منعها الزواج ظلما.

و شرعا: هو منع الولي موليته من الزواج بكفء لها رضيته و رغب بها بما صح مهرا و معنى ذلك أن للولي حق الامتناع إذا لم يكن للزوج كفوًا و ليس له الامتناع لنقصان المهر و الذي يعتبر حق خالص لها، و يرى أبو حنيفة أن اعتراض الولي على زواجها من الكفء و بأقل من مهر المثل لا يعتبر عضلا لأن له حقا في الكفاءة و حقا في مهر المثل حتى لا تضر غيرها فيكون تعريف العضل هو منع الولي موليته من الزواج بكفء رضيته و رغب بها على أن لا يقل مهرها عن مهر المثل.

للإمام ينظر: الفراهيدي (أبو عبد الرحمن)، العين، دار مكتبة هلال - القاهرة، 1980م، (278/1). ■ لدردير، الشرح الصغير، (376/2). ■ الشربيني، مغني المحتاج، (252/4). ■ ابن قدامة، المغني، (283/9). ■ الكاساني، بدائع الصنائع، (574/3).

<sup>2</sup> ابن العربي، أحكام القرآن (272/1).

<sup>3</sup> الشافعي (محمد بن أدريس)، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلمب، دار الوفاء للطباعة و النشر - المنصورة، ط: الأولى، 2001م، (426/6).

<sup>4</sup> ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (278/1). ■ ابن العربي، أحكام القرآن، (272/1). ■ البيضاوي (ناصر الدين أبي الخير عبد الله بن عمر)، أنوار التنزيل و أسرار التأويل - تفسير البيضاوي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ط: جديدة، (د.ت)، (144/1). ■ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (158/3).

<sup>5</sup> الجصاص، تفسير الجصاص، (100/2).

و نهى الأولياء عن منعهن من ذلك " <sup>1</sup>.

• **قوله (الذي يبارك):** ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا

فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا

تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٧﴾ [البقرة: 237]. ووجه الدلالة من الآية أن

المراد من قوله "عقدة النكاح" إما الزوج و إما الولي وقد بطل حملة على الزوج لأنه لا قدرة البتة على عقدة النكاح و ذلك لأن قبل النكاح كان الزوج أجنبيا عن المرأة و لا قدرة له على التصرف فيها بوجه من الوجوه فلا يكون له قدرة على إنكاحها البتة، فوجب حملة على الولي. <sup>2</sup>

• **قوله (الذي يبارك):** ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾ [القصص: 27].

جاء في تفسير هذه الآية أنها الدليل على أن النكاح إلى الولي لا حظ للمرأة فيه. <sup>3</sup> فقد قصت علينا زواج النبي موسى - عليه السلام - - أو صالح مدين - حين عرض الولي ابنته على الرجل ، و فيها الدليل على أن التزويج هو للولي و ليس للمرأة لا أصالة عن نفسها و لا نيابة عن غيرها فقد تولى سيدنا شعيب - عليه السلام - عقد زواج ابنته. <sup>4</sup>

• قوله - عليه السلام - : « لانكاح إلابولي » <sup>5</sup>، و هذا الحديث مع شواهد أقوى حجة لاشتراط الولاية في صحة نكاح المرأة إذ هو صريح في نفي النكاح دون ولي ، <sup>6</sup> و عليه العمل عند أهل العلم <sup>7</sup>، قال الصنعاني: "و الحديث دل على أنه لا يصح النكاح إلا بولي لأن الأصل في النفي نفي الصحة لا

<sup>1</sup> \_ ابن عاشور، تفسير التحرير و التنوير، (2/425-426).

<sup>2</sup> \_ الفخر الرازي (محمد فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر)، تفسير الفخر الرازي - مفاتيح الغيب، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، ط: الأولى، 1981م، (6/154).

<sup>3</sup> \_ ابن العربي، أحكام القرآن، (3/505).

<sup>4</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (14/271).

<sup>5</sup> \_ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1104، ص 333. ■ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث: 1880، ص 205.

<sup>6</sup> \_ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، (1/91).

<sup>7</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (3/462).



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الكمال والولي هو الأقرب إلى المرأة من عصبتها دون ذوي أرحامها".<sup>1</sup> فالنفي الموجود في الحديث يتوجه إما إلى الذات الشرعية لأن الذات الموجودة -صورة العقد دون ولي - ليست شرعية، أو يتوجه إلى الصحة التي هي أقرب المجازين إلى الذات فيكون النكاح بغير ولي باطلا.<sup>2</sup> ونوقش هذا الدليل بأن الحديث ضعيف مضطرب في إسناده في وصله وانقطاعه وإرساله فقد روي موصولا ومنقطعا ومرسلا فلا تقوم به الحجة<sup>3</sup>، ولم يصح عن النبي -ﷺ- وهذا لم يخرج في الصحيحين.<sup>4</sup>

وقد أجيب بأن الحديث مصححا متصلا مرفوعا كما حكم له الأئمة بذلك في كتب الحديث كالمستدرک و السنن الكبرى و غيرها، و له شواهد كثيرة فقد تعددت طرقه واشتهر ذكره و جرى عليه العمل<sup>5</sup>.

وعدم احتجاج الحنفية بهذا الحديث حجة عليهم لأنهم يقبلون المراسيل فيلزمهم قبوله بل ويلزم من لا يأخذ بالحديث لأن هناك من وصله وهم أهل الحفظ و الثقة.<sup>6</sup>

• روت عائشة -رضي الله عنها- عن النبي -ﷺ- قوله: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فإذا دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له»<sup>7</sup>. ووجه الدلالة من الحديث أن النبي -ﷺ- حكم على هذا الزواج دون ولي بالبطلان وهو شاهد قوي للحديث السابق «لانكاح إلابولي»، قال ابن قدامة: "فمفهومه - أي الحديث -

<sup>1</sup> \_الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، (323/3).

<sup>2</sup> \_الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي، ط: الأخيرة، 1971م، (135/6).

<sup>3</sup> \_ ابن الهمام، شرح فتح القدير، (250/3). ■ نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص171.

<sup>4</sup> \_الكاساني، بدائع الصنائع، (374/3).

<sup>5</sup> \_ عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، (97/1).

فقد صحح الحديث الترمذي و الإمام أحمد و ابن حبان و الدار قطني و الحاكم و البيهقي و غيرهم .

لل: الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، (322/3).

<sup>6</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (72/3).

<sup>7</sup> \_ أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في الولي، حديث رقم: 2083، (95/2). ■ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، حديث رقم 110 4، ص333.

صحته بإذنه-أي الولي-<sup>1</sup>، فالحديث فيه نص في إبطال النكاح بغير ولي من غير تخصيص ولا تمييز.<sup>2</sup>

في الحديث الشريف الرسول -ﷺ- قال ببطان الزواج بدون ولي، وكرر ذلك ثلاث مرات للتأكيد والمبالغة على أهمية الولي، حتى وإن اختصم الأولياء لا تزوج المرأة نفسها، ويكون وليها حينئذ السلطان<sup>3</sup>، فقولته -ﷺ- « فنكاحها باطل » أي عقدها: باطل و لا مجال لإرادة الوطاء هنا لأن الكلام في صحة النكاح و فساده؛ ثم أكد ذلك ثلاثا للتأكيد و المبالغة في فسخ النكاح من أصله.<sup>4</sup> و قد نوقش هذا الدليل من عدة أوجه منها: أن السيدة عائشة -رضي الله عنها- التي روت الحديث عملت بخلافه و كان ذلك مما ضعف الحديث<sup>5</sup>، ثم إنه لو سلم بصحة الاحتجاج بهذا الحديث لما عملت عائشة -رضي الله عنها- بخلافه فقد تبين أن مذهبها جواز النكاح بغير ولي.<sup>6</sup>

• من المعقول: اشتراط الولاية باعتبار أن الزواج عقد جليل قدره عظيم خطره، فمنع المرأة من مباشرته عقده لأنه لا يؤمن من انخداعها أو وقوعه منها على وجه المفسدة لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي قد تغطي عليها جهة المصلحة، فكان لا بد من تولي وليها عقد زواجها لقدرته في البحث عن أحوال الرجال<sup>7</sup>، ثم إن الزواج لا يرد لذاته بل لمقاصده الشرعية من السكن والاستقرار وتحصيل النسل وتربيته و الألفة بين الزوجين، والتفويض إلى النساء محل بهذه المقاصد؛ لأنهن سريعات الإغترار سيئات الاختيار، فيخترن من لا يصلح أصلا.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة، المغني (346/9)

<sup>2</sup> \_ الماوردي، الحاوي الكبير، (60/11).

<sup>3</sup> \_ المبار كفوري (أبو العلى محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم)، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، المحقق: رائد بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية -عمان، ط: منقحة و مزيدة، (د.ت)، ص1143.

<sup>4</sup> \_ الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، (325/3). ■ الشافعي، الأم، (35/6).

<sup>5</sup> \_ حيث زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن و هو غائب من المنذر بن الزبير و أخوها غائب في الشام.

للإمام: ابن الهمام، فتح القدير، (351/3). ■ الكاساني، بدائع الصنائع، (372/3)

<sup>6</sup> \_ الطحاوي (أبو جعفر أحمد)، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1979م، (8/3).

<sup>7</sup> \_ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، (49/5). ■ ابن قدامة، المغني، (346/9).

<sup>8</sup> \_ المرغيباني (برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدى، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية-باكستان، ط: الأولى، 1417هـ، (32/3).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

جاء في الفروق : " الأفضاع أشد خطرا و أعظم قدرا فناسب ألا تفوض إلا لكامل عقل ينظر في مصالحها و الأموال خسيصة بالنسبة إليها فجاز تفويضها لمالكها إذ الأصل ألا يتصرف في المال إلا مالكة " <sup>1</sup>.

ثم الحياء و عدم ذكر النكاح مقصود من المرأة بمقتضى محاسن الشريعة و مكارم الأخلاق و صفات أهل المروءة ، و تولى المرأة لعقد الزواج في مجالس الرجال يشعر بالوقاحة و الرعونة و عدم الحياء و هذا يؤدي إلى نفور الناس منها ، فالعلة في منعها صيانة لها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها و ميلها إلى الرجال . <sup>2</sup>

- القول الثاني: و هو مذهب الحنفية <sup>3</sup> فالولاية ليست شرطا في النكاح ، و هو المشهور في مذهب أبي حنيفة ، و به قال زفر <sup>4</sup> ورواية عن أبي يوسف في ظاهر المذهب - و له أكثر من رواية في المسألة - و في رواية عن مالك <sup>5</sup> و أحمد بن حنبل <sup>6</sup> و الشيعة الإمامية <sup>7</sup>، حيث ذهبوا لصحة هذا النكاح مطلقا من غير ولي، و للولي حق الاعتراض إذا كان لغير كفاء مالم تحبل أو تلد حتى لا يضيع الولد بالتفريق بينهما فتربيته أحفظ به، و من ثم يمكن للمرأة أن تعقد زواجها و يكون صحيحا نافذا ، و قال ابن الهمام إن هذا الرأي هو خلاف المستحب و هو ظاهر المذهب. <sup>8</sup>

<sup>1</sup> - القرافي (أبي العباس أحمد بن إدريس الصنعجيه)، الفروق في أنوار البروق في أنواع الفروق، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1998م، (247/3).

<sup>2</sup> - القرافي، الفروق في أنوار البروق في أنواع الفروق، (247/3).

<sup>3</sup> - ابن الهمام، شرح فتح القدير، (246/3). ■ الكاساني، بدائع الصنائع، (369/3). ■ ابن عابدين حاشية رد المحتار، (153/4). ■ ابن نجيم، البحر الرائق، (192/3). ■ السرخسي، المبسوط، (194/4).

<sup>4</sup> - زفر: هو زفر بن الهذيل العنبري ، الفقيه المجتهد الرباني ، حدث عن الأعمش وإسماعيل بن أبي خالد وأبي حنيفة ومحمد بن إسحاق، والحجاج بن أرطاة ، كان زفر أحد بحور الفقه وأذكياء الوقت تفقه على شيخه أبي حنيفة فكان أكبر تلامذته ، جمع بين العلم والعمل ، وكان عارفا بالحديث . مات سنة 158هـ .

<sup>5</sup> - أبو الوفا القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، (207/2).

<sup>6</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (8/2).

<sup>7</sup> - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (159/20). ■ ابن قدامة المقدسي (شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن)، الشرح الكبير، (157/20).

<sup>8</sup> - الطوسي (محمد بن الحسن علي)، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق: محمد باقر البهبودي، دار الكتاب الإسلامي - بيروت، (د.ط.)، 1992م، (163/4).

<sup>9</sup> - ابن الهمام شرح فتح القدير، (246/3).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و كان عمدة هذا الفريق فيما ذهبوا إليه الكثير من الأدلة منها ما يأتي:

- **قَوْلُهُ (الرَّبِّيُّ بَعَارًا): ﴿٣٣١﴾** وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرْضَوْنَ بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ لَكُمْ لَكُمْ وَأَطْهَرُ<sup>١</sup> وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٣٣٢﴾ [البقرة: 232]. ووجه الاستدلال أن الله سبحانه و تعالى أضاف الزواج إليهن فدل ذلك على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي فالمرأة تملك تزويج نفسها<sup>1</sup>، و نهي العضل إذا تراضى الزوجان ، فلما كان الولي منهيًا عن العضل إذا زوجت هي نفسها من كفؤ فلا حق له في ذلك.<sup>2</sup>

و نوقش هذا الاستدلال بأنه في غير موضعه فالآية لا تدل على صحة تزويج المرأة بنفسها بل على أن نكاحها إلى الولي فلو جاز لها التفرّد بالعقد لما أثير عضل الأولياء و لما توجه إليهم نهي<sup>3</sup>، فإضافة الله الفعل لها ليس دليلًا على أنها تملك العقد بل لتعلقه بهن و عقده عليهن إذ العقد حاصل من الطرفين ويكون حقها في اختيار الزوج و الرضا دون المباشرة لأنه حق الأولياء.<sup>4</sup>

- **قَوْلُهُ (الرَّبِّيُّ بَعَارًا): ﴿٣٣٢﴾** وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ ﴿[الأحزاب: 50]﴾، قال الكساني: "فالآية الشريفة نص على انعقاد النكاح بعبارتها".<sup>5</sup>

و قد اعترض على هذا الاستدلال بأن الآية ليس فيها دلالة على انعقاد الزواج بعبارته النساء بل تدل على جواز هبة المرأة نفسها للرسول - ﷺ - و هذا خاص به خالص له و لا يشاركه أحد من أمته فبطل الاستدلال **قَوْلُهُ (الرَّبِّيُّ بَعَارًا) ﴿٣٣٢﴾** خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴿[الأحزاب: 50]﴾ فالواهبه نفسها من دون مهر أو ولي من خصائصه - ﷺ - في الزواج مثل تعدد الزوجات فقد فرضت عليه - ﷺ - أشياء ما فرضت على غيره و حرمت عليه أفعال لم تحرم عليهم و حللت له أشياء لم تحل

<sup>1</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (373/3). ■ ابن الهمام، شرح فتح القدير، (250/3).

<sup>2</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (100/2).

<sup>3</sup> \_ الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الحاوي الكبير، (59/11).

<sup>4</sup> \_ ابن قدامة: المغني (346/9). ■ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (129/5).

<sup>5</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (372/3).

لهم<sup>1</sup>.

• **قَوْلُهُ (اللَّيْثُ بَعَارًا):** ﴿٢٢٩﴾ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ

عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾ [البقرة: 230]

، ووجه الاستدلال أن هذه الآية نظيرة التي سبقتها فقد أضافت عقد النكاح في

**قَوْلُهُ (اللَّيْثُ بَعَارًا)** ﴿٢٢٩﴾ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴿٢٣٠﴾ إلى المرأة، و نسب التراجع إليهما من غير ذكر الولي

في **قَوْلُهُ (اللَّيْثُ بَعَارًا)** ﴿٢٢٩﴾ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا ﴿٢٣٠﴾. <sup>2</sup> فقد أضيف رجعة المرأة إلى زوجها الأول

بعقد جديد أي بعد عقد الثاني ومفارقتها وانقضاء عدته من غير ذكر للولي فدل ذلك على صحة

عقد المرأة بنكاحها من غير توقفه على مباشرة وليها له فالولي ليس شرطاً في النكاح.<sup>3</sup> و تم

مناقشة هذا الاستدلال بأن المراد بالإنكاح هو ما يعقده الولي للمرأة و ليس ما تباشره هي

بنفسها.<sup>4</sup>

• **قَوْلُهُ (اللَّيْثُ بَعَارًا):** ﴿٢٣٤﴾ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ

بِمَا تَعْمَلُونَ خَيْرٌ ﴿٢٣٤﴾ [البقرة: 234]، ووجه الاستدلال كما قال الجصاص: "فجاز فعلها في

نفسها من غير شرط الولي، و في إثبات شرط الولي في صحة العقد نفي لموجب الآية".<sup>5</sup>

و ذهب الزيلعي إلى أن: " هذه الآيات تصرح بأن النكاح ينعقد بعبارة النساء لأن النكاح

المذكور فيها منسوب إلى المرأة من قوله -أن ينكحن، و حتى تنكح- و هذا صريح بأن النكاح

صادر منها".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (211/14).

<sup>2</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (101/2).

<sup>3</sup> \_ الألويسي (أبي الفضل شهاب الدين)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، دار إحياء التراث العربي- بيروت، (د.ط)، (د.ت)، (141/2).

<sup>4</sup> \_ الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، (331/3).

<sup>5</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (101/2-100).

<sup>6</sup> \_ الزيلعي (عثمان بن علي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية-بولاق، ط: الأولى، 1313هـ، (117/2).



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

• ماروي عن الرسول -ﷺ- أنه قال: « الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستمر وإنها سكوها»<sup>1</sup> و في بعض الروايات «الأيم»<sup>2</sup>، و الأيم اسم لامرأة لا زوج صغيرة كانت أو كبيرة بكرا كانت أو ثيباً<sup>3</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي -ﷺ- قدم المرأة عن وليها عليه بقوله "أحق بنفسها"، فلما كان إجراء العقد من الولي صحيحاً، صارت صحته منها أولى إذا باشرته وانفردت به دون غيرها، فالحديث يوضح أن للمرأة الحق في تزويج نفسها دون حاجة لوليها، فالولي ليس له الحق في منع المرأة من عقد الزواج على نفسها.<sup>4</sup>

فالحديث فيه دلالة على أن للولي حق و هو مباشرته لعقد الزواج برضا المرأة، و الثاني أن لها حق أيضاً و هو أقوى من حق وليها عليها و لن تكون أحق منه إلا إذا زوجت نفسها بغير رضا الولي.<sup>5</sup> و قد نوقش الحديث بأن المعنى عند أكثر أهل العلم أن الولي لا يزوجه إلا برضاها و أمرها فإن زوجها فإلنكاح مفسوخ.<sup>6</sup>

• زواج الرسول -ﷺ- من أم المؤمنين أم سلمة -رضي الله عنها- فقد جاء عن أم سلمة -رضي الله عنها- أنها لما بعث النبي -ﷺ- يخطبها قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد فقال رسول الله -ﷺ-: « ليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضاني» فقالت لابنها: " قمر يا عمر فزوج رسول الله فزوجها"<sup>7</sup>.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث أن الرسول -ﷺ- تزوج أم سلمة -رضي الله عنها- بغير ولي، و هذا يدل على صحة انفراد المرأة بعقد زواجها و انعقاده بعبارتها بغير ولي أو وكيل.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> \_ مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، رقم الحديث: 1421، (734/2).

<sup>2</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، رقم الحديث: 5136، (1061/3). ■ مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح، رقم الحديث: 1421، (734/2).

<sup>3</sup> \_ النووي، شرح النووي لصحيح مسلم، (1701/9).

<sup>4</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (102/2).

<sup>5</sup> \_ ابن نجيم، البحر الرائق، (193/3).

<sup>6</sup> \_ ابن العربي المالكي (محمد بن عبد الله)، عارضة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، دار الفكر - بيروت، (د.ط)، 1995م، (31/3).

<sup>7</sup> \_ النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب إنكاح الابن أمه، حديث رقم: 5586، (200/6).

<sup>8</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (102-103/2).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- و قد تم مناقشة هذا الحديث أنه محمول على الخصوصية فقد عهد النبي -ﷺ- بخصوصيات في باب النكاح فالمرأة تحتاج للولي لنقصان عقلها فقد تخدع والنبي -ﷺ- خير زوج فلا يصح لإنسان أن ينظر بعد نظره.<sup>1</sup> ثم إن الحديث قد طعن فيه فقيل بأنه ضعيف.<sup>2</sup>
- استدل الحنفية أيضا على مذهبهم بقياس عقد النكاح على عقد التصرف في المال فكما أن المرأة جائزة التصرف في مالها فالأصل أن يكون عقد نكاحها جائزا، قال ابن الهمام: "ووجه الجواز أنها تصرفت في خالص حقها و هي من أهلها لكونها عاقلة مميزة و لهذا كان لها التصرف في المال و لها اختيار الأزواج و إنما يطالب الولي بالتزويج كي لا تنسب إلى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفاء و غير الكفاء و لكن للولي الاعتراض في غير الكفاء".<sup>3</sup>
  - ذهب الحنفية إلى أن لعقد الزواج مقاصد أولية تختص بها المرأة لا يشاركها فيها الأولياء فالنكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين و الدنيا و حاجتها إليه حالا و مآلا، لهذا من الأصل أن تتولى هي عقد زواجها بنفسها، فالنيابة الشرعية إنما تثبت و هي صغيرة لعجزها عن إحراز منافع النكاح و بزوال هذه الضرورة تصير لها الولاية على نفسها.<sup>4</sup>
- الترجيح : بما أن كلا الفريقين له من الأدلة ما يظهر قوته، إلا أن أغلب ما استدل به الفريقان من قبيل النصوص المحتملة و سبب اختلاف الفقهاء في ذلك أنها لم تأت آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص،<sup>5</sup> إلا أنني أرجح -و الله أعلم- ما ذهب إليه الجمهور في اشتراط الولي في صحة عقد الزواج، فلا يجوز للمرأة أن تستقل بعقد زواجها بنفسها و هذا للاعتبارات التالية :
- كأصل عام من خلال تتبع أقوال الجمهور القائلين باشتراط الولاية في الزواج، و تتبع أدلتهم و النظر في صحتها و دلالتها فهي أرجحها دليلا و أحظاها قبولا.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - الشريبي، مغني المحتاج، (240/4).

<sup>2</sup> - لذهبي (محمد بن أحمد)، ميزان الإعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي محمد معوض و آخرون، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1995م، (454/7).

<sup>3</sup> - ابن الهمام شرح القدير (247/3).

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع (373/3).

<sup>5</sup> - عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها و قانونا، مجلة العلوم و البحوث الإسلامية، كلية العلوم و التكنولوجيا - جامعة السودان للعلوم و التكنولوجيا، أغسطس 2012م، ع5، ص8.

<sup>6</sup> - أفرد ابن أبي شيبة في مصنفه كتابا أسماه: " كتاب الرد على أبي حنيفة " ذكر في المسألة 2 مسألة الزواج بدون ولي.==

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- حقيقة النكاح، فالحنفية يرون أن الأصل في النكاح أنه حقيقة في الوطاء مجازاً في العقد، فقولهم هذا يعد حجة عليهم في هذه المسألة، لأن الإسناد إلى المرأة حينئذ يكون الوطاء لا العقد، وعلى فرض التسليم أن المراد بالإسناد العقد فالمقصود منه رضا المرأة ومباشرة الولي للعقد.<sup>1</sup>
- من أقوى ما استدل به الفريقان هو **قوله (الذي يغار): ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ﴾** [البقرة:232] و ما يؤكد صحة ما ذهب إليه الجمهور في أن المخاطب في الآية هم الأولياء سبب نزول الآية في حد ذاتها، فقد نزلت في أحد الصحابة و كان ولياً لأخته فقد منعها أن ترجع إلى زوجها بعد أن طلقها و أراد أن يعود إليها.<sup>2</sup>
- قياس النكاح على التصرفات المالية كما قال به الحنفية قياس غير صحيح، "ثم شأن الولاية لصالح المرأة في عقد الزواج، فإنها شرعت على خلاف القواعد العامة؛ استحساناً بالنص، وذلك لخطورة محل العقد، وخصوصيته من جهة أخرى، فإن الخطأ والخلل والغلط والفساد في عقد الزواج ليس مثله مثل ما في عقود المعاملات المالية الأخرى؛ وتكمن الخصوصية في أن المحل يتناول الذات الإنسانية نفسها، على خلاف عقود المعاملات فإن المحل فيها لا يعدو كونه من عالم الأشياء التي جعلت في خدمة الإنسان، ووسيلة لتحقيق أغراضه التي تناسبه".<sup>3</sup>
- ما ذهب إليه الحنفية الإباحة وما ذهب إليه الجمهور الحظر فيقدم دليل الحظر على دليل الإباحة عند الاختلاف، و قد جاء في التعارض و الترجيح بين الأدلة عند الحنفية قولهم: "و كترجيح النص الدال على التحريم على النص الدال على الإباحة لأن الابتعاد عن المحرم أولى بالاحتياط من فعل المباح".<sup>4</sup>

=== لله: ابن أبي شيبة (أبي بكر عبد الله بن محمد)، المصنف لأبن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن - بيروت، ط: الأولى، 2006م، (77/20).

<sup>1</sup> \_ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي، ص 387.

<sup>2</sup> \_ الواحدي (علي بن أحمد)، أسباب النزول، دار الحديث - القاهرة، ط: الثانية، 1995م، ص 71-72.

<sup>3</sup> \_ إبراهيم بن العمرابي بودوخة، خصائص التشريع الإسلامي في أحكام نظام الأسرة دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري و نماذج من قوانين الدول العربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و الأصول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - كلية أصول الدين و الحضارة الإسلامية، 2012م، ص 562.

<sup>4</sup> \_ شعبان زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، (د.ط)، 1968م، ص 399.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- ظاهر عمل الصحابة والتابعين الذين قالوا باشتراط الولاية في النكاح وأفتوا بذلك دون نكير من أحد، و الظاهر اتفاق صحابة الرسول -ﷺ- وما روي عنهم و ما رووا عن الرسول -ﷺ- يدل على قوة ما ذهب إليه الجمهور، ويعتبر شبه إجماع على اشتراط الولاية في الزواج.
- بالنظر لتغير الأحوال و تبدل الظروف و حفظاً لمصلحة المرأة، فالمرأة لا غنى لها عن الولاية فقد تكون المرأة أقل تجربة و مخالطة للرجال فالقول بمباشرة المرأة لزواجها دون وليها فيه من المخاطر الشديدة، فقد تقع فريسة للتغريب و الخداع والابتدال، وقد تكون غير قادرة على إدراك وجه المصلحة فقد لا تحسن اختيار زوجها خاصة وإنما " قد طبعت على خلق غرائز تجعلها أشد تأثراً أسرع انقياداً لحكم العاطفة من الرجل وما أحوج هذا العقد إلى التروي والتبصر قبل إبرامه، من هنا عد فقهاء المسلمين الأنوثة سبباً من أسباب الولاية على النفس لحماية ورعاية المولى عليها وحفظاً لحقوقها"<sup>1</sup>، ثم إن المؤلف عند عامة الأمة اعتبار الولي على اختلاف الزمان و المكان هو من يتولى عقد المرأة وليس لها أن تباشر عقد زواجها بنفسها، ولو كان ثابتاً أن تباشر المرأة العقد على نفسها لجرى عليه عمل السلف فالعادة محكمة و" الثابت بالعرف ثابت بالشرع"<sup>2</sup>.
- حق الولي على المرأة لأنه في الغالب من عصبتها كالأب أو الجد أو الأخ، بإعتبار أن الزواج لا يتعلق بالمرأة فقط بل يمتد للعائلة فالجميع يشتركون في تحمل النتائج الناجمة عن هذا العقد خاصة إذا لم يحقق مقاصده و أهدافه.

ثانياً: ولاية الإيجابار و الاختيار في الزواج

تتعلق ولاية التزويج بالمرأة إما على وجه الإيجابار أو على وجه الاختيار، و قد اختلف الفقهاء فيها بين موسع و مضيق.

- القائلين بولاية الإيجابار في الزواج

و يقصد بولاية الإيجابار في الزواج : تنفيذ القول على الغير شاء أو أبي - كما تقدم - و بموجبها يكون للولي أن يعقد زواج موليته دون إذن منها و لا أخذ رأيها لا في الزوج و لا في المهر و لا في أي شيء

<sup>1</sup> - سلام عبد الزهرة الفتلاوي - أنغام محمود شاكر، مفهوم الولاية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قوانين الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، السنة: الرابعة، ع2، ص237.

<sup>2</sup> - السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1983م، ص89.

يتعلق بذلك، فيكون فيها للولي حق الاستبداد بإنشاء العقد وتزويج من كانت تحت ولايته دون مشاركة له في الاختيار أو إبرام العقد.<sup>1</sup>

-القول الأول: ذهب الجمهور<sup>2</sup> من المالكية و الشافعية و الحنابلة -في رواية - إلى القول بولاية الإجماع.

• قال الشافعية بإثبات ولاية الإجماع للأب و الجد على البكر مطلقا صغيرة أو كبيرة و على المجنونة و لا يجوز له تزويج الثيب إلا بإذنها، بشرط ألا يكون بين الأب و الجد و بينها عداوة ظاهرة أما إذا كانت العداوة قائمة بينهما فليس له إجبارها على النكاح.<sup>3</sup>

واشترط الشافعية ولاية الإجماع بحصول المنفعة للمرأة في هذا النكاح، ما إذا تيقن الولي من وقوع الضرر عليها فلا يجوز له إجبارها على النكاح، قال الشافعي: "يجوز أمر الأب على البكر في النكاح إذا كان النكاح حضا لها أو غير نقص عليها و لا يجوز إذا كان نقص لها أو ضررا عليها".<sup>4</sup>

• قال المالكية بولاية الإجماع و جعلوها للأب و وصيه فيكون للأب أن يزوج ابنته الصغيرة دون موافقتها سواء كانت البنت بكرا أو ثيبا و كذلك المجنونة<sup>5</sup>، وفي رواية للإمام مالك استثنى فيها العانس و هي التي طالت إقامتها ببيت أهلها بعد بلوغها و عرفت مصالح نفسها قبل الزواج<sup>6</sup>، جاء في حاشية عليش: "للأب جبر البكر ما لم تكن عانسا لأنها لما عنست صارت كالثيب".<sup>7</sup> و للولي و لو غير الأب أن يجبر المرأة الثيب إذا ظهر فسادها و عجز عن صونها.<sup>8</sup>

• قال الحنابلة في رواية بولاية الإجماع للأب دون سائر الأولياء قال صاحب الإنصاف: "إنها الصحيح من المذهب و عليها جماهير الأصحاب".<sup>9</sup> فالأب يمكنه إجبار ابنته البكر مادامت لم

<sup>1</sup> \_ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 108.

<sup>2</sup> \_ ابن رشد: بداية المجتهد، (5/2) الشريبي، مغني المحتاج، (246/4). ■ ابن قدامة، المغني (398/9).

<sup>3</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (246/4). ■ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، (228/6).

<sup>4</sup> \_ الشافعي، الأم، (49/6).

<sup>5</sup> \_ الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، (176/3). ■ النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني، (7/2).

<sup>6</sup> \_ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، (54/5). ■ الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، (174/3). ■ النفراوي

الأزهرى، الفواكه الدواني، (7/2). قال الخرشي: "الانس هي من طالت إقامتها عند أهلها و عرفت مصالح نفسها و لم تزوج و هل سنها ثلاثة و ثلاثون أو خمسة و ثلاثون أو أربعون أو خمس أربعون أو خمسون أو منها إلى ستين أقوال.

للـ: الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، (176/3).

<sup>7</sup> \_ عليش (محمد بن أحمد)، حاشية عليش، دار الكتب - بيروت، ط: الأولى، 1996م، (16/3).

<sup>8</sup> \_ النفراوي الأزهرى، الفواكه الدواني، (8/2).

<sup>9</sup> \_ المرادوي، الإنصاف، (119/20).



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

تبلغ تسع سنين شرط أن يزوجها بكفء، أما فوق تسع سنين فقول جمهور الحنابلة أنه يمكن الإيجابار.<sup>1</sup>

وقد استدل هذا الفريق بجملة من الأدلة نذكر منها ما يأتي:<sup>2</sup>

- **قوله (الذي يبار):** ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نِكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ ﴾ [ القصص:27 ]، ووجه الدلالة أن الله عزوجل لم يذكر فيها استثمارا و هذه وإن كانت شريعة موسى - ﷺ - فهي لازمة لأنه لم يرد في شرعنا ما يخالفه و ينسخه و قد احتج الإمام مالك بهذه الآية.<sup>3</sup> و تم الإعتراض على هذا الدليل بأن الآية منسوخة بأحاديث النبي - ﷺ - التي نجد فيها أمر باستثمار البكر، فلم يعد للاستدلال بهذه الآية وجه معتبر لأن شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه و هناك من أنكر صحة الاستدلال بهذه الآية على الإيجابار قال الألويسي: " و لا يخفى ما في هذه الاستدلالات من المقالات و المنازعات ".<sup>4</sup>
- **ماروي عن الرسول - ﷺ -** أنه قال: « الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإختصاصها »<sup>5</sup>، و في رواية « الأيمر » ووجه الاستدلال أن الرسول - ﷺ - جعل الثيب أحق بنفسها من وليها دل على أن: الولي أحق بالبكر،<sup>6</sup> فقد قسم - ﷺ - النساء في التزويج قسمين فأثبت الحق لأحدهما فدل ذلك على نفيه عن الأخرى و هي البكر وليها أحق منها بها و دل على الاستثمار هاهنا و الاستئذان مستحب في حديثهم و ليس بواجب.<sup>7</sup> و قال الشافعي و غيره معلقا على الحديث: "الاستئذان في البكر مأمور به فإذا كان الولي أبا أو جدا كان الاستئذان مندوبا إليه و لزوجها بغير استئذائها صح لكمال شفقتة و إن كان غيرهما من الأولياء و جب الاستئذان و لم يصح

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة، المغني (400/9).

<sup>2</sup> \_ للإشارة سنعمد على ذكر بعض الأدلة فقط لأن غيرها قد تم الاستدلال بها فيما سبق في مسألة عقد المرأة زواجها بنفسها دون ولي؛ و كل فريق له طريقة استنباط مخالفة للأخرى.

<sup>3</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (271/13). ■ ابن العربي، أحكام القرآن، (506/3).

<sup>4</sup> \_ الألويسي، روح المعاني، (70/20).

<sup>5</sup> \_ سبق تخريجه.

<sup>6</sup> \_ النووي، تكملة المجموع شرح المهذب، (222/19).

<sup>7</sup> \_ الشافعي، الأم، (47/6). ■ ابن قدامة المغني (400/6). ■ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، (124/5).

إنكاحها قبله".<sup>1</sup> و قد نوقش دليلهم هذا أنه استدلال بالمفهوم و هو غير متفق عليه عند عامة الفقهاء فلا يصح دليلاً للاحتجاج و لو تم التسليم بكونه دليلاً للاحتجاج فهو يقع في معارضة المنطوق، و أصولياً إذا تعارض المنطوق مع المفهوم قدم المنطوق و بأنه لو أخذ بعمومه لزم في حق غير الأب من الأولياء و ألا يخص الأب بجواز الإجماع.<sup>2</sup> و هناك من يرى أن هذا الحديث و غيره من الأحاديث سواء ما رواه مسلم أو غيره كلها وردت بصيغة الخبر و المراد بها الأمر و هو أقوى وجوه الأمر على ما عرف في موضعه فيكون الاستئذان واجبا كالأستثمار في الثيب.<sup>3</sup>

• حديث عائشة - رضي عنها - : « تزوجني النبي - صلى الله عليه وسلم - وأنا بنت ست سنين وبنى بي وأنا بنت تسع سنين»<sup>4</sup>.  
ووجه الدلالة أن الأمر في تزويج الأبكار لآبائهن و إن لم يأذن و إلا لما أجاز لأبي بكر - رضي عنه - تزويج ابنته عائشة - رضي عنها - حتى تبلغ فتأذن، فالأب أحق بالبكر من نفسها<sup>5</sup> و قد رد بعض العلماء إلى أن مسألة تزويج السيدة عائشة - رضي عنها - متقدمة عن الأحاديث التي أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - باستئذان البكر فلا حجة فيها، يقول ابن حجر: "و ليس بواضح الدلالة بل يحتمل أن يكون ذلك قبل ورود الأمر باستئذان البكر وهو الظاهر فإن القصة وقعت بمكة قبل الهجرة".<sup>6</sup>

• استدلووا بالقياس، فكل من جاز له قبض صداقها بعد رضاها جاز له عقد نكاحها بغير رضاها كالأمة و البكر الصغيرة، و لأن ما استحق بالولاية في نكاح الصغيرة أستحق بالولاية في نكاح الكبيرة قياساً على طلب الكفاءة و لما ذكره الشافعي من أنه لو لم يكن له تزويجها جبراً في الكبر لما كان له تفويت بضعها في الصغر<sup>7</sup>، و واضح من كلام الشافعي أنه عقد هذا القياس لأن البكر البالغة العاقلة جاهلة بأمر النكاح فلا تقف على مصالح النكاح و مفسده<sup>8</sup>، فقد قاس البكر البالغة

<sup>1</sup> \_ النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، (1701/9)

<sup>2</sup> \_ الصنعاني، سبيل السلام، (336/3).

<sup>3</sup> \_ الزيلعي، تبين الحقائق، (118/2).

<sup>4</sup> \_ سبق تخريجه.

<sup>5</sup> \_ الشافعي، الأم، (46/6).

<sup>6</sup> \_ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، (101/9).

<sup>7</sup> \_ الماوردي، الحاوي، (53/9).

<sup>8</sup> \_ نضال محمد أبو سنيينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص 219.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

على الصغيرة لأن الصغيرة إذا كانت بكرا تزوج جبرا وكذلك البالغة العاقلة والعلّة المشتركة بينهما هي الجهالة في الحالتين<sup>1</sup>.

القول الثاني: القائلين بولاية الإختيار في الزواج

و سميت كذلك لأن المرأة لا تنفرد فيها بإنشاء عقد زواجها بل يشاركها وليها في إختيار زوجها فيشتركا في الإختيار و يتولى هو الصيغة<sup>2</sup>.

وذهب الحنفية<sup>3</sup> و من وافقهم من الحنابلة<sup>4</sup> - في رواية - ، أنه لا يجوز بحال للولي أو غيره إجبار المرأة على الزواج و إنما يجب استئذانها ، فإذا زوجت من غير رضاها و نفذ بإذن الولي؛ توقف العقد إلى حين إجازته من طرفها<sup>5</sup> ووافق المذهب الظاهر للحنفية في ولاية الإختيار ابن حزم الظاهري<sup>6</sup>، وشيخ الإسلام ابن تيمية<sup>7</sup> و تلميذه ابن القيم<sup>8</sup> .

ووجه ذلك عندهم أنها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية الإجبار و الولاية على الصغيرة لقصور عقلها و قد كمل ببلوغها فهي عاقلة مميزة فكان لها التصرف في المال و لها إختيار الأزواج<sup>9</sup> و قد استدل الحنفية و من وافقهم بجملة من الأدلة نذكر منها ما يأتي:

- ما روي أن جارية بكرا أتت النبي - ﷺ - : "فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة، فخيرها رسول الله - ﷺ -"<sup>10</sup>، قال الصنعاني: " وهذا الحديث أفاد ما أفاده ، فدل على تحريم إجبار الأب لإبنته البكر على النكاح و غيره من الأولياء بالأولى"<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> \_ الشافعي ، الأم، (47/6).

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، ص 108.

<sup>3</sup> \_ ابن الهمام ، شرح القدير، (251/3). ■ الكاساني ، بدائع الصنائع، (369/3).

<sup>4</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (362/9).

<sup>5</sup> \_ الكاساني ، بدائع الصنائع، (370/3).

<sup>6</sup> \_ ابن حزم ، المحلى، (36/9).

<sup>7</sup> \_ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (28/32).

<sup>8</sup> \_ ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب؛ عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة - بيروت، ط: الثالثة، 1998م، (88/5).

<sup>9</sup> \_ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، (32/3).

<sup>10</sup> \_ ابن ماجة، سنن ابن ماجة ، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته و هي كارهة، رقم الحديث: 1875، ص 204.

<sup>11</sup> \_ الصنعاني، سبل السلام، (336/3).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- وقد أعترض على هذا الحديث بأنه معلول بالإرسال و بأنه قد تفرد بروايته بعض الرواة عن بعض<sup>1</sup>، و أعتبر الصنعاني أن الطعن في هذا الحديث لا معنى له لأن له طرقاً يقوي بعضها بعضاً.<sup>2</sup>
- ماروي عن الرسول - ﷺ - أنه قال: «... والبكر تستأذن وإخفاصها»<sup>3</sup>، فهذا الحكم من الرسول - ﷺ - موافق لقواعد الشرع فإن البكر البالغة العاقلة الراشدة لا يتصرف أبوها في اليسير من مالها بدون رضاها فكيف يجوز أن يزوجهها بغير رضاها إلى ما يريد هو و هي من أكره الناس فيه و أبغض شيء إليها و معلوم أن إخراج مالها كله - بغير رضاها - أهون عليها من تزويجها بمن لا تختاره بغير رضاها<sup>4</sup>، و النهي هنا يقتضي التحريم و ظاهره العموم في كل بكر و في كل ولي و لا فرق بين أب و لا غيره.<sup>5</sup>
  - حديث عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - ﷺ - قالت: " قلت يا رسول الله يستأمن النساء في أبضاعهن"، قال «نعم»، قلت: "فإن البكر تستأمن فتستحي فتسكت". قال: «سكاتها إخفا»<sup>6</sup>، ووجه الدلالة من الحديث أنه ظاهر في وجوب استئذان البكر فالاستئمان أمر يفيد الوجوب.<sup>7</sup>
  - أن هذا الحكم موافق لمصالح الأمة و لا تخفى مصلحة البنت في تزويجها بمن تختاره و ترضاه، و حصول مقاصد الزواج لها به و حصول ضد ذلك بمن تبغضه و تنفر منه فلو لم تأت السنة الصريحة بهذا القول لكان القياس الصحيح و قواعد الشريعة لا تقتضي غيره.<sup>8</sup>
- الترجيح: بعد عرض أدلة الفريقين و بيان أوجه دلالتها فأني أميل للفريق الثاني أنه لا إيجاب لا للأب و لا لغيره و ذلك لما يأتي :

<sup>1</sup> - ابن حجر العسقلاني، الثمين في تلخيص تخريج أحاديث شرح الوجيز - التلخيص الحبير، تحقيق: محمد الثاني عمر بن موسى، دار أصواء السلف - الرياض، ط: الأولى، 2007م، (2288/5).

<sup>2</sup> - الصنعاني، سبل السلام، (335/3).

<sup>3</sup> - سبق تخريجه.

<sup>4</sup> - ابن القيم، زاد المعاد، (89/5).

<sup>5</sup> - و بهذا ترجم البخاري لهذا الحديث بقوله: "باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها.

للإمام البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب و غيره البكر و الثيب إلا برضاها، رقم الحديث: 5136، (1061/3).

<sup>6</sup> - البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الإكراه، لا يجوز نكاح المكره، رقم الحديث: 6946، (1376/4).

<sup>7</sup> - ابن حجر، فتح الباري، (158/9).

<sup>8</sup> - ابن القيم، زاد المعاد، (89/5).

- إن سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع لمعارضة مفهوم بعض الأحاديث لعموم بعضها، إضافة إلى ضعف الأدلة في رد إنكاح البكر بغير إذنها بخلاف غيرها.
- حكمة التشريع و عدالة الإسلام جاء منصفاً للمرأة، وليس من العدالة أن تجبر البكر البالغة العاقلة على الزواج، ثم إن إجبار المرأة على الزواج من شأنه أن "يهدد الكيان الأسري و من ثم يهدد الناحية الاجتماعية شيئاً فشيئاً نتيجة المشكلات التي تترتب على ذلك".<sup>1</sup>
- إن الحنفية و إن أطلقوا الحرية للمرأة في اختيار الزوج فإنهم ربطوا ذلك بالكفاءة و هذا احتياط معتبر، قال أبو زهرة: "هذه هي الأمور التي تعتبر فيها الكفاءة في المذهب الحنفي و هو أوسع المذاهب الأربعة بالنسبة لها لأن إمامه الأول أبا حنيفة و إن أطلق حرية المرأة بالزواج فقد احتاط للولي بالتوسع في معنى الكفاءة و التشدد في اشتراطها لكيلا تسيء المرأة في الزواج لها".<sup>2</sup>

#### البند الثاني: دور الولي في قانون الأسرة

قبل بيان و مناقشة موقف المشرع الجزائري من مسألة الولاية نقوم باستقراء المسار التاريخي الذي عرفته مسألة الولاية قبل وبعد تعديل قانون الأسرة.

أولاً: مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة

بالرجوع لنص المادة الأولى من القانون رقم: 57-778 فإن القصر الذين يبلغون من العمر أقل من واحد و عشرين سنة ذكورا أو إناثا و المحجور عليهم يكونون تحت الولاية و هذه الولاية تخول لصاحبها إبرام جميع العقود المتعلقة بالحياة المدنية و لا يستثنى من ذلك إلا العقود المنصوص عليها في المواد 16-27-95 من نفس القانون و المتعلقة بالمال.<sup>3</sup>

أما المرسوم رقم: 59-1082 الصادر في سبتمبر 1959م قبل الاستقلال فأعطى الحرية الكاملة و التامة للزوجين في إبرام عقد الزواج دون ضرورة اللجوء إلى الولي بل اشترط موافقة الزوجين شفويا و علانية و شخصيا لصلاحيه هذا العقد فقد نصت المادة الثانية منه على أنه: "ينعقد الزواج بتراضي

<sup>1</sup> \_ نضال محمد أبو سنيعة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، ص171.

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص141.

<sup>3</sup> \_ ANDRE colomer, La tutelle des mineurs en droit musulman algérien (loi du 11 juillet 1957), Revue internationale de droit comparé, Année 1960, Volume 12, N: 1, p125.



الزوجين و يكون العقد باطلا إذا لم يكن التعبير عن الرضى شفويا و صادرا من الزوجين شخصيا بحضرة شاهدين بالغين رشيدين ."

و نفس الأمر جاء به قانون: 63-224 المتعلق بتحديد السن الأدنى للزواج حيث لا يحق لأي ولي مهما كان قريبا من المرأة أن يزوجه إذا لم تبلغ ست عشرة سنة كاملة حسب نص المادة الأولى من القانون.

ثانيا: مرحلة صدور قانون الأسرة: 84-11

أما قانون الأسرة: 84-11 فقد اعتبر الولاية ركنا من أركان الزواج حيث نصت المادة التاسعة على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين و بولي الزوجة و شاهدين و صداق".

و الولي هنا هو الأب فإن توفي فإن سلطة الولاية في الزواج تنتقل حكما و بقوة القانون إلى أقرب شخص للمرأة، فإن لم تكن تملك أحدا من أقاربها من يتولى إبرام عقد زواجها فإن هذه السلطة تنتقل إلى القاضي مباشرة كما نصت المادة 11 من نفس القانون على أنه: "يتولى زواج المرأة و ليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين و القاضي ولي من لا ولي له"، و بالتالي فالمرأة لا تتولى بنفسها إنشاء عقد الزواج إطلاقا و إلا كان العقد معرضا للبطلان و هذا ما أكدته المادة 32 من قانون الأسرة التي نصت: "يفسخ النكاح، إذا احتل أحد أركانه..".

والحقيقة أن ترتيب الأولياء لم يكن دقيقا يتماشى و أهمية "دور الولي باعتباره يشكل حماية و نصرة و عون على حسن الاختيار و ليس تسلطا و رفضا للرأي"<sup>1</sup>، فطبقا للمادة تنتقل الولاية إلى أقارب الزوجة التي لم يحدد نص القانون.

و بالرجوع إلى المادة 33 قانون الأسرة التي نصت: "على أنه إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق بفسخ قبل الدخول ولاصداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا احتل ركن واحد، ويظل إذا احتل أكثر من ركن واحد"، نجد أن المشرع الجزائري بعد أن جعل الولي ركنا من أركان عقد الزواج رتب على تخلفه الفسخ قبل الدخول و يصحح بعد الدخول أي يجعله يستمر صحيحا بينما رتب بطلان عقد الزواج إذا احتل أكثر من ركن، "وهذا المعنى هو الآخر غير مستساغ، ذلك لأن

<sup>1</sup> هجرس بولداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة و القانون، رسالة لنيل شهادة الماجستير-تخصص العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 2000م-2001م، ص 71.

قيمة الركن مستمدة من ذاتيته وليست من تدعيم باقي الأركان له<sup>1</sup>، ولعل مرّد هذا الخلط الذي وقع فيه المشرع مرجعه عدم التفرقة بين الأركان وشروط الصحة.<sup>2</sup>

والمشرع لا يسمح للمرأة أن تبرم عقد الزواج بنفسها بل لابد لها من ولي ينوب عنها في ذلك ، لأنه لو كان قصد المشرع هو الخروج عن المشهور من مذهب الإمام مالك لسمح المرأة بتزويج نفسها بإرادتها المنفردة، فممنوع ولاية الإجماع جاء منطقيا مع رفع سن الأهلية إلى ثمانية عشر سنة بالنسبة للمرأة لأنه أصبح لديها من الخبرات و التفكير الناضج ما يساعدها على اتخاذ القرار المناسب لمصلحتها و من تختاره شريكا لها.<sup>3</sup>

لكن المشرع سلك مسلكا مخالفا فهو ممنوع ولاية الإجماع بنص المادة 13، آخذا برأي الحنفية فلا يجوز إجبار الولي لمن هي تحت ولايته أبا كان أم غيره على الزواج حيث حسم المشرع مسألة مدى سلطة الولي في إجبار من هي تحت ولايته على الزواج ممن لا تريده و تبغضه.

في نفس الوقت لم يجز للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها ، و جعل ذلك من حق الولي طبقا للمادة 11 آخذا برأي المالكية، و اشترط لقيام عقد الزواج رضا الزوجين باعتباره ركن من أركان عقد الزواج و هو ما أجمع عليه الفقهاء

و لأن الولاية هدفها تحقيق المصلحة فالمشرع الجزائري جعل الولي ركنا من أركان الزواج إلا أنه حدد سلطاته في حدود و ضوابط هذه المصلحة بالمادة 12-قانون الأسرة- في فقرتها الأولى التي تنص : "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها". فهنا الولي لا يجب أن يمنع زواج ابنته إذا توفر شرطان هما : رغبتها في الزواج، و تحقيق مصلحة منه.

أما إبداء الرغبة و هي مجرد الميل إلى أمر من الأمور ، فإن المشرع لم يمانع في الإعتداد بها و أعطى مساحة واسعة للرغبة في الزواج إن كانت ترى في زواجها مصلحة، يمكن تحديدها من خلال الرجوع إلى نص المادة الرابعة من قانون الأسرة 84-11 و المحددة لأهداف الزواج.

<sup>1</sup> \_ عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون-

تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص 38.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2013م، ص 511.

<sup>3</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص 192.

إلا أن هذا الفقرة تضعنا أمام إشكال بقراءتنا للفقرة الثانية من نفس المادة 12 -قانون الأسرة- و التي تنص على أنه: "غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت"، فالمادة لم تذكر الشيب و بالتالي فهل المقصود أنها لا تمنع من الزواج و لو كان فيه مفسدة و لا يحقق مصلحة.

ثالثا: مرحلة تعديل قانون الأسرة 2005

لابد من الإشارة أولا أن مسألة الولاية في الزواج كانت من القضايا الجدلية في المجتمع الجزائري من خلال المناقشات من رجال الفقه و القانون والجمعيات المتعددة الايديولوجيات<sup>1</sup>، فجاءت المواد المتعلقة بمسألة الولي معدلة للمادة 11، التي أصبحت بعد التعديل تنص في فقرتها الأولى على أنه: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها و هو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره دون الإخلال بأحكام المادة السابعة من هذا القانون"(متعلقة بأهلية الزوجين). أما الفقرة الثانية فتتص على أنه: "يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له". و أما المادة 12 فتم إلغاؤها و عدلت المادة 13 فأصبح نصها: "لا يجوز للولي أبا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج و لا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها".

<sup>1</sup> \_ أصبحت الخريطة السياسية في الجزائر تتأرجح بين قطبين مختلفين يوجد بينهما العديد من التيارات المتذبذبة أو المعتدلة وظهر تياران متناقضين يشمل كل منهما الرجال والنساء يكافح التيار المؤيد للقانون وهو الاتجاه المعارض لتعديل قانون الأسرة الذي يرى أن قانون الأسرة مادام يستند في تشريعه للأحكام التي تعنى بتنظيم مسائل الأسرة من أحكام الشريعة فليس هناك حاجة إلى تعديله لأن ذلك قد يؤدي إلى الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية وعلى نزع الحفاظ على الانتماء الإسلامي السائدة وهكذا يدعو هذا التيار إلى محاربة التأثير الثقافي الغربي وتطبيق الشريعة بكل مظاهرها وبين اتجاه ثاني مطالب بإلغاء قانون الأسرة جملة وتفصيلا لأنه يرى أن قانون الأسرة يعرقل في مضمونه تطور العائلة الجزائرية وهو تيار يدعو إلى تبني نموذج الحضارة الغربية. وعلى هذا الأساس طرح كل اتجاه مشروعته بين المنادين بالمشروع التقدمي والمنادين بالمشروع الإسلامي. وبقي هذا الصراع مستمر يظهر أحيانا بحدة وتقل حدته أحيانا نظرا لحالة الاضطراب التي عاشها المجتمع الجزائري والتي لم تسمح له بمناقشة هذه المسائل . و من بين المسائل التي كثر فيها الشد والجذب مايتعلق بشرط الولي وتعدد الزوجات والميراث وظلت المعركة قائمة حتى حسم الرئيس الجزائري الجدل المطروح حول إلغاء الولي من شرط عقد الزواج وإلغاء تعدد الزوجات والمساواة في الميراث بين الذكر والأنثى خلافا للنص القرآني بقرار رئاسي يقر تعديل قانون الأسرة الجزائري بالحفاظ على التشريع الإسلامي حيث قال في خطاب له بمناسبة يوم : 8 مارس 2005 أنه يرفض مخالفة تعاليم القرآن الكريم وهكذا تم تمرير قانون الأسرة . بمرسوم رئاسي.

للإشارة ينظر: ليلي سلامي، قانون الأسرة و تأثيره على العلاقات الاجتماعية الأسرية، رسالة ماجستير، جامعة سعد دحلب -البليدة، قسم علم الاجتماع، 2003م-2004م، ص118. حفيظة نماني، تعديل قانون الأسرة الجزائري من منظور الأبعاد الثقافية و السياسية دراسة تحليلية لعينة من الأحزاب و الجمعيات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير -تخصص التغير الاجتماعي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية- قسم علم الاجتماع، 2008م-2009م، ص120.

لقد جاء هذا التعديل حاملا لتغيير مجتمعي جديد من خلال تهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد. بمنح المرأة نفس المركز القانوني للرجل، وهذا يعتبر قفزة مهمة أحدثت تغييرا في الوضعية القانونية للمرأة داخل العلاقة الزوجية، فمن الرؤية التي ترى أن "اشتراط الولي هو لصيانة المرأة من الانخداع و لقدرة الولي على اختيار الزوج الكفاء لها"<sup>1</sup>؛ و أن "دور الولي في الزواج هو دور تكريم و تشريف"<sup>2</sup>، إلى الرؤية التي ترى أن المرأة كاملة الأهلية و بالتالي فإن تهميش دور الولي ليس انتقاصا لدوره لكن لتحقيق المساواة بين الزوجين عند نشأة العلاقة وعند إنهاؤها وإقرار التكافؤ بينهما وهذا يتطلب التحقيق منذ بدئ العلاقة الزوجية، فمن جهة قام المشرع برفع سن أهلية الزواج بالنسبة للمرأة مما يجعل المرأة لها القدرة على التمييز و الإدراك.

وهذا التوجه القانوني الجديد إضافة لما سبق من الأسباب، كانت له أسباب مجتمعية أخرى، كهيمنة الرجل على عقد الزواج من خلال إطلاق سلطات الرجل بحكم الدور البارز للرجل في المجتمع الجزائري و انعكس ذلك على المشرع الجزائري الذي أطلق سلطات الرجل باعتبار أن المرأة أنها تابعة له.<sup>3</sup> لقد أسقط التعديل بالنسبة للمرأة الراشدة كل صلاحيات الاعتراض في إبرام عقد الزواج، فالمرأة هي الوحيدة التي تملك حق الرفض و القبول حسب نص المادة 11، و بالتالي فقد غير المشرع بوصلة منهجه في مسألة الولاية، فبعد أن كان المعيار هو البكارة والثيوبية أصبح المعيار هو الرشد، لكن هذا المنهج الجديد للمشرع لم يكن جليا وواضحا فالمشرع لم يقم بإلغاء إذن الولي صراحة ولم يقرر اشتراطه صراحة، ويتبين ذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون الأسرة: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره"، فعبارة "تعقد" فيها إسناد الفعل إلى المرأة، بينما عبارة "حضور" الولي - لا تدل على الفعل، و نص المادة: - 9 - التي نصت على أن الزواج ينعقد بتبادل رضا الزوجين فقط، و بالتالي فإن حضور الولي هو مجرد حضور شكلي ليس له أي دور خاصة مع إلغاء لولاية الإيجاب بالنسبة للصغار و للفتاة البكر و التي لا يجوز للولي تزويجهما إلا برضاها و موافقتها .

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المفصل، (457/6).

<sup>2</sup> \_ العيد إبراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج و القصر نموذجاً، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير - تخصص شريعة و قانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية - قسم العلوم الإسلامية، 2009م - 2010م، ص 48.

<sup>3</sup> \_ هجيرة دندوبي، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، ص 477.

ثم بالرجوع لنص المادة - 4 - من نفس القانون و التي تجعل الزواج عبارة عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي؛ فالمشرع قصر عقد الزواج على الرضا الذي يتم بين الرجل والمرأة وليس بين الرجل وولي المرأة، دون اعتبار شرط رضا الولي، و هنا يظهر إشكال جوهري أي دور للولي و قد جعله المشرع بنص المادة 9 مكرر من شروط الزواج فقط.

ثم الذي يفهم من المادة 33 -قانون الأسرة - والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه "إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل" أي أنه عند غياب الولي أو تغييبه عن مجلس العقد في حالة عدم وجوبه طبقا للمادة 11 يتعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.

فهذه المادة تنص صراحة على شكلية الولي في عقد الزواج، وما يؤكد ذلك هو أن المشرع قبل تعديل قانون الأسرة كان ينص صراحة على أن الولي ركن من أركان الزواج بالنسبة للبالغة العاقلة وإذا انتفى هذا الركن كان الزواج باطلا قبل الدخول ويصحح بعده، وإذا انتفى منه الولي والصداق أو الولي والشاهدين فالزواج باطل حتى ولو تم الدخول، أما بعد التعديل ففرق المشرع بين زواج البالغة العاقلة واعتبر زواجها صحيحا حتى بدون ولي في حالة ما إذا طبقنا نص المادة 33 في فقرتها الثانية المعدلة حيث نصت المادة "أو ولي في حالة وجوبه".

إن تحليل النصوص المعدلة يجد أن المشرع الجزائري لا يريد أن يكون شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة أي تأثير على العقد فأصبح شرط الولي مجرد شرطا شكليا و ليس جوهريا من خلال تكريس حق المرأة مباشرة الزواج بنفسها واقتصر دور الولي في هذا العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره؛ على مجرد الحضور، وهذا التوجه الجديد سيفتح الأمر للتأويل لأن "أو" المذكورة في النص تفيد التخيير و بالتالي تستطيع المرأة الاستغناء عن الأب الولي و تعويضه بأي شخص تختاره؛ فالمادة جاءت لتوسع دائرة الأولياء و هذا التوسيع جاء مطلقا فلم يقيد المشرع في حالة عدم وجود الأب أو الأولياء ذوي القربى.<sup>1</sup>

و هناك من ذهب إلى أنه بالنظر إلى نص المادة 11 -قانون الأسرة- نجد أن المشرع سمح للمرأة أن تبرم عقد الزواج بنفسها بحضور وليها أو ولي ينوب عنها في إبرام عقد الزواج و بالتالي فليس لها أن

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، ص 69.



تستقل بعقد الزواج بنفسها بل لا بد من رضاها ووليها في الزواج معاً<sup>1</sup>، و بالتالي فإن المشرع لم يعد يعتد بولاية الإيجابار و أبقى ولاية الإختيار أو المشاركة التي يكون فيها الرضا قاسماً مشتركاً بين الولي و موليته.

و مادام دور الولي قد قلص إلى الحد الذي جعل منه أمراً شكلياً و لا حاجة لا إلى حضوره أو موافقته كما كان الحال قبل تعديل القانون، فإن المشرع لم يعد يرى حاجة إلى الكلام عن عضل الولي و منعه<sup>2</sup> لهذا تم إلغاء المادة - 12 - من قانون الأسرة و التي كان نصها: "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها، و إذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة - 9 - من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

لقد أجازت المادة 11 للأولياء تولي زواج القصر و هم الأب و الجد فالقاضي عند غيابهم و هذا ليس من الفقه الإسلامي في شيء لأن الصغار يتولى تزويجهم الأب أو الجد دون غيرهما- كما تقدم في زواج الصغار- ثم لم يعطي المشرع للأولياء حق الولاية أصلاً حتى على صغارهم لأنهم صدروا الفقرة الثانية بالنص: "دون الإحلال بأحكام المادة 7 من هذا القانون يتولى زواج القصر أولياؤهم..". و بالرجوع للمادة 7 نجد أن الأولياء لا اعتبار لهم لأنه لو كان حقيقة ولياً للقصر لما احتاج لترخيص القاضي بل يزوجه إن رأى في ذلك مصلحة تعود إليها.

إن الموقف التشريعي الجديد الذي انتهى إليه المشرع الجزائري لا ينطبق مطلقاً مع أي المذاهب الفقهية التي رجع إليها في تشريع أحكام قانون الأسرة، ثم إن القول بأن المشرع أخذ بمذهب الحنفية -مع كونه مرجوحاً- و من وافقهم في عدم اشتراط الولي و جواز انفراد المرأة البالغة الراشدة سواء كانت بكراً أو ثيباً بمباشرة عقد زواجها بنفسها يفتقد إلى الدقة، لعدة أوجه منها تعدد الروايات عند الحنفية ذكر ابن الهمام أنها سبعة<sup>3</sup>؛ و التي لم يتقيد بأحدها المشرع الجزائري و ظاهر مذهب الحنفية إعطاء المرأة تزويج نفسها مع كون الزوج كفؤاً - كما تقدم -، فموقف المشرع الجزائري جد مضطرب و

<sup>1</sup> \_ عبد الفتاح تقيّة، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية دراسة مقارنة، ص 119.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ص 119.

<sup>3</sup> \_ ابن الهمام، فتح القدير، (246/3).

قد تقدم ذكر رأي الحنفية في مسألة انفراد المرأة بعقد زواجها.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

متذبذب فلاهو تبني موقف جمهور الفقهاء و لا أخذ بظاهر مذهب الحنفية ولا بغير الآراء الفقهية الأخرى وبالتالي فموقفه في مسألة الولاية موقف شاذ و غريب لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي أو القانوني في ولاية التزويج، و هناك بعض التحليلات القانونية من ترى أن المشرع الجزائري قد بدى متأثرا بالقانون المدني الفرنسي و بالضبط بأحكام المادة 146 و التي تجعل عقد الزواج متوقف فقط على الرضا بين طرفيه.<sup>1</sup>

إن وجود رأي الولي مهما، والولاية في حقيقتها لا تحط من قدر المرأة ولا تجلب لها الحيف و عقد الزواج عقد خطير يعود على الولي و عليها، فكان الأولى بالمشرع الجزائري أن يحتاط لمصلحة المرأة بتبني ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في مسألة الولي و ما يتماشى مع العرف المجتمعي في الجزائر، أما إن آثر الأخذ بالرأي المرجوح للحنفية فالأولى اشتراط الكفاءة كما قرروا ذلك - و قد ذكرناه سابقا- ، وعند انعدام هذا الشرط و بعد موافقة المرأة البالغة يجوز للولي أن يتعرض عليه، كما هو الشأن في القانون السوري و الذي أجاز للولي طلب فسخ الزواج إذا تزوجت من غير كفاء.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ Article 146: Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.

<sup>2</sup> \_ المادة 27 قانون أحوال شخصية سوريا: " إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي فإن كان الزوج غير كفاء لزم العقد و إلا فللولي طلب فسخ النكاح ."

شابه المشرع الجزائري في مسألة الولاية المشرع المغربي الذي جعل الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها و مصلحتها حسب نص المادة 24 من مدونة الأسرة، و كذلك المشرع التونسي حيث جاء في الفصل التاسع من مجلة الأحوال الشخصية أن كلا من الزوج و الزوجة الحق في تولي زواجهما بأنفسهما و أن يوكل به من شاء، و خالف تشريعات عربية أخرى في مسألة الولاية كالتشريع الليبي الذي أخذ بالولاية الاختيارية و جعل صحة الزواج متوقفة على اجتماع رأي الولي و المرأة من خلال نص المادة التاسعة، و غيرها من التشريعات كالأردني و الموريتاني و المصري و الكويتي و السوداني و الإماراتي و القطري و العماني.

## المبحث الثاني:

### « مايج لانعقاد »

#### الزوجية

إن العلاقة الزوجية تتجاوز كونها مجرد علاقة قانونية قواعدها شرعية ، بل هي مشروع مجتمع و لها تأثيرات بعيدة المدى بالغة التنوع ينعكس على الحقوق الفردية والروابط الأسرية و العلاقات الاجتماعية. فبالإضافة للضوابط الموضوعية التي استحدثتها المشرع الجزائري لحماية عقد الزواج في طور الانعقاد فقد حظي هذا الأخير ضمن مواد قانون الأسرة المستحدثة بضمانات إضافية جديدة تعنى بالجانب الإجرائي و هي مسائل متعلقة بإتباع إجراءات معينة إدارية و تنظيمية في إبرام عقد الزواج. و المراد هنا ما استحدثته المشرع الجزائري بالنسبة لشهادة الفحص الطبي(المطلب الأول) ، و توثيق عقد الزواج(المطلب الثاني) الذي يضمن الجانب الرسمي و التوثيقي لعقد الزواج حسب المواد 18 و 22 من قانون الأسرة، فالزواج إذا استكمل أركانه و شروطه حسب المادة 9 و 9 مكرر و يجب قانونا مراعاة الإجراءات التنظيمية التي ألزم بها المشرع الجزائري المقبلين على الزواج .

## المطلب الأول: إلزامية الشهادة الطبية قبل الزواج

لقد ألقى التطور العلمي السريع في مجال الطب و علوم الأحياء و البيولوجيا بصداه على التشريعات القانونية التي سعت لمواكبة الاكتشافات الطبية المتعاقبة بنسق سريع، "قصد الإحاطة بها و تنظيمها بصورة قانونية واضحة و تأثير إشكالياتها المتجددة بطريقة ناجعة".<sup>1</sup>

وفي ضوء هذه التطورات العلمية و المسائل الطبية المستحدثة ظهر "الفحص الطبي قبل الزواج"؛ على الخطيبين إذا أرادا الارتباط باعتباره وسيلة طبية تكشف لنا عن مدى إصابة الخطيبين قبل إبرام عقد الزواج، و الذي يلزم منه إمكانية إقتران الزوجين من عدمه، فإصابة أحد أفراد الأسرة بأمراض وراثية أو معدية يؤدي إلى تعكر صفو الحياة والعديد من المشاكل النفسية والاجتماعية والاقتصادية ناهيك عن الاختلالات الطبية وانعكاسها على المريض والأسرة والمجتمع.

وتقديم وثيقة أو شهادة طبية خاصة بالفحص الطبي قبل الزواج، مسألة شرعية، صحية، اجتماعية، وأصبحت حاليا مسألة قانونية، حيث كرسه المشرع الجزائري شأنه شأن الكثير من التشريعات الحديثة التي اقتضت مواكبة هذا التطور حماية لمصلحة الزوجين خاصة؛ و حماية مصلحة الأسرة و المجتمع بصفة عامة؛ فالمشرع الجزائري لم يتدع فرض هذه الوثيقة وجعلها شرطا إجرائيا و أفرد لها في قانون الأسرة نصا خاصا بموجبه يكون ملزما للراغبين في الزواج بتقديم شهادة طبية لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر حسب المادة 07 مكرر و التي أضيفت بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27م.

هذه الإضافة الجديدة تستدعي دراسة تحليلية قصد الإحاطة بها، خاصة أنه لا يوجد في قانون الأسرة الجزائري المعدل نص خاص بالحالة الصحية للزوجين كما أن توفر طرفي العلاقة الزوجية على صحة جيدة لا يعتبر شرط من شروط الزواج<sup>2</sup>، لذلك كانت هذه المسألة من المستجدات القانونية التي تستدعي البحث فيها من خلال التطرق لمفهوم الشهادة الطبية (الفرع الأول) و البحث في مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج (الفرع الثاني)، و تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> \_ محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التشكلات، مركز النشر الجامعي تونس، ط: الأولى، 2006م، ص117.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص211.

## الفرع الأول : مفهوم الشهادة الطبية قبل الزواج

البند الأول: تعريف الشهادة الطبية قبل الزواج

جاءت المادة 7 مكرر تنص على أنه : " يجب على طالب الزواج أن يقدم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج "، و هذا معناه أن المشرع قد اشترط لإبرام عقد الزواج كشرط إجرائي الشهادة الطبية .

ولم يعرف المشرع الجزائري معنى الشهادة الطبية<sup>1</sup> لكن وضح مقاصدها و أهدافها ، و التي اعتبرها من باب اتخاذ الاحتياطات الطبية اللازمة أو الوقائية وللتأكيد على سلامة الزوجين من الأمراض الوراثية أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلاً على صحة المؤهلين أو على الأطفال عند الانجاب.<sup>2</sup> و في الفقه المقارن عرفت الوثيقة أو الشهادة الطبية بأنها<sup>3</sup> :

<sup>1</sup> \_ ليس من وظيفة المشرع إيراد التعريفات وحدودها في النصوص القانونية فيتعذر غالباً على المشرع أن يضع حدوداً للمعنى أو المفهوم سواء كان حداً تاماً لجميع ذاتيات المعرف أو حداً ناقصاً لبعض ذاتيته وأركانها هذا لتطور المفاهيم والتعريفات. مرور الزمن مما يكشف قطعاً بأن التعريف السابق لم يكن جامعاً ولا مانعاً، فمهمة ذلك موكوله للفقه الذي يعمل على استخلاص وبيان المفاهيم.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص212.

<sup>3</sup> \_ معظم الدراسات التي تطرقت لمسألة الوثيقة أو الشهادة الطبية التي ألزم بها المشرع الجزائري قاموا بتعريف الفحص الطبي كمصطلح طبي و فقهي و لم يتطرقوا لتعريف الشهادة الطبية التي وجدت لها تعريفاً في الدراسات القانونية الأوروبية و على رأسها الفرنسية و يعزو ذلك لمقتضيات النظام العام العائلي الفرنسي و الذي بدأت تظهر مسائل فرض الشهادة الطبية من خلال الاقتراحات التي قدمت سنة 1926م و التي تقضي بأن كل مواطن فرنسي أراد الزواج لا يسجل في سجلات الحالة المدنية إلا بعد الإدلاء بشهادة طبية تثبت خلوه من أي مرض خطير أو معد لقرينه و نسله في المستقبل، و يجب أن تتضمن هذه الشهادة نتائج الفحص الطبي و أن تعرض على ضابط الحالة المدنية، و تبع ذلك عدة اقتراحات لتشريعات قانونية تصب في نفس المجال لكن تعرضت لعدة انتقادات؛ من الناحية الأخلاقية و الفلسفية و الدينية؛ حيث اعتبر فرض الشهادة الطبية مساساً بمبدأ حرية الفرد في الزواج دخل المشرع الفرنسي لإحداث الشهادة الطبية قبل الزواج. بموجب القانون الصادر في 16-12-1942م، و المتعلق بحماية الأمومة و الطفولة و الذي عدل فيما بعد بمقتضى قانون 29-7-1943م، غير أن هذين القانونين تم حصرهما في عهد حكومة فيشي - Vichy - للماريشال بيتان - Pétain - التي كانت تابعة آنذاك للنظام النازي، مما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إلغائهما سنة 1945، أي بعد تحرير فرنسا من الغزو الألماني خلال الحرب العالمية الثانية، ولكن هذا الأمر كرس تقريباً كل ما تضمنه قانونا 1942م و 1943م، ثم جاء الأمر الصادر في 1945 والذي لازل ساري المفعول إلى يومنا هذا، أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية إلى الفصل 63 من القانون المدني، مفادها أن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه أن ينشر مشروع لزوج - وحتى في حالة الإعفاء من هذا النشر - إلا بعد تسليمه شهادة طبية من طرف الخاطب و المخطوبة تثبت بأنهما فحصا من أجل الزواج و أن لا يزيد تاريخ هذه الشهادة على الشهرين.

JEAN carbonnier, Droit civil- la famille, éditions thémis, 1993, tomeII; n° 24 p : 58.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

- الإشهاد الصادر عن طبيب بكل المعاينات الإيجابية والسلبية التي تخص الشخص المفحوص، والتي من شأنها التأثير بصفة مباشرة أو غير مباشرة على المصالح العامة أو الخاصة لهذا الشخص<sup>1</sup>.

- سند مكتوب مخصص لمعاينة أو تفسير وقائع ذات طابع طبي.<sup>2</sup>

- سند مكتوب يشهد بمقتضاه طبيب بأنه أجرى معاينة ذات طابع طبي أو أنجز عملا طبيا.<sup>3</sup>

فمن خلال هذه التعاريف يمكن أن نعرف الشهادة الطبية: " بأنها وثيقة مكتوبة صادرة عن طبيب أو جهة صحية تشهد بإجراء فحصا طبيا يحوي معاينات إيجابية أو سلبية متعلقة بالشخص المفحوص. فالشهادة الطبية يتم إنشائها بطلب من المعني يقوم بتحريرها بعد إجراء فحوصات طبية معينة فهي تقرير خبرة مصغر.<sup>4</sup>

والفحص الطبي<sup>5</sup> هو البحث الدقيق عن الأمراض و العيوب الخفية من أجل مداواتها و معالجتها<sup>6</sup>، و كمصطلح علمي يعرف الفحص الطبي بأنه :

"الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة و الوصول إلى تشخيص المرض و يتضمن الكشف معاينة علامات المرض و أعراضه و سؤال المريض عن تاريخ بداية هذه العلامات و الأعراض و سؤاله عن الأمراض التي سبق أن أصيب بها و غالبا ما يستكمل الفحص الطبي ببعض الفحوصات

<sup>1</sup> - ANNE MARIE larguier , Certificats médicaux et secret professionnel, librairie dalloz-paris , 1963, p : 31 .

<sup>2</sup> - LOUIS Mélenec – GÉRARD méméteau, Traité de droit médical - Le certificat médical ,editeur Maloine,1982 ,(6/12) .

<sup>3</sup> - JEAN-MARIE auby: Le droit de la santé , Presses Universitaires de France,-paris 1<sup>er</sup> édition , 1981 ; p : 110.

<sup>4</sup> - LOUIS roche , La médecine légale discipline de santé publique , Journal de médecine légale Droit médical , Janvier – Février 1981 , 24<sup>ème</sup> Année , N° 1 , p: 8.

<sup>5</sup> - لغة: الفحص من الفعل فحص يفحص فحصا و منه تفحص و افتحص و يأتي بمعنى البحث و التنقيب و الكشف و شدة الطلب خلال كل شيء ، و البحث بدقة للوصول على أمور مخفية في الشيء المفحوص. ابن منظور، لسان العرب، (63/7).

- لغة الطبي من الطب و هو علاج الجسم و النفس فنقول رجل طب و طبيب أي عالم بالطب و الطبيب هو الحاذق بالأمور و العارف بها و منه علم الطب ، و الطب أيضا بمعنى السحر و تطيب فلان تعاطى الطب و هو لا يتقنه و الطبابة حرفة الطب.

أما اصطلاحا فعرف بأنه : العلم بأحوال بدن الإنسان يحفظ به حاصل الصحة ويسترد زائلها أو علم يعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عنه ليحفظ الصحة حاصلة، و يستردها زائلة.

ابن منظور، لسان العرب، (553/1) ابن سينا، القانون في الطب، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت)، (3/1).

<sup>6</sup> - صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة-الأردن، ط: الأولى، 2009م، ص 55

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

المخبرية أو صور الأشعة أو التنظير بالمنظير أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص".<sup>1</sup>

و عرف أيضا بأنه "معرفة حالة الإنسان الصحية كإجراء وقائي يساعد على صيانة الصحة و على الكشف المبكر للأمراض و هي في أطوارها الأولى".<sup>2</sup>

فالفحص الطبي هو بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب ويتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض، بفحصه ظاهريا بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية السريرية "كمظهر المريض جسمه وربما يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأدوات الطبية البسيطة كالسماعة الطبية وجهاز قياس الحرارة وجهاز ضغط الدم؛ وقد يستخدم الطبيب أحيانا يده أو أذنه أو عينه وذلك للتحقق من وجود دلائل أو ظواهر تساعد على التشخيص، كما قد يلجأ الطبيب إلى إجراء بعض الفحوصات المخبرية للوقوف على حالة المريض بشكل أكثر دقة وذلك عن طريق استخدام الأشعة ورسوم القلب والتحليل الطبية والمنظير التي من شأنها أن تساعد على وضع التشخيص المناسب".<sup>3</sup>

و قد ورد تعريف الفحص الطبي أيضا في اللوائح الصحية الدولية؛ بأنه قيام عامل صحي مرخص له بفحص شخص ما، أو قيام شخص ما تحت إشراف السلطة المختصة المباشرة بفحص أولي لتحديد حالة الشخص الصحية و ما إذا كان يشكل مخاطر متملة محذقة بالصحة العمومية فيما يخص الآخرين، و قد يشمل ذلك التصديق في الوثائق الصحية و إجراء فحص سريري إذا كانت ملابس الحالة الفردية تقتضي ذلك".<sup>4</sup>

وهو بهذا يختلف عن التشخيص والذي يعني ترجمة الظواهر أو الدلائل الناتجة عن الفحص الطبي لاستخلاص النتائج وفقا للمعطيات العلمية لوضع التشخيص تحديد نوع المرض و مركزه بين أنواع

<sup>1</sup> \_ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، ط: الأولى، 2000م، ص763.

<sup>2</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص 55 نقلا عن: نخبة من علماء مؤسسة golden press، الموسوعة الطبية الحديثة، (5/1029).

<sup>3</sup> \_ يوسف جمعة، يوسف الحرار، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة دراسة

مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.ط)، 2003م، ص5-56.

<sup>4</sup> \_ ورد التعريف في وثيقة تنقيح اللوائح الصحية الدولية الصادرة عن جمعية الصحة العالمية و التي تعتبر أعلى جهاز بمنظمة الصحة العالمية وفقا للبند 01/13 من جدول الأعمال في الدورة الثامنة و الخمسين المنعقد بجنيف سويسرا في الفترة الممتدة من 16-23 ماي 2005م. ينظر: [www.who.int](http://www.who.int) تاريخ التصفح: 18-02-2016م.

الأمراض الأخرى؛ فالتشخيص ماهو إلا مجرد عملية بحث تجري للتحقق من نوع المرض الذي يعاني منه المريض و بالتالي فهو مرحلة لاحقة للفحص الطبي.<sup>1</sup>

وقد يلي هذا الفحص نوعا آخر؛ يسمى فحصا تكميليا و الذي يلي الفحص الأولي الذي يسمى تمهيدا؛ و يدخل ضمنه مجموعة من التحاليل المخبرية مثل تحاليل الدم و البراز و كذلك التحاليل التي تتعلق بتقدير كمية السكر في الدم والدراسات المجهرية "الميكروسكوبية" و أيضا الدراسات الفيزيائية مثل الاختبار الذي يجري لتقدير معدل الترسيب داخل الدم، و كل هذا حتى نضفي أكثر دقة للفحص الأولي.<sup>2</sup>

و إذا كان هذا هو تعريف الفحص الطبي بفهمه العام -الطبي- يشمل جميع فئات المجتمع فإن الفحص الطبي قبل الزواج يشمل فئة خاصة فقط وهي الفئة المقبلة على الزواج.

ويعتبر الفحص الطبي قبل الزواج من المفاهيم الحديثة فقها و قانونيا و طيبا وقد استحوذت على اهتمام الباحثين والمهتمين وقد وردت في حقه الكثير من التعريفات نذكر منها ما يأتي :

- تقديم استشارات طبية إجبارية أو اختيارية للخطابين المقبلين على الزواج تستند إلى فحوصات مخبرية أو سريرية تجري لهم قبل عقد القران.<sup>3</sup>

- فحوصات مخبرية تجري لكل من الذكر والأنثى العازمين على الزواج، ويتم إجرائها قبل إبرام عقد الزواج، لاكتشاف أي موانع صحية تحول دون الزواج، وحتى لمعرفة إمكانية الإنجاب من عدمه، بحيث يكون كلا الخاطبين عالما بما هو مقبل عليه ومقتنعا به.

- الكشف بالوسائل المتاحة من أشعة و تحاليل و كشف جيني و نحوه لمعرفة ما بأحد الخاطبين من أمراض معدية أو مؤثرة في مقاصد الزواج.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -مصطفى عرجاوي،التنظيم الشرعي و القانوني للتداوي بالحرمة و المحرم،مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية- الكويت،ع:146،ص172.

<sup>2</sup> \_ محمد بن محمد الشنقيطي،أحكام الجراحة الطبية،مكتبة الصحابة-الشارقة،ط:الثانية،1994م،ص215

<sup>3</sup> \_ أسامة حسن الرابعة،الاستحسان بالضرورة و تطبيقاته في المسألة المعاصرة الفحص الطبي قبل الزواج،مجلة جامعة فلسطين للأبحاث و الدراسات-فلسطين،2013م،ع:5،ص409.

<sup>4</sup> \_ و هو تعريف المجلس الأوروبي للإفتاء و البحوث :

للـ: محمد رأفت عثمان،المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية،مكتبة وهبة،ط:الأولى،2009م،ص443. ■ علي محمد يوسف الحمدي،الأمراض الوراثية من منظور إسلامي،(د.دار نشر)،(د.ط)،(د.ت)،ص80

فبالنظر للتعريفات السابقة نجدتها تتفق كلها في إعطاء معاني متقاربة ومتشابهة للفحص الطبي قبل الزواج والذي يعني بدراسة الحالة الصحية العامة لدى كل من الخاطبين والكشف عن وجود أمراض مزمنة أو معدية أو وبائية أو نحو ذلك<sup>1</sup>، و محله هم الأشخاص المقبلين على الزواج و ذلك بتقديم شهادة طبية تثبت خضوع المعنيين لمجموعة من الفحوصات العامة والخاصة المخبرية والسريرية عند إبرام عقد الزواج، فهو برنامج نفسي وثقافي متكامل،الهدف الأساسي منه لا يقتصر على إجراء بعض التحاليل، إنما هو استشارة كاملة لما قبل الزواج، ورصد لمرحلة التاريخ الطبي السابق لدى المتقدم ويشمل كل من الصحة النفسية والجسدية وهو إجراء سهل وبسيط وميسر للجميع .

البند الثاني: أنواع الفحص الطبي قبل الزواج و أهميته

أولاً: أنواع الفحص الطبي قبل الزواج<sup>2</sup>

إن الفحص الطبي لا يمكن أن يكون إلا إذا كان محله الخاطبان العازمان على الزواج، ووقته يكون قبل إبرام العقد لا بعده، و هو خطوة يخطوها الطبيب لمصلحة مريضه أو المقبل على الفحص والخطأ فيه يهدد حياته، فنوعيته التي تجري للمقبلين على الزواج إما سريرية و ذلك بالفحص الحسي للمريض بتحسس مواضع معينة من بدن المريض و معاينتها بالنظر أو اللمس أو بواسطة الأجهزة الحديثة، و إما مخبرية و هي جزء من الفحوصات التكميلية للكشف عن الأمراض المعدية و الأمراض الوراثية و الأمراض المزمنة.<sup>3</sup>

و هذه الفحوصات السابقة للزواج تكشف عن احتمالات الإصابة أو انتقال المرض بعد الارتباط، و هي تخص نوعين أساسيين من الأمراض هما:

1) الفحص الطبي للأمراض الوراثية :

من أهم طرق الوقاية في الوقت الحاضر الفحص الطبي قبل الزواج؛ و الذي يبين مدى إصابة المقبلين على الزواج بمرض وراثي أم لا خصوصاً بعدما تمكن العلم من التعرف على المشكلات الوراثية

<sup>1</sup> \_ الطيب بوحالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون- المنصورة، (د.ط)، 2010م، ص42.

<sup>2</sup> \_ تقسم الأمراض التي تعنى بالفحص الطبي إلى عدة أقسام وفق عدة تصنيفات فهناك أمراض وراثية و أمراض معدية و كذلك أمراض تخص عيوب لدى الرجل و المرأة و التي فصل فيها الفقه الإسلامي كثيرا، وسيتم التركيز على الأمراض التي يمكن تجنبها بإجراء الفحص الطبي حسب المادة المستحدثة في قانون الأسرة .

<sup>3</sup> \_ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص57. ■ مبارك آل الشيخ، التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريان، (د.ط)، (د.ت)، ص60. ■ محمد بن محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، ص215.

المحتمل حدوثها من خلال تحليل جينات الأفراد المقبلين على الزواج .  
والأمراض الوراثية هي مجموعة من الأمراض غير المتجانسة التي تنتقل عبر الأجيال السابقة إلى الجيل الراهن عن طريق المورثات أثناء تكوين البويضة المخصبة، فهي تسمح بانتقال المرض من شخص لشخص آخر لأسباب تتعلق بخلل في المادة الوراثية عنده و التي تنتقل من خلية إلى خلية و من الآباء إلى الأبناء و بالتالي من جيل إلى جيل.<sup>1</sup>

و هذه الأمراض تورث من الآباء إلى الأبناء، ولا يشترط أنه إذا كان الآباء مصابين بأحد هذه الأمراض أن يصاب بها الأطفال، ولكن احتمال إصابة الأبناء بتلك الأمراض يزداد في حالة إصابة الآباء بهذه الأمراض، فهذه الأمراض قدر فيها للجين أن يولد مصابا بها، وقد تكون سببا في وفاته، وقد يعيش بها مريضا مدة حياته، ولا يشترط أن تكون تلك الأمراض موجودة في الآباء.<sup>2</sup>

و بالرغم من أن وراثه صفة الاستعداد للمرض مازالت غير واضحة بطريقة دقيقة لدى أهل الاختصاص إلا أن نتائج الدراسات والأبحاث الطبية تشير إلى وجود عوامل وراثية مسؤولة عن استعداد الفرد للإصابة بالمرض<sup>3</sup>، و مع تقدم البحث الطبي استطاع علماء الوراثة فك الشفرة الوراثية للإنسان و بالتالي التنبؤ بما قد يصيبه من أسقام و أمراض و من هنا تظهر أهمية الفحص الطبي لمعرفة المحتوى الوراثي للراغبين في الزواج .

وتختلف الأمراض الوراثية في حقيقتها و أضرارها كما تختلف في نسبة انتشارها في المجتمعات ،فقد ينتشر المرض الوراثي في مكان دون آخر كأمرض الدم الوراثية المنتشرة، و التي لا تكتشف إلا بالفحص الطبي.

و الفحص الطبي بالأمراض الوراثية متعلق بالفحص الجيني، و الذي يكشف عن دور الجينات في نقل الصفات الوراثية بين الأشخاص فإن كان النسل صحيحا و إن كانت مريضة جاء النسل مريضا فكما أن الأبناء يرثون الصفات عن الآباء و الأمهات فكذلك تنتقل إليهم بعض الأمراض.<sup>4</sup>

و طبيا هناك الكثير من الأمراض التي تظهر على الإنسان نتيجة خللا يصيب المادة الوراثية سواء انتقلت إليه من الأب أو من الأم أو كليهما، و يمكن رصد مجموعة من الأمراض التي تسببها المورثات متمثلة

<sup>1</sup> \_ جاردنز بيتر سنستاد وغيره، مبادئ علم الوراثة، الدار العربية-القاهرة، ط: الثالثة، 1993م، ص28.

<sup>2</sup> \_ محمود حسن ،جلال عطا الله، علم الأمراض، الميكروبات، الطفيليات، الهيئة العامة للطابع الأميرية- القاهرة، 1988، ص62 .

<sup>3</sup> \_ إحسان علي محاسنة، البيئة و الصحة العامة، دار الشروق للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الثانية، 1994م، ص112.

<sup>4</sup> \_ الشويرخ (سعد بن عبد العزيز)، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيلية للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 2007م، ص83.



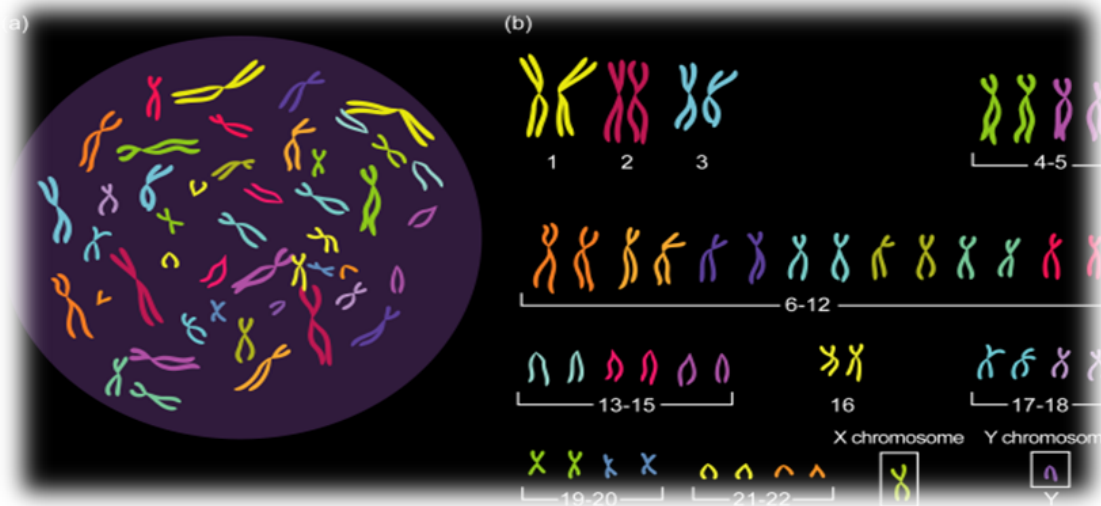
## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فيما يأتي:

- أمراض متعلقة بالكروموسومات<sup>1</sup>: و هو غير متعلق بالقرابة بين الزوجين و ينشأ عن خلل في تركيب الكروموسومات أو زيادة و نقص فيها فأى خلل قد يكون في كروموسوم كامل يكون تراكيب غير طبيعية و خلل في الجينات ، و من أشهر الأمراض التي يسببها :  
- متلازمة داون: أو ما يعرف "بالطفل المنغولي"<sup>2</sup> والذي يعتبر من أكثر الظواهر انتشارا في العالم، وهي عبارة عن زيادة في عدد المورثات الصبغية عند الشخص المصاب بمتلازمة داون، بحيث يكون إجمالي الصبغيات لدى الشخص 47 ، بينما يكون العدد الطبيعي للشخص العادي هو 46 و قد

<sup>1</sup> \_الكروموسومات - أو الصبغيات الوراثية - هي عبارة عن تراكيب موجودة في نواة الخلية عصبية صغيرة، تحمل تتكون من الكروماتين و تحتوي على الجينات و يصبح الكروموسوم واضحا و يمكن رؤيته بالمجهر العادي أثناء انقسام الخلية. ويحمل الشخص العادي-ذكراً كان أو أنثى- 46 كروموسوم، تكون على شكل أزواج (أي 23 زوج). هذه الأزواج مرقمة من واحد إلى اثنين وعشرين، بينما الزوج الأخير (الزوج 23) لا يعطى رقماً بل يسمى الزوج المحدد للجنس ، يرث الإنسان نصف عدد الكروموسومات (ثلاثة وعشرين) من أمه والثلاثة والعشرون الباقية من أبيه.

للـ ينظر: مات ريدي، الجينوم السيرة الذاتية للنوع البشري في ثلاثة و عشرين فصلاً، كلمات عربية للترجمة و النشر- مصر، ط: الأولى، 2012م، ص24. ■ محمد صالح المحب، هندسة الوراثة و علم الاستنساخ، الدار العربية للعلوم ناشرون- بيروت، 2000م، ص23.



<sup>2</sup> \_ الطفل المنغولي هو الذي يولد بملامح مميزة أهمها الأعين المائلة و الرأي المستدير الصغير الحجم نسبياً و الأيدي القصيرة و بعض الملامح الخاصة و ما يلبث هذا الطفل أن يظهر تباطؤ في النمو الحركي و الذي يتكور إلى صورة التخلف العقلي و قد اكتشف العلماء سنة 1959م خلل الكروموسومات المسببة للمرض و قدر عرف المرض طويلاً باسم الطفل المنغولي و هي تسمية خاطئة لا تستخدم علمياً.

للـ ينظر: محمد علي البار، الجنين المشوه و الأمراض الوراثية الأسباب و العلاقات و الأحكام، دار القلم-دمشق، 1987م، ص439.

سادت معتقدات غير صحيحة عن طبيعة هؤلاء الأطفال مما جعل هذه الفئة تتعرض للكثير من الإهمال و الأمراض نتيجة التعامل على أساس أن هؤلاء الأطفال متخلفين عقليا .<sup>1</sup> ويوجد في الجزائر أكثر من 25 ألف مصاب أي بمعدل 6 آلاف حالة جديدة كل سنة، والعالم العربي يضم 8 ملايين مصاب.<sup>2</sup>

- مرض الثلاسيميا: أو فقر الدم فقد أثبتت الإحصائيات أن 2% من سكان الدول المغاربية تعاني من هذا المرض، الذي يسمى "مرض فقر الدم حوض البحر الأبيض المتوسط"، وفي الجزائر أحصيت حوالي 1000 حالة إصابة بالثلاسيميا، وتكاليف علاج هذا المرض عالية جدا لأنه يستوجب نقل الدم شهريا ولمدى الحياة وغالبا ما يؤدي إلى وفاة الشخص خلال العشرية الثانية من حياته.<sup>3</sup> والثلاسيميا هو مرض وراثي يؤثر في صنع الدم، فتكون مادة الهيموغلوبين في كريات الدم الحمراء غير قادرة على القيام بوظيفتها، مما يسبب فقر دم وراثياً ومزمناً يصيب الأطفال في مراحل عمرهم المبكر، نتيجة لتلقيهم مورثين معتلين، أحدهما من الأب والآخر من الأم وتوجد أغلب الإصابات في الدول المحادية للبحر الأبيض المتوسط والشرق الأوسط ولشرق الأدنى بنسب مختلفة.<sup>4</sup>

ويمكن الوقاية من هذا المرض بمراجعة المراكز الطبية المختصة من خلال الفحص الطبي للمقبلين على الزواج من خلال أخذ عينة دم الرجل ليتم معاينة مدى انخفاض متوسط حجم الكريات الحمراء فإذا كانت النتيجة أكثر من 80% فليس هناك مشكلة و لا يتم حينها فحص المرأة و يقدم تقريرا طبيا إيجابيا، أما إن كانت النسبة المئوية أقل من ذلك فيجب إخضاع المرأة للفحص أيضا؛ فإذا كانت النتيجة أكثر من 80% فيعتبر الدم ليس حاملا للمرض و يقدم تقريرا يسمح للرجل و المرأة المتقدمين للفحص الطبي يسمح لهما بالزواج، و إن كانت النتيجة أقل من 80% فيجب إخضاعهما لفحص

<sup>1</sup> \_ إسماعيل أبو عساف، أساسيات بيولوجيا الخلية والهندسة الوراثية و علم الجين، الأهلية-الأردن، ط: الأولى، 2005م، ص198.

<sup>2</sup> \_ بلقاسم حوام، 25 ألف منغولي في الجزائر 6000 حالة جديدة كل سنة و أوروبا تحصي 400 ألف مصاب، الموقع الإلكتروني - جريدة الشروق اليومي، 19-10-2008م

<sup>3</sup> \_ وكالة الأنباء الجزائرية، 2 بالمائة من سكان الدول المغاربية تعاني من مرض الثلاسيميا، الموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الجزائرية، 04-04-2015م

<sup>4</sup> \_ عائدة وصفي عبد الهادي، مقدمة في علم الوراثة، دار الشرق-رام الله، ط: الأولى، 1998م، ص267.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

آخر يعني بإعطاء النتيجة القطعية فإن كانت النتيجة لكليهما سلبية فهذا يعني أنهما يحملان مرض "الثلاسيميا" <sup>1</sup>.

-تشوهات جنينية عديدة: ومنها ماهو بسيط كإعوجاج الإصبع الخامس و منها ماهو خطير كتشوه اليد و تحولها لما يشبه مخالب سرطان البحر وقد يكون تشوه عظام الخد لأحد الوالدين دلالة على احتمال ولادة بإذن واحدة،ويمكن تشخيص مثل هذه الأمراض عن طريق الفحص المجهرى للكروموسومات لخلايا الدم البيضاء. <sup>2</sup>

• أمراض متعلقة بالجينات : تصنف الأمراض الناتجة عن خلل في الجينات كأمرض وراثية يمكن تجنبها ومعرفتها عن طريق الفحوصات السابقة لعقد الزواج.

وفي هذه الأمراض يتكون الكروموسوم من عدة جينات متلاصقة يتحكم كل منها في صفة من صفات الإنسان،وتنتج الأمراض الجينية من خلل في الجينات دون حدوث تغيرات في الكروموسوم ككل،و هي أمراض جسمية وتصيب الذكور والإناث على حد سواء ويكون كلاهما حاملا للمرض مع أنهما لا يعانيان من أي مشكلة صحية ظاهرة لها علاقة بالمرض وهي تكون نتيجة خطأ أو عطب في جينة تعلم بطريقة غير صحيحة، ومن أشهر هذه الأمراض التليف الحويصلي و بعض أمراض الدم الوراثية،أو تكون في أحد الوالدين فقط و يحدث أن ينتقل المرض من الأب أو الأم للأبناء،وهناك أمراض تكون نتيجة خلل في أكثر من جين واحد مثل مرض السكري و ارتفاع ضغط الدم و الربو و بعض أنواع السرطان و القولون و المستقيم و بقدر ماهي هذه الأمراض

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضيات،الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية،ص75.

<sup>2</sup> \_ مصطفى ناصف،الوراثة و الإنسان أساسيات الوراثة البشرية و الطبية،عالم المعرفة،(د.ط)، 1986م، ص92.

-صور لبعض التشوهات التي تصيب اليدين -



أسبابها غير معروفة إلا أنها تحدث مع الأشخاص الذين لديهم استعداد وراثي.<sup>1</sup>

## 2) الفحص الطبي للأمراض المعدية:

الأمراض المعدية هي تلك الأمراض التي تنتقل من شخص لآخر وعادة ما تنتقل هذه الأمراض عن طريق العلاقة الجنسية مهما كانت طبيعتها عادية أو شادة؛ مشروعة أم غير مشروعة، و من أسباب انتقالها البكتيريا و الفطريات والفيروسات وغيرها.<sup>2</sup>

والأمراض المعدية لا حصر لها فهي مجموعة واسعة من الأمراض لا علاقة لها بالجنس من حيث الذكورة و الأنوثة بل هي تنتقل بالممارسة الجنسية من المصاب أو الحامل للمرض إلى السليم.<sup>3</sup>

وخطورة هذه الأمراض أنه يتعدى أثرها على الجنين، بحيث ينمو نموا غير متكامل، وقد أشارت إحصائيات منظمة الصحة العالمية WHO سنة 1996م إلى وجود 333 مليون إصابة بالأمراض الجنسية المعدية أقتصرت حينها على أربعة أمراض جنسية فقط من بين ثلاثين مرضا معروفا حينذاك.<sup>4</sup> ويمكن أن تنتقل الأمراض المعدية أيضا من غير العلاقة الجنسية، و من أخطر هذه الأمراض ما يأتي:

• الإيدز: و يسمى أيضا متلازمة العوز المناعي المكتسب و قصور المناعة البشرية، وهو النقص الشديد في المناعة بسبب المرض الذي طرأ على الجسم بسبب العدوى، و قد عرفته منظمة الصحة العالمية في تقريرها الصادر بتاريخ: 02 أكتوبر 1985م بأنه مرض يتصف بمجموعة أعراض و علامات و دلائل ناجمة عن نقص مكتسب في المناعة الخلوية.<sup>5</sup>

وخطورته متمثلة في سرعة انتشاره و انتقاله؛ حيث ينتقل عن طريق فيروس هيف HIV و معناه فيروس العوز المناعي البشري؛ و الذي يسبب انهيار الجهاز المناعي، إذ تنهار لدى المصاب الوسائل الدفاعية التي أودعها الله جسم الإنسان لتدافع عنه فيقع فريسة سهلة لكل الجراثيم، و المرض عبارة عن مجموعة من الأعراض المرضية و التي تدل على أن المصاب يعاني من فقدان المناعة التي اكتسبها و لم يرثها فالمرض طرأ على الجسم بسبب العدوى و ليس أمرا موروثا أو تلقائيا فالمرض يدمر

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص70-71.

<sup>2</sup> \_ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ط: الأولى، 2008م، ص97.

<sup>3</sup> \_ يوسف بلتو - سوسف الأشقر، الفحوصات الطبية الضرورية قبل الزواج، دار زهران - الأردن، (د.ط)، (د.ت)، ص194.

<sup>4</sup> \_ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص290.

<sup>5</sup> \_ فتحي دردار، السيدا بين الواقع و آفاق العلاج، (دون ذكر دار و بلد النشر)، (د.ط)، 2000م، ص09.

الجهاز المناعي في جسم الإنسان فيجعله عرضة للأمراض القاتلة والأورام السرطانية.<sup>1</sup> و من هذه الأعراض إضافة إلى التقرحات و الأخماج الفطرية و الجرثومية والفيروسية التي تصيب الفم والغدة اللعابية فالمصاب بهذا المرض سيعاني من فقدان الشهية للطعام مع النقص الشديد و المستمر في الوزن والشعور بالإرهاق والتعب و الميل إلى النوم، وارتفاع الحرارة المستمر و التعرق الليلي و حدوث اضطرابات هضمية كالإسهال لمدة تزيد عن الشهر وكذلك التضخم في الغدة الدرقية والطفح الجلدي.<sup>2</sup>

وتشير أحدث الإحصائيات أن المصابين بفيروس نقص المناعة هم في أكثر سنوات العمر إنتاجية، أي بين سن الخامسة عشرة والتاسعة والأربعين، ومع استمرار تزايد أعداد الحاملين لفيروس نقص المناعة المكتسبة يتوقع ارتفاع عدد وفيات هذا المرض سنويا على مستوى العالم؛ نتيجة لانتقال العدوى بأشكال مختلفة في شتى أنحاء العالم،<sup>3</sup> ففي إحصائيات سنة 2003م بلغ عدد الأشخاص الذين يحملون الفيروس حوالي 40 مليوناً منها 17.6 مليون نساء و 2.7 مليون طفلاً أقل من خمسة عشر سنة وفي نفس السنة بلغ عدد حالات العدوى الجديدة 5 مليون مصاب و 3.5 مليون حالة وفاة.<sup>4</sup>

• الزهري: و يسمى أيضا السيفليس ، وهو عبارة عن جرثومة صغيرة و دقيقة لا ترى بالعين المجردة وتنتقل من مريض إلى آخر عن طريق الاتصال الجنسي أساسا ،أو عن طريق المشيمة من الأم على جنينها أو بواسطة نقل الدم أو بواسطة الملامسة للجسم المعدي ،و بمجرد دخولها للجسم تذهب إلى الغدة الليمفاوية ثم تغزو الدورة الدموية لتصل مع الدم إلى أي مكان في الجسم و يعتبر الزهري

<sup>1</sup> \_ محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، دار المنارة- جدة، ط: الثانية، 1986م، ص. 133. ■ عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، مديرية المكتبات الوطنية، ط: الأولى، 1985م، ص. 117 ■ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص. 98-99.

<sup>2</sup> \_ عائشة زيتوني-سمية حور، ماخفي كان أفجع، ماهو الإيدز؟، مقال منشور بمجلة أنت، مجلة شهرية تصدر عن مليونيوم صحافة EURL- الجزائر، مارس- أبريل 2010م، ع 03، ص. 06

<sup>3</sup> \_ محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، ص. 134.

<sup>4</sup> \_ AMMER achour, virus et sida expliqués à tous, office des publications universitaires- ben aknoun ,alger, ed: 09,2005 ,p03-35.



أخطر الأمراض التناسلية على الإطلاق و الذي ينتهي بالمريض غالبا للعجز و الشلل التام<sup>1</sup>، حيث لا يكتف هذا المرض بإلحاق الألم كمظهر خارجي له بل سيتطور الأمر إلى مهاجمة تركيبية الجسم و هيكله العظمي فتظهر الطفحات الجلدية وسقوط الأظافر وتشوه الأسنان والتهاب الأعصاب والعينان وفقد البصر و تورم العظام و الجمجمة و التهاب الأذنان و قد ينتهي الأمر بالصمم.<sup>2</sup>

- السيلان: و هو التهاب في الغدد تسببه البكتيريا وتؤثر بشكل أساسي على قناة مجرى البول عند الرجال و عنق الرحم عند النساء ، والمسبب الرئيسي لمرض السيلان هو عدوى بكتيريا معينة والتي تنتقل من شخص لأخر خلال الاتصال الجنسي أو من الأم لجنينها خلال عملية الولادة ، و حيث أن البكتيريا تحتاج لفترة حضانه تتراوح فترتها من شخص لأخر لكنها بالمجمل تكون حوالي أسبوع ومن ثم تبدأ بالانتشار وتبدأ الاعراض بالظهور على المصاب في أماكن كثيرة من الجسم مسببا الالتهابات الصديدية في منطقة الحوض و التهابات المفاصل و العيون و القلب<sup>3</sup> .
- وهذا المرض الجرثومي شديد العدوى بحيث تتجمع الميكروبات فيه في أماكن غير ظاهرة كما أنه يهاجم الأغشية المخاطية التي تبطن الأعضاء التناسلية و البولية مسببا التهابا و تقيحا لها.<sup>4</sup>
- مرض التهاب الكبد الوبائي : ويسمى بمرض البرقان التناسلي أو الصفيراء لأنه مرض تناسلي يصيب الذكور والإناث على حد سواء عن طريق الإتصال الجنسي و عن طريق الدم و اللعاب و السائل المنوي<sup>5</sup>.

و ينقسم هذا المرض إلى نوعين ،نوع ينتقل عبر المني و هي فيروسات c/b و فيروسات تنقل عبر الأطعمة الملوثة و غيرها و هي فيروسات a/e و هذه أشهر الفيروسات المسببة لهذا المرض

<sup>1</sup> \_ عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، ص50. ■ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص101. ■ محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، ص314.

<sup>2</sup> \_ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص102.

<sup>3</sup> \_ الطيب بوحالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، ص121. ■ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص102.

<sup>4</sup> \_ عادل الصاوي-محمد الصاوي، الأحكام المتعلقة بالهرمونات في ضوء الاجتهادات الفقهية و المعطيات الطبية، دار الفكر الجامعي- مصر، ط: الأولى، 2010م، ص327.

<sup>5</sup> \_ سارة لشطر، الفحوصات الطبية قبل الزواج و آثارها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون تخصص أحوال شخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة- كلية أصول الدين، 2008م- 2009م، ص10.

إضافة إلى أنواع مدمرة أخرى إلا ان المختصين يركزون على النوعين السابقين<sup>1</sup>

ثانيا: أهداف الفحص الطبي قبل الزواج

إن إلزام المشرع الجزائري المقبلين على الزواج القيام بالفحص الطبي واستخراج الوثيقة الطبية يعد مسألة دقيقة لها تأثير على نجاح العلاقة الزوجية وتقويتها أو العكس، باعتبار أن الزواج يؤسس للعائلة الشرعية تأسيسا قانونيا تعاقديا ينتج إلتزامات وتبادل للحقوق و الواجبات بين الرجل و المرأة . ولهذا تعتبر مسألة الفحص الطبي قبل الزواج و إصدار الشهادة الطبية عملا هاما وخطيرا من أعمال مهنة الطب تفرض على الطبيب احترام شروط إجراء الفحص الطبي، لأن تسليم هذه الشهادة لا يقل أهمية وخطورة عن إنشائها.

وقد طبقت الكثير من الدول الفحص الطبي إما بصفة إلزامية أو اختيارية؛ باعتبار أن التطبيق الجيد و السليم لفكرة الفحص، من شأنه تحقيق حالة من التوافق والانسجام بين الزوجين من النواحي الصحية والنفسية والجنسية بهدف تكوين أسرة سليمة، وإنجاب أبناء أصحاء وسعداء، و من هنا فإن أهداف الفحص لا يقف عند الحماية من الإصابة بالأمراض المعدية و الوراثة فقط بل يتعدى ذلك إلى تصحيح العديد من المفاهيم و الممارسات الخاطئة في الزواج التي تقع دون وعي أو فهم لأبعادها الصحية و النفسية.<sup>2</sup>

و بالرجوع للمادة 7 الخاصة بالفحص الطبي قبل الزواج جاء في عرض أسبابها؛ أنها تلزم طالبي الزواج بأن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج حماية لصحة الزوجين و الأطفال و المجتمع، مع إلزام الموثق و ضابط الحالة المدنية بأن يتأكدوا قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بالأمراض أو أي عامل قد يشكل خطرا لكل منهما والتأثير بذلك في عقد الزواج، و في عرض الأسباب الأولى التي كانت مرفقة بالمشروع التمهيدي الذي عرض على مجلس الحكومة قبل مجلس الوزراء جاء في عرض الأسباب أن هذه المادة تترك للأطراف إتمام الزواج من عدمه و أنها تحيل على التنظيم لتحديد شروط

<sup>1</sup> \_ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص103.

<sup>2</sup> \_ فتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيد و مقاصدها دراسة مقارنة، دار النفائس - الأردن، ط: الأولى - 2011م، ص117.

و كفاءات تطبيقها.<sup>1</sup>

فالمشرع الجزائري وضع أهدافا رئيسية مباشرة للفحص الطبي، يتسع نطاقها كلما كان تطبيق فكرته و ما يؤسس عليه من آثار، و يمكننا رصدها فيما يأتي:

﴿ تحقيق هدف الحماية و الوقاية للمقبيلين على الزواج:

في ظل التقدم المذهل والتطور العلمي في مجال الطب يوجد توجه عالمي ثابت نحو إفادة العائلة و الروابط الاجتماعية و الاقتصادية بها على مستوى الوقاية بالدرجة الأولى.<sup>2</sup>

ومن ذلك ما نصت عليه المادة 11 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز التي تنص على وجوب اتخاذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها على أساس المساواة بين الرجل و المرأة نفس الحقوق، و جاءت الفقرة (و) من نفس المادة تتكلم الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب، وفي هذا السياق جاء التشريع الجزائري مواكبا للتطور العلمي في مجال الطب الوقائي لدعم حماية العلاقة الزوجية .

لقد جاء توظيف العلم بإلزام المقبيلين على الزواج بإستصدار الشهادة الطبية وقاية من المخاطر الصحية التي تبرز بمناسبة عقد الزواج سواء للزوجين ولاحقا بالنسبة لذريتهما.

وترجع المطالبة القانونية بإلزامية الشهادة الطبية قبل الزواج في الحقيقة إلى النظرية التي تقوم أساسا على علم تحسين النسل و التي يعتبر من مقاصدها الأساسية المحافظة على صفات النوع البشري وتحسينه عن طريق منع الزواج بين الأفراد المصابين بأمراض خطيرة أو معدية أو وراثية، لأن هذا النوع من الزواج يؤدي حسب هذه النظرية إلى خلق نسل معيب ومشوه.<sup>3</sup>

فحماية المقبلين على الزواج و الوقاية من شتى الأمراض خاصة الوراثية والمعدية والإقبال على الفحوصات الطبية قبل الزواج مفتاح آمن، و من "الوسائل الفعالة جدا في الحد من الأمراض الوراثية و المعدية و الخطيرة".<sup>4</sup>

فعن طريق الفحص يمكن التأكد من عدم وجود عيوب عضوية تكون حاجزا أمام الهدف المشروع لكل الزوجين و حماية للمجتمع من انتشار الأمراض والتقليل من التأثير المالي والاقتصادي على المجتمع

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص70.

<sup>2</sup> \_ محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التشكلات، ص119.

<sup>3</sup> \_ Annuaire de la société de législation comparée, Paris : 1938 p :70.

<sup>4</sup> \_ الأشقر(أسامة عمر سليمان)، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2000م، ص 84

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و اجتناب الأعباء المالية الناتجة عن علاج المصابين بالأمراض الوراثية أو المعدية<sup>1</sup>، فهو بهذه الطريقة هو الدرع الواقي والأداة الفعالة في حماية الحياة الزوجية حماية قوية وشاملة في جميع مراحلها، ولا عجب في ذلك إذ إن جوهر الفلسفة الطبية يتركز على الوقاية من الأمراض، خاصة مع تطور الهندسة الوراثية، وانتشار الكثير من الأمراض الوراثية.

والوقاية و الحماية التي تضمنتها هذه الوسيلة قد تتزايد في الإتساع من خلال التطبيق الجيد للفكرة و بالتالي فإن المقدمين على الزواج يكونون على علم بالأمراض الوراثية المختلفة والمحتملة لنسلهم فيسعون إلى العلاج قبل الزواج، خاصة و أن التشخيص المبكر و العلاج المبكر للأمراض هو خطوة مهمة قي اتجاه إمكانية العلاج قبل تفاقم المرض؛ باعتبار أن عقد الزواج يقوم على أساس التأييد، فإذا ما تم تجاهل هذه الفحوصات الطبية قبل الزواج أو ظهر بعده أن أحد الزوجين مصاب بعللة أو داء فإن ذلك قد يكون سببا لعدم قبول الطرف الآخر به.<sup>2</sup>

أما إذا تم عقد الزواج فالفحص الطبي يمكن من فحص الجنين في أيامه الأولى ومراقبته؛ إضافة إلى تأكيد كل منهما من قدرة الطرف الآخر على الإنجاب وعدم وجود العقم، وبالتالي تفادي أهم سبب من أسباب الطلاق، لما في كل واحد من الزوجين من فطرة الأبوة أو الأمومة.<sup>3</sup>

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل يتعداه إلى غاية أخرى؛ وهي رفع مستوى الثقافة الصحية عند المقبلين على الزواج و تصحيح الكثير من المفاهيم و الممارسات الخاطئة في الزواج التي تقع دون وعي أو فهم، و ذلك من خلال المعلومات و الوثائق التي يمكن للمقبلين على الزواج التزود بها لتثبت خلوهم من الأمراض و ذلك عن طريق الأطباء أصحاب الاختصاص بعد فحوصات كافية تجعلهم متيقنين و قادرين على مواجهة الحياة الزوجية في المستقبل.<sup>4</sup>

بمعنى أن إجراء الفحص الطبي سيزود المقبلين على مشروع الزواج بمعلومات ذات طابع طبي من شأنها إعطاء صورة شاملة وواضحة عن الوضع الصحي لكليهما، و بالتالي هو طريق للاحتياط و حسن

<sup>1</sup> \_ الطيب بوحالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، ص65.

<sup>2</sup> \_ نور الدين أبو لحية، الأزمات الزوجية و حماية الزواج، دار الكتاب الحديث-مصر، ط: الأولى، 2009م، ص67.

<sup>3</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص90. ■ فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات

الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدها و مقاصدها دراسة مقارنة، ص156.

<sup>4</sup> \_ ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب و فحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، السنة: 15، مارس

2000م، ع:40، ص284.

الاختيار تفاديا للمشاكل الأسرية التي ستنجم عن مرض الزوجين أو ذريتهما مستقبلا. و طبقا للمادة 3 للمرسوم التنفيذي رقم 154/06<sup>1</sup> يخضع كل من الرجل و المرأة للفحص السريري و كذلك فحص الرثتين إذا اقتضى الحال و فحص فصيلة الدم و هذا حتى يتم تمكين المقبلين على الزواج من التعرف على الصحة الخاصة لكل منهما.

و هذه الخطوة تساهم بطريقة مباشرة في تثقيف الخطيبين و تبصيرهم بكل المشاكل الصحية التي يمكن أن تكون مؤثرة تأثيرا مباشرا على العلاقة الزوجية، و هذا لا يعني بالضرورة المنع من الزواج بل قد تكون النصيحة بتأجيل الزواج فترة من الزمن حتى يتمثل المريض منهما للشفاء.

و قد يكون الأمر مقتصرًا على تقديم العلاج للطرف الآخر بقدر ما يحفظه من عدوى المرض في الأمراض المعدية، وقد يترتب على العلاج تناول الدواء طوال الحياة أو التغذية الخاصة أو نقل الدم بصفة منتظمة، أو زرع الأعضاء، قد تكشف الفحوصات الطبية قبل الزواج عن زمرة الدم عند الخاطبين لمعرفة إمكانية حصول الحمل سليما وكذلك عدم تضرر صحة المرأة أثناء الحمل والولادة فينصح الأطباء بعدم الإنجاب إذا ما رغب الطرفان في إتمام الزواج و طرح البدائل الطبية المتاحة لتفادي المشكلة الوراثية المتوقعة.

ويتعدى الفحص الطبي إلى معرفة قدرة كل من الخاطبين على ممارسة علاقة جنسية سليمة والتأكد من خلوهما من عيوب عضوية أو فيزيولوجية تحول دون تحقيق الرغبات الجنسية المشروعة لكل من الزوجين.<sup>2</sup>

فحضور الخاطبان لإجراء الفحص تسمح بإعطائهما قواعد صحية عامة لأن الزيارة إلى الطبيب لن تكون غالبا إلا بعد الحمل على الأقل، كالمباعدة بين فترات الحمل، وعلامات الحمل المتوقعة، والحث على ضرورة التخطيط لمستقبل تكوين الأسرة وضرورة العناية الصحية وتربية الأبناء صحيا وغير ها. فالأصل إذنا في هذه الفحوص هو البحث عن إمكانية البحث عن السبل الممكنة و البدائل المتاحة وإيجاد الحلول وتدعيمها بتوصيات واستشارات طبية من شأنها أن تسمح باستمرار الزواج و ليس

<sup>1</sup> \_ مرسوم تنفيذي رقم: 06- 154 مؤرخ في 13 ربيع الثاني عام 1427 الموافق 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

للجريدة الرسمية، التاريخ: 14 مايو 2006 م، ع: 31.

<sup>2</sup> \_ الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص 85.



منعه أو التراجع عنه لهذا فإنه من الأهمية تصدر الفحص كخطوة أولية قبل الإقدام على عقد الزواج.<sup>1</sup> فالفحص الطبي ليس مجرد ثقافة صحية مقدمة للمقبلين على الزواج تتضمن مبادئ الصحة الجسدية و النفسية و الجنسية في شكلها العام بل هي خطوة للتخطيط لتكوين أسرة تحظى بالرعاية الصحية الإنجابية وذلك عن طريق الوسائل والخدمات التي تحقق "الزواج الصحي"، حيث يعد الوقاية من الأمراض الخطيرة والمعدية وحماية العلاقة الزوجية أحد الأهداف الرئيسية من إجراء فحوصات ما قبل الزواج.

وهذا يظهر علاقة التكامل بين الفحص الطبي قبل الزواج والرعاية الصحية الإنجابية التي تعد برنامج خدماتي صحي يعالج بعض المشاكل لدى المقبلين على الزواج و المتزوجين بحذ ذاهم كعوائق الحمل السليم و القدرة على الإنجاب خاصة في ظل تطور العلوم الطبية في وقتنا الراهن.<sup>2</sup>

تحقيق هدف عدم الإضرار بالنسل:

لا يقصر أهل القانون دور الشهادة الطبية على الجانب الوقائي فقط بل يعتبرون لها دورا توجيهيا و توعويا كبيرا يندرج في إطار النظام العام العائلي، و الذي يتيح اكتشاف عديد الأمراض المضرة بالزوجين و الأولاد خاصة المعدية و هو ما يرتبط واقعا و قانونا أشد الارتباط باللهجة الالزامية الذي طبعت القوانين الصحية الصارمة للكثير من الدول.<sup>3</sup>

و من هنا أهمية الفحص الطبي لا ترتبط بحماية الزوجين فقط بل تمتد أيضا للأبناء من خلال المحافظة على سلامة الجنين في رحم المرأة من الأمراض و التشوهات و الإعاقات فقد يكون أحد الزوجين

<sup>1</sup> \_ فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدھا و مقاصدها دراسة مقارنة، ص 125.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012م-2013م، ص 33.

<sup>3</sup> \_ محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التشكلات، ص 125.

كانت الدول الإسكندنافية أول من أصدرت عدة قوانين تفرض على الراغبين في الزواج أن يخضع قبل كل شيء لفحص طبي و أن يتبادلوا فيما بينهم نتائج هذا الفحص كالقانون النرويجي الصادر في 31-06-1918م و القانون السويدي الصادر في 11-06-1920م و القانون الدنماركي الصادر في 30-06-1922. في هذا الاتجاه سارت عدة قوانين لدول أمريكا اللاتينية حيث تمنع الزواج إذا كانت الأطراف المقبلة عليه مصابة بأمراض جنسية، أو بالسل، أو الجذام، أو بالسرطان كما نص على ذلك الفصل 92 من القانون المدني لبناما، والفصل 241 من القانون المدني للبيرو.

للإشارة ينظر: بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 215.

مصابا بمرض معد ينتقل إلى الجنين و يسبب له التشوهات و الأمراض المختلفة .<sup>1</sup> فالزواج وفق معايير صحية يبني على أسس علمية صحيحة لأن تكوين الأسرة في شقها البيولوجي وسيلة لإنجاب الأولاد و تحقيق غاية استمرار النوع الإنساني ؛ و هي الناقلة للخصائص الوراثية لأجيال المستقبل و عليه فإن سلامة الوالدين طريق إلى نسل سوي و سليم صحيا.<sup>2</sup> إن طلب الذرية مطلب فطري جبل عليه الإنسان منذ بدئ الخليقة "ففي جبلة الإنسان حب الإمتداد واستمرار الأثر من خلال عقبه والنفرة من الانفراد وانقطاع النسل والولد"<sup>3</sup>. لكن فرضية إصابة الذرية بالأمراض تكبر إلى حد بعيد في الإنجاب الناتج عن العلاقة الزوجية التي تربط بين رجل وامرأة يعانين من أمراض وراثية أو معدبة، فتنتشر - هذه الأمراض - بسهولة بين أفراد الأسرة الواحدة نتيجة الممارسة الجنسية بين الزوجين أو عن طريق انتقال الخلل الجيني. لهذا كانت الفحوصات السابقة لعقد الزواج ضامنا لإنجاب أطفال أصحاء عقليا و جسديا، و حماية المجتمع من انتشار الأمراض والحد منها، و يمكن من اتخاذ الإجراء المناسب. وهناك أمراضا كالزهري ؛ فإذا أصيبت المرأة قبل الحمل و لو بستة أشهر فإن احتمال انتقال العدوى للجنين تصل إلى نسبة 99% و كلما قرب زمن الحمل من زمن الإصابة ارتفعت نسبة الإصابة ناهيك عن انتقال فيروس الإيدز مثلا من الزوجة الحامل المصابة به إلى جنينها عن طريق المشيمة بواسطة الدم.<sup>4</sup>

وتذهب احصائيات منظمة الصحة العالمية أن 5% من أطفال العالم مصابون بأمراض وراثية أو أمراض جنسية مختلفة وأحيانا بشكل ظاهر للعيان، فمعظم الأطفال قد يولدون طبيعيين و لكن قد يحدث أن يولد طفل يحمل مشكلة وراثية و رغم ندرة هذه المشكلات لكنها تدعو للقلق الشديد ليس فقط على والدي الطفل إنما للعائلة ككل و من يحيط بها<sup>5</sup>، و بالتالي فالمقدمين على الزواج هنا يكونون على علم بالأمراض الوراثية المختلفة المحتملة للذرية إن وجدت و بالتالي تتسع الخيارات في الإنجاب

<sup>1</sup> - موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة لسنة 1984 بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم، مجلة العلوم الإنسانية-جامعة قسنطينة 1، جوان 2014، ع:41، ص486.

<sup>2</sup> - عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، ص100.

<sup>3</sup> - محمد علقمة، نظام الأسرة في الإسلام، مؤسسة الرسالة الحديثة-عمان، ط: الأولى، 1983م، (1/17).

<sup>4</sup> - صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص89-90.

<sup>5</sup> - الطيب بو حالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، ص67.

من عدمه أو عدم إتمام الزواج أصلاً أو الاعتماد مستقلاً على المراقبة الطبية المستمرة للجنين.<sup>1</sup>  
﴿ حماية المجتمع:

إن المستوى الصحي لأي مجتمع يتناسب مع مستواه الاقتصادي والاجتماعي و ما يتوفر لديه من مقومات الحياة فالصحة العامة صورة من صور تقدم المجتمعات<sup>2</sup>، وتطبيق فكرة الفحص الطبي بطريقة جيدة و سليمة من شأنه دعم الأهداف المبتغى تحقيقها على مستوى المجتمع لاعتباره ينطوي على أبعاد اجتماعية و اقتصادية هامة تمس المجتمع وتؤثر على تنفيذه لاستراتيجيات التنمية و التطوير.<sup>3</sup>  
فإن كان المقصد الأساس من الفحص الطبي قبل الزواج هو حماية الزوجين ووقايتهم و حماية النسل والذرية؛ فإن ذلك ينعكس لا محالة على المجتمع فيحقق له الحماية،" و بالتالي حماية الصحة العامة للمجتمع تكريسا لمبدأ الوقاية"<sup>4</sup>.

فالخضوع للفحوصات الطبية بهذه الطريقة ووقاية من أي كوارث تحدث هزات مالية وإنسانية للأفراد والأسر والمجتمعات، خاصة لدى ارتفاع المعاقين في المجتمع.  
ويمكن رصد دور الفحوصات الطبية في التخفيف من أعباء المؤسسات الصحية ولا يخفى أن الأعباء المالية الناتجة عن علاج المصابين بالأمراض الوراثية والمعدية تكلف مبالغ مالية ضخمة وترهق كاهل الزوجين وتزيد من أعباء ميزانية المستشفيات و المراكز الصحية.<sup>5</sup>  
والتخفيف لا يتعلق فقط بالأسر و المؤسسات الاستشفائية بل يتعدى إلى التخفيف من أعباء المؤسسات القضائية اتجاه قضايا الطلاق التي سترفع بسبب العيوب و الأمراض المكتشفة بعد الزواج.  
ومع أن الفحص الطبي قبل الزواج من القضايا التي تدخل في قضايا التنظيم و التطوير و إصلاح المجتمع إلا أنه من الصعوبة تقويمها باعتبار أن تجربة تقنين الفحص حديثة، و لا يمكن تحقيق الأهداف المطلوبة

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضبيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص 89.

<sup>2</sup> \_ وضعت إحدى اللجان المختصة لهيئة الأمم المتحدة أسسا و مقومات لقياس المستوى الصحي في المجتمع و هي :  
الصحة و خدماتها الوقائية و العلاجية - التربية و التعليم - الإسكان و الأحوال السكانية - اللباس و الكساء - العمل و ظروفه و أحوال العمال - النقل و المواصلات - الاقتصاد و كل ما يتعلق بالصناعة و الزراعة - التأمين و الضمان الاجتماعي - الفعاليات الترفيهية و الترويحية - حرية الفرد و المجتمع

للإنظر: حسان جعفر - غسان جعفر، الأمراض المعدية، دار المناهل - بيروت، ط: الأولى، 1998م، ص 25-26.

<sup>3</sup> \_ فتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيداً و مقاصدها دراسة مقارنة، ص 156.

<sup>4</sup> \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، ص 104.

<sup>5</sup> \_ الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص 84.

إذا لم تتحقق الشروط اللازمة لذلك، لهذا يؤخذ على الفحص الطبي بعض المحاذير التي تقف حائلا دون تحقيق الأهداف المنشودة و التي يمكن حصر بعضها فيما يأتي :

- عدم اشتمال الفحص الطبي لجميع الأمراض ذات الصلة بالزواج سواء معدية أو وراثية و التي تؤثر بطريقة مباشرة على العلاقة الزوجية ؛ و بالتالي يتعذر تحقق الرقابة الشاملة، إذ يقتصر هذا الفحص على التأكد من مدى إصابة أحد المقبلين على الزواج أو كلاهما بعدد قليل من الأمراض لا يتجاوز أصابع اليد كمرض الزهري و الإيدز ؛ و بالتالي يتعذر تحقيق الوقاية الشاملة، و في هذا تغليط للمقبلين على الفحوصات أنها ستقيهم من الإصابة بجميع الأمراض و هي ليست دليلا صادقا لاكتشاف الأمراض المستقبلية .

فقلما يخلو إنسان من أمراض خاصة إذا علمنا أن الأمراض التي صنفت يزيد عن 8000 مرضا وراثيا حسب احصائيات 1998م و تنتشر هذه الأمراض من 3% إلى 5% في أي مجتمع من مجموع هذه الأمراض،<sup>1</sup> لهذا فقد اتجه الرأي الطبي في مجموعه إلى ضرورة تحديد أنواع معينة من الأمراض لأن هذا الإجبار حينها يقوم للحد من انتشار الأمراض الوراثية و يمكن الكشف عن حاملها قبل الزواج و التي يمكن وقاية الأطفال منها و هي أمراض قليلة و واضحة الانتشار معروفة الوراثة من الناحية الطبية و يمكن أيضا التوصل إلى علاجها فليس من المعقول أن نبحت إذنا في كل الأمراض الوراثية والذي يكلف أيضا من الناحية المادية لأن بعضها نادر و أغلبها ليس لها علاج و هذه السلبية يمكن تفاديها عن طريق عملية التثقيف و نشر الوعي بين الناس.<sup>2</sup>

- و من جهة أخرى سهولة الحصول على الشهادة الطبية التي تثبت السلامة من العيوب الصحية إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لتفعيل الفحص الطبي بطريقة صحيحة خاصة في بلاد العالم الثالث ، و يكون ذلك حاجزا دون تحقيق الأهداف المرجوة أصلا من الفحص الطبي قبل الزواج، فقد تحرم هذه الفحوصات البعض من إبرام عقد الزواج نتيجة لفحوصات قد تكون مغلوطة و غير أكيدة.
- التكلفة المادية التي يتعذر على البعض الالتزام بها في حالة إلزام الحكومات بجعل الفحص الطبي شرطا إلزاميا للزواج ، فعادة الفحوصات التي تتعلق بالجينات و الكروموزومات ليست قاصرة على اختبار واحد ، إنما هي اختبارات متعددة و متتالية لمعرفة التفاصيل الدقيقة الخاصة بجين معين، و

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص92.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، ص117. ■ الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص86-

87. ■ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص92.

إن كان من الممكن أن تكون كلفة الاختبار خمسين دولاراً فإن من المحتمل أن تبلغ في بعض الأحوال عدة آلاف من الدولارات، ويمكن تجاوز التكلفة المادية بجعل الفحص الطبي يجرى في المستشفيات الحكومية دون مقابل مالي أو عيادات متخصصة متعاقدة مع الحكومة مع وضع صفات معينة للعاملين في هذا المجال من الأطباء وغيرهم<sup>1</sup>، وهذا حتى يتم إجراء هذه الفحوصات بدقة و أيضاً بسرية كاملة، فعدم القدرة على التحكم في سرية نتائج الفحص يؤدي إلى أضرار جسيمة في أصحابها خصوصاً في البلدان التي تنتشر فيها شركات التأمين الصحي و التي تطلب من الأطباء إرسال التقارير الطبية عند إجراء الفحص الطبي لعملائها المؤمن عليهم أو من تريد التأمين عليهم فإذا وجد فيهم أمراض وراثية رفضوا التأمين عليهم أو طالبوا بمبالغ عالية و هذا فيه ظلم شديد للمقبلين على الفحص، و هذا يمكن تفاديه بالتشديد على مسألة السر الطبي.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج

لا خلاف في أن الشريعة الإسلامية اعتنت بصحة الأبدان و النفوس و جعلت مقاصدها معنية بحفظ الدين و الأنفس و المال و العقل و النسل، و هي في مرجعيتها مهتمة بالبناء الإنساني لاستكمال أهداف

الخلق و هي عبادة الله تعالى، **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴿٥٦﴾**

[الذاريات:56].

ووفقاً لذلك ففطرية الإسلام القائمة على جلب المصالح و درء المفاسد و دفع الحرج و المشقة في التكليف؛ تتماشى مع التقدم العلمي الحديث في مجال التداوي و التطبيب؛ بالرغم من أن مبدأ حرمة الإنسان يقتضى حظر المساس به إلا أن ضرورة العلاج أو الحاجة إليه تبرر ما هو محظور شرعاً، بل جاء

القرآن الكريم يؤصل لضرورة التطبيب و المداواة لما فيه من إحياء للنفس البشرية **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ:**

**﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ**

**فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۗ ﴿٥١﴾**

<sup>1</sup> \_ جمال مهدي محمود الأكنة، موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون رقم 126 لسنة 2008م و الخاص

بالزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية-الإسكندرية، ط: الأولى، 2012م، ص96.

<sup>2</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص97.



المائدة:32]. و **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ** أيضا : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ [النساء:29].

فوجه الدلالة أن الله حرم ارتكاب ما يهلك النفس أيا كان في الدنيا والآخرة،<sup>1</sup> فالله لم ييح للإنسان إتلاف نفسه<sup>2</sup>؛ و ترك التداوي و المعالجة مما يتناوله النهي عن قتال النفس وإهلاكها و يظهر هذا جليا في ترك التداوي في الحالات الخطيرة كأمراض القلب والنزف الشديد.<sup>3</sup>

وقد أحتج عمرو بن العاص<sup>4</sup> - (رضي الله عنه) - بهذه الآية حين أمتنع من الاغتسال بالماء البارد حين أجنب في غزوة ذات السلاسل خوفا على نفسه منه؛ فقرر النبي - (صلى الله عليه وسلم) - احتجاجه وضحك عنده و لم يقل شيئا<sup>5</sup>.

وجاء عن النبي - (صلى الله عليه وسلم) - قوله : « ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء »<sup>6</sup> ، و قد ذكر النووي<sup>7</sup> في شرحه للحديث إلى أن الدواء مستحب و أن في الحديث بيانا لصحة علم الطب و جواز التطيب في الجملة.<sup>8</sup>

و إذا كانت الأدلة متواترة على جواز التداوي و التطيب و العلاج كأصل عام فإن الخلاف وقع حول مدى مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج و مسألة الإلزام به.

<sup>1</sup> - جلال الدين (محمد بن أحمد المحلي - عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي)، تفسير الإمامين الجلالين ، دار الحديث - القاهرة، ط: الثالثة، 2001م، ص105.

<sup>2</sup> - ابن عاشور، التحرير و التنوير، (25/5).

<sup>3</sup> - منصور محمد خالد، الأحكام المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس - الأردن، ط: الأولى، 1999م، ص19.

<sup>4</sup> - عمرو بن العاص : هو عمرو بن العاص بن وائل بن هشام بن سعيد، بن سهم بن عمرو بن هصيص بن كعب بن لؤي القرشي السهمي أمير مصر ، يكنى أبا عبد الله ، وأبا محمد ، أسلم سنة 8 قبل الفتح ، كان النبي صلى الله عليه وسلم يقر به و يدينه لمعرفته وشجاعته، و لاه غزاة ذات السلاسل ، وأمهه بأبي بكر و عمر وأبي عبيدة بن الجراح، تم استعمله على عمان، وله عمر على فلسطين ، مات سنة 43هـ - وقيل غيرها - وهو ولي مصر فصلى عليه ولده عبد الله.

<sup>5</sup> - ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي) ، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1995م، (537/4).

<sup>6</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (157/5) .

<sup>7</sup> - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الطب ، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء، رقم الحديث: 5678، (1158/3).

<sup>8</sup> - النووي: هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الحزامي الحوراني النووي الشافعي أبو زكريا محيي الدين، كان فقيها محدثا لغويا ولد في نوا من قرى حوراي بسوريا سنة 631هـ و إليها نسبته، 10 تعلم في دمشق و أقام فيها زمنا طويلا ، مات سنة 676هـ، من كتبه: شرح صحيح مسلم، تهذيب الأسماء و اللغات، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين.

<sup>8</sup> - النووي (أبو بكر عبد الرحمن)، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 1983م، ص513. الزركلي، الأعلام، (149/8).

<sup>8</sup> - النووي، شرح النووي لصحيح مسلم، (2689/14).

فهذه المسألة تعد من النوازل والمسائل المستجدة التي لم تكن معروفة في القرون الأولى نظرا لقلة الإمكانيات العلمية، والأجهزة الدقيقة المتوفرة، وغياب التقدم العلمي المذهل الذي بلغته الإنسانية في الوقت المعاصر؛ بل إن هذه الأدوات و الإمكانيات كانت معدومة بالأساس. لهذا لم يبحث الفقهاء المتقدمون حكم هذه المسائل، ثم إن زماهم كان عماده الصدق والأمانة، فكان من النزاهة و الإخلاص إعلام المتقدمين للزواج بعضهم بعضا بالعيوب النفسية و الجسدية و العاهات و الأمراض<sup>1</sup>.

و قد وصلت الأمانة عندهم أن كان الواحد منهم لا يتحرج في ذكر عيوبه حتى يكون الطرف الآخر على بينة من أمره، و قد جاء النبي - ﷺ - يخطب أم سلمة - رضي الله عنها - فقالت له: " ما مثلي تنكح، أما أنا فلا ولد في، و أنا غيور ذات عيال، فقال « أنا أكبر منك، و أما الغيرة فيذهبها الله، و أما العيال فإلى الله و رسوله » فتزوجها"<sup>2</sup>.

أما في الوقت الحاضر و كما هو معلوم، فقد اتجهت التشريعات الوضعية نحو الاهتمام بجسم الإنسان و الحفاظ عليه و حمايته من كل ما يؤدي إلى الضعف و تبديد الطاقة، إذ أنها تعمل على حمايته من كل ما يجلب له الضرر و الفتك بقواه حفظا للإنسان و جودا و بقاءا<sup>3</sup>، و لا شك أن الفحص الطبي قبل الزواج يدخل ضمن هذا الاهتمام التشريعي لهذا فقد أصبح ملزما بموجب قواعد قانونية في مختلف التشريعات الأسرية الداخلية للكثير من الدول، و "حتى بموجب مبادئ و توصيات و قرارات ذات بعد دولي و عالمي فظهرت اتجاهات مؤيدة للإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، و أخرى مناهضة له سواء على مستوى الفقه الإسلامي المعاصر أو الفقه القانوني المعاصر"<sup>4</sup>.

تأسيسا على ما سبق تعد مسألة الفحص الطبي قبل الزواج و مدى مشروعية الإلزام بها من النوازل التي أضححت مثار نقاش و بحث من طرف الفقهاء المعاصرين، و التي اختلفوا فيها على رأيين فهناك

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص99.

<sup>2</sup> \_ البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني)، السنن الكبرى، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث و الدراسات العربية و الإسلامية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م، كتاب القسم و النشور، باب الحال الذي يختلف فيها النساء، رقم الحديث: 14876، (138/15).

<sup>3</sup> \_ أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة وفقا لأحدث آراء الفقه و القضاء الفرنسي و المصري، دار النهضة العربية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م، ص04

<sup>4</sup> \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، ص282.

من يجيزه و يؤيده و هناك من لا يجيزه و يعارضه.

البند الأول: القائلون بمشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بمشروعية الفحص الطبي قبل الزواج، وجواز إصدار قانون يلزم فيه كل المتقدمين للزواج بإجرائه من طرف ولي الأمر، بحيث لا يتم الزواج إلا بعد إعطاء شهادة طبية تثبت خضوع المعني لهذا الفحص الطبي. وهو قول أكثر الفقهاء المعاصرين و إن اختلفوا في الإلزام به من عدمه إلا أنهم اتفقوا على جوازه<sup>1</sup>، و بهذا صدرت توصية المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية<sup>2</sup>.

وقد أستدل هذا الفريق بجملة من الأدلة نذكر منها ما يأتي :

• **سُئِلَ (الرَّبِّي) عَزْرًا مَجْمَلًا: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا﴾ [النساء: 59].** ووجه الدلالة أن المباح إذا أمر به ولي الأمر المسلم للمصلحة

العامّة يصبح واجباً و يلتزم المسلم بتطبيقه، فمن المعلوم والمقرر عند الأصوليين أن الأمر يفيد الوجوب ما لم ترد قرينة تصرفه من الوجوب إلى الندب أو الإباحة<sup>3</sup>، وقد جاء الأمر في هذه الآية بطاعة الله وطاعة رسوله وطاعة أولياء الأمور كالخلفاء والأمراء والقادة والولاة والقضاة والوزراء وكل من ولي أمراً من أمور المسلمين، ولم ترد قرينة تصر الأمر إلى الندب أو الإباحة، بل جاءت النصوص تحرم الخروج على الأمراء والتمرد عليهم فأكدت هذه النصوص وجوب

1 \_ نذكر منهم أيضاً: من سوريا محمد الزحيلي عبد الرحمن الصابوني، و من المغرب حمداني ماء العينين شبيهناء، و من الأردن محمد القضاة؛ محمد عثمان شبر، و من مصر نصر فؤيد واصل و عبد الفتاح فايد، و من السعودية ناصر بن عبد الله الميمان عبد الرشيد قاسم عيد المؤمن. إضافة لمحمد سليمان الأشقر و غيرهم.

للّ ينظر: حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، ط: الأولى، 2007م، ص120. ■ القرّة داغي علي محي الدين - علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات الجامع الفقهية و الندوات العلمية، دار البشائر العلمية- ط: الثانية، 2006م، ص284. ■ صفوان محمد عضبيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص99. ■ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص157.

2 \_ صفوان محمد عضبيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص66.

3 \_ الباجي (أبي الوليد سليمان بن خلف) (إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، - بيروت، ط: الأولى، 1989م، ص79.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الطاعة لأولي الأمر<sup>1</sup> وجاءت الكثير من الأحاديث النبوية تؤكد هذا المعنى كقول النبي -ﷺ-  
: «السمع والطاعة على المرء المسلم فيما أحب وكره ما لم يؤمر بمعصية فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة»<sup>2</sup>  
فلولي الأمر سلطة شرعية في إصدار التشريعات الملزمة للأمة، وأن عليها طاعته، والتي اعتبرتها  
النصوص ضمن طاعة الله ورسوله، وأن معصية ولي الأمر وعدم الخضوع لما يصدر من قوانين  
ولما يرى من اجتهادات للأمة هو معصية لله وللرسول، إذ بمقتضى خلافته للنبي -ﷺ- صار  
صاحب استحقاق تصرف عام على المسلمين في شؤونهم السياسية والاقتصادية والاجتماعية  
والعسكرية، والتربوية وغيرها.<sup>3</sup>  
و باعتبار أن الإلزام بالفحص الطبي هو من طرف ولي الأمر فالواجب طاعته فيما شرعه لأنه  
قدر فيه مصلحة للمسلمين متحققة باعتبار أنه هو الذي "فوضت له السياسة العامة في الخلائق،  
وضبط معاهد المصالح، ودرء المفاسد وقمع الجناة، وقتل الطغاة، وتوطين العباد في البلاد إلى غير  
ذلك مما هو من هذا الجنس"<sup>4</sup>.

ويربط المجيزون المسألة بعدم تأثير الإلزام بالفحص الطبي على صحة عقد الزواج، و في هذا  
السياق يقول الدكتور أسامة الأشقر<sup>5</sup> : " أنه إذا رأى ولي الأمر إجبار الناس على ذلك حالة

<sup>1</sup> محمد عبد القادر أبو فارس، النظام السياسي في الإسلام، دار الفرقان-عمان، طبعة خاصة، 1986م، ص 256 .  
<sup>2</sup> البخاري الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام ما لم تكن معصية، رقم الحديث: 17144، (4/1413).  
■ مسلم، الجامع الصحيح ، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء، رقم الحديث: 1839، (2/1009).  
<sup>3</sup> عبد القادر جدي، حرية ممارسة الحقوق السياسية في النظام الإسلامي، رسالة ماجستير، معهد الشريعة، قسم الدراسات العليا،  
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1993م - 1994م، ص 59.  
<sup>4</sup> القرافي (أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي  
والإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، -القاهرة، ط: الأولى، 1989م، ص 55.  
<sup>5</sup> الأشقر: محمد بن سليمان بن عبد الله عالم و فقيه أصولي ولد عام 1930م بقرية برقة التابعة لمحافظة نابلس بفلسطين، قرأ القرآن  
دون معلم، وخرج من فلسطين وه الجامع الصحيح، و ابن ثلاث عشرة سنة إلى المدينة المنورة و أكمل دراسته هناك، ثم مرحلة  
الماجستير و الدكتوراه بالأزهر بمصر، ثم عمل مدرسا في كلية الشريعة بجامعة الكويت. ثم خرج منها إلى المملكة الأردنية فعين أستاذا  
في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية وبعدها عميد كلية الشريعة بجامعة الزرقاء، له تأليف في الفقه و العقيدة و الدعوة و التزكية منها  
مقاصد المكلفين فيما يتعبد به رب العالمين، أصل الاعتقاد، أسماء الله وصفاته في ضوء اعتقاد أهل السنة والجماعة توفي رحمه الله سنة  
2009م.

للعلامة أ.د. محمد سليمان الأشقر في ذمة الله، مجلة الوعي الإسلامي -مجلة كويتية شهرية جامعة، يناير 2010م، ع: 533، ص 8-  
9.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

انتشار أمراض معينة في بلد محدد ، وكان الزواج أحد أسباب الانتشار جاز ذلك من باب السياسة الشرعية إلا أن هذا الإلزام وإن كان فيه الإلزام القانوني أو ترتبت عليه عقوبات مالية لا يؤثر في صحة العقد فإلزام صحيح إذا تكاملت فيه شروط الإنعقاد الأخرى".<sup>1</sup>

فإلزام الناس على إجراء الفحص الطبي فضلا عن التكلفة المادية سيؤدي إلى مفسدة أكثر من المصلحة المرجو تحقيقها فتتحول أداة الفحص الطبي إلى أداة ضارة ولا يمنع هذا الخاطبين من إجراء فحوصات طبية ماداما يريدان ذلك.<sup>2</sup>

لهذا يذهب المؤيدون لهذا القول أن الفحوصات المخبرية والكشف الطبي قبل الزواج حتى في البلاد التي لا تطلبه ولا تشترطه في عقد الزواج، فلا بأس به شرعا و لا غضاضة في ممارسته فإن أمر به الحاكم للمصلحة أصبح واجبا.<sup>3</sup>

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه لا يصلح أن يكون مثبتا الدعوى، لأن طاعة ولي الأمر من الأمور العامة و الفحص الطبي من الأمور الخاصة فوجد الفارق بين الأمرين وعليه فإن النصوص المذكورة لاتنهض لإثبات المدعي.<sup>4</sup>

• **سُئِلَ (الذي عز وجل): ﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِكُمْ إِلَى الْهَلَكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ**

**الْمُحْسِنِينَ (١٩٥) ﴾ [ البقرة: 29].** ووجه الدلالة أن الله عز وجل نهى أن يورد الإنسان نفسه مورد التهلكة في الدنيا و الآخرة<sup>5</sup>، و منه الإقتران بالمرضى مرضا معديا أو مهلكا، والنهي عن القتل وعن الارتقاء للنفس إلى التهلكة يقتضي الأمر باجتناب أسباب ذلك، لما كان الفحص الطبي سبيلا إلى الكشف عن الأمراض المعدية قبل الزواج، كانت الآية دليلا على مشروعية هذا الفحص.<sup>6</sup>

• **سُئِلَ (الذي عز وجل): ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢٩) ﴾ [ النساء: 29].**

1 \_ الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص 97.

2 \_ المرجع نفسه، ص 97.

3 \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص 99.

4 \_ صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 113.

5 \_ عطية جمال الدين، نحو تفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق- سوريا، (د.ط)، 2001 م، ص 142.

6 \_ صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجديدة-الإسكندرية، (د.ط)، 2007 م، ص 90.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فوجه الدلالة أن الآية فيها توجيه واضح نحو ضرورة المحافظة على النفس و عدم إهلاكها، و من صور الإلقاء بالنفس إلى التهلكة فعل ما هو سبب موصل إلى تلف النفس أو الروح و إهلاكها<sup>1</sup>، و مما لا شك فيه أن الأمراض المعدية و الوراثة تنتقل عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوجين و بالتالي فلا سبيل لمعرفة مسبقا إلا عن طريق الفحص الطبي قبل الزواج. وقد نوقش هذا الدليل و الذي سبقه، أن انتقال الأمراض إلى الذرية أمر احتمالي، و من ثم فهو لا ينهض سببا لتقييد المباح و خصوصا الزواج الذي هو سبيل لقضاء الوطر و البعد عن الفاحشة فيبقى الأمر في حيز النصح و الإرشاد و الاستحباب و لا ندخل به إلى حيز الوجوب و الإلزام.<sup>2</sup>

• **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ** ﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ، قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾ [آل عمران: 38]. ووجه الدلالة أن النبي زكريا - **عليه السلام** - دعا الله

عزوجل بقوله أعطني يارب نسلا صالحا و ذرية طيبة مباركة<sup>3</sup>، و من المعلوم أن المحافظة على النسل من الكليات الخمس التي اهتمت بها الشريعة الإسلامية فلا حرج من حرص الإنسان على أن يكون نسله القادم صالحا غير معيب و الفحص الطبي طريقا لذلك.

و كذلك هدي الأنبياء جميعا - عليهم السلام - فقد دعوا ربهم بأن يرزقهم الذرية الطيبة و

المؤمنون تبع لهم في ذلك **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ** ﴿ وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا

وَذُرِّيَّتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴾ [الفرقان: 74].

والناظر في آيات الله عزوجل يلحظ دقتها و مغزى توجيهاتها، فلا قيام لحياة الإنسان و صلاحه إذا كان النسل مريضا مشوها، و المحافظة عليه إيجادا و إبقاءا أحد الضروريات.

و النظر بهذا العمق يقودنا إلى إيجاد وسيلة تحد من خطر هذه الأمراض و ضمان تحصيل مقاصد الزواج و تحقيق الأنسال و تجنب المفسد المترتبة على عشوائية الالتقاء و من أهمها انتشار

<sup>1</sup> \_ السعدي (عبد الرحمن بن ناصر)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويح، دار السلام للنشر و التوزيع - الرياض، ط: الثانية، 2002م، (189/5).

<sup>2</sup> \_ صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 179.

<sup>3</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (72/3) ■ الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (362/5).

الأمراض و انتقالها.<sup>1</sup>

• قول رسول الله -ﷺ- : « لا يورد ممرض على مصح »<sup>2</sup> ، و في رواية « لا توردوا الممرض على المصح »<sup>3</sup> . فقد نهى النبي -ﷺ- عن اختلاط الأصحاء بالمرضى حفاظا على صحتهم ووقاية لهم من الأمراض بدافع الحفاظ على صحتهم ووقاية لهم من الأمراض المعدية والوارثية إذ أن الاختلاط قد يقع عن طريق الزواج.

• قول رسول الله -ﷺ- : « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر، و فر من الجدوم كما فر من الأسد ».<sup>4</sup>

قال ابن حجر: "الجدام علة رديئة تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله فتفسد مزاج الأعضاء".<sup>5</sup> و "الطيرة التشائم، و الهامة كانت في العرب في الجاهلية تقول: " إذا قتل الرجل ولم يؤخذ بثأره خرجت من رأسه هامة و هي دودة فتدور حول قبره فيقول: أسقوني، فإن أدرك بثأره ذهبت و إلا بقيت"، أما الصفر فقليل أنه داء يأخذ البطن و قيل حية بمعنى دودة تكون في البطن تصيب الماشية والناس وهي أعدى من الجرب عند العرب و قيل أي شهر صفر لأن العرب تتشاءم منه".<sup>6</sup>

و قد جاء الحديث ليؤكد على وجوب المحافظة على النفس و قوامها، فالنبي -ﷺ- أمر بإبعاد الأصحاء عن المرضى أخذا بالأسباب حتى لا تنتقل إليهم الأمراض، و الفحص الطبي هو من الأسباب التي تمنع العدوى بين الزوجين و الذرية بعدها.

• قول رسول الله -ﷺ- : « الطاعون رجس أرسل على بني إسرائيل أو على من كان قبلكم، فإذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، وإذا وقع بأرض و أتم لها فلا تخروا فرار منه »<sup>7</sup>

<sup>1</sup> \_ فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيدها و مقاصدها دراسة مقارنة، ص45.

<sup>2</sup> \_ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب اللباس والزينة، باب لا عدوى و لا طيرة، رقم الحديث: 2221، (1201/3).

<sup>3</sup> \_ البخاري الجامع الصحيح، كتاب الطب، باب لا عدوى، رقم الحديث: 5774، (1173/3).

<sup>4</sup> \_ البخاري الجامع الصحيح، كتاب الطب، باب الجدام، رقم الحديث: 5707، (1162/3).

<sup>5</sup> \_ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (129/10)

<sup>6</sup> \_ المرجع نفسه، (139-175/10)

<sup>7</sup> \_ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الزينة، باب الطاعون، رقم الحديث: 2218، (1197/3).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

ووجه الدلالة أن في الحديث توجيهه بأن يتعد الناس عن الأماكن الموبوءة بالأمراض المعدية الخطيرة كالطاعون وغيره، و توجيهه أيضا للمرضى بأن لا يختلطوا بالأصحاء حتى لا يعدوهم، و" أن ذلك لا يتعارض مع الإيمان بقدر الله عزوجل و إنما هو أخذ بأسباب السلامة".<sup>1</sup>

ثم إن في المنع من الدخول إلى الأرض التي وقع بها عدة حكم، أحدها: تجنب الأسباب المؤذية و البعد عنها، الثاني: الأخذ بالعافية التي هي مادة المعاش و الثالث: ألا يسنشقوا الهواء الذي عفن و فسد فيمرضوا، و الرابع: ألا يجاوروا المرضى، فيحصل بمجاورتهم من جنس أمراضهم.<sup>2</sup> وقد امتنع عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - حين وقع الطاعون بالشام عدم دخولها فقال له أبو عبيدة - رضي الله عنه - : " أفرار من قدر الله؟ فقال عمر : لو غيرك قالها يا أبا عبيدة ، نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله أرأيت لو كان لك إبل فهبطت واديا له عدوتان إحدهما مخضبة والأخرى جدبة أليس إن رعيت المخضبة رعيتها بقدر الله وإن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله؟".<sup>3</sup>

- قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأحد الصحابة حين خطب « أنظرت إليها » فقال لا فقال صلى الله عليه وسلم - : « أنظر إليها فإنه أجد أن يؤذي منكما »<sup>4</sup> و في رواية: « أحرى أن يؤذي منكما »<sup>5</sup> . فالعيوب الخفية لا يمكن الإطلاع عليها بمجرد النظر فهو بهذا الفحص الطبي يعتبر وسيلة لتحقيق لهذا المقصد، و الوسيلة الموصلة لمقصد شرعي تكون مشروعة أيضا.

<sup>1</sup> \_ صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص 107.

<sup>2</sup> \_ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ( 44/4 ) .

<sup>3</sup> \_ البخاري الجامع الصحيح، كتاب الطب، باب ما يذكر في الطاعون، (3/1165). ■ مسلم، الجامع الصحيح ، كتاب الزينة ، باب الطاعون، (3/1199).

<sup>4</sup> \_ النسائي، السنن الكبرى، كتاب النكاح، باب إباحة النظر إلى المرأة قبل تزويجها، رقم الحديث: 5540، (6/183). ■ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة، رقم الحديث: 1866، (3/68).

<sup>5</sup> \_ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح باب ماجاء في النظر على المخطوبة، رقم الحديث: 1089، ص 330. ■ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة، رقم الحديث: 1865، (3/68).

- قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" : وقد عبر عن هذه القاعدة الفقهية في كثير من كتب القواعد الفقهية ب: "الضرر يزال"<sup>1</sup>، وأصلها حديث النبي -ﷺ-: «لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاراً لله ومن شاق شاق الله عليه»<sup>2</sup>.
- فالقاعدة تنفي الضرر فيوجب منعه مطلقاً، ويشمل أيضاً دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة كما يشمل أيضاً رفعه بعد وقوعه بما يمكن من التدابير والتي تزيل آثاره وتمنع تكراره، فهناك من الأمراض المعدية والوراثية التي يخشى على الزوجين منها، وعدم إجراء الفحص الطبي قبل الزواج فيه إلحاق ضرر بالذرية، ومانعاً لتحقيق مقاصد الزواج، فلا يحق للرجل أو المرأة المقبلان على عقد الزواج إلحاق الضرر بالطرف الثاني ويتعمد نقل المرض إليه.
- وجاء في بحث لأحد المؤيدين للفحص الطبي تطبيقاً للقاعدة الفقهية قوله: "فيجب تطبيقاً لقاعدة دفع الضرر والحفاظ على المسلمات الخمس وقياساً على الأمر الوارد في الفرار من المجدوم و تطبيقاً لما سبق في أقوال العلماء نرى وجوب إجراء الكشف الطبي قبل العقد للتأكد من سلامة كل واحد من الزوجين من المرض المزمن و الذي ينتقل بالوراثة حسب مفهوم الوراثة الطبية."<sup>3</sup>
- قاعدة "الدفع أولى من الرفع"<sup>4</sup> : ووجه الدلالة من القاعدة أنها تعني أن المنع أسهل من الرفع، أي أن الدفع يكون قبل الثبوت والرفع يكون بعده و أنه إذا أمكن رفع الضرر قبل وقوعه فهذا أولى و أفضل من رفعه بعد الوقوع، ولاشك أن الفحص الطبي يدفع عن النفس والذرية الأمراض المتوقعة و مدافعة الشيء قبل وقوعه تكون من حيث السهولة وقلة المؤنة وضآلة المفسدة ما لا تكون بعد وقوع الشيء ورجحان مفسدته.
- قاعدة "المصالح المرسله": عرفت المصالح المرسله بأنها: " ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح و درء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال فإذا لم يشهد الشرع

<sup>1</sup> ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، الأشباه و النظائر، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1999م، ص726 ■ السبكي، الأشباه و النظائر، (41/1).

<sup>2</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث: 2340، (430/3)..

<sup>3</sup> صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، ص99-100.

<sup>4</sup> الزركشي بدر الدين، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق محمود، مطبوعات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية- الكويت، ط: الأولى، 1982م، (155/2). ■ السبكي، الأشباه و النظائر، (127/1).

باعتبار ذلك المعنى بل يرده كان مردودا باتفاق المسلمين.<sup>1</sup>  
إن غاية الشارع من تشريع الأحكام إنما هو من أجل تحقيق المصلحة للعباد، و تغير الزمان و  
إختلاف الناس في عاداتهم و أخلاقهم وأوضاع حياتهم المعيشية العامة عما كانت عليه دعى  
إلى سلوك طريق الاستصلاح باستحداث الأحكام العامة التي يترتب على تشريعها تحقيق هذه  
المصلحة لأفراد المجتمع.

ثم إن الوقائع تحدث والحوادث تتجدد والبيئات تتغير والضرورات والحاجات تطرأ وقد تطرئ  
للأمة طوارئ لم تطرئ في السابق، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ماكانت تستوجبها  
البيئة من قبل وقد يؤدي تغير أخلاق الناس و ذمهم و أحوالهم إلى أن يصير مفسدة ماكان  
مصلحة، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع عن طريق المصلحة المرسله ضاقت الشريعة  
الإسلامية عن مصالح العباد وقصرت عن حاجاتهم و لم تصلح لمسايرة المكان والزمان و البيئات  
و الأحوال مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس و خاتمة الشرائع المساوية كلها.<sup>2</sup>

و يرتبط الفحص الطبي قبل الزواج بهذه القاعدة باعتباره يحقق مصالح الفرد و يقي المجتمع من  
وجود ذرية ضعيفة لا تفيده، ثم إن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين  
بالإقدام أو الإحجام إلا بعد نظره إلى أن يؤول إليه الفعل من المصالح أو المفاسد التي تعود  
عليه وعلى الأمة وبهذا يظهر وجه الارتباط بين هذه القاعدة و بين من يريد أن يحكم على  
عمل الفحص الطبي قبل الزواج بالنسبة للأفراد أو المجتمعات.<sup>3</sup>

البند الثاني: القائلون بعدم مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج  
ذهب أصحاب هذا الاتجاه من الفقهاء المعاصرين<sup>4</sup> إلى أن إلزام الأشخاص المقبلين على الزواج و تقديم  
شهادة طبية ليس أمرا مشروعاً، فلا يجوز لولي الأمر أن يجبر أياً كان على الخضوع لأي فحص طبي

<sup>1</sup> \_ الشاطبي (إبراهيم بن موسى بن محمد)، الإعتصام، دار الرحمة، ط: الأولى، 1988م، (352/1)

<sup>2</sup> \_ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لانص فيه، دار القلم- الكويت، ط: السادسة، 1993م، ص90.

<sup>3</sup> \_ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص126.

<sup>4</sup> \_ و من بينهم أيضا: عبد الكريم زيدان، الشيخ عبد العزيز بن باز، الشيخ محمد رأفت عثمان من جامعة الزهر، و محمد عبد الغفار الشريف من جامعة الكويت، و عبد السلام البسيوني داعية و موجه شرعي في قطر، و عارف علي عارف، و عبد الشريد قاسم.==  
للإنظر: سارة لشطر، الفحوصات الطبية قبل الزواج و آثارها دراسة مقارنة، ص70م. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي  
قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص158. صفوان محمد عضيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية  
تطبيقية، ص100. الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص91-93.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

أيا كان، و يمكن في مقابل ذلك تشجيع الناس على الزواج و نشر الوعي بالوسائل المختلفة بأهمية الفحص الطبي، و قد استدل هذا الفريق بالكثير من الأدلة نذكر منها ما يأتي :

• قوله - ﷺ - : « إذا خطب إليكم من ترضون دينه و خلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد عريض »<sup>1</sup>.

ووجه الدلالة أن النبي - ﷺ - اقتصر على ذكر الدين و الخلق و لم يذكر الصحة ، و الأصل أن الإنسان سليم، و قد رأى أصحاب هذا الرأي أنه لا يعقل أن يتوقف الزواج على إجراء فحص طبي لأن في ذلك جلب مشقة و وضع حاجز أمام الراغبين في الزواج ؛ و في هذا إعاقه لمشاريع الزواج و تشجيع على انتشار الزواج السري؛ و هو يقتصر على الكشف عن بعض الأمراض فقط غالباً تكون بين مرضين أو ثلاثة أو حتى عشرة علماً أن الأمراض الوراثية كثيرة جداً و لا يمكن حصرها اليوم و لو تعددت ، و بخاصة في ظل تزايد اكتشاف أمراض جديدة في الوقت الراهن، كما أن هذا الكشف قد يفضي إلى نتائج غير صحيحة لذلك ينبغي التوكل على الله و حسن الظن به في الإقبال على الزواج.<sup>2</sup> و يذهب الشيخ ابن باز إلى أنه : "لا حاجة لهذا الكشف " و ينصح المقبلين على الزواج : " بإحسان الظن بالله ، قال - ﷺ - : « يقول الله تعالى : أنا عند ظن عبدي بي و أنا معه إذا ذكرني في نفسه ذكرته في نفسي و إن ذكرني في ملأ ذكرته في ملأ خير منهم و إن تقرب إلى شبرا تقربت إليهما و إن تقرب إلى خرابا تقربت إليهما و إن أتاني يمشي أتيته هرولة »<sup>3</sup> ، و لأن الكشف يعطي نتائج غير صحيحة "<sup>4</sup>.

و من جهة ثانية يذهب أصحاب هذا الاتجاه أن إلزام الشباب بالفحص الطبي قبل الزواج يفضي إلى نتيجة و خيمة على المجتمع فسيضطر العزوف عندهم عن الزواج لعدم قبولهم

<sup>1</sup> \_ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، الألفاء، رقم الحديث: 1967، (3/140). ■ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الزواج، رقم الحديث: 1086، ص 329.

<sup>2</sup> \_ عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج و الأحكام الفقهية المتعلقة به، ص 160-161.

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب التوحيد، باب و يحذركم الله نفسه، رقم الحديث: 7405، (4/1461). ■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار ، باب الحث على ذكر الله تعالى، رقم الحديث: 2675، (3/1416).

<sup>4</sup> \_ حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 112.

نفسياً لهذا النوع من الفحوصات، وما سينجر عنه من نتائج غير محمودة في كل الأحوال؛ زد أن ارتفاع تكاليف إجراء بعض الفحوصات سيفتح المجال أمام الحصول على هذه الشهادة بطرق غير مشروعة كالتزوير والرشوة والمحاباة.<sup>1</sup>

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج يحقق مصالح شرعية راجحة، ويدراً مفسدة متوقعة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره، بل وهو من قضاء الله وقدره، فالثقة بالله لا تتعارض مع الأخذ بالأسباب وليس أدل على ذلك من قول سيدنا عمر -رضي الله عنه- حين وقع الطاعون بالشام: "نفر من قدر الله إلى قدر الله"<sup>2</sup>، وتظهر منفعة إجراء هذا الفحص جلية في العائلات التي لها تاريخاً وراثياً لبعض الأمراض ويتوقع الإصابة بها يقيناً أو غالباً؛ ثم إن القول كون نتائج الفحص الطبي قبل الزواج احتمالية فقد اثبت الطب الحديث قدرته الأكيدة على اكتشاف العديد من الأمراض الخطيرة؛ وإن كانت النتيجة احتمالية فالمتوقع كالواقع والشرع يحتاط لما يكثر وقوعه كاحتياطه لما يحقق وقوعه.<sup>3</sup>

ثم إن حسن الظن بالله عزوجل لا ينافي التوكل عليه باتخاذ الأسباب، يقول ابن القيم: "فعلى قدر حسن ظنك بربك ورجائك به يكون توكلك عليه ولذلك فسر بعضهم التوكل بحسن الظن بالله والتحقيق أن حسن الظن به يدعو إلى التوكل عليه إذ لا يتصور التوكل على من ساء ظنك به ولا التوكل على من لا ترجوه".<sup>4</sup> و من تمام التوكل استعمال الأسباب التي نصبها الله عزوجل لمسبباتها قدراً و شرعاً فإن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- وأصحابه أكمل الخلق توكلوا وإنما كانوا يلقون عدوهم وهم متحصنون بأنواع السلاح".<sup>5</sup> يقول ابن حجر: "والحق أن من وثق بالله وأيقن أن قضاءه عليه ماض لم يقدر في توكله تعاطيه الأسباب اتباعاً لسنة رسوله فقد ظاهر -صلى الله عليه وسلم- في الحرب بين درعين ولبس على رأسه المغفر، وأقعد الرماة على فم الشعب، وخذق حول المدينة وأذن في الهجرة إلى

1 \_ حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 117-118.

2 \_ سبق تخريجه.

3 \_ الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص 93.

4 \_ ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر )، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد و إياك نستعين، تحقيق: محمد حامد الفقى، دار الكتاب العربي-بيروت، ط: الثانية، 1973م، ( 121/2).

5 \_ ابن القيم، زاد المعاد، ( 480/3 )

الحبشة وإلى المدينة وهاجر هو، وتعاطى أسباب الأكل والشرب وادخر لأهله قوتهم و لم ينتظر أن ينزل عليه من السماء، وقال الذي سأله "أعقل ناقتي أو أدعها؟ قال: « اعقلها وتوكل»<sup>1</sup> فأشار إلى أن الاحتراز لا يدفع التوكل".<sup>2</sup>

• قوله ﷺ - : « ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله من اشترط شرط ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط»<sup>3</sup>

ووجه الدلالة أن عقد الزواج ليس عقدا جديدا حتى نبحت له عن شروط جديدة لصحته بل هو عقد جاءت الأدلة الشرعية لتبيان أركانه وشروطه بصورة دقيقة و محددة و ليس من هذه الأركان و الشروط إجبار الناس على الفحص الطبي قبل الزواج و جعل ذلك شرطا للنكاح مخالفا لما ثبت في أحكام الزواج الشرعية و بالتالي يكون شرطا باطلا.<sup>4</sup>

ثم إن الصحة ليست من شروط صحة عقد النكاح كما أن الذرية غير لازمة منه، وحصول الولد أمر مظنون فلا نستطيع الجزم بحصوله في النكاح ومن ثم فإن التعويل على دفع الضرر عن الولد بالفحص الطبي تعويل على مفسدة مظنونة؛ ثم إن التداوي حسب أصحاب هذا الاتجاه ليس واجبا إلا في حالة التأكد من أنه يؤدي إلى بقاء النفس فقط و إذا كان التداوي كذلك فإن الفحص الطبي ليس كذلك.<sup>5</sup>

• أن تصرفات ولي الأمر في جعل الأمور المباحة واجبا إنما تجب الطاعة إذا تعينت فيه المصلحة أو غلبت للقاعدة الفقهية: "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"<sup>6</sup>، و إلزام الناس بالكشف قبل الزواج فيه مفسدة عظيمة تزيد على المصالح المرجوة.<sup>7</sup> و نوقش هذا الدليل بأنه لو لم يكن من مصالحه إلا حفظ النفس و النسل لكفى بهما مصلحة، و مرض الجذام و مثله

<sup>1</sup> \_ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب صفة القيامة و الرقائق و الورع، رقم الحديث: 2525، ص 725.

<sup>2</sup> \_ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري (174/10)

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشروط، باب المكاتب و مالا يجلب من الشروط، رقم الحديث: 2735، (551/2).

■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، رقم الحديث: 1504، (795/2).

<sup>4</sup> \_ حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 116

<sup>5</sup> \_ حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، ص 119.

<sup>6</sup> \_ الزحيلي (محمد مصطفى)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، ط: الأولى، 2006م، (493/1).

<sup>7</sup> \_ محمد عبد الغفار الرشيد، الكشف الإجماعي عن الأمراض الوراثية، مجلة الشريعة و القانون - جامعة الأزهر، ع: 22، (331/1).

البرص من الأمراض التي يثبت بها خيار الفسخ تحقيقاً لمقصد حفظ النفس و النسل معا يقول ابن قدامة : " فإن قيل الجنون و الجذام و البرص لا يمنع الوطء ؟ قلنا : بل يمنعه ، فإن ذلك يوجب نفرة تمنع قربانه بالكلية و مسه و يخاف منه التعدي إلى نفسه و نسله".<sup>1</sup>

#### البند الثالث: الترجيح بين الرأيين

إن الأصل أنه ليس لولي الأمر إصدار قوانين يلزم فيها الناس بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج في الأحوال العادية التي لا يكون فيها الزواج سبباً لانتشار الأمراض، فتعميم اشتراط الفحص الطبي على الكل، وإجبار الناس عليه بلا موجب، اعتداءً على الحرية الشخصية للأفراد، ثم إن تصرفات الحاكم منوطة بتحقيق المصلحة "فكل عمل أو تصرف من الولاية على خلاف هذه المصلحة مما يقصد به استئثار أو استبداد أو يؤدي إلى ضرر أو فساد هو غير جائز"<sup>2</sup>، لكن يمكنه تقييد المباح عند الضرورة في حالة انتشار هذه الأمراض والأوبئة في مكان معين، أخذاً بالاحتياط لتحقيق المصلحة العامة المبناة عليها أحكام الشريعة الإسلامية، فـ " لولي الأمر في دائرة المباح، أن يوجب على الناس منه، ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم، لدفع ضرر عنهم، وجلب منفعة لهم، وأن يحظر عليهم منه، ما تقتضي مصلحتهم العامة حظره عليهم، دفعا لضرره عنهم.

وقد نص كثير من الفقهاء على أن للإمام أن يمنع بعض المباح إذا ما رأى أن فعله يترتب عليه ضرر بالمجتمع، وأن يوجب بعضه إذا ما اقتضت مصلحة عامة إيجابه عليهم وهذا المنع ليس على سبيل الدوام، فهو مؤقت باستمرار الحاجة أو الضرورة الداعية لترجيح أحد طرفي الإباحة، و تقييد المباح هو ترجيح بعض الخيارات لأسباب معقولة ومؤقتة، ما لم يوجد مانع شرعي من نص أو قاعدة كلية أو ضابط<sup>3</sup>، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "أن إلزام الناس بما لم يلزمهم به الله، ورسوله ومنعهم أن يتبعوا ما جاء به الكتاب والسنة حرام بإجماع المسلمين والحكم به باطل بإجماع المسلمين".<sup>4</sup>

فإن كانت المصلحة مقدره اعتماداً على ذوي الخبرة العلمية على ما يقتضيه التقدم العلمي<sup>5</sup> يجوز إلزام

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (56/10).

<sup>2</sup> \_ الزرقاء: المدخل الفقهي العام، (1050/2).

<sup>3</sup> \_ بشير المكي عبد اللاوي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، دار مكتبة المعارف-لبنان، 1432هـ، ص78-79

<sup>4</sup> \_ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (308/27).

<sup>5</sup> \_ فتحي الدريني، خصائص التشريع الإسلامي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: الثانية، 2013م، ص231.

المقبلين على الزواج بالفحص الطبي كما ذهب إلى ذلك أصحاب الرأي الأول خاصة لورود الكثير من النصوص الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية وكذلك القواعد الفقهية و الأصولية و آراء و فتاوى الكثير من العلماء و الفقهاء و الباحثين في المسألة، و الرؤية المقاصدية تقتضي تفضيل و تسبيق ما ينطوي على فوائد جمة مقابل سلبيات قليلة ، و تأسيسا على ذلك فإن الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج فيه ما ينفع أكثر مما يضر بالزوجين والذرية و من ثم الأسرة و المجتمع.<sup>1</sup>

ثم إن الأدلة التي اعتمد عليها من قال بوجوب الإلزام بالفحص الطبي و إن كانت تعتبر أدلة عامة غير صريحة في جواز الفحص الطبي ؛ لكنها تدل ضمنا على حرمة النفس و ضرورة حفظها و النهي عن تعريضها للهلاك و إتلافها بأي طريق كان، و لا شك أن " الفحص الطبي أحد الأسباب الموصلة لهذه الحكم العظيمة و المقاصد الجليلة ، كما أنه سبب موصل لحفظ النسل "<sup>2</sup>.

وهذا الرأي يقويه ما ذهب إليه فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة الذين ثبت القول عندهم بجواز خيار العيب في عقد الزواج كغيره من العقود المالية و إن اختلفوا في تحديد هذه العيوب.<sup>3</sup>

و هذا الرأي أوصى به مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة عشر المنعقدة بمكة المكرمة سنة 2003م ، تأسيسا على أن عقد النكاح من العقود التي تولى الشارع الحكيم وضع شروطها ورتب عليها آثارها الشرعية و قد فتح الباب للزيادة على ما جاء به الشرع كالإلزام بالفحوص الطبية قبل الزواج .<sup>4</sup>

ثم إن القاعدة تقرر أن "الدفء أولى من الرفع"<sup>5</sup>، فبالفحص الطبي ندفع عن أنفسنا و ذريتنا أمراضا متوقعة ثم إذا كانت الغاية هي سلامة الإنسان العقلية والجسدية؛ فإن الوسيلة المحققة لذلك مشروعة.

<sup>1</sup> \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج، ص 306.

<sup>2</sup> \_ فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة و مقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية - تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر 1 - كلية العلوم الإسلامية، 2012م - 2013م، ص 68.

<sup>3</sup> \_ ابن عبد البر، الاستذكار، (92/16) ■ النووي، روضة الطالبين، (510/5).

<sup>4</sup> \_ الدورة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 13 إلى 17 ديسمبر 2003م ، و من بين البحوث المقدمة في الدورة مسألة أمراض الدم الوراثية و مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي للراغبين في الزواج.

الموقع الرسمي للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي على شبكة الأنترنت، تاريخ التصفح: 2016/12/08

<http://www.themwl.org/Bodies/Researches/default.aspx?d=1&rid=99&l=AR:>

<sup>5</sup> \_ السبكي، الأشباه و النظائر، (127/1).



لكن حتى يحقق الفحص الطبي قبل الزواج المصالح المشروعة للفرد وللأسرة والمجتمع ويدراً مفسد اجتماعية ومالية على المستوى الاجتماعي والاقتصادي، لا بد أن تكون هناك ضوابط تدرج هذه الفحوصات الطبية تحت المقاصد الشرعية، و لا يظن أن المقاصد هنا مرتبطة فقط بالأفراد فالمسألة متداخلة و تربط بين الفرد و المجتمع.

وهذه الضوابط التي يحتاط بها يمكن ذكر منها ما يأتي :

• أن تحقق الفحوصات الطبية مقاصد الزواج و تؤكدها و ذلك باقتصارها على موضع الضرورة و الحاجة فقط، و قد جاء القرآن الكريم يحدد الأسس الفكرية التي تنظم هذا الزواج و الأهداف

التي تبتغى من وراء هذا العقد، **فَإِنَّ (الْبَيْتَ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿١٨٩﴾** \* هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ

وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ

فَلَمَّا أَثَقَلَ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴿١٨٩﴾ \* [ الأعراف

:189]. **وَإِنَّ (الْبَيْتَ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿١٨٩﴾** \* وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ

مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِئَعْتِ اللَّهُ هُمْ

يَكْفُرُونَ ﴿٧٢﴾ \* [ النحل:72].

• أن يقتصر الإلزام بالفحص الطبي على الأمراض التي ثبت انتشارها في بعض المناطق أو بعض العائلات نظرا لكثرة الأمراض الوراثية مع الإستعانة بالجهات المختصة في تحديد الأمراض أو المناطق المعنية بالمعطيات العلمية المستقاة من البحث الميداني.<sup>1</sup>

• التكفل المادي بعملية الفحص الطبي قبل الزواج، وذلك بتوفير الإمكانيات المادية اللازمة لإجراء الفحوصات الطبية من خلال وضع ميزانية خاصة لتجهيز المخابر الطبية والمراكز المتخصصة وتأهيلها، و توفير الأجهزة اللازمة و التدريب عليها مع ضمان هذه الفحوصات بالمجان، وخاصة للعاجزين عن دفع تكاليفه الضخمة.

<sup>1</sup> \_ مسعود هلال، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، ص307.

- نشر الوعي الثقافي و الصحي عن طريق القيام بحملات توعية مكثفة بضرورة وأهمية الفحص الطبي قبل الزواج ، فكثيرا ما يستهين الفرد بالفحص الطبي ويعتبرونه مجرد إجراء لاستخراج ورقة إدارية مطلوبة فقط لاستكمال ملف عقد الزواج، و بالتالي يستعلمون طريقة غير مشروعة كالتزوير والمحاباة و المجاملة للحصول عليها من غير فحص حقيقي.
- مراعاة أسس السرية حفاظا على حقوق الأفراد المقبلين على الفحص باعتبار أن المعلومات التي ترد في الملف الصحي هي معلومات شخصية تخص الشخص نفسه ولا يجوز لشخص آخر سواه الاطلاع عليها ، فمن أجل تشجيع الأشخاص المقبلين على الزواج، للقيام بالفحص الطبي، يجب على الحكومات تأكيد الحرص في كل إجراءات القيام بالفحص الطبي قبل الزواج بضرورة مراعاة السرية ، و ذلك لئلا تحدث مفاصد ينأى بالمتجمع عنها ، و لئلا تستخدم ضد أصحاب الفحوصات الطبية ، خاصة وأن الأسرار التي يطلع عليها الطبيب أثناء إجراء الفحص الطبي للمقبلين على الزواج كالأضرار المعدية أو الوراثية، قد تكون مما لا يتعلق بالمرض ولكن يكتشفها الطبيب أثناء حديثه مع المريض، كالأسرار العائلية، هذه الأسرار جميعها على الطبيب وكل من يساعده من أصحاب المهن الطبية المساعدة، أن يحافظوا عليها.

### الفرع الثالث : تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري

البند الأول: مراحل تشريع الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري

ظهرت منذ منتصف القرن العشرين و بموجب تأثير التطور العلمي خاصة في المجالين الطبي والبيولوجي عدة إكتشافات هامة لها صلات عديدة بالعائلة و طريقة تكوينها ، و هو ما جعل أهل القانون يحاولون مواكبة هذه الاكتشافات العلمية المتعاقبة بنسق سريع، قصد الإحاطة بها و تنظيمها بصورة قانونية واضحة ؛ و تأطير إشكالياتها المتجددة بطريقة ناجحة وناجعة.<sup>1</sup>

ونتيجة لهذا التطور الطبي أصبحت عدة دول تراقب بشدة الحالة الصحية للأفراد قبل الزواج لمعرفة الأهلية البدنية للرجل والمرأة فتحققت الصبغة القانونية للعناية بالصحة في الكثير من التشريعات الوطنية ، وظهرت تشريعات تخص تنظيم الجانب الصحي للعائلة، فكانت البلدان الاسكندفاية أول من أصدرت قوانين تفرض على الراغبين في الزواج أن يخضع قبل كل شيء لفحص طبي وأن يتبادلوا فيما بينهم

<sup>1</sup> \_ محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التشكلات، ص117.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

نتائج هذا الفحص كالقانون السويدي المؤرخ في: 11-06-1920م والقانون الدانماركي المؤرخ  
:1922-06-30م.<sup>1</sup>

- <sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص215.
- إن أصل فكرة الفحص الطبي يعود لتطور تاريخي فظهرت تشريعات قانونية عديدة تحوي الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج بإضافة للقانون السويدي و الدانماركي ظهرت تشريعات أخرى تلزم بالفحص الطبي و منها :
- التشريع النرويجي لسنة 1909 م في انحلال العلاقة الزوجية إذا كان أحد الزوجين مصابا بمرض عقلي عند إبرام العقد و دون علم الطرف الآخر فإنه سيطبق نفس حكم القانون الذي يلغي الزواج بسبب الأمراض التناسلية المعدية، ثم جاء قانون 1918م الذي نص على إجراء الخاطبين لفحص طبي.
  - الولايات المتحدة الأمريكية في ولاية MAINE صدر قانون سنة 1919م و الذي تضمن في فصله الواحد و الأربعين أنه: "أي شخص مصاب بالسيفليس لا يمكنه الزواج دون الحصول على شهادة طبية من عند طبيب أو أطباء يكونون قد عالجوه و يؤكدون بأنه قد شفي".
  - كندا حيث في عام 1928م أخذت الشهادة الطبية قبل الزواج مكانة هامة في برنامج أعمال مؤتمر الجمعية الطبية لمقاطعة كيبيك و تم قبول الفحص الطبي كنظام وقاية لا بد من الخضوع له لاستكمال إبرام عقد الزواج.
  - تركيا في عام 1921م صدر قانون رقم 90 و الذي يهدف إلى وقف انتشار الأمراض كالسيفليس من خلال إخضاع المقبلين على الزواج لفحص طبي .
  - فرنسا حيث صدر قانون الفحص الطبي قبل الزواج رسميا في 1942م، و بموجب الأمر 02-11-1945م حيث أضاف المشرع الفرنسي فقرة ثانية إلى المادة 63 من القانون المدني مفادها أن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه أن ينشر مشروع الزواج إلا بعد تقديم الزوجين شهادة طبية تثبت خضوعهما لفحص طبي، و هو ما نصت عليه المادة 2121 من قانون الصحة العمومية، و قد قام المشرع الفرنسي عام 2007م بإلغاء الفحص الطبي قبل الزواج، نتيجة الجدل الدائم حوله بين فلاسفة القانون و رجال الدين و الطب.
  - العراق حيث نصت المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية لسنة 1956م على فرض الفحص الطبي على كل المقبلين على الزواج.
  - سوريا حيث نظم قانون الأحوال الشخصية لسنة 1953 و المعدل سنة 1975م على مسألة الفحص الطبي ففرضت على المقبلين على الزواج تقديم للقاضي شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية و من الموانع الصحية للزواج.
  - الأردن حيث أقرت وزارة الصحة الأردنية قانون الفحص الطبي قبل الزواج بموجب القانون رقم 54 سنة 2002م.
  - المغرب حيث نصت مدونة الأسرة المغربية بمقتضى القانون رقم 70/03 الصادر في عام 2004م بوجود وجود الشهادة الطبية لكل من الخاطبين ضمن ملف عقد الزواج.
  - مصر تعود مسألة الفحص الطبي قبل الزواج إلى سنة 1929م و أقره المشرع المصري سنة 2000م عن طريق لائحة المأذونين رقم 1727 الصادرة بتاريخ 15-08-2000م.
  - تونس جاء نص المشرع التونسي على الفحص الطبي قبل الزواج سنة 1964م.===

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

أما في التشريع الجزائري فقد تم ترجمة الاهتمام بالصحة في الأحكام و القواعد ذات الصلة بصحة الفرد و الأسرة و المجتمع، جاءت المادة 54 من الفصل الرابع المتعلق بالحقوق و الحريات من الدستور الجزائري على أن : " الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و بمكافحتها " <sup>1</sup>.

و تجسدت هذه الفلسفة في تشريع قانون الصحة العمومية لعام 1976م، و الذي نصت المادة 115 منه على ما يلي: "تحدد بموجب مرسوم كفايات الفحص الطبي السابق للزواج، وذلك لأجل حماية صحة العائلة" <sup>2</sup>.

و قد ورد هذا النص ضمن الكتاب الثاني المعنون : بالحماية العامة للصحة العمومية، في الباب الثاني المعنون بـ: الوقاية، بالفصل الأول المعنون بـ: حماية الأمومة و الطفولة.

فالمشرع الجزائري اشترط الفحص الطبي قبل الزواج قصد حماية الأسرة من مجمل الأمراض بصفة عامة ؛ و المتوقع أن تكون خطرا على الأفراد والأسر، ولكن ما يؤخذ عليه أنه لم يصدر أي مرسوم يحدد كيفية إجراء الفحص السابق للزواج، و من ثم فإن المادة لم تحدد أي تطبيق لها في المجال العملي. <sup>3</sup> وقد بقي الوضع على حاله حتى بعد إلغاء الأمر الصادر عام 1976م المتضمن قانون الصحة و إصدار القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها سنة 1985م <sup>4</sup>، حيث تم إلغاء المادة السابقة المتعلقة بالفحص الطبي؛ بالرغم من أن المشرع الجزائري قد أفرد تسعة مواد كاملة من المادة 67 إلى المادة 75 في الفصل الخامس من القانون متعلقة بتدابير حماية الأمومة و الطفولة، وجاءت نصوصها تؤكد على ضرورة

=== للـ ينظر: بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص215-218. أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، ص98-99. محمد الحبيب الشريف، النظام العام العائلي التشكلات، ص117. ■ FREDERIQUE eudieur ,droit de la famille, dalloz, paris ,2 edition,2003,p30.

<sup>1</sup> \_ المرسوم الرئاسي رقم :96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996م المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996. للـ :الجريدة الرسمية، 08 ديسمبر 1996م، ع:76.

<sup>2</sup> \_ المادة 115 من الأمر رقم: 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية للـ :الجريدة الرسمية، التاريخ: 19 ديسمبر 1976م.

<sup>3</sup> \_ نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و المقارن و الشريعة الإسلامية ، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر- كلية الحقوق، 1997م، ص82.

<sup>4</sup> \_ القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16-02-1985م المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها للـ :الجريدة الرسمية، 17-02-1985م، ع:08

استفادة الأسرة من الحماية الصحية قصد المحافظة على سلامة صحة أفرادها ووجوب اتخاذ جميع التدابير الطبية و الإجتماعية و الإدارية التي تستهدف حماية صحة الأم قبل الحمل وخلالها ؛ و بعده و أيضا ضمان صحة و حماية الحمل أو الجنين واكتشاف الأمراض التي يتعرض لها.

وبالنظر للتشريعات المقارنة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد تأخر في إصدار نص قانوني يتعلق بمسألة الفحص الطبي، رغم المحاولة المحتشمة من خلال قانون الصحة آنذاك الخالية من أي تنظيم و التي أحال إليه مسألة تحديد كفيات إجراء الفحص الطبي قبل الزواج بغية تحقيق الرعاية الصحية .

ومع أن هذا يعتبر نقصا تشريعيًا - كما ذهب إليه بعض شراح القانون- كان لزاما على المشرع الجزائري استدراكه حتى يتفادى بذلك انتظار الأمراض المعدية<sup>1</sup>، إلا أن الظروف التي مر بها المجتمع بعد الاستقلال جعلت حركة التشريع في الجزائر بطيئة في تنظيم مسائل الفحص الطبي قبل الزواج.

لهذا جاء استحداث مادة جديدة في قانون الأسرة المعدل بالأمر: 02-05 جاءت تنص على إلزامية الإدلاء بوثيقة -شهادة- طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر لكل شخص مقدم على الزواج سواء رجلا كان أو امرأة حيث نصت المادة 07 مكرر على ما يلي " : يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية، لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج،

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد يكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ويؤشر بذلك في عقد الزواج،

تحدد شروط و كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

ويعتبر ما ذهب إليه التشريع الجزائري بخصوص ضرورة إجراء الفحص الطبي قبل الزواج نظرة استصلاحية ملائمة للقواعد المقاصدية في الشريعة الإسلامية، وتماميا في ذلك مع ما تتطلبه ضرورة الحياة العصرية وما تشهده من تطورات علمية على الخصوص، ويتأكد القول بالإلزام في حالة زواج المرأة بأجنبي، أو زواج الرجل بأجنبية من بلد غير بلديهما<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> \_ مسعود هلال، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، ص308. ■ نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم ، ص 69.

<sup>2</sup> \_ محفوظ بن صغير، الإجهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، ص435.



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فموقف المشرع الجزائري من خلال تشريع الفحص الطبي قبل الزواج موقف حكيم له هدفا وقائيا يساعد على حفظ الأسرة من الأمراض المعدية والوراثية و الجنسية، التي تشكل خطرا على المجتمع، ثم إن هذا النص المستحدث في قانون الأسرة يعد مطلبا صحيا تدعو إليه ضرورة المصلحة العامة، وذلك بالنظر إلى تركيبة المجتمع الجزائري التي لازالت في غالبيتها عشائرية، وللزواج العائلي أو ما بين الأقارب حيز كبير فيه، وفرض الصبغة الوجوبية للشهادة الطبية يدعم حماية الأسرة و يحقق مصلحتها.

ومن جهة أخرى يكون المشرع الجزائري قد واكب التطور التشريعي في مجال الصحة العائلية على مستوى التشريعات الوطنية عربية كانت أو غيرها، نظرا للمزايا الإيجابية التي يرتبها هذا الشرط على مستوى الأسرة والمجتمع على حد سواء، خاصة بعد تزايد انتشار الأمراض المعدية والوراثية؛ و التي يتعذر علاجها كمرض فقدان المناعة المتكسبة -الإيدز- على سبيل الذكر.

وبتحليل هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري كان مقصده من شرط تقديم هذه الوثيقة -الشهادة الطبية- هو خلو الزوجان من الأمراض المعدية و من العوامل التي يمكن أن تشكل خطرا وتعارض مع الأهداف و المقاصد الأساسية من الزواج، و قد جاء هذا في عرض أسباب المادة 7 مكرر الخاصة بالفحص الطبي قبل الزواج و التي تم ذكرها سابقا.

و مايجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يدرج مسألة الوثيقة-الشهادة- الطبية في ملف عقد الزواج ضمن نصوص قانون الحالة المدنية<sup>1</sup>، فالمادة 74 من هذا القانون تلزم المقبلين على الزواج بإثبات حالتهم عن طريق تقديم أوراق معينة ليس منها الشهادة الطبية، و الأنسب في هذا الشأن تعديل قانون الحالة المدنية، و إضافة الشهادة الطبية كوثيقة رسمية ضمن وثائق ملف عقد الزواج، لما في ذلك من تحقيق للإنسجام القانوني و الترابط والتناسق بين القوانين.

### البند الثاني: ضوابط الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري

إن كان المشرع الجزائري عند استحدثه هذه المادة الخاصة بالفحص الطبي قبل الزواج رأى صلاحيتها مسبقا من خلال التشريعات المقارنة -خاصة العربية-<sup>2</sup>، لكن في المقابل كانت هناك تفسيرات خاطئة في وسط المجتمع الجزائري و أيضا لدى بعض فروع الإدارة المحلية لهذا النص القانوني الملزم بموجب

<sup>1</sup> \_ الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 م و المتعلق بالحالة المدنية

للجريدة الرسمية، ، 27 فبراير 1970م، ع: 21

<sup>2</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص74.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

المادة 07 مكرر من قانون الأسرة، حيث شرع بعض ضباط الحالة المدنية في بعض البلديات في اشتراط شهادة عذرية المرأة المقبلة على الزواج<sup>1</sup>.

وعلى هذا الأساس جاء المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 المؤرخ في 11-05-2006م ليحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر بعد أكثر من سنة كاملة على صدور تعديل قانون الأسرة في 2005م، فالمشرع الجزائري فسح المجال للتنظيم لكي يهتم بالجوانب التقنية لتطبيق المادة 7 مكرر من خلال هذا المرسوم التنفيذي الذي تضمن ثمانية مواد تحدد كيفية تطبيق المادة بالنسبة للزوجين و الطبيب المعاین والموثق أو ضابط الحالة المدنية.

أولاً: بالنسبة للزوجين

جاءت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 06-154 تلزم كل من الرجل والمرأة المقبلين على إبرام عقد الزواج تقديم شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت الخضوع للفحوصات الطبية المنصوص عليها في المرسوم وتسلم الشهادة من طبيب حسب نموذج موحد ملحق بنفس المرسوم<sup>2</sup>، حيث يشهد فيها الطبيب الفاحص بعد تدوين معلومات تخص هويته و هوية الشخص المتقدم للفحص بأنه فعلاً قام بفحص طبي للشخص المعني لغرض الزواج، و هذا ما نصت عليه المادة 3 من

1 \_ عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، ص238.

2 \_ نموذج شهادة طبية ما قبل الزواج معدة تطبيقاً لأحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة :

أنا المضي أسفله الدكتور..... دكتور في الطب.....

الممارس في..... العنوان.....

أشهد أنني فحصت لغرض الزواج..... : المولود(ة) في.....

الساكن(ة) : ب..... بطاقة التعريف الوطنية رقم..... : الصادرة في..... : ب.....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الإطلاع على نتائج الفحوص الآتية:

فصيلة الدم ( ABO + rhesus ) أصرح كذلك أنني:

أعلمت المعني(ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع(ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقيأو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو بذريته. لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل. أكدت على عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.

سلمت هذه الشهادة للمعني(ة) شخصياً لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر ب..... في.....

نفس المرسوم : "يلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقا للمادة 3 أعلاه و يتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني".  
إن فرض هذه الشهادة الطبية على المقبلين على الزواج يحقق دورا وقائيا و توجيهيا وتوعويا، فإجراء الفحوصات الطبية قد يتيح لاكتشاف أمراض خطيرة و مضررة بالزوجين و الذرية مستقبلا على رأسها مرض العصر -السيدا-.

وهنا لا بد من الإشارة أن علم أحد الطرفين بمرض الآخر قبل عقد الزواج يسقط حقه في الخيار، أما إذا كان ذلك بعد عقد الزواج فقد أجاز المشرع الجزائري للطرف المتضرر أن يعتمد على إخفاء المرض من طرف زوجه لطلب الطلاق للعيوب والأمراض حسب المادة 48 من قانون الأسرة، أو التخليق للعيوب أو الأمراض حسب نص المادة 53 في فقرتها الثانية من نفس القانون.<sup>1</sup>

ثانيا: بالنسبة للطبيب الفاحص

جاءت المادة الثالثة لتحديد نوع الفحوصات الطبية التي يجب أن يخضع لها طالب الزواج و هي :

- فحص عيادي شامل.

- تحليل فصيلة الدم ABO+RHESUS

<sup>1</sup> \_ المادة 48 المعدلة من قانون الأسرة : " مع مراعاة أحكام الم ادة 49 أدناه، يجل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون"  
-المادة 53 المعدلة من قانون الأسرة: " يجوز للزوجة أن تطلب التخليق للأسباب الآتية :

1.عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عاملة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد78و79و80 من هذا القانون من هذا القانون،

2.العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3.الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر،

4.الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية،

5.الغيبية بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة،

6.مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه،

7.ارتكاب فاحشة مبينة،

8.الشقاق المستمر بين الزوجين،

9.مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج،

10.كل ضرر معتبر شرعا".

فالطبيب حسب نص المادة لا يجب أن يقدم شهادة طبية إلا بعد فحص طبي عيادي وتحليل زمرة الدم (A-B-AB-O+ RHESUS) ، و يمكن أن يجري فحوصات إضافية للكشف عن الأمراض الوراثية و العائلية و كذا الأمراض المعدية، فقد أعطت له المادة 4 من نفس المرسوم الصلاحية في التوسع في الفحص الطبي بأن ينصب على العوامل الوراثية والعائلية قصد الكشف عن العيوب المحتملة والقابلة للإصابة ببعض الأمراض الخبيثة، تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم: 154-06 على أنه : " يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض، وزيادة على ذلك يمكن أن يقترح الطبيب على المعني بإجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها " .

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أمراض بعينها، أو قام بحصر عدد منها، فيمكن إخضاع النساء اللواتي لازلن في سن الإنجاب للفحوص الخاصة بالحميراء (rubéole) فعدم وجود المناعة ضد الحصبة الألمانية المعروفة بالحميراء لدى المرأة قد يعرض الجنين مستقبلا للتشوهات الخلقية إذا أصيبت المرأة بها أثناء فترة الحمل.<sup>1</sup>

فنص المادة جاء عاما ومطلقا، إنما جعل إمكانية أن ينصب الفحص على كل مرض أو عامل قد يؤثر في العلاقة الزوجية خاصة صحة الزوجين أو الذرية، فهنا الطبيب له سلطة التقدير الكاملة، وهذه نظرة متقدمة للمشرع الجزائري باعتبار أن المجال الطبي في تطور مستمر وقد تظهر أمراض جديدة مؤثرة على العلاقة الزوجية مستقبلا.

لكن من الجهة المقابلة هناك من يؤخذ على القانون عدم النص على إلزامية الفحص الجيني للوقاية من الآثار الضارة للجينات الممرضة أو المشوهة كما يجري للراغبين في الزواج لتجنب الذرية مستقبلا من الأمراض الجينية الوراثية والتي قد تنتقل منها أو من أحدهما إلى النسل مستقبلا.<sup>2</sup>

و لم يحدد المرسوم طبيا بعينه يتولى إجراء الفحوصات الطبية، وهذا يعني أن أي طبيب يمارس مهنته قانونا متخصصا كان أو طبيا عاما يمكنه القيام بذلك، ولم يتضمن القانون أيضا أي عقوبة في حالة إخلال الطبيب بالتزاماته بل المسألة متعلقة بمدى إلتزامه بأخلاقيات مهنته وقسمه كطبيب فقد يكون

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 137.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 232.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الطبيب متواطئاً مع أحد الطرفين إذا كان مصاباً بمرض خطير، و لا يثبت ذلك في الشهادة الطبية، غير أن التهاون في طلب إجراء الفحص السريري وفصيلة الدم وترك المقبل على الزواج في جهل تام لمرضه المعدي أو السريري يكون الطبيب مسؤولاً وقد ارتكب خطأ مهنياً.<sup>1</sup>

وإذا حرر الطبيب<sup>2</sup> شهادة طبية لا يخول له القانون تحريرها أو تسليمها للمعني تضم وقائع غير صحيحة ومعلومات مزورة عن طريق التغيير في حقيقتها أو جوهرها فتطبق عليه أحكام قانون العقوبات المتعلقة بالتزوير في بعض الوثائق الإدارية والشهادات والتي خصها المشرع بثمانية مواد: من المادة 222 إلى المادة 229 من قانون العقوبات، و تتعلق كلها بتحديد طبيعة العقوبة المناسبة لكل فعل مجرم قانوناً.

وقد حدد قانون العقوبات عقوبة تزوير الشهادات الطبية في نص المادة 226 التي تنص على أن: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كذباً بوجود أو بإخفاء 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 يكون الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 126 إلى 134."

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الأخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي-الرياض، 2002م، ع:52، ص7.

<sup>2</sup> \_ اشترط المشرع أن تكون الشهادة صادرة من أشخاص ذوي صفة معينة ولا تتحقق هذه الصفة بمجرد الحصول على شهادة الطب أو المؤهل العلمي و إنما ينبغي الحصول على الترخيص. بمزاولة المهنة كما أشارت لذلك المادة 2 من مدونة أخلاقيات الطب و التي تنص على أنه : "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان...مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما " ،ذلك أن يقوم أي طبيب حائز على المؤهل العلمي بتقديم ملفه إلى مديرية الصحة أو الوزارة المعنية طالباً الترخيص له بالموافقة على فتح عيادة طبية وقبل أن يحصل على الترخيص يقوم بمزاولة مهنته، فهنا تقوم مسؤوليته الجزائية ويقع تحت طائلة العقاب إذا حركت الدعوى العمومية ضده من السلطة أو من النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة في ذلك ولا يعذر بجهله للقانون حيث تنص المادة 197 من قانون الصحة وترقيتها أنه : "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي و جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية... " وقد أشارت المادة 226 من قانون العقوبات مثل المادة السالفة الذكر من قانون حماية الصحة وترقيتها و التي تنص على أنه: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كذباً بوجود أو بإخفاء وجود مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة وذلك أثناء تأدية أعمال وظيفته وبغرض محاباة أحد الأشخاص يعاقب بالحبس لمدة سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكن الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 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>.

ثالثا: بالنسبة للموثق أو ضابط الحالة المدنية

يجب أن يتأكد الموثق و ضابط الحالة المدنية قبل إبرام عقد الزواج خضوع الطرفين للفحوصات الطبية وأن يتأكد بعلم الطرفين بما احتوته الوثيقة الطبية من نتائج سلبية أو إيجابية للفحص الطبي لكلا منهما، حسب ما جاء في المادة 7 من المرسوم و التي نصت: "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 و بالأمراض أو العوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج و يؤشر بذلك في عقد الزواج"، وورود عبارة: "آن واحد" في نص المرسوم تفيد أن الموثق أو ضابط الحالة المدنية عليه أن يجمع كل من الرجل والمرأة ليعلمهما في نفس الوقت بما ورد في الشهادة الطبية .

وإذا تبين بعد خضوع الطرفين للفحص الطبي إصابة أحدهما أو كليهما بأي مرض؛ لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية حسب نص المادة 7 مكرر في فقرتها الثانية، فمهمة الموثق أو ضابط الحالة المدنية هي مهمة إعلامية وفقا لمقتضيات السر المهني<sup>2</sup>، فالخلو من

<sup>1</sup> \_ الملاحظ أن المادة 126 تتعلق بالتزوير مقابل رشوة غير أنها ألغيت بموجب القانون: 06-01 المؤرخ في: 20-02-2006م المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته و تم استبدالها بالمادة 25 من نفس القانون والتي لا تتعلق بالتزوير للشهادات الطبية مقابل الرشوة بل متعلقة بالرشوة للموظفين العموميين. - القانون رقم 06-01 المؤرخ في: 20-02-2006م المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته. <sup>لل</sup>: الجريدة الرسمية، التاريخ: 18 مارس 2006م، ع: 14.

<sup>2</sup> \_ إن إلتزام الطبيب بالمحافظة على سر المهنة واجب أخلاقي يمليه عليه الضمير لم ينص المرسوم التنفيذي الخاص بالفحص الطبي و لا قانون الأسرة على مسألة سرية الفحص الطبي و عدم المساس بالسر الطبي المهني الذي يخضع له الطبيب، و الأصل أن هذا مما يلتزم به الطبيب وفقا للمادة 36 من المرسوم التنفيذي المتعلق بأخلاقيات الطب، و كذا قانون العقوبات الذي تنص المادة 301 منه في فقرتها الأولى على أنه: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات و جميع الأشخاص المؤتمين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدى بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك"، و لا ريب أن إقرار الحماية القانونية للسر الطبي سواء بمقتضى نصوص مدونة أخلاقيات المهنة أو بمقتضى قانون العقوبات أو قانون حماية الصحة و ترقيتها، يحقق حماية لحقوق المرضى و رعاية مصالحهم.

<sup>لل</sup> ينظر: محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2009م، المجلد 25، ع: 01، ص: 279.

المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الأمراض المعدية أو الوراثية ليس ركنا أو شرط صحة في عقد الزواج ، وهو ما اختارته المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث قضت أن عقد الزواج يعتبر صحيحا برضا الزوجين، وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصدّاق، و متى أبرم أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا، ولم يتطرق القانون لصحة الزوجين فلا يعد مرض أحدهما عيبا في إبرام عقد الزواج<sup>1</sup>، و ما ينبغي الإشارة إليه أيضا أنه بتاريخ 14-12-2003م أصدرت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف رخصة بمقتضاها يسمح للأشخاص المصابين بالسيدا الزواج في الجزائر شريطة أن لا تحمل المرأة، أي استعمال موانع الحمل.<sup>2</sup> ولا بد من الإشارة هنا أن عدم تدخل الموثق أو ضابط الحالة المدنية لمنع الزواج إن أظهرت الفحوصات الطبية أمراض خطيرة أو معدية يؤكد المنحى الذي اتخذه المشرع الجزائري في اعتبار الرضا هو الركن الوحيد في عقد الزواج بالرغم من الشروط الشكلية و الموضوعية و التنظيمية التي تخصه، فرغم ورود النص على إلزاميتها لكنها ليست شرطا لانعقاد الزواج حسب ما جاء في المادة 9 .

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية، التاريخ: 08 يوليو 1992م، ع 52.

- القانون رقم: 85-05 التاريخ 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990. و قد تبعته تعديلات أخرى .

<sup>2</sup> الجريدة الرسمية، 1990، ع: 35

<sup>1</sup> \_ المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 88865 : تاريخ 23-02-1993

<sup>2</sup> الجريدة القضائية ، ع: 02 ، ص 96.

<sup>2</sup> \_ جيلالي تشوار ، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان- كلية الحقوق، ص 24.

## المطلب الثاني: إجراءات - توثيق - عقد الزواج

إن قيمة عقد الزواج هو أسمى وأجل، من أي عقد عداه ، إنه عهد وميثاق بين الزوجين يربط بينهما برباط المودة والرحمة ومدى الحياة، ويحكم العلاقة الزوجية حتى يصير شخصا واحدا ،ولما كان الأمر كذلك، فإنه يقتضي تدعيم كيانه و تقوية ركائزه الأساسية.

والتشريع الأسري تحقيقا لذلك، لم يكتف بالشروط الموضوعية في عقد العلاقة الزوجية؛ المتمثلة في أركانه و شروطه حسب ما حدده القانون، بل جاء ليضع لهذا العقد ضمانات إجرائية وشكلية لترتيب آثاره القانونية وحمايتها و تدعيم كيانهما ، فكان من التوجيهات الإستباقية لحماية عقد الزواج تسجيل هذا العقد الدائم و توثيق شروطه.

ولاشك أن ذلك يكتسي من الناحية العملية أهمية بالغة بدءا من حماية العلاقة الزوجية و تحميل أطرافها المسؤولية الأسرية حتى لا تضيع الحقوق خاصة أمام القضاء الأسري لتوفر ضمانات قوية وحماية لازمة لكلا الزوجين من خلال مسألة توثيق عقد الزواج و شروطه، و في هذا إضفاء للمتانة و الارتباط القوي لطرفي عقد الزواج.

من هنا جاءت أهمية التعديلات التي استحدثتها المشرع الجزائري و التي جاءت تخص مادتين تعني بالإجراءات الإدارية و الشكلية لإبرام عقد الزواج و نقصد المادة 18 و 22 من قانون الأسرة و التي تختص بطريقة تسجيل عقد الزواج و كذلك إثباته.(الفرع الأول).

كما أدخل المشرع تعديله على المادة 19 المتعلقة بالاشتراط في عقد الزواج حيث عمد لتوسيع إرادة الزوجين بدعامة ضمانية لحفظ حقوقهما عن طريق ما يريانه مناسب لهما من شروط.(الفرع الثاني).  
جاء في عرض الأسباب المرفقة بهذه المادة أنه يمكن للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق ما يريانه ضروريا من شروط ، و يهدف هذا التعديل إلى تمكين الزوجين من حل ما قد يطرأ من مشكلات بينهما بعد الزواج لاسيما فيما يتعلق بعمل الزوجة و تعدد الزوجات.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص101.

## الفرع الأول : تسجيل وإثبات عقد الزواج في القانون الجزائري

إضافة لما تقدم من الشروط الموضوعية لعقد الزواج؛ وضع التشريع الجزائري شروط تنظيمية وإجرائية إدارية لتوثيق تسجيله، وإثباته وهو ما يفرض علينا التطرق لمفهوم التوثيق وأهميته في عقد الزواج (البند الأول)، وتسجيل عقد الزواج في التشريع الجزائري (البند الثاني)، إثبات عقد الزواج في التشريع الجزائري (البند الثالث).

البند الأول: مفهوم التوثيق و دوره في عقود الزواج

أولا : تعريف التوثيق لغة و اصطلاحا

- لغة : له عدة معان منها : الإحكام : يقال وثق الشيء بضم الثاء و ثقة : قوي و ثبت ، فهو وثيق ، ثابت محكم وثقت الشيء، أي أحكمته ، و وثقت الدابة بمعنى أحكم وثاقها بشدة و التوثيق الإحكام و الإتيان ، و الميثاق العهد المحكم.<sup>1</sup>

ومنها الإئتمان : يقال : و ثق بكسر الثاء به أثق بكسرهما ثقة و وثوقا : ائتمنته ، و يطلق على الشد والروابط من الوثاق : و هو ما يشد به من حبل وقيد، فيقال وثقت الشيء توثيقا فهو موثق و أوثقه

في الوثاق أي شده في الرباط ومنه قول (البيهقي) **﴿ حَتَّى إِذَا انْتَمَوْهُمْ فَشَدُّوا الْوَتَاك ﴾** [محمد: 04].

ومن الميثاق للعهد ، وعلى هذا المعنى سميت الوثيقة و وثيقة، لأنها تشد المتعاقدين بما جرى حتى يصير ميثاق عليهما ، و الوثيقة بهذا المعنى قريبة من معنى العقد ، و لذلك يطلق العقد بمعنى الوثيقة.<sup>2</sup> والموثق هو من يوثق العقود و نحوها بالطريق الرسمي و الوثيقة مؤنث الوثيق وهي ما يحكم به الأمر و هي المستند و ما جرى هذا المجرى.<sup>3</sup>

- اصطلاحا : في الاصطلاح الفقهي: يطلق مصطلح التوثيق على علم الوثائق ويرتبط بالفقه الإسلامي وتابع للقضاء، مهمته ضبط معاملات الناس وعقودهم على القوانين الشرعية، و ماجاء من تعريفات تدور حول كونه علما يبحث في كيفية إثبات العقود والتصرفات والالتزامات على وجه يحتج به ومن هذه التعاريف ما يأتي:

<sup>1</sup> \_ الرازي، أبو بكر، مختار الصحاح ، ص 345.

<sup>2</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (10/371).

<sup>3</sup> \_ مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى و آخرون)، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية-مصر، ط: الرابعة، 2004م، ص 1011.

- علم يبحث في كيفية ثبوت الأحكام عند القاضي في الكتب والسجلات على وجه يصح الاحتجاج به عند انقضاء شهود الحال.<sup>1</sup>
  - التوثيق علم يبحث فيه عن كيفية إثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الاحتجاج والتمسك به والوثيقة هي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الالتزامات أو الإسقاطات.<sup>2</sup>
  - العلم الذي يبحث في كيفية تدوين الأحكام الشرعية على وجه يصح الاحتجاج به.<sup>3</sup>
  - تحرير الوثائق بطريقة معينة من أجل الاعتماد عليها فيما بعد.<sup>4</sup>
- وهذه التعريفات تفيد أن التوثيق علم ضبط أنواع المعاملات والتصرفات بين شخصين أو أكثر على وجه يضمن تحقيق الآثار المترتبة عليها ويكسبها قوة الإثبات عند التقاضي.<sup>5</sup>
- والمتتبع لتعريفات الفقهاء يجد أن استعمالهم للتوثيق في الدين، وينطبق على غير الدين أيضا، فمصطلح التوثيق يستعمل للتأكيد على الحق بشيء يعتمد عليه كالكتابة والشهادة لمنع الطرف الآخر من الإنكار وبذلك يكون هذا التوثيق ملزما عند التنازع عند القضاء، يقول ابن فرحون<sup>6</sup>: "هي صناعة جليلة شريفة و بضاعة عالية منيفة تحتوي على ضبط أمور الناس و القوانين الشرعية و حفظ دماء المسلمين وأموالهم و الإطلاع على أسرارهم وأحوالهم ومجالسة الملوك والإطلاع على أمورهم و عيالهم و يعبر هذه الصناعة لا ينال أحد ذلك و لا يسلك هذه المسالك."<sup>7</sup>

<sup>1</sup> \_ خليفة حاجي، كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون، دار الفكر للطباعة و النشر-لبنان، 1994م، (76/4).

<sup>2</sup> \_ الزحيلي محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان-بيروت، ط: الأولى، 1982م، (27/1).

<sup>3</sup> \_ السمرقندي (أبو نصر أحمد بن محمد)، كتاب الشروط و علوم الصكوك، تحقيق: محمد جاسم الحديثي، دار الشؤون الثقافية العامة-بغداد، ط: الأولى، 1987م، ص10.

<sup>4</sup> \_ محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، م.ن. ج الدار البيضاء، 2000م، ص 11.

<sup>5</sup> \_ سعد سليمان الحامدي، التوثيق و أحكامه في الفقه الإسلامي، دار السلام للطباعة و النشر-مصر، ط: الأولى، 2010م، ص30.

<sup>6</sup> \_ ابن فرحون: هو برهان الدين إبراهيم ابن علي اليعموري المالكي، ولد بالمدينة ونشأ بها فقيه بارع وقاض متميز بها، من مؤلفاته: تبصرة الحكام، والديباج المذهب، توفي سنة 799هـ.

<sup>7</sup> \_ الزركلي خير الدين، الأعلام، (52/1). ■ محمد مخاوف، شجرة النور الزكية، (319/1).

<sup>7</sup> \_ الونشريسي (أبو العباس أحمد بن يحيى)، المنهج الفائق و المنهل الرائق و المعنى اللائق بأداب الموثق و أحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمن بن محمود بن عبد الرحمن، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث-دبي، ط: الأولى، 2005م، ص28



## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و إذا عرفنا معنى التوثيق فيكون في الأحوال الشخصية بما يضاف إليه، عن طريق إحكامها بالكتابة و التدوين حتى يرجع إليها عند الحاجة و التنازع للإثبات.

و القائمون بهذه المهمة لهم مسميات مختلفة: <sup>1</sup> يسمون موثقين لأنهم يقومون بالتوثيق بين الناس، و عدولا لاشتراط العدالة فيهم؛ و شهودا لأنهم يشهدون على ما يكون في الوثيقة و شهادتهم معتبرة عند القضاة؛ و شرطين لأنهم يكتبون الشروط بين الناس في عقودهم على وجه ما يحتج به و أما كنهم تسمى في المشرق المصاطب أي المقاعد و في المغرب سباط العدول أي مكان الجلوس.<sup>2</sup>

أما في الاصطلاح القانوني فقد تم تعريف التوثيق من خلال تعريف الموثقين؛ و الذين يعتبرون موظفون عموميون يعينون في إطار مكاتب تابعة للشهر العقاري لتلقي تصرفات و توثيقها في محررات رسمية<sup>3</sup>. و يتصف المحرر بالرسمية نتيجة لتحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة و يتنوع الموظفون العموميين تبعاً لما يقومون به من أعمال فالقاضي يعتبر موظفاً عاماً بالنسبة للأحكام التي يصدرها و كاتب الجلسة بالنسبة إلى محاضر الجلسات التي يثبتها و الموثقون في مكاتب التوثيق بالنسبة للعقود و التصرفات التي يقومون بتحريرها، و هو كذلك مأمور عمومي وظيفته أن يتلقى في مدى صلاحية الأعمال التي يجب على الفرقاء أو يريدون إعطاءها الطابع الأصل و إثبات تاريخها و الاحتفاظ بإبداعها و تسلم نسخ "صور صالحة للتنفيذ" و صور طبق الأصل.<sup>4</sup>

و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه قد عرف التوثيق من خلال تعريفه للموثق -أيضاً- في المادة الثالثة من القانون المنظم لمهنة الموثق<sup>5</sup> بأنه: "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

<sup>1</sup> \_ الونشريسي، المنهج الفائق و المنهل الرائق و المعنى اللائق بأداب الموثق و أحكام الوثائق، ص 17.

<sup>2</sup> \_ سعود بن سعد آل دريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية و نظام السلطة القضائية، رسالة دكتوراه، المعهد العالي للقضاء-السعودية، 1999م، ص 295.

<sup>3</sup> \_ همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر-مصر، 2003م، ص 140.

<sup>4</sup> \_ محمد حسين منصور، قانون الإثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر-مصر، 2002م، ص 58.

<sup>5</sup> \_ قانون: 06-02 الصادر في 20 فبراير 2006 المعدل للقانون رقم 88-27 الصادر في 12 جويلية 1988 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

للهم: الجريدة الرسمية، التاريخ: 08 مارس 2006م، ع 14.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فحسب نص هذه المادة يعتبر الموثق ضابطا عموميا مكلفا بخدمة عامة يعمل لحسابه الخاص و تتولى وزارة العدل تعيينه و مراقبته، وله صلاحية تحرير العقود و الوثائق الرسمية. و الملاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي، فالموثق له مسؤولية شخصية و يضطلع بمهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة، وهذه الإزدواجية في الوظيفة التوثيقية هي ميزة أساسية لذلك منحه القانون جزء من السلطة العمومية.<sup>1</sup>

ثانيا: أهمية توثيق عقود الزواج

كأصل عام يعد علم التوثيق من الأهمية بمكان حتى جعل الله عزوجل توثيق الديون و كتابته مسندا

إليه، **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**

**وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ** ﴿[

البقرة:282]. فقوله تعالى "فاكتبوه" يدل على مشروعية الاحتجاج بالكتابة، و يقال أمر بالكتابة و لكن المراد بالكتابة و الإشهاد لأن الكتابة بغير شهود لا تكون حجة<sup>2</sup>، وكذلك أن الله سبحانه و تعالى أمر بالكتابة للتوثيق و الحفظ<sup>3</sup>، و يقال أمرنا بالكتابة لكي لا ننسى.<sup>4</sup>

**وَ قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا** ﴿[

النساء:06] **وَ قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَإِذَا بَلَغَنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**

**وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ** ﴿[الطلاق:02].

فالله عزوجل أمر بالكتابة و الإشهاد و الرهن و غيرها من وسائل التوثيق لصيانة الأموال و حفظ الحقوق و ضبط الآثار و النتائج و منع التجاحد و النكران و قطع دابر الفساد و الانحراف.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ JEAN Yaigre - JEAN françois Pillebout ,Droit Professionnel Notarial , lexis nexis 4 édition, 1996 ,p

<sup>2</sup> \_ الزحيلي(وهبة بن مصطفى) ،التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق ،ط:الثانية، 1418 هـ - ( 118/3) ،

<sup>3</sup> \_ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ( 327/1).

<sup>4</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (382/3).

<sup>5</sup> \_ ماهر نعيم سرور، التوثيق و آثاره في الزواج و الطلاق دراسة فقهيّة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان، ط:الأولى، 2016م، ص79.

ورغم أهمية التوثيق لم يكن المسلمين في بدايتهم يوثقون العقود بصفة عامة وعقود زواجهم على وجه الخصوص ، ولم يحدث في زمانهم أن أنكروا زواجا -دون توثيق- أو جحدوه، ولما اتسعت رقعة الدولة الإسلامية بدأت الأخلاق تتغير والدمم تفسد، وكان لهذا تأثير على الناس وأحوال معيشتهم و معاملاتهم وعقودهم، فعمليات التطور التي رافقت المجتمعات أثرت على ترابط الناس مع بعضهم البعض وعلى التزاماتهم، ولا شك أن مصالح الناس ترتبط بالنظم الاجتماعية ارتباطا وثيقا بحيث إذا حدث تغير ما في هذه الأنظمة؛ أعقبه تغير في حجم نوعية المصالح التي تنشأ بين أفراد المجتمع، والمجتمع عبارة عن شبكة من العلاقات المتداخلة ومن ثم تؤدي تغير نظام واحد منها إلى تغيير سائر الأنظمة.<sup>1</sup>

ولأن الشريعة صالحة لكل زمان و مكان، فإن احتاج الناس إلى حلول جديدة وإيجاد الأحكام المناسبة لها فإن الشريعة صالحة لإيجاد مثل هذه الحلول في الأحكام المبنية على العرف والعادة لأن مقصد الشارع هو المحافظة على الضروريات، و" إن قصد الشارع المحافظة على الضروريات ومارجع إليها من الحاجيات و التحسينات و هو عين ماكلف به العبد فلا بد أن يكون مطلوبا بالقصد إلى ذلك و إلا لم يكن عاملا على المحافظة لأن الأعمال بالنيات"<sup>2</sup>.

وعمل المجتمع الإسلامي بالتوثيق يعد نظرة مقاصدية متقدمة، الهدف منها تقوية وتأكيد الحق خوفا من الإنكار إذا حصل النزاع والخلاف، ففائدة التوثيق الأساسية هي إثبات الحقوق المتنازع فيه أمام القاضي و هو ليس إلا إعدادا مقديا للإثبات منذ إنشاء الحق أو عند إجراء التصرفات المنشئة للحقوق "كما أن الهدف الأخير من القضاء و الإثبات هو حماية الحقوق و إيصالها إلى أصحابها و منع الآخرين من الاعتداء عليها أو التعرض لها و لقطع دابر التنازع و التخاصم بين الناس و إزالة أسبابه بينهم"<sup>3</sup>. ولا شك أن عقد الزواج عند التقصير في المحافظة عليه وعلى آثاره لا يتهدد طرفيه وحسب بل ينتشر إلى كافة أفراد المجتمع، فلا بد من وسيلة لضمان الحفاظ على الأسرة و الأنساب و الأعراض و الحقوق؛ فعندما يكون الأفراد بصدد إبرام عقودهم بحيث يكون من مصلحتهم أن يعدوا الدليل عليها مقدما، وهذا الإلزام بالتوثيق مقدما لا يعتبر من قبيل بعث الشكليات و فرض ترتيبات إدارية و إجراءات شكلية فقط، بل يرمي إلى توطيد السلامة والاستقرار في العلاقة الزوجية وحفظ الحقوق و حمايتها.

<sup>1</sup> \_ محمد قاسم المنسي، تغير الظروف و أثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية، دار السلام، ط: الأولى، 2010م، ص26.

<sup>2</sup> \_ الشاطبي، الموافقات، 417.

<sup>3</sup> \_ الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، (31/1).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية : " لم يكن الصحابة يكتبون - صدقات - لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو معروف فلما صار الناس يزوجون على المؤخر والمدة تطول وينسى صاروا يكتبون المؤخر وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنها زوجة له".<sup>1</sup>  
فالهدف كان حفظ الحقوق وقطع النزاع بين الناس وضبط عرى الأسرة و المحافظة عليها و إزالة الريبة و الشك بين الناس.<sup>2</sup>

وقد ظهر توثيق عقد الزواج لأول مرة في العصر الفاطمي، ( 358هـ - 567هـ الموافق 969م - 1172م)، حيث كان يتولى ذلك القاضي، فيبرم العقود ويوثقها ثم فوض الأمر للقاضي في إبرام وتوثيق عقود الزواج، فكان يعهد لأحد العلماء ليتولى ذلك نيابة عنه، وكان يتم هذا العهد بتصريح مكتوب من قاضي الشرع بإبرام وتوثيق عقد بعينه له أصل في دفتر لدى القاضي يسجل فيه أنه قد أذن للعالم الفلاني بعقد زواج فلانا من فلانة، ثم ظهرت فكرة المأذون "أي مأذون القاضي".<sup>3</sup>  
و حظي التوثيق في التشريعات الأسرية بأهمية بالغة و مكانة هامة، و قد منحت التشريعات الوطنية في مجال عقود الزواج، لأعمال الموثق الثقة والمصدقية ومنح المحررات التي يمنحها القوة و الرسمية فبالرجوع لقوانين الأسرة لبعض الدول نجدها تلزم توثيق عقود الزواج بوثيقة رسمية معترف بها.<sup>4</sup>  
و بالرجوع للتشريع الجزائري نجد النص صراحة على وجوب التوثيق في بعض التصرفات القانونية

<sup>1</sup> ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ( 32 / 131 )

<sup>2</sup> ماهر نعيم سرور، التوثيق و آثاره في الزواج و الطلاق دراسة فقهية مقارنة، ص 66.

<sup>3</sup> حاتم صبحي الأرنؤوطي، موسوعة المأذونين الشرعيين والموثقين المتتدين دار الكتب القانونية، ط: الأولى، 2010م، ص 66.

<sup>4</sup> هناك من التشريعات من ألزمت بتوثيق عقد الزواج دون ترتيب عقوبة لهذه المخالفة و منها مدونة الأسرة المغربية حيث نصت في الفصل 43 : "على أن يسجل العقد بسجل الأنكحة لدى المحكمة وترسل نسخة منه إلى إدارة الحالة المدنية".

و هناك قوانين ترفض سماع الدعوى في الزواج إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية، كقانون مصر، جاء في المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بشأن لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها في الفقرة الرابعة المادة : 99 على أنه : " لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية"، وهناك قوانين توجب عقوبة على عدم توثيق عقد الزواج لدى الموظف الرسمي للدولة، وتتفاوت مقدار العقوبة من دولة إلى أخرى، منها القانون الأردني، نصت المادة 17 من **قانون الأحوال الشخصية** رقم ( 61 ) لسنة 1976 المعدل بموجب القانون المؤقت رقم ( 82 ) لسنة 2001: "يجرى عقد الزواج مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة ". وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية، فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود، بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار". و هناك قوانين تعتبر هذه العقود باطلة منها مجلة الأحوال الشخصية بتونس، التي تنص في الفصل الرابع من الأحكام التي تتعلق بالزواج :على أنه " لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص "

لدى ضابط عمومي و هو الموثق، و التصرفات المنصوص عليها هي الهبة و الوصية و الوقف و الزواج و قد نص القانون المدني على الكيفية و الإجراءات التي تمر بها هذه التصرفات لإعطائها صفة الرسمية.<sup>1</sup> فالكتابة وسيلة من وسائل الإثبات وهي أقوى من أي دليل آخر لما توفر للخصوم من ضمانات لا يمكن تبديلها أو إزالتها، و بالنسبة لعقد الزواج فالمرجع الجزائري هدفه من كتابة عقد الزواج إفراغ الزواج الشرعي في قالب رسمي و حماية المتعاقدين من إنكار أحدهما للعقد، كونه صحيحا منتجا لآثاره، مادام لا يوجد أي نص يجبر المسلمين على كتابة عقد الزواج.<sup>2</sup>

وهذه الكتابة لعقد الزواج تشترط جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، فعقد الزواج المسجل قانونيا أمام الجهات المختصة هو الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية بصفة صحيحة<sup>3</sup>، وهو ما أكدته المحكمة العليا أيضا، فقد جاء في قراراتها بأنه لا يسوغ لأي شخص أن يدعي صفة الزوجية ما لم يثبت ذلك بعقد مسجل بدفاتر الحالة المدنية.<sup>4</sup>

والشروط الشكلية هو ما يتطلبه القانون من أوضاع لإظهار الإرادة و هي في التشريع الجزائري الأمور المتعلقة بالإجراءات الإدارية والتنظيمية للزواج و كذا مسألة إثباته، و قد وضع المشرع

<sup>1</sup> \_ على سبيل المثال لا الحصر:

- المادة 206 من قانون الأسرة: " الهبة عقد ثنائي الطرف ينعقد بالإيجاب الصادر عن الواهب و الموهوب له ويتم بانتقال الحيازة وذلك باحترام القواعد والإجراءات المقررة في القوانين المنظمة لمهنة التوثيق والمتعلقة بالعقارات والمنقولات".
  - المادة 324 من القانون المدني (معدلة بالقانون رقم 88-14): العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.
  - المادة 324 مكرر2 (معدلة بالقانون رقم 88-14): توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.
- وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر.
- وفضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسئوليتهم.

<sup>2</sup> \_GHOUTI Benmalha, le droit algerien de la famille, office publication universitaire, 1993, p107.

<sup>3</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 278

<sup>4</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 12529 بتاريخ 21-04-75، غير منشور



القواعد الخاصة بهذه الإجراءات الإدارية و التنظيمة لحالة الزواج ضمن أحكام قانون الحالة المدنية و بعض النصوص المكملة له إضافة إلى قانون الأسرة المعدل.

البند الثاني: تسجيل عقد الزواج في القانون الجزائري

إن الشروط الإجرائية والشكلية المتعلقة بتسجيل عقد الزواج لا يختص بها قانون الأسرة فقط، بل جاء قانون الحالة المدنية<sup>1</sup> يمثل الحالة العملية التي تشرف على مراعاة توفر هذه الشروط، فإن كان قانون الأسرة اقتصر على الإختصاص النوعي المتعلق بتسجيل عقد الزواج و تحريره، فقد أضاف قانون الحالة المدنية الإختصاص الإقليمي.

أولاً: الجهة المختصة بكتابة عقد الزواج

حدد قانون الأسرة الجهة المختصة المكلفة بإبرام عقود الزواج فجاءت المادة 18 المعدلة تنص على أنه: " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ماورد في المادتين 09 و 09 مكرر من هذا القانون".

فالمادة المعدلة تقريبا هي نفسها المادة السابقة، غير أن جديد التعديل فيها هو الإشارة إلى المادة 09 مكرر باعتبار أن الزواج أصبح يتضمن ركن الرضا المنصوص عليه في المادة 09 من نفس القانون، و شروط الزواج المنصوص عليها في المادة 09 مكرر.

و مع أن المشرع الجزائري لم يحدد من هو الموظف المؤهل قانوناً في قانون الأسرة إلا أن المادة الأولى من قانون الحالة المدنية حددته حيث نصت على أن " ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية." فضباط الحالة المدنية هم من خصهم المشرع بهذه التسمية و ذكرهم على سبيل الحصر و حدد مهامهم و نوابهم.<sup>2</sup>

والمادة تعتبر ضباط الحالة المدنية، هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، ولكن يتعذر عليه القيام بهذه المهمة ضمن مهامه المتعددة، لذا يقوم بتفويض أحد أعوانه المحلفين بالقيام بمهمة الحالة المدنية، وبمسك سجلات الحالة المدنية، هذا ما نراه سائدا في أغلب البلديات والحياة العملية.

<sup>1</sup> \_ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-2-1970، يتعلق بالحالة المدنية. :الجريدة الرسمية، التاريخ: 27-2-1970، ع 21.

<sup>2</sup> \_آمال رواق، علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الخرى في تنظيم مسائل الزواج و الطلاق و آثارهما دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة و القانون-تخصص أحوال شخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-كلية الشريعة و الإقتصاد، 2015م-2016م، 57.

وواضح من نص المادتين إذنا أن المشرع الجزائري قد حدد جهتين رسميتين يتم من خلالهما إبرام عقد الزواج و هما الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام، بالإضافة إلى ضابط الحالة المدنية.<sup>1</sup>

و قد تم النص على الجهة المختصة صراحة ضمن أحكام المواد 71-95-96 من قانون الحالة المدنية فقد نصت المادة 71 على الأشخاص المختصين بتحرير عقد الزواج سواء داخل الوطن أو خارجه و هما ضابط الحالة المدنية و الموثق، أما المادتين 95 و 96 فقد نصتا على الموظف المختص بتحرير عقد الزواج المبرم خارج الوطن و هما الموظفون الدبلوماسيون أو القناصل أو السلطات المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية حسب ما نصت عليه المادة 97 و 103 من نفس القانون.<sup>2</sup>

و من خلال نصوص المواد السابقة نجد أن المشرع قد وضع موظف مختص لإبرام عقد الزواج داخل الوطن أو خارجه، فالنسبة للزواج المبرم داخل الوطن نصت المادة 71 من قانون الحالة المدنية على شخصين أسندت لهما مهمة تحرير وثيقة عقد الزواج وهما ضابط الحالة المدنية، والموثق الذي يوجد بدائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو احدهما، هذا بالنسبة لزوج المواطنين الجزائريين و هذا بعد التأكد من الأركان و الشروط المنصوص عليها في القانون -المادة 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة - بعد التحقق من هوية الزوجين و تدوينها على السجل.

ويختص بكتابة عقد الزواج، إذا كان الزوجين محل إقامة لأحدهما من شهر على الأقل في نطاق الاختصاص المحلي للبلدية وذلك طبقا للمادة 71 من قانون الحالة المدنية، أما بالنسبة لعقد زواج

<sup>1</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص118.

<sup>2</sup> \_ المادة: 97 قانون الحالة المدنية: " إن الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو بين جزائري وأجنبية يعتبر صحيحا إذا تم حسب الأوضاع المألوفة في ذلك البلد شريطة ألا يخالف الجزائري الشروط الأساسية التي يتطلبها القانون الوطني لا مكان عقد الزواج. ويجرى مثل ذلك بالنسبة لزواج عقد في بلد أجنبي بين جزائري وأجنبية وتم أمام الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو قنصل الجزائر طبقا للقوانين الجزائرية. غير أنه اذا كانت الزوجة الأجنبية من غير جنسية البلد الضيف، فإن هذا الزواج لا تتم مراسيمه إلا في البلاد التي ستحدد بموجب مرسوم.

-المادة 103 قانون الحالة المدنية: "تسجل عقود الحالة المدنية المحررة في بلد أجنبي والتي تمم الجزائريين إما تلقائيا وإما بطلب من المعني في سجلات الحالة المدنية للسنة الجارية والمسوكة من طرف الأعوان الدبلوماسيين المشرفين على دائرة قنصلية أو القناصل المختصين إقليميا، ولا تنسخ إلا البيانات التي يجب أن تكتب في عقود الحالة المدنية الجزائرية المطابقة وفي حالة عدم وجود علاقات دبلوماسية أو إغلاق المقر الدبلوماسي أو القنصلي المختص إقليميا ولا يمكن التسجيل حسب الشروط المنصوص عليها في المقاطع السابقة، يودع العقد بوزارة الشؤون الخارجية التي، يمكن لها أن تسلم نسخة منه، وتعمل الوزارة على تسجيل هذه العقود حسب الشروط المشار إليها أعلاه، عندما تسمح لها الظروف بذلك."

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

الأجانب المبرم داخل الوطن فيبقى كل من ضابط الحالة المدنية والموثق مختصين بإبرام عقد الزواج بشرط أن تكون مدة إقامة الأجانب في دائرة اختصاص كل منهما قد استمرت لمدة شهر على الأقل حتى تاريخ انعقاد الزواج.

أما بالنسبة للزواج المبرم خارج الوطن فالموظف المختص بإبرام عقود الزواج خارج الوطن هو إما رؤساء المراكز الدبلوماسية أو موظفي السلطة المحلية الأجنبية، فالمواطن الجزائري له الخيار قانونا بين أن يتبع القواعد القانونية المعمول بها في البلد الأجنبي الذي يقيم به ويسجل زواجه وكل ما يتعلق بتغيير حالته وفقا للتشريع المحلي لذلك البلد؛ أو أن يتبع القواعد القانونية المعمول بها في الجزائر ويسجل زواجه وكل ما يتعلق بتغيير حالته لدى مركز القنصلية الموجودة بالمنطقة التي يسكن بها.

ثانيا : إجراءات تسجيل عقد الزواج

أوجب المشرع الجزائري على طرفي العلاقة الزوجية تقديم بعض الوثائق التي تعد من الشروط الشكلية لإبرام عقد الزواج، وهذه الوثائق قد حددها المادة 73 من قانون الحالة المدنية من خلال المعلومات المطلوبة في عقد الزواج الذي سيقوم الموظف المختص بتحريره وهي ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون و التي تضم البيانات الآتية:<sup>1</sup>

- الإشارة صراحة إلى أن الزواج تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.
- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين.
- ألقاب وأسماء أبوي كل منهما.
- ذكر اسم و لقب و عمر كل من الشاهدين.
- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الاقتضاء، و في حالة تسجيل عقد الزواج بدون الترخيص نص المشرع الجزائري على عقوبتين بالنسبة لضابط الحالة المدنية و الموثق في حالة تحرير عقد الزواج بدون رخصة حسب المادة 77 من قانون الحالة المدنية و

<sup>1</sup> عبد الحفيظ بن عبدة، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر - الجزائر، ط: الثانية، 2005م، ص 31-32. ■ يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة - الجزائر، 2011م، ص 22. ■ عبد الفتاح تقي، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية دراسة مقارنة، ص 19.

هذا حسب العقوبات المنصوص عليها في المادة 441 من قانون العقوبات<sup>1</sup>.

- أن يكون الزوج مسلما بالنسبة للمسلمة.
  - الشروط التي يمكن أن يشترطها لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة و السكن المنفرد.
- أما الوثائق الإدارية التي تقدم من كلا الطرفين و التي تثبت هوية كلا منهما - حسب المواد 74-75-76 من قانون الحالة المدنية؛ هي كالاتي:
- شهادة ميلاد للطرفين مؤرخة بأقل من ثلاثة أشهر، و إن لم توجد يمكن تقديم ملخص حكم فردي أو جماعي المثبت للولادة و إن لم يوجد يقدر الدفتر العسكري أو بطاقة التعريف الوطني أو الدفتر العائلي للوالدين حسب نص المادة 74 قانون الحالة المدنية.
  - الدفتر العائلي إذا تعلق الأمر بشخص قد سبق له الزواج.
  - شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للإختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية بالنسبة للشخص الذي لم يكن ضابط الحالة المدنية مطلعاً على مسكنه أو محل إقامته وفق نص المادة 75 قانون الحالة المدنية.
  - شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلو الطرفين من أمراض تشكل خطراً يتعارض و الزواج حسب ما نصت عليه المادة 07 مكرر من قانون الأسرة.
  - قرار الإعفاء من سن الزواج في حالة زواج القصر، وفق نص المادة 76 من قانون الحالة المدنية و نص المادة 07 قانون الأسرة.
  - رخصة بالزواج الجديد في حالة التعدد.
  - وثيقة وفاة بالنسبة للزوجة التي تريد إعادة الزواج، أو نسخة وثيقة ميلاد زوجها و مشار في هامشها إلى وفاته.

<sup>1</sup> \_ تنص المادة 441 المعدلة فقرتها الأولى من قانون العقوبات على أنه :

"يعاقب بالحبس من عشرة أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر و بغرامة من 100 إلى 1000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين - ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة للحالة المدنية في ورقة عادية مفردة و في غير السجلات المعدة لذلك و الذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج و الذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها و ذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني ..."

- حكم نهائي بالطلاق مع شهادة عدم الطعن بالنقض ،أو وثيقة عقد الزواج متضمنة في هامشها كلمة مطلقة.
- رخصة بالزواج موقع عليها من قبل السلطات العسكرية والأمنية بالنسبة لزوج العسكريين ورجال الدرك وموظفي الأمن الوطني، و هذا طبقا للمنشورين الصادرين عن وزارة العدل رقم 329 بتاريخ: 13-06-1967م و الثاني تحت رقم 364 بتاريخ: 25-06-1968م. و كذلك المرسوم 83-481 الصادر في 13-08-1983م ؛و الذي يحدد الأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني على أن موظفي وموظفات الأمن الوطني إذا ما أرادوا الزواج.
- رخصة مسلمة من طرف الوالي بالنسبة إلى زواج الأجانب،و ذلك بعد أخذ رأي مصالح الأمن بالولاية إثر تحقيق شامل حول وضعية الأجنبي و ظروف إقامته و لا تسلم الرخصة إلا بعد رأي مصادق عليه و مؤيد من مدير الأمن بالولاية .
- وقد نصت المادة 21 من قانون الأسرة على أنه "تطبق أحكام قانون الحالة المدنية في إجراءات تسجيل عقد الزواج" ،و بالرجوع أحكام المواد السالفة الذكر المادة 18 من قانون الأسرة المعدل و المواد 71-95-96 من قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل الزواج حسب كل جهة مختصة كما سيأتي:
- 1) ضابط الحالة المدنية : خصص المشرع الجزائري سجلات خاصة بالحالة المدنية ؛ ثلاث سجلات فيها عقود الحالة المدنية يمسكها ضابط الحالة المدنية لدى كل بلدية،و يتكون كل سجل من نسختين وهي: سجل عقود الميلاد و سجل عقود الزواج و سجل عقود الوفيات. و هذا حسب المادة 06 الفصل الثاني الخاص بسجلات و جداول الحالة المدنية القسم الأول المتعلق بـمسك السجلات من قانون الحالة المدنية ،و لابد أن ترقم هذه السجلات و يصادق عليها من طرف النيابة العامة ورئيس المجلس الشعبي البلدي حسب المادة 07 من نفس القانون.
- و بالنسبة لعقد الزواج يقوم ضابط الحالة المدنية باستجيله تلقائيا بسجلات الحالة المدنية بعد التأكد من هوية الزوجين و الوثائق المقدمة كما يسلم إلى الزوجين دفترًا عائليًا يؤكد و يثبت العقد، و هو ما نصت عليه المادة 72 من قانون الحالة المدنية في فقرتها الأولى و التي تنص على ما يأتي : " يسجل ضابط الحالة المدنية عقد الزواج في سجلاته حال إتمامه ويسلم إلى الزوجين دفترًا عائليًا مثبتًا للزواج،ويعتبر تسجيل العقد هذا هو الوثيقة الأصلية المدونة في سجل الحالة المدنية يرجع



إليها في حالة ما إذا نشب نزاع بين الزوجين في مستخرج عقد الزواج أو أي منازعة يمكن أن تنشأ لاحقا.

و لا بد من الإشارة هنا أن المشرع قد ألغى المادة 20 من قانون الأسرة المتعلقة بالوكالة، فيجب أن يكون عقد تسجيل عقد الزواج بالحضور الشخصي لكل من الزوجين.<sup>1</sup>

(2) الموثق: يقوم الموثق بتحرير عقد الزواج في السجلات الخاصة بذلك ثم يسلم الزوجين شهادة تثبت انعقاد الزواج، وفي نفس الوقت يقوم بإرسال ملخص عن وثيقة الزواج إلى ضابط الحالة المدنية في أجل مدته ثلاثة أيام، على أن يقوم ضابط الحالة المدنية بتقييد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية الخاصة بعقود الزواج خلال مدة خمسة أيام ابتداء من تاريخ استلامه ملخص وثيقة عقد الزواج من عند الموثق، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا، كما يجب التأشير بهذا العقد على هامش وثيقة ميلاد الزوجين، وهذا ما نصت عليه المادة 72 فقرة 02 من قانون الحالة المدنية و التي تنص على أنه: "يجر الموثق عقدا عندما يتم الزواج أمامه ويسلم الى المعنيين شهادة، كما يرسل ملخصا عن العقد في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بنسخه في سجل الحالة المدنية خلال مهلة 5 أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترا عائليا ويكتب بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل واحد من الزوجين."

(3) الأعوان الدبلوماسيون و القناصل: يتمتع الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل بنفس الاختصاص إذا كان طالبا الزواج من الرعايا الجزائريين المقيمين في البلد الأجنبي طبقا للمادة 10 من القانون المدني التي تنص على سريان القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و وأهليتهم على الجزائريين و لو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية.

فيقومان بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامهم بسجلات الحالة المدنية الخاصة بعقود الزواج الممسوكة لدى القنصلية بحسب نص المادة 96 من قانون الحالة المدنية التي جاء فيها ما يلي: "إن كل عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين صادر في بلد أجنبي يعتبر صحيحا إذا حرره الأعوان الدبلوماسيون أو القناصل طبقا للقوانين الجزائرية". ثم يتم تسليم الزوجين دفترا عائليا يثبت العلاقة الزوجية، و

<sup>1</sup> \_ رغم أن المشرع ألغى المادة 20 من قانون الأسرة و التي كانت تنص على أنه: "يصح أن ينوب عن الزوج وكيه في عقد الزواج بوكالة خاصة" إلا أن المادة 32 من قانون الحالة المدنية تجيز الوكالة و التي تنص على أنه: "يجوز للأطراف المعنيين في حالة ما اذا كانوا غير ملزمين بالحضور شخصيا أن يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي و رسمي". و هذا يخلق ازدواجية تشريعية و عدم انسجام بين القوانين .

يمكن أن يؤذن لنواب القناصل بالقيام مقام رئيس المركز القنصلي بصفة دائمة بموجب مقرر من وزير الشؤون الخارجية حسب ما تنص عليه المادة 104 من قانون الحالة المدنية.

4) الزواج المبرم في الخارج أمام المصالح الأجنبية: اشترط المشرع في الزواج الذي يعقد في بلد أجنبي بين الجزائريين أو بين جزائريين وأجانب أن يقع وفقا للأوضاع المتبعة في ذلك البلد الأجنبي، وألا يخالف الطرف الجزائري فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها قانون الأسرة الجزائري طبقا للمادة 97 من قانون الحالة المدنية، ويجوز لطرفي الزواج تقييد عقد الزواج المبرم بالخارج والذي تم تسجيله في السجلات المحلية للبلد الأجنبي وفقا للتشريع المعمول به لذلك البلد مرة أخرى في سجلات الحالة المدنية الموجودة على مستوى مراكز القنصليات الجزائرية، ويسلم رئيس المركز للزوجين دفترا عائليا.

### البند الثالث: إثبات عقد الزواج في القانون الجزائري

نصت المادة 22 قانون الأسرة المعدلة على أنه: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي .

يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة".

لقد جاءت المادة لتبين أن عقد الزواج يتم إثباته - كتابة - بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وهو الوثيقة الرسمية أو الوسيلة الأصلية الأساسية لإثبات العلاقة الزوجية، ولا يجوز لأحد أن يدعي الزوجية أو يطالب بآثارها ما لم يقدم نسخة من عقد الزواج مسجل في سجلات الحالة المدنية<sup>1</sup>، فالمشرع الجزائري قد أعطى أولوية إثبات عقد الزواج في توثيقه أو تسجيله للمصالح المختصة، فإن استحال أمر التسجيل قد يثبت هذا الزواج بحكم تصدره المحكمة ثم يتم تسجيله بالحالة المدنية.

وهذه الطريقة تعتبر من أسهل وأبجع الطرق لإثبات عقد الزواج، لكن لعدة اعتبارات وظروف مجتمعية تنشأ علاقات زوجية تتوفر فيها أركان وشروط الزواج الصحيحة لكنها غير مسجلة، وهو مادفع بالمشرع الجزائري بطريقة استثنائية السماح بإثبات هذا الزواج الشرعي - غير المسجل - ، و الذي يسمى بالزواج العرفي أو الزواج بالفاتحة .

والمراد بالفاتحة في معظم الأعراف الجزائرية أنها عبارة عن مجلس أو اجتماع يحضره الزوج أو من ينوب عنه من ولي، أو وكيل، وولي الزوجة في البيت أو المسجد ومعهم جمع من الناس من أقاربهما، وأعيان

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 273.

القوم، من بينهم إمام أو رجل يفقه في أمور الدين، وينته هذا الاجتماع بإبرام عقد زواج شفهي، يتم خلاله تبادل الإيجاب والقبول، وتحديد الصداق بحضور الشهود و بعد ذلك يقرؤون الفاتحة و يدعون للزوجين وفق ماجاءت به السنة النبوية الشريفة<sup>1</sup>، ومن باب السعي للحد من هذا الزواج بالفاتحة تم توجيه تعليمة من وزارة الشوؤن الدنية أئمة المساجد، تحظر عليهم عقد الزواج بالفاتحة، إلا بعد إحضار وثيقة عقد الزواج لدى المصالح المختصة قانوناً<sup>2</sup>.

لكن هذا خلق مشكلة كان من المفروض أن يوفق المشرع الجزائري في علاجها حيث يتعلق الأمر هنا بإزدواجية عقد الزواج لأنه يبرم في العادة مرتين الأولى أمام إمام المسجد، و هو ما يسمى بالزواج الشرعي أو الزواج بالفاتحة أو الزواج العرفي، و القانونية أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية<sup>3</sup>. وليس هناك فرق بين الزواج العرفي-الزواج بالفاتحة- والزواج الرسمي من حيث صحته وانعقاده إلا في إفراغ العقد في ورقة رسمية وفقاً لما تنص عليه المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري والمادة 22 من نفس القانون.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري كان مضطرباً حين جعل إبرام عقد الزواج أمام الجهات المختصة أمراً قانونياً حسب المادة 18 ثم تراجع عن ذلك في المادة 6 - المعدلة - من نفس القانون و التي تنص على: " إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة 9 مكرر من هذا القانون"، و هذا يفتح المجال واسعا أمام انتشار الزواج بالفاتحة غير المسجل خاصة في الجنوب الجزائري.

1 - محدة محمد، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية الخطبة و الزواج، ص 29.

الزواج العرفي في الجزائر أو ما يصطلح عليه بالفاتحة يختلف عما هو منتشر في بعض الدول العربية من زواج عرفي كما هو الحال بالنسبة لبعض مناطق دولة مصر مثلا، والتي استفحل فيها بشكل كبير خصوصا بين فئة الطلبة، وصورته إلى جانب كونها تفتقد إلى التوثيق، فإنما تفتقد إلى أمور أخرى يجب توافرها في الزواج الشرعي، من ولي، وإشهار، أو إعلان لهذا العقد لكون أكثر حالاته تتم في السر، أو بالتواصي بالكتمان. و في هذا يقول الدكتور عمر سليمان الأشقر: " تستطيع أن تقول إن النكاح العرفي إذا عقد سرا بين رجل و امرأة من غير ولي و لا شهود فهو باطل باتفاق أهل العلم".

للأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، ص 161.

2 - التعليمات الوزارية رقم: 06 المؤرخة في 12-04-2000م المتضمنة عمل المسجد و خاصة في مهام الإمام و النشاط المسجدي حيث جاء فيها إن قراءة الفاتحة تكون بعد أن يتم العقد الإداري.

3 - الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص 119.

وعدم كتابة عقد الزواج لا يسمح للزوجين بالحصول على الآثار القانونية لعقد الزواج سواء تعلق بدعوى النفقة أو فك العلاقة الزوجية مستقبلا وفق نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

وفي هذه الحالة على الزوج اللجوء إلى المحكمة حتى تصدر حكما بتسجيل عقد زواجه المبرم عرفيا وتؤكد من نية الزوج الحسنة وكافة الأسباب المبررة لعدم تسجيل عقد زواجه وهو ما نصت عليه المادة 39 من قانون الحالة المدنية على أنه في حالة عدم التصريح بعقد الزواج لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله فإنه يجوز تقييد هذا الزواج بسجلات الحالة المدنية عن طريق حكم قضائي و هو ما أكده أيضا قرار المحكمة العليا الذي نص على أنه: "إذا توفرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي".<sup>1</sup> ويمكن للقضاة أن يحكموا بتثبيت عقد الزواج العرفي و أن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق.

واعتماد البيئة الشرعية في الإثبات شرط لتسجيل الزواج، فيمكن كل الأدلة و الإثباتات التي تؤكد قيام الزوجية ، و يرجع للشهادة كأداة للإثبات في حالة جحود الزوجية أو الإنكار من طرف أحد الزوجين و تبقى السلطة التقديرية لقضاة الموضوع في مدى قناعتهم بالشهادة المقدمة عند التحقيق و هذا يفرض عليهم رقابة قانونية صارمة على البيئة القاطعة التي تشهد بمعاينة العقد من خلال شهادة عدلين، إضافة إلى التحقق من توفر أركان و شروط الزواج الأخرى<sup>2</sup>، و فرضته المحكمة العليا أيضا.<sup>3</sup> ودعوى إثبات الزواج العرفي من دعاوى الأحوال الشخصية -شؤون الأسرة- التي تتعلق بالنزاعات الناشئة بين أفراد الأسرة الواحدة بدءا من الزوجين إلى الأصول إلى الفروع و هي دعوى تقريرية يطلب فيها المدعى تقرير وجود حق أو مركز قانوني دون إلزام الخصم بأداء معين على أن هذه الدعوى لا تواجه إعتداء في شكل مخالفة لإلتزام و إنما تواجه إعتراضا للحق أو المركز القانوني.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 125059، التاريخ 1995/10/24م.

للنشرة القضائية، ع: 53، ص 36.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 462-464.

<sup>3</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 52440، التاريخ: 02-01-1989 (غير منشور).

<sup>4</sup> \_ عمر زودة ، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء ، مطبوعة مقدمة لطلبة المعهد الوطني للقضاء. 2003م.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

وعمليا يتم تسجيل هذا العقد عن طريق كتابة طلب إلى وكيل الجمهورية يلتمس فيه المعني بالأمر تسجيل عقد زواجه، ثم تقوم النيابة العامة بإحالة الطلب إلى رجال الضبطية لتحري صحة ما يراد تسجيله وعندها يطلب وكيل الجمهورية من رئيس المحكمة إصدار حكم بتسجيل هذا العقد بعد التحقيق في الأدلة و الحجج و التأكد من توافر أركان و شروط المادتين: 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة<sup>1</sup>، مع الإشارة أن المشرع الجزائري بعد تعديل المادة 22 من قانون الأسرة أسقط عبارة " يثبت بحكم إذا توافرات أركانه و شروطه وفقا للقانون " و هي الصياغة التي كانت موجودة في متن المادة قبل تعديلها.

وبعد استصدار هذا الحكم القضائي يرسل كاتب الضبط نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي وقع فيها عقد الزواج ليقوم هذا الأخير بتسجيل و قيد هذا الزواج في سجلات الحالة المدنية، و بعد اتباع هذه الاجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية يستطيع الشخص الحصول على نسخة مستخرجة عن سجل الحالة المدنية و يثبت قانونا قيام عقد الزواج<sup>2</sup>.

فالمشرع الجزائري يعترف بالزواج غير المسجل و يمنح لكل شخص لم يسجل زواجه لدى المصالح المختصة أن يفعل ذلك دون تقرير عقوبة لمن يخالف هذا القانون و دون أن يجدد مهلة معينة لدعوى إثبات عقد الزواج، و هو ما أكده قرار المحكمة العليا و الذي جاء ينص على ما يلي: " من المبادئ المستقر عليها قضاء و قانونا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة"<sup>3</sup>.

ولابد من التنويه هنا أن نص المادة 22 الفقرة الأخيرة -المعدل- جاء يؤكد على ضرورة تفعيل دور النيابة العامة في سعيها لتثبيت الزواج عند الحالة المدنية لكون أن هذا التسجيل يدخل في قواعد النظام العام و لما فيه من الحفاظ على قدسية عقد الزواج، فهي تمارس دورها باسم المجتمع أو للمصلحة العامة. وللنيابة العامة دور هام في مراقبة تحري مدى صحة تصريحات الأطراف و الشهود وأهلية الأشخاص و حالتهم، و مرحلة إطلاعها على ملف القضية، هي مرحلة هامة بالنسبة للقاضي، إذ يأخذ برأيها في حكمه و إلا كان هذا الحكم غير سليم يتعرض للإلغاء.

<sup>1</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 279.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 280.

<sup>3</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 71732 التاريخ: 23-04-1991،

لل: المجلة القضائية، سنة 1993، ع: 02، ص 51



والنيابة العامة رغم أنها طرف أصلي في مسائل الأسرة التي ترفع الدعوى أو ترفع عليها حسب نص المادة 03 مكرر من قانون الأسرة فإنها لا تقدم مذكرات مكتوبة بل تلتمس تطبيق القانون، فإذا صدر الحكم بثبوت الزواج يصبح له أثر كاشف للعلاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطرفين و ينتج عنه نفس الآثار التي تترتب عن الزواج المسجل.

### الفرع الثاني: الإشتراط في عقد الزواج

أحيط عقد الزواج بسياج من القواعد الحكيمة والضوابط القويمة باعتباره من أوثق العقود و أقدمها، من خلال تعزيز دور إرادة المتعاقدين في إنشائه، على أن يكون تحديد آثاره من صنع الشارع صيانة للعقد من جهة؛ و لا تخرج العلاقة الزوجية عن مقاصدها.

و بالرغم من أن الشارع هو الذي حدد آثار الزواج و رتبها- و هذا هو الأصل- إلا أنه يبقى للزوجين تضمين عقد الزواج شروطا يرينها لازمة لضمان حقوقهما، مادامت لا تتعارض مع ما يقرره الشارع . و بالرجوع لما أدخله المشرع الجزائري من تعديلات على قانون الأسرة نجده قد وسع من إرادة الزوجين في وضع شروط مقترنة بعقد الزواج؛ فجاءت المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة تنص على أنه: "للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، و لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

و كأصل عام الإشتراط في الزواج هو ما يتشرطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، و يراد بها تلك الشروط المقترنة بالإيجاب أو القبول، أي أن الإيجاب يحصل و لكن يصاحبه شرط من الشروط<sup>1</sup>، و يمكن أن تكون صيغة العقد منجزة لكن مقترنة بشرط يشترطه أحد الزوجين لتحقيق مصلحة له.<sup>2</sup> و تنشأ أهمية هذه الشروط من أنه كثيرا ما يسبق عقد الزواج وعودا أو عهدا من الأزواج أو حتى الأولياء؛ غالبا ما يتم التراجع عنها بعد الزواج فتنشأ المنازعات والخلافات، و قد تسوء العشرة بين الزوجين، فكانت الحاجة ماسة لتوثيق الشروط في عقد الزواج، و جاءت المادة لتوسيع إرادة الزوجين عن طريق ما يريانه مناسب من شروط ضرورية لضمان حقوقهما<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، (53/7)

<sup>2</sup> \_ أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح-الكويت، ط: الثالثة، 1972م، ص75.

<sup>3</sup> \_ كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النص و اجتهادات القضاء، ص32 .

البند الأول: مدى مشروعية الإشتراط في عقد الزواج

إن إنشاء العقود هو من إرادة العاقدين، فإذا تم العقد ترتب عليه آثاره الشرعية فكان لكل عقد أحكام هو نتائجه المترتبة عليه، لكن ثبوت و ترتب هذه الآثار والنتائج يكون بإيجاب الشارع و حكمه؛ فإرادة العاقد تنشئ العقد، ثم إن الشارع هو الذي يرتب على كل عقد آثاراً معينة.

و الناظر في الفقه الإسلامي يجد أن هناك اختلاف في مدى حرية العاقد في اشتراط الشروط التي تقيد آثار العقد فمنهم الموسع ومنهم المضيق، ويمكن تصنيف أراء الفقهاء في حكم الإشتراط في عقد الزواج بين موسع ومضيق كما يأتي:

أولاً: مسلك الموسعين

ذهب أصحاب هذا الرأي وهم الجمهور<sup>1</sup>، إلى أن الأصل في العقود والشروط الحرية ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل على تحريمه وإبطاله نص أو إجماع أو قياس صحيح<sup>2</sup>، فأصحاب هذا الرأي يطلقون إرادة الإنسان في العقود والشروط، لكنهم ليسوا على درجة واحدة فمنهم من توسع<sup>3</sup> كالحنابلة في مقدمتهم ابن تيمية وابن القيم، و المالكية توسعوا في تصحيح الشروط<sup>4</sup>، أما الحنفية<sup>5</sup> و الشافعية<sup>6</sup> فذهبوا إلى أن الأصل في الشروط هو الحظر مع استثناء الكثير منها. وعمدتهم فيما ذهبوا إليه الكثير من الأدلة من بينها ما يأتي:

• **قَوْلُ (الْبَيْتِ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [ المائدة: 01].** ووجه الدلالة من

الآية واضح في وجوب وفاء الإنسان بما التزم به في العقد وأمره بوجوب الوفاء دليل على جوازها و إباحتها لأن الله تعالى لا يأمرنا بما لا يجوز الإقدام عليه و طالما هي في نطاق ما أجازة الشرع

<sup>1</sup> ابن قامة، المغني (483/9) ■ البهوتي، كشف القناع، (189/3). ■ ابن تيمية، مجموع الفتاوي، (132/29). ■ ابن القيم، أعلام الموقعين، (288/3).

<sup>2</sup> الزرقاء، المدخل الفقهي العام، (553/1).

<sup>3</sup> ابن قامة، المغني (483/9) ■ البهوتي، كشف القناع، (189/3). ■ ابن تيمية، مجموع الفتاوي، (132/29). ■ ابن ملفح (شمس الدين محمد المقدسي، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عيد الحسن التركي، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: الأولى، 2003م، (259/8). ■ البهوتي، الروض المربع، (212/6).

<sup>4</sup> الشاطبي، الموافقات، ص163. ابن رشد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (48/2).

<sup>5</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، (592/6) فما فوق).

<sup>6</sup> النووي، المجموع، (446/9).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فيكون الأجل في العقود و الشروط هو الإباحة، قال الطبري<sup>1</sup>: "أوفوا بالعقود التي عاهدتموها ربكم والعقود التي عاهدتموها إياه وأوجبتم بها على أنفسكم حقوقاً وألزمتم أنفسكم بها لله فروضاً فأتموها بالوفاء والكمال و التمام منكم لله بما ألزمكم بها و لمن عاهدتموه منكم بما أوجبتموه له بها على أنفسكم و لا تنكثوها فانتقضوها بعد توكيدها"<sup>2,3</sup>.

و قد رد المانعين للإشتراط بأن الاستدلال هنا فيه عموم في ايجاب الوفاء بجميع ما اشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصه، ولأن القرآن الكريم أمرنا باجتناّب المعاصي، فمن عقد على معصية فحرام عليه الوفاء بها لذلك فكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل و الباطل محرم و كل محرم لا يحل الوفاء به.<sup>4</sup>

• **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ**

**يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ﴾ [البقرة: 27].** فالآية تدل على

أن الوفاء بالعهد لازم و كل عهد جائز ألزمه المرء نفسه فلا يحل له نقضه و قد قيل العهد على قسمين من بينهما: العقد الذي يرتبط به المتعاقدان على وجه يجوز في الشريعة ويلزم الحكم إما على الخصوص بينهما وإما على العموم على الخلق فلا يجوز حله و لا يحل نقضه.<sup>5</sup>

• **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا**

**وَقَدْ جَعَلْتُمْ اللَّهُ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ [٩١] وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ**

<sup>1</sup> \_ الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن غالب. إمام المفسرين. ولد بطبرستان سنة 224هـ، وبدأ في طلب العلم في السادسة عشرة من عمره، ثم رحل إلى بغداد واستقر فيها، بعد أن زار عدة بلدان ويُرجع إليه لسعة علمه، وسلامة منهجه. ترك عدة مؤلفات نافعة أبرزها تفسيره الكبير جامع البيان عن تأويل آي القرآن المشهور بين الجمهور بتفسير الطبري، توفي سنة 310هـ لله الزركلي، الأعلام، (69/6).

<sup>2</sup> \_ الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، (5/8).

<sup>3</sup> \_ الجصاص أحكام القرآن، (286/3). ■ الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، (5/8).

<sup>4</sup> \_ ابن حزم (أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، منشورات الآفاق الجديدة-بيروت، ط: الثانية، 1983م، (15/5).

<sup>5</sup> \_ القرطبي، أحكام القرآن، (248/1). ■ ابن العربي، أحكام القرآن، (27/1).

غَزَلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا ﴿ [ النحل: 91-92]. ووجه الدلالة

من الآية أن الله عزوجل أمر بالوفاء بالعهود و المواثيق و الأيمان المؤكدة.<sup>1</sup>

• **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ [ الإسراء: 34]**

وَقَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُؤْتُوا الْآدْبَرَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴾

﴿ [ الأحزاب: 15] ﴾ أمر الله عزوجل في الآية الأولى بالوفاء بالعهد و جاء التعريف في لفظ العهد

للجنس و هو يفيد الاستغراق أي أوفوا بجميع العهود و جملة ﴿ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ تعليل

للأمر أي للإيجاب الذي اقتضاه وإعادة لفظ ﴿ الْعَهْدَ ﴾ في مقام إضماره للاهتمام به و لتكون

هذه الجملة مستقلة فتسري مسرى المثل و حذف متعلق ﴿ مَسْئُولًا ﴾ لظهوره أي مسؤولاً عنه

أي يسألكم عنه يوم القيامة.<sup>2</sup> أما الآية الثانية فجملة ﴿ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴾ تذييل لجملة

﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا ﴾ و المراد بعهد الله : كل عهد يوثقه الإنسان مع ربه و المسؤول كناية

عن المحاسب عليه كقول النبي - ﷺ - « و كلكم مسؤول عن رعيته ».<sup>3 4</sup>

• قول النبي - ﷺ - « أحق ما أوفيت من الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج ».<sup>5</sup> فقد دل الحديث على أن

أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط و بابه أضيق ، فدل عامة على استحقاق الشروط

بالوفاء و أن أليق الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح<sup>6</sup> ، و الزوج

إن أزم نفسه بشرط فهو أحق بالوفاء، و هذا يدل على جواز الإشتراط في عقود الزواج، و لو كان الأمر

<sup>1</sup> \_ ابن كثير، تفسير ابن كثير (575/2).

<sup>2</sup> \_ ابن عاشور، التحرير و التنوير، (97/15). (289/21).

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الجمعة، باب الجمعة في القرى و المدن، رقم الحديث: 893، (174/1).

<sup>4</sup> \_ ابن عاشور، التحرير و التنوير، (289/21).

<sup>5</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث: 5151، (1062/3).

<sup>6</sup> \_ العسقلاني، فتح الباري، (178 /9).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

فيه فهي لما أوصى الشارع الحكيم بضرورة الوفاء به، فظاهر الحديث هو الوفاء بكل ما شرط الزوج ترغيباً للمرأة في النكاح ما لم يكن محظوراً.<sup>1</sup>

• قول النبي - ﷺ - « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، والمسلمون على شروطهم إلا شرطوا حرم حلالاً أو أحل حراماً »<sup>2</sup>.

فقوله - ﷺ - "والمسلمون على شروطهم" أي ثابتون عليها واقفون عندها و في تعديته بـ: على، ووصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علوم مرتبتهم و أنهم لا يخلون بشروطهم و فيه دلالة على لزوم الشرط إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث.<sup>3</sup>

فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله و لا أن يجرم ما أباحه الله فإن شرطه حينئذ يكون إبطالاً لحكم الله و كذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله و إنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً وعدم الإيجاب ليس نفيًا فإيجاب حتى يكون المشترط مناقضاً للشرع.<sup>4</sup>

وقد تم الرد على هذه الأحاديث المستدل بها بأنها ليست نصاً في محل النزاع « أحق ما أوفيت من الشروط » حملوه على الشروط التي تستحقها المرأة بمقتضى الزوجية من المهر والنفقة وغيرها من الحقوق التي يلزم بها الزوج إتجاه زوجته فكأنها شرطت فيه.<sup>5</sup>

• إجماع الصحابة على صحة الشروط في النكاح وقد قال بذلك عمر بن الخطاب و سعد بن أبي وقاص و عمرو بن العاص - ﷺ - ، قال ابن قدامة : " و لأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فكان إجماعاً " .<sup>6</sup>

• من المعقول أستند بجملة من الأدلة العقلية منها :

<sup>1</sup> \_ العظیم آباي (شمس الحق)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الثانية، 1415هـ، (24/5) .  
<sup>2</sup> \_ الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح ، رقم الحديث: 1357، ص412 ■ ابن ماجه، سنن ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب الصلح، رقم الحديث: 2353، ص253.

<sup>3</sup> \_ المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي ، ص1296.

<sup>4</sup> \_ الشوكاني، نيل الأوطار، (288/5).

<sup>5</sup> \_ المباركفوري، تحفة الأحمدي بشرح جامع الترمذي ، ص1162.

<sup>6</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (485/9).



- العقود من باب الأفعال العادية ، والأصل في الأفعال العادية عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم . و **قَوْلُهُ** **﴿لَا يَنْبَغُ إِذَا حُكِمَ بِالْحَرْمِ أَنْ يُكْرَمَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ﴾** [ الأنعام:119] عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة ؛ لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم ، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة ، فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعلها إما حلالا وإما عفوا<sup>1</sup>.

- الشروط فيها منفعة مقصودة لمشرطها و كان رضاه بالعقد على أساسها و هي لا تمنع تحقق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها فكان لابد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه، وهو وجوب الوفاء بالعقود و العهود، وإن حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي كان قوام العقد فكان حقا أن ينظر في رضا المشترط من جديد أن يرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد.<sup>2</sup>

- الإلتزام بالشرط كالإلتزام بالنذر والنذر لا يبطل منه إلا ماخالف حكم الله وكتابه؛ بل الشروط في حقوق العباد أوسع من النذر في حق الله و الإلتزام به أوفى من الإلتزام بالنذر.<sup>3</sup>

ثانيا:مسلك المضيقين

ذهب أصحاب هذا الرأي<sup>4</sup> من الظاهرية إلى أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما ورد نص شرعي بإجازته، فلا يصححون عقدا ولا شرطا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه بنص أو إجماع أبطلوه واستصحبوا الحكم الأصلي الذي قبله وهو المنع، و قد بنى الظاهرية رأيهم على أن الأصل في حرية التعاقد هو الوقوف عند ظواهر النصوص و الجمود على ظاهر لغويتها و سد باب الاجتهاد في التعليل.<sup>5</sup> ففقهاء الظاهرية لم يصححوا عقدا و لا شرطا إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (150/29).

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص160.

<sup>3</sup> \_ ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، (379/05-378).

<sup>4</sup> \_ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام ، (12/5).

<sup>5</sup> \_ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، (13/5).

<sup>6</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص393.

وبإسقاط هذا الرأي على عقد الزواج بإرادة الزوجين لا تنشأ عقداً بقدر ما تحقق انضمامهما إلى نظام قانوني؛ بحيث تقتصر إرادتهما في الرغبة والاتجاه نحو إبرام عقد الزواج وليس لهما مناقشة أو تعديل آثاره، وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على المصالح الخاصة للأفراد وتحقيق استقرار النظام العام.<sup>1</sup> وكان عمدة هذا الفريق في غلق باب الشروط، وعدم فتحه إلا بقدر معلوم يختلف سعة ضيقاً تبعاً لاختلاف نظرهم في الأخذ بالأدلة الشرعية، وتبعاً لاختلاف نظرهم في مدى موافقة الشرط لمقتضى العقد وملاءمته لحكمته وانتفاء ذلك؛ الكثير من الأدلة من بينها ما يأتي:

• **قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (٢٢٩)**

﴿ [ البقرة: 229]. **قوله تعالى: ﴿أَلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي**

**وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾ [ المائدة: 03].** ووجه الدلالة أن الله عزوجل أخبر بظلم من

يتعدى حدوده و يجاوز ما شرعه لعباده وما كان متعدياً لحدوده فلا يجوز و لا يجب الوفاء به، و قد قسم الله عزوجل الحدود قسمين، منها حدود الأمر بالإمتثال و حدود النهي بالإجتناث ثم

أخبر تعالى **﴿قَالَ عزوجل: : ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (٢٢٩)** .<sup>2</sup>

ثم إن الله عزوجل قد أخبر بأنه قد أكمل لنا الدين بجميع أحكامه و شرائعه و أتم علينا النعمة و رضي لنا الإسلام ديناً، فجاءت الشريعة مشتملة على جميع ما يحتاجه العباد في أمورهم الدينية و الدنيوية فأحداث عقد أو تصرف بعد ذلك يكون زيادة على الدين و خروجها عنه فلا يصح، فقد وضع تعالى الحدود و الأسس و نهى عن مجاوزتها و كل عقد لم يرد به دليل معين من الأدلة المعتبرة في إثبات الأحكام الشرعية يعد تعدياً لحدود الشريعة فلا يجب الوفاء به.<sup>3</sup>

• حديث عائشة - **رضي الله عنها** - : " أن بريرة جاءت تستعينها في كتابتها و لم تكن قد قضت من كتابتها شيئاً، قالت لها عائشة : ارجعي إلى أهلِكَ فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك و يكون ولاؤك لي فقبلت، فذكرت ذلك لبريرة لأهلها فأبوا وقالوا : إن شاءت أن تحسب عليك فلتفعل و يكون ولاؤك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله - **صلى الله عليه وسلم** -، فقال لها رسول الله - **صلى الله عليه وسلم** - « ابتاعى

<sup>1</sup> - محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، ص 72.

<sup>2</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (3/146).

<sup>3</sup> - نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الاتفاقيه في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم - بيروت، ط: الأولى، 2003م، ص 84.

فأعتقني فأبنا الولاء لمن أعتق، قال: ثم قام فقال - ﷺ - : ما بال أناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرط ليس شرطا ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة شرط الله أحق وأوثق<sup>1</sup>.

فاشترط الولاء على المشتري في المبيع للعتق كان لا يضر البيع شيئا؛ وكان البيع على هذا الشرط جائزا حسنا مباحا، وإن كان الولاء مع ذلك للمعتق وكان اشترط البائع الولاء لنفسه مباحا غير منهي عنه ثم نسخ الله عز وجل ذلك و أبطله إذ خطب رسول الله - ﷺ - بذلك كما ذكرنا فحينئذ حرم أن يشترط هذا الشرط أو غيره جملة إلا شرطا في كتاب الله لا قبل ذلك أصلا و قد قال (البيهقي) عز وجل: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ

الْخَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ [الأحزاب: 36].<sup>2</sup>

فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع فليس في كتاب الله بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع فإنه في كتاب الله بواسطة دلالاته على إتباع السنة والإجماع، ثم إن قياس جميع الشروط التي تنافي موجب العقد على اشترط الولاء لأن العلة فيه كونه مخالف لمقتضى العقد، و ذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع فيعتبر تغييرها تغييرا لما أوجب الشرع بمنزلة تغيير العبادات، فالعقود مشروعة على وجه فاشترط ما يخالف مقتضاها تغييرا للمشروع.<sup>3</sup>

• قول النبي - ﷺ - «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»<sup>4</sup>.

ووجه الدلالة أن الشروط في الزواج تحلل الحرام كعدم النفقة على الزوجة أو أن لا ينكح أربعا و ما ملكت يمينه، و لأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد و لا مقتضاه فكان باطلا<sup>5</sup>، قال ابن حزم<sup>6</sup>: " و في اشترط المرأة أن لا تتزوج أو أن لا يتسرى أو أن لا يغيب عنها أو أن لا يرحلها

<sup>1</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المكاتب، باب ما يجوز من شروط المكاتب، رقم الحديث: 2561، (2/506).

<sup>2</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (7/327).

<sup>3</sup> \_ ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، ص 259-260.

<sup>4</sup> \_ سبق تخريجه .

<sup>5</sup> \_ الشافعي، الأم، (6/188).

<sup>6</sup> \_ ابن حزم: هو أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، مولده في قرطبة من بلاد الأندلس سنة 384هـ، كان حافظا عالما بعلوم الحديث و فقهه م استنبط للأحكام من الكتاب و السنة بعد أن كان شافعي المذهب، فانتقل إلى مذهب أهل الظاهر، كان

عن دارها كل ذلك تحريم حلال وهو تحليل الخنزير والميتة سواء في أن كل ذلك خلاف لحكم الله عزوجل".<sup>1</sup>

• من المعقول أستند لجملة من الأدلة العقلية منها :

- كل عقد وشرط لم ينص عليه قرآن ولا سنة على ايجابه أو إنفاذه فإنه ضرورة لا ينفك من أحد أربعة أوجه لا خامس لها أصلاً: إما أن يكون التزم فيه إباحة ما حرمه الله تعالى في القرآن أو على لسان رسول الله - ﷺ - و إما أن يكون قد التزم فيه تحريم ما أباحه الله تعالى و رسوله، و إما أن ألتزم باسقاط ما أوجبه الله و رسوله، و إما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه.<sup>2</sup>

- الشروط ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه فتكون فاسدة قياساً على ما لم لو شرطت الزوجة أن لا تسلم نفسها كما أن عقد الزواج مبناه على اللزوم إذ أن الشريعة الإسلامية تميل إلى التضييق في حرية الاشرط في عقد الزواج لأنه أكثر إلتصاقاً بالنظام العام من سائر العقود في نظرية الشريعة و القوانين الحديثة.<sup>3</sup>

- لكل عقد غاية نوعية قد شرع هو وسيلة لتحقيقها فلو أطلقت الإرادة حريتها في الإشرط لجاوزت حدود الحق و لأتت على تلك الغاية بالنقض والإلغاء و بذلك يصح العقد بلا معنى من جهة و يتحقق التعدي على حدود الله و هذا غير مشروع و من ثم لا يباح شرط إلا إذا ثبت صحته بدليل مستمد من مصادر الشريعة.<sup>4</sup>

- التراضي وحده غير كاف من حيث اعتباره مناطاً للحل والمشروعية في العقود والشروط لتنتج آثارها الملزمة بل لا بد مع ذلك من موافقة الشرع أيضاً إذ قد يتم الاتفاق على مخالفة النظام الشرعي للعقد أو للنظام الشرعي للعقد.<sup>5</sup>

بارعا في علوم جملة و ألف فيها الكثير منها: الفصل بين الملل و الأهواء و النحل، المحلى بالآثار، الإيصال إلى فهم الخصال، توفي سنة 456هـ.

للإمام ابن خلكان، وفيات الأعيان و أبناء أبناء الزمان، (325/3).

<sup>1</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (126/9)

<sup>2</sup> \_ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، (13-14/05).

<sup>3</sup> \_ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي - دمشق، ط: السابعة، 1997م، (109/1).

<sup>4</sup> \_ الدريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، (402/2)

<sup>5</sup> \_ المرجع نفسه، (402/2)

- الشروط التي يشترطها العاقدان ليست من مصلحة العقد ولا مقتضاه فكلها باطلة في نفسها.<sup>1</sup>
  - إن من شأن إلزام الزوج بالوفاء بشرط عدم الزواج على امرأته، إخراج هذا الميثاق الغليظ في شريعتنا الإسلامية من دائرته الشرعية إلى الدائرة المدنية الغربية، وهو ما صرح به أبو زهرة رحمه الله في قوله : "... و لو أننا أخذنا بمذهب الإمام أحمد في الشروط المقترنة بعقد الزواج ، لكانت آثار عقد الزواج متأثرة بإرادة العاقدين، ويذهب عن الحياة الزوجية ما يحاط بها من قدسية، ويقارب الزواج الإسلامي بالزواج المدني، الذي يعقد في المدن اللاهية في أوروبا و أمريكا يعقد لرغبة عارضة، و يفسح لمثلها؛ ولأننا لو جعلنا باب الشروط مفتوحا، والوفاء لازما لاضطراب الحياة الزوجية أيما اضطراب..."<sup>2</sup>
  - الأصل براءة الذمة من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمتنا إياه نص أو إجماع.<sup>3</sup>
- الترجيح : من خلال تقييم الأدلة الشرعية و العقلية التي اعتمد عليها كل من الموسعين و المضيقين لمسألة الاشتراط كأصل عام في العقود، نجد أن الرأي القائل بإباحة الاشتراط أكثر وجاهة و رجاحة و ذلك للأسباب التالية :
- أن إباحة الاشتراط فيه من التوسعة على الناس ورفع الحرج والضيق عنهم بإباحة الاشتراط سواء في عقد الزواج أو باقي أنواع العقود والمعاملات.
  - من ذهبوا إلى إباحة الاشتراط الأصل عندهم حرية العقود والاشتراط **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾** [ المائدة01]. ما لم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط، فالشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج أصلا و فيها منفعة مشروعة غير ممنوعة لأحد العاقدين ووجب الوفاء بها ما لم تتضمن تغييرا لحكم الله و رسوله.<sup>4</sup>
  - الإشتراط في عقد الزواج فيه حفظ لحقوق الآخرين و عدم التغيرير بهم وقول النبي - ﷺ - : « أحق ما أوفيت من الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج »<sup>5</sup> لا يمكن حمله إلا على الشروط الزائدة

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (487/9).

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص162.

<sup>3</sup> \_ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، (44/05).

<sup>4</sup> \_ ابن القيم، زاد المعاد، (97/5).

<sup>5</sup> \_ سبق تخريجه.



على مقتضى العقد، و ما يقتضيه العقد يلزم بنفس العقد و لا يحتاج لأن نشترطه مرة أخرى، و إنما الحاجة إلى مالا يجب الوفاء به إلا بالشرط، وإن كانت هذه الشروط لا يقتضيها العقد بدون اشتراطها و لكن يجب أن لا تخالف مقصود الزواج و لا ما صرح به الشرع أمراً به أو نهيًا عنه.<sup>1</sup>

#### البند الثاني: أثر الاشتراط المقترن بعقد الزواج

للإشتراط في عقود الزواج أثر من حيث الصحة و الفساد؛ من حيث جوازها و عدمه و مدى تأثيرها على صحة أصل العقد، و من حيث وجوب الوفاء بها و إعطاء الحق للمشترط فسخ العقد عند عدم الوفاء بهذه الشروط المتفق عليها أثناء إبرام العقد، فاقتران صيغة عقد الزواج بهذه الشروط الإرادية الزائدة عن أصل العقد؛ والتي تحقق منفعة للزوجين أو أحدهما يجعل من هذه الشروط مقارنة لعقد الزواج، بحيث يصبح الشرط جزءاً من صيغة العقد و يلتحق بها و ينعقد العقد صحيحاً، و لكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير في العقد من حيث الصحة و البطلان تبعاً لفساد تلك الشروط كما سيأتي بيانه.

#### أولاً: الشرط الموافق لمقتضى عقد الزواج

و مقتضى العقد هي الحقوق التي تثبت لكلا الزوجين على صاحبه بحكم ذلك العقد المقدس،<sup>2</sup> و هي شروط صحيحة و جائزة<sup>3</sup>، و تكون موافقة لمقتضى العقد بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها أو اعتبارها دليل من الشرع<sup>4</sup>، و تعتبر مكملة لحكمة المشروط و عاضدة لها، بحيث لا يكون فيها منافاة لها على كل حال<sup>5</sup>، كإشتراط الزوجة الكفاءة أو الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان، أو بأن ينفق عليها زوجها، أو بأن يقسم بينها و بين ضرائرها بالعدل في حالة التعدد؛ فهذه كلها شروط صحيحة، لأن الغرض من اشتراطها هو تحقيق التلاحم و التوافق بين الزوجين و هذا ما يلائم مقصود النكاح.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، (132/6).

<sup>2</sup> \_ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 156.

<sup>3</sup> \_ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (42/3).

<sup>4</sup> \_ محمد بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية-القاهرة، 1985م، (23/1).

<sup>5</sup> \_ أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 274.

<sup>6</sup> - الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، ص 180.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و هذا النوع من الشروط ثابت سواء شرط أو لم يشترط لأنه من مقتضى العقد<sup>1</sup>، و اشتراطه لا يضيف شيئاً على العقد فبمجرد انعقاد العقد تثبت هذه الشروط فلا حاجة أصلاً لاشتراطها في العقد، وهي من الشروط اللازمة التي يجب الوفاء بها وذلك لأنها من الآثار المترتبة على العقد بمجرده انعقاده.<sup>2</sup>

ثانياً: الشرط المنافي لمقتضى عقد الزواج

وهو شرط غير ملائم للمشروط بل هو منافي لمقتضاه<sup>3</sup>، و هذا النوع من الشروط غير صحيح باتفاق الفقهاء، فهي لا يقتضيها عقد الزواج و لا تؤكد ما يقتضيه و لم يرد الشرع بجوازها و لم يجر بها العرف فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط و لا مكمل لحكمته بل هو على الضد من الأول.<sup>4</sup>

ثالثاً: الشرط الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه

و هي عبارة المالكية<sup>5</sup> و هي ليست ذات علاقة بالعقد نفيّاً أو اقتضاء<sup>6</sup> و سماه الحنفية بالشرط الملائم لمقتضى العقد<sup>7</sup>، أما الشافعية و الحنابلة فهو الشرط الذي لا يقتضيه إطلاق العقد لكنه يؤكد مقتضاه و يحقق مصلحة العاقد فيكون الشرط توكيداً و بياناً لمقتضاه.<sup>8</sup>

و من أمثلة هذه الشروط أن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها الرجل أو أن لا يخرجها من بلدها أو من مكان ما أو يسكنها سكوناً مستقلاً أو مسكناً بمواصفات معينة أو أن يشترط عليها مقاسمتها أجرة عملها أو يستحوذ عليها، و هذا النوع من الشروط التي لا تتعارض مع الأحكام الشرعية للزواج جائزة استحساناً عند الحنفية، و أجازها الشافعية و الحنابلة و قالوا بلزوم الوفاء به<sup>9</sup>.

و أما المالكية فاعتبرونه صحيحاً و لا يحكم بفسخه سواء تم الدخول أو لم يتم و يستحب الوفاء بالشرط

<sup>1</sup> \_الكاساني بدائع الصنائع (15/7).

<sup>2</sup> \_ابن رشد، بداية المجتهد، (48/2).

<sup>3</sup> \_نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص 46.

<sup>4</sup> \_الشاطبي، الموافقات، (172/1).

<sup>5</sup> \_الدسوقي، حاشية الدسوقي، (65/3).

<sup>6</sup> \_وتعرف هذه الشروط أيضاً باسم الشروط المطلقة، كاشتراط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها؛

للإمام ابن رشد، المقدمات الممهدة، (483/1).

<sup>7</sup> \_الكاساني، البدائع، (15/7).

<sup>8</sup> \_النووي، المجموع، (258/16).

<sup>9</sup> \_ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (582/3).

و لكن لا يلزمه لأن الأصل في الاشتراط مكروه لما فيه من التضييق و التحجير في حق الزوج<sup>1</sup>، و قد جاء أن الإمام مالك و غيره من أهل العلم استحبووا الوفاء بما شرط الزوج<sup>2</sup>. و الكراهة عند المالكية ليست على إطلاقها بل هي مقيدة بما إذا كانت يمين تحمل الزوجة على حط قيمة صداقها رغبة في تحقيق الشرط لها، قال مالك -رحمه الله- : "أشرت على قاض من جهران أن ينهي الناس أن يتزوجوا على الشروط و أن لا يتزوجوا إلا على دين الرجل و أمانته و قد كان كتب بذلك كتابا و صيح به في الأسواق و عابها عيبا شديدا"<sup>3</sup>.

وهذه الفتوى تناسب زمن الإمام مالك ودينه وأمانته، بل إن الشروط مع الدين والأمانة لا حاجة إليها، بينما تزداد أهمية هذه الشروط وحاجة عصرنا الراهن إليها بسبب الكذب والغش والتدليس الذي شاع في معاملات الناس في حاضرنا والذي لم يسلم منه حتى عقد الزواج<sup>4</sup>. وللإمام مالك رأي منفرد في الشرط الذي يفسد العقد، فإذا لم يتمسك به مشرطه انقلب العقد صحيحاً لزوال سبب الفساد، وعلّة ذلك أن فساد العقد جاء بسبب الشرط الفاسد، فإذا زالت تلك العلة التي أوجدت الفساد زال معها الشرط وينقلب العقد صحيحاً<sup>5</sup>.

#### البند الثالث: أحكام الإشتراط في عقد الزواج في القانون الجزائري

بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أن نص المادة 19 المعدلة متوافق إلى حد بعيد مع رأي الموسعين من الفقهاء في فتح الباب واسعاً أمام الزوجين لوضع الشروط التي يرينها تحقق مصالحهما إن لم يكن في ذلك مخالفة لأحكام الشرع.

فقد أطلق المشرع الجزائري العنان للزوجين بإقراره لمبدأ جواز تضمين عقد الزواج شروطاً سواء قبل التعديل أو بعده<sup>6</sup>، من خلال تناوله مسألة الإشتراط في عقد الزواج في مادة واحدة هي المادة 19 من قانون الأسرة، فللزوجين أن يضمنا عقد الزواج الخاص بهما بشروط معينة يرونها محققة لمصلحة أحدهما

<sup>1</sup> \_ الدسوقي، الدسوقي على الشرح الكبير (238/2).

<sup>2</sup> \_ الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1999م، (67/5).

<sup>3</sup> \_ ابن رشد (أبو الوليد القرطبي)، البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي-لبنان، ط: الأولى، 1988م، (443/04).

<sup>4</sup> - نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، ص 125.

<sup>5</sup> - أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 281.

<sup>6</sup> \_ تنص المادة 19 من قانون الأسرة-قبل التعديل- : " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية ما لم تتناف مع أحكام هذا القانون ".

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

أو كلاهما، و لا بد أن تكون هذه الشروط معترف بها شرعا ولا تناقض طبيعة عقد الزواج سواء في عقد الزواج أو في عقد لاحق أي بعد الدخول بالزوجة.<sup>1</sup>

والمشرع من خلال نص المادة 19 سوى بين الرجل والمرأة في وضع الشروط؛ إذ جاءت الصياغة في نص المادة على صيغة المثني، فقد وضعت كلا من الرجل والمرأة على قدم المساواة في مجال الاشتراط.<sup>2</sup>

و الملاحظ أن المادة تتضمن أحكاما عامة و غير محددة؛ ذلك أن الجزء الأول منها ورد في صيغة تحمل قاعدة عامة تبيح للزوجين أن يرفقا بالعقد شروط فيها مصلحة لأحدهما أما الصيغة الثانية فقد جاءت في شكل استثناء يفيد العموم السابق و بالتالي يسمح لكل من الزوجين أن يشترطا ما يشاء من الشروط التي تكون فيها مصلحة لأحدهما دون أن تخالف أو يتعارض مع هذا القانون.<sup>3</sup>

أما بعد التعديل قد عدت المادة أهم الشروط المثيرة للنزاعات في العلاقة الزوجية المعاصرة خاصة مسألة تعدد الزوجات و عمل المرأة.

أولا: الضوابط القانونية للإشتراط في عقد الزواج

إذا كان الأصل في المادة 19 هو إطلاق حرية الإشتراط في عقد الزواج كأصل عام، إلا أن هذا الأصل ليس بمطلق، فقد قام المشرع الجزائري بوضع ضوابط معينة من خلال الفقرة الثانية من نفس المادة و التي نصها: " .. ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام القانون ".

و يمكن من خلال استقراء النصوص القانونية معرفة الضوابط القانونية التي وضعها المشرع لمسألة الإشتراط في عقد الزواج و هي كالآتي :

1) ضرورة توثيق الشروط : فقد جاءت المادة 19 لتلزم الزوجين بضرورة توثيق الشروط المتفق عليها في عقد الزواج حتى يسهل تقديمها كبينة أمام القضاء في حالة إقامة الدعوى أو في مجلس الصلح في حال التنازع حول شرط من الشروط، حيث يقوم الزوجان بتحرير هذه الشروط أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه الموطن الدائم أو محل الإقامة لكليهما أو لأحدهما.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 130.

<sup>2</sup> \_ محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص 59-60.

<sup>3</sup> \_ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ص 189.

<sup>4</sup> \_ جاء في قرار المحكمة العليا: " تقيم الزوجة كقاعدة عامة حيث يقيم زوجها يجيق لها تحديد مكان الإثامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج ". لله: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 358665 قرار بتاريخ 12-04-2006.===

وحسب نص المادة لم يذكر المشرع وسائل أخرى لإثبات الشروط مثل اليمين وشهادة الشهود؛ وتبقى المحكمة العليا هي الجهة الوحيدة المخولة قانونا بتوحيد الأحكام والقرارات في جميع أنحاء البلاد، فالصورة الواضحة والكاملة لأي تشريع لا تظهر إلا في الجوانب التطبيقية والعملية من خلال القضايا التي تعرض على المحاكم، وهذا ما نصت عليه المادة 152 من دستور 1996م الجزائري على أن المحكمة العليا هي المقومة لأعمال المحاكم والمجالس والمختصة بتوحيد الاجتهاد القضائي على المستوى الوطني<sup>1</sup>، وبالتالي يمكن للقضاء إثبات هذه الشروط عند الإقتضاء بكافة وسائل الإثبات.

والملاحظ أن المشرع الجزائري أيضا نص على اعتبار الشروط اللاحقة التي تكون بعد تمام العقد، أي أثناء الحياة الزوجية حيث كان نص المادة "... في عقد رسمي لاحق..."، حيث يمكن للزوجين توثيق شروطهما أثناء إنشاء العقد أو بعده، ويكون هذا التوثيق أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يقع في دائرة اختصاصه الموطن الدائم أو محل الإقامة الدائم لكليهما أو لأحدهما.<sup>2</sup>

(2) عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة: جاءت المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة لتضع ضابطا على حرية الاشرط ؛ وهو عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة، فالأصل في الشرط الجواز فلا يمنع إلا ما خالف أو تنافى مع القانون، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي نص على أنه: "من المقرر قانونا و شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي لا يقتضيه العقد و لا ينافيه و الذي يحتل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به و لا يؤثر في عقد الزواج و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية " <sup>3</sup>.

وتتمثل أهم هذه الأحكام فيما يلي:

- حل الاستمتاع بين الزوجين - المادة 04 -؛

===: للمجلة المحكمة العليا ، 2006 ، ع:01، ص 491.

<sup>1</sup> \_ نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث و الدراسات، دورية أكاديمية نصف سنوية محكمة، جامعة حمّة لخضر حمّة-الوادي، جانفي 2016م، ع:21، ص85.

بالرجوع للتشريعات العربية نجد أن مسألة توثيق الشروط في وثيقة رسمية مسألة تكاد تجمع عليها حيث نصت على ضرورة كتابة "

<sup>2</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف: 358665، تاريخ 2006/04/12م.

للمجلة المحكمة العليا، 2006، ع: 1، ص 491

<sup>3</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف: 49575، تاريخ 1988/06/20 للمجلة القضائية، 1991م، ع:02، ص 53



- استحقاق الزوجة الصداق - المادة 14-؛
- استحقاق الزوجة للنفقة - المادة 74 -؛
- حسن المعاشرة بين الزوجين - المادة 36 -؛
- التوارث بين الزوجين - المادة 126 -؛
- ثبوت نسب الأولاد - المادة 41 -.

و يترتب على مخالفة أحكام قانون الأسرة بطلان عقد الزواج فقد جاء في الفصل الثالث من نفس القانون والمتعلق بالنكاح الفاسد أو الباطل مادتين هما 32 و التي تنص على أنه: "يطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد"<sup>1</sup>.

فقد اعتبر المشرع اشتمال العقد على الشرط المنافي لمقتضى العقد من أسباب بطلانه، و ما يتنافى و مقتضيات العقد كاشتراط الزوجين أو وليهما عدم المباشرة أو عدم الإنجاب، فالقصد من الزواج هو الإحصان وإنجاب الولد وتكوين أسرة تسودها المودة والرحمة دون تأقيت فإن حصل شيء من ذلك واضح أمره، و كذلك الحال لو اشتمل الزواج على مانع سواء كان هذا المانع مؤقتا أو مؤبدا كمن تزوج امرأة وهو لا يعلم بأنها أخته أو معتدة ولا زالت لم تنته عدتها أو مشرقة أو غيرها من اللاتي منعن.<sup>2</sup>

أما المادة 35 فقد نصت على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا و العقد صحيحا"، و هو ما يعتبر متناقضا مع نص المادة السابقة حيث حكم المشرع على عقد الزواج بالصحة و أسقط الشرط المنافي لمقتضياته، و هذا ما يزيد في غموض النص القانوني<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ نص المادة 32 قبل التعديل: "يفسخ النكاح إذا احتل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج".

<sup>2</sup> \_ محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ص343

<sup>3</sup> \_ على سبيل الذكر لا الحصر كانت مدونة الأسرة المغربية أكثر وضوحا في تحديد الشروط الفاسدة من الصحيحة من خلال المواد: المادة 47: الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا - المادة 48: الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين. إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله ما دامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40 أعلاه. - المادة 62: إذا اقترن الإيجاب أو القبول بأجل أو شرط واقف أو فاسخ، تطبق أحكام المادة 47 أعلاه.

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

و يمكن حذف عبارة "أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد" وعدم إدراجها ضمن المادة 32 و الاكتفاء بما ورد في المادة 19 من جواز الاشتراط و تقييده بما جاء في المادة 35.<sup>1</sup>

ثانيا: تطبيقات للشروط المقترنة بعقد الزواج في قانون الأسرة

جاءت المادة 19 من قانون الأسرة المعدلة تتحدث عن نوعين من الشروط على سبيل المثال لا الحصر بالنظر لأهميتها و خصوصيتها في المجتمع الجزائري، و هي مسألة تعدد الزوجات و عمل المرأة خارج البيت.

1) شرط عدم تعدد الزوجات<sup>2</sup>:

قيد المشرع الجزائري مسألة تعدد الزوجات من خلال وضع قيود قانونية ألزم توافرها - فضلا عن الضوابط الشرعية - من خلال المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "يجب على الزوج إختيار الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها و أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان الزوجة، يمكن رئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها و أثبت الزواج المبرر الشرعي و قدرته على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية". ثم المادة 19 من خلال جواز اشتراطها أثناء عقد الزواج عدم الزواج عليها.

وجاء في جملة عرض الأسباب التي أدت إلى تعديل هذه المادة من خلال تقييد تعدد الزوجات في

<sup>1</sup> \_ عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، ص153.

<sup>2</sup> \_ لا يعد الإسلام أول من شرع نظام تعدد الزوجات بل كان هذا النظام سائدا قبل الإسلام، عند العرب، و كل بيئات العالم المتحضرة منها و غير المتحضرة، الوثنية منه و غير الوثنية، الصينيين و الصينيين و الهنود و البابليين و الأشوريين و المصريين، و كان هذا النمط من الزواج يعرف بالفوضى حيث يخضع إعماله إلى نزوات الرجال و شهواتهم، و لم يبلغ الإسلام التعدد و إنما أباحه بضوابط مراعى الأبعاد الاجتماعية بما يظهر نفعه و يخفف ضرر حيث حصر التعدد في حدود أربع، فجاءت النصوص دالة على ذلك منها **قوله**

**﴿الَّذِينَ إِذَا أَكْرَمُوا طَابَ لَكُمْ مِنْ النِّسَاءِ مِثْنٌ وَثَلَاثٌ وَرَبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُعَدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا**

**مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴿٣﴾** [النساء: 03]. و **قوله** **﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا**

**جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا**

**تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾** وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمَعْلَقَةِ

**وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿١٢٩﴾** وَإِنْ يَنْفَرَقَا يُعْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا

**﴿١٣٠﴾** [النساء: 128-130].

المشروع التمهيدي أن هذه المادة تضع شروطا جديدة تهدف إلى تقييده بعدة شروط تتعلق بوجود ظروف تبرره وتوفر نية العدل إن يجب على الزوج:<sup>1</sup>

- إخبار الزوجة التي يرغب في الزواج معها والزوجة الأولى .
- أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يرخص بالزواج بعد التأكد من موافقة الزوجة الأولى والتي يرغب في الزواج معها و التأكد من قدرة الزوج على توفير العدل و الشروط الضرورية للحياة الزوجية .
- في حالة التدليس يحق لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق.
- وإذا لم يستصدر الزوج من القاضي ترخيصا بالزواج يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول. وجواز اشتراط المرأة عدم الزواج عليها وتقييد ذلك بطلب الترخيص مسألة أجازها من الفقهاء الحنابلة<sup>2</sup>؛ قال ابن قدامه: "و إن تزوجها و شرط لها أن لا يتزوج عليها فلها فراقه إذا تزوج عليها"<sup>3</sup>، وبعض المالكية ، جاء في المقدمات و المهدات: "وأما الشروط المطلقة، فمن أهل العلم من أوجبها. وروي القضاء بها، وعن ابن شهاب أنه قال: أدركت من أهل العلم من يقضون بها "<sup>4</sup>.
- وقد قالوا بجواز اشتراط المرأة على الرجل في عقد النكاح أن لا يتزوج عليها، كما قالوا أيضا بجواز اشتراطه أيضا من الرجل للمرأة ترغيبا لها في الزواج منه ما لم يكن محظورا<sup>5</sup>، سواء أكان ذلك قبل العقد، أو حال العقد لا بعده<sup>6</sup>، و هو قول سلكه عدد من الصحابة،<sup>7</sup> والمشهور المنقول عن كثير من الفقهاء التابعين،<sup>8</sup> فيجوز اشتراط المرأة -أو وليها- على الرجل أن لا يتزوج عليها، ويلزم بذلك

1 \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص74.

2 \_ يعتبر فقهاء الحنابلة أكثر من أفاض في الحديث عن هذه المسألة حتى عدوا عمدته، من حيث الاحتجاج له، وبيان وجوب الالتزام بالشرط المتعاقد عليه من طرف الزوج، سواء أكان هذا الإيجاب من جهة الزوجة-أو وليها- أو من جهة الزوج نفسه الذي يجبره الحاكم-أي القضاء- على الوفاء بهذا الشرط، أو الالتزام، وإلا كان للزوجة الحق في فسخ نكاحها ما لم تسقطه.  
للإبن مفلح، الفروع، (259/8 فما فوق) . ابن القيم (107/5).

3 \_ ابن قدامة، المغني، (483/9).

4 \_ ابن رشد، المقدمات و المهدات، (483/1).

5 \_ ابن قدامة، المغني، (483/9).

6 \_ ابن مفلح، الفروع، (259/8) .

7 \_ منهم: عمر بن الخطاب، ابن مسعود، سعد ابن أبي وقاص، معاوية بن أبي سفيان، وعمر ابن العاص رضي الله عنهم  
للإبن قدامة، المغني، (484/9).

8 \_ منهم: القاضي شريح، و طاووس، عمر بن عبد العزيز جابر بن زيد و الأوزاعي، الليث، والزهرري، رحمهم الله جميعا.  
للإبن قدامة، المغني، (484/9).

## الفصل الثاني : حماية العلاقة الزوجية في طور الإنعقاد

ويحكم به عليه، وإلا كان للزوجة الحق في طلب فسخ النكاح. وقد جاء في الصحيح أن علياً - رضي الله عنه - خطب بنت أبي جهل، فسمعت بذلك فاطمة - رضي الله عنها - فأتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: «يزعم قومك أنك لا تغضب لبناتك وهذا على نكاح بنت أبي جهل فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فسمعتهم حين تشهد يقول: "إن فاطمة بضعة مني وإني أكره أن يسوءها والله لا يجتمع بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم وبنو بنت عدو الله عند رجل واحد فترك علي الخطبة».<sup>1</sup>

ومعلوماً قطعاً أنه - صلى الله عليه وسلم - إنما زوجه فاطمة - رضي الله عنها - على ألا يؤذيها ولا يربيهها ولا يربيه، وإن لم يكن هذا مشروطاً في صلب العقد فإنه من المعلوم بالضرورة أنه إنما دخل عليه فيؤخذ من هذا أن المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً، وأن عدمه يملك الفسخ لمشرطه.<sup>2</sup>

ومن أبرز المعاصرين الذين أفتوا بالتدخل القضائي في تقدير التعدد وعدمه الشيخ محمد عبده<sup>3</sup> الذي قصد بذلك معالجة بعض المفاصد الناجمة عن الإساءة إلى الزوجات والأولاد بسبب سوء تطبيق نظام التعدد المرخص به في الشريعة الإسلامية وبهذا اعتبر الإذن بالتعدد وسيلة للحيلولة دون وقع المفاصد الأسرية والاجتماعية، قد تبعه الشيخ محمد رشيد رضا.<sup>4</sup>

و جعل مثل هذه الشروط ملزمة للزوج هو الذي يحقق استقرار الأسرة، ويحمي العلاقة الزوجية من أسباب الشقاق الناجمة عن إهدار الزوج ما التزمه من شرط اتجاه زوجته والذي قد يؤدي إلى الطلاق وتفكيك الأسرة وتشريد الأطفال، فتعمد الاشتراط عند العقد تكون الزوجة قد حسمت الأمر من البداية، والشريعة المباركة جاءت - راعية لكل العهود والمواثيق -، فالاشتراط المسبق أنجع وسيلة لدفع ما يظن من هضم حق أو جور زوج.<sup>5</sup>

ثم إن هذا الشرط لا يناقض مبدأ تعدد الزوجات طالما أن الاتفاق على هذا الشرط أمر جوازي ومتروك لإرادة الزوجين، وطالما أن قانون الأ سرّة الجزائري يبيح مبدأ تعدد الزوجات كأ صل عام،

1 - البخاري، الجامع الصحيح، كتاب فضائل أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، باب ذكر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث: 3729، (747/2).

2 - ابن القيم، زاد المعاد، (5/108).

3 - محمد عبده: هو محمد بن حسن خير الله من آل التركماني و مفتي الديار المصرية و من كبار رجال الإصلاح و التجديد في الإسلام، عمل في التعليم و كتب في الصحف أصدر مع أستاذه الأفغاني جريدة "العروة الوثقى" كما اشتغل مستشاراً في محكمة الاستئناف ثم مفتياً للديار المصرية، توفي الشيخ محمد عبده سنة 1905م مخلفاً عدة مؤلفات أشهرها: تفسير القرآن الكريم - إلا أنهم لم يتمها غيرها من المؤلفات. للإشارة: الزركلي، الأعلام، (6/252).

4 - عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، ص 218.

5 - عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، (1/165).

وإن كان قد قيده ببعض القيود التي تحول دون إساءة استعمال هذا الحق، وتمنع من وقوع الظلم على الزوجة السابقة أو اللاحقة.<sup>1</sup> وموقف المشرع الجزائري من خلال المادة 8 و المادة 19 من قانون الأسرة جاء موافقا لما ذهبت إليه مدونة الأسرة المغربية؛ حيث جاء نص المادة 40 منها على أنه: "يمنع التعدد إذا خفيت عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها".

وللمشرع التونسي نظرة مغايرة تماما فقد جرم مسألة التعدد في الأساس باعتباره جنحة ومعاقبة مرتكبها وشريكه بالسجن مع إبطال الزواج الثاني سواء كان طبق الصيغ الرسمية أو خلافها حسب ما جاء في الفصل 18 في مجلة الأحوال الشخصية التي تنص صراحة على أن: "تعدد الزوجات ممنوع"، والتي أضيفت لها فقرة ثانية لإبعاد كل تحايل على قاعدة منع التعدد بالقانون رقم 58-70 المؤرخ في 04 جويلية 1958م، والتي تنص على أن: "كل من تزوج و هو في حالة الزوجية و قبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام و بخطية قدرها مائتان و أربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين و لو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون".<sup>2</sup>

أما المشرع الجزائري فقد فرض جزاء على مخالفة القانون، و اعتبر تعدد الزوجات ضرر في حد ذاته، بحيث أعطى للزوجة السابقة واللاحقة الحق في التطليق حسب المادة 8 مكرر من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: "حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"، و هو ما أكدته المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة أيضا: و التي أعطت الحق للزوجة في طلب التطليق إذا أحل الزوج بهذا الشرط أثناء قيام العلاقة الزوجية من خلال الفقرة السادسة، غير أن المشرع لم يراع بدقة من خلال هذه الفقرة التي تتحدث عن الشروط المتفق عليها في عقد الزواج فقط دون أن يشير للشروط التي يتم ذكرها في عقد رسمي لاحق.

<sup>1</sup> - علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية - جامعة الجزائر، 1986، ع: 02، ص 444.

<sup>2</sup> - جاء في المذكرة التوضيحية لوزارة العدل التونسي إبان صدور مجلة الأحوال الشخصية التأكيد على الإنطلاق من المصادر الفقهية الإسلامية و على الأخذ برأي علماء الإسلام في مسألة تعدد الزوجات و عدم إباحته تأسيسا على ما ذهب إليه فريق من العلماء في تفسير الآيات القرآنية الكريمة الواردة في هذا الموضوع. و هذا الحكم المانع للتعدد بشكل مطلق لا يوجد له نظير في جميع البلاد العربية و الإسلامية و الأغرب أنه لا يوجد و لو استثناء واحد يعدو للتعدد ولو في حالة الضرورة القصوى كالعقم و المرض، و تعليل هذا الحكم فيه مغالطات لأن الخلفية التشريعية التي مهدت إلى إصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية كانت وراءها أسباب سياسية وثقافية و مضامين فكرية غربية إضافة لتأثير الجمعيات التي تدعو لتحرير المرأة، و لم نقرئ في التفاسير أو الفقه الإسلامي من يجرمون التعدد و توقيع العقوبة على فاعله سواء كان التعدد هنا بعلم أو بدون علم زوجته الأولى.



والزوجة هنا يمكنها طلب التطليق من خلال رفع دعوى قضائية ضد الزوج إذا خالف أحكام المادة 08 و لو لم تكن قد اشترطت في عقد الزواج عدم الزواج عليها حسب المادة 19 ، و للقاضي السلطة التقديرية في تقدير الضرر اللاحق بها سواء أكان ماديا أو معنويا.

والحقيقة على وجود من أجازوا هذا النوع من الاشتراط من المتأخرين و المتقدمين فهناك من عارضوه و لم يقولوا به، فهناك من شراح قانون الأسرة الجزائري من قالوا بأن اشتراط عدم زواج الرجل على المرأة يعتبر باطلا لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة ، ويتنافى مع ما تضمنته نص المادة - 8 - التي تسمح بتعدد الزوجات ، وعليه لا يجوز مطالبة بالوفاء بذلك أمام القضاء، كما لا يجوز طلب فسخ النكاح ولا التطليق استنادا إلى عدم الوفاء بذلك الشرط .<sup>1</sup>

ويعد في نظر البعض أيضا شرط ضرورة موافقة الزوجة الأولى وإعطاء القاضي السلطة التقديرية في تسجيل الزواج الثاني يؤديان إلى كثرة حالات الفاحشة و الزواج العرفي.<sup>2</sup>

(2) ثانيا: عمل المرأة : يدخل هذا الشرط ضمن دائرة الشروط التي لا توافق عقد الزواج ولا تنافيه ولكنها تحقق منفعة أو مصلحة معتبرة للزوجة و الذي نص عليه المشرع بموجب نص المادة 19 ، واعتبرت المادة 67 من نفس القانون على أنه لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سبباً من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة، وهذه دلالة واضحة من المشرع في التأكيد على أحقية المرأة في العمل، و جاء تأكيد حق المرأة في العمل في المادة 55 من الدستور الصادر في 2008 و التي تنص على أن : " لكل مواطن الحق في العمل " .<sup>3</sup>

1 \_ سليمان ولد خسال، قضايا الزواج المقترن بشروط و مدى حرية الزوجين في هذه الشروط، مجلة المعيار ، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة- كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية ، 2004م، ع:09، ص37.

2 \_ رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات و مدى مشروعيتها تدخل الزوجة لمنع التعدد دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة- كلية الحقوق ، 2009م، ص261.

3 \_ نظراً للفوارق الطبيعية بين المرأة والرجل ، أفردت معايير العمل الدولية والعربية مجموعة من الحقوق للمرأة العاملة سواء ما يتعلق بتأكيد المساواة بينها وبين الرجل في مجال التشغيل أو على صعيد المساواة في الأجور، أو حظر تشغيلها في بعض المهن والصناعات التي تتناسب مع طبيعتها، بالإضافة إلى حماية وظيفة المرأة من الفصل أو الإنهاء استناداً لظروف زواجها أو حملها أو وضعها و لم يجد المشرع الجزائري عن ذلك وإن لم ينص على حق المرأة في العمل في قانون الأسرة نظراً لوجود قانون متخصص وهو قانون العمل ؛ و نظراً للنص على هذا الحق في الدستور حيث يتساوى الجنسين فيما يتعلق بحق العمل و الآثار القانونية المترتبة عنه تنص المادة 51 من الدستور على أنه : " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام و الوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون " ، و للإشارة فإن قانون العمل رقم 90-11 الصادر بتاريخ 21-04-1990م المعدل و المتمم من خلال نصوصه يحمي المرأة ضد التمييز القائم على الجنس للحصول على منصب العمل و يعتبر باطلا و عديم الأثر كل شرط يتضمنه عقد العمل أو

و هذا التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على المادة والذي تحدثت عن حق اشتراط المرأة لممارسة العمل في عقد الزواج أو عقد لاحق ظاهره حماية المرأة باعتبار أن الرجل يمكن أن يمنع زوجته من العمل في حالة انعدام هذا الشرط.<sup>1</sup>

وكأصل عام فقد سوت الشريعة الإسلامية بين المرأة والرجل في حق ممارسة العمل مادام هذا العمل في حدود ما أباح الله، و في حق التملك لما اكتسباه بعمل قاما به أو بأي طريق مشروع، **قَوْلُ اللَّهِ**

**عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ وَسَعَلُوا اللَّهَ مِنْ**

**فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴿٣٢﴾ [ النساء: 32].**

أما عمل المرأة خارج البيت فهو حق لها فلا تمنع منه إن أرادته و لا يجوز منعها من ذلك و لا تشترط الضرورة بل فقط لابد من توافر الضوابط الشرعية التي شرعت لسد الذرائع إلى الفساد وإغلاق الأبواب التي تهب منها رياح الفتنة فتجر صاحبها إلى المفاصد و الانطلاق وراء الشهوات<sup>2</sup>.

و لابد أن ذلك متوقف على إذن الزوج فهو الذي يأذن و يمنع، و جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن اشتراطها أنه يجوز للزوجة أن تشترط في عقد الزواج أن تعمل خارج البيت فإن رضی الزوج بذلك ألزم به، ويكون الاشتراط عند العقد صراحة، و عمل المرأة خارج البيت أنه يحق لها أن تمارس خارج البيت الأعمال التي تتناسب مع طبيعتها و اختصاصها بمقتضى الأعراف المقبولة شرعا مع طبيعتها و اختصاصها بشرط الالتزام بالأحكام الدينية والأداب الشرعية و مراعاة مسؤوليتها الأساسية، و خروجها للعمل لا يسقط نفقتها الواجبة على الزوج المقررة شرعا وفق الضوابط الشرعية ما لم يتحقق في ذلك الخروج معنى النشوز المسقط للنفقة.<sup>3</sup>

الإتفاقية الجماعية يقيم التمييز بين الجنسين في مجال الترشح للوظيفة وكذلك يمنع التمييز القائم على الحالة الزوجية، و لم يكتف ترتيب البطالان على شروط التوظيف التمييزية بل قام المشرع بتأسيس المسؤولية الجزائية على إمضاء الإتفاقية الجماعية التي تكرر مثل هذا التمييز فنص على عقوبتي الغرامة أو الحبس .

للإشارة ينظر: أعمر يجاوي، المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة في القانون الدولي و التشريع الجزائري، ص 185-186.

<sup>1</sup> \_ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص 166

<sup>2</sup> \_ هند محمود الخولي، عمل المرأة ضوابطه أحكامه ثمراته دراسة فقهية مقارنة، دار الفارابي للمعارف، ط: الأولى، 2001م، ص 126.

<sup>3</sup> \_ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة عشر، دبي قرار رقم 144(2/16) بشأن اختلافات الزوج و الزوجة الموظفة <http://www.iifa-aifi.org/2174.html> يوم الزيارة 18-09-2016م

لكن الخلاف الفقهي وقع في مدى إلزام الزوج باشتراطها الخروج للعمل خارج بيت الزوجية، فالحنفية قالوا أن الشرط فاسد يلغى ويبقى العقد صحيحا وللزوج الحق في منع الزوجة من العمل وإن استمرت رغم منعها فتعتبر ناشزة، جاء في در المختار: "له منعها من الغزل و كل عمل و لو تبرعا لأجنبي و لو قابلة أو مغسلة لتقدم حقه على فرض الكفاية".<sup>1</sup>

أما المالكية فيعتبرون شرط المرأة صحيحا لكنه مكروها ابتداء ولا يلزم الوفاء به بل مستحب، جاء في المعيار: "من تزوج ماشطة و شرطت عليه في عقد النكاح أن لا يمنعها من صنعتها و قبل ذلك منها ثم أراد منعها من ذلك لا يلزمه الوفاء بالشرط"<sup>2</sup>

أما الحنابلة فقد قالوا بلزوم الشرط بناء على أصلهم في لزوم الوفاء بالشروط التي لا تناقض مقتضى العقد و لأنه شرط فيه منفعة و مقصود لا يمنع المقصود من الزواج فكان لازما كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد.<sup>3</sup>

والظاهر أن المشرع نهج مذهب الحنابلة في هذه المسألة أيضا، واعتبر أن اشتراط الزوجة على زوجها ممارسة عملها أو متابعة دراستها من أهم الشروط الشرعية والقانونية للزوجة بحيث لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ولا تمس بحقوق الغير و لا تضر أحدا، و المشرع الجزائري نظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية مما يصعب حصرها في نص مشروع فمن باب التمثيل - ذكر مسألة خروج المرأة للعمل- و ترك المجال للعرف والعادة<sup>4</sup>، و لكن من الجهة المقابلة لم يوضح المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج و منه فهل يمكن طلبه للطلاق تعسفا و من ثم يلزم بالتعويض أم أن المرأة في هذه الحالة تعتبر ناشزا وعليه يسقط حقها في التعويض.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، (325/05).

<sup>2</sup> \_ الونشريسي (أبي العباس أحمد بن يحيى)، المعيار المغرب و الجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية و الندلس و المغرب، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية - الرباط، ط: الأولى، 1981م، (278/03-279).

<sup>3</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (485/9).

<sup>4</sup> \_ الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ص128.

<sup>5</sup> \_ سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة - ماجستير في الشريعة و القانون، جامعة وهران - السانبا، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2011م-2012م، ص173.

## خلاصة الفصل :

تم التركيز في هذا الفصل على الحماية القانونية للعلاقة الزوجية في طور الإنعقاد، وقد تم الوقوف على التغييرات الجوهرية والتعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على القواعد القانونية الضابطة للعلاقة الزوجية، فقد وضع إطارا قانونيا جديدا لعقد الزواج من خلال إعادة النظر في ترتيب أركانه و شروطه، مكرسا لمبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في المراكز القانونية بجعلهما عنصري التأسيس الوحيدين لعقد الزواج، حيث جعل الرضا الركن الوحيد بعقد الزواج حسب المادة 9 من قانون الأسرة معتبرا الباقي شروطا.

و قام بتوحيد سن الأهلية بجعلها 19 سنة كاملة للجنسين حسب المادة 7 من نفس القانون مع الترخيص لزواج القاصر الذي لم يبلغ السن القانونية حسب ما تقتضيه المصلحة والضرورة التي تقدرها سلطة القاضي.

كما أنه وضع حدا لأي دور للولي في عقد زواج وليته من خلال المواد 9 مكرر و 11 و 13 من قانون الأسرة؛ حيث قام بإسقاط ركنيته في عقد الزواج و كان موقفه جد مضطرب ومتذبذب فلاهو تبنى موقف جمهور الفقهاء و لا أخذ بظاهر مذهب الحنفية ولا بغير الآراء الفقهية الأخرى مخالفا المرجعية الأصلية و الاحتياطية لقانون الأسرة وبالتالي فموقفه في مسألة الولاية موقف شاذ و غريب لم يستقر عليه الاجتهاد الفقهي أو القانوني في ولاية التزويج.

أما في الضوابط الإجرائية و مسايرة للتطورات العلمية في المجال الطبي و توظيفا للعلم لصالح الزوجين، ألزم المشرع الجزائري المقبلين على الزواج بالشهادة الطبية من خلال ضرورة إجرائهم للفحص الطبي المادة 7 مكرر و يكون بذلك -المشرع الجزائري- قد خطى خطوة متقدمة بنظرة مقاصدية نحو إفادة الأسرة من التطور العلمي على مستوى الوقاية الطبية.

و قام المشرع بتوسيع إرادة الزوجين حيث أجاز لهما وضع شروط مقترنة بعقد الزواج؛ حسب المادة 19 وفق ما يروونه يحقق مصالحهما إن لم يكن في ذلك مخالفة لأحكام الشرع.

الفصل الثالث

حماية العلاقة الزوجية  
بعد طور الانعقاد



الفصل الثالث:

بـية بعد طور الانعقاد

إن عقد الزواج في إعداده و إنجازه و توثيقه - كما سبق - ينتج آثاره كغيره من العقود بمجرد انعقاده، و آثار الزواج ليست من طبيعة واحدة، فقد تمس طرفيه و المتمثلة في الحقوق و الواجبات الزوجية، و في الوقت نفسه تنتج آثاراً تتعدى طرفيه تتمثل في حقوق الأولاد<sup>1</sup>. و لا بد من الإشارة أن ما ينتجه عقد الزواج من آثار لا يجوز للزوجين و لا لأحدهما التنازل عن شيء منها أو التملص منها و قد أكدت على ذلك قرارات المحكمة العليا.<sup>2</sup> و مبدأ المساواة في المراكز القانونية الذي اعتمده المشرع الجزائري في إعادة بناء العلاقة الزوجية أثر بشكل مباشر على الآثار التي ينشؤها عقد الزواج، فقد أنشأت العلاقة الزوجية على طرفيها مجموعة من الواجبات و الالتزامات المتقابلة فيها تحديد و تقييدا لدائرتها. و تنطلق الحماية في إحاطة عقد الزواج - بعد انعقاده - بسياج من القواعد القانونية التي تحدد حقوق و واجبات الزوجين في إطار التوازن المحكم من خلال استقرار المراكز القانونية لكليهما و تحكيم المصلحة المشتركة.

<sup>1</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 143

<sup>2</sup> \_ المحكمة العليا، ملف رقم 47915، التاريخ 1987/02/07

للـ: المجلة القضائية، 1990م، ع: 3 ص 65.

## المبحث الأول:

### « لم - أ - خ » الشخصية

يقصد بالحماية الشخصية تلك التي تمس طرفي العلاقة الزوجية مباشرة -أي الزوج و الزوجة -، و التي تنتج عن عقد الزواج مباشرة أو نظمها قانون الأسرة كأثر مباشر يمس أحد الزوجين بمجرد انعقاد العلاقة الزوجية.

والعلاقة الزوجية تركز في قوتها واستمرارها على ثنائية مركزية يتقاسمها مقومان أساسيان :مقوم إنساني اجتماعي ، ومقوم اقتصادي .

و المقصود بالمقوم الإنساني الاجتماعي هي تلك الحقوق والواجبات الغير مالية التي تجمع الزوجين ، و المعلوم أن في تشريع الحقوق المتبادلة والمناسبة بين الزوجين، في نظام الاجتماع الأسري، يشكل الأساس الرصين، والقاعدة الصلبة، لبناء صرح العلاقة السليمة بينهما، وإقامة حياة أسرية طيبة، إضافة إلى المقوم الاقتصادي المالي متمثلا في الحقوق المالية التي يتمتع بها كلا من الزوجين فالعلاقة الزوجية و التي تعتبر اللبنة الأساس في تكوين الأسرة ، لا يمكن أن تقوم أو تستمر إلا بوجود علاقة إنسانية واجتماعية مميزة، يطبعها الود والاحترام، والتعاون والتكافل، فبدون هذه الروابط الإنسانية، والأبعاد الاجتماعية، لا تستقيم لها حياة، ومن جهة أخرى، فمؤسسة الأسرة إلى جانب هذا البعد الإنساني والاجتماعي الذي تقوم عليه، تركز على مقوم آخر، هو المقوم الاقتصادي والمالي؛ ذلك أن تكوينها و ضمان استمرارها والمحافظة عليها، يتطلب احترام مجموعة من الالتزامات والحقوق من جهة، ومراعاة بعض الضوابط المحددة للعلاقات المالية بين أفرادها من جهة أخرى.<sup>1</sup>

هذه الفلسفة الأسرية جاءت في إطار المنظور الجديد و البعد الذي ابتغاه المشرع الجزائري لما يجب أن يكون في العلاقة الزوجية من أجل النهوض بأعبائها كل واحد من موقعه، فأدخل تعديلات على الحقوق الزوجية الغير مالية التي تجمع بين الزوجين (المطلب الأول) و على الحقوق المالية التي تجمع بينهما ( المطلب الثاني) .

<sup>1</sup> \_عمر المزكدي، حق الكد و السعاية محاولة في التأسيس، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس - كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكادال - الرباط، 2005م-2006م، ص2.

## المطلب الأول: حماية المحقوق غير المالية للزوجين

إن أداء الزوجين للحقوق الزوجية من أهم عوامل الاستقرار الأسري، و رسم حدودها و تحديدها بدقة يؤدي إلى أدائها و تحقيق التعاون الزوجي.

عندما نقول المحقوق غير المالية للزوجين تأتي في مقابلها الواجبات والتي لها معنى و بعد أخلاقي، فمصطلح الواجب مفهوم أخلاقي قبل أن يكون قانوني، و هو بهذا يختلف عن الالتزام و الذي له مفهوم قانوني دقيق و صرف.<sup>1</sup>

و الزواج كغيره من العقود ينشأ بين العاقدين حقوقا و واجبات متبادلة عملا بمبدأ التوازن و التكافؤ و تساوي أطراف التعاقد الذي يقوم عليه كل عقد.<sup>2</sup>

و بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أعاد بناء الحقوق و الواجبات الزوجية من جديد حيث تراجع عن التوزيع المقابل لها في إطار تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ما يخص آثار الزواج، فألغى النص على الحقوق و الواجبات من جهة واحدة، حيث كان تقسيمه لها إلى حقوق و واجبات مشتركة بين الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة؛ و حقوق للزوج على الزوجة المادة 37؛ و حقوق للزوجة على الزوج المادة 38، و أورد النص فقط على الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين تحت مسمى حقوق و واجبات الزوجين حسب نص المادة 36 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه:

يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية و واجبات الحياة المشتركة،
- المعاشرة بالمعروف، و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة،
- التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم،
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات،
- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر و أقاربه و احترامهم و زيارتهم،

<sup>1</sup> \_ عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونية التونسية و المقارن، ص 489.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، ص 175.

- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف،  
- زيارة آل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف ".  
فقد أدرجت هذه المادة في الفقرات الأربع الأولى الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الزوجين و كيفية العناية بالأبناء .

أما الفقرات الثلاث الأخيرة فجاءت تحتص بمسألة توطيد الصلة بين الأقارب و الأصول و الفروع و هي حقوق معينة مشتركة بين الزوجين.

وأهم ما يمكن ملاحظته على التعديلات التي قام بها المشرع هو توسيعه للحقوق الزوجية المشتركة (الفرع الأول) ، و تقليصه للحقوق الزوجية الشخصية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: توسيع الحقوق الزوجية المشتركة بعد تعديل قانون الأسرة

خلافا لما كان عليه في قانون الأسرة: 84-11، ألغى المشرع الجزائري التمييز الثلاثي الذي كان موجودا في الحقوق و الواجبات الزوجية بين الحقوق و الواجبات المشتركة بين الزوجين من جهة أولى ثم حقوق الزوجة على زوجته من جهة ثانية، و بعدها حقوق الزوج على زوجته من جهة ثالثة، فقد قام المشرع الجزائري في المادة المعدلة 36 من قانون الأسرة بجمع مقتضيات المواد من 36 إلى 39 من نفس القانون ، و قام بالنص على الحقوق و الواجبات الأخرى في مواد متفرقة<sup>1</sup> .

و بالرجوع لنص المادة 36 المعدلة نجد أن المشرع جعل الحقوق و الواجبات المشتركة مقصدها لا يتوقف على الزوجين فقط؛ بل تعدها لرعاية مصلحة الأسرة و الإبقاء على الرابطة الزوجية ، فكلاهما يملكان مسؤولية تسيير و رعاية شؤون الأسرة و التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة ببيت الزوجية و تربية الأولاد و رعايتهم و تنظيم النسل.

<sup>1</sup> \_ الصداق المادة: 9 مكرر ، المادة: 15 ، المادة: 16.

- حرمة المصاهرة المادة: 26 .

- وجوب العدة المادة : 30.

- ثبوت نسب الأولاد المادة : 40.

- النفقة المادة : 74.

- التوارث بين الزوجين المادة: 126 و 130 .

و الغاية من التشاور المنبثق عن المساواة هي الانتهاء إلى رأي مشترك بعيدا عن التمسك بالرأي الشخصي و التعصب له، و إلا أصبحت المساواة هي الانتهاء إلى هدم للأسرة بدل الهدف المتوخى منها و هو المساعدة على بناء شؤون الأسرة تحت مظلة الحوار الهادئ و التعاون و التكافل و الإيثار.<sup>1</sup> و بمقارنة نص المادة 36 المعدلة مع النص القديم نجد أن المشرع قد قام بدمج حقين جعلهما ضمن الحقوق المتبادلة و المشتركة بعد أن كانت خاصة بالزوجة حسب نص المادة 38 من قانون الأسرة الملغاة و كذلك المادة 39 الملغاة من نفس القانون و هما :

- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،
- زيارة آل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف .
- و استحداث حقين جديدين و هما :
- المعاشرة بالمعروف، و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة (البند الأول)
- التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات (البند الثاني)

#### البند الأول: حق المعاشرة بالمعروف

تعتبر المعاشرة بالمعروف من الواجبات المتبادلة بين الزوج و الزوجة و المرتكز الأساسي للعلاقات الأسرية، و قد جاء المشرع الجزائري ليقنن " المعروف " في المادة 36 و اعتبره أساس العلاقة الزوجية من زاوية الحق و الواجب لكلا الطرفين لتبادل الاحترام و المودة و الرحمة و الحفاظ على مصلحة الأسرة، و قد جاءت المادة 36 في فقرتها الثانية تنص على : " المعاشرة بالمعروف، و تبادل الاحترام و المودة و الرحمة".

والمشرع هنا يجعله هذا الحق مشتركا قد تنبه إلى النقص الذي كان ضمن المادة 36 و ما بعدها - قبل التعديل - بعدم وجود أهم حق من الحقوق الزوجية و هو المعاشرة بالمعروف.

ولاشك أن كل ارتباط بين الزوجين يرجى استيفاء مقاصده لا يتم إلا بالألفة التي تستلزم توافر خصال مثل: المواساة، العفو و الانتباه من كل ما يوغر الصدور مع دوام الملاطفة، و طلاقة الوجه<sup>2</sup>، فالحق

<sup>1</sup> عبد المنعم الإدريسي، دور سلطان الإرادة في تحديد الإلتزامات الأسرية، مجلة الحقوق المغربية-الرباط، 2007م، ع:04، ص109

<sup>2</sup> الدهلوي (ولي الله ابن عبد الرحيم)، حجة الله البالغة، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل - بيروت، ط: الأولى، 2005م، (2/، 209).



الأصلي المشترك بين الزوجين هو حل العشرة الزوجية بينهما<sup>1</sup>، و حل المقاربة بينهما بما يقتضيه الطبع الإنساني؛ و لا يكون ذلك إلا بالمعاشرة بالمعروف.

قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ

فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ﴿١٩﴾ [النساء: 19].

ووجه الدلالة أي عاشروهن على ما أمره الله من حسن المعاشرة، وذلك بإعطائها حقا في المهر والنفقة، وعدم العبوس في وجهها يغير حق أو ذنب، وأن يكون منطلقا في القول لا فضا ولا غليظا، ولا مظهرا ميلا إلى غيرها، فأمر الله تعالى بحسن صحبة النساء إذا عقدوا عليهن، وتكون أدمة أي خلطة ما بينهم وصحبتهم على الكمال، فإنه أهدأ للنفس وأهنا للعيش.<sup>2</sup>

و جاء في تفسير الجصاص؛ أن الله عزوجل أمر الأزواج بعشرة نساءهم بالمعروف؛ و من المعروف أن يوفيتها حقا من المهر و النفقة و القسم في حالة التعدد و عدم إيذائها بالكلام الغليظ و الميل إلى غيرها.<sup>3</sup>

فانعدام الصحبة و عدم المخالطة بالمعروف الذي تعرفه و تألفه الطباع و لا يستنكر شرعا و لا عرفا و لا مروءة، فالتضييق في النفقة و الإيذاء بالقول و الفعل و كثرة عبوس الوجه و تقطيعه عند اللقاء، كل ذلك ينافي العشرة بالمعروف، و الغرض أن يكون كل من الزوجين مدعاة سرور الآخر و سبب هنائه في معيشتة.<sup>4</sup>

ومعالم العشرة الحسنة بين الزوجين، إحسان الزوج معاملة زوجته ورعايتها رعاية حسنة يقابل ذلك طاعة المرأة لزوجها، ولو قام كل منهما بما يجب عليه بإحسان و اتقان فإنهما يعيشان حياة سعيدة و يصبح كل منهما بالنسبة للآخر نصفه الذي لا غنى عنه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، ص 218.

<sup>2</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (97/5).

<sup>3</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (105/2).

<sup>4</sup> \_ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المنار-مصر، ط: الثالثة، 1367هـ، (456/4).

<sup>5</sup> \_ الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ص 293.

و تقرير الإسلام لاشتراك الزوجين في واجب "حسن المعاشرة" و مسؤولية كل منهما منه أثر من آثار المبدأ العام في استقلال كل من المرأة و الرجل في المسؤوليات كلها فليس عبء الحياة عاما كان أو خاصا واقعا على الرجل وحده و لا على المرأة وحدها.<sup>1</sup>

ثم إن التماثل في تأدية كل منهما حق الآخر بالمعروف لا يمطله و لا يظهر الكراهية ؛ بل ببشر و طلاقه و لا يتبعه أذى و لا منة ، و يستحب لكل واحد من الزوجين تحسين الخلق مع صاحبه و الرفق به و احتمال أذاه.<sup>2</sup>

قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَلَهْنٌ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ» [البقرة: 228].

جاء في تفسير ذلك: "أي و لهن على الرجال من الحق مثل مال الرجال عليهن فليؤد كل واحد منهما إلى الآخر ما يجب عليه بالمعروف".<sup>3</sup>

وجاء التأكيد على هذا الحق في أحاديث النبي ﷺ - كقوله: «خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي»<sup>4</sup>.  
وقوله - ﷺ - لعائشة: «كنت لك كأبي زرع لأمرزح»<sup>5</sup>، أي في حسن العشرة.<sup>6</sup>

و من ثمار المعاشرة بالمعروف المعاملة الطيبة و توطيد رابطة الرحمة و المودة بين الزوجين قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ» [الروم: 21].

و بالرجوع لنص المادة 36 المعدلة من قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد جاء مؤكدا لفلسفته في بناء الأسرة على أساس القيم، جاء في نص المادة 03 من قانون الأسرة على أنه: "تعتمد الأسرة

<sup>1</sup> \_ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق - مدينة نصر، ط: الثامنة عشر، 2001م، ص 161.

<sup>2</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (220/10).

<sup>3</sup> \_ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (267/1).

<sup>4</sup> \_ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب حسن معاشره النساء، حديث رقم: 1977، ص: 214.

<sup>5</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب حسن معاشره النساء، رقم الحديث: 5189، (1069/3). ■ مسلم، الجامع

الصحيح، كتاب فضائل الصحابة رضي الله عنهم، باب ذكر حديث أم زرع، رقم الحديث: 2448، (1306/3).

<sup>6</sup> \_ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (226/9).

في حياتها على الترابط و التكافل وحسن العشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية".

و تأكيده على هذا الحق في التعديل الجديد على غيره ما كان عليه قبل التعديل و الذي كان ينص على حسن المعاشرة بالمعروف ضمنا ؛مرده إلى أن الأسرة الجزائرية التي كانت أكثر امتثالا للقيم الدينية و الاجتماعية خصوصا المتعلقة بالأسرة؛ أصبحت اليوم معرضة للانحلال و التفكك بسبب أن الأزواج من الأجيال الجديدة لا يأنهون للقيم التي تحكم الأسرة و المجتمع؛ و هذا ما يفسر كثرة الطلاق، فجاء النص صراحة - على حسن المعاشرة - ؛ "من أجل التأكيد و التنبيه على هذا الأمر و ضرورة وجوده في الأسرة ؛ولأجل خطورته عمد المشرع إلى إدراجه ضمن الواجبات التي تقع على عاتق الزوجين قبل بعضهما و قبل الأسرة التي يشرفان عليها".<sup>1</sup>

و إذا كان حق المعاشرة بالمعروف الذي جاءت به المادة 36 من قانون الأسرة هو حق مشترك بين الزوج و الزوجة على أساس مبدأ المساواة إلا أن هدفه هو حماية المرأة من سوء المعاملة التي قد تصدر من الزوج فكثيرا ما يستعمل الزوج العنف مع المرأة والضرب و الطرد من المسكن العائلي و عدم توفير سكن منفرد مستقل و غيرها من المنغصات التي يجب الكف عنها بالمعاشرة بالمعروف.<sup>2</sup> و قد جاء قانون الأسرة في المادة 53 المعدلة في فقرتها الثامنة تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين وإنعدام المعاشرة والتشاور والتفاهم بين الزوجين مما يؤدي في نهاية المطاف إلى إنهاء العلاقة الزوجية وتشريد الأولاد وضياعهم ، و عليه إن أساء الزوج معاملة زوجته و لم يعاملها بحسن العشرة يمكنها رفع أمرها إلى القاضي.

البند الثاني: حق التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات

جاء التعديل الجديد بحق مشترك يخص كل من الزوجين في الفقرة الرابعة من المادة 36 التي تنص على: "التشاور في شؤون الأسرة و تباعد الولادات".

<sup>1</sup> \_ محمد لمن مسيخ، التنازل عن توابع العصمة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة- كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2007-2008م، ص14

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص523.

أولاً: التشاور في تسيير الأسرة

تتطلب الأسرة تنظيمًا محكمًا لنشاطها واستمرارها واستقرارها، و مقومات هذا التنظيم لا بد أن تكون متكاملة شاملة تتصل بكل جوانب الزوجين النفسية والعقلية والسلوكية وهي الجوانب ذات العلاقة المباشرة بدوام الرضى والاستقرار و ضمان البناء الأسري المتناسك.

و لا شك أن مما يدعم ذلك هو إدارتها على أساس من الشورى و تبادل الرأي بين أفرادها ، فالتشاور بين الزوجين مبدأ أصيل هدفه الوصول إلى الرضا النفسي و الشعور بالاستقرار والمعيشة الوجدانية و تقارب الأفكار، كما أنه يهدف إلى ترسيخ مفهوم الشورى عند الأبناء.

و التشاور في تسيير الأسرة كمبدأ عام هي طريق لمنع تسلط الرجل على المرأة من جهة ، و من الجهة المقابلة تقييد ممارسة المرأة في حياة الرجل ، و هذا حفظًا للإستقرار الأسري و استمراره، و قد بنت

الشريعة الإسلامية مجتمعاتها على أساس من الشورى و تبادل الرأي **قَالَ (الْبَيْتُ عِزًّا وَجَمَلٌ) ﴿٢٣٣﴾ وَشَاوِرْهُمْ**

**فِي الْأَمْرِ ﴿١٥٩﴾ [ آل عمران:159].** **قَالَ (الْبَيْتُ عِزًّا وَجَمَلٌ) -أيضا- : ﴿وَأْمُرْهُمْ شُورَىٰ يَنْبَغُ لَهُمْ ﴿٢٨﴾﴾ [**

الشورى:38].

"إن إبداء الرأي والتشاور بين الزوجين هو الترجمة الواقعية لاستقرار الحياة العائلية المبنية على أساس المودة والرحمة التي جعلها الله بين الرجل والمرأة، وهو أيضا التعبير الصادق عن الحقوق المتبادلة وحسن تسيير شؤون الأسرة"<sup>1</sup>.

فالأصل في الحياة الزوجية التفاوض والتشاور والتشارك، لطفاً وليناً ومودة ورحمة ، و عدم الاستئثار

مصدقا **قَالَ (الْبَيْتُ عِزًّا وَجَمَلٌ) -أيضا- : ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾ [**

البقرة:233].

وقد كان النبي -ﷺ- يستشير زوجاته، ويأخذ برأيهن فيما يعرض عليه من أمور، ومن ذلك ما فعله حين جاءه جبريل أول مرة، فرجع فزعا إلى زوجته خديجة -رضي الله عنها- وهو يقول: «زملوني زملوني»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> ربيحة إغات، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، 2011م، ص48.

<sup>2</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدئ الوحي، باب، رقم الحديث:4، (4/1).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

و مافعلته أم المؤمنين خديجة - رضي عنها - أنها قدمت للنبي - صلى الله عليه وسلم - الدعم الذاتي حيث بشرته بما وجدته من خلال تذكيره بنقاط قوته و تاريخه المليء بالمواقف المشرقة<sup>1</sup>، و الدعم الجماعي حينها أخذت بيده لابن عمها ورقة بن نوفل.<sup>2</sup>

و بالرجوع لقانون الأسرة و التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري نجده قد كرس مبدأ المساواة المطلق بين الزوجين حين جعل قيادة الأسرة مشتركة بين الزوجين<sup>3</sup>، حيث قام بتحميل الزوجة عبء المشاركة في إدارة شؤون الأسرة التي جعل لها مبدأ أساسيا تقوم عليه و هو التشاور بين الزوجين، فمصطلح التشاور يحيل إلى الواجبات و اقتترانه بمصطلح التسيير الذي يعني القيادة و التوجيه يجعله يمنح سلطات للزوجين على حد سواء، تحقيقا للتوازن في العلاقة بين الزوجين.

و هو ما يؤكد الاتجاه الذي أخذه المشرع الجزائري في إعادة تكييفه و ترتيبه للحقوق الزوجية بما يتماشى و مبدأ المساواة المطلقة حيث تشارك الزوجة زوجها في كل ما يتعلق بالأسرة و قراراتها و بالتالي إلغاء كلي لقوامة الزوج و رئاسته للعائلة عكس ما كان ينص عليه قانون الأسرة قبل التعديل. و يعتبر التوازن العائلي أو الأسري من المصطلحات المستحدثة ذات الأبعاد الاجتماعية و النفسية و القانونية التي بدأت تظهر في التحويرات التشريعية الخاصة بقوانين الأسرة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع التونسي، و هي نفس الفلسفة التي اعتمد عليه المشرع الجزائري بشأن الحقوق و الواجبات الزوجية و الذي يقوم على أساس المساواة و بين الرجل و المرأة و التكافؤ و الشراكة بينهما يأتي في سياق التوجه الفكري و السياسي الذي أثر على المنظومة القانونية الجزائرية.

<sup>1</sup> - جاسم محمد المطوع، زوجات النبي صلى الله عليه وسلم في واقعنا المعاصر تأملات في مواقف زوجية مشرقة، دار إقرأ للنشر و التوزيع - القاهرة، ط: الثالثة، 2007م، ص30.

<sup>2</sup> - فيما ترويه السيدة عائشة عن مرحلة بدئ الوحي على النبي صلى الله عليه وسلم : "فانطلقت به خديجة حتى أتت به ورقة بن نوفل بن أسد بن عبد العزى ابن عم خديجة و كان امرأ قد تنصر في الجاهلية و كان يكتب الكتاب العبراني فيكتب من الإنجيل بالعبرانية ما شاء الله أن يكتب و كان شيخا كبيرا قد عمي فقالت له خديجة يا ابن عم اسمع من ابن أخيك فقال له ورقة يا ابن أخي ماذا ترى فأخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم خبر ما رأى فقال له ورقة هذا الناموس الذي نزل الله على موسى يا ليتني فيها جذعا ليتني أكون حيا إذ يخرجك قومك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أومخرجي هم قال نعم لم يأت رجل قط بمثل ما جئت به إلا عودي وإن يدركني يومك أنصرك نصرا مؤزرا ثم لم ينشأ ورقة أن توفي و فتر الوحي ...".

للهم: البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدئ الوحي، باب، رقم الحديث: 3، (4/1).

<sup>3</sup> - هجيرة دندوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستجدات من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة أكاديمية سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، 2010م، ع: 07، ص13.



ثانياً: تباعد الولادات

جاء التعديل الجديد لقانون الأسرة ليجعل للزوجين مطلق الحرية في مسألة تباعد الولادات من خلال التشاور بينهما، باعتبار أنه أصبح في الوقت الحاضر مما يدخل في تنظيم الأسرة و استراتيجية فعالة لبقاء الطفل، من خلال تأخير الحمل الأول والمباعدة المناسبة بين الولادات ووضع الحد بمحض الإرادة لعدد مرات الحمل.

والنسل هدف أصيل من أهداف الحياة الزوجية، وهو مقصد في الزواج، فهو يضمن استمرار الأمة و دوامها، ولاشك أن في تنظيمه مصلحة للأسرة بجميع أطرافها- لذا يجب أن يتم التنظيم باتفاق الزوجين وتراضيهما النابع من ظروفهما الخاصة -فهي مصلحة للأب، ومصلحة للأم تجد فرصة لترتاح بين حمل وآخر، وكذلك مصلحة للولد حتى لا تسوء صحتهم أو تضطرب تربيتهم بقدوم ولد آخر.<sup>1</sup>

ومسألة تنظيم النسل التي عبر عنها المشرع الجزائري -بتباعد الولادات- تعتبر من المسائل الفقهية التي اختلف فيها الفقهاء بين المجيزين و المانعين.

و لا بد من الإشارة أولاً أن مصطلح تنظيم النسل مصطلح حديث، لم يكن يتداوله الفقهاء القدامى والمصطلح الذي كان يتداوله الفقهاء القدامى ويقصد به تباعد الولادات لأي سبب؛ هو مصطلح العزل<sup>2</sup>، يقول الشيخ البوطي<sup>3</sup>: " أنه يقاس عليه-أي العزل- كل ما قد يشبهه من الوسائل التي يتقي

<sup>1</sup> \_ القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة-القاهرة، ط: الثانية و العشرون، 1997م، ص176.

<sup>2</sup> \_ لغة العزل من التنحية، تقول: عزلت الشيء عن غيره عزلاً، من باب ضرب، وعزلته، فاعتزل وانعزل وتعزل، نحيته جانباً فتنحى، أما اصطلاحاً: فلا يخرج عن معناه اللغوي، فجاءت تعريفات العلماء متقاربة تدور حول أن العزل: أن يجامع فإذا قارب الإنزال نزع وأنزل خارج الفرج.

للغ: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص1031 ابن عابدين، حاشية رد المحتار، (334/4). ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (250/9). النووي، شرح النووي لصحيح مسلم، (1749/10). الشوكاني، نيل الأوطار، (222/6).

<sup>3</sup> \_ البوطي: محمد سعيد رمضان البوطي من مواليد 1929 عالم سوري متخصص في العلوم الإسلامية، ومن المرجعيات الدينية الهامة على مستوى العالم الإسلامي، اختارته جائزة دبي الدولية للقرآن الكريم في دورتها الثامنة عام 2004 ليكون شخصية العالم الإسلامي، باعتباره شخصية جمعت تحقيق العلماء وشهرة الأعلام، وصاحب فكر موسوعي، واختاره المركز الإسلامي الملكي للدراسات الاستراتيجية في الأردن في المركز 27 ضمن قائمة أكثر 500 شخصية إسلامية تأثيراً في العالم لعام 2012، ويُعتبر ممن يمثلون التوجه المحافظ على مذاهب أهل السنة الأربعة وعقيدة أهل السنة وفق منهج الأشاعرة. ترك البوطي أكثر من ستين كتاباً في علوم الشريعة، والآداب، والتصوف، والفلسفة، والاجتماع، ومشكلات الحضارة، كان لها أثر كبير على مستوى العالم الإسلامي

للغ الموقع الرسمي للشيخ البوطي رحمه الله <http://www.bouti.net> تاريخ التصفح: 11-12-2014م

بها الزوجان أو أحدهما الحمل".<sup>1</sup>

و المراد بتنظيم النسل القيام بإجراءات معينة للتنسيق بين حمل و آخر و بعبارة أخرى هو العمل الوقائي لمنع الحمل منعاً مؤقتاً بالوسائل العلاجية المتاحة و قد يراد به التقليل من النسل و قد يراد به حماية الأم والحفاظ على صحتها، و قد يراد به إتاحة الفرصة لرعاية الأولاد والاهتمام بهم.<sup>2</sup> ففي الوقت المعاصر هناك طرق حديثة ووسائل تسمح بمنع الحمل مؤقتاً كوسائل منع الحمل و منها الميكانيكية كاستعمال اللولب -le sterilet- أو الكيميائية و الهرمونية و قد غدت أكثر انتشاراً و استعمالاً في العالم بأسره.<sup>3</sup>

و جاءت مذاهب الفقهاء في جواز العزل بين مجيزين و غير ذلك كما يأتي :

أولاً: المجيزون

- الحنفية: ذهب الحنفية إلى أن العزل مباح لكنه مكروه إذا كان بغير رضا الزوجة، لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الولد، ولها في الولد حق، وبالعزل يفوت الولد، فكأنه سبب لفوات حقها، وإن كان العزل بالإذن لا يكرهه، لأنها رضيت بفوات حقها، قال الكاساني: "ويكره للزوج أن يعزل عن امرأته الحرة بغير رضاها لأن الوطء عن إنزال سبب لحصول الولد ولها في الولد حق وبالعزل يفوت الولد فكان سبباً لفوات حقها، وإن كان العزل برضاها لا يكرهه، لأنها رضيت بفوات حقها"<sup>4</sup>.
- وجاء في حاشية فتح القدير أن العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه بعضهم والصحيح الجواز.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> البوطي (محمد سعيد رمضان)، تحديد النسل وتنظيمه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1988م، ع: 5 (116/1).

<sup>2</sup> القرّة داغي علي محي الدين -علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة، ص 454.

<sup>3</sup> في الجزائر حسب التحقيق الوطني لصحة الأم و الطفل لسنة 1992م أوضح أن هناك 76.5% من النساء الجزائريات يستعملن هذه الوسيلة لتنظيم نسلهن. أما استعمال اللولب و الذي بدأ سنة 1970 فهناك 2.3% من النساء المتزوجات ما بين 15-49 سنة تستعملن هذه الوسيلة كطريقة لتنظيم النسل.

<sup>4</sup> جويده عمير، الخصوبة و تنظيم النسل، رسالة ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الجزائر -معهد علم الاجتماع، 1995م -1996م، ص 64-67.

<sup>4</sup> الكاساني، بدائع الصنائع، (3/614).

<sup>5</sup> ابن عابدين، حاشية رد المحتار، (4/335).

- المالكية : ذهب المالكية إلى جواز العزل لمنع الحمل واشتروا إذن الزوجة بذلك صغيرة كانت أو كبيرة.
- جاء في الشرح الكبير للدردير : "ولزوجها العزل إن أذنت هي و سيدها إن توقع حملها و إلا فالعبرة بإذنها فقط كالحررة"<sup>1</sup>.
- الشافعية : اختلف الشافعية على رأيين في حكم العزل ، فهناك من حرمه لأنه يقطع النسل من غير ضرر يلحقه<sup>2</sup>، و هناك من جعله مكروها فقد سأل رسول الله -ﷺ- عن العزل فقال: «ذلك الوأد الخفى»<sup>3</sup>.
- جاء في المهذب : " و يكره العزل لما روت جذامة بنت وهب "<sup>4</sup>.
- و هناك رأي ثالث للشافعية يقول بجواز العزل عن الزوجة الحرة بغير إذنها.<sup>5</sup>
- الحنابلة : يرى الحنابلة أن العزل مكروه إن لم تكن هناك حاجة ، و مع الحاجة فيجوز بلا كراهة لأن فيه تقليل النسل ويحرم العزل عندهم بدون إذن الزوجة.<sup>6</sup>
- جاء في المغني أن العزل مكروه رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود، وروى ذلك عن أبي بكر أيضاً لأن فيه تقليل النسل و قد جاء الحث على تعاطي أسباب الولد.<sup>7</sup>
- و يذهب ابن القيم إلى أن القول بجوازه منسوب إلى عشرة من الصحابة؛ وذكر أسماءهم ثم أورد أدلة المانعين ورد عليها بأنه ليس فيها ما يعارض أحاديث الإباحة مع صراحتها.<sup>8</sup>
- و الناظر في المذاهب الأربعة يجد أن مذهبهم بين الجواز و الكراهة و استدلالهم بأحاديث من السنة النبوية نذكرها فيما يأتي:

<sup>1</sup> \_الدردير ،الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،(420/2).

<sup>2</sup> \_النووي المجموع ،(106/18).

<sup>3</sup> \_مسلم ،الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب جواز الغيلة وهي وطء المرضع،رقم الحديث:1442،(743/2).

<sup>4</sup> \_الشيرازي،المهذب في فقه الإمام الشافعي،(235/4).

<sup>5</sup> \_النووي،شرح النووي لصحيح مسلم،(1749/10).

<sup>6</sup> \_البهوتي ،الروض المربع،(432/6).

<sup>7</sup> \_ابن قدامة،المغني،(228/10).

<sup>8</sup> \_ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد ،(142/5).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

- ما روي عن جابر رضي الله عنه «كنا نعزل على عهد النبي - ﷺ - والقرآن ينزل»<sup>1</sup>.
- ووجه الدلالة أن الصحابة - ﷺ - كانوا يعزلون بعلم الرسول - ﷺ - ولم ينكر عليهم الرسول - ﷺ - ذلك، وكان القرآن ينزل ولم يحرم العزل وقول الرسول - ﷺ - اعزل عنها إن شئت، دليل لجواز العزل، إذ أنه تركه على إرادته ومشئته<sup>2</sup>.
- حديث «نهى رسول الله - ﷺ - أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها»<sup>3</sup>.
- ووجه الدلالة أن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرر فلم يجز العزل إلا بإذنها، والنهي في الحديث للتحريم غير أنه يجوز العزل عن الزوجة بإذنها كما بين ذلك عليه الصلاة والسلام. ويجوز العزل عندهم لحاجة، قال ابن قدامة: "إلا أن يكون في دار الحرب فتدعو الحاجة إلى الوطء فيطأ ويعزل"<sup>4</sup>.
- عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: "أصبنا سبياً فكننا نعزل فسألنا رسول الله - ﷺ - فقال: «أو إنكم لتفعلون؟ قالها ثلاثاً ما من نسمة كائنته إلى يوم القيامة إلا هي كائنته»<sup>5</sup>.
- ووجه الدلالة من الحديث أن معنى قوله - ﷺ - "لا عليكم ألا تفعلوا" ليس عليكم حرج في فعل العزل وحينئذ تكون لا زائدة، لأن كل نفس قدر الله خلقها لا بد وأن يخلقها سواء عزلتهم أو لم تعزلوا، فلا فائدة من عزلكم فإن الله تعالى قدر خلقها فلا ينفع حرصكم لمنع الخلق وهذا يدل على أنه لم ينههم عن العزل فكان جائزاً<sup>6</sup>.
- جواز تنظيم النسل لعدم وجود نص صريح دال على التحريم، وكون الصحابة رضوان الله عليهم قد فعلوا هذا بحضرة رسول الله - ﷺ - ولم ينههم عن ذلك، لأقوى دليل على جواز

<sup>1</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب العزل، (1074/3).

<sup>2</sup> ابن حجر، فتح الباري، (251/9).

<sup>3</sup> ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب العزل، رقم الحديث: 1928، ص 1930. وضعفه الألباني.

<sup>4</sup> الألباني (محمد ناصر الدين)، تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي بيروت، ط 2، 1985، م (70/7).

<sup>4</sup> ابن قدامة، المغني، (229/10).

<sup>5</sup> البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب العزل، رقم الحديث: 5210، (1074/3).

<sup>6</sup> ابن حجر، فتح الباري، (252/9).

تنظيم النسل، قال حجة الإسلام الغزالي بأن منع الإنجاب بصفة مؤقتة مباح ولا كراهة فيه وأن النهي إنما يكون بنص أو قياس على منصوص، ولا نص في الموضوع ولا أصل يقاس عليه، بل إن الإباحة أصل يقاس عليه وهو ترك الزواج أصلاً.<sup>1</sup>

• الشرع أباح التنظيم في حالة الخشية على صحة الأولاد أو تربيتهم أو العناية بتنشئتهم إذا كثر عددهم ففي هذه الحالة يمكن أن يتخذ الوسائل التي من شأنها تأخير الحمل دفعا للضرر الأشد فإذا دعت حاجة معتبرة شرعا لامتناعها كمرض يؤذيها أو حالة غير طبيعية في جسمها<sup>2</sup>،

قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: 195].

ثانيا: المانعون:

ذهب الظاهرية و من وافقهم إلى أن العزل محرم<sup>3</sup> ، و قد استدلوا بما يأتي :

• حديث رسول الله - ﷺ - : «ذلك الوأد الخفي»<sup>4</sup>.

ووجه الدلالة عندهم أن الحديث ناسخ لجميع الإباحات باعتبار أنها قبل البعثة لأتت إذا أخبر عليه الصلاة والسلام أنه الوأد الخفي والوَأد محرم، فقد نسخ الإباحة المتقدمة بيقين، وقد جاءت الإباحة للعزل صحيحة قبل ذلك. قال ابن حزم: "فصح أن خبر جدامة بالتحريم هو ناسخ لجميع الإباحات المتقدمة فمن ادعى أن الإباحة المنسوخة عادت وأن النسخ المتبقي قد بطل فقد ادعى الباطل وقفى مالا علم له به"<sup>5</sup>.

و قد نوقش رأي ابن حزم كما يأتي :

• أن دعوى النسخ تحتاج إلى تاريخ محقق يبين تأخر أحد الحديثين عن الآخر، أي تأخر حديث الإباحة وتقدم حديث جدامة واستبعد ابن القيم حدوث ذلك وأورد اتفاق عمر وعلي رضي الله عنهما على أنها لا تكون موءودة حتى تمر عليها الأطوار السبع.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ الغزالي، إحياء علوم الدين، (51/2).

<sup>2</sup> \_ عالية أحمد ضيف الله، العنف ضد المرأة بين الفقه والمواثيق الدولية دراسة مقارنة، دار المأمون للنشر والتوزيع، ط: الأولى، 2010م، ص 246.

<sup>3</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (222/9).

<sup>4</sup> \_ سبق تخريجه

<sup>5</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (223/9).

<sup>6</sup> \_ ابن القيم، زاد المعاد، (145/5).



• حديث جذامة يعارض الحديث الذي رواه أبو سعيد عن النبي -ﷺ- أنه قال حينما قالت اليهود العزل الموءودة الصغرى، قال النبي الله -ﷺ- فقال: «كذبت اليهود، لو أراد الله أن يخلقها ما استطعت أن تصرفه»<sup>1</sup>.

يقول الصنعاني: "ونوزع ابن حزم في دلالة -ﷺ- «ذلك الواد الخفى» على الصراحة بالتحريم للواد المحقق الذي هو قطع حياة محققة، والعزل وإن شبهه رسول الله -ﷺ- به، فإنما هو قطع لما يؤدي إلى الحياة، والمشبه دون المشبه به، وإنما سماه وأدًا لما تعلق به من قصد منع الحمل"<sup>2</sup>. ورد ابن القيم جامعاً بين الرأيين بقوله: "الذي كذب فيه -ﷺ- اليهود هو زعمهم أن العزل لا يتصور معه الحمل أصلاً لا وجعلوه بمنزلة قطع النسل بالواد، فأكدته وأخبر أنه لا يمنع الحمل إذا شاء الله خلقه، وإذا لم يرد خلقه لم يكن وأدًا حقيقة، وإنما سماه وأدًا خفياً في حديث جذامه، لأن الرجل إنما يعزل هرباً من الحمل، فأجرى قصده لذلك مجرى الواد، لكن الفرق بينهما: أن الواد ظاهر بالمباشرة، اجتمع فيه القصد والفعل، والعزل يتعلق بالقصد فقط، ولذلك وصفه بكونه خفياً، وهذا الجمع قوي"<sup>3</sup>.

فتباعد الولادات أو ما يصطلح عليه بتنظيم النسل إذنا معناه: "أن يتخذ الزوجان باختيارهما واقتناعهما الوسائل التي يريانها كفيلة بتباعد فترات الحمل أو إيقافه لمدة معينة من الزمان يتفقان عليها فيما بينهما"<sup>4</sup>.

و جاء في بحث هيئة كبار العلماء أن تنظيم النسل: "هو استعمال وسائل معروفة لا يراد من استعمالها إحداث العقم أو القضاء على وظيفة الجهاز التناسلي بل يراد بذلك الوقوف عن الحمل فترة من الزمن لمصلحة ما يراها الزوجان أو من يتقان به من أهل الخبرة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أبو داود، سنن أبو داود، كتاب النكاح، باب ماجاء في العزل، رقم الحديث: 2171، (2/117).

<sup>2</sup> - الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، (3/397).

<sup>3</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار، (6/223).

<sup>4</sup> - قرار رقم: 39(1/5)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، 1988م، ع: 5(1/152).

<sup>5</sup> - الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء، الرئاسة العامة للبحوث العلمية و الإفتاء- السعودية، ط: الخامسة، 2013م، (2/505).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

و هو بهذا المفهوم يختلف عن التحديد، فتحديد النسل و :هو سياسة عامة تتبناها الدولة، أو حركات شعبية أو هيئات اجتماعية لمنع الحمل، بحيث تتوافر وسائله في متناول العامة ويتخذ طابع الإلزام للأسر بعدد من الأطفال لا تتعداه بدعوى تأثير وضع المشكلات الاجتماعية والاقتصادية .وعليه فبينهما فرق من حيث المبدأ، والأسلوب، والنتائج وبالتالي الحكم.<sup>1</sup>

فإن كان القصد من تنظيم النسل مراعاة حال الأسرة وشؤونها من صحة أو قدرة على الخدمة مع مراعاة الإبقاء على القدرة على التناسل فإن التحديد مقصده تقليل عدد النسل بالوقوف عند غاية معينة.<sup>2</sup>

فإن كان هذا التحديد بقرار عام من جهة رسمية فلا يجوز؛ لأنه يعارض توجيه الإسلام إلى تكثير النسل؛ ولأنه في الغالب يبنى على مقاصد اقتصادية، وأن كثرة النسل تؤثر على المستوى الاقتصادي للبلاد، وأن الموارد لا تكفي إلا لعدد محدود، وهذا كله مخالف لحسن الظن بالله والتوكل عليه، وأنه ما من نفس منفوسة إلا على الله رزقها، وهذا ما أفتى بمنعه مجمع الفقه الإسلامي بقوله " لا يجوز إصدار قانون عام، يحد من حرية الزوجين في الإنجاب".<sup>3</sup>

و من الفقهاء المعاصرين من قالوا بجواز العزل و مسألة تنظيم النسل مثل الشيخ البوطي أبو زهرة؛ والشيخ محمود شلتوت<sup>4</sup> و غيرهم،<sup>5</sup> لكن كتصرف فردي و ليس قانونا تلزمه الدولة لأفراد المجتمع

<sup>1</sup> \_ المودودي أبو الأعلى، حركة تحديد النسل، مؤسسة الرسالة-بيروت، 1979م، ص167 .

اول من دعى لتحديد النسل الاقتصادي الإنجليزي مالثوس عام 1789م ثم فرانسيس بلاس الفرنسي ثم الطبيب الأمريكي تشارلس نوروتون حتى وصل تأثير الحركة بالعامل الإسلامي أن دولة السويد أبرمت اتفاقية مع حكومة باكستان لمساعدتها في التقليل من عدد سكانها في حين أن السويد نفسها هي التي شرعت قوانين حرمت بموجبها بيع الأدوية المانعة للحمل داخل أراضيها و أعطت مخصصات و محفزات للعائلات التي تنجب أطفالا أكثر.

للرجوع نفسه، ص4-5.

<sup>2</sup> \_ الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء، (505/2).

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه، (505/2).

<sup>4</sup> \_ محمد شلتوت: فقيه ومفسر مصري معاصر، ولد سنة 1893م في مدينة بني منصور بالجيزة، تخرج من الأزهر سنة 1918، اشتغل بالتدريس والمحاماة كان وكيلا لكلية الشريعة ثم كلن أحد أعضاء كبار العلماء سنة 1941م وعضوا في مجمع اللغة العربية عام 1946م، ثم شيخا للأزهر سنة 1958 إلى أن توفي عام 1963م خلفا 26 مؤلفا مطبوعا منها: التفسير، القرآن والمرأة، القرآن والقتال، هذا هو الإسلام، وكتابه الشهير الإسلام عقيدة وشريعة، إلى جانب مجموعة من المقالات المنشورة في عدد من المجلات الشرعية والقانونية المصرية.

للرجوع: الزركلي، الأعلام، (173/7).

<sup>5</sup> \_ و هو رأي الأكثرية من الفقهاء المعاصرين منهم : محمد البهي، أحمد الكبيسي، أبو الأعلى المودودي

حيث رأى أن : " العمل على منع الحمل منعا مؤقتا يمكن الأم من إرضاع الطفل إرضاعا كاملا نقياً ، وقد حددت الشريعة الإسلامية مدة الرضاع بحولين قال تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَ ﴾<sup>1</sup> . ومنع الحمل في ذلك الوقت تستريح الأم، وتستعيد ما فقدت من قوتها بسبب الحمل وعناء الوضع، وتتفرغ بهمة ونشاط لتربية الولد وإنمائه إرضاع طفلها إرضاعا كافيا نقياً و يمكن الأم من الراحة لتسعيد ما فقدت من قوتها بسبب الحمل و عناء الوضع.<sup>1</sup> فليس للحاكم أن يحتج بحالة يجيز الشارع فيها للزوجين العمل على تحديد النسل فيبني عليها دعوة عامة إلى ذلك و يشرع القوانين و الإلزامات الأدبية بالوسائل المختلفة.<sup>2</sup> و إن كان المشرع الجزائري لم يخرج عن النظرة الشرعية لمسألة تنظيم النسل و تباعد الولادات ؛ إلا أنه كان متأثرا في نفس الوقت بما ذهبت إليه المواثيق الدولية حيث جاء في تقرير الجزائر إلى لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة سنة 2005م إشارةً مثل الجزائر أن السياسة المطبقة في مجال تنظيم الأسرة أفضت إلى زيادة سنتين في معدل العمر المتوقع للمرأة ومكنت من تقليص وفيات الرضع و النوافس و خفض معدل خصوبة الأزواج<sup>3</sup>، و قد كانت الاتفاقية جد واضحة في مسألة تحديد و تنظيم النسل فقد نصت المادة 16 في فقرتها الأولى على أنه : "على الأطراف أن تضمن للمرأة نفس الحقوق في أن تقرر بحرية و بشعور من المسؤولية عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل و آخر".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> جمال محمد باجلان، المرأة في الفكر الإسلامي، دار المعرفة-بيروت، ط: الثانية، 2017، ص251.

<sup>1</sup> \_ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ص212.

<sup>2</sup> \_ البوطي (محمد سعيد رمضان)، مسألة تحديد النسل و قاية و علاج، مكتبة الفارابي، (د.ط)، (د.ت)، ص20.

<sup>3</sup> \_ التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر و الملاحظات الختامية للجنة جلسة رقم 667 و جلسة رقم 668 بتاريخ: 11-01-

2005 وثيقة الأمم المتحدة: CEDAW/C/SR.667 - CEDAW/C/SR.668

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryC](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryC)

[ode=DZA&Lang=AR](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryC) تاريخ التصفح: 20-09-2016م.

<sup>4</sup> \_ تؤكد لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة في توصيتها العامة رقم 120 أن سبب إعطاء المرأة الحق في أن تقرر عدد أطفالها و الفترة بين إنجاب طفل و آخر هو أن مسؤوليات المرأة المتعلقة بالحمل و تربية الطفل تؤثر على حقوقها في الحصول على التعليم و العمل و غيرها من الأنشطة كما أن تلك المسؤوليات تلقي على عاتقها أعباءً محففة من العمل و لعدد الأطفال و الفترة بين إنجاب طفل و آخر أثر مماثل على حياة المرأة و على صحتها البدنية و العقلية و صحة أطفالها.

<sup>4</sup> \_ لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1994م ، التوصية العامة رقم: 21، المساواة في الزواج و العلاقات

و ماجاء على لسان ممثل الجزائر أمام لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة تجسد فعلا في تعديل قانون الأسرة و جعل المشرع الجزائري تباعد الولادات حقا مشتركا للزوج و الزوجة.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: تقليص الحقوق الزوجية الشخصية بعد تعديل قانون الأسرة

قام المشرع الجزائري بإلغاء المادة 38 و 39 من قانون الأسرة المتعلقة بحقوق الزوجة و واجباتها ، حيث أن المادة 38 تنص على حق الزوجة في زيارة أهلها و استضافتهم بالمعروف و كذا حرية التصرف في مالها.

ووفق هذا الإجراء - كما تقدم ذكره- هناك حقوق لم تلغ بل تم إدراجها ضمن حقوق و واجبات الزوجين المادة 36 ، و هناك حقوق تم إدراجها ضمن مواد أخرى كما هو الشأن بالنسبة للعدل في حالة الزواج و حرية التصرف في الأموال و النفقة الشرعية و التي نصت عليها المواد 8 و 37 و 74 من قانون الأسرة على التوالي .

في المقابل ألغى حقين تنص عليهما المادة 39 و المتعلقة بـ:

- طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة (البند الأول).
- إرضاع الأولاد عند الإستطاعة و تربيتهم (البند الثاني).

البند الأول: إلغاء واجب طاعة الزوج و رئاسته للعائلة

مما هو معلوم أن العلاقة الزوجية القائمة على مراعاة كل من الزوجين حقوق الآخر و مشاعره تتطلب المعاشرة الحسنة القائمة على تعظيم حقوق الزوجية من الطرفين، فهي علاقة تكامل و توائم ،علاقة تجاذب و تقارب لا تنافر و تباعد ،فقد هيا الله طبيعتهما على هذا النسق و جعلها جبلة ضرورية و طبيعة فطرية تجعل لكل منهما دور و عمل يختلف عن الآخر كما و كيفا توافقا مع استعداداته و

تكيفا مع إمكاناته<sup>2</sup>، **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَمْرُنَا وَفَارَ التَّنُّورُ قُلْنَا احْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلِّ**

**زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ ﴿ هود:40﴾** .

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm->

[fr.htm#recom21](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21) تاريخ التصفح : 20-09-2016م.

<sup>1</sup> \_ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، ص76.

<sup>2</sup> \_ عبد الحميد بن صالح الكرائي، القوام و أثرها في استقرار الأسرة ، دار القاسم للنشر و التوزيع-الرياض، ط/الأولى، 2010م، ص

و الزوجة بطبيعتها وفطرتها كإمرأة تشعر بالحاجة إلى رجل يحوطها ويمنع عنها الأخطار، تلجأ إليه وتحتمي به، وهذا ليس نقصاً فيها، فالرجل أيضاً بطبيعته يطلب الراحة والطمأنينة لدى المرأة، ولذا تسري مشاعر الألفة والأنس بين الزوجين، وفطرة الرجل تؤهله للقيام بهذا الواجب المتعلق بالحماية و الرعاية و المصطلح عليه بالقوامة<sup>1</sup>.

و تشريع الإسلام للقوامة الزوجية مقصده أن تكون روح النظام سائدة في العلاقة الزوجية؛ من خلال وضع ضوابط المسؤولية الزوجية و تنظيم مسائل الإدارة و الإشراف، و توضيح الاختصاصات التنظيمية في الشؤون الأسرية فجاء تحديد أن القوامة في المؤسسة الزوجية للرجل.<sup>2</sup>

و لإختلاف الخصائص النفسية و الجسدية لكل من الرجل و المرأة تفرض عليهم المسؤولية الزوجية و وظائف متنوعة و متكاملة؛ و الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على انضباط المجتمع و أفراده بنظام الحياة الصحيح و لاشك أن البيت أول ما يغرس فيه ذلك، فكانت القوامة سلامة للمسيرة الحياتية بين الرجل و المرأة و الأولاد.<sup>3</sup>

و كون الرجل قواماً على المرأة هو من باب الرئاسة التي تختارها المرأة بإرادتها؛ لتحقيق من خلالها

الحماية و الكفاية<sup>4</sup>، **قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: 34].**

فقوامون مأخوذة من القيام على الشيء و الاجتهاد في الحفاظ عليه<sup>5</sup>؛ و تكون قوامة الرجل على المرأة بتدبير أمورها و حفظها و صيانتها من كل سوء مع تأديتها إن اقتضى الأمر.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ عارف علي عارف، الجوانب العملية للقوامة الشرعية، مجلة الدراسات الإسلامية و الفكر للبحوث التخصصية - المعهد العلمي للتدريب المتقدم والدراسات - ماليزيا، أكتوبر 2015، المجلد الأول، ع: 03، ص 26.

<sup>2</sup> \_ يمينة ساعد بوسعادي، الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مركز باحثات لدراسات المرأة - الرياض، ط: الأولى، 1736 هـ، ص 347.

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه، ص 351.

<sup>4</sup> \_ محمد رشيد رضا، تفسير المنار، (68/5).

<sup>5</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (168-169/5).

<sup>6</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن (148/3).



﴿بِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ﴾ ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [ النساء

:34]. تظهر سبب تفضيل الرجل بالقوامة دون المرأة بما أوجب من التكاليف و الأحكام الشرعية و في الحقوق والواجبات وللتفاوت بما أودعه الله عزوجل من تركيب و جبلة و فطرة في الرجل و المرأة، و بما أنفقه و ينفقه الرجل على المرأة مما ألزمه الشرع من النفقة و التكاليف الأخرى<sup>1</sup>.

قال الزمخشري: " يقومون عليهن أمرين ناهين كما يقوم الولاية على الرعايا و سموا قوما لذلك"<sup>2</sup>. فالخطاب الشرعي كان عادلا بالنسبة للزوج و الزوجة، فلا تكون القوامة في الأسرة للرجل لا للمرأة فلمصلحة الأسرة و استقرارها، و هي أمر طبيعي تقتضيه الحياة المشتركة بين الزوجين و لا تتعداه إلى ما يتعلق بالمرأة من خصوصيات كحرية التصرف في مالها لما تتمتع به من إستقلالية مالية كمبدأ عام، و التنوع في التكوين و الاستعداد ناشئ عن اختلاف المهام و الوظائف لا عن امتياز و تفضيل؛ و إذا كان الله عزوجل خص الرجال دون النساء بالتفضيل ﴿بِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ﴾ ﴿وَلِلرَّجَالِ عَلَيْنَّ دَرَجَةٌ﴾ [ البقرة:228].

فالدرجة هنا فيها حض الرجال على حسن العشرة و التوسع للنساء في المال و الخلق.<sup>3</sup> فمعنى الآية أنه " لأجل ما جعل الله للرجال من الدرجة عليهن في الاقتدار كانوا مندوبين إلى أن يوفوا من حقوقهن أكثر فكان ذكر لك كالتهديد للرجال في الإقدام على مضارتهن و إيذائهن و ذلك لأن كل من كانت نعم الله عليه أكثر كان صدور الذنب عنه أقبح و استحقاقه للزجر أشد "<sup>4</sup>. وهذه القوامة تستدعي حسن العشرة من الزوج اتجاه زوجته، و هذا يشمل المعاشرة القولية و الفعلية فعلى الزوج أن يعاشر زوجته بالمعروف من الصحبة الجميلة و كف الأذى و الإحسان و حسن المعاملة و يدخل في ذلك النفقة و الكسوة و نحوهما و في المقابل طاعة الزوجة لزوجها باعتباره رئيسا للعائلة<sup>5</sup>؛

<sup>1</sup> \_ البغوي، تفسير البغوي معالم التنزيل، ص296. الجصاص، أحكام القرآن، (3/148). القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (5/168-169).

<sup>2</sup> \_ الزمخشري (أبي القاسم جار الله محمود)، تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: خليل مأمون شيحا، دار المعرفة-بيروت، ط: الثالثة، 2009م، (5/34).

<sup>3</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (3/125).

<sup>4</sup> \_ الفخر الرازي، تفسير الفخر الرازي-مفاتيح الغيب، (6/102).

<sup>5</sup> \_ السعدي، تفسير السعدي، (5/190).

قال (الربيع) عز وجل: ﴿ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ﴾ [النساء:34]

قال ابن عباس: " يعني مطيعات لأزواجهن "1.

قال (الربيع) عز وجل: ﴿ فَإِنِ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا

كَبِيرًا ﴾ [النساء:34]

له منها فلا سبيل له عليها بعد ذلك و ليس له ضربها و لا هجرانها ، و لأن الله أمر بتأديبهن عند عدم طاعتهن، ونهى عن ذلك عند طاعتهن، فدل على أن التأديب كان لترك الطاعة فيدل على لزوم طاعتهن الأزواج<sup>2</sup>.

و الطاعة تكون في حدود المعروف أما إذا خالف أمر الشرع فلا طاعة له لعموم الأمر بالطاعة ما لم تكون بمعصية قال النبي - ﷺ - فقال: «لا طاعة في المعصية إنما الطاعة في المعروف»<sup>3</sup>.

وقوامية الزوج على الزوجة ضرورة للحياة الزوجية و استقرارها و استمرارها ،فهي في جوهرها علاقة تشاركية لا بد لها من رئيس، ثم إن الزوجان قد يختلفان و هنا لا بد من رئيس تكون له الكلمة النافذة فيما يطرأ من اختلاف بينهما<sup>4</sup>.

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد نص المشرع الجزائري في المادة 39 من قانون الأسرة - قبل التعديل - على مبدأ قوامية الزوج على الزوجة ووجوب طاعتها إياه ؛ و التي ألغيت بمقتضى التعديل الجديد ،و بهذا يكون المشرع الجزائري قد ألغى حقين للزوجة اتجاه زوجها و هما : رئاسة البيت، و ما تقتضيه من وجوب الطاعة له، و هو ما يظهر تأثير مباشر للإتفاقيات الدولية<sup>5</sup> ، و الفلسفة العالمية الجديدة في

<sup>1</sup> \_ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (481/1).

<sup>2</sup> \_ الكاساني ، بدائع الصنائع،(613/3).

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب أخبار الآحاد، باب ماجاء في إجازة خبر الواحد، رقم الحديث: 7259،(1435/4).

<sup>4</sup> \_ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم،(279/7).

<sup>5</sup> \_ بدأت الإتفاقيات الدولية تشير إلى مسألة القوامية و الرئاسة في العائلة فقد اعتبر التقرير الأممي الصادر عام 1975م بمناسبة تقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة أن الحائل و العقبة أمام تمكين المرأة هو جعل الرجل مسؤولا عن الأسرة و طالب التقرير الدول الأطراف بتغيير التشريعات باعتبار أن قوامية الرجل تعوق حصول المرأة على الانتماءات و القروض و الموارد المادية و غير المادية، ووجوب إدخال عبارات أخرى على درجة من الشمول تكفي للتعبير عن دور المرأة على نحو مناسب في الوثائق القانونية ضمنا لحقوقها، و قد تم دعوة الحكومات أيضا إلى تدخلها في قوانين الأحوال الشخصية لتخليص المرأة من الممارسات التمييزية ضدها، و قد جاء الضغط أيضا من خلال إتفاقية سيداو، و تقارير لجنة الأمم المتحدة للضاء على التمييز ضد المرأة على سبيل المثال =

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

نظرهما للتشريعات الأسرية خاصة الإسلامية التي تراها بدائية و تقليدية حيث ظهرت مصطلحات حادثة أخرجت القوامة من مفهومها الصحيح باعتبارها تضمن القيام بأمر الزوجة و الحفاظ عليها و النفقة و العناية بشؤونها إلى مجرد وصاية ذكورية أو تسلط ذكوري ، أو مجرد مسألة ثقافية تتغير بتغير الزمان و تطوراته .

و يظهر ذلك جليا من خلال التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و ذلك بالنص على أنه : " و تعرف مجلة الأسرة الجديدة في مادتها 36 الحقوق و الواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان، و هكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج و احترام والديه و أقاربه قد حذفت و لم يحل مكانها سوى حقوق و واجبات متبادلة بين الزوجين.."<sup>1</sup>

البند الثاني: إرضاع الأولاد عند الإستطاعة و تربيتهم

إن أهم ما يعين على نجاح العلاقة الزوجية هو الفهم الصحيح للحقوق التنظيمية للعلاقة بين الزوجين ثم بينهما و بين الأبناء، لهذا كانت هذه الحقوق و ما يقابلها من واجبات تتميز بالخصوصية لما لها من الأهمية و المكانة خاصة ما يتعلق بتربيتهم.

فتربية الأولاد مسؤولية مشتركة يتقاسمها كل من المرأة و الرجل **قَالَ اللَّهُ عز وجل: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ ﴿٦﴾** [التحریم: 06].

فوقاية النفس عن النار بترك المعاصي و فعل الطاعات ، ووقاية الأهل بحملهم على ذلك بالنصح و التأديب.<sup>2</sup>

فمن حق الطفل وجوده في أسرة ينتمي إليها، و تحافظ عليه و تحميه، ويشعر بالأمن بين أفرادها. ثم إن المهمة التربوية في مراحلها الأولى تحتاج إلى الآباء و الأمهات ، ليكون لهم أثرهم في التربية عن طريق

===الموجه لدولة السعودية حيث نص أنه يجب أن لا يطغى العمل بالشريعة الإسلامية على معاهدة حقوق المرأة الدولية "سيداو" التي تم توقيعها من طرف السعودية سنة 2000م و أن المعاهدات الدولية لها الأولوية على القوانين المحلية .

لل: يمينة ساعد بوسعادي، الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، ص 355-358.

<sup>1</sup> \_ التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث و الرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ 18-05-2009م

لل: <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedaw.html> تاريخ زيارة الموقع: 04-12-2016م.

<sup>2</sup> \_ الألو سي، روح المعاني، (156/26).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

القدوة الحسنة، وليكون عملهم التربوي أضمن نجاحاً وأبلغ أثراً في التذشئة الصالحة المبينة وعلى طاعة الله تعالى وعبادته وتقواه ومحبته، وعلى العمل بمكارم الأخلاق وتقديرها والاعتزاز بها، وتثبيت الحقائق العليا في نفوسهم.

فالتربية رعاية الإنسان في جوانبه الجسمية والعقلية واللغوية والانفعالية والاجتماعية والدينية وتوجيهها نحو الإصلاح والوصول بها إلى الكمال، وهو ما ينجس مع المنهج النبوي وطريقة الإسلام في التربية إذ أنها معالجة للكائن البشري كله معالجة شاملة لا تترك منه شيئاً ولا تغفل عن شيء جسمه وعقله وروحه وكل نشاطه على الأرض.<sup>1</sup>

ومن مقتضيات التربية الجسمية والتي تعتبر من حقوق الطفل الأدبية حقه في الرضاع؛ ويقصد به تغذية الطفل للمحافظة على بقاءه ونموه من خلال "مص الرضيع من ثدي الأم في مدة الرضاع".<sup>2</sup> وقد جاءت النصوص الشرعية تحت الأمهات على إرضاع أولادهن تمام الرضاعة وهو ما كان في الحولين.

وقد انعقد الإجماع على مشروعية الرضاع، ولم يخالف في ذلك أحد، وتلك المشروعية ثابتة لا ينكرها أحد<sup>3</sup>، فحليب الأم هو أصلح غذاء لنمو الطفل بدنياً ونفسياً وروحياً، فهو تتمه غذائه حين كان جنيناً في أحشائها، فالطفل جزء من كيان الأم وفلذة من كبدها، فلذلك كان حليبها أصلح شيء لمولودها ما لم تكن هناك علة مانعة للرضاعة ولها وجه شرعي وليس سبباً دينوياً ومادياً تمنع به الطفل من الرضاعة لوجوب ذلك على الأم باعتباره حقاً من حقوق الطفل لمدة عامين تامين، ولعلم

رب العالمين والناس بأن هذين العامين فيهما كفاية لتأسيس نمو الطفل **قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ﴿عِزَّ الْجَمَلُ﴾** ❁

**وَأَوْلَادَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ** ❁ [البقرة: 233].

والآية تدل على مشروعية إرضاع الأمهات لأولادهن كمال الرضاعة، وهي سنتان، فلا اعتبار بالرضاعة بعد ذلك.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، دار الشروق-القاهرة، ط: الرابعة عشر، 1994م، (18/1).

<sup>2</sup> الجرجاني، التعريفات، ص 114.

<sup>3</sup> ابن قدامة، المغني، (191/9).

<sup>4</sup> ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (278/1). ❁ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (161/3).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

وقد جعل الله الرضاع حولين رعيًا لكونهما أقصى مدة يحتاج<sup>1</sup> فيها الطفل للرضاع إذا عرض له ما اقتضى زيادة إرضاعه ، فأما بعد الحولين فليس في نمائه ما يصلح له الرضاع بعد<sup>2</sup> . و جاء في تفسير الآية أيضا تأكيد للدلالة على أن هذا التقدير تحقيقي لا تقريبي<sup>3</sup>.

و إن كان الفقهاء تكلموا على مشروعية الرضاع بصفة عامة فقد خصصوا المسألة فقالوا بوجوبه ديانة على الأم إذا كانت قادرة على إرضاعه سواء كانت في عصمة أبيه أم لا فإن امتنعت كانت آثمة أمام الله عزوجل لإلحاقها الضرر بالطفل و هذا باتفاق الفقهاء.

و الأحكام الفقهية التي بنى عليها الفقهاء مباحث باب الرضاع جاءت لتؤكد أهمية الرضاع فهي مقصد قائم بحد ذاته ناهيك عن المقاصد التبعية له<sup>4</sup>، فالرضاع للطفل غذاء كامل له خلال العامين يعيش عليه و ينمو به لحما و عظما و من هنا كان تأثير الأم المرضعة عليه حتى إنه ليرث عاداتها و أخلاقها إلى جانب ما يرث من أمه الأصلية من عادات و أخلاق بسبب حملها أولا ثم بسبب إرضاعها إياه ثانيا. <sup>5</sup> قال النبي - ﷺ - : «فإنما الرضاعة من الجماعة»<sup>6</sup>. و قد تم الاستدلال بهذا الحديث على أن الرضاعة إنما تعتبر في الصغر لأنها الحال التي يمكن طرد الجوع فيها باللبن بخلاف حال الكبر وضابط ذلك بتمام الحولين<sup>7</sup>.

و قد أثبتت الدراسات الحديثة أن الأطفال الذين يعتمدون على الرضاعة الصناعية أكثر تعرضا للأمراض من أولئك الذين يعتمدون على الرضاعة الطبيعية، و هنا يكمن المقصد الأصلي للرضاعة فرضاعة الطفل و التقامه لثدي أمه هو الطريقة الوحيدة الكفيلة بتحصينه ووقايته من الأمراض فبعد أن كان جنينا في

<sup>1</sup> \_ الكاساني، بدائع الصنائع، (76/5). ابن قدامة، المغني، (320/11) ■ الشيرازي، المهذب، (583/4). ■ الدسوقي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (503/2).

<sup>2</sup> \_ ابن عاشور، التحرير و التنوير، (431/2).

<sup>3</sup> \_ الشوكاني ( محمد بن علي بن محمد)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، المحقق: يوسف الغوش، دار المعرفة-بيروت، ط: الرابعة، 2007م، ص 157.

<sup>4</sup> \_ فريدة زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، مكتبة الرشد ناشرون-السعودية، ط: الأولى، 2006م، ص 290.

<sup>5</sup> \_ عبد الحليم عويس، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء-المنصورة، ط: الأولى، 2005م، (514/2).

<sup>6</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب من قال لا رضاع بعد حولين، قم الحديث: 5103، (1053/3).

<sup>7</sup> \_ ابن حجر، فتح الباري، (121/9).



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

بطن أمه يتغذى من دمها فبعد خروجه تواصل أمه هذه المهمة و تكفل له الغذاء الذي يحتاجه خاصة في الأشهر الأولى.<sup>1</sup>

و بالرجوع لقانون الأسرة نجد نص المشرع الجزائري قبل التعديل في المادة 39 التي تعني بواجبات الزوجة في فقرتها الثانية على وجوب إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم، و رغم أن هذا النص لم يشر إلى أن الرضاعة حق للأم و اعتبرها واجبا مغلبا مصلحة الطفل إلا أنه ألغي و ليس هناك أي مبرر لإلغائه فقد اكتفى في المادة 36 بعد التعديل في فقرتها الثالثة بنصه على وجوب التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم.

و ما يلاحظ هو العموم الذي صاحب النص المعدل في مفهومه إذ أوجب على الزوجين السهر على تحقيق مصلحة الأولاد بتربيتهم التربية الحسنة و رعايتهم و الحفاظ عليهم، لكنه لم يوضح حدود هذه الرعاية و بالتالي لا يستطيع المشرع إجبار الأم على إرضاع الولد و يفتح المجال لكل أم أن ترفض ذلك بحجة أنها غير ملزمة قانونا بذلك.<sup>2</sup>

ثم إن هذا العموم في النص قد يخلق ازدواجية قانونية في التشريع الجزائري باعتبار أن قانون الوظيفة العمومية يقر للعاملة المرضع حقها في ساعة الرضاعة يوميا غير وقت الاستراحة العامة؛ و أحد الحقوق المكفولة قانون لحماية الطفل حيث تنص المادة 214 من قانون الوظيفة العمومية،<sup>3</sup> أن للموظفة المرضعة الحق ابتداء من تاريخ انتهاء عطلة الأمومة و لمدة سنة في التغيب ساعتين مدفوعتي الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الأولى و ساعة واحدة مدفوعة الأجر كل يوم خلال الستة أشهر الموالية مع إمكانية توزيع عدد الغيابات على مدار السنة حسبما يناسب الموظفة.

### البند الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري

إن تراجع المشرع الجزائري عن مبدأ توزيع الحقوق و الواجبات بين الزوج و الزوجة إلى مبدأ الحقوق و الواجبات المشتركة، و بالتالي إقرار المساواة الكاملة بين الزوجين و تقليص الحقوق الممنوحة قانونا للزوج على حساب الزوجة يكون قد انتقل من فلسفة الزواج التكاملي إلى الزواج التشاركي.

<sup>1</sup> - فريدة زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، ص 290.

<sup>2</sup> - خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران - كلية الحقوق، 2012-2013م، ص 95 -

<sup>3</sup> - الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

للجريدة الرسمية، التاريخ: 16 يوليو 2006م، ع 46 .

والحقوق المشتركة بين الزوجين حقوق ثابتة كل من الزوج و الزوجة تقترن بواجبات عليهما ؛ و قد كان قانون الأسرة :84-11 يجعل للزوج السلطة الأعلى في الأسرة بحكم القوامة ،وأثار هذا المبدأ انتقادا واسعا من طرف معارضي قانون الأسرة حيث اعتبروه توزيعا ظالما و غير عادل و استندوا تارة إلى كم و عدد الحقوق و الواجبات الملقى على عاتق كل من الزوجين و تارة أخرى إلى مبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور المادة 29 ،فتوزيع الحقوق و الواجبات على الزوجين ليست بالمتكافئة و عليه أصبح من الواجب البحث عن توازن جديد في العلاقات الزوجية.<sup>1</sup>

و بدل النص على حقوق الزوج منفردة و كذلك حقوق الزوجة كما كان في قانون الأسرة قبل التعديل أصبحت حقوقهما وواجباتهما موحدة و متماثلة و أصبح توزيع الحقوق و الواجبات الزوجية يقوم على نوع واحد عبارة عن حقوق وواجبات مشتركة كما جاء النص عليه في أسباب التعديل الذي ذكرناه آنفا .

و قد بنى مادته المعدلة على مرتكزات أساسية وضعت لضبط العلاقة الزوجية في مسارها و ذلك بإعادة توزيع الحقوق الزوجية و جعلها تحت مسمى "حقوق وواجبات الزوجين" ، و قد جاء في عرض أسباب المادة أن القانون الجديد تضمن تحديد حقوق و إلتزامات مشتركة بين الزوجين فيما يتعلق بالمحافظة على الأسرة و رعاية الأولاد و معاملة كل منهما لأبوي و أقارب الآخر بالمعروف<sup>2</sup>.

و يتضح من خلال تتبع الأسباب المعلنة لتعديل قانون الأسرة أن التوزيع الجديد للحقوق و الواجبات الزوجية يؤسسه واضعو القانون على أمرين هما :مسايرة التطور الحاصل في مراكز المسؤولية في الأسرة الجزائرية ، و مواكبة العصر والتماشي مع التشريعات الأسرية التي واكبت الاجتهادات المعاصرة في مجال الأحوال الشخصية ؛ كما هو الشأن في التشريع المغربي حيث تنص المادة 51 من مدونة الأسرة المغربية على مسألة المساواة في الحقوق و الواجبات الزوجية<sup>3</sup> ، جاء في بيان أسباب تعديل قانون الأسرة : " وضع مشروع تمهيدي لقانون الأسرة بهدف مسايرة التطور الذي عرفته الأسرة الجزائرية و ما طرأ داخلها من تغيير على مراكز المسؤولية بتحولها من أسرة يرأسها الزوج إلى أسرة قوامها التعاون

<sup>1</sup> \_ محمد أمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، ص86.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص106.

<sup>3</sup> \_ فاطمة بن زيد، صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة و قانون، جامعة أدرار-كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، 2009م، ص87.

و التآزر بين الزوج و الزوجة و مواكبة للعصر و تماشياً مع الأنظمة الإسلامية التقدمية في مجال الأحوال الشخصية".<sup>1</sup>

ثم بالرجوع إلى الفلسفة الإسلامية فمورد الشريعة تدور بين اعتبارها مقاصداً و بين اعتبارها وسائل لتلك المقاصد<sup>2</sup>؛ و من هنا جعلت الشريعة الإسلامية في سبيل اعتنائها بعقد الزواج الحقوق الزوجية من الوسائل المؤدية إلى ذلك المقصد؛ حيث تعمل هذه الحقوق على ضبط العلاقات و الروابط الناشئة في ظل نظام الزواج؛ أو التي له علاقة بها كرابطة الزوجية، والنسب، وهذا لا يعني أن المطلوب تحقيقه بين الرجل و المرأة المساواة المطلقة والتماثل في الأدوار إنما هو التكامل مع التوازن في الأعباء والتكاليف، و قد جعلت العدالة الإلهية أعباء المرأة وفقاً للاستعدادات النفسية و العقلية و العضوية المعينة تضاف إلى أعباء الرجل وفقاً لخصائص عقلية و عضوية محددة تساوي التكامل الإنساني و الأسري و الاجتماعي، ثم إن مقومات المساواة في الحقوق والمسؤوليات تقتضي العدالة الناجعة و ليس بالضرورة المساواة المطلقة

و الظاهر أن المشرع الجزائري استجاب للفلسفة العالمية التي كرستها الاتفاقيات الدولية في نظرهم للزواج حيث أكدت المادة 16 من اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين في الحقوق و الواجبات و ذلك من خلال نصها على وجوب ضمان الدول الأطراف على أساس تساوي المرأة و الرجل نفس الحقوق و الواجبات أثناء الزواج، و المساواة في الحقوق في أن تقرر بحرية و بشعور بالمسؤولية عدد أطفالها و فترة سن إنجاب طفل و آخر و في الحصول على المعلومات و التثقيف.

كما نصت المادة 12 الفقرة الأولى من هذه الاتفاقية دائماً على أن تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها بالتساوي مع الرجل الحصول على خدمات الرعاية الصحية بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتخطيط الأسرة.

و على ذلك و حسب الاتفاقية فإن المساواة على أي سلطة أو حق للرجل في قوامته على أسرته مع الإستغناء عن واجب طاعة الزوجة له في كل ما يتعلق بشؤون و قرارات الأسرة تكون بالمشورة بينهما، فاتفاقية سيداو تعتبر طاعة الزوجة لزوجها و قوامتها عليها هو تمييز ضدها و تكريس لدينوية المرأة على الرجل فللمرأة - حسب الاتفاقية - يصبح واجبها الانقياد و الطاعة أما الزوج فله الرئاسة

<sup>1</sup> \_ الجريدة الرسمية للمداولات، التاريخ: 28-05-2005م، ع: 156.

<sup>2</sup> \_ القرائي، الفروق، (61/2)

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

و السيادة، مع العلم أن الجزائر تحفظت على المادة 15 فقرة 4 من اتفاقية سيداو بقولها: " تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 4 من المادة 15 لاسيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها و مسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري".<sup>1</sup> و ها يظهر جليا أن الأمر متعلق بمسألة إلغاء الطاعة الزوجية مما يؤكد أن المشرع الجزائري قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظاته السابقة، و عدم إلزام الأم بمسألة إرضاع الأبناء .

و بإلغاء المادة 39 يكون المشرع الجزائري أيضا قد حذو المشرع الفرنسي الذي ألغى رئاسة الأسرة للزوج سنة 1970م، و المشرع المغربي سنة 2004م .  
وباعتبار أن المشرع الجزائري اكتفى بإلغاء المواد و لم ينص صراحة على خلاف ما كانت تقتضيه؛ فتبقى المسائل السابقة على رأسها مسألة القوامة و الطاعة في قانون الأسرة الجزائري تدور في فلك المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية.

<sup>1</sup> \_ التحفظات و الإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة بتاريخ 22 ماي 1996م

تاريخ التصفح: 23-09-2016م. <http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Algeria-CedawR.html>

## المطلب الثاني : حماية الحقوق المالية للزوجين

تعتبر الذمة المالية عنصرا جوهريا في العلاقة بين الزوجين باعتبارها من الحقوق الشخصية المالية التي تجمع بينهما بعقد الزواج ، وهذا استدعى وجود قواعد قانونية خاصة لتنظيم أموال الزوجين بما يسمى النظام المالي للزوجين .

ويعتبر النظام المالي مجموعة القواعد، لأي نظام قانوني أو فقهي أو عرفي يتطلب وجود مجموعة قواعد، سواء قانونية، أو عرفية، أو فقهية، أو اتفاقية، الهدف منها تنظيم الذمة المالية للزوجين، و أما استعمال كلمة ذمة مالية بدلا من مصطلحي الديون والأموال، فذلك لأن الذمة المالية شاملة لكليهما، فالذمة المالية تتكون من مجموعة الأصول والخصوم<sup>1</sup>، فالنظام المالي هنا يتكون من عنصرين هما العلاقة الزوجية و مجموعة القواعد الخاصة المكونة للنظام.<sup>2</sup>

و لم ينص قانون الأسرة الصادر في 1984م على كيفية تنظيم هذه المسائل المالية بين الزوجين باستثناء المادة 38 في فقرتها الثانية التي كانت تنص على أنه: "للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها". ولم يوضح المشرع الجزائري علاقة الزوج بأموال زوجته و لا بعلاقة الزوجة بالأموال المشتركة التي قد تكتسبها مع زوجها أثناء الحياة الزوجية، فتبنى المشرع الجزائري في قانون الأسرة المعدل من خلال المادة 37 نظاما ماليا معيّن لإدارة واستثمار أموال الزوجين حيث جاءت فقرتها الأولى تقرر نظام الذمة المالية المستقلة لكلا الزوجين كمبدأ عام وأصلي فجاء نص المادة على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

<sup>1</sup> \_ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، ص425.

هناك من ينتهي إلى القول بأنه لا يمكن أن نطلق مصطلح النظام المالي على القواعد الخاصة بأموال الزوجين في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية العربية باعتبار لا يوجد تنظيم دقيق لأموال الزوجين و توزيع سلطات كل منهما عليه؛ و باعتبار أن هذا المصطلح ظهرت أبعدياته في النظام الغربي خاصة الفرنسي، لكن الواقع يفرض الإقرار بوجود حياة مالية بين الزوجين فمن آثار الزواج أنه منشئ لعلاقات ذات طبيعة مالية أو مادية بين الزوجين.

<sup>2</sup> هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية-جامعة الجزائر، 1994، ع:01، ص166.

<sup>2</sup> \_ FRANCOIS Terré – PHILIPPE Simler, Droit civil, les régimes matrimoniaux, précis Dalloz ,2éme édition, 1994,p.96.



أما الفقرة الثانية فجاءت تقرر مسألة الشراكة بينهما وأسلوب اقتسام تلك الأموال المشتركة التي تكسب في ظل الحياة الزوجية بالاتفاق على النسب المستحقة لكل طرف حيث نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

و عليه يعتبر هذا التعديل الذي قام به المشرع الجزائري خطوة هامة و فريدة من نوعها لتنظيم علاقة كل من الزوجين بأمواله و أموال الزوج الآخر و علاقتهما معا بالأموال المشتركة المكتسبة مدة الزواج و هو ما يسمى بالنظام المالي بين الزوجين.<sup>1</sup>

و استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين (البند الأول ) ، و الشراكة (البند الثاني) هما قاعدتين جوهريتين قام بترسيخهما المشرع الجزائري كأساس للنظام المالي الذي يجمع بين الزوجين قانونا.

### الفرع الأول: مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين

لم تكن مسألة الذمة المالية المستقلة للزوجين من الأمور التي يثار حولها النقاش، لكن تغير دور الزوجين داخل الأسرة نتيجة المتغيرات الاجتماعية و الثقافية والاقتصادية التي عرفها المجتمع الجزائري في حد ذاته ؛ والذي أحدث تغيرات في البناء الأسري ووظائفه، جعل للزوجة دورا مختلطا ، فهي خاضعة إلى ضغوط دورها الطبيعي ؛ و قيم و معتقدات المجتمع اتجه دورها الأمومي من جهة ، و دورها الاقتصادي و إلتزامات عملها الخارجي من جهة أخرى.<sup>2</sup>

وكان لذلك تأثيرا بصفة مباشرة على المسؤولية المادية والمعنوية داخل الأسرة والتي كان يتحملها الرجل بمفرده سابقا، ونظير ذلك ظهرت إلى الوجود مجموعة من التناقضات التي أدت بتفاعلاتها إلى ظهور أفكار قانونية وفلسفية تختلف جزئيا عما كانت عليه من قبل، وأصبحت قضية الذمة المالية للزوجين - على الوجه الخصوص الزوجة - قضية نقاشية أثرت على التشريعات القانونية المتعلقة بإقرار نظام مالي معين للزوجين.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص536.

<sup>2</sup> \_ نادية فرحات، عمل المرأة و أثره على العلاقات الأسرية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي الشلف، 2012م، ع:08. ص126.

<sup>3</sup> \_ أسية بوخاتم، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان - كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015م-2016م، ص133.

ولما كان الزواج إلى جانب كونه ينبي على معاني التعاون و التكافل و حسن المعاشرة و الرحمة ؛فإنه في المقابل يرتب أثارا مادية مالية بين الزوجين، ولا يخفى للجانب المادي وتمايز الأدوار بين الزوج و الزوجة من تأثير مباشر في استقرار العلاقة الزوجية ،و من ثم استقرار الأسرة،لذا عمد المشرع الجزائري إلى تقنين وتنظيم الروابط المالية بين الزوجين منطلقا من المبدأ العام الأصلي وهو استقلال الذمة المالية لكل واحد،فقد اعترف المشرع للزوجين بالشخصية المالية المستقلة واعتبر كل واحد منهما كامل الأهلية داخل مؤسسة الأسرة دون التمييز بينهما في مباشرة الحقوق وتحمل الواجبات.

#### البند الأول:مبدأ استقلال الذمة المالية في الفقه الإسلامي

لابد من الإشارة أولا لربط الفقهاء بين مصطلحي الذمة و الأهلية<sup>1</sup>، إلى درجة نتوهم أحيانا إنهما مترادفان ،فلا يخلو حديث عن الذمة من الحديث عن أهلية الوجوب خاصة ،و كذلك العكس،و يظهر لنا هذا جليا من خلال تعريف صدر الشريعة<sup>2</sup> للذمة حين جعلها وصفا يصير به الإنسان أهلا لما له من الحقوق وما عليه من الواجبات<sup>3</sup>،و يبان ذلك أن الله عزوجل قد اختص الإنسان بأمر لا توجد في غيره أي صالحا لأن تكون له حقوق و تترتب عليه واجبات يؤاخذ على التفريط بها، فلا بد إذن أن يكون فيه ما أهله لهذه الخصوصية من خلال وصفه بالذمة،فالذمة كون الإنسان صالحا لأن تكون له حقوق و عليه واجبات .

و تأكيدا للتباين ما بين أهلية الوجوب و الذمة فإن الفقهاء يصورون في الحق و الذمة في صورة الشاغل و المشغول فيقولون أن ذمته مشغولة بكذا و إن الدين في الذمة وصف شاغل لها مما يفيد أن الذمة غير أهلية الوجوب التي هي مجرد القابلية فلا يصح أن يقال إن أهليته أو قابليته مشغولة بالدين.<sup>4</sup>

و تأصيلا لمبدأ استقلال الذمة المالية نجد أن الشريعة الإسلامية قد حددت الحقوق و الواجبات المالية التي ينشؤها عقد الزواج ،فبديهي أن لا يناقش الفقهاء المتقدمون بصورة مباشرة مسألة النظام المالي بين الزوجين، فالعقد هنا لا يمس الذمة المالية الخاصة بكل من الزوجين كأصل عام إذ يبقى كل من

<sup>1</sup> \_ تم التطرق لتعريف الأهلية بأقسامها في الفصل الأول.

<sup>2</sup> -صدر الشريعة:هو عبيد الله بن مسعود بن تاج الشريعة ينتهي نسبه إلى الصحابي الجليل عبادة بن الصامت رضي الله عنه ،فقيه و أصولي و محدث و مفسر و أديب له م صنفاً كثيرة منها التنقيح جمع فيه بين كلام البزدوي و كلام ابن الحاجب و رتبه ترتيباً حسناً.

<sup>3</sup> \_ أبو الوفا،الجواهر المضية في طبقات الحنفية،(369/4).

<sup>4</sup> \_ التفتازاني،شرح التلويح على التوضيح،(161/2).

<sup>4</sup> \_ الزرقا مصطفى، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل إلى نظرية الإلتزام،دمشق،1967م،(315/2-314).

الزوجين محتفظا بملكيته الكاملة لأمواله دون أن يكون للزوج الآخر سلطة عليها، و تبقى ديون كل منهما خاصة بصاحبها ملتزما بالوفاء بها.<sup>1</sup>

و بالرجوع لمصادر الشريعة الإسلامية نجد أنها أولت عناية فائقة للمال حتى قرنه القرآن الكريم بالنفس

أو الولد في مواطن كثيرة **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ**

**وَالْقَنْطَرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَالْأَنْعَمِ وَالْحَرْثِ ذَلِكَ**

**مَتَعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَاللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَعَآبِ ﴿١٤﴾** [ آل عمران : 14].

فقد ذكر الله عزوجل المال ضمن زينة الحياة الدنيا؛ باعتباره من أنواع الملاذ، كالنساء والبنين، وحب المال، و تارة يكون للفخر، والخيلاء، والتكبر على الضعفاء، والتجبر على الفقراء فهذا مذموم، وتارة يكون للنفقة في القربات، وصلة الأرحام ووجوه البر، والطاعات فهذا محمود ممدوح شرعا.<sup>2</sup>

وقد اهتم الإسلام بفرض الحماية على المال بشتى الوسائل فنهى عباده المؤمنين من أن يأكلوا أموال بعضهم بالباطل أي بأي أنواع المكاسب التي تكون غير شرعية، و عموم النصوص الشرعية جاءت تحرم أكل أموال الناس بالباطل والتحايل والنكران لسعي الآخرين، والتعدي على ممتلكات الغير

وإجحاف حقوقهم وكدهم ، **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ**

**بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ**

**رَحِيمًا ﴿٢٩﴾** [ النساء : 29].

فقد نهى الله تعالى عباده المؤمنين عن أن يأكلوا أموال بعضهم بعضا بالباطل؛ أي بأي أنواع المكاسب التي تكون غير شرعية، كأنواع الربا؛ والقمار، وما جرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية- مصر، (د.ط)، 2009م، ص21.

<sup>2</sup> \_ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (1/344).

<sup>3</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (5/152).

وفي المجال الأسري اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ المال من الضياع و شرعت مجموعة من الوسائل

الوقائية لحمايته من كل تطاول **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ**

**رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ۖ﴾ [ النساء: 06].**

فالخطاب في الآية الكريمة يحث على رعاية أموال اليتامى و عدم التفرقة في دفع أموالهم إليهم بعد إيناس الرشد ذكورا كانوا أو إناثا، فالحكم يخصهما معا فالإسلام إذا في عقد الزواج يولد رابطة شخصية بين الزوج و الزوجة تتمثل في الاحترام المتبادل و علاقة ذات طبيعة مالية تتمثل في المهر والنفقة و بذلك تشغل ذمتها المالية التي لها أن تتصرف و تسيرها كما شاءت.<sup>1</sup>

فضلا عن تعزيز حماية الحقوق المالية لكل من الزوجين انطلاقا من الذمة المالية المستقلة لكل واحد منهما كمبدأ عام وأصلي، وقد جاءت النصوص متضافرة تؤكد هذا المبدأ منها:

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ**

**وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ۝۳۲﴾ [ النساء: 23]**

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ**

**فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا**

**أَوْ دَيْنٌ ۖ﴾ [ النساء: 12]**

فالإسلام مبني على أساس المساواة في تمام الأهلية بين الرجل والمرأة ، فالمرأة مثل الرجل تتمتع بالحقوق كذلك، فلها أن تكسب المال بجميع أنواع الكسب كما في الآية الأولى، وكالإرث في الآية الثانية، أما الآية الثالثة فتدل على نصيب الزوج في تركة زوجته، وهذا يدل على أن التركة كانت ملكا خاصا له.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ الجصاص، أحكام القرآن، (2/ 356).

<sup>2</sup> \_ الجليلي سبيع، استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وآثارها في مدونة الأسرة دراسة تأصيلية،

مجلة الفقه و القانون، يناير 2013م، ع: 03، ص5.

يقول محمود شلتوت: " فأباح لها أن تملك و أن تتصرف فيما تملك و أباح لها توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بنفسها و أباح لها أن تضمن غيرها و أن يضمنها غيرها و أباح لها توكيل غيرها فيما لا تريد مباشرته بنفسها و أباح لها أن تضمن غيرها و أن يضمنها غيرها و أباح لها كل ذلك على نحو ما أباحه للرجال سواء بسواء و لا نعلم أحد من فقهاء الإسلام رأى أن النصوص الواردة في مباشرة التصرفات المالية خاصة بالرجل دون المرأة ".<sup>1</sup>

قَالَ (الرَّبِّيُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَمَلٍ مِّنْكُمْ مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ ۖ بَعْضُكُمْ مِّنْ بَعْضٍ ۗ ﴾ [ آل عمران : 195 ]

فالنصوص القرآنية جاءت تخص الذمة المالية للمرأة عموماً والمتزوجة على وجه الخصوص ، فالمرأة كشتيقها الرجل لها ذمتها المالية المستقلة و هي تتمتع بحق القيام بكل المعاملات التي من شأنها إثراء هذه الذمة ، ويمكن ذكر مجموعة منها كالآتي :

• قَالَ (الرَّبِّيُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ۗ ﴾ [ النساء : 23 ].

ووجه الدلالة أن الآية دلت على أن للمرأة نصيباً من الإرث مما تركه الوالدان والأقربون ، مثلها مثل الرجال ، وبذلك نقضت ما كان يفعله العرب في الجاهلية من عدم توريث النساء.<sup>2</sup>

• قَالَ (الرَّبِّيُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ۗ ﴾ [ النساء : 04 ]

فالزواج في الإسلام لا أثر له على أموال الزوجين سواء كان منقولاً أو عقاراً اكتسب قبل الزواج أو بعده ،<sup>3</sup> حيث أصبح في استطاعة المرأة أن تكسب المال وأن تحوزه كالرجل دون تمييز بينهما، تباع وتشترى وتهب لمن تشاء ، والآية جاءت لتنشئ للمرأة حقاً صريحاً ، وحقاً شخصياً في صداقها ، وتنبيء بما كان واقعاً في المجتمع الجاهلي من هضم هذا الحق في صور شتى، فإن طابت

<sup>1</sup> \_ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة ،ص231.

<sup>2</sup> \_ ابن عاشور ، التحرير والتنوير ،(4/249).

<sup>3</sup> \_ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة و الوراقة الوطنية-مراكش، ط: الأولى، 2005م، ص05.



نفس الزوجة بعد ذلك لزوجها عن شيء من هذا الصداق كله أو بعضه فهي صاحبة الشأن في هذا تفعله عن طيب نفس وراحة خاطر.<sup>1</sup>

- **قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصِفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»** [ البقرة: 237 ]

فالآية صريحة في إقرار نصف الصداق للمطلقة قبل الدخول وهو ليس من كسبها ولم تشارك فيه، فما بالك إذا كان حقا لأحدهما وملكا في ذمته، أو شارك في إيجاده - وإن انعدمت البينة - كيف يُستولى عليه، وتأكيدا على استقلال الذمة المالية للمرأة هنا قدم عفوها على عفو ولي نكاحها.<sup>2</sup>

- **ماروي أن رسول الله ﷺ - كان يخرج يوم الأضحى ويوم الفطر فيبدأ بالصلاة ، فإذا صلى صلاته وسلم قام فأقبل على الناس وهم جلوس في مصلاهم ، وكان يقول: «تصدقوا تصدقوا تصدقوا» وكان أكثر من يتصدق النساء.<sup>3</sup>**
- **والحديث فيه جواز صدقة المرأة من مالها بغير إذن زوجها ، ولا يتوقف ذلك على ثلث مالها ، هذا مذهب الجمهور و قال به النووي.<sup>4</sup>**
- **كانت خديجة - رضي الله عنها - تاجرة موسرة ، تتصرف في مالها بكل حرية قبل زواجها بالني - ﷺ - وبعده ، وقال الإمام مالك رحمه الله: "ليس للزوج قضاء في مال امرأته ، قبل دخول بها ولا بعده".<sup>5</sup>**

<sup>1</sup> \_ سيد قطب ، في ظلال القرآن ، (1/585).

<sup>2</sup> \_ محمد خلف يوسف ، الذمة المالية للمرأة ، اقرأ - مصر ، ط: الأولى ، 2003 م ، ص 34.

<sup>3</sup> \_ مسلم ، الجامع الصحيح ، كتاب الصلاة ، باب صلاة العيدين ، رقم الحديث: 889 ، (1/432).

<sup>4</sup> \_ النووي ، شرح النووي لصحيح مسلم ، (6/1095).

<sup>5</sup> \_ مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، (14/203).

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

و هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة ووافقهم الظاهرية.<sup>1</sup>

- جاء في مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته السادسة عشر الذي عقد بدبي : " التأكيد على استقلال الذمة المالية للزوجين خاصة للزوجة والتي لها الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع بما تكسبه من عملها، ولها ثرواتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بما لها".<sup>2</sup>

و إذا كان هذا هو الأصل أي استقلال الذمة المالية لكل من الزوج و الزوجة إلا أن الإمام مالك له رأي مخالف لجمهور الفقهاء حيث يرى أنه لا يحق للزوجة إجراء بعض التصرفات دون إذن زوجها، لأن له حقا متعلقا بما لها وليس لها ذلك إلا في حدود الثلث بالنسبة لبعض التصرفات بدون عوض كالهبة والقرض والكفالة و غير ذلك يتوقف عن إجازة الزوج ؛ و روى عنه رد الثلث ، إذا كان القصد من تصرفها إلحاق الضرر بالزوج ، أما إذا كانت الهبة للزوج فهي صحيحة و لو بجميع مالها لأن الحجر عليها في ذلك كان بحق ، وبما أن الزوج هو الموهوب له فلا اعتراض لأحد عليهما.<sup>3</sup>

وقد اعتبر رأي المالكية فريد من نوعه في مسألة استقلال المرأة بما لها قال ابن حزم: " أما قول مالك فما نعلم له متعلقا لا من القرآن و لا من السنن و لا من رواية سقيمة و لا من قول صاحب و لا تابع ... "4

و قد أستدل المالكية بالكثير من الأدلة منها ما يأتي :

- **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ**

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس-مسعد عبد الحميد، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1994م، (2/113). ■ ابن قدامة، المغني، (6/602) ■ ابن حزم، المحلى، (7/181).

<sup>2</sup> \_ مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة عشر، دبي قرار رقم 144 (2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة <http://www.iifa-aifi.org/2174.html> تاريخ التصفح: 2016-05-30م.

<sup>3</sup> \_ الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت)، (3/307-308). ■ الدسوقي، حاشية الدسوقي، (4/298) ■ الخطاب، مواهب الجليل، (5/665).

<sup>4</sup> \_ ابن حزم، المحلى، (7/185).

وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَاهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاجِعِ وَاصْرَبُوهُمْ فَإِنَّ  
أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾

[ النساء:34 ]

و تم الرد أن الآية لا تدل على منع النساء من التصرف في أموالهن ، وإنما تدل على أن الرجال يقومون بالنظر على أموال النساء ، وهم لا يجعلون هذا النظر للزوج فقط بل لها أن توكل للنظر في مالها ما شاءت.<sup>1</sup>

• حديث رسول الله - ﷺ - : «لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»<sup>2</sup> و تم الرد أن الحديث محمول على حسن العشرة و استطابة النفس.<sup>3</sup>

البند الثاني: مبدأ استقلال الذمة المالية في القانون الجزائري

لابد من الإشارة أن الأسرة الجزائرية كانت إلى وقت قريب أسرة ممتدة بسيطة في جانبها الاقتصادي لهذا لم تكن مسألة الذمة المالية تطرح أصلا كإشكال لابد من معالجته من الناحية القانونية.

لكن - كما سلف ذكره - نظرا للتحويلات التي مست المجتمع في جميع جوانبه كان هناك تأثيرا على نظام الأسرة الجزائرية، باعتبار هذه الأخيرة عرضة للحركة والتغيير والتأثر تحت أي عامل يطرأ على المجتمع، ومن ثمّ وجب حمايتها بنظام تشريعي متكامل، فقد أشار المشرع الجزائري في تحديده لنوع النظام المالي الذي يجمع بين الزوجين كأصل عام أقر مسألة استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين من خلال النصوص القانونية التي جاءت قبل تعديل قانون الأسرة في 2005م، وهو بهذا قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء في الأخذ بمبدأ انفصال الأموال بين الزوجين.

فقد نصت المادة 38 - الملغاة - من قانون الأسرة في فقرتها الثانية على أنه: " للزوجة الحق في حرية التصرف في مالها"، فالمشرع أعطى للمرأة حرية التصرف في أموالها المهرية دون قيد يذكر، فالصداق ملك خالص للزوجة تتصرف فيه كما تشاء و لا حق للزوج مطالبتها به أو بجزء منه.

<sup>1</sup> \_ ابن حزم ، المحلى ، (7 / 190).

<sup>2</sup> \_ النسائي، السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم الحديث: 2526، (64/4). ■ أبو داود ، سنن أبي داود، كتاب الإجارة ، باب في عطية المرأة بغير إذن زوجها، رقم الحديث: 3547، (500/2).

<sup>3</sup> \_ ابن حزم ، المحلى ، (7 / 189).

وعليه تحتفظ الزوجة بشخصيتها عند زواجها وإبقاء ذمتها المالية مستقلة عن زوجها، كما لها الحق في أن تدير أموالها في أمور تجارية أو غيرها، وليس للزوج الحق في منعها، وهذا خلافا لما يوجد في الأنظمة الغربية من أن الزوجة تفقد اسمها وحريتها في التصرف في أموالها.<sup>1</sup> ولم يعتد المشرع الجزائري برأي المالكية وأقر مبدأ حرية المرأة في التصرف في أموالها من خلال هذه المادة.<sup>2</sup>

ضف إلى ذلك فالمرأة أيضا تنفرد بمجموعة من العناصر تدخل في ذمتها المالية حسب المادة 14 من قانون الأسرة: 84-11 و التي تنص على أن: "الصدّاق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود وغيرها من كل ماهو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ثم جاء المشرع الجزائري ليتبنى استقلالية الذمة المالية للزوجين من خلال نص المادة 37 من قانون الأسرة المعدل في فقرتها الأولى والتي تنص على أنه: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر..". و هذا تأكيدا لمبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين الذي تقرره الشريعة الإسلامية.

فإذا كان عقد الزواج في التشريع الجزائري يجمع بين الرجل والمرأة، ويرتب حقوقا شخصية متبادلة فلا يمكن لهذا الاقتران أن يجعل من كلا الزوجين شخصية واحدة، فلكل واحد من الزوجين شخصية مالية مستقلة عن شخصية الآخر

وترتبا على ذلك فكل ما تشمله الذمة المالية - من عناصر إيجابية وسلبية - تبقى في ملكية صاحبها، وهو وحده المسؤول عنها.

وكل واحد من الزوجين أن يحتفظ بملكته لأمواله الخاصة فتبقى ممتلكات الزوجين منفصلة بعضها عن بعض، و كل طرف له الحق في استعمال ماله الخاص به كأن يكون دارا فيسكنها، وله أيضا استغلال ماله الخاص به كأن يكون دارا فيؤجرها للغير، وأخيرا يمكن له التصرف في ماله الخاص به كأن يكون له دارا فيبيعها، وعلى ذلك يوصف حق الملكية بأنه جامع لحق الاستعمال و الاستغلال والتصرف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي. الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص164.

<sup>2</sup> \_ هجيرة دنوبي، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، ص160.

<sup>3</sup> \_ كان للمشرع التونسي نظرة مختلفة للنظام المالي بين الزوجين نظام الاشتراك في الأموال، حيث أعطى للزوجين عند إبرام عقد الزواج إما اختيار نظام الفصل بين الأملاك طبقا لمجلة الأحوال الشخصية، أو نظام الاشتراك طبقا لأحكام القانون عدد 94 لسنة 1998، و يرى شراح القانون التونسي أن تطور المجتمع التونسي و استقرار الخيارات الأساسية التي تضطلع به المرأة سواء العاملة

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية - باستثناء التشريع التونسي - جاء موافقا لأحكام الشريعة الإسلامية، جاء في عرض أسباب هذه المادة بأنها تؤكد على استقلالية الذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية و تنص على أن الزوجين أن يتفقا على ما يملكه كل واحد منهما من الأموال المكتسبة على سبيل الاشتراك.<sup>1</sup>

والنظام الذي يحكم العلاقات المالية بين الزوجين قانونا بموجبه يستقل كل منهما بالتصرفات المالية والآثار المترتبة عليها، ثم إن حق الزوج على زوجته باعتباره رئيسا للعائلة قاصر على وجوب طاعة الزوجة له فيما يتعلق بشخصها ولا شأن له - كأصل عام - في مالها و تصرفاتها المالية.<sup>2</sup>

و يمكن تحديد مكونات الذمة المالية للزوجة فيما يلي:<sup>3</sup>

- الأموال المنقولة و العقارات التي اكتسبتها قبل إبرام عقد الزواج.
- الديون المستحقة لها اتجاه الغير و الديون التي بذمتها لفائدة الغير.
- ما قد يؤول إليها عن طريق الهبة أو الإرث أو الوصية أو عن طريق تعويض شخصي.
- الصداق و الهدايا التي يقدمها الزوج أثناء الخطبة وعند إبرام عقد الزواج.
- ماتحضره لبيت الزوجية من أثاث و متاع و مجوهرات و مواد أخرى.

والمشرع الجزائري بهذا يكون قد عمل على تكريس هذا المبدأ بما يتلائم و تحقيق الانسجام مع بقية القوانين الأخرى؛ ففي القانون المدني أكد المشرع الجزائري في نصوصه على استقلالية الذمة المالية للزوجين، متسقا في ذلك مع النظام المقرر في الفقه الإسلامي، ويظهر هذا من خلال تسويته بين المرأة

---

أو غير العاملة في تنمية موارد العائلة و تنظيم نفقاتها و إزاء الاشتراك الواقعي و الفعلي التي تقتضيه الحياة الزوجية أضحت النصوص القانونية التقليدية- في نظرهم - غير قادرة على تأطير العلاقات المالية داخل الأسرة علاوة على أن نظام الانفصال في الأموال كمبدأ قانوني عام مثل أحد مظاهر هشاشة الروابط الزوجية فأضحت ضرورة ملحة لإيجاد أحكام خاصة تنظم الأملاك العائلية في إطار أموال متكامل يأخذ الاعتبار مجهود كل من الزوجين في إثراء الجانب المالي للعائلة.

للح: بديع بن عباس، نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين بين الواقع و القانون، مجلة القضاء و التشريع، مركز الدراسات القانونية و القضائية- تونس، سنة 2009م، ع: 08، ص 50 و ما يليها.

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 107.

<sup>2</sup> \_ عمر صلاح الحافظ العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ط: الأولى، 2010م، ص 64

<sup>3</sup> \_ أسية بوخاتم، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة مقارنة، ص 136.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

والرجل في إبرام التصرفات المالية، حيث منحهما ضمانات في عدم تدخل الطرف الآخر في التصرفات المالية التي يقومان بها، سواء أكانت هذه التصرفات دائرة بين النفع والضرر أم كانت ضارة ضرراً محضاً.<sup>1</sup> فتتص المادة 40 من القانون المدني على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد 19 سنة كاملة"<sup>2</sup> فالمواد المنظمة لهذه التصرفات وردت بصيغة عامة دون أن تفرق بين الرجل والمرأة.<sup>2</sup> وجاءت المادة 674 من القانون المدني الجزائري لتعطي للزوجة الحرية في استخدام أموالها كيف تشاء وليس من حق الزوج التدخل في ذلك حيث جاء نص المادة كما يأتي:

" الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة".

ولا يختلف الأمر عن القانون التجاري فقد ساوى المشرع الجزائري بين الرجل والمرأة في حرية التصرف في الأموال وممارسة التجارة حسب ما جاءت به المادة 8 من القانون التجاري<sup>3</sup>، والتي جاء فيها: "تلتزم المرأة التاجرة شخصياً بالأعمال التي تقوم بها لحاجات تجارتها، ويكون للعقود بعوض التي تتصرف بمقتضاها في أموالها الشخصية لحاجات تجارتها كامل الأثر بالنسبة للغير"<sup>4</sup> وجاءت المادة 7 من نفس القانون لتؤكد مبدأ استقلال الذمة المالية على الأخص بالنسبة للزوجة حيث اعتبرت أن المرأة المتزوجة لا تكتسب صفة التاجر إلا إذا مارست الأعمال التجارية لحسابها الخاص، وليس لحساب زوجها.

وإذا كانت هذه النصوص توحى بشكل ضمني على استقلال كل من الزوجين بأمواله فلا بد من الإشارة أن مبدأ استقلالية الذمة المالية هو أصل عام يخص كل من الزوج والزوجة وبالتالي فإن كلاهما يبقى مالكا لجميع الأموال التي كانت قبل الزواج أو أثناء الحياة الزوجية، لكن هذه المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة فبالنسبة لأموال الزوج باعتباره هو المكلف وحده بالإنفاق حسب المادة 74 من قانون الأسرة و

<sup>1</sup> \_ بلقاسم مطالي، أحكام الذمة المالية للزوجة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة - كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2007-2008م، ص41.

<sup>2</sup> \_ مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2004، ع:04، ص 46 - 47.

<sup>3</sup> \_ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975. القانون التجاري المعدل و المتمم

للجريدة الرسمية، التاريخ: 27 ديسمبر 2015، ع 71.

التي تنص على أنه : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه " وما يليها إلا في حالة إعساره فهنا تكون النفقة على الأم حسب نص المادة 76 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك ".  
و في حالة الطلاق يتحمل الزوج أعباء الحضانة حسب ماجاء في المادة 72 من قانون الأسرة، وإعداد مسكن الزوجية حسب نص المادة 78 من قانون الأسرة، وغيرها من التكاليف المالية التي لا تقع على المرأة، وفي حالة إعسار الزوج، وعدم قدرته على الإنفاق، فإن المشرع الجزائري أجاز للمرأة طلب التطليق وفق المادة 53 في فقرتها الأولى من قانون الأسرة، وهذا بعد صدور حكم قضائي بوجوب النفقة فلا يجوز للزوجة التقدم أمام المحكمة لطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدارها لحكم قضائي بوجوب النفقة و كل مشتملاتها وفق المادة 78 من قانون الأسرة أي نفقة الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو أجرته و ما اعتبر من الضروريات حسب العرف و العادة.

#### البند الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري

يعتبر مبدأ الاستقلالية المالية للزوجين من أكثر الأنظمة بساطة والتي تتأسس على مبدأ الحق في اكتساب الأموال و في التصرف فيها ؛ و التمتع بها باستقلالية تامة و دون تدخل من الطرف الآخر تبرز أهمية هذا المبدأ لكل واحد من الزوجين في الحرص على عدم اغتناء أحدهما على حساب الذمة المالية للآخر بعيدا عن مقاصد الزواج و أهدافه، كما أن إقرار هذا المبدأ من شأنه أن يخول لكل من الزوجين الحفاظ على أمواله المكتسبة قبل الزواج و تنميتها في استقلال تام عن الذمة المالية للزوج الآخر سواء بشكل إيجابي أو سلبي، فيبقى كل طرف مسؤولا عن ديونه سواء قبل الزواج أو بعده.

ومسألة استقلال الذمة المالية التي يعتبرها المشرع الجزائري هي الأصل العام، جاءت موافقة للشريعة الإسلامية و التي تعتبر نظرة مقاصدية لها أبعاد إيجابية تخص كل من الزوجين؛ و التي تأخرت القوانين الغربية في تنظيمها؛ فبالنظر للقوانين الغربية نجد أن المشرع الفرنسي - على سبيل الذكر - لم يعرف هذا النظام إلا سنة 1965م، حيث جاء النص على أنه يجوز للزوجين الاحتفاظ بأموالهما الخاصة خلال الحياة الزوجية و التصرف فيها بكل حرية على الانفراد و دون اشراك الزوج الآخر.<sup>1</sup>

1 \_

Article 1403 :code civil

Chaque époux conserve la pleine propriété de ses propres.

La communauté n'a droit qu'aux fruits perçus et non consommés. Mais récompense pourra lui être due, à la dissolution de la communauté, pour les fruits que l'époux a

و تأكيد المشرع على هذا المبدأ له مبرراته خاصة مع وجود نساء متزوجات صاحبات ثروة من جهة ووضع المرأة و الرجل كلاهما على قدم المساواة بشأن استقلال الذمة المالية ،حيث تفادى المشرع تخصيص الزوجة بالقاعدة القانونية دون الزوج على عكس ما كانت عليه المادة 38 من قانون الأسرة- الملغاة - و التي كانت تنص على أن : " للزوجة الحق في التصرف في مالها ".  
و حق التصرف إن كان ينصب على ما تملكه الزوجة إلا أنه غير كاف للقول باستقلال الذمة المالية للزوجة فالتصرف يشمل الجانب الإيجابي من الذمة المالية و يبقى جانب آخر و هو الجانب السلبي المتمثل في ما تتحمله المرأة من أعباء مالية كالديون و الرهون و القروض و غيرها.  
لذلك فاستعمال المشرع لعبارة "الذمة المالية" أحسن من عبارة "حق التصرف في المال " باعتبار الأولى تستغرق الثانية و الأخيرة ليست جزء من الأولى.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: مبدأ الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين

بعد أن قام المشرع الجزائري بتأصيل مبدأ استقلالية الذمة المالية للزوجين في المادة 37 الفقرة الأولى جاء في الفقرة الثانية و قام بتوسيع إرادة كليهما و إعطاءهما أكثر حرية لتنظيم شؤونهما المالية، فجاءت الفقرة الثانية تنص على: " غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل و تحدد منهما ".

و يمثل هذا التعديل الجديد الذي أدخله المشرع من أهم مقتضيات الجديدة التي جاء بها قانون الأسرة المعدل ،و الذي يواكب التطور الذي عرفه المجتمع خاصة بعد دخول المرأة مجال العمل بكثافة و بالتالي مساهمتها الفعالة في ميزانية الأسرة و تنمية ممتلكاتها أثناء فترة العلاقة الزوجية.

والتعديل لا يجبر الزوجين على نظام مالي معين بل تترك لهما الحرية في اختيار العلاقات المالية التي تتناسب و مصالحهما المالية و الاقتصادية و تحديد ذلك بالاتفاق المشترك سواء في عقد الزواج أو عقد

---

négligé de percevoir ou a consommés frauduleusement, sans qu'aucune recherche, toutefois, soit recevable au-delà des cinq dernières années.

Article 1428 :

Chaque époux a l'administration et la jouissance de ses propres et peut en disposer librement .

↳ Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>1</sup> \_ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، 433.

رسمي لاحق، وفي حالة عدم الاتفاق يخضع الزوجان للأصل العام الذي حددته المادة 37 و هو استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين.<sup>1</sup>

البند الأول: تأصيل مبدأ المشاركة في الأموال بين الزوجين

أولاً: في الفقه الإسلامي

إذا كان مبدأ استقلال الذمم المالية من الناحية النظرية يحقق المساواة المالية بين أفراد الأسرة الواحدة و يضمن حرية التصرف لكل من الزوج و الزوجة في أموالهما والتمتع باستقلال ذمتهم المالية دون وصاية أو تدخل من أحد، فإن متطلبات الحياة الأسرية المشتركة من الناحية الفعلية، غالباً ما تدفع أفراد الأسرة إلى المساهمة بجهدهم المادي والمعنوي في سبيل الحفاظ على مصالحهم المالية، وضمان استمرارها، وقد يتطور الأمر إلى حد المساهمة في تكوين و تنمية و إثراء الذمة المالية لكل منهما، وهو ما يؤدي في كثير من الحالات، إلى خلق نوع من الاشتراك و الاتحاد الفعلي للأموال لكل من الزوجين، ويطرح بالتالي إشكالية الحفاظ على الاستقلال المالي لأفراد الأسرة من الناحية الفعلية و إمكانية الاشتراك من ناحية؛ و من ناحية أخرى مدى مشروعية هذا الاشتراك في الذمم في الشريعة الإسلامية.

إنّ الشريعة الإسلامية - و إن - أقرّت استقلال ذمم الزوجين كمبدأ عام؛ لكن هذا لا ينفي وجود الاتحاد و المشاركة بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية و شخصية كل زوج.<sup>2</sup>

ومبدأ المشاركة التي تبني عليها العلاقة الزوجية هي المشاركة الإيجابية، و التي أساسها صفتان جوهريتان : المودة بمعناها الحب والصدقة و الصحبة؛ و الرحمة بمعناها التفاهم و المصلحة و العفو و الاحتمال

كل ذلك تحت إطار الهدف العام و هو السكينة و الطمأنينة<sup>3</sup>، مصداقاً لقول النبي ﷺ ﴿لَا تَزَالُ تَطَّلِقُ الْمَلَائِكَةَ عَلَيْهِمْ سَلَامٌ يَأْتُونَكَ بِمَا لَمْ يَحْضُرُوا وَلَهُنَّ أَعْيُنٌ عَلَىٰ مَا غَبَرَ عَنَّا﴾ (٢٠) وَمِنْ

<sup>1</sup> بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 319.

<sup>2</sup> محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، 2005م-2006م، ص 41.

<sup>3</sup> عمران عبد الرحيم، تنظيم الأسرة في التراث الإسلامي، صندوق الأمم المتحدة للسكان، 1994م، ص 20.

ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ [الروم: 21].

فالعلاقة الزوجية مؤسسة متكامل فيها جهود الرجل مع المرأة للقيام بالمسؤولية اتجاه بناء الأسرة على حد سواء، و من هنا فلا ريب أن الشراكة المادية بين الزوجين مسألة تفرضها طبيعة العلاقة بينهما، و من محاسن السيدة خديجة - رضي الله عنها - تسخيرها لما لها لخدمة زوجها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذي قال في حقها : « ما أبدلني الله عز وجل خيراً منها قد آمنت بي إذ كفر بي الناس وصدقتني إذ كذبني الناس وواستني بما لها إذ حرمني الناس ومرضقني الله عز وجل ولدها إذ حرمني أولاد النساء ».<sup>1</sup>

وفكرة الشراكة في حد ذاتها تفرضها طبيعة العلاقة بين الزوجين التي تسودها المودة و الرحمة ، والعلاقة الزوجية مبنية على المناصرة والتآزر والتشارك ماديا ومعنويا، ومال وعمل الزوجة عوناً للرجل، ثم إن الكثير من القواعد تنص على جواز الاشتراك بين الزوجين في الأموال كمبدأ عام "فالأصل في الأشياء الإباحة".<sup>2</sup>

فالشريعة الإسلامية و إن أقرت استقلال ذمم الزوجين كمبدأ عام، لا تنفي وجود هذا الاتحاد بل على العكس من ذلك فهي ترغب فيه وتدعو إليه لتوحيد الرؤى والمصالح بين الزوجين لما يمكن أن ينتج عنه من الاندماج والانسجام المؤدي إلى تدعيم وتوطيد العلاقة بينهما في احترام متبادل لخصوصية وشخصية كل زوج.<sup>3</sup>

ثانياً: في الفقه القانوني

تعود الجذور التاريخية لنظام الأموال المشتركة إلى الحضارات القديمة ففي الحضارات الشرقية أظهرت التقنيات الفرعونية وجود النظام الاشتراكي في مصر الفرعونية، إذ كان الزواج يقترن باتفاق خاص بين الزوجين. بموجبه يتم تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين و هذا الاتفاق كان يتضمن إنشاء مجموعة من الأموال تكون مملوكة ملكية مشتركة للزوجين، فكان كل من الزوجين يساهم في إيجاد هذه المجموعة من الأموال المشتركة بنصيب من أمواله الخاصة فكان الزوج يأتي بثلثي الأموال و الزوجة

<sup>1</sup> - أحمد بن حنبل، مسند الإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن حنبل، مسند النساء، حديث السيدة عائشة، رقم الحديث: 25376، ص 1858.

<sup>2</sup> - الزحيلي، القواعد الفقهية، (90/1).

<sup>3</sup> - محمد أقاش، النظام المالي للزوجين على ضوء مدونة الأسرة، ص 41.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

تأتي بالثلث و تعد المكاسب المتحققة أثناء الزواج مملوكة ملكية مشتركة طبقا للنسبة السابقة و كان الزوج مستقل بإدارة هذه الأموال المشتركة ؛ و ليس له حق التصرف فيها أو في أي منها دون موافقة الزوجة، و إذا تم الطلاق يتم تقسيم الأموال المشتركة و المكاسب المتحققة بين الزوجين بنسبة الثلثين للزوج و الثلث للزوجة.<sup>1</sup>

و لم يختلف الأمر في بلاد الرافدين فجاءت نصوص حمورابي تدل على أن كل من الزوج و الزوجة يشتركان في أموالهما ؛ أي بمعنى أن طبيعة النظام المالي القائم هو نظام المشاركة.<sup>2</sup>

أما في الحضارات الغربية ففي القانون الروماني كانت أموال كل من الزوج و الزوجة مختلطان بفعل نوع الزواج الذي كان سائدا ، حيث تصبح جميع أموال الزوجة ملكا للزوج و تحت تصرفه ، أو تقدم الزوجة جزء من المال إلى الزوج لتساعده على تصريف شؤون الأسرة ، وهذا النوع لم يعد له وجود مع مطلع القرن الرابع بعد الميلاد.<sup>3</sup>

ثم عرف هذا النظام انتشارا واسعا في النصف الثاني من القرن العشرين مما جعل بعض فقهاء القانون يقر بأن نظام الانفصال في الذمم المالية بين الزوجين في تراجع كبير على حساب نظام الأموال المشتركة من خلال تبني الكثير من الدول لهذا النظام بدل الفصل بين ذمتي الزوج و الزوجة المالية على سبيل الذكر بعض الدول في أمريكا اللاتينية و بعض الولايات من الولايات المتحدة الأمريكية.<sup>4</sup>

و أخذت معظم الدول الأنجلوسكسونية بنظام الانفصال المالي حيث مستقل كل من الزوجين بملكية أمواله المحصل عليها قبل أو بعد الزواج و هو مبدأ معترف به في بريطانيا من طرف الهيئة القضائية باعتبار أن الزواج له تأثير على الأهلية الخاصة بالزوجة؛ بينما معظم التشريعات الغربية الأخرى تأخذ

<sup>1</sup> رعد مقداد محمود الحمداي، النظام المالي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الفرنسية، دار الثقافة - عمان، ط: الأولى، 2003م، ص26. أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، (د.ط)، 1999م، ص390.

<sup>2</sup> عبد الحكيم الذنون ، التشريعات البابلية ، دار علاء الدين - دمشق ، ط: الأولى ، 1992م، ص62. رعد مقداد محمود الحمداي، النظام المالي للزوجين ، ص19-20. أحمد إبراهيم حسن ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص129.

<sup>3</sup> صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة - عمان ، ط: الأولى، 1998، ص156 سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرنسي و مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرين ، دار السلام - القاهرة ، ط: الأولى، 2001م، (1/223).

<sup>4</sup> PIERRE spiteri, L'Egalité des époux dans le régime matrimonial legal Etude de réforme législative, thèse de doctorat en droit , université d'aix-en provence , faculté de droit , 1962, p3-2.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

بفكرة النظام المالي للزوجين الذي يقوم على نظام الاشتراك المالي داخل الأسرة بقواعد قانونية تعتمد على الاشتراك المالي كمبدأ عام و تترك الحرية للزوجين في اختيار النظام المناسب و الذي يأتي في صور متعددة<sup>1</sup>.

فالمبدأ العام في التشريعات الغربية هو اتحاد الذمة المالية للزوجين أما استقلال الذمة المالية فهو استثناء. فالتشريعات الأوروبية عموما تنظم الآثار المالية المترتبة على الزواج بشكل صريح و تفصيلي. بموجب قواعد و أحكام خاصة حيث تتخذ إحدى صورتين:<sup>2</sup>

- النظام الاتفاقي -regime conyentionnel- فهنا يختار الزوجان نظاما ماليا معيناً لحياتهما الزوجية و اتفقا عليه. بموجب عقد خاص بينهما يسمى مشاركة الزواج .
- النظام القانوني -regime legal- و يطبق هذا النظام حين لا يوجد بين الزوجين مشاركة ( عقد مالي ) ، فإذا لم يتفق الزوجان على نظام مالي معين لحياتهما الزوجية كما يسري النظام القانوني المعين بنص القانون على حياتهما الخاصة كما يسري النظام القانوني في حالة بطلان الاتفاق على نظام مالي آخر.

و يمكن رصد هذه الصور القانونية للنظام المالي في القانون الفرنسي و هو نفسه المتبع في القانون الإسباني، و قريب منه القانون السويسري<sup>3</sup>، و هي نماذج مختلفة تتيح للزوجين الاتفاق حول النظام المالي المشترك بطرق عديدة هي كما يأتي:<sup>4</sup>

- نظام الاشتراك العام - La communauté universelle- الذي تكون فيه جميع أموال الزوجين مشتركة بينهما.
- نظام الاشتراك في المنقولات و المكاسب - La communauté de meubles et acquêts - و الذي تكون فيه أموال الزوجين المكتسبة قبل و بعد الزواج شركة بينهما باستثناء العقارات تبقى خاصة بكل منهما.

<sup>1</sup> \_ REMY Cabrillac, Droit civil, Les régimes matrimoniaux, Mantchrestieur, Paris,p13.

<sup>2</sup> \_رعد مقداد، تنازع القوانين، ص18.

<sup>3</sup> \_ عمر صلاح الحافظ العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص256.

<sup>4</sup> \_ الطيب زروقي ، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 دراسة مقارنة بالقوانين العربية و القانون الفرنسي، مطبعة الفسييلة-الجزائر، 2010م، ص175.

• نظام الاشتراك المنخفض - La communauté réduite aux acquêts - و فيه يحتفظ الزوجان بأموالهما المملوكة عند الزواج أما ما يكتسبانه بعد الزواج يكون شركة بينهما و هذا النظام يسري عادة بين الزوجين اللذين لم يختارا نظاما معيناً.

ولابد من الإشارة هنا أن نظام الأموال المشتركة كان في بداية نشأته يكرس بصفة واضحة و فعلية تبعية الزوجة للزوج حيث كانت الزوجة لا تتمتع بأهليتها القانونية و حرية التصرف و إدارة أموالها و يجعلها تحت وصاية الزوج، ثم انقلب النظام من مكرس لتبعية الزوج إلى علامة من علامات مساواتها به إنطلاقاً من الحياة المشتركة التي تجمع بين الزوج و الزوجة على أساسا التضامن و التنسيق لمصلحة العائلة.<sup>1</sup>

و الواضح أن النظام المالي بين الزوجين تطور شيئاً بعد شيئاً نظراً لتطور المراكز الاقتصادية لكلا الزوجين و بالتالي السماح لهما بمشارطة الزواج و إظهار الإرادة الحرة في تعيين شروط وأحكام هذه المشارطة بما يحقق رغبة كل منهما و توفير الاستقرار العائلي و الرفاهية الاقتصادية لأفراد الأسرة و ضمان الحقوق المالية لكلا الزوجين في إطار المساواة و العدالة.<sup>2</sup>

و لم يجد المشرع الجزائري عن باقي التشريعات الغربية و العربية فقد أفرز الواقع المعيش ضرورة الاشتراك المالي بين الزوجين، فقد أضحى للمرأة بعد خروجها للعمل دوراً اقتصادياً يختلف عن دورها التقليدي في الأسرة و أصبح لها مساهمة فعالة في التكاليف و الأعباء العائلية و مصاريف خاصة بإدارة البيت و تربية الأولاد من جهة و من جهة أخرى مساهمتها في تنمية الثروة العائلية.<sup>3</sup>

والمشرع الجزائري و إن كان جعل النفقة واجبة على الزوج اتجاه الزوجة وفقاً ما قرره المادة 74 من قانون الأسرة، لكن من خلال نص المادة من قانون الأسرة 36 المتعلقة بالحقوق الزوجية و 72 المتعلقة

<sup>1</sup> \_ عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونية التونسية و المقارن، ص 426.

<sup>2</sup> \_ عمر صلاح الحافظ العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص 251.

<sup>3</sup> \_ على سبيل المثال لا الحصر كرس المشرع التونسي على غرار المشرع الفرنسي نظام الاشتراك في الأموال بين الزوجين كنظام مالي اختياري و كان ذلك بموجب القانون رقم: 91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998م و كان لإصدار هذا القانون تجسيدا و استمرار للسياسة التشريعية المتبعة من طرف المشرع التونسي في إطار تكريس التعاون بين الزوجين و في إطار الاعتراف بمجهودات الزوجة التي أصبحت تشارك الزوج الأعباء المالية الناتجة عن الحياة الزوجية و قد تضمن القانون 26 فصلاً تضمنت مجموعة الأحكام العامة لنظام الاشتراك في الأملاك و القواعد المنظمة لما يشمله و الديون المحمولة على المال المشترك و الإشهار القانوني لنظام الاشتراك و كذلك إدارة الأملاك المشتركة و التصرف فيها و كيفية انتهاء الاشتراك بين الزوجين.

للـ: محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، ص 118.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

بوجوب توفير الأب للسكن الملائم للحاضنة في حالة الطلاق نجد أن المشرع يشير على مساهمة الزوجة في الإنفاق و لكن ليس بصورة إلزامية إلا في حالة عجز الزوج عن ذلك و كانت قادرة على الإنفاق. وهذا فيه دلالة عن تغير دور الزوجة النمطي داخل الأسرة نظرا لتطور مفهوم العلاقة المالية التي تجمعها بزوجها و التي عدت مختلطة مما يوجب تنظيمها من الناحية القانونية .

### البند الثاني: صورة الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين

منح المشرع الجزائري حرية إفراغ اتفاق الزوجين حول المكتسبات الزوجية و كيفية إدارتها واستثمارها ونسب الاستحقاق في الرّيع في قالب شكلي قانوني يتمثل في وثيقة تتضمن شروط الاتفاق المبرم بينهما، هذا الاتفاق يكون ملازما ومصاحبا لواقعة إبرام عقد الزواج، أو يأتي لاحقا من غير تحديد الأجل وهذا ما تضمنته أحكام المادة 37 من قانون الأسرة،<sup>1</sup> و بالرجوع للواقع الجزائري نجد أن هناك فعلا ذمة مالية مشتركة بين الزوجين لم يولها المشرع الجزائري العناية التنظيمية القانونية التي تستحقها.<sup>2</sup> وقد اكتفى فقط بإيراد نص المادة 19 من قانون الأسرة التي تجيز الاشتراط في عقد الزواج من غير حصر، فالأمر هنا موكول لإرادة طرفي عقد الزواج إن شاء أدرجا موضوع المكتسبات المالية في عقد الزواج كشرط أو أعرضا عنه، فعدم وجود اتفاق مسبق بين الزوجين على تدبير أموالهما المكتسبة هي الغاية المقررة من نص المادة 37 في فقرتها الثانية.

والواضح من نص المادة القانونية التي استحدثها المشرع الجزائري و التي تبدأ ب: " غير أنه يجوز " أنها قاعدة مكتملة يمكن الاتفاق على مخالفتها، فليس هناك قانونا ما يلزم الزوجان على ضرورة الاتفاق مطلقا، فكلاهما يتمتعان بالذمة المالية المستقلة و لهما الحرية المطلقة في التصرف بأموالهما كما تم ذكره سالفاً، و على هذا الأساس يكون المشرع قد أجاز للمقبلين على الزواج، الاتفاق على تدبير أموالهما التي ستكتسب أثناء الحياة الزوجية، وذلك عن طريق إفراغه في شكل تعاقدية مكتوب، ومبني على سلطان الإرادة ابتداءً وانتهاءً.

و لم يلزم المشرع الجزائري الزوجين باتباع نظام معين لإدارة الأموال المشتركة بين الزوجين، فالنص القانوني يجيز للزوجين و لا يجبرهما على الاتفاق حول الأموال المكتسبة فقط أثناء الحياة الزوجية غافلا

<sup>1</sup> \_ زبيدة إقروفة، النظام المالي بين الزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة

الثالثة، ، كلية الحقوق و العلوم السياسية-جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2012م، المجلد 5، ع: 01، ص56.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص555.

عن الأموال التي تم اكتسابها قبل انعقاد العلاقة الزوجية و قد يتشارك فيها الزوجان خلال الحياة الزوجية، خاصة و أن الزوجة تتسلم المهر الذي يقدمه الزوج طبقا للمواد 14-16-17 من قانون الأسرة ثم تقوم بتجهيز نفسها و بيتها كإسهام جزئي منها في إعداد مسكن الزوجية بأثاثه و مفروشاتة و أدواته و غيرها، وإن كان المهر خالصا لها من حيث الملكية والتصرف فيه رغم الاستعمال المشترك بينها وبين زوجها، فهنا تختلط أموال الزوجة مع أموال زوجها، إضافة هناك أموال مشتركة حقيقية بين الزوجين شارك فيها كل زوج بنصيب معين في اكتسابها في إطار الاستثمار وتنمية أموال الأسرة وزيادة رفاهيتها و من تم تعدد في الواقع العملي مملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين.<sup>1</sup>

و يذهب بعض شراح قانون الأسرة أن المقصود بالملكية المشتركة بين الزوجين هي جميع الأموال المكتسبة بعد الزواج و التي يكتسبها من عملهما مجتمعين أو منفردين، إضافة لإيراداتهم الشخصية من الرواتب و الكسب أثناء قيام الحياة الزوجية، أما بقية الأموال التي يمتلكها كل من الزوجين فتبقى أموالا خاصة بكل منهما و تكون مستقلة تطبيقا لنص المادة 37 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى.<sup>2</sup>

و قد نص المشرع على إمكانية اتفاق الزوجان عند المشاركة في الأموال أثناء عقد الزواج نفسه و هو ما يؤثر في صحة الزواج أو يبطله إذا كان الشرط منافي لمقتضيات عقد الزواج حسب المادة 19 و 32 من قانون الأسرة.

و الملاحظ أن المشرع المغربي نص على وجوب أن يكون الاتفاق في ورقة مستقلة عن عقد الزواج باعتبار أن الشروط المقترنة بعقد الزواج يمكن أن يكون لها تأثير في صحة الزواج و بطلانه و خاصة عندما يكون مخالفا لمقاصد الزواج و مقتضياته.<sup>3</sup>

و لم يحدد المشرع الجزائري طريقة معينة للاتفاق بل ترك الحرية في ذلك للزوجين فلهما أن يحددا في هذا الاتفاق ما يشاءان من النسب التي تؤول إليهما حسب مجهود كل واحد منهما، و في الوقت الذي يشاءان أثناء عقد الزواج أو في عقد لاحق متى توافرات أسبابه و مبرراته، فقد منح المشرع الحرية لكل من الزوجين إمكانية إجراء اتفاق لتدبير الأموال استثمارا و توزيعا،

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص329.

<sup>2</sup> \_ المرجع نفسه، ص328.

<sup>3</sup> \_ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص158.



فقد يكون الاتفاق بين الزوجين مناصفة أو بحسب نسبة المساهمة فيه بالمال أو المجهود، وليس بالضرورة توزيعه مناصفة بينهما، وإلا فالمادة 713 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقدّم دليل على غير ذلك"، في حين تنتهج أغلب القوانين الغربية مبدأ القسمة مناصفة، من باب المساواة وحماية المرأة، إلا أنه أحياناً مبدأ محجف في حق أحد الطرفين بل العدل أن تقسم المكتسبات وفق حجم السعي والمجهود والمساهمة.

وقد يتفق الزوجان عن طريق عقد شركة يلتزم فيها كل طرف بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد كما جاء في المادة 416 من القانون المدني التي تنص على أن الشركة: "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملان الخسائر التي تنجر عن ذلك".

كما يمكن أن يتفق الزوجان عند الاشتراك في الأموال عن طريق عقد الشركة بمقتضى أحكام القانون التجاري، فيلتزم كل من الزوجين بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف اقتسام الربح أو الخسارة .

وقد تعرض المشرع الجزائري إلى الشركة في المادة 416 من القانون المدني التي تنص على أن: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد ، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملان الخسائر التي قد تنجر عن ذلك " ، و في هذه الحالة تطبق الأحكام العامة للعقود التجارية من المادة 30 إلى المادة 77 من القانون التجاري ، ولا توجد نصوصاً خاصة بالزوجين فقط.

واشترط المشرع أن يكون الاتفاق في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق و هذا حتى يسهل الإثبات، و يمكن الإثبات -أيضاً- بكل الطرق التي تسمح بها القواعد العامة في الإثبات.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> \_ المادة 335 من القانون المدني: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة".  
المادة 333 من القانون المدني: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .."

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

فإذا اختار الزوجان أن يكون الاتفاق مسجلا في عقد الزواج عند ضابط الحالة المدنية فإن الاتفاق هنا يكون شفويا يعلن في مجلس العقد أمام ضابط الحالة المدنية و لا يمكن تدوين هذا الاتفاق قي السجل المعد لعقد الزواج و يكون التسجيل في وثيقة مستقلة أمام الموثق.

أما إذا تم تسجيل عقد الزواج أمام الموثق فيكون تدوين الاتفاق في ملخص عقد الزواج الذي يقوم بتحريره الموثق، أو في عقد مستقل عن عقد الزواج.

والاتفاق الذي يبرمه الزوجان أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق -وفق الشروط المقررة قانونا- يعتبر ورقة رسمية لها حجية قوية في الاثبات و لا يطعن فيها إلا بالتزوير .

ومهمة كل من الموثق وضابط الحالة المدنية تنحصر في تحرير عقد الزواج وفق المعلومات التي يقدمها الزوجان طبقا للقواعد ، والأشكال ، والشروط التي حددها قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.<sup>1</sup>

### البند الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري

إن فكرة الاشتراك في الأموال الزوجية المكتسبة بدأت تتسلل ببطء إلى مدونات الأحوال الشخصية العربية، وتفرض نفسها على الفكر العام للمجتمع، نتيجة ظروف سياسية وعوامل اجتماعية وثقافية واقتصادية جدد وطرأت على الساحة العامة للبلدان العربية، منها ارتفاع نسبة التعليم والوعي والعمل بين الإناث، ونشاط الجمعيات النسوية والحقوقية المطالبة بمحاربة أشكال التمييز بين الجنسين وحماية المرأة من الإجحاف والتشرد، بعد أن تجرأت المرأة على اقتحام مجالات التعلم والعمل والاستزاق، وأصبحت تشارك في تكوين ثروة العائلة وتحمل الأعباء المالية جنبا إلى جنب مع الأب والأخ والزوج إضافة إلى المسؤوليات الأدبية الأخرى التي تستقل بها عن الرجل.<sup>2</sup>

يعتبر هذا التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري ضمانا و حماية إضافية للمصالح الاقتصادية للزوجين بإقرارهما مبدأ الإتفاق الاختياري بين المقبلين على الزواج حول تدبير الأموال التي سوف تكتسب أثناء قسام العلاقة الزوجية مع تضمين هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج<sup>3</sup>، و جاء نص المادة مسائرا تماما لنص المادة 49 التي أدخلها المشرع المغربي في ضوء مدونة الأسرة حيث كان نصها

<sup>1</sup> \_ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، ص 157-158.

<sup>2</sup> \_ زبيدة إقروفة، النظام المالي بين الزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 52.

<sup>3</sup> \_ عائشة الحجامي و آخرون، مدونة الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، المطبعة و الوراقة الوطنية - مراكش، ط: الأولى، 2009م، ص 75

كما يأتي: "يجوز للزوجين في إطار تدبير الأموال التي تكتسب أثناء قيام الزوجية الاتفاق على استثمارها و توزيعها.."

ولاشك أن المشرع الجزائري قد أحسن المشرع صنعا بهذا التعديل عندما أجاز للزوجين أن يتفقا على الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبها أثناء الزواج، فقد أراد أن يوسع من هامش الاختيار الممنوح للزوجين في كيفية تدبير واستثمار أموالهما من خلال ما استحدثته من إمكانية الاتفاق على مخالفة المبدأ الجوهري القاضي باستقلال الذمم المالية، وإحلال مكانه نظام الاشتراك في الأموال، هذا من جهة، و من الجهة المقابلة كان المحرك الأساسي للتعديلات المذكورة هو فكرة المساواة بين الزوجين، هذه الفكرة التي تتطابق مع المبادئ الدولية و الاتفاقيات التي صادقت عليها الجزائر و الداعية إلى عدم التمييز المبني على أساس الجنس كما تتطابق مع الحقائق الواقعية التي تؤكد أن المرأة بعد حصولها على أهليتها القانونية و على حقها في العمل فأصبح من حقها أن تكون لها مساواة قانونية مع الرجل.<sup>1</sup>

و الذي يظهر من سياق المادة المعدلة أن مبدأ الاشتراك يشكل استثناء على القاعدة العامة و هي مبدأ انفصال الذمة المالية بين الزوجين و استقلالها و هو ما يظهر من سياق النص القانوني للمادة 37: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة،،".

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه و إن أقر تنظيم الملكية المشتركة بين الزوجين إلا أنه لم يقيم بتوضيح حدود هذا الاتفاق حتى يعلم الزوجان المشروع منها و الممنوع، خاصة إن كان هذا الاتفاق يؤدي إلى تغير نظام النفقات المالية أو نظام الإرث أو حقوق المطلقة و الأولاد<sup>2</sup>، و هو ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قراراتها.<sup>3</sup>

فتخصيص مادة واحدة في موضوع الثروة المكتسبة بين الزوجين هي المادة 37 وبصورة مجملة دون التفصيل في أحكامها قليل بالنظر لأهمية الموضوع و آثاره على الزوجين والأسرة، والأولى إدراج أكثر من نص قانوني لبيان الأحكام التي تعترى مسألة المكتسبات الزوجية المشتركة ابتداء من مشتملاتها والأموال المستبعدة من الاشتراك، وتاريخ سريانها وكيفية إفراغها في قالب رسمي وحصر حالات

<sup>1</sup> \_ عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونية التونسية و المقارن، ص 425.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ص 330.

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه، ص 330.

انقضاء اتفاقهما، والقواعد العامة والخاصة التي تسري على تصفية تلك الشراكة، والآثار المترتبة على ذلك مع تحديد طرق الإثبات من أجل فض النزاع الذي يثار حولها.<sup>1</sup>

ثم إن موضوع الشراكة المالية و الذي يعتبر من النوازل يحتاج اجتهادات نراعي فيها فقه الواقع و مقاصد الشريعة الإسلامية يكون هو الأساس في بيان كيفية اقتسام المكتسبات الزوجية.

ثم إن الاشكال الحقيقي هو في حالة وجود أموال مشتركة دون اتفاق الزوجين حولها، و هي الحالة الغالبة على الأسر الجزائرية عادة مراعاة للمانع الأدبي فالزواج عقد مقدس يسمو على الحسابات المادية، فإذا كانت هذه الأموال المشتركة تشكل متاعا للبيت ففي هذه الحالة يرجع في حل النزاع القائم بشأنها إلى المادة 73 من قانون الأسرة و التي تنص على أنه: " إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت و ليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء و القول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال و المشتركات بينهما يتقسماها مع اليمين ".<sup>2</sup>

أما إذا كانت هذه الأموال خارجة عن نطاق متاع البيت ، فإنه لا يوجد في قانون الأسرة نص يحكمها، فكثيرا ما تكون هناك مكتسبات مشتركة بين الزوجين - عقارات كانت أو منقولات- و قد يساهم كل من الزوجين أو أحدهما بماله و جهده في تحقيقها و قد تسجل باسم أحدهما دون الآخر و في هذه الحالة التي سكت عنها المشرع الجزائري و لم يوضحها يرجع بشأنها إلى القواعد العامة للإثبات.<sup>2</sup>

و الحل هنا بأنه على من يدعي من الزوجين ملكية شيء من الأشياء، داخل بيت الزوجية أو خارجه، مما يدخل ضمن ملكيته الخاص، في حالة النزاع بينهما، سواء أثناء فترة الزواج أو بعد انتهائه بالطلاق أو التخليق أو الخلع؛ أن يثبت تلك الملكية بكافة الوسائل المقررة شرعا وقانونا وفقا للمادة 73، و

<sup>1</sup> \_ زبيدة إقروفة، النظام المالي بين الزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 59.

<sup>2</sup> \_ عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، 437.

و هو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها: " و متى تبين - في قضية الحال - أن القرار المنتقد لما أيد الحكم القاضي على الطاعنة بأداء اليمين بشأن الامتعة باستثناء جهاز التلفزة و المقياس الذهبي و الراديو لأنها لم تقدم بشأنها أي دليل رغم أنها تعتبر من الامتعة المشتركة، قد خالف أحكام المادة 73 - 2 من قانون الأسرة مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا "

للإشارة: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189245، قرار بتاريخ 1992/10/27

- مجلة الاجتهاد القضائي ، - 2001- ع: خاص، ص 242.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد

يستوي في ذلك حال قيام الزواج أو حال الطلاق فهنا يلجئ كل من الزوجين لإثبات ملكيته بالبينة إذا كلن لكل واحد منهما بينة رجحت إحداهما بأحد أسباب الترجيح فإن تساوتا سقطتا إعمالاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على نصوص الشريعة الإسلامية.<sup>1</sup>

و خلاصة القول أن النزاع حول متاع البيت وأثاثه ينتهي لصالح من له بينة، وهذا على أساس طبيعة الشيء محل النزاع، فإذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت، وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في الأشياء المعتادة للنساء، أما إذا كانت طبيعة الشيء محل النزاع من المعتاد للرجال، فإن الزوج يكلف بأداء اليمين كذلك، وله أن يأخذه طالما أن الزوجة لا تملك البينة الكافية.

و الملاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري أعطى للمرأة حق طلب التطليق إذا تمت مخالفة الشروط المتفق عليها و هذا ما نصت عليه المادة 53 من قانون الأسرة، و لم ينص المشرع على حق الزوج في ذلك و إن كان يفهم ضمناً تجسيدا لمبدأ الاستجابة لطلب الزوج في كل الأحوال حيث يحكم القاضي كاشفاً عن إرادة الزوج و ليس منشئاً و هو الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد بجاق، التنازع بين الزوجين في المهر متاع البيت دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و قانون الأسرة الجزائري، مطبعة مزوار- الوادي، ط: الأولى، 2009م، ص 66.

<sup>2</sup> \_ زبيدة إقروفة، النظام المالي بين الزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، ص 58.



## المبحث الثاني:

### « الحقوق كديخ »

يقصد بحماية الحقوق المتعدية تلك الحماية القانونية التي لا تقتصر فقط على الزوجين بل تتعدى إلى الأبناء من خلال حفظ النسب، جاءت المادة الرابعة من قانون الأسرة تكرر هذه الغاية حينما أكد المشرع الجزائري أن من أهداف الزواج فضلا على تكوين أسرة مسلمة مؤسسة على المودة و التعاون إحصان الزوجين و المحافظة على الأنساب .

والنسب<sup>1</sup> رابطة سامية و صلة عظيمة على جانب كبير من الخطورة، و هو من الأمور التي فطر الله عزوجل الإنسان عليها، و التي أرسى قواعدها على أسس سليمة و مضبوطة، وأحاطها بسياج سليم

منيع يحميها من الفساد و الاضطراب<sup>2</sup>، **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ ﴿ وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ**

**نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا ﴿٥٤﴾** [ الفرقان: 54 ].

و أحكام النسب من النظام العام الذي يصون مصالح الجماعة، وقد عرفت القواعد القانونية المتعلقة به في الكثير من التشريعات المقارنة، تطورا واضحا، بفعل اعتمادها على نتائج أحدث الأبحاث العلمية، فلم تعد آثار الزواج و تبادل الحقوق و الواجبات الزوجية تؤسس بالطريقة التقليدية المعروفة لكن التطورات العلمية جعلت التشريع القانوني يواكب التطور العلمي السريع في مجال الطب و البيولوجيا

<sup>1</sup>- لغة : النسب و جمعه أنساب و تعني القرابة. يقال: بينهما نسب: أي قرابة، سواء جار بينهما التناكح، أم لا، و النسب: من لا يجل نكاحه، و القرابة في الآباء خاصة. وعمود النسب عند الفقهاء: هو الآباء، والأمهات، وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا.

للإ: ابن منظور، لسان العرب، (623/6). ■ حمدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر-دمشق، ط: الثانية، 1988م، ص351. لم يتعرض الفقهاء المتقدمين لتعريف النسب، بل اهتموا أكثر بالتعرض لأحكامه و انصرفت جهودهم في موضوع معالجة مسائله وإشكالاته دون وضع تعريف له، فقد أطلقوه و لم يبينوا المقصود منه.

للإ: للتفصيل أكثر في هذا الموضوع أنظر: يو سف علي ها شم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص18-20. ■ مناصرة مصطفى، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير شريعة و قانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة، 1429هـ-2008م، ص3.

<sup>2</sup> بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، إسكندرية- مصر، (د.ط)، (د.ت)، ص3.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

والمشرع الجزائري شأنه شأن -بقية التشريعات الوطنية - يسعى لمواكبة ذلك قصد الإحاطة به و تنظيمه بصورة قانونية واضحة، مع عدم التعارض مع الشرع و النظام العام، و هو ما تجلّى من خلال حماية النسب بالإعتماد على التطور العلمي من خلال إدراج تقنية البصمة الوراثية و التلقيح الاصطناعي. و إذا كان المجال الذي يتعلق بالكيان الجسدي للإنسان أضحى من أخطر المجالات التي غزاها الإنسان بعلمه من المسائل الطبية و البيولوجية و أخضعها لتجاربه فإنه هنا تظهر بجلاء ضرورة الانتقاء في توظيف المكتشفات في القوانين ووضع الضوابط في استخدامها و إخضاعها لمنهج يراعى فيه تحقيق مصلحة الإنسان و حمايته،<sup>1</sup> و هو ما جعل المشرع الجزائري مواكبا لهذا التطور العلمي يدخل تعديلات في القواعد القانونية المتعلقة بإثبات النسب و هو ما نصت عليه المادة 40 المنقحة من قانون الأسرة حين أجاز اعتماد الطرق العلمية - البصمة الوراثية - (المطلب الأول) .

وكذلك نص المادة 45 مكرر و التي بموجبها سمح بالإخصاب الصناعي كبديل للإخصاب الطبيعي و هو ما يطلق عليه بالتلقيح الاصطناعي (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> \_ جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، 2003م، ج41، ع:01، ص9.

## المطلب الأول : إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تعتبر الوسائل العلمية التي توصل إليها العلم الحديث وسيلة فعالة تصل إلى حد اليقين في مجال إثبات النسب نظرا للتطور الهائل الذي عرفته هذه الوسائل، ولقد كانت المناقشة دائما من طرف أغلب الفقه القانوني من أجل الأخذ بالوسائل العلمية في مجال إثبات النسب.

وقد عرف قانون الأسرة الجزائري توسعا في وسائل إثبات النسب حيث جاء بمستجد في هذا المجال يتمثل في جواز الاعتماد على الخبرة الطبية، فطبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة المضافة فإنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

وما يؤخذ على المشرع الجزائري من خلال هذا التعديل أنه اكتفى بالإشارة للطرق العلمية دون تحديد المقصود منها أو حصر صورها وهي كثيرة ماتزال قيد الاكتشاف، منها ما ثبت علميا أنها ظنية الإثبات لا تقدم سوى احتمالات، وأخرى قطعية الإثبات، ويتعلق الأمر بالبصمة الوراثية -D.N.A-<sup>1</sup>، وهو ما يدخل في سياق البحث.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ A.D.N اختصار إنكليزي للمصطلح العلمي "Deoxyribo nucleic acid" وهو يقابل في اللغة العربية المصطلح العلمي "الحمض النووي منقوص الأوكسجين، واختصاره بالفرنسية A.D.N و معناه : "Acide désoxyribose nucléique".

<sup>2</sup> فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003م، ع: 19، ص 196.

<sup>2</sup> \_ باعتبار أن معظم الاجتهادات القضائية كان موضوعها البصمة الوراثية لأنها يقينية الإثبات سيتم التركيز عليها في البحث دون غيرها، مع العلم أنه مع التقدم العلمي الذي بلغته البشرية ظهرت عدة نماذج جديدة و طرق جديدة من التطورات العلمية تطبق في مجال النسب مثل التحليل الدموي و التي تعتبر وسيلة علمية ظنية لإثبات النسب، و من الطرق التي تم إكتشافها منذ أمد بعيد و كانت أكثر شيوعا في بداية القرن العشرين و كان لها دور بارز في ميدان العلوم الطبية حيث ساهم تحليل الدم في معرفة الحالة البيوكيميائية و الفسيولوجية لجسم المريض، وله دور كبير في الكشف عن أي مرض يصاب به الإنسان، سواء كان بعلامات ظاهرة أو دون وجودها، كما يساعد على معرفة المحتوى المعدني للعديد من العناصر في الجسم، لكن اللجوء إليها من طرف المشرع الجزائري يعتبر ضئيلا جدا سواء في الإثبات أو النفي.

<sup>3</sup> للتفصيل أكثر في هذا الموضوع أنظر : سمية صالح، الوسائل المستحدثة و دورها في مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، ص 155-161. ■ يوسف علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، ص 249-255.

و مقتضى النظر يوجب البحث في ماهية البصمة الوراثية و خصائصها (الفرع الأول) و موقف الفقه الإسلامي منها (الفرع الثاني)، ثم موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية

يقتضي تحديد ماهية البصمة الوراثية تعريفها (البند الأول)، و ذكر خصائصها (البند الثاني).

#### البند الأول: تعريف البصمة الوراثية

شغل البحث في ماهية البصمة الوراثية منذ ظهورها اهتمام العلماء و الفقهاء حيث عملوا على إعطاء تعريف دقيق و شامل لهذا الاكتشاف المبهر محاولة منهم في السعي لإستخدام هذا الإكتشاف في حفظ النسب و تحديده .

#### أولا : تعريف البصمة الوراثية لغة

البصمة الوراثية مركب وصفي مكون من كلمة "البصمة" و هي مشتقة من البُصْمَ (بضمّ الباء) ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر، أي الفرجة بين الخنصر والبنصر ويقال رجل ذو بصم أي غليط البصم<sup>1</sup>، و بصم بصما القماش أي رسم عليه<sup>2</sup>.

و"الوراثية" مشتقة من الوراثة و هي من مصدر "ورث"، وورثه جعله من ورثته، وأورثه شيئا أي تركه له وأعقبه إياه، وتوارثوا ذلك الشيء أي ورثه بعضهم عن بعض<sup>3</sup>، و الورث و الوراثة و التراث مصادر ما يخلفه الميت لورثته و هي تشمل الماديات و المعنويات<sup>4</sup>،

قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ ﴾ [ الأنبياء: 89 ].

والوارث من صفات الله عز وجل، فهو الباقي والدائم الذي يرث الأرض ومن عليها بعد فناء الكل<sup>5</sup>. والوراثة هي العلم الذي يبحث في تركيب المادة الوراثية، ووظيفتها و طريقة انتقالها و طبيعة انتقال الصفات و الأمراض من جيل لآخر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> \_ الفيروز آبادي ، القاموس المحيط، ص 1080.

<sup>2</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (518/1).

<sup>3</sup> \_ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ص 177.

<sup>4</sup> \_ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (105/6). ■ ابن منظور، لسان العرب، (200/2).

<sup>5</sup> \_ ابن منظور، لسان العرب، (199/2) .

<sup>6</sup> \_ الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، ص 33.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

ثانيا: تعريف البصمة الوراثية اصطلاحا

تعتبر البصمة الوراثية من الاكتشافات العلمية الحديثة لهذا اجتهد علماء الطب و الفقه في وضع تعريف يحددها فوردت عدة تعاريف لا تختلف في مدلولها الفقهي و القانوني عن التعريف العلمي ، يمكن رصدها فيما يأتي :

- " و سيلة من وسائل التعرف على الشخص عن طريق مقارنة مقطع D.N.A الحامض النووي و تسمى في بعض الأحيان الطبعة الوراثية " <sup>1</sup>.

- تعريف المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية: أن البصمة الوراثية هي: " البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطيء في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية" <sup>2</sup>.

و قد ارتضى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف مضيفا بأن البصمة الوراثية وسيلة تمتاز بالدقة لتسهيل مهمة الطب الشرعي و التحقق من الشخصية و معرفة الصفات الوراثية المميزة للشخص و يمكن أخذها من أي خلية من الدم أو اللعاب أو البول ... و غير ذلك <sup>3</sup>.

- "البصمة الوراثية في اصطلاح العلماء يقصد بها تحديد هوية الإنسان عن طريق جزء أو أجزاء

---

<sup>1</sup> - سه ركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية و حجيتها في إثبات النسب دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية- مصر، (د.ط)، 2010م، ص26.

و هذا التعريف يخص مكتشف البصمة الوراثية البروفيسور "أليك جيفريز" و قد (ولد في 9 يناير 1950) هو عالم وراثية بريطاني طور تقنيات البصمة الوراثية والتي تستخدم الآن في جميع أنحاء العالم لمساعدة أجهزة الشرطة والمخبرات، وهو بروفيسور علم الوراثة في جامعة لستر، وحاصل على لقب الرجل الحر الفخري لمدينة لستر في 26 نوفمبر 1992، في عام 1994 حصل على رتبة الإمبراطورية البريطانية لإنجازاته في علم الوراثة.

لل: موقع الجامعة البريطانية لستر

<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/biography> تاريخ التصفح: 27-09-

2016م

<sup>2</sup> - خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس للنشر و التوزيع- الأردن، ط: الأولى، 2006م، ص43.

<sup>3</sup> - القرة داغي علي محي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي- مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص38.



من حمض الدنا D.N.A الحمض المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه<sup>1</sup>.  
- العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الآباء إلى الأبناء أو من الأصول إلى الفروع و يتم من خلالها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حامض D.N.A المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه<sup>2</sup>.

و الناظر إلى مجمل التعريفات السابقة -و غيرها- يتبين لنا أنها ركزت على مسائل أساسية هي:  
• أن إنتقال الصفات الوراثية يكون من الأصول إلى الفروع، باعتبار أن الهوية الوراثية الصلبة ثابتة لكل إنسان و بالتالي تسمح بالتعرف على الأفراد بيقين شبه تام.<sup>3</sup>  
• دراسة التركيب الوراثي من خلال البصمة الوراثية هدفه تحديد الهوية الشخصية للأفراد، فالصفات الوراثية تساهم في إبراز التفرد الذي يميز كل إنسان عن غيره من البشر.<sup>4</sup>  
و بالرجوع للمشرع الجزائري نجد أنه لم يضع تعريفا محددًا للبصمة الوراثية فالقانون كعادته لا يعنى بالتعريفات، أما فقهاء القانون و شراحه فلم يضعوا تعريفا أيضا، و لعل ذلك مرده إلى حداثة ظهور هذه التقنية الجديدة و قلة من بحث فيها من فقهاء القانون الجزائري.

#### البند الثاني : حقيقة البصمة الوراثية وخصائصها

تعتبر مسألة البصمة الوراثية ومدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة التي اختلف فيها فقهاء العصر، وتنازعوا في المجالات التي يستفاد منها وتعتبر فيها حجة يعتمد عليها كليا أو جزئيا، وقد شاع استعمال البصمة الوراثية في الدول الغربية و بدأ الاعتماد عليها شيئا فشيئا في المحاكم القانونية في الكثير من الدول الغربية و الإسلامية بما فيها الجزائر.

وللتذكير فالبصمة الوراثية لم تصبح فقط مجرد وسيلة إثبات تضاف إلى وسائل الإثبات المتعامل بها في مجال القانون، بل أصبحت في نظر الدول التي تأخذ بتقنية تحليل الحمض النووي وسيلة جمع المعلومات

1 \_ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة ي صدرها المجمع الفقهي الإسلامي -مكة المكرمة، 2003م، السنة: 15، ع: 17، ص 59.

2 \_ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 43.

3 \_ JEAN Christophe Galloux, L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?, Juridique Edition Générale - 20 Mars 1991 - n° 12, p13.

4 \_ جيلالي مانيو، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان -كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص 20.

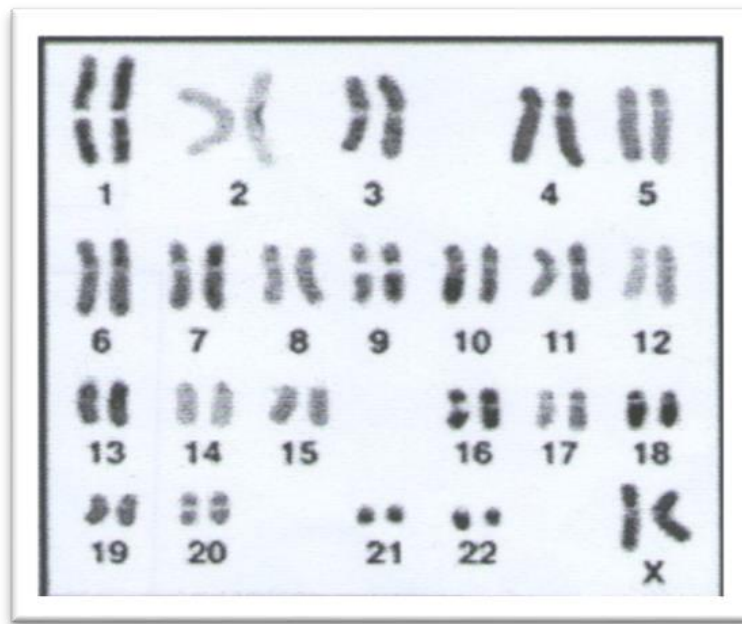
## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

الجينية للمواطنين كافة، من أجل قياس المستوى الصحي، وهذا عن طريق إنشاء قاعدة معلومات وحفظها في الحاسوب.<sup>1</sup>

و يكون استعمالها عن طريق فحص المادة الوراثية لكل شخص و التي توجد في نواة الخلية من أجسام صغيرة جدا يسميها العلماء "الصبيغات أو الكروموزومات"<sup>2</sup> - كما يظهر في الشكل 01-، و هي أجزاء دقيقة تأخذ شكل خيوط رفيعة و متطاولة و متناثرة ضمن النواة تأخذ شكلا حلزونيا يسميها العلماء D.N.A.<sup>3</sup>

و يملك البشر في كل خلية 46 كروموزوما و هي على صورة ثلاثة و عشرين زوجا منها أحد كروموزومات كل زوج يأتي من الأب و الكروموزوم الآخر يأتي من الأم و كل زوج من هذه الأزواج متماثل تماما في الحجم و الشكل بل هي متماثلة في المعلومات الوراثية التي يحملها كل منهما من حيث عدد الجينات و بنفس التسلسل على الكروموزوم.<sup>4</sup>

-الشكل رقم 01 : الصبيغات أو الكروموزوم-

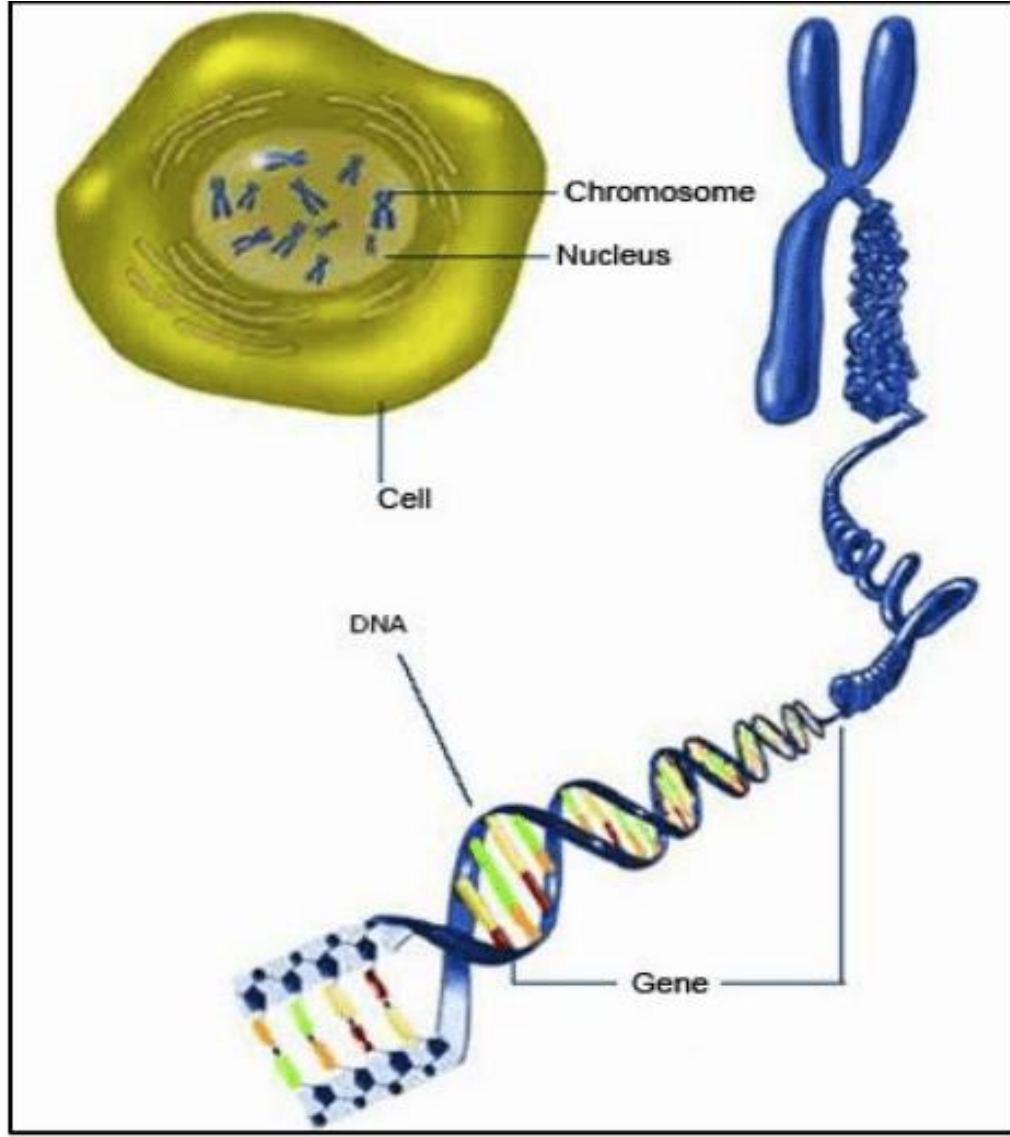


<sup>1</sup> \_ محمد العبودي، القضاء وتقنية الحمض النووي ( البصمة الوراثية)، المؤتمر العربي الأول للعلوم الأدلة الجنائية و الطب البشري، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية -الرياض، أكتوبر 2007م، ص34.

<sup>2</sup> \_حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ط: الثانية، 2011م، ص98.

<sup>3</sup> \_ ريتشارد ووكر، الجينات و الـ ADN الحمض النووي الريبي المنقوص، الدار العربية للعلوم-بيروت، ط: الأولى، 2006م، ص14.

<sup>4</sup> \_ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص98. ■ محمد صالح المحب، هندسة الوراثة و علم الاستنساخ، ص23. ■ مات ريدي، الجينوم السيرة الذاتية للنوع البشري في ثلاثة و عشرين فصلا، ص24.



فأساس البصمة الوراثية أن طبيعة الشخص و صفاته الوراثية بداية من لون العينين و نوع الفصيلة و نوع البروتين و الأنزيمات حتى أدق التركيبات الموجودة بالجسم تكون محفوظة على شكل جينات على شريط D.N.A و تكون حوالي 30 % من ذلك الشريط و أما 70 % فهي سلاسل من القواعد النيتروجينية الأربع التي وهبها الله للحياة و هي : الأدينين A و الجوانين G و الستوزين C و التيامين T ، التي تكون المادة الوراثية و تقوم بتخزين المعلومات الوراثية.<sup>1</sup> و هذه المعلومات الوراثية أو ما يعرف بالحامض النووي تلتف بصورة سلاالم حلزونية حول بعضها مشكلة سلسلتين ملولبتين تمثل إحدى السلسلتين الصفات الوراثية من الأب و تمثل السلسلة الأخرى

<sup>1</sup> \_محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، 2009م، ع:01، ص279.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

الصفات الوراثية من الأم و من مجموع السلسلتين - كما يظهر في الشكل 02- يتميز الإنسان بصفات تميزه عن غيره من البشر.<sup>1</sup>

-الشكل رقم 02 : التركيب البنائي للحمض النووي-



- و يمكن فحص البصمة الوراثية لأي شخص وفق الخطوات الآتية:<sup>2</sup>
- تستخرج عينة الـ (DNA) من نسيج الجسم أو سوائله لا يزيد عن رأس دبوس مثل: الشعر، أو الدم، أو الريق، أو العظم أو خلايا الفم أو الكلية ....
  - تُقَطَّع العينة بواسطة إنزيم معين يمكنه قطع شريطي الـ (DNA) طوليا فيفصل قواعد "الأدينين" A و "الجوانين" G في ناحية، و "الثايمين" T و "السيروزين" C في ناحية أخرى، ويسمى هذا الإنزيم بالآلة الجينية، أو المقص الجيني.
  - ترتب هذه المقاطع باستخدام طريقة تُسمى بالتفريغ الكهربائي، وتتكون بذلك حارات طولية من الجزء المنفصل عن الشريط تتوقف طولها على عدد المكررات.
  - تعرض المقاطع إلى فيلم الأشعة السينية "X-ray-film" ، وتطبع عليه فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية.

<sup>1</sup> \_ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية و علائقتها الشرعية آفاق فقهية و قانونية جديدة، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة- القاهرة، ط: الثانية، 2010م، ص33.

<sup>2</sup> \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في النسب و الجناية، دار الفضيلة للنشر و التوزيع- الرياض، ط: الأولى، 2002م، ص12-13. ■ نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 2002م، المجلد 03، ص 231.



- تقارن هذه الصورة بنظيرتها التي تم تحليلها و فحص جيناتها من دم الأب المشكوك فيه فإذا تطابقت الصورتان كان ذلك دليلا على إثبات الأبوة.

لهذا تعتبر البصمة الوراثية دليل نفي وإثبات تكاد تكون قطيعة بشرط أن يتم التحليل بطريقة سليمة لاستخدامها أمام المحاكم للفصل في العديد من القضايا، سواء قضايا جنائية، أو قضايا النسب. فتظهر أهميتها بطريقة فعالة في مجال الإثبات.

ففي القضايا الجنائية يمكن استعمال هذه التقنية للكشف عن شخصية الجناة في الكثير من الجرائم و الكشف عن هوية المجرم عليهم في جرائم القتل الجماعي مثلا من خلال العثور على عظام بشرية أو أشلاء الموتى المدفونة في مكان ما و غيرها من الحالات.<sup>1</sup>

و في مسائل النسب يمكن الاعتماد على هذه التقنية في إثباته أو نفيه، وما يتعلق بذلك مثل تمييز المواليد المختلطين في المستشفيات أو في حال الاشتباه في أطفال الأنايب أو عند الاختلاف أو التنازع في طفل مفقود بسبب الكوارث والحوادث و إثبات نسب الطفل اللقيط أو طفل التلقيح الاصطناعي و حالات ضياع الأطفال و اختلاطهم أو عند وجود جثث مجهولة أثناء الحروب أو الزلازل، و التعرف على هوية الأشخاص.<sup>2</sup>

و من خلال ما سبق ذكر يمكن أن نستنتج عدة خصائص للبصمة الوراثية تجعلها تفوق و تتميز عن الأدلة التقليدية يمكن رصدها فيما يأتي:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> أحسن دليل على ذلك قيام خبراء الطب الشرعي في الولايات المتحدة الأمريكية باستخدام هذه التقنية للتعرف على هوية ضحايا تفجيرات 11 سبتمبر 2001 ، كما استخدمت تقنية البصمة الوراثية في تحديد هوية الجثث والأشلاء البشرية في تفجيرات طابا بشرم الشيخ بمصر سنة 2003م.

<sup>2</sup> بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، مجلة العدل، مجلة فصلية علمية محكمة تعنى بشئون الفقه والقضاء، 2007م، ع: 37، ص 93-94.

<sup>3</sup> بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط: الأولى، 2011م، ص 85. في سنة 1985 في المملكة المتحدة البريطانية تمكن أحد العلماء من إثبات إدعاء طفل من غينيا أنه بريطاني الجنسية .

<sup>4</sup> عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية و تشريعية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة القاهرة - كلية العلوم - قسم العلوم الإسلامية، 2000م، ص 303.

<sup>5</sup> حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص 95-111 ■ محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة العربية-مصر، (د.ط)، 2010م، ص 53. ■ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية، ص 41. ■ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 48. ■ ناصر عبد الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات المتحدة



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

- عدم التوافق والتشابه بين كل فرد وآخر عند تحليل الشفرة الوراثية وهذا من الإستحالة من بين ستة مليار نسمة إلا في حالة التوائم المتماثلة الواحدة، فكل شخص متفرد ببصمة مميزة عن غيره و بذلك فالبصمة تحقق الهوية الشخصية بصفاتهما الخاصة ، و تحقق الهوية الشخصية أيضا بصفاتهما المشتركة مع الأصل و الفرع .
- قدرتها على الاستنساخ إما طبيعيا وهذا عند التزاوج، حيث تنقل صفات النوع من جيل إلى أجيال، أو كيميائيا عن طريق المخبر لأن الحمض النووي لكل إنسان مأخوذ النصف من أبيه والنصف الآخر من أمه، ومن هنا فإن نصف الصفات الوراثية لكل شخص تتطابق مع الصفات الوراثية لأبيه والنصف الآخر يتطابق مع الصفات الوراثية لأمه، ومجموع صفاته لا تتطابق مع صفات والديه ، وبذلك تكون له صفات مستقلة.
- دقة النتائج التي تحققها في تحديد الهوية، والتي لا تقبل التزوير و لا الاحتمال حيث يشير أهل الاختصاص إلى أن دقة التحاليل قد تصل إلى نسبة 99.99% في الإثبات، و 100 % في حالة النفي ، مما يجعلها سيدة الأدلة في الإثبات أمام المحاكم باعتبار أن نتائجها قريبة من القطع.
- إمكانية و سهولة تطبيق هذه التقنية على جميع العينات البيولوجية السائلة كالدم ، والمني، واللعاب، أو الأنسجة كالشعر، والعظم، فهي تتواجد في جميع خلايا جسم الإنسان فضلا عن ذلك أنها متطابقة في جميع خلايا الجسم ،فالبصمة الوراثية متعددة المصادر و هذه الخاصية تغني عن عدم وجود آثار لبصمات الأصابع للمجرمين على مسرح الجريمة.
- تقاوم البصمة الوراثية أسوأ الظروف والتلوثات البيئية، و عوامل التحلل و التعفن و العوامل المناخية من حرارة و برودة ، و لا تفقد ماهيتها ولا تتغير مهما كانت الآثار قديمة أو حديثة.
- تقوم البصمة الوراثية بوظيفتين لا ثالث لهما: الوظيفة الأولى هي الإثبات، والوظيفة الثانية هي النفي، والإثبات إما أن تثبت نسبا، أو تهمة، أو جريمة، أو أن تنفي جريمة و تهمة المتهم، لهذا غدت وسيلة معترف بها في جميع المحاكم الأوروبية و الأمريكية في جرائم القتل و الإغتصاب و جرائم السرقة و غيرها، فقوة البصمة الوراثية أن فرصة التشابه بين الأفراد غير واردة تمام و هذا سر قوتها .

العربية، 2003م، ع:18، ص181-182. ■ بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، ص94. ■ فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة و القانون، المكتبة المصرية-الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت)، ص17.

• يظهر الفحص الطبي للبصمة الوراثية صورة خطوط عرضية تختلف في السمك والمسافة بين الأفراد نتيجة اختلاف البصمة من شخص لآخر كونها صفة لكل إنسان تميزه عن الآخر، و يمكن لهذه النتائج المتحصل عليها حفظها وتخزينها لحين الحاجة للمقارنة كما يمكن تبادل المعلومات بين المراكز العلمية ، كما أنها تساعد الدول في إنشاء بنوك لقواعد معلومات تستند على الحامض النووي للتعرف على مواطنيها، ووسيلة هذا التحليل الدقيق أجهزة ذات تقنية عالية يسهل قراءتها و حفظها و تخزينها في جهاز الحاسوب لحين الحاجة إليها و إذا ضاعت فإنه يمكن إعادة التحليل في أي وقت و من أي خلية مهما كان موقعها في الجسد لأن نتيجة البصمة الوراثية لا تتغير بتغير عمر الخلية أو مكانها في الجسد.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من البصمة الوراثية

تعتبر البصمة الوراثية من النوازل التي وجب الكشف عن حكمها و مدى حجيتها، و قد تعددت آراء الفقهاء بين من يراها حجة يعتمد عليها في إثبات النسب باعتبار أن حجيتها قطعية، و بين من يراها لا يعتمد عليها لأن حجيتها في النسب ظنية، و بين من يراها حجة في نفي النسب و بين من لا يراها كذلك.

و قد سلك المعاصرون في التوظيف الفقهي للعمل بالبصمة الوراثية إثباتا و نفيًا مسلكين مختلفين نتطرق إليهما كما يأتي:

البند الأول: مدى إثبات النسب بالبصمة الوراثية

أولاً: القائلين بحجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية

تعد البصمة الوراثية من الاكتشافات العلمية الحديثة، حيث أن الأخذ بها هو أخذ بأسباب العلم واستفادة من تطور الأجهزة الفنية والمستحدثات التكنولوجية، وتعتبر مسألة مدى الاحتجاج بها من القضايا المستجدة باعتبار أنها نازلة من النوازل المعاصرة، و باعتبار أن القضايا العلمية المختلفة من طب و غيره مع مرور الزمن تظهر عدم قطعيتها أو على الأقل تكون محل شك و نظر، هذا حتم على الفقهاء التروي في النظر وعدم الأخذ بالنظريات العلمية كأدلة ثابتة توازي الأدلة الشرعية أو تقاربها.<sup>2</sup> و قد بادر أهل التخصص من الفقهاء و الباحثين إلى السعي الحثيث لكشف حقيقة هذه التقنية، و طرق

<sup>1</sup> \_ سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية، ص41.

<sup>2</sup> \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها استخدامها في النسب و الجناية، ص40

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

إجرائها و حجية نتائجها و ضوابط العمل بها ؛ حتى لا تترك المسألة معلقة دون بيان حكم الشرع فيها<sup>1</sup> ؛ و إظهار منزلتها من أدلة إثبات النسب الشرعية و هي : الفراش و البينة و الإقرار ، من هنا كان لأهل العلم مسلكين بين من يحتج بها و يعتبرها قرينة قوية ، و بين من يحتج بها و يعتبرها دليلا مستقلا

-القول الأول:

ذهب أصحاب من الفقهاء المعاصرين<sup>2</sup> و به قال عدة مجامع فقهية<sup>3</sup> كالجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي ودار الإفتاء المصرية، ودار الإفتاء التونسية، و الندوة الفقهية بالمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ، حيث كان القول بأن البصمة الوراثية لها الحجية القاطعة قياسا على حجية القيافة<sup>4</sup> فيجوز اللجوء

<sup>1</sup> \_ زبيدة إقروفة، الاكتشافات الطبية و البيولوجية أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجاً، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية - تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر - كلية العلوم الإسلامية، 2008م - 2009م، ص 227

<sup>2</sup> \_ من هؤلاء: سليمان الأشقر، وهبة الزحيلي، علي محيي الدين القره داغي ، نصر فريد واصل ، عبد القادر خياط ، فؤاد عبد المنعم ، و هو ما اسفرت عليه أيضا الندوة المنعقدة بالكويت في الفترة 28-29 جانفي 2000م و التي كانت تخص الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري و العلاج الجيني، و التي أتفق فيها الحضور على أن البصمة الوراثية لا يجدون حرجا شرعيا في الاستفادة من هذه الوسيلة بوجه عام فهي ترقى إلى دليل القيافة، لكن لا تتقدم على الشهادة و الإقرار.

<sup>3</sup> ينظر: القره داغي علي محي ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، ص 54 ■ نصر فريد واصل ، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، ص 106. ■ الزحيلي (مصطفى وهبة )، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها الجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص 16.

<sup>3</sup> \_ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط: الأولى، 2013م، ص 262.

<sup>4</sup> \_ لغة : القيافة و القافة هي تتبع الآثار و ( القائف) الذي يعرف و يتتبع الآثار و يعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه، و الجمع (القافة) يقال قفت أثره إذا اتبعته و يقال فلان (يقوف) الأثر و (يقتافه) قيافة.

اصطلاحا: فقد عرفت القيافة من خلال القائف، و هو الذي يعرف النسب بفراسته، و نظره إلى أعضاء المولود و لم يختلف فقهاء المذاهب الأربعة و الظاهرية في معنى القيافة فقد اعتبروا أن القافة هم من كانت لديهم المعرفة بالأنساب؛ عن طريق التشابه في الأعضاء كالقامة و الشكل و الملامح للتعرف على صفات شخص معين نريد إلحاقه بنسب شخص آخر. و كانت القيافة من الطرق المعروفة عند العرب في زمانهم، للتعرف على النسب و تفخر بها و تعدها من أشرف علومها ، حتى اشتهر من القبائل بنو مدلج و بنو أسد.

<sup>4</sup> ينظر: ابن منظور، لسان العرب، (3776/5). ■ الفيروز آ بادي، القاموس المحيط، (182/3). ■ الشربيني، مغني المحتاج، (439/6). ■ ابن حزم، المحلى، (340/9). ابن قدامة، المغني، (375/8). ■ عطية صقر، الأسرة تحت رعاية الإسلام، الدار المصري للكتاب، مصر، ط: الأولى، 1410هـ - 1990م، (101/4).

إليها في الإثبات ، فالأحكام التي تثبت بالقيافة تثبت بالبصمة لاستنادها إلى علامات ظاهرة، أو خفية مبنية على الفراسة والمعرفة والخبرة، و نظرا لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب و إلحاقه بأدنى سبب ؛ قال ابن قدامة : " فإن النسب يحتاط لإثباته ويثبت بأدنى دليل " <sup>1</sup>.

فإن الأخذ بالبصمة الوراثية ظاهرا للصحة قياسا على قول القافة ، فإن جاز الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة لاستنادها على علامات ظاهرة أو خفية مبنية على الفراسة و المعرفة و الخبرة في إدراك الشبه الحاصل بين الآباء والأبناء فمن باب قياس الأولى الأخذ بنتائج البصمة الوراثية ، و هذا القول أخذ به معظم الفقهاء المعاصرين. <sup>2</sup>

فالبصمة الوراثية وسيلة شرعية جديدة لإثبات النسب لكنها تأتي في منزلة متأخرة من الوسائل التي اتفق عليها الفقهاء فهي قرينة قطعية يقول الدكتور سليمان الأشقر: "لا يجوز أن تقدم عند التعارض على الفراش و لا على شهادة التسامح و لا على الشاهدين و لكن يجب أن تقدم على القيافة بل القيافة طريقة بدائية بالنسبة إلى هذه الطريقة المقننة التي يكاد يجزم بصدق نتائجها" <sup>3</sup>.

و كانت عمدة ما استدل به على شرعية القرائن مجموعة من الأدلة نذكر منها ما يأتي :

• **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿٢٦﴾ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ**

**وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٧﴾ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٨﴾ فَلَمَّا**

**رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٩﴾** [ يوسف: 26-28].

ووجه الدلالة : أن الله تبارك وتعالى جعل شق الثوب قرينة ودليلاً على صدق أحد المتنازعين،

وأن الزوج توصل من ذلك إلى تصديق يوسف - **عَلَيْهِ السَّلَامُ** - ، وتكذيب زوجته، وقد جعل الله

شق القميص أمانة وسبباً للحكم بذلك، وهذا دليل على مشروعية العمل بالقرائن. <sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ ابن قدامة، المغني، (374/8).

<sup>2</sup> \_ الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها ، ص 23.

<sup>3</sup> \_ الأشقر (محمد سليمان)، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، دار النفائس-الأردن، 2006م، ص268.

<sup>4</sup> \_ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (174/9).

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزْرًا وَجَمَلًا: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ**

**فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ﴾ [الأحزاب: 05].**

ووجه الدلالة أن الله عزوجل أمر أن ينسب الولد لأبيه الحقيقي وهو الصواب والحقيقة، وفي

**قَوْلِ (الرَّبِّي) عَزْرًا وَجَمَلًا: ﴿فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ﴾** حث على البحث والتحري عن الأب

الحقيقي، والبحث يكون بمختلف الوسائل والقرائن، وقد كشف الله سر الوسيلة - البصمة

الوراثية - التي يمكن لنا من خلالها نحن البشر، التعرف على الأب الحقيقي وتنفيذ ما أمر الله

"فمتى كشفت البصمة الوراثية نسب الولد لأبيه الحقيقي وجب العمل بها.<sup>1</sup>

وقد تم الاعتراض على هذا الاستدلال بأنه لو تم فتح باب إثبات النسب عن طريق تحليل

الحمض النووي لتم فتح باب شر عريض حيث سيقدم كل إنسان على اتهام زوجته وطلب

إثبات نسب ولده عن طريق البصمة الوراثية.<sup>2</sup>

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزْرًا وَجَمَلًا: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: 282].**

**قَالَ (الرَّبِّي) عَزْرًا وَجَمَلًا: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: 02].**

ووجه الدلالة هو الأمر بإقامة الشهادة وعدم كتمانها، وتقديم البصمة الوراثية عليها يؤدي

إلى تعطيلها، وهو نوع من الكتمان.<sup>3</sup>

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزْرًا وَجَمَلًا: ﴿قَدْ جِئْتُكُمْ بَيِّنَةً مِنْ رَبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴿١٠٥﴾ قَالَ إِنْ**

**كُنْتَ جِئْتَ بِثَابِتٍ فَأْتِ بِهَا إِنْ كُنْتَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١٠٦﴾ فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُبِينٌ**

**﴿١٠٧﴾ وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّظِيرِينَ ﴿١٠٨﴾﴾ [الأعراف: 105-108].**

<sup>1</sup> \_ عبد القادر الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب و علاقتها بالشرعية الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشرعية والقانون - الإمارات العربية المتحدة، ص 1516

<sup>2</sup> \_ خليفة الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام، ص 297.

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه ، ص 312.



ووجه الدلالة أن البينة لم تأت محصورة في الشهادة والإقرار فقط، بل كل ما أظهر الحق وكشفه فهو بين.

قال ابن القيم : «البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد والمرأتين لم يوف مسماتها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مراداً بها الشاهدان، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة».

وكذلك قول النبي - ﷺ - : «البينة على المدعى عليه»<sup>1</sup> المراد به أن عليه ما يصحح دعواه ليحكم له، والشاهدان من البينة، ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، وكدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة، متقاربة في المعنى،<sup>2</sup> فالشرع لم يبلغ القرائن والأمارات ودلائل الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهد لها بالاعتبار، مرتباً عليها الأحكام.

• قياس البصمة الوراثية على القيافة من باب أولى، فبالرجوع للفقهاء الإسلاميين نجد ذهاب الجمهور<sup>3</sup> من الشافعية والحنابلة والظاهرية والمالكية في مشهور مذهبهم في الإمامة فقط، إلى العمل بالقيافة و ثبوت النسب بها، وإجماع الصحابة - ﷺ - على العمل بالقيافة، فقد روي عن السيدة عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت: «دخل على رسول الله ﷺ ذات يوم وهو مسرور فقال: يا عائشة المرثى أن مجزز المدلجي<sup>4</sup> دخل على فرأى أسامتن زيد وزيدهما قطينة قد غطيا

<sup>1</sup> \_ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه، رقم الحديث: 1711، (2/929).

<sup>2</sup> \_ ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع - مكة المكرمة، ط: الأولى، 1428هـ - (1/25).

<sup>3</sup> \_ ابن القيم، الطرق الحكمية، (1/573). ■ ابن قدامة، المغني، (8/371) ■ ابن حزم، المحلى (9/339). ■ ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة - مصر، ط: الأولى، 1406هـ - 1987م، (2/115).

<sup>4</sup> \_ مجزز المدلجي: هو بن الأعور بن جعدة بن معاذ بن عتارة بن عمرو بن مدلج الكناني، مذكور في الصحيحين، و ذكر لم يكن اسمه مجززا وإنما قيل له ذلك لأنه كان إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه، وذكر في تاريخ مصر، شهد الفتوح بعد النبي صلى الله عليه وسلم لما كان مع من ذكره في الصحابة حجة صريحة على إسلامه واحتمال أن يكون قال ما قال في حق زيد وأسامة قبل أن يسلم

مرؤوسهما و بدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»<sup>1</sup>.  
 و وجه الاستدلال أنه كان سيدنا زيد بن حارثة - رضي عنه - أيضا ؛ و ابنه أسامة - رضي عنه -  
 أ سودا، فلما قام القائف مجرز بنسبة الأقدام إلى بعضها بالنظر إليها دون النظر إلى أصحابها  
 ، أقره الرسول - صلى الله عليه وسلم - على ذلك، وإقراره - صلى الله عليه وسلم - و سروره به يدل على أن القيافة حق<sup>2</sup>.  
 و كان عمر بن الخطاب - رضي عنه - يلصق أبناء الجاهلية بمن ادعاهم في الإسلام.  
 ونظراً لتشوف الشارع إلى ثبوت النسب وإحاقه بأدنى سبب فإن الأخذ بالبصمة الوراثية في  
 مجال إثبات النسب في الحالات التي يجوز فيها الحكم بثبوت النسب بناء على قول القافة ،  
 أمر ظاهر الصحة والجواز، لذلك من باب القياس يمكن القول بأن البصمة الوراثية هي علم  
 من القيافة تميزت بالبحث في أسرار النمط الوراثي للحامض النووي بدقة كبيرة وعمق ومهارة  
 علمية بالغة<sup>3</sup>، فالقياس هنا صحيح لأن تقنية الهندسة الوراثية المستعملة أصولاً يكاد يعدم فيها  
 الخطأ بل هي أولى بالصحة و الصدق.<sup>4</sup>

- يجوز إثبات النسب بالبصمة الوراثية قياساً على الخبرة التي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات  
 و المناكحات و المعاملات،<sup>5</sup> إضافة إلى قبول إثبات الشخصية بوسائل مستحدثة ففي الأمة  
 من قبلوا في إثبات الهوية الشخصية ووسائل مستحدثة مشابهة للبصمة قدمت للإنسانية الكثير  
 من الخير و أثبتت جدواها و يسرت التعامل بين البشر، و يعتبر هذا من الإجماع العملي كإقرار  
 بصمات البنان و الأذن و خطوط الجلد و الصور الفوتوغرافية وغيرها.<sup>6</sup>
- إن كل إنسان يتفرد بنمط خاص في التركيب الوراثي ضمن كل خلية من خلايا جسده لا  
 يشاركه فيه أي شخص آخر في العالم و البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد

=== لله: ابن عبد البر ( أبو عمر يوسف النمري)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي البيجاوي، دار الجيل، بيروت -  
 لبنان، ط: الأولى، 1997م، (4/1461).

1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الفرائض، باب القائف، رقم الحديث: 6771، (4/1341). ■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب  
 الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد، (4/172).

2 - الرملي، نهاية المحتاج، (8/375).

3 - عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، ص 49.

4 - الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، ص 268.

5 - حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص 721.

6 - الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطي، ص 264.

تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية و التحقق من الشخصية فهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية .<sup>1</sup>

• الأخذ بالصمة الوراثية لا يعني تعطيل النصوص الشرعية ، فالأدلة الشرعية -الفراش و الإقرار و البينة -أدلة معتبرة في إثبات النسب فلا تقوى الصمة على تضعيف هذه الأدلة أو إسقاطها لأن هذه الأدلة جاءت بنصوص شرعية و التي وضعت للتعبد و الأصل فيها الإعمال و ليس الإهمال .<sup>2</sup>

-القول الثاني:

إذا كان قول الأكثرين من الفقهاء المعاصرين بأن الصمة الوراثية من باب قياس الأولى على القيافة، فالأحكام التي تثبت بالقيافة تثبت بالصمة لاستنادها إلى علامات ظاهرة و بالتالي فهي قرينة قوية ؛فهناك من اعتبرها أيضا قرينة قوية و قاطعة لكن تؤخذ كدليل مستقل و بينة مستقلة و لا تقاس على القيافة.<sup>3</sup>

و تم الإستدلال أن الصمة الوراثية قائمة على أساس علمي محسوس فيه دقة متناهية والخطأ فيه مستبعد جدا، بخلاف القيافة والتي تقوم على الاجتهاد والفراسة وهي مبنية على غلبة الظن والخطأ فيها وارد، فالصمة الوراثية يصح أن تكون أولى بالإعمال من أدلة الإثبات النسب التقليدية إذا تعارضت نتائجها مع فراش الزوجية أو الشهادة أو الإقرار، فالصمة الوراثية تعين الشخصية بصفاتها المرجعية بمسند مادي، فإنها تحقق ما عرفه الفقه الإسلامي من طرق لإثبات الفراش الذي به النسب وزيادة مما يجعلها دليلا مقدا على الأدلة التقليدية في ذلك"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، الصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص425.

<sup>2</sup> \_ خليفة علي الكعبي، الصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص377.

<sup>3</sup> \_ على رأسهم سعد الدين هلاي بشكل عام و ارتضاه بعض الباحثين بشكل مستقل في الشهادة مثل الدكتور محمد عثمان رأفت ، و مثل عبد المعطي بيومي و وهما عضوان بمجمع البحوث الإسلامية ، عبد القادر خياط، غنان غنام و بندر السويلم.

للـ: سعد الدين هلاي، الصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص316. ■ إبراهيم أحمد عثمان ، دور الصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية ، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية و الطب الشرعي، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 12-14 نوفمبر 2007م، ص17. ■ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، ص316.

<sup>4</sup> \_ سعد الدين هلاي، الصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة ي صدرها المجمع الفقهي الإسلامي -مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16. ص 271.

واعتبار البصمة الوراثية دليلاً مستقلاً بذاتها تتقدم على الأدلة الشرعية ؛ إنما هي بمثابة شرط حسي لصحة الأخذ بتلك الأدلة من جهة، و من جهة أخرى تعد مانعاً شرعياً من قبول تلك الأدلة الظنية إذا تعارضت معها، فهي داعمة لتلك الوسائل الظنية و ترفعها إلى مقام اليقين على أساس أنها قرينة، ثم إن وسائل النسب ليست أموراً تعبدية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور هذه التقنية الدقيقة قال النبي ﷺ

﴿سُرِّيهِمْ ءَايَتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴿٥٣﴾ ۗ﴾ [ فصلت: 53-54].<sup>1</sup>

ثم إن البصمة الوراثية أقوى بكثير من القرائن، بل حتى من الشهادة التي تمثل الصدق والكذب، وحتى من الإقرار، وذلك لأنها دليل مادي يعتمد العلم والحس، يقوم على التسجيل الذي لا يقبل العود والإنكار، بخلاف غيرها الذي يعتمد على الذمم ويقبل العود والإنكار، لذلك تصلح أن تكون مانعاً من قبول طرق الإثبات التقليدية دون العكس.<sup>2</sup>

و تم الاستدلال أيضا بأن الشريعة الإسلامية جاءت بمنهج يحقق مصالح الناس و يكفل لهم حياة مستقرة، و قد تضمنت الشريعة الإسلامية التشوف للحاق النسب و منه جاء اعتبار الأحوال النادرة في إحقاق النسب قال ابن القيم: " و أصول الشرع و قواعده و القياس الصحيح يقتضي اعتبار الشبه في لحوق النسب و الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب و عدم انقطاعها ولهذا اكتفي في ثبوتها بأدنى الأسباب".<sup>3</sup>

و إذا كان الشرع يتطلع إلى إثبات النسب و البصمة الوراثية قرينة دقيقة على إثبات النسب و نسبة الخطأ فيها منتفية؛ أو شبه منتفية فإنها حجة قوية معتبرة على إثبات النسب الذي آثر الفقهاء بثبوته بالشهادة أو بالتسامع و الشهرة أو القيافة عند بعضهم و حصول الخطأ فيها أمر محتمل و هو أعلى من احتمال وورود الخطأ في البصمة الوراثية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ سعد الدين هاللي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص 217.

<sup>2</sup> \_ إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، ص 17.

<sup>3</sup> \_ ابن القيم، الطرق الحكيمة، (1/588).

<sup>4</sup> \_ بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، ص 124.

و تم الإعتراض بأن الأدلة الشرعية هي الشرط والمانع من قبول البصمة الوراثية وليس العكس من هذا صحيح، ذلك أن الأدلة الشرعية تلقته الأمة بالقبول واستمر العمل بها منذ عهد الرسالة المحمدية إلى يومنا هذا، و تواتر العمل بها و أجمع السلف و الخلف عليها فلا قياس بينهما و بين البصمة الوراثية التي كان إكتشافها حديثاً.<sup>1</sup>

ثم إن القول بتجويز مثل هذا الرأي سيؤدي في النهاية إلى إلغاء جميع النصوص الشرعية و استبدالها بالأدلة الفنية الحديثة فطالما استجد دليل جديد في هذا العصر تم تكييفه وفق المنظور الشخصي، قال ابن تيمية: " إذا تطرق الخطأ إلى آراء العلماء أكثر من تطرقه إلى الأدلة الشرعية فإن الأدلة الشرعية حجة الله على جميع عباده بخلاف رأي العالم و الدليل الشرعي يمتنع أن يكون خطأ إذا لم يعارضه دليل آخر و رأي العالم ليس كذلك ".<sup>2</sup>

ثانياً: القائلين بعدم حجية إثبات النسب بالبصمة الوراثية

هناك من يرى أن البصمة الوراثية لا تتمتع بالحجية المطلقة فهي مجرد قرينة ظنية، لا ترقى إلى مستوى القرائن القطعية لأنها عرضة للخطأ، فهي ليست من البيئات المعتبرة شرعاً في إثبات النسب بل تخضع لتقدير المحكمة و هو رأي قال به بعض العلماء و تبنته بعض المحاكم في الدول العربية.<sup>3</sup> و قد أحتج أصحاب هذا الرأي بما يلي:

• **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّنَكَ فَعَدَلَكَ ﴿٧﴾ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَّا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴿٨﴾﴾ [**  
الإنفطار: 7-8].

<sup>1</sup> \_ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 377.

<sup>2</sup> \_ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (139/20).

<sup>3</sup> \_ من بينهم: وهبة الزحيلي، عمر السبيل، أحمد الكبيسي، أحمد الحداد، و من القضاة: وليد عاكوم من لبنان، عبد الله عبد الواحد، عمر محمد أبو سردانة و أقرته محكمة الاستئناف الاتحادية في الشارقة، و محكمة التمييز بدولة الإمارات و محكمة التمييز بالكويت.  
للخليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 293-294.

جاء في الفتوى رقم 54 لسنة 1996 لوزارة الأوقاف الكويتية: "إن البصمة الوراثية إن كانت قطعية الدلالة على مضمونها فإنه يجوز الحكم بها لنفي النسب دون إثباته من الأب، لأن تطابق الجينات الوراثية بين الابن و أبيه قد ينتج عن علاقة غير م شرعية "سفاح" و بالتالي لا تكون دليلاً لإثبات النسب أما إذا لم تكن قطعية الدلالة فلا يجوز الأخذ بها في إثبات النسب و لا في نفيه ".  
للخليفة: سعد الدين هلال، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها، أعمال و بحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 2002 م، المجلد 03، ص 8.



ووجه الدلالة أن الله عزوجل قد خلق الإنسان وركب شكله على الصورة التي يريدتها و ليس على قاعدة التشابه بين الولد و أصوله و لو كان الإنسان يشبه أباه بإطراد لكان الناس كلهم على شبه سيدنا آدم - عليه السلام -<sup>1</sup>.

• البصمة الوراثية ليست دليلاً شرعياً و إنما أقر العلماء بتحليل الدم في قضايا إثبات البنوة أو النسب ليس من الأدلة الشرعية، إنما يمكن الإستفادة من تحليل الدم في نفي البنوة و ليس إثباتها مثل التنازع على ولد.<sup>2</sup>

و قد اعترض على هذا الدليل بأن القواعد القديمة التي كانت تعتمد عليها المحاكم الشرعية في السابق تعتبر في معظمها قواعد ظنية؛ وقد أجيب بأن الأصل في الأدلة الشرعية الصحة و اليقين لأنها من شرع الله و شرع الله شرع واف غير مشوب بنقص.<sup>3</sup>

• أن الإثبات بالبصمة الوراثية قرينة واقعية بسيطة، لا تتمتع بقوة ثبوتية أعلى و أقوى من القوة الثبوتية التي تتمتع بها سائر وسائل الإثبات، لذلك فإن القاضي يبقى حراً في اعتمادها أو رفضها.<sup>4</sup>

• إن رفض تحاليل الحمض النووي في قضايا النسب يأتي بأنه غير معترف به شرعاً إضافة إلى أن القائمين على التحاليل ذاتها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين.<sup>5</sup>

• نتائج البصمة الوراثية ليست واضحة، و غير قطعية لكونها عرضة للخطأ و ليست من البيانات الشرعية و من ثم فلا يجوز إثبات النسب بمقتضاها نظراً لكونها عرضة للخطأ و أنها ليست من البيانات الشرعية، و قد نوقش هذا بأنه ينقضه الدليل و أقوال الخبرة و الاختصاص الذين

<sup>1</sup> \_ أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الثقافة العربية للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، 1985م، ص40.

<sup>2</sup> \_ خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص295.

<sup>3</sup> \_ المرجع نفسه، ص295.

<sup>4</sup> \_ وليد العاكوم، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات مايو 2002 م، المجلد الثاني، ص542.

<sup>5</sup> \_ خليفة على الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، ص295.

أكدوا بيقينة و قطيعة النتائج فالخطأ إن كان يرجع للجهد البشري و عوامل التلوث و نحو ذلك.<sup>1</sup>

• العمل بالقافة تعول على مجرد الشبه ، و الشبه قد يقع بين الأجانب الذين لا تربطهم صلة قرابة و قد ينتفي الشبه بين الأقارب أصلاً، و لما كانت البصمة الوراثية تعتمد على الشبه فإنه يسقط الاستدلال بها تبعاً لذلك.<sup>2</sup>

ثالثاً: الترجيح

يمكن من خلال ما سبق ذكره ترجيح ماذهب إليه أصحاب القول الأول القائلين بأن البصمة الوراثية تأخذ حكم القيافة ، و هذا لقوة أدلتهم و موافقتها لمقاصد الشريعة الإسلامية ذلك أن القول بأولوية البصمة الوراثية على الطرق الشرعية فيه رد للنص و تقديم الرأي عليه، ولا اجتهاد مع النص، ويعني أيضاً قرينة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها وهو من قبيل الإفراط والثقة الزائدة في الأدلة العلمية<sup>3</sup>. ثم إن الأخذ بدليل البصمة الوراثية و إلغاء للأدلة الثابتة شرعاً قول غير دقيق فلا يقام بها حكم على استقلال ما لم تدعمها بينات أخرى<sup>4</sup>؛ لكن يمكن للبصمة الوراثية أن تتقدم على الفراش و الإقرار في حالات معينة حددها قرار المجمع الفقهي و هي:<sup>5</sup>

• حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب انتفاء الأدلة أو تساويها أم كان بسبب الاشتراك في وطء الشبهة الذي نتج عنه حمل وولادة فإنه يمكن إثبات نسبة المولود إلى الزوج الذي وقع على المرأة بشبهة.

<sup>1</sup> \_ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة و القانون، جامعة الأزهر - كلية الشريعة و القانون، 2005م، ص 274.

<sup>2</sup> \_ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص 731.

<sup>3</sup> \_ مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية و أثرها في إثبات و نفي النسب دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة، 2007م - 2008م، ص 82.

<sup>4</sup> \_ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 301.

<sup>5</sup> \_ القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ: 10-01-2002م .

مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص 344.

- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات و مراكز رعاية الأطفال و نحوها و كذا الاشتباه في أطفال الأنايب.
- حالات الضياع و الفقد للصغار و المواليد في الكوارث و الحروب و تعذر معرفة أهلهم و هذه لا يمكن العمل فيها بالفراش لتمييز الصغار و معرفة آبائهم مع تحققه نظرا لوجود الاشتباه و هذا يوضح أن البصمة الوراثية ينبغي أن تأخذ مكانا مهما و قويا في إثبات النسب.

#### البند الثاني: مدى نفي النسب بالبصمة الوراثية

ربطت الـ شريعة الإـ سلامية الذـ سب بـ سياج محكم تمنع الدخول فيه أو الخروج منه بغير سبب شرعي، فقد حافظ على النسب حفاظا فائقا من خلال التشوف لإثباته كما تقدم، و في المقابل حافظ على الحق في نفيه متى قامت الأدلة النافية له، و مما هو معلوم أن الطريق الوحيد الشرعي لنفي النسب هو اللعان<sup>1</sup>

<sup>1</sup> لغة: اللعان مصدر لاعن و هو الطرد و الإبعاد من الخير، يقال رجل لعين بمعنى طريد، و اللعن يكون من الله و يكون من الخلق و اللعان عل وزن فعل تركيب كل فعل يتعلق بثانين كالقتال و الخصام .  
و اصطلاحا: له تعريفات كثيرة :

- هو عند الحنفية و الحنابلة. شهادات مؤكدة بأيمان من الزوجين مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف فق حقه و مقام حد الزنا في حقه .
- عند المالكية حلف زوج مسلم مكلف عل زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له و حلفها على تكذيبه إن اوجب نكولها حدها بحكم قاض.
- عند الشافعية كلمات معلومات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه و ألحق العار به أو إلى نفي الولد.
- عند الظاهرية هو قذف امرأته بالزنا هكذا مطلقا أو بإنسان سماه سواء دخل بها أو لم يدخل ادعى رؤية أو لم يدع.

و قد جاء ذكر اللعان في القرآن الكريم في **بُورَانِ (الَّذِينَ يَزْنُونَ)** : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْنُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٨﴾ وَالْخَمْسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٩﴾ ﴾ [ النور: 06-09].

فقد جاء تشريع اللعان للزوج: ألا يلحقه العار بزناها، ويفسد فراشه، ولثلا يلحقه ولد غيره، وهو لا يمكنه إقامة البينة عليها في الغالب، وهي لا تقر بجرمتها، وقوله غير مقبول عليها، فلم يبق سوى حلفهما بأغلظ الأيمان، فكان في تشريع اللعان؛ حلاً لمشكلته، وإزالة للحرَج، ودرءاً لحد القذف عنه، لن الغاب أن الزوج لا يقدم على رمي زوجته إلا خوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه به فينفيهم باللعان.

للـ ابن منظور، لسان العرب، (387/13). الكاساني، بدائع الصنائع، (25/5). الزيلعي، البحر الرائق، (188/4). ابن الهمام، فتح القدير، (247/4). البهوتي، كشف القناع، (390/5). الخطاب، مواهب الجليل، (455/5). الدسوقي، حاشية

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و اللعان خاص بالزوج فقط وليس لأحد حق اللعان إلا هو، وبذلك حمت الشريعة الإسلامية النسب والأسرة من الإهتزاز و الاضطراب و غلق أبواب نفي النسب بعد ثبوته بطرقه الشرعية إغلاقاً محكماً لم يسمح بفتحها إلا من خلال اللعان.

و بعد ظهور البصمة الوراثية وقع الخلاف الفقهي في مسألة نفي النسب عن طريقها كما يأتي:

أولاً: القائلين بتقدم اللعان على البصمة الوراثية في نفي النسب

و هو قول أكثر الفقهاء المعاصرين حيث قالوا بأنه لا يجوز الاعتماد على الحقائق العلمية المعاصرة في نفي النسب فلا ينتفي النسب إلا باللعان فقط<sup>1</sup>، قال الدكتور وهبة الزحيلي<sup>2</sup>: "و أما نفي النسب كنفى ولد من زوجة بأيمان اللعان الخمسة المعروفة فيقدم في شرعنا على غيره كالقيافة و البصمة الوراثية لأن هذين الطريقتين لا يلجأ إليهما إلا عند الحيرة أو جهالة النسب فإن حسم الأمر بطريق شرعي فلا حاجة لغيره"<sup>3</sup>.

وعليه قرار مجمع الفقه الإسلامي بالرابعة وجاء فيه "لا يجوز شرعاً الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان"<sup>4</sup>. فالشارع على قدر تشوفه إلى ثوبت النسب و كيفي

<sup>1</sup> الدسوقي على الشرح الكبير، (457/2). الشريبي، مغني المحتاج، (60/5). ابن حزم، المحلى، (331/9). القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، (185/12). ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، (273/3).

<sup>2</sup> \_ ومن بينهم علي محي الدين القرة داغي وعبد الستار فتح الله سعيد، الأشقر، وهبة الزحيلي، عبد الستار سعيد، ناصر الميمان، عمر بن محمد السبيل، سعد العنزي.

<sup>3</sup> القرة داغي علي محي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص58. عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص146-148. الزحيلي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص26.

<sup>4</sup> \_ الزحيلي: وهبة بن مصطفى الزحيلي ولد في بلدة دير عطية من نواحي دمشق عام 1932م متخصص في الفقه وأصول الفقه، والقانون من فقهاء هذا العصر أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة من سوريا في العصر الحديث، عضو المجمع الفقهي بصفة خبير في مكة وجدة والهند وأمريكا والسودان. ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق من كتبه المعروفة "آثار الحرب في الفقه الإسلامي. أصول الفقه الإسلامي. الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد. نظرية الضرورة الشرعية، دراسة مقارنة. توفي في 2015 عن عمر 85 سنة.

<sup>5</sup> الموقع الرسمي للدكتور وهبة الزحيلي [www.zuhayli.com](http://www.zuhayli.com) تاريخ التصفح: 11-12-2015م

<sup>6</sup> \_ الزحيلي وهبة، قضايا الفقه و الفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط: الأولى، 2006م، ص440.

<sup>7</sup> \_ القرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ: 10-01-2002م.

مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص344.

في إثباته بأدني سبب فإنه في المقابل ي شدد في نفيه<sup>1</sup>، ومن أصحاب هذا الرأي من قال أنه يمكن الاستعانة بالبصمة الوراثية فقط للتقليل من حالات اللعان إذا اطمأن الزوج لذلك.<sup>2</sup> وهناك من أجاز الإستفادة منها للاستعانة بها كقرينة من القرائن التي يستعان بها على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها بغرض الحيلولة دون وقوع اللعان قدر الاستطاعة<sup>3</sup>، فإذا عزم الزوج أن يلاعن زوجته لنفي نسب ولده منه لوجود شك كبير فيه فإنه يمكنه اللجوء إلى البصمة الوراثية لدفع هذا الشك فإذا أثبت أن الولد المشكوك فيه منه فعليه الإكتفاء بهذه النتيجة، أما إذا أثبت بأن الولد ليس منه فعليه اللعان.<sup>4</sup>

وقد كانت عمدة هذا الفريق بعدم جواز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ما يأتي :

• **قَالَ (الرَّبِّي) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴾ [النور: 06].**

دلت الآية على أن الزوج إذا لم يكن له شهداء على زنا زوجته إلا نفسه ليس له إلا اللعان، والأخذ بالبصمة الوراثية فيه زيادة على ما في كتاب الله تعالى<sup>5</sup>، لقول النبي ﷺ - : « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو مرد »<sup>6</sup>.

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن المرأة لو رضيت بنتائج البصمة الوراثية في نفي النسب و قبلها القاضي يمنع اللعان، فبناء على ما حققه العلم من واسع الإطلاع على أسرار الخلية و البصمة الوراثية يصبح الإطمئنان إلى نتائج ما يكشفه اطمئنان اليقين لا الظن.<sup>7</sup>

1 \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، ص 41.

2 \_ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص 443.

3 \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجناية، ص 45.

4 \_ القرة داغي علي محي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص 60. ■ نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، ص 109.

5 \_ المرجع نفسه، ص 35.

6 \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، رقم الحديث: 2697، (2/538). ■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الأقضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، رقم الحديث: 1718، (2/933).

7 \_ السلامي (محمد المختار)، القسم في اللغة و في القرآن، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1999م، ص 347.



• **قَالَ (الرَّبُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ**

**الْخَيْرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴿٣٦﴾ [الأحزاب: 36]**

ووجه الدلالة أن المؤمن لا ينبغي له و لا يليق به إلا الإسراع في مرضاة الله و رسوله؛ و الهرب من سخط الله و رسوله و امتثال أمرهما و اجتناب نهيهما و الرسول أولى به من نفسه فلا يجعل بعض أهواء نفسه حجابا بينه و بين أمر الله و رسوله.<sup>1</sup>

فاللعان شرع للزوج ليدراً الحد عن نفسه فلا يجوز منعه من هذا الحق الثابت له شرعاً و فكيف يجوز إلغاء حكم شرعي - و هو اللعان - بناء على نظريات طبية مظنونة.<sup>2</sup>

• قوله - ﷺ -: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»<sup>3</sup>، و المراد بالحجر الخيبة، أي أن الزاني لا شيء له في الولد، و قيل المراد بالحجر أنه يرحم بالحجارة إذا زنى.<sup>4</sup>

ووجه الدلالة أنه لو أقرت الزوجة فيما رماها به من الفاحشة فإن الذئب سب يلحق بالزوج لحديث الولد للفراش و لا ينتفي عنه إلا باللعان؛ و طالما ثبت الفراش فلا يعارضه إلا أقوى منه و هو اللعان و بالتالي لا مجال للبصمة الوراثية في الحيلولة دون وقوع اللعان<sup>5</sup>، فإذا نفى الزوج ولداً من زوجته ولد على فراشه فلا يعمل بقول القافة و لا فإسوة ولا تعارضه دلائل الوراثة كالبصمة الوراثية مهما قويت، فمن شروط العمل بها ألا تخالف أصلاً شرعياً مقررًا في بابه و هو اللعان هنا<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> \_ السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، ص 665.

<sup>2</sup> \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16، ص 184.

<sup>3</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، باب تفسير الشبهات، رقم الحديث: 2053، (399/1). مسلم، الجامع الصحيح، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش و توفي الشبهات، (171/4).

<sup>4</sup> \_ الشوكاني، نيل الأوطار، (331/6).

<sup>5</sup> \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنابة، ص 43.

<sup>6</sup> \_ عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، ص 147.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

قال ابن عبد البر<sup>1</sup>: "فنفي أن يلحق في الإسلام ولد الزنا، وأجمعت الأمة على ذلك نقلاً عن نبيها - ﷺ - و جعل - ﷺ - كل ولد يولد على فراش لرجل لاحقاً به على كل حال إلى أن ينفيه بلعان على حكم اللعان"<sup>2</sup>.

• جاء رجل من بني فزارة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ولدت امرأتي غلاماً أسود وهو حينئذ يعرض بنفيه، فقال له النبي - ﷺ - : « هل لك من إبل ؟ » قال نعم، قال: « فما ألوانها ؟ » قال حمراء، قال: « هل فيها من أومر ؟ » قال إن فيها لورقا، قال: « فأنى أتاهما ذلك ؟ » قال عسى أن يكون نزع عرق، قال: « فهذا عسى أن يكون نزع عرق »<sup>3</sup>.

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي - ﷺ - أبطل الشبه الذي استند إليه الرجل لنفي ولده و لم يرخص له في الانتقاء منه لعدم المشابهة في اللون،<sup>4</sup> و لما كانت البصمة الوراثية تعتمد في نفي النسب على الفوارق الجوهرية في الصفات الوراثية المتشابهة بين الآباء و الأبناء و جب إبطالها و عدم الأخذ بها في هذا الباب<sup>5</sup>.

• من القياس أن البصمة الوراثية مقيسة على القافة فتأخذ حكمها و القافة كما هو معروف تعتمد على الشبه و معرفة ذلك من الآباء و الفروع و قد أهدر النبي - ﷺ - الشبه مقابل اللعان و بالتالي فإن البصمة الوراثية لا تنفي النسب لأن النبي - ﷺ - لم يقبل النفي بمجرد اختلاف اللون.<sup>6</sup>

1 \_ ابن عبد البر: هو يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، شيخ الإسلام حافظ المغرب، ولد بقرطبة سنة 368هـ، و ساد أهل الزمان في الحفظ و الإتقان، رحل في طلب العلم في غربي الأندلس و شرقيها، و ولي قضاء لشبونة و شنترين، من كتبه: الاستيعاب فالصحابة، جامع بيان العلم و فضله، الاستذكار في شرح مذاهب علماء الأمصار، توفي عام 463هـ عن عمر 95 سنة.

للإمام ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة علمان المذهب، (367/2).

2 \_ ابن عبد البر (أبو عمر يوسف النمري)، التمهيد لما في الموطأ من المعاني و الأسانيد، تحقيق: محمد الفلاح، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، (د.ط)، 1400هـ - 1980م، (8/188).

3 \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الطلاق، باب إذا عرض بنفي الولد، رقم الحديث: 5305، (3/1092). ■ مسلم، الجامع الصحيح، كتاب اللعان، رقم الحديث: 1500، (2/792).

4 \_ الشوكاني، نيل الأوطار، (8/287).

5 \_ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، ص 574.

6 \_ ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، ص 618.

- وقد تم الاعتراض أن بعض الفقهاء أجازوا نفي النسب بغير اللعان كما إن نفته القافة أو تصادق الزوجان في النفي وبالتالي يمكن للبصمة أن تنفي النسب من غير حاجة للعان بين الزوجين، قال الماوردي<sup>1</sup>: "إذا أحاط العلم أن الولد ليس من الزوج فالولد منفي عنه بلا لعان".<sup>2</sup>
- من المعقول أن الأخذ بالحقائق العلمية المعاصرة فيه معارضة للعان، واللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع ، فأيمان اللعان لها صفة تعبدية في إقامته و تترتب عليه آثار عدة كدرء حد القذف عن الزوج و حد الرجم عن الزوجة و تأييد الحرمة بينهما و غيرها، فلا يجوز إلغاء اللعان وإحلال غيره محله إلا بنص شرعي يدل على نسخه وهو أمر مستحيل، فيبطل العمل بالحقائق العلمية المعاصرة.<sup>3</sup>
  - أن اللعان يُغني عن البصمة الوراثية، فلم تكن الأمة في حرج من أمرها في هذا الشأن وقد نظم الإسلام عملية اللعان ووضع العلماء لها الضوابط والشروط التي تكفل مقاصد الدين من تشريع اللعان، فلم يكن للناس حاجة في البصمة الوراثية لنفي النسب الذي حماه الإسلام وأحاطه بعناية بالغة.<sup>4</sup>
- و قد تم مناقشة ذلك و تم الرد أن الشريعة أعظم من أن تُبنى أحكامها على مخالفة الحس والواقع، و الشرع أرفع قدرا من ذلك، و الميزان الذي أنزله الله للحكم بين الناس بالحق يأبي ذلك كل الإباء، فلو استلحق رجلا من يساويه في السن، وادعى أنه أبوه فإن ذلك مرفوض لمخالفة العقل والحس، فلا يمكن أن يتساوى أب وابن في السن مع أن الاستلحاق في الأصل مشروع.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ الماوردي: هو أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي ولد عام 364 هـ ، أكبر قضاة آخر الدولة العباسية، صاحب التصانيف الكثيرة النافعة، الفقيه الحافظ، من أكبر فقهاء الشافعية توفي عام 450 هـ .  
للإمام الذهبي (محمد بن أحمد بن عثمان)، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة ، (د.ط)، 2001م، (64/18).

<sup>2</sup> \_ الماوردي، الحاوي، (159/11).

<sup>3</sup> \_ عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنانية، ص 43. ■ ناصر الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب ، مجلة الشريعة و القانون - جامعة الإمارات، 2003م، ع: 18، ص 618.

<sup>4</sup> \_ بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، مجلة العدل - وزارة العدل السعودية، 1429هـ، ع: 37، ص 15.

<sup>5</sup> \_ قاسم عبد الرشيد محمد أمين، البصمة الوراثية و حجيتها، مجلة العدل، السعودية، 1425هـ، ع: 23، ص 73.

ثانياً: القائلين بتقدم البصمة الوراثية على اللعان في نفي النسب ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه يمكن الا ستغناء عن اللعان والاكتفاء بنتيجة البصمة الوراثية إذا تيقن الزوج أن الحمل ليس منه<sup>1</sup>.

فإذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل أو الولد ليس من الزوج فهو دليل مع الزوج أو ضده فإن كان معه فلا وجه للعان إلا من أجل المرأة أن تدفع عنها حد الزنا و إن كانت ضده و تبين أن الولد منه و جب عليه حد القذف حق للمرأة و لها أن تسقطه أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنا و ليس من أجل نفي الولد.<sup>2</sup>

وقصر البعض حجيتها إذا اعتمدت في إثبات نتائجها للبنوة بخلاف أقوال الزوج فيعمل بها دون اللعان، فإذا ثبت باختبارات البصمة الوراثية أن الزوج هو الأب الطبيعي للمولود فإن ذلك يمنع نفي الولد عنه لكن لا يسقط حقه في إجراء الشهود و هو استثناء عن الأصل العام من القذف لأن المرأة ربما حملت من زوجها ثم زنت أو العكس.<sup>3</sup>

• **قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ**

**شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ [النور: 06].**

ووجه الدلالة أن الآية ذكرت درء العذاب و لم تذكر نفي النسب فالزوج يلجأ للعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه ، و البصمة الوراثية هنا تشهد لقوله فليس هناك مدعى للعان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> \_ منهم : سعد الهلالي ، محمد المختار السلامي ، عبد الله محمد عبد الله و غيرهم .

<sup>2</sup> \_ خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، ص 442.

<sup>3</sup> \_ سعد الدين هلال ، البصمة الوراثية و مجالات الاستفادة منها ، ص 351.

<sup>4</sup> \_ السلامي (محمد المختار) ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، نقلا عن القره داغي (علي محيي الدين ) ، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي ، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة ، 2003م ، السنة : 14 ، ع : 16 ، ص 456

<sup>4</sup> \_ السلامي ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، ص 53 . حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد ، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات ، ص 807 . خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، ص 444.

و نوقش هذا الاستدلال بأن الأصل الذي تم العدول عنه إلى اللعان جاء بلفظ "الشهداء" و هو ما يضعف هذا الاستدلال و يوهنه لأن البصمة لا يمكن أن تكون في مقام الشهادة بخلاف ما لو جاءت الآية بلفظ "بينات" لأصبح لهذا الرأي نوع من المعنى أو التوجيه فالبصمة الوراثية معدودة في البينات و لكنها ليست من جنس الشهادة.<sup>1</sup>

• من القياس أن الجمهور قبلوا القيافة و عملوا بها في النسب و القائف إنما يتكلم عن حدس و فراسة و حكمه يتحمل الخطأ كما أنه قد يقول الشيء ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه و قياس الحقائق العلمية على القيافة قياس أولى لأن نتائج البصمة الوراثية نتائج صحيحة لا تخطأ فهي تعتمد على أساليب علمية دقيقة جداً.<sup>2</sup>

• من القياس أن البصمة الوراثية شأنها شأن الوسائل المستحدثة قد أثبتت فعاليتها و صحة نتائجها فقياس البصمة الوراثية على الوسائل المستحدثة و منها وسائل إثبات الهوية الشخصية بجامع أن كلا منها تعطي نتائج صحيحة و قاطعة في مجال العمل بها.<sup>3</sup>

• من المعقول أن اللعان هو الاستثناء وليس القاعدة، فلا يلجأ إليه إلا عند انعدام الدليل مع الزوج، فالأصل في اللعان هو البينة أو الشهادة، فإذا أثبتت البصمة الوراثية صحة قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفي النسب، فلا داعي لللعان فالبصمة بينة ثابتة بمثابة الشهادة.<sup>4</sup>

و تم الإعتراض أن مقصد الشارع في تشريع اللعان هو سد أبواب الخوض في الأعراض و النسب حتى لا تتعرض للإضطراب و الفوضى، فمن أراد نفي نسب ولد ثابت بالفراش ليس أمامه إلا اللعان من خلال أربع شهادات بأن الولد ليس منه و الخامسة اللعنة و الغضب من الله عزوجل و هذا فيه تأثير كبير على الجانب الشخصي و الاجتماعي و الأسري فلا يقدم عليه إلا عند الضرورة و لا يمكن أن يحل مكانه البصمة الوراثية بأي حال من الأحوال.<sup>5</sup>

ثالثاً: الترجيح: الظاهر من خلاف ما أستدل به أهل العلم في المسألة أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائلين بمنع نفي النسب بالبصمة الوراثية فنفي النسب بعد ثبوته بالفراش لا يكون نفيه

<sup>1</sup> \_ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، ص575.

<sup>2</sup> \_ ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، ص212.

<sup>3</sup> \_ الأشقر، إثبات النسب بالبصمة الوراثية، ص264.

<sup>4</sup> \_ عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، ص711.

<sup>5</sup> \_ القرّة داغي علي محي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، ص61.



شرعا إلا باللعان للأسباب التالية :

- إحلال البصمة الوراثية مكان اللعان هو من النوازل و تقديمها على البصمة الوراثية هو تعطيل لحكم شرعي ثابت بنص شرعي، و لم يعهد من السلف السابق إلغاء النصوص الشرعية فكيف يسوغ لنا القول أن يلغى اللعان نهائيا لمجرد دليل علمي حديث<sup>1</sup>.
- اللعان هو حكم شرعي قطعي الدلالة، و الإجتهد يكون فيما لم ينزل فيه وحي خاص، و كان النبي - ﷺ -، يقطع النظر ويعمل بما نزل به الوحي في الحكم ويجرى الأمر على الظاهر ولو قامت قرينة تقتضي خلاف الظاهر<sup>2</sup>.
- إحتياط الشارع الحكيم للأنساب و التشوف إلى ثبوتها بأدنى سبب و التشدد في النفي فلا يحكم إلا بأقوى الأدلة<sup>3</sup>.
- يقول الأشقر: "إنه لن يكون مقبولا شرعا استخدام الهندسة الوراثية و البصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريق شرعي صحيح من الطرق التي بينها و لكن مجال العمل بالبصمة الوراثية سيكون في إثبات أو نفي أبوة لم تثبت بطريق شرعي صحيح"<sup>4</sup>.
- فإن كان لا يجوز الاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان فإنه يحسن الاستعانة بها على اعتبار أنها قرينة قوية قد تحمل الزوج عن العدول عن اللعان فيما إذا ثبت من خلال نتائج البصمة الوراثية أن المولود على فراشه هو ابنه فهذه مصلحة شرعية .
- نص الشارع على اللعان و تعبدنا به و جعله الطريق الوحيد بين الزوجين لنفي النسب فلا يجوز إلغاؤه و إحلال غيره محله أو قياس أي وسيلة عليه مهما بلغت من الدقة و الصحة في نظر المختصين كالبصمة الوراثية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> \_ خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية، ص450.

<sup>2</sup> \_ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (372/9). ■ الشوكاني، نيل الأوطار، (275/8).

<sup>3</sup> \_ حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، ص812.

<sup>4</sup> \_ الأشقر (عمر سليمان )، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة و الهندسة الوراثية والجينوم البشري و العلاج الجيني - رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت في أكتوبر 1998، الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ / 2000 م ، ص454.

<sup>5</sup> \_ يمينة ساعد بوسعادي، الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة، ص535.

### الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

البند الأول: إضافة طريق البصمة الوراثية في القانون الجزائري

يعد تأثير التطور العلمي على النسب تأثيرا إيجابيا بما أنه جعل المشرع الجزائري يعتمد الطرق العلمية في إثبات النسب مما سمح على الصعيد القانوني مزيدا لحماية النسب، و بالرجوع لقانون الأسرة قبل التعديل نجد أن المشرع الجزائري قد نظم أحكام النسب في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة، و قد جاءت المادة 40 لتقرر الطرق الشرعية التي تستخدم في إثبات النسب و حددتها في كل من الزواج الصحيح أو الإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه طبقا للمواد 32،33،34 من نفس القانون، وجاءت نفس المادة المعدلة من نفس القانون في فقرتها الثانية تنص على أنه "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، و هذا تماشيا مع التطورات العلمية الحديثة ، فقد وسّع المشرع الجزائري من دائرة إثبات النسب بالنص على الخبرة الطبية كوسيلة شرعية.

جاء في عرض أسباب التعديل بأنه تمت إضافة فقرة ثانية للمادة 40 من قانون الأسرة تفيد أنه يمكن إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة متى كانت العلاقة شرعية و يعد هذا تسهيلا في طرق الإثبات في هذا المجال تماشيا مع التطور العلمي لوسائل الإثبات.<sup>1</sup>

و هناك من ذهب إلى أن المشرع كان الأولى به تحديد الطرق العلمية القاطعة تمييزا لها عن الطرق العلمية الظنية هذا عن طريق الخبرة العلمية المكررة عند الإقتضاء و المقصود تحديدا هو فحص الحمض النووي للبصمة الوراثية لدقتها،<sup>2</sup> لكن الواضح كما تقدم ذكره أن أهم طريقة يمكن أن يعتمد عليها القضاء الجزائري هي البصمة الوراثية فلا خلاف في ذلك.

و للإشارة أن النص القديم لم يتضمن نصا خاصا بالطرق العلمية فضلا عن البصمة الوراثية و اكتفى بالطرق الشرعية المحددة في الفقه الإسلامي<sup>3</sup>، و ظل العمل القضائي متمسكا بالطرق الشرعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص108.

<sup>2</sup> \_ المرجع نفسه، ص109

<sup>3</sup> \_ المادة 40 من قانون الأسرة قبل التعديل: "يثبت النسب بالزواج الصحيح و بالإقرار و بالبينة و بنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون".

<sup>4</sup> \_ باديس ذياي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعوى النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى-عين مليلة، ط: الأولى، 2010م، ص96.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و جاءت المحكمة العليا في وقتها ترفض الإستعانة بالطرق العلمية الحديثة من خلال قرارها الصادر بتاريخ: 15-06-1999 إذ جاء في حيثياته : " ومتى - تبين من قضية الحال- أن قضاة المجلس لما قضا بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافا لقواعد إثبات النسب المسطرة شرعا وقانونا طبقا لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة فإنهم بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطاتهم و عرضوا قرارهم للنقض ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

فالقرار توج لمنحى التطبيق القضائي نحو استبعاد الطرق العلمية ، و هو ما يعد مجانبة لروح العصر بإهماله للقيمة الإثباتية للخبرة العلمية المتمثلة حينها في تحليل الدم و ذلك بتضييقه لنص المادة 40 التي تعتبر البيئة بمفومها الواسع تصلح دليلا للإثبات.

و هو حسبما يرى البعض قراره هش من الناحية القانونية لأنه يخلينا إلى رؤية محافظة تقليدية قديمة و يكشف عن طريقة شاذة في تطبيق القضاة للقانون و فهمهم له<sup>2</sup>، فقضاة المحكمة العليا -حسب بعض القانونيين- قد تعسفوا في تفسير القاعدة القانونية المنظمة للنسب عندما اعتبروا تحليل الدم في مجال النسب ليس وسيلة شرعية مفضية إلى تحديد النسب، في حين يُفهم من عموم عبارة بالطرق المشروعة التي جاءت بها قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يعترض على هذه الوسائل الحديثة في مجال النسب التي يمكن للقاضي من خلالها إبراز الحقيقة.<sup>3</sup>

فكان من الممكن -حسب رأي البعض - لواضعي قانون الأسرة مسايرة بعض المستجدات في تلك المرحلة وتجنّب القاضي التردد بشأنها، وعلى رأسها مسايرة ماتعلق بالعلوم البيوطبية التي تم اكتشافها

<sup>1</sup> \_ المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 22264 ،التاريخ: 15-06-1999 م.

لللمجلة المحكمة العليا، 2001م، ع: خاص، ص88.

المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 22674 ، التاريخ 15-06-1999م.

لللمجلة القضائية ،سنة 1999 ، ع: 01، ص 126.

<sup>2</sup> \_ Cf .LAHLOU-KHIAR Ghanima, La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux , La preuve de la filiation, Revue 'EL MOUHAMAT', L'ordre des avocats d'Alger, oct 2003, N° 01, p .53

<sup>3</sup> \_ جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و

السياسية-جامعة الجزائر، 2003م، ع: 01، ص19.

الحقوق، جامعة الجزائر، ج 41 ، 2003 ، عدد 01 ،

في العقود الأخيرة، وما يُثير الدهشة حقا هو أن هذا القانون حديث نسبيا قياسا بتشريعات الأحوال الشخصية المقارنة.<sup>1</sup>

و هذا ما جعل الكثير من أهل الاختصاص القانوني يطالبون باعتماد الطرق العلمية، فقد بات التفسير الضيق للنصوص غير مسعفا ودون جدوى في مسائل إثبات النسب قانونا، حتى انتقل الانشغال لمطالبة نواب البرلمان بذلك فقد تم توجيه سؤال إلى وزير العدل حينها حول تفكير الحكومة للملئ الفراغ القانوني و ذلك من خلال نص صريح يتيح المجال أمام الجهات القضائية لتعيين خبراء يستعلمون تقنية البصمة الوراثية في النزاعات المتعلقة بإثبات النسب.<sup>2</sup>

و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن متحمسا للإحاطة القانونية بنتائج التطور العلمي في مادة إثبات النسب شأنه شأن التشريعات العربية عكس التشريعات الغربية كالتشريع الفرنسي.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر، ط: الأولى، 2001 م، ص 97.

<sup>2</sup> \_ كان نص السؤال الموجه من طرف نائب مجلس الأمة الدكتور لزهاري بوزيد و هو أستاذ متخصص بالقانون كما يأتي : أن العلم الحديث قد توصل إلى اكتشاف ما يسمى بالبصمة الوراثية والتي بإمكانها وبشكل قطعي إثبات نسب الولد لأبيه وأمه أو نفي ذلك، وهذا بطبيعة الحال في حالات النزاع حول هذه المسألة، والتي يمكن أن تثار أمام القضاء، ولكن نص المادة 40 يحدد على سبيل الحصر طرق إثبات النسب، وهو ما يجعل المحكمة العليا تنقض قرارا صادرا من أحد الجهات القضائية. لذلك فهل هناك تفكير على مستوى الحكومة لملئ الفراغ القانوني، وذلك بوضع نص يتيح المجال أمام الجهات القضائية لتعيين خبراء يستعملون تقنية البصمة الوراثية في النزاعات المتعلقة بإثبات النسب، وأيضا في كثير من القضايا خصوصا الجزائية منها عندما يتعلق الأمر بالتحقيق في شخصية الجاني عند وجود بقايا الدم أو غيره من السوائل في مسرح الجريمة أو على جسم الضحية؟. و كان الرد على هذا السؤال بأنه قد تم إنشاء مخبر للبصمة الوراثية على مستوى الشرطة العلمية بالجزائر، و وعد بإدخال الإثبات بتقنية البصمة الوراثية من خلال اللجان التي تسهر على مراجعة القوانين الأساسية في إطار إصلاح العدالة التي باشرتها الحكومة. <http://www.apn.dz/ar/plus-ar/journal-officiel-des-debats-ar> تاريخ التصفح: 09-12-2015م

<sup>3</sup> \_ حل التشريعات العربية لم تشر إلى إمكانية اعتماد الدليل العلمي لإثبات النسب مكتفية في أغلب الحالات على الطرق التقليدية كالمشرع المصري و المشرع الكويتي، و من بين التشريعات العربية القليلة التي أشارت للدليل العلمي قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010م، و البحريني لسنة 2009م، و المغربي لسنة 2004م، و لكن على المستوى القضائي قبلت بعض الأقضية التي تناولت الطرق العلمية .

جاء المشرع الفرنسي لفرض جملة من المواد للطرق العلمية و أحاطها بجملة من الشروط أهمها أن يكون الدافع و الغاية من دراسة الصفات الوراثية لأي شخص هو تحقيق غاية طبية أو أبحاث علمية مع توفر رضا المعني بهذه العملية لدى إجراء الدراسة قبلها و كتابة بعد إعلامه بطبيعتها و الغاية منها و ينبغي ان يشمل الرضا تلك الغاية تحت طائلة الإبطال وفق المادة 16-10 من القانون المدني، فيحظر استعمال البصمة الوراثية دون رضا المعني أو استعمالها لأغراض شخصية.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

وما يلاحظ على المادة المعدلة أنها تضمنت حكما أساسيا مستحدثا وهو جواز اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ، هذا الحكم الذي جاء عقب التعديلات والتنقيحات التي مست قانون الأسرة الجزائري سنة 2005 تماشيا مع التطورات العلمية الحاصلة في هذا المجال وهو ظهور البصمة الوراثية على الساحة العلمية واحتلالها مكانة هامة في مجال تحقيق الشخصية وإثبات العلاقة البيولوجية بين الإبن من جهة ووالديه من جهة أخرى.<sup>1</sup>

و يكون المشرع الجزائري مبدئيا قد حل إشكالية عويصة كانت مطروحة على مستوى أنظمة القضاء في الدول العربية حيث غالبا ما كان يرفض القضاء الإثبات عن طريق الخبرة العلمية على أنها ليست من الوسائل المقررة شرعا لإثبات النسب، فجاءت هذه الإضافة في مكانها الصحيح ووقتها المناسب من طرف المشرع ، حيث بواسطة هذه الطرق العلمية الحديثة نتوصل إلى العلاقة اليقينية الحتمية بين الأصول و الفروع، و قد ربط ذلك بوجود الفراش الذي يبقى كأقوى دليل في إثبات النسب حسب المادة 40 كما تقدم .

فالمشرع الجزائري بهذا جعل الأصل في ثبوت النسب هي الطرق الشرعية التي حددها في الفقرة الأولى من المادة 40، أما الإستثناء فهو إثبات النسب بالطرق العلمية الذي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40، حيث تأتي في المرتبة الثانية بعد الأدلة الشرعية.

### البند الثاني: القيمة القانونية للبصمة الوراثية في القانون الجزائري

البصمة الوراثية ليست دليلا شرعيا مستقلا بل دليلا احتياطيا مكملا يرجع إليه القاضي حسب تقديره في حال انعدام الطرق الشرعية، وهو ما يفهم من نص المادة 40 فالقاضي له السلطة التقديرية فقط في استخدام البصمة الوراثية ، فقد جعلت الأسبقية للطرق الشرعية أولا ثم منحت السلطة التقديرية للقاضي في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب ، فإن رأى القاضي أن بالملف ما يكفي من أدلة

<sup>1</sup> للتفصيل أكثر ينظر: زيري بن قويدر، النسب في ظل التطور العلمي و القانوني دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في

القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2011م-2012م، ص 256 و ما بعدها

<sup>1</sup> \_ جيلالي ماينو، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص 125.



الإثبات المنصوص عليها في الفقرة 01 فإنه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي بإجراء خبرة البصمة الوراثية و العكس صحيح كما يمكنه أن يأمر بها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم.<sup>1</sup> وعيب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد هذه الطرق العلمية بدقة، لكن من خلال تحليل نص المادة نصل أن المقصود هي تقنية فحص الحمض النووي -البصمة الوراثية- لأنها طريقة علمية قاطعة في إثبات النسب و نفيه تتميز عن غيرها من الطرق.<sup>2</sup>

و لم يحدد المشرع الجزائري أو يبين الحالات التي يسمح فيها للقاضي اللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية لإثبات النسب فالسلطة التقديرية غير محددة، ومن المحتمل أن تحدث تهديدا على صحة و قطعية الأنساب في حالة ما إذا توسع القاضي في سلطته في تفسير النص.<sup>3</sup>

و مع هذا فإن القاضي لا يملك السلطة التقديرية المطلقة لأنه لن يستطيع أن يعتمد البصمة الوراثية في مواجهة الطرق الثابتة شرعا كأن يعتمد البصمة الوراثية مع وجود نسب ثابت شرعا عن طريق فراش الزوجية مثلا، فالقاضي لا يستعمل سلطته لتعطيل أحكام شرعية قاطعة الدلالة و الثبوت فيما يخص أحكام النسب، ثم إن استعمال المشرع للفظ "القاضي" في هذه الفقرة المستحدثة؛ بعد سرده للطرق الشرعية أو التقليدية لإثبات النسب في الفقرة الأولى، يوحي بأنه لا يعترف باستعمال الطرق العلمية هنا خارج نطاق القضاء.

ومنعا من التلاعب في قضايا إثبات النسب جعل المشرع الأمر جوازيا وليس مطلقا لمجرد ثبوت هذه العلاقة بالبصمة الوراثية، وقد ربط ذلك بوجود الفراش الذي يبقى كأقوى دليل في إثبات النسب؛<sup>4</sup> فمن خلال التعديل الذي أدخله المشرع الجزائري على المادة 40 فالبصمة الوراثية هي عبارة عن خبرة قضائية تخضع لأحكام الخبرة التي نظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المواد 125 إلى المادة 145؛ و يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة أو العكس فهو غير ملزم برأي الخبير غير

<sup>1</sup> \_ آمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقاسد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص 360.

<sup>2</sup> \_ عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، ص 109. ■ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 659.

<sup>3</sup> \_ آمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، ص 361.

<sup>4</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة، ص 667.

أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة حسب المادة 144 من نفس القانون، فالخبرة حسب هذه النصوص تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرف الخصوم. و ما تقدم ذكره متعلق بالقوة القانونية للبصمة الوراثية في مسألة اثبات النسب، أما عن نفيه فالنصوص القانونية أشارت صراحة إلى اللعان طريقة لنفي النسب حسب نص المادة 41 من قانون الأسرة التي تنص على أن نسب الولد يكون لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة، و هو ما ذكرته المحكمة العليا في إحدى قراراتها حيث جاء نصه: "من المقرر أيضاً أن نفي النسب يجب أن يكون رفع دعوى اللعان التي حددت مدتها في الشريعة الإسلامية والاجتهاد من يوم العلم بالحمل أو برؤية الزنا.."<sup>1</sup> و أكدت عليه في قرار آخر حيث جاء نص القرار كما يأتي: " من المقرر شرعاً أن النسب يثبت بالفراش الصحيح ، ومن ثم فإن القضاء بإثبات النسب حال قيام الزوجية ودون اللجوء إلى تطبيق قواعد اللعان في المهلة المحددة شرعاً لإقامته يعد قضاءً صحيحاً، ولما كان النسب الذي أنكره الطاعن هو نسب ثابت من خلال عناصر ملف الدعوى وتصريحات القضاة فيما يخص عودة الزوج إلى زوجته عند أهلها والمكوث معها في الخفاء مدة لم ينكرها الزوج ولم يعارضها فإنه بعدم إنكاره الحمل يوم سمع به أو حين ولادته في المهلة القريبة التي يقرها الشرع لإجراء قواعد اللعان ، سقط حقه في إنكار النسب ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالوجه المثار من الطاعن تأسيساً على مخالفة الشريعة الإسلامية غير جدي ويتعين رده "<sup>2</sup>.

و هو ما يؤكد أن المحكمة العليا تبنت الرأي القائل بعدم جواز استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب وأن الطريق الوحيد لذلك هو اللعان، وقد صاغت المحكمة العليا هذا الحل في المبدأ الذي جاء في ديباجة قرار آخر للمحكمة العليا " يحول رفع دعوى اللعان دون التذرع بالطرق العلمية لإثبات النسب "<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 172379، تاريخ: 18-10-1997م  
للـ: المجلة القضائية، 2001م، عدد خاص، ص70.

<sup>2</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35326، تاريخ: 03-12-1984م  
للـ: المجلة القضائية، 1990م، ع: 01، ص83.

<sup>3</sup> \_ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 605592، تاريخ: 15-10-2009م  
للـ: المجلة القضائية، 2010م، ع: 01، ص245.

من أشهر القضايا التي طرحت و جاءت قرار المحكمة العليا رافضاً لأي خبرة علمية حديثة بشأن إثبات النسب ونفيه إذ لم يتم اعتماد لا نظام تحليل الدّم ولا تحكيم البصمة الوراثية في هذا الشأن، وذلك لغياب نص صريح يُتيح ذلك. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و قد ذهب بعض الفقه الجزائري إلى القول، أن المشرع الجزائري أباح اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب فقط، وفقا للمادة 40 في فقرتها الثانية، وكان يستوجب عليه أن يطبق ذلك في كلتا الحالتين، سواء تعلق الأمر بإثبات النسب أو بنفيه؛ فهو رأي في محله طالما اقتنع المشرع الجزائري بالطرق العلمية لإثبات النسب وكان يستحسن الإعتماد عليها- حسب هؤلاء- في جميع حالات تنازع إيجابا أو سلبا، لتحقيق العدالة بصورة أوسع، لأن نتائج البصمة الوراثية يقينية قطعية.<sup>1</sup>

و بالرجوع للقانون المقارن نجد أن المشرع المغربي عكس الجزائري قد أجاز استخدام البصمة الوراثية في مجال نفي النسب تحت مسمى الخبرة حسب المادة 153 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على

وهران الاستجابة لطلب إجراء خيرة تحليل الحمض النووي قضية نسب الطفلة صفية إلى الجزائري "ي.م" أو إلى الفرنسي جورج شربوك، التي يدعي كل واحد منهما نسبها إليه، وقد سببت المحكمة رفضها بأن المدعي الجزائري لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت صفية وقت الحمل بها، وأن نسب البنت من الفرنسي ثابت بشهادة الميلاد المسجلة لدى مصالح الحالة المدنية ببلدية فار بفرنسا. فقضاة المحكمة والمجلس طرحوا مطلب الخبرة الطبية جانبا لعدة جوانب قانونية وهي:

- لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، وهو مؤكد بنص المادة 41 من قانون الأسرة .
- الطريق الأوحده لدعوى نفي النسب هو اللعان والوضع في هذه الحال غير ممكن لأن دعوى نفي النسب جاءت من مدع لم يثبت أنه كان زوجا لأم البنت وقت حملها.
- وجود مدة معقولة مع عقد الزواج العربي المبرم بين (ج.ش) و(ب.ق.ج) 01-03-2001 وميلاد الطفلة كان بتاريخ 10-2001-12

- تسجيل الطفلة (صفية) في "فار" بفرنسا حسب شهادة ميلادها رقم 2334 لأبيها الفرنسي (ج.ش) وفي هذا الشأن جاء اجتهاد المحكمة العليا صريحا في قرار أكد على أنه: "لا يمكن إصدار حكم بإلغاء نسب مدون في عقد مسجل بتراب دولة أجنبية".

للح: باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية و العلمية في دعوى النسب على ضوء قانون الأسرة، ص 126-127.

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة ، 678.

كان من التوصيات الختامية التي خرج بها ملتقى وطني حول البصمة الوراثية (ADN) في الإثبات المنظم من طرف مجلس قضاء سطيف ومنظمة المحامين سطيف خلال يومي 09 و 10 افريل 2008 بدار الثقافة هواري بومدين سطيف. أخذ رأي رجال الفقه الإسلامي للوصول إلى مبادئ شرعية موحدة حول مدى الأخذ بالبصمة الوراثية في إثبات عكس اللعان وفي تحديد مدى مسؤولية الأب البيولوجي خاصة باستلحاق ولده والتكفل به ماديا ومعنويا وبناء على ذلك الرأي يمكن توسيع قانون الأسرة فيما يخص توضيح شروط اللعان ووضعيات الأب البيولوجي من الناحية الشرعية، وهذا بعد بعد متابعة عروض السادة المحاضرين التي توصلت في مجملها إلى نسبة حجية البصمة الوراثية هي 99.99% عند الإثبات و 100% عند النفي لذلك اعتبرت البصمة الوراثية وسيلة إثبات النسب إلا أن هناك اختلافا فقهييا حول إثبات عكس نتائج اللعان وحول إسناد الولد الغير الشرعي لوالده البيولوجي.

للح: موقع منظمة المحامين سطيف .

<http://www.avocat-setif.org/evenements/seminaire?i=69> تاريخ التصفح: 11-أكتوبر-2016م.

أنه يثبت الفراش بما يثبت به الزوجية ويعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان أو بواسطة خبرة تفيد القطع بشرطين هما: إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على ادعائه، و صدور أمر قضائي بهذه الخبرة، و هذه المادة سمحت للقضاء بإعمال هذه التقنية في كثير من القضايا المطروحة أمامه.

و المشرع المغربي لم يشر مطلقا إلى البصمة الوراثية أو التحاليل الجينية وإنما أشار فقط من خلال النص أعلاه إلى الخبرة الطبية وهي من باب الكل الذي يتضمن الجزء، وعلى مستوى الممارسة القضائية فلا يتم إثبات النسب أو نفيه في هذا المجال إلا بالتحاليل الجينية.<sup>1</sup>

و إذا كان المشرع الجزائري جعل البصمة الوراثية كخبرة طبية يطلبها القضاء فهل يمكن للذي بحوزته حكم تعيين خبير مختص أن يجبر الخصوم لإجراء هذه الفحوصات، و هل يمكن لهم التهرب من الخضوع لإجراء البصمة الوراثية؛ خاصة إذا علمنا بوجود عوائق قانونية يمكن رصدها فيما يأتي:

• حرمة الحياة الخاصة : من أهم الاعتراضات في طريق إجراء البصمة الوراثية المساس بحرمة

الحياة الخاصة في كون فحص البصمة الوراثية يفتح المجال واسعا للبحث عن الخصائص الوراثية؛ باعتبار أن مثل هذه التحاليل تمد الغير بمعلومات متعلقة بالفرد ذات طابع شخصي خاص<sup>2</sup>، و هو ما تمنعه النصوص القانونية فقد جاءت المادة 40 من الدستور<sup>3</sup> لتحمي الحق في الحياة الخاصة حيث نصت على أنه: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان"، كما أشار المشرع الجزائري إلى سرية الحياة الخاصة في المادة 46 التي تنص على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة الحياة الخاصة و حرمة شرفه و يحميها القانون".

و الحق في حرمة الحياة الخاصة مسؤولية الدولة التي عليها توفير الضمانات الصارمة لعدم انتهاك هذا الحرمة و حظر ممارسة أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة حسب المادة 34 من الدستور الجزائري.

<sup>1</sup> \_ محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطابع النجاح-الدار البيضاء، ط: الثانية، 2009م، (407/2).

<sup>2</sup> \_ يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص298.

<sup>3</sup> \_ القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور الجزائري.

للجريدة الرسمية: 7-03-2016م، ع:14.

• عدم جواز إجبار الشخص تقديم دليل ضد نفسه: من البدهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه، و لا أن يقدم دليل ضده و هو ما يعد مبدئاً عاماً، فالقاضي غير ملزم بتكليف الخصوم على تقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، فهو يتلقى أدلة الإثبات والنفي كما يقدمها أصحاب الخصومة ، تبعا للإجراءات التي يفرضها القانون، دون تدخل من جانبه، وإذ يحكم بناء عليها فإنه يلتزم بقوة كل دليل، كما حددها القانون، وهكذا ينتهي الأمر إلى تحميل أحد الخصوم عبء تقديم الدليل على ما يدعيه، دون أن يطمع في معاونة القاضي له في البحث عن دليل يؤيده، ولا يأمل في جبر خصمه<sup>1</sup>. فالخصم له أن يقدم ما لديه من أدلة يجيزها القانون تدعيماً لحقه أو ما يدعيه، ويقع على عاتقه التزام بتقديم الدليل على صحة ادعائه، و لا يجوز له أن يلزم خصمه بتقديم دليل ضد نفسه<sup>2</sup>. ومع فكرة تحليل البصمة الوراثية فهي تعتبر شكل من أشكال القوة و الإكراه على المتهم فلا يمكن إجبار الخصم على تقديم دليلاً قد يدينه.

وقد نصت المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية على أن: "الاعتراف شأنه شأن جميع عناصر الإثبات يترك لحرية تقدير القاضي " و بالتالي يبقى الشخص بريئاً إلى أن تثبت إدانته من طرف القاضي الجزائي و هو مبدأ عام نص عليه الدستور الجزائري من خلال المادة 45 التي نصت على أن: "كل شخص متهم يعتبر بريء حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته ". و هذا المبدأ لا يتعارض مع تطبيق الوسائل الزجرية مثل التوقيف للنظر و الحبس المؤقت رغم أن تطبيق هذه التدابير يمكن أن يكون مطلقاً لتأسيس أية إدانة محتملة، لذلك كفل المشرع تلك التدابير الردعية بضمانات عديدة من حيث الأشخاص الذين يقومون بها ضباط الشرطة القضائية و القضاة أو من حيث الزمان تحديد مدة التوقيف للنظر و الحبس المؤقت أو من حيث المكان مقررات الحجز و أماكن الحبس<sup>3</sup>.

و تطبيقاً على البصمة الوراثية يمكن للقاضي الإستعانة بالخبرة الفنية كما لو تعلق الأمر بمسألة النسب و كانت ظروف الدعوى تستدعي اللجوء إلى إجراء تحليل البصمة الوراثية جاز له

<sup>1</sup> \_ آمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، ص 370.

<sup>2</sup> \_ محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات، في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دار النشر العلمي والمطابع جامعة الملك سعود - السعودية، ط: الثانية، 1999م، ص 147.

<sup>3</sup> \_ يوسفات علي هاشم، أحكام النسب في التشريع الجزائري، ص 300.



ذلك.<sup>1</sup>

• حرمة المساس بسلامة الجسد: تنص المادة 35 من دستور 1996 م على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق و الحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان." فالحق في سلامة الجسد يحميه القانون فقد وضع المشرع شرط الرضا أي لا بد من الحصول على موافقة من يخضع لهذه الخبرة الطبية، استناداً لمبدأ حرمة الجسد البشري و الحق في السلامة الجسدية و هو ما قرره المادة 161 من قانون الصحة التي تشترط ضرورة حصول الرضا و التي تنص في فقرتها الأولى على أنه: "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان و لا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصو عليها في هذا القانون".

فيمنع قانوننا الاعتداء على حرمة الجسد البشري فحسب المادة 162 من نفس القانون لا يجب تعريض حياة المتبرع لخطر عند أي انتزاع للأنسجة والأعضاء منه، بالإضافة إلى الموافقة الكتابية للمعني، والتي تحرر بحضور شاهدين اثنين، كما أنه على الطبيب أن يعلم الشخص المعني بالأخطار المحتملة التي قد يتسبب فيها الانتزاع،" و على هذا فإنه لا يجوز إجراء أي تجارب طبية على الإنسان، لأغراض علاجية أو بهدف البحث العلمي الطبي التجريبي، إلا بعد الرضاء المستنير والمتبصر للشخص موضع البحث أو التجريب، أو عند عدمه لممثله الشرعي، وبأن يكون للشخص الحق في الرجوع عن رضائه ووقف إجراء التجريب في أي وقت إذا طلب ذلك"<sup>2</sup>.

و جاءت المادة 164 من نفس القانون تنص على حرمة الجسد أثناء الوفاة حيث نصت على أنه لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الجثث إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، حسب المقاييس التي يضعها وزير الصحة، وأنه يجوز الانتزاع بناء على موافقة كتابية للشخص المعني، وهو على قيد الحياة، أو أحد أفراد أسرته وفقاً للترتيب الوارد في هذه المادة.

<sup>1</sup> \_ مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب، ص163.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي - الكويت، 2003م، ع458، ص19.

## المطلب الثاني : جوانب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي

إذا كان التطور الطبي قد حقق -سابقا- رغبة الأزواج في منع الإنجاب، فقد قدم في مقابل ذلك وسائل طبية جديدة تسمح به عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي كبديل للإنجاب الطبيعي في حالة العقم بسبب موانع مرضية أو خلقية، ويدخل ذلك ضمن طرق المساعدة الطبية التي تساعد الفرد على ممارسة حقه في الإنجاب إذا كان يعاني من العقم أو غيره من الحالات الصحية التي تحول دون انجابه بالطرق الطبيعية.

وكمبدأ عام تكمن أهمية هذا التطور المذهل في مجال الصحة الإنجابية أنه جاء محققا مقصدا من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو حفظ النسل و المحافظة على النسب ؛ و معالجة الأزواج الذين يعانون مشاكل عدم الإنجاب و تمكينهم من ذلك في حدود ما يجوز شرعا و قانونا.

و تقنية التلقيح الاصطناعي و التي تعد من الطرق الإنجابية المستحدثة التي فرضها التطور الطبي و العلمي الذي وصل إليه العالم شغلت منذ ظهورها -و لا تزال- اهتمام وبحث أهل الشريعة والقانون لملامستها مسألة في غاية الأهمية تتمثل في النسب الناجم عن هذه التقنية، فقد جاء تأثير مثل هذه المستجدات العلمية على أحكام النسب بصفة مباشرة ؛ حيث أثارت مقتضيات قانونية لازمة و طرحت مشاكل تحتاج إلى حلول قانونية تلاحقها و تناسبها، إضافة أن هذه التقنية تؤدي خدمات جليلة للعلاقة الزوجية لأنها تساعد في إرساء دعائم الأسرة ؛ من خلال التمتع بنعمة الإنجاب باعتبار أن العقم من أكثر المشاكل الاجتماعية التي يواجهها المجتمع.

و غدت هذه التقنية على جانب كبير من اليسر و التطور و في متناول الجميع ممن يعاني من مسائل العقم و عدم الإنجاب مما جعل المشرع الجزائري يكرس هذه التقنية مواكبا هذا التطور الطبي مبيحا اللجوء إلى الإنجاب بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بشروط معينة .

و بقدر ما ساهمت هذه الوسيلة في المساعدة الناجعة على الإنجاب إلا أنها و لكونها تتطلب تدخل طرف ثالث أنتج عنه الخلاف بين فقهاء القانون و الشريعة و علماء الطب.

وهو ما يقتضي منا ضرورة البحث في مفهوم هذه التقنية: التلقيح الاصطناعي (الفرع الأول) و التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي منه (الفرع الثاني) ، و موقف المشرع الجزائري أيضا (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: مفهوم التلقيح الاصطناعي

البند الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي

أولا: التعريف اللغوي

التلقيح الاصطناعي لفظ مركب من مفردة: التلقيح و مفرد الاصطناعي.

فمفردة التلقيح من (لقح، يلقح، تلقيحا)، ألقح الرجل النخلة: طعمها بلقاح الفحل من النخل حتى تعلق؛ فتلقيح النخل إباره، والريح السحاب، ورياح لواقح، كأن الرياح لقت بخير، يقال: لقح النخلة تلقيحاً وألقحها، والملاقح الفحول، وهي أيضا الإناث و الأمهات التي في بطونها أولادها، والملاقح ما في بطون النوق من الأجنة، والمضامين ما في أصلاب الأباء، و لقح يدل على إقبال ذكر لأنثى ثم يقاس عليه ما يشتهه، و اللقاح ماء الفحل، يقال لقت إذا حملت و ألقح الفحل الناقة إلقاحا

أجلها فلقت الولد<sup>1</sup>، **قَالَ (الْبَدِيُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَاقِحَ﴾** [الحجر:22].

وكلمة الاصطناعي من الصناعة و هي حرفة الصانع و عمله الصناعة، و صنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع، و الصناعي مالميس طبيعي<sup>2</sup>.

وفي الاصطلاح العلمي الاصطناعي هو الذي يكون من صنع الإنسان لتعويض بنيان جسمي يؤدي وظيفة كالصمامات الصناعية أو الأطراف الصناعية.<sup>3</sup>

و الصناعي أو الاصطناعي اصطلاحا ما يقابل الطبيعي الذي هو الجماع.<sup>4</sup>

ونشير أن الكثير من الباحثين يستعملون كلمة "اصطناعي" بدل "صناعي" للدلالة على نفس المعنى، و كلمة "صناعي" مأخوذة من الفعل صنع، و له معان عديدة في اللغة العربية منها فعل الشيء أو تحويله أو تغييره أو اتخاذ مهنة أو صناعة أو عمل.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ الرازي، مختار الصحاح، ص296. ■ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص239. ■ ابن منظور، لسان العرب، (2/579).

<sup>2</sup> \_ الرازي، مختار الصحاح، ص187.

<sup>3</sup> \_ عبد العزيز البدي، القاموس الطبي العربي، دار البشير - الأردن، 1425هـ، ص681.

<sup>4</sup> \_ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، ط: الأولى، 1429هـ، ص390.

<sup>5</sup> \_ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ص739.

بإيراد مصطلح "اصطناعي" بديلا عن مصطلح "صناعي"، بالرغم من و شيوع مصطلح الاصطناعي بدل الصناعي، كون مصطلح "اصطناعي" أكثر دقة وخصوصية لعملية الإخصاب من مصطلح "صناعي".<sup>1</sup>

و هو ما استعمله المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة حين فضل استعمال لفظ اصطناعي، وقد أحسن في ذلك لأن دلالة هذه العبارة تقتصر العملية على الإخصاب البشري تمييزا له عن الإخصاب غير البشري.<sup>2</sup>

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

تعددت التعريفات التي عرف بها التلقيح الاصطناعي و لم يختلف التعريف الفقهي عن القانوني عن الطبي، و يمكن رصد منها ما يأتي :

- إلتقاء الحيوان المنوي بالبويضة الأنثوية داخل جسم الأنثى و يكون ذلك عادة في الثلث الأعلى لقناة المبيض".<sup>3</sup>
- إلتقاء الخلية المذكرة بالخلية الجنسية المؤنثة فيختلطان ليكونا اللقيحة.<sup>4</sup>
- "عملية طبية معقدة يتم فيها تلقيح بيضة لابزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو تم خارجها ثم أعيد البيضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي " <sup>5</sup>.
- "التناسل بمساعدة التكنولوجيا الحديثة لمعالجة حالات العقم و ذلك عن طريق إيصال الحيوانات المنوية الجنسية الذكرية إلى البويضة الأنثوية أو إلى الجهاز التناسلي دون أن يكون هناك أي

<sup>1</sup> \_ السعيد سحارة، إشكالية الإخصاب خارج الجسم بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في القانون الخاص-تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص8.

<sup>2</sup> \_ السعيد سحارة، إشكالية الإخصاب خارج الجسم بين الشريعة و القانون، ص9.

<sup>3</sup> \_ عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي- المدخل إلى علم الأجنة الوضعي، دار الأندلس الخضراء- جدة، 2001م، ص225.

<sup>4</sup> \_ محمد بن هائل المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، ط: الأولى، 2011م، ص613.

<sup>5</sup> \_ حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة -عين شمس، 2006م، ص119.

إتصال جنسي طبيعي "1.

• "الجمع بين خلية جنسية مذكرة و خلية جنسية أنثوية بغير الطريق الطبيعي و برعاية طبيب

مختص قصد الإنجاب "2.

و من خلال هذه التعريفات نفهم أن المقصود بالتلقيح الاصطناعي هو عملية تقنية طبية في مجال الصحة الإنجابية تقوم على عملية الجمع المخبري بين بويضة المرأة وماء الرجل من غير تلاق بينهما عن طريق الجماع باستعمال أدوات اصطناعية ووسائل طبية، ثم يتم إعادتها إلى الرحم و تبدأ المراحل الأولى لتكوين الجنين، فهو إجراء عملية التلقيح عن غير الطريق المعهود.<sup>3</sup> فالأصل أن عملية التنازل و الاستيلاء تتم بالطريق الطبيعي وهو الجماع بين الذكر و الأنثى؛ إلا أن في بعض الحالات قد يستحيل الإنجاب بهذه الطريقة بسبب العقم<sup>4</sup> أو ضعف الخصوبة<sup>5</sup>، و الذي يصعب المعالجة بالأدوية والعمليات الجراحية فيكون العلاج الناجع في مثل هذه الحالات هو التلقيح الاصطناعي.

وليس المقصود بالتلقيح الاصطناعي هنا أن المادة التي تستعمل في تخصيب البويضة الأنثوية ليست سائلا منويا، بل المقصود أن العملية لا تتم بالطريق العادية للإخصاب و إنما باستعمال أداة اصطناعية ووسائل طبية توصل ماء الرجل إلى رحم الزوجة بالحقن المباشر في رحم المرأة مباشرة "التلقيح الاصطناعي الداخلي" أو إضافته إلى الأنابيب المخترية التي وضعت بها البويضة الأنثوية مسبقا بعد سحبها من المبيض و المعدة خصيصا لهذا الغرض "التلقيح الاصطناعي الخارجي".

<sup>1</sup> منذر طيب البرزنجي، عمليات أطفال الأنابيب و الاستنساخ البشري من منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الأولى، 2001، ص49.

<sup>2</sup> \_ زويدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع- عين مليلة، (د.ط)، 2010 م، ص15.

<sup>3</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم-بيروت، ط: الأولى، 1996م، ص53.

<sup>4</sup> \_ العقم عدم قدرة المرأة و الرجل على الإنجاب لأسباب كثيرة.

لل: أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2000م، ص436.

<sup>5</sup> \_ الخصوبة من الإخصاب و يقصد به الطريق الطبيعي للإستيلاء عن طريق تلقيح البويضة لدى المرأة بالحيوان المنوي لدى الرجل بطريق الإتصال الجنسي "الجماع".

لل: أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي - ناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، ط: الأولى، 2006م، ص11.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و هناك من أراد استبدال عبارة صناعي بمصطلح "علاجى" حتى يتجلى الطابع العلاجي لعملية التلقيح الاصطناعي، فجاء تعريف التلقيح الاصطناعي بأنه عملية الإدخال الطبي لنطفة الرجل في الموضع الطبيعي المعد له للمرأة بهدف علاجي.<sup>1</sup>

أما الموقف التشريعي من تعريف التلقيح الاصطناعي فلا يوجد تعريفا له فالأصل أنه ليس من واجب المقنن إيراد التعريفات، بل إن واجبه يتمثل في وضع القواعد والأحكام القانونية والتنظيمية، لهذا فقد اكتفى المشرع الجزائري حسب ما ورد في المادة 45 مكرر بجواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي و بيان شروطه - سيأتي الحديث على بيانها لاحقا - للعملية، و قد استعمل المشرع الجزائري لفظ الاصطناعي بدل الصناعي و كذلك مصطلح التلقيح بدل المصطلحات المماثلة كمصطلح "الإخصاب" أو "أطفال الأنابيب".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ و قد حاول بعض المشاركين المتخصصين في المؤتمر الدولي للعقم الذي انعقد بنيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية عام 1953م ذلك .

للـ: خالد بوزيد، النسب في تشريع الزواج و الإجتهد القضائي، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1- كلية الحقوق، 2011م، ص23.

<sup>2</sup> \_ هناك من التشريعات المقارنة من عرفت التلقيح الاصطناعي و استعملت مصطلحات أخرى في مكانها منها :  
- استعمل المشرع الفرنسي مصطلح المساعدة الطبية بدل التلقيح الاصطناعي و ذلك في القانون المتعلق باستخدام منتجات الجسد و المساعدة الطبية للإنجاب الاصطناعي الصادر في 29-07-1994م المعدل لقانون الصحة العامة و قد عرف المساعدة الطبية على الإنجاب هي كل تصرف سريري أو حيوي يسمح بالحمل ضمن مخبر نقل الجنين التلقيح الاصطناعي كل وسيلة تتمتع بنفس الأثر و تسمح بالإنجاب خارج السياق الطبيعي، حسب المادة 152 في فقرتها الأولى.

Art. L. 152-1: L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ».

↳ LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

- و عرفه المشرع التونسي في القانون الخاص الطب الإنجابي الفقرة 02 من الفصل 01 بأنه: "كل الأعمال الطبيّة الداخلة في إطار المساعدة الطبيّة على الإنجاب و الرامية إلى معالجة عدم الخصوبة".

للـ القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي التونسي  
و عرف القانون الإماراتي تقنيات المساعدة على الإنجاب في المادة 01 من القانون الاتحادي رقم: 11 لسنة 2008م في شأن ترخيص مراكز الإخصاب بالإمارات العربية المتحدة بأنها: "الوسائل الطبية التي تساعد على الحمل و الإنجاب بدون اتصال طبيعي".

للـ: القانون الاتحادي رقم: 11 لسنة 2008م، الجريدة الرسمية، التاريخ: 16-12-2008م، ع: 488 مكرر.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

البند الثاني: صور التلقيح الاصطناعي و طريقة إجرائه  
جعل الله التناسل وبقاء النوع الإنساني عن طريق التقاء الذكر بالأنثى بالطريق الطبيعي و هو الإستيلاد<sup>1</sup>.

قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ ءَاتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴿١٨٩﴾ [الأعراف:189].

و قَالَ (اللَّهُ) عَزَّ وَجَلَّ -أيضا- ﴿ يَتَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَنْتُمْ إِنْ أَنْتُمْ عَلِيمٌ خَيْرٌ ﴿١٣﴾ [الحجرات:13].

وإذا تعذر الحصول على الذرية الذي شرعه الله فإن الإنسان يلجأ إلى طرق الاستيلاد المستحدثة المتمثلة في التلقيح الاصطناعي؛ فقد حث الإسلام على التدوي و طلب العلاج بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية فالنسل مطلب بشري ضروري و رغبة إنسانية ملحة .

قال النبي -ﷺ-: « ما أنزل الله من داء إلا أنزل له شفاء»<sup>2</sup>، فالحديث تضمن إثبات الأسباب و المسببات و إبطال قول من أنكرها؛ و قد كان من هدي النبي -ﷺ- فعل التدوي في نفسه و الأمر به لمن أصابه مرض من أهله و أصحابه.<sup>3</sup>

وقد أشادت الدراسات إلى أن من 20 إلى 40% من الرجال المصابين بالعقم يمكنهم الإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي و قد نجح الأطباء في علاج نسبة كبيرة من حالات العقم بلغت 90% من حالات عقم الرجال عن طريق التلقيح و الذي يعتبر علاجاً لآثار العقم.<sup>4</sup>

وتم عملية التلقيح الاصطناعي بطريقتين؛ تلقيح اصطناعي داخلي يعتبر أقدم طريق للتلقيح الاصطناعي، وكون هذه الطريقة لم تجد نفعاً لعلاج حالات عدم الإنجاب تم ابتكار طريقة أخرى

<sup>1</sup> \_ زهير أحمد السباعي - محمد علي البار، الطبيب أدبه و فقهه، دار القلم-دمشق، ط: الأولى، 1993م، ص336.

<sup>2</sup> \_ البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء، رقم الحديث: 5678، (3/1158).

<sup>3</sup> \_ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، (4/10).

<sup>4</sup> \_ محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية و التجريم، دار الفكر و القانون-المنصورة، ط: الأولى، 2015م، ص82.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

يطلق عليها التلقيح الاصطناعي الخارجي .

أولاً: التلقيح الاصطناعي الداخلي

و يعتبر أقدم طريق للإنجاب الاصطناعي<sup>1</sup>، وتم تعريف هذا النوع بأنه إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي و بويضة المرأة من غير الطريق المعهود حيث يتم إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبية معينة<sup>2</sup>، لهذا سميت هذه الطريقة بالتلقيح الاصطناعي الداخلي<sup>3</sup>.

فالتلقيح هنا يتم داخل جسم المرأة سواء في الرحم أو في مكان مناسب في الجسم كقناة الرحم<sup>4</sup>. وفي هذا النوع من التلقيح يقوم الطبيب بالحصول على الحيوانات المنوية وقت الإباضة للزوجة ثم يقوم بمعالجة الحيوانات المنوية في المعمل بحيث يمكن الحصول على الحيوانات النشطة ويضيف إليها من المواد ما يساعدها على ازدياد نشاطها، ثم يقوم بحقن هذه الحيوانات المنوية داخل الرحم بواسطة قسطرة رفيعة؛ و يستوي في ذلك أن تكون النطفة المذكورة المستخدمة في عملية التلقيح طازجة frais أو

<sup>1</sup> - أحمد عمري، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية و العلمية الحديثة في القانون الوضعي و الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران - كلية الحقوق، 2010م، ص 23.

<sup>2</sup> - زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص 53.

<sup>3</sup> - ظهر التلقيح الصناعي في نهايات القرن التاسع عشر ميلادي وبدايات القرن العشرين، إلا أن البعض يرجع ذلك إلى العرب فقد استعملوا هذه التقنية منذ القرن الرابع عشر ميلادي بهدف الحصول على سلالات جديدة من الخيول ثم انتقلت التقنية إلى أوروبا واستعملها الأوروبيون، فقد قام الكاهن الإيطالي لا زارد سبالانزا باستخدام التقنية على كلب ثم استخدمها على امرأة سنة 1041 ونجحت العملية كما نجحت على غالبية الحيوانات والحشرات، فقد قام جون هانتر سنة 1000 بتلقيح زوجة أحد تجار الأقمشة باستعمال نطفة عن طريق الحقن المباشر، ثم تم استخدام التلقيح الصناعي لأول مرة بصورة علمية في روسيا وذلك في العقد الأول من القرن العشرين عندما تمكن العلماء الروس من تلقيح الأبقار والأغنام والخيول والخنازير، ومنذ عام 1970 عندما تمكن العلماء من تبريد مني الثور إلى درجة 79 درجة مئوية تحت الصفر. تمكن العلماء من تلقيح الحيوانات بمني محفوظ في الثلاجات لعدة سنوات، وهذه الطريقة واسعة الانتشار في أوروبا والولايات المتحدة وذلك في مجال الثروة الحيوانية حيث تجمع مني الثور ليتم تلقيح عشرات الآلاف من الأبقار وهي طريقة اقتصادية في أوروبا والولايات المتحدة. ثم انتقل التلقيح الاصطناعي الداخلي من الحيوان إلى الإنسان وتكونت بنوك المنى وانتشرت انتشارا كبيرا الولايات المتحدة وأوروبا.

<sup>4</sup> - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، الدار السعودية للنشر و التوزيع، ط: الرابعة، 1993م، ص 509. ■ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية و تشريعية مقارنة، ص 136. ■ كارم السيد غنيم، الاستنساخ و الإنجاب بين تحريم العلماء و تشريع السماء، دار الفكر العربي - بيروت، ط: الأولى، 1998م، ص 230-231.

<sup>4</sup> - سعد إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن و الأخلاق و الشريعة، دار الكتب القانونية - مصر، (د.ط)، 2009م، ص 18.

مجمة congelé و إن كان الطب يفضل النوع الأول لأن معدل النجاح مرتفع مما لو استخدمت نطفة مجمدة.<sup>1</sup>

و هذا النوع من التلقيح يقوم على استبعاد الاتصال الجنسي بين الرجل و المرأة كوسيلة للإنجاب ليحل محله حقن النطف المذكرة في المكان الطبيعي لها من رحم المرأة و دور الطب هنا محدود بالمقارنة بالنوع الثاني إذ يقتصر دوره على حقن النطفة المذكرة في رحم المرأة التي ترغب في الحمل فقط.<sup>2</sup>

و عمليا يمر التلقيح الاصطناعي الداخلي بعدة مراحل منها أن يقوم الطبيب أولا بتنشيط المبيض و تقويته عن طريق هرمونات خاصة ثم يجري لها تحاليل خاصة بالدم للتأكد من وجود النسبة المعقولة لهرمون الإستروجين ثم يقوم بإجراء صور إيكوغرافية لمتابعة ظهور و تطور الجريب من أجل حقنه بإبرة خاصة حتى يحث المبيض على التبويض و بعد ستة و ثلاثين ساعة تستعد المرأة لإجراء العملية حيث يقوم الطبيب المعالج بتحضير المني و الذي تجرى عليه تحاليل مخصصة حيث يجمع في إبرة خاصة ليتم إدخالها بالحقن في رحم المرأة بواسطة جهاز خاص فيتم التلقيح.<sup>3</sup>

و هناك حالات داعية لاستخدام هذه الطريقة يمكن رصدها في الحالات التالية:<sup>4</sup>

- يكون عدد الحيوانات المنوية "النطف" لدى الزوج ضئيلا حيث تكون غير كافية لإتمام عملية الإخصاب ففي هذه الحالة يقوم الأطباء بتجميع حصىلة عدة دفعات من المني ويتم تجميدها

<sup>1</sup> محمد بن يحي النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية مقارنة، العبيكان-الرياض، ط: الأولى، 2011م، ص80.

<sup>2</sup> محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية دراسة مقارنة، جامعة الكويت، (د.ط)، 1993م، ص21.

<sup>3</sup> زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، الدار العربية للعلوم-القاهرة، ط: الأولى، 1996م، ص61-64.

<sup>4</sup> إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص398. ■ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و

حدوده الشرعية دراسة مقارنة، ص23. ■ محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية

محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1986م، ع:02، ص287. ■ زهير أحمد السباعي -محمد علي البار، الطبيب

أدبه و فقهه، ص339. ■ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس-

الأردن، ط: الأولى، 1999م، ص77. ■ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية

و تشريعية مقارنة، ص137. ■ يوسف بوشي، الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا دراسة مقارنة، رسالة

للحصول على درجة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-كلية الحقوق، 2012م-2013م، ص183. ■

أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص66-70. ■ فريدة زوزو، النسل دراسة مقاصدية في

وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، ص196.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

- وتركز، ويتم حقنها إلى رحم الزوجة، فهنا السائل المنوي صالح لعملية الإخصاب و لكن الصعوبة تكمن في صعوبة إلتقاء نطفة الزوج مع بويضة الزوجة.
  - عند حموضة الجهاز التناسلي للمرأة حيث تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية وذلك لوجود تضاد بين حموضة الجهاز التناسلي والحيوانات المنوية مما يؤدي إلى موتها.
  - عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية حيث يعجز عن إيصال مائه إلى الموضوع المناسب كأن يكون مصابا بالإنزال السريع، أو العنة<sup>1</sup> مع وجود قدرته على إفراز حيوانات منوية سليمة.
  - عند وجود تضاد مناعي بين خلايا الجهاز التناسلي للمرأة و الحيوانات المنوية للرجل مما يؤدي إلى موتها.
  - عند وجود تشوهات خلقية في الجهاز التناسلي للرجل.
  - في حالة عدم قدرة الزوجان على العلاقة الجنسية لمرض عضوي أو نفسي أو أي سبب من الأسباب.
  - عند إصابة الزوج بمرض خبيث كالسرطان و يستدعي ذلك العلاج بالأشعة و العقاقير التي تؤدي إلى العقم فتؤخذ دفعات من المني و تحفظ ثم تلقح الزوجة في الوقت المناسب.
- و هذا النوع من التلقيح له صور منتشرة يمكن ذكرها فيما يأتي:<sup>2</sup>

<sup>1</sup> \_ العنة لغة: هي الاسم من العين، وهو الذي لا يأتي النساء، ولا يريدهن، ويقال: امرأة عينة أي: لا تريد الرجال ولا تشتهيهم، وسمي عينا لأنه يعن ذكره لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده.

للإمام: ابن منظور، لسان العرب، (291/13). ■ الجوهري، الصحاح، (2166/6).

اصطلاحا: لم يتعرض الفقهاء لتعريف العنة و غنما عرفوا العين

- الحنفية: العين هو من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة و لو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسخو أو لكبر سن فهو عين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها.
- المالكية: العين هو صغير الذكر بحيث لا يتأتى منه الجماع.
- الشافعية: العين هو العاجز عن الوطء في القبل خاصة .
- الحنابلة: العين هو العاجز عن الوطء و ربما اشتهاه و لا يمكنه.

للإمام: ابن الهمام، فتح القدير، (267/4). ■ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (165/5). ■ الدردير، الشرح الصغير، (470/2).

■ الشربيني، مغني المحتاج (339/4). ■ البهوتي، كشف القناع، (106/5).

<sup>2</sup> \_ محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر و الإباحة و موقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ط: الأولى، 2010م، ص102. ■ يوسف بوشي، الجسم البشري و أثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا، ص185. ■



- 1) الصورة الأولى: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين في ظل الحياة الزوجية أي حال الحياة و المعنى أن تكون الحيوانات المنوية الخاصة بالزوج و رحم الزوجة في حالة سليمة لكن لوجود أسباب تمنع من الحمل -تم ذكرها سابقا- يلجئ الزوجان لهذه الطريقة.
  - 2) الصورة الثانية: التلقيح الاصطناعي الداخلي بين الزوجين بعد وفاة الزوج أي أنه تؤخذ الحيوانات المنوية أثناء الحياة الزوجية و قبل الموت و يحتفظ بها في بنوك الحيوان المنى، و بعد انتهاء الحياة الزوجية بالموت تعتمد الزوجة إلى استرجاع المنى و إجراء التلقيح ليتم لها الحمل.
  - 3) الصورة الثالثة: التلقيح الاصطناعي للزوج المسافر و المسجون و يتم الإلتجاء إلى هذا النوع إذا كان الزوج محكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدى مما يجتمل أن يفقد المحكوم القدرة على الإنجاب.
  - 4) الصورة الرابعة: التلقيح الاصطناعي الداخلي بتدخل الغير بالحيوان المنوي لرجل غير الزوج أو ببويضة امرأة غير الزوجة، فالتلقيح هنا يكون من متبرع ليس بينه و بين المرأة رابطة زواج أي من رجل أجنبي عنها.
- ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي
- وتسمى هذه الطريقة بطفل الأنبوب ، والفرق بينها و بين التلقيح الإصطناعي الداخلي، أن التلقيح الداخلي تجري فيه عملية الإخصاب (أي: التقاء الحيوان المنوي بالبويضة) في داخل رحم المرأة، أما في التلقيح الخارجي فإن عملية الإخصاب نفسها تبدأ في خارج رحم المرأة.<sup>1</sup>

---

زيد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص77. ■ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص22.

<sup>1</sup> \_ و المصطلح العلمي هو: INVITRO FERTILIZATION و كان أول من قام بمحاولة التلقيح الاصطناعي الخارجي في الإنسان (طفل الأنبوب) هو: الدكتور ج. روبرت إدواردز عام 1965، الذي فشل محاولته تلك واستمر في محاولاته إلى أن نجحت أول محاولة للحمل عام 1976، ولكن تم الحمل في قناة الرحم ما استدعى إجراء عملية جراحية لإخراج الجنين واستئصال قناة الرحم.

وفي عام 1978 تمت ولادة أول طفل أنبوب في العالم (لويزا براون) عندما نجح إدواردز وستبتو في محاولتهما المستميتة وكان قد سبقها مائة محاولة فاشلة.

للـ: محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص74. ■ محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، الدار السعودية-جدة، ط: الأولى، 1407 هـ. ص 58، 59. ■ أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، ص380.

و قد ظهرت هذه الصورة بعد أن فشلت الصورة السابقة -التلقيح الداخلي- في التغلب على جميع أنواع العقم فقد عجزت عن تلبية رغبة الكثير من الأسر التي تعاني من العقم في تحقيق رغبتها في الإنجاب و الحصول على ولد فهناك عقم ذكري و عقم أنثوي و لكل نوع من أنواع العقم أسبابه فإن استطاعت طريقة التلقيح الداخلي معالجة بعض العيوب إلا أنها لم تتمكن من علاج البعض الآخر و بالتالي لم تجدي نفعا عند الكثير من الحالات مما جعل الطب يصل لطريقة فعالة أخرى و هي التلقيح الخارجي.<sup>1</sup>

وتعتمد فكرة التلقيح الإصطناعي الخارجي على أخذ البويضة من المرأة عند وقت التبويض بواسطة هرمونات خاصة حيث يتم تحفيز مبيض المرأة عن طريق إعطائها الأدوية المحرزة للتبويض للحصول على أكبر عدد من البويضات مثل الهرمونات المنشطة للتبويض كعقار "برجونال pergonal" أو عقار "كلوميد clomiphine" أو حقن خلاصة الغدة النخامية أو الاثنيثين معا و ذلك بعد ابتداء الدورة الشهرية بثلاثة أيام ، و يقوم الطبيب بقياس حرارة الجسم يوميا ثم يقوم بأخذ البويضة من مبيض المرأة عن طريق إبرة يتم إدخالها في البطن تحت المخدر الموضعي أو الكلي و يمكن ملاحظتها على شاشة جهاز الموجات فوق الصوتية ، و يتم أخذ أكثر من واحدة خوفا أن لا تكون ذات جودة بحيث يمكن الإعتماد عليها و ذلك أن القاعدة الأساسية لنجاح العملية هي إنتاج عدوة بويضات على درجة عالية من الجودة، و يتم وضعها بعد ذلك في محلول مناسب ثم توضع في المحضن حتى يتم نموها و يحتاج ذلك من ساعتين لأربع ساعات إلى اثني عشرة ساعة لإتمام نمو البويضة ، ثم يؤخذ الحيوان المنوي للرجل عن طريق الاستمناء أو سحبه من الخصية مباشرة، و يوضع في مزرعة خاصة ثم يؤخذ منه كمية مركزة و يوضع في الطبق الطبي الذي فيه البويضة و بعد مرور اثني عشرة ساعة في المحضن تبدئ علامات التلقيح بالظهور و عندما تنمو اللقيحة إلى ثمان خلايا بواسطة الانقسام تعاد اللقيحة إلى الرحم عن طريق قسطرة رقيقة جدا و إذا شاء الله علققت هذه اللقيحة بالرحم و تحولت إلى جنين في رحم الأم.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص73.

<sup>2</sup> الشويرخ (سعد بن عبد العزيز)، أحكام التلقيح غير الطبيعي -أطفال الأنابيب، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع -السعودية، ط: الأولى، 2009م، ص41. ■ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص60-64. ■ محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، ص229. ■ محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية

و الأسباب الداعية لإجراء هذا النوع من التلقيح هي كآآتي:<sup>1</sup>

- نقص الحيوانات المنوية عند الرجل أو ضعفها مما يفقدها الحياة قبل التحامها بالبويضة و لا يمكن معالجة ذلك عن طريق التلقيح الاصطناعي الداخلي إذا كان عدد الحيوانات المنوية أقل من عشرة ملايين في كل مليلتر ولهذا يتم اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي، من خلال تجميع الحيوانات المنوية على فترات، و يكون نجاح هذا النوع من التلقيح نسبته ضئيلة عندما يكون عدد الحيوانات المنوية النشطة أقل من خمسة ملايين حيوان في كل مليلتر.
- أمراض الأنابيب حيث تشمل الالتهابات المزمنة لقناتي فالوب أو اسدادها أو تشوهها بسبب العيوب الخلقية أو مزالة بسبب عملية أو مصابة إصابة لا يمكن إصلاحها، وتستخدم في كثير من هذه الحالات محاولة إصلاح الأنابيب بإجراء عملية دقيقة قبل الإقدام على التلقيح الاصطناعي الداخلي، حيث إن نسبة النجاح في هذه العمليات قد تكون في الحالات التي ليست فيها تشوهات شديدة و لا إلتصاقات قوية أعلى من عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي.
- إفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية والتي ت سبب هلاكها ويف شل معها التلقيح الداخلي، حيث يكون هناك ت ضاد بين خلايا الجهاز التناسلي للمرأة و الحيوانات المنوية و تسمى بعدائية عنق الرحم.
- انتباز بطانة الرحم و هو عبارة عن انتشار خلايا شبيهة بخلايا جدار الرحم في تجويف البطن و تعمل عمل خلايا جدار الرحم و تسبب التهابات شديدة للأنسجة و الأعضاء المحيطة بها، إذا كان انتباز بطانة الرحم خفيفا فإن الأنابيب تظل مفتوحة ولكن عملها قد يتعطل، وفي هذه الحالات تصل نسبة عمليات التلقيح الاصطناعي الخارجي (طفل الأنبوب) إلى 30 بالمائة، أما حالات الانتباز الشديدة فإن نسبة النجاح تكون ضئيلة.
- حالات العقم غير معروفة السبب.

إسلامية مقارنة، ص 117. ■ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص 403. ■ القره داغي علي محي الدين - علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات الجامع الفقهية و الندوات العلمية، ص 567.

<sup>1</sup> \_ محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، ص 287. ■ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص 78-79. ■ عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، ص 139-140. ■ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص 404-406.

- عدم قدرة المبايض على الإباضة أوفي حالات الإضطراب في عملية التبويض. و للتلقيح الاصطناعي الخارجي عدة صور منتشرة يمكن رصدها فيما يأتي:<sup>1</sup>
  - (1) الصورة الأولى: حيث تقدم فيه الزوجة البويضة و تكون الحيوانات المنوية خاصة بالزوج ثم يتم نقل البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة .
  - (2) الصورة الثانية: حيث تقدم فيها الزوجة البويضة و يقدم أجنبي عنها الحيوان المنوي و بعد أن يتم تلقيح البويضة في أنبوب إختبار تعاد البويضة الملقحة إلى رحم الزوجة .
  - (3) الصورة الثالثة: تكون فيها البويضة من امرأة متبرعة و تكون الحيوانات المنوية من الزوج و يتم الحمل داخل رحم الزوجة، وتكون هذه الصورة عندما يكون هناك خلل في مبيض الزوجة بحيث تفقد القدرة على إعطاء البويضة أما حالة الزوج فسليمة فيكون التقيح هنا بتدخل طرف ثالث.
  - (4) الصورة الرابعة: تكون البويضة من متبرعة و يكون الحيوان المنوي من متبرع لكن يتم حمل داخل رحم الزوجة و هي غير المتبرعة بالبويضة ، و تكون هذه الصورة عندما يكون الزوج غير قادر على الإنجاب و الزوجة غير قادرة على إفراز بويضات إلا أنها تكون قادرة على حمل الجنين في بطنها.
  - (5) الصورة الخامسة: حيث يتم الإحتفاظ بالحيوان المنوي الخاص بالزوج في بنوك الحيوانات المنوية ، و بعد موته تستعيد الزوجة و تقوم بالتلقيح بها خارجيا و قد يتم التلقيح هنا بعد الوفاة أو الطلاق.

<sup>1</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص99.

### الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي

باعتبار التلقيح الاصطناعي من النوازل المستحدثة فلم يتعرض الفقهاء المتقدمين لهذه المسائل بالتفصيل اللهم إلا بعض الجزئيات التي يمكن سحب أحكامها على النوازل الحالية - سنتطرق إليها في حينها-.

البند الأول: حكم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

مع انتشار وسائل الإنجاب وتردد الناس في الإقدام عليها من عدمه مخافة الوقوع في المعصية فقد جاء اهتمام الجهات الإسلامية و الجامع الفقهية أشد الاهتمام و أولت لمسائل التلقيح الاصطناعي أشد العناية و لا غرابة في الأمر إذا علمنا أن نسبة العقم في بلاد المسلمين ليست أقل من النسب العالمية.<sup>1</sup>

ولا ريب أن إنجاب الذرية هو أحد الكليات الخمس الواجبة الحفظ **قَالَ (الرَّبُّ) عَزَّ وَجَلَّ ﴿الْمَالُ**

**وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴿٤٦﴾** [الكهف:46].

ولما كان التلقيح الاصطناعي من الأمور المستجدة فقد كان للفقهاء المعاصرين رأيين حول حكم اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة للإنجاب بين الزوجين.

أولاً: القول الأول

جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الخارجي متى ماتم لعلاج انعدام الخصوبة بين الزوجين في حال قيام عقد الزوجين بشروط و ضوابط معينة حيث يمكن اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة للحفاظ على عدم اختلاط الحيوانات المنوية و البويضات.

و هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين<sup>2</sup> و أخذت به الكثير من الملتقيات و الفتاوى الصادرة

<sup>1</sup> \_ تم رصد حوالي 29 مليون حالة عقم في العالم الإسلامي سنة 1988م و يزداد هذا الرقم باضطراد.

<sup>2</sup> للهِ: عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية و تشريعية مقارنة، ص175

<sup>2</sup> \_ من بين هؤلاء: محمود شلتوت، الشيخ مصطفى الزرقا، الشيخ عبد الله البسام، الشيخ محمد صالح العثيمين، الدكتور عبد الكريم زيدان، عبد الرحمن النجار و غيرهم .

للهِ: القرة داغي علي محي الدين -علي يوسف المحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات الجامع الفقهية و الندوات العلمية، ص579. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، (391/9). عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، مجلة الجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها الجمع الفقهي الإسلامي -مكة المكرمة، 1986م، ع:02، ص252. محمود شلتوت، الفتاوى، ص281. محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، ص248-249. قرار بشأن أطفال الأنابيب قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث عام 1986م.===



عن الهيئات الرسمية.<sup>1</sup>

- و هنا يثبت النسب للمولود و يثبت الإرث و غيرها من الأحكام بين الولد و بمن التحق نسبه به.<sup>2</sup>
- و قد كان عمدة هذا الفريق في جواز التلقيح الاصطناعي جملة من الأدلة نذكر أهمها:
- العملية تتم وفق السنة الطبيعية لتكوين الجنين، وذلك أن النطفة تتكون من مني الزوج وبويضة الزوجة حيث يتم تلقيحهما في أنبوب اختبار، ومن ثم توضع اللقحة في رحم الزوجة، فيمر الجنين بجميع مراحل التطور ويأخذ دورته الطبيعية، كالإخصاب الطبيعي، فيدخل ذلك ضمن العلاج الحديث الذي يساهم في الحصول على الذرية الشرعية التي تدخل الطمأنينة في نفس الأسر التي تعاني من العقم، وتكتمل سعادة الزوجين الاجتماعية والنفسية ويطمئنان على دوام العشرة و بقاء المودة بينهما.<sup>3</sup>
  - إباحة الفقهاء المتقدمين للاستدخال بين الزوجين دليل على أنه لا يشترط الإتصال المباشر بين الزوجين لينتج الولد، فقد ينتج عن طريق إدخال الحيوان منوي إلى رحم المرأة بغير اتصال في حدود علاقة زوجية بينهما كالاستدخال، فقد ورد عنهم أنه قد يحصل حمل عند المرأة من غير الاتصال الجنسي الطبيعي بين الزوجين و بنوا ذلك على أنه بالإمكان أن تستدخل المرأة مني

=== <http://www.iifa-aifi.org/1661.html> : تاريخ التصفح: 25-10-2016م.

1 \_ و منها:

- الفتوى 63 لسنة 1980م لدار الإفتاء المصرية،
  - ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة في الكويت بتاريخ: 24-05-1983م،
  - قرار الجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة عام 1984م،
  - قرار مجلس الجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عام 1985م،
  - فتوى الشيخ أحمد حماني بتاريخ 13-10-1986م،
  - قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث عام 1986م،
  - المؤتمر الدولي الأول عن الضوابط و الأخلاقيات في بحوث التكاثر البشري في العالم الإسلامي بالأزهر عام 1991م،
  - الندوة الفقهية الطبية التاسعة بالدار البيضاء عام 1997م،
  - قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره العاشر بجدة عام 1997م.
- للـ: زوييدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص53-54.
- 2 \_ محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية، ص132.
- 3 \_ محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة ، دار الشروق-القاهرة، ط: الرابعة عشر، 1987م، ص328. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص91

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

الرجل في قبلها و قد بنوا على ذلك أحكاما تتعلق بالعدة و النسب و غيرها إن حملت من هذا الاستدخال.

جاء في فقه الحنفية: " إذا أدخلت منيا بفرجها ظنته مني زوج أو سيد فعليها العدة كالموطوءة بشبهة " <sup>1</sup>.

وفي فقه الشافعية جاء قولهم :إنما تجب العدة إذا حصلت الفرقة بعد وطء أو الفرقة بعد استدخال منيه أي: مني الزوج؛ لأنه أقرب إلى العلوق من مجرد الإيلاج، ولا بد أن يكون المنى محترما حال الإنزال وحال الإدخال. وقد حكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدة بالاستدخال أن يوجد الإنزال والاستدخال معا في الزوجية. <sup>2</sup>

• انعدام نصوص شرعية من الكتاب و السنة يحصر الإنجاب في الطريق التقليدي و يحرم غيره من الطرق مادامت تتم ضمن الضوابط الشرعية التي تمنع اختلاط الأنساب، <sup>3</sup> ثم لا تعارض هذه الصورة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فقد ورد في قرارات المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي لعام 1985م " ... أن الأسلوب الذي تؤخذ فيه البذرتان الذكرية والأنثوية من رجل وإمرأة تثبت زوجية أحدهما للآخر ، ويتم تلقيحهما خارجياً في أنبوب اختبار ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة نفسها صاحبة البويضة هو أسلوب مقبول مبدئياً في ذاته بالنظر الشرعي " <sup>4</sup>.

ثانياً: القول الثاني

ذهب أصحاب هذا القول <sup>5</sup> إلى عدم مشروعية التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين ، و كان عمدة أصحاب هذا الاتجاه الإستدلال بما يأتي من الأدلة:

<sup>1</sup> \_ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق،(217/4).

<sup>2</sup> \_ الشريبي، مغني المحتاج، (79/5).

<sup>3</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم و الشريعة، ص17

<sup>4</sup> \_ قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة 28 يناير 1985م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة، 1986م، المجلد الأول، ع:02، ص328.

<sup>5</sup> \_ منهم الشيخ محمد ناصر الألباني، الشيخ رجب بيوض التميمي، الشيخ عبد الله الجبرين، محمد إبراهيم شقرة، أحمد محمد خليلي، عبد الحميد محمود طهماز، عبد اللطيف فرفور، الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، الشيخ عبد اللطيف الفرفور، الشيخ آدم يخ عبد الله علي، الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، وغيرهم.

• **قَالَ (الرَّبُّ) عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنْتُمْ وَقَدِّمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ**

**وَأَعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلْقَوُهُ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٢٣﴾ [البقرة: 223].**

ووجه الدلالة أن نساؤكم مكان زرعكم و موضع نسلكم و في أرحامهن يتكون الولد فأتوهن في موضع النسل و الذرية و لا تتعدوه إلى غيره و معنى هذا أن التلقيح بين البويضة والحيوان المنوي للزوجين في مكان آخر يعد مخالفة صريحة لنص الآية .<sup>1</sup>

• إن التلقيح الاصطناعي يحصل بواسطة شخص ثالث أو طرف ثالث و هو الطبيب و هذا فيه انتهاك لحرمة الإنسانية و حرمة الزوجية إضافة إلى أن الطرف الثالث ليس ملكا و يعتريه ما يعترى الإنسان من شهوة وهوى و خروج عن الإلتزام فيكون الفساد و الله تعالى أمرنا أن بغلق باب الفتن و باب الفساد و سد الذرائع مقدم على جلب المصالح .<sup>2</sup>

و قد تم الرد على هذا الاستدلال بأن الجماع بين الزوجين يختلف عن التلقيح الاصطناعي فهذا الأسلوب كأي عملية جراحية تحتاج إلى طبيب يقوم بعمله ضمن الإطار الشرعي، ثم ليس المقصود بالطرف الثالث الطبيب - كما ذكروا- إنما بويضة غير الزوجة أو مني غير الزوج أو زرع الأجنة في رحم غير الزوجة أما في التلقيح الاصطناعي فالعملية تتم بطريقة طبيعية فلا يتم استئبات الطفل خارج الرحم إنما تؤخذ البويضة و الحيوانات المنوية من الزوجين ثم يتم التلقيح في طبق مخبري ثم يتم زرع اللقيحة من جديد داخل الرحم .<sup>3</sup>

• التلقيح الاصطناعي يتيح الفرصة أمام الأطباء التحكم في جنس الجنين مما يترتب عليه آثارا خطيرة تمس المجتمع لأن التلقيح يتم خارج الرحم في أنبوب اختبار وقد توصل العلماء سنة

<sup>1</sup> ينظر: عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، دار الإمام مالك للكتاب، ط: الأولى، 2003م، ص2 . ■ عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات الباب المفتوح مع فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، دار البصرة-الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت) ص01. ■ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص71 ■ عرفان العشا حسونة الدمشقي، 250 سؤالاً وجواباً في المسائل الشرعية والطبية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 2005م، ص5.

<sup>1</sup> زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص71.

<sup>2</sup> رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1986م، ع:02، ص359.

<sup>3</sup> زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص93. ■ محمد عبده عمر، عرض و مناقشة أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي-جدة، 1986م، المجلد الأول، ع:02، ص367.

1984 م إلى وسيلة طبية يستطيعون بها قبل إجراء عملية التلقيح وتفريق نواة الخلية المنوية المؤثرة في تحديد جنس الجنين ، بحيث لا يستخدم عند إجراء عملية التلقيح إلا الخلايا المحملة بالكروموزوم إذا كانت الرغبة في ذكر -Y- و الكروموزوم إذا كانت الرغبة في أنثى -X-<sup>1</sup>.

- إجراء عملية التلقيح الاصطناعي يتطلب كشف العورة لكل من الزوجين أمام الطبيب ، و قد تم تحريم كشف العورة أمام الأجنبي من غير خلاف ، و عدم إنجاب الذرية من أفراد معدودة ليس ضرورة شرعية.<sup>2</sup>

قال الشيخ محمد ناصر الدين الألباني<sup>3</sup> جواباً عن سؤال : "هل يجوز أن يسمح للطبيب أن ينقل ماء زوج إلى زوجته أو ما يعرف بأطفال الأنابيب؟ ، فكان جوابه: " لا يجوز ، لأن هذا النقل يستلزم على الأقل أن يكشف الطبيب على الزوجة ، والاطلاع على عورات النساء لا يجوز شرعاً ، وما لا يجوز شرعاً لا يجوز ارتكابه إلا لضرورة ولا نتصور أن تكون هناك ضرورة لرجل كي يُنقل ماؤه بهذه الطريقة المحرمة إلى زوجته ، وقد يستلزم هذا أحياناً إطلاع الطبيب على عورة الرجل أيضاً ، وهذا لا يجوز وسلوك هذا الطريق فيه تقليد للغرب في كل ما يأتون وما يذرون ، وهذا الإنسان الذي لم يرزق ولدا بالطريقة الطبيعية ، فمعنى ذلك أنه لم يرض بقضاء الله وقدره ، وإذا كان الرسول حض المسلمين على أن يسلكوا الطرق المشروعة في سبيل تحصيل الرزق وكسب الحلال ، فمن باب أولى أن يحضهم أن يسلكوا السبل المشروعة في سبيل الحصول على الولد.<sup>4</sup>

- إن قاعدة سد الذرائع في الفقه الإسلامي تفرض حظر طفل الأنبوب ، إذ أن هذه القاعدة تحظر على المسلم شيئاً من الحلال الصريح مخافة الوقوع في الحرام الصريح ، وطفل الأنبوب بغض

<sup>1</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص92.

<sup>2</sup> \_ عرفان العشا حسونة دمشقي ، 250 سؤالاً وجواباً في المسائل الشرعية والطبية ، ص5.

<sup>3</sup> \_ الألباني: هو الشيخ المحدث محمد ناصر الدين الملقب بالألباني نسبة إلى بلدة ولادته ألبانيا ولادته عام 1914م ، نشأ في عائلة فقيرة هاجرت على بلاد الشام بالضبط دمشق حيث دخل مدارسها و تتلمذ على والده أيضاً، ثم توجه إلى طلب علم الحديث رواية و دراية فتنقل دارسا للسعودية ، فكان بروزه عظيماً في ميدان الحديث النبوي و مما ألف في هذا المجال: إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، سلسلة الأحاديث الصحيحة و شيء من فقهها ، و غيرها، تأثر بشيوخ الإسلام: ابن تيمية، ابن القيم ، سنة 1999م منح فيها الشيخ جائزة الملك فيصل العالمية و هي السنة التي توفي فيها بعد أن تتلمذ على يديه الكثير.

<sup>4</sup> \_ عمرو عبد المنعم سليم ، مسائل مهمة لنساء الأمة ، دار الإمام مالك للكتاب، ط: الأولى، 2003م، ص11 و ما بعدها

<sup>4</sup> \_ عمرو عبد المنعم سليم ، مسائل مهمة لنساء الأمة ، دار الإمام مالك للكتاب، ط: الأولى، 2003م، ص25 .

النظر عن وصفه بالحل والحرمة يطلب بسبيل غير مشروع، وهو الكشف عن عورة المرأة وملاستها، وتصويب النظر إلى مواطن الفتنة، فالقضية فيه معكوسة تماماً، فيكون أولى بالتحريم مما حرم بسد الذرائع.<sup>1</sup>

و تم الرد على هذا الدليل بأن إعمال قاعدة سد الذرائع في هذه الحالة غير صحيح على حالة التلقيح الإصطناعي لأن القاعدة مفادها أن ما يؤدي إلى الحرام بكل مؤكد فهو حرام، فإعمالها على أمور ربما تؤدي إلى حرام غير جائز.<sup>2</sup>

- انعدام الأمان إذ أن الغموض الذي يكتنف نتائج هذه التجربة من حيث احتمال الارتفاع في نسبة التشوه في هذه الطريق الإصطناعي عن المعتاد في الحمل بالطريق الطبيعي لعدم إمكان كشف ذلك قبل التكرار الكثير و من حيث احتمال تأديتها إلى أضرار أخرى مرضية لا يمكن الجزم بالأمان منها في هذه الطريقة قبل مضي زمن طويل من عمر التوليد.<sup>3</sup>
- احتمال الخطأ في العملية ممكن، وذلك أن الطبيب قد يخطئ في وضع البويضة مع حيوان منوي لزوج آخر أو العكس أو وضع الأجنة في رحم غير الزوجة، مما يعتريه الشك والظن في الأنساب، فجاء التحريم بناء على القاعدة الشرعية "درء المفسد مقدم على جلب المصالح".<sup>4</sup>
- ما ينتج عنه من تشوهات وأعراض مرضية تنتهي بالمولود إلى الموت إلا نادراً، وحكم النادر لا قيمة له.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد إبراهيم شقرة، طفل الأنبوب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1984م، ع:ص، 309.

<sup>2</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص72.

<sup>3</sup> \_ محمد بن يحيى، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق- المنوفية، 1997م، ع:11، ص412. ■ محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية مقارنة، ص129.

<sup>4</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص92 ■ رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي- جدة، 1986م، ج:1، ع:02 ص310.

<sup>5</sup> \_ مناقشات المجمع الفقهي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي لعام 1984م، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1984م، ص359.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و من خلال ما تقدم يظهر قوة ما استقر عليه جمهور المعاصرين بجواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إذا اقتضت الضرورة، لكن هذا الجواز ليس على إطلاقه بل هو مشروط بتوافر ما يأتي من الشروط:<sup>1</sup>

- وجود حالة الضرورة : أي وجود مانع يمنع من اتصال المني بالبويضة لأي سبب من الأسباب، كأن يكون في مبيضها انسداد و لا يمكن معالجة ذلك عن طريق العقاقير، فيصبح التداوي و معالجة العقم عند الرجال والنساء لأجل الإنجاب "تستدعي تيسيراً أو تسهيلاً لأجل الحصول على المقصود".<sup>2</sup>

- انتفاء الضرر على أطراف العملية : وهناك ضرر يتعلق بالمرأة، وضرر يتعلق بالطفل الذي سيولد بهذه الطريقة كالتشوهات، و يكفي في ذلك غلبة ظن الطبيب المعالج.

- التحرز من اختلاط الأنساب: فإن كان فيه أي مجال لإختلاط الأنساب وبأي حجة فإن ذلك ممنوع شرعاً.

- من حيث الطبيب المعالج: أن تجري هذه العملية طبية مسلمة فإن لم توجد فطبية غير مسلمة فإن لم توجد فطبيب مسلم و إن لم يوجد فطبيب غير مسلم ثقة حفاظاً على العورات.

- مراعاة الحيطه و الحذر: و ذلك في تغيير الأنايب أو خلط محتوياتها بملحقات أجنبية من خلال فرض رقابة مشددة على القائمين على هذه العمليات على جهة واحدة تخضع لإضراف رسمي

- أن يحدث التلقيح الاصطناعي بين الزوجين خلال الحياة الزوجية: فما كان من الأساليب التي فيها طرف ثالث من غير الزوجين سواء أكان حيواناً منوياً أو بويضة أو رحماً أو كان بعد انتهاء عقد الزوجية فهو محرم شرعاً و هو ما ذهب إليه عامة الفقهاء المعاصرين و به صدرت الكثير من القرارات و التوصيات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص84. ■ محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية، ص133. فريدة زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، ص203-207.

<sup>2</sup> \_ الزرقا (مصطفى أحمد)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم-دمشق، ط: الثانية، 1996م، ص209.

<sup>3</sup> \_ محمود شلتوت، الفتاوى، ص328. ■ محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنايب، ص64. ■ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص416. ■ زويدة إيقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص53.

البند الثاني: الآثار المترتبة على التلقيح الاصطناعي

أولاً: مسألة بنوك تجميد النطف و البويضات

إن الرغبة في إنجاب الولد من جهة و الرغبة في الحصول على المال من طرف المراكز العلمية سواء كان ذلك بطريق مشروع أو غير مشروع أظهر لنا مسائل مستجدة و نوازل معاصرة خاصة مع التطور العلمي المذهل الذي بلغته البشرية حيث أصبح من السهل تجميد الحيوانات المنوية للرجل و البويضات الخاصة بالمرأة في مراكز علمية يطلق عليها "بنوك" واستعمالها بإعادتها إلى درجة الحرارة الطبيعية و تلقيح البويضة عن طريق الحيوان المنوي عند الحاجة.<sup>1</sup>

ومع التقدم العلمي في المجال الطبي ظهر ما يسمى بالبنوك بعد إخصاب البويضة في أنبوبة الإختبار و حفظها تحت درجة تقرب من 200 درجة مئوية في غاز النيتروجين المسيل يضمن حفظ الحياة لبويضة مخصبة لأشهر بل لسنوات تكون خلالها محفوظة بأمان لتزرع في وقت لاحق في رحم المرأة فينمو الطفل بعد أن كان خلية مجمدة.<sup>2</sup>

فالتجميد يتمثل في عملية إيقاف دورة حياة البويضة الملقحة دون أن ينهيها و الذي يؤدي إلى توقف نموها عند المرحلة التي كانت عليها وقت التجميد.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> \_ كانت أول محاولة ناجحة يتم الحمل فيها بواسطة البويضات الملقحة المجمدة هي التي قام بها "ترنسون، وموهر" من جامعة "موناش" بأستراليا في عام 1983، وكانت هذه المرأة تعاني من عقم نتيجة انسداد الأنابيب ودخلت في برنامج التلقيح الاصطناعي الخارجي، وأخذت منها عدة بويضات بعد تنبيه المبيض بواسطة العقاقير وتم تلقيح وتنمية أربع بويضات حيث أعاد الطبيب ثلاث بويضات ملقحة في مرحلة التوتة (4 خلايا) إلى رحمها، ولكنها قامت بإجهاض ما دخل في رحمها في الأسبوع الثامن من الحمل. وبعد أربعة أشهر أخرى عاد الزوجان للمطالبة بالجنين الرابع المجدد. فقام "ترنسون وموهر" بفك التثليج عن الجنين المجدد وتنميته في المزرعة لمدة 12 ساعة ثم إعادته إلى رحم أمه. ونما هذا الجنين نموا طبيعيا لمدة 24 أسبوعا، وفي الأسبوع الرابع والعشرين أصيبت المشيمة والكيس الأمنيوسي (كيس السلبي) بالإخماج (الإنتان) وأدى ذلك إلى موت الجنين وإخراجه ميتا. وكانت هذه أول حالة حمل لجنين مجدد، حيث فشلت في تلك التجربة 14 امرأة أخرى نقل إليهن 15 جنينا مجددا.

للح: علي محمد البار، أخلاقيات التلقيح الاصطناعي، ص 100.

<sup>2</sup> \_ سعد إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة، ص 69. ■ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص 397.

<sup>3</sup> \_ حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للمدراسات و البحوث القانونية، جامعة ذي قار - العراق، 2012م، ع: 06، ص 09.

و لإنشاء هذه البنوك دواعي عديدة منها<sup>1</sup>:

- وفرة البويضات الفائضة في مراكز التلقيح الاصطناعي مع صعوبة وقلة نجاح عمليات حفظ البويضات، حيث يقوم الأطباء بإعطاء المرأة عقاقير منشطة تؤدي إلى جعل المبيض يفرز عدد كبير من البويضات قد تصل إلى 14 بويضة تؤدي إلى وجود بويضات زائدة تصل إلى أربعة أو ثمانية و عادة ما يقوم الطبيب بإعادة اثنين أو ثلاثة -فقط- من هذه البويضات الملقحة إلى الرحم.
  - عملية التجميد تسهل عملية إعادة محاولة التلقيح الاصطناعي إذا فشلت المحاولات التي قبلها، حيث يسهل الإحتفاظ إلى سهولة محاولة إعادة الحمل إذا فشلت المحاولة الأولى.
  - عملية شفط البويضات من المرأة مكلفة ماديا متعبة بدنيا للمرأة، حيث يتوجب عملية الشفط للبويضات في العيادة عدة فحوصات تحضيرية.
  - معرفة الكثير من الأمراض خاصة ما يتعلق منها بالوراثة و الصبغيات و هي طريق من الطرق الجديدة في العلاج كتنقل الأعضاء، إضافة أن هناك دواعي طبية للحفظ في بعض الحالات الخاصة بالمرأة كمالو احتاجت المرأة لإجراء عملية في المبيض أو كان غشاء الرحم رقيقا و يكون عند المرأة تليف في الرحم وهذا يحتاج لبعض الإجراءات الطبية قبل إعادة البويضة الملقحة على الرحم.
  - التعرض لمرض مزمن قد يفقد الشخص على إثره القدرة على الإنجاب في المستقبل كالإصابة بالسرطان والتعرض للعلاج الكيماوي و الذي يؤدي إلى الإصابة بالعقم أو انخفاض الخصوبة بشكل كبير.
  - تعرض بعض الرجال للإصابة بمرض في الخصية يؤدي إلى استئصالها فتؤخذ النطف في مثل هذه الحالة و تحفظ قبل عملية الاستئصال حين الحاجة إليها طبيًا.
- و قد اختلف الفقهاء المعاصرون عن مدى مشروعية تجميد البويضات أو النطف و مدى جواز إنشاء مثل هذه البنوك على رأيين هما:

<sup>1</sup> \_ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص501. ■ أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص134-136. ■ سمية صالح، الوسائل المستحدثة و دورها في مسائل الأحوال الشخصية، ص120. ■ محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية، ص152.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

- عدم الجواز : وهو قول عامة العلماء المعاصرين<sup>1</sup> و قول المجامع الفقهية<sup>2</sup>، كل وسائل التخزين والتجميد للنطف والبيوضات الملقحة (الأجنة)، كما منع إجراء التجارب عليها إلا في حالات خاصة تكون لصالح بقاء الجنين واستمرار حياته، فقد بحث مجمع الفقه الإسلامي موضوع تجميد الأجنة في دورته الثالثة و ظهر اتجاه أثناء المناقشات ينادي بضرورة إجازة تجميد الأجنة و اعتباره حقا للوالدين ورد على ذلك بأن الإحتياط للأنساب ينبغي أن يفرض ألا تؤخذ من المرأة بويضات إلا بالقدر الذي سيعاد إلى الرحم خشية استغلالها أو التعدي عليها فحرمة الجنين تبدأ منذ لحظة التلقيح.<sup>3</sup>

وكان مضمون قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر سنة 1990م المتضمن عدم سحب بويضات زائدة عن الحاجة أصلاً وفي حالة وجودها ينبغي تركها لتموت، فقد نص القرار على أنه : " في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيوضات غير الملقحة للسحب منها يجب عند تلقيح البيوضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة تفادياً لوجود فائض من البيوضات الملقحة . إذا حصل فائض من البيوضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي".<sup>4</sup>

و كانت عمدة من ذهب إلى عدم الجواز ما يأتي :

<sup>1</sup> \_ من بينهم : عبد الله البسام، عقيل العقيلي، عبد السلام البادي، محمد المسير، محمد التنشة.  
للـ : التنشة (محمد عبد الجواد حجازي)، المسائل الطبية المستجدة، في ضوء الشريعة الإسلامية، إصدارات مجلة الحكمة- بريطانيا، ط: الأولى، 2001م، (219/1).

<sup>2</sup> \_ و على ذلك قرار الفتوى المصرية، و مجمع البحوث بالأزهر و قرار مجمع الفقه الدولي و مجمع الفقه الإسلامي.  
للـ : محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، ص114. ■ التنشة، المسائل الطبية المستجدة، (219/1).

<sup>3</sup> \_ أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص137.

<sup>4</sup> \_ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 55(6/6) بشأن البيوضات الملقحة الزائدة عن الحاجة .

أولاً : في ضوء ما تحقق علمياً من إمكان حفظ البيوضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيوضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفادياً لوجود فائض من البيوضات الملقحة.

ثانياً : إذا حصل فائض من البيوضات الملقحة بأي وجه من الوجوه تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي

ثالثاً : يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، و يجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي <http://www.iifa-aifi.org/1797.html> تاريخ الزيارة : 12-12-2016م

- أن التجميد يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين فترة سابقة على التجميد وفترة لاحقة عليه وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المديتين لمدة طويلة وقد يتجاوز مجموع المديتين المدة المحددة للحمل، كما أنه يجعل من الحمل والوضع مشروعاً مخططاً يبدأ في لحظة معينة يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين، وهو أمر غير مقبول أخلاقياً.<sup>1</sup>
- تجميد الأجنة مازال حتى الآن تحت التجربة و لم يتمكن الطب أن يحدد على وجه الدقة الآثار الجانبية التي يمكن أن تنعكس على الطفل في المدى القريب أو البعيد نتيجة لتجميد البويضة الملقحة كما لم يستطع العلم أن يقدر تماماً المخاطر المترتبة على استعمال بويضة مجمدة في الإنجاب.<sup>2</sup>
- التجميد يساعد على اختلاط النطف المختلفة وتفشي الأمراض وفتح باب الاتجار في هذا المجال، فقد تستعمل البويضات الملقحة استعمالاً محرماً في حال موت الزوجين أو أحدهما.<sup>3</sup>
- احتمال وفاة أحد الزوجين أو كلاهما قائم بعد تلقيح البويضة التي كانت ستموت بموت الأم لو أنها داخل رحمها.<sup>4</sup>
- الإحتياط للأنساب حتى لا تؤدي مثل هذه البنوك إلى اختلاط الأنساب عمداً أو سهواً، و تم الرد على هذا الاستدلال أن القائلين بجواز إنشاء هذه البنوك قد شرطوا له اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم حدوث الاختلاط في الأنساب<sup>5</sup>
- الجواز : و قال به بعض الفقهاء المعاصرين حيث قالوا بالجواز بضوابطه الشرعية<sup>6</sup>، و من القائلين بالجواز حددوا هذه الضوابط و الضمانات و هي :<sup>7</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص110.

<sup>2</sup> \_ أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص140.

<sup>3</sup> \_ النتشه، المسائل الطبية المستجدة، (214/1).

<sup>4</sup> \_ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص511.

<sup>5</sup> \_ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص509.

<sup>6</sup> \_ و منهم : عادل عبد المجيد رسلان، نصر فريد واصل، إسماعيل مرحبا

للنتشه، المسائل الطبية المستجدة، (215/1). ■ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص511.

<sup>7</sup> \_ إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، ص511.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

- أن يشرف على حفظ و تجميد اللقائح و المني جهة مركزية موثوقة تكفل عدم اختلاط الأنساب و يشرف عليها أشخاص ثقة في دينهم و علمهم و لا تعمل الجهة المكلفة من أجل الربح المادي .
  - صدور قوانين من الدول تنظم هذه العملية بحيث يترتب على المخالفين و المتلاعبين عقوبات رادعة .
- و استدل من قال بالجواز بما يأتي:
- يتيح للزوجة التي تخشى عقما مستقبلا نتيجة تدخل جراحي معين كاستئصال المبيض أن تحتفظ بإمكانية أن تصبح قادرة على الحمل في الوقت الذي تختاره.<sup>1</sup>
  - يساعد الطبيب على الإختيار الأمثل للوقت المناسب طبيا لإجراء عملية الزرع حتى يضمن أعلى نسب النجاح.<sup>2</sup>
  - تسهيل إجراءات التلقيح الاصطناعي فعملية شفط البويضات عملية مضمينة و متعبة للمرأة بدنيا و مكلفة ماليا.<sup>3</sup>
  - إن فيه مصلحة للزوج و الزوجة و التيسير عليهما وهذا مطلوب شرعاً، وذلك أن احتمال فشل العملية قائم، وإعادة العملية من جديد فيه مشقة و معاناة نفسية و جسدية للمرأة و الطبيب على السواء بالإضافة للتكاليف المالية للزوجين مما يزيد العبء على كاهلهم و خاصة أن تكاليف العملية باهضة غالباً.<sup>4</sup>
- والذي يترجح لدي ماذهب إليه من قال بعدم الجواز لأن ذلك غلق للكثير من المشاكل التي قد تقع و احتمالات الخطأ موجودة لا نستطيع أن نحدد النسبة ولكنها نادرة، و موجودة مثلها مثل تحليل الدم كما ذهب لذلك الأطباء و المتخصصين، فسدا للذرائع و إقفالا لباب الفتن و الفساد و ما يؤول إليه من

و هذا ما انتهى إليه أعضاء اللجنة الفقهية بجمعية العلوم الطبية الإسلامية في الندوة المنعقدة بعمان - الأردن لعام 1992 م.

<sup>1</sup> \_ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص 108.

<sup>2</sup> \_ أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص 139.

<sup>3</sup> \_ سمية صالح، الوسائل المستحدثة و دورها في مسائل الأحوال الشخصية، ص 121.

<sup>4</sup> \_ محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، مجلة المجمع الفقهي - جدة، 1987م، الجزء

الأول، ع: 03، ص 463-465

مشاكل أخلاقية ودينية شائكة باستغلال ذلك بشكل ينافي الدين والأخلاق، واحتمالات الخطأ في شيء يسبب اختلاط الأنساب يحتاج إلى إعادة نظر وإلى التروي فيه.<sup>1</sup>

ثانياً: مسألة تأجير الأرحام

تم تعريف تأجير الأرحام بأنه عقد معاوضة على الإنتفاع برحم امرأة أجنبية لغرس اللقيحة فيه على أن لا ينسب المولود إليها.<sup>2</sup>

و عرف أيضا بأنه زرع بويضة من امرأة ملقحة بحيوان منوي من زوجها في رحم امرأة أخرى حتى تلد مقابل مبلغ من المال أو دون مقابل مالي.<sup>3</sup>

فتأجير الأرحام ماهو إلا صورة من صور التلقيح الإصطناعي حيث منشأ الجنين يتم بغير الطريقة الطبيعية من خلال تلقيح اصطناعي خارجي بين الحيوان المنوي للزوج وبويضة الزوجة ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة تتطوع بحملها، ويتم اللجوء لهذه الطريقة عندما تكون الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب في رحمها ولكن مبيضها سليم منتج أو تكون غير راغبة في الحمل ترفاً فتتطوع امرأة أخرى بالحمل عنها.<sup>4</sup>

و يطلق على هذه الصورة أيضا مصطلح الرحم الظئر<sup>5</sup> و شتل الجنين ، و مصطلح الأم البديلة أو الحاضنة أو الأم بالوكالة و الأم بالإنابة و الرحم المستعار و غيرها.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> \_ محمد علي البار ، مناقشة: أطفال الأنابيب ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، مجلة المجمع الفقهي - جدة، 1987م ، الجزء الأول، ع: 03، ص 508 .

<sup>2</sup> \_ الشويرخ، أحكام التلقيح غير الطبيعي - أطفال الأنابيب، ص 347.

<sup>3</sup> \_ صفاء محمود العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عماد الدين - عمان، ط: الأولى، 1430هـ، ص 289.

<sup>4</sup> \_ الدمشقي (عرفان بن سليم العشا حسونة)، التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب وغرس الأعضاء البشرية بين الطب والدين ، المكتبة العصرية - بيروت، ط: الأولى، 1426هـ، ص 70

<sup>5</sup> \_ لغة الظئر مهموز : العاطفة على غير ولدها المرصعة له من الناس والإبل ، الذكر والأنثى في ذلك سواء ، والجمع أظؤر وأظآر وظئور وظؤار ، على فعال بالضم ، الأخيرة من الجمع العزيز ، وظؤرة وهو عند سيبويه اسم للجمع كفرهة لأن فعلا ليس مما يكسر على فعلة عنده ؛ وقيل : جمع الظئر من الإبل ظؤار ، ومن النساء ظؤرة .  
للهم: ابن منظور، لسان العرب، (4/514).

<sup>6</sup> \_ هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2011م، المجلد: 27، ع: 03، ص 278. ■ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص 110.

و قد أثارت هذه المسألة عند ظهورها في المجتمع الغربي الكثير من القضايا الأخلاقية لما ترتب عليها من مفسدات و أضرار نفسية و أسرية واجتماعية فقد أصبحت الأمومة تباع و تشتري بعد أن كانت مقدسة في جميع الأديان والأعراف الأخلاقية و انتشرت وكالات تجارية متخصصة لتأجير الأرحام في الدول الغربية.<sup>1</sup>

ولتأجير الأرحام صور و أساليب مختلفة تجتمع كلها في حقيقة واحدة و هي كون الرحم الذي تزرع فيه البويضة الملقحة هو رحم امرأة أخرى و ليست الأم صاحبة البويضة، و أكثر الصور شهرة هي يؤخذ الحيوان المنوي من الزوج و تؤخذ البويضة من الزوجة و تتم عملية التلقيح في المختبر ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى و لا تعاد إلى رحم الزوجة لأنها تكون غير قادرة على الحمل أو تكون غير راغبة في الحمل أو تكون غير راغبة في الحمل ترفاً وهذه الصورة الأكثر شهرة.<sup>2</sup>

و قد جاءت أقوال الفقهاء على رأيين في مدى جواز استئجار الأرحام كما يأتي:

• عدم الجواز: ذهب أكثر أهل العلم المعاصرين<sup>3</sup>، و الجامع الفقهية<sup>4</sup> إلى تحريم تأجير الأرحام

مطلقاً و لا فرق أن تكون صاحبة الرحم البديل زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي

<sup>1</sup> \_ عارف علي عارف (و آخرون)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص 809.

قد ظهرت لأول مرة كتجربة على الإنسان بمدينة louisville بولاية كنتاكي الأمريكية على يد الدكتور richard devin عندما وجد بعض مريضاته لا يستطعن الإنجاب بسبب غياب الرحم فقام الطبيب باستئجار امرأة ذات رحم سليم و قام بتلقيحها ثانياً بمنطقة زوج المرأة الأولى و بعد نجاح العملية و الولادة تم تسليم الطفل لأبيه البيولوجي، و في فرنسا كان أول تطبيق لهذه التقنية بفرنسا تم بين التوأمن كريستين و مجالي Christine et Magali حيث وافقت كريستين على أن تلحق صناعياً بنطف زوج أختها مجالي، على أن تعطي الولد لأختها مجالي بعد ولادته، لأن مجالي كانت عقيماً لا تنجب و كريستين مطلقة و أم لطفل، فأرادت بذلك أن تؤدي خدمة لأختها، وهي بحملها هذا تبرعت بالبويضة والحمل .

لل: محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو برك بلقايد - تلم سان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ص 70. ■ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية دراسة مقارنة، جامعة الكويت، (د.ط)، 1993م، ص 362.

<sup>2</sup> \_ الأشقر (عمر سليمان و آخرون)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس - الأردن، ط: الأولى، 1421هـ، (812/2).

<sup>3</sup> \_ منهم : محمد رأفت عثمان، الشيخ جاد الحق علي جاد، علي الطنطاوي ، محمد الأشقر، بدر المتولي عبد الباسط.

لل: زويدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ص 64. ■ هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص 283.

<sup>4</sup> \_ به صدر قرار مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر بمصر في دورته بتاريخ 27-09-1984م

لل: زويدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ص 64.

أم لا، و كانت حجتهم في التحريم عدم وجود نص شرعي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج منها ما يأتي:

- **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٧﴾ ﴾ [المؤمنون: 5-7] .**

ووجه الدلالة أن المؤمنون من سماتهم أنهم محافظون لفروجهم إلا على أزواجهم مما يعني أنه لا يجوز وضع ماء الرجل في امرأة غير زوجته خاصة أن أهل العلم المعاصرين قد منعوا الرحم البديل حتى بين الضرائر فمن باب أولى في رحم أجنبية<sup>1</sup>، فنقل البويضة الملقحة إلى امرأة أخرى من متعلقات الجماع فكأنه اتصل بغير زوجته.<sup>2</sup>

- **قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ لَللَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٠﴾ ﴾ [الشورى: 49-50].**

فقد أخبر الله عزوجل أنه يهب بمشيئته الإناث لمن يريد و الذكور لمن يريد و يمنع الإنجاب عمن أراد، فدل ذلك على أن هناك طائفة من الناس سيصابون بالعقم فليس هناك مصلحة تتحقق من وراء هذا العمل للمرأة العاقر أو العقيم أو من تعاني عجزا فلا تكون هناك مصلحة في مخالفة شرع الله وسننه في كونه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، ص386.

<sup>2</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص244.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص245.

- قَالَ (اللَّهُ) عَزَّوَجَلَّ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفِي الْبَطْلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴿٧٢﴾ [النحل: 72].

- ووجه الدلالة أن الله عزوجل امتن على عباده بأن خلق لهم من أنفسهم أزواجا و من أزواجهم بنين وحفدة وليس من غير أزواجهم كما هو الحال بالنسبة للحمل بالإناثة.<sup>1</sup> فالله - سبحانه - قد بين أنه جعل الزوجة من جنس الزوج ثم أوضح أن الولد إنما يكون من الزوج والزوجة، فنص القرآن يبين أن الولد يكون من زوجة شاركت في إعداده، وصاحبة الرحم المستأجرة ليست كذلك.<sup>2</sup>
- قاعدة: "الأصل في الأبضاع التحريم"<sup>3</sup>، فلا يباح البضع إلا بعقد زواج صحيح كما نص الشرع الحنيف، ومعلوم أن الرحم تابع للبضع. فكما أن البضع لا يحل إلا بعقد شرعي فكذلك الرحم "التابع تابع" : والقاعدة الفقهية تقول يحرم شغله بحمل غير الحمل الناتج عن الزواج، فهو باق على أصل التحريم.<sup>4</sup>
- وهذه الشبهة ناشئة من كون احتمال أن تكون ذات الرحم امرأة متزوجة فيؤدي مباشرة زوجها لها بعد زرع اللقيحة إلى حدوث شك في أصل الجنين هل هو الحمل الطبيعي من زوجها أم من اللقيحة التي زرعت.<sup>5</sup>
- مخافة اختلاط الأنساب إذا كانت المستأجرة متزوجة حتى ولو كانت المتبرعة زوجة ثانية للزوج لأن هذه الزوجة التي زرعت فيها بويضة الزوجة الأولى قد تحمل من

<sup>1</sup> - حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، ص386.

<sup>2</sup> - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص256.

<sup>3</sup> - السيوطي، الأشباه و النظائر، ص61.

<sup>4</sup> - محمد رأفت عثمان ، استئجار الأرحام ، مقال منشور ضمن مجلة المسلم المعاصر.

<sup>5</sup> - الموقع الرسمي للمجلة: <http://almuslimalmuaser.org> تاريخ التصفح: 12.12.2016م

<sup>5</sup> - المرجع السابق.



معاشرة زوجها لها في فترة متقاربة، و إن لم تكن متزوجة فلن تسلم من الإتهام و سوء الظن بها، و اختلاط الأنساب يتبعه الكثير من الحقوق و الواجبات كالنسب.<sup>1</sup> و يمكن الاعتراض على هذا الاستدلال بأنه مستبعد من الناحية العلمية لأن عملية الزرع طبيا تحتاج إلى مقدمات كثيرة يستعد لها الطرفان ثم إن وسائل إثبات النسب تطورت علميا و تمكن من معرفة النسب بطريقة قطعية.

- إن الرحم ليس قابلا للبدل والإباحة، فإن الشارع حرم استمتاع غير الزوج ببضع المرأة لأنه يؤدي إلى شغل رحمها التي استمتع ببضعها بنطفة لا يسمح الشرع بوضعها فيها إلا في إطار علاقة زوجية يقرها الشرع، فيكون الرحم أيضا غير قابل للبدل والإباحة من باب أولى، وذلك للمحافظة على صحة الأنساب ونقائها.

وما لا يقبل البدل والإباحة لا تصح هبته، وكذلك إجارته لأن الإجارة "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة لعوض معلوم، وقد مثل الفقهاء للشيء الذي لا يقبل البدل والإباحة ببضع المرأة لأن الاستمتاع به قاصرا على الزوج، ولا يجوز إباحة هذا الاستمتاع لغير الزوج، فلا يجوز أن يكون حملا بالإجارة.<sup>2</sup>

- إن التلقيح بهذه الطريقة مستلزم لانكشاف عورة المرأة النظر إليها، ولمسها، والأصل في ذلك أنه محرم شرعا، لا يجوز إلا لضرورة أو حاجة شرعيتين، ولو سلمنا بقيام حالة الضرورة أو الحاجة في حق صاحبة البويضة لم نسلمها في حق صاحبة الرحم البديل، لأنها ليست هي الزوجة المحتاجة للأمومة.<sup>3</sup>

- ما يترتب على استئجار الأرحام من غلبة المفساد المترتبة على هذه العلمية ومنها إفساد معنى الأمومة كما فطرها الله و عرفها الناس، و صبغها بالصبغة التجارية و مفساد و أخطار تعود بالضرر على الأسرة و على الوليد و " درء المفساد أولى من جلب

<sup>1</sup> \_ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص101.

<sup>2</sup> \_ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام و الآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث، كلية التربية الأساسية - جامعة الموصل، 2010م، المجلد: 09، ع: 03، ص246.

<sup>3</sup> \_ كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام و الآثار المترتبة عليه، ص246.

المصالح<sup>1</sup> و منها اختلاط الأنساب و ضياع الكثير من الحقوق و الواجبات كالنسب و الميراث و بر الوالدين و غيره.<sup>2</sup>

- الجواز: أفى بعض الباحثين المعاصرين بإباحة استئجار الأرحام مطلقا، لكن هناك من شرط أن تكون المرأة صاحبة الرحم زوجة أخرى للرجل صاحب الحيوان المنوي. و قد ناقش المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السابعة المنعقدة سنة 1404هـ هذه الصورة مستندا إلى دراسة الشيخ مصطفى الزرقا إذا كانت المتطوعة بالحمل زوجة ثانية للزوج صحب النطفة فتتطوع لها ضرقتها لحمل اللقيحة عنها.<sup>3</sup> فكان قرار مجلس المجمع الفقهي الإجازة واشترطوا لشرعيتها تحقق الحاجة لذلك و موافقة الأطراف الثلاثة الزوج و الزوجتين مع تجنب ملامسة الزوجة المتبرعة بالرحم في الفترة الأولى من الحمل حتى لا يقارنه حمل آخر فتختلط الأنساب من جهة الأم<sup>4</sup> . ثم عاد المجمع و حرم ذلك فقام بسحب إباحة هذه الصور في دورته الثامنة، لأنه يفتح مفسد كثيرة و قد رجع عن رأيه و الحججة أن الزوجة الأولى التي زرعت فيها لقيحة بويضة الزوجة الأولى قد تحمل ثانية قبل انسداد رحمها على حمل اللقيحة من معاشرة الزوج لها فترة متقاربة مع زرع اللقيحة ثم تلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرة الزوج كما لا تعلم أم ولد اللقيحة التي أخذت منها البويضة من أم ولد معاشرة الزوج كما قد تموت علقة أو مضغة أحد الحملين و لا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أهو ولد اللقيحة أم حمل معاشرة ولد الزوج و يوجب ذلك من جهة الأم الحقيقية.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> \_ العز بن عبد السلام(أبو محمد عز الدين عبد العزيز)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مطبعة الكليات الأزهرية-القاهرة، ط: جديدة و منقحة، 1991م، (4/1).

<sup>2</sup> \_ محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، ص115.

<sup>3</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص101.

و قال بذلك أيضا: الشيخ عبد الله بن سليمان، عبد القادر العماري قاضي رئيس المحكمة الشرعية بقطر، عارف علي عارف، محمد علي التسخيري.

للـ: زويدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص62-63. حسني هيكل، النظام القانوني للإنباب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2007م، ص382.

<sup>4</sup> \_ عارف علي عارف(و آخرون)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص818.

<sup>5</sup> \_ زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، ص102.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

و استدل أصحاب هذا الرأي بما يأتي :

- كون ماء الزوج محترماً حين خروجه وحالة حقنه مع بويضة الزوجة و غرس البويضة الملقحة في رحم الزوجة الثانية فالعملية تمت في إطار العلاقة الزوجية و نسب الحمل محفوظ.<sup>1</sup>

- قياس الاستتجار على الرضاع فقد قرن الله الحمل و الرضاعة و جمع بينهما في عدة

آيات منها **قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصْلَهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ**

**أَشْكُرَ لِي وَلِوَلَدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ ﴿١٤﴾** [لقمان: 14] .

**و قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ**

**أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمَّ فَسَترُضِعْ لَهُ أُخْرَى**

**﴿٦﴾** [النحل: 72] .

**و قَوْلُ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ**

**أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴿٢٣٣﴾** [البقرة: 233] .

قياس الرحم على الثدي بجامع التغذية فكما تتم التغذية عن طريق الفم في حالة الإرضاع، تتم في الرحم بمواد مستخلصة من الطعام المهضوم في أحشاء الأم بواسطة الحبل السري، فهي مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين في كل منهم، فهذه تؤجر رحمها و تلك تؤجر ثدييها.<sup>2</sup>

و قد نوقش هذا الاستدلال بأن هناك ضعف في الدليل القائم على القياس، حيث أن القياس هنا فاسد فلا يصار إليه<sup>3</sup>، لأن إباحة الاستتجار للرضاع إنما شرع للضرورة

<sup>1</sup> - قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الرابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة 1404هـ..، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، رابطة العالم الإسلامي-مكة، الإصدار الثالث، ص162-163 .

<sup>2</sup> - حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، ص383 .

<sup>3</sup> - هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، ص293 .

المتمثلة في الحفاظ على حياة الطفل وماجاز للضرورة لا يقاس عليه غيره فلا تقاس الأم البديلة على الأم من الرضاع،<sup>1</sup> هناك فارقاً كبيراً يثبت العقل ويؤكد العمل بين تغذية طفل اكتمل خلقه وانفصل عن أمه، وصار له كيانه خاصاً مستقلاً، وبين التغذية التي يحصل عليها جنينا لم يكتمل خلقه بعد، بل هو مازال يتدرج في أطوار الخلق ومراحله، فتغذية الطفل الذي انفصل عن أمه تكون بالرضاع، أو ما يقوم مقامه من الأشياء التي يتغذى بها الطفل في تلك الفترة، أما الجنين الذي مازال حبيس رحم أمه فتغذيته تكون عن طريق الدم وما يحمله من خلايا تعمل على تكوين الأعضاء.<sup>2</sup>

- تحقق الظروف الملجئة لهذا الفعل من خلال تحقيق حلم الإنجاب لمن حرم منه.<sup>3</sup>
- العلاقة طردية بين نمو ثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتب بنمو الثاني حتى يكون مستعد ليحل محل الرحم فالتغذية بعد الولادة. فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجارة الرحم البديل لأنه يشبهها.<sup>4</sup>

• الترجيح: من خلال ما سبق ذكره من الرأيين فالذي يظهر أنه أقرب للصواب هو رأي القائلين بمنع هذا النوع من التلقيح و لو كان بين الزوج وزوجاته و هذا لصحة أدلتهم و قوتها في المنع و عدم قيام معارض قوي يقوم على ردها، و هو الرأي الذي اتخذه المجمع الفقهي الإسلامي و مال إليه أغلب أهل العلم .

<sup>1</sup> \_ أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، ص290.

<sup>2</sup> \_ المرجع نفسه، ص291.

<sup>3</sup> \_ زوييدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ص63.

<sup>4</sup> \_ حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، ص384.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي

لم يتطرق المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة عام 2005 م إلى عملية التلقيح الاصطناعي، مع أنها كانت ممارسة من طرف الكثير من الأزواج الراغبين في الإنجاب رغم عدم وجود نص قانوني منظم للعملية.<sup>1</sup>

و عدم تناول المشرع الجزائري لمسألة التلقيح الاصطناعي في قانون 48-11 له ما يبرره، لأن هذه العمليات بدأت تظهر مع بداية التسعينات، و رغم وجود نصوص تشريعية و قواعد منظمة كان يعتمد في إثبات النسب على نص المادة 41 من قانون الأسرة و التي مفادها أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق الشرعية.

و قد سار المشرع الجزائري مع الطب الحديث و التطور العلمي الذي سمح للزوجين ممن لهم إشكالات صحية في الإنجاب، حيث جاء النص الصريح للمادة تجيز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي كتقنية حديثة لكن جعل لذلك ضوابط قانونية .

و الحقيقة أن مجال الشروط القانونية المتطلبية لإجراء عمليات التلقيح الصناعي يتسع و يضيق بحسب مدى إدراك التشريعات للضرورات القانونية و الأخلاقية و الاجتماعية و غيرها والتي يتسم بها التلقيح الصناعي؛ و عليه فإن مجال الشروط يتسع في المجتمعات المحافظة و المنغلقة على ثقافتها ليحد مداه في تشريعات الدول المتحررة من هاته القيود<sup>2</sup> .

فجاءت المادة "المستحدثة" 45 مكرر تنص على أنه يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بشروط محددة هي :

- أن يكون الزواج شرعياً،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمشي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها

<sup>1</sup> \_ حسب ما صرح به رئيس الجمعية الجزائرية للإنجاب و منع الحمل السيد محمد بوزكريني لجريدة الفجر اليومية بتاريخ: 04-05-2012م فإن 15% من الزواج في الجزائر يعانون من مشكل الإنجاب لعدة أسباب منها: تأخر سن الزواج لدى المرأة، و معاناة أحد الزوجين أو كليهما من أعراض مرضية كأمراض العقم و سرطان عنق الرحم كما أن تقنية التكاليف المرتبطة بتقنية الإنجاب ليست في متناول الجميع.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2014م، ص 276.

<sup>2</sup> \_ سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، 2010م-2011م، ص 111.



- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

البند الأول: أن يكون الزواج شرعيا

جاءت المادة 04 من قانون الأسرة تنص على أن "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب "

جاءت المادة لتجعل الإنجاب أحد الأهداف العليا لعقد الزواج و مقاصده الأساسية و تظهر أهمية التناسل بالنسبة للمشرع الجزائري.<sup>1</sup>

و لهذا فقد أجاز اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي لكن بشرط أن يكون الزواج شرعيا ، و المقصود هنا قيام العلاقة الزوجية بين رجل و امرأة وفق الضوابط الموضوعية التي حددها القانون ، فمتى قامت علاقة زوجية صحيحة فالقول هو جواز التلقيح الاصطناعي ، و ليس في إطار الحياة المشتركة كما في الدول الغربية.

و اشتراط هذا الشرط يؤكد أن الهدف من جواز التلقيح الاصطناعي هو تحقيق مقصد من مقاصد الزواج المتمثل في الحصول على الأولاد و تكوين أسرة متماسكة.<sup>2</sup>

فلا شك أن هذه المادة المستحدثة بضوابطها و شروطها لها من الأهمية ماقد تساهم في استقرار الأسر و حمايتها من التفكك ، فقد منعت حصول الحمل تحت أي ذريعة خارج العلاقة الزوجية الشرعية، فلا يمكن اللجوء لوسيلة التلقيح الاصطناعي إلا على أساس عقد زواج صحيح، أي يكون هذا العقد مستوفيا شروط الانعقاد والصحة طبقا للمواد من 7 إلى 31 من قانون الأسرة، وبالتالي فاللجوء لهذه الوسيلة العلمية كطريقة للإنجاب تنتج آثار العلاقة الزوجية على رأسها النسب، فالنسب ثابت في هذه الحالة للزوجين ولا نحتاج إلى إثباته بأي طريقة من طرق الإثبات، و إعطاء المشرع الأهمية لذلك لأنها تتعارض مع النظام العام و حتى لا تكون وسيلة التلقيح الاصطناعي مصدرا للنسب غير الشرعي.

ولكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينظم مسألة التلقيح الإصطناعي بالشكل الكافي و اكتفى بمادة وحيدة في قانون الأسرة ، و هذا ما جعله يغفل عن شروط واجب توفرها لإجراء عملية التلقيح الاصطناعي .

<sup>1</sup> \_ جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ص153.

<sup>2</sup> \_ فاطمة عيساوي، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج- البويرة، 2010م، ع:06، ص228.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

وقد جاء موقف المشرع الجزائري منسجما مع قرارات المجامع الفقهية -التي أشرنا لها سابقا-، فقد تم الإجماع على صورة التلقيح الاصطناعي في الدورة الثامنة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي لسنة 1985م من حيث قبول المبدأ من الناحية الشرعية حيث تؤخذ نطفة من زوج و بويضة من مبيض زوجته و يتم تلقيحها خارجيا في أنبوب اختبار.

و جاء أيضا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي لسنة 1986م و بعد استعراضه لموضوع التلقيح الاصطناعي يجيز التلقيح الاصطناعي بصورتيه:<sup>1</sup>

- الأولى: أن تؤخذ نطفة من زوج و بيضة من زوجته و يتم التلقيح خارجيا ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.

- الثانية: أن تؤخذ بذرة الزوج و تحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحا داخليا.

يقول في ذلك مصطفى الزرقا: " أن يكون بين الزوجين في حال قيام الزوجية و تكون التي تحمل هي الزوجة نفسها ".<sup>2</sup>

فالزواج لا بد أن يكون زواجا صحيحا و قائما مستوفي الأركان و مسجلا رسميا لدى مصالح الحالة المدنية أو بحكم قضائي كما تقتضيه المادة 22 من قانون الأسرة، أما الزواج الشرعي الغير مسجل- حسب ما يراه البعض - فلا يمكن طرفيه من الاستفادة من التلقيح الاصطناعي إلا بعد تثبيت زواجهما قضائيا و ذلك من أجل إثبات حالتهما أمام المركز أو المؤسسة المتخصصة.<sup>3</sup>

واشترط قيام العلاقة الزوجية حقيقة لا حكما؛ له ما يبرره ففيه من الدلالة على جدية رغبة الزوجين في الإنجاب تحقيقا لمقصد التناسل في الزواج، إضافة إلى مقصد النسب؛ ثم لا يمكن في إطار علاقة مشبوهة أن توفر الحماية للمولود أو الطفل بعد الولادة فلا يجد أبوين يحميانه و يرعيانه و يسهران

<sup>1</sup> \_ بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة و القوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الأولى، 2012م، ص196.

<sup>2</sup> \_ مصطفى الزرقا، مناقشة: أطفال الأنابيب و بنوك الحليب ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثامنة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي ، مجلة المجمع الفقهي-جدة، 1986م ، الجزء الأول، ع: 02، ص365.

<sup>3</sup> \_ زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، جامعة تلمسان، 2006م، ع: 04، ص91.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

على تنشئته السوية<sup>1</sup>، ثم مما يترتب عليه بدهاءة إلحاق نسب المولود بأبويه لأنه ابنهما من الناحية القانونية و البيولوجية يسري على نسبه نفس الأحكام التي تسري على نسب المولود الناجم عن الإنجاب الطبيعي حيث إضفاء صفة الشرعية على نسب المولود يعد أمرا منطقيا طالما أنه يحمل صفاتهما الوراثية وولد أثناء قيام العلاقة الزوجية.<sup>2</sup>

ثم لا يكون ذلك طريقا أمام الأشخاص ممن يرغبون في الإنجاب دون أن تربطهم علاقة زوجية كالعلاقات الحرة أو العزاب و الشواذ، ففتح المجال أمام هؤلاء لا يحقق أي مقاصد شرعية، بل فيه من التعدي على قدسية العلاقة الزوجية و فتح الباب على مصراعية للمفاسد و اختلاط الأنساب إضافة أنه مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

و اللافت للإنتباه أن التشريعات العربية<sup>3</sup> وافقت المشرع الجزائري في اشتراط وجود العلاقة الشرعية التي تربط الرجل و المرأة، على عكس الكثير من التشريعات الغربية والتي لم تشترط وجود علاقة شرعية لإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي مبيحة إجراء عملية التلقيح و لو بمشاركة شخص غريب

<sup>1</sup> \_ سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ص114.

<sup>2</sup> \_ جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغربية بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسلي، 2005م، ع:03، ص04-05.

<sup>3</sup> \_ على سبيل الذكر لا الحصر:

- الفصل 03 و 04 من القانون رقم 93 سنة 2001 التونسي المتعلق بالطب الإنجابي حيث يشترط الفصل 04 العلاقة الزوجية لإمكانية اللجوء إلى الطب الإنجابي، كما يعاقب المخالف لأحكام الفصلين 03 و 04 بخمس سنوات سجن و بغرامة قدرها عشر آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين حسب الفصل 31 بصرف النظر عن سحب ترخيص الممارسة من وحدة الطب الإنجابي في حالة المخالفة وفقا لنص الفصل 30 من نفس القانون.

- المادة 09 من القانون الاتحادي الإماراتي رقم 11 لسنة 2008م التي تشترط قيام الرابطة الزوجية بين الأطراف عند التلقيح و كذا تقديم وثيقة رسمية للزواج تحت طائلة المسؤولية الجنائية في حالة مخالفة هذا الشرط حيث توقع عقوبة البس من سنتين إلى خمس سنوات أو الغرامة من 200 ألف إلى 500 ألف درهم إماراتي حسب المادة 29 من نفس القانون إضافة إلى المسؤولية المترتبة على مراكز الإخصاب المتمثلة في الغلق في حالة الإدانة وفقا لما جاء في المادة 30 من القانون رقم 11 لسنة 2008م.

للزيد من التفصيل ينظر: أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م، ص98.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

عن الرابطة الزوجية أو بين امرأة و رجل لا علاقة بينهما ؛ متجاوزة بذلك حتى الأعراف الأخلاقية.<sup>1</sup> و ذهبت تشريعات أخرى إلى أبعد من ذلك حيث سمح القانون الدانماركي للنساء المرتبطات ببعضهن البعض من الاستفادة من أسلوب التلقيح الاصطناعي منذ 2006م علما أنها أول دولة سمحت بالإرتباط بين مثليي الجنس سنة 1989م، و قد تبعه في ذلك تشريعات غربية كما حدث في السويد سنة 2005 و في بلجيكا و إسبانيا وبريطانيا وكندا على أساس أن التغيرات التي يعرفها المجتمع أثرت على مفهوم "الوالد".<sup>2</sup>

فإذا ثبت أن التلقيح الاصطناعي كان بين رجل وامرأة لم يكن بينهم عقدا شرعيا فلا يثبت نسب المولود ،استنادا للمادة 45 مكرر من قانون الأسرة التي اشترطت أن يتم التلقيح بمبي الزوج و بويضة الزوجة دون سواهما مما يعني أن الطفل المولود لا ينسب لصاحب الفراش.

و لم يضع المشرع الجزائري ضمن الشروط سنا محددة لإجراء التلقيح الاصطناعي سواء ما يتعلق بالحد الأدنى أو الأقصى لعملية التلقيح الاصطناعي ،فبالنسبة للحد الأدنى يبقى سن الأهلية في عقد الزواج و المحدد ب19 سنة هو الضابط ،فلا يسمح بإجراء عمليات التلقيح الاصطناعي قبل سن تسعة عشر سنة، أما بالنسبة للقاصر الذي يمنح إذنا قضائيا بالزواج من طرف القاضي قبل بلوغه سن الرشد القانوني طبقا للمادة 7 من قانون الأسرة ،فلا يسمح له بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي باعتبار أن الأهلية التي يتحصل عليها القاصر محددة فقط بأهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات طبقا للفقرة الثانية من نفس المادة.

أما عن الحد الأقصى فإن كان ذلك مرتبط بسن اليأس عند المرأة .بمعنى سن استحالة التبويض لدى الزوجة ، فبالنسبة للزوج فمن الصعوبة تحديد سن معينة لإمكانية القيام بعملية التلقيح.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ و كان القانون الإسباني رقم 35 لسنة 1988م رائدا في هذا المجال ليتبعه المشرع الإسباني بالقانون رقم 42 لسنة 1988م و كذا القانون الإنجليزي رقم 37 لسنة 1990 و القانون الفرنسي لسنة 1994م القانون السويسري بمقتضى القانون المؤرخ في 18-12-1998م المتعلق بالتلقيح الاصطناعي المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> \_ سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ص114.

<sup>2</sup> \_ أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري دراسة مقارنة، ص100.

<sup>3</sup> \_ سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ص122.

## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

البند الثاني: أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما :

و هذا الشرط يتضمن شرطين :

-أولهما :رضاء الزوجين بإجراء التلقيح الاصطناعي

فرضا الزوجين ضابطا قانونيا مهما لا بد من توفره، فالرجوع إلى القواعد العامة نجد بأن مسألة البنوة مسألة اختيارية تخضع لتقدير الزوجين و رغبتهما في الإنجاب من عدمه ، الواقع أنه في كثير من حالات الإنجاب الطبيعي يرفض أحد الزوجين الإنجاب، دون مبرر أو مسوغ شرعي، مما يثير مشكلة حق الطرف الآخر في تحقيق كلية من الكليات الخمس و هي حفظ النسل عن طريق تحقيق هذا الغرض الجوهري من أغراض الزواج.<sup>1</sup>

و لم يخالف المشرع الجزائري هذه القواعد العامة التي وضعها في شروط قيام العلاقة الزوجية وأركانها والآثار المترتبة عنها، لاسيما فيما يتعلق بالنسب وانجاب الأطفال، ومن الواضح أنه لا يمكن إجبار الأزواج على انجاب الأولاد، فهذا حق مشروع لكل زوجين.<sup>2</sup>

و تعبير الزوجين عن رضاهما لإجراء هذه العملية لا بد أن يفرغ في قالب شكلي معين حتى يدرك الطرفان خطورة وعواقب هذه العملية، وموافقة الزوجين على تقنية المساعدة الطبية مطلوبة بعد كل محاولة، كما أنها مطلوبة في عمليات تجميد اللقائح الزائدة فحسب التعليمات الوزارية رقم 300 المؤرخة في 12 ماي 2000م الصادرة عن وزارة الصحة و المتعلقة بالممارسات العيادية و السريرية للمساعدة الطبية على الإنجاب، أنه يجب إعلام الزوج بنوعية المني المحفوظ وعدده و حددت مدة تجميد المني بسنة واحدة قابلة للتجديد بناء على طلب الزوج، وللزوج وحده المطالبة باسترجاع منيه المحفوظ أو المطالبة بإزالته ذلك بعد إمضائه لوثيقة تثبت ذلك برفقة الطبيب البيولوجي، كما تجدر الإشارة أن رضا الزوجة على قدر المساواة مع رضا الزوج من حيث صحته و التراجع عنه.<sup>3</sup>

فالرضا المعلن عليه من طرف الزوج و الزوجة هو الرضا الحر المتبصر، فإذا كان الرضا مطلوباً لإنعقاد العقد، فإنه يجب أن يكون صادراً عن بصيرة. فنظراً لعدم التساوي بين طرفي العقد -الطبيب أو المراكز

<sup>1</sup> \_ محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية، ص257.

<sup>2</sup> \_ باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، ص26-27.

<sup>3</sup> \_ قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي: تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي يابس-سيدي بلعباس، 2007م، ع:03، ص 211.



## الفصل الثالث : حماية العلاقة الزوجية بعد طور الإنعقاد

الطبية، وبين المريض- في المعلومات الطبية، فإنه يقع على الطبيب أو المراكز الطبية التزاما بتبصير المريض.<sup>1</sup>

ويجب أن يكون صريحا و شخصيا حال من عيوب الرضا التي نظمها القانون المدني كالإكراه و التدليس و الإستغلال، ويبدو رضا الزوج ضروري لأن الولد سينسب له، أما من جهة الزوجة فتبدو أهمية رضاها في كونها محلا لإجراء العملية.<sup>2</sup>

وواجب الأطباء المشرفين على التلقيح الاصطناعي توضيح وشرح العلمية والمخاطر التي يمكن أن تعترضهما، ونسبة نجاحها إن أمكن، وآثارها الصحية والنفسية سواء بالنسبة لها أم بالنسبة للمولود، وكيفية تفادي هذه المخاطر، وكذا تكاليف هذه العملية، ونفقات العلاج، ونسبة النجاح المتوقعة، وصحة الطفل، واحتمال تعدد الأجنة في حالة التلقيح الخارجي، وغير ذلك من المعلومات المتعلقة بهذه العملية، وذلك حتى يتسنى للزوجين اختيار إحدى هذه الطرق وهما على بصيرة بظروفها وآثارها النفسية والاجتماعية والأخلاقية. وفي حالة عدم قيام الطبيب بتبصير الزوجين بتلك المعلومات لمصلحة خاصة به سواء كانت مالية أو مهنية، أو غير ذلك حتى يكون الزوجان على بينة من الأمر المقبلين عليه، فتتكون لديهما القناعة، إما بقبول التلقيح الاصطناعي أو رفضه، وفي حالة ما إذا أخفى الطبيب المعالج بعض المعطيات أو قام بالعملية لغرض شخصي منه، أو بتواطؤ من أحد الزوجين دون رضا الطرف الآخر، فإنه يعرض نفسه للمساءلة المدنية والجزائية؛ لأن ذلك يعتبر مساسا بشرف الطرف الآخر وحصانة جسمه، وتكامله الجسدي وحرية الشخصية.<sup>3</sup>

و لا بد من الإشارة هنا أنه و وفقا للتعليمات الوزارية رقم: 300 المؤرخة في: 12 ماي 2000 م التي صدرت عن وزارة الصحة نظمت عملية تجميد بعض اللقائح الزائدة عن الحاجة بعد موافقة الزوجين، لإعادة استعمالها من طرف الزوجين في حالة فشل المحاولات الأولى لإحداث الحمل، وحددت مدة التجميد بثلاث سنوات وبعد انقضاء هذه المدة تعدم اللقائح، ويجزر محضر بذلك وفي حالة وفاة أحد

<sup>1</sup> \_ أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل و زرع الأعضاء البشرية و التلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر يوسف بن خدة- كلية الحقوق، 2012م-2013م، ص86.

<sup>2</sup> \_ حسني هيكل، النظام القانوني للإنباب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، ص188.

<sup>3</sup> \_ نصر الدين مروت، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى- الجزائر، 1999م، ع: 02، ص193. ■ شوقي زاريا الصالح، الجرائم المتصورة بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006م، ص117-118.

الزوجين أو طلاقهما لعدم اللقائح، كما تشير التعليمات السالفة الذكر إلى ضرورة إعلام الزوج بنوعية منه المحفوظ وعدده، وحددت مدة حفظ المني بسنة واحدة قابلة للتجديد بناء على طلب الزوج، وأن الزوج المخول وحده باسترجاع منه أو المطالبة بإهداره، بع إمضائه و وثيقة تثبت ذلك بمعية الطبيب البيولوجي.<sup>1</sup>

-ثانيهما: أن يكون التلقيح الاصطناعي في حياتهما

فلا يكفي وجود رابط العلاقة الشرعية فقط لإباحة عملية التلقيح الاصطناعي فلا بد أن تكون هذه العلاقة قائمة وقت إجراء العملية فلا تقام بعد وفاة أحد الزوجين أو عن طريق الانفصال بينهما قياسا على ما هو عليه واقع الحال أثناء الإنجاب الطبيعي.<sup>2</sup>

أما بعد انحلال العلاقة الزوجية فقد جاء التشريع الجزائري موافقا للإتجاه الفقهي والقانوني المعارض للتلقيح بعد الطلاق أو الوفاة، و بالتالي فقد منع الزوجة من تلقيح نفسها بمني زوجها المتوفي و المجدد ببنوك حفظ النطف أو المطالبة بزراع الجنين المخصب خارجيا في حياته بحجة حفظ ذكرى الزوج أو بحجة رضا الزوج قبل وفاته.<sup>3</sup>

و إن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على منع الأرملة من تلقيح نفسها بماء زوجها أو المطلقة فإن المنع يستخلص من نص المادة 47 من قانون الأسرة التي تجعل الرابطة الزوجية تنحل بالطلاق أو الوفاة، و بالتالي فإن كل عمليات التلقيح الاصطناعي التي تجرى بعد ذلك تكون خارج إطار العلاقة الشرعية، و نص المادة 45 الذي اشترط فيه المشرع أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين و أثناء حياتهما .

بمفهوم المخالفة يعني أنه لا يجوز الإقدام على عمليات التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة أو الطلاق سواء تمت العملية أثناء العدة أو بعدها، زد أن التلقيح بهذه الصورة لا يتماشى مع نص المادة 128 من قانون الأسرة التي تشترط أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة لاستحقاق الميراث.

و ما يعاب على النص القانوني نقص الدقة في الصياغة القانونية للشرط "أثناء حياتهما" فكان الأصح لفظ "أثناء حياتهما الزوجية" كي يطال المنع حالة التلقيح بعد الطلاق و بعد الوفاة، و الأولى للمشرع

<sup>1</sup> \_ قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي: تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، ص 210.

<sup>2</sup> \_ سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ص 113.

<sup>3</sup> \_ زوييدة إيقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، ص 116.

الجزائري أن يقوم بتجريم إقدام أحد الزوجين على هذه العملية ؛مخافة فتح المجال لإمام إشكالات قانونية كالإضرار بحقوق الورثة مثلا.

ولم يشر المشرع الجزائري أيضا لإمكانية التلقيح الاصطناعي في حالة الزوج المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية ،و هناك من القانونيين من يرى أن استخدام هذه الوسيلة للإنجاب لا يضر بالجسم و لا يتعارض كقاعدة عامة مع القوانين و لا الشرائع السماوية، فهي من الأعمال الطبية التي يجب أن يكون الغرض منها حفظ سلامة الجسم لكن لا بد من توافر شروط العملية يمكن إجمالها فيما يأتي<sup>1</sup>:

• أن يباشر العملية أطباء متخصصون و في أماكن معدة لذلك و تحت إشراف

طبي دقيق.

- ضرورة مراعاة الالتزام بالسرية المهني.
- منع اختلاط النطف و الأجنة.
- الموافقة الصريحة و الجدية و القاطعة ( لطرفي العملية) الزوجين مع ضرورة تبصير الطبيب لهما بكافة مخاطر العملية.
- توافر السبب القوي الذي يبرر اللجوء إلى هاته الوسيلة كما في حالة العقم أو الأمراض الوراثية و غيرها، و أن تكون عملية التلقيح هي الوسيلة الوحيدة لتمكين الزوجين من حقهما في الإنجاب.

البند الثالث :عدم جواز تدخل طرف ثالث

إن واكب المشرع الجزائري التطور العلمي الحاصل في مسائل الصحة الإنجابية من خلال النص على وسيلة التلقيح الاصطناعي، فقد جعل له ضابط مهما و هو منع تدخل الطرف الثالث حتى يعطي لهذه الوسيلة مفعولها و لتجنب مفسدها.

منع المشرع الجزائري كل الصور المتعلقة بتدخل طرف ثالث من خلال شرط أن يتم بمضي الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها، و كذلك منع استعمال الأم البديلة، و على هذا الأساس يجب استبعاد حالات الزوجة التي لقحت بماء رجل غير زوجها و كذا البويضة من زوجة أخرى و لقحت بماء الزوج،<sup>2</sup> و أي اتفاق بين المرأة الحامل بالإنابة أو بدونها يقع عقدها باطلا بطلانا مطلقا و لا ينتج

<sup>1</sup> \_ نصر الدين مروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، ص79.

<sup>2</sup> \_ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص283.

أية آثار قانونية<sup>1</sup>، و كان في ذلك موافقا لموقف الفقهاء المعاصرين و المجامع الفقهية - كما تقدم ذكره. و قد أحسن المشرع الجزائري صنعا بوضعه هذا الشرط انطلاقا من المحاذير الشرعية و الأخلاقية المرتبطة بعمليات التلقيح الاصطناعي خاصة لما نراه في الوقت الحاضر من بنوك الحيوانات المنوية و النطاف و التخصيب و مختبرات للأبحاث و التجارب العلمية و الطبية حول الأجنة الآدمية<sup>2</sup>، لهذا فكان المنع متعلقا بالتلقيح الاصطناعي خارج العلاقة الزوجية سواء باستعمال الحيوان المنوي من غير الزوج أو باستعمال الأم البديلة أو ما يعرف "بتأجير الأرحام".

و مما يجب الوقوف عنده هو الصياغة القانونية التي استعملها المشرع في شرطه الثالث بالمادة 45 مكرر حين منع تدخل الطرف الثالث في عملية التلقيح الاصطناعي بقوله: "أن يتم بمشي الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما"، فقول المشرع "بويضة رحم الزوجة" نصا ليسا دقيقا من الناحية الطبية، فالرحم لا ينتج بويضات و إنما هي وظيفة المبيضين و هما منفصلان عن الرحم.

و منع المشرع الجزائري لاستعمال الأم البديلة على اعتبار أن الأمومة ليست فقط علاقة بيولوجية بل

إن معناها يكمن في الحمل أساسا<sup>3</sup>، استنادا **القوانين الجزائرية**: ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ

أُمُّهُ وَهَنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصْلَهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَىٰ الْمَصِيرِ ﴿١٤﴾ [لقمان: 14]

و **القوانين الجزائرية**: ﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ

أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ

صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي بُنَيْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴿١٥﴾ [الأحقاف: 15].

و هنا تظهر أهمية الضمانات القانونية في عملية التلقيح الاصطناعي خوفا من اختلاط الأنساب، فالتلقيح بمشي الزوج و بويضة الزوجة يحتاج إلى ضمانات تحول دون اختلاط البويضة بمشي رجل أجنبي من هذه الضمانات أن تتم العملية أمام جهة علمية موثوقة، وأن تتم بحضور الزوجين، واهدار ما تبقى من الحيوانات المنوية بعد التلقيح ولنجاح العملية إنشاء مراكز متخصصة خاضعة لرقابة الدولة، فيها

<sup>1</sup> بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 695.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة و القوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، ص 84.

<sup>3</sup> أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، ص 180.

أطباء متخصصون ذو ثقة، فالتقنيات المتقدمة في مجال التلقيح الاصطناعي و إن شكلت انتصارا باهرا و تقدما علميا مثيرا وضاعف من فرص الإنجاب إلا أنه أثار الكثير من القضايا بالغة التعقيد في النواحي الأخلاقية و الدينية و التربوية و الاجتماعية.<sup>1</sup>

فإذا تمت الاستعانة بطرف ثالث رحم مستأجر أو متبرع به فيستلزم متابعة الفاعلين جزائيا الزوجين و المرأة المتبرعة أو المتسأجرة لرحمها، و كل من قدم وساطة أو مساعدة طبية لأنها تعتبر تنازل عن طفل الغير و استعمالا للرحم محلا للتعاقد و المتاجرة تخريجا على مضمون المادة 320 و 321 من قانون العقوبات الجزائري.<sup>2</sup>

و التلقيح إذا تم عن طريق نقل ميني غير الزوج فإن هذا الأمر مرفوض لأنه يخل بالنظام العام ويعتبر مكونا لجريمة الزنا مبدئيا، المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، و ذلك لتدخل طرف ثالث في عملية التلقيح لا علاقة له بالعلاقة الزوجية الشائبة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> \_ عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد، ص 614.

<sup>2</sup> \_ زوييدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ص 119.

• تنص المادة 320 من قانون العقوبات : " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 إلى 20000 دينار

كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها المولود أو الذي سيولد و ذلك بنية الحصول على فائدة.  
كل من تحصل من أبوين أو من أحدهما على عقد بتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفلها الذي سيولد أو شرع في ذلك و كل من حاز مثل هذا العقد او استعمله او شرع في استعماله.

• تنص المادة 321 من قانون العقوبات : " يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع و ذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.

و إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات.  
و إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر على شهرين.  
غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لإمرأة لم تضع حملا بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه فإن الجرم يتعرض لعقوبة الحبس من شهرين إلى خمس سنوات".

<sup>3</sup> \_ تنص المادة 339 من قانون العقوبات : " بقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.  
و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته.  
لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور و إن صفع هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة".



و إن كان هناك من الباحثين في القانون من ذهبوا إلى إمكانية تطبيق قانون العقوبات - كما سبق ذكره- في بعض الجرائم التي يكون لها بعض الشبه، وهو ما يراه البعض يصطدم بمبدأ الشرعية القاضي بأن "لا جريمة إلا بنص" إذ ليس للقضاة -ومن باب أولى الفقهاء- أن يجتهدوا في المادة الجزائية، خاصة فيما يتعلق بالتجريم؛ لأن تلك الجرائم، وإن وُجد بينها وبين القضية محل البحث تشابهاً إلا أنها جرائم مستقلة وضعت بهدف تجريم حالات خاصة قصدها المشرع في حينها واستناداً على مبدأ التفسير الضيق للنصوص التجرمية تطبيقاً لقاعدة: "لا جريمة إلا بنص"، فإن النص التجرمي لا يمتد لحالة لم تكن معروفة ولم يقصدها المشرع بالنص؛ ومن هنا فإن الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي لا تعتبر جريمة ما لم ينص عليها المشرع من خلال تسميتها وتصنيفها ضمن الجرائم المعاقب عليها<sup>1</sup>. لهذا فمما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يقر أي عقوبة مدنية أو جزائية في حالة اللجوء لوسيلة الأم البديلة، فالمنع الذي حوته المادة 45 من قانون الأسرة لا تفي لزجر الأشخاص و يبقى مجرد زجرا أدبيا .

واستعمال الطرف الثالث سواء في إطار العلاقة الزوجية أو خارج العلاقة الزوجية هي من الحالات المسموح بها في التشريعات الغربية و يتعلق الأمر هنا باستعمال التلقيح بحيوان منوي خارج العلاقة الزوجية، أما مسألة تأجير الأرحام فمنعتها الكثير من التشريعات.<sup>2</sup>

و السماح بالتلقيح خارج إطار العلاقة الزوجية له ما يبرره في المجتمع الغربي، و هو ناتج لإختلاف الفلسفة التشريعية في هذه الدول عن غيرها من الدول العربية و الإسلامية لإختلاف المنطلقات و المقاصد، فالتشريعات الغربية تحاول إيجاد بعض المداخل لزيادة معدلات السكان بالسماح بالرديلة

<sup>1</sup> \_ سعيدة بلباهي، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلة علمية أكاديمية محكمة تصدر عن مخبر القانون الخاص المقارن جامعة الشلف، 2016م، ع: 01، ص 66.

<sup>2</sup> \_ أغلبية التشريعات ومن منظور القانون المدني رتبت على إبرام عقد تأجير الأرحام البطلان وهناك تشريعات اعتبرته مخالفا للنظام العام وبالتالي فلا تنشأ عنه أية آثار، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الإنجليزي و المشرع الفرنسي و الإسباني و المشرع الألماني، و كلها تشريعات تقرر بطلان التعاقد بخصوص مسألة تأجير الأرحام.

للزيد من التفصيل ينظر: سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ص 171-172.

وتشجيع البنات الغير متزوجات على هذا النوع من الزواج كتعبير على التحرر وعدم التقيد بأي عقد.<sup>1</sup>

و خلاصة القول في مسألة التلقيح الاصطناعي أنه لا بد من ضوابط فعالة يجب أن يتقيد بها الجميع لدرء المفسد و جلب المصالح يمكن رصدها فيما يأتي:<sup>2</sup>

• ألا تتم هذه العمليات إلا في حالة الضرورة القصوى، و لا بد من الإشارة أن المشرع الجزائري لم يشر بتاتا لشرط الضرورة العلاجية، و هي رغبة الزوجين في الإنجاب بوسيلة التلقيح الاصطناعي لإصابة أحدهما بالعقم حيث لم تنفع جميع العلاجات الطبية المقدمة أو الخوف مثلا من انتقال مرض خطير للمولود إذا تم الإتصال الجنسي بين الزوجين بالشكل الطبيعي كما هو الشأن مثلا في التشريع الفرنسي.<sup>3</sup>

- ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة حرصا من اختلاط النطف أو الأمشاج أو اللقائح.
- منع إجراء أية أبحاث علمية أو تجارب طبية على النطاف و اللقائح لغير أعراض العلاج و البحث العلمي الأساسي وفقا لأهداف مشروعة و واضحة.
- ضرورة وضع شروط و ضوابط خاصة متعلقة بالممارسين الطبيين و المراكز و العيادات التي تمارس هذه العمليات و التي تركها المشرع للقواعد العامة لممارسة مهنة التطبيب.
- ضرورة وضع الآثار المترتبة من تخلف شروط التلقيح الاصطناعي، فالمشرع الجزائري لم يوضح الأثر المترتب عن تخلف إحدى الشروط و الجزاء المترتب عنه.

<sup>1</sup> \_ HUSS a – SCHILTY 1 . le corps humain -personnalité juridique et famille en droit luxembourgeois, Henri Capitant, Tome xxv1, 1975 ,p155.

<sup>2</sup> \_ سمية صالح، الوسائل المستحدثة و دورها في مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، ص 131. ■ بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص 290. ■ زوييدة إيقروفة ، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، ص 122. ■ باديس ديابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعاوي النسب على ضوء قانون الاسرة الجزائري، ص 28. ■ بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، ص 698-699.

<sup>3</sup> \_ L'art. 152-2 al. 02 du Code de la santé publique

. dispose que : « Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué .Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité ».

### خلاصة الفصل

أثر مبدأ المساواة في المراكز القانونية الذي اعتمده المشرع الجزائري تأثيرا مباشرا على الآثار التي ينشؤها عقد الزواج.

فبالنسبة للحقوق الشخصية -غير المالية- التي تمس الزوجين مباشرة قلص المشرع الجزائري منها من خلال إلغاء المادة 38 و 39 و تعديل المادة 37، متراجعا عن مبدأ توزيع الحقوق و الواجبات بين الزوج و الزوجة إلى مبدأ الحقوق و الواجبات المشتركة ، و بالتالي إقرار المساواة الكاملة بين الزوجين و تقليص الحقوق الممنوحة قانونا للزوج على حساب الزوجة و يكون بذلك قد انتقل من فلسفة الزواج التكاملي إلى الزواج التشاركي.

و أغفل المشرع في التعديل حق الزوج في الطاعة و قام بإلغاء القوامة على الزوجة من خلال من خلال إلغاء المادة 38 و 39 و تعديل المادة 37.

أما ما يخص الحقوق الشخصية المالية فإن ما أورده المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة بخصوص النظام المالي للزوجين و جواز الاشتراط في المشاركة المالية حسب المادة 37 يعتبر من أهم مقتضيات الجديدة التي جاء بها قانون الأسرة المعدل ، و الذي يواكب التطور الذي عرفه المجتمع خاصة بعد دخول المرأة مجال العمل بكثافة و بالتالي مساهمتها في إثراء ميزانية الأسرة.

أما بالنسبة للحقوق المتعدية و هي التي تتعدى إلى الأبناء و إكمالا لفلسفة المشرع في الاستفادة من التطورات العلمية فقد قام المشرع بإدخال تعديلات على قواعد إثبات النسب بالإعتماد على التطور العلمي من خلال إدراج تقنية البصمة الوراثية - المادة 40 من قانون الأسرة - و السماح بالإحصاب عن طريق التلقيح الاصطناعي -المادة 45 مكرر-.

## الخاتمة :

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و الصلاة و السلام على من ختم به الرسالات، و على آله و أصحابه و من سار على هداه الى يوم الدين. أما بعد.

لقد كان التساؤل الرئيس الذي دار حوله البحث، في مدى تَضْمُن القانون الجزائري لحماية فعالة للعلاقة الزوجية من خلال التعديلات التي أدخلها المشرع الجزائري على التشريعات التي تخص الأسرة على رأسها قانون الأسرة الجزائري و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، للوصول إلى أي مدى وافق روح الشريعة الإسلامية ، و هل استفاد المشرع في تعديلاته التي أدخلها على منظومته التشريعية الخاصة بالأسرة من الاجتهادات الفقهية التي وضعت الحلول للمشكلات الواقعة و المستجدة.

من خلال البحث في الحماية القانونية للعلاقة الزوجية في ظل التشريعات المستحدثة وصلنا لجملة من النتائج يمكن رصدها فيما يأتي:

## نتائج البحث :

أ) إن دراسة المسائل المتعلقة بتنظيم الأسرة تبين مدى التطور التي عرفه التشريع الأسري في الجزائر ، و قد حاول المشرع الجزائري من خلال التعديلات التي أدخلها على تنظيم مقتضيات الزواج و إجراءاته بشكل دقيق مستفيض لتفادي الإخلالات التي كانت تحصل في السابق، ولأن قيمة أي قانون إنما تتعلق بما يحققه من مصالح و مقاصد و أهداف ، فالناظر في القواعد القانونية المنظمة للعلاقة الزوجية يجد أن المشرع الجزائري قد جعل أساس تكوين الأسرة عقد الزواج الذي يجمع بين الرجل و المرأة حسب ما نصت عليه المادة 4 من قانون الأسرة. فهو الإطار الشرعي والقانوني -الوحيد- المنظم للعلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة، والذي عن طريقه يحفظ النسل البشري والنوع الإنساني، ويتحقق به السكن النفسي والاستقرار الأسري، والإحصان والوقاية من الوقوع في الفساد الخلقي والاجتماعي، وهو وسيلة للتواصل الاجتماعي والتعارف الإنساني.

ب) جاء تعديل قانون الأسرة إثر نقاش طويل و تحولات عرفها المجتمع الجزائري و ماصاحب ذلك من تغيير في التصورات والنظرة للعلاقات الاجتماعية، وكان ذلك ضمن إطار الإتفاقيات

الدولية التي صادقت عليها بلادنا لا سيما المتعلقة بمنع ممارسة جميع أشكال التمييز ضد المرأة ، إضافة إلى مطالب الجمعيات النسائية التي مارست ضغطا إعلاميا و مجتمعيًا .

ت) حافظ المشرع الجزائري على مرتكزات أحكام الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية ، فاعتمد أساسا عند تقنينه على الشريعة الإسلامية كمرجعية أصلية دون تحديد لمذهب فقهي معين معتمدا التوفيق بين المذاهب ، و إذا عُرِضت عليه مسألة لم يرد بشأنها نصا قانونيا فالقاضي له الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من نفس القانون .

وأضاف مقتضيات مستجدة تتمثل في التفتح على الاتفاقيات الدولية و التطورات العلمية محاولا مراعاة خصوصيات المجتمع الجزائري .

ث) أعطى المشرع الجزائري دورا جديدا للقضاء الأسري ، الذي انتقل من دور تقليدي موضوعه البث في المنازعات الأسرية إلى دور جديد وصلاحيات مستحدثة باعتبار أن الأسرة مؤسسة قانونية يحدد قواعدها القانون ، فجعل من النيابة العامة حسب المادة 3 مكرر من قانون الأسرة طرفا أصيلا في جميع قضايا الأسرة ، لكن ما يعاب عليه أنه لم يوضح حقيقة و لا حدود و لا كيفية تدخل النيابة العامة في هذه القضايا .

ج) قام المشرع الجزائري بتوسيع صلاحيات قاضي شؤون الأسرة حسب ما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 م حسب المواد من : المادة 423 حتى المادة 499 ، إضافة إلى الاهتمام الكبير الذي أعطاه المشرع في هذا التقنين لقسم شؤون الأسرة فقد خصص له 76 مادة من أصل 176 مادة مخصصة لجميع الأقسام .

ح) جعل المشرع الجزائري لقاضي شؤون الأسرة دورا حمائيا من خلال سلطته الولائية و تعزيز دوره الرقابي بتوسيع سلطته التقديرية و صلاحياته التي منحها له القانون ؛ حيث يقوم باتخاذ التدابير المؤقتة عن طريق الأوامر على العرائض للفصل في القضايا الاستعجالية حسب نص المادة 57 مكرر من قانون الأسرة و هذا لمنع الضرر أو الخطر المتوقع .

إضافة إلى إصداره الأذون القضائية للتأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة على أسس صلبة تضمن بقائها و استقرارها كترخيص بتعدد الزوجات ( المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة ) ، و ترخيص الزواج دون السن القانونية ( المادة 2/7 المعدلة من قانون الأسرة ) ، و هناك ماهي مختصة بمسألة التصرف في أموال القاصر ( المواد 84 - 88 - 89 - 90 ) .



إضافة للدور الإصلاحي الذي منحه له المشرع الجزائري من خلال إجراءات الصلح في حالة الشقاق بين الزوجين (المادة 49 المعدلة من قانون الأسرة)، و انتداب الحكّمين ( المادة 56 من قانون الأسرة).

(خ) اعتمد المشرع الجزائري معيار المساواة في المراكز القانونية بين الرجل و المرأة أساسا لتعديل الكثير من مواده، و ظهر ذلك جليا من خلال المادة 07 التي حددت أهلية الزواج لكلا الزوجين ب 19 سنة و هو ماجاء متجانسا مع سن الرشد القانوني كما نص عليه القانون المدني، و متوافقا مع أحكام الفقه الإسلامي، و قام بالترخيص للقاصر الذي لم يبلغ السن القانونية الزواج بحسب ما تقتضيه المصلحة و ما يعاب عليه أنه لم يحدد سنا أدنى لا يجب النزول عنها في منح الترخيص من طرف القضاء.

(د) جعلت المادة 4 من قانون الأسرة الركن الوحيد لعقد الزواج هو الرضا، و للمرأة الحق في اختيار الزوج الذي ترضاه سواء كانت راشدة أم قاصرة وفق المادة 11 و 13 من قانون الأسرة، و رتب على تخلفه بطلان العقد حسب المادة 33 من نفس القانون، و هو ما يوحي بإتجاه المشرع الجزائري شيئا فشيئا لجعل عقد الزواج عقدا مدنيا تحكمه شريعته العامة، و مع إغفال المشرع لمسألة عيوب الرضا و ما يترتب عليها من آثار، فتكون الإحالة هنا على قواعد القانون المدني باعتباره الشريعة العامة في هذا المجال.

(ذ) أسقط المشرع الجزائري ركنية الولي في عقد الزواج من خلال المادة 9 مكرر الذي جعلته شرطا، و المادة 11 الذي اقتصر دوره في العقد سواء كان أبا أو أحد الأقارب أو أي شخص تختاره؛ على مجرد الحضور، فقد اتسم موقف المشرع بعدم الدقة و الاضطراب حيث خالف مذهب الجمهور في ركنية الولي في عقد الزواج، و مذهب الحنفية أيضا، و جاء هذا التعديل حاملا لتغيير مجتمعي جديد من خلال تهميش سلطة الولي بحكم إحقاق المساواة بين طرفي العقد. بمنح المرأة نفس المركز القانوني للرجل، و هذا يعتبر قفزة مهمة أحدثت تغييرا في الوضعية القانونية للمرأة داخل العلاقة الزوجية دون مراعاة الخصوصية الفقهية و العرفية للمجتمع الجزائري.

(ر) استجابة للتطورات العلمية و المسائل الطبية المستحدثة جاء النص على اشتراط الفحص الطبي قبل الزواج قصد حماية الزوجين و أسرتهما من الأمراض السارية كما جاء في المادة

115 من الأمر المتضمن قانون الصحة لعام 1976 إلا أنه لم يحدد كيفية إجراء الفحص السابق للزواج حتى جاء إدارج ذلك في قانون الأسرة المعدل سنة 2005 م من خلال المادة 07 مكرر، وهو بهذا جاء موافقا لمقاصد الشريعة الإسلامية.

(ز) الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، من الشروط الإجرائية وبناء على ما ورد في المادة السابعة قانون الأسرة الجزائري لا يعد شرطا من شروط العقد، بل هو إجراء شكلي ، وبالتالي لا يترتب على الإخلال به بطلان العقد، ولا يترتب على عدم توفير الشهادة الطبية في وثائق عقد الزواج التفريق بين الزوجين فالزواج صحيح و يترتب آثاره.

(س) عمد المشرع الجزائري وفق المادة 19 من قانون الأسرة لتوسيع إرادة الزوجين بدعامة ضمانية لحفظ حقوقهما عن طريق ما يريانه مناسب لهما من شروط في عقد الزواج - بشرط عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة- و جاء التعديل متوافقا مع رأي الموسعين من الفقهاء في مسألة الإشتراط و التي تعتبر دعامة قوية للزوجين لحسم الخلافات و النزاعات المحتملة بعد الزواج، وخاصة بالنسبة للمرأة كشرط العمل بعد الزواج، و شرط عدم الزواج عليها ، وجعل للمرأة حق طلب التطلاق في حالة عدم الوفاء بهذه الشروط ، وذلك وفق للفقرتين 6 و 9 من المادة 53 من قانون الأسرة.

(ش) قيد المشرع الجزائري مسألة التعدد من خلال وضع قيود قانونية ألزم توافرها من خلال المواد 8 و 8 مكرر، و 8 مكرر 1، بين إثبات المبرر الشرعي، و كذا إعلام الزوجة أو الزوجات بأنه يريد الزواج مرة أخرى، و كذا بالنسبة للمرأة المراد الزواج بها بأنه متزوج.

(ص) قلص المشرع الجزائري من الحقوق الزوجية الشخصية على حساب المشتركة من خلال إلغاء المادة 38 و 39 و تعديل المادة 37، و تراجع المشرع الجزائري عن مبدأ توزيع الحقوق و الواجبات بين الزوج و الزوجة إلى مبدأ الحقوق و الواجبات المشتركة ، و بالتالي إقرار المساواة الكاملة بين الزوجين و تقليص الحقوق الممنوحة قانونا للزوج على حساب الزوجة، و يكون بذلك قد انتقل من فلسفة الزواج التكاملي إلى الزواج التشاركي.

(ض) أغفل المشرع في التعديل حق الزوج في الطاعة و قام بإلغاء القوامة على الزوجة من خلال من خلال إلغاء المادة 38 و 39 و تعديل المادة 37 من قانون الأسرة مما يؤكد أن المشرع

الجزائري قد تراجع بصفة غير مباشرة على تحفظاته السابقة اتجاه اتفاقية منع جميع أنواع التمييز ضد المرأة.

ط) مبدأ استقلال الذمة المالية لكل من الزوجين و التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 37 الفقرة الأولى كأصل عام جاءت موافقة للشريعة الإسلامية و نظرة مقاصدية متقدمة.

ظ) التعديل الجديد الذي أدخله المشرع بخصوص جواز الاشتراط في المشاركة المالية حسب المادة 37 الفقرة الثانية؛ يعتبر من أهم المقتضيات الجديدة التي جاء بها قانون الأسرة المعدل، و الذي يواكب التطور الذي عرفه المجتمع خاصة بعد دخول المرأة مجال العمل بكثافة و بالتالي مساهمتها الفعالة في ميزانية الأسرة و تنمية ممتلكاتها أثناء فترة العلاقة الزوجية.

ع) إن ما أورده المشرع الجزائري في التعديل الجديد لقانون الأسرة بخصوص النظام المالي للزوجين لا يتعارض مع ما هو مقرر في الفقه الإسلامي، ولا مع النظام العام؛ لأنه داخل ضمن دائرة الاشتراط، و في ظل انعدام صور للاشتراك المالي بين الزوجين في التشريع الجزائري يمكن تقنين بعض الصور و للزوجين الحرية في اختيار أي منها أو مخالفتها إلى غيرها.

غ) مواكبة المشرع الجزائري للتطور العلمي و الطبي من خلال إثبات النسب عن طريق الطرق العلمية كالبصمة الوراثية من خلال المادة 40 لكن دون بيان ضوابط و شروط ذلك، و جواز اللجوء إلى التلقح الاصطناعي من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، و هو ما جاء موافقا لروح الشريعة الإسلامية و مقاصدها.

ف) الأصل في ثبوت النسب هي الطرق الشرعية التي حددها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 40، أما الإستثناء فهو إثبات النسب بالطرق العلمية-البصمة الوراثية- الذي نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 40، فالبصمة الوراثية ليست دليلا شرعيا مستقلا بل دليلا احتياطيا مكمل يرفع إليه القاضي حسب تقديره في حال انعدام الطرق الشرعية.

ق) سار المشرع الجزائري مع الطب الحديث و التطور العلمي الذي سمح للزوجين ممن لهم إشكالات صحية في الإنجاب؛ منسجما مع قرارات الجامع الفقهي، حيث جاء النص الصريح للمادة تجيز اللجوء إلى التلقح الاصطناعي كتقنية حديثة لكن جعل لذلك ضوابط قانونية حسب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، فكان حذرا فلم يجز التلقح الاصطناعي باستعمال طرف ثالث أو بعد انتهاء العلاقة الزوجية.

### التوصيات :

أ) ضرورة التفصيل في النصوص القانونية الخاصة بالأسرة باعتبارها جاءت في مجملها عامة مطلقة غير مقيدة تفتقر إلى التجانس فيما بينها أحيانا، تفتقر إلى الجانب الجزائي عند مخالفتها، كما هو الشأن بالنسبة للمادة 7 الخاصة بسن الأهلية حيث لم تبين المادة الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن القانونية.

ب) ضرورة التفريق بين الأحكام الثابتة التي تحوي أحكاما شرعية قطعية فهذه لا يجوز الاجتهاد فيها و لا تغييرها، و بين الأحكام الظنية التي يرجع فيها للاجتهادات الفقهية مع مراعاة العرف المجتمعي في الجزائر.

ت) ضرورة إعادة النظر في المواد القانونية التي خالف فيها المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية و جانب فيها روح الفقه الإسلامي على رأسها مسائل الولاية في الزواج و مراجعة مركز الولي في عقد الزواج، فإن كانت نية المشرع إلغاء أي دور للولي فليأخذ بمذهب الأحناف و يعطي للولي حق الاعتراض بطلب فسخ الزواج عند انعدام الكفاءة .

ث) مراجعة و ضبط الحقوق الزوجية و تنظيمها بطريقة واضحة حسب ما هو مقرر في الفقه الإسلامي بوضع ضمانات قانونية لتحقيقها.

ج) إعادة النظر بنظرة كلية غير تجزئية في مسألة القوامة و رئاسة العائلة، فالقوامة ليست من المسائل الاجتهادية التي يمكن اسقاطها، بدعوى المساواة المطلقة بين الرجل و المرأة التي لا تراعي الخصوصيات الفطرية المتعلقة بالرجل أو المرأة.

ح) ضرورة إعادة النظر في الأحكام المنظمة للفحص الطبي وتنظيمها في قانون خاص مستقلا تجمع كل ماجاء من قواعد منظمة له في مختلف القوانين بما يحقق الانسجام بالقانوني، مع فتح مخابر متخصصة في مجال الفحص الطبي و إجراء تحاليل البصمة الوراثية مجهزة بأحدث التقنيات و الكفاءات ذات الخبرة.

خ) وضع ضوابط قانونية عند اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب و منع نفيه عن طريقها بنص قانوني واضح حتى لا يكون عدم نص المشرع لمنع نفي النسب عن طريق البصمة الوراثية مدعاة للإقدام عليها.

(د) باعتبار أن الأسرة هي الخلية الأساسية في المجتمع كما نص على ذلك القانون لابد من اهتمام كل المؤسسات الرسمية و العلمية و الدينية و الاجتماعية بها عن طريق إنشاء مراكز متخصصة هدفها التأهيل الزواجي.

(ذ) إنشاء مراكز بحثية متخصصة في التفكير think tanks تضم المتخصصين و الباحثين في مجال الأحوال الشخصية هدفها الأساسي توفير البحوث و الدراسات المتعلقة بالمجتمع و السياسات العامة، و التأثير في القضايا الساخنة التي تهم الناس على رأسها قضايا الأسرة.

في الأخير أسأل الله أن يقبل عثرتي و يغفر زلتي و يقبل هذا العمل ، إنه جواد كريم . و آخر دعوانا : أن الحمد لله رب العالمين ، و صلى الله على سيدنا محمد رسول الهدى و خاتم النبيين ، و على آله و صحبه الطيبين الطاهرين .

و الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و صلى الله على نبينا محمد و على آله و صحبه و سلم.

### قال العماد الأصفهاني:

إنى رأيت أنه ما كتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده .. لو  
غيرت هذا لكان أحسن .. ولو زيد كذا لكان يستحسن .. ولو قدم  
هذا لكان أفضل .. ولو تركت هذا لكان أجمل وهذا من أعظم  
العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ..

بِحَمْدِ اللَّهِ



## س الفنية

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث النبوية .
- فهرس الآثار .
- فهرس الأعلام المترجم لهم .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الموضوعات .

## فهارس الآيات القرآنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ	
الصفحة	طرف الآية
	البقرة
275	﴿ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولَئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ ﴾ [البقرة: 27].
232	﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَأَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة: 29].
15	﴿ ۝٣٤ وَقُلْنَا يَتَادُمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ ﴾ [البقرة: 35]
312	﴿ وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ﴾ [البقرة: 195].
-179 180	﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾ [البقرة: 221]
410	﴿ نِسَاءُكُمْ حَرِّتْ لَكُمْ فَأَتُوا حَرِّتْكُمْ أَنِّي شِئْتُمْ وَقَدِمُوا لِأَنْفُسِكُمْ وَأَتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلْقَوَةٌ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ [البقرة: 223].
304	﴿ وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: 228].
318	﴿ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ﴾ [البقرة: 228].
279	﴿ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾ [البقرة: 229]
18-17	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا مَحْلُ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: 230].

187	﴿ ٢٢٩ ﴾ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾ [البقرة: 230]
-180 -181 190	﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ﴾ [البقرة: 232]
186	﴿ ٢٣١ ﴾ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمَّا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ ذَلِكَ يُوعِظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ [البقرة: 232]
- 315 -321 425	﴿ ۞ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۗ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ ﴾ [البقرة: 233].
306	﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ ﴾ [البقرة: 233].
187	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾ ﴾ [البقرة: 234]
41	﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ۗ ﴾ [البقرة: 235]
182	﴿ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۗ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٢٣٧﴾ ﴾ [البقرة: 237]
259	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ فَلْيَكْتُبْ ۗ ﴾ [البقرة: 282]

367	﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ [ البقرة: 282 ].
	<b>آل عمران</b>
233	﴿ هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ ۖ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً ۗ إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ ﴾ [ آل عمران : 38 ].
306	﴿ وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ ۗ ﴾ [ آل عمران : 159 ].
113	﴿ أَفَمَنْ أَتَّبَعَ رِضْوَانُ اللَّهِ كَمَنْ بَاءَ بِسَخَطٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمَ ۗ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ ۗ ﴾ [ آل عمران : 162 ].
	<b>النساء</b>
-145 289	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَنْمَىٰ فَانكِسُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِثْنَىٰ وَتِلْكَ وَرُبْعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا نَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَلِكَ أَذَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ۗ ﴾ [النساء: 03]
81	﴿ وَءَاتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ۗ ﴾ [النساء: 04].
148-17	﴿ وَابْتُلُوا الْيَنْمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ﴾ [النساء: 06]
259	﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ۗ ﴾ [النساء: 06]
147	﴿ وَابْتُلُوا الْيَنْمَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا ۚ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۚ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا ۗ ﴾ [النساء: 06].
303	﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَنْ تَكْرَهُنَّ شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا ۗ ﴾ [النساء: 19].

-38-29 119	﴿ ٢٠ ﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذَتْ مِنْكُمْ مِيثَاقَ غَلِيظًا ﴿ ٢١ ﴾ [ النساء: 21 ].
-19-18 130	﴿ ٢١ ﴾ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿ ٢٢ ﴾ [ النساء: 22 ].
-228 232	﴿ ٢٩ ﴾ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿ ٣٠ ﴾ [ النساء: 29 ].
294	﴿ ٣١ ﴾ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَسَبْنَ وَسَأَلُوا اللَّهَ مِنْ فَضْلِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴿ ٣٢ ﴾ [ النساء: 32 ].
39	﴿ ٣٣ ﴾ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴿ [ النساء: 33 ]
169	﴿ ٣٤ ﴾ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَعَاثُوهُمْ نَصِيبُهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا ﴿ ٣٥ ﴾ [ النساء: 33 ]
169	﴿ ٣٦ ﴾ وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوْلَىٰ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ ۗ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَعَاثُوهُمْ نَصِيبُهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا ﴿ ٣٧ ﴾ [ النساء: 33 ]
317	﴿ ٣٨ ﴾ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿ [ النساء: 34 ].
319	﴿ ٣٩ ﴾ فَالصَّالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ ﴿ [ النساء: 34 ]
318	﴿ ٤٠ ﴾ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿ [ النساء: 34 ].



319	﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴾ [النساء: 34]
230	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [النساء: 59].
289	وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴿١٢٨﴾ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ فَتَدْرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِنْ تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا ﴿١٢٩﴾ وَإِنْ يَفْرَقَا يَغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ [النساء: 128-130].
<b>المائدة</b>	
-40 -274 282	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا ﴾ [المائدة: 01]
279	﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا ﴾ [المائدة: 03].
227	﴿ مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ﴾ [المائدة: 32].
166	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصْرَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ مِنْكُمْ فَإِنَّهُ مِنْهُمْ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ ﴾ [المائدة: 51]

	<b>الأنعام</b>
277	﴿ وَقَدْ فَضَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾ [ الأنعام: 119 ]
	<b>الأعراف</b>
367	﴿ قَدْ جِئْتُمْ بَيْنَنَا مِن رَّبِّكُمْ فَأَرْسِلْ مَعِيَ بَنِي إِسْرَائِيلَ ﴿١٠٥﴾ قَالَ إِن كُنْتَ جِئْتَ بِثَابِتٍ فَآتِ بِهَا إِن كُنْتَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿١٠٦﴾ فَأَلْقَى عَصَاهُ فَإِذَا هِيَ ثُعْبَانٌ مُّبِينٌ ﴿١٠٧﴾ وَنَزَعَ يَدَهُ فَإِذَا هِيَ بَيْضَاءُ لِلنَّظِيرِينَ ﴿١٠٨﴾ ﴾ [ الأعراف: 105-108 ].
-243 399	﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلًا خَفِيًّا فَمَرَّتْ بِهِ ﴿١٨٩﴾ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِن آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنُكَونَنَّ مِنَ الشَّاكِرِينَ ﴾ [ الأعراف: 189 ].
	<b>الأنفال</b>
169	﴿ إِنَّ الَّذِينَ ءَامَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ ءَاوَأُوا وَنَصَرُوا أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَٰلِيَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ حَتَّى يُهَاجِرُوا وَإِنِ اسْتَنْصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمْ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿٧٢﴾ ﴾ [ الأنفال: 72 ]،
166	﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [ الأنفال: 73 ]
169	﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٧٥﴾ ﴾ [ الأنفال: 75 ]
169	﴿ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَٰئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٧٥﴾ ﴾ [ الأنفال: 75 ]
	<b>التوبة</b>
168	﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ﴾ [ التوبة: 71 ]

	<b>هود</b>
316	﴿ حَتَّىٰ إِذَا جَاءَ أَمْرُنَا وَفَارَ التَّنُّورُ قُلْنَا احْمِلْ فِيهَا مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ اثْنَيْنِ ﴾ [ هود:40].
	<b>يوسف</b>
366	﴿ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ فَصَدَقْتَ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِنْ كَانَتْ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتَ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَأَىٰ قَمِيصَهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾ ﴾ [ يوسف:26-28].
	<b>الحجر</b>
395	﴿ وَأَرْسَلْنَا الرِّيحَ لَوَّاحٍ ﴿ [الحجر:22].
	<b>النحل</b>
-243 421	﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْزَلِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَلَيْسَ بِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴿٧٢﴾ ﴾ [ النحل:72].
425	﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَاتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَاطِرُكُمْ لَهُ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾ ﴾ [ النحل: 72].
275	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾ وَلَا تَكُونُوا كَالَّذِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَا تَتَّخِذُونَ أَيْمَانَكُمْ دَخَلًا ﴿ [ النحل:91-92].
	<b>الإسراء</b>
275	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴿٣٤﴾ ﴾ [ الإسراء:34].
	<b>الكهف</b>
407	﴿ الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۗ وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا ﴿٤٦﴾ ﴾ [ الكهف:46].
	<b>الأنبياء</b>

356	: ﴿ رَبِّ لَا تَذَرْنِي فَرْدًا وَأَنْتَ خَيْرُ الْوَارِثِينَ ﴾ ﴿٨٩﴾ [ الأنبياء: 89 ] .
16	﴿ ٨٩ ﴾ فَاسْتَجَبْنَا لَهُ، وَوَهَبْنَا لَهُ، يَحْيَىٰ وَأَصْلَحْنَا لَهُ، زَوْجَهُ، إِنَّهُمْ كَانُوا يُسْكَرُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَيَدْعُونَنَا رَغَبًا وَرَهَبًا وَكَانُوا لَنَا خَشِيعِينَ ﴿٩٠﴾ [ الأنبياء: 90 ]
	<b>المؤمنون</b>
32	: ﴿ ٤ ﴾ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ [ المؤمنون: 05 ]
421	: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴿٧﴾ [ المؤمنون: 5-7 ] .
	<b>النور</b>
-377 381	: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا أَحَدَهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ﴿٦﴾ [ النور: 06 ] .
178	﴿ 5 ﴾ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴿ [ النور: 31 ] ﴾
32	: ﴿ وَلَيْسَتَّعْفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾ [ النور: 33 ]
	<b>الفرقان</b>
233	: ﴿ وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا ﴿٧٤﴾ [ الفرقان: 74 ] .
	<b>السجدة</b>
35	: ﴿ الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ، وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ﴿٧﴾ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ مَّاءٍ مَّهِينٍ ﴿٨﴾ [ السجدة: 07-08 ]

الأحزاب	
176	﴿ وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا ﴾ [الأحزاب: 03] .
367	﴿ ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ﴾ [الأحزاب: 05] .
276	﴿ وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلُ لَا يُولُونَ الدِّينَ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا ﴾ [15] لأحزاب:
280	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴾ [36] لأحزاب:
378	﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ وَمَنْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُبِينًا ﴾ [36] لأحزاب:
131	﴿ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي زَوْجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا ﴾ [37] لأحزاب:
16	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [الأحزاب: 49]
186	﴿ وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ ﴾ [الأحزاب: 50]
فصلت	
371	﴿ سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴾ [فصلت: 53-54]
القصص	



-182 193	: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ ﴾ [القصص: 27].
	<b>الروم</b>
-81-25 304	﴿ ٢٠ ﴾ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿ ٢١ ﴾ [الروم: 21].
34	﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ ﴾ ﴿ ٢٠ ﴾ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿ ٢١ ﴾ [الروم: 21]
	<b>لقمان</b>
425	﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَلَهُ، فِي عَامَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ ﴾ ﴿ ١٤ ﴾ [لقمان: 14].
436	﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَلَهُ، فِي عَامَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَى الْمَصِيرِ ﴾ ﴿ ١٤ ﴾ [لقمان: 14]
	<b>الصفات</b>
15	﴿ أَحْشَرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾ ﴿ ٢٢ ﴾ [الصفات: 22]
	<b>الشورى</b>
421	: ﴿ لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِشَاءً وَإِن شَاءَ لِيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ﴿ ٤٩ ﴾ أَوْ يُزْوَاجَهُمْ ذَكَرْنَا وَإِن شَاءَ وَجَعَلَ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴾ ﴿ ٥٠ ﴾ [الشورى: 49-50].
	<b>الأحقاف</b>
436	﴿ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمَلُهُ، وَفِصَلَهُ، ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ، وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ

	صَلِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴿١٥﴾ [الأحقاف: 15].
	<b>محمد</b>
256	﴿ حَتَّىٰ إِذَا اتَّخَذْتُمُوهُمْ فَشُدُّوا الْوَتَاكَ ﴾ [محمد: 04].
134	﴿ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا ﴾ [محمد: 18]
113	﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ اتَّبَعُوا مَا آسَخَطَ اللَّهُ وَكَرَهُوا رِضْوَانَهُ فَأَحْبَطَ أَعْمَلَهُمْ ﴾ [محمد: 28].
	<b>الفتح</b>
135	﴿ وَكَانُوا أَحَقَّ بِهَا وَأَهْلَهَا ﴾ [الفتح: 26]
	<b>الحجرات</b>
399	﴿ يَتَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾ [الحجرات: 13].
	<b>الذاريات</b>
227	﴿ وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ﴾ [الذاريات: 56].
	<b>الطلاق</b>
259	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 02].
367	﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق: 02].

-145 146	﴿ وَالَّتِي يَسِّنُّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحِضْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿٤﴾ [الطلاق: 04]
	<b>التحريم</b>
320	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ ﴿٦﴾ [التحريم: 06].
	<b>الانفطار</b>
373	﴿ الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوِّدَكَ فَعَدَلَك ﴿٧﴾ فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ ﴿٨﴾ [الإنفطار: 7-8].
	<b>الفجر</b>
113	﴿ أَرْجِعِي إِلَىٰ رَبِّكِ رَاضِيَةً مَرْضِيَّةً ﴿٢٨﴾ [الفجر: 28].

## فهرس الأحاديث النبوية

### المرفوعة إلى النبي صلى الله عليه وسلم

الصفحة	طرف الحديث
282-276	أحق ما أوفيتم من الشروط
238	إذا خطب إليكم
82	إن الله قد أعطى
291	إن فاطمة بضعة مني
311	أن يعزل عن الحرة
229	أنا أكبر منك
238	أنا عند ظن عبدي
235	أنظرت إليها
311	أو إنكم لتفعلون
193-188	الأمم أحق بنفسها
183	أيما امرأة نكحت
368	البينة على المدعي
194-146	تزوجها و هي بنت ست
193-188	الطيب أحق بنفسها
368	دخل علي
313-310	ذلك الواد
142	رفع القلم عن ثلاث
306	زملوني زملوني
231	السمع و الطاعة
280-277	الصلح جائز
234	الطاعون رجس
196	فإن البكر تستأمر
322	فإنما الرضاعة
195	فذكرت أن أبها

132	قد ملكتها بما معك
313	كذبت اليهود
148	لا تنكح الأيم
234	لا توردوا الممرض
236	لا ضرر و لا ضرار
319	لا طاعة في المعصية
234	لا عدوى و لا طيرة
183-182	لا نكاح إلا بولي
146	لا يتم بعد احتلام
234	لا يورد ممرض
188	ليس أحد من أوليائك
228	ما أنزل الله داء
240	مابال أقوام يشترطون
379	هل لك من إبل
277	و المسلمون على شروطهم
32	و في بضع أحدكم صدقة
276	و كلكم مسؤول
378	الولد للفراش
81	يحرم من الرضاع

## فهرس الآثار الموقوفة

الصفحة	قائله	الأثر
235	أبو عبيدة	أفرار من قدر الله
311	جابر	ذلك الواد
235	عمر	لو غيرك قالها
239	عمر	نفر من قدر الله



## فهرس الأعمه المترجم الأهم

الصفحة	اسم العلم
231	الأشقر
411	الألباني
114	البزدوي
147	أبو بكر الأصم
308	البوطي
168	ابن جزئ
40	الخصاص
20	ابن حجر
280	ابن حزم
129	الخرشي
56	خليل
21	الدردير
85	الدسوقي
168	ابن رشد-الجد-
376	الزحيلي
88	الزرقا
185	زفر
17	الزخشري
25	أبو زهرة
24	السرخسي
.41	السنهوري
147	ابن شبرمة
140	الشريبي
119	الصاوي
180	الصنعاني

45	الطاهر بن عاشور
274	الطبري
21	ابن عابدين
56	ابن عاصم
21	ابن عرفة
228	عمرو بن العاص
36	الغزالي
257	ابن فرحون
19	القاضي الحنبلي
23	ابن قدامة
56	القيرواني
82	ابن القيم
167	الكاساني
380	ماوردي
368	مجرز المدجلي
144	محمد
314	محمد شلتوت
291	محمد عبده
29	محمد محدة
228	النوي
20	الهمام
144	أبو يوسف
الصفحة	اسم العلم - الأجنب
57	اسحاق كريميه
44	جون كاربونييه

## فهرس المصادر و المراجع

▪ القرآن الكريم - برواية حفص عن نافع -

### أولاً: الكتب

-أ-
(1) إبراهيم أنيس و آخرون، المعجم الوسيط، دار عارف-مصر، ط: الثانية، 1972م.
(2) إبراهيم محمد العلي، محمد نا صر الألباني محدث الع صر و نا صر الأمة، دار القلم-دمشق، ط: الأولى، 2001م.
(3) الآبي الأزهري ( صالح عبد السميع)، الثمر الداني شرح ر سالة ابن أبي زيد القيرواني، مطبوع الحاج عبد الله اليسار، (د.ط)، (د.ت)
(4) ابن الأثير (أبو الحسن علي بن أبي الكرم)، الكامل في التاريخ، تحقيق أبي الفداء عبد الله القا ضي، دار الكتب العلمية-لبنان، (344/3).
(5) إحسان علي محاسنة، البيئة و الصحة العامة، دار الشروق للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الثانية، 1994م.
(6) أحمد أباش، الأسرة بين الجمود و الحداثة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط: الأولى، سنة: 2011م.
(7) أحمد أباش، حماية الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط الأولى، 2012م.
(8) أحمد إبراهيم حسن، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، ديوان المطبوعات الجامعية-الإسكندرية، (د.ط)، 1999م.
(9) أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية و التجارية، منشأة المعارف-الإسكندرية، ط: الخامسة عشر، 1990م.
(10) أحمد الخليل شي، الوقاية من الأمراض الجنسية القابلة للانتقال و جهة نظر، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط: الأولى، 1983م.
(11) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح-الكويت، ط: الثالثة، 1972م.
(12) أحمد بن حنبل، مسند الإمام الحافظ أبي عبد الله أحمد بن حنبل، دار بيت الأفكار الدولية، ط: الرابعة، 1998م.

- 13) أحمد بن شرشالي-عبد الرزاق الأشرف، مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، المطبعة الشرقية-الجزائر (د.ط)، 1909م.
- 14) أحمد جمعة، القضاء على كافة أشكال العنف و التمييز، الوراق للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الأولى، 2014م.
- 15) أحمد دغيش، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، (د.ط)، 2009م.
- 16) أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات دراسة فقهية و نقدية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، (د.ط)، 2010م.
- 17) أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة وفقاً لأحدث آراء الفقه و القضاء الفرنسي و المصري، دار النهضة العربية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م.
- 18) أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، (د.ط)، 2004م.
- 19) أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي، تاريخ الفقه الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية-الإسكندرية، (د.ط)، 2001م.
- 20) أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2000م.
- 21) أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط: الأولى، 2006م.
- 22) إسماعيل أبو عساف، أسيات بيولوجيا الخلية و الهندسة الوراثية و علم الجنين، الأهلية-الأردن، ط: الأولى، 2005م.
- 23) إسماعيل مرحبا، البنوك الطبية البشرية و أحكامها الفقهية، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، ط: الأولى، 1429هـ.
- 24) الأشقر (جمال الدين عبد الرحيم)، طبقات الشافعية، تحقيق: كمال يوسف الحوتدار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، (د.ط)، 2001م.
- 25) الأشقر (أ. سامية عمر سليمان)، مستجدات فقهية في قضايا الزواج و الطلاق، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2000م.
- 26) الأشقر (عمر سليمان و آخرون)، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 1421هـ.
- 27) الأشقر (عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة، دار النفائس-الأردن، ط: الثانية، 1999م.
- 28) الأشقر (عمر سليمان)، تاريخ الفقه الإسلامي، دار النفائس الأردن، ط: الثالثة، 1991م.

- (29) الأشقر (عمر سليمان عبد الله)، الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 26 لعام 2010، دار النفائس للنشر و التوزيع، ط:الخامسة، 2012م.
- (30) الأشقر (عمر سليمان عبد الله)، الواضح في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس-الأردن، ط:الخامسة، 2012م.
- (31) الأشقر (عمر سليمان)، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس-الأردن، ط:الأولى، 1997م.
- (32) الأشقر (محمد سليمان)، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، دار النفائس-الأردن، 2006م.
- (33) الأصفهانى الراغب، مفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد الكيلاني، دار المعرفة - بيروت، (د.ت)
- (34) أطفيش، شرح النيل و شفاء العليل، مكتبة الارشاد-جدة، ط:الثالثة، 1985م.
- (35) أعمار يحيوي، المساواة في الحقوق بين الرجل و المرأة في القانون الدولي و التشريعات الجزائرية، دار الأمل للنشر و التوزيع-الجزائر، (د.ط)، 2010م.
- (36) أكرم ياغي، قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف الإسلامية و المسيحية تشريعا و فقها و قضاء، منشورات زين الحقوقية-لبنان، ط: الثانية مزيدة و صححة، 2008م
- (37) الألباني (محمد ناصر الدين)، تخریج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي بيروت، ط 2، 1985م.
- (38) الألباني (محمد ناصر الدين)، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر و التوزيع-الرياض، ط:الأولى، 1997م.
- (39) الألباني (محمد ناصر الدين)، إرواء الغليل في تخرج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، ط:الأولى، 1979م.
- (40) الألوسي (أبي الفضل شهاب الدين)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم و السبع المثاني، دار إحياء التراث العربي-بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- (41) الأمانة العامة لهيئة كبار العلماء، أبحاث هيئة كبار العلماء، الرئاسة العامة للبحوث العلمية و الإفتاء-السعودية، ط:الخامسة، 2013م.
- (42) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر و التوزيع-السعودية، ط:الأولى، 2003م.
- (43) ابن أمير الحاج الحلبي (محمد بن محمد بن حسن)، التقرير و التحبير، المطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط:الأولى، 1316هـ.



(44) أنور محمود دبور، القرائن ودورها في الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار الثقافة العربية للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، 1985م.

-ب-

(45) الباجي القرطبي الأندلسي (أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث)، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - مصر، ط: الأولى، 1332 هـ.

(46) الباجي (أبي الوليد سليمان بن خلف) إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق: عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة، - بيروت، ط: الأولى، 1989م.

(47) الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1999م.

(48) باديس ذيابي، حجية الطرق الشرعية والعلمية في دعوى الذم سب علي ضوء قانون الأمانة الجزائرية دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى - عين مليلة، ط: الأولى، 2010م.

(49) البخاري (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل)، الجامع الصحيح، تحقيق: محمد محمد تامر، دار البيان العربي، ط: الأولى، 1426هـ - 2005م.

(50) البخاري (علاء الدين عبد العزيز بن أحمد)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزدوي، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1997م.

(51) بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، (د.ط)، (د.ت).

(52) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام بحث تحليلي ودراسة مقارنة، مطبعة دار التأليف - مصر، ط: الثانية، 1961م.

(53) بدران أبو العينين بدران، أصول الفقه الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، (د.ط)، 1984م.

(54) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية - القاهرة، 2006م.

(55) بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية - مصر، (د.ط)، (د.ت).

(56) بشير المكي عبد اللاوي، سلطة ولي الأمر في تقييد المباح، دار مكتبة المعارف - لبنان، 1432هـ.

(57) بديعة علي أحمد، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب أو نفيه، دار الفكر الجامعي - الإسكندرية، ط: الأولى، 2011م.

(58) البيزدوي (علي بن محمد الحنفي)، كنز الوصول إلى معرفة الأصول "أصول البيزدوي"، مير محمد كتب خاتنة، (د.ط)، (د.ت).

- (59) البغوي (أبي محمد الحسين بن مسعود)، تفسير البغوي معالم التنزيل، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع-بيروت، ط: الأولى، 2003م.
- (60) بلحاج العربي، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة و القوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع-الأردن، ط: الأولى، 2012م.
- (61) بلحاج العربي، أحكام الزوجية و آثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هوامة-الجزائر، (د.ط)، 2013م.
- (62) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 1994م.
- (63) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: السادسة، 2010م.
- (64) بلحاج العربي، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجزائري ا لجد يد، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2014م.
- (65) بهاء الدين العلايلي ، النظرية العامة للعقود في الفقه الإسلامي و القانون، دار الشواف-مصر، 2011م.
- (66) البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، كشف القناع عن متن الاقناع، عالم الكتب-بيروت، (د.ط)، 1983م.
- (67) البهوتي (منصور بن صلاح الدين)، الروض المربع شرح زاد المستنقع، تحقيق: عبد الله بن محمد و آخرون ، دار الوطن للنشر-الرياض ط: الثانية، 2006م.
- (68) البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس)، شرح منتهى الإرادات دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، ط: الأولى، 2000م.
- (69) البوطي (محمد سعيد رمضان)، مسألة تحديد النسل و وقاية و علاجا، مكتبة الفارابي، (د.ط)، (د.ت).
- (70) البيضاوي (نا صر الدين أبو سعيد الشيرازي)، أنوار التنزيل و أسرار التأويل، مطبعة مصطفى محمد-مصر، (د.ط)، (د.ت).
- (71) البيضاوي (نا صر الدين أبي الخير عبد الله بن عمر)، أنوار التنزيل و أسرار التأويل - تفسير البيضاوي، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ط: جديدة، (د.ت).
- (72) البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخراساني)، السنن الكبرى ، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث و الدراسات العربية و الإسلامية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م.

73	الترمذي، سنن الترمذي، دار الفكر-بيروت، (د.ط)، 2005م.
74	التفتازاني (سعد الدين ابن مسعود)، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، (د.ط)، (د.ت).
75	ابن تيمية (تقي الدين)، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي-جدة، ط: الأولى، 1422هـ.
76	ابن تيمية (تقي الدين)، مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف-المملكة العربية السعودية، (د.ط)، 2004م.
77	ابن تيمية (تقي الدين)، الفتاوى الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا - مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-لبنان، ط: الأولى، 1987م.
-ج-	
78	جاردنز بيتر سنستاد وغيره، مبادئ علم الوراثة، الدار العربية-القاهرة، ط: الثالثة، 1993م.
79	جاسم محمد المطوع، زوجات النبي ﷺ في واقعنا المعاصر تأملات في مواقف زوجية مشرقة، دار إقرأ للنشر والتوزيع-القاهرة، ط: الثالثة، 2007م.
80	الجرجاني (علي بن محمد السيد الشريف)، التعريفات، تحقيق: د. عبد المنعم الحنفي، دار الرشد، القاهرة-مصر، (د.ط)، (د.ت).
81	ابن جزئي (أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبى الغرناطى المالكي)، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية و التنبيه على مذهب الشافعية و الحنفية و الحنبيلة، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم-بيروت، ط: الأولى، 2013م.
82	الجصاص (أحمد بن علي الرازي أبو بكر)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد صادق قمحاوي، دار إحياء الكتب العربية - مؤسسة التاريخ العربي-بيروت، (د.ط)، 1992م.
83	الجعللي المالكي (عثمان بن حسين بري)، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار صادر-بيروت، ط: الأولى، 1994م.
84	جلال الدين (محمد بن أحمد المحلي-عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي)، تفسير الإمامين الجلالين، دار الحديث-القاهرة، ط: الثالثة، 2001م.
85	جمال محمد باجلان، المرأة في الفكر الإسلامي، دار المعرفة-بيروت، ط: الثانية، 2017م.
86	جمال مهدي محمود الأكاشة، موقف الشريعة الإسلامية من التعديل الجديد الوارد بالقانون رقم 126 لسنة 2008م و الخاص بإلزام الزوجين بالفحص الطبي قبل الزواج دراسة مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية-الإسكندرية، ط: الأولى، 2012م.

87) الجوهرى (إسماعيل بن حماد) ، ال صحاح تاج اللغة و صحاح العربية ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط: الثانية، 1979م.

88) جيلالي تشوار، مطبوعة محاضرات في قانون الأسرة جزء الأحوال الشخصية، جامعة تلمسان - كلية الحقوق.

89) جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، ط: الأولى، 2001م.

90) الجيلالي (عبد الرحمن بن محمد)، تاريخ الجزائر العام، منشورات دار مكتبة الحياة - بيروت، ط: الثانية، 1965م.

-ح-

91) حاتم صبحي الأرنؤوطي، موسوعة المأذونين الشرعيين والموثقين المنتدبين دار الكتب القانونية، ط: الأولى، 2010م.

92) حافظ محمد أنور، ولاية المرأة في الفقه الإسلامي، دار بلنسية-الرياض، ط: الأولى، 1420هـ.

93) حبيب ابراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثالثة، 1992م.

94) ابن حجر العسقلاني (أبو الفاضل أحمد بن علي)، التخليص الحبير في شرح أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط: الأولى، 1989م.

95) ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1995م.

96) ابن حجر العسقلاني (أحمد بن علي)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار إحياء الكتاب العربي - بيروت، ط: الثانية، 1406هـ.

97) ابن حجر العسقلاني (شهاب الدين أحمد)، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ضبط: الشيخ عبد الوارث محمد علي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 1418هـ - 1997م.

98) ابن حجر العسقلاني، الثمين في تلخيص تخريج أحاديث شرح الوجيز - التلخيص الحبير، تحقيق: محمد الثاني عمر بن موسى، دار أصواء السلف - الرياض، ط: الأولى، 2007م.

99) ابن حجر الهيثمي (السعدي الأنصاري، شهاب الدين، أبو العباس)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى - مصر، (د.ط.)، (د.ت.).

100) ابن حجر، لسان الميزان، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت، ط: الثانية، 1971م.

101) ابن حزم الأندلسي (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)، المحرر - على الآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الثانية، 2003م.

(102) ابن حزم (أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد)، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، منشورات الآفاق الجديدة-بيروت، ط: الثانية، 1983م.

(103) حسان جعفر-غسان جعفر، الأمراض المعدية، دار المناهل-بيروت، ط: الأولى، 1998م.

(104) حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان، (د.ط)، 1997م.

(105) حسن حامد حسن، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبى- القاهرة، ط: الثانية، 1979م.

(106) الحسن رحو، النظام القانوني للزواج محاولة في التأصيل، سلسلة مؤلفات و أعمال جامعية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، ط: الأولى، 2007م.

(107) حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، ط: الأولى، 2007م.

(108) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، (د ط)، 2000م.

(109) حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، البصمة الوراثية و مدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط: الثانية، 2011م.

(110) حسني هيكل، النظام القانوني للإلجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2007م.

(111) حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 2010م.

(112) الحصفكي (محمد بن علي بن محمد)، الدر المختار، تحقيق: عبد المنعم خليل، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2002م.

(113) الخطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب-بيروت، ط: خاصة، 2003م.

(114) حمدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، دار الفكر-دمشق، ط: الثانية، 1988م.

### -خ-

(115) الخادمي (نورالدين مختار)، أبحاث في مقاصد الشريعة دراسة مقاصدية لبعض قصايا الاجتهاد و التجديد و المعاصرة و الفكر و الحضارة و الثقة و المنطق و الأصوص و الفروع، دار المعارف-بيروت، ط: الأولى، 2008م.

(116) الخرشبي (محمد أبو عبد الله)، الخرشبي على مختصر سيدي خليل، المطبعة الكبرى الأميرية، ط: الثانية، 1317هـ.



117	ابن خلدون، المقدمة، دار القلم، ط: السادسة، 1986م.
118	ابن خلكان (أحمد بن محمد بن أبي بكر)، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، المحقق: إحسان عباس، دار صادر - بيروت، (د.ط)، 1972م.
119	خليفة حاجي، كشف الظنون عن أسامي الكتب و الفنون، دار الفكر للطباعة و النشر - لبنان، 1994م.
120	خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية دراسة فقهية مقارنة، دار النفائس للنشر و التوزيع - الأردن، ط: الأولى، 2006م.
- د -	
121	أبو داود ( سليمان بن أشعث السجستاني)، سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز خالدي، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1996م.
122	الدردير (أبو البركات سيدي أحمد)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف - القاهرة، تحقيق: مصطفى كمال وصفي، (د.ط)، (د.ت)
123	الدردير (أبو البركات سيدي أحمد)، الشرح الكبير، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت) .
124	الدريني فتحي، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤتمرات رسالة ناشرون - لبنان، ط: الثانية، 2008م.
125	الدريني فتحي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة و الحكم، مؤتمرات رسالة، ط: الثانية، 2013م
126	الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، (د.ط)، (د.ت)
127	الدمشقي (عرفان بن سليم العشا حسونة)، التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب و غرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين، المكتبة العصرية - بيروت، ط: الأولى، 1426هـ.
128	الدهلوي (ولي الله ابن عبد الرحيم)، حجة الله البالغة، تحقيق: السيد سابق، دار الجيل - بيروت، ط: الأولى، 2005م.
- ذ -	
129	الذهبي (شمس الدين محمد بن عثمان)، تاريخ الإسلام و وفيات المشاهير و الأعلام، تحقيق د. عمر عبد السلام التدمري، دار الكتاب العربي - بيروت، 1990م.
130	الذهبي (محمد بن أحمد)، ميزان الاعتدال في نقد الرجال، تحقيق: علي محمد معوض و آخرون، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1995م.

131) الذهبي (محمد بن أحمد بن عثمان)، سير أعلام النبلاء، مؤسسة الرسالة، (د.ط)، 2001م.

-ر-

132) الرازي (أبو بكر)، مختار الصحاح، دار عمار- الأردن، ط: التاسعة، 2005م.

133) الرافعي (أبو القاسم عبد الكريم بن نحمد القزويني الشافعي)، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1997م

134) رائد عبد الله نمر، مسميات الزواج المعاصرة بين الفقه الواقع و التطبيق القضائي، دار ابن الجوزي- القاهرة، ط: الأولى، 2006م

135) ابن رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت-لبنان، (د.ط)، (د.ت).

136) الرحباني مصطفى ال سيوطي، مطالب أولي النهى في شرح عاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي-دمشق، (د.ط)، (د.ت).

137) ابن رشد (محمد بن أحمد)، المقدمات و المهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية و التحصيلات المحكمات لمهات مسائلها المشكلات، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط: الأولى، 1988م.

138) ابن رشد-الحفيد- (الوليد محمد بن أحمد بن محمد)، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت-لبنان، (د.ط)، 1425هـ-2005م.

139) ابن رشد (أبو الوليد القرطبي)، البيان و التحصيل و الشرح و التوجيه و التعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق: أحمد الشرقاوي، دار الغرب الإسلامي-لبنان، ط: الأولى، 1988م.

140) الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، ط: الأولى، 2008م.

141) الرصاع (أبو عبد الله محمد الأنصاري)، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجنان-الطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط: الأولى، 1993م.

142) رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الفرنسية، دار الثقافة-عمان، ط: الأولى، 2003م.

143) رعد مقداد محمود الحمداني، تنازع القوانين في النظام المالي للزوجين دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2009م.

144) رمضان علي الشرنباضي، النظريات العامة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، (د.ط)، 2003م.

145) الرملي (شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الثالثة، 2003م.

146) ريتشارد ووكر، الجينات و ال — — — ADN الحمض النووي الريبي المنقوص، الدار العربية للعلوم-بيروت، ط: الأولى، 2006م.

147) الريسوني أحمد، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، سلسلة الرسائل الجامعية، الدار العالية للكتاب الإسلامي و المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط: الرابعة، 1995م.

-ز-

148) الزبيدي (محمد مرتضى الحيني)، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: عبد الستار أحمد فراج، مطبعة حكومة الكويت، (د.ط)، 1965م.

149) زبير مصطفى، ح سين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج دراسة مقارنة في تكوين العقد بين قانون الأحوال الشخصية و القانون المدني، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2012م.

150) الزحيلي (محمد وهبة)، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر-الجزائر، ط: الأولى، 1992م.

151) الزحيلي محمد، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان-بيروت، ط: الأولى، 1982م.

152) الزحيلي وهبة، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، ط: الرابعة، 1985م.

153) الزحيلي وهبة، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر-دمشق، ط: الأولى، 1986م.

154) الزحيلي وهبة، قضايا الفقه و الفكر المعاصر، دار الفكر، دمشق، ط: الأولى، 2006م.

155) الزحيلي (محمد مصطفى)، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر - دمشق، ط: الأولى، 2006م.

156) الزحيلي (وهبة بن مصطفى)، التفسير المنير في العقيدة و الشريعة و المنهج، دار الفكر المعاصر-دمشق، ط: الثانية، 1418 هـ.

157) الزرقا (مصطفى أحمد)، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق-سوريا، ط: الثانية، 1425 هـ - 2004م.

158) الزرقا (مصطفى أحمد)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم-دمشق، ط: الثانية، 1996م.

159) الزرقا مصطفى، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل إلى نظرية الإلتزام، دمشق، 1967م.

160) الزرقاني (محمد بن عبد الباقي بن يوسف)، شرح الزرقاني للموطأ، المطبعة الخيرية، (د.ط)، (د.ت).

- (161) الزرك شي بدر الدين، المنشور في القواعد، تحقيق: تير سيرا فائق محمود، مطبوعات وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية-الكويت، ط: الأولى، 1982م.
- (162) الزرك شي (شمس الدين محمد بن عبد الله)، شرح الزرك شي على مختصر الخرق في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد الله بن عبد الرحمن الجبرين، مكتبة العبيدكان-الرياض، ط: الأولى، 1993م.
- (163) الزركلي (خير الدين)، الأعلام، دار العلم للملايين-بيروت، ط: الخامسة عشر، 2002م.
- (164) زكريا البرديسي، الأحوال الشخصية، مكتبة سيد عبد الله وهبة - مصر، (د.ط.)، (د.ت.)
- (165) الزمخشري (أبي القاسم جار الله محمود)، تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل و عيون الأقاويل في وجوه التأويل، تحقيق: خليل مأمون شيخا، دار المعرفة-بيروت، ط: الثالثة، 2009م.
- (166) أبو زهرة محمد، الملكية و نظرية العقد، دار الفكر العربي، (د.ط.)، (ط.ت.)، ص 200.
- (167) أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي-القاهرة، ط: الثالثة، 1957م.
- (168) أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي-القاهرة، (د.ط.)، (د.ت.)
- (169) أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، (د.ط.)، (د.ت.)
- (170) زهير أحمد السباعي - محمد علي البار، الطبيب أدبه و فقهه، دار القلم-دمشق، ط: الأولى، 1993م.
- (171) زوييدة إيقروفة، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع - عين مليلة، (د.ط.)، 2010م.
- (172) زياد أحمد سلامة، أطفال الأنايب بين العلم و الشريعة، لدار العربية للعلوم-بيروت، ط: الأولى، 1996م.
- (173) الزيلعي (عثمان بن علي)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية-بولاق، ط: الأولى، 1313هـ.
- س-
- (174) ساسي بن حليلة، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي - تونس، (د.ط.)، 2012م.
- (175) السرخسي (شمس الدين)، المبسوط، دار المعرفة-بيروت، ط: الأولى، 1989م.
- (176) السرخسي (أبي بكر محمد أحمد بن أبي سهل)، أصول السرخسي، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف-حيدر آباد، (د.ط.)، (د.ت.)
- (177) السرطاوي (محمود علي)، شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، دار الفكر ناشرون و موزعون-عمان، ط: الرابعة، 2013م.

- (178) ال سرطاوي (محمود علي)، فقه الأحوال الشخصية الزواج و الطلاق، دار الفكر نا شرون و موزعون-عمان الأردن، ط: الثانية، 2013م.
- (179) سرور طالبي المل، حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية لعام 2000، سلسلة المنشورات العلمية لمركز جيل البحث العلمي، (د.ط)، 2014م
- (180) سعاد سطحي. سلمان نصر، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر-عين مليلة، (د.ط)، 2002م.
- (181) سعد إسماعيل البرزنجي، المشاكل القانونية الناجمة عن تكنولوجيا الإنجاب الجديدة دراسة مقارنة في ضوء القانون المقارن و الأخلاق و الشريعة، دار الكتب القانونية-مصر، (د.ط)، 2009م.
- (182) سعد الدين مسعد هلال، البصمة الوراثية و علائقها الشرعية آفاق فقهية و قانونية جديدة، دراسة فقهية مقارنة، مكتبة وهبة-القاهرة، ط: الثانية، 2010م.
- (183) سعد سليمان الحامدي، التوثيق و أحكامه في الفقه الإسلامي، دار السلام للطباعة و النشر-مصر، ط: الأولى، 2010م.
- (184) السعدي (عبد الرحمن بن ناصر)، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، تحقيق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، دار السلام للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الثانية، 2002م.
- (185) السلامي (محمد المختار)، القسم في اللغة و في القرآن، دار الغرب الإسلامي-بيروت، ط: الأولى، 1999م.
- (186) سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي، (د.ط)، 1987م.
- (187) سليمان و لد خصال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة-الجزائر، ط: الأولى، 2010م.
- (188) السمرقندي (أبو نصر أحمد بن محمد)، كتاب الشروط و علوم الصكوك، تحقيق: محمد جاسم الحديشي، دار الشؤون الثقافية العامة-بغداد، ط: الأولى، 1987م.
- (189) سمير عبد السيد تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين الزواج نظام ديني، منشأة المعارف-الإسكندرية، 1998م.
- (190) السنهوري (أحمد عبد الرزاق)، م صادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، (د.ط)، 1998م.
- (191) السنهوري (أحمد عبد الرزاق)، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، (د.ط)، 1998م.
- (192) ال سنهوري (عبد الرزاق أحمد)، الو سيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط: الثالثة، 2009م.



193	سيد سابق، فقه السنة، دار الجليل، بيروت. لبنان، ط: الثانية، (د.ت).
194	سيد عبد الله علي حسين ، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية و التشريع الإسلامي مقارنة بين فقه القانون الفرز سي و مذهب الإمام مالك بن أنس ر ضي الله عنه، تحقيق محمد أحمد سراج وآخرين ، دار السلام - القاهرة ، ط: الأولى، 2001م.
195	سيد قطب، في ظلال القرآن، دار الشروق-القاهرة، ط: الثانية و الثلاثون، 2003م.
196	ابن سيده (علي بن إسماعيل)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: محمد علي النجار، جامعة الدول العربية، ط: الأولى، 1973م.
197	ابن سينا، القانون في الطب، دار الفكر، (د.ط)، (د.ت).
198	السيوطي (جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبو بكر)، طبقات المفسرين، تحقيق: علي محمد عمر، دار النوادر - الكويت، (د.ط)، 2010م.
199	السيوطي (أبو بكر عبد الرحمن)، طبقات الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط: الأولى، 1983م.
200	السيوطي (جلال الدين عبد الرحمن)، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1983م.
<b>-ش-</b>	
201	ابن شاس (جلال الدين عبد الله بن نجم)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحر، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 2003م.
202	الشاطبي (إبراهيم بن موسى بن محمد)، الإعتصام، دار الرحمة، ط: الأولى، 1988م.
203	الشاطبي (أبي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي)، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز - محمد عبد الله دراز، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 2004م.
204	الشافعي (محمد بن أدريس)، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة و النشر - المنصورة، ط: الأولى، 2001م.
205	الشحات إبراهيم منصور، المرأة بين حقوقها السياسية و اتفاقية عدم التمييز في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية، (د.ط)، 2013م.
206	الشريبي الخطيب (شمس الدين محمد بن محمد)، الإقناع في حل ألقاظ أبي شجاع، مكتبة دار الخير - دمشق، ط: الأولى، 1423هـ.
207	الشريبي الخطيب (شمس الدين محمد بن محمد)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية - بيروت، (د.ط)، 2000م.

(208) الشرنباصي (رمضان علي السيد)، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، (د.ط)، (د.ت).

(209) شلبي محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، (د.ط)، 1405هـ-1985م.

(210) شمس الدين بوروي، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، دار الأمة، ط: الأولى، 2003م

(211) شوقي زآريا الصالح، الجرائم المتصورة بالنسبة لعملية التلقيح الاصطناعي، العلم والإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006م.

(212) الشوكاني (محمد بن علي بن محمد)، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، المحقق: يوسف الغوش، دار المعرفة-بيروت، ط: الرابعة، 2007م.

(213) الشوكاني (محمد بن علي)، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار، مكتبة و مطبعة مصطفى الحلبي، ط: الأخيرة، 1971م.

(214) الشويرخ (سعد بن عبد العزيز)، أحكام التلقيح غير الطبيعي - أطفال الأنابيب، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع-السعودية، ط: الأولى، 2009م.

(215) الشويرخ (سعد بن عبد العزيز)، أحكام الهندسة الوراثية، كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 2007م.

(216) شويش المحاميد، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر، جمعية عمال المطابع، ط: الأولى، 1422هـ

(217) ابن أبي شيبة (أبي بكر عبد الله بن محمد)، المصنف لأبن أبي شيبة، تحقيق: محمد عوامة، مؤسسة علوم القرآن-بيروت، ط: الأولى، 2006م.

(218) الشيرازي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزآبادي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم-دمشق، ط: الأولى، 1992م.

-ص-

(219) الصابوني (محمد علي)، صفوة التفاسير، دار القرآن الكريم-بيروت، ط: الرابعة، 1981م.

(220) صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة - عمان، ط: الأولى، 1998

(221) صالح جمعة حسن الجبوري، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة الرسالة-بغداد، ط: الأولى، 1976م.

(222) صالح فركوس، المختصر في تاريخ الجزائر، دار العلوم عنابة، (د.ط)، (د.ت).

(223) صدر الشريعة (عبيد الله بن محمد سعود الحنفي)، التوضيح شرح متن التنقيح، قديمي كتب خانة، (د.ط)، (ط.ت).

224) صفاء محمود العياصرة، المستجدات العلمية وأثرها على الفتوى في الأحوال الشخصية، دار عماد الدين-عمان، ط: الأولى، 1430هـ.

225) صفوان محمد عضيبيات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية قانونية تطبيقية، دار الثقافة-الأردن، ط: الأولى، 2009م.

226) صلاح الدين جمال الدين، مشكلات إبرام الزواج في القانون الدولي الخاص، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، (د.ط)، 2010

227) صلاح الصغير، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجديدة-الإسكندرية، (د.ط)، 2007م.

228) الصنعاني (محمد بن إسماعيل)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع-الرياض، ط: الأولى، 2006م.

-ط-

229) الطبري (أبي جعفر محمد بن جرير)، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والإعلان-القاهرة، ط: الأولى، 2001م.

230) الطحاوي (أبو جعفر أحمد)، شرح معاني الآثار، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1979م.

231) طنبطاوي (محمد سعيد)، التفسير الوسيط للقرآن الكريم تفسير سورة النساء، الرسالة، ط: الثالثة، 1987م.

232) طوسي (محمد بن الحسن علي)، المبسوط في فقه الإمامية، تحقيق: محمد باقر البهبودي، دار الكتاب الإسلامي-بيروت، (د.ط)، 1992م.

233) الطيب برغوت، بناء الأسرة المسلمة طريق النهضة الحضارية، دار قانة للنشر والتجليد، باتنة، ط: الرابعة، 2008م.

234) الطيب بو حالة، الفحوصات الطبية قبل الزواج دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون-المنصورة، (د.ط)، 2010م.

235) الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين في ضوء القانون تنازع القوانين في ضوء القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 دراسة مقارنة بالقوانين العربية والقانون الفرنسي، مطبعة الفسييلة-الجزائر، 2010م.

236) الطيب زروقي، الكامل في العرائض القضائية طبقاً للقانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008م، مطبعة الفسييلة الدويرة، ط: الأولى، 2010م.

-ع-

- (237) ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض، دار عالم الكتب-الرياض، ط: خاصة، 2003.
- (238) عادل ال صاوي-محمد ال صاوي، الأحكام المتعلقة بالهرمونات في ضوء الاجتهادات الفقهية و المعطيات الطبية، دار الفكر الجامعي-مصر، ط: الأولى، 2010م.
- (239) ابن عاشور (محمد الطاهر)، تفسير التحرير و التنوير، الدار التونسية للنشر، (د.ط)، (د.ت).
- (240) ابن عاشور (محمد الطاهر)، مقاصد ال شريعة الإ سلامية، دار ال سلام للطباعة و النشر-مصر، ط: الثانية، 2007م.
- (241) ابن عاصم (أبو بكر محمد الأندلسي الغرناطي)، منظومة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية-القاهرة، ط: الأولى، 2011م.
- (242) عالية أحمد ضيف الله، العنف ضد المرأة بين الفقه و المواثيق الدولية دراسة مقارنة، دار المأمون للنشر و التوزيع، ط: الأولى، 2010م.
- (243) عائدة وصفي عبد الهادي، مقدمة في علم الوراثة، دار الشرق-رام الله، ط: الأولى، 1998م.
- (244) ابن عبد البر (أبو عمر يوسف النمري)، الاستيعاب في معرفة الأصحاب، تحقيق: علي البيجاوي، دار الجليل، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1997م.
- (245) ابن عبد البر (أبي عمر يوسف بن عبد الله)، الإ ستدكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار و علماء الأقطار، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، دار قتيبة للطباعة و النشر-بيروت، ط: الأولى، 1994م.
- (246) ابن عبد البر (أبي عمر يوسف بن عبد الله)، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، تحقيق: محمد أحمد أحميد، مكتبة الرياض الحديثة، ط: الأولى، 1978م.
- (247) عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية و إجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر-الجزائر، ط: الثانية، 2005م.
- (248) عبد الحكيم الذنون، التشريعات البابلية، دار علاء الدين - دمشق، ط: الأولى، 1992م.
- (249) عبد الحليم عويس و آخرون، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء-مصر، ط: الأولى، 2005م.
- (250) عبد الحليم عويس، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار الوفاء-المنصورة، ط: الأولى، 2005م.
- (251) عبد الحميد القضاة، الأمراض الجنسية عقوبة إلهية، مديرية المكتبات الوطنية، ط: الأولى، 1985م.
- (252) عبد الحميد بن صالح الكراني، القوامة و أثرها في استقرار الأسرة، دار القاسم للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 2010م.

- (253) عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية وأحكامها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط: الأولى، 2013م.
- (254) عبد الرحمن الجيلالي، تاريخ المدن الثلاث الجزائرية المدية مليانة، دار الأمة الجزائر، ط: الأولى، 2007م.
- (255) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة دمشق، ط: السابعة، 1996م.
- (256) عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، ط: الثانية، 2009م.
- (257) عبد الرحمن بن سعد، حكم التقنين الشرعية الإسلامية، دار الصميعي، ط: الأولى، 2007م.
- (258) عبد الرحيم إسماعيل زيتون - صلاح الدين جمال، الجديد في قضاء التنفيذ وقضاء الأمور المستعجلة والإعلانات القضائية، دار الكتب القانونية، -مصر، 2007م.
- (259) عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة، موفم للنشر، ط: الثالثة، 2012م.
- (260) عبد العزيز اللبدي، القاموس الطبي العربي، دار البشير -الأردن، 1425هـ.
- (261) عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة-الجزائر، ط: الأولى، 2007م.
- (262) عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد، دار هومة، (د.ط)، 2011م.
- (263) عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2013م.
- (264) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، ط: الثالثة، 1996م.
- (265) عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومة، ط: الثانية، 1995م.
- (266) عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء الزواج، دار الفكر العربي، ط: الأولى، 1984م.
- (267) عبد الفتاح أحمد أبو كييلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط: الأولى، 2008م.
- (268) عبد الفتاح تقي، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، (د.ط)، 2012م.



- (269) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، دار الخلدونية، ط: الأولى، 2007م
- (270) عبد القادر بن داود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال، (د.ط)، 2005م
- (271) عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر و التوزيع -الجزائر، ط: الأولى، 2007م.
- (272) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، (د.ط)، 2010م
- (273) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1992م
- (274) عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت -لبنان، ط: السابعة، 1419هـ -1998م.
- (275) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب الاسكندرية، (د.ط)، (د.ت).
- (276) عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، -الرباط، (د.ط)، 2011م.
- (277) عبد الله أبو عوض، أثر الاجتهاد الفقهي و القضائي في تعديل مدونة الأسرة المغربية دراسة تأصيلية في المادة 400، منشورات دار الأمان، -الرباط، (د.ط)، 2011م.
- (278) عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل و المرأة في الأحوال الشخصية دراسة فقهية، دار النفائس -الأردن، ط: الأولى، 2011م.
- (279) عبد المنعم فرج الصده، مبادئ القانون، دار النهضة العربية بيروت، (د.ط)، 1982م.
- (280) عبد الهادي بو طالب، حقوق الأسرة و تحرير المرأة، مطبعة النجاح الجديدة -الرباط، ط: الأولى، 2005م.
- (281) عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، ط: الثامنة، (د.ت).
- (282) عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لانص فيه، دار القلم -الكويت، ط: السادسة، 1993م.
- (283) عبد الله بن محمد الطيار، لقاءات الباب المفتوح مع فضيلة الشيخ محمد بن صالح بن عثيمين، دار البصرة -الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت).
- (284) عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني م صادر الحقوق الشخصية الالتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة -الأردن، ط: الأولى، 2009م.

- 285) ابن العربي المالكي (محمد بن عد الله)، عارضة الأحوذى بشرح جامع الترمذى، دار الفكر- بيروت، (د.ط)، 1995م.
- 286) ابن العربي (أبي بكر محمد بن عبد الله)، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية-لبنان، طبعة جديدة، 2003م.
- 287) العربي بختي، نظام الأسرة في الإسلام و الشرائع والنظم القانونية القديمة، مؤسسة كنوز الحكمة- الجزائر، ط: الأولى، 2013م.
- 288) عرفان العشا حسونة الدمشقي ، 250 سؤالاً وجواباً في المسائل الشرعية والطبية ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان، ط: الأولى، 2005م.
- 289) عطية جمال الدين، نحو تفعيل مقاصد الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق- سوريا، (د.ط)، 2001م.
- 290) عطية صقر، الأسرة تحت رعاية الإسلام، الدار المصري للكتاب، مصر، ط: الأولى، 1410هـ- 1990م.
- 291) العظيم آباي (شمس الحق)، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية- بيروت، ط: الثانية، 1415هـ.
- 292) علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مكتبة الوحدة العربية، المغرب، (د.ط)، 1963م.
- 293) علي أبو عطية هيكل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية، (د.ط)، 2007.
- 294) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، مصر، (د.ط)، 2008م.
- 295) علي محمد يوسف الحمدي، الأمراض الوراثية من منظور إسلامي، (د.ط)، (د.ت).
- 296) علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب - دراسة في القانون العام المقارن معززة بالنصوص الدستورية والتشريعية واتجاهات القضاء الأوروبي والأمريكي، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط: الأولى، 2012م.
- 297) عليش (محمد بن أحمد)، حاشية عليش، دار الكتب- بيروت، ط: الأولى، 1996م.
- 298) ابن عماد الدين ( شهاب الدين أبي الفلاح عبد الحي الحنبلي )، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير - بيروت، ط: الأولى، 1992م.
- 299) عمار عبد الواحد الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد و التجديد في القانونين التونسي و المقارن، مركز النشر الجامعي - تونس، (د.ط)، 2007م.
- 300) عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي - المدخل إلى علم الأجنة الوضعي، دار الأندلس الخضراء-جدة، 2001م.

(301) عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية و مدى مشروعيتها واستخدامها في النسب و الجنائية، دار الفضيلة للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 2002م.

(302) عمر صلاح الحافظ العزاوي، الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية-بيروت، ط: الأولى، 2010م.

(303) عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية للأحوال الشخصية، دار المعارف، ط: السادسة، 1968م.

(304) عمر فروخ، الأسرة في التشريع الإسلامي، المكتبة العصرية، ط: الأولى، 1951م.

(305) عمر زودة، محاضرات قانون الإجراءات المدنية بالمعهد الوطني للقضاء، مطبوعة مقدمة لطلبة المعهد الوطني للقضاء. 2003م.

(306) عمران عبد الرحيم، تنظيم الأسرة في التراث الإسلامي، صندوق الأمم المتحدة للسكان، 1994م.

(307) عمرو عبد المنعم سليم، مسائل مهمة لنساء الأمة، دار الإمام مالك للكتاب، ط: الأولى، 2003م.

(308) عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط: الأولى، 2002م.

(309) عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار-عنا، (د.ط)، 2006م.

(310) عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار-عنا، (د.ط)، 2006م.

(311) العز بن عبد السلام (أبو محمد عز الدين عبد العزيز)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مطبعة الكليات الأزهرية-القاهرة، ط: جديدة و منقحة، 1991م

### -غ-

(312) الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، إحياء علوم الدين، دار المعرفة-بيروت، (د.ط)، (د.ت).

(313) الغزالي (أبو حامد محمد بن محمد)، المستصفى في علم الأصول، المطبعة الكبرى الأميرية-مصر، ط: الأولى، 505هـ.

(314) غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة بين الشرع و القانون، دار طيطلة-المحمدية، ط: الأولى، 2011م.

(315) الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري، لديوان الوطني للأشغال التربوية-الجزائر، ط: الثانية، 2000م.

(316) الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الأولى، 2005م.

### -ف-

(317) فتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج أسانيداً و مقاصداً، دراسة مقارنة، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 2011م.

- (318) فاحوري سبيرو، العقم عند الرجال والنساء أسبابه وعلاجه، دار العلم للملايين- لبنان، ط: السادس، 1996م.
- (319) فارس (أبو الحسن أحمد)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، (د.ط)، 1979م.
- (320) فاطمة الزهراء بن محمود، التعليق على مجلة الاحوال الشخصية قراءة في فقه القضاء، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص- تونس، ط: الأولى، 2015م.
- (321) فتحي الدريبي، خصائص التشريع الإسلامي في السياسة والحكم، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الثانية، 2013م.
- (322) فتحي دردار، السيدا بين الواقع وآفاق العلاج، (دون ذكر دار و بلد النشر)، (د.ط)، 2000م.
- (323) فخر الرازي (محمد فخر الدين ابن العلامة ضياء الدين عمر)، تفسير الفخر الرازي- مفاتيح الغيب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط: الأولى، 1981م.
- (324) الفراهيدي (أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد)، العيين، تحقيق مهدي المخزومي إبراهيم السامرائي، دار الهلال، (د.ط)، (د.ت).
- (325) الفراهيدي (الخليل بن أحمد)، العين، دار مكتبة الهلال، (د.ط)، (د.ت).
- (326) فرج الصده عبد المنعم، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، (د.ط)، 1978م.
- (327) فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة- مصر، ط: الأولى، 1406هـ- 1987م.
- (328) فرحون (برهان الدين المالكي)، الديباج المذهب في معرفة علماء أعيان المذهب، تحقيق: مأمون بن يحيى، دار التراث للطبع والنشر- القاهرة، (د.ط)، (د.ت).
- (329) فريدة زوزو، النسل دراسة مقاصدية في وسائل حفظه في ضوء تحديات العصر، مكتبة الرشد ناشرون- السعودية، ط: الأولى، 2006م.
- (330) فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر، (د.ط)، 1986م.
- (331) فؤاد عبد المنعم أحمد، البصمة الوراثية و دورها في الإثبات الجنائي بين الشريعة والقانون، المكتبة المصرية- الإسكندرية، (د.ط)، (د.ت).
- (332) فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، (د.ط)، 2008م.
- (333) الفيروز آبادي (الشيخي محمد الدين محمد بن يعقوب)، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الثامنة، 2005م.

334) الفيومي (أحمد بن محمد بن علي المقرئ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، مكتبة لبنان - بيروت، (د.ط)، 1987م.

335) الفيومي (محمد بن محمد بن علي)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، دار المعارف، ط: الثانية، (د.ت).

-ق-

336) أبو القاسم سعد الله، تاريخ الجزائر الثقافي، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1998م.

337) أبو القاسم سعد الله، محاضرات في تاريخ الجزائر الحديث بداية الاحتلال، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع الجزائر، ط: الثالثة، 1982م.

338) قاضي زاده (أفندي بن قودر شمس الدين أحمد)، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف ب: تكملة فتح القدير، دار الفكر - بيروت، ط: الثانية.

339) ابن قدامة (موفق الدين عبد الله بن أحمد)، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح الحلوة، دار عالم الكتب - الرياض، ط: الثالث، 1997م.

340) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس - مسعد عبد الحميد، دار الكتب العلمية - بيروت، ط: الأولى، 1994م.

341) ابن قدامة (شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن محمد)، الشرح الكبير على متن المقنع، هجر للطباعة و النشر و التوزيع - جيزة، ط: الأولى، 1996م.

342) القرافي (شهاب الدين أحمد)، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي - بيروت، ط: الأولى، 1994م.

343) القرافي (أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن)، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القضاة والإمام، تحقيق أبو بكر عبد الرزاق، المكتب الثقافي، - القاهرة، ط: الأولى، 1989م.

344) القرافي (أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي)، الفروق في أنوار البروق في أنواع الفروق، دار الكتب العلمية - لبنان، ط: الأولى، 1998م.

345) القرة داغي (علي محي الدين)، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار البشائر الإسلامية - لبنان، ط: الثالثة، 2008م.

346) القرة داغي (علي محي الدين) - علي يوسف الحمدي، فقه القضايا الطبية المعاصرة دراسة فقهية مقارنة مزودة بقرارات الجامع الفقهي و الندوات العلمية، دار البشائر العلمية - ط: الثانية، 2006م.

347) القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، مكتبة وهبة - القاهرة، ط: الثانية و العشرون، 1997م.



348) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب-الرياض، ط: الثانية، 2003م

349) ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي-بيروت، ط: الثانية، 1973م

350) ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، المحقق: مشهور بن حسن آل سلمان أبو عبيدة، دار ابن الجوزي-السعودية، ط: الأولى، 1423هـ.

351) ابن القيم الجوزية (أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع-مكة المكرمة، ط: الأولى، 1428هـ.

352) ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر)، زاد المعاد في هدي خير العباد، تحقيق: شعيب؛ عبد القادر الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: الثالثة، 1998م.

353) ابن القيم الجوزية (شمس الدين أبي عبد الله محمد)، إغاثة اللهفان في مصاديد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، دار عالم الفوائد للنشر و التوزيع-مكة، ط: الأولى، 1432هـ.

-ك-

354) كارم السيد غنيم، الاستنساخ و الإنجاب بين تجريب العلماء و تشريع السماء، دار الفكر العربي-بيروت، ط: الأولى، 1998م.

355) الكاساني (علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد عوض-عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية-لبنان، ط: الثانية، 2003م.

356) ابن كثير (أبو الفداء إسماعيل القرشي)، تفسير القرآن العظيم، مؤسسة المختار، القاهرة-مصر، ط: الثالثة، 1423هـ-2002م.

357) الكشاورى (أبو بكر - سن)، أسهل المدارك شرح إر شاد ال سالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط: الثانية، (د.ت).

358) كلثوم بلغميهوب، الاستقرار الزوجي دراسة في علم النفس، منشورات الحر-الجزائر، ط: الثانية، 2006م.

-ح-

359) حسين بن الشيخ آثا ملو يا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هوامة-الجزائر، (د.ط)، 2005م.

360) حسين بن شيخ آث ملو يا، قانون الأسرة نصا و شرحا، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، (د.ط)، 2014م

-م-

- (361) مات ريديلي، الجينوم السيرة الذاتية للنوع البشري في ثلاثة و عشرين فصلا، كلمات عربية للترجمة و النشر-مصر، ط: الأولى، 2012م.
- (362) ابن ماجه (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني)، سنن ابن ماجه، بيت الأفكار الدولية-الرياض، (د.ط)، (د.ت).
- (363) مالك بن أنس (أبي عبد الله الأصمعي)، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف السعودية، (د.ط)، (د.ت).
- (364) مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: كامل محمد عويضة، مكتبة التقوى-مصر، ط: الأولى، 2001م.
- (365) المالكي (محمد علي بن الحسين)، تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية، دار المعرفة-بيروت.
- (366) ماهر نعيم سرور، التوثيق و آثاره في الزواج و الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع-عمان، ط: الأولى، 2016م.
- (367) الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد)، الحاوي الكبير، تحقيق: محمود مطرجي و آخرون، دار الفكر-لبنان، (د.ط)، 1994م.
- (368) مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للنشر-الجزائر، (د.ط)، 2015م.
- (369) مبارك آل الشيخ، التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسه الريان، (د.ط)، (د.ت).
- (370) المباركفوري (أبو العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم)، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي، المحقق: رائد بن أبي علفة، بيت الأفكار الدولية -عمان، ط: منقحة و مزيدة، (د.ت).
- (371) مبروك المصري، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائرية، دار هومة، (د.ط)، 2010م.
- (372) مجمع اللغة العربية (إبراهيم مصطفى و آخرون)، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية-مصر، ط: الرابعة، 2004م.
- (373) محمد إبراهيمي، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية-الجزائر، (د.ط)، 2002م.
- (374) محمد أحمد غانم، الجوانب القانونية و الشرعية للإثبات الجنائي بالشفرة الوراثية ADN، دار الجامعة الجديدة العربية-مصر، (د.ط)، 2010م.
- (375) محمد الحبيب الشريف، النظام العام للعائلي التشكلات، مركز النشر الجامعي تونس، ط: الأولى، 2006م.
- (376) محمد الخضري، أصول الفقه، المكتبة التجارية الكبرى، ط: السادسة، 1969م.

- (377) محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية و حالات شاذة، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش - ط: الأولى، 2001 .
- (378) محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، المطبعة و الوراقة الوطنية-مراكش، ط: الأولى، 2005م.
- (379) محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة و الوراقة الوطنية مراكش، ط: الأولى، 2009م.
- (380) محمد الغزالي، كفاح دين، نهضة مصر للطباعة و النشر و التوزيع، ط: جديدة و منقحة، 2005م.
- (381) محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، مطابع النجاح-الدار البيضاء، ط: الثانية، 2009م.
- (382) محمد الكشبور، شرح مدونة الأسرة الجزء الأول الزواج، ط: الأولى، 2006م.
- (383) محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية و حدوده الشرعية دراسة مقارنة، جامعة الكويت، (د.ط)، 1993م.
- (384) محمد بجاق، التنازع بين الزوجين في المهر متاع البيت دراسة مقارنة بين فقه المذاهب الأربعة و قانون الأسرة الجزائري، مطبعة مزوار-الوادي، ط: الأولى، 2009م.
- (385) محمد بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية-القاهرة، 1985م.
- (386) محمد بن محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، مكتبة الصحابة-الشارقة، ط: الثانية، 1994م.
- (387) محمد بن هائل المدحجي، أحكام النوازل في الإنجاب، دار كنوز اشبيليا للنشر و التوزيع، ط: الأولى، 2011م.
- (388) محمد بن يحيى النجيمي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم دراسة فقهية إسلامية مقارنة، العبيكان-الرياض، ط: الأولى، 2011م.
- (389) محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، م.ن.ج الدار البيضاء، 2000م.
- (390) محمد حسين منصور، قانون الإثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر-مصر، 2002م
- (391) محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار النفائس-الأردن، ط: الأولى، 1999م.
- (392) محمد خلف يوسف، الذمة المالية للمرأة، اقرأ - مصر، ط: الأولى، 2003 م.
- (393) محمد رأفت عثمان، المادة الوراثية الجينيوم قضايا فقهية، مكتبة وهبة، ط: الأولى، 2009م.
- (394) محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المنار-مصر، ط: الثالثة، 1367هـ.
- (395) محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، (د.ط)، 1998م

- (396) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، (د.ط)، 1999م.
- (397) محمد صالح المحب، هندسة الوراثة و علم الاستنساخ، الدار العربية للعلوم ناشرون- بيروت، 2000م.
- (398) محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث-الجزائر، (د.ط)، 2003م.
- (399) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني العقد و الإرادة المنفردة، دار الهدى-عين مليلة، ط:الرابعة، 2011م.
- (400) محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، (د.ط)، 1984م.
- (401) محمد عبد القادر أبو فارس، النظام السياسي في الإسلام، دار الفرقان-عمان، طبعة خاصة، 1986م.
- (402) محمد علقمة، نظام الأسرة في الإسلام، مؤسسة الرسالة الحديثة-عمان، ط:الأولى، 1983م.
- (403) محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، الدار السعودية، جدة، ط: الأولى، 1407 هـ.
- (404) محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها و علاجها، دار المنارة-جدة، ط:الثانية، 1986م.
- (405) محمد علي البار، الجنين المشوه و الأمراض الوراثية الأسباب و العلاقات و الأحكام، دار القلم-دمشق، 1987م.
- (406) محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، الدار السعودية للنشر و التوزيع، ط:الرابعة، 1993م.
- (407) محمد علي فهمي السرجاني، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية-القاهرة، ط:الأولى، 1977م.
- (408) محمد عليش، شرح منح الجليل لشرح مختصر خليل، دار صادر-بيروت، (د.ط)، (د.ت).
- (409) محمد فهد شقفه، شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين و النصراني و اليهود دراسة فقهية قانونية مقارنة في ضوء الاجتهاد القضائي، دون دار نشر، (د.ط)، (د.ت).
- (410) محمد قاسم المنسي، تغير الظروف و أثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية، دار السلام، ط:الأولى، 2010م.
- (411) محمد قطب، منهج التربية الإسلامية، دار الشروق-القاهرة، ط:الرابعة عشر، 1994م.
- (412) محمد كمال الدين إمام، الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، دار الجامعية، ط:الأولى، 1996م.

- (413) محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي قواعد الفقه و نظرياته العامة، دار الجامعة الجيدة، 2007م
- (414) محمد مين لوعيل، الأحكام الإجرائية و الموضوعية ل شؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة و الاجتهاد القضائي، دار هومه، ط: الثانية، 2012م.
- (415) محمد مين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، (د.ط)، 2004م.
- (416) محمد محدة، الأحكام الأساسية في الأحوال الشخصية، الخطبة و الزواج، دار الشهاب للطباعة و النشر، باتنة، (د.ط)، (د.ت).
- (417) محمد محدة، الخطبة و الزواج دراسة مدعمة بالأحكام و القرارات القضائية، ط: الثانية، 1994م.
- (418) محمد محفوظ، تراجم المؤلفين التونسيين، دار المغرب الإسلامي-بيروت، 1982م
- (419) محمد محمود السعيد، حق الجني عليه في تحريك الدعوى العمومية، دار الكتاب الحديث، 1982م.
- (420) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية مع الإشارة إلى مقابلها في الشرائع الأخرى، دار الكتاب العربي، ط: الأولى، 1984م.
- (421) محمد مخلوف (محمد بن عمر بن قاسم)، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية-لبنان، ط: الأولى، 2003م.
- (422) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، الدار الجامعية-بيروت، ط: الرابعة، 1982م
- (423) محمد يعقوب محمد الدهولي، ضمانات حقوق المرأة الزوجية، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ط: الأولى، 2004م.
- (424) محمد حسين الذهبي، التفسير والمفسرون، دار الكتب الحديثة، ط: الثانية، 1976.
- (425) محمود إبراهيم الوالي، أصول القانون الوضعي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثانية، 1998م.
- (426) محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية و التجريم، دار الفكر و القانون-المنصورة، ط: الأولى، 2015م.
- (427) محمود حسن سوسة، جلال عطا الله، علم الأمراض، الميكروبات، الطفيليات، الهيئة العامة للمطابع الأميرية-القاهرة، 1988م.
- (428) محمود سعد شاهين، أطفال الأنابيب بين الحظر و الإباحة و موقف الفقه الإسلامي منها، دار الفكر الجامعي-الإسكندرية، ط: الأولى، 2010م.
- (429) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق-مدينة نصر، ط: الثامنة عشر، 2001م.



- (430) محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق- القاهرة، ط: الرابعة عشر، 1987م.
- (431) محمود صالح العادلي، الحماية الجنائية للالتزام المحامي بالمحافظة على أسرار موكله، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط: الأولى، 2003م.
- (432) محمود محمد ها شم، القضاء ونظام الإثبات، في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، دارالندى شر العلمي والمطابع جامعة الملك سعود- السعودية، ط: الثانية، 1999م.
- (433) محمد أمقران بوبشير، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط: الثالثة، 2003م.
- (434) المرادوي (علاء الدين أبي الحسن علي)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر - جيزة، ط: الأولى، 1996م.
- (435) المرغيباني (برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر)، الهداية شرح بداية المبتدى، إدارة القرآن و العلوم الإسلامية- باكستان، ط: الأولى، 1417هـ.
- (436) مسلم (أبو الحسين الحجاج بن مسلم النيسابوري)، الجامع الصحيح، دار الطباعة العامرة- مصر، (د.ط)، (د.ت).
- (437) مصطفى إبراهيم، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية - إسطنبول، (د.ط)، 1972م.
- (438) مصطفى الخن، الكافي الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الأولى، 1421هـ.
- (439) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتب الإسلامي- دمشق، ط: السابعة، 1997م.
- (440) مصطفى نا صف، الوراثة والإنسان ألسايات الوراثة البشرية والطبية، عالم المعرفة، (د.ط)، 1986م.
- (441) ابن مفلح (شمس الدين محمد المقدسي، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عيد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط: الأولى، 2003م.
- (442) ابن مفلح (برهان الدين إبراهيم بن محمد)، المقصد الأرشد في معرفة أصحاب أحمد، تحقيق: د. عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض- السعودية، ط: الأولى، 1410هـ- 1990م.
- (443) المقرئ (أحمد بن محمد)، أزهار الرياض في أخبار عياض، صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك بين المملكة المغربية و الإمارات المتحدة العربية، تحقيق: مصطفى السقا- إبراهيم الأبياري و آخرون، (د.ط)، (د.ت).
- (444) ملكة يوسف زرار، موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى المقارنة، الفتح للإعلام العربي القاهرة، ط: الأولى، 2000م.

445) مناع القطان، التشريع والفقہ في الإسلام تاريخاً ومنهجاً، مكتبة وهبة، ط: الخامسة ط. 1422 هـ

446) المناوي (محمد عبد الرؤوف)، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق: د. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت-لبنان، ط: الأولى، 1410 هـ-1990 م

447) المناوي (محمد رضوان الداية)، التعاريف، دار الفكر المعاصر-سورية، 1410 هـ.

448) منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة-الأردن، (د.ط)، 1996 م

449) منذر طيب البرزنجي، عمليات أطفال الأنابيب والاسستدساخ البشري من منظور الشرعية الإسلامية، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط: الأولى، 2001.

450) ابن منذر، الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، دار طيبة-الرياض، ط: الأولى، 1405 هـ.

451) منصور محمد خالد، الأحكام المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، دار الفرائس-الأردن، ط: الأولى، 1999 م.

452) ابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي)، لسان العرب، دار صادر-بيروت، (د.ط)، (د.ت).

453) المودودي أبو الأعلى، حركة تحديد النسل، مؤسسة الرسالة-بيروت، 1979 م.

-ن-

454) النتشه (محمد عبد الجواد حجازي)، المسائل الطبية المستجدة، في ضوء الشريعة الإسلامية، إصدارات مجلة الحكمة-بريطانيا، ط: الأولى، 2001 م.

455) النجدي الحنبلي (عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي)، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون دار نشر، ط: الأولى، 1397 هـ.

456) ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط: الأولى، 1997 م

457) ابن نجيم (زين الدين بن إبراهيم بن محمد)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1999 م.

458) نذير حمادو، المذهب المالكي في الغرب الإسلامي دراسة تحليلية نقدية في أسباب انتشاره واستمراره في الغرب الإسلامي، دار الفجر للطباعة والنشر، ط: الأولى، 2008 م.

459) النسائي (أحمد بن شعيب)، السنن الكبرى، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-قطر، ط: الأولى، 2012 م.

460) النسفي (أبو البركات عبد الله بن أحمد)، كشف الأسرار شرح المنصف على المنار مع شرح نور الأنوار على المنار، دار الكتب العلمية-لبنان، (د.ط) (د.ت) (383/4).

461) نشوة العلواني، عقد الزواج و الشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد، دار ابن حزم-بيروت، ط: الأولى، 2003م.

462) النشوي (ناصر أحمد إبراهيم)، موقف الشريعة الإسلامية من تولي المرأة لعقد النكاح دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة-الاسكندرية، (د.ط)، 2005م.

463) نضال محمد أبو سنينة، الولاية في النكاح في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة-الأردن، ط: الأولى، 2011م.

464) نظيرة عتيق، حماية اللقيط دراسة مقارنة بين أحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري و المواثيق الدولية، دار ابن بطوطة-الأردن، ط: الأولى، 2009م.

465) النفراوي الأزهري (أحمد بن غانم بن سالم شهاب الدين المالكي)، الفواكه الدواني، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 1997م.

466) نور الدين أبو لحية، الأزومات الزوجية و حماية الزواج، دار الكتاب الحديث-مصر، ط: الأولى، 2009م.

467) النووي (محيي الدين يحيى)، تكملة المجموع شرح المهذب، تحقيق: عادل عبد الموجود و آخرون دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2002م.

468) النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، شرح النووي لصحيح مسلم، دار النقوى-مصر، (د.ط)، (د.ت).

469) النووي (أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض، دار عالم الكتب-السعودية، ط: خاصة، 2003م.

470) النووي (أبو زكريا يحيى بن شرف)، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد-جدة، (د.ط)، 1980م.

471) نويهض عادل، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، مؤسسة النويهض الثقافية للتأليف و الترجمة و النشر، ط: الثانية، 1986م.

- ه -

472) هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، ط: الأولى، 2011م.

473) هدى محمد حسن هلال، نظرية الأهلية دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه و علم النفس، المعهد العالمي للفكر الإسلامي-فرجينيا، ط: الأولى، 2011م.

474) همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر-مصر، 2003م.

475) ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد)، شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية-بيروت، ط: الأولى، 2002م

476) هند محمود الخولي، عمل المرأة ضوابطه أحكامه ثمراته دراسة فقهية مقارنة، دار الفارابي للمعارف، ط: الأولى، 2001م.

-و-

477) الواحدي (علي بن أحمد)، أسباب النزول، دار الحديث-القاهرة، ط: الثانية، 1995م.

478) وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة -الأردن، ط: الأولى، 1998م.

479) وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل-الكويت، ط: الثانية، 1992م

وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاتفاقات الدولية، منشورات المجي الحقوقية-بيروت، ط: الأولى، 2009م.

(480)

481) ابن أبي الوفا (محي الدين أبو محمد عبد القادر)، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة، مصر، ط: الثانية، 1413هـ-1994م.

482) الونشريسسي (أبو العباس أحمد بن يحيى بن عبد الواحد)، المنهج الفائق و المنهل الرائق و المعنى اللائق بأداب الموثق و أحكام الوثائق، تحقيق: عبد الرحمن بن محمود بن عبد الرحمن، دار البحوث للدراسات الإسلامية و إحياء التراث-دبي، ط: الأولى، 2005م.

483) الونشريسسي (أبي العباس أحمد بن يحيى)، المعيار المعرب و الجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية و الندلس و المغرب، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية -الرباط، ط: الأولى، 1981م.

-ي-

484) ابن أبي يعلى (أبو الحسين محمد)، طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة الملك فهد الوطنية-السعودية، (د.ط)، 1999م.

485) يمينة ساعد بوسعادي، الثابت و المتغير من أحكام الأسرة في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مركز باحثات لدراسات المرأة-الرياض، ط: الأولى، 1736هـ.

486) اليوي (محمد سعد بن أحمد)، مقاصد الشريعة الإسلامية و علاقتها بالأدلة الشرعية، دار الهجرة للنشر و التوزيع-الرياض، ط: الأولى، 1998م.

487) يوسف القرضاوي، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط: الأولى، 1994م.

488) يوسف بلتو - يوسف الأشقر، الفحو صلات الطبية ال ضرورية قبل الزواج، دار زهران-الأردن، (د.ط)، (د.ت).

489) يوسف جمعة، يوسف الحرار، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، (د.ط)، 2003م.

490) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، الزواج والطلاق، دار هومة-الجزائر، (د.ط)، 2007م.

491) يوسف دلاندة، إستشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، (د.ط)، 2011م.

-A-

492) ANNE MARIE larguier , **Certificats médicaux et secret professionnel** ,librairie dalloz-paris , 1963, p

493) Annuaire de la société de législation comparée, Paris : 1938.

-B-

494) BOUSQUET g.h.**le droit musulman**.edition A Colin.paris ,1963

-C-

495) CARBONNIER jean.**droit civil**.paris.1955. p28.

496) COLIN AMBROISE-CAPITANT henti ,**Cours élémentaire de droit civil français** ,librairie dalloz-paris ,edition :2 ,1919

-F-

497) FRANCOIS Terré – PHILIPPE Simler, **Droit civil, les régimes matrimoniaux**, précis Dalloz ,2ème édition, 1994.

498) FREDERIQUE eudieur ,**droit de la famille**, dalloz,paris ,2 edition,2003,p30

-G-

499) GABRIEL marty- PIERRE raynaud :**Droit civil les personnes**, Sirey,3ème édition, Paris1976

-H-

500) HUSS a – SCHILTY l . le corps humain -personnalité juridique et famille en droit luxembourgeois, Henri Capitant, Tome xxv1, 1975

501) GHOUTI Benmalha, **le droit algerien de la famille**, office publication universitaire,1993.

-J-

502) JEAN carbonnier, **Droit civil- la famille**,éditions thémis,1993,tomeII; n° 24.



503) JEAN Yaigre - JEAN françois Pillebout ,**Droit Professionnel Notarial** , lexis nexis 4 édition,1996.

504) JEAN-MARIE auby: **Le droit de la santé** , Presses Universitaires de France,-paris , 1er édition , 1981 .

505) JEAN-PAUL charnay.**la vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du 20eme siècle.**puf paris 1965

506) JEAN-ROBERT Henry -FRANOIS Balique, **La doctrine coloniale du droit musulman algérien.** Bibliographie systématique et introduction critique, 1979

-L-

507) LOUIS Mélenec – GEARD Méméteau, **Traité de droit médical - Le certificat médical** ,editeur Maloine,1982.

508) LYNANT bellefons.**Traité de droit Musulman comparé**,mouton,paris,1965.

-N-

509) NADIA ait zai.**les algériennes.citoyenne en devenir.**edition c.n.maron ,2000.

-R-

510) REMY Cabrillac, **Droit civil, Les régimes matrimoniaux**, Mantchrestieur, Paris

## ثانيا: الرسائل الجامعية توراه:

-أ-

511) إبراهيم بن العمر اوي بودوخة، خصائص التشريع الإسلامي في أحكام نظام الأسرة دراسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري و نماذج من قوانين الدول العربية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الفقه و الأصول، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- كلية أصول الدين و الحضارة الإسلامية، 2012م.

512) أحمد داود رقية، الحماية القانونية للجنين المخبري دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.

513) أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م.

514	أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية و العلمية الحديثة في القانون الوضعي و الشريعة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران- كلية الحقوق، 2010م.
515	أسماء سعيدان، الإطار القانوني لعمليتي نقل و زرع الأعضاء البشرية و التلقيح الإصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر يوسف بن خدة- كلية الحقوق، 2012م-2013م.
516	أسية بوخاتم، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015م-2016م.
517	آمال رواق، علاقة قانون الأسرة الجزائري بفروع القانون الأخرى في تنظيم مسائل الزواج و الطلاق و آثارهما دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة- كلية الشريعة و الاقتصاد، 2015م-2016م.
518	آمال علال برزوق، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقاسد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.
-ت-	
519	التندي (محمد إبراهيم حسن)، نظرية البطلان في الشريعة الإسلامية و القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، 1983م.
-ج-	
520	جيلالي ماينو، الإثبات بالبصمة الوراثية دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.
-ح-	
521	الحسن رحو، نظام الزواج بين التاريخ و القانون الإسلامي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس أكادال- الرباط، 2001م.
522	حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة -عين شمس، 2006م.
-خ-	
523	خيرة العرابي، حقوق الطفل المدنية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران- كلية الحقوق، 2012م-2013م.
-ر-	
524	ربيحة إلغات، الحقوق الزوجية على ضوء الإجتهد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1- كلية الحقوق، 2011م.

- (525) رحاب مصطفى كامل، تعدد الزوجات و مدى مشروعية تدخل الزوجة لمنع التعدد دراسة مقارنة ،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق،جامعة القاهرة- كلية الحقوق ،2009م.
- (526) الرشيد بن شويخ،الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري،أطروحة دكتوراه في القانون الخاص،جامعة سعد دحلب البليدة - كلية الحقوق،2001م.
- ز-
- (527) زبيدة إقروفة،الاكتشافات الطبية و البيولوجية أثرها على النسب في قانون الأسرة الجزائري التلقيح الاصطناعي و البصمة الوراثية نموذجاً،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية -تخصص أصول الفقه،جامعة الجزائر- كلية العلوم الإسلامية،2008م-2009م.
- (528) زبيري بن قويدر،النسب في ظل التطور العلمي و القانوني دراسة مقارنة،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية،2011م-2012م.
- س-
- (529) سعود بن سعد آل دريب، التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية،رسالة دكتوراه ،المعهد العالي للقضاء-السعودية،1999م.
- (530) سعيد فكرة،الشرط عند الأصوليين،رسالة دكتوراه دولة في الفقه و أصوله،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية،1417هـ ،1997م.
- (531) سليمان النحوي،التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي و العلوم الجنائية،جامعة الجزائر- كلية الحقوق،2010م-2011م.
- (532) سمية صالح،الوسائل المستحدثة و دورها في مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الشريعة و القانون،جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة- كلية الشريعة و الإقتصاد،2016م-2017م.
- (533) سمير شيهاني،شرط الولي في عقد زواج المرأة الراشدة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون،جامعة مولود معمري تيزي وزو-كلية الحقوق و العلوم السياسية،2014م.
- ع-
- (534) عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي،إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة دراسة فقهية و تشريعية مقارنة،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه،جامعة القاهرة - كلية العلوم -قسم العلوم الإسلامية،2000م.
- (535) عبد الرحمن أحمد الرفاعي، البصمة الوراثية و أحكامها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دراسة فقهية مقارنة،رسالة دكتوراه في الشريعة و القانون،جامعة الأزهر- كلية الشريعة و القانون،2005م.
- (536) عبد القادر داودي،مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي ،رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية ، جامعة وهران كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية ،2004م-2005م.

537	عبد القادر علاق، الفحص الطبي للمقبلين على الزواج دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه- تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2012م-2013م.
538	عبد الله فاسي، المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2015م.
539	عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الخامس - الرباط، 2000م
540	عبد النور عيساوي، حقوق المرأة المتزوجة في ضوء المواثيق الدولية و قانون الأسرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.
-ف-	
541	فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين و آثار الإخلال بها، أطروحة دكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية- الرباط، 2004م
-ق-	
542	القرارة داغي (علي محي الدين)، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون - جامعة الأزهر، 1985م.
-ك-	
543	كريمة نزار، أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية و الإدارية، العلوم القانونية و الإدارية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس- كلية الحقوق، 2009-2010م.
544	كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النص و اجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة- كلية الحقوق، 2014م-2015م.
-م-	
545	محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة - كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية قسم الشريعة تخصص فقه و أصول، 2009م.
546	محمد الصالح بن عومر، المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري و المواثيق الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015م-2016م.
547	محمود لنكار، الحماية الجنائية للأسرة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه فرع القانون الجنائي، جامعة محمود منتوري قسنطينة - كلية الحقوق، 2010م.

548) مسعود هلالى، التجديد في مباحث الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامى و التشريع الجزائرى، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم فى الشريعة و القانون- تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامىة-قسنطينة-كلية الشريعة و الإقتصاد، 2013م-2014م.

-ن-

549) نسىبة الحسن محمود على، الحضانة و أثرها فى تربية الطفل على ضوء الفقه الإسلامى، بحث مقدم لنيل دجة الدكتوراه فى الدراسات الإسلامىة، جامعة الخرطوم-السودان، كلية الدراسات العلىا-قسم الدراسات الإسلامىة، 2006م.

550) نصر الدين مروك، الحماية الجنائىة للحق فى سلامة الجسم فى القانون الجزائرى و المقارن و الشريعة الإسلامىة، أطروحة دكتوراه فى القانون، جامعة الجزائر-كلية الحقوق، 1997م.

-ى-

551) يوسف بوشى، الجسم البشرى و أثر التطور الطبى على نطاق حمايته جنائىا دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-كلية الحقوق، 2012م-2013م.

552) يوسف على هاشم، أحكام النسب فى التشريع الجزائرى، أطروحة دكتوراه فى القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-كلية الحقوق و العلوم السىاسىة، 2014م-2015م.

553) يوسفات على هاشم، أحكام النسب فى التشريع الجزائرى، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه فى القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-كلية الحقوق و العلوم السىاسىة، 2014م-2015م.

554) PIERRE spiteri, L'Egalité des époux dans le régime matrimonial legal Etude de réforme législative, thèse de doctorat en droit ,université d'aix-en provence ,faculté de droit ,1962.

ستىر:

-أ-

555) ابتسام ملىط، الترخىص بالزواج قبل سن الأهلىة فى الشريعة الإسلامىة و القانون الوضىعى، مذكرة لنيل شهادة الماجستىر فى تخصص قانون شؤون الأسرة، جامعة 20 أوت 1955 سكىكدة-كلية الحقوق و العلوم السىاسىة، 2012م.

556) إسماعىل شىخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائرى، مذكرة ماجستىر فى الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانىة و الحضارة الإسلامىة جامعة وهران، 2013م.

-ب-

557) بلقاسم مطالى، أحكام الذمة المالىة للزوجة دراسة مقارنة بىن الفقه الإسلامى و القانون الوضىعى، مذكرة لنيل شهادة الماجستىر فى الشريعة و القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامىة قسنطينة-كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامىة، 2007-2008م.



-ج-

558) جويذة عمير، الخصوبة و تنظيم النسل، رسالة ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الجزائر-معهد علم الاجتماع، 1995م-1996م.

-ح-

559) حفيظة هائل، تعديل قانون الأسرة الجزائري من منظور الأبعاد الثقافية و السياسية دراسة تحليلية لعينة من الأحزاب و الجمعيات، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير -تخصص التغيير الاجتماعي، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية-قسم علم الاجتماع، 2008م-2009م.

-خ-

560) خالد بوزيد، النسب في تشريع الزواج و الإجتهد القضائي، ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر1-كلية الحقوق، 2011م.

-د-

561) دليلا حميرش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري دراسة سوسيوقانونية لقانون الأسرة المعدل و المتمم 2005، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص علم اجتماع قانوني، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإنسانية-قسم العلوم الاجتماعية، 2014م.

-س-

562) سارة لشطر، الفحوصات الطبية قبل الزواج و آثارها دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، مذكرة ماجستير في الشريعة و القانون تخصص أحوال شخصية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة-كلية أصول الدين، 2008م-2009م.

563) سرور طالبي، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان، رسالة ماجستير فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر، 2000م.

564) السعيد سحارة، إشكالية الإخصاب خارج الجسم بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في القانون الخاص-تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي-كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.

565) سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح و أثره بين الشريعة و القانون دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات العربية، بحث مقدم لنيل رسالة الماجستير في الشريعة و القانون، جامعة وهران-السانيا، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2011م-2012م

-ع-

566) عادل بغيره، أسباب تأخر سن الزواج في الجزائر و أثره على الخصوبة دراسة مقارنة بين المسح الجزائري حول صحة الأم و الطفل و المسح الجزائري حول صحة الأسرة، مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في تخصص

الديموغرافيا، جامعة الحاج لخضر-باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية-قسم علم الاجتماع و الديموغرافيا، 2009م.
567) عبد الحكيم بوجاني، إشكالات انعقاد و انحلال الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2013-2014م.
568) عبد القادر جدي، حرية ممارسة الحقوق السياسية في النظام الإسلامي، رسالة ماجستير، معهد الشريعة، قسم الدراسات العليا، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1993م-1994م.
569) عبد الله شيباني، الولاية في عقد الزواج من خلال قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون-تخصص أحوال شخصية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي-كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2014م-2015م.
570) عمر المزكلدي، حق الكد و السعاية محاولة في التأصيل، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس-كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية أكادال - الرباط، 2005م-2006م.
571) العيد إبراهيمي، التعسف في استعمال حق الولاية بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ولاية الزواج و القصر نموذجاً، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير -تخصص شريعة و قانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية-قسم العلوم الإسلامية، 2009م-2010م.
-ف-
572) فاطمة بن زيد، صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة و قانون، جامعة أدرار-كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، 2009م.
573) فيصل بلحاج، التعديلات الأخيرة الواردة في قانون الأسرة و مقارنتها بالفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية-تخصص شريعة و قانون، جامعة الجزائر 1-كلية العلوم الإسلامية، 2012م-2013م.
-ك-
574) الكبيسي (محمود مجند بن سعود)، الصغير بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء، رسالة ماجستير في الفقه و الأصول، جامعة أم القرى السعودية-كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية مكة، 1980م-1981م.
-ل-
575) ليلي سلامي، قانون الأسرة و تأثيره على العلاقات الاجتماعية الأسرية، رسالة ماجستير، جامعة سعد دحلب-البليدة، قسم علم الاجتماع، 2003م-2004م.
-م-

576	محمد أقاش، النظام المالي للزّوجين على ضوء مدونة الأسرة ، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، 2005م-2006م.
577	محمد الطيب سكيريفة، التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو برك بلقايد -تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية
578	محمد المختار شبرو، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق-تخصص الأحوال الشخصية، جامعة الشاهد حمه لخضر الوادي-كلية الحقوق و العلوم السياسية، 2015-2016م.
579	محمد لمين مسيخ، التنازل عن توابع العصمة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة- كلية أصول الدين والشريعة والحضارة الإسلامية، 2007-2008م
580	مصطفى مناصرية، البصمة الوراثية وأثرها في إثبات ونفي النسب دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة ماجستير شريعة و قانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية- قسنطينة، 1429هـ-2008م.
- ه -	
581	هجرس بولبداوي، الولاية في الزواج بين الشريعة و القانون، رسالة لنيل شهادة الماجستير-تخصص العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 2000م-2001م.
582	هجيرة خدام، التلقيح الاصطناعي دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان- كلية الحقوق ، 2006م-2007م.
583	هند مطاري، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و انعكاساتها على القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير فرع قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق-المركز الجامعي محند أولحاج البويرة، 2011م

### ثالثا: المجلات و الدوريات العلمية:

- أ -	
584	أحمد مبارك سالم، الأسرة في الإسلام حقوق وواجبات ، سلسلة دعوة الحق -رابطة العالم الإسلامي، السنة الثامنة و العشرون، 1436هـ.
585	إدريس الفاخوري، دور الإرادة في إبرام عقد الزواج في ظل نصوص مدونة الأسرة الجديدة، مجلة القصر- مجلة فصلية للدراسات و الوثائق القانونية، ع09.

586) أسامة حسن الربابعة، الاستحسان بالضرورة و تطبيقاته في المسألة المعاصرة الفحص الطبي قبل الزواج، مجلة جامعة فلسطين للأبحاث و الدراسات-فلسطين، 2013م، ع:5.

-ب-

587) بديع بن عباس، نظام الإشتراك في الأملاك بين الزوجين بين الواقع و القانون، مجلة القضاء و التشريع، مركز الدراسات القانونية و القضائية-تونس، سنة 2009م، ع:08.

588) بلحاج العربي، الأخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة مع النظام الطبي السعودي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي-الرياض، 2002م، ع:52.

589) بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في الفقه الإسلامي، مجلة الوعي الإسلامي-الكويت، 2003م، ع:458.

590) بندر بن فهد السويلم، البصمة الوراثية و أثرها في النسب، مجلة العدل -وزارة العدل السعودية، 1429هـ، ع:37.

591) البوطي (محمد سعيد رمضان)، تحديد النسل و تنظيمه، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، 1988م، ع:5.

-ج-

592) جيلالي تشوار، خواطر حول بعض الجوانب الاتفاقية في العلاقات الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2007م، ع:2.

593) جيلالي تشوار، نسب الطفل في القوانين المغربية بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2005م، ع:03.

594) جيلالي تشوار، القضاء مصدر تفسيري تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2003م، ع:01.

595) جيلالي تشوار، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 2000م، ع:1.

596) جيلالي تشوار، سن الزواج بين الإذن و الجزاء في قانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية-جامعة الجزائر، 1999م، ع:4.

597) جيلالي تشوار، أحكام الأسرة بين الاجتهاد و التقنين، مجلة الإحياء، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية - جامعة باتنة، أكتوبر 2001م، ع:4 (خاص بأعمال الملتقى الدولي حول الأصالة و التجديد في مناهج البحث في العلوم الإنسانية و الإجتماعية).

598) جيلالي تشوار، القضاء مصدر تعسفي للقاعدة القانونية المنظمة للنسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر - كلية الحقوق، 2003م، ج:41، ع:01.

599) جيلالي تشوار، عدم المذهبية الصرف كمنهج للمشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية و السياسية - جامعة الجزائر، 2009م، ع:3.

600) الجليلي سبيع، استقلال الذمة المالية للزوجة من خلال الشروط الإدارية لعقد الزواج وآثارها في مدونة الأسرة دراسة تأصيلية، مجلة الفقه و القانون، يناير 2013م، ع:03.

-ح-

601) حسن حماد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، جامعة ذي قار - العراق، 2012م، ع:06.

602) حسين عبد القادر معروف، الشكلية في العقود في الفقه الإسلامي دراسة في آراء الباحثين في الفقه الإسلامي، مجلة آداب - جامعة البصرة، 2010م، ع:52.

-د-

603) محمد محدة، دراسات قانونية لقانون الأحوال الشخصية، جريدة اليوم: 28-09-2004م.

-ر-

604) رجب التميمي، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة، 1986م، ج:1، ع:02.

605) رشيد فارح، التنظيم القضائي إبان الاحتلال بين المبدأ العام و التمييز، أعمال الملتقى الوطني حول القضاء إبان الثورة التحريرية، المنعقد بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، طبعة خاصة بوزارة المجاهدين، 2007م.

-ز-

606) زبيدة إقروفة، النظام المالي بين الزوجين بين الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة، كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2012م، المجلد 5، ع:01.



607) الزحيلي (مصطفى وهبة)، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 2003م، السنة: 14، ع: 16.

608) زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، 2006م، ع: 04.

609) الزرقا مصطفى، مناقشة: أطفال الأنايب و بنوك الحليب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثانية لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي-جدة، 1986م، الجزء الأول، ع: 02.

-س-

610) سعد الدين هلاي، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشر للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 2002 م، المجلد 03.

611) سعيد فكرة، قانون الأسرة و ازدواجية مصدر التشريع، مجلة الحضارة الإسلامية - كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع: 09.

612) سعيدة بلباهي، الاستعانة بالأم البديلة في التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، مجلة علمية أكاديمية محكمة تصدر عن مخبر القانون الخاص المقارن جامعة الشلف، 2016م، ع: 01.

613) سلام عبد الزهرة الفتلاوي-أنغام محمود شاكر، مفهوم الولاية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و قوانين الأحوال الشخصية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية-جامعة بابل، السنة: الرابعة، ع: 2.

614) سليمان ولد خسال، قضايا الزواج المقترن بشروط و مدى حرية الزوجين في هذه الشروط، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة- كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، 2004م، ع: 09.

-ص-

615) صالح حمليل-الأخضر صديقي، إجراءات التقاضي أمام قسم شؤون الأسرة في القانون الجزائري، مجلة الحقيقة-جامعة ادرار الجزائر، مارس 2014م، ع: 28.

-ع-

616) عارف علي عارف، الجوانب العملية للقوامة الشرعية، مجلة الدراسات الإسلامية و الفكر للبحوث التخصصية - المعهد العلمي للتدريب المتقدم والدراسات - ماليزيا، أكتوبر 2015، المجلد الأول، ع: 03.

617) عائشة زيتوني-سمية حور، ماخفي كان أفجع، ماهو الإيدز؟، مقال منشور بمجلة أنت، مجلة شهرية تصدر عن مليونيوم صحافة EURL- الجزائر، مارس- أبريل 2010م، ع 03.

618) عبد الرحمن البسام، أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1986م، ع:02.

619) عبد الستار فتح الله سعيد، البصمة الوراثية في ضوء الإسلام، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 2003م، السنة:14، ع:16.

620) عبد العظيم رمضان عبد الصادق، حكم تزويج المرأة نفسها بغير ولي فقها و قانونا، مجلة العلوم و البحوث الإسلامية، كلية العلوم و التكنولوجيا، جامعة السودان للعلوم و التكنولوجيا، أغسطس 2012م، ع:5.

621) عبد المنعم الإدريسي، دور سلطان الإرادة في تحديد الإلتزامات الأسرية، مجلة الحقوق المغربية-الرباط، 2007م، ع:04.

622) علي علي سليمان، حول قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية-جامعة الجزائر، 1986، ع:02.

623) العلامة أ.د: محمد سليمان الأشقر في ذمة الله، مجلة الوعي الإسلامي، -مجلة كويتية شهرية جامعة، يناير 2010م، ع:533.

624) عمر بن محمد السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في النسب والجنائية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 2003م، السنة:14، ع:16.

625) عمر زودة، دور النيابة العامة في الدعوى المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، سنة 1991م، ع:03.

626) عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 03 مكرر من قانون الأسرة، مجلة المحكمة العليا، 2005م، ع:02.

627) عز الدين كيجل- عبد المجيد بوكركب، تقنين الأحكام الشرعية و دوره في إثراء المنظومة القانونية الجزائرية، مجلة العلوم الإنسانية-جامعة محمد خيضر بسكرة، نوفمبر 2014م، ع:(37/36).

-ف-

628) فاطمة عيساوي، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج-البويرة، 2010م، ع:06.

629) فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات النسب، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2003م، ع:19.

-ق-

630) قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي: تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجليلي يابس-سيدي بلعباس، 2007م، ع:03.

631) قاسم عبد الرشيد محمد أمين، البصمة الوراثية و حجيتها، مجلة العدل، السعودية، 1425هـ، ع:23.

632) القرّة داغي علي محي، البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 2003م، السنة:14، ع:16.

-ك-

633) كريمة عبود جبر، استئجار الأرحام و الآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث، كلية التربية الأساسية-جامعة الموصل، 2010م، المجلد:09، ع:03.

634) كمال لدرع، قانون الأسرة الجزائري بين الاعتراضات و اقتراحات التعديل، مجلة الحضارة الإسلامية - كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع:09.

-ل-

635) ليلي جمعي، سلبيات و إيجابيات قانون الأسرة الجزائري و دور قضاء الأحوال الشخصية في القضاء على تلك السلبيات و تأكيد تلك الايجابيات، مجلة الحضارة الإسلامية- كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية جامعة وهران، جانفي 2004م، ع:09.

-م-

636) محمد إبراهيم شقرة، طفل الأنبوب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي-مكة المكرمة، 1984م، ع:

637) محمد بن يحي، الإنجاب الصناعي بين التحليل و التحريم، مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق- المنوفية، 1997م، ع:11.

638) محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2009م، المجلد 25، ع:01.

639) محمد شلبي، نظرية الولاية، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، الكويت، 1987م، ع:7.

640) محمد عبد الغفار الرشيد، الكشف الإجباري عن الأمراض الوراثية، مجلة الشريعة و القانون-جامعة الأزهر، ع:22.

641) محمد عبده عمر، عرض و مناقشة أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي-جدة، 1986م، المجلد الأول، ع:02.

(642) محمد علي البار، مناقشة: أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - الدورة الثالثة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي - جدة، 1987م، الجزء الأول، ع: 03.

محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، مجلة المجمع الفقهي - جدة، 1987م، الجزء الأول، ع: 03، ص 463-465  
(643)

(644) محمد علي البار، التلقيح الاصطناعي و أطفال الأنابيب، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 1986م، ع: 02.

(645) محمد محمد أبو زيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، الكويت، 2009م، ع: 01.

(646) مراد كاملي، نحو دور فعال للنصوص القانونية في معالجة ظاهرة تأخر سن زواج الشباب الجزائري، مجلة المعيار - كلية أصول الدين و الشريعة و الحضارة الإسلامية، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، 2010م، ع: 22.

(647) مسعودي رشيد، حماية التصرفات المالية للمرأة المتزوجة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2004، ع: 04.

(648) مصطفى القضاة، التكبير في الزواج و الآثار المترتبة عليه دراسة فقهية قانونية مقارنة رؤية معاصرة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2010م، المجلد 26، ع: الأول.

(649) مصطفى عرجاوي، التنظيم الشرعي و القانوني للتداوي بالحرث و الجرم، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية - الكويت، ع: 146.

(650) مقداد كرغلي، دور النيابة في المادة المدنية، نشرة القضاة - وزارة العدل، 1982م، عدد خاص.

(651) موسى مرمون، الفحص الطبي قبل الزواج مستجدات قانون الأسرة لسنة 1984. بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم، مجلة العلوم الإنسانية - جامعة قسنطينة 1، جوان 2014، ع: 41.

- ن -

(652) نادية فرحات، عمل المرأة و أثره على العلاقات الأسرية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، 2012م، ع: 08.

(653) ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية و حكم استخدامها في مجال الطب الشرعي و النسب، مجلة الشريعة و القانون، جامعة الإمارات المتحدة العربية، 2003م، ع: 18.

(654) نصر الدين ماروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - دورية في الثقافة الإسلامية الجزائر، السنة الثالثة - جانفي 2000م، ع:03.

(655) نصر الدين مروك، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - الجزائر، 1999م، ع:02.

(656) نصر فريد واصل، البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003م، السنة:15، ع:17.

(657) نشرة القضاة، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل - مديرية الدراسات القانونية و الوثائق ، ع: 64.

(658) نظيرة عتيق، أثر الاجتهاد القضائي على مبدأ الرضائية في التفريق بالخلع، مجلة البحوث و الدراسات، دورية أكاديمية نصف سنوية محكمة، جامعة حمة لحضر حمة - الوادي، جانفي 2016م، ع:21.

(659) نوار العشي، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر 02-05 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، جامعة الجزائر، جوان 2012م، ع:01.

- ه -

(660) هجيرة دندوني، إجحاف قانون الأسرة بحقوق المرأة، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى دورية في الثقافة الإسلامية الجزائر، السنة الثالثة - جانفي 2000م، ع:03.

(661) هجيرة دندوني، التقرير التمهيدي للملتقى الوطني حول المستجدات من تشريعات الأسرة في مجال حماية العلاقات الأسرية، مجلة الدراسات القانونية، مجلة أكاديمية سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، 2010م، ع:07.

(662) هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية - جامعة الجزائر، 1994، ع:01.

(663) هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، 2011م، المجلد:27، ع:03.

- ي -

(664) ياسين محمد غادي، أهمية الثقافة الطبية للخطاب و فحصهم قبل الزواج، مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، السنة:15، مارس 2000م، ع:40.

- A -



665) AMMER achour, virus et sida expliqués à tous, office des publications universitaires-ben aknoun ,alger,ed: 09,2005 ,p03-35

666) ANDRE Colomer, **La tutelle des mineurs en droit musulman algérien (loi du 11 juillet 1957)**, Revue internationale de droit comparé ,Année 1960 ,Volume 12, N: 1.

-C-

Cf .LAHLOU-KHIAR Ghanima,**La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux , La preuve de la filiation**,Revue 'EL MOUHAMAT',L'ordre des avocats d'Alger, oct 2003, N° 01,p .53

667)

-J-

668)JEAN Christophe Galloux, **L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?**, Juridique Edition Générale - 20 Mars 1991 - n° 12

-L-

669) LEILA hamdan,**les difficultés de codification du droit de la famille algérien**,revue internationale de droit comparé.paris, 1985, n : 4.

670)LOUIS roche , **La médecine légale discipline de santé publique** , Journal de médecine légale Droit médical , Janvier – Février 1981 , 24<sup>ème</sup> Année , N° 1 , p: 8.

671)LOUIS.**le problème de l'intégration des indigènes algériens au sein de la famille française L'Obstacle du Statut Personnel**. Revue questions nord africaines.n,14 et15 1938

## رابعاً: المؤتمرات و الملتقيات

-أ-

(672) إبراهيم أحمد عثمان، دور البصمة الوراثية في قضايا إثبات النسب والجرائم الجنائية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية و الطب الشرعي، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 12-14 نوفمبر 2007م.

الأشقر (عمر سليمان ) ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية ، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الحادية عشر للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية حول الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية، المنعقدة بالكويت في أكتوبر 1998، الكويت، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 1421 هـ / 2000 م

(673)

-ع-

(674) عبد القادر الخياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب و علاقتها بالشريعة الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون - الإمارات العربية المتحدة.

-ق-

(674) قرار السابع للمجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشر المنعقد بمكة المكرمة بتاريخ: 10-01-2002 م، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 2003 م، السنة: 14، ع: 16

قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة 28 يناير 1985 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي - جدة، 1986 م، المجلد الأول، ع: 02، ص: 328.

(675)

قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الرابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة 1404 هـ، قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، رابطة العالم الإسلامي - مكة، الإصدار الثالث، ص: 162-163.

(676)

-م-

(677) محمد العبودي، القضاء وتقنية الحامض النووي ( البصمة الوراثية)، المؤتمر العربي الأول للعلوم الأدلة الجنائية و الطب البشري، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض، أكتوبر 2007 م

(678) مناقشات المجمع الفقهي، الدورة السابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي لعام 1984 م، دورية محكمة يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي - مكة المكرمة، 1984 م

-ن-

(679) نجم عبد الله عبد الواحد، البصمة الوراثية وتأثيرها على النسب إثباتا ونفيا، أعمال وبحوث الدورة السادسة عشرة للمجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة، 1422 هـ / 2002 م، المجلد 03،

-و-

(680) وليد العاكوم ، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات مايو 2002 م، المجلد الثاني.

خامسا: النصوص التشريعية و التنظيمية  
انثوية:

-الأوامر-
681) الأمر رقم 66-154 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية ■: الجريدة الرسمية، ع: 47، التاريخ: 09 يونيو 1966.
682) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم. ■: الجريدة الرسمية، ع: 48، التاريخ: 10 يونيو 1966م.
683) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم.
684) الأمر رقم: 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 م و المتعلق بالحالة المدنية ■: الجريدة الرسمية، ع: 27 فبراير 1970م، ع: 21.
685) الأمر 58/75 المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني. المعدل و المتمم قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005. ■: الجريدة الرسمية، ع: 44، التاريخ 26 يونيو 2005م.
686) الأمر 58/75 المؤرخ 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 م المتضمن القانون المدني. المعدل و المتمم قانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426هـ الموافق 20 يونيو 2005. ■: الجريدة الرسمية، ع: 44، التاريخ 26 يونيو 2005م.
687) الأمر رقم: 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية ■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 19 ديسمبر 1976م.
688) الأمر رقم 05-01 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م المعدل و المتمم للأمر رقم 70-86 المؤرخ 17 شوال 1390هـ الموافق 15 ديسمبر 1970م المتضمن قانون الجزائية الجزائية. ■: الجريدة الرسمية، ع: 15 السنة الثانية و الأربعون، 27 فبراير 2005م.
689) الأمر رقم: 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية . ■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 16 يوليو 2006م، ع 46 .

(690) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975. المعدل

و المتمم

■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 27 ديسمبر 2015، ع 71.

(691) الأمر رقم: 66- 56: المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون

العقوبات، المعدل والمتمم.

■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 30-12-2015م، ع: 71.

### -القوانين-

(692) القانون رقم 59-274 الصادر في 04-02-1959م خاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص

الذين يخضعون للأحوال الشخصية في عمالات الجزائر و الواحات و الساروة.

■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 03-30-1959م، ع: 19.

(693) قانون رقم 63-224 بتاريخ 29-06-1963م الخاص بتحديد سن الزواج .

■: الجريدة الرسمية، 02-07-1963م، ع: 44.

(694) قانون رقم 66-154، مؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية .

■: الجريدة الرسمية، عدد 47، التاريخ 9 يونيو 1966.

(695) القانون رقم: 85-05 المؤرخ في: 16 فيفري 1985م المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها

■: الجريدة الرسمية، 17 فبراير 1985م، ع: 08

(696) القانون رقم: 85-05 التاريخ 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم

بالقانون 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990. و قد تبعته تعديلات أخرى .

■: الجريدة الرسمية، 1990، ع: 35

(697) قانون عضوي رقم 04-11 مؤرخ في 6 سبتمبر سنة 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء

(698) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ 09 جوان 1984م المتضمن قانون

الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فيفري 2005م.

■: الجريدة الرسمية، التاريخ 27 فبراير 2005م، ع: 15.

(699) القانون: 06-02 الصادر في 20 فبراير 2006 المعدل للقانون رقم 88-27 الصادر في 12

جويلية 1988 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق .

■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 08 مارس 2006م، ع 14

(700) القانون رقم 01/06 المؤرخ في: 20-02-2006م المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

■: الجريدة الرسمية، التاريخ: 18 مارس 2006م، ع: 14.

(701) قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

■:الجريدة الرسمية ،عدد 21 ،التاريخ 23 أفريل 2008م.

702) القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن تعديل الدستور الجزائري.  
■:الجريدة الرسمية: 7-03-2016م، ع:14.

#### -المراسيم-

703) المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب .  
■:الجريدة الرسمية ،التاريخ :08 يوليو 1992م، ع 52 .

704) المرسوم الرئاسي 461/92 المؤرخ في 19-12-1992  
■:الجريدة الرسمية ،التاريخ: 23 ديسمبر 1992م، ع: 91

705) المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996م المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 .  
■:الجريدة الرسمية، ع:76 السنة الثانية و الأربعون، 08 ديسمبر 1996م.

706) مرسوم تنفيذي رقم 06-154 مؤرخ : 11 مايو سنة 2006، يحدد شروط و كفاءات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.  
■:الجريدة الرسمية، التاريخ:14 ماي 2006م، ع:31.

#### -التعليمة-

707) التعليمة الوزارية رقم: 06 المؤرخة في 12-04-2000م المتضمنة عمل المسجد و خاصة في مهام الإمام و النشاط المسجدي حيث جاء فيها إن قراءة الفاتحة تكون بعد أن يتم العقد الإداري

#### غنية:

708) قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 تاريخ 7-9-1953م.

709) قانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت.

710) قانون الأحوال الشخصية للمسلمين بالسودان لسنة 1991 .

711) القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المعدل و المتمم ،الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 1.04.22 بتاريخ:03 فبراير 2004م .  
■:الجريدة الرسمية ،بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ع: 5184 ص 418.

712) القانون الإتحادي رقم: 11 لسنة 2008م  
■:الجريدة الرسمية ،التاريخ:16-12-2008م، ع:488 مكرر.

713) القانون عدد 93 المؤرخ في 07 أوت 2001 والمتعلق بالطب الإنجابي التونسي.



714 قانون 21 مارس 1804 المتمم للقانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم: 1135-2001 المؤرخ في ديسمبر 2001م.

### سادسا: الاجتهادات القضائية

715	المجلس أعلى، غرفة الأحوال الشخصية، 24-03-1971م. ■ نشرة.القضاة، 1972م.
716	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 12529 بتاريخ 21-04-75، (غير منشور)
717	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35326، تاريخ: 03-12-1984م
718	المحكمة العليا ، ملف رقم 47915 ، التاريخ 1987/02/07 ■ المجلة القضائية ، 1990م ، ع: 3.
719	المحكمة العليا،، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم: 52440، التاريخ: 02-01-1989 (غير منشور).
720	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 446630. ■ المجلة القضائية 1990 ، ع: 3 .
721	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف: 49575، تاريخ 1988/06/20 ■ المجلة القضائية، 1991م، ع: 02.
722	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 71732 التاريخ: 23-04-1991 ، ■ المجلة القضائية ، سنة 1993 ، ع: 02.
724	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 52850 ، التاريخ: 13-03-1989م. ■: المجلة القضائية، سنة 1995م، ع: 02.
725	المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 88856 ، التاريخ: 23-02-1993م. :المجلة القضائية ، التاريخ : 1996 ، ع: 2.
726	المحكمة العليا،، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: 125059 ، التاريخ 1995/10/24م. ■ نشرة القضاة ، ع: 53.
727	المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية قرار رقم 22674 ، التاريخ 15-06-1999م. ■ المجلة القضائية ، سنة 1999 ، ع: 01.
728	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 189245 ، قرار بتاريخ 1992/10/27 ■ مجلة الاجتهاد القضائي ، - 2001- ع: خاص
729	ملف رقم : 83603 : المجلة القضائية، عدد خاص، 2001 .

730	المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 172379 ، تاريخ: 18-10-1997م ■ المجلة القضائية ، 2001م، عدد خاص ، ص 70.
731	المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،ملف رقم 22264 ،التاريخ: 15-06-1999 م ■ مجلة المحكمة العليا، 2001م، ع: خاص.
732	المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 256629 .قرار بتاريخ 12-02-2001 م . - المجلة القضائية، 2002 م، ع: 02.
733	المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية،التاريخ: 18-07-2000 م ،ملف رقم: 249128 المجلة القضائية، التاريخ: 2001/02/21 م ، ع: 2.
728	المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 605592، تاريخ: 15-10-2009م ■ المجلة القضائية ، 2010م، ع: 01.
729	المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 358665 قرار بتاريخ 12-04-2006. ■ مجلة المحكمة العليا ، 2006 ، ع: 01.
730	المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،ملف: 358665، تاريخ 12/04/2006م. ■ مجلة المحكمة العليا، 2006، ع: 1 .
731	نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، ع: 64
732	الجريدة الرسمية للمداولات، ع: 156، التاريخ: 28-05-2005 م.

### سابعا: مواقع الأنترنت

733	<a href="http://www.bouti.net">/http://www.bouti.net</a> الموقع الرسمي للشيخ البوطي رحمه الله تاريخ التصفح: 11-12-2014م
734	<a href="http://www.quaradawi.net">www.quaradawi.net</a> يوسف القرضاوي ،زواج المسير تاريخ الزيارة : 24-11-2015م
735	<a href="http://www.apn.dz/ar/plus-ar/journal-officiel-des-debats-ar">http://www.apn.dz/ar/plus-ar/journal-officiel-des-debats-ar</a> الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة. تاريخ التصفح: 09-12-2015م
736	<a href="http://www.zuhayli.com">www.zuhayli.com</a> الموقع الرسمي للدكتور وهبة الزحيلي تاريخ التصفح : 11-12-2015م.

<http://www.iifa-aifi.org/2174.html> (737)

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة عشر، دبي قرار رقم 144(2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة  
الموظفة  
تاريخ التصفح: 2016-05-30م.

[http://www.hci.dz/index.php?option=com\\_content&view=article  
&layout=edit&id=226](http://www.hci.dz/index.php?option=com_content&view=article&layout=edit&id=226) (738)

تاريخ التصفح: 2016-08-18م.

<http://www.iifa-aifi.org/2174.html> (739)

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة عشر، دبي قرار رقم 144(2/16) بشأن اختلافات الزوج والزوجة  
الموظفة  
تاريخ التصفح: 2016-09-18م.

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DZA&Lang=AR](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=DZA&Lang=AR) (740)

التقرير الدوري الثاني المقدم من الجزائر و الملاحظات الختامية للجنة جلسة رقم 667 و جلسة رقم 668  
بتاريخ: 2005-01-11 وثيقة الأمم المتحدة: CEDAW/C/SR.667 -  
CEDAW/C/SR.668  
تاريخ التصفح: 2016-09-20م.

<http://www.shamela-dz.com> (741)

تاريخ التصفح: 2016-09-22م.

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/Algeria-CedawR.html> (742)

التحفظات و الإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة  
بتاريخ 22 ماي 1996م  
تاريخ التصفح: 2016-09-23م.

<http://www.aps.dz/ar/sante-science-tech/14451-2-5> (743)

وكالة الأنباء الجزائرية، 2 بالمائة من سكان الدول المغاربية تعاني من مرض التلاسيميا، الموقع الإلكتروني  
لووكالة الأنباء الجزائرية، 2015-04-04م  
تاريخ التصفح 2016-10-20م.

<http://mugtama.com/ntellectual/item/22894-2015-08-20-14-51-49.html> (744)

عامر ابو سلامة، الفقيه العلامة مصطفى الزرقا، مقال منشور على موقع مجلة المجتمع.

تاريخ التصفح: 28-11-2016م.

<http://hrlibrary.umn.edu/arabic/cedaw.html>: (745)

التقرير الجامع للتقريين الدوريين الثالث و الرابع للجزائر المقدم للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة بتاريخ  
18-05-2009م.  
تاريخ التصفح: 04-12-2016م.

<http://almuslimalmuaser.org> (746)

محمد رأفت عثمان ، استئجار الأرحام ،مقال منشور ضمن مجلة المسلم المعاصر.  
تاريخ التصفح : 12.12.2016م

<http://www.avocat-setif.org/evenements/seminaire?i=69> (747)

موقع منظمة المحامين سطيف  
تاريخ التصفح: 11-10-2016م.

<http://www.echoroukonline.com/ara/?news=1621> (748)

بلقاسم حوام، 25 ألف منغولي في الجزائر 6000 حالة جديدة كل سنة و أوروبا تحصي 400 ألف  
مصاب،  
الموقع الإلكتروني - جريدة الشروق اليومي، 19-10-2008م.  
تاريخ التصفح: 19-10-2016م.

<http://www.iifa-aifi.org/1661.html> (749)

قرار بشأن أطفال الأنايب قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث عام 1986م، تاريخ الزيارة  
: 25-10-2016م.

<http://www.themwl.org/Bodies/Researches/default.aspx?d=1&rid=99&l=AR> (750)

الموقع الرسمي للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي على شبكة الأنترنت، تاريخ الزيارة: 2016/12/08  
تاريخ التصفح: 2016/12/08

<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm#recom21> (751)

لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الدورة الثالثة عشر، 1994م ، التوصية العامة رقم: 21، المساواة في الزواج  
والعلاقات الأسرية  
تاريخ التصفح: 20-09-2016م.

<http://www2.le.ac.uk/departments/genetics/jeffreys/biography> (752)

موقع الجامعة البريطانية لستر

تاريخ التصفح: 2016-09-27م

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean\\_Carbonnier](https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean_Carbonnier) (753)

تاريخ التصفح: 2016-10-15.

<http://www.iifa-aifi.org/1797.html> (754)

الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي تاريخ التصفح: 2016-12-12م

<https://ar.wikipedia.org/wiki> (755)

تاريخ التصفح: 2016-12-03م.



## فهرس الموضوعات

أ-ك	المقدمة	
12 ص ←	الإطار المفاهيمي للعلاقة الزوجية والقواعد المنظمة لها	الفصل الأول:
14 ص	مفهوم الزواج و بيان مقاصده	<b>المبحث الأول</b>
15 ص	تعريف الزواج و بيان مقاصده	المطلب الأول
15 ص	تعريف الزواج لغة و اصطلاحا	الفرع الأول
15 ص	تعريف الزواج لغة	البند الأول
20 ص	تعريف الزواج اصطلاحا	البند الثاني
30 ص	مقاصد الزواج في قانون الأسرة	الفرع الثاني
31 ص	مقصد الزواج الشخصي	البند الأول
34 ص	مقصد الزواج الأسري	البند الثاني
35 ص	مقصد الزواج الإجتماعي	البند الثالث
38 ص	التكييف الفقهي و القانوني للزواج	المطلب الثاني
39 ص	الزواج بين كونه عقدا أو نظاما	الفرع الأول
47 ص	الزواج بين كونه عقدا مدنيا أو عقدا دينيا	الفرع الثاني
53 ص	مسار تطور تشريعات الأسرة و مسلكها في الحماية	<b>المبحث الثاني</b>
54 ص	مسار تطور تشريعات الأسرة	المطلب الأول
54 ص	فترة الاحتلال الفرنسي	الفرع الأول
62 ص	فترة ما بعد الاحتلال الفرنسي	الفرع الثاني
62 ص	المرحلة الممتدة ما بين : 1962-1984م	البند الأول
64 ص	مرحلة ما بعد : 1984م	البند الثاني
78 ص	ركائز المشرع في حماية العلاقة الزوجية	المطلب الثاني
79 ص	تحديد المرجعية التشريعية لقانون الأسرة	الفرع الأول
80 ص	المرجعية الأصلية لقانون الأسرة	البند الأول

ص 85	المرجعية الاحتياطية لقانون الأسرة	البند الثاني
ص 91	التدخل الجديد للقضاء الأسري	الفرع الثاني
ص 92	الدور القضائي الجديد للنيابة العامة	البند الأول
ص 104	توسيع صلاحيات قاضي شؤون الأسرة	البند الثاني
ص 109	حماية العلاقة الزوجية في طور الانعقاد	<b>الفصل الثاني:</b>
ص 111	الحماية الموضوعية لانعقاد العلاقة الزوجية	<b>المبحث الأول</b>
ص 112	ركنية الرضا في عقد الزواج	المطلب الأول
ص 113	مفهوم الرضا في عقد الزواج	الفرع الأول
ص 113	تعريف الرضا لغة و اصطلاحا	البند الأول
ص 118	تأصيل ركن الرضا في عقد الزواج	البند الثاني
ص 128	صيغة الرضا في عقد الزواج	الفرع الثاني
ص 129	صيغة الرضا في الفقه الإسلامي	البند الأول
ص 132	صيغة الرضا في القانون الجزائري	البند الثاني
ص 134	شرط الأهلية في عقد الزواج	المطلب الثاني
ص 135	ماهية الأهلية و تحديد أقسامها	الفرع الأول
ص 117	تعريف الأهلية لغة و اصطلاحا	البند الأول
ص 137	أقسام الأهلية	البند الثاني
ص 141	أهلية الزواج فقها و قانونا	الفرع الثاني
ص 141	أهلية الزواج في الفقه الإسلامي	البند الأول
ص 149	أهلية الزواج في القانون الجزائري	البند الثاني
ص 165	شرط الولي في عقد الزواج	المطلب الثالث
ص 165	مفهوم الولاية في الزواج	الفرع الأول
ص 165	تعريف الولاية في الزواج	البند الأول
ص 174	تمييز الولاية عن الألفاظ المشابهة لها	البند الثاني
ص 177	دور الولي في ولاية التزويج	الفرع الثاني
ص 177	دور الولي في الفقه الإسلامي	البند الأول

ص 197	دور الولي في قانون الأسرة	البند الثاني
ص 205	الحماية الاجرائية لانعقاد العلاقة الزوجية	<b>المبحث الثاني</b>
ص 206	إلزامية الشهادة الطبية قبل الزواج	المطلب الأول
ص 207	مفهوم الشهادة الطبية قبل الزواج	الفرع الاول
ص 207	تعريف الشهادة الطبية قبل الزواج	البند الأول
ص 211	أنواع الفحص الطبي قبل الزواج و أهميته	البند الثاني
ص 227	مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج	الفرع الثاني
ص 230	القائلون بمشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج	البند الأول
ص 237	القائلون بعدم مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج	البند الثاني
ص 241	الترجيح بين الرأيين	البند الثالث
ص 244	تنظيم الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري	الفرع الثالث
ص 244	مراحل تشريع الفحص الطبي قبل الزواج في القانون الجزائري	البند الأول
ص 248	ضوابط الفحص الطبي قبل الزواج في التشريع الجزائري	البند الثاني
ص 255	إجراءات توثيق عقد الزواج	المطلب الثاني
ص 256	تسجيل و إثبات عقد الزواج في القانون الجزائري	الفرع الأول
ص 256	مفهوم التوثيق و دوره في عقود الزواج	البند الأول
ص 263	تسجيل عقد الزواج في القانون الجزائري	البند الثاني
ص 269	إثبات عقد الزواج في القانون الجزائري	البند الثالث
ص 273	الإشتراط في عقد الزواج	الفرع الثاني
ص 273	مدى مشروعية الإشتراط في عقد الزواج	البند الأول
ص 283	أثر الإشتراط المقترن بعقد الزواج	البند الثاني
ص 285	أحكام الإشتراط في عقد الزواج في القانون	البند الثالث
ص 297	حماية العلاقة الزوجية بعد طور الانعقاد	<b>الفصل الثالث:</b>
ص 299	حماية الحقوق الشخصية	<b>المبحث الأول</b>
ص 300	حماية لحقوق غير المالية للزوجين	المطلب الأول
ص 301	توسيع الحقوق الزوجية المشتركة بعد تعديل قانون الأسرة	الفرع الاول

302 ص	حق المعاشرة بالمعروف	البند الأول
305 ص	حق التشاور في تسيير شؤون الأسرة و تباعد الولادات	البند الثاني
316 ص	تقليص الحقوق الزوجية الشخصية بعد تعديل قانون الأسرة	الفرع الثاني
316 ص	إلغاء واجب طاعة الزوج و رئاسته للعائلة	البند الأول
320 ص	إرضاع الأولاد عند الاستطاعة و تربيتهم	البند الثاني
323 ص	تقييم موقف المشرع الجزائري	البند الثالث
327 ص	حماية الحقوق المالية للزوجين	المطلب الثاني
328 ص	مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين	الفرع الأول
329 ص	مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين في الفقه الإسلامي	البند الأول
335 ص	مبدأ استقلال الذمة المالية للزوجين في القانون الجزائري	البند الثاني
339 ص	تقييم موقف المشرع الجزائري	البند الثالث
340 ص	مبدأ الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين	الفرع الثاني
341 ص	تأصيل مبدأ المشاركة في الأموال بين الزوجين	البند الأول
346 ص	صورة الاتفاق حول الأموال المشتركة بين الزوجين	البند الثاني
349 ص	تقييم موقف المشرع الجزائري	البند الثالث
353 ص	حماية الحقوق المتعدية	<b>المبحث الثاني</b>
355 ص	إثبات النسب بالبصمة الوراثية	المطلب الأول
356 ص	ماهية البصمة الوراثية	الفرع الأول
356 ص	تعريف البصمة الوراثية	البند الأول
358 ص	حقيقة البصمة الوراثية و خصائصها	البند الثاني
364 ص	موقف الفقه الإسلامي من البصمة الوراثية	الفرع الثاني
364 ص	مدى إثبات النسب بالبصمة الوراثية	البند الأول
375 ص	مدى نفي النسب بالبصمة الوراثية	البند الثاني
384	موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية	الفرع الثالث
384	إضافة طريق البصمة الوراثية في القانون الجزائري	البند الأول
387	القيمة القانونية للبصمة الوراثية في القانون الجزائري	البند الثاني
394 ص	جواز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي	المطلب الثاني

ص 395	مفهوم التلقيح الاصطناعي	الفرع الاول
ص 395	تعريف التلقيح الاصطناعي	البند الأول
ص 399	صور التلقيح الإصطناعي و طريقة إجرائه	البند الثاني
ص 407	موقف الفقه الإسلامي من التلقيح الاصطناعي	الفرع الثاني
ص 407	حكم إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين	البند الأول
ص 414	الآثار المترتبة على التلقيح الاصطناعي	البند الثاني
ص 427	موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي	الفرع الثالث
428	أن يكون الزواج شرعيا	البند الأول
432	أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما	البند الثاني
435	عدم جواز تدخل طرف ثالث	البند الثالث
ص 441		الخاتمة
ص 448		الفهارس
ص 523		فهرس الموضوعات
ص 528	ملخص الدراسة باللغات الثلاث	الملخص



## حماية العلاقة الزوجية في المستجدات من تشريعات الأسرة

### دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي

#### 1- ملخص باللغة العربية :

شغلت قضية الأسرة و منذ زمن بعيدا حيزا واسعا من الإهتمام ، فالأسرة بالروابط و العلاقات التي تنشؤها كانت و لا تزال الخلية النواة في هذا الاجتماع البشري ، و هي الموقع الذي تنطلق منه مسيرة تكوين شخصية الفرد و في رحابها يكتسب مفاهيمه و عقيدته و عاداته و مهاراته الأولى .

و لا شك أن العلاقة الزوجية هي المذشأ الأساس و المحور الرئيس في تكوين الأسرة بعلاقتها و روابطها التي تتكون عن طريقها، لهذا فقد وفرت لها الشريعة الإسلامية من الأحكام ما ينظم شؤونها و يضمن استقرارها و استمرارها لتحقيق أغراضها .

إن العلاقة الزوجية بقوتها و ضعفها تؤثر في العلاقات الأسرية و الإجتماعية ، و التي تشكل بامتياز اللبنة الأساسية التي تحدد توجهات المجتمع و آفاقه، مما حمل المشرع الجزائري على إعادة النظر في تشريعاته الخاصة بالأسرة - و بالأخص قانون الأسرة - من خلال وضع جملة من التدابير لضمان أكبر قدر من المناعة والاستقرار لها .

و لاشك أن التعديلات و المراجعات للمنظومة التشريعية مست القوانين التي لها علاقة بنظام الأسرة ، و كان ذلك ضمن إطار الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها بلادنا لا سيما المتعلقة بكل أشكال التمييز ضد المرأة .

إن تدابير الحماية التي جاءت بها هذه التعديلات الجديدة التي عنت بالعلاقة الزوجية على وجه الخصوص من المفروض أن تكون ملائمة و مواءمة للمقصد العام لأحكام الأحوال الشخصية و هو حفظ كيان الأسرة و حمايته، و هو مدار هذا البحث الذي يسعى للإجابة عن سؤال رئيس، يتمحور حول فعالية التعديلات الجديدة التي قام بها المشرع الجزائري في المحافظة على العلاقة الزوجية ، و مقارنة ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي، للوصول إلى أي مدى وافق روح الشريعة الإسلامية ، و هل استفاد المشرع في تعديلاته التي أدخلها على منظومته التشريعية الخاصة بالأسرة من الاجتهادات الفقهية التي وضعت الحلول للمشكلات الواقعة و المستجدة .

## 2- ملخص باللغة الفرنسية :

Protection de la relation conjugale dans la législation familiale nouvellement créée:

Étude comparative avec la jurisprudence islamique

**-Résumé:**

La question de la famille a longtemps occupé beaucoup d'attention. La famille avec les liens et les relations qu'elle établit était et demeure toujours le noyau de la société. C'est le milieu où se déroule le processus de formation de la personnalité de l'individu et dans lequel il acquiert ses conceptions, ses croyances, ses habitudes et ses premières compétences.

Il ne fait aucun doute que la relation conjugale est la source principale de la composition des relations familiales et des liens qu'elle constitue, car cela a fourni à la Charia islamique les dispositions susceptibles de régir les affaires de la famille tout en assurant sa stabilité et sa continuité pour atteindre ses objectifs.

La relation conjugale avec sa force et sa faiblesse affecte les relations familiales et sociales, qui constituent les principaux éléments qui déterminent l'orientation et les perspectives de la société. Cela a amené le législateur algérien à reconsidérer sa législation familiale, en particulier, le Code de la famille à travers un certain nombre de mesures visant à garantir une plus grande mesure d'immunité et de stabilité.

Certes, les modifications et les révisions du système législatif ont porté sur les lois qui ont trait au système familial. C'était dans le cadre des conventions internationales ratifiées par notre pays l'Algérie, et notamment en ce qui concerne toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Les mesures de protection résultant de ces nouveaux amendements, qui doivent être en harmonie avec la relation matrimoniale en particulier, devraient être appropriées et adaptées à l'objet général des dispositions du statut personnel, de la préservation et de la protection de l'entité familiale. Cette recherche vise à répondre à une question majeure : l'efficacité des nouveaux amendements apportés par le législateur algérien dans le maintien de la relation conjugale, et la comparaison avec les dispositions de la jurisprudence islamique pour déterminer dans quelle mesure l'esprit de loi islamique est maintenu. Le législateur a-t-il profité des modifications, qu'il a introduites dans son système législatif, de la jurisprudence qui a développé des solutions aux problèmes délicats actuels et émergents ?

## 3- ملخص باللغة الإنجليزية :

Protection of the conjugal relationship in the newly created family law :  
Comparative study with Islamic jurisprudence

**-Abstract:**

The issue of the family has long occupied much attention. The family ,with the ties and relationships it established ,was and remains the core of the society. It is the environment where the process of formation of the personality of the individual takes place and in which he acquires his first ideas, beliefs, habits and skills.

There is no doubt that the conjugal relationship is the main source of the composition of the family relationships and of the links that it constitutes, as this has provided the Islamic Shariah with the provisions of the family affairs , likely to ensure its stability and continuity to achieve its objectives.

The conjugal relationship with its strength and its weakness affects the family and social relationships, which are the main elements that determine the tendency and prospects of any society. This has led the Algerian legislator to reconsider the family legislation , particularly the Family Code , through a number of measures aimed at ensuring a greater measure of immunity and stability.

No doubt that the changes and revisions of the legislative system focused on the laws relating to the family system. It was under the international conventions ratified by our country Algeria, especially regarding all forms of discrimination against women.

The protective measures resulting from these new amendments, which must be in matrimonial relations in particular, should be appropriate and adapted to the general purpose of the provisions of the personal status, preservation and protection of the family entity. The aim of this research is to answer a major question: are the new amendments introduced by the Algerian legislator effective in maintaining the conjugal relationship? in comparison with the provisions of the Islamic jurisprudence to determine to what extent the spirit of Islamic law is preserved. Has the legislator taken advantage of the amendments introduced in the legislative system to the jurisprudence which has developed solutions to the current and emerging delicate problems.