



جامعة زيّان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



ضوابط رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا
الأسرة و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الجزائري

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه الطّور الثّالث LMD

تخصّص: العقود والأحوال الشخصية

إشراف الأستاذ الدكتور:

عيسى معيزة

إعداد الطالبة:

مبدوعة حدة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة	جامعة الانتساب
أ.د. أسعد المحاسن لحرش	أستاذ التعليم العالي	رئيسا	جامعة الجلفة
أ.د. عيسى معيزة	أستاذ التعليم العالي	مشرفا ومقررا	جامعة الجلفة
د. حجاج مليكة	أستاذ محاضر -أ-	عضوا مناقشا	جامعة الجلفة
د. عسالي صباح	أستاذ محاضر -أ-	عضوا مناقشا	جامعة الجلفة
أ.د. محمد رشيد بوغزالة	أستاذ التعليم العالي	عضوا مناقشا	جامعة الوادي
د. شوقي نذير	أستاذ محاضر -أ-	عضوا مناقشا	جامعة غرداية

1441-1442هـ

2020-2021م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى الغالية ..أمي ثم أمي ثم أمي
إلى روح أبي الغالي تغمدها الله برحمته وأورثها الفردوس الأعلى.
إلى زوجي الذي ساعدني وتفهم ظروفني جزاه الله عني كل خير.
إلى أبنائي الأعزاء إياد ،أنس ،أيمن .
إلى كل أخوتي وأخواتي وأبنائهم خاصة عفاف وخولة.
إلى كل زملائي القضاة.
إلى كل اصدقائي وصديقاتي خاصة شابحة اعمر سعيد.
إلى كل موظفي محكمة حاسي بحبح ومجلس قضاء الجلفة ، ومجلس قضاء الاغواط
إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد
أهدي هذا العمل المتواضع

مبدوعة حدة

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الناس، لم يشكر الله " فليس بعد توفيق الله لي في إتمام هذا العمل أفضل من حمده سبحانه وتعالى حمدا كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه ثم أتوجه بالشكر الجزيل الى :

- الأستاذ المشرف عيسى معيزة الذي تكرم بالإشراف على هذه الأطروحة أشكره على صبره وتوجيهاته ونصائحه القيمة حفظه الله ووفقه إلى كل خير.

-الأستاذ عبد المنعم بن أحمد مشرفا مساعدا على ما قدمه لي من مساعدة في إخراج هذه الأطروحة وعلى ما بذله في تصحيحها وتفتيحها لتكون في أحسن حلة ، فجزاه الله عني خيرا.

-إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على ما تكبدوه من عناء قراءة الرسالة ونقدها نقدا بناءً وإثرائها.

ولا أنسى أن أشكر في الأخير كل من مد لي يد المساعدة من قريب أو بعيد ، خاصة أساتذة وموظفي كلية الحقوق بجامعة زيان عاشور بالجلفة.

مبدوعة حدة

مقدمة

مقدمة

الحمد لله الذي أعزنا بالاسلام، وشرفنا بالقرآن، وأثار أبصارنا وبصائرنا بمنهج التوحيد والإيمان وهدانا بفضله، ورحمته من الضلالة إلى النور، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحبه ومن دعا بدعوته، واتبع سنته إلى يوم الدين أما بعد:

فلاشك أن قريحة الإنسان مهما بذلت من جهد فإنها لن ترق إلى الكمال، ويظل يحكمها النقص والقصور، ومن هذا المنطلق كانت التشريعات الوضعية ولا تزال قاصرة على الإمام بكل احتياجات الإنسان ومتطلباته.

والنقص في التشريع مشكلة تفرضها طبيعة الحياة وحوادثها المختلفة والمتباينة، فمهما كانت صياغة النصوص وقدرة المشرع، فإن التشريع -مهما كانت درجة إتقانه- لا يمكن أن يتضمن كافة الوقائع في الحياة، لأن الحياة متشعبة النواحي ومظاهرها متجددة بينما التشريع حبيس النصوص¹

و في هذا الصدد يقول الفقيه بورتاليس² ((لم تسول لنا أنفسنا أن نحاول تنظيم كل شيء، أو التنبؤ بكل شيء، ففي اختلاف حاجات الناس، واتصال أوجه نشاطهم بعضها ببعض، وتشعب مصالحهم واتساع علاقاتهم، ما يدل على أنه يستحيل على المشرع أن يتنبأ بكل شيء، بل نجد أن الأمور التي استرعت انتباه المشرع تحتوي على تفاصيل عديدة، يعجز المشرع على حصرها، كما قد تكون غير مسلم بها أو متطورة، بحيث لا يصح وضعها في نصوص التشريع، ثم كيف نبرر فعل الزمن أو نقف في طريق سير الحوادث والتطور الأدبي؟ كيف نستطيع أن نقدر سلفا ما تستطيع التجربة اطلاعنا عليه؟ وهل يستطيع الإنسان التنبؤ بأشياء لا يمكن للفكر أن يصل إليها وحده؟)) .

ومن هنا ظهرت نظرية النقص التشريعي التي أسست لفكرة استكمال التشريع بالاجتهاد في تفسيره أو الرجوع الى المصادر الخارجية لإتمامه وسد الثغرات الموجودة فيه .

1 محمد سعدي الصبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة ، وهران، الجزائر، 1984، ص 46 .

2بورتاليس-jean Etienne Marie Portalis- محام ورجل دولة ومحلف وفيلسوف فرنسي ولد في 01/04/1746 في بوسيه فار وتوفي في 25/08/1807 ببافيس وهو أحد واضعي القانون المدني الفرنسي (معلومات متاحة على الرابط التالي:

https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-%C3%89tienne-Marie_Portalis تاريخ الاطلاع 2021/05/21

وقانون الأسرة كغيره من التشريعات الأخرى قانون وضعي، إلا أنه يتميز عنها بمرجعياته الدينية فغالبا ما يكون مصدره ديانة المجتمع وعقيدته، ولقد كانت الشريعة الإسلامية في الدول العربية والإسلامية، وما تزال المصدر التاريخي والمادة الأولية لهذه القانون، حيث تم تقنين أحكام الفقه الإسلامي في مطلع القرن التاسع عشر بصدور قانون حقوق العائلة العثماني عام 1917 م المستمدة أحكامه من الفقه الإسلامي خاصة المذهب الحنفي وتوالت التشريعات الإسلامية في وضع قوانين أسرية مستمدة من الفقه الإسلامي ومعتمدة على المذهب السائد في البلاد لتبلغ أوجها في منتصف القرن التاسع عشر .

وعلى غرار باقي الدول العربية والإسلامية هيمنت الشريعة الإسلامية على النظام القانوني في الجزائر خاصة قانون الأسرة 11/84 الصادر بتاريخ 09-06-1984 الذي استمد مجمل أحكامه من الشريعة الإسلامية، والفقه الإسلامي خاصة المذهب المالكي، وقد جاء في ديباجة المشروع التمهيدي له (إعتمدت اللجنة في وضع النصوص على المصادر التالية : القرآن، السنة النبوية الثابتة ثبوتاً مقبولاً عند علماء الحديث، الإجماع القياس والاجتهاد، والفقه على المذاهب الأربعة وغيرهما من المسائل ...)¹ وبهذا فقد أخذ المشرع الأسري بالاتجاه اللامذهبي في وضع النصوص فلم يتقيد في سنه لهذا القانون بمذهب واحد، بل أخذ من كل المذاهب ولفق بينها أحيانا.

كما أن المشرع وحرصاً منه على الحفاظ على هذه المرجعية الشرعية لهذا القانون، نص على أن يكون له مصدر احتياطي واحد سداً لأي نقص يعتريه عند التطبيق يتمثل في أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك على خلاف ما ذهب إليه عند التنصيص على المصادر الاحتياطية للقانون المدني، حيث انتهج مذهب تعددية المصدر الاحتياطي، فنصت المادة 01 منه على انه (يسري هذا القانون على كل المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، فإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة...))

1- غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمنهجية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والأبحاث، العدد 25 جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2016، ص 187 .

ويلاحظ أن النص المحيل في قانون الأسرة جاء على إطلاقه مما أوجد عدة إشكالات عند تطبيقه خاصة، وأن المشرع الجزائري شذ عن جل التشريعات العربية، ولم يحدد مذهباً معيناً للرجوع إليه عند غياب النص التشريعي، ومن هنا كانت الفكرة لدراسة الموضوع للوقوف على أهم الضوابط والشروط الملزمة للقاضي عند تطبيقه لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 أعلاه .

❖ أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بإسهام القضاء في خلق القاعدة القانونية في حالة غياب أو قصور التشريع الأسري تطبيقاً لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا كان التشريع يصدر بعد دراسة وتحقيق للتأكد من صلاحيته وتناسبه مع قيم المجتمع وديانته وأعرافه إنطلاقاً من اقتراحه من اللجان القانونية المختصة مروراً بعرضه على البرلمان بغرفتيه لمناقشته ونقده وتقيحه قبل المصادقة عليه وإصداره في الجريدة الرسمية حتى يصبح ملزماً وقابلاً للتطبيق، فإن القاضي في حالة النقص التشريعي وحتى لا يترك النزاع المطروح عليه معلقاً ويبحث عن الحل العادل في إطار العملية الإجتهدية يبحث عن القانون من خلال المصدر الاحتياطي مختزلاً كل تلك المراحل التي يقوم بها المشرع فيخلق القاعدة القانونية الملائمة والمناسبة لكل نزاع مراعيًا في ذلك مصلحة الفرد والمجتمع وإلا كان منكرًا للعدالة ومعطلاً للحقوق وهو ما يؤكد على الدور العظيم والمهم للقاضي عند تطبيق نص الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية ، بالإضافة إلى ذلك فنص المادة 222 من قانون الأسرة يطرح العديد من الإشكالات بمناسبة تطبيقه، سواء من حيث تحديد نطاق المصدر المحال عليه أو من حيث طريقة ومعايير اختيار الحكم الشرعي الملائم مما أدى بأغلب القضاة إلى هجره، والاكتماء بقضاء المحكمة العليا أو السابقة القضائية لجهة النقض.

ومن جهة أخرى فهو موضوع يتعلق بالمصدر الاحتياطي للقاعدة القانونية، فإذا كان من خصائص المصدر أن يكون واضحاً دقيقاً حتى يكون القائم عليه على دراية بالدائرة التي يتحرك في حدودها، فإن الأمر يزداد صعوبة أمام عدم دقة النص المحيل وعمومه خاصة أمام استعمال المشرع لمصطلح أحكام الشريعة الإسلامية في التدليل عن المصدر الاحتياطي في قانون الأسرة ، في حين أنه استعمل مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية عند نصه عن المصدر

الاحتياطي في القانون المدني، مما أثار جدلا فقهيًا حول مدى تطابق المصطلحين أو تداخلهما وماهي دائرة كل منهما.

بالإضافة إلى ذلك فإن تباين واختلاف الأحكام والقرارات القضائية، حتى قرارات المحكمة العليا في نفس المسألة، يدعو إلى التساؤل عن معايير انتقاء الحكم الشرعي الأمثل للنزاع المطروح، وعن دور المحكمة العليا في تكريس مبدأ الإحالة وتوحيد الاجتهاد .

❖ أسباب اختيار الموضوع:

هناك العديد من الأسباب التي دفعتني لإختيار الموضوع منها أسباب شخصية وأسباب موضوعية أجملها فيما يلي :

أ- الأسباب الشخصية

1- لعل أهم سبب لاختيار الموضوع هو شغلي لمنصب القضاء مدة تفوق 15 سنة وشعوري بالعجز أمام تطبيق هذه المادة وتساؤلي الدائم عن كيفية تفسير النص وطريقة التعامل مع التراث الفقهي الواسع خاصة و أن أول فرع عملت به كان شؤون الأسرة ووجدت أن ما جرى به العمل هو رجوع قضاة شؤون الأسرة إلى اجتهادات المحكمة العليا بدلا عن تطبيق نص الإحالة على الشريعة الإسلامية فأردت المقارنة بين ما هو كائن وبين ما يجب أن يكون من خلال هذه الدراسة .

2- اطلاعي على اجتهادات المحكمة العليا في الموضوع التي لم تحقق لدي القناعة فمن جهة تستند إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنها ومن جهة أخرى كانت جل قراراتها تتميز بالإيجاز في أسبابها وعدم الإشارة إلى المراجع الفقهية ولا المذهب المعتمد إلا نادرا .

ب- الأسباب الموضوعية

1- موضوع الإحالة على أحكام الشريعة يرتبط بالعمل القضائي وإسهام القضاة في خلق القاعدة القانونية، فأردت معرفة كيف تعامل القضاة مع المسألة، وماهي المنهجية المعتمدة في انتقاء الأحكام الشرعية ، خاصة أمام نقص التكوين الشرعي لقضاة شؤون الأسرة.

2- أن المشرع الجزائري من بين قلة من التشريعات العربية والإسلامية، الذي فتح باب الاجتهاد على مصرعيه أمام القضاة، خاصة أمام ثراء الشريعة الإسلامية، وتعدد المذاهب

والآراء الفقهية، واختلافها حتى في المسألة الواحدة مما أثار صعوبات عند تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة، أردنا حصرها ومناقشتها على ضوء الاجتهاد القضائي الجزائري.

3- أن هناك الكثير من النوازل والمسائل المستحدثة فرضها التطور العلمي والتكنولوجي الذي ميّز هذا العصر، وأثر على الأسرة في كل جوانبها، لم يعالجها الفقه الإسلامي التقليدي فأردنا معرفة كيفية تعامل القضاء معها، ومنهجية الاجتهاد في هذه المسائل، وهل تدخل في نطاق أحكام المادة 222 من قانون الأسرة أم لا ؟

4- أن الموضوع لم يتطرق له شراح قانون الأسرة بصفة مستقلة إلا بعض الدراسات التي أشارت إليه باختصار فأردنا إثراء بهذه الدراسة.

5- اهتمامي بالدراسات الإسلامية وبالاجتهاد في التشريع الإسلامي، وثقتي أن شريعتنا السمحاء شريعة كاملة، ومتكاملة، لديها الحل لجل مشاكل الأسرة اليوم لأنها بلا شك صالحة لكل زمان ومكان ، وأن على الاجتهاد القضائي أن يراعي التفريق بين الثابت التي تعكس أصالة مجتمعنا، وعقيدتنا والتي لا يطالها التغيير والتبديل، وبين ضرورة التغيير الذي يقتضيه كل زمان ويفرضه تغير الأعراف والعادات، وتمييز كل ذلك عن الانسلاخ المفروض علينا بعد نقشي ظاهرة عولمة القوانين، وتأثير الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية .

❖ أهداف الدراسة:

انطلاقا من الأسباب المذكورة أعلاه، ونظرا لأهمية الموضوع، فإن هذه الدراسة تهدف أولا وأخيرا في مجملها إلى رصد أهم الإشكالات، التي يواجهها القاضي عند تطبيقه نص المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بمحاولة حصر اهم الشروط والقيود التي وضعها المشرع لتحديد دائرة الاحالة على احكام الشريعة الإسلامية ومدى الزاميتها للقاضي او كما عبرنا عنها في هذا البحث بمصطلح - ضوابط الرجوع الى احكام الشريعة الإسلامية- وذلك بغية الوصول إلى رسم معالم المرحلة الإجتهدية وكيفية إيجاد النص المناسب للنزاع المطروح، والتي تقتضي أولا وقبل كل شيء ضبط مفهوم النقص التشريعي ، ثم تقصي مراحل المنهج القضائي، المتبع للوصول إلى اختيار أنسب الأحكام الشرعية، على ضوء منهجية البحث العلمي، وأصول الإجتهد في التشريع الإسلامي المرتبط دائما بتحقيق مقاصد الشرع المرجوة من أي حكم.

❖ الدراسات السابقة:

نادرة جدا هي المراجع والدراسات التي تناولت الموضوع، فلم أصادف من بين الدراسات السابقة للموضوع إلا دراسة واحدة، هي رسالة ماجستير بعنوان **الإشكاليات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة**، للطالب إسماعيل شيخ نوقشت بجامعة وهران، الجزائر كلية الشريعة والقانون للعام 2013/2012 وهي دراسة أبرزت أهم الإشكالات الواردة على تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة، وأفاضت في شرح مذهب المشرع الجزائري في اختيار المصدر الاحتياطي ومدى توفقه في ذلك من خلال عرض أهم إيجابيات وسلبيات هذا الاختيار، كما ركزت على اجتهاد المحكمة العليا بخصوص تكريس مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية وهي تتفق مع موضوع دراستي في هذا البحث إلا أنني حاولت جاهدة معرفة المنهجية التي سار عليها القضاء في تطبيق النص ودور المحكمة العليا في مراقبة تطبيق قاعدة الإحالة وصور هذه الرقابة ومدى توفقها في ذلك .

بالإضافة إلى هذه الرسالة هناك بعض الدراسات ذات الصلة بالموضوع من أهمها:

1-رسالة دكتوراه بعنوان " الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري " للطالب الباحث محفوظ بن الصغير ، نوقشت بجامعة باتنة عام 2014 حيث تتفق هذه الرسالة مع موضوع دراستي في تأصيل مواد قانون الأسرة والبحث في مرجعيتها الشرعية كما ترصد أهم الفراغات التشريعية في قانون الأسرة وموقف الاجتهاد الجزائري منها وهي من أثرى البحوث في الاجتهاد القضائي الجزائري في مجال الأحوال الشخصية التي اطلعت عليها.

2-رسالة دكتوراه بعنوان "دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي - أحكام قانون الأسرة الجزائري نموذجا" للطالب عمر بوعلالة، نوقشت بجامعة وهران ، الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون ، والتي عالجت مرجعية القضاء في الرجوع إلى القواعد والضوابط الفقهية لضبط الاجتهاد وتوحيده .

3-رسالة دكتوراه بعنوان "الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا من خلال مقاصد الشريعة الإسلامية" للطالب مطروح عدلان تتناول إعتبار المقاصد في الاجتهاد الأسري لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا، جامعة وهران ، الجزائر ، 2015.

4-مقال بعنوان: "عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري في وضع الأحكام الأسرية" للدكتور تشوار الجيلالي، وهو مقال يتناول لا مذهبية المصدر المادي لنصوص

قانون الأسرة كما يناقش لا مذهبية المصدر الاحتياطي لقانون الأسرة كنتيجة حتمية للمنهج المتبنى من المشرع الأسري في وضع النصوص ، منشور بجامعة وهران، الجزائر، 2015.

5- بالإضافة إلى المجلة القضائية للمحكمة العليا الصادرة منذ سنة 1989 إلى 2019 والتي تضمنت بعض القرارات المكرسة لمبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في المنازعات الأسرية .

❖ صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتني في إنجاز البحث :

1- أن دراسة الموضوع تتطلب الإلمام بالعلوم الشرعية المختلفة من دراسة للقرآن الكريم، تفسيره ومعرفة بالحديث النبوي ومراتبه، والفقهاء الإسلاميين، ومدارسه وأصوله وتاريخه، للإلمام بالموضوع ودراسته بجدية وموضوعية، وهو الأمر الذي يصعب على طلبة القانون، الذين كان تكوينهم في العلوم الإسلامية بسيطاً وسطحياً، لذا فقد حاولت قدر الإمكان الإلمام بالقدر الضروري لأجل إنجاز هذا البحث.

2- قلة المراجع المتخصصة التي تناولت الموضوع خاصة الجزائرية منها.

3- عدم القدرة على الحصول على أحكام المحاكم وقرارات المجالس للإستدلال بها والإكتفاء بقرارات المحكمة العليا المنشورة بالمجلة القضائية.

❖ إشكالية البحث:

يطرح نص المادة 222 من قانون الأسرة الذي أحال بموجبه المشرع القاضي على أحكام الشريعة الإسلامية عند غياب النص، إشكالية البحث الحالي وهي : ما هي ضوابط وحدود الأخذ بمبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في المنازعات الأسرية ؟ أو بتعبير آخر متى يتوجب على قاضي شؤون الأسرة الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل قيد المشرع هذه الإحالة بشروط ضبط من خلالها هذه العملية الاجتهادية ؟ وما اثر ذلك على الاجتهاد القضائي ؟ وتتفرع عن هذه الاشكالية عدة تساؤلات فرعية أهمها:

-ماهي شروط الأخذ بمبدأ الاحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية ؟

- ماذا أراد المشرع الأسري من استعمال مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية في تعبيره عن المصدر الإحتياطي في قانون الأسرة ؟ وما الفرق بينه وبين مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي؟

-كيف فسر الفقه والقضاء في الجزائر مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية عند تفسيره نص المادة 222 من قانون الأسرة ؟

-ما هي المعايير التي يستعين بها القاضي في إختياره الحلول الشرعية، وعلى أي أساس يقضي إذا تنازعت المسألة عدة آراء ؟ ثم ما هي حدود سلطة القاضي في هذه العملية الإجتهادية ؟ أم أن الأمر متروك لمحض رغبته وميوله؟

-كيف أسهمت المحكمة العليا باعتبارها محكمة النقض، والمسؤولة على توحيد الإجتهد القضائي في تكريس ومراقبة تطبيق قضاة الموضوع لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في المنازعات الأسرية ؟

❖ المناهج المستعملة في البحث:

الإجابة على هذه الإشكالات المطروحة في البحث إستدعت إستعمال عدة مناهج علمية وتوظيفها وأهمها:

1-المنهج الاستقرائي : وذلك بإستقراء القضايا الفقهية والنصوص القانونية من أمهات الكتب والمراجع والاجتهادات القضائية من المجالات القضائية .

2-المنهج التحليلي : حيث استخدمت هذا المنهج في تحليل النصوص القانونية والبحث في مرجعيتها الشرعية وذلك بتأصيل المسائل فقها وعرض موقف المشرع الجزائري منها ومذهبه من آراء الفقهاء فيها، كما وظفت هذا المنهج في مناقشة الإجتهد القضائي وتأصيله على ضوء الآراء الفقهية المختلفة.

3-المنهج المقارن : لفهم الموضوع اعتمدت على المقارنة بين التشريعات العربية الإسلامية، والتشريع الجزائري من جهة، وكذا المقارنة بين آراء المذاهب الفقهية المختلفة في المسألة المطروحة، ومقارنتها بما ذهب إليه المشرع الجزائري .

أما عن المنهجية المعتمدة في تحرير وكتابة البحث فقد اتسمت بـ:

1-استعملت منهجية بسيطة في تقسيم الموضوع وعرضه اذ قسمته على نحو يسهل فهم مسائله وأجزائه ببساطة ويسر .

2-حاولت تناول المسائل الخلافية التي لم يتناولها المشرع الأسري بعرض أهم الآراء الفقهية ونسبتها إلى أصحاب المذاهب قدر المستطاع، مع ذكر أدلتهم في ذلك .

3- اعتمدت في معالجة البحث على اللغة العلمية المباشرة، البعيدة عن التعقيد والحشو والتكلف والغموض، وتوخي السهولة في العبارة والإيجاز في التراكيب والفقرات، حتى لا تطغى المسائل الفرعية والثانوية على المسائل الأساسية، فكان أسلوب الكتابة مبسطا و بلغة قانونية وحاولت قدر المستطاع تبسيط اللغة الفقهية عند عرض المسائل، حتى يسهل فهمها على بعض القانونيين الذين لم يحظوا بتكوين شرعي وخاصة الممارسين لمهنة القضاء أو المحاماة وهم المطبقين لنصوص قانون الأسرة الذين كان تكوينهم تكوينا قانونيا محضا وذلك للاستفادة منها قدر الإمكان .

4- توثيق النقول واستقاء المعلومة من مصدرها الأصلي ما أمكن ذلك.

5- إستغلال الهامش إلى أقصى حد ممكن .

6- ترقيم الآيات وتخريج الأحاديث والآثار .

7- ختم كل فصل بأهم النتائج المتوصل لها في دراسة مسائله

8- في دراسة المسائل التطبيقية قمت بتصوير المسألة وتأصيلها فقها ثم عرض موقف المشرع الأسري منها، وبيان اتجاه القضاء فيها إن وجد .

❖ خطة البحث:

تطلبت طبيعة الموضوع و الاشكالية المطروحة و أسئلتها الفرعية، معالجة الموضوع وتقسيم الدراسة إلى بابين:

ضمنت الباب الأول ضوابط الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية من خلال فصلين تناولت في الفصل الأول ضابط غياب النص في قانون الأسرة، وقسم بدوره إلى مبحثين، مفهوم المنصوص عنه في عرف المشرع الجزائري في مبحث أول ، تطرقت من خلاله إلى مفهوم النص قانونا ثم اصطلاحا، وطرق صياغة النصوص القانونية، وتفسيرها لتحديد مجال تطبيقها قبل تقرير حالة الفراغ التشريعي، ومبحث ثاني يتضمن حالة وجود نص يحكم المسألة خارج قانون الأسرة، وميزنا فيه بين حالتين، الأولى إذا أحال قانون الأسرة إلى قانون آخر، والثانية حالة وجود نص خارج قانون الأسرة دون إحالة عليه من قانون الأسرة، ومن خلال الفصل الثاني تطرقت إلى تحديد نطاق المصدر المحال عليه وذلك من خلال ضبط مدلول مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية، كمصدر احتياطي لقانون الأسرة، وتضمن بدوره مبحثين، الأول تناولت فيه مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية بتعريفها وتمييزها عما شابهها من مصطلحات

كمبادئ الشريعة الإسلامية، والفقہ الإسلامي كما تناول في المبحث الثاني موقف الفقہ والقضاء في الجزائر من تفسير المصطلح .

أما الباب الثاني فقسمته أيضا إلى فصلين تناولت في الفصل الأول منهجية الفقہ والقضاء في اختيار الحكم الشرعي وخصصت الفصل الثاني لأهم التطبيقات القضائية للمنازعات الأسرية في المسائل غير المنصوص عنها مع تبين توجه المحكمة العليا في الإحالة من خلال بعض النماذج في باب الزواج وآثاره والطلاق وآثاره، وصولا إلى دور المحكمة العليا في تكريس مبدأ الإحالة حسب الخطة التالية .

الباب الأول: نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في النزاع الأسري.

الفصل الأول: ضوابط تقرير حالة غياب النص .

المبحث الأول: انعدام النص في قانون الأسرة .

المبحث الثاني: ورود نص المسألة خارج قانون الأسرة

الفصل الثاني: تحديد نطاق المصدر الاحتياطي المحال عليه

المبحث الأول: مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: موقف الفقہ والقضاء من تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية

الباب الثاني: المنهج التطبيقي لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

الفصل الأول: المنهج الفقهي والقضائي لاختيار الحكم الشرعي في حالة النقص التشريعي

المبحث الأول: منهج الفقہ الإسلامي في اختيار الحكم الشرعي في المسائل الخلافية

المبحث الثاني: منهج القضاء الجزائري في التعامل مع قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة

الإسلامية

الفصل الثاني: تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة في باب الزواج وآثاره

المبحث الثاني: تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة في باب الطلاق وآثاره

الخاتمة

الباب الأول

نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية
في النزاع الأسري

الباب الأول

نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في النزاع الأسري

إن عملية تطبيق القانون من طرف القضاء تمر بمرحلتين أساسيتين، أولها مرحلة المعاينة وتتمثل في تكييف وقائع النزاع تمهيدا لإدخالها ضمن إحدى الفروض القانونية، وتحديد القاعدة القانونية التي يخضع لها النزاع المعروض عليه، وثانيا إصدار الحكم القانوني المتعلق بهذا الفرض أو ذلك، وهذا التنزيل بحكم القانون على هذا الفرض هو ما يسمى بالقرار القضائي¹، ومن ثم فإن نشاط القاضي عند فصله في الدعوى المعروضة عليه، يقتضي أولا تكييف الوقائع تكييفاً قانونياً صحيحاً بتحديد موضوعها الذي يتجلى من حاصل طلبات الخصوم الأصلية والمقابلة، ثم بعد ذلك يعمد إلى استخراج القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها، فإذا تأكد له غياب النص التشريعي الذي يحكم المسألة، إنتقل إلى المصدر الاحتياطي وهو بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري حسب م 222، منه " أحكام الشريعة الإسلامية" أين يكون دوره هو خلق القاعدة القانونية اللازمة لحل النزاع منه .

لكن الأمر لا يبدو بهذه البساطة، فتقرير حالة الفراغ أو النقص التشريعي مسألة ليست بهذا القدر من اليسر، فهي تطرح الكثير من الإشكالات، فقد يكون النص الواجب التطبيق غامضاً يحتمل أكثر من تفسير، وقد يتعارض مع نصوص أخرى سواء في قانون الأسرة أو في قوانين أخرى، كما قد يصادف القاضي نصاً يتناول جزءاً من المسألة ويسكت عن بعض أجزائها، أو قد يلغي المشرع النص دون إعادة تنظيمه من جديد، كل هذه الحالات يضطر معها القاضي إلى استخدام مكنتي التكييف القانوني للوقائع أو التفسير القضائي للنص قبل تقديره لحالة الفراغ أو النقص التشريعي، كما قد يصادف أن يكون النص الذي يحكم المسألة وارد في قانون آخر، فهل يأخذ بهذه النصوص باعتبارها نصوصاً تشريعية قبل اللجوء إلى المصدر الاحتياطي طبقاً إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الذي يشترط عدم وجود نص

1- سمير (تناغو) عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة، مصر، 1986 ص742. مع التنويه إلى أن القرار القضائي يعد أحد أنواع الأحكام القضائية لدى المشرع الجزائري وفق أحكام الفقرة الرابعة من المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على ما يلي : (يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر و الأحكام و القرارات القضائية).

الباب الأول نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في النزاع الأسري

في قانون الأسرة نفسه كشرط أولى لأعمال قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (فصل الأول).

ومن جهة أخرى فإن البحث عن الحل القانوني ضمن المصدر الإحتياطي - أحكام الشريعة الإسلامية- ليس بالمهمة السهلة أمام إطلاق لفظ الأحكام المستخدم من المشرع في قانون الأسرة، وتشابهه واقتربه من مصطلحات أخرى كمبادئ الشريعة الإسلامية، المصدر الإحتياطي الأول للقانون المدني، و كذا الفقه الإسلامي مما يوجب على القاضي بداية ومن منطلق مهامه في تفسير النصوص ضبط مدلول مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية الوارد في النص المحيل وتحديد نطاقه (فصل ثاني).

الفصل الأول

ضوابط تقرير حالة غياب النص

الفصل الأول

ضوابط تقرير حالة غياب النص

إن تقرير حالة الفراغ القانوني التي تستدعي الاستتجاد بأحكام الشريعة الإسلامية، مسألة مهمة جدا نظرا لما قد يترتب عليها من نتائج، فهي مسألة متعلقة بمدى قدرة القاضي على فهم النص، خاصة وأن جل النصوص القانونية تصاغ بشيء من الاقتضاب والإيجاز، اتجاه كثرة الوقائع، الأمر الذي قد يؤدي إلى تطبيقها بشكل غير صحيح إلا إذا تم تفسيرها، وفهمها على ضوء الغاية من سننها .

لذا سأتطرق في هذا الفصل إلى تحديد دائرة غياب النص القانوني كأهم شرط وأول شرط لتطبيق قاعدة الرجوع أو الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (المبحث الأول) ثم نتناول حكم وجود نص تشريعي يحكم المسألة خارج قانون الأسرة، بإحالة من قانون الأسرة نفسه، أو بدون إحالة ولمن تكون الأولوية في الحاليتين ، للنص التشريعي الموجود خارج قانون الأسرة ام للمصدر الإحتياطي المتمثل في أحكام الشريعة الإسلامية، مع عرض موقف المحكمة العليا وشرح قانون الأسرة الجزائري من ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأول

انعدام النص في قانون الأسرة

إن أول شرط لإعمال قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، هو شرط غياب النص التشريعي عن النزاع القضائي، وهو ما يتطلب كمرحلة أولى الإلمام بوقائع الملف وضبطها وتكييفها لمعرفة النص القانوني الواجب التطبيق، فإذا طالبت الزوجة زوجها بالنفقة فإن الموضوع يتعلق بنفقة الزوجة كأثر لقيام العلاقة الزوجية، ويحكمها في قانون الأسرة نص المادة 74 منه وهكذا، إلا أن الأمر لا يكون بهذه البساطة أحياناً، لأن النصوص تتفاوت من حيث صياغتها، ووضوحها مما يستدعي بالضرورة توظيف القاضي لكل طرق الفهم والتفسير لفهم النص ومعرفة مجاله، لذا سأتناول من خلال هذا العنوان تعريف النص القانوني وعرض أهم أنواعه وطرق صياغته (مطلب الأول)، ثم التطرق لتحديد نطاق النص وهذا يستدعي أولاً التطرق لسلطات القاضي في تكييف موضوع النزاع لمعرفة النص القانوني الواجب التطبيق ثم في حالة غموض هذا النص واحتماله أكثر من معنى نتعرض لموضوع سلطة القاضي في تفسيره وعرض بعض الحالات المختلف في تفسيرها كحالة النص على المسألة جزئياً وإلغاء النص دون إعادة تنظيمه (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : مفهوم النص القانوني

أحاول من خلال هذا العنوان تعريف النص لغة واصطلاحاً (فرع أول)، ثم عرض أهم أنواعه وطرق صياغته (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف النص القانوني

وأتناوله من خلال عنصرين، تعريف النص القانوني لغة (أولاً) ثم تعريفه اصطلاحاً (ثانياً) .

أولا / تعريف النص القانوني لغة :

النص القانوني مصطلح مركب من كلمتين "النص" والقانوني وللوقوف على معنى المصطلح كمفهوم لغوي مركب يستدعي الأمر الوقوف على معنى لفظ على حدى، فالنص لغة من نصص أي رفع الشيء يقال نص الحديث ينصّه نصا، أي رفعه وكل ما أظهر فقد نص، ونصت الظبية جيدها أي رفعته، والمنصة ما تظهر عليه العروس لترى ووضع على المنصة أي كان على غاية الشهرة والظهور وكل شيء أظهرته فقد نصصته، وأصل النص أقصى الشيء أي غايته، ونص كل شيء منتهاه لذلك يقال نصصت الرجل نصا إذ سألته حتى يستقصى ما عنده¹.

أما مصطلح القانوني فماخوذ من القانون والقانون لغة هو مقياس كل شيء " وهو لفظ دخيل على العربية ولعله انتقل إلينا من اليونان أو الرومان وماخوذ من كلمة " **kamun** " ويراد به العصا المستقيمة، وقد بدأ استعمال كلمة القانون في البلاد العربية عندما بدأت الدولة العثمانية في منتصف القرن التاسع عشر سن القوانين واقتبست أحكامها من القوانين الغربية ويطلق القانون لغة على كل قاعدة مطردة يحمل اطرادها معنى الإستمرار والإستقرار والنظام سواء في مجال العلوم الإجتماعية أم في مجال العلوم الطبيعية². فإذا أضفنا مفردة قانوني إلى كلمة النص أصبح المعنى كمصطلح فني مركب يفيد معنى " كل خطاب منشئ للقانون أو مطبق له³

ثانيا/ تعريف النص القانوني اصطلاحا :

للنصوص في القانون عدة تعريفات، أهمها أنها " قوالب قانونية لغوية تقدم بها القاعدة القانونية التي يريدتها المشرع، فالقاعدة القانونية هي فكرة منظمة لوضع معين، والنص هو اللغة التي تعبر من خلاله الفكرة إلى عالم الوجود القانوني، فاللغة هي أداة التعبير عن الفكرة القانونية التي تكونت لدى المشرع..."⁴، وهناك من يطلق عليها في الفقه بالصياغة القانونية، إذ يرى الدكتور أنور سلطان في هذا الصدد " أنه إلى جانب عنصر المادة أو المضمون في القاعدة القانونية أو ما يعرف بجوهر القاعدة، يوجد عنصر آخر متمم لا غنى عنه، وهو عنصر الشكل، ذلك أنه بقدر ما نحتاج إلى الشكل لتحقيق التطبيق العلمي

1- ابن منظور، لسان العرب ، ج 7، دار صادر، ط 3، بيروت، لبنان، 1414 هـ، ص 97-98.

2- يحي قاسم علي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية(نظرية القانون ونظرية الحق)، كوميت للتوزيع ، ، الطبعة الاولى ، القاهرة ، مصر، 1997، ص 09 .

3- بوطرفاية لطيفة ، البعد الثقافي في الترجمة القانونية(قانون الاسرة الجزائري نموذجاً) ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير ، كلية الترجمة، جامعة وهران، 2009/2008 ، ص 17.

4- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني (دراسة أصولية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، الأردن ، جانفي 2005 ص 63.

لها عن طريق ضبط وتحديد المضمون والشكل، و يتحقق عن طريق الصياغة القانونية فكما كانت الصياغة موفقة وملائمة كلما زادت فرص نجاح القاعدة القانونية في التطبيق ...¹ .
ومن أمثلة ورود لفظ " النص " في القانون ما جاء في المادة 01 من قانون المدني الجزائري " يسري هذا القانون على كل المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها ..."، وعلى هذا فالنص القانوني هو شكل القاعدة القانونية ووسيلة التعبير عنها .

الفرع الثاني: أنواع الصياغة القانونية للنصوص وضوابطها

الصياغة القانونية للنصوص هي تلك العملية التي يتم بموجبها تحويل القيم، التي تكوّن المادة في القانون إلى نصوص قانونية صالحة للتطبيق، وهي أنواع (أولا) ويراعي في صياغتها عدة ضوابط (ثانيا) .

أولا / أنواع الصياغة القانونية للنصوص

قسم الفقهاء النصوص من حيث صياغتها إلى نوعين صياغة جامدة، و أخرى مرنة.

أ/ الصياغة الجامدة

تكون الصياغة القانونية جامدة إذا كانت تواجه فرضا معيناً أو وقائع محددة، وتتضمن حلاً لا يتغير مهما اختلفت الظروف والمناسبات، لذا يجد القاضي نفسه مضطراً لتطبيق الحل والحكم بمجرد توافر الفرض بطريقة آلية وصارمة، وينطبق ذلك على القواعد التي تتضمن مواعيداً وأرقاماً محددة²، ومثال ذلك في قانون الأسرة القاعدة التي تحدد سن الزواج، و الوصية و المواريث، وموانع الإرث، وموانع الزواج وغيرها، ومن شأن هذه الصياغة أن تحقق الاستمرار وسهولة التطبيق، إذ أنها لا تعطي مجالاً للشك حول كيفية تطبيقها، ومع ذلك تؤخذ عليها مجافاتها للعدالة لأنها لا تأخذ في الاعتبار، الخصوصيات الفردية واختلاف الظروف والملابسات، عندما تعطي حلاً موحداً ينطبق على كل الحالات³.

1- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون طبعة، مصر، 2005، ص 94 .

2- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي القانونية، ط2، بيروت، لبنان، 2010، ص 150.

3- أحمد محمد الرفاعي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، برنامج الدراسات القانونية فصل الأول، جامعة بنها، مصر، 2007 -

2008، ص 94.

ب/ الصياغة المرنة :

وهي تختلف عن الصياغة الجامدة في أنها لا تضمن القاعدة القانونية، حكماً ثابتاً لا يتغير بالنظر إلى ظروف كل حالة، بل تضيء عليها شيئاً من المرونة تستجيب لمتغيرات الظروف، مما يترك للقاضي حرية تقدير وفقاً لوقائع وملابسات كل حالة..¹، وهذا يعني أن هذه الصياغة لا تعطي القاعدة (الفرض والحكم) أي حكماً واحداً لا يتغير، وإنما تعطيها نوعاً من المرونة، وتواجه الفرض بطريقة معيارية تسمح للقاضي بتقدير الحكم حسب الظروف والملابسات، وتمتاز هذه الصياغة بأنها تحقق العدل الواقعي أو الفعلي لأخذها الخصوصيات الفردية بالاعتبار مما يحقق الاستقرار والثبات في المعاملات، ولأنها تحقق العدل فهي أحد وسائل تحقيق العدالة بعكس الصياغة الجامدة التي تهدف لتحقيق العدل المجرد².

ومن أمثلة هذه الصياغة نص المادة 53 بخصوص حالات التطبيق، فهي تعطي للقاضي سلطة تقديرية في تقدير وجود الشقاق الموجب للتطبيق، أو الضرر المعتبر شرعاً حسب كل حالة، وكذلك الشأن فيما يخص تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي حسب المادة 52 من قانون الأسرة، التي تمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقديره للقرار الناجم عن التعسف، في استعمال حق الطلاق، وغيرها من النصوص وكذلك المادة 79 من نفس القانون التي تمنح القاضي سلطة تقديرية في تحديد النفقة وفقاً لمعيار حال الطرفين وظروف المعاش... الخ .

ثانياً/ ضوابط الصياغة القانونية للنصوص:

حاول الفقه من القدم وضع ضوابط ينبغي على المشرع مراعاتها عند وضعه للنصوص القانونية، ومن أهم هذه الضوابط الالتزام الكامل بقواعد اللغة العربية الفصيحة، لأننا نعبر بها عن أفكارنا ومعلوماتنا، الأمر الذي يلزم المشرع الالتزام بقواعدها، كما يجب مراعاة العلامات والإشارات الكتابية، كالنقطة والفاصلة والأقواس وغيرها، إذ أن كل علامة تعبر عن حقيقة لغوية أو علمية، إلى جانب ذلك يجب أن تتسم النصوص القانونية بالإيجاز والبساطة في النص، وأن تتعلق بكل ما هو حقيقي وواقعي من مسائل، بحيث تتجنب الفرض والتصور، وأن تخلو بصورة عامة من الاستثناءات والقيود، ما لم تستلزم الضرورة ذلك، وأن تراعي فيها عقول المخاطبين بها متوسطي الإدراك، فلا تكون نصوصاً متكلفة صعبة تحتاج إلى التدبر الطويل، والتأمل العميق³.

1- أنور سلطان، مرجع سابق، ص 96.

2- أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 95.

3- محمد كمال خميس الحوالي، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية و أحكام الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير، جامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، يونيو 2017، ص 74 .

كما يستحسن أن تصاغ النصوص بأسلوب لا يحتمل التأويل، بحيث يكون لها تفسير موحد من الجميع، وأن تكون دقيقة بشكل مؤكد للحقوق، التي تمنحها أو الواجبات التي تفرضها، وأن لا تكون متناقضة مع نصوص أخرى، وأن تكون موجزة، وأن لا تتضمن عبارات غير منتجة لأي أثر قانوني، إضافة إلى ذلك يستحسن عدم استعمال عبارات تثير الالتباس، فمثلا عبارة -لا يتوجب- قد تعني منع القيام بعمل معين، وقد تعني الإعفاء من القيام به¹.

وعموما فالنص القانوني سواء أكان ذو صياغة جامدة أو مرنة، فإن تطبيقه يتوقف على تحديد مجاله ونطاقه، وذلك بتحديد معنى ألفاظه أو دلالتها، وإزالة اللبس عن الغامض منها، ورفع التعارض بين النصوص وهو ما نتناوله في العنوان اللاحق .

المطلب الثاني: نطاق النص القانوني

إن تحديد نطاق النص لمعرفة ما إذا كانت المسألة المطروحة على القاضي، منصوصا عنها فتدخل تحت أحكام هذا النص، أو ذلك أو تخرج عنه، يستدعي أولا تكييف الوقائع لإدراجها تحت وصف قانوني معين وتحديد النص الواجب التطبيق عليها (الفرع اول) وقد يقتضى الأمر تفسير النص متى كان غامضا او معيبا للقول إن كان ينطبق على هذه الوقائع أو يدخل في دائرة غير المنصوص عنه (الفرع الثاني)، ومع ذلك فإن هناك بعض المسائل التي يُلتبس فيها الأمر ويصعب تصنيفها، هل هي من المنصوص عنه؟ أم تدخل في مفهوم النقص التشريعي الذي يحتم على القاضي اللجوء إلى قاعدة الإحالة والاستتجاد بأحكام الشريعة الاسلامية بشأنها، وتتمثل في حالتها النص الجزئي على المسألة، وإلغاء النص دون إعادة تنظيمه (الفرع الثالث).

1- وليد النقيب، صياغة النصوص القانونية ، بحث متاح على الرابط <http://www.arabparliamentaryinstitute.org/upload> ص 8-9 تاريخ الاطلاع 2021/05/21.

الفرع الأول : التكييف القانوني للوقائع

التكييف القانوني أو كما يقال عنه مكان إلتقاء الواقع بالقانون، هو أول عمل قانوني يقوم به القاضي في طريقه لحل النزاع المطروح عليه وهو عملية فنية قانونية أشبه ما تكون بالتشخيص الذي يقوم به الطبيب لمعرفة المرض حتى يصف الدواء المناسب له، فيبحث ضمن نصوص القانون عن النص الذي يحكم النزاع ، ومن ثم فإن تقرير حالة الفراغ كمرحلة أولية سابقة عن تطبيق قاعدة الإحالة على الشريعة الإسلامية تتوقف على هذه العملية ، لذا نتطرق من خلال هذا العنوان إلى مفهوم التكييف القانوني (أولا) ثم نتطرق الى أهم مقوماته (ثانيا)

اولا :مفهوم التكييف القانوني للوقائع

نتاول من خلال هذا العنوان تعريف التكييف (أ) ، ثم تمييزه عن سلطة التقدير (ب)

أ-تعريف التكييف القانوني للوقائع

إختلف الفقه في تعريف التكييف القانوني فذهب رأي للقول ((أن القاضي يقوم بفحص وقائع الدعوى من الناحية المادية ثم بعد ذلك يجري التكييف القانوني لهذه الوقائع والمقصود بذلك أن يتوخى القاضي معاني القانون في حاصل فهم الواقع في الدعوى ، أي أن يقوم برد هذا الواقع إلى حكم القانون ، ومن ذلك تكييف العقد هو تسميته بإسم قانوني يستتبع ترتيب آثار معينة))¹

وهناك من عرفه ((بأنه تكييف الأساس الذي تقوم عليه الدعوى بإعطاء هذا الأساس اللون القانوني الملائم وينزل عليه حكم القانون السليم ، فالتكييف هو عقدة النزاع ومضمون المناقشة ويجب أن يخضع لتقدير القاضي ، ومهمة القاضي تقتصر في ذات الوقت على تكييف أساس الدعوى تكييفاً صحيحاً في إطار الوقائع المطروحة عليه)) ، وعرفه الدكتور احمد أبو الوفا بأنه ((أعمال القاعدة القانونية وإرسائها على ما يثبت من وقائع الدعوى أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كعناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق))

وذهب الفقه الفرنسي إلى تعريفه بأنه ((عمل ذهني -Acte d'intelligence- يقوم من خلاله القاضي بتقديرات وعمليات منطقية لحل قضية قياس منطقي المقدمة الكبرى فيه هي القاعدة القانونية والمقدمة الصغرى فيه هي الوقائع وليس لإرادة القاضي شأن في هذا الحل ، لأنه يطبق القانون على الحالة الواقعية ، ويعبر الحكم عن إرادة القانون لا إرادته الذاتية))²

1- محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ، بدون مكان نشر ، ط 1، 1982، ص59.

2- محمد محمود إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 69.

ولم يعرف المشرع الجزائري التكييف القانوني للدعوى ولكنه أشار إلى هذا المصطلح من خلال نص المادة 29 من قانون الأسرة التي تنص ((يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح)) ويمكن أن نستخلص من خلال هذا النص أنه أراد بالتكييف إدراج الوقائع محل النزاع تحت وصف قانوني معين ثم البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها بتحديد النص الواجب التطبيق أو تقرير حالة الفراغ التشريعي ومن ثم الانتقال للبحث عن الحل ضمن المصدر الإحتياطي للقانون.

ب- تمييز التكييف القانوني عن السلطة التقديرية للقاضي

إذا كان الإجماع منعقد على ضرورة أن يباشر القاضي سلطة التكييف لكي يستطيع أن يقضي في الدعوى التي رفعت أمامه، فإن الفقه اختلف بالنسبة لسلطة التقدير للقاضي، فذهب جانب من الفقه إلى إنكار هذه السلطة للقاضي على أساس أن القاضي دائما مقيد في قضائه بارادة المشرع وحتى بالنسبة للحالات التي يقضي فيها طبقا للعدالة فإنه لا يستمد الحكم من نفسه وإنما من قاعدة موضوعية غير مكتوبة يبحث عنها القاضي في الضمير العام للجماعة، بينما الراجح من الفقه منح القاضي هذه السلطة في نطاق معين.

وسلطة التقدير مفادها بالنسبة للقاضي ما يتضمنه القانون الإجرائي والموضوعي من نصوص تخول القاضي صراحة حرية التقدير او الإختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه وهناك إرتباط عضوي فيما بين التكييف والتقدير في أن القاضي المطروح عليه النزاع يجمع بينهما، كما ان العاملين ينصبان على وقائع الدعوى وأدلتها وهما مكملان لبعضهما، إذ لا يستطيع القاضي أن يباشر التكييف قبل التقدير فإذا انتهى من التقدير الصحيح بدأ التكييف وإذا انتهى من التكييف بدأ في التطبيق وهذا التحليل مرده أن العمل القضائي عمل تتابعي مركب، وإذا كان التكييف والتقدير وسائل وادوات فنية يستخدمها القاضي في عمله، إلا أن لكل منهما نطاق لا يتعداه ولا يتجاوزه ومن ثم فهناك تحديد واضح لكلا الأمرين، فليس هناك تقدير في ذات عملية التكييف، كما أن التقدير منعدم في التفسير وتطبيق القانون على واقع الدعوى وإنما النطاق ينجلي ويتسع إذا ما فصل القاضي في الدعوى وفقا لقواعد العدالة حيث لا يوجد نص منطبق على النزاع، فهو ملزم بأداء العدالة والا عد منكرا لها.

والفارق جوهري بين التكييف والتقدير فبينما الأول يعني إضفاء الوصف القانوني على الوقائع الثابتة في الدعوى وتسميتها بإسمها القانوني وهو بهذه المثابة عملية قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة

النقض، نجد التقدير عملية يعمل فيها القاضي فكره وعقله ومنطقه وتخضع لترجيحه وملائمته ، وهذه العملية تتعلق بالوقائع ولا تخضع لرقابة محكمة النقض¹ .

ثانيا / المقومات الأساسية لعملية التكييف القانوني للنزاع

يقوم التكييف القانوني للوقائع على أسس ومقومات لعل أهمها
أ-التكييف ملك للقاضي وليس الخصوم :

بالرجوع إلى نص المادة 29 / 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجدها تنص على ما يلي: «يكيف القاضي الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح، دون التقيد بتكييف الخصوم».

وبالرجوع كذلك إلى نص المادة 451 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، نجدها تنص على ما يلي « يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقا لأحكام قانون الأسرة ، فمن خلال هذين النصين ؛ نستنتج أن المشرع يؤكد على أن مسألة التكييف هي مسألة قانونية وبالتالي يجب على القاضي أن لا يتنازل عنها لأطراف الخصومة القضائية ، بل أكثر من ذلك نجد أن المشرع بعد ما طلب من القاضي القيام بمهمة تكييف الوقائع التكييف القانوني الصحيح ، وحتى لا يبقى القاضي في حيرة من أمره بوجود تكييف أطراف الخصومة، طلب منه أن لا يلتفت إلى تكييف الخصوم ولا يتقيد به ، وإلا أصبح الخصوم هم من ينشأ الحكم القضائي في حين أن هذا الأمر ليس من عملهم ، أما القاضي فهو صاحب الولاية القضائية وصاحب الاختصاص ؛ إذ يفترض في القاضي العلم ، فهو الذي يعلم بالقانون جيدا وهو الذي يقع على عاتقه تطبيق هذا القانون، وهذا التطبيق لا ينبغي معه تجاهل طلبات الخصوم والخروج عن الوقائع التي جاؤوا بها بالزيادة أو النقصان أو حتى الافتراض ، بل من مهام القاضي إزاء هذه الوقائع هو فحصها وتقديرها وتكييفها وإعطائها الوصف القانوني السليم لإخراج إرادة القانون إلى الوجود من خلال الحكم القضائي الفاصل في النزاع القائم وهذا هو لب وجوهر الحكم القضائي² .

ب-التكييف يقوم على اليقين ويستبعد التخمين

من خصائص التكييف القانوني الجوهرية انه يدور في منطقة اليقين ، بعكس الادعاء من الخصوم فيدور في منطقة الاحتمال والتخمين وجوهر هذا اليقين في الرأي القضائي الذي انتهى اليه القاضي بوسيلة التكييف، واذا كان القاضي يصل بالتكييف الى تكوين رأي قانوني في ادعاءات الخصوم وهذا هو الرأي

1- محمد محمود ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 111.

2- لمطاعي نور الدين ، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع ، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ج49 رقم3 ، الجزائر ، 2017، ص 335.

القضائي ، ويقوم هذا الرأي مع معرفة القاضي للقانون و اقتناعه بالوقائع وهي ظواهر شخصية مهما بلغت درجة اليقين فيها أو التأكد ، فانه يظل يقينا شخصيا نسبيا يقتصر الى مقومات الحقيقة المطلقة، ولما كان اداء هذه الوظيفة ضروريا لسير النظام القانوني ، وكان لابد من تزويد العمل القضائي بالقوة اللازمة لهذا الغرض، وتتمثل في فرض رأى القاضي على الخصوم، وهكذا لا يصبح الرأي القضائي مستندا الى قوته المنطقية وحدها بل الى قوة قانونية، وهذه القوة هي التي تكسب الرأي القضائي صفته الموضوعية¹

الفرع الثاني : تفسير النص

تتسم النصوص القانونية عادة بالعمومية والتجريد، في صياغتها حتى تنطبق على أكبر قدر من المسائل، مما يجعل تطبيقاتها على حالات خاصة أمر تعترضه صعوبات كثيرة، الأمر الذي يتطلب الوقوف على المعنى الحقيقي الذي أراده المشرع من النص القانوني، وهذا لا يتأتى إلا باستعمال مكنة التفسير، والتي من خلالها يتم توسيع أو تضيق نطاق تطبيق النصوص القانونية. لذا نتطرق فيما يلي الى تعريف التفسير (أولا) ثم إلى طرقه (ثانيا)

أولا / تعريف التفسير

للتفسير معنيان لغوي (أ) واصطلاحي (ب) .

أ/ تعريف التفسير لغة : التفسير لغة من فسر والفسر هو البيان ومنه قوله تعالى ﴿وَلَا يَأْتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلَّا جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنَ تَفْسِيرًا﴾².

والتفسير هو كشف المغطى، وكشف المراد من اللفظ المشكل، واستفسرته طلبته، أو سألته أن يفسر

لي³.

والبيان من معاني التفسير يقصد به لغة الفصاحة واللسن، ويقال فلان أبين من فلان أي أفصح منه وأوضح كلاما، والبيان أيضا ما تبين به الشيء من الدلالة وغيرها، والتبيين هو التوضيح والوضوح⁴.
ومن معاني الفعل فسر أيضا التأويل، وهو من الأوّل بمعنى الرجوع، فنقول أول الشيء يؤول، مآلا وأوّلا بمعنى رجع وأوّل الكلام وتأوّلّه، بمعنى دبره وقدره، وأوّل الكلام يعني أيضا فسرّه⁵.

1- محمد محمود ابراهيم ، مرجع سابق ، ص 107.

2- سورة الفرقان، الآية 33.

3- ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ، ج5، ص55.

4- ابن منظور، المرجع نفسه، ج 13، ص69.

5- ابن منظور، المرجع نفسه، ص69.

ب/ تعريف التفسير اصطلاحاً:

تعددت آراء الفقهاء في تعريف التفسير، ومردّ اختلافهم هو مجال التفسير، فمنهم من قصره على بيان النص المبهم، فلا مجال لتفسير النص الواضح، ومنهم من جعله يشمل كل النصوص، بالإضافة إلى ذلك التوفيق بين النصوص المتعارضة وتكميل النقص في التشريع¹.

1/ تعريف تفسير النصوص القانونية حسب الاتجاه الأول

يضيق أنصار هذا الاتجاه معنى التفسير، بحيث يجعلونه يشمل إزالة الغموض وتوضيح النصوص، وبيان نطاق تطبيقها، ومن أهم هذه التعريفات أنه: "تحديد المعنى الحقيقي الذي تتضمنه القاعدة القانونية، وتعيين نطاقها وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية التي يثار بصدها تطبيق هذه القاعدة"².

منهم من عرفه بأنه: "تحديد معنى القاعدة القانونية برسم حدود تطبيقها العملي، واستخلاص الحلول التي تتضمنها العلاقات القانونية، بما فيها إيضاح غامضها وتفصيل مجملها". ويتضح من هذا التعريف شمول معنى التفسير – بالإضافة لبيان المعنى. لتعيين نطاق النص وهو ما يسمى بتحقيق المناط وهو بيان ما يدخل فيه من الصور وما لا يدخل، حتى إذا حصلت واقعة من الوقائع، عرفنا من خلال التفسير أن هذا النص ينطبق عليها أم لا، وبناء على هذا التفسير يصدر الحكم على هذه الواقعة"³.

2 / تعريف تفسير النصوص القانونية حسب الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن التفسير يشمل بالإضافة إلى توضيح النص الغامض، إصلاح عيوب النص، إن وجدت، وإزالة التعارض بين النصوص، كما يشمل إكمال النقص في التشريع، أو ما يطلق عليه " الاجتهاد في سد الفراغ في القواعد القانونية ".

ومن التعريفات الشاملة للتفسير حسب هذا الاتجاه ما ذهب إليه الدكتور أنور سلطان بقوله :
والتفسير يتناول ما يأتي :

✓ تكميل القاعدة القانونية إذا عابها الاقتضاب والإيجاز.

✓ رفع التناقض الموجود بين القاعدتين أو أكثر، بالتوفيق بينهما وترجيح إحداها على الأخرى،

إن لزم الأمر .

1- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص78 .

2-توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق، مؤسسة الثقافة الجامعية ط1، مصر، ب-ت، ص 153.

3- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص67

✓ المساهمة في تطبيق القواعد القانونية على الواقع المتغير بجزئياته وتفاصيله¹ .

ومنهم من عرفه بأنه: "بيان معنى النص الغامض، سواء كان هذا الغموض ناتجا عن نقص أو عدم تناسب الألفاظ أو غرابتها، أو كان تناقضا عقليا نتيجة لطابع أسلوب اللغة المستخدمة، أو نتيجة أخطاء مطبعية".

وما يلاحظ على التعريف الأخير أنه حصر التفسير عن النص الغامض، مثل الاتجاه الأول، إلا أنه عدد صور الغموض، مثل تناقض الألفاظ وغرابتها والتناقض العقلي، أو الأخطاء المطبعية² . وما نخلص إليه أن أنصار هذا الاتجاه، أدخلوا على التفسير معاني أخرى، غير بيان معاني النص، كإصلاح الخلل في النص، وإكمال النقص في التشريع، ورفع التعارض بين النصوص إن وجد، كتخصيص العام وتقييد المطلق، وهي أمور تخرج حسب رتبته من باب التفسير إلى باب الاجتهاد.

ثانيا/ طرق تفسير النصوص القانونية

تختلف طرق تفسير النصوص التي ينتهجها القاضي تبعا لما يكون عليه النص، وحسب درجة وضوحه، أو غموضه، فإذا كان النص واضحا خال من أي عيب، وجب تفسيره من خلال النص نفسه، أو ما يطلق عليه بالطرق الداخلية للتفسير (أ)، وقد يكون النص غامضا مبهما يحتمل أكثر من تفسير، فيبغى عندئذ الاستعانة بالطرق الخارجية للتفسير (ب) .

أ/ الطرق الداخلية

نصت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، في فقرتها الأولى " يسري هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه، في لفظها أو فحواها"، فيحصل أن المراد بالمنصوص عنه في عرف المشرع الجزائري ما كان منصوصا عنه لفظا ومعنى، فيتم فهم النص من عبارته وألفاظه أو من إشارته ودلالاته ومقتضاه³.

1- أنور سلطان، مرجع سابق، ص157.

2- عبد المهدي محمد سعيد أحمد العجلوني، مرجع سابق، ص69.

3- إسماعيل شيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، الجزائر، 2013-2014، ص51.

1/ فهم النص من ألفاظه

ويقصد به فهم النص من ألفاظه وتراكيبه اللغوية، ويطلق عليه أيضا بالمعنى الحرفي للنص، أي دلالة العبارة على المعنى المتبادر فهمه منها، فلا يجوز الاجتهاد في تفسير النص بحجة البحث عن حل عادل مخالف لما هو وارد صراحة في النص، بل يجب التسليم بالمعنى الظاهر وعدم الانحراف عنه¹. ويستعان في فهم عبارات النص بالقواعد والضوابط اللغوية المستمدة من استقراء الأساليب العربية، وما قرره أئمة اللغة العربية، فهي قواعد لفهم العبارات فهما صحيحا، ولذا يتوصل بها إلى فهم أي قانون وضع باللغة العربية...².

لذا فإن فهم النص يتطلب الاستعانة بدلالات الألفاظ التي صاغها الأصوليون لفقه النص وفهمه، يقول الدكتور وهبة الزحيلي في هذا الصدد " لهذا وضع علماء الأصول قواعد وضوابط، هي في الحقيقة مستمدة من طبيعة اللغة العربية، ووفقا لتتبع واستقراء الأساليب العربية، فهي ليست شرعية أو دينية خاصة، ولكنها عربية شكلا وموضوعا، نصا وروحا لذا فإنها تستعمل في فهم أي نص شرعي أو قانوني"³. وقد قسم جمهور الأصوليون دلالة اللفظ على المعنى إلى المنطوق والمفهوم، فالمنطوق هو ما دل عليه اللفظ في محل النطق، ويقسم بدوره إلى صريح وغير صريح، يدخل في المنطوق الصريح الأمر، النهي، المطلق، المقيد، العام، الخاص، المجمل، المبين، الظاهر، المؤول وغيرها . أما غير الصريح فهو ما لم يوضع لفظ له، بل يلزم له ما وضع له، فيدل عليه بالالتزام، وهو أقسام إشارة النص واقتضاء النص وإيماء النص، أما المفهوم فهو ما دل عليه اللفظ، لا في محل النطق وهو قسمان مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة .

ومن أمثلة الأخذ بمدلول الألفاظ، ما ورد من جدل فقهي حول تفسير مصطلح الأحفاد في نص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري، بخصوص شمول اللفظ أبناء البنت بالإضافة إلى أبناء الابن، بشأن استحقاق الوصية الواجبة، فقد نصّت المادة أعلاه " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة...".

كما نصت المادة 172 من نفس القانون المتعلقة بشروط تنزيل الأحفاد، " أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه...".

1- محمد حسن منصور، مرجع سابق ص274.

2- عبد المهدي محمد سعيد العجلوني، مرجع سابق ص73 .

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، ط1، دمشق، سوريا ، 1986 ص198.

وقد أثار تفسير مصطلح الأحفاد في نصين أعلاه، جدلا فقهيًا واسعًا بين شرح قانون الأسرة، بيّن من قصر المصطلح على الأحفاد أولاد الذكور، وبين من وسعه ليشمل أولاد البنات، ولكل حججه، نسوقها كما يلي :

الرأي الأول وعلى رأس القائلين به الدكتور العربي بلحاج، والموثق جمال ليشاني، والأستاذ الموثق جيجيك صالح، حيث يرى هذا الأخير انه يقصد بالأحفاد أبناء الذكور دون أبناء البنات، مستندا إلى الترجمة الفرنسية للمصطلح " مورثهم " الوارد في النص باللغة الفرنسية للمادة 171 من قانون الأسرة Des dexentent d'un fils ، والتي تعني الأولاد الذكور، وقد تم الرد على هذه الحجة بأن الترجمة استنادا إلى النص الفرنسي تفسير خاطئ، لأنه متى وجد تناقض بين النص الفرنسي والنص العربي فالأصل هو الأخذ بما هو وارد في النص العربي ¹ .

وأضاف أنصار هذا الرأي أن الحفيد في اللغة العربية هو ابن الإبن، أما ابن البنت فهو السبط، وهو من ذوي الأرحام الذين لهم أحكام خاصة في التوريث ²، حسب المادة 168 من قانون الأسرة .

الرأي الثاني: يرى أنصاره أنه يقصد بمصطلح الأحفاد أو الحفدة، أولاد الذكور أو أولاد البنات على السواء، ومن القائلين به الدكتور دغيش أحمد، ومن أبرز حججهم

1- أن لفظ الأحفاد في النص القانوني جاء عاما يشمل كل ما ينطوي تحته من دلالات، والعام عند الأصوليون يحمل على عمومته ما لم يرد ما يخصه ولا بد للتخصيص من دليل، والعام لغة هو شمول أمر لمتعدد سواء أكان الأمر لفظا أو غيره، وقد عرفه إصطلاحا الرازي في المحصول بقوله : " هو اللفظ المستغرق بجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد " ³.

2- ما جاء في نص المادتين 169 و 170 من قانون الأسرة الجزائري، بخصوص مصطلح أصلهم أي أصل الحفدة، والأصل في علم الفرائض الأب أو الجد والأم أو الجدة، هو ما يؤكد نص المادة 171 التي تنص " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين لأصلهم جدا كان أو جدة "، فالمشرع اعتبر الجد

1- les petits fils et petites filles ne peuvent venir a la succession de cujus au lieu et place de leur auteur s'ils on de jaherite de leur père on mere..."

انظر أيضا بشور فتيحة، التنزيل في القانون الأسرة الجزائري ، مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون المصري ، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة 09، عدد 18 جوان 2015 ، ص 134 .

2- جيجيك صالح، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، بدون طبعة ، الجزائر ، بدون سنة نشر ، ص74-76.

3- وهبة الزجيلي، أصول الفقه ، مرجع سابق، ص244.

والجدة أصلا للأحفاد، فمن باب أولى أن يصدق اللفظ على الأم باعتبارها الأصل المباشر، ويقال أصل الرجل أبوه وأمه، وهذا باتفاق أهل اللغة والشريعة¹.

3- أن أغلب الفقهاء المتأخرين يستعملون في تفسير النصوص التشريعية، لاسيما ما تعلق منها بالفقه الاسلامي ما يسمى بالدلالات اللغوية، التي نظمها الأصوليون في باب دلالات الألفاظ في علم الأصول، ويرى هؤلاء الفقهاء أن المجتهد يجب أن يتقيد في تفسير النصوص القانونية بأمرين، أولهما ما تدل عليه ألفاظ النص لغة حسب ما نظمه الأصوليون من قواعد الدلالات، وثانيها الاستعانة بمقصد المشرع إذا ثبتت أمارته، وقامت شواهد².

4- أن المشرع قصد من استعمال مصطلح الأحفاد أولاد الذكور وأولاد البنات على السواء، إذ جاء في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة لعام 1984 " أن نظام التنزيل الذي وقع الاتفاق عليه يسمح لأولاد الذكور أو الإناث الذين توفى والدهم ووالدتهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم، بوصية على نسبة حصة ما يرثه والدهم أو والدتهم، من أصلهم الهالك دون أن يتجاوز ذلك الثلث³ .

أما موقف القضاء من تفسير مصطلح الأحفاد الوارد في نص المادة 169، فبالرغم من اختلاف الفقه في تفسيره، إلا أن قضاء المحكمة العليا استقر رأيه على عدم التفريق بين الأحفاد أولاد الذكور وأولاد الإناث، في مسألة التنزيل وقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2013/09/12 تحت رقم 759763⁴ " حيث أن كلمة أحفاد لغة تشتمل أولاد الابن وأولاد البنت، وأن كلمة أصلهم في نص المادة 169 من قانون الأسرة، تعني الأم والأب " و عليه فإن المحكمة العليا فسرت نص المادة 169 من خلال ألفاظه وعباراته، وأخذت مصطلح الأحفاد والأصول على عمومه لعدم ورود ما يخصه⁵، كما أن هذا التفسير أثبتت الشواهد أنه يوافق إرادة المشرع كما اشرنا إليه آنفا، لذا فقد أصابت المحكمة العليا فيما ذهبت إليه في هذا الصدد.

1- دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة، الجزائر، 2009 ص144.

2- محمد أبو زهرة، شرح قانون الأسرة الوصية، دار الفكر العربي، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 1988، ص 189.

3- بوعلام بن حمودة، المشروع الجزائري لقانون الأسرة، محاضرة منشورة في مجلة الملتقى الخامس للتعرف على الفكر الإسلامي مؤرخة في 20/07/1971، الجزائر، ص206.

4- المجلة القضائية، لعام 2014 عدد 1

5- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص275.

2/ فهم النص من إشارته

ويقصد به الأخذ بالمعنى الذي يستفاد من إشارة النص، أي ما يعتبر لازماً للمعنى المستفاد من العبارة، فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام، وقد يكون وجه التلازم بين الظاهر يفهم بقليل من التأمل، وقد يكون خفي يحتاج إلى تحصيل المعنى الإلزامي، الذي يشير إليه النص بجهد وتفكير¹.

ومن أمثلة ما يفهم من إشارة النص في قانون الأسرة الجزائري، ما ورد في نصي المادتين (40-41) منه، فيما يخص نسب ولد الزنا، فكثير من شرّاح قانون الأسرة اعتبروا مسألة ولد الزنا من الفراغ التشريعي، الذي يستدعي اللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من قانون الأسرة²، إلا أننا نرى عكس ذلك، فإذا كان ظاهر نص المادة 40 من قانون الأسرة، يشير ويعدد أسباب النسب المنشئة و الكاشفة له، بقوله " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو الإقرار، أو البينة أو بنكاح الشبهة، أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، طبقاً للمواد 32،33،34 من قانون الأسرة، " فان مدلول النص يشير التزاماً إلى عدم جواز إثبات النسب خارج هذه الحالات، ويؤكد ذلك نص المادة 41 من نفس القانون، والتي جاء فيها (ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعياً، وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة، " فيشير مدلول النص إلى عدم جواز إثبات نسب المولود خارج دائرة الزواج الشرعية لأبيه، كما يفهم من دلالة النص وإشارته، أنه لا يجوز نفي نسب الولد بطرق أخرى غير اللعان، فيتطرق النص أيضاً إلى مسألة عدم جواز نفي النسب بالطرق العلمية .

لذا فإننا نعتقد أن مسألة نفي النسب بالطرق العلمية، وإثبات نسب الابن المولود خارج العلاقة الشرعية، يخرجان عن دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، لأنهما مسألتان منصوص عنهما بمقتضى إشارة النص كما بيّناه أعلاه .

3/ تفسير النص حسب مقتضاه ودلالته:

ويقصد به إستخلاص معنى النص من خلال دلالاته، أي المعنى المأخوذ من روحه ومعقوله³ وله ثلاث صور:

✓ الاستنتاج بمفهوم الموافقة (القياس) : ويقصد به إعطاء حالة غير منصوص عنها حكم حالة أخرى منصوص عنها، ومثابته لها لاتحاد العلة بينهما .

1- سمير تناغو، مرجع سابق، ص764.

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص275.

3- إبراهيم إسحاق منصور، نظريتنا الحق و القانون وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة ، الجزائر، 1986، ص194، 195.

✓ الاستنتاج بمفهوم المخالفة : ويقصد به إعطاء حالة غير منصوص عنها حكم معاكس لحالة أخرى منصوص عنها، لاختلاف العلة بينهما، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري، (تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت منه في حالة جنون أو عته أو سفهه ..)، وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن هذه التصرفات تعتبر نافذة وصحيحة متى صدرت عن المجنون في حالة إفاقته¹.

ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة 51 من قانون الأسرة، (لا يمكن أن يراجع الرجل منطلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره، وتطلق منه أو يموت بعد البناء))، ويستفاد من هذا النص أن الطلاق الواقع ثلاث مرات متتالية يعتبر طلاقا بائنا بينونة كبرى، ويقع ثلاثا كما يفهم من النص بمفهوم المخالفة أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يقع ثلاثا، لأن لفظ الطلاق في المادة 51 أعلاه وصف بـ "مرات متتالية"، فهي قيد عليه فينتفي الحكم إذا انتفى هذا القيد، ويثبت نقيضه فيكون مؤدي مفهوم المخالفة أن من لم يطلق زوجته ثلاث مرات متتالية، له أن يراجعها، مما يعني أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد لا يعد بائنا بينونة كبرى، فيتحصل أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد منصوص عنه بمفهوم المخالفة لنص المادة 51 من قانون الأسرة، ولكن مسألة هل يقع طلاق واحدة أو لا يقع أصلا فهو من المرسل الذي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حسب المادة 222 من قانون الأسرة².

✓ الاستنتاج من باب أولى ويسمى أيضا القياس بطريق الأفضلية، ويكون بإعطاء حكم حالة منصوص عنها لحالة غير منصوص عنها لأن علة الحكم في الحالة الثانية أكثر توافرا³، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 66 من قانون الأسرة الجزائري، "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم ..."، فإذا كان النص يسقط الحضانة عن الأم لزواجها من غير قريب محرم للمحضون، فإن مساكنتها لرجل أجنبي عنها وعن المحضون بدون زواج تسقط عنها الحضانة من باب أولى.

1- جعفر محمد السعيد، نظرات في بعض أوجه التناقض بين القانون المدني و قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، ج 39 العدد 3، الجزائر، 2001، ص32.

2- إسماعيل شيخ، مرجع سابق، ص65، انظر: أيضا عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دار البصائر، ط1 الجزائر، 2007، ص297.

3- سمير عبد السيد تتاغو، مرجع سابق، ص765.

ب/ تفسير النص المعيب:

يكون النص معيباً متى ما شابه غموض أو تناقض أو خطأ أو نقص، ويلجأ المفسر عند وجود أحد هذه العيوب في النص إلى الاستعانة بالطرق الخارجية للتفسير، أي الخارجة عن النص ونجملها في مايلي :

1 / تقريب النصوص من بعضها:¹

يجب على المفسر تقريب النصوص القانونية التي تحكم المسألة من بعضها، فتعتبر النصوص الخاصة بموضوع واحد كل يكمل بعضه البعض ، وبذلك يسهل التعرف على الحكم، فقد يأتي النص مطلقاً في موضع ثم يقيد في موضع آخر، وقد يأتي عاماً في صدد موضوع ما، ويخصه المشرع في موضع آخر، ومن أمثلة ذلك في قانون الأسرة الجزائري، مسألة رجوع أحد الوالدين عن الهبة فالمادة 211 من قانون الأسرة، نصت على أن " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنّه إلا في الحالات التالية :

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
 - إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين .
 - إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع منه أو أدخل عليه ما يغير طبيعته".
- فالأصل أن الهبة بعد توافر شروطها لا رجوع فيها باستثناء حق الأبوين في الرجوع حسب النص أعلاه، ومع ذلك فقد استثنى المشرع حالات لا يمكن للأبوين متى توافرت الرجوع في الهبة، وهي حالات مذكورة حصراً حسب نص المادة 211 أعلاه ، إلا أن النص لم يشر إلى حالة عدم جواز الرجوع في الهبة في حال وفاة الموهوب له، وقد أسست بعض الأحكام القضائية رفض الرجوع من الهبة في هذه الحالة على أساس أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها حالة غير منصوص عنها تنطوي تحت حكم المادة 222 من قانون الأسرة، إذ جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 10/03/2011 رقم 613091²، لا يملك الواهب وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية حق الرجوع عن الهبة بعد وفاة ولده الموهوب له "، إلا أن المحكمة العليا تراجع على رأيها في قرارها الصادر بتاريخ 14/06/2012 رقم 692316³، ورغم تأكيدها على عدم جواز الرجوع على الهبة من أحد الوالدين في حالة وفاة الموهوب له إلا أنها لم تؤسس قرارها على

1- توفيق حسين فرج، مرجع سابق ، ص167.

2- المجلة القضائية، لعام 2011 عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص278 .

3- المجلة القضائية، لعام 2012 عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص261 .

أحكام المادة 222 من قانون الأسرة، بل أسسته على أحكام المادة 211 والمادة 127 من قانون الأسرة، واعتبرت هذه الحالة تدخل في دائرة المنصوص عنه وقد جاء في أسباب القرار "حيث أنه قد ثبت من ملف الطعن بالنقض الحالي، أن الموهوب له المدعو (ق.ح) قد توفي بتاريخ 2008/04/05، في حين أن عقد الرجوع عن الهبة المحرر من الواهبة (ز.ذ) لم يتم تحريره إلا بتاريخ 2008/07/01 وذلك بعد وفاة الموهوب له، وحيث أن الشيء الموهوب قد انتقل بعد وفاة الموهوب له (ق.ح) إلى ورثته، ومن ثم فإنه لا يجوز لوالدته الواهبة الرجوع في الهبة وانتزاعها من ورثته لثبوت حقهم فيها بالميراث، ولأن حقهم قد أصبح أقوى من حقها في الرجوع، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء الحكم المستأنف القاضي بإبطال عقد الرجوع استنادا فقط لنص المادة 211 من قانون الأسرة، يكونون قد خالفوا القانون لاسيما المادة 127 من نفس القانون، التي تنص على أنه يستحق الإرث بموت المورث" الأمر الذي يجعل الوجه مؤسس "

من ثم فإن المحكمة العليا أخذت على القرار تأسيسه على نص المادة 211 فقط، دون ربطها بالمادة 127 من قانون الأسرة التي تنشئ للورثة الحق في الإرث بمجرد موت المورث، فتكون قد انتقلت الأموال الموهوبة من المورث إلى ورثته بمجرد موته، ويصبح حق الرجوع عن الهبة غير جائز، لأن الملكية قد انتقلت من الموهوب له إلى ورثته حسب نص المادة 127 من قانون الأسرة وبقوة القانون .
و نحن نرى أن قرار المحكمة العليا الذي جمع بين نصي المادتين 211 و 127 من قانون الأسرة، أصوب من قرارها الأول المؤسس على أحكام الشريعة الاسلامية، لأنه لا يجوز تقرير حالة النقص التشريعي والاحتكام إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، قبل التأكد من خلو القانون من أي نص أو نصوص تحكم المسألة ، بعد تفسير النصوص ومقارنتها طبعاً .

2/الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع

وذلك بالرجوع إلى مشروع القانون والمناقشات، التي دارت حوله ومحاضر جلسات المجلس الشعبي الوطني، أو الرجوع إلى المذكرات الإيضاحية، فكلها تعد من قبيل الأعمال التحضيرية التي قد تساعد على توضيح الغموض الذي يعيب النص¹.

ومع ذلك ينبغي الحذر من الالتجاء إلى هذه الطريقة، لأن ما يرد في هذه الأعمال قد يعبر عن رأي شخصي أو اجتهاد فردي لأحد المشاركين في وضع التشريع، ومن جهة أخرى فإن التشريعات توضع في بعض الدول الحديثة عن طريق أكثر من هيئة دستورية، ولذلك يصعب اعتبار المناقشات التي تدور

1- إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 167 .

أثناء إعدادها معبرة عن إرادة المشرع، وحتى مع التسليم بأن الأعمال التحضيرية تعكس إرادة المشرع، فإنه لا يجوز الاعتداد بها إلا في الحدود التي لا تتعارض فيها مع التشريع ذاته، لأن العبرة بالإرادة المعلنة في التشريع لا بإرادة واضع التشريع¹.

ورغم عدم وجود مذكرات إيضاحية لقانون الأسرة الجزائري 11/84، إلا أنه يمكن الاستناد في تفسيره إلى مناقشات المجلس الشعبي الوطني لمشروع القانون، ومن أمثلة ذلك ما دار من نقاش حول تفسير نص المادة 58 من قانون الأسرة، التي جاء فيها ((**تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليأس من المحيض بثلاثة أشهر تسري من تاريخ التصريح بالطلاق**)) .

وقد صرح السيد وزير العدل بمناسبة مناقشة مشروع القانون أمام المجلس الشعبي الوطني، أن بدأ سريان العدة هو تاريخ تصريح الزوج بالطلاق، وليس تصريح القاضي به، وجاء في كلمته ((مدة العدة تسري من تاريخ النطق بالطلاق، وليس من تاريخ الحكم بالطلاق))².

وعلى هذا فعبارة التصريح بالطلاق أراد بها المشرع تصريح الزوج بالطلاق، فعلى القاضي عند رفع دعوى الطلاق وقبل أي شيء التأكد من تاريخ تصريح الزوج وتلفظه بيمين الطلاق، وعليه بعد ذلك إثبات هذا التاريخ في الحكم، لما للمسالة من أثر بليغ في احتساب العدة والإرث والنفقة وغيرها .

3/ الرجوع إلى المصادر التاريخية للنص

وذلك بالرجوع إلى المصدر المادي الذي استقى منه المشرع النص الغامض، ولأن أغلب مواد قانون الأسرة مستقاة من الشريعة الإسلامية، خاصة المذهب المالكي وجب الرجوع إليها لتفسير النص³.

4/ البحث عن الحكمة من التشريع:

أي فهم المقصود من النص والبحث عن الغاية التي أرادها المشرع، والتي قد تكون مصلحة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية أو أخلاقية⁴.

وعموما فعلى القاضي توظيف كل طرق الدلالة لفهم النص، أو الاستعانة بطرق التفسير الخارجية، إذا كان النص معيبا وغامضا، وذلك بغية تحديد نطاقه لمعرفة المسائل التي تدرج تحت

1- سمير تناغو، مرجع سابق، ص 766-767 .

2- محضر مختصر الجلسة العامة المنعقدة يوم الاثنين 23-04-1984 بمقر المجلس الشعبي الوطني، الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني الصادرة بتاريخ 10-05-1984 السنة الثالثة، العدد 48، ص10، نقلا عن الدكتور لمطاعي نور، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، دار فسيلا، ط2، الجزائر ، 2009، ص91-92.

3- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص167.

4- إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص196.

أحكامه، فهذه العملية هي الحد الفاصل بين دائرة المنصوص عنه والمسكوت عنه، التي توجب الرجوع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كمصدر احتياطي لخلق قاعدة قانونية مناسبة للنزاع المطروح .
ومع ذلك فقد يواجه القاضي بعض الحالات التي يُلتبس فيها الأمر ويصعب عليه تصنيفها، هل هي من المسكوت عنها يجب إكمالها من المصدر الاحتياطي للقانون ؟ أم تدخل في دائرة المنصوص عنها ؟ ويجب التقيد فيها بما جاء في النص، ومن هذه الحالات النص على بعض أفراد المسألة فقط دون ذكر كل الحالات، فلا يعرف هل تم النص على هذه المسائل حصر أم على سبيل المثال، وأيضا يُلتبس الأمر على القضاء في حال إلغاء النص دون إعادة تنظيمه، هل يقصد منه تقرير نقيض الحكم الملغى فلا نكون بصدد فراغ قانوني ؟ أم لم يقصد المشرع ذلك فنكون بصدد نقص تشريعي يوجب إعمال مبدأ الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما سنتناوله في العنوان اللاحق من خلال التطرق لأوجه النقص التشريعي في قانونا الأسرة عموما، مع ابراز بعض المسائل المختلف فيها.

الفرع الثالث : أوجه النقص التشريعي في قانون الأسرة

إن الثغرات القانونية والاختلالات التشريعية في قانون الأسرة كثيرة ومتنوعة، وأوجه القصور فيه جلية وواضحة ، من حيث الصياغة والأسلوب كنتيجة للصياغة القانونية الهزيلة البعيدة عن الأسلوب المتين المحكم والدقيق، والتي يترتب عنها نقائص تشريعية من حيث المحتوى والمضمون¹ ، كشفت بأن العديد من المسائل والأحكام في هذا القانون جاءت منظمة بشكل مختصر مخل، وهي بحاجة لتتيمم وتفصيل (أولا) أو غير منظمة أصلا، وهي بحاجة ماسة حينها إلى معرفة موقف المشرع منها (ثانيا).

أولا/ حالة قصور النص

يحدث في بعض الحالات أن ينص المشرع على بعض أفراد المسألة، ويغفل عن تنظيم بعض عناصرها، فهل يعتبر ذلك من قبيل النقص التشريعي الذي يتطلب إكمالها من المصدر الاحتياطي ؟ أم أن المشرع اختار تنظيم الموضوع على ذلك النحو ويكتفي القضاء بتطبيق ما هو منصوص عنه دون إحالة ؟

إن العديد من نصوص قانون الأسرة صيغت بأسلوب يشوبه الغموض والإبهام والقصور، لذا نحاول من خلال هذا العنوان التطرق إلى أهم وجوه القصور والنقص (أ)، ثم نقدم بعض النماذج لمسائل نص

1- بوعلافة عمر، دور التقعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي (أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نموذجا)، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران ، 2017/2018، ص157.

عليها المشرع جزئياً لمعرفة إن كانت مما يدخل في دائرة المسكوت عنه أو المنصوص عنه، الذي لا يتطلب الرجوع للمصدر الاحتياطي (ب) .

أ/ أوجه القصور التشريعي في قانون الأسرة :

من أهم أوجه القصور والنقص التشريعي في قانون الأسرة نورد ما يلي :

1- قلة مواد قانون الأسرة إذ تضمن فقط 224 مادة، نظمت مختلف أحكام الأسرة ابتداء من الخطبة واحكامها والزواج وآثاره إلى الطلاق، والنيابة الشرعية والموارث والوصية، لذا فالمشرع الأسري لم يلم بكل المسائل الأسرية مقارنة ببعض التشريعات العربية، فمثلاً حوّت مدونة الأسرة المغربية 400 مادة، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي 347 مادة، والإماراتي 363 مادة .

2- جاءت الصياغة القانونية التي تبناها المشرع الجزائري تتسم غالباً بالإجمال والإبهام، وأغلب موادها جاءت بأسلوب يعزوه التفصيل والبيان ويحتاج إلى التأويل والتفسير، كعدم التفريق بين الآثار المالية للخلع وباقي صور الطلاق، كما لم يشر إلى أحكام الطلاق قبل البناء وعدم ذكر أصناف ذوي الأرحام م 168 من قانون الأسرة إلا الصنف الأول وغيرها من المواد التي تحتاج إلى تفصيل .

3- لم يتحرر المشرع الأسري في العديد من المواطن الانسجام الواجب بين النصوص، بل تناقض أحياناً في صياغتها، ومن ذلك مثلاً التناقض الوارد بين نص المادة 32 من قانون الأسرة والمادة 35 منه، إذ تنص الأولى على بطلان عقد الزواج إذا تضمن شرطاً يتنافى ومقتضيات العقد، بينما اعتبرت الثانية سقوط الشرط وعدم صحته كونه يتنافى ومقتضيات العقد، والأمثلة على ذلك كثير نضرب لها مثلاً في العنوان الآتي .

ب/ أمثلة عن التنصيص الجزئي على المسألة

إن التشريع الوضعي غالباً ما يعتريه النقص والقصور، فقد يغفل المشرع عن الإلمام بكل الموضوع ولا ينظم إلا جزءاً منه، وهو ما أثار جدلاً فقهيًا حول المسألة بين من يعتبر الموضوع نقصاً تشريعياً يجب إكماله بالاجتهاد، وبين من اعتبر الأمر اختيار المشرع مما لا يوجب استكمالها، ونعرض فيما يلي بعض التطبيقات القضائية، وبعض المواضيع التي تناولها المشرع جزئياً، مع عرض رأي الفقه الإسلامي والفقه القانوني منها .

1/ موقف المشرع من بعض صور الزواج

نصت المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري، في تعريفها لعقد الزواج أنه (عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحسان الزوجين

والمحافظة على الأنساب)، وما يؤخذ على هذا التعريف سقوط صفة التأييد والدوام منه، على عكس المشرع المغربي الذي أدرك ذلك، إذ نصت المادة 04 من مدونة الأسرة (الزواج هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على سبيل الدوام، غايته الإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة لرعاية الزوجين)، وهو ما يدفع للتساؤل حول حكم زواج المتعة والزواج المؤقت، والزواج بنية الطلاق في مذهب المشرع الجزائري ؟

نظم المشرع الجزائري عقد الزواج من خلال المادة 04 و 09 و 09 مكرر من قانون الأسرة، وعدد ركنه وشروط صحته، كما ذكر في المادة 32 وما يليها صور الزواج الفاسد والباطل، ولم يذكر بينها زواج المتعة والزواج بنية الطلاق، فهل هذا يعني صحة هذا النوع من الأنكحة ؟
أ/ تأصيل المسألة فقها:

نكاح المتعة هو كل نكاح حدد فيه الأجل في العقد، أو هو نكاح المرأة إلى أجل محدود ثم إخلاء سبيلها بانقضائه، فتقع الفرقة حين انتهاء الأجل دون طلاق¹، وقد ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنة إلى منعه وتحريمه، لأن إباحته التي ثبتت في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم رفعت بالنهي عنه والتصريح بمنعه، ودليل ذلك ما رواه علي رضي الله عنه أنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المتعة عام خيبر)²، وعن الربيع بن سبرة الجهني أن أباه حدثه أنه كان مع رسول الله فقال : (يا أيها الناس إنني كنت أذنب لكم في الاستمتاع بالنساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما أتيتموهن شيئا)³، ورتب عليه الجمهور الفسخ لا الطلاق مع ثبوت النسب لأنه نكاح فاسد.

أما الزواج المؤقت أو النكاح إلى أجل فيختلف عن نكاح المتعة، فالمتعة ما كان بلفظها العقد متعيني، متعنتك، استمتع، فالعقد في هذه الحالة عقد متعة لا نكاح، أما التأجيل فيأتي بصيغة النكاح، فاعتبر التأقيت شرط داخل على العقد فيعامل معاملة الشروط الباطلة الداخلة على العقود، وذلك بإبطال

1- محمد عبد الرحمان شميلة الأهدل، نكاح المتعة، منشورات مؤسسة الخافقين ومكبتها، ط1، دمشق، سوريا، 1983، ص78، انظر: أيضا عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، بدون طبعة، الجزائر، بدون سنة نشر، ص159.

2- محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير بدون طبعة، بيروت لبنان، 2018، باب نهى الرسول عن نكاح المتعة رقم الحديث 5115.

3- رواه مسلم باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيض ثم حرم رقم 2502.

الشرط و تصحيح العقد، وهو مذهب زفر من الحنفية¹، وقد ردّ الحنفية على زفر بأن عقد النكاح المقترن بالتوقيت إما أن يقع صحيحاً مؤقتاً بالوقت المذكور فيه، وإما أن يقع صحيحاً مؤبداً ولا سبيل إلى الأول، لأنه إذا وقع مؤقتاً كان ذلك معنى نكاح المتعة، إلا أنه عبّر عن المتعة بلفظ الزواج، فإن قال تزوجتك لمدة كذا والقاعدة الفقهية، أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني صار الزواج متعة و المتعة باطلة وكذلك ما هو في معناها².

و خلاصة القول أن نكاح المتعة وما هو في حكمه، كالنكاح المؤقت نكاح باطل مهما كانت المدة طال أو قصرت .

ب/ موقف المشرع الجزائري من المسألة:

لم ينصّ المشرع على موقفه من هذه الصيغ للزواج، كما لم يذكرها ضمن الزواج الفاسد أو الباطل، فلم يشر إليها في المواد 32 إلى 35 من قانون الأسرة، وكذلك لا يمكننا التسليم بأن التأقيت في هذه الأنكحة لا يعد من قبيل الشرط الذي يتنافى ومقتضيات العقد الذي يسقط، ويبقى العقد صحيحاً مؤبداً لأنه وكما قال الدكتور عبد الكريم زيدان : ((لا سبيل لاعتبار العقد مؤبداً لأن الطرفين ما رضيا إلا بإقامته مؤقتاً، فلا يجوز اعتباره مؤبداً بدون رضاهما))³.

ومن ثم فإن هذه المسألة من المسائل المسكوت عنها والتي تدخل في دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة - والله اعلم .

2/ مسألة حرمة الرضاع مع المصاهرة:

نصت المادة 27 من قانون الأسرة [أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب]، إلا أنّ النص لم يتطرق لمسألة حرمة الرضاع من المصاهرة ولم يوضح حكمها .

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، وذلك لما ثبت بأن الرضاع ينشئ صلة أمومة وبنوة بين المرضعة والرضيع، فتكون كالتي ولدت ولذا يحرم من الرضاع ما يحرم بالمصاهرة وهي :

✓ الأم الرضاعية للزوجة وأمها وإن علت سواء دخل بالزوجة أو لم يدخل بها .

1- عبد القادر داودي، مرجع سابق ، ص 159، و انظر أيضا الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، لبنان 2003 ، ص، 479.

2- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، ج 6، دار الرسالة ، ط1، بيروت، لبنان ، 1993 ص 189 .

3- عبد الكريم زيدان، المفصل ، مرجع سابق ، ص 189.

✓ البنت الرضاعية للزوجة وبناتها وإن نزلت وابن ابنتها الرضاعي، وبناتها وإن نزلت إذا لم يتم الدخول بها .

✓ زوجات الابن الرضاعي وابن ابنته، وإن نزل بمجرد العقد الصحيح¹.

وذهب الجعفرية وابن تيمية وابن القيم، إلى أنه لا يحرم الرضاع ما يحرم من المصاهرة لعدم وجود دليل من القرآن والسنة على هذا التحريم، يقول ابن القيم في زاد المعاد " إن الله لم ينص في كتابه على تحريم الرضاع إلا من جهة النسب، والنبي صلى الله عليه وسلم أمر أن يحرم به ما يحرم من النسب، وفي ذلك إرشاد وإشارة إلى أنه لا يحرم به ما يحرم من الصهر، ولو أراد الاقتصار إلى ذلك لقال حرّموا من الرضاع ما يحرم من النسب"²، ولقد أغفل المشرع النص على حرمة الرضاع من المصاهرة، واكتفى بالنص على حرمة من النسب، وقد اعتبر جانب من الفقه وعلى رأسهم الدكتور العربي بالحاج، أن المشرع لم يوضح حكم الرضاع مع المصاهرة واكتفى بذكر محرم الرضاع من النسب (م 27 من قانون الأسرة الجزائري)، ويرى ان على القاضي أن لا يتوسع في تفسير هذه المحرمية خاصة إذا علمنا أن الحرمة من الرضاع هي استثنائية، ولا يجوز التوسع مع الاستثناء، ومن هنا لا يعد هذا إغفال أو سهو من المشرع، ولا يمكن الرجوع إلى أحكام الشريعة حسب م 222 ، لأن نص المادة 27 جاء صريحا ولا مجال للعمل برأي الجمهور والأخذ بالمذهب المالكي لسد النقص، طالما أن المشرع رفض الأخذ به لما سكت عنه صراحة فيكون بذلك قد أخذ برأي الإمامين ابن القيم وابن تيمية، في عدم التوسع في هذه المحرمية³ ، وهو ما ذهب إليه أيضا الدكتور بن شويخ رشيد .

وقد خالف المشرع الجزائري بذلك جل التشريعات، التي نصت على الأخذ بحرمة الرضاع من النسب والمصاهرة⁴.

ومن ثمّ فإنّ النقص الوارد في المادة 27 من قانون الأسرة، وعدم النص على حرمة الرضاع مع المصاهرة لا يعتبر فراغا ونقصا تشريعيا، بل يفسر الامر ان المشرع اخذ بالرأي الفقهي الذي يقصر المحرمية على النسب دون المصاهرة، ومن ثم فلا يتطلب الأمر الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222، و هو بذلك يخرج عن دائرة المسكوت عنه إلى دائرة المنصوص عنه .

1- بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية ، ط 1، الجزائر ، 2008، ص90 .

2- بن شويخ رشيد ، المرجع نفسه، ص90 .

3- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات مدعم باجتهاد المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، الأردن، 1433 هـ 2012 م ص262.

4- المادة 38 من القانون المغربي، المادة 46 من القانون الإماراتي و المادة 16 من القانون الكويتي و المادة 17 من القانون التونسي .

3/ مسألة طبيعة الفرقة الحاصلة باللعان

ذكر المشرع الجزائري اللعان في موضعين في قانون الأسرة، الأول باعتباره وسيلة لنفي النسب حسب م 41 من قانون الأسرة الجزائري، والثاني من خلال نص المادة 138 من نفس القانون، باعتباره مانعا من موانع الإرث، إلا أنه لم يذكره كسبب للفرقة بين الزوجين، ولم يوضح طبيعة هذه الفرقة، أهى طلاق بائن؟ أم فسخ؟، حرمة مؤبدة أم مؤقتة؟ .

3-1/ موقف الفقه الإسلامي من المسألة

قال الحنابلة أنها فرقة فسخ، لأنها فرقة توجب تحريما مؤبدا كفرقة الرضاع، ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الملاعن الطلاق، فلم يكن الطلاق كسائر ما يفسخ به النكاح، ولأنه لو كان طلاقا لوقع به لعان الزوج دون لعان الزوجة¹.

وقال الشافعية هي فرقة فسخ كفرقة الرضاع، يعني لفظ يحصل ظاهرا وباطنا².

وقال المالكية لما جاء في الشرح الصغير للدردير وحاشية الصاوي ((وحكمه في اللعان أي ثمرته المترتبة عليه فسخ النكاح ورفع الحد عنها ..))³، وكذلك قال الظاهرية فقال ابن حزم: " فإذا قالت ذلك - أي اللعان - برئت من الحد وانفسخ نكاحها منه، وحرمت عليه أبدا إلا إن أكذب نفسه⁴، أما الحنفية فقد اختلفوا في تكييف فرقة اللعان إلى رأيين، فيرى أبو حنيفة وصاحبه الإمام محمد، أن فرقة اللعان فرقة بتطليقة بائنة، فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة المصاهرة والتزويج ما دام على حالة اللعان، فإن أكذب الزوج نفسه فأقيم عليه الحد، وأكذبت الزوجة نفسها إن صدقته جاز النكاح بينهما، ويجتمعان عليه أما أبو يوسف وزفر والحسن ابن زياد، عندهم فرقة اللعان فرقة فسخ وليست فرقة طلاق، وإنما توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم: " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا" رواه الدارقطني، والحجة لدى أبو حنيفة ومحمد، أن عويمر العجلاني طلق زوجته ثلاثا بعد أن أجرى الرسول صلى الله عليه وسلم اللعان بينهما، فأنفذ الرسول صلى الله عليه وسلم طلاقهما، فيجب على كل ملاعن أن يطلق زوجته التي لاعنها، فإن لم يفعل ذلك وامتنع ناب عنه القاضي في التفريق بينهما، فيكون طلاقا

1- ابن قدامة، المغني، ج 11 دار عالم الكتب للطباعة و نشر، ط 3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997، ص147.

2- شمس الدين بن محمد بن الخطيب، مغنى المحتاج في معرفة ألقاب المنهاج، ج 3، دار المعرفة، ط1، بيروت، لبنان، 1997، ص498

3- الدردير، ابن البركات احمد بن محمد بن احمد، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك بحاشية الصاوي، ج 2، دار المعارف، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 1986، ص668، انظر أيضا الخليل ابن إسحاق المالكي، المختصر، دار الحديث، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 2005، ص 129.

4- ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، ط 1، مصر، 1352 هـ، ص144.

لأن سبب هذه الفرقة هو قذف الزوج، وما استوجبه من لعان كان بعده التفريق فكانت هذه الفرقة بسبب الزوج، وكل فرقة بسبب الزوج أو كان الزوج سببها تكون طلاقاً كما في الخلع والإلء والعنين ونحو ذلك¹، وعموماً فلا خلاف بين الفقهاء سواء الجمهور أو الحنفية، في كون الفرقة الحاصلة بين المتلاعنين هي حرمة مؤبدة، إلا أن الخلاف بينهما كان حول طبيعة الفرقة هل هي فسخ أم طلاق أم كما رأينا آنفاً؟.

2-3 / موقف الفقه والقضاء من المسألة

يرى الدكتور العربي بلحاج أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة التفريق بين المتلاعنين، وأنها مسألة غير منصوص عنها، يحال القاضي بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، لاسيما المذهب المالكي، والذي يقتضي التفريق بينهما ووقوع التحريم مؤبداً بينهما² كما يرى الدكتور عبد القادر داودي أن المشرع الجزائري لم ينص على حكم هذه المسألة³، وهو أيضاً رأى الأستاذ بن شويخ رشيد⁴، وغيرهما من شراح قانون الأسرة الجزائري .

أما المحكمة العليا فقد ذهبت في قرارها 76343 المؤرخ في 16/07/1990، أنه يترتب على اللعان نفي النسب والتحريم بين الزوجين⁵، ويبدو أنها تريد الحرمة المؤبدة، إلا أنها لم تشر في هذا القرار إلى طبيعة هذه الفرقة، هل هي طلاق؟ أم فسخ؟، كما لم تشر إلى المرجعية الشرعية لهذا القرار ولم نعثر على أي قرار آخر للمحكمة العليا تصدى لهذه القضية، ويبقى على القاضي في حالة عرض المسألة عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واختيار إحدى الرأيين فسخ النكاح، وحرمة أبدية أو طلاقه بائنة.

4/مسألة استحقاق الزوجة الصداق

نص المشرع الجزائري على حكم استحقاق الزوجة الصداق كاملاً أو نصفه ، من خلال نص المادة 16 من قانون الأسرة، التي جاء فيها (... تستحق الزوجة الصداق كاملاً بالدخول أو بالوفاة، وتستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول (...)).

1- انظر الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، مرجع سابق ص54،53، و انظر أيضاً في هذا الموضوع عبد الكريم زيدان المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، ج 8، مرجع سابق، ص395-396 .
2- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 262 .
3- عبد القادر داوي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 399 .
4- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 242 .
5- المجلة القضائية لعام 1990، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص77.

والظاهر من القراءة الأولى للنص أن تطبيقه يطرح عدة قضايا جزئية لم ينصّ عنها المشرع صراحة، ومن أهمها :

✓ هل تستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول الحقيقي ؟ أم بمجرد الخلوة الصحيحة التي يطلق عنها جانب من الفقه الإسلامي الدخول الحكمي ؟

✓ هل تستحق الزوجة الصداق كاملا بالوفاة ولو كان قبل الدخول، سمي الصداق أم لم يسم ؟

✓ وهل أي طلاق أو أية فرقة قبل الدخول توجب للزوجة نصف الصداق ولو بطلبها؟

إن كل هذه الإشكالات لم يجب عنها المشرع صراحة، فهل يعتبر هذا من المسكوت عنه الذي يجب إكماله بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أم أن المشرع أراد عدم النص عنها ويجب أخذ النص على عمومه؟

قبل التطرق للإجابة عن هذه الأسئلة نعرض أولا مواقف الفقه الاسلامي في المسألة ، ثم رأي الفقه والقضاء في الجزائر .

1-4 / استحقاق الزوجة كامل الصداق

لا يختلف عامة الفقهاء في العالم الإسلامي على استحقاق الزوجة كامل الصداق بالوفاة، فإذا توفي الزوج قبل أو بعد الزواج استحققت الزوجة كامل الصداق، لأن المهر كان واجبا للعقد، والعقد لم يفسخ بالموت بل انتهى نهايته، لأنه عقد العمر فتنتهي نهايته بنهاية العمر، ولأن كل المهر لما وجب بنفس العقد صار ديناً في ذمة الزوج، ولا يسقط شيء منه بالموت كسائر الديون¹، يقول ابن رشد " أما بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً، إلا أنه انعقد الإجماع على ذلك "...².

والجدير بالذكر أن الفقهاء، اختلفوا فيما إذا حدثت الوفاة دون التسمية الصداق، فقال الحنفية لها مهر المثل، في حين ذهب المالكية أن لا صداق لها بل تجب لها المتعة فقط³.

كما اتفق الفقهاء أن الصداق كاملا يجب للزوجة بالدخول الحقيقي، الوجه فيه أنه وجب بالعقد وصار ديناً على الزوج، والدخول بالزوجة لا يسقطه لأنه استفتاء معقود عليه، واستفتاء المعقود عليه يوجب البذل لا يسقطه كما في الإجارة .

1- عبد الكريم زيدان، المفصل، ج 7، مرجع سابق، ص129، و انظر أيضا الكاساني، مرجع سابق، ج 3، ص526.

2- نقلا العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص289.

3- ابن جزري، محمد ابن احمد الغرناطي، القوانين الفقهية، تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط1، لبنان بيروت، 2013، ص352 .

إلا أن كل الخلاف كان عن الخلوة الصحيحة، هل توجب كل الصداق كما الدخول أم لا ؟ فيرى الجمهور وهم الخلفاء الراشدين وزيد ابن ثابت، وابن عمر وعلى ابن الحسين وعروة وعطاء والزهري، والأوزعي واسحاق والحنفية والحنابلة والزيدية أن الخلوة الصحيحة توجب كل المهر ومن أدلتهم على ذلك: 1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُم إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا¹، وفي تفسير الإفضاء قالوا هو الخلوة بين الزوجين، كما يقول الفراء سواء دخل بها أم لم يدخل لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء والأرض والمكان الخالي فكان المعنى وخلا بعضكم إلى بعض² 2- ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم " من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق، دخل بها أم لم يدخل.... " ³

3- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ 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 بَصِيرٌ⁴.

أما القائلين بعدم ثبوت الصداق كاملاً بالخلوة فمنهم مالك والشافعي، في قوله الجديد كما قال به شريح، والشعبي وطاووس وابن سيرين، وهو أيضاً مذهب الجعفرية كما روي هذا القول عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما⁵ ومن أدلتهم

1- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾، وقال الجصاص في تفسيرها " وقد اختلف في الخلوة أهي المسيس المراد في الآية أم المساس هو الجماع ؟ واللفظ يحتمل الأمرين لأن عمر وعلي وغيرهما من الصحابة قد تأولوه عليها، وتأوله عبد الله بن مسعود عن الجماع... " ⁶ ، إلا أن غير

1- سورة النساء الآية 20-21.

2- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ج 7، ص 92.

3- على بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج 3، باب المهر، دار المعرفة، بدون طبعة، بيروت، لبنان، ص 236.

4- سورة البقرة، الآية 237 .

5- ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغنى، تحقيق عبد الله ابن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، ج 10، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، ط 3، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 153 انظر: أيضا منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع، ج 5، دار عالم الكتب، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 1983، ص 160.

6- الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القران، ج 3، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 1992 ص 47، 48 .

الجصاص من المفسرين قالوا أن المسيس كناية عن الدخول بالزوجة، وقال ابن العربي أن المسيس كناية عن الوطء بالإجماع¹

2- قوله تعالى: وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا (20) وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا²، يقول الرازي في تفسيرها " وللمفسرين في معنى الإفضاء قولان الأول ها هنا كناية عن الجماع ، وهو قول ابن العباس ومجاهد و سدي واختيار الزجاج وابن قتيبة والشافعي والثاني، وهو أن يخلوا بها وإن لم يجامعها وهو قول الفراء³ .

أما موقف الفقه والقضاء بالجزائر من المسألة فيرى الدكتور العربي بلحاج أن مصطلح الدخول الوارد بالمادة 16 من قانون الأسرة ينصرف إلى الدخول الحقيقي والخلوة الصحيحة، التي تعد دخولا حكما محتجا بتفسير المحكمة العليا للنص، وقول بن العربي في أحكام القرآن ((و الأصح استقراره - أي صدق بالخلوة مطلقا⁴، وهو ما ذهب إليه الدكتور بن الشويخ رشيد⁵، أما الدكتورة تشوار زكية فقد رأت أن المشرع لم يرد بالدخول الخلوة الصحيحة، وقدمت عدة حجج منها :

- أن المشرع استعمل لفظ الدخول في عدة مواد أراد بها الدخول الحقيقي وليس الخلوة، ومنها المادة 26 من قانون الأسرة، التي جاء فيها ((من المحرمات بالمصاهرة فروع الزوجة إذا حصل الدخول بها)) ، ويراد بالدخول هنا الدخول وليس مجرد الخلوة، فلا يرتبان نفس الأثر في هذه الحالة. وهو أيضا ما يفهم من نص المواد 41،40،34،33 من قانون الأسرة، وأضافت أن الخلوة لا ترتب نفس الأثر شرعا خاصة في النسب " م 41 اشترطت إمكانية التلاقي ..."⁶.

أما المحكمة العليا فاعتبرت أن الخلوة الصحيحة توجب كل الصداق للزوجة، ومن أهم قراراتها في هذا الموضوع قرارها الصادر بتاريخ 2002/05/08 ملف رقم 289545⁷، والذي جاء فيه "الخلوة

1- بن العربي أبو بكر أحكام القرآن، ج 1، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بدون طبعة ، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص 292.

2- سورة النساء الآية 20-21.

3- محمد الرازي فخر الدين ، التفسير الكبير او " مفاتيح الغيب" ، ج 10، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، بيروت، لبنان، 1981 ص14.

4- العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، 288.

5- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص77.

6- تشوار زكية ، التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، عدد 3، الجزائر ، 2008 ، ص87.

7- المجلة القضائية ، لعام 2004، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص373-377 .

الصحيحة بالزوجة بعد توفر أركان الزواج الشرعية والقانونية طبقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة، تجعل الدخول قد تم فعلا والزواج تام بجميع أركانه... " كما جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2005/09/14 ملف رقم 349922 ((أن دخول الزوجة لبيت الزوجية ولو ليلة واحدة يعد بناء، وهو أمر يتوافق مع أحكام الشريعة الاسلامية لإمكانية الاتصال بين الزوجين...¹، وبخصوص استحقاق الزوجة كامل الصداق بالوفاة ولو قبل الدخول، نجد عدة قرارات للمحكمة العليا من أهمها قرار رقم 45301 الصادر في 1987/03/09²، والذي جاء فيه ((وفاة الزوج ولو قبل الدخول، إذا لم يحكم بفسخ الزواج أو الطلاق يوجب كامل الصداق للزوجة)) ، وهو ما مستقر عليه قضاؤها³ .

2-4 / استحقاق الزوجة نصف الصداق

اتفق الفقهاء على أن الزوجة تستحق نصف الصداق المسمى، إذا وقع الطلاق قبل الدخول باختيار الزوج فإن لم يكن باختياره فلا تستحق شيء، يقول ابن جزي " إنما يجب لها نصف الصداق إذا طلقها قبل البناء اختيارا منه ، فإن فسخ النكاح، أو لرده لعيب في الزوجة لم يجب لها شيء"⁴، ودليلهم في ذلك " قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁵ .

ويتضح مما سبق أن الزوجة تستحق نصف الصداق بشروط هي:

✓ أن يكون الزواج صحيحا .

✓ أن يكون الصداق مسمى .

✓ أن يحدث الطلاق قبل الدخول.

✓ أن يكون الطلاق باختيار الزوج وبسببه

إما إذا انفسخ النكاح لسبب أجنبي كالرضاع، أو رد الزوجة لعيب فيها فيسقط حقها في الصداق⁶ ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الشروط من خلال نص المادة 16 واكتفى بعبارة عامة

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص288.

2- المجلة القضائية لعام 1992، عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص66 .

3- القرار رقم 91644 المؤرخ في 1993/04/27 المنشور بالمجلة القضائية عام 1994، عدد 1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص68، و القرار رقم 204254 المؤرخ في 1998/09/22 المنشور بالمجلة القضائية لعام 2000، عدد2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص173.

4- العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 291 .

5- سورة البقرة ، الآية 237 .

6- جاء في كشاف القناع في فقه الحنابلة في حالات سقوط المهر كله قبل الدخول أو كل فرقة جاءت قبلها - أي من الزوجة- قبل الدخول كإسلامها تحت كافر أو ردتها عن الاسلام أو إرضاعها من ينفخ نكاحها برضاة، و فسخها لعيبه ... الخ . انظر في ذلك منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع، ج 5، مرجع سابق ، ص 148.

" وتستحق نصفه بالطلاق قبل الدخول "، فلم يشر إلى تسمية الصداق ولا إلى طبيعة حكم الطلاق أو الفقرة التي ترتب للزوجة نصف الصداق، كما لم ينص المشرع الجزائري على مسقطات الصداق، وقد اعتبرت المحكمة العليا أن الطلاق الذي يترتب للزوجة أو ينشأ لها الحق في نصف الصداق هو الذي يوقعه الزوج، ومن أهم قراراتها في هذا الصدد القرار المؤرخ في 13/07/1993 تحت رقم 92714¹ والذي جاء في أسبابه " ... حيث أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج دون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه لا يمكن والحال هذه تحميل المطعون ضده بالخسائر والأضرار المترتبة عن ذلك، وأن دفع الطاعنة المتعلق بأحققتها في نصف الصداق إنما يتحقق لو تم الطلاق بإرادة الزوج، مما يتعين معه القول أن قضاة الموضوع أصابوا في قضائهم ... " .

ونحن نرى في هذا الصدد أن الشق الأول من المادة 16 الخاصة باستحقاق الصداق كاملا لا يستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لاستكمال النقص المتمثل في حكم استحقاق الصداق بالخلوة الصحيحة ولا يجوز التوسع في التفسير بالخروج بالنص عن إرادة المشرع، إذ يبدو أن المشرع بسكوته عن الخلوة الصحيحة أراد تبني مذهب المالكية والشافعية الذين لا يرونها سببا في استحقاق الصداق، كما أشارت إلى ذلك الأستاذ تشوار زكية، لذا فإن مسألة الخلوة كسبب لاستحقاق الصداق لا تعد مسألة مسكوت عنها، ولا يتوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة بخصوصها يقول الدكتور العربي بلحاج في ذلك ((وان القانون حسم الخلافات بنصه على وجوب الصداق بالعقد الصحيح (م/15) المعدلة وانه يتأكد بالدخول أو الوفاة (م 16) فلم يجعل للخلوة الصحيحة حكم الدخول في تأكيد كامل الصداق طبقا لما قال به المالكية والشافعية))²، وعليه فإن المحكمة العليا في قراراتها التي اعتبرت الخلوة بمثابة الدخول توسعت في تفسير النص في غير حاجة لذلك، ولم تبرر تفسيرها الموسع له وفقا لطرق التفسير الشرعية أو القانونية والتي يأتي على رأسها البحث عن مرجعية النص وإرادة المشرع

أما بخصوص طبيعة أو نوع الطلاق المنشىء لحق الزوجة في نصف الصداق، فإن بعض القضاة على مستوى المحاكم يأخذون مصطلح الطلاق على إطلاقه، فيرون أن أي طلاق مهما كانت صورته قبل البناء يوجب للمرأة نصف الصداق، ذلك أن المشرع من خلال نص المادة 48 من قانون الأسرة، اعتبر الطلاق هو حل الرابطة الزوجية بإرادة الزوج أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة خلعا أو تطليقا، إلا أن هذا التفسير وحسب رأيي - يصطدم بعدة نقاط أخرى منها المصدر التاريخي للنص، فكما رأينا

1- المجلة القضائية لعام 1995، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، ص128.

2- العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 287.

اعلاه فإن المشرع في الشطر الأول من المادة 16 أخذ بالمذهب المالكي الذي يفيد استحقاق الزوجة كامل الصداق بالدخول او الوفاة، ونص في الشطر الثاني على حالة استحقاقها نصف الصداق بوقوع الطلاق، فيكون لزاما على القاضي الرجوع الى المذهب المالكي دون سواه في مسألة نوع الطلاق الذي يوجب ذلك وشروطه وحالات سقوط الصداق قبل البناء مراعاة لوحدة النص وتناسق أحكامه، وقد أصابت المحكمة العليا في قضائها سابقا في هذه النقطة بالآخذ بقول المالكية وحصر ذلك في الطلاق الذي يحدث بارادة الزوج او بسببه دون باقي صور الطلاق .

وعموما في مسألة النص على بعض أفراد المسألة دون بعضها الآخر لا يخرج عن إحدى الحالتين، إما أن المشرع ذكر أفراد المسألة حصرا، ويستفاد ذلك من صيغة الحصر في النص فلا يعد النقص من قبيل المسكوت عنه قانونا، وإما أنه ذكر بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر، أو ذكر أصل المسألة و لم ينظم شروطها وأحكامها، فنكون أمام نقص يلزم القاضي بالبحث عن حل قانوني بالرجوع إلى المصدر الاحتياطي حسب المادة 222 من قانون الأسرة¹ .

ثانيا/ دلالة إلغاء النص

الأصل أن إلغاء النصوص التشريعية يكون عادة بغية إعادة تنظيمها، فيحل النص الجديد محل النص الملغى ويحدد المشرع أجل سريانه، وقد يكون الإلغاء ضمنيا في بعض الحالات فالنص على صورة جديدة ومختلفة عن النص القديم اللاحق ينسخ ويلغي النص السابق ضمنيا²، إلا أن التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 05/02 ألغى بموجبه المشرع بعض المواد دون إعادة تنظيمها . وألغى بعض الأحكام من بعض المواد تعديلا لها³، وقد اختلف الفقه في تفسير دلالة الإلغاء هذه، هل تقرر نقيض الحكم الملغى؟ أم أنها خلقت فراغا قانونيا يستدعي تفعيل نص المادة 222 بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لاستكمالها، ومرد اختلافهم عند دراسة كل حالة على حدى هو تقصي قصد المشرع من الإلغاء

ولتوضيح الأمر نعرض كل حالة على حدى مع توضيح رأي شراح قانون الأسرة من إلغائها، وإن كان الإلغاء قد خلق فراغا تشريعي، أم أن المشرع أراد نقيض الحكم الملغى أو غيرها من الأسباب .

1- شيخ إسماعيل ، مرجع سابق، ص58.

2- وهو ما نصت عليه المادة 02 من القانون المدني " لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء و قد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع ما نص عليه القانون القديم ."

3- ألغى المشرع بموجب المادة 18 من الأمر 02/05 نص المواد 12-20-38-63 و ألغى جزئيا المواد 30، 32، 37، 39 .

أ / إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة فيما يخص عضل الولي

قبل التطرق إلى مدلول إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة، فيما يخص عضل الولي نتطرق في عجالة إلى أحكام الولاية كشرط في عقد الزواج على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري فالولاية لغة هي الحماية والمحبة والنصرة ومنه قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۗ وَمَا لَكُمْ مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِن وَلِيٍّ وَلَا نَصِيرٍ﴾¹.

واصطلاحا هي سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد له أو لغيره².
وقد قسم الفقهاء الولاية إلى أقسام³:

*ولاية على المال، ويقصد بها سلطة التصرف في المال وإنشاء العقود الخاصة وتنفيذها، بما فيها مصلحة المتولَّى عنه .

*ولاية على النفس، وهي التي يختص فيها بشؤون القاصر غير المالية ومنها القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذا دون إجازة أحد، والولاية على النفس أيضا نوعان⁴:

- ولاية قاصرة على النفس، وهي سلطة تزويج الشخص البالغ نفسه

- وولاية متعدية وهي سلطة تزويج الإنسان غيره .

وإن كان الفقهاء قد اتفقوا أن الولاية القاصرة تثبت للرجل البالغ العاقل، فإنهم اختلفوا بشأنها بالنسبة للمرأة البالغة، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه ليس لها أن تزوج نفسها أو تزوج غيرها، وإنما يزوجها وليها واستدلوا على صحة ذلك بعدة أدلة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾⁵.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾⁶، إلا أن الثيب لا يملك أحد تزويجها بدون رضاها⁷، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف أن هذا الحق للمرأة البالغة العاقلة متى كان الزوج كفاء أو المهر لا يقل عن مهر المثل، كما لها أن تزوج غيرها⁸، فإذا زوجت نفسها بغير كفاء كان لوليها طلب فسخ

1- سورة البقرة الآية 107 .

2- محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، بدون طبعة، القاهرة، مصر، 1978، ص 80.

3- دليلة فركوس، جمال العياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية، بدون طبعة، القبة، الجزائر، 2016، ص 109.

4- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 63.

5- سورة البقرة، الآية 221.

6- سورة النور، الآية 32.

7- دليلة فركوس، جمال عياشي، المرجع نفسه، ص 110 .

8- الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، ج 3، مرجع سابق، ص 365.

العقد ولا خيار لها في ذلك، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾¹.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اعتبر الولاية شرط لصحة الزواج ونص عليه في المواد 09 مكرر -11-13 من قانون الأسرة الجزائري، إذ تنص المادة 09 مكرر، ((يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية : الأهلية - الصداق - الولي - شاهدين - الخلو من الموانع الشرعية))، كما نصت المادة 11 من نفس القانون ((تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص تختاره))، والظاهر أن النص أجاز للمرأة البالغة عقد زواجها بنفسها وليس عن طريق وليها، واشترط فقط حضوره كما ترك للمرأة حرية اختيار وليها سواء أكان والدها أو أي شخص آخر حتى ولو كان من الغير وفي هذا خروج على أحكام الشريعة الإسلامية وعادات وأعراف المجتمع، وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة " يتولى زواج القصر أولياؤهم، وهم الأب فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له))

ويتجلى من هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الحنفي في وجوب الولاية عن القصر فقط، وفي ترتيب الأولياء حيث جعل الولاية على الصغير والصغيرة للأب، ثم الجد ثم العصابات فالنفس بالنفس، حسب ترتيب الإرث (أبوة، بُنوة، أُخوة، عمومة) ثم لذوى الأرحام، فإن لم يوجد انتقلت الولاية للقاضي، على خلاف المالكية والحنابلة فالولاية عندهم للأب ثم لوصيه على الصغير والصغيرة وتثبت لهما، ثم للحاكم بالنسبة للمجنون والمعتوه، وعند الشافعية للأب والجد عن الصغير والصغيرة وللحاكم بعد الأب والجد للمجنون والمعتوه².

وقد نصت المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري على منع الولي من أن يجبر القاصر الذي في ولايته على الزواج، وأن يزوجه دون موافقته، إلا أن هذا النص أغفل مسألة مهمة وهي الجزاء المترتب في حالة الإكراه، أي مصير العقد المبرم دون موافقة القاصر هل يكون صحيحا أم باطلا ؟³.

وبخصوص إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة، التي كانت تنص على أنه "لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته على الزواج إذا رغبت فيه، وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مراعاة لأحكام المادة 09 ومن هذا القانون، غير أنه لا يجوز للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في ذلك مصلحة لها.."، وهو ما يعرف بعضل الولي في الشريعة الإسلامية، يقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمْ

1- سورة البقرة، الآية 234.

2- محمد سلام مذكور، مرجع سابق، 121.

3- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 95.

النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ¹، فقد يحدث أن ترغب المرأة الراشدة أو القاصرة في الزواج من شخص يرفضه أهلها لسبب ما، فإذا كان القانون الحالي من خلال المادة 11 ف 1 يمنح المرأة البالغة حق عقد زواجها بنفسها بحضور وليها سواء كان والدها أو أي شخص تختار، فإن الأمر لا يطرح أي مشكل بالنسبة لها، إلا أن الإشكال يثور بالنسبة لمنع القاصرة من الزواج ممن ترغب من طرفها ووليها الشرعي هو أبوها فأحد الأقارب الأولين ... خاصة بعد إلغاء المادة 12 أعلاه، التي كانت تمنحها الحق في اللجوء إلى القاضي حتى يأذن لها بالزواج، وإلغاء هذا النص دفع بجانب من الفقه إلى اعتبار المسألة غير منصوص عنها تخلق فراغا قانونيا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة، وعلى رأسهم الاستاذ بن شويخ رشيد²، والأستاذ غرابي احمد³ و غيرهم

في حين يذهب جانب آخر وعلى رأسهم الدكتور العربي بلحاج إلى أن إلغاء هذا النص لا يعتبر فراغا قانونيا، ولا يوجب الرجوع في هذه الحالة إلى قاعدة الإحالة بخصوصه، فيقول " إن المشرع أحسن صنعا بإلغاء ولاية الإجماع (المادة 12 من قانون الأسرة) وبالإشارة في المادة 13 من قانون الأسرة إلى أنه لا يجوز للولي أن يجبر الفتاة القاصرة على الزواج رغم إرادتها، أي بمعنى انه لا يجوز أن يعضل الولي المولى عليها من الزواج بمن ترضاه زوجا لها))⁴.

ونحن في هذا الصدد نرجح الرأي الأول، ذلك أن عدم إجبار القاصرة على الزواج أو تزويجها دون رضاها وموافقتها، لا يعني بالضرورة أن الولي لا يستطيع منعها من الزواج إذا كان هذا المنع في مصلحتها، وإلا فما الحكمة من وجود الولي واشتراطه في عقد الزواج إذا كان يعبر فقط عن رغبة القاصر، فنحن نعلم أن الحكمة من هذا الشرط هو جهل المرأة لاسيما القاصرة لأمر الزواج، وأحوال الرجال وقلة تجربتها في الحياة، وسرعة تأثرها عاطفيا وانخداعها بمظاهر الأمور، لذا فإن من المنطق أن يمنح الأب سلطة منعها ولكن ليس لمجرد المنع بل لاسباب شرعية، ويكون لها بالمقابل كما هو مقرر شرعا اللجوء للقضاء لتحري مصلحة هذه البنت، هل هي في الزواج الذي ترغب فيه؟ فيأذن لها القاضي بإتمامه باعتباره ولي من لا ولي له، أم هي في تأييد الولي ورفض هذا الزواج حرصا على مصلحتها .

1- سورة البقرة ، الآية 232.

2- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 98.

3- غرابي أحمد، مرجع سابق، ص 192.

4- العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 323 .

ومن هذا المنطق نرى أن إلغاء نص المادة 12 يخلق فراغا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومهما كانت دواعي المشرع لإلغاء هذا النص فإن المسألة تفرض استكمالها بالرجوع إلى المصدر الاحتياطي¹.

ب/ إلغاء نص المادة 20 من قانون الأسرة المتعلقة بالوكالة في الزواج

كانت المادة 20 من قانون الأسرة قبل إلغائها بموجب الأمر 02/05 تنص على جواز الوكالة في عقد الزواج من قبل الزوج، ولكن بوكالة خاصة إلا أن المشرع لم يعد تنظيم الأمر، وقد حاول الفقه تحرى نية المشرع في الإلغاء، فذهب البعض إلى أن إلغاء المادة 20 من قانون الأسرة، لا يعني بالضرورة عدم جواز الوكالة في الزواج، ذلك أن نص المادة الملغى كان على سبيل التكرار، مادام أن الوكالة كعقد نظمها القانون المدني في المواد 571 وما يليها، بينما يرى الجانب الآخر من الفقه وعلى رأسهم الدكتور العربي بلحاج أن دلالة إلغاء المادة 20 هو عدم جواز التوكيل في عقد الزواج، فيكون المشرع قد قرر نقيض الحكم الملغى، وفي هذا الصدد يقول " إن الإيجاب والقبول الصادران من الزوج أو الزوجة على ضوء الأسلوب الذي سلكه القانون الجديد يخضعان لشروط شكلية، وهي أن يكونا شخصيين وشفويين إلا للعاجز وأمام شاهدين في مجلس واحد وبحضور الولي، حسب المواد 09 و9 المكرر و11 و33 ف1 من قانون الأسرة²، وأن يكون ذلك أمام موظف مؤهل أو موثق حسب م 18 من نفس القانون، وأن إلغاء المادة 20 يعتبر حكماً جديداً ناسخاً للحكم القديم، وهو يعتبر نصاً جديداً خاصاً مقدماً على النص العام في القانون المدني، وقد أشارت المحكمة العليا في عدة قرارات لها إلى عدم جواز تطبيق مواد القانون المدني في قضايا الأسرة الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، وعلى هذا فإن قانون الأسرة الجديد يمنع التوكيل³، وهو نفس الرأي الذي ذهب إليه الدكتور تشوار الجيلاني حيث يقول: (غير أن المشرع عدل عن موقفه عام 2005 وأصبح لا يعترف بالزواج المبرم عن طريق الوكالة، سواء أكان الأمر متعلق بامرأة

1- عمدت جل التشريعات العربية إلى النص على مسألة عضل الولي و منها المشرع المغربي في المادة 21 من مدونة الأسرة " إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت القاضي المكلف بالزواج في الموضوع " و المشرع الإماراتي من خلال المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي " إذا طلب من أكمل 18 سنة الزواج و امتنع وليه عن تزويجه جاز له رفع الأمر للقاضي، و نصت على نفس الأمر المادة 06 من قانون التونسي و المادة 31 من القانون الكويتي .

2- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 80 .

3- العربي بلحاج، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 222.

أو بالرجل، حيث ألغى نص المادة 11 وأصبحت المرأة تعقد زواجها بنفسها بحضور وليها¹، وردا على هذا الرأي يقول الدكتور عبد العزيز سعد: "ولما كانت المادة 10 من قانون الأسرة تنص على أن يكون الرضا بالإيجاب من طرف وقبول من طرف الآخر دون أن تقول شخصيا، فإنما يقصد أن التعبير عن الرضا يمكن أن يكون شخصيا، ويمكن أن يكون بالواسطة عن طريق وكيل، فلا مانع من ذلك ويكون العقد صحيح"².

ونحن نرى أن الرأي الثاني هو الأصوب وأن المشرع أراد من إلغاء نص المادة 20 تقرير حكم عدم جواز الوكالة في الزواج، أي تقرير نقيض الحكم الملغى، والإلغاء في هذه الحالة لا يخلق فراغا قانونيا البتة وذلك لعدة أسباب نوجزها في ما يلي :

✓ أن المشرع كان ينص صراحة على جواز الوكالة في الزواج إلا أنه ألغى المادة 20 الناصة على ذلك، وفي نفس الوقت عدل المادة 11، وجعل المرأة الراشدة تبرم عقد زواجها بنفسها، وهذا يعني بالضرورة أنه أراد أن يكون التعبير عن الرضا من الزوجين شخصيا، ولا يستدعي الأمر إضافة مصطلح شخصيا لنص المادة 10، كما فسرها الدكتور عبد العزيز سعد لأن ذلك يفهم من مقارنة النصوص ومقارنتها بحثا عن نية المشرع .

✓ ومن جهة أخرى فإن المشرع كان قد أخذ برأي الجمهور بشأن الوكالة، وأخذ أحكامها من الشريعة الاسلامية، فلا يعقل أن يلغى نص مأخوذ من الشريعة الاسلامية ليحيلنا إليها من جديد، كما نستبعد أن يكون المشرع قد أراد الرجوع إلى أحكام الوكالة في القانون المدني، فقانون الأسرة يختلف عن القانون المدني من حيث الموضوع والمصادر، كما يصطدم الأمر بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحدد المصدر الاحتياطي لقانون الأسرة، المتمثل في أحكام الشريعة الاسلامية، والتي يرجع إليها وجوبا في حالة عدم وجود نص في قانون الأسرة نفسه ولم يقصد عدم وجود نص تشريعي مطلقا .

ج / إلغاء نص المادة 32 جزئيا من قانون الأسرة فيما يتعلق باعتبار ردة الزوج سببا للفسخ

ألغى المشرع جزئيا نص المادة 32 من قانون الأسرة، التي كانت تنص ((يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج))، فألغى ردة الزوج كسبب لفسخ عقد الزواج وأصبحت المادة تنص على أنه: ((يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط

1- تشوار الجيلاني، محاضرات في القانون الأسرة الجديد، محاضرات درسها بكلية الحقوق بجامعة تلمسان، الجزائر، 2015/1014، ص34 . متاحة على الرابط <https://www.bejaiadroit.net/cours-en-droit-priv%C3%A9/file/2575> ، تاريخ الاطلاع 2021/05/21.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار الهومة، ط4، الجزائر 2013 ص80 .

يبتغى ومقتضيات العقد)) . وهو ما يدفع للتساؤل هل أراد المشرع بذلك تقرير نقيض الحكم بالإبقاء على هذا الزواج وتصحيحه ؟ أم أنه خلق فراغا تشريعيًا يلزم بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

1/ تأصيل المسألة

الردّة في الاصطلاح الشرعي هي الرجوع عن الإسلام، والمرتد هو الراجع عن الإسلام إلى غيره، أو إلى دين آخر اعتنقه¹، والردّة موجبة للتفريق على رأي عامة أهل العلم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾²، إلا أن الفقهاء اختلفوا في طبيعة هذه الفرقة ووقتها، فيرى المالكية أن الفرقة لردّة أحد الزوجين هي فرقة طلاق على المشهور في المذهب³، أما الحنفية فيرون أنه إذا ارتدّ أحد الزوجين وجبت الفرقة بينهما، سواء أكان هذا قبل الدخول أو بعده، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف هي فرقة فسخ⁴، أما الشافعية فيذهبون إلى أنه إذا ارتدّ أحد الزوجان أو كلاهما يفسخ النكاح قبل الدخول في الحال، أما إذا وقعت الردّة بعد الدخول وقفت الفرقة على انقضاء العدة، فإن رجع المرتدّ قبل انتهائها بقي على نكاحهما، وإن لم يرجع وانقضت العدة انفسخ النكاح⁵، ويرى الحنابلة أن الردّة توجب الفسخ قبل الدخول، أما بعد الدخول فهناك روايتان عن أحمد الأولى تتعجل الفرقة لأن ما أوجب الفسخ استوي فيه ما قبل الدخول و بعده كالرضاع، والثانية أن الفرقة تقف على انتهاء العدة⁶.

2/ موقف الفقه و القضاء من المسألة

أما شرّاح قانون الأسرة الجزائري في تعليقه على دلالة الإلغاء، فقد اختلفوا بين من اعتبر أن هذا الإلغاء يخلق فراغا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة⁷، وبين من حاول استنباط حكم المسألة قياسا على اعتبار الردّة مانع من موانع الإرث بين الزوجين حسب المادة 138 من قانون الأسرة، يقول الدكتور تشوار الجيلالي: ((و من ثم يمكننا التصريح بأنه إذا كانت الردّة مانع من موانع الإرث فالأولى أن تكون مانعا من موانع الزواج))، ويقول أيضا: ((فالإجابة ممكن

1- عبد الكريم زيدان، المفصل ج 9، مرجع سابق، ص 109 .

2- سورة الممتحنة، الآية رقم 10.

3- ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق ، ص 341.

4- السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، ط1، بيروت، لبنان، 1989، ص 46، وكذلك الكاساني، البدائع، ج 3 مرجع سابق، ص 619.

5- الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس احمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، لبنان، 2003، ص 294-295 وشمس الدين بن محمد بن الخطيب ، مغني المحتاج، ج 3، مرجع سابق، ص 254.

6- ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني، ج 10، مرجع سابق، ص 8.

7- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، ط1، الجزائر، 2010، ص 87 .

أن تكون بالنفي - يقصد الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في المسألة - مادام أن المشرع قد ألغاه¹، ورداً عليه يقول الأستاذ شيخ اسماعيل - وهو الرأي الذي نرجحه - : ((والظاهر أن هذا القياس ضعيفا، لأن هذا المنطق يقودنا إلى القول بأن اختلاف الدين مانع من موانع الميراث في الشريعة الإسلامية، فالأولى أن يكون مانع من موانع الزواج وهو ليس كذلك في الزواج بالكتابية ثم ان القياس لا يصار إليه إلا عند إنتفاء النص وذلك غير متحقق فالنص موجود على مقتضى دلالتي الإلغاء ، أي بإفادته ثبوت نقيض الحكم الملغى أو بالقول بعدم إفادته ذلك فينقرر الفراغ التشريعي الذي يوجب إعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، لذا فإن الرأي المختار هو اعتبار ردة الزوج سببا من أسباب التفريق بين الزوجين طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، ويتقوى هذا بأن المشرع عدد زواج المسلمة من غير المسلم في موانع الزواج المؤقتة، في المواد 23 و 5/30 من قانون الأسرة، ثم قرر بطلان الزواج المشتمل على هذا المانع في نص المادة 32، فعدم إسلام الزوج مانع من موانع الزواج ومبطل له ابتداء، وما كان باطلا ابتداء لا ينقلب صحيحا انتهاء²)).

د/ إلغاء نص المادة 37 من قانون الأسرة المتعلقة بمسقطات النفقة

نصت المادة 37 من قانون الأسرة قبل تعديلها بأنه : ((يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه، إلا إذا أثبت نشوزها))، إلا أن المشرع ألغى هذه المادة في تعديله الأخير لقانون الأسرة عام 2005، وأغفل تنظيم الموضوع من جديد كما لم ينظم موضوع مسقطات النفقة مطلقا، فلا نجد في قانون الأسرة بخصوص نفقة الزوجة سوى مادتين المادة 60 التي تنص على وجوب نفقة المعتدة والمادة 74 من قانون الأسرة، وهي النص العام لنفقة الزوجة والتي تنص " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون، وهذه المواد تنص على مشتملات النفقة وتاريخ استحقاقها وطرق تقديرها، ولم تتطرق مطلقا لحالات سقوطها عن الزوجة ، ولقد تناولت جل التشريعات العربية موضوع النشوز وعرفته باعتباره مسقطا للنفقة الزوجية وسببا للطلاق ومنها المشرع المصري الذي نص في المادة الأولى فقرة 4 من قانون 1985، لا تجب النفقة للزوجة إذا ارتدت أو امتنعت مختارة عن تسليم نفسها دون حق أو اضطرت إلى ذلك بسبب ليس من قبل الزوج أو خرجت دون إذن زوجها .

1- تشوار الجيلالي، حق الأشخاص في اختيار ديانتهم وموقف الدساتير والقوانين المغربية للأسرة منه، مقال نشر بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، عدد 3، 2010، ص 277 .

2- إسماعيل شيخ ، مرجع سابق، ص 71 .

وأضافت الفقرة الخامسة من نفس المادة "أنه لا يعتبر سببا لسقوط النفقة خروج الزوجة من مسكن الزوجية دون إذن زوجها في الأحوال التي يباح فيها ذلك بحكم الشرع، مما ورد به نص أو جرا به العرف أو قضت به الضرورة، ولا خروجها للعمل المشروع ما لم يظهر أن استعمالها لهذا الحق المشروط منسوبا بإساءة استعمال الحق أو منافع لمصلحة الأسرة، وطلب منها الزوج الامتناع عنه " كما أن القانون المغربي نص في المدونة عن النشوز كسبب لسقوط النفقة من خلال المادة 195، التي اعتبرت الحكم بالرجوع على الزوجة إلى بيت الزوجية وامتناعها على ذلك سببا لسقوط النفقة عنها . واعتبر المشرع السوري في المواد 73 و 74 أن عمل المرأة دون إذن زوجها ونشوزها سببا لسقوط النفقة عنها، أما المشرع الجزائري فلم يتطرق للموضوع، وقد اعتبر شراح قانون الأسرة أن إلغاء نص المادة 37 من قانون الأسرة، خلق فراغا تشريعيًا يجب سده بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222¹، كما استقر قضاء المحكمة العليا أن النشوز سببا لسقوط النفقة على الزوجة² .

ومن جهة أخرى فإن المشرع لم ينص على تعريف النشوز أو صورته، وأن جل اجتهاد المحكمة العليا يرى أن النشوز هو امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد صدور حكم نهائي بالرجوع، ورفض الزوجة تنفيذه دون مبرر³، ونلاحظ أن أغلب القضاة يأخذون بهذا الاجتهاد ويقصرون النشوز على هذه الصورة، ولا يرجعون إلى نص المادة 222 بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الاحتياطي في تعريف النشوز وضبط صورته . كما أسسوا أحكامهم لسقوط النفقة كذلك على الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا المشار إليه أعلاه...".

وعموما فإن إلغاء نص المادة 37 من قانون الأسرة، جزئيا فيما يخص النشوز يخلق فراغا تشريعيًا يوجب سدّه بإعمال مبدأ الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

هـ / إلغاء نص المادة 39 المتعلقة بواجبات الزوجة اتجاه زوجها

كانت المادة 39 من قانون الأسرة قبل إلغائها تتناول واجبات الزوجة اتجاه زوجها في 03 فقرات:

- طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة .
- واجب إرضاع الأبناء عند الاستطاعة وتربيتهم .

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ص451، ونظر أيضا بن شويخ رشيد، مرجع سابق ص152

2- انظر: قرار المحكمة العليا رقم 189324 المؤرخ في 19/05/1998، المجلة القضائية، لعام 2001، عدد خاص، المحكمة العليا، الجزائر، ص147 .

3- قرارها المؤرخ في 21/02/2001 ملف 254080 المنشور بالمجلة القضائية لعام 2002 عدد 02، المحكمة العليا، الجزائر ص444.

• احترام والدي الزوج وأقاربهم .

وقد نقل المشرع الفقرة الثالثة إلى نص المادة 36 من قانون الأسرة، وألزم الزوجين معا باحترام والدي الزوج الآخر وأقاربه وألغى كليا حق طاعة الزوج وواجب إرضاع الأبناء .
ولأن حق الطاعة للزوج شرعا بسبب قوامته على المرأة، فلا معنى لحق القوامة دون حق الطاعة، يقول تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ¹﴾ .
والمشرع الجزائري ألغى هذا الحق واستبدلها بما ورد في المادة 36 من قانون الأسرة، يجب على الزوجين المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة، والتشاور على تسيير شؤون الأسرة .
وفي محاولة منه لتفسير هذا الإلغاء يقول الدكتور غرابي أحمد ((وكانه بهذا -أي المشرع- يستحى من عبارة الطاعة المنصوص عنها في نصوص كثيرة من القرآن والسنة أو يحملها على غير محلها ويرى فيها انتقاصا من قيمة المرأة وحريتها وما ينبغي أن تكون عليه من مساواة مع زوجها تحت ضغط وتأثير موجات كثيرة عالمية ومحلية تنحى منحى التحرر الكامل داخل الأسرة والمساواة المطلقة بين الزوجين في الحقوق والواجبات، هذه الإتجاهات التي أساءت فهم معنى الطاعة والقوامة المطلوبة شرعا، والتي لم تنظر إلى الأسرة على أنها مؤسسة من مؤسسات المجتمع وخليّة أساسية فيه، لا بد فيها من رئاسة تدير أمورها، يقوم بها طرف من الأطراف الذي يمثل دور الحماية والرعاية والصيانة والذود دون الإخلال بعنصر الاحترام والتشاور وتبادل الرأي مع الطرف الآخر² .

ويقول الدكتور العربي بلحاج عن إلغاء المادة 39 خاصة حق الطاعة للزوج " أن قانون الأسرة الجديد بإلغائه حق طاعة الزوجة لزوجها بالمعروف، أوجد فراغا قانونيا كبيرا، مما يحتم الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب م 222 من قانون الأسرة، ذلك أن النفقة الزوجية هي حق المرأة حسب م 74 من قانون الأسرة، ولكنها مقابل الطاعة الواجبة لزوجها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، فبغير الطاعة تكون الزوجة ناشز ويسقط حقها في النفقة³ ، و في هذا الصدد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 41718

1- سورة النساء الآية رقم 34 .

2- غرابي أحمد، مرجع سابق، ص 197.

3- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 407.

المؤرخ في 1986/05/05¹ ((أن امتناع الزوجة إستئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نهائية، يعتبر نشوزا منها وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من نفقة وغيرها))².

أما عن واجب إرضاع الأبناء فقد اختلف الفقه الاسلامي في إلزام الأم به حال قيام الزوجية إلى ثلاثة أقوال :

1- لا تجبر الأم على إرضاع صغيرها سواء كانت في حبال الزوج أو في عدة الطلاق الرجعي، والإرضاع في حقها للندب وهو قول الجمهور الحنفية والشافعية والحنابلة³، وقول الألويسي والرازي والمفسرين⁴، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁵، فالآية جاءت بمعنى الخبر ويقصد به الندب، فيفضل للأمهات إرضاع أبناءهن فلو كان واجبا لكانت الآية وعلى الوالدات إرضاع أولادهن، ويؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَنْ تَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾⁶ فدل ذلك على عدم وجوب الإرضاع.

2- تجبر الأم على الإرضاع سواء كانت شريفة أو دنيئة حال قيام الزوجية أو الطلاق الرجعي وهو قول أبو ثور وأبي ليلي والحسن واستدلوا بالآية الكريمة نفسها ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ لأن الإخبار من صور الأمر والأمر يفيد الوجوب فيكون المعنى ليرضعن أولادهن⁷.

3- أما الرأي الثالث وهو رأي المالكية، فيرى أن الأمر يجب قضاء على الإرضاع إذا كان هذا عادة مثيلاتها ولا يلزمها إن كانت شريفة إلا إذا تضرر الصغير وتعبت لإرضاعه، واستدلوا بالعرف السائد⁸، ولقد كان نص المادة 39 من قانون الأسرة قبل إلغاءه يعتبر إرضاع الصغير واجب على الأم عند الإستطاعة، إلا أن إلغاء هذه المادة دون اعادة تنظيمها أو إدراج هذا الواجب ضمن المادة 36 من قانون

1- قرار غير منشور بالمجلة القضائية أشار إليه العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلق عليه قرارات المحكمة العليا من 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية 4، الجزائر، 2012، ص 282.

2- انظر ايضا قرار المحكمة العليا رقم 39941 المؤرخ في 24/02/1986 (غير منشور) جاء فيه (إن المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي أن الزوجة لا تعتبر ناشزا إلا إذا صدر حكم بالرجوع ونفذ عليها بصفة قانونية بعدما اصبح نهائيا)) انظر العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه قرارات المحكمة العليا من 1966-2010، مرجع سابق، ص 282

3- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقتناع، ج 5، ص 487. (علم الكتب ، بدون طبعة ، بيروت لبنان ، 1983

4- محمد الرازي فخر الدين ، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب ، مرجع سابق، ص 126 .

5- سورة البقرة، الآية 233.

6- سورة الطلاق، الآية 6 .

7- ابن قدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، ج 11، مرجع سابق، ص 430 .

8- ابن قدامة ، المرجع نفسه ، ص 431.

الأسرة، المعدل بموجب الأمر 02/05، والتي أصبحت تضم حقوق واجبات الزوجية أغفلت نص على هذا الواجب، وهو ما فسّره بعض الفقهاء بالإغفال الذي يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق أ، ومنهم العربي بلحاج¹، ويبقى على القاضي اختيار إحدى الآراء الثلاثة المذكورة أعلاه .

وعموما فالمشرع ألغى هذه المواد أعلاه، كما ألغى جزئيا بعض الأحكام في مواد أخرى مثل تعديله للمادة 32 من قانون الأسرة بخصوص اعتبار ردة الزوج سببا لفسخ عقد الزواج . وكلها مسائل اختلف الفقه في شأن دلالة الإلغاء فيها، واعتقد أن الأصل أن الإلغاء يخلق فراغا تشريعا يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا إذ قامت أدلة وشواهد على أن نية المشرع في اختياره أو توجهه لنقيض الحكم الملغى، كما هو الشأن في مسألة الوكالة في الزواج التي وضّحناها أعلاه، ويبقى على القاضي تفصّي نية المشرع باستعمال طرق التفسير التي أشرنا إليها في أول هذا الفصل .

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق ص 407.

المبحث الثاني

ورود النص خارج قانون الأسرة

جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة " كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، والمقصود بهذا القانون في متن النص اعلاه حسب صياغته هو قانون الأسرة الذي يخضع كل العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكامه ، ومن ثم فلا يرجع لأحكام الشريعة الإسلامية ولا يلجأ إليها إلا إذا لم يوجد نص تشريعي ضمن قانون الأسرة، ومع ذلك فقد يصادف القاضي حلول لبعض المسائل المعروضة عليه نظمتها قوانين أخرى ذات صلة، فهل يلتزم بتطبيقها باعتبارها نصوصاً تشريعية أم تهمل ويرجع بشأنها إلى المصدر الاحتياطي -أحكام الشريعة الإسلامية، أمام صراحة نص المادة 222 التي ألزمت القاضي بالرجوع إليها متى لم يوجد نص في قانون الأسرة نفسه وليس عند غياب النص التشريعي مطلقاً ؟ او بالأحرى لمن تكون الأولوية في التطبيق لنص تشريعي وارد في قانون آخر غير قانون الأسرة ام للمصدر الاحتياطي لقانون الأسرة -أحكام الشريعة الإسلامية ؟

وللإجابة على هذا الإشكال نتطرق للمسألة من خلال عنصرين الأول وهو حكم ورود النص في قانون آخر بإحالة من قانون الأسرة نفسه (**المطلب الأول**) والثاني هو حكم ورود النص ضمن قوانين أخرى لم يحل عليها قانون الأسرة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : ورود النص ضمن قانون أحال عليه قانون الأسرة

نظم قانون الأسرة أغلب العلاقات التي قد تنشأ بين أفراد الأسرة الواحدة ابتداءً من الخطبة و الزواج وآثاره وصولاً إلى الطلاق وما يترتب من آثار والنيابة الشرعية والمواريث وغيرها من المسائل ذات الصلة، إلا أن هذا لا يمنع من وجود نصوص قانونية تنظم علاقات أو مسائل أسرية ضمن قوانين أخرى عامة أو خاصة، بإحالة من قانون الأسرة نفسه ، نحاول فيما يلي التطرق إلي بعض هذه الحالات الواردة على سبيل المثال ضمن قانون الحالة المدنية (الفرع الأول)، ثم القانون المدني (الفرع الثاني) ، مع عرض موقف الفقه في المفاضلة والأولوية بين إحالة قانون الأسرة إلى قانون آخر، والإحالة الواردة في نص المادة 222 بخصوص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

الفرع الأول : إحالة قانون الأسرة على قانون الحالة المدنية

أحال قانون الأسرة على قانون الحالة المدنية صراحة في حالتين أولها الإحالة بخصوص تسجيل الزواج أمام مصالح الحالة المدنية (أولا)، والحالة الثانية بخصوص لقب الطفل المكفول مجهول الأبوين (ثانيا) .

أولا / إجراءات تسجيل عقد الزواج أمام مصالح الحالة المدنية

إذا استكمل الزواج شروطه وركنه حسب المادتين و09 و9 مكرر، وجب قانونا تسجيله رسميا وفقا للإجراءات المحددة في قانون الحالة المدنية، إذ تنص المادة 21 من قانون الأسرة " تطبق أحكام قانون الحالة المدنية على إجراءات تسجيل عقود الزواج، ولقد فرض المشرع الجزائري هذه الإجراءات الإدارية لمنع التلاعب في عقود الزواج وإشعار المجتمع على أهميتها، في حين أن الفقه الإسلامي لم ينص عليها، ولقد راعى فيها القانون الجزائري المرونة والسهولة وعدم الإحراج لخدمة المصلحة الفردية والاجتماعية¹، ونميز في هذه الإجراءات بين الزواج الذي تم فيه الدخول ولم يسجل، أي الزواج العرفي وبين الزواج الذي استوفى شروطه وأركانه الشرعية ولم يتم فيه الدخول، إذ في الحالة الأولى يتعين على الطرفين الرجوع إلى المحكمة لإثبات هذا الزواج، لأننا نكون بصدده واقعة مادية يجب إثباتها أمام القاضي الذي يتأكد بعد سماع شهود من توافر شروط الزواج حسب المادتين 9 و9 مكرر ليصدر حكم بإثبات الزواج، حسب المواد (423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمواد 39،40، 58 من قانون الحالة المدنية، والمادة 22 من قانون الأسرة) وبعد صدور الحكم وصيرورته نهائيا يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل منطوق الحكم بسجلات الحالة المدنية بسعى من النيابة العامة، أما في الحالة الثانية أي إذا تم الزواج ولم يتم الدخول فإن إجراءات تسجيل الزواج في الحالة المدنية تتطلب أن يكون ذلك أمام الموظف المؤهل وهو ضابط الحالة المدنية او الموثق طبقا لنص المادة 18 من قانون الأسرة دون سواهما، وذلك بتقديم مجموعة من الوثائق التي أوضحتها المواد من 74 إلى 76 من قانون الحالة المدنية وهي :

- 1- شهادة ميلاد الزوجة والزوج وبطاقة تعريفهما (م 74 ق ا ح م).
- 2- شهادة إقامة الزوج لأن المشرع اشترط أن يكون طلب الزواج أمام ضابط الحالة المدنية الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما .
- 3- شهادة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر، تثبت خلو الزوجين من أي أمراض قد تتعارض مع الزواج (حسب م 7 مكرر من قانون الأسرة).

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص343 .

4- الرخص القضائية أو الإدارية التي يستلزمها القانون، كرخصة ترشيد قاصر إذا كان أحد الزوجين قاصر م 7 من قانون الأسرة، الرخصة الإدارية للعسكريين¹، و رجال الشرطة² الرخصة المقدمة للأجنبي من الوالي إذا كان أحد الزوجين أجنبي م 31 من ق أ³، فإذا توفرت كل هذه الشروط يقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل العقد في سجلات الحالة المدنية، ويسلم للطرفين دفتر عائلي يثبت زواجهما رسميا (م 72 من قانون الحالة المدنية)، أما إذا تم الزواج أمام الموثق فإنه بعد تحرير عقد الزواج يرسل ملخص من هذا العقد إلى ضابط الحالة المدنية للبلدية المختصة في أجل 03 أيام، وخلال 05 أيام الموالية لوصول الملخص لضابط الحالة المدنية يقوم بتسجيله في سجلات الحالة المدنية، ويسلم للطرفين دفتر عائلي حسب الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الحالة المدنية.

أما إذا كان الزواج قد انعقد في بلد أجنبي بين جزائريين أو جزائري وأجنبية فيحرره الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون، أو السلطة المحلية التي لها صلاحية تحرير العقود الرسمية، ويسجل في سجلات القنصلية طبقا للقوانين الجزائرية م 76 والمادة 97 إلى 103 من قانون الحالة المدنية . وتجدر الإشارة إلى أن أي تزوير في تسجيل عقد الزواج يوجب بطلان العقد حسب م 46 من قانون الحالة المدنية، و تقوم معه مسؤولية ضابط الحالة المدنية والموثق جزائيا حسب م 77 من نفس القانون.

وما نلاحظه أخيرا أن قانون الأسرة أحال على قانون الحالة المدنية صراحة بشأن تسجيل الزواج وفقا للشروط اعلاه ، لأن الأمر ينتهي دائما مهما كان من حرره إلى قيده في السجلات الحالة المدنية، ويسلم دفتر عائلي للزوجين من قبل ضابط الحالة المدنية .

وأن قانون الحالة المدنية هو القانون الذي يحدد صلاحيات ضابط الحالة المدنية، والسجلات التي يمسكها وتنظيمها بما فيها سجلات عقود الزواج، وعليه فإن هذه الإحالة تعتبر تطبيق للقانون المحيل فلا يجوز إستبعاد نصوص الحالة المدنية واللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مسألة تسجيل عقود الزواج كما هو معمول بها اليوم ، فهي مسألة مستحدثة استحدثتها طبيعة المجتمعات والحضارة المعاصرة .

اما عن موقف الفقه الإسلامي المعاصر من مسألة توثيق عقد الزواج فقد اتفق اغلب الفقه على ضرورة ذلك في هذا العصر وقد جاء في الفقه الميسر للطيار ((ولا مرأ في أن هذا التوثيق أدعى في

1- منشور وزارة العدل 329 في 1967/06/13 و منشور 364 المؤرخ في 1968/06/25.

2- المادة 23 و 24 من المرسوم 418/83 المؤرخ في 13 /08 /1983 .

3- تعليمه وزير الداخلية للولاية رقم 08/02 مؤرخة في 11/02/1980.

هذا العصر الذي تعقدت فيه المشكلات، وتعددت فيه أسباب النزاع مما يقتضي توثيق العقود بالكتابة، ولا مراء في أن لهذا التوثيق منافع عدة، منها إمكانية حفظ العقد المكتوب مدة طويلة وغير محدودة، ومنها سهولة الرجوع إليه عند النزاع مما لا يتوافر في الشهود، ومن هذه المنافع أيضاً معرفة الأمة لتاريخها وتسلسل أجيالها، وحفظ أنسابها، ناهيك عما يستلزمه تخطيط تميميتها واقتصادها من توثيق زيجاتها، فالإلزام بتسجيل عقود الزواج هو من "باب السياسة الشرعية" التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها لما يراه في ذلك من مصالح، فالتوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبه اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية؛ خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من النكران، وإذا كان الزواج العرفي زوجاً صحيحاً استوفى شروطه، فللحاكم المعاقبة على عدم توثيق عقد الزواج؛ لأنه خالف أمراً أوجب الله طاعته فيه لقول الله تعالى: **لِيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ** {النساء: 59}.¹

فيكون المشرع الأسري قد أصاب في الاخذ بمبدأ توثيق عقود الزواج ، وتكون الإحالة على قانون الحالة المدنية من قبيل المنصوص عنه في قانون الأسرة و بذلك يكون تطبيق نصوص قانون الحالة المدنية على هذه المسألة تطبيقاً للنص المحيل أي قانون الاسرة فتخرج بذلك من دائرة الاحالة على المصدر الاحتياطي وهو الشريعة الإسلامية .

ثانيا / نسب الطفل المكفول مجهول النسب

المسألة الثانية التي أحال فيها قانون الأسرة صراحة على قانون الحالة المدنية هي مسألة تسمية الابن المكفول مجهول النسب، إذ نصت المادة 120 من قانون الأسرة : " يجب أن يحتفظ الطفل المكفول بنسبه الأصلي إذا كان معلوم النسب وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية، والتي تنص " يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال للقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أيّة أسماء، ويعين الطفل بمجموع أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي " ، وأمام وضوح هذه النصوص فإن الطفل المكفول إذا كان معلوم النسب يحتفظ بنسبه الشرعي ، أما إذا كان مجهول النسب فيختار له ضابط الحالة المدنية اسما ثلاثيا يكون آخره لقبا له ، فيكون المشرع الجزائري بذلك قد أخذ مبدأ عدم تحريف وتزييف الأنساب، إذ لا يمكن إلحاق أي طفل سواء أكان معلوم النسب أم لا بنسب شخص آخر، إلا أن هذا الأمر يصطدم بأحكام المرسوم التنفيذي

1- عبد الله بن محمد الطيار ، الفقه الميسر (النوازل المعاصرة في فقه الأسرة) ، ج 11 ، دار الوطن للنشر ، الرياض السعودية ، ط 1، 2012، ص28 .

92-24 المؤرخ في 13/01/1992 المتعلق بمطابقة لقب الكافل للمكفول . والذي أجاز للكافل إذا كان المكفول مجهول النسب أن يمنحه لقبه وفقا لإجراءات حددها المرسوم نفسه، والذي أثار جدلا فقهيًا بين من رفض تطبيق هذا المرسوم كونهم كيفوه باعتباره تنبينا بطريقة غير معلن عنها صراحة ، ذلك أن فيه تغيير لحقيقة النسب الأصلي للولد المكفول مجهول الأب، مع العلم أن ضابط الحالة المدنية يعطي لهذه الفئة الأسماء و تسجل بالحالة المدنية، و عليه يرون أن المصادقة على طلب تغيير اللقب فيه تغيير للنسب و إلحاق نسب الولد إلى نسب جديد ، و أن مثل هذه الحالات تؤدي إلى اختلاط الانساب و فيها تعدي على اللقب العائلي لعائلة أخرى ، كما يرون أن مضمون هذا المرسوم يحمل في طياته تناقض مع المادة 120 من قانون الأسرة التي توجب احتفاظ المكفول بنسبه الأصلي اذا كان معلوم النسب و إن كان مجهول النسب فتطبيق أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية ، و أن هذا الفريق يؤكد على إحتفاظ المكفول بنسبه الأصلي و استبعاد تطبيق هذا المرسوم و الإحتكام مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية¹. أما من يرى الأخذ بالمرسوم 24/92 فلهم حجج ترد على الأسباب المذكورة أعلاه، لأصحاب الرأي الأول ومن أهمها :

- أن المادة 05 من المرسوم اعلاه تقضي بضرورة تسجيل إسم المكفول على هامش شهادة الميلاد وكل عقود الحالة المدنية، وهذا يعني أن اللقب الأصلي للمكفول مجهول النسب حسب م 64 من قانون الحالة المدنية المحال عليها بالمادة 120 من قانون الأسرة يبقى محفوظا، وأن هذا الإسم هو إضافي فقط للاستعمال الشخصي وفي هذا الصدد ترى الدكتورة زواوي فريدة أن منح اللقب للمكفول قرر لحمايته في مرحلة معينة، وهو يمنح حق الإستعمال فقط ولا يلغي الاسم الذي اكتسبه قانونا بمقتضى المادة 64 من قانون الحالة المدنية 70/20، إذ يبقى هذا الاسم مقيدا في سجل الحالة المدنية ولا يستطيع نقل اسم الكفيل إلى أولاده، لأنه اسم تقرر لاستعماله الشخصي فقط وأن المكفول يمثل هذه الإجراءات لا تترتب له أية آثار كالنسب والإرث²، ويعتبر الرأي الثاني هو الرأي السائد - حاليا -

وقد اعتبر أغلب شراح قانون الأسرة أن أحكام هذا المرسوم جاءت لحماية الطفل نفسيا واجتماعيا، وأحكامه جاءت مكملة للمادة 120 من قانون الأسرة، والمادة 64 من قانون الحالة المدنية، ولم تلغها

1- حوادي حياة ، مدى امكانية تغيير الكافل لقب المكفول ، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران مجلد 4 ، عدد 1، الجزائر ، 2013 ، ص 299 .

2- زواوي فريدة، مدى تعارض المرسوم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الإسلامية مجلة القضائية لعام 2000 العدد 2، ص 71 و 72 .

وأنة لا يوجد أي تعارض بين النصوص يوجب إعمال مبدأ تدرج القوانين وتجميد أحكام هذا المرسوم لتعارضه مع نصوص تشريعية أقوى منه .

و أرى أن إحالة نص المادة 120 من قانون الأسرة بشأن تسمية أو نسب الابن المكفول مجهول النسب على المادة 64 من قانون الحالة المدنية، والتي توجب تعيين المكفول بمجموعة أسماء آخرها يعتبر لقباً له، تعطل تطبيق نص المادة 222 بشأن الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، بخصوص تسمية و لقب مجهول النسب المتكفل به وأعتقد ان المادة 120 من قانون الاسرة لم تحل على أحكام المرسوم 157/71 المعدل والمتمم بالمرسوم 24/92 والمرسوم 20-223، ذلك أن الأمر بالكفالة يحدد هوية الطفل الحقيقية كمجهول نسب ، ومن ثم فلا يوجد أي تناقض بين قانون الاسرة المحيل وقانون الحالة المدنية المحال عليه ، أما اجراءات مطابقة اللقب بين الكافل والمكفول فهي اجراءات لاحقة تشترط ضمن الملف أمر قضائي بالكفالة وشهادة ميلاد الطرفين أي الكافل والمكفول، فإذا أراد الكافل مطابقة لقب المكفول للقبه فان القول بعدم جواز تنفيذ هذا المرسوم لمخالفته أحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية لما فيه من تحايل على قاعدة عدم جواز التبني، فهي مسالة تطرح أساساً على مستوى قاضي الحالة المدنية المخاطب بتنفيذ المرسوم وربما تثير إشكالية أخرى أعمق تتعلق بتفعيل وإحترام مبدأ تدرج القوانين ومدى جواز استبعاد تطبيق المرسوم -باعتباره لائحة تنفيذية - ومخالفته للقواعد الدستورية والتشريعية الأعلى منه درجة.

و كخلاصة لهذا المطلب فإن إحالة قانون الأسرة على قانون الحالة المدنية تلزم القاضي ولا تمنحه رخصة الاجتهاد فتحول دون الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأن هذه الحالات تعد من المنصوص عنه في قانون الأسرة القانون المحيل .

الفرع الثاني : إحالة قانون الأسرة على القانون المدني

أحال قانون الأسرة على القانون المدني في جملة من المسائل نجملها في ثلاث نقاط :

مسألة سن الرشد والأهلية (أولاً)، ومسألة القانون الدولي الخاص إذا تضمنت العلاقة الزوجية عنصر أجنبي (ثانياً)، ومسألة قسمة التركات والملكية الشائعة (ثالثاً).

أولاً / الإحالة في مواد سن الرشد والتمييز

لم يحدد المشرع الأسري سن التمييز وسن الرشد ضمن قانون الأسرة، وأحال بشأنها إلى القانون المدني ، إذ نصت المادة 82 من قانون الأسرة " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه" طبقاً لنص المادة 42 من قانون المدني، تعتبر جميع تصرفاته باطلة" وبالرجوع إلى نص المادة 42 فقد جاء فيها " لا

يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر سنه أو عته أو جنون، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ 13 سنة " ومن خلال هذه المادة يتضح لنا أن غير المميز هو:

- ✓ الطفل الذي لم يبلغ 13 سنة من عمره.
- ✓ المعتوه وهو المصاب بإعاقة ذهنية، لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته .
- ✓ المجنون وهو فاقد العقل بصفة دائمة¹ .

وعلى هذا تكون تصرفات غير المميز باطلة بطلاناً مطلقاً، وأضافت المادة 83 من قانون الأسرة " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، طبقاً لنص المادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة له، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء "

وبالرجوع إلى نص المادة 43 من القانون المدني فقد جاء فيها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذي غفلة يكون ناقص أهلية وفقاً لما يقرره القانون، و من ثمة و تبعا للمادتين 83 من قانون الأسرة و 43 من القانون المدني فإن ناقص الأهلية هو :

- ✓ الطفل البالغ سن التمييز 13 سنة إلى 19 سنة .
- ✓ البالغ من العمر 19 سنة، ولكنه سفيه يبذر ماله و يتصرف فيه بشكل يضر عائلته .
- ✓ ذو الغفلة وهو الذي يسهل خداعه ولا يقدر عواقب الأمور، ويرجع ذلك إلى ضعفه العقلي فهؤلاء ناقصي أهلية تكون تصرفاتهم نافذة إذا كانت نافعة لهم كأن يتلقوا هبات وتبرعات، وباطلة إذا كانت ضارة بهم كأن يتبرعوا هم للغير وتتوقف تصرفاتهم على إجازة النائب الشرعي (ولي أو وصي)، إذا كانت دائرة بين النفع والضرر مثل عقود المعاوضات كالبيع والإيجار، وفي حالة النزاع في طبيعة التصرف يرجع إلى القضاء للفصل فيه²، وبخصوص سن الرشد فقد أحالت المادة 86 من قانون الأسرة، على المادة 40 من القانون المدني التي تنص " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية طبقاً لأحكام المادة 40 من قانون المدني ونصت المادة 40 من القانون المدني " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة .

1- لحسن بن الشيخ ايت ملويا، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، دار الهدى، بدون طبعة، عين مليلة، الجزائر، 2014 ص85.

2- لحسن بن الشيخ ايت ملويا، المرجع نفسه، ص89.

وهكذا فكل من بلغ سن الرشد ولم يصب بآفة عقلية كالجنون أو العته أو السفه، ولم يحجر عليه فإن أهليته كاملة، والمقصود بها أهلية الأداء أو التصرف، وذمته المالية قابلة لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، و يمكن مساءلته قانونيا مهما كان نوع التصرف حتى لو كان ضارا .

ويبدو أن المشرع في قانون الأسرة في باب النيابة أحال على القانون المدني، وهو الشريعة العامة في موضوع سن التمييز وسن الرشد وآثارها على التصرفات المالية للقاصر، وهذا رغبة منه في خلق الانسجام بين القوانين فلا يعقل أن يكون الشخص راشدا في تصرفاته الأسرية وناقص الأهلية في تصرفاته المدنية والعكس .

كما جعل المشرع الأسري سن الزواج للرجل والمرأة على حد سواء، هو نفسه سن الرشد المدني 19 سنة، وأجاز إستثناء الترخيص بالزواج قبل هذا السن، إذا ثبت للقاضي قدرة القاصر على تحمل أعباء الزواج أو كان هذا الزواج لمصلحة أو ضرورة حسب م 7 من قانون الأسرة، التي جاء فيها " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج" ، ويكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات .

وعليه ومما سبق فإنه لا يجوز الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فيما يخص سن الزواج أو سن الرشد وسن التمييز ، لأن قانون الأسرة قد حدد هذه السن بإحالتها على القانون المدني صراحة . فتخرج هذه المسائل بإجماع شرّاح قانون الأسرة من دائرة المسكوت عنه، وبالتالي عن نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيا/ قواعد القانون الدولي الخاص في المسائل الأسرية

أحال قانون الأسرة صراحة على القانون المدني، إذا تضمنت العلاقة طرفا أجنبيا من خلال نص المادة 221 من قانون الأسرة على قواعد القانون الدولي الخاص، وهي المواد من 9 إلى 24 من القانون المدني، والتي تحدد القانون الواجب التطبيق في حالة المنازعة بين طرفي العلاقة الزوجية إذا كان أحدهما أجنبيا.

فالزواج من أفسح العلاقات القانونية مجالا لتنازع القوانين، وذلك لارتباط تنظيم هذه الرابطة بديانات وعادات وثقافات الشعوب المختلفة، إذ تعتبر في بعض الدول رابطة دينية بحتة و لدى بعض رابطة مدنية بحتة، وتجزئ بعض الدول الاسلامية تعدد الزوجات، ويسمح بانحلالها بإرادة منفردة وبالمقابل تحرم بعض الدول هذا .

و الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص لا يخرج عن إحدى الصور التالية :

- ✓ زواج أجنب بالجزائر .
- ✓ زواج مختلط بالجزائر أو بالخارج .
- ✓ زواج وطنين في الخارج .

ومهما كانت صورة الزواج فقد نصت المادة 11 من قانون المدني " يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين " وهذا يعني أنه يجب تطبيق قانون كل من الزوجين على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج دون الشروط الإجرائية أو الشكلية، وأي كان المعيار المعمول به في تطبيق هذه المادة سواء المعيار الجامع أي أن تتوفر في الزوجين الشروط الموضوعية في قانون كل منهما، أي أن تتوفر في الزوج الشروط الموضوعية لصحة الزواج في قانونه وقانون الزوجة، وأن تتوفر في الزوجة أيضا الشروط المنصوص عنها في قانونها وقانون الزوج أو المعيار الموزع، أي أن تتوفر في كل واحد منهما الشروط الموضوعية في قانونه ، فإن المادة 13 من قانون المدني نصت على استثناء إذ جاء فيها " يسرى القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عنها في المادتين 11 و12، إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت انعقاد الزواج إلا فيها يخص أهلية الزوج، وهذا يعني أن تقدير صحة الزواج وتوافر شروطه الموضوعية، إذا كان أحد الزوجين جزائريا يخضع للقانون الجزائري ما عدا أهلية الزواج فيخضع كل واحد من الزوجين لقانون جنسيته .

ونصت المادة 12 من القانون المدني فيما يخص آثار الزواج أنها تخضع لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج " يسرى قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يترتبها عقد الزواج ..."، وعلى هذا فإن القانون الجزائري وحده هو الذي يطبق على الشروط الموضوعية لصحة الزواج، والآثار الشخصية والمالية للزواج اذا كان الزوج جزائريا وكذا على مسائل الحالة والأهلية .

وبخصوص الطلاق فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون الزوج وقت رفع الدعوى حسب المادة 12 ف 2 من القانون المدني ، ويسري على النسب والاعتراف به وإنكاره قانون جنسية الأب وقت ميلاد الطفل، وفي حالة وفاته قبل ميلاد الطفل يطبق قانون جنسية الأب وقت الوفاة.

وبخصوص الكفالة فإنه وحسب المادة 13 مكرر 1 " يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول به وقت إجرائها، ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل وتطبق نفس الأحكام على التبني " .

ويسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته حسب المادة 16 من القانون المدني .
وعموما فبالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في مجال الأحوال الشخصية في القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع اختار ضابط الجنسية كمعيار لتحديد القانون الواجب التطبيق، وسبب اختيار المشرع هكذا ضابط كان من أجل ضمان تطبيق القانون الجزائري على الجزائريين، أينما حلوا وارتحلوا على أساس انه القانون الأفضل والأكثر عدالة لهم وهو القانون الذي يحمي مصالحهم¹. وعموما فإن قواعد الإسناد المنصوص عليها في القانون المدني في المواد من 09 إلى 24، والتي أحال عليها قانون الأسرة، إذ تضمنت العلاقة طرفا أجنبيا تخرج من دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وتكون الأولوية لنصوص القانون المدني المحال عليه من القانون المدني المحال عليه من قانون الأسرة نفسه .

ثالثا / قسمة التركات المتعلقة بالملكية الشائعة

أحال المشرع الأسري صراحة من خلال نص المادة 181 على القانون الأسرة الجزائري بشأن قسمة التركات، إذ تنص المادة 181 : " يراعي في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة ، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء " .

وقد نظم المشرع الجزائري موضوع قسمة الملكية الشائعة ضمن القانون المدني في المواد 713 وما يليها، ومنح للشركاء في الشيوع الحق في طلب الخروج منه، إذ لا يجبر أحد على البقاء الشيوع حسب المادة 722 من القانون المدني .

ويعتبر الإرث من مسائل الأحوال الشخصية وسببا لانتقال الملكية إلى الورثة، فتكون بذلك ملكية الورثة شائعة وغالبا ما يلجا إلى المحكمة بشأنها لطلب القسمة، خاصة إذا كان ضمن الورثة قاصر م 181 من قانون الأسرة .

وقد انفرد القانون المدني بتنظيم شروط وقيود إجراءات دعوى القسمة، فهو موضوع إجرائي أكثر منه موضوعي، لذا فإننا نرى أن إحالة قانون الأسرة عليه يجعل من نصوص القانون المدني أولى بالتطبيق ولا يمكن الرجوع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

1- موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية وإمكانية تحقيق التوفيق، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، عدد خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، الجزائر ، 2015، ص 24 .

المطلب الثاني : ورود النص ضمن قانون آخر دون إحالة من قانون الأسرة

قد يرد النص أحيانا على بعض المسائل ذات الصلة بقانون الأسرة ضمن قوانين أخرى دون إحالة من قانون الأسرة، فهل يطبق النص التشريعي ؟ أم يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية ؟ كون المادة 222 من قانون الأسرة توجب الإحالة على الشريعة الإسلامية فقط عند غياب النص ضمن قانون الأسرة دون سواه.

اختلف الفقه في هذه المسألة وهو ما سنوضحه في هذا المبحث، من خلال عرض أهم النصوص المنظمة لمسائل أسرية في القانون المدني (فرع أول)، ثم المواضيع الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لها علاقة بقانون الأسرة (فرع ثاني) .

الفرع الأول : المسائل المنصوص عنها في القانون المدني دون إحالة من قانون الأسرة

هناك الكثير من المواضيع ذات الصلة بقانون الأسرة لم يحل عليها هذا الأخير لأي قوانين أخرى، وقد اختلف الفقه بشأنها بين من يرى أن القانون المدني هو الشريعة العامة، الذي يجب الرجوع إليه في تأصيل المسائل قبل المصدر الاحتياطي، ومن يرى أن صراحة النص المادة 222 من قانون الأسرة تشترط غياب النص في قانون الأسرة نفسه، فتكون الأولوية للمصدر الاحتياطي وتهمل النص التشريعي الوارد خارج قانون الأسرة والذي لم يحل عليه هذا الأخير و قد تفرقت الآراء حسب طبيعة الموضوع لذا سنسوق فيما يلي بعض الأمثلة والمسائل التي توضح هذا الخلاف، لأن الفقه لم يناقش الموضوع بصفة مستقلة، فنعرض (أولا) كمثال موضوع عيوب الرضا وآثارها على عقد الزواج، و(ثانيا) نتناول حكم هبة الأموال المستقبلية بين قانون الأسرة والقانون المدني.

أولا/ عيوب الرضا وآثارها على صحة عقد الزواج

اعتبر المشرع الجزائري عقد الزواج حسب المادة 04 من قانون الأسرة عقدا رضائيا، ورتب على تخلف ركن الرضا البطلان المطلق حسب المادة 33 من قانون الأسرة، لأن إرادتي طالبي الزواج غير موجودة أساسا، غير أن الإرادة قد تكون موجودة، و قد تشوبها عيوب وعوامل تؤثر في سلامتها الأمر الذي يجعل من رضا الطرفين أو أحدهما غير سليم، فلا يكفي أن يكون الرضا موجودا، بل يجب أن يكون سليما أيضا حتى يكون العقد صحيحا وملزما لطرفيه .

ولم يورد المشرع قسما لعيوب الرضا في عقد الزواج في قانون الأسرة، بل نص عليها ضمن القانون المدني في المواد من 82 إلى 102 منه، وهي : الغلط ، الإكراه، التدليس، الاستغلال والغبن، فإذا عيب الرضا بأي عيب من هذه العيوب كان العقد قابلا للإبطال أو يتوقف على إجازته ممن له المصلحة .

وقد اختلف الفقه الاسلامي في ترتيب الجزاء على الرضا المعيب بأحد هذه العيوب بين بطلان والفسخ وعدم اللزوم .

ولأن عقد الزواج عقد رضائي فقد أثار جدلاً واسعاً من الفقه، بين من يرى أنه يخضع لأحكام العقد في القانون المدني بما فيها نظرية عيوب الرضا، ومن يرى أن عقد الزواج عقد يتميز عن سائر العقود نظراً لانفراده بشروطه وخصائصه الشرعية والاجتماعية، ويرى أنصار هذا الرأي ضرورة الرجوع في هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة، مادام هذا القانون لم يحل صراحة على القانون المدني بشأنها .

أ/ عيوب الرضا في القانون المدني

وتتمثل عيوب الرضا في التشريع الجزائري في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن :

1/ الغلط: هو حالة تقوم بالنفس تحمل الشخص على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها¹، وهو نوعان : غلط مانع وهو الذي يعدم الرضا ويقع في ماهية العقد أو في طبيعته أو في محله، فالأول أن تتصرف إرادة أحد الطرفين إلى إبرام عقد الزواج، بينما يعتقد الآخر أنها علاقة حرام أم الغلط في طبيعة العقد، فكأن يعتقد أحد الطرفين أن الزواج هو مجرد صداقة عاطفية لا ترتب أي آثار للطرف الآخر، وقد يكون الغلط في المحل كأن يتزوج شخص من امرأة ظناً منه أنها ليلي فيتبين أنها هند، أما الغلط المانع فيؤدي إلى بطلان العقد مطلقاً² .

والنوع الثاني للغلط هو الغلط المفسد وهو الذي يقع في تكوين العقد وشروطه، والغلط الذي يتصور في عقد الزواج أن يكون جوهرياً هو الذي يقع في صفة جوهرية في الشخص المتعاقد، وقد نص عليه المشرع في المادة 82 من قانون المدني .

2/ التدليس: وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد³، والفرق بينه وبين الغلط أن الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه بينما التدليس فهو الوقوع في الغلط باستعمال طرق احتيالية من المتعاقد الآخر يحمله على التعاقد، وقد نص عليه المشرع في المادتين 86 و87 من القانون المدني .

1- عبد الرزاق سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، 2000 ص311 .

2- بالعربي خالدية دليلة، اثر عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص43.

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص342.

3/ الإكراه: هو ضغط غير مشروع على المتعاقد بوسائل مختلفة كتوليد في نفسه الرهبة والخوف الذي يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، ولقد جاء في نص المادة 88 من قانون المدني " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق " .

4/ الاستغلال والغبن: وهما من العيوب التي لا تتصور في عقد الزواج لأنهما يردان على العقود المالية. وقد رتب المشرع الجزائري على عيوب الرضا أعلاه جزاء واحد، وهو قابلية العقد للإبطال أو إمكانية إجازته من المتعاقد الذي عيّبت إرادته حيث تنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري "، إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق "، فهو حق لمن عيّبت إرادته ورضاه، وأضافت المادة 100 " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو ضمنية.

وقيد المشرع الجزائري حق الإبطال بأجال إذ جاء في النص المادة 101 " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 05 سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط وفي التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت 10 سنوات من وقت تمام العقد... "، وقد رتب المشرع أيضا في القانون المدني آثار بطلان العقد أو إبطاله من إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل العقد والتعويض في المواد من 103 إلى 105.

ب/ عيوب الرضا في عقد الزواج

لم يتطرق الفقه الإسلامي لنظرية عيوب الرضا في عقد الزواج في بحوث مستقلة، بل جاءت في جزئيات متفرقة، و قد اختلف بشأنها بين من يقرر الفسخ أو البطلان أو عدم اللزوم حسب العيب الذي يصيب الرضا، ويرى الدكتور العربي بلحاج أن عدم معالجة عيوب الرضا في عقد الزواج ضمن قانون الأسرة تدخل القاضي في جزئيات خيار الشرط وخيار العيب، ومسائل الفسخ المتعلقة بها وغيرها من الأحكام والتفريعات المتناثرة هنا وهناك في بطون كتب الفقه الاسلامي المتشعبة¹، " و ظاهر قوله يوحى بأنها مسألة خاصة بقانون الأسرة لا يجب فيها الرجوع إلى أحكام القانون المدني، وإنما أوصى بضرورة تدخل المشرع ليسد هذا النقص التشريعي لأن أعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة حسب رأيه، والرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي لم تتناول الموضوع كنظرية مستقلة بل جاء في جزئيات متناثرة تجعل من مهام القاضي صعبة جدا .

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 86 .

و ذهبت الأستاذة بلعربي خالدية دليلة إلى القول أن عيوب الرضا في عقد الزواج تختلف عنها في العقود المدنية لطبيعة اختلاف تأثيرها في العقدين، فلو قارنا بين أثر الإكراه على عقدي الزواج والبيع فإن أثره في عقد البيع هو أن يجعله عقدا قابلا للإبطال، ولو تم الإبطال فإنه سيتم إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، إلا أن ذلك لا يتصور في عقد الزواج فإبطال العقد لا يمكن إرجاع الأمور إلى ما كانت عليه قبل الزواج لتحول المرأة من بكر إلى ثيب¹.

ويظهر الفرق بين إبطال العقد المعيب حسب القانون المدني وإبطال عقد الزواج حسب أحكام هذا الأخير فيما يخص آجال ومدد تقادم دعوى الإبطال، فالمادة 101 جعلت مدة التقادم 5 سنوات، ولا يعقل أن يبقى عقد الزواج قائما 5 سنوات مهددا بالإبطال كل لحظة²، وعليه أمام اختلاف طبيعة عقد الزواج الذي يتميز عن باقي العقود فإنه لا يستقيم الأخذ بنظرية عيوب الرضا في القانون المدني ولا يجب تطبيق أحكام المواد من 82 إلى 102 من القانون المدني على عيوب الرضا في عقد الزواج بل يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة.

ثانيا/ هبة الأموال المستقبلية

نظم المشرع عقد الهبة ضمن قانون الأسرة باعتباره من عقود التبرعات في المواد من 202 إلى 212، وقد اقتبس أحكامها من الفقه الإسلامي³.

ولم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة هبة الأموال المستقبلية هل تصح أم لا ؟

وإذا كان القانون المدني يجيز أن يكون محل العقد أو الالتزام بشيء مستقبلا محققا حسب المادة 92 من القانون المدني، إلا أن الفقه الإسلامي اختلف في هذه المسألة فقال المالكية: "يجوز هبة مالا يصح بيعه في الشرع من جهة الضرر كالمعدوم المتوقع الوجود، واشترط الجمهور أن يكون الموهوب مما يصح بيعه فلا يجوز هبة المعدوم".

ويرى الأستاذ محمد حسنين في هذا الصدد "رغم أن المادة 92 ف01 من القانون المدني تجيز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا ومحققا، إلا أن قانون الأسرة قد أحال بموجب المادة 222 من إلى

1- بلعربي دليلة خالدية، مرجع سابق، ص86.

2- نصت المادة 63 من مدونة الأسرة المغربية "يجوز للمكره أو المدلس عليه من الزوجين طلب فسخ الزواج قبل البناء و بعده خلال اجل لا يتعدى الشهرين من يوم زوال الإكراه أو من تاريخ العلم بالتدليس".

3- و بالمقابل نظمها المشرع المصري ضمن القانون المدني باعتبارها من العقود المالية .

4- محمد ابن أحمد ابن محمد ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، تحقيق محمد صبحي حسن الحلاق ، ج4، مكتبة ابن تيمية ، ط1 القاهرة ، مصر ، 1415هـ ، ص 162.

أحكام الشريعة الإسلامية بشأن ما لم يرد عليه النص في هذا القانون، والشيء الموهوب يجب أن يكون موجودا وقت العقد وهذا شرط أصلي في جميع عقود التمليك في الحال في الفقه الإسلامي كالهبة والبيع صونا للعقد من الإلغاء عند فوات المحل¹، فيؤسس هذا الرأي على أحكام المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية.

أما الرأي الثاني فيرى جواز هبة الأموال المستقبلية طبقا لنص المادة 92 من القانون المدني، ومنهم الدكتور محمد تقيية² الذي يرى " أن المشرع الجزائري لم يأت بنص البطلان لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة، مما يستلزم معه جواز هبة الأموال المستقبلية إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 92 من القانون المدني " .

والرأي نفسه ذكره في ضرورة تعيين المحل إذ قال " ولكن مادام أن قانون الأسرة لم ينص على هذا الحكم، فإنه يتعين الرجوع إلى المادة 94 من القانون المدني باعتبار أنه الشريعة الأم وأخذه بما أخذت به أغلب التشريعات العربية والأجنبية، ويوافق هذا الرأي ما ذهب إليه المالكية .

ونحن نعتقد أن الرأي الراجح هو الرأي الأول، الذي يقرر الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية- المصدر الاحتياطي لقانون الأسرة حسب المادة 222 من قانون الأسرة- لان المشرع اشترط صراحة اللجوء إليها في حالة غياب النص في قانون الأسرة، ولم يشترط غياب النص التشريعي مطلقا كما أن المشرع الجزائري نظم عقد الهبة ضمن قانون الأسرة في المواد من 202 إلى 212، ولم يحل بشأن النقص التشريعي على القانون المدني فتكون الأولوية عند غياب النص للمصدر الاحتياطي لقانون الأسرة³.

الفرع الثاني : المسائل الأسرية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

نصت المادة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (يطبق هذا القانون على الدعاوى المرفوعة، أمام الجهات القضائية العادية والإدارية ...)، فيتقرر من عموم هذا النص أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتناول إجراءات المرافعة، ويحدد مواعيد وأجال رفع الدعوى وقواعد الاختصاص لمختلف

1- محمد حسنين، الهيئة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية بالعلوم الاقتصادية و القانونية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، الجزائر، 1987، ص532 .

2- إسماعيل شيخ، مرجع سابق، ص83 .

3- شيخ إسماعيل، مرجع سابق، ص84، انظر في هذا الصدد محمد بن أحمد تقيية، دراسة عن الهيئة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط1، الجزائر، 2003، ص154

الفروع في المحكمة والمجلس، كما ينظم طرق الطعن في الأحكام وإجراءات الطعن فيها، فهو كما يوحي به إسمه قانون إجرائي بحت.

وإذا كان القانون الموضوعي و القانون الاجرائي يكونان معا القانون في الدولة ، ويعملان من أجل غاية واحدة هي تحقيق الاستقرار العادل بين أفراد الجماعة ، وهما لا يتنازعان من أجل تحقيق هذه الغاية ، بل يتكاملان من أجلها ، فالقانون الاجرائي عند اعماله لا يحل محل القانون الموضوعي في تنظيم الرابطة الاجتماعية ، بل يظل نظامها الموضوعي هو نظامها القانوني الأوحد ، وانما تستهدف قواعد القانون الإجرائي الضمان الأكيد لأن يتجه النشاط القضائي فعلا الى تحقيق القانون الموضوعي أي أن القانون الاجرائي بعبارة أخرى يقود النشاط القضائي في الاتجاه الذي يحدده القانون الموضوعي لنظام الروابط الاجتماعية، وهذا ما يعبر عنه القانون الاجرائي يمثل وسيلة من وسائل تحقيق القانون الموضوعي¹.

وقد خص المشرع قسم شؤون الأسرة بالمواد من 423 إلى 499 منه، والتي تنظم اختصاص قاضي شؤون الأسرة وكيفية التقاضي أمامه، وصلاحياته في مجال حماية القصر وناقصي الأهلية كالترخيص بالزواج والترشيد ومراقبة تصرفات النائب الشرعي في أموال القصر ..الخ، فهي مواضع إجرائية تبين طرق اقتضاء الحقوق الموضوعية المنصوص عنها في قانون الأسرة، ولا تتناول مسائل موضوعية قد تتعارض مع نصوص قانون الأسرة فلا يطرح الموضوع أي إشكال عن تصادم نصوص هذا القانون مع قاعدة الإحالة، ومن أمثلة ذلك مثلا موضوع مكان تأدية اليمين في حال الحكم بها ففي حال النزاع بين الزوجين عن الصداق أو متاع بيت الزوجية وبالخصوص في جزئية تغليظ اليمين اختلف الفقه الإسلامي بشأنها، إذ يرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة ضرورة تغليظ اليمين، فيرى المالكية بأن تؤدي في المسجد الجامع إلا إذا رأى صاحب الحق خلاف ذلك، وقال الشافعية تؤدي ندبا عند المنبر وقال الحنابلة تؤدي عند المنبر، فإن أبي الحالف ذلك لا يعد نكولا منه² أما عن موقف القضاء في الجزائر من المسألة فقد نص قانون الأسرة على وجوب أداء اليمين في حالتين ، الأولى واردة في نص المادة 17 من قانون الأسرة " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين "، والنص الثاني الذي يوجب اليمين هو نص المادة 73 الذي يحكم النزاع في المتاع ، جاء فيه " إذا وقع

1- محمد محمود ابراهيم ، مرجع سابق ، ص96 .

2- ابن فرحون برهان الدين إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي، ج1، دار عالم الكتب، طبعة خاصة،الرياض،، المملكة العربية السعودية ، 2003، ص158.

النزاع بين زوجين أو ورثتهما على متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال، والمشاركات بينهما يتقاسمانها مع اليمين ". وقد تباينت قرارات المحكمة العليا بشأن مكان تأدية اليمين فذهبت في قرارات لها إلى أن تأدية اليمين يجب أن تؤدى بالمسجد وجوبا، وأن مخالفة ذلك يعد مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ومنها القرار المؤرخ في 1986/10/06 ملف رقم 41752¹ .

و أسست قراراتها على أحكام الشريعة الإسلامية رغم أن نص المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية القديم جاء فيها " إذا وجهت اليمين للخصم في نزاع أو ردت عليه، فإن الخصم يقوم بحلف اليمين بنفسه في الجلسة"، وتراجعت المحكمة العليا عن قراراتها وذهب في قرار لاحق إلى جواز أداء اليمين بالجلسة حسب قانون الإجراءات المدنية م 433، وللقاضي جواز توجيهها بالمسجد حسب المادة 433 من قانون الإجراءات المدنية، ومنها القرار المؤرخ في 1987/12/07 رقم 47284²، وكذا قرارها المؤرخ في 1997/06/10 ملف 163381³، وأكدت رأيها هذا في القرار الصادر بتاريخ 2011/12/08 رقم 666627⁴، والذي جاء فيه " يؤدي الخصم اليمين في الجلسة أو أي مكان يحدده القاضي ذلك أن المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن " تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا في الجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي، وبالتالي فإن القرار المطعون فيه لما نص على أداء اليمين من قبل المطعون ضده بالمسجد الكبير سيدي بلعباس لم يخالف أي قاعدة جوهرية في الإجراءات".

ونلاحظ أن رأي المحكمة العليا مؤخرا استقر على تطبيق نص المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعدم تأسيس الحكم على أحكام الشريعة الإسلامية، وأعطت الأولوية لنص قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو الصواب في رأينا ذلك أنه وحسب ما قدمناه سابقا فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره قانون إجرائي وهو وسيلة لتحقيق الغاية من القانون الموضوعي يخرج عن دائرة الإحالة المنصوص عنها في المادة 222 من قانون الأسرة، التي تقتصر فقط على الأحكام الموضوعية دون سواها .

1- المجلة القضائية، لعام 1989، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص91 و كلك القرار رقم 58797 المؤرخ 1990/03/19 ، المجلة القضائية ، لعام 1993 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ع1، ص55 .
2- المجلة القضائية، لعام 1993، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص41.
3- المجلة القضائية، لعام 2001 ، عدد خاص، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص239.
4- المجلة القضائية، لعام 2012 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص248 .

الفصل الثاني

تحديد نطاق المصدر الاحتياطي المحال عليه

الفصل الثاني

تحديد نطاق المصدر الاحتياطي المحال عليه

آثار مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية باعتباره المصدر الإحتياطي لقانون الأسرة الجزائري، جدلا فقها واسعا حول معناه الاصطلاحي والقانوني خاصة وأن القانون المدني استعمل مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية عند التنصيص عن المصادر الاحتياطية للقانون، كما استعمل المشرع الدستوري عدة مصطلحات تتعلق بالشريعة الإسلامية فنصت المادة 02 من الدستور " الإسلام دين الدولة "، ونصت المادة 10 منه " لا يجوز لأي مؤسسة أن تقوم بأي سلوك مخالف للخلق الإسلامي" و استعمل المشرع الأسري في المادة 08 مصطلح الشريعة الإسلامية فقط عند النص على التعدد " يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية ".

إن هذا التعدد في استعمال المصطلحات خاصة عند النص على الإحالة يجعلنا نسعى للبحث عن المعنى الذي أراده المشرع بمصطلح الأحكام الوارد في نص المادة 222 من قانون الأسرة، وذلك بتعريف كل منها لمقاربتها ومقارنتها (المبحث الأول)، ثم عرض التفسير الفقهي والقضائي له (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية

لبيان مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية نقف بداية عند تعريفها و بيان أقسامها (المطلب الأول)، ثم تمييزها عن المصطلحات المشابهة لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف أحكام الشريعة الإسلامية وأقسامها

مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية مصطلح مركب من أكثر من كلمة، نحاول تفكيكها وتعريف كل واحد منها (لغة ثم اصطلاحاً) فرع أول، ثم نعرض أهم تقسيماتها (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف أحكام الشريعة الإسلامية

نتناول في هذا العنوان التعريف اللغوي (أولاً) ثم تعريفها اصطلاحاً (ثانياً) :

أولاً/ التعريف اللغوي لأحكام الشريعة الإسلامية

أحكام الشريعة الإسلامية مصطلح مركب من ثلاث ألفاظ، أولها مصطلح " أحكام " وهي جمع حكم من حكم يحكم حكماً ويقال حكم له أو عليه أي منعه مما يريد، والحكم هو العلم والتفقه ويعني أيضاً القضاء¹، أما الشريعة فتعني لغة الطريقة المستقيمة قال تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا﴾² وتعني أيضاً مورد الماء الذي يسقى منه بلا رشاء ويقصد بها أيضاً العتبة³.

أما الإسلامية فنسبة للإسلام والإسلام مصدر أسلم أي امتثل وأطاع، وهو اصطلاحاً الخضوع لأمر الله والإنقياد والتسليم لله⁴ واشتهر اسم الإسلام بالدين الذي ارسل به سيدنا محمد يقول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾⁵، ولقوله

1- ابن منظور، لسان العرب، ج 12، ص 140 .

2- سورة الجاثية، الآية 18.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، لبنان، 2005، ص 732 .

4- ابن منظور، لسان العرب، ج 12، ص 293.

5- سورة المائدة، الآية 03 .

تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾¹، والدين له عدة معاني أيضا منها الطاعة والخضوع والجزاء والمكافأة والحساب.

ثانيا/ تعريف أحكام الشريعة الإسلامية اصطلاحا

يقصد بأحكام الشريعة حكم الشرع في المسألة، وقد اختلف تعريفها بين الأصوليون والفقهاء لذا نتعرض للتعريفين مع إبراز أهم أوجه الخلاف بينهما

أ/التعريف الأصولي للحكم الشرعي

عرف جمهور الأصوليون الحكم الشرعي بأنه " خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع"²، والمراد بالخطاب هو خطاب الله تعالى المطلق سواء كان منسوبا لله تعالى مباشرة كالكتاب الكريم أو بواسطة، كالسنة والإجماع والقياس وغيرهما من الأدلة الشرعية، لأن هذه الأدلة في الحقيقة راجعة إلى الله تعالى، ومعنى تعلق الخطاب بفعل المكلف ارتباطه به على وجه ليس صفته من كونه مطلوب أو غير مطلوب والمراد بالفعل ما يعده الطرف فعلا سواء أكان من أفعال القلوب كالنيات والاعتقادات أم من أفعال الجوارح واللسان كأداء الزكاة وتكبيرة الإحرام وجميع التصرفات القولية ويدخل فيه الكف كترك الزنا، وقد احترز بقيد (المتعلق بأفعال المكلفين) عن المتعلق بذاته كقوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُو الْعِلْمِ﴾³ والمتعلق بالجمادات كقوله تعالى: ﴿وَيَوْمَ نُسِئِرُ الْجِبَالَ﴾⁴، فهو خطاب الله تعالى ولكنه ليس متعلق بأفعال المكلفين ويراد بالمكلف العاقل البالغ الذي لم يمتنع تكليفه فيخرج بهذا القيد الخطابات المتعلقة بفعل الصبي والمجنون، أما الاقتضاء فمعناه الطلب وهو ينقسم إلى طلب فعل وطلب ترك، وطلب الفعل إن يكون جازما فهو الإيجاب وإلا فهو الندب وطلب الترك إما يكون جازما هو التحريم وإلا فهو الكراهة، أما

1- سورة آل عمران، الآية 19.

2- ابن النجار محمد بن احمد بن عبد العزيز علي الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ج 1، تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 1993، ص، 333 انظر: أيضا وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 38 انظر: احمد الحصري، نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية، بدون طبعة ، القاهرة، مصر، 1981، ص 32 .

3- سورة آل عمران، الآية 18.

4- سورة الكهف الآية 47.

التخيير فهو الإباحة وهو استواء الترك والفعل أما **الوضع** فهو خطاب الله بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة¹.

ب/ التعريف الفقهي للحكم

يرى الفقهاء بأن الحكم هو الصفة الشرعية التي هي أثر لذلك الخطاب، وهو الذي توصف أفعال العباد كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَارْكَعُوا مَعَ الرَّكْعِينَ﴾²، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانَا ۗ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا﴾³ وقوله صلى الله عليه وسلم: "القاتل لا يرث"⁴، فهذه الخطابات عند الأصوليين هي الأحكام أما عند الفقهاء فوجوب الصلاة وحرمة الزنا ومناعية القتل من الإرث هي الأحكام، فالحكم عند الأصوليين هو النصوص الشرعية نفسها أما عند الفقهاء فهو الأثر الذي تقتضيه النصوص الشرعية⁵.

ويلاحظ أن الخلاف بين الأصوليين والفقهاء في تحديد ما يطلق عليه أنه حكم شرعي، ليس بهذا الخلاف أثر عملي نظرا للتلازم بين الحكم في اصطلاح الأصوليون وبين الحكم في اصطلاح الفقهاء، وإن كان الفقهاء يظهر واضحا فيما يسمى بالحكم الشرعي، وبين دليله الذي ثبت به أما الأصوليون فإنهم لا يرون فرقا بين دليل الحكم والحكم⁶.

وسبب الخلاف بين علماء الأصول والفقهاء أن علماء الأصول نظروا إلى الحكم من ناحية مصدره وهو الله تعالى، فالحكم صفة له قالوا إن الحكم خطاب الله، والفقهاء نظروا إليه من ناحية متعلقه، وهو فعل المكلف فقالوا إن الحكم مدلول الخطاب وأثره⁷. ومع ذلك فهناك من الفقه من انتقد تعريف الأصوليين والفقهاء أعلاه ورأى أن الحكم هو إثبات أمر لآخر أو نفيه عنه، ولا يراد به الحكم بالاصطلاح الأصولي بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال

1- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 39-40، وأيضا محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الاسلامي، ج1، دار الخير للنشر والتوزيع، ط2، دمشق، سوريا، 2006، ص 286.

2- سورة البقرة الآية 43.

3- سورة الإسراء، الآية 32.

4- حديث حسن، الراوي: أبو هريرة، المحدث: ابن حجر العسقلاني، المصدر: تخريج مشكاة المصابيح، الصفحة أو الرقم: 3/231، متاح على الرابط التالي: <https://www.dorar.net/hadith/sharh/75292>، تاريخ الاطلاع: 2021/05/21.

5- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق ص 41.

6- احمد الحصري، مرجع سابق، ص 37.

7- ابن النجار محمد بن احمد بن عبد العزيز علي الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ج1، مرجع سابق، ص 333.

المكلفين اقتضاء أو تخييراً، ولا الحكم باصطلاح الفقهاء بأنه أثر خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين، لأنه لو أريد به واحد منهما لكانت كلمة الشرعية بالتعريف لغوا لا فائدة منه، لأن المجتهد يبذل جهده لاستنباط الأحكام من أدلتها التي نصها الشارع ولا يخرج عنها ويقول في النهاية هذا حكم الشارع في ظني¹.

ومن تعريفات الأحكام الشرعية في الفقه المعاصر تعريف مصطفى الزرقا : بأنها كل ما يصدره الشارع للناس من أوامر ونظم عملية تنظم حياتهم الاجتماعية وعلاقاتهم بعضهم بعض²، وعرفها الدكتور العربي بلحاج بقوله " المراد بالأحكام الشرعية هي تلك الحلول القانونية الشرعية التي تحتاج معرفتها إلى دليل شرعي"³.

الفرع الثاني : أقسام الأحكام

سبق تعريف الحكم بأنه مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الحكم الشرعي ينقسم إلى قسمين حكم تكليفي وحكم وضعي :

أولاً / الحكم التكليفي

الحكم التكليفي هو ما يقتضي طلب الفعل أو الكف عنه أو التخيير بين الفعل أو الترك، وإنما سمي هذا النوع بالحكم التكليفي لأن فيه كلفة على الإنسان، وهذا ظاهر فيما طلب منه، الفعل أو الترك⁴، أما ما فيه التخيير فقد جعل أيضاً من الحكم التكليفي على سبيل التسامح والتغليب أو الاصطلاح ولا مشاحنة في الاصطلاح، أو يقال أن اعتبار المباح من أقسام أحكام التكليف بمعنى أنه مختص بالمكلف أي أن الإباحة أو التخيير بين الفعل والترك

1- محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الاسلامي، ج 1، ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بدون طبعة ، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر ، ص30 .

2- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار العلم، ط1، دمشق، سوريا، 1998، ص65.

3- العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع، الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية ،ط2، الجزائر، بدون سنة نشر، ص31.

4- يقول الطوفي (و إضافة الأحكام إلى التكليف من باب إضافة الشيء إلى سببه، لان التكليف سبب ثبوت الأحكام) انظر: الطوفي (نجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد)، شرح مختصر الروضة، ج 1، توزيع وزارة الشؤون الاسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط2، المملكة العربية السعودية، 1998، ص249 .

لا يكون إلا لمن يصح إلزامه بالفعل أو الترك، فهذا وجه اعتبار الإباحة من أحكام التكليف لا بمعنى أن المباح مكلف به¹.

و يقسم معظم الأصوليون الحكم التكليفي إلى خمسة أقسام هي²:

أ/ الإيجاب: وهو ما طلب الشارع فعله طلبا جازما، أو هو طلب الفعل مع المنع من الترك لترتب العقاب على التارك، ويكون أثره الوجوب والفعل المطلوب هو الواجب والفرض والواجب بمعنى واحد عند الجمهور.

ب/ الندب: وهو ما طلب الشارع فعله طلبا غير جازم، أو هو طلب الفعل مع عدم المنع من الترك لعدم الإشعار بالعقاب وأثره الندب والفعل المطلوب فعله هو المندوب.

ج/ الإباحة: وهو التخيير بين الفعل والترك وأثره الإباحة والفعل المخير بين فعله وتركه هو المباح.

د / الكراهة: وهو ما طلب الشارع تركه طلبا غير جازم أو هو طلب الترك مع عدم المنع من الفعل وأثره الكراهة والمطلوب الكف عن فعله هو المكروه.

هـ/ التحريم: وهو ما طلب الشارع تركه طلبا جازما أو هو طلب الترك مع المنع عن الفعل لترتب العقاب على الفاعل وأثره الحرمة والمطلوب تركه والكف عن فعله هو الحرام.

1- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، ط6، بدون مكان نشر، 1976، ص26 انظر أيضا: آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، بدون طبعة، القاهرة مصر، 1964، ص36.

2- محمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص299، انظر: أيضا لمزيد من التفصيل الشيخ محمد صالح العثيمين، الأصول من علم الأصول، دار بن الجوزي، بدون طبعة، المملكة العربية السعودية 1426هـ، ص11 وأيضاً احمد الحصري، مرجع سابق، ص38 و الأمدي سيف الدين، الإحكام في أصول الأحكام، ج1، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت لبنان، 1406هـ، ص96 - 123، وأبي حامد الغزالي، المستصفى، ج1 تحقيق محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، لبنان، 2012، ص127، و أيضا عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص29.

ثانيا/ الحكم الوضعي

أ/ تعريف الحكم الوضعي

و هو مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين وضعا بكون الشيء سببا أو شرطا أو مانعا لشيء آخر¹، ومعنى كونه وضعيا أن الشرع وضع أمورا هي الأسباب والشروط والموانع تعرف عند وجودها بفعلها من المكلف أحكام الشرع من نفي أو إثبات، فالأحكام توجد بوجود الأسباب والشروط وانتفاء الموانع وتنتفي بانتفاء الأسباب والشروط ووجود الموانع...، فالشرع هو الذي حكم بكونها أوصافا مؤثرة وهو الذي حكم بتأثيرها فأنتجت حكما تكليفيا²، فالعلاقة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي أن الأول متوقف على وجود الثاني فلا يتصور انفراد حكم التكليف دون حكم الوضع، فلا تكليف إلا وله سبب أو شرط أو عدم مانع، وفي ذلك يقول القرافي (ولا يتصور انفراد التكليف، إذ لا تكليف إلا وله سبب أو شرط أو مانع)³، لكن من الممكن حصول الوضع دون حكم التكليف وذلك مثل أن يبلغ الشخص ولكن لا تجب عليه الصلاة، لأنه مجنون ومثل أن يحول الحول على المال لدى شخص ولكن لا تجب عليه الزكاة لأن النصاب لم يتم وهكذا، فالسبب قد يوجد ولكن لا يتحقق شرطه أو يوجد مانعه فلا يترتب أثره⁴.

ب/ أقسام الحكم الوضعي

و أقسام الحكم الوضعي هي :

1/ السبب : و هو كل أمر جعل الشارع وجوده علامة على وجود الحكم، وعدمه علامة على عدمه كالزنا لوجوب الحد والجنون لوجوب الحجر⁵.

1- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، توصيف الاقضية في الشريعة الاسلامية، ج1، دار ابن فرحون ناشرون، ط2، المملكة العربية السعودية ، 2013، ص120.

2- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين مرجع سابق، ص121 .

3- القرافي، شهاب الدين أبو العباس احمد ابن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول، دار الفكر بيروت، بدون طبعة ، لبنان، 2004، ص70 .

4- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، المرجع نفسه، ص124.

5- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص55، انظر: أيضا القرافي، تنقيح الفصول، مرجع سابق ص70 حيث عرف السبب (هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم) .

2/ الشرط : وهو ما يتوقف وجود الحكم وجودا شرعيا على وجوده، ويكون خارجا عن حقيقته ويلزم من عدمه عدم الحكم¹، ومثاله الحول في الزكواتيلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوبها لاحتمال عدم النصاب ولا عدم وجوبها لاحتمال وجود النصاب .

3/ المانع : و هو الأمر الشرعي الذي ينافي وجوده الغرض المقصود من السبب أو الحكم، وهو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم السبب أو الحكم (المسبب)، ومثاله قتل الوارث مورثه فإن النسب والزواج هما سبب الإرث، ولكن قتل الوارث لمورثه منع تأثير السبب (النسب والزواج) شرعا لأن كل منهما كان يقتضي المناصرة والمعاونة لا القتل فكان القتل مانعا للميراث².

وعموما فإنه يراد غالبا بالحكم الشرعي الحكم التكليفي فهو الأصل والحكم الوضعي معرف له، فالحكم في حقيقته يتحلل إلى شطرين، الحكم الوضعي (معارف الحكم) والحكم التكليفي وهما الأثر والمؤثر، فالمؤثر هو الحكم الوضعي من السبب والشرط والمانع والأثر هو الحكم التكليفي من وجوب وحرمة وإباحة... الخ، فكأنه إذا حدث كذا وكذا فسوف يحكم بكذا وكذا³.

المطلب الثاني: تمييز أحكام الشريعة الإسلامية عن المصطلحات المشابهة لها

استعمل المشرع المدني في تعداد له مصادر القاعدة القانونية مصطلح مبادئ الشريعة، في حين استعمل مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية عند نصه على المصدر الاحتياطي الوحيد في قانون الأسرة، وقد اختلف الفقه في تفسير المصطلحين بين من يراهما وجهين لعملة واحدة ومن يرى عدم اتفاقهما في المعنى (الفرع الأول) ، كما فسره جانب آخر بأنه مرادف لمصطلح الفقه الاسلامي(فرع ثاني)، لذا نحاول من خلال هذا العنوان التفرقة بين هذه المصطلحات لتوضيح المعنى المراد من مصطلح الأحكام .

1- محمد مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص403، انظر أيضا القرافي تنقيح الفصول، مرجع سابق ص71، ابن عرف الشرط بقوله (هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)، أيضا الطوفي (نجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد)، شرح مختصر الروضة، ج1، مرجع سابق، ص435 .

2- أحمد الحصري، مرجع سابق، ص160.

3- عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، مرجع سابق، ص121.

الفرع الأول: تمييز أحكام الشريعة الإسلامية عن مبادئ الشريعة الإسلامية

نص المشرع الجزائري من خلال (المادة 1 فقرة 2 من القانون المدني على اعتبار مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي الأول للقانون بقوله "و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

ويعتبر مصطلح المبادئ من المصطلحات التي تداولها فقهاء القانون حديثاً، إلا أن ربط هذا المصطلح بالشريعة الإسلامية زاد من غموضه، لأن الفقه القديم لم يستعمله، لذا نحاول التعريف بمبادئ الشريعة الإسلامية لغة، واصطلاحاً (أولاً)، ثم نحاول المقارنة بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية من خلال عرض أهم الآراء الفقهية في المسألة (ثانياً).

أولاً / تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية

نتناول من خلال هذا العنوان تعريف المصطلح لغة (أ) ثم اصطلاحاً(ب):

أ / تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية لغة

مبادئ الشريعة الإسلامية مصطلح مركب من عدة مفردات (مبادئ) و(الشريعة) و(الإسلامية)، وقد سبق أن تطرقنا إلى تعريف الشريعة الإسلامية لغة بمناسبة تعريف أحكام الشريعة الإسلامية¹، لذا نتطرق فقط ها هنا لتعريف مصطلح المبادئ :

المبدأ : لغة من بدأ يبدأ بدأ بمعنى أصل الشيء ومادته الأساسية، والمبدأ مبدأ الشيء وأوله والمادة التي يتكون منها كنواة مبدأ النخل يتركب منها، ومبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج عنها².

والمبادئ هي التي لا تحتاج إلى برهان بخلاف المسائل التي تثبت بالبرهان القاطع³.

ب / تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية اصطلاحاً

لم يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية قديماً مصطلح المبادئ، فهو مصطلح ظهر مؤخراً عند فقهاء القانون الحديث بمناسبة حديثهم عن مصادر القانون فيما أسموه بالمبادئ العامة للقانون، لذا نحاول قبل ضبط مفهوم مبادئ الشريعة الإسلامية عرض أهم التعريفات

1- انظر: هذا البحث ، ص 80.

2- مجمع اللغة العربية القاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، مصر، 2004، ص42.

3- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة للنشر و التوزيع والتصدير ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص165 .

لمصطلح المبادئ العامة للقانون، فقد عرفها الدكتور سمير تناغو بأنها : " الأفكار العامة التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود أو التصوير العام للعبادة، والكون في مجتمع معين والتي تؤدي إلى استنباط مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأشخاص في هذا المجتمع، ويرى في الأخير أن هذه المبادئ تعتبر أسمى من التشريع ويجب أن يكون التشريع خاضعا لها)¹، ويرى الدكتور محمد حسين منصور بأنها (القواعد التي يستخلصها العقل البشري من طبيعة الروابط الاجتماعية، فهي المبادئ التي يهتدي بها المشرع أحيانا كمثل أعلى في صياغته التشريع)²، أما الدكتور إسحاق إبراهيم منصور فعرّفها بأنها (المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد في أي مجتمع إنساني)³.

أما عن تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية كلقب وعلم، فقد ذهب الشيخ احمد بن محمد الزرقا بمناسبة تعريفه للقاعدة الكلية التي رآها مرادفة لمصطلح المبادئ و ذكر بأنها " حكم اغلبي ينطبق على معظم جزئياته كقولهم الأمور بمقاصدها، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني بالمبادئ جمع مبدأ principe "، ثم يلخص الزرقا إلى تعريف فني للقاعدة الفقهية بأنها أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة عن الحوادث التي تدخل تحت موضوعها .. " ⁴.

ومن التعريفات الفقهية المعاصرة لمبادئ الشريعة الإسلامية" أنها مجموعة القواعد الكلية العامة النصية والمعنوية المستخلصة من الأدلة الشرعية، تمثل النظام المنطقي المنهجي للنظام الشرعي الإسلامي، وتعتبر عن الأسس العامة لفلسفة التشريع ومصدرا للإستدلال عن الأحكام الشرعية العملية ⁵.

1- سمير تناغو، مرجع سابق، 247- 249 .

2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 232 .

3- إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص 160.

4- احمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ،دار القلم،ط2، دمشق، سوريا ، 1989، ص33-34.

5- اكلي نجاة ومدني هجيرة، منهجية الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الاسلامية في التشريع الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد خاص 2016 ص 171-172 .

وهو نفس المعنى الذي أشار إليه د/حسن كيرة بقوله : " هي مبادئ هذه الشريعة وأصولها الكلية، والتي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولها التفصيلية وأحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء ..."¹.

ومن هنا يمكن التفريق بينها وبين أحكام الشريعة الإسلامية، هذه الأخيرة التي سبق وعرفناها بأنها القواعد الشرعية التي سنّها الله لعباده وتشتمل الأحكام الاعتقادية والعملية، كما رأينا أنها نوعان ، أحكام قطعية الدلالة والثبوت لا اجتهاد معها، وأحكام ضمنية الدلالة أو الثبوت أو كلاهما والتي تحتمل أكثر من تفسير وتحتاج إلى تفسير واجتهاد حسب الأصول وما يقتضيه السياق .

ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري في إطار التفرقة بين الأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية أن المصطلحين لهما نفس المعنى، وقد استخدمهما كمرادفات ولكنه يفرق بين المبادئ والأحكام الكلية التي مصدرها القرآن والسنة وسماها المبادئ العامة التي لا يجوز مخالفتها، وبين المبادئ والأحكام التي مصدرها مذاهب الفقه الإسلامي ولا يشترط التقيد فيها بمذهب معين بل يمكن الرجوع للمذاهب الأربعة، كما يمكن الذهاب إلى مذاهب أخرى كالزيدية والأمامية²، في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى التفريق بينهما ويرى أن مبادئ الشريعة ثابتة، في حين أن الأحكام منها ما هو متغير يختلف الفقه في استنباطها وهناك من يرى أن أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الدلالة والثبوت، أي أنها جزء من أحكام الشريعة ولا تتطابق معها كلياً ، وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الدستورية بمصر " لا يجوز لنص تشريعي أن يناقض الأحكام الشرعية القطعية في دلالتها وثبوتها . باعتبار أن هذه الأحكام وحدها هي التي يكون الاجتهاد فيها ممتنعاً لأنها تمثل في الشريعة الإسلامية مبادئها الكلية وأصولها الثابتة التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً، وبالتالي لن يتغير مفهومها تبعاً لتغير الزمان والمكان إذ هي عصية على التعديل ولا يجوز الخروج عنها أو الالتواء عن معناها)"³.

1- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 6، مصر، 1993، ص 299.

2- عبد الرزاق سنهوري الوسيط ج1، مرجع سابق ، ص 48 . 49

3- راجع، حكم المحكمة الدستورية المصرية في 15/5/1993م، قضية 7 لسنة 8 ق. دستورية، وفي 5/12/1998م قضية 28 لسنة 15 ق. دستورية انظر: أيضاً مقال على الانترنت لمحمد رفيع الشوكي، أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها والفرق بينهما، على الموقع -59-06-02-01-2015-5682-religious-articles/www.nashiri.net/http://

واعتقد ان هناك بون واسع بين المصطلحين فإذا كانت المبادئ هي قواعد او كليات عامة تندرج تحتها عدة أحكام وجزئيات مثل مبدأ الإحسان ، الإيمان ، الأمور بمقاصدها وغيرها فإن الحكم هو وصف المسألة شرعا بأنها حلال أو حرام ، مباح أو جائز، شرط أو رخصة أو سبب أو عزيمة وعلى هذا يمكننا أن نخلص إلى أن مبادئ الشريعة الإسلامية أعم من أحكام الشريعة ولا ينطبقان تماما من حيث المدلول .

الفرع الثاني: الفرق بين أحكام الشريعة الإسلامية والفقهاء الإسلامي

إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية عرفت بأنها خطاب الله الموجه إلى المكلف به إقتضاء أو تخييرا أو وضعا أو أنها أثر هذا الخطاب حسب الفقهاء، فإن الفقه الإسلامي يختلف عن ذلك ويتضح ذلك من خلال إيراد تعريف له ليبرز أهم الفروق بينهما .

عرف الفقه لغة بأنه الفهم العميق الذي يتعرف غايات الأقوال والأفعال ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾¹، وقوله صلى الله عليه وسلم "من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين"² ومعناه في الاصطلاح العلم بأحكام الشريعة العملية من أدلتها التفصيلية³، وعليه فموضوع علم الفقه يتكون من جزأين أحدهما هو العلم بالأحكام الشرعية والأحكام الاعتقادية كالوحدانية ورسالة الرسل وتبليغهم رسائل ربهم والعلم باليوم الآخر وما يكون فيه كل هذا لا يدخل في مفهوم الفقه الإصطلاحي، وثانيهما هو العلم بالأدلة التفصيلية لكل قضية من القضايا⁴، ولقد جاء في التعريفات للجرجاني بأن الفقه لغة هو فهم غرض المتكلم من كلامه، كما يرى ابن القيم بأن الفقه أخص من الفهم لتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه واللغة⁵، وقد تطور مفهوم الفقه من المعنى اللغوي إلى العلم بالأحكام الدينية

12.html اطلع عليه بتاريخ 2018/08/17 ، انظر: أيضا سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة

الإسلامية، الدار الجامعية، بدون طبعة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص185

1- سورة النساء، الآية 78.

2- محمد صالح العثيمين، شرح صحيح البخاري، ج1، باب من يرد الله به خيرا، حديث رقم 71، المكتبة الإسلامية للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة ، مصر ، 2008، ص212.

3- محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، ط2، القاهرة، مصر، 1962، ص22.

4- الإمام محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، بدون طبعة، القاهرة، مصر، بدون تاريخ نشر ص09 .

5- ابن قيم الجوزية، شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 1، تحقيق

محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة، ط1، مصر، 1955، ص 219.

جميعاً من توحيد ومعاملات وعقائد وعبادات ثم تطور هذا المعنى حسب ظهور الأدوار التاريخية التي مرّ بها التشريع الإسلامي، فخصص علماء الشريعة الأحكام العملية المستنبطة من أدلتها التفضيلية¹، يقول الدكتور مصطفى الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام " أن الشريعة الإسلامية تضمنت قواعد وأحكام أساسية في كل الميادين وفي جميع الزمر، وأنت نصوصها الأصلية في القرآن والسنة النبوية بمبادئ أساسية وتركت التفاصيل للإجتihad في التطبيق بحسب المصالح الزمنية والإمكانات، إلا قليلاً من الأحكام تناولتها بالتفصيل كأحكام الميراث وبعض العقوبات وحول تلك المبادئ القانونية في ميادينها المختلفة نتيجة التطبيق في البلاد الإسلامية التي واجه فيها المسلمون آثار مدنيت قديمة، ونتيجة تطور الظروف الإقتصادية المختلفة نشأ فقه تفسيري وتفصيلي عظيم حول النصوص الأصلية في الشريعة (الكتاب - السنة النبوية)، بإجتihad الفقهاء الشراح والقضاة الحاكمين، وكان هذا الفقه الإسلامي أعظم وأوسع فقه قانوني عرف إلى اليوم في تاريخ الشراح، وقد نشأت فيه مذاهب فقهية كثيرة أشهرها المذاهب الأربعة الحية إلى اليوم وهي، الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي، والاختلاف بين هذه المذاهب ليس إختلاف دينياً بل هو إختلاف قانوني قضائي نشأت عنه ثروة تشريعية عظيمة في نظريات الفقه الإسلامي².

ويضيف الزرقا " وكما أطلق الفقه على المعرفة بالأحكام الشرعية أطلق أيضاً على تلك الأحكام نفسها وهذا المراد من نحو قولك درست الفقه الإسلامي، وهذا المعنى الثاني للفقه " مجموعة الأحكام العملية المشروعة في الإسلام ، وتعلم مشروعيتها بطريق النص الصريح في القرآن أو بيان الرسول صلى الله عليه وسلم وسنته أو بطريق إجماع علماء المسلمين، أو باستنباط الفقهاء المجتهدين سابقاً ولاحقاً من دلائل نصوص القرآن والسنة النبوية وقواعد الشريعة ومقاصدها"³، وفي هذا الصدد يقول الدكتور العربي بلحاج، "وعليه تكون كلمة الفقه مرادفة لكلمة الشريعة في مفهومها الدال على الأحكام العملية دون الأحكام الإعتقادية، ومن

1- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني ، التعريفات، ص141 انظر: أيضا العربي بلحاج، مدخل لدراسة التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص31 و 33.

2- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص49 ، 50 .

3- مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص65.

ذلك نلاحظ في استعمال لفظ الشريعة فيما يراه لكلمة الفقه باعتبارهما مترادفان، فهو استعمال لغوي مجازي متعارف عليه في هذا الميدان¹.
ومن ثمة نخلص إلى أن مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية أوسع في مدلوله من مصطلح الفقه، فهو يشتمل الأحكام سواء المتعلقة بالعبادات والمعاملات أو غيرها المتعلقة بالعقيدة والأخلاق، وهي تلتقي مع الفقه في الأحكام العملية أي المتعلقة بأفعال المكلفين في مجال العبادات والمعاملات، إلا أن هناك من أصبح يطلق مجازاً على الفقه مصطلح أحكام الشريعة في هذا المجال.

1- العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص33.

المبحث الثاني

موقف الفقه والقضاء من تفسير مصطلح الأحكام

وعلى ضوء الاختلاف الوارد لغة واصطلاحاً بين مصطلح أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية من جهة، وبينها وبين مصطلح الفقه الإسلامي من جهة أخرى، نشأ خلاف فقهي بين شراح قانون الأسرة الجزائري عند تفسير المصطلح (مطلب أول)، كما نتج عن هذا الخلاف إختلاف القضاء في تفسيره (مطلب ثاني) .

المطلب الأول : موقف الفقه في الجزائر من تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية
اختلف الفقه في الجزائر وشراح قانون الأسرة حول تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية، بين من وسع نطاق الإحالة إلى المذاهب الفقهية عامة (الفرع الأول)، وبين من ضيقها وقصرها على الرجوع إلى المذهب المالكي (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : الاتجاه الموسع

فسر أنصار هذا الاتجاه مصطلح الأحكام بآراء الفقهاء في مختلف المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب واحد، ويؤسسون هذا التفسير كون المشرع الأسري في سنه لنصوص قانون الأسرة إعتد كمصدر مادي على آراء الفقه الإسلامي، دون التقيد بمذهب واحد بل لفق أحيانا بين أكثر من مذهب ، يقول الدكتور بن شويخ رشيد : " وفي حالة غياب النص التشريعي يلجأ القاضي إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من خلال الإستناد إلى المصادر الأصلية والتبعية، بالإضافة إلى الأحكام الفقهية¹، كما يرى الدكتور تشوار الجليلي في هذا الصدد " وبما أن المشرع لم يحدد المذهب المعتمد عليه عند انتقاء النص التشريعي، سيلعب في هذا المجال الإجتهد الفقهي والسلطة التقديرية للقاضي دورا هاما جدا في تطوير القواعد القانونية، بحيث سمح لهم المشرع أن يستنبطوا الحكم في غياب النص التشريعي من أي مذهب من المذاهب السنية². وفي موضع آخر يقول : " بحيث استطاع هذا القانون أن يبتعد عن الفكرة المذهبية وأن يقتبس أحكامه من الآراء الفقهية المختلفة ولو كانت من غير أهل المذاهب

1- بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص 13 .

2- تشوار الجليلي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، العدد 3 ، الجزائر ، 2009، ص 307 .

الأربعة، وأنه ليس هناك مانع شرعي من الأخذ بقول غيرهم خصوصا إذا كانت المصلحة العامة تقتضي ذلك¹.

وذهب إلى هذا الرأي أيضا الأستاذ لحسين بن الشيخ آيت ملوية في كتابه قانون الأسرة نصا وشرحا، " المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية كل القواعد الفقهية التي تطبق في المجتمع الجزائري خاصة المذهب المالكي والعرف والمذاهب الأخرى، وللقاضي اختيار الحل الأصلح والمتماشي مع روح العصر²، كما أخذ بهذا التفسير الدكتور العربي بلحاج الذي استعمل مصطلح الفقه الإسلامي كمرادف لمصطلح الشريعة الإسلامية، بقوله " ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما إعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا للقاعدة القانونية، فاعتبرها مصدرا أصليا لمسائل الأحوال الشخصية ومصدرا إحتياطيا في المسائل غير المتعلقة بالأحوال الشخصية م 1 ف 2 من القانون المدني، غير أنه يجب ملاحظة أن رجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي في كل ما لا يجد له نص قانوني، يجب أن يكون بالقدر الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الوضعي في جملة³.

الفرع الثاني : الاتجاه المقيد

يرى أنصار هذا الإتجاه من الفقه قصر مصطلح الأحكام على المذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في المغرب عموما والجزائر خاصة منذ الاستقلال، ومنهم أ - نجيمي جمال الذي جاء في كتابه قانون الأسرة الجزائري على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي " لم يتطرق المشرع إلى احتمال وجود أحكام مختلفة في بعض المسائل ضمن أحكام الشريعة الإسلامية حسب اختلاف المذاهب والأزمنة والفقهاء، والرائج بالنسبة للقضاء الجزائري أن يكون الرجوع إلى أحكام المذهب المالكي بالدرجة الأولى أو الإباضي بالنسبة للمواطنين الذين يعملون بموجبه " ⁴. ويذهب الدكتور العربي بلحاج أحيانا إلى اعتبار ما أراه المشرع هو المشهور من المذهب المالكي، فمثلا عند حديثه عن الوصية بالمجهول في كتابه الوجيز

1- تشوار جيلالي ، مرجع سابق، ص306.

2- حسين ابي الشيخ اث ملويا، مرجع سابق، ص167.

3- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 31 .

4- نجيمي جمال قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي، دار الهومة، بدون طبعة، عين مليلة، الجزائر 2016، ص371.

في شرح قانون الأسرة ج 2 "، فيكون المرجح فيه هو المشهور من الفقه المالكي حسب المعنى الضمني لنص المادة 222 من قانون الأسرة"، ويضيف عند حديثه في تقدير مال الوصي مما يستوجب الرجوع في هذا الشأن إلى المشهور من مذهب مالك حسب المادة 222 من قانون الأسرة¹.

وعموما فرغم اختلاف الفقه في تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية، فإنهم يتفقون أن المشرع أراد الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ومذاهبه، ولكن اختلافهم كان هل أن المشرع أراد الإطلاق ومنح سلطة للقاضي في اختيار الأصلح، أم أراد المذهب المالكي لا غير وهو ما سيتضح أكثر عند إبراز موقف القضاء من تفسير نص المادة 222 من قانون الأسرة، في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : موقف القضاء الجزائري من تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية

لاحظنا في ما سبق تباين مدلول مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية عن مصطلحي الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية لغة واصطلاحا، إلا أن التفسير القضائي للنص لا يقتصر على المعنى اللغوي له أو الفقهي، لذا ارتأينا الوقوف على المعنى الذي أعطاه القضاء للمصطلح سواء المعنى المختار من قضاة الموضوع (فرع أول)، أو من طرف محكمة القانون المحكمة العليا باعتبارها أعلى جهة قضائية على هرم التنظيم القضائي (فرع الثاني)

الفرع الأول: تفسير قضاة الموضوع

يذهب أغلب قضاة الموضوع (قضاة المحاكم والمجالس) إلى تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها المصدر الإحتياطي لقانون الأسرة إلى تبني رأي الفقه في الجزائر فأغلبهم يفسر المصطلح بأن المقصود منه أحكام الفقه الإسلامي، ولأنه تعذر علينا إجراء استبيان لأكبر شريحة منهم، إلا أننا نستشهد بالدراسة التي أجراها الأستاذ إسماعيل شيخ في هذا الصدد إذ جاء في رسالته الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة، (أما عن المحاكم الدنيا والمجالس فلم يتيسر لي الحصول أو الاطلاع على الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عنها لملاحظة مسار اجتهاداتها المستندة إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فاجتزأت بمقابلة طائفة من قضاة شؤون الأسرة ممن استجابوا للطلب فتبين من تلك

1- العربي بلحاج ، الوحيز في شرح قانون الأسرة، الميراث و الوصية ج 2 ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ص 299.

المقابلات انسحاب الاختلافات الفقهية في مدلول المصطلح إلى تفسيراتهم إذ تفرعت إلى 03 اتجاهات :

الأول : وهو الغالب يتبنى التقيد بالمذهب المالكي السائد .

الثاني : يجنح إلى الإطلاق مع التوجه أولا إلى المذهب المالكي .

الثالث: يقرر الإطلاق متدرجا في استمداده حكم المسألة من القرآن فالسنة وصولا إلى المذاهب الأربعة و الاجتهادات الفقهية الأخرى (...))¹.

الفرع الثاني: تفسير المحكمة العليا

من خلال اطلاعنا على أهم قرارات المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، منذ عام 1984 إلى آخر مجلة صادرة عنها عام 2019، لم نصادف أي قرار أجاب على هذا التساؤل وفسر مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية ماعدا القرارات التي إعتبرت أحكام الشريعة الإسلامية هي نفسها مذاهب الفقه الإسلامي، لاسيما المذهب المالكي ومنها القرار الصادر بتاريخ 1987/02/09 تحت رقم 446630²، بمناسبة فصله في طعن في القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو في 1983/03/23 بخصوص نفقة الزوجة، جاء فيه (وبما أن القواعد العامة التي تحكم الأحوال الشخصية هي الشريعة الإسلامية، وبما أن الشريعة الإسلامية والقواعد المتفق عليها فقها وقضاءا بالجزائر التي تؤخذ كأصل عام بالمذهب المالكي والتي تقدر نفقة الزوجة على حسب حال الزوجين يسرا أو عسرا وبحال مستوى المعيشة).

ومن أبرز قرارات المحكمة العليا التي اعتبرت أحكام الشريعة الإسلامية المراد بها الفقه الاسلامي، أيضا القرار الصادر في 1985/02/25³ رقم 359334، والذي نقض القرار الصادر عن مجلس القضاء الجزائري الصادر في 1982/04/16 بخصوص آجال اللعان، وقد جاء فيه ((إن قضاة الموضوع بقضائهم بأداء أيمان اللعان دون الرد عن الدفع لم يطبقوا أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة باللعان مما يعرض قرارهم للنقض))، وكذلك قرارها رقم 102886 بتاريخ 1994/04/19، جاء فيه " أن تنازل الأم عن الحضانة لا يعود إليها،

1- إسماعيل شيخ ، مرجع سابق، ص109.

2- اسماعيل شيخ ، المرجع نفسه ، ص108.

3- المجلة القضائية للمحكمة العليا لعام 1990، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص56، 57.

ولا يقبل طلب استرجاعها—وانه من المقرر فقها وقانونا أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الفقهية والقانونية، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم عليها، فإن قضاة الإستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها وعن حقها في الحضانة، وبإسناد من كان منهم في حضانة الأب إليها فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون¹.

ويبقى موقف المحكمة العليا متذبذب بين الرأيين، الرأي الأول المستمد من مطلق نص المادة (222) والذي يحتم الأخذ بمبدأ الإطلاق دون تقييد بمذهب ما، والرأي الغالب وهو الأخذ بالمذهب المالكي الذي كان معمول به قبل صدور قانون الأسرة عام 1984 لأنه يعتبر أصل لجل المواد في قانون الأسرة وهو ما سنتطرق له بمزيد من الشرح في الباب الثاني من هذا البحث .

ونحن نرى - والله اعلم - ومن خلال ما سبق توضيحه من تعريفنا للأحكام الشرعية لغة واصطلاحاً أنها تختلف كل الاختلاف عن مصطلح الفقه الإسلامي وعن مبادئ الشريعة الإسلامية، وأن هذا المصطلح - أي الأحكام - جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة، مطلقاً لم يرد ما يخصه أو يقيد به فيؤخذ على إطلاقه، ولأن الأصل في الأحكام أنها تستقى من مصادرها فيتعين على القاضي استنباطها وفقاً لما قرر في مباحث أصول الفقه من مصادرها التفصيلية وليس من بطون كتب الفقه الإسلامي، ذلك أن الأحكام الفقهية أولاً وأخيراً تعبر عن آراء أصحابها في المسائل الظنية المختلف فيها بعد دراستهم للأدلة ومقارنتها وترجيحها، وهي قانوناً تدخل في معنى الفقه كمصدر تفسيري للقاعدة القانونية الذي لا يمكن اللجوء إليه مباشرة إلا بعد المرور على المصدر الاحتياطي القانوني الأول بالتطبيق، وإلا عد ذلك مخالفة للقانون ووجه من أوجه النقص، وإن كان هذا التفسير يصطدم بقلة التكوين الشرعي للقضاة الذي قد ينحى بهم للدخول في المحظور والخطأ في تطبيق أحكام الشرع والخروج بها عن الغايات التي شرعت لها، فهو الحقيقة الوحيدة - لا إرادة المشرع ولا تاريخ المذهب المالكي

1- نشرة القضاة العدد 51، وزارة العدل، الجزائر، ص 92 .

في المنطقة - التي تدفع إلى اختيار هذا التفسير والعمل به كحل مبدئي لأزمة التكوين الشرعي للقضاة لذا وجب التفريق بين ما هو كائن وما يجب أن يكون .

خلاصة الباب الأول

ما يمكن أن نخلص إليه في خاتمة هذا الباب أن أول ضابط لإعمال مبدأ الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر احتياطي لقانون الأسرة، هو ضابط غياب النص على المسألة المطروحة في قانون الأسرة ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها :

1- أن المنصوص عنه قانونا هو كل ما أشارت إليه النصوص في قانون الأسرة في لفظها أو فحواها أو دلالتها، فتصبح المسائل الداخلة في نطاق المنصوص عنه تخرج عن مجال الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

2- أن تحديد مجال ونطاق المنصوص عنه قانونا يتطلب أولا استعمال مكنة التكييف والتفسير بطرقه الداخلية والخارجية سواء أكان النص واضحا أو معيبا .

3- أن النص على بعض أفراد المسألة يعني في الأصل وجود فراغ أو نقص تشريعي يستدعي الإستجداد بأحكام الشريعة الإسلامية، إلا إذا قامت الشواهد أن نية المشرع اتجهت إلى النص على هذه المسائل حصرا، فالمسألة عندئذ تعد خارج نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

4- أن الأصل في إلغاء النصوص دون إعادة تنظيمها يعني خلق فراغ تشريعي يوجب الرجوع إلى المصدر الاحتياطي، إلا إذا ثبت أن إرادة المشرع اتجهت إلى تقرير نقيض الحكم الملغى .

5- أن إحالة قانون الأسرة على قانون آخر يعتبر بمثابة النص على المسألة ضمن قانون الأسرة، ويصبح هذا القانون المحال عليه له الأولوية في التطبيق على الإحالة على أحكام الشريعة، ويدخل في دائرة المنصوص عنه قانونا .

6- أن ورود النص خارج قانون الأسرة ودون إحالة منه يعطي السبق لولاية أحكام الشريعة الإسلامية في التطبيق وذلك لاستقلالية قانون الأسرة من حيث المصدر الاحتياطي عن بقية القوانين، فيكون المصدر الاحتياطي الأحق بتطبيق من أي نص تشريعي آخر .

7- أن المسائل الإجرائية المتعلقة بالمرافعة أمام قاضي شؤون الأسرة المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تخرج عن نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا في المسائل الموضوعية التي ينظمها قانون الأسرة فقط .

8- أن هناك فرق شاسع بين مدلول أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وهما أيضا يختلفان عن مدلول الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية والأصولية، ومع ذلك فقد درج الفقه والقضاء على تفسير مصطلح الأحكام تفسيراً واسعاً واعتبروها في نفس المعنى .

الباب الثاني

المنهج التطبيقي لقاعدة الإحالة على

أحكام الشريعة الإسلامية

الباب الثاني

المنهج التطبيقي لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

نص المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات العربية الإسلامية على آلية الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة القصور التشريعي وإن كان قد خالفهم من حيث تحديد المصدر المحال عليه، فذهبت بعض التشريعات إلى تحديد مذهب واحد للرجوع إليه عند الحاجة مثل المغرب، إذ جاء في نص المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية (كل ما لم يرد علي نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي) وكذلك ذهب المشرع المصري في المادة الثانية من القانون النافذ رقم 01 لعام 2000 إلى أنه (يعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة...)، وهو نفس الاتجاه الذي تبناه المشرع السوري .

وذهبت بعض التشريعات العربية إلى التدرج في ترتيب المصادر الإحتياطية، فنص المشرع الأردني مثلا في المادة 325 من قانون الأحوال الشخصية على أنه ((مالا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح في مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون...)) ونصت المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية للمسلمين في السودان على انه ((يعمل بالراجح من المذهب الحنفي فيما لا حكم فيه في هذا القانون، ويصار في حالة المسائل التي يوجد لأصلها حكم أو تحتاج إلى تفسير أو تأويل إلى المصدر التاريخي الذي أخذ منه القانون...))، كما نصت المادة 02 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على انه ((تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها في لفظها وفحواها، ويرجع في تفسيرها وأستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه، وإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب أحمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب أبو حنيفة)).

أما المشرع الجزائري بإحالته على أحكام الشريعة الإسلامية مطلقا فالظاهر أنه لا يقر المذهبية الفقهية ولا يحيل عليها مباشرة، الأمر الذي يصعب مهمة القضاء في اختيار الحل الفقهي المناسب للنزاع المطروح، وممكن الصعوبة ترجع بالدرجة الأولى إلى تشعب التراث الفقهي ونقص التكوين الشرعي للقضاة الذين تلقوا تكويننا قانونيا بحثا في كليات الحقوق ومعاهد

القضاء، فيفتقر أغلبهم إن لمن نقل كلهم إلى آليات وضوابط التعامل مع المراجع الفقهية لإختيار الحكم الشرعي الملائم، وتأسيسا على ذلك فإننا نحاول من خلال هذا الباب تفصي المسلك والمنهج الذي يتبعه الفقه والقضاء في اختيار الحكم الشرعي تطبيقا لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية (فصل أول) ثم عرض تطبيقات قضائية تبرز أهم هذه المناهج من قضاء المحكمة العليا خاصة (فصل ثاني).

الفصل الأول

المنهج الفقهي والقضائي في اختيار الحكم الشرعي

الفصل الأول

المنهج الفقهي والقضائي في إختيار الحكم الشرعي

يعرف المنهج بأنه " فن التنظيم الصحيح لسلسلة من الأفكار العديدة إما من أجل الكشف عن الحقيقة حين نكون بها جاهلين وإما من أجل البرهنة عليها للآخرين حين نكون لها عارفين...)¹.

يعرف أيضا بأنه ((.. الطريق الواضح في التعبير على شيء أو في عمل شيء أو في تعليم شيء طبقا لمبادئ معينة ونظام معين وبغية الوصول إلى غاية معينة ...))².
ومن ثمة يمكن القول أن المناهج الفقهية والقضائية لاختيار الحكم الشرعي يقصد بها المسالك والطرق التي يتبعها كل من الفقه أو القضاء لاختيار الحكم الشرعي للمسألة المطروحة اختيارا موضوعيا يقوم على أسس عقلية ومنطقية وموضوعية بعيدا عن التشهي والتعصب ومجرد الرغبة، لذا فإننا نحاول من خلال هذا الفصل عرض المسألة من زاوية الفقه بعرض منهج البحث في المسائل الخلافية (المبحث الأول) ثم تقصي منهج القضاء في الجزائر في تطبيقه لقاعدة الإحالة على الشريعة الإسلامية ودور المحكمة العليا في مراقبة هذا التطبيق (المبحث الثاني) .

1- عبد الرحمان بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، ط3، الكويت، 1977، ص04.

2- وهية مراد، المعجم الفلسفي، دار القباء الحديثة للنشر والتوزيع، ط5، القاهرة، مصر، 2007، ص629.

المبحث الأول

منهج الفقه الإسلامي في إختيار الحكم الشرعي في المسائل الخلافية

الفقه الإسلامي غني بأفكاره، ثري بمادته ومجالاته ومردّد ذلك هو اختلاف المجتهدين في معالجة النصوص الظنية الدلالة بسبب اختلاف مداركهم وأسبابهم، يقول الدكتور فتحي الدريني في هذا الصدد: " فاختلاف المجتهدين في النظر والاستدلال شيء والاختلاف والتناقض في أصول الشريعة شيء آخر، فلا ينبغي الخلط بينهما، على أن اختلاف المجتهدين - على التحقيق - مرده أمران رئيسيان: **الأول**: اختلاف المجتهدين وتفاوتهم علماً أو في المدارك والملكات وهذا أمر واقع لا يفتر إلى برهنة. **والثاني**: صياغة النص المجتهد فيه على نحو غير قاطع مما يطلقون عليه - ظني الدلالة - حيث يحتمل معنيين أو عدة معاني في وضعه اللغوي، فيحوم المجتهدين حول المعنى الواحد الذي يقصده الشارع في نظرهم (...))¹. وفي هذا المعنى يقول العلامة ابن خلدون في المقدمة: (فاعلم أن هذا الفقه المستتبط من الأدلة الشرعية كثر فيه الخلاف بين المجتهدين... خلافاً أن يقلدوا من شاءوا منهم ثم لمّا انتهى ذلك إلى الأئمة الأربعة من علماء الأمصار وكانوا بمكان من حسن الظن بهم، واقتصر الناس على تقليدهم ومنعوا تقليد سواهم، فأقيمت هذه المذاهب الأربعة مقام أصول الملة وأجري الخلاف في النصوص الشرعية والأصول الفقهية وجرت بينهم المناظرات، كل مذهب إمامه... وكان في هذه المناظرات بيان مآخذ هؤلاء الأئمة واختلافهم ومواقع اجتهادهم وكان هذا الصنف من العلم يسمى بالخلافيات)².

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى إختيار الحكم الشرعي الأنسب والكشف عليه وإظهاره بالمقارنة بين الآراء والترجيح بينها، لذا نتطرق من خلال هذا المبحث إلى تعريف المسائل الخلافية وعرض أهم صورها ومجالاتها (**مطلب أول**) تم تبيان أهم وسائل وضوابط الإختيار والترجيح والفرق بينها (**مطلب ثاني**).

1- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي و أصوله، مؤسسة الرسالة، ط2، بيروت لبنان ، 2008 ، ص44.

2- ابن خلدون، ولى الدين عبد الرحمان ابن محمد، مقدمة ابن خلدون ، تحقيق، عبد الله محمد الدرويش، ج2، دار الهداية، ط 1، دمشق، سوريا، 2004، ص203، 202.

المطلب الأول: تعريف المسائل الخلافية ومراحل دراستها

نتناول من خلال هذا العنوان تعريف المسائل الفقهية الخلافية (الفرع الأول) ثم أهم

مراحل دراستها (فرع ثاني)

الفرع الأول: تعريف المسائل الفقهية الخلافية

نتناول تعريفها لغة (أولاً) ثم اصطلاحاً (ثانياً)

أولاً / تعريف المسائل الفقهية الخلافية لغة

هو مصطلح مركب من ثلاث كلمات - المسائل - الفقهية - والخلافية، نحاول تعريف كل منها لغة ثم اصطلاحاً وصولاً إلى تعريف لغوي لها كمصطلح مركب.

-فالمسائل لغة جمع مسألة، مصدر سأل، يسأل، سؤالاً أي استخبر عنه والسائل هو الفقير يقول الله تعالى: ﴿وَأَمَّا السَّائِلَ فَلَا تَنْهَرْ﴾¹، والسأل كثير السؤال، والسؤال هو الطلب وهو ما يطلب من طالب العلم الإجابة عنه، والمصدر مسألة " تستعار للمفعول بمعنى يسأل عنها " ².

جاء في التعريفات المسألة هي المطلب التي برهن عليها في العلم ويكون الغرض من ذلك العلم معرفتها ((³.

أما الفقهية فنسبة إلى الفقه، جاء في مقاييس اللغة الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به)⁴، ومنه قوله تعالى: ﴿فَمَالِ هَؤُلَاءِ الْقَوْمِ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ حَدِيثًا﴾⁵، وقوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا شُعَيْبُ مَا نَفَقَهُ كَثِيرًا مِمَّا تَقُولُ وَإِنَّا لَنَرَاكَ فِينَا ضَعِيفًا﴾⁶.

1- سورة الضحى الآية 10.

2- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، مصر، 2004، ص401، انظر: أيضا جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي دار العلم للملايين، ط 7، بيروت، لبنان، 1992، ص425.

3- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، مرجع سابق، ص177.

4- ابن فارس معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج4، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة، بدون مكان نشر، 1979، ص442.

5- سورة النساء الآية 78.

6- سورة هود الآية 91.

أما تعريف الفقه اصطلاحاً فالراجح هو العلم بالأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية¹.

والخلافة نسبة إلى الخلاف من خلف، يخلف، خلافاً وخلوفاً بمعنى تغيير وفسد وأخلف الشجر والزرع ظهر فيه ورق، وخالف عنه مخالفة وخلافاً تخلف في الحديث، ويقال خالفه إلى الأمر قصده بعد ما نهاه عنه، وخالف الشيء ضاده، واختلف الشيطان لم يتفقا².

وجاء في التعريفات الخلاف " هو منازعة تجري بين متعارضين لتحقيق حق أو إبطال باطل

3

ثانياً/ تعريف المسائل الفقهية الخلافية اصطلاحاً

من أهم التعريفات للمسائل الخلافية " كل واقعة تباينت آراء الفقهاء في حكمها لظهور دليل أو اعتبار تعليل، لتحقيق حق أو إبطال باطل " ⁴.

ويدخل في هذا المعنى الخلاف الفقهي بنوعه المعنوي أو اللفظي، فالخلاف المعنوي، وهو الحقيقي الذي يترتب عليه آثار شرعية مختلفة وأحكام متباينة، مثل التلطف بالطلاق ثلاثاً في جملة واحدة يعدها جمهور الفقهاء طلاقاً بائناً بينونة كبرى في حين يعدها شيخ الإسلام ابن تيمية " ما يتعدى الخلاف فيه الألفاظ إلى المعاني بشكل يؤثر في اختلاف النتائج والأحكام. والثاني هو الخلاف اللفظي وهو ما يرجع إليه الخلاف إلى التسمية والاصطلاح الفقهي، "ويعبر عنه أحياناً بكلمة الاختلاف تمييزاً له عن الأول وهو ما لا يترتب على الاختلاف فيه أثر شرعي كالإختلاف في مصطلح "الفرض" و"الواجب" فهما كلمتان مترادفتان عند الجمهور في حين ذكر الحنفية فرقا في المدلول بين كل منهما يعود الاختلاف إلى مصدر كل منهما

1- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المطبعة العربية، ط2، بغداد، العراق ، 1966 ، ص63.

2- المعجم الوسيط، مرجع سابق، ص251.

3- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني ، معجم التعريفات، مرجع سابق ، ، ص89.

4- خالد عبد العزيز السعيد، تأصيل بحث المسائل الفقهية، دار الميمان للنشر و التوزيع، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2010، ص31.

فيما إذا كان دليلاً قطعياً أو دليلاً ظنياً وقد توصل جمهور الفقهاء إلى أنه لا يترتب على الاختلاف بينهما أثر شرعي في الراجح¹.

وذكر الفرق بين هذين النوعين من الخلاف في عبارة موجزة للعلامة أبي البقاء أيوب ابن موسى الحسين الكفوي قائلاً: "الاختلاف هو أن يكون الطريق مختلف والمقصود واحد أما الخلاف هو أن يكون كلاهما مختلف..."² والخلاف من حيث مجاله و نطاقه نوعين:

أ/ الخلاف العالي

هو الخلاف الذي يكون بين المذاهب عامة خاصة المذاهب الأربعة المشهورة وهي: المذهب الحنفي نسبة إلى أبي حنيفة النعمان (80هـ - 150هـ - 699-767 م).

- المذهب المالكي نسبة للإمام مالك (93 - 179 هـ - 712 - 795 م).

- المذهب الشافعي نسبة إلى الإمام الشافعي (150 - 204 هـ - 767 - 820 م).

- المذهب الحنبلي نسبة إلى الإمام أحمد بن حنبل (164 - 241 هـ - 780 - 855 م).

بالإضافة إلى بعض المذاهب مثل:

- مذهب الظاهرية نسبة إلى داود الظاهري

- مذهب الإباضية نسبة إلى عبد الله ابن أباض (ولد خلال القرن 7 هـ - ت 708 هـ).

- مذهب الزيدية نسبة إلى زيد ابن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب (79 - 122 هـ).

- مذهب الجعفرية نسبة إلى جعفر بن محمد بن علي بن الحسين ويعرف بجعفر الصادق (80 - 148 هـ).

- ويتخلله أيضاً آراء بعض الأعلام الذين لم تظهر لهم أصول واضحة ولا مدارس قائمة وجل ما لديهم هو آراء فقهية متناثرة في الفروع الفقهية عامة.. ونذكر منهم تسعة أعلام

عرفت لهم آراء فقهية في القرنين الثاني والثالث وهم:

-- عبد الله ابن شبرمة، (72 - 144هـ).

1- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، منهج البحث في الفقه الاسلامي (خصائصه و نقائصه)، دار ابن حزم، ط 1، بيروت، 1996، ص184.

2- الكفوي أبو البقاء أيوب ابن موسى الحسين، الكليات، تحقيق عدنان درويش، ومحمد المصري، هو مؤسس الرسالة ناشرون، ط 2، بيروت، لبنان، 1998، ص61.

- ابن أبي ليلى محمد بن عبد الرحمان بن أبي ليلى (74 - 148هـ)
- الأوزاعي عبد الرحمان بن عمرو ابن محمد (88 - 157هـ) .
- سفيان الثوري، سفيان بن سعيد، بن مسروق الثوري (97 - 161 هـ) .
- الليث بن سعد عبد الرحمان (94 - 175 هـ) .
- سفيان ابن عيينة أبو محمد الهلالي الكوفي الحافظ توفي (198 هـ) .
- إسحاق ابن راهوية وهو إسحاق ابن إبراهيم ابن راهوية (161 - 238هـ) .
- ابو ثور إبراهيم بن خالد بن اليمان البغدادي توفي 240 هـ .
- محمد بن جرير الطبري أبو جعفر (224 - 310 هـ) .

والأصح أن المرويات عن هؤلاء الأعلام هي مجرد آراء لا تعدو أن يتكون منها أصول مفصلية في الفقه، لذا كان من الأصح أن تدعي آراء اجتهادية .و أكثر هؤلاء متأثر بقضايا زمانه أو أنه اختار من السنن والآثار لمن تعلم منه من قبل الأئمة الأربعة¹

ب/الخلاف النازل

ويقصد به الخلافات التي تكون بين روايتين للإمام أو روايات أو تكون بين وجهين للأصحاب أو أوجه وربما تكون بين احتمالين أو احتمالات لهم² أو هو عدم اتفاق أصحاب المذهب الفرعي على حكم المسألة الفقهية³، لتعدد الروايات والآراء بين أصحاب المذهب ومقصده تحقيق المسائل الخلافية بأصول المذهب وبيان مدى شهرتها أو رجحانها أو ما عليه العمل ورأي الإمام وهل هو وجه سماع أو فهم لاختيار، هل أو هي مخالفة للأصول أو تحقيق لتخريجها على أصول إمام أو أنها كانت بسبب اختلاف التلاميذ في التخريج على أصول إمام المذهب واختلاف في توليد المسائل على ذلك أو أنها اختلاف طرق الرواية عن

1- عبد الرحمان مايدي، منهج الاستدلال الفقهي عند المالكية و أثره في الخلاف داخل المذهب من خلال كتاب مناهج التحصيل لعلي بن سعيد الرجراحي، رسالة دكتوراه، جامعة أحمد بن بلة، وهران، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم الاسلامية والحضارة، الجزائر، 2018/2019، ص183،182.

2- محمود النجيري، الاختيار الفقهي و إشكالية تجديد الفقه الاسلامي، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ط1، الكويت، 2008، ص22-24.

3- أحمد بلفندوز حبالي، الخلاف النازل في المذهب المالكي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم الاسلامية، الجزائر، 2016/2017، ص47.

الإمام والفهم عنه والتخريج على أصله وغير ذلك، والحقيقة أن لهذا الاختلاف أسباب داخلية في كل مذهب تقريبا وهي بخلاف أسباب الاختلاف العامة في الخلاف العالي¹، يضيق المجال عن ذكرها في هذا المقام .

الفرع الثاني: مراحل دراسة المسألة الخلافية

الفقه الإسلامي مجال خصب لتباين الاجتهادات وتعدد الآراء، وقد حقق هذا ثروة فقهية عظيمة ندر أن تحققت لأمة من الأمم، و الدراسات الفقهية المقارنة تعتمد اعتمادا كليا على عرض الآراء والمذاهب المختلفة و الاجتهادات الفردية، ويقتضي المنهج الفقهي السديد مناقشتها مناقشة موضوعية هادئة، تركز على المنطق والاستدلال والمحور الأساس هو الفهم الكامل لآراء المخالفين من كافة الجوانب والأبعاد فهما صحيحا لاستدلالاتهم وتعليقاتهم² .

هذا المجال اصطلح عليه بمنهج الاجتهاد الانتقائي والترجيحي والذي عرفه الدكتور يوسف القرضاوي على أنه ((اختيار أحد الآراء المنقولة من تراثنا الفقهي العريض للفتوى أو القضاء به ترجيحا له على غيره من الآراء والأقوال الأخرى، ويضيف ولست مع الذين يقولون أن أي رأي فقهي نقل إلينا عن أحد المجتهدين نقلا صحيحا يجوز لنا الأخذ به دون بحث عن دليله وخصوصا إذا كان منسوبا إلى أحد المذاهب المتبوعة³ وعلى هذا فإن دراسة المسائل المختلف فيها سواء في المذهب الواحد أو بين المذاهب تمهيدا لاختيار وترجيح الحكم الشرعي الأنسب يقتضي تتبع منهج فكريا مقارنا يتدرج عبر مراحل أهمها :

1- عبد الرحمان مايدي، مرجع سابق، ص187.

2- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مرجع سابق، ص194.

3- يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية، دار القلم، ط1، الكويت، 1996، ص117.

أولا / استقراء آراء المذاهب والأئمة في المسألة

كمسألة أولية للبحث عن الحكم المناسب تأتي مرحلة جمع الآراء الفقهية عن اختلافها في المسألة في إطار منهج مقارن يبحث في كل المذاهب والأقوال ويراعى في هذه المرحلة عدة ضوابط أهمها :

أ/ الدقة في إسناد الأقوال

عند نقل الأقوال لابد من التحقق من أساسها والتثبت من صحتها ولا بد من نقل الكلام بلفظه ونصه مع التبيين من كونه منقولاً كما هو أم نقل بمفهوم السامع واجتهاده واستنباطه، ولا بد من التمييز بين الروايات والوجوه والتخارج والنقول فهذه العبارات اصطلاح عليها المضمون في المذاهب كما ينبغي معرفة القول المتقدم من المتأخر ..¹) لمعرفة الناسخ والمنسوخ .

ب / معرفة الكتب والمراجع المعتمدة في كل مذهب

إن نقل القول وعزوه إلى المذهب يحتاج إلى دراية وخبرة فليس كل كتاب يمثل المذهب وإنما هناك كتب اعتمدها الفقهاء والمثقفون وأخرى حذروا منها يقول المقري في كتاب القواعد ((ولقد استباح الناس النقل من المختصرات الغربية أربابها ونسبوا ظواهر ما فيها إلى أمهاتها ، وقد نبه عبد الحق في تعقيب التهذيب على ما يمنع من ذلك لو كان من يسمع، وذيلت كتابه بمثل عدد مسائله أجمع، ثم تركوا الرواية فكثرت التصحيف وانقطعت سلسلة الاتصال فصارت الفتاوى تنتقل من كتب لا يدري ما زيد فيها مما نقص منها، لعدم تصحيحها وقلة الكشف عنها...))²

والكتب المعتمدة هي كتب تلقاها فقهاء المذاهب بالقبول وهي ما التزم فيها أصحابها بالنقل الصحيح الراجح من المذهب ونصوا على الاعتماد عليها في الدرس والبحث والفتوى.³

1- دليله الرازي، الاجتهاد الانتقائي في الفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر بانتة، قسم العلوم الاسلامية، الجزائر ، 2013/2014، ص298.

2- المقري أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد، القواعد، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، ج1، مركز إحياء التراث الإسلامي، بدون طبعة ، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر ، ص85،

3- دليله رازي، المرجع نفسه، ص301.

والرجوع إلى الكتب المعتمدة في المذاهب يمثل الخطوة الأولى في الاتجاه الصحيح للأسباب التالية.¹

- أن ما هو مدون في الكتب المعتمدة يمثل رأي جمهور الفقهاء في المذهب ويبرز وحدة الفكر بينهم .

- يصبح التمييز سهلا بين رأي الجمهور في المذهب وأقوال الآخرين التي تمثل اجتهادات فردية لدى الاطلاع والوقوف على الرأي المخالف.

- حماية الباحث والفقير والمفتي من البلبلة الفكرية التي تنشأ عن تعدد الأقوال والوجوه المروية عن أئمة المذاهب .

- إن الفقهاء تكفلوا بتحرير تلك الأقوال والروايات وتنقيحها وخلصوا من التعددية، والمفروض أن يبدأ اللاحق من حيث انتهى السابق ليضيف جديدا للموضوع .

ولا يغني الاعتماد على الكتب المعتمدة عن الرجوع إلى الشروح المعتمدة والدواوين الفقهية الموسعة وذلك حتى لا يقع في الغلط لأن غالبا ما تكون الكتب المعتمدة عبارة عن متون عرفت بالإيجاز والاختصار، والتي وضعت أساسا لغرض تعليمي وهو سهولة الحفظ والإلمام بالأحكام، ولذلك جاءت خالية من التدلليل والتعليل والإسهاب في الشرح والتعبير... كما ينبغي الاطلاع على كتب التفسير ودواوين السنة وشروحها التي تهتم بالجانب الفقهي وأشهر مؤلفوها، إذ أنها زاخرة بالدراسات والبحوث الفقهية التي ينذر وجودها في كتب الفقه نفسه وليس هذا فقط بل ينبغي أن يطلع على كتب المعاصرين وما توصلوا إليه لمن أراد راجحة أو جديدة.²

ثانيا/ تحرير محل النزاع

وهي المرحلة الثانية من مراحل دراسة المسألة الخلافية وتعني تعيين نقطة الخلاف بالتحديد وبيان مقصود المتخالفين حتى يظهر منذ البداية إذا كان مقصودهم متحدا أو أن أحدهم يقصد خلاف ما يقصده الآخر فينتبين من خلال هذا إذا كان الخلاف لفظيا أو معنويا، فإذا كان الأول توقف لبحث بأنه لا يترتب على الاستمرار فيه فائدة متى عرف مقصود كل

1- عبد الوهاب أبو سلمان، مرجع سابق، ص123.

2- دليلة الرازي، مرجع سابق ص292/ 293، انظر: أيضا عبد الوهاب أبو سليمان، مرجع سابق، ص226.

المتخالفين، أما إذا اتضح أن مقصود كل واحد منهما مباين للآخر فإن البحث يستمر حتى يتوصل إلى النتيجة الصحيحة، وإقناع أحد الطرفين بالموقف الآخر.¹

ومن أشهر الكتب التي عُنِي مؤلفوها بتحرير مسائل ومجال الخلاف كتاب بدائع الصنائع للكاساني من الفقه الحنفي وكتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام محمد بن أحمد بن رشد الحفيد في الفقه المالكي وكتاب رحمة الأمة في اختلاف الأئمة للإمام محمد بن عبد الرحمان الدمشقي في المذهب الشافعي وكتاب الإفصاح عن معاني الصحاح للإمام يحيى بن محمد هبيرة الحنبلي .

كما أن كتب الإجماع تختصر الكثير من الجهد فكل مسألة ليست إجماعية هي بالضرورة مسألة خلافية ومن كتب الإجماع " الإجماع " لابن المنذر و" مراتب الإجماع " لابن حزم الأندلسي و" ونقد مراتب الإجماع " لابن تيمية .

وأهمية تحرير محل النزاع ومكانته تأتي من فوائده المتعددة في دراسة المسائل الخلافية ومن ذلك :²

- ✓ حفظ الوقت بعدم إضاعته فيما لا علاقة له بالمسألة فإنه حين لا يحرر محل النزاع قد يذكر الباحث أمور خارجية عن محل النزاع كأدلة لا تدل لمحل الخلاف وما يتبع ذلك من مناقضات وردود وغيرها إضاعة للوقت .
- ✓ حصر دائرة الخلاف وتقليل فجوته لأنه بدون تحرير محل النزاع ستبدو دائرة النزاع اكبر من الحقيقة وتشمل محل النزاع وغيره من المسائل فإذا قمنا بتحرير محل النزاع ضاقت دائرة الخلاف وكان ذلك أدعى للوصول إلى النتيجة من البحث .
- ✓ تحديد محل النزاع والخلاف وتنظيم وترتيب في دراسة المسألة فحتى لا يكون ذكره عرضاً في مكان ما أثناء نحت المسألة، فإننا نذكره في المكان الخاص قبل ذكر الأقوال في المسألة .
- ✓ السلامة من الوقوع في الخطأ.

1- عبد الوهاب أبو سليمان، مرجع نفسه، ص، 181 و كذلك خالد عبد العزيز السعيد، مرجع سابق، ص 49.

2- إسماعيل الغازي مرجحياً، تحرير محل النزاع في المسائل الفقهية، مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية، مج 27 ع 90، الكويت، 2012، 455/21/446.

✓ الوصول إلى النتيجة المطلوبة .

✓ تحرير محل النزاع يعطي الباحث القدرة على الاستدلال في محل النزاع بالنصوص التي تكون في محل النزاع موجبة للحكم، دافعة للخصم، رافعة للخلاف، كما هو مقرر ومعروف، وهذا يحتاج إلى أمرين، الأول هو النص المستدل به والثاني أن يكون النص في محل النزاع فلا يمكن الوصول إلى هذا الاستدلال القاطع إلا بتحرير محل النزاع .

المطلب الثاني : ضوابط اختيار وترجيح الحكم فقها

عند الحديث عن انتقاء الحكم الشرعي المناسب من مجموع الأحكام الموجودة والمختلفة في المسألة فإن أهم طريقتين يتبادران للباحث هما الاختيار الفقهي أو الترجيح وليس كل اختيار ترجيح لذا فإننا من خلال هذا العنوان نحاول التفريق بين الطريقتين وذلك بتعريف كل منهما، وتبيان ضوابطهما من خلال فرعين نخصص الأول للاختيار الفقهي (فرع أول) والثاني نخصصه للترجيح الفقهي (فرع ثاني) .

الفرع الأول: الاختيار الفقهي

نتناول من خلال هذا العنوان أن تعريف الاختيار الفقهي وتميزه عن بعض المصطلحات المشابهة (أولاً) ثم طرقه وضوابطه (ثانياً) .

أولاً : مفهوم الاختيار الفقهي

و نتناوله من خلال (تعريفه) تم تمييزه عما شابهه من مصطلحات .

أ/ تعريف الاختيار الفقهي

عرّف الدكتور محمود النجيري الاختيار الفقهي بأنه اجتهاد الفقيه في معرفة الحكم الشرعي الصحيح في المسائل المختلف فيها وذهاب الفقيه إلى قول من أقوال الأئمة أصحاب المذاهب ويضيف، وهو نوع من الاجتهاد لأنه قبول قول، ورفض غيره بحجة شرعية ليس استخراجاً للحكم لأن الأحكام تكون حاضرة، استنبطها الفقهاء السابقون وليس انتقاء من كثرة ولكنه ترجيح من خلاف¹

1- محمود النجيري، مرجع سابق، ص21.

كما عرفه الدكتور معبوط أحمد بأنه " استقلال الفقيه المجتهد بالرأي الفقهي لدليل، كان هذا الدليل كليا أو فرعيا"¹ .

والاختيار الفقهي بهذا المفهوم ضرورة نحتاج إليه لعدة أسباب أجملها الدكتور محمود النجيري في ثلاث نقاط فيقول ((نحتاج إلى الاختيار لأن المذاهب تنوعت في طرائق الاستنباط وتعددت أصولها، وانفقت في بعض الأصول والفروع واختلفت في البعض الآخر، على الرغم من وحدة الهدف وهو الكشف في الحكم الشرعي وإظهاره، وطريقنا إلى إدراك الحكم الشرعي هو الدراسة المقارنة التي لا تختص بمذهب دون مذهب ولا تقتصر على آراء فريق من المسلمين دون فريق، هذه المقارنة هي التي تظهر أي الأقوال أقرب إلى الحقيقة وادعى لمصلحة واسلم عقبا وأحق تباعا .

ونحتاج إلى الاختيار لأن الفقيه كما يختار من الأقوال في المذاهب ما يراه موافقا للأصول فهو يحتاج لأن يختار من الأقوال المعاصرة في المسائل المستحدثة ما يكون موافقا أيضا للأصول، فالاختيار يشمل المسائل المعروفة والمسائل المتجددة .

ونحتاج للاختيار لأن الحقيقة توزعت بين المذاهب الإسلامية لم يقتصر لها أحد ولا مجال لاستحداث مذاهب فقهية حديثة على الرغم من توارد المجتهدين في الأمة وتوالي ترجيحاتهم في مسائل الخلاف)) .

ويخلص النجيري بعد ذلك للقول أن الاختيار في الحقيقة اجتهاد لأنه بحث في الأدلة والأصول والموازنة بينها في المذاهب المختلفة وبحث في المقاصد والحكم والغايات الشرعية والترجيح في مواضع الخلاف والتعارض وتلمس أدلة جديدة في المسألة وبيان وجه القوة في الموافق والضعف في المخالف والرد على المعارضات² .

1- أمير فوزي، طرق الاختيار الفقهي، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة أحمد بن بلة وهران، عدد 03 الجزائر، 2020، ص176.

2- محمود النجيري، مرجع سابق، ص85.

ب/ تمييز الاختيار الفقهي عن غيره من المصطلحات

هناك بعض المصطلحات تدخل تحت مفهوم الاجتهاد ولها صلة وثيقة بالاختيار الفقهي كمصطلح التخيير والتخريج والتوقف والترجيح ولكل منها خصائص وضوابط نحاول إبرازها مع إظهار الفروق بينها وبين الاختيار .

1/ التخيير الفقهي

مصطلح التخيير له مفهوم التسيير ورفع الحرج عن المكلفين في التشريع الاسلامي، وهذا أمر متفق عليه بين أهل العلم أما التخيير عند المجتهد بين أقوال الإمام والأقوال عامة في المذهب فهذا يكون عند تساوي الأدلة في المسألة الواحدة وهو غير المفهوم الأول ذلك أن الأول هو بمثابة منحة قدمها الشارع الحكيم للمكلف في امتثال الأمر بما يناسبه مقدرة وطبعاً، أما المفهوم الثاني فهو تفويض المشيئة على المخير وتمليكه منه فسوى عنده الفعل والترك... والتخيير بالمفهوم الثاني له علاقة بالاختيار إلا أن ثمة فروقا بينهما تجعل لكل منهما حقائق وضوابط خاصة منها :

✓ إن التخيير بين أحد القولين يكون بالتفويض إلى المشيئة بينما الاختيار يكون بقبول احد القولين على الآخر استنادا إلى حجة شرعية ومع ذلك فكل من التخيير والاختيار غالبا ما نرجح فيها القول لوجه من وجوه الترجيح .

✓ إن التخيير يكون بين الأقوال المقبولة في المذهب أما الاختيار فلا يلزم أن تكون الأقوال كلها داخل المذهب.¹ وعموما فالتخيير أعم من الاختيار حيث إن التخيير يراد به حكم مسألة من الشارع كأن يقال مثلا " ليس في الكفارات ما فيه تخيير إلا كفارة اليمين والحق بها، والاختيار فعل والمخير يعتبر الناتج التخيير وتطبيقه، يقال " خيره بين الشيين فاختر أحدهما² وفي الحديث ((ما خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا واختر أيسرهما ما لم

1- فوزي أمير، مرجع سابق، ص182/183.

2- صديق إبراهيم فكي علي، التخيير في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية، المملكة العربية السعودية ، 1416 هـ، ص 07 .

يكن إثماً¹، كما أن التخيير لا يكون بين ما تناقض من الأقوال، يقول الطوفي " ولا ينكر التخيير في الشرع، لكن التخيير بين النقيضين ليس له في الشرع مجال وهو نفسه محال²"

2/ التخرّيج

التخرّيج هو أن ينظر مجتهد المذهب في مسألة غير منصوص عليها فيقيسها على مسألة منصوص عليها في المذهب مع مراعاة ضوابط التخرّيج من علّة وغيرها³. أو هو أن يبذل مجتهد المذهب وسعه في قياس فرع غير منصوص عن الإمام على أصل أو قاعدة له، ويؤخذ غالبا من نص لفظ الإمام ومسائله المتشابهة وإيمائه وتعليه .

وهناك تخرّيج هو من الاختيار وذلك إذا كان الاختيار لقول مخرج في المذهب يختار المجتهد على القول المنصوص للإمام، وهذا يعني أن أهل التخرّيج يمكن أن يكون من أهل الاختيار هذا المعنى وغير ذلك من التخرّيج لا يدخل معنا، معنى هذا أنه إذا خرج المخرّج تخريجا يخالف به قولاً آخر منصوصاً للإمام عد عمله هذا اختياراً لأنه يخالف بذلك قولاً منصوصاً للإمام وهذا هو ضابط الاختيار⁴.

وفي ما عدا هذه الحالة فإن للاختيار والتخرّيج معنيان متباعدان .

وعموماً فإن الاختيار يتشابه وطرق الاجتهاد الأخرى في كونها تؤدي كلها إلى معرفة الحكم الشرعي، وإن كانت تختلف من حيث المعايير والضوابط كما سبق وأوضحنا، ويبقى أكثر الطرق الاجتهادية اقتراباً من الاختيار الفقهي هو الترجيح وإن كان أضيق مجالاً فكل ترجيح هو اختيار وليس كل اختيار ترجيح لذا فإننا سنفرد فرعاً خاصاً عن هذا المطلب للترجيح نظراً لأهميته في التطبيق.

1- حديث صحيح ، الراوي : عائشة أم المؤمنين، المحدث : الألباني ، المصدر : صحيح أبي داود، الصفحة أو الرقم|4785، متاح على الرابط التالي : <https://www.dorar.net/hadith/sharh/75292> ، تاريخ الاطلاع 2021/05/21

2- الطوفي (نجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد)، مرجع سابق ج3 ،ص 732.

3- رياض محمد، أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح، ط1 ، الدار البيضاء، المغرب، 1996، ص577.

4- محمد النجيري، مرجع سابق، ص35.

ثانياً/ أنواع الاختيار الفقهي وأساسه

يمكن تقسيم الاختيار الفقهي للأحكام بناء على عدة معايير تصنف على أساسها وأهمها الاختيار بحسب السبب، والاختيار بحسب وصف الدليل والاختيار بحسب وضوح نسبته إلى من اختاره (أ) كما يقوم الاختيار في كل هذه الأنواع على أسس يجب مراعاتها . (ب) .

أ/أنواع الاختيار

للاختيار الفقهي ثلاث أنواع هي :

1/ الاختيار بحسب السبب¹ : وينقسم إلى ثلاث أنواع :

- ✓ اختيار بالنص لدليل من الكتاب والسنة ينقطع به المجتهد في المسألة الخلافية، أو اختيار بالترجيح عند تعارض دلالة تصنيف أو أكثر.
- ✓ اختيار لسبب مقاصدي ينبع من موارد الشريعة وهو اجتهاد بالمصلحة حيث يبنني الحكم على مدى تحقيق مصالح الناس وتيسير أمورهم، ورفع الحرج عنهم.
- ✓ اختيار بالرأي وهو اجتهاد بالرأي على أصل منصوص بقياس غير المنصوص عليه لاشترائهما في أوصاف معينة هي علة الحكم ،فقد يقوم هذا الاختيار على استحسان أو مصلحة مرسله او فتوى صحابي أو عرف أو استصحاب أو سد ذريعة إلى الحرام .

2/ الاختيار بوصف الدليل

هي مصطلحات يوظفها المجتهد، يعبر من خلالها عن موقفه تجاه المسألة الفقهية، ومن تلك المصطلحات قول المجتهد في المسألة أن الرأي المختار هو الصواب، أو هو الأصح وأن المسألة اجتهادية، الطرفان فيها مأجوران² فقد يكون الاختيار بين مقالين يُقطع بالحق في أحدهما وترد الأخرى كالاختيار بطلان قول أوجب تجديد نكاح من أسلم وقول بأنه إذا أسلم احد الزوجين قبل الآخر، لم يفسخ النكاح بإسلامه، ولا يعرف بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جدد نكاح زوجين سبق أحدهما الآخر بإسلامه قط، وقد يكون

1- محمد النجيري، مرجع سابق، ص46.

2- أمير فوزي، مرجع سابق، ص181.

الاختيار بين جائزين أو مباحين أو أكثر فيترجح الأصوب منهما ويمال إلى الأشبه بالكتاب والسنة ويختار الأولى أو الأقوى دليلاً أو الأصلح أو الأقرب إلى الصواب بعد الاتفاق على جواز الجميع¹.

3/ الاختيار بحسب نسبته إلى من اختاره

قد يكون اختيار المجتهد واضحاً يصرح به، وأنه يميل إليه ميلاً وربما يخفي اختياره². فيقع على الباحث أو الدارس للمسألة استخلاص موقفه واختياره من خلال الصياغة والأسلوب. ب/ أسس وضوابط الاختيار الفقهي

الاختيار الفقهي يجب أن يقوم به أهله من الحائزين على أي مرتبة من مراتب الاجتهاد ولا يجوز من المقلد، الذي لا حجة معه... فليس كل من اشتغل بدراسة المذاهب الفقهية قادراً على الاجتهاد ولا مؤهلاً للاختيار لذلك يجب التقيد بأسس تضبط عمل الاختيار الفقهي وهي :

- 1- أن يقوم دليل على الاختيار فلا يختار لهواه، ولا يختار من المذاهب أضعفها أو أوهأها، بل أن الاختيار يجب أن يقوم على بينة وعلى دليل من الكتاب والسنة أو الإجماع أو القياس أو غيرها من الأصول الفقهية.
- 2- أن لا يتبع شواذ المسائل وغرائب الفقه والمسائل المفترضة بعيدة الوقوع ولا يؤخذ بأشد الأقوال، بل يكون هادياً دائماً للتوسط وحسن القصد وخشية الله فلا يختار لإرضاء حاكم ولا لشهوة بشر .
- 3- أن يقوم الاختيار على تحقيق مقاصد الشريعة وهي تشييد المصالح العامة للأمة وإقامة العدل والمساواة ومراعاة العرف الصحيح وتيسير حياة الناس ورفع الحرج عنهم واختيار ما يكونون معه أقرب إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد³.

1- محمود النجيري، مرجع سابق، ص48.

2- أمير فوزي، مرجع سابق، ص182، وأيضاً محمود النجيري، مرجع سابق، ص49 إلى 52.

3- محمود النجيري، مرجع سابق، ص53.

الفرع الثاني : الترجيح بين الأحكام الشرعية

نتناول من خلال هذا العنوان تعريف الترجيح وأهم طرقه (أولاً) تم رصد أهم ضوابطه وقواعده (ثانياً) تم معاير الترجيح في المذهب المالكي باعتباره الأكثر شيوعاً في المغرب العربي عامة والجزائر خاصة (ثالثاً).

أولاً / تعريف الترجيح وطرقه

نتطرق أولاً لتعريف الترجيح لغة واصطلاحاً (أ) ثم طرق الترجيح (ب).

أ/تعريف الترجيح

نتناول تعريف الترجيح لغة (1) ثم اصطلاحاً (2) .

1/ تعريف الترجيح لغة

جاء في لسان العرب رجح الشيء بيده وزنه ونظر ما ثقله، وأرجح الميزان أثقله وأرجحت لفلان ورجّحت ترجيحاً إذا أعطيته راجحاً والرجاحة أسس عقلية ومنطقية وهي الحلم لذا يصفون الحلم بالثقل كما يصفون ضده بالخفة، والترجيح التذبذب بين شيئين عام في كل ما يشبهه¹ .

وجاء في المصباح المنير رجحت الشيء بالثقل، فضلته وقويته.²

2/ تعريف الترجيح اصطلاحاً

عرف الترجيح بعدة تعريفات منها :

- ✓ إثبات مرتبه في أحد الدليلين على الآخر.³
- ✓ عرّفه الكفوي في الكليات " هو بيان القوة لأحد المتعارضين على الآخر "⁴.
- عرّفه صاحب الحدود الأنيقة " هو إثبات مزية أحد الدليلين على الآخر "⁵.

1- ابن منظور، لسان العرب، ج2، ص445.

2- الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي، دار المعارف ، ط2 ، القاهرة ، مصر ، (بدون سنة نشر) ، ص219.

3- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني ، التعريفات، مرجع سابق، ص51.

4- الكفوي، الكليات، مرجع سابق، ص315.

5- الأنصاري، زكرياء ابن محمد، الحدود الأنيقة في التعريفات الدقيقة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1، بيروت، لبنان، 1991، ص83.

ومن أبرز تعريفاته أيضا أنه " تقديم المجتهد بالقول أو الفعل أحد الطريقتين المتعارضتين لما فيه من مزية معتبرة تجعل العمل به أولى من الآخر " ¹.

وحكم الترجيح في الاختلافات بمقتضى الأدلة الظاهرة هو الوجوب وينبغي بدل الوسع في بيانه يقول الدكتور فتحي الدريني : " على أن الإجماع منعقد على أن الاختلاف لو وقع في الحكم الاجتهادي، فيجب الترجيح بالدليل القوي، وفي ضوء مقاصد الشريعة، حتمًا له ما أمكن، لأن الشريعة قولاً واحداً . على المجتهدين أن يبذلوا قصارى جهودهم في أن يتبينوه، ويقيموا الأدلة عليه، أو أن يرجحوا واحد من الآراء المتنازع فيها بالدليل القوي أو المرجح، والترجيح واجب على كل مجتهد بأن يعمل بقواعده ليصار إلى الجمع بين الدليلين إن أمكن أو بترجيح أحدهما بالدليل الأقوى ... " ².

ب/ طرق الترجيح

الترجيح يكون غالباً بطريقتين هما : الترجيح بالجمع بين الآراء والأدلة (1) والترجيح بالتفضيل (2) :

1/ الترجيح بالجمع بين الآراء والأدلة

الجمع هو تأليف المفترق، يقال جمعت الشيء أجمعه، جميعاً فاجتمع³، أما اصطلاحاً فهو بيان التوافق والائتلاف بين الأدلة الشرعية سواء كانت عقلية أو نقلية أو إظهار أن الاختلاف غير موجود بينها حقيقة، سواء أكان ذلك البيان بتأويل الطرفين أو أحدهما⁴.

ومعنى ذلك أنه يصار إلى الجمع بين الأدلة إن أمكن فيعمل بمجموع الآراء لأن الحق قد يكون في جميعهما⁵، وفي هذا المعنى يقول الإمام أبو زهرة في كتابه الجدل التاريخي ((وربما كان الحق في مجموع الأقوال، وقد قال أفلاطون في مثل هذا المقام، إن الحق لم

1- البرزنجي، عبد اللطيف عبد الله عزيز، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية ج1، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1993، ص89.

2- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الاسلامي أصوله، مرجع سابق، ص92.

3- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، طبعة مدققة، لبنان، 1986، ص46، و انظر أيضا الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مرجع سابق، ص108.

4- محمد إبراهيم محمد لحناوي، التعارض و الترجيح عند الأصوليين و أثرهما في الفقه الاسلامي، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، ط2، مصر 1987، ص256.

5- دليلة رازي، مرجع سابق، ص315.

يصبه الناس في كل وجوهه ولا أخطئوه في كل وجوهه، بل أصاب كل إنسان جهة ومثال ذلك عميان انطلقوا إلى فيل، وأخذ كل منهم جارحة منه فحصها بيده ومثلها في نفسه، فأخبر الذي مسّ أذنه منبسط دقيق يطويه وينشره، فكل واحد منهم قد أدى بعض ما أدرك وكل يكذب صاحبه ويدّعي عليه الخطأ والجهل فيما يصفه من خلق الفيل، فانظر إلى الصدق كيف جمعهم وانظر إلى الخطأ كيف دخل عليهم حتى فرّقهم))¹.

وقد اختلف الأصوليون في جواز الجمع من عدمه إلى 03 آراء :

✓ **الرأي الأول :** ذهب إلى التساهل في قبول الجمع والتوفيق بين المتعارضين وقالوا لو لم يتيسر التأويل القريب في الجمع بين المتعارضين فليكن الجمع بالتأويل البعيد لكن مع ملاحظة شرط متفق عليه وهو ألا يكون التأويل بحيث يخرج به الأدلة المتوافقة عن روح الشريعة الاسلامية ولا يكون مخالفا لعمل الأمة وخرقا لإجماعهم، وهؤلاء العلماء أصحاب هذا الاتجاه يرون أنه لا تعارض بين الأدلة الشرعية حقيقة فمتى لاح للناظر في الأدلة أمارة التعارض والاختلاف يجب عليه أن يجمع بينهم وذلك لكي يتيسر الأمر في استنباط الأحكام الشرعية منها حسبما وصل غلى فهمه².

وذهب الشوكاني إلى أنه من شروط الترجيح عدم إمكان الجمع فقال ((ومن شروط الترجيح التي لا بد من اعتبارها أن لا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول فإن أمكن ذلك تعيين المصير إليه، ولم يجز المصير إلى الترجيح))³.

✓ **الرأي الثاني :** وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية وبعض الشافعية والإمام مالك وبعض أهل الحديث إلى التشدد في قبول الجمع والتأويل بين المختلفين وضيّقوا دائرته.

✓ **الرأي الثالث :** وهو موقف وسط في قبول الجمع والتأويل وقد سلك أنصاره وهو مذهب الجمهور مسلكا وسط بين الرأيين السابقين، فلم يتساهلوا في الجمع دون قيد أو شرط وفي

1- محمد أبو زهرة، تاريخ الجدل ، دار الفكر العربي ط1، مصر ، 1934 ، ص7 .

2- محمد إبراهيم الحفناوي، مرجع سابق، ص257، انظر: أيضا البرزنجي، مرجع سابق، ص167.

3- الشوكاني، محمد بن علي، إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيلة، ط1، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2000، ص1126. انظر: أيضا البيضاوي؛ عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، منهاج الوصول الى علم الاصول ،تحقيق شعبان محمد اسماعيل ،دار ابن حزم، ط1، بيروت، لبنان ، ط1، 2008 ، ص239، اذ يقول: (وان تعارض النصان فالعمل بهما من وجه أولى).

الوقت نفسه لم يرفضوا، جميع التأويلات القريبة والبعيدة، كأئصار الاتجاه الثاني بل قبلوا منها ما كان صحيحا متلائما مع روح الشريعة الاسلامية ورفضوا منها ما كان باطلا وغير متوافق مع روح الشريعة كما لم يلتفوا إليها عندما كانت تصطدم مع إحدى الأدلة الصحيحة أو المتفق عليها.¹

2/ الترجيح بتفضيل إحدى الطريقتين

إذ لم يتمكن المجتهد من جمع بين الأقوال صار إلى الترجيح بينها وأيد ما ظهرت حجته وقوى مدركه، ورتب الترجيح تختلف باختلاف ظهور الأدلة فالقول الذي ظهرت حجته ظهورا بيّنا كأن وجد فيه دليل ظاهر، خفي على المجتهد فإن عثر على نص شرعي يؤيده فهذا لا يسمّى ترجيحاً، إذ يضيف ضمن دائرة الترجيح وإن ظهرت فيه صورته، ويعتدّ به من باب التجوز.²

وهذا النوع من الترجيح واجب لا يجوز العدول عنه وفي هذا يقول ابن تيمية³ ((فلا يجوز أن نعدل عن قول ظهرت حجته بحديث صحيح وافقه طائفة من أهل العلم إلى قول آخر قاله عالم يجوز أن يكون معه ما يدفع به هذه الحجة وإن كان أعلم، إذ تطرق الخطأ إلى آراء العلماء أكثر من تطرقه إلى الأدلة الشرعية حجة الله على جميع عبادته بخلاف رأي العالم، والدليل الشرعي يمتنع أن يكون خطأ إذا لم يعارضه دليل آخر، ورأى العالم ليس كذلك ولو كان العمل بهذا التجوز جائز لما بقي في أيدينا شيء من الأدلة التي يجوز فيها مثل هذا، لكن الغرض أنه في نفسه قد يكون معذورا في تركه له ونحن معذورون في تركنا لهذا الترك وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿تِلْكَ أُمَّةٌ قَدْ خَلَتْ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَلَكُمْ مَا كَسَبْتُمْ﴾⁴، وقوله تعالى: ﴿إِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾⁵.

1- الحنفائي، مرجع سابق، ص 260، 261.

2- دليلة رازي، مرجع سابق، ص 317.

3- أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ، و ابنه محمد ، ج 20 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، بدون طبعة ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، 2004 ، ص 250 .

4- سورة البقرة، الآية 134.

5- سورة النساء، الآية 59.

وقد يكون الترجيح في مسائل الاجتهاد والنظر وللعلماء فيها حديث طويل في باب التعادل والترجيح.

ثانيا/ معايير وضوابط الترجيح

ويقصد بها مجموعة القواعد التي يجب مراعاتها في عملية الترجيح من أقوال المذاهب والأئمة وأهمها:

أ/ قاعدة مراعاة المقاصد

عرف ابن عاشور المقاصد بأنها ((المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها بحيث لا يختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة فيدخل في هذا المعنى أوصاف الشريعة وغاياتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضا معانٍ من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها))¹

كما عرف المقاصد الخاصة بأنها ((الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة أو لحفظ مصالحهم العامة في تصرفاتهم الخاصة لكي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامة إبطالا عن غفلة أو عن استزلال هوى أو باطل شهوة، ويدخل في ذلك كل خطة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس مثل قصد التوثيق في عقد الرهن... ودفع الضرر المستدام في مشروعية الطلاق...))².

وعرفها د. وهبة الزحيلي بأنها ((المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها أو هي الغاية من الشريعة والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها³. وعلى هذا فإن المقاصد تعتبر المرجع الأساس لحسم الخلاف بين الأقوال والآراء لاختيار الأنسب للنزاع، يقول الدكتور قطب الريسوني ((... ولا يخفى على كل ذي علم ونظر قوة هذا المعيار - أي أعمال المقاصد - في رفع الإشكال وحسم الخلاف لاسيما مع تغيير

1- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتب المصرية، بدون طبعة، مصر، 2011، ص52.

2- محمد الطاهر بن عاشور، مرجع سابق، ص 253-254.

3- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ج2، مرجع سابق، ص1017.

العصر في تركيبته الاجتماعية والاقتصادية والثقافية الذي يفرض على الفقيه أو المفتي - رعاية المقاصد لتجديد الخطاب الفقهي فهما وتنزيلا والتمكين للأحكام بحفظ مرادها (ومقصودها))¹ .

ب/ قاعدة اعتبار المآل

يقول الإمام الشاطبي : ((النظر في مآلات الأفعال مقصود معتبر شرعا ، كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، ذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام والإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل مشروعا لمصلحة فيه تستجلب أو لمفسدة تدرأ ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوى المصلحة أو تزيد عليها فيكون مانعا من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مصلحة تساوي أو تزيد فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية وهو مجال للمجتهد صعب المورد))².

ومن هذا المنطلق فإن على المجتهد عند الترجيح بين الآراء المختلفة البحث في مآلات الأفعال فإذا كانت نتيجة الفعل هو تحقيق مصلحة صح الاختيار وإذا كان سيؤدي إلى مفسدة درأ العمل به، يقول الدكتور فتحي الدريني في هذا الصدد ((وهذا الأصل يتفادى الوقوع في الخلافات المذهبية وهو عمدة الترجيح لأحد الآراء الاجتهادية إذا ما وقع التنازع إذ لا يستطيع أحد والتحقيق في المآلات))³.

والترجيح في المآلات له عدة مسالك أهمها :

1- قطب الريسوني، ترشيد الفقه المقاصدي، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية، جامعة الجزائر مخبر بحث الشرعية، ع 2، 2006، لجزائر،، ص40 .

2- الشاطبي ابي اسحاق ابراهيم اللخمي ، الموافقات في اصول الاحكام، تحقيق محمد حسنين مخلوف، ج2 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر . ص 110 و مايلها .

3- فتحي الدريني ،بحوث مقارنة في الفقه الاسلاميو أصوله، مرجع سابق، ص101-102

1/ النظر في الأيلولة الفعلية

لم يجعل الفقهاء وعلى رأسهم الشاطبي - المعالجة الشرعية لمآل الفعل مقصورة على ما قبل وقوعه لتلافي المآل من وقوع مفسدة أو فوات مصلحة قبل وقوعه وإنما هو يبسط تلك المعالجة على ما بعد الوقوع أيضا لتلافي الفساد الحاصل أو حصره إلى أكبر قدر ممكن، فالمعالجة الشرعية للأيلولة الفاسدة الواقعية بالفعل تستلزم نظرا في واقع تلك الأيلولة وتقدير ما فيها من فساد لتقع معالجتها بالطريقة الشرعية.¹

ومن الأمثلة التي ضربها الإمام الشاطبي في هذا المسلك مثال " الأعرابي الذي تبول في المسجد بحضور النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه، فتركه يتم بوله رغم أن الأصل أن التبول في السجد منهي عنه، لكن لما كان قطع تبوله يؤدي إلى مفسدة لأنه لو قطع بوله لتتجست ثيابه ولحدث عليه من ذلك داء في بدنه فترجح جانب تركه على ما فعل من المنهي عنه"².

2/ النظر في العلاقات العادية للفعل

ويراد به ما يجري في الفعل بحكم العادة والمقصود بالعلاقات العادية، العلاقات السببية بين الأفعال في العادة، فالنظر في تلك العلاقات يبين أن الفعل المعين إذا ما جرى على كيفية معينة فإنه قد يؤول بحكم العادة إلى مآل معين، فيعرف حينئذ ذلك المآل مسبقا من حكم العادة، معرفة يقينية أو ظنية، فيتلافى بناء على العلم به صرف حكمه الأصلي عنه، ويطبّق عليه حكم آخر³.

3/ النظر في قصد الفاعل

من سبل العلم بأيلولة الفعل معرفة قصد الفاعل، فإن المكلف إذا قصد بفعل مقصد مخالف لمقصد الشارع فيه فإنه يعلم بذلك أن ذلك الفعل سيؤول إلى مآل فاسد كما إذا أوهب رجل ماله في رأس السنة ولم يكن قصده من الهبة ما قصده الشرع بل كان قصده التهرب من

1- عبد المجيد النجار، فقه التطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية مجلة الموافقات، كلية أصول الدين، جامعة الجزائر، العدد 01، الجزائر، 1992، ص 289.

2- الشاطبي ابو اسحاق ابراهيم اللخمي، الموافقات، مرجع سابق، ج 4، ص 112.

3- عبد المجيد النجار، مرجع سابق، ص 290 و أنظر أيضا ناجي خالد السويد، فقه الموازنات بين النظرية و التطبيق، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 2002، ص 129.

دفع الزكاة فيكون هذا القصد قد آل بالهبة إلى مفسدة وهي تعطيل الزكاة فإذا علم هذا القصد من الواهب علم أن مآل الهبة سيكون إلى مفسدة فتصرف من الجواز إلى المنع¹.
وعموماً فقاعدة اعتبار المآل من أهم القواعد المستعان بها في عملية الترجيح ومن تطبيقاتها نجد قاعدة سد الذرائع، منع الحيل، الاستحسان، ومراعاة الخلاف .

ج / قاعدة الموازنة

إن الترجيح والانتقاء بين الآراء يقوم على أساس الموازنة بينهما، وهي قاعدة متممة ومكملة للقاعدتين الأولى والثانية، وقد أشار الإمام ابن تيمية إليها في قوله " والشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها وتعطيل المفاسد وتقليلها وأنها ترجح خير الخيرين وشر الشرّين، وتحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناها، وتدفع أعظم المفسدتين باحتمال أدناها"².
والمقصود من الموازاة هو طلب تحقيق المصلحة أو درؤ المفسدة أو تحقيق أخف الشرّين، وتكون بين شبيهين متقاربين أو بين مصلحتين متزاحمتين ومشكلتين كل منهما يفضي إلى المقصود، فيوازن المجتهد بينهما وتقدم أكثرهما نفعا³.
و تقوم الموازنة على أسس أهمها :

1/ اعتبار الغلبة

وهذا يعني أن اعتبار المصلحة يكون برجحان النفع فيها أو المفسدة كونها مفسدة برجحان المفسدة فيها، وكذلك الأمر بالنسبة لاجتماعهما معاً فالمصلحة إذا كانت هي الغالبة عند مناظرتها بالمفسدة في حكم الاعتياد فهي المقصودة شرعاً ولتحصيلها وقع الطلب على العباد... وكذلك المفسدة إذا كانت هي الغالبة بالنظر إلى لمصلحة في حكم الاعتياد فرفعها هو المقصود شرعاً ولأجله كان النهي"⁴.

1- الشاطبي ابي اسحاق ابراهيم اللخمي، الموافقات، مرجع سابق، ص114، و كذلك عبد الحليم بن محمد أيتأمجوض، فقه التنزيل قواعد و تطبيقاته، دار الفقيه للنشر والتوزيع، ط 1، الإمارات العربية المتحدة ، 2014، ص530، و عبد المجيد النجار، مرجع سابق، ص219.

2- ابن تيمية، مرجع سابق، ص 48.

3- ناجي خالد السويد، مرجع سابق، ص31.

4- المرجع نفسه، ص122.

2/ الموازنة بين مقصد الفعل ومقصد الفاعل

وقد أشرنا إلى ذلك في مسالك تحقيق المقاصد ولا بأس أن نؤكد أن المقصود بقصد الفعل هو مقصد الشارع من الحكم الذي يجربه عليه فإذا كان مقصد الفاعل وهو المكلف مخالف لقصد الشرع فإنه لا يجري عليه ويقع باطلا في حقه ومن أمثلة ذلك نكاح المحلل والزكاة في آخر الحول تهرباً من الزكاة وإضرار الزوج بزوجته لحملها عن طلب الخلع وغيرها من الأمثلة التي تبرز مخالفة قصد المكلف لمقصد الشرع في الأحكام .

وعموماً فإن التحقيق في حصول المقاصد واعتبار المآل من أصول المنهج التطبيقي لأحكام الشريعة الإسلامية التي تقوم على أساس فقهي - الموازنات والأولويات - في الترجيح بين الأدلة وأحكام الاجتهادية .

د / قاعدة اعتبار الواقع

يقصد بفقہ الواقع، الفهم الدقيق والعلم بما تجري عليه حياة الناس العامة، في كل مجالاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية والصناعية وغيرها، ولما كانت أسس المنهج في فهم الأحكام مشتقة من طبيعة الفهم في كونه علاقة بين العقل والنص بصفة أساسية فكذلك الأمر في أسس المنهج في التطبيق فهي مشتقة من طبيعة التطبيق في كون واقع الحياة يمثل فيه المحور الأساسي في الاجتهاد إذ أن تطبيق الأحكام يعني تكييف الواقع الإنساني في مختلف شعبه بحسب ما تقتضيه تلك الأحكام من فرض وإباحة ومنع حتى يتم التطابق بينهما تطابقاً يحقق خيراً للإنسان¹ .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور عمر عبيد حسنة ((إن فقه النص دون فقه الواقع الذي يعد محل التنزيل يمثل نصف الطريق أو نصف الحقيقة التي توقفت عندها الكثير من الفقهاء في هذا العصر والتي لن تحقق شيئاً إذا لم تفهم الواقع، ولا يتحصل فقه الواقع إلا بتوافر مجموعة من الاختصاصات في شعب المعرفة، تحقق التكامل والعقل الجماعي، حتى أننا نعتقد أن الفقه الصحيح للنص في الكتاب والسنة يقتضي فهم الواقع محل النص في ضوء

1- عبد المجيد النجار، مقتضيات المنهجية لتطبيق الشريعة الإسلامية مجلة المسلم المعاصر عدد 105 ، متاح على الرابط التالي : ، <http://almuslimamuser.org/2002/09/01> ، اطع عليه بتاريخ 2020/08/12

الاستطلاعات المتوفرة، وفي تقديرنا أن هذه المعادلة المطلوبة لقضية الاجتهاد حتى يسترد العقل عافيته والاجتهاد دوره والوحي مرجعيته ويقوم الواقع بقيم الدين فهما وتنزيلا¹.
كما ذكر الدكتور يوسف القرضاوي أن عنصر الواقع له الدور الكبير في انتقاد الأحكام وترجيحها في كتابه الاجتهاد في الشريعة الاسلامية. فقال : " أن هناك عوامل جدت في عصرنا ينبغي أن يكون تأثيرها القوي في الانتقاء والترجيح بين الآراء المنقولة في تراثنا "، وذكر منها التغيرات الاجتماعية والسياسية والمحلية والعالمية ومعارف العصر وعلومه وضرورات العصر وحاجاته².

كما أشار إلى ذلك أيضا الدكتور نور الدين الخادمي في كتابه الاجتهاد المقاصدي فقال : ((ولعل من ضروب ذلك، الاستفادة مما توصلت له الحضارة المعاصرة من معارف ومعلومات عقلية و يقينية أو قريبة من اليقين يستعان بها خصوصا في الترجيح والتغليب شريطة ألا تنزل بها الأقدام والأقدام وأن لا تبني المقاصد على المزاعم والأوهام³))
وتأسيسا على ما سبق فإن لعنصر الواقع الأثر البالغ في عملية الاختيار والترجيح بين الآراء الفقهية في عصرنا الراهن فيرجح هذا الحكم على الآخر لأنه أكثر ملائمة لهذا العصر وقد يستبعد لعدم تحقق ذلك فقط.

ثالثا/ منهج المالكية في الترجيح

ارتبط ظهور الترجيح في المذهب المالكي بظهور المجتهدين فيه وتزامن ذلك مع ظهور الخلاف وظهر المقارنة الفقهية بين الآراء المختلفة، حيث اهتم المالكية بعلم الخلاف، فدرسوا الأقوال المختلفة ورجحوا بينها بناء على قوة الدليل، وهنا برز كثير من العلماء تحرروا من قيود التقليد وخرجوا إلى فضاء النظر والاستدلال وبلغوا رتبة الاجتهاد واستكملوا أدواته وهذه

1- ماهر حسين حصوة، فقه الواقع وأثره في الاجتهاد، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ط1، فريجينيا، الو.م.أ، 2009، ص37.

2- يوسف القرضاوي، مرجع سابق، ص120-126.

3- الخادمي نور الدين، الاجتهاد المقاصدي، ج 1، كتاب الأمة، السنة 18 ع 86، وزارة الأوقاف قطر، 1998 ص153.

الاجتهادات مكنتهم من الاستقلال بالرأي وتبني اختيارات فقهية صارت العمدة في القضاء والفتيا.¹

والترجيح في المذهب المالكي بدأ بالترجيح بين الروايات دون النظر إلى الدليل، ثم بعد تطور المذهب أصبح الترجيح يقوم على قوة الدليل ... و انقسم إلى قسمين رئيسيين :

- الترجيح بين الأقوال والروايات دون ملاحظة الدليل .
- الترجيح بين الأقوال والروايات مع مراعاة الدليل فكان ترتيب الترجيح بين الروايات والأقوال كالآتي :

✓ قول مالك الذي رواه ابن القاسم في المدونة.

✓ قول مالك الذي رواه غير ابن القاسم في المدونة.

✓ قول ابن القاسم في المدونة .

✓ قول غير ابن القاسم في المدونة .

✓ القول الذي رواه ابن القاسم في غير المدونة .

✓ القول الذي رواه غير ابن القاسم في غير المدونة .

✓ قول ابن القاسم في غير المدونة.

✓ أقوال علماء المذاهب .

وأمام نمو المذهب واتساع الآراء ظهر تصنيف علمي وأصبح الرأي الفقهي له إحدى

الدرجات الآتية :

أ- الرأي الراجح ومعناه ما قوي دليله .

ب- الرأي المشهور ومعناه ما كثر القائلين به .

ت- الرأي الضعيف أو الشاذ.²

فالقاعدة الأولى للترجيح ظهرت بين الروايات أولاً دون النظر في الدليل، ثم بظهور المجتهدين ظهر الترجيح بقوة الدليل ... وأهم مرحلة تميزت بظهور هذا النوع من الترجيح هي

1- فريدة حايد، الترجيح في مؤلفات المالكية، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، العدد 03، 2016، جامعة الوادي، الجزائر، ص10

2- فريدة حايد، مرجع سابق ، ص 11.

مرحلة إستقرار المذهب وتبدأ من القرن الخامس حتى نهاية القرن السادس أي مع ظهور الباجي وابن عبد البر واللمخي والقاضي عياض وابن يونس الصقلي وابن رشد الحفيد وفي هذه الفترة ظهر الترجيح مبنيًا على قواعد بحيث ظهرت الدراسات المقارنة كمنهج عام في جميع المذاهب حيث تدرس الأقوال المختلفة و تمحص وتوازن بينها بناءً على قوة الدليل، وهنا لم يتخلى المالكيون عن قواعد الترجيح التي تبنّاها علماء الدور الأول ولكن أدخلوا عليها شيء من التحوير وأضافوا عليها قواعد اقتضتها هذه المرحلة، وتماشيا مع ما بلغه المذهب من تطور في الآراء واستقرار المنهج الاستنباطي والتفريع والتخريج¹، فقد ردوا على قاعدة تقديم قول مالك وابن القاسم لأن ذلك ليس على إطلاقه بل هو مقيد بقوة الدليل .

وتتلخص منهجية الترجيح عند المالكية حسب التصنيف التالي :

أ/ الترجيح بقوة الدليل أو الراجح

الراجح ما قوى دليله فالقولان المتعارضان إذا تقوى أحدهما بإحدى المرجحات المعتبرة أصوليا فإنه يكون راجحا بينما يكون القول الآخر ضعيفا، ويوجد في الاصطلاح ما يفيد معنى الراجح كقولهم الصحيح ومقابله الفاسد أو الصواب ومقابله الخطأ، أو الظاهر والمراد به الظاهر من الدليل ومعناه الواضح أو المفتى به أو العمل على كذا ... ونحو ذلك، ويعبر بعضهم بالأصح حيث يكون كل من القولين صحيح ودلالة كل منهما قوية إلا أن الأصح مرجح بوجه من وجوه الترجيح .

وما يقابل الراجح هو الضعيف وقد يطلق الضعيف على ما يقابل المشهور، وإن كان الذي يقابل المشهور هو في الأصل الشاذ².

والعمل بالراجح من الأقوال واجب وقد وقع على ذلك الإجماع وممن ذهب إلى حكاية الإجماع في العمل بالراجح ابن الصلاح والباجي والقرافي .

1- محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث و الدراسات الاسلامية و إحياء التراث، ط1، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص385، و انظر أيضا: فريدة الحايد، مرجع سابق، ص16.

2- عبد العزيز بن صالح الخلفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي، مصطلحاته و أسبابه، ط1، الرباط، المغرب، 1993، ص173.

ب/ الترجيح بالكثرة أو المشهور

المشهور في اللغة الظاهر وجاء في لسان العرب الشهرة ظهور الشيء في شئنة حتى يشهره الناس¹.

أما اصطلاحاً فقد اختلفوا في تعيين المراد به على أقوال ثلاثة:

الأول: أن المشهور ما كثر قائله وطبقاً لهذا التفسير فلا بد أن يزيد أقله على ثلاث فلا يقال عن القول أنه مشهور إلا إذا قال به أكثر من ثلاث علماء ويسميه الأصوليون بالمشهور والمستفيض² ويقابله الشاذ أو الضعيف .

الثاني : أن المشهور ما قوى دليله وهو المعنى المرادف للراجح يقول ابن فويز منداد " مسائل المذهب تدل على أن المشهور ما قوى دليله وأن مالك كان يراعى من الخلاف ما قوى دليله، لا ما كثر قائله فقد أجاز الصلاة على جلود السباع إذا ذكيت وأكثرهم على خلافه وأباح بيع ما فيه حق توفية من غير الطعام قبل قبضه، وأجاز أكل الصيد إذا أكل منه الكلب ولم يراعي في ذلك خلاف الجمهور³ .

وقال ابن رشد في شرح ابن الحاجب ((ويعكر على قولهم المشهور ما قوى دليله أن الأشياخ وما كروا في قول أنه مشهور ويقولون أن القول الآخر هو الصحيح، يريده إذا تقرر أن المشهور ما قوى دليله فكيف يكون غيره أصح منه

ونبه ابن فرحون إلى أن ثمرة اختلافهم في المشهور تظهر فيمن له أهلية الاجتهاد والعلم بالأدلة وأقوال العلماء وأصول مأخذهم، فإن هذا له تعيين المشهور، أما من لم يبلغ هذه الدرجة وكان حظه من العلم نقل ما في الأمهات فليس له ذلك ويلزمه اقتفاء ما شهره أئمة المذهب⁴.

1- ابن منظور، لسان العرب، ج4، مرجع سابق ، ص431.

2- عبد العزيز صالح الخليلي، مرجع سابق، ص175.

3- إبراهيم ابن علي ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، دار الغرب الاسلامي، ط1، بيروت ، لبنان، 1990، ص63، انظر: أيضا عبد العزيز الخليلي، مرجع سابق، ص177 .

4- عبد العزيز الخليلي، مرجع نفسه، ص182.

الرأي الثالث : المشهور هو قول ابن القاسم ¹ في المدونة .

وقد وجه أصحاب هذا الرأي تقديم قول ابن القاسم لعدة اعتبارات أهمها ² :

✓ أنه لازم الإمام مالك أكثر من عشرين سنة لم يفارقه حتى توفي .

✓ ورعه وتقواه بشهادة أهل عصره ومن بعدهم .

✓ أن المدونة مروية عنه وراويها هو الإمام سحنون فكان هو الناقل عن الإمام

مالك فصارت راجحة على غيرها .

و الغالب أن المقصود بالمشهور هو الرأي الأول وهو ما كثر قائلوه.

ج / الترجيح بما جرى به العمل

ويقصد به العدول عن الرأي الراجح والمشهور في بعض المسائل إلى القول الضعيف فيها مراعاة لمصلحة الأمة وما تقتضيه حالتها الاجتماعية، فقد يعمد بعض القضاة إلى الحكم بقول يخالف المشهور بسبب من الأسباب، كدرء مفسدة أو خوف فتنة أو جريان عرف أو تحقيق مصلحة أو نحو ذلك فيأتي من بعده ويقتنى به حتى إذا أزال الموجب الذي كان سببا لقيام العمل عاد الحكم للمشهور ³ .

ويعتبر القول بما جرى به العمل من فروع الراجح ومن جزئياته لأن يقول إذا جرى به العمل صار راجحا وقدم على المشهور ⁴ .

فإذا كان العمل بالضعيف لدرأ مفسدة فهو أصل مالك في سد الذرائع، وإذا كان لجلب مصلحة فهو على أصله في اعتبار المصلحة المرسله، وكذلك الشأن بالنسبة للعرف لأنه من جملة الأصول التي بني عليها الفقه ⁵، فكثيرا ما يكون العمل تابعا للعرف مثل أدوات البيت منها ما يكون للزوج ومنها ما يكون للزوجة بحسب العوائد فرب متاع يشهد العرف في بلد

1- ابن القاسم هو أبو عبد الله عبد الرحمان بن القاسم بن خالد بن جنادة العنقي المصري 132 هـ - 191 هـ، صحب الإمام مالك 20 عاما و كان من تلاميذه المخلصين و هو صاحب المدونة الكبرى في المذهب المالكي .

2- فريدة حايد، مرجع سابق، ص13.

3- عمر عبد الكريم الجيدي، العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومها عند علماء المغرب، اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث الاسلامي من حكومة المملكة المغربية و حكومة دولة الامارات العربية المتحدة ، مطبعة فضاله ، بدون طبعة ، المغرب، 1982، ص342 .

4- عبد العزيز الخليلي، مرجع سابق، ص200.

5- عمر الجيدي، مرجع سابق، ص 342.

وزمان أنه للنساء، وفي بلد آخر وزمان آخر أنه للرجال وكذلك ألفاظ الطلاق والعقود، فكل بلد يحكم لها بعرفها ... فحرمان العمل في بعض المسائل تبعاً للعرف الذي اقتضته المصلحة في حق العامة يرجح ذلك القول المعمول به وهذا مما لا ينبغي الخلاف فيه كما ذكر ابن فرحون لأن ظاهر النصوص يشهد بذلك وهو أيضاً مذهب الشافعية¹ ويقوم بتصحيح الأقوال الضعيفة المجتهدون في المذهب وقد أصل لذلك شيوخ المذهب المتأخرين، حيث قاموا بتصحيح بعض الأقوال الضعيفة بناء على تغير عرف الناس وحاجتهم ومصالحهم، لكن مراعاة هذا العمل يكون دائماً مفيد بشروط أهمها عدم مخالفة القواعد العامة للشريعة الإسلامية ومقاصدها وتحقيقه لمصلحة أرجح مما عليه المشهور والراجح ... وللمجتهد النظر في تقديرها².

وعموماً فهذه الدرجات في التصنيف وإن كانت معايير في الترجيح وتقديم بعض الأقوال وتفصيلها إلا أنه من كان التعارض يبينها فقد اختلف العلماء في أيها أولى، فإذا وقع التعارض بين الراجح والمشهور في قضية واحد فقد استقر الأمر عند المتأخرين من علماء هذا الدور أن المعتمد في تقديم الراجح أياً كان قائله متى ثبت قوة دليله على دليل الرأي المقابل وحين تختلف المدارس في تشهير قول دون آخر أو يختلف علماء المذهب المعتمدون فيما بينهم اختلافاً فردياً في الحكم بالتشهير لقول دون آخر نص علماء المالكية على أنه إذا اختلف المصريون³ والمدنيون⁴ قدم المصريون غالباً، وإذا اختلف المغاربة⁵ والعراقيون⁶ قدمت المغاربة وويقدم المصريون على سواهم ظاهراً لأنهم أعلام المذهب ولأن منهم ابن وهب وابن

1- عبد العزيز الخليلي، مرجع سابق، ص 204.

2- فريدة حديد، مرجع سابق، ص 20.

3- يشار بالمصريين إلى ابن القاسم والأشهب و ابن وهب و أصيبغ بن الفرج و ابن عبد الحكم و نظرائهم، انظر في ذلك محمد إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 70 ايضاً ابن فرحون، مرجع سابق ص 175.

4- المدنيون هم ابن كنانة و ابن الماجثون و مطرف و ابن نافع و محمد بن مسلمة و نظرائهم، انظر في ذلك محمد إبراهيم علي، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

5- المغاربة و يشار بهم إلى ابن أبي زيد، و القابسي، و ابن اللباد، و الباجي و اللخمي و ابن محرز و ابن عبد البر و ابن رشد و ابن العربي و ابن شبلون، محمد رياض، أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، بدون دار نشر، ط1، الرباط، المغرب، 1996، ص 588.

6- العراقيون و يشار بهم إلى القاضي إسماعيل ابن إسحاق و القاضي أبي الحسين و ابن القصار و ابن الجلاب و القاضي عبد الوهاب و القاضي ابن الفرج و الشيخ أبي بكر الأبهري، انظر محمد رياض، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

القاسم وأشهب وكذا يقدم المدني على المغاربة إذ منهم الإخوان¹، ويظهر تقديم المغاربة على العراقيين إذ منهم الشيخان².

وقد جرى تقديم المتأخرين لما شهره المصريين والمغاربة لاعتمادهم على رواية ابن القاسم وهو مذهب المدونة فإذا اختلف المصريون والمغاربة قدم المصريون على سواهم³.
ويقدم ما جرى به العمل من المشهور إذا توافرت شروطه وأسبابه .

1- الإخوان وهما مطرف عبد الله و عبد الملك ابن الماجثون و قد سميا بذلك لكثرة ما يتفقان عليه من الأحكام و قد عبر عنها ابن عرفة لهذا الوصف ، محمد رياض، المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

2- الشيخان و يقصد بها ابو محمد عبد الله ابن زيد القيرواني، و أبو الحسين على بن محمد القابسي . محمد رياض، المرجع نفسه ، نفس الصفحة .

3- محمد إبراهيم علي، مرجع سابق، ص 393 إلى 394.

المبحث الثاني

منهج القضاء الجزائري في التعامل مع قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

في محاولة لقراءة المنهجية المعتمدة من القضاء الجزائري في تطبيقه لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، نحاول تتبع قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن باعتبارها أعلى جهة قضائية والمسؤولة على توحيد الاجتهاد القضائي أساسا وذلك من خلال التمييز بين مرحلتين أساسيتين الفاصل بينهما هو صدور قانون الأسرة 11/84 (المطلب الأول)، تم التطرق لصور رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإحالة وآلياتها في ضبط وتوحيد العملية الاجتهادية في هذه المسألة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : منهج القضاء الجزائري في اختيار الحكم الشرعي

لتمييز أهم خصائص المنهج القضائي الجزائري في اختياره الحكم الشرعي ، لا بد من التمييز بين مرحلتين أساسيتين في تاريخ التشريع الأسري الجزائري لمعرفة كيف تعامل القضاء مع الفراغ التشريعي الموجود وهي مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة 11/84 (الفرع الأول) ومرحلة ما بعد صدور قانون الأسرة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: منهج القضاء في اختيار الحكم الشرعي قبل صدور قانون الأسرة 11/84

كان التنظيم القضائي في الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية، والأعراف المحلية وكانت أحكام المذهب المالكي تحديدا هي المطبقة على الأهالي، بالإضافة إلى تطبيق مذهب أبي حنيفة على الطائفة التركية بالجزائر العاصمة، إلى جانب الأعراف القبائلية التي كانت تطبق بمنطقة القبائل والمذهب الاباضي في غرداية ونواحيها (منطقة الميزاب) .

لذا فقد صعب على المستعمر الفرنسي توحيد النصوص المنظمة لمادة الأحوال الشخصية، وكانت أول محاولة لوضع قانون أحوال شخصية مكتوب عام 1957 حيث صدر القانون 778/57 المؤرخ في 11/07/1957 ينظم المسائل الشخصية المتعلقة بالولاية

والحجر والغياب والفقدان¹، أما باقي المسائل فكانت تطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المحاكم الشرعية في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث مع الميل للمذهب المالكي الذي لم تخرج عنه إلا نادرا، ولم تثر في هذه المرحلة مسألة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية لعدم وجود قانون أو تشريع مكتوب وإنما كانت المحاكم الشرعية تطبق أحكام المذهب المالكي مطلقا في أي نزاع يتعلق بالأسرة ما عدا تلك المنصوص عليها في القانون 778/57، أعلاه وما استثناه المرسوم المؤرخ في 1992/12/29 بشأن تطبيق التقاليد في منطقة القبائل أو ما يسمى بالنظام القضائي في منطقة القبائل².

ثم صدر الأمر 274/59 في 1959/02/04 بعد اندلاع الثورة التحريرية يتكون من 12 مادة تتعلق بأركان عقد الزواج والوعد بالزواج وسن الأهلية وإجراءات انحلال الزواج وتلى هذا الأمر صدور المرسوم 7082/59 المؤرخ في 1959/09/17 الذي تضمن اللائحة التنفيذية لهذا الأمر، حيث تناول توضيح نصوصه وطريقة تنفيذه ثم صدر القرار المؤرخ في 1959/11/21 الذي حدد الوثائق التي يجب تقديمها لضابط الحالة المدنية أو القاضي، وكيفية إبرام عقد الزواج وتسجيله.

والجدير بالذكر بأن المشرع الفرنسي قد عمد إلى التدخل في قانون الأسرة الجزائري عن طريق سلسلة من القوانين منها على سبيل المثال قانون صادر في 1930/05/02 يتعلق بالخطبة وسن الزواج والمرسوم المؤرخ في 31/05/19 المتعلق بالحالة القانونية للمرأة المتزوجة والأمر المؤرخ في 1944/11/23 المتعلق بالنظام القضائي الإسلامي في الجزائر بصفة عامة وأهم ما تضمنه هذا الأمر قواعد الاختصاص وقواعد الإجراءات وقواعد القضاء الاستعجالي والحجز الاحتياطي وحجز ما للمدين لدى الغير وقواعد قسمة التركات، وما بقى عن التدخل الأجنبي يستمد أحكامه ومبادئه من قواعد الفقه الإسلامي³ لاسيما الفقه المالكي، باستثناء منطقة القبائل ومنطقة الميزاب.

1- دليلة حميرش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر بباتنة، كلية العلوم الإنسانية أو الإسلامية، الجزائر، 2012/2014، ص 67.

2- عبد العزيز سعد، مرجع سابق ص 08.

3- دليلة حميرش، مرجع سابق، ص 73.

أما بعد الاستقلال فقد وجدت الجزائر نفسها في فراغ تشريعي وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع العهد الاستعماري فمن غير المنطقي أن تبقى خاضعة للنظام القانوني للاحتلال، فصدر القانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 يقضي بمواصلة العمل بالتشريعات الفرنسية¹ إلا إذا مست بالسيادة الداخلية والخارجية أو كان مستوحى من بواعث استعمارية أو كان ذا طبيعة تمييزية أو مسّ بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية وهذا يعني استمرار تطبيق القانون 778/57 والأمر 274/59 والمرسوم 7082/59 المشار إليهم سابقا إلى جانب أحكام الشريعة الإسلامية المتمثلة في المذهب المالكي، ومع ذلك فقد بادر المشرع الجزائري بالسعي للتخلص من الازدواجية والتبعية القضائية وإنشاء جهاز قضائي يتلاءم مع الأوضاع الجديدة فصدر القانون 63/218 المؤرخ في 1963/05/18 ليلغي العمل بمحكمه النقض الفرنسية بخصوص نقض القرارات الصادرة عن جهات الاستئناف الجزائرية وأنشئ مكانها المجلس القضائي الأعلى، كما سنّ القانون 244/63 المؤرخ في 1963/06/29 الذي جاء بشروط عقد الزواج وتحديد سن الزواج وجعل سن الزواج للرجل 18 سنة، وللمرأة 16 سنة، ثم صدر الأمر 72/69 المؤرخ في 1969/09/16 الذي عدل القانون 244/63 فيما يتعلق بإثبات الزواج واستمر العمل بهذه النصوص إلى جانب الشريعة الإسلامية إلى غاية صدور القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والذي حدد في المادة الأولى منه المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية وعلى رأسها مبادئ الشريعة الإسلامية، ولأنه لم يكن هناك قانون خاص بالأحوال الشخصية فقد استقر العمل قضاءً على الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية على أساس الإحالة بنص المادة واحد من القانون المدني. ورغم أن المبادئ العامة للشريعة الإسلامية كما سبق وعرفناها في الباب الأول من هذا البحث يقصد بها مجموعة القواعد الكلية العامة النصية والمعنوية المستخلصة من الأدلة الشرعية، والتي تمثل النظام المنطقي المنهجي للنظام الشرعي الإسلامي²، والتي يتفق عليها الفقه الإسلامي إلا أن المحكمة العليا كانت تطبق أحكام الفقه المالكي لم تخرج عنه إلا نادراً رغم تباعد المصطلحين .

1- دليلة حمريش، مرجع سابق، ص76.

2- أكلي نجاة، مداني هجيرة، مرجع سابق، ص172.

وما يلاحظ على هذه المرحلة أن الشريعة الإسلامية كانت هي المصدر الأصلي في كل منازعات الأسرة أمام عدم صدور قانون ينظمها، وكانت أغلب توجهات المجلس القضائي الأعلى في المسائل الأسرية المأخوذة من الفقه الإسلامي خاصة المذهب المالكي ثم اعتمادها المشرع الجزائري عند وضع قانون الأسرة وقننها لاحقا ضمن القانون 11/84 وبذلك يكون الاجتهاد القضائي قد اسهم بدور كبير في وضع قانون الأسرة لسنة 84 وتعديله عام 2005 وهو ما سنوضحه بجلاء في العنوان التالي .

الفرع الثاني : منهج القضاء في اختيار الحكم الشرعي بعد صدور قانون الأسرة 11/84

صدر أول قانون للأسرة في الجزائر بتاريخ 1984/06/09 تحت رقم 11/84 وهو أول وثيقة تجسد المرجعية الشرعية للنصوص المنظمة للمنازعات الأسرية بعد ما كانت متروكة للاجتهاد القضائي، ويشمل هذا القانون على 224 مادة مقسمة على أربعة كتب كما يلي :

الأحكام العامة (م 1 إلى م 3).

الكتاب الأول : الزواج وانحلاله (من المادة 4 إلى م 80) وبه مسائل الزواج والطلاق، وحقوق وواجبات الزوجين والنسب والعدة والحضانة والنفقة .

الكتاب الثاني : وينظم النيابة الشرعية (م 81 إلى 125) وبه مسائل الولاية والوصاية والتقديم والحجر والمفقود والغائب والكفالة .

الكتاب الثالث : ينظم الميراث في المواد من (126 إلى 183).

الكتاب الرابع : وينظم عقود التبرعات (م 184 إلى 224) وبه مسائل الهبة والوصية

والوقف

وقد اعتمد المشرع الجزائري أساسا في وضعه لنصوص هذا القانون على المرجعية الشرعية فجاء في ديباجة المشروع التمهيدي لقانون الأسرة ((اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية التالية : القرآن الكريم، والسنة النبوية الثابتة ثبوتا مقبولا عند علماء الحديث، الإجماع والقياس والاجتهاد وكذا اعتماد الفقه على المذاهب الأربعة وعلى غيرها في بعض المسائل

ويؤكد على هذه المرجعية والطبيعة الشرعية لنصوصه ما ورد في نص المادة 222 من هذا القانون والتي تنص على المصدر الاحتياطي الوحيد في حالة نقص التشريع أو غيابه هو

الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فلم تُقيد القاضي بمذهب معين وهو ما يدفعنا للتساؤل عن منهج القضاء الجزائري في اختياره للحلول الفقهية من التراث الفقهي الإسلامي العريض؟ وبتتبع آراء شرّاح قانون الأسرة الجزائري واجتهادات المحكمة العليا، فإننا نستطيع أن نقول ان معالم هذه المنهجية تتضح من خلال الخطوات أو المراحل الآتية نسبيا :

أولا : اذا كان للمسألة أصل في قانون الأسرة

ففي حالة نقص التشريع أو إذا كانت لأصل المسألة حكم يحتاج إلى توضيح أو تفسير أو تأويل، فالأصل أن يعاد إلى المصدر التاريخي الذي أخذ منه هذا النص حتى لا نقع في تعارض أو تناقض، فلا يعقل أن يكون أصل المسألة المنصوص عنها جزئيا من المذهب الحنفي ويستكمل ما نقص منه بأحكام مستمدة من المذهب المالكي خاصة إذا كانت الآراء في المسألة متباينة، فالمنطق يقنضي الرجوع إلى أصل النص وإذا كان المشرع الجزائري أهمل هذا الشرط عند نصه على الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية من خلال المادة 222 إلا أن بعض التشريعات العربية مثل المشرع السوداني، والمشرع الإماراتي قد نصّا على ذلك صراحة، فتنصّ المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي (تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها في لفظها وفحواها ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه) .

وحبذا لو أن المشرع الجزائري حذا حذوهم في ذلك ولكن يبقى من الاجتهاد أن يشير القضاء الى المسألة لضمان التطبيق الأمثل للقانون بما يتفق وإرادة المشرع، وفي هذا الصدد يقول الدكتور العربي بلحاج " ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما اعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا للقاعدة القانونية، غير أنه يجب ملاحظة أن رجوع القاضي إلى أحكام الفقه الإسلامي في كل ما لا يجد له نص قانوني يجب أن يكون بالقدر الذي لا يتعارض مع المبادئ العامة في القانون الوضعي في جملته¹ .

ثانيا : عدم النص مطلقا على المسألة

في هذه الحالة فإن أغلب القضاء في الجزائر يختار المذهب المالكي، لعدة اعتبارات منها أنه مدرسة اجتهادية متوازنة جامعة بين المعقول والمنقول وقد تميزت عن غيرها من

1- العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص31.

المدارس الفقهية السنية بأصولها وقواعدها المتنوعة الأمر الذي جعلها تتصف بالاعتدال تأصيلا وتفريعا وعملا ... وبغنيانا عن كل هذا البعد المقاصدي الذي يتميز به الفقه المالكي إذ يعتبر من أعمق المذاهب الفقهية فهما لروح الشريعة الاسلامية ومقاصدها وأبعدها نظرا واعتبارا لمآلاتها ... ناهيك عن البعد العلمي المعرفي بنصوص الشريعة الاسلامية والبعد الاجتماعي المصلحي في توجهاته وأحكامه بفضل اتخاذه المصالح المرسلّة والعادات الحسنة أصلا من أصوله الفقهية¹.

ولأنه كان لا يزال المذهب الفقهي السائد في منطقة المغرب العربي ككل والجزائر خاصة ، يقول ابن خلدون في مقدمته (أما مالك رحمه الله فاخص بمذهبه أهل المغرب والأندلس وإن كان يوجد في غيرهم ويضيف وأهل المغرب جميعا مقلدون لمالك)². وهذا لا يعني الأخذ بالمذهب المالكي دون سواه فللمحكمة العليا عدّة اجتهادات قضائية خالفت فيها المذهب المالكي وأخذت بغيره، بل ولفقت بين أكثر من مذهب وهو ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب عند دراسة بعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، لكن ما يجدر التنويه إليه هو البحث في كيفية اختيار الحكم سواء من ضمن الآراء المختلفة في المذهب المالكي أو من بين الآراء المختلفة من مختلف المذاهب .

إن الاختيار كما رأينا سابقا في المبحث الأول من هذا الفصل لا يكون عشوائيا بل يبدأ أولا وأخيرا من المقارنة بين الآراء والترجيح بينها سواء من حيث قوة الدليل أو الترجيح أو الاختيار على أساس تحقيق المقصد الشرعي أو المصلحة أو غيرها من المعايير التي اعتمدها الفقهاء، مما يدفعنا للتساؤل هل اعتمد القاضي الجزائري هذه المنهجية المقارنة أم أن اختياره سواء من المذهب المالكي أو غيره كان اعتباطيا ؟

إن المنتبّع للأحكام القضائية والقرارات الصادرة عن الجهات الاستئنافية وحتى قرارات المحكمة العليا يصعب عليه استخلاص المنهجية المتبناة في الاجتهاد القضائي خاصة وأن القاضي في تسببه للحكم هو غير ملزم بذكر المرجع الفقهي المعتمد ولكنه ملزم فقط بتبيان

1- فريد بولوح، الترجيح عند تساوي الأقوال في المذهب المالكي، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الاسلامية، ع 5 ، كلية العلوم الاسلامية - جامعة الجزائر، الجزائر ، جانفي 2013 ، ص248.

2- ابن خلدون، مرجع سابق، ج2، ص190.

الوقائع والأدلة التي استند إليها لتبرير النتيجة المتوصل إليها وتكونت منها قناعته، خاصة وأن المشرع من خلال المادة 222 من قانون الأسرة لم يضع أي معيار أو ضابط لاختيار الحكم كالمراجع أو المشهور من الأقوال بل جعل قاعدة الإحالة مطلقة من كل التراث الفقهي يقول الدكتور تشوار الجيلالي في هذا الصدد " إن الرغبة في تطبيق الشريعة الإسلامية في مجال المسائل الأسرية والحرص على استمرار هذا التطبيق وصموده دفع ببعض المشرعين اعتناق عند وضع النصوص القانونية المنهجية المذهبية المقارنة، هذه المنهجية وإن كانت تركز على مذهب معين إلا أنها تقارن بالمذاهب الأخرى، مما يدفعنا أحيانا لترجيح الرأي من غير المذهب المرتكز عليه، كما أنها تخير القاضي أن يأخذ من أيها شاء عند انتقاء النص التشريعي " ¹.

ونتساءل ماهي المعايير التي اعتمدها القاضي الجزائري في الاختيار ؟ هل اعتمد

المنهجية المقارنة المعتمدة من الفقه كما وضحناها أعلاه أم أنه ترك الحبل على الغارب ومن أهم قرارات المحكمة العليا التي أبرزت المنهجية المقارنة ، قرارها المؤرخ في 2011/07/04 رقم 692342² والذي جاء فيه " فطالما أن المحبسة في قضية الحال قد أوقفت المال محل الحبس على الطاعنة الكافلة لها على وجه البر والإحسان مقلدة من يرى بلزوم الحبس من الفقهاء كالإمام أبي يوسف فإن هذا التصرف منها يعد صدقة مؤبدة ولا يجوز التراجع عن هذا الوقف بإجماع الفقهاء وأن اشتراط المحبسة لنفسها بشرط التبديل والتقيّد والبيع عند الاحتياج الذي اعتمده المجلس كسبب ثاني لجواز التراجع عن الحبس فضلا على أن الأئمة الثلاثة يرون أن الحبس متى وجد مستوفيا لأركانه وشرائطه أصبح لازما فإنه لا يجوز للواقف ولا ورثته من بعده الرجوع عنه ولو اشترط ذلك في عقد الحبس ... وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بجواز رجوع المحبسة عن عقد الحبس ... قد عرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني " .

فيتضح من خلال هذا القرار أن المحكمة العليا اختارت رأي الجمهور في عدم جواز الرجوع عن عقد الوقف وأعابت على قضاة الدرجة الأولى احتجاجهم، برأي الإمام أبو يوسف الذي -رجع عن رأيه بعدم اللزوم إلى لزوم الوقف- فاختيار الحكم في القرار أعلاه اعتمد رأي

1- تشوار الجيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبينه المشرع الجزائري، مرجع سابق ص 327.

2- سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية . ج 3، منشورات كليك، ط 1، الجزائر، 2013، ص 1573.

الجمهور بعد أن قارن بين الآراء ورجح منها ما وافق عليه المذاهب الثلاث وبعض أصحاب أبو حنيفة بل وهو اشار الى انه الرأي المعتمد لدى المذهب الحنفي وإن خالف رأي الإمام أبو حنيفة .

ومع ذلك فأغلب قرارات المحكمة العليا لا تشير إلى أسس ومعايير اختيار الحكم الشرعي ولا إلى المرجع الفقهي المعتمد إلا نادرا مما يصعب معه رسم أو تبين المنهج المعتمد منها في الاختيار .

وننوه في هذا الصدد أن مسألة اختيار الحكم الشرعي قضائيا تصطدم بأكبر عقبة قد تواجه القاضي وهي مسألة أهلية الاجتهاد، والترجيح بين الآراء الفقهية، يقول الأستاذ محفوظ بن صغير بمناسبة حديثة عن ضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية " والواقع أن قاضي الأحوال الشخصية في النظام القضائي في الجزائر، وطبقا لمؤهلاته العلمية وبحكم تخصصه في القانون أساسا لا يملك أهلية الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وانتقاء الأحكام منها عند عدم وجود النص القانوني وذلك راجع إلى ضعف تكوينه العلمي وتخصصه في علوم الشريعة الإسلامية التي تحكم قضايا الأسرة.."¹.

وإن كانت مرتبة القضاء لا تجتمع مع التقليد لأنها إحدى منازل الاجتهاد التي تشترط في صاحبها العلم وسعة الاطلاع وبذل الجهد لاستنباط الحكم وتنزيله، ويشترط في صاحبها العلم وسعة الاطلاع وبذل الجهد لاستنباط الحكم وتنزيله، إلا أن الأمر لا يخرج على إحدى الطريقتين كحل مبدئي ، الأول : أن يكتفي القاضي بالأخذ بما رجحه العلماء الثقات وشهروه في التصنيفات المعتمدة في كل مذهب بالإضافة إلى كتب الفقه المقارن، وأراء الفقهاء المعاصرين في النوازل التي لم يتناولها القدماء خاصة آراء المجامع الفقهية ، والثاني : إذا عجز القاضي على الترجيح بحكم اطلاعه المحدود وتكوينه الشرعي البسيط الذي لا يمكنه من استنباط الأحكام ولا على اختيار الحكم الملائم من الأحكام الفقهية من التراث المذهبي فليس له إلا الاستعانة بأحد هيئات الإفتاء، باعتبار المسألة علمية تحتاج إلى توضيح ملتجئا إلى أصحاب الاختصاص ، وربما يمكن تأسيس ذلك على نص المادة 125 من قانون

1- محفوظ بن صغير ، اجتهاد القاضي في العصر الحديث و ضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد 06، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، 2017 ، ص104.

الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية او علمية محضه للقاضي " فإذا صعب أمر الترجيح والاختيار على القاضي في بعض المسائل المعقدة فليس له الا أن يطلب رأي دار الإفتاء أو أي هيئة معتمدة مخصصة لهذا الغرض(مثل المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر) .

ويمكننا القول في الأخير أنه يصعب الجزم أن الاجتهاد القضائي قد إستقر على معايير معينة للاختيار الأنسب للحكم الشرعي في إنتظار تدخل المحكمة العليا لتوحيد طريقة او منهجية للاختيار .

المطلب الثاني: طرق رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإحالة.

تعتبر المحكمة العليا بحسب الأصل هيئة قضائية مقومة لأعمال الجهات القضائية – المجالس والمحاكم – وهي ليست درجة ثالثة للتقاضي بل هي محكمة قانون يقتصر دورها على مراقبة التطبيق الصحيح للقانون من خلال نظام الطعن بالنقض، وهذا يعني أن لها دورا فعالا في ضمان التطبيق السليم للقانون، ومن جهة أخرى لا يعني ذلك أن دورها يقتصر على تطبيق النصوص القانونية بل هي أيضا تراقب تكييف القاضي لعنصر الواقع وإثباته كعنصر أساسي لإسقاط القانون عليه، وبمناسبة الحديث عن رقابة تطبيق قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة فإن للمحكمة العليا دور سابق على تطبيق القاعدة يتعلق برقابتها لنطاق قاعدة الإحالة (الفرع الأول) ودور رقابي لاحق أو دور يتعلق بمراقبة ملائمة التطبيق بالنظر في مدى ملائمة الحلول الشرعية المنتقاة وطرق الاستدلال والاستشهاد بها (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: دور المحكمة العليا في مراقبة مدى احترام نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية

سبق وأن أشرنا في الباب الأول من هذا البحث إلى أهم ضوابط قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، وهي التأكد من غياب النص على المسألة في قانون الأسرة وتقرير حالة الفراغ أو النقص التشريعي والقول إن كانت المسألة من المسكوت أو المنصوص عنها ولهذا علاقة وطيدة بمسألة تكييف الوقائع لإدراجها تحت وصف قانوني معين ومن ثم تحديد النص الواجب التطبيق ، وللمحكمة العليا دور مهم في مراقبة هذه العملية ، بمعنى الرقابة

على التكييف القانوني للوقائع (أولا) ثم لها دور ايضا في مراقبة صحة التفسير القضائي للنصوص متى شابها الغموض او اللبس (ثانيا).

أولاً: رقابة المحكمة العليا على التكييف القانوني للوقائع

إن تكييف الوقائع كما رأينا أنفا يعد من أساسيات العمل القضائي ، فهي تتطلب الكفاءة والمهارة العالية لدى القاضي للبحث عن الوصف الذي تندرج تحته الوقائع المثبتة لديه وهو نقطة التقاء الواقع بالقانون وسلطة القاضي في التكييف قد تختلط بسلطته في التقدير فقاضي الموضوع لا يخضع لرقابة المحكمة العليا بشأن نشاطه الذهني في تقدير الوقائع لكون ذلك خاضعا لسلطة تقديره ولوسائل اقتناعه والقاعدة في ذلك هو الأخذ بالإثبات الإقتناعي والاستثناء هو الإثبات القانوني، أي تحديد قوة قانونية الأدلة، فللقاضي سلطته التقديرية في تقدير الأدلة وتقدير قيمتها وكفايتها أو عدم كفايتها في الإقناع ولا يسأل في هذا عن بيان أسباب اقتناعه، لأن هذه الأسباب ليست بحاجة إلى تسبيب، لكنه ملزم ببيان مصادر اقتناعه وعناصره دون بيان أسبابه وبالتالي فنشاط القاضي الذهني التقديري لا رقابة عليه من طرف المحكمة العليا، لكن المصادر التي يستمد منها عناصر تقديره خاضعة للرقابة ويتم ذلك عن طريق مراقبة الأسباب¹، وتختلط هذه الرقابة بالرقابة على سلطة القاضي القضائية، وإذ تراقب محكمة النقض مصادر السلطة التقديرية فهي في الواقع تراقب صحة أعمال القانون لأن الخطأ في التقدير يؤدي إلى الخطأ في التكييف وهذا الأخير يؤدي إلى الخطأ في أعمال القانون مما يخضعه لرقابة المحكمة العليا².

1- الأسباب يقصد بها بتسبب الحكم القضائي و ذلك ببيان الأدلة الواقعية و الأساليب القانونية التي اعتمدها المحكمة و أقامت عليها قضائها و اقتنعت بها و جعلتها تصدر حكمها على النحو الذي صدرت به، و تتحقق عملية التسبب للحكم القضائي من خلال إلمام القاضي بالوقائع التي طرحها عليه الخصوم في الدعوى القضائية، وفقا لقواعد و طرق الإثبات المقررة قانونا و اختيار الصحيح منها ثم إضفاء الوصف القانوني الصحيح عليها أي تكييفها قانونا صحيحا تمهيدا لتطبيق القاعدة القانونية الواجبة التطبيق، انظر: في هذا محمود السيد عمر التحويي ، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقا لآراء الفقه و أحكام المحاكم، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة ، الإسكندرية، مصر، 2006، ص45. انظر: أيضا لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في تكييف الوقائع، مرجع سابق، ص343.

2- جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه ، مجلة قانون العمل و التشغيل، مجلد 3 عدد 1 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، الجزائر ، 2018، ص426.

ويتحدد بناء على تكييف الوقائع إن كانت المسألة تنطوي تحت وصف قانوني معين ضمن قانون الأسرة أم أنها مسألة لم يتناولها المشرع يرجع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالتكييف هو أول خطوة لتحديد إن كنا بصدد فراغ تشريعي أم لا وتخضع المسألة لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة قانونية ومن أمثلة ذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2009/12/10 رقم 526179¹، الذي اعتبر أن قضاة الموضوع بإبطال عقد التنزيل لابن الأخ لأنه غير قانوني طبقا لنص المادة 169 من قانون الأسرة غير صحيح، وأعدت تكييف عقد التنزيل إلى الوصية التي تجوز شرعا لغير الوارث، ونقضت القرار محل الطعن على أساس الخطأ في تطبيق القانون بعد أن صححت التكييف القانوني للوقائع، إذ جاء في أسباب القرار [...] وحيث أن عقد التنزيل المحرر في 1982/09/28 الذي نزل بموجبه المدعو (س. د) ابن أخيه (س. ب) منزلة الابن من الصلب يعد وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وصية بمثل نصيب الوارث، وهي جائزة شرعا، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بالمصادقة عن الحكم المستأنف الصادر عن محكمة فرندة بتاريخ 2006/12/03 القاضي بإبطاله لكونه غير قانوني، وغير جائز شرعا يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة وعرضوا قرارهم للنقض [...] فنلاحظ أن المحكمة العليا اعتبرت أن تطبيق نص المادة 169 المتعلقة بالتنزيل غير صحيح وأن العقد المحرر هو في الأصل عقد وصية مقدارها مثل نصيب الوارث يجوز شرعا فتكون المحكمة العليا قد صححت التكييف وطبقت على المسألة حكم الشرع لا القانون رغم عدم الإشارة إلى سند الإحالة - المادة 222 من قانون الأسرة .

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على التفسير القضائي للقانون

تمارس المحكمة العليا رقابتها على قاضي الموضوع بصدد تفسيره للقانون من منطلق دورها المتعلق بضمان وحدة تفسير القواعد القانونية، حيث تقوم بنقض الأحكام والقرارات التي تهدم معنى القاعدة القانونية لمخالفتها قواعد التفسير، والتفسير الخاطئ للقاعدة القانونية من طرف قضاة الموضوع، ويفترض في هذه القاعدة أنها تحتمل عدة أوجه للتطبيق فيقوم القاضي بتبني تفسيرها لها ترى محكمة النقض أنه لا يتوافق مع المعنى الحقيقي، فالأمر هنا لا يتعلق

1- المجلة القضائية، لعام 2010، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، ص 231، انظر: أيضا جمال سايس، مرجع سابق، ج3، ص 1487.

بمخالفة النص الحرفي للقاعدة القانونية وإنما يتعلق بمخالفة روحها وهذا هو الفرق بين الخطأ في تفسير القانون وخرق القانون، فالخطأ في تفسير القانون قد يقع عند محاولة الوصول إلى المفاهيم القانونية التي تتضمنها فرضيات القاعدة القانونية كما قد يقع عند محاولة تفسير معنى الحل القانوني الذي تقرره القاعدة القانونية لتلك الفرضيات، و يحصل هذا الخطأ عندما يعطي القرار المطعون فيه معنى للنص القانوني أو القاعدة القانونية لا ينطبق عليها، وفي كلتا الحالتين لا يعتد بالخطأ إلا إذا أدى التفسير الخاطئ إلى حل قانوني خاطئ للنزاع¹.

وقد رأينا في الباب الأول من هذا البحث أن سلطة القاضي في التفسير لها بالغ الأثر في تقرير حالة الفراغ التشريعي من عدمه ومن ثمة فإذا قام القاضي في تفسيره للنص باستبعاد كل الفرضيات التي ينتجها النص فإنه يخرج النزاع من نطاق النص الموجود إلى دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية و للمحكمة العليا دور أساسي في مراقبة هذا التفسير، وتكريس قاعدة الإحالة أو استبعادها .

ومن أمثلة ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18/04/2003 رقم 256446² والذي جاء فيه ((حيث أن موضوع الدعوى يتعلق بميراث الأخت لاب التي هي من خلف المرحوم (ب . ع) والذي خلف أختا لأب و 07 بنات و 03 أحفاد ذكور من ابنته المتوفاة قبله وحسب الفريضة الشرعية للهالك لم تورث الطاعنة لأنها محجوبة بالأحفاد المنزليين منزلة أمهم المتوفاة طبقا لنص المادة 169 من قانون الأسرة ، وحيث أنه طبقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة فإن الأخت لأب لا ترث نصيبها مع البنات 07 لقوله صلى الله عليه وسلم اجعلوا الأخوات مع البنات عسبة)) ومعناه أن نصيب الأخت لاب ثابت في تركة أخيها، وحيث أن استناد قضاة الموضوع لإثبات حجب الطاعنة على المواد 149 و 164 من قانون الأسرة هو تفسير خاطئ للمادة 149 ف6 من قانون الأسرة التي تحدد متى ترث الأخت لأب السدس ومتى لا ترث هذا النصيب والمادة 2/164 من نفس القانون التي تبين من يحجب الأخت لأب وهم الأب والابن وابن الابن وأن نزل والأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا كانت

1- زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الثامن، الجزائر، 2013، ص10.

2- المجلة القضائية لعام 2003، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، ص387، انظر أيضا سايس جمال، مرجع سابق، ج3، ص1211.

عاصبة مع غيرها والأختين الشقيقتين إذا لم يوجد الأخ لأب، وفي قضية الحال لا يوجد وارث من هؤلاء، وتفسير قضاة الموضوع الرامي إلى أن الشرع سوي بين ابن الابن وابن البنت هو تفسير خاطئ، فأبناء الأبناء صليبيون ينحدرون من جهة الذكورة وأبناء البنات ذوي أرحام وهم غير حاجبين لأصحاب الفروض طبقا للمادة 168 من قانون الأسرة، ومعنى أن الشرع خص أبناء الابن بحجب الأخت لاب في المادة 164 لا يعني أبناء البنت لأنهم ذوي أرحام ومن جهة أخرى فإن أبناء البنت المنزليين منزلة أهمهم المتوفية طبقا للمادة 169 من قانون الأسرة، وإن كان في تنزيلهم أقوال الفقهاء والمفسرين فإن تنزيلهم شرع لضمان حق أهمهم المتوفية وميراثهم جاء استثناء والاستثناء لا يمكن أن يضار به أصحاب الفروض الأصليين، الأخت لاب مراعاة إلى أن الأم المتوفية لا تحجب عمتها الأخت لاب الطاعنة وبذلك يكون نصيب الأخت لاب في قضية الحال ثابت شرعا وقانونا وإن قضاة الموضوع أساءوا تطبيق الشريعة الإسلامية والقانون)).

ويتضح من خلال أسباب القرار أعلاه أن المحكمة العليا راقبت تفسير قضاة الموضوع لنص المادة 149 ف6 و المادة 164 من قانون الأسرة الذين اعتبروا الأحفاد أولاد البنت المنزليين حاجبين للأخت لأب تطبيقا لأحكام الشريعة واستبعدت النص أعلاه وقد اعتبرت المحكمة العليا أن هذا التفسير ليس له أساس شرعي ولا قانوني¹، لأن المسألة ينطبق عليها النص الواضح كما أن الحل المعتمد جاء مخالفا للشريعة الإسلامية في هذه الحالة . وعموما فهناك أمثلة كثيرة ألغت فيها المحكمة العليا تفسير قضاة الموضوع إلى تفسير آخر أخرج المسألة من نطاق النص إلى دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية والعكس.

1- رغم وضوح نص المادة 149 و 164 و المادة 156 و 157 من قانون الأسرة بخصوص ميراث الأخت لاب فتفسير قضاة الدرجة الأولى حمل النصوص فوق طاقتها و أخرجها عن محتواها، بل حتى التفسير المسموح لها بعيد كل البعد عن الشريعة الإسلامية للمرجع الأساسي و التاريخي لهذه النصوص، كما اغفل قضاة الموضوع ربط النصوص المتعلقة لهذه المسألة مع بعضها فالمادة 149 تنص عن حالة ميراث الأخت لاب السدس و شروطها و المادة 164 تنص على من يحجبون الأخت لاب و اغفل الحكم الرجوع إلى المادتين 156 و 157 اللتين تنصان على حالة ميراث الأخت لاب بالتعصب مع البنات.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على ملائمة الحلول المنتقاة

بالإضافة إلى دور المحكمة العليا في الرقابة القبلية على تطبيق قاعدة الإحالة المتمثلة في مراقبة شروط وضوابط الرجوع إلى أحكام شؤون الأسرة فإن دورها البعدي للتطبيق يتسع لأنه ينصب على رقابة ملائمة الحلول القانونية المنتقاة من الشريعة وحسن توظيف النصوص الشرعية ويمكن حصر ذلك في صورتين لهذه الرقابة هما الرقابة عن طريقة الاستشهاد بأحكام الشريعة الإسلامية (أولاً) ثم الرقابة على تحقيق مناط الحكم الشرعي (ثانياً) .

أولاً / الرقابة على طريقة الإستشهاد بالحكم الشرعي

إن استشهاد قضاة الموضوع بالنصوص والأقوال الفقهية مسألة بالغة الصعوبة، وذلك نظراً لتعدد الأقوال الفقهية واختلاف مراتبها، هذا زيادة على كثرة المصادر التي يتعين الرجوع إليها من متون وشروح وحواشي ومختصرات ومطولات، يصعب على القاضي انتقاء الحل منها ناهيك عن ظروف العمل القضائي وما تفرضه من تعدد القضايا التي تطوق القاضي وتحول بينه وبين أداء مهامه على الوجه الأكمل، إذ أن الكثرة تغلب البراعة حيث يصعب على القاضي أن يعرف بسهولة ويسر القاعدة الفقهية التي يعين عليه اعتمادها في حكمه، وهذا ما أشار إليه بعض القضاة الممارسين بقولهم " أن البحث في النص الفقهي أو القاعدة القانونية واستخراجه من بين دفات الأوراق الصفر وعرض الجزئيات الواقعة المتجددة عليه وجعلها من مشمولاته أصبح عسيراً ولا يعقله إلا العالمون " ¹.

وتراقب المحكمة العليا استشهاد قضاة الموضوع بالحكم الفقهي الشرعي من خلال أسباب الحكم أو ما يطلق عليه أيضاً التعليل ويقصد به بيان الأوجه القانونية والواقعية التي يركز إليها القاضي في بناء حكمه وإصداره وفقاً لمنطوقه على أساس أن يكون موافقاً لإرادة القانون الخاصة في الحالة الواقعية المعروضة عليه، أو هو مرحلة تمهيدية تتضمن الأسس والمقومات التي يبني عليها القاضي حكمه ويفضلها يتم التوافق بين أجزاء الحكم، إذ يكون منطوقه مسائراً للأسباب والدلائل التي مهدت له ² .

1- لعشب محفوظ، الإحالة على الفقه المالكي، في ضوء مدونة الحقوق العينية، ، سلسلة الأعمال الجامعية، مطبعة المعارف الجديدة، ط 1، الرباط، المغرب، 2016، ص 195 .

2- عبد الكريم طالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، بدون طبعة ، مراكش، المغرب، أبريل، 2013، ص 243.

وقد نص المشرع الجزائري على وجوب تسبب الأحكام من خلال المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على " لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه ويجب أن يسبب الحكم من خلال الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة ويجب أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية وطلبات وادعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم ويجب الرد على كل الطلبات والأوجه المثارة...)).

كما نصت المادة 554 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة تسبب القرارات الصادرة على المجالس - حسب ما ورد أعلاه - وعلى هذا فأسباب الحكم تتضمن الإشارة إلى وقائع الدعوى والأدلة إلى تثبتها، والوسائل القانونية التي اعتمدها الأطراف وطلباتهم ودفعهم، كما يشير إلى التكييف القانوني وهو الوصف الذي استخلصه القاضي والذي على أساسه ترتبت النتائج القانونية والحلول التي يجب أن تتسجم مع منطوق الحكم.

وقد اعتبر المشرع الجزائري قصور الأسباب أو انعدامها من أوجه الطعن بالنقض حسب المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يتعلق بالأسباب أيضا كسبب للنقض مخالفة القانون الداخلي وانعدام الأساس القانوني حسب نفس المادة .

و انعدام الأساس القانوني قد يختلط بانعدام الأسباب فانعدام الأسباب يقصد به خلو الحكم من الأسباب التي يبني عليها الحكم أو عدم الرد من القاضي على وسيلة مما آتاه الخصوم، أما انعدام الأساس القانوني فيشمل كل الحالات التي يشوب التعليل فيها عيب ومنها:

- ✓ إهمال التوضيح الدقيق لأحد الشروط الأساسية لتطبيق القانون .
- ✓ إغفال ذكر المصدر الذي استلهم منه القاضي وقائع النزاع .
- ✓ عدم القيام بتقدير شامل لكل ما يعرض على القاضي من عناصر الإثبات .
- ✓ رفض القاضي لأعمال سلطته التقديرية فيما يخص تأويل الشروط الغامضة في العقود.
- ✓ إقامة الحكم على سبب غير منتج .
- ✓ غموض الأسباب التي استند إليها القاضي إلى درجة عدم معرفة أنه أقام الحكم على أسباب قانونية أو على أسباب واقعية .

- ✓ عدم إبراز أسباب الحكم بشكل يوضح الأساس القانوني الذي اعتمده القاضي في منح التعويض.
- ✓ إقامة كفاية الحكم على سبب استخلص بكيفية غامضة .
- ✓ عدم كفاية السبب الذي اعتمده قاضي الموضوع لإصدار حكمه .
- ✓ إقامة الحكم على أسباب غير قاطعة يشوبها الشك¹.
- و على الرغم من اختلاف هذين الوجهين - انعدام التسبب وانعدام الأساس القانوني - ونظرا لتداخل مفهومهما فإن المتقاضين درجوا إلى الإستناد للوجهين معاً في نفس الوقت تفاديا لرفض طعونهم .
- وبخصوص رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإحالة من خلال هذه الأوجه فإننا يمكن تصورها في ثلاث صور أو حالات هي :
- أ/ عدم إبراز أسس ومعايير الاختيار الفقهي على أساس عدم إبراز أسباب الحكم بشكل يوضح الأساس القانوني الذي اعتمده القاضي.
- ب/ عدم إبراز المراجع والمصادر الفقهية للرأي المنتقي .
- ج / تحريف معنى القاعدة الفقهية على نحو يؤدي إلى الخطأ أو مخالفة تطبيق القانون و مخالفة الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيقها.
- أ / عدم إبراز أسس ومعايير اختيار الحكم
- إن المتتبع لأحكام المحاكم وقرارات المجالس وحتى قرارات المحكمة العليا غالبا ما يلاحظ عزوفها عن الترجيح بين الأقوال والآراء الفقهية وتكتفي بالإشارة إلى السند القانوني للإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية وهو نص المادة 222 من قانون الأسرة، فلا توضح ضمن أسباب الحكم أو القرار أسباب اختيارها لهذا الرأي دون الآخر ولا لهذا المذهب دون الآخر، وقد اعتبر جانب من الفقه المسألة متعلقة بالسلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وما تبناه المشرع الجزائري من منهج مطلق في مسألة الإحالة إذ لم يقيدَها بأي ضابط أو شرط.
- لكن ولأن إختيار القاضي للحكم الشرعي من التراث الفقهي يعتبر اجتهاد منه في البحث عن القانون الواجب التطبيق في حالة النقص التشريعي لذا يرى جانب آخر من الفقه أنه يخضع

1- عبد الكريم طالب، مرجع سابق، ص 248 - 250.

لرقابة المحكمة العليا باعتبارها الهيئة القضائية المشرفة على الاجتهاد القضائي والمقومة لأعمال الجهات القضائية الدنيا طبقا لنص المادة 179 من الدستور، فيكون لها من هذا المنطلق موافقة القاضي في اختياره أو نقضه وتوجيهه للحل الأمثل توحيدا للاجتهاد في المسألة الواحدة وجمعا للقضاة على منهج واحد وكلمة واحدة، وهذا زعما لا يتأتى إلا من خلال أسباب الاختيار والترجيح .

كما نلاحظ في هذا السياق أن المحكمة العليا في الجزائر لم تضع أي معيار لتوجيه وترشيح الاختيار الفقهي أسوة ببعض التشريعات مثل المغرب التي نص المشرع صراحة على بعض المعايير في الاختيار وهي الأشهر والأرجح وما جرى به العمل فضلا على حصر الاختيار في المذهب المالكي .

وإن كان هناك بعض القرارات للمحكمة العليا التي صرحت فيها على اعتماد معيار معين للاختيار مثل رأي الجمهور أو الرأي المعتمد في مذهب معين ومنها القرار الصادر بتاريخ 2011/07/24 رقم 692342¹ المتعلق بمسألة الرجوع عن الوقف حيث أخذت على قضاة الموضوع أخذهم برأي الحنفية القائل بعدم لزوم الوقف مع أن الرأي المعتمد في المذهب الحنفي هو رأي أبي يوسف الذي اختارته المطعون ضدها في العقد والذي رجع عليه لاحقا إلى اللزوم وأصبح هو الرأي المفتى به في المذهب كما أنه رأي الجمهور من الشافعية والمالكية والحنابلة، فالملاحظ أن المحكمة العليا في هذا القرار رجحت الأخذ برأي الجمهور، وإن كان بعض من الفقه يرى أن التعليل في بعض الحالات غير ضروري ويتعلق الأمر بحالات يمنح فيها القاضي سلطه تقديرية مطلقة كالحالة التي تتوفر فيها أسباب قانونية واقعية يمارس فيها القاضي سلطه تقديرية واسعة أو مطلقة، إذ لا يلزم القاضي بتعليل اختياره لأن الاختيار وحده كافٍ للإفصاح عن سببه ومع ذلك فالإعفاء من التعليل في هذه الحالة مشروط بإجازة المشرع للقاضي أعمال سلطته التقديرية² وربما ينطبق الأمر على نص المادة 222 من قانون الأسرة بشأن فتح مجال الاختيار القضائي للحكم الشرعي دون تقييده بمذهب معين أو معيار أو

1- سايس جمال، مرجع سابق ص245.

2- عبد الكريم طالب، مرجع سابق، ص245.

ضابط اختيار مما يعني إعمال السلطة التقديرية المطلقة في الاختيار دون تسليط الرقابة على ذلك فيصبح الاختيار في حد ذاته كاف لإبراز الاسباب دونما الحاجة إلى التعليل¹.
وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 10/02/1986 رقم 39394² ((وعن السبب الثالث المأخوذ من مخالفة الشريعة الإسلامية إذ أقام قضاة الموضوع القرار المطعون فيه فيما إذا كانت الزوجة مصابة بداء الفرج مثل الرثق الموجب للخيار فتستحق الصداق أم لا تستحقه في حالة رد زوجها لها وتعرضوا لأقوال الفقهاء حول ذلك واختاروا منها الأقوال التي تقول بالاستحقاق وهم غير مراقبين فيما فعلوا...)).

فالواضح من هذا القرار أن المحكمة العليا لم تراقب صحة الاختيار وإن كان الرأي المختار من قضاة الموضوع هو الأصح أو الأرجح أو المشهور أو غير ذلك بل اكتفت بالقول أن مجرد عرض الآراء واختيار واحد منها كافٍ كتعليل دون الحاجة إلى الرقابة على اختيارها فكان الاختيار كافٍ للإفصاح عن سببه³.

ورغم صحة هذا الرأي إلا أننا نميل إلى الرأي الأول الذي يرى ضرورة إبراز أسباب الاختيار ومعايير لسببين أساسيين أولهما هو التحقق من اختيار الرأي الأنسب وهو الغاية الأساسية للفصل في النزاع تحقيقاً للعدالة القانونية، والثاني هو توحيد الاجتهاد بضبط معايير معينة يرجع إليها في الاختيار.

إلا أننا فيما اطلعنا عليه من قرارات للمحكمة العليا فاعلمنا لا يعتبر عدم إبراز أسباب الاختيار أو عدم تبرير الاختيار سبباً للنقض، وكان حري بالمحكمة العليا باعتبارها الجهة المقومة لأعمال القضاء والمسؤولة على توحيد الاجتهاد أن تفحص الأحكام والقرارات في هذا الجانب.

1- ومع ذلك فهناك بعض الحالات التي يمنح فيها القاضي سلطة تقديرية ضيقة مثلاً يلزم عند تقدير النفقة بإبراز العناصر التي اعتمدها في تقدير ظروف الطرفين و حال المعاش ... وتعرض قرار للنقض.

2- نشرة القضاة، لعام 1988، العدد 44، ص151 و أيضاً : سايس جمال ، ج 1، مرجع سابق، ص183.

3- ومع ذلك ورغم أن المحكمة العليا قررت مبدأ عدم خضوع اختيار القضاة للرقابة فإن هناك بعض الحالات راقبت صحة الاختيار مثل قرارها رقم 40589 المؤرخ في 24/02/1986 حيث أعابت على قضاة لموضوع تطبيق أحكام المذهب المالكي رغم أنه المذهب المعمول به أكثر في الجزائر و ألزمتهم بالمذهب الحنفي الذي اختارته المحبسة في تحرير عقد الحبس احتراماً لإرادة المتعاقد

ب / عدم الإشارة إلى المراجع والمصادر الفقهية للرأي المنتقى

مما يؤخذ على أحكام المحاكم والمجالس وحتى قرارات المحكمة العليا أنها في استشهادها بالحكم الفقهي تعرضه بشيء من الإرسال والإيجاز ولا تكلف نفسها عناء ومشقة تفصيل المسألة المطروحة مكتفية بالقول أنه من المقرر فقها " أو من المقرر شرعا " دون أي توضيح ولعل هذا ما يضيف على الأحكام والقرارات القصور في التسبب أو انعدام الأسباب مما يؤدي إلى بطلانها ونقضها . ولا نجد من قرارات المحكمة العليا ما يلزم قضاة الدرجة الأولى بالإشارة إلى ذلك وإن كانت المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 554 منه تلزم القضاة بالإشارة إلى النصوص الواجبة التطبيق على النزاع فإن المحكمة العليا اعتبرت مجرد الإشارة إلى النص القانوني في بعديات الحكم والقرار تكفي وإذا أسقطنا ذلك على الأحكام الفقهية التي هي بمثابة النص القانوني الواجب التطبيق فإن الإشارة إلى فحوى الحكم الشرعي يغنى عن ذكر المرجع أو المصدر، وحتى المحكمة العليا في جل قراراتها لم تشر إلى المرجع أو المصدر الا نادرا.

واعتقد أنه من الافضل الإشارة إلى المراجع والمصادر الفقهية من باب توضيح وإبراز الأسباب وهو أمر من شأنه أن يعيد لقاعدة الإحالة وهجها وتكريسها بطريقة تضمن الاستفادة من الاختلاف الفقهي دون استغلاله لخدمة اتجاهات قضائية متباينة .

ج / الخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية

مما يؤخذ أيضا على طريقة الاستشهاد بالحكم الفقهي الخطأ في فهمه وتوظيفه في غير محله، وتعتبر مراقبة صحة الحكم الفقهي هو المجال الأوسع للمحكمة العليا إذا غالبا ما ينقض الحكم في هذه الحالة على أساس مخالفة القانون ومن ذلك مثلا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1986/02/24 رقم 40589¹، الذي ورد في أسبابه ((وعن الوجهين المأخوذين من تشويه عقد الحبس وعن التطبيق الخاطئ للشريعة الإسلامية فإنه يتضح بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ومن عقد الحبس نفسه أن صاحبة الحبس أنشأته مقلدة فيه مذهب أبي حنيفة وفي هذه الحالة فإنها اختارت المذهب وأرادته لتصرفاتها ولا عيب في ذلك ولو كانت تنتمي

1- المجلة القضائية لعام 1989، عدد 1، المحكمة العليا، الجزائر، ص118 أيضا سايس جمال، ج1، مرجع سابق، ص239 .

للمذهب المالكي على أن مثل هذه الأوقاف فإنه يجب فيها احترام إرادة المنشئ للوقف ولا يجوز بأي حال من الأحوال الوقوف في وجه إرادتها وحيث أن المحبسة أرادت المذهب الحنفي وقبلته فإنه يجوز لها التحبيس على النفس عملا بقواعد المذهب الحنفي وإعطاء أو حرمان من تشاء من المحبس عليهم فالعقد حينئذ مطابق للشروط التي سببها المذهب الحنفي (...)). فالواضح أن المحكمة العليا في هذا القرار أخذت على قضاة الموضوع مخالفتهم لأحكام الشريعة لما اعتبروا أن عقد الوقف حرر وفقا للمذهب المالكي وطبقوا أحكامه وألغوا العقد، والصحيح أنه حرر وفقا لأحكام المذهب الحنفي وفقا لإرادة المحبسة التي كان يجب إحترامها لأنها أسست على أحكام شرعية حتى ولو خالفت المذهب المالكي .

ومن قرارات المحكمة العليا التي أسست على مخالفة الشريعة الإسلامية بناء على الفهم الخاطئ لقضاة الموضوع نجد أيضا قرارها المؤرخ في 1986/05/05 رقم 40438¹ الذي جاء فيه ((عن السبب الوحيد المتخذ اعتمادا على خرق القواعد الشرعية وعلى القصور في التسبب وانعدام الأساس القانوني، فإذا كانت حضانة البنت سقطت عن أمها لكونها تزوجت فكيف تستحقها أمها (الجدة لأم) وهي مثلها متزوجة، فالحكم رفض طلب الجدة على هذا الأساس ولأن زوجها ليس من محارم البنت، لكن المجلس أسند لها الحضانة متخذًا الأولوية الثابتة لها بالنص لا تقبل الحكم ضدها مع أن حضانة المرأة مقيدة إذا لم يكن لها زوج دخل بها وكان غير محرم للبنت فلا حضانة لها يقول الشيخ الخليل في باب الحضانة" والأنثى الخلو من زوج دخل " بمعنى أنه يشترط في المرأة الحاضرة ولو أمًا فالأحرى بغيرها أن تكون بغير زوج فإذا كان لها زوج فلا حضانة لها لانشغالها عن المحضون بالزوج (...)).

فيُتضح من القرار أن قضاة الموضوع لما أسندوا الحضانة للجدة رغم زواجها من غير قريب محرم للمحضون خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية وأخطؤوا في تطبيقها فإذا كان زواج الأم يسقط الحضانة عنها فمن باب أولى أن يسقطها عن الجدة وهي الأبعد .

1- المجلة القضائية، لعام 1989، عدد 2، المحكمة العليا، الجزائر، ص75.

ثانيا / الرقابة على تحقيق مناط الحكم الشرعي

يعرف تحقيق المناط بعدة تعريفات من أبرزها ما ذهب إليه الإمام الشاطبي¹: " أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي لكن يبقى النظر في تعيين محله² ومعناه أن يثبت الحكم الشرعي بمدركه ويجتهد في تطبيقه على الجزئيات والحوادث الخارجية سواء أكان الحكم ثابت بنص أو إجماع أو استنباط.

ويقول الدكتور فتحي الدريني : ((ليس من المعقول ولا من المقبول شرعاً أن يحكم واقعة معينة بحكم واحد مهما اختلفت ظروفها وملاستها، ذلك أن لهذه الظروف تأثيراً في نتائج التطبيق ... والواجب شرعا تطبيق الحكم المناسب لكل شخص على حدى في ضوء ظروفه الخاصة التي تتهج بدليل تكليفي معين يستدعي حكماً خاصاً في حقه لأن تعميم الحكم التكليفي على جميع المكلفين يفترض التشابه في الظروف وقد لا يوجد))³.

ويقول الشهرستاني في هذا المعنى : ((وبالجمله نعلم قطعاً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً))⁴.

وكل هذا يستدعي بالضرورة الاجتهاد لإثبات متعلق تلك الأحكام في الوقائع المتجددة والجزئيات فلم تبين حادثة إلا وللمجتهد فيها نظراً ليتحقق تحت أي دليل تدخل، على أن يتم ذلك وفقاً لضوابط منها :

- 1-التصور الصحيح التام للواقعة ومعرفة حقيقتها .
- 2-مراعاة اختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة .
- 3-اعتبار مآلات الأفعال والأقوال الصادرة عن المكلفين .

1- المجلة القضائية، لعام 1992، عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص42.

2- الشاطبي ابي اسحاق ابراهيم اللحمي، الموافقات في أصول الشريعة ، بشرح الشيخ عبد الله الدراز ، ج 4 ، المكتبة التجارية، بدون طبعة ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 90 .

3- فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه و أصوله، مرجع سابق، ص129، انظر: أيضا رائد عبد الله نمر بدير، المناط في أصول الفقه ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين 2003، ص156 .

4- الشهرستاني أبو الفتح تاج الدين عبد الكريم بن أبي بكر أحمد ، الملل و النحل، ج1، تحقيق أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، لبنان، 1992، ص210.

4-مراعاة اختلاف مقاصد المكلفين .

5-الموازنة بين المصالح والمفاسد.

وتحقيق المناط يدرك بأصول خمسة هي اللغة والعرف والنظر العقلي كالنظر في اختلاف الأجناس والأصناف والحبس والنظر في طبيعة الأشياء وحيلتها وخاصيتها الفطرية، ويمكن أيضا إدراج ضمن أدلة الوقوع أيضا بعض الوسائل العصرية كالأجهزة الطبية والمخابر والأجهزة الفلكية وغير ذلك مما يستعان به في تحقيق الأحكام الشرعية للنوازل المعاصرة¹.

1- خالد تواتي، الاجتهاد المعاصر في أحكام الأسرة، مناهجه و سبل ترقبته، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية من أحكام الأسرة، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي، الجزائر ، 25/24 أكتوبر 2018، ص 79/78 .

الفصل الثاني

تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة

الفصل الثاني

تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة

لم يستقر قضاء المحكمة العليا بشأن تطبيق قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في حالة النقص التشريعي ، و تراوحت قراراتها بين الأخذ من أحكام المذهب المالكي تصريحاً أو دلالة غالباً و الجنوح إلى غيره من مذاهب ، و حتى الجمع بين أكثر من مذهب أحياناً أخرى ، لذا نحاول من خلال هذا الفصل عرض أهم قرارات المحكمة العليا في باب الإحالة مع التحليل، و ذلك من خلال مبحثين نخصص (الأول) لأهم التطبيقات القضائية لقاعدة الإحالة في باب الزواج و آثاره ، و (الثاني) للإجتهادات في باب الطلاق و آثاره .

المبحث الأول

تطبيقات قضائية عن قاعدة الإحالة في باب الزواج و آثاره

سيكون محور الحديث في هذا المبحث عن أهم اجتهادات المحكمة العليا بخصوص تطبيق قاعدة الإحالة في باب الزواج و آثاره على أن يقتصر الأمر على المسائل الأكثر أهمية التي تعرض لها القضاء وذلك من خلال مطلبين، يخصص الأول للمسائل المتعلقة بالزواج، والثاني لآثار عقد الزواج.

المطلب الأول: تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة في باب الزواج

لم يتناول المشرع الجزائري عقد الزواج بالتفصيل الكافي لكل مسائله وشروطه، وترك ذلك للقضاء لاستكمال ما نقص بالاجتهاد بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الوحيد في قانون الأسرة، وكمثال على ذلك نورد في هذا العنوان بعض التطبيقات عن بعض النقائص التي استكملها الاجتهاد القضائي. وذلك في مجال أحكام الصداق وحالات سقوطه واستحقاقه وشروط ذلك (الفرع الأول) ، ثم الاشتراط في عقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة بخصوص الصداق

نظم المشرع الجزائري الصداق من خلال المواد 09 مكرر و 14 و 15 و 16 و 17 من قانون الأسرة، و مع ذلك فقد أهمل بعض المسائل المتعلقة به، مثل حالات سقوط الصداق، حالات استحقاقه كاملاً أو نصفه.

لذا نحاول من خلال هذا العنوان التطرق إلى تعريف الصداق (أولاً) ، ثم نعرض ما استقر عليه القضاء في المسائل غير المنصوص عنها بخصوصه (ثانياً) .

أولاً / تعريف الصداق

تعريفه لغة: (أ) ثم اصطلاحاً (ب) .

أ / تعريف الصداق لغة

الصداق بفتح الصاد و كسرهما مهر المرأة و جمعها في أدنى عدد أصدقة والكثير صدُق، و أصدق المرأة حين تزوجها جعل لها صداق¹. قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾².

1- ابن منظور، لسان العرب ، ج 10 ، مرجع سابق ، ص 197.

2- سورة النساء، الآية 04

وللصداق عشر تسميات هي المهر، الصداق، الصدقة، النحلة، الأجر، الفريضة، الجباء، العُق، العلائق، والطول، والنكاح¹.

قال تعالى: ﴿وَلَيْسَتَغْفِرِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾².

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾³.

ب / تعريف الصداق اصطلاحاً

تعدد تعريفاته و أهمها:

ما ذهب إليه الحنفية بأنه : " اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع ... و اعترض بعدم شموله للواجب بالوطء بشبهة و من ثم عرّفه بعضهم بأنه اسم لما تستحقه المرأة بعقد أو بوطء "4.

و عرّفه المالكية بأنه : " ما جعل للزوجة نظير الاستمتاع بها"5.

و عرّفه الشافعية بأنه : " العوض المستحق في عقد النكاح "6 .

و عرّفه الحنابلة بأنه " العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضيهما أو الحاكم و نحوه ، - أي النكاح- والوطء بشبهة "7.

و من التعريفات المعاصرة للصداق ما ذهب إليه د/ العربي بلحاج هو الحق المالي الذي

يجب على الرجل لامراته بالعقد عليها أو الدخول بها كرمز لرغبته في الاقتران بها ... "8.

1- نظمها الشاعر لقوله : صداق ومهر ونحلة وفريضة *** جباء وأجر تم ثم عقر علائق.انظر في ذلك : برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق ، المبدع في شرح المقنع ، كتاب الصداق ج3، عالم الكتاب ، بدون طبعة، 2018 ، ص 72.

2- سورة النور ، الآية 33.

3- سورة النساء ، الآية 25

4- ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار . دار عالم الكتب . طبعة خاصة، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2003 ، ج 4 ، ص230. انظر أيضا د.عبد الكريم زيدان ، المفصل ج 7 ، مرجع سابق ، ص49.

5- الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد ، الشرح الصغير حاشية الصاوي، ج 2، دار المعارف ، بدون طبعة ، القاهرة، مصر ، 1991، ص 428.

6- الماوردي ، ابن الحسن علي ابن محمد ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني) تحقيق على محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود ج 9 ، دار الكتب العلمية ، ط 1، بيروت لبنان ، 1994 ، ص 393.

7- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف الفتاوى ، ج5 ، مرجع سابق ، ص 128.

8- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد ، مرجع سابق ، ص 265.

و عرّفه د / عبد العزيز سعد : " المال الذي يدفعه الرجل للمرأة عربوناً و رمزاً لرغبته في الاقتران بها " ¹ .

أما المشرع الجزائري فقد عرّفه في نص المادة 14 بقوله : " هو كل ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعاً و هو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ثانيا/ اجتهاد المحكمة العليا في المسائل غير المنصوص عنها في مادة الصداق

إن حصر المسائل التي لم ينص عليها المشرع الأسري الجزائري في موضوع الصداق يتطلب أولاً التطرق على أحكام الصداق بين الفقه الاسلامي قانون الأسرة لإدراك المغفل منها و من ثم عرض آراء المحكمة العليا فيها و نعملها في النقاط التالية :

أ- مقدار الصداق و أنواعه .

ب- حالات الصداق

ج - استحقاق الصداق و سقوطه .

د - الاختلاف في الصداق .

أ / مقدار الصداق و أنواعه

1/ مقدار الصداق

تناول المسألة (فقها) تم (قانونا)

1-1 / مقدار الصداق في الفقه الاسلامي.

اتفق الفقهاء على عدم تحديد أكثر قيمة للمهر، وأنه يصح بكل ما تراضى عليه الطرفان مهما كان كثيراً ، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا﴾².

وقد استحب الفقهاء التيسير في المهر وعدم المغالاة فيه، فعن أبي سلمة بن عبد الرحمان قال سألت عائشة رضي الله عنها: كم كان صداق رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قالت: (كان صداقه لأزواجه اثنتي عشرة أوقية ونشاً، قالت أنتدري ما النش، قال قلت لا قالت نصف أوقية فتلك خمسمائة درهم فهذا صداق الرسول)³.

1- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 46.

2- سورة النساء ، الآية 20 .

3- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1991، حديث

رقم 1426، ص 1042 .

وعن عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: "قال رسول الله صلى الله عليه و سلم خير الصداق أيسره"¹.

و اختلفوا بعد ذلك في تحديد أقل الصداق أو عدم تحديده إلى مذهبين².

أ- مذهب تحديد أقل الصداق فقد ذهب جمهور الحنفية و المالكية إلى تحديد أقل الصداق ثم اختلفوا بعد ذلك في الحد الأدنى فحدده الحنفية بعشرة دراهم ، و حدده المالكية بربع دينار ذهبي أو ذلك ثلاثة دراهم فضية أو ما يساويها من عروض³.

ب- مذهب عدم التحديد ، ذهب الشافعية و الحنابلة و إسحاق و أبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين إلى أنه ليس لأقله حد وكل ما يجوز أن يكون ثمنا لشيء جاز أن يكون صداقا و هو قول ابن وهب من أصحاب مالك إذ جوزوه و لو بدرهم.

1-2/ مقدار الصداق في القانون الجزائري

لم يجعل المشرع الجزائري حداً أدنى و لا أعلى للصداق آخذاً بذلك بما ذهب إليه الشافعية و الحنابلة و يفهم ذلك من صياغة نص المادة 14 من قانون الأسرة التي جاءت مطلقة في هذا الشأن " الصداق ما يدفع نحلة للزوجة من نقود ونحوها" و يبدو أنه ترك ذلك لاتفاق الطرفين فكل ما يتفق عليه الطرفين يصلح أن يكون مهراً .

2/ أنواع الصداق

نتناولها من خلال رأي الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة.

1-2/ أنواع الصداق في الفقه الإسلامي

يقسم الصداق من حيث الأنواع إلى الصداق المسمى و الصداق غير المسمى ، أو صداق المثل .

1- ابو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن ابي داود ، تحقيق، محمد عبد العزيز الخالدي ، ج2، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، لبنان ، 1996، كتاب النكاح ، باب الصداق ، ص 104 .

2- عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 147 - 148 .

3- سحنون بن سعيد التتوخي ، المدونة الكبرى ، ج 4 ، وزارة الشؤون الإسلامية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد، بدون طبعة ، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر ، ص 73.

2-1-1/ الصداق المسمى: هو ما سمي في العقد أو بعده، بالتراضي بين الزوجين ، بأن اتفق عليه صراحة في العقد أو فرض للزوجة بعده بالتراضي ، أو فرضه الحاكم¹ ، لعموم قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾².

ويستحب تسمية الصداق في عقد النكاح ، يقول ابن قدامة الحنبلي : و يستحب أن لا يعدم النكاح من تسمية الصداق، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج، فلم يكن يخلو ذلك من الصداق، (وقال للذي زوجه الموهوبة ، هل من شيء تصدقها به ؟ فلم يجد شيئاً، قال التمس و لو خاتما من حديد فلم يجد فزوجه إياها بما معه من القرآن ، و لأنه اقطع للنزاع و الخلاف فيه)³.

ويستحب تسمية الصداق في النكاح ، فإن لم يسمى صح العقد ، يقول الشافعي: ذكر الله الصداق و الآجر في كتابه ، قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾⁴.

فدلّ على أن عقد النكاح بالكلام و أن ترك الصداق لا يفسدها ، فلو عقد بمجهول أو بحرام ثبت النكاح و لها المهر مثلها⁵.

وقال مالك عند عدم تسمية المهر " النكاح جاهز و يفرض لها صداق مثلها إن دخل بها، وإن طلقها. قبل ان يتراضيا على صداق فلها المتعة وإن مات قبل أن يتراضيا على صداق فلا متعة لها و لا صداق ولها الميراث⁶.

2-1-2/ الصداق غير المسمى: أو صداق المثل وهو الصداق الذي يقدر لامرأة لم يسمى المهر في عقد زواجها أو ذكر لها مهر غير مشروع.

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي أدلته ، ج 7 ، دار الفكر المعاصر ، بدون طبعة ، بيروت ، لبنان ، 2017 ، ص 265-266.

2- البقرة ، الآية 237.

3- ابن قدامة أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ج10، مرجع سابق ، ص 98 ، انظر أيضا عبد الكريم زيدان ، المفصل ج7 ، مرجع سابق ، ص 53.

4- سورة البقرة، الآية 236.

5- المزني أبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى ابن إسماعيل ، مختصر المزني في فروع الشافعية ، تحقيق، عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 239. انظر أيضا في هذا الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع ، ج 3 مرجع سابق ، ص491.

6- الإمام سحنون ، المدونة الكبرى ، مرجع سابق ، ج 4 ، ص 88.

وحدد المالكية والشافعية مهر المثل بأنه ما يرغب به مالكة -أي الزوج - في مثلها - أي الزوجة عادة، و يعتبر مهر المثل عند الشافعية بمهر نساء العصابات الحديثة، قال أبي عبد الله - أي ابن مسعود- في امرأة تزوجها رجل فمات عنها فلم يفرض لها صداقا ولم يكن دخل بها ، قال : فاختلّفوا إليه ، فقال أرى لها مثل مهر نساءها و لها الميراث و عليها العدة فشهد معقل بن سنان الأشجعي أن النبي صلى الله عليه و سلم قضى في بروع ابنه واثق مثلما قضى، ويعتبر بالأقرب و الأقرب منهن الأخوات و بنات الإخوة و العمات و بنات الأعمام فإن لم يكن لها نساء عصابات اعتبر بأقرب النساء إليها في بلدها ثم بأقرب النساء شبهائها، و حدد الحنابلة مهر المثل بأنه معتبر بمن يساويها من جميع أقاربها ، من جهة أبيها وأمها كأختها و عمّتها و بنت عمّتها و أمها و خالتها و غيرهن ، القربى فالقربى ، فإن لم يكن لها أقارب اعتبر أشبهها نساء بلدها فإن عدم، اعتبر بأقرب النساء شبيها بها من أقرب البلاد إليها. و حدده الحنفية بأنه مهر امرأة تماثل الزوجة وقت العقد من جهة أبيها لا أمها إن لم تكن من قوم أبيها كأختها وعمّتها و بنت عمها في بلدها و عصرها وتكون المماثلة في الصفات المرغوبة عادة وهي المال و الجمال و السنّ و العقل و الدين ، فإن لم تكن لها من تماثلها من جهة أبيها اعتبر مهر المثل لامرأة تماثل أسرة أبيها في المنزلة الاجتماعية ، فإن لم يوجد فالقول للزوج بهيبته لأنه ينكر للزيادة التي تدّعيها المرأة¹ .

2-2/ أنواع الصداق في قانون الأسرة الجزائري

نصّت المادة 15 من قانون الأسرة على " أنه يحدّد الصداق في العقد سواء معجلا أو مؤجلا " فيفهم من صياغتها أن المشرع أجاز تسمية الصداق في العقد ، كما أخذ بصداق المثل متى لم يتفق الطرفين على تسمية الصداق في العقد ، و هو ما يستشف من نص المادة 33 من قانون الأسرة² " 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 " حيث قرنت هذه المادة استحقاق صداق المثل متى تم الدخول .

1- عبد الكريم زيدان ، المفصل ج7 ، مرجع سابق ، 266-267.

2- كما أشار المشرع إلى صداق المثل في حالة الطلاق بالخلع من خلال نص المادة 54 ، من قانون الأسرة التي جاء فيها : يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي ، وإن لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم ."

و يبقى تقدير صداق المثل من صلاحيات قضاة الموضوع الذين يرجعون لتعريفه إلى الفقه الاسلامي، لأن المشرع لم ينص على معايير تحديده ، و لم نصادف من قرارات المحكمة العليا التي اطلعنا عليها ، من يشير إلى توجيهها في اختيار معايير تحديده ، فيبقى الأمر لقضاة الموضوع الذين يجب عليهم إبراز المعايير المعتمدة ضمن أسباب الحكم و القرارات، تحت طائلة نقضها طبقاً لنص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المادة 554 من نفس القانون .

ب/ حالات الصداق

نتعرض لها من خلال الفقه الاسلامي(1) ثم القانون الجزائري (2).

1/ حالات الصداق في الفقه الاسلامي

يجوز تعجيل الصداق أو تأجيله، كله أو بعضه على تفصيل المذاهب¹ ، فيرى المالكية وجوب التعجيل و إيجاز التأجيل بشروط ، و قالوا بوجوب تعجيله إذا كان الصداق حاضراً في مجلس العقد أو ما في حكمه و قالوا حق الله ، و أنه يفسد العقد بالتأخير و لو رضيت به ، و هذا لما يأتي إذا وقع العقد بشرط التأخير ، و أما إن لم يشترط فالحق لها في التأجيل المعين ، و لها التأخير إذ لا محذور فيه لدخول ضمانها بالعقد و الخلاصة أن الصداق إذا كان من العروض أو الحيوان أو الأصول ، فإن كان غائباً عن بلد العقد صحّ النكاح إن أُجل قبضه بأجل قريب بحيث لا يتغير فيه غالباً و إلا فسد النكاح ، و إن كان حاضراً في البلد وجب تسليمه لها أو لوليها يوم العقد و لا يجوز تأخيره و لو رضيت بذلك ، حيث اشترط التأخير في صلب العقد ، و إن لم يشترط كان تعجيله من حقها فإن رضيت بالتأخير جاز².

و قال الحنفية : يجوز تأجيل الصداق و تعجيله أو بعضه ، ولكن يشترط أن لا يكون الأجل مجهولاً جهالة فاحشة ، كما إذا قال لها تزوجتك إلى غاية مؤجلة إلى ميسرة أو إلى أن يأتي الغيث فالأجل في هذه الأحوال مجهول فلا يثبت ، و يجب المهر الذي سماه حالاً أما إذا كان الأجل معلوماً، كما إذا تزوجها على مائة بعضها مقبوض وبعضها مؤجل إلى سنة أو سنتين أو

1- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4 ، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 138. انظر أيضاً أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج 2 ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، بيروت لبنان ، 1995 ، ص 279 .

2- بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي ، دار الفجر للطباعة و النشر ، بدون طبعة، الجزائر، بدون سنة نشر ، ص 199.

أقل أو أكثر، فإنه يصح سواء اشترط ذلك في العقد أو بعد العقد، ويعمل به بلا خلاف و يلحق بالأجل المعلوم أن يؤجل الصداق كله أو بعضه إلى الموت أو إلى الطلاق ، أو إلى وقت مضروب وإذا سمي لها مهرا و لكن لم يبين المعجل و المؤجل منه كأن يقول لها تزوجتك على مائة بدون أن يقول منها كذا معجل فإن لها الحق في هذه الحالة ان تأخذ من المائة القدر الذي يعجل لأمثالها بحسب عرف البلد ، فإن كان العرف جاريا على تعجيل النصف أو الثلثين كان لها ذلك ما لم يشترط تعجيل الصداق كله أو تأجيله كله ، فإنه في هذه الحالة يعمل بالشرط و لو كان العرف على خلافه ، و إذا سمي لها صداقا معلوما نصفه معجل و نصفه مؤجل و لم يذكر الوقت المؤجل ففيه خلاف ، قال بعضهم يبطل الأجل ويجب الصداق حالا و قال بعضهم يصح الأجل ويحمل على وقت الفرقة بالموت او الطلاق¹ .

أما **الحنابلة** فيرون أنه يجوز أن يكون الصداق معجلا او مؤجلا أو بعضه مؤجلا و بعضه معجلا، لأنه عوض في معاوضة ، فجاز ذلك فيه كالثمن ، فإنه أطلق ذكره اقتضى الحلول فإن اشترط مؤجلا إلى وقت ، فهو إلى أجله و إن أجله و لم يذكر أجله فإن أحمد قال إذا تزوج على العاجل و الأجل فلا يحل الأجل إلا بموت أو فرقة² .

وذهب **الشافعية** إلى أنه يجوز تأجيل الصداق بشرط أن لا يكون الأجل مجهولا سواء كان المؤجل كل الصداق أو بعضه ، فلو تزوجها على مائة إلى أجل و لم يذكر وقت الأجل أو تزوجها إلى وقت الحصاد أو وقت نزول الغيث ، فإن التسمية تفسد ، و يكون لها مهر المثل ، و إذا تزوجها على مائة منها خمسون مقدمة ، و خمسون مؤخرة إلى الموت أو الطلاق فسدت تسمية الصداق و وجب لها مهر المثل ، لا ما يقابل الخمسين المجهولة و ذلك لأنه يتعذر توزيع المائة مع الجهل بالأجل³ .

2/ حالات الصداق في القانون الجزائري

نصت المادة 15 من قانون الأسرة على أنه " يحدد الصداق في العقد سواء أكان معجلا أو مؤجلا و في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل " .

1- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص 139 ، انظر أيضا محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه علوم ،جامعة الحاج لخضر، باتنة ، الجزائر ، 2009 ، ص 352 .

2- ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، ج 10 ، مرجع سابق ، ص 115 .

3- عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق ، ص 141 ، انظر أيضا شمس الدين بن محمد بن الخطيب ، مغني المحتاج ، ج 3 ، مرجع سابق، ص 304 .

و يتضح من خلال هذا النص أن صور الصداق أو حالات الصداق في قانون الأسرة الجزائري 03 هي :

- أن يكون معجلا كله .
- أن يكون مؤجلا كله .
- أن يكون جزء منه مؤجل و الآخر معجل حسب اتفاق الطرفين ، و في كل الحالات يجب أن يكون الصداق مسمى في العقد¹ .

و لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حلول أجل الصداق المؤجل في حالة عدم الاتفاق على الأجل و هو من الفراغ التشريعي الذي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب م 222 من قانون الأسرة .

و لم نقف في هذه المسألة على اجتهاد للمحكمة العليا ، و نذكر في هذه المسألة قرار قضائي صادر عن غرفة شؤون الأسرة بمجلس الأغواط ، مؤرخ في 2020/01/23 جاء في أسبابه : (حيث ثبت للمجلس أن المحكمة عاملت المصوغ على أنه من متاع بيت الزوجية المتنازع فيه ، و أدت اليمين للزوج لإنكاره و أعفته من رده ، حيث أن المحكمة جانبت الصواب في ذلك ، إذ أن المستأنفة قدمت نسخة من عقد الزواج التوثيقي المحرر من قبل الموثق بتاريخ ... والذي يثبت أن الطرفين اتفقا على صداق معجلة 150.000 دج و 03 خواتم من الذهب و مؤجلة مصوغ يتمثل في (أساور و قلادة من ذهب بقيمة 60 غ من الذهب ، و أنه وحسب العقد لم يضاف أجل معين لسداده ، و حيث أنه و حسب المادة 15 من قانون الأسرة فإن الصداق يحدد في العقد ، سواء أكان معجلا أو مؤجلا " ، فقد أجاز المشرع الأخذ بتأجيل الصداق كله أو بعضه إلا أنه لم يوضح مذهبه في حال عدم الاتفاق على آجال استحقاقه، و حيث أنه و حسب المادة 222 من قانون الأسرة فإنه في حالة عدم ورود النص في قانون الأسرة على المسألة أو بعض أفرادها يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشأنها ، و أنه بالرجوع إلى رأي الجمهور في الفقه الإسلامي فإن محل الصداق دين في ذمة الزوج ، و هو حق من حقوق المرأة على زوجها و مرجع استيفائه إلى الشرط حين العقد إن وجد ، أو إلى العرف السائد في مجتمع الزوجين ، فإذا اشترط أن المؤخر يحل في أجل معين بعد سنة أو سنتين ونحوه ، أو أقل من ذلك أو أكثر ، فالواجب على الزوج أن يفديه في الأجل المحدد لقوله صلى الله عليه وسلم إن أولى الشروط أن

1- و الواضح أن المشرع الجزائري في هذه المسألة لم يأخذ بالمذهب المالكي الذي يرى كراهية تأجيل الصداق و أخذ برأي الجمهور .

يوفى بها ما استحللتم به الفروج ، فإن لم يحدد الأجل ، فإن الأجل يحل عند الفرقة بطلاق أو وفاة ، يقول ابن القيم في كتابه أعلام الموقعين ((و إن لم يسميا أجلا بل قال الزوج مائة مقدمة و مائة مؤخرة ، فإن المؤخر لا يستحق المطالبة به إلا بموت أو بفرقة و هذا هو الصحيح ، و هو منصوص أحمد فإنه قال إذا تزوجها على العاجل و الآجل لا يحل الأجل إلا بموت أو بفرقة ... و هو اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية و قول النخعي و الشعبي و الليث بن سعد ...))¹

فالواضح من هذه الأسباب أن القرار أخذ بالمذهب الحنبلي و رأي ابن القيم و ابن تيمية و هو الراجح عندنا ذلك أنه يتفق مع ما جرى عليه العرف في المنطقة ، كما ان الصداق يكون دينا للمطلقة فمن الطبيعي ان يحل بنهاية عقد الزواج بالطلاق او الوفاة مثله مثل الثمن في عقود المعاوضة و الله اعلم ، وهو ما رجحه بعض شراح قانون الأسرة و منهم الدكتور عبد العزيز سعد².

ج / استحقاق الصداق و سقوطه

1/ استحقاق الصداق

1-1 / استحقاق الصداق في الفقه الاسلامي

اتفق الفقه أن من مؤكدات الصداق الدخول و الوفاة و اختلفوا في الحالة الثالثة الخلوة الصحيحة على تفصيل بينهم

فيري المالكية³ أن الأمور التي يتأكد بها كل الصداق أي يثبت بها كله بعد أن كان نصفه ثابتا بالعقد ثلاثة ، الأول : الوطاء و يشترط فيه أن يكون واقع من بالغ و أن تكون المرأة مطيقة ، فلو كان غير بالغ أو كانت هي صغيرة لا تطيق الوطاء ، فإن الوطاء لا يتقرر به كل صداق .

و الثاني : هو موت أحد الزوجين فيتقرر به جميع الصداق المسمى في العقد أو بعده . أما إذا مات أحدهما في نكاح التفويض⁴ . و كان ذلك قبل الدخول و قبل أن يفرض فيه المهر ، فإنها لا تستحق شيئاً ، ولا فرق في ذلك أن يكون العقد صحيحاً أو فاسداً فساداً غير مجمع عليه ، كما لو عقد عليها و هو محرم أو عقد عليها بدون ولي فإن هذا و إن كان فاسداً عند المالكية و لكنه صحيح عند الحنفية ، فيجب به كل المهر حال الموت و نصفه حال الطلاق وإذا ماتت

1- قرار غرفة شؤون الاسرة بمجلس قضاء الاغواط ، مؤرخ في 23-01-2020 فهرس 20/61 ، غير منشور .

2- عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 47 - 48 .

3- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج4 ، مرجع سابق ، ص 101/102 .

4- نكاح التفويض هو أن تفوض المرأة وليها بزواجها بالمهر الذي يريد ، أو يفوض وليها للزوج فرض المهر الذي يراه .

المرأة بقتل نفسها كراهة في زوجها ، فإن لها الحق في الصداق أما إذا قتلت زوجها تخلصاً منه ، فعليه خلاف و الظاهر أنها لا تستحق الصداق بل تعامل بنقيض غرضها لئلا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء أزواجهن¹ ، و الثالث إقامة سنة عند زوجها و إن لم يدخل بها فإن إقامتها هذه المدة يتقرر بها كل الصداق ، فتقوم مقام الوطاء ، فهذه هي الأمور الثلاثة التي يتقرر بها كل الصداق. وإن ادعت الزوجة أنه وطأها وأنكر و هو ينظر ، فإن كان قد اختلى بها خلوة اهتداء . و تسمى خلوة إرخاء الستور².

و التي تثبت بإقرارها أو بشهادة الشهود و لو امرأتين - حلفت المرأة اليمين على دعواها الوطاء ، فإن حلفت استحقت كل المهر أما إن نكلته حلف الرجل ، فإذا حلف استحقت نصف المهر فقط ، و إن نكل استحقت كل المهر ، و شرط لهذا الحكم بلوغ الزوجة ، فإن كانت صغيرة و ادعت الوطاء مع ثبوت خلوة الاهتداء حلف الزوج و استحقت نصف المهر و وقف النصف الآخر حتى تبلغ و تحلف فإن حلفت استحقت النصف الثاني ، و إن نكلت فلا تستحقه و لا يلزم في هذه الحالة تحليف الزوج مرة أخرى ، و لا يبطل دعوى المرأة الوطاء قيام مانع بها من حيض أو نفاس أو صوم أو إحرام أو نحو ذلك، و قيل يبطل ذلك دعواها إن كان الزوج معروف بالعفة و الصلاح ، و المشهور الأول، و إذا اختلى بها خلوة اهتداء و ادعت عدم الوطاء و وافقها الزوج على ذلك صدقت بدون يمين ، سواء أكانت بالغة رشيدة أو سفيهة لا تحسن التصرف في المال أو كانت صغيرة ، أما إذا لم يوافقها الزوج بأن قال بأنه وطئها و هي أنكرته فإن كانت سفيهة أخذ بإقراره ، أما إذا كانت رشيدة، و هي الحرة البالغة التي تحسن التصرف، فلا تخلو إما أن يصير على إقراره و تصر هي على تكذيبه و في هذه الحالة يؤخذ بإقراره هو الاحتمال أنه وطئها و هي نائمة أو غائبة العقل لأمر ما ، و إما أن لا يصير على إقراره بل رجع عنه و هي مصرة على تكذيبه و في هذه الحالة يؤخذ برجوعه أيضا ، فإن رجع هو على إقراره و رجعت هي عن

1- انظر في تفصيل ذلك أبو زهره ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 189.

2- خلوة الاهتداء أو إرخاء الستور و يقصد بها أن يوجد معها وحدها في محل و يرخى الستور على نوافذه إن كانت ستور و إلا فيكفي غلق الباب الموصل لهما بحيث لا يصل لهما أحد ، و سميت خلوة الاهتداء لما فيها من الهدوء و السكون لأن كل واحد منهما يهتدى للآخر و يسكن إليه ، و تقابل خلوة الاهتداء خلوة الزيارة و هي أن تزوره في بيته أو يزورها في بيتها أو يزور الاثنان شخص ثالث في بيته ، انظر الموسوعة العربية موقع <http://arab-ency.com.sy/law/detail/163624> عليه بتاريخ 2021-05-21 و انظر ايضا عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 101.

إنكاره، فإن كان رجوعها قبل رجوعه ثبت الوطء، وإن أقرت هي بالوطء بعد أن رجع هو عن هذا الإقرار، فليس لها إلا النصف كاستمرارها على تكذيبه .

إما في خلوة الزيارة فإن زارته في بيته و ادعت الوطء وأنكره ، صدقت بعد أن تحلف اليمين على ذلك وإن زارها في بيتها و ادعت و أنكره ، عمل بقوله بيمينه أيضا و مثل ذلك ما إذا زارا أجنبيا في بيته فإنها إذا ادعت الوطء و هو أنكره عمل بقوله مع يمينه ، لأن الظاهر يصدقه وإن ادعى هو الوطء وأنكرت هي كان الحكم ما تقدم في خلوة الاهتداء .

وقال الحنفية يتأكد المهر و لا يحتمل السقوط بأمور الأول هو الوطء حقيقة أو حكما في عقد صحيح ، فالحقيقي هو إيلاج الحشفة أو قدرها في قبل المرأة ، و الحكم هو الخلوة بشرائطها. وثانيهما هو موت أحد الزوجين فإذا مات الزوج موت طبيعيا أو مقتولا بيد أجنبي أو بيد زوجته أو قتل نفسه ، فإن الصداق المسمى يتقرر كله للزوجة فإن لم يكن مسمى تقرر لها صداق المثل ... و إذا كانا معا فإن تقادم العهد و لم يتيسر للقاضي معرفة مهر المثل فإنه لا يقضي لورثة الزوجة شيء عند أبي حنيفة ، أما إذا لم يتقادم و أمكن معرفة مهر المثل فإنه يقضى به بالاتفاق. و ثالثهما الخلوة الصحيحة و هي أن يجتمعا في مكان ، و ليس هناك مانع يعنهما من الوطء سواء حسيا أو شرعيا أو طبيعيا .

أما الأمر الرابع الذي يتأكد به جميع الصداق عند الحنفية فهو ما إذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا بعد الدخول بها ، ثم راجعها ثانيا و هي في عدتها منه بمهر جديد ، فإن المهر المسمى لها في العقد الثاني يثبت لها جميعه بمجرد العقد بدون دخول أو خلوة ، لأن وجودها في العدة قائم مقام الخلوة و زيادة، و قد اعترض بعضهم على الزيادة بأنها استحققت الصداق بناء على الوطء الأول ، و العدة أثر من آثاره فكأنه دخل بها فلم يترتب استحقاقها الصداق كله على مجرد العقد الثاني ، بل على الوطء الأول . و يجاب على هذا بأن هذه الصورة لا و طء فيها على كل حال ، سواء ترتب كل المهر على العقد الحاصل في عدتها منه أو على الوطء الأول قبل طلاقها¹ .

وقال الشافعية يتأكد الصداق و يستحق بأمرين أحدهما الوطء ، و لا يشترط فيه الخلو من الموانع الشرعية ، فإن وطئها و هي حائض أو نفساء أو كان أحدهما صائما أو غير ذلك ، فإن المهر جميعه يتأكد بذلك .

1- عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 103 .

وثانيهما موت أحدهما قبل الوطء سواء أكان موت طبيعياً ، أو قتلت الزوجة الحرة نفسها أو قتلها زوجها ، أما إذا قتلت هي زوجها سقط مهرها ¹.

وأما الحنابلة فقالوا يتأكد المهر بأربعة أمور :

أولها الوطء في قبل أو دبر و لو كان ممنوعاً بأن وقع في حيض أو نفاس أو غيرهما ، وثانيها الخلوة ، وثالثها اللمس بشهوة و النظر إلى فرجها بشهوة و تقبيلها و لو بحضور الناس ورابعها موت أحد الزوجين ، و إذا كان بالزوجة عيب يوجب الفسخ و مات أحدهما قبل الفسخ كان لها صداقها كاملاً ، لأنه يتقرر بالموت ، ولا يرجع به الزوج على أحد ، لأن سبب الرجوع الفسخ و هو لم يحصل ، أما إذا فسخ قبل الدخول فلا شيء لها ².

1-2 / استحقاق الصداق في قانون الأسرة الجزائري³

نصّ المشرع الجزائري على استحقاق الزوجة للصداق في الفقرة الثانية من المادة 15 و المادة 16 من قانون الأسرة . و يمكن تقسيمها إلى ثلاث حالات :

1-2-1 / حالة استحقاق كامل الصداق

وفقاً لنص المادة 16 من قانون الأسرة فإن الزوجة تستحق كامل الصداق بالدخول أو بالوفاة .

1-2-1-1 / الدخول⁴: تستحق الزوجة كامل الصداق بالدخول طبقاً لنص المادة 16 من قانون الأسرة ، و ذلك بعد إبرام عقد الزواج الصحيح ، و تمام الدخول بالزوجة ، و قد أخذ المشرع في هذه الحالة بما ذهب إليه عامة الفقهاء .

1-2-1-2 / الوفاة: وفقاً لنص المادة 16 من قانون الأسرة ، أعطى المشرع الجزائري للزوجة كامل الصداق بالوفاة أي وفاة أحد الزوجين ، و المشرع لم يفرق بين الوفاة الطبيعية و القتل بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ولم ينص المشرع الجزائري ما إذا كانت وفاتها غير طبيعية كالانتحار أو القتل على حكم استحقاقها للمهر .

1- المرجع نفسه ، ص 106 ، وانظر في تفصيل ذلك محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص 189 .

2- عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 106

3- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 355.

4- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 272.

ثانيا / استحقاق الزوجة نصف الصداق

نصّ المشرع الجزائري على حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق في نص المادة 16 من قانون الأسرة ، و هو حالة الطلاق قبل الدخول ، و مؤدي ذلك أنه يوجد عقد زواج صحيح شرعا ، لأن الطلاق لا يكون إلا في الزواج الصحيح . و قد كرس ذلك في التطبيقات القضائية و جاء ذلك موافقا لما ذهب إليه المذهب المالكي .

ثالثا / استحقاق الزوجة صداق المثل

تناول المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 15 من قانون الأسرة، و تكون عند عدم تحديد الصداق أو تسميته بعد الدخول ، فهنا تستحق الزوجة صداق المثل ، وجاء في نص المادة 33 من قانون الأسرة : " أنه يثبت صداق المثل بعد الدخول إذا تمّ الزواج بدون الصداق.

و نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أحكام الخلوة الصحيحة هل تؤكد الصداق أم لا و قد تطرقنا في الباب الأول لهذه المسألة بمناسبة الحديث عن تفسير نص المادة 16 و رأينا الإختلاف الفقهي حول تفسيرها بين من اعتبر أن المشرع قد قصد بالدخول - الدخول الحقيقي أو الحكمي - وأن المسألة منصوص عنها ، وهناك من فسر الدخول بالدخول الحقيقي فقط واعتبر المسألة غير منصوص عنها واوصى بالرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

و قد وضّحنا أن المحكمة العليا اعتبرت الخلوة موجبة للصداق كاملا¹.

2. سقوط الصداق

نتناوله من خلال ذكر حالات سقوطه في الفقه الاسلامي ثم في القانون الجزائري .

2-1/ سقوط الصداق في الفقه الاسلامي²:

اختلف الفقه في المسألة، فذكر الحنفية أنه يسقط المهر كله بأحد أربعة أسباب و هي :

2-1-1/ الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة

و قبل الخلوة بها ، فكل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول و قبل الخلوة تسقط جميع المهر سواء كان من قبل المرأة أم من قبل الزوج، كأن ارتدت المرأة عن الإسلام أو أبت الإسلام و أسلم زوجها ، أو اختارت فسخ الزواج لعيب في الزوج ، و مثله فيما إذا فسخ ولي المرأة الزواج لعدم كفاءة الزوج ، ففي هذه الأحوال التي يتم فيها فسخ الزواج قبل الدخول يسقط جميع المهر ، لأن الفرقة بغير طلاق فيكون فسخ للعقد ، و الفسخ قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر لأن

1- ارجع إلى الباب الأول من هذا البحث ، ص 47.

2- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي أدلته ، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 295 ،

فسخ العقد رفعه من الأصل و جعله كأن لم يكن، و قال المالكية أن فسخ الزوج النكاح أو ردّه يعيب في الزوجة قبل الدخول لا يوجب لها شيئاً ، فهم يوافقون الحنفية ، و لا شيء لها في نكاح التفويض عندهم إذا مات الزوج أو طلق قبل الدخول¹ .

و الضابط العام بكل فرقة يسقط بها المهر غير المؤكد بدخول أو خلوة ، أنها الفرقة التي تكون كالنقض للعقد من أصله من أي جانب كانت² .

وفصل الشافعية و الحنابلة بين ما إذا كانت الفرقة بسبب الزوجة ، و بين ما إذا كانت بسبب غيرها ، فقالوا الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها تسقط المهر المسمّى و المفروض و مهر المثل، أما الفرقة الحاصلة قبل الدخول بسبب الزوجة كطلاق و الخلع ، و لو باختيارها كأن فوض الطلاق إليها فطلقت نفسها أو علق الطلاق بفعلها ففعلت ، أو أسلم الزوج أو ارتد أو لاعن وأرضعت أمه زوجته ، أو أرضعت أمها له و هو صغير فلا تسقط المهر بل تشطره ، فيثبت لها نصف المهر، كما في حالة الطلاق في الآية " و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن " .

2-1-2/ الخلع على المهر قبل الدخول أو بعده: إذا خالع الرجل امرأته على مهرها يسقط المهر كله ، فإن كان المهر غير مقبوض سقط عن الزوج ، و إن كان مقبوضاً ردتّه على الزوج ، و إن خالعه على مال سوى المهر يلزمها المال و يبرأ الزوج عن كل حق وجب لها عليه بالعقد ، كالمهر و النفقة الماضية في قول أبي حنيفة - لأن في الخلع - و إن كان طلاقاً بعوض - معنى البراءة .

3- الإبراء عن كل المهر قبل الدخول أو بعده يسقط به لمهر ، إذا كانت المرأة من أهل التبرع و كان المهر ديناً في الذمة ، و هو النقود و جميع المكيلات و الموزونات إذا لم تكن معينة ومقصودة لذاتها ، لان الإبراء إسقاط و الإسقاط ممن هو أهل له في محل قابل له يوجب السقوط.

4- هبة الزوجة كل المهر للزوج متى كانت أهلاً للتبرع، و قبل الزوج الهبة في المجلس سواء كانت الهبة قبل القبض أم بعده .

1- ابن حزي ، مرجع سابق ، ص 339.

2- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 204.

2-2/ سقوط المهر في القانون الجزائري

لم ينصّ المشرع الجزائري على حالات سقوط المهر¹، لذا فإن هذه المسألة من المسائل غير المنصوص عنها ، و التي على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بشأنها طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة ، و لم نصادف أي قرار للمحكمة العليا يتعلق بسقوط الصداق فيما عرض لنا من اجتهادات منشورة.

3 / الاختلاف في الصداق

3-1/ الاختلاف في الصداق في الفقه الإسلامي : الاختلاف في الصداق قد يكون في تسمية وقد يكون في المقدار، وقد يكون في القبض على التفصيل الآتي:

3-1-1/ الاختلاف في التسمية أي الاختلاف في المسمى ، فإذا ادعى أحدهما أن العقد قد اقترنت به تسمية صحيحة و ادعى الآخر أن العقد قد تم خالياً من التسمية ، فالبنية على من ادعى التسمية فإن أقامها ثبت مدّعاها ، لأنه هو المدعي والآخر هو المنكر وإن لم تكن له بينة وجهت اليمين إلى الآخر، وقضى عليه بالمسمى إن نكل عن اليمين لأن النكول عن اليمين حجة للمدعي على المدعى عليه ، وإن حلف قضي له بمهر المثل ، لأن المدعي عجز عن الإثبات ولا سبيل للقضاء بما ادعى، و عند خلو العقد من التسمية يكون مهر المثل هو الواجب وإن كان الاختلاف في حالة الطلاق قبل الدخول الحقيقي أو الحكمي ، فالحكم كذلك بالنسبة للإثبات أو على مدعي التسمية إقامة البينة فإن عجز حلف المنكر لها فإن نكل ثبتت الدعوى ، وإن حلف لا يثبت المسمى و حال عجزه عن ثبوتها تجب المتعة²، وبهذا قال الحنفية³.

و يرى المالكية أنه إن أقام المدعي البنية على ما يدعيه قضي له بما ادعى، و إن لم يقم البينة ، كان القول قول من يشهد له العرف في التسمية وعدمها مع يمينه فإنه إن ادعى الزوج انه تزوج المرأة تفويضا بدون تسمية عند معتادي التفويض ، وادعت هي التسمية فالقول له بيمينه و لو بعد الدخول أو الموت أو الطلاق فيلزمه أن يفرض لها صداق المثل بعد الدخول ولا شيء

1- على خلاف بعض التشريعات التي نصت عليها بالتفصيل ، مثلا المشرع الأردني في المواد من 47 إلى المادة 50 ، و المشرع المغربي في المادة 32 من المدونة.

2- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص220 و انظر أيضا عبد الكريم المدرس، الأنوار القدسية في الأحوال الشخصية ، مطبعة الجاحظ، ط1 بغداد، العراق ، 1990 ص 47.

3- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج7 ، مرجع سابق، ص 307

عليه في الطلاق أو الموت قبل الدخول، فإن كان المعتاد هو التسمية فالقول قولها بيمينها وثبت النكاح¹.

وقال الحنابلة²، إذا اختلف الزوجان أو ورثتهما في تسمية المهر فقال لم نسّم مهرا ، و قالت سمي لي مهر المثل فالقول قول الزوج بيمينه في أصوب الروايتين لأنه يدعي ما يوافق الأصل ، و لها مهر المثل بالدخول أو الموت ، فإن طلق و لم يدخل بها فلها المتعة لأن القول قوله في عدم التسمية فهي مفوضة

-وقال الشافعية لو ادعت المرأة التسمية و أنكر زوجها ذلك و لم يدع تفويضا تحالفا على الأصح ، لأن حاصلة الاختلاف في قدر المهر ، و لأنه يقول لا يجب مهر المثل و هي تدعي الزيادة عليه والتحالف ينتفي بيمين كل واحد منهما دعوى صاحبه ، فيبقى العقد بلا تسمية و يجب حينئذٍ مهر المثل³.

3-1-2/ الاختلاف في مقدار الصداق

الاختلاف في مقدار الصداق المسمى بأن تدعي الزوجة مهرا أو يدعي الزوج أقل منه ، وقد اختلف الفقهاء في حكمه كما يلي

-ذهب الحنفية و الحنابلة - في رواية - أن القول قول من يدعي مهر المثل منهما فإذا ادعت الزوجة مهر مثلها أولا أقل فالقول قولها و إن ادعى مهر المثل أو أكثر منه فالقول قوله و ذلك قياسا على المنكر في سائر الدعاوى ، أما إذا أقاما البينة قدمت بينة الزوج⁴ .
-أما المالكية فذهبوا إلى أنهما يحلفان ، فكل يحلف على ما ادعاه إن كانا راشدين و إلا حلف الولي و بعد ذلك يفسخ النكاح بطلاق، و يقع ظاهرا و باطنا و كذا أن نكلا معا إذا حلف أحدهما و نكل الآخر فإنه يقضى بدعوى الحالف ، و تبدأ بالحلف الزوجة، هذا إذا كانت دعوى كل واحد

1 - الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير، ج2، ص 491 ، ابن جزري ، القوانين الفقهية ، مرجع سابق، ص 340. انظر أيضا أحمد الصاوي ، مرجع سابق، ، ص 320. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج7 ، مرجع سابق ، ص 308.

2- ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني، ج10 ، مرجع سابق، ص 132 ، انظر أيضا منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع ، ج5 ، مرجع سابق ، ص 154.

3- الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، مرجع سابق ، ص 308. و انظر أيضا : أبي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي ، ج4 ، دار القلم ، ط1 ، دمشق سوريا ، 1996 ، ص 215. أيضا شمس الدين بن محمد بن الخطيب، مغني المحتاج ، مرجع سابق، ج3 ، ص 319

4- ابن لقدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني، ج10، ص132، أنظر أيضا محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي و تطبيقاته في قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص359. أيضا العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص298.

منهما في القدر أو الوصف تشبه المعتاد المتعارف بين أهل بلدهما ، أما إذا كانت دعوى أحدهما تشبه المتعارف والآخر لا تشبهه فالقول لمن أشبه بيمينه فإن نكل بعد توجيه اليمين عليه حلف الآخر ويقضى لمن حلف ولا يفسخ¹ .

-أما الشافعية² فذهبوا إلى أنهما يستحلفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قالها، وإن حلفا وجب مهر المثل لأنهما اختلفا في العوض المستحق في العقد و لا بينة ، فيتخالفان قياسا على المتبايعين إذا اختلفا في الثمن ، أما إذا كان مدعى الزيادة هو الزوج فلا تحالف لأنه معترف لما تدعيه ، و يبقى الزائد في يده.

3-1-3/ الاختلاف في قبض الصداق³ :

وصورته اختلاف الزوجان في قبض معجل الصداق كله او بعضه.

-فإذا كان الخلاف بين الزوجين قبل الدخول وجب على الزوج إثبات ما يدعيه فإن عجز عن ذلك كان القول للزوجة مع يمينها⁴.

-أما إذا كان الخلاف بعد الدخول فقد اختلف الفقهاء على النحو الآتي⁵:

ذهب الشافعي و أحمد و سفيان الثوري إلى أن القول قول الزوجة

و ذهب الإمام مالك في المشهور أن القول للزوج مع يمينه لأن العادة جرت بدفع معجل الصداق قبل الدخول ، فإن كان بلد الزوج ليس فيه هذا العرف فالقول للزوجة مع يمينها وإن أقام الزوج بينة حكم له ، و إن لم تكن له بينة حكم لها إذا حلفت اليمين و هو مذهب الحنفية أيضا، و إن كان الخلاف في مقدار المقبوض بأن ادعى مقدارا معيناً ، و ادعت أقل فعلى الزوج إقامة البينة وإلا فالقول قولها بيمينها لأن الظاهر يشهد لها.

1- عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4 ، مرجع سابق، ص153.

2- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج7 ، مرجع سابق ، ص 309. أنظر أيضا : شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج5، دار المعرفة، ط1، بيروت لبنان ، 1998، ص 216 .أيضا محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي و تطبيقاته في قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 360

3- العربي بلحاج، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص 299.

4- أبي اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، المذهب ، مرجع سابق، ص216 ، و انظر أيضا ابن قدامة، المغني ، ج10 ، مرجع سابق ، ص 135.

5- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي و تطبيقاته في قانون الأسرة ، مرجع سابق، ص 360-361، أيضا عبد الكريم زيدان، المفصل ، ج7 ، مرجع سابق، ص 140

3-2/ الاختلاف في الصداق في القانون الجزائري

نصت المادة 17 من قانون الأسرة (في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ، و إن كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين).

و نلاحظ أن المشرع لم يحدد صور النزاع في الصداق ، هل يكون في التسمية أو في المقدار أو في القبض كما فعل الفقه بحيث وضع قاعدة عامة وطبقها على جميع حالات النزاع في الصداق.

كما نلاحظ أن المشرع فرق بين النزاع في الصداق إن كان قبل الدخول أو بعده وحكم العرف وجعله يشهد للزوج الذي ليس له بينة ، فيكون القول للزوجة أو ورثتها قبل الدخول مع اليمين ، والقول للزوج أو ورثته مع اليمين بعد الدخول لأنه جرت العادة أن يعجل الصداق قبل البناء.

وعليه تكون القاعدة في النزاع في الصداق بأن يحكم للزوج الذي يقدم البينة، فإذا لم يكن لأحد الزوجين بينة قضي بما قالته الزوجة أو ورثتها قبل الدخول بشرط تأدية اليمين ، و يقضى للزوج لما يدعيه إذا حدث النزاع بعد الدخول مع يمينه وهو ما جرى عليه قضاء المحكمة العليا في عدة قرارات لها¹

وأعتقد أن عدم النص على صور النزاع في الصداق لا يعتبر من قبيل الفراغ التشريعي لأن الظاهر أن المشرع عمم الحكم الوارد في نص المادة 17 على جميع النزاعات التي قد ترد في الصداق ، سواء في التسمية أو القبض أو الوصف أو المقدار أو الجنس وغيرها. و من ثم فإن المسألة تدخل في دائرة المنصوص عنه و تخرج من دائرة الإحالة ، و لا يمكن للقضاة في تفسير النص في حالة الاختلاف في قبض الصداق التقيّد و الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في الحالات الأخرى لان إرادة المشرع واضحة من خلال صياغة النص فمصطلح النزاع جاء عاما فيشمل كل صور النزاع سواء في التسمية او في المقدار او في القبض او غيرها.

1- انظر قرار المحكمة العليا رقم 73515 ، المؤرخ في 18/06/1991 ، المنشور في المجلة القضائية لعام 1992، عدد 4، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 69. وقرارها رقم : 59335 ، المؤرخ في : 30/04/1990 ، المنشور بالمجلة القضائية عام 1992 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 29. وكلها قرارات عن النزاع في قبض الصداق و لم تصادف أي قرار للمحكمة العليا يوضح توجهها في النزاع في القسمة أو النوع أو الجنس أو الوصف ... الخ

الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الإحالة في مسألة الاشتراط في عقد الزواج

يرتبط الاشتراط في عقد الزواج بأحد أهم المبادئ التي تحكم العقد و هو مبدأ الرضائية ، كما أن لهذا الموضوع أهمية بالغة، فتنظيمه و توضيح أحكامه من شأنه التقليل من المنازعات التي قد تنور بين الزوجين، وهو من المواضيع التي أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً ، إلا أنها لم تأخذ حظها في التطبيق، لذا نحاول من خلال هذا الفرع التعريف بالشروط المقترنة بعقد الزواج و تبيين أهم صورها و أقسامها و مدى حرية المتعاقدين في الاشتراط فقهاً (أولاً) ثم توضيح كيف نظمها المشرع الجزائري والآثار التي رتبها عليها (ثانياً).

أولاً / الاشتراط في عقد الزواج فقهاً

نتناول من خلال هذا العنوان تعريف الشرط المقترن بعقد الزواج (أ) و أهم صورته (ب)

أ/ تعريف الشرط

1/ الشرط لغة: جمع شروط وشرائط و هو إلزام الشيء و التزامه و الشرط بالتحريك العلامة والجمع أشرط، و أشرط الساعة أعلامها ، قال تعالى : " فقد جاء أشرطها" . والاشتراط العلامة التي يجعلها الناس بينهم¹ ، وعلى هذا فالشرط له معنيين: الأول : الإلزام و الإلتزام.

و الثاني : هو العلامة (بالتحريك)

والمراد بالشرط في عقد الزواج هو المعنى الأول أي الإلزام و الإلتزام

2 / تعريف الشرط اصطلاحاً عرف القرافي المالكي الشرط بأنه : " ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم لذاته و لا يشتمل على شيء في المناسبة في ذاته بل في غيره"².

و عرفه الجرجاني في التعريفات بأنه : " ما يتوقف عليه وجود الشيء ، و يكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده ، و قيل ما يتوقف ثبوت الحكم عليه"³.

- أما الشرط المقترن بعقد الزواج :

1- ابن منظور ، لسان العرب ، ج7 ، ص 329 / 330.

2- القرافي أبي العباس أحمد ابن إدريس الصنهاجي ، الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، ج 1، تحقيق خليل المنصور دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت لبنان ، 1998 ، ص 106.

3- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني ، التعريفات ، مرجع سابق، ص 108.

فيعرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه : " ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه غرض، ويراد بها الشروط المقترنة بالإيجاب و القبول أي أن الإيجاب يحصل و لكن يصاحبه شرط من الشروط"¹.

- و عرفه الدكتور عبد القادر داودي بأنه " إشتراط أحد طرفي العقد شرطا زائد يريد به تحقيق منفعة لنفسه أو يقلص به حدود منافع غيره و يرضي الطرف الثاني بهذا الشرط"².

ب/ صور الاشتراط في عقد الزواج

ميز الفقه الإسلامي بين عدة أنواع من الشروط ، فقسما إلى الشروط الصحيحة، و الشروط غير الصحيحة، و الشروط المختلف فيها .

1 / الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء³

وهي الشروط التي تكون موافقة لمقتضى عقد الزواج بأن تكون موجبة لحكم من أحكام العقد أو مؤكدة لحكم يقتضيه العقد أو تكون هذه الشروط قد دل على صحتها أو إعتبارها دليل من الشرع

1-2 / الشروط الموافقة لمقتضى العقد

وهذه الشروط قد تكون موجبة لحكم من أحكام عقد الزواج أو مؤكدة لحكم يقتضيه هذا العقد

1-2-1 / الشروط الموجبة لحكم من أحكام عقد الزواج

وهي التي تجب بالعقد من غير شرط ، كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون ذات دين أو أن تقرّ في بيت الزوجية و لا تخرج منه إلا بإذنه أو أن تكون مطيعة له، أو أن تكون خالية من الموانع الشرعية و نحو ذلك ، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن يدفع لها مهرا أو ينفق عليها أو أن يعاشرها بالمعروف و نحوه ، فهذه الشروط صحيحة باتفاق الفقهاء ، لأنها توجب حكما من أحكام عقد الزواج التي رتبها الشارع على العقد و جعلها من آثاره ، فالوفاء بها واجب سواء اشترطت في العقد أو لم تشترط

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 ، مرجع سابق، ص 53.

2- عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية ، في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 158

3- محفوظ بن الصغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص

45، انظر شرحا لذلك وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7 ، ص 54 ، وعبد الكريم زيدان، المفصل ، ج6، مرجع

سابق ص 135 ، ابن قدامة، المغني ، ج9 ، مرجع سابق، ص 483، لمطاعي نور الدين ، الشرط المقترن بالعقد ، رسالة

ماجستير، جامعة الجزائر ، 1995/ 1996 ، ص 244.

1-2-2 / الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه العقد

وهي شروط لا توجب حكم من أحكام العقد ولكنها تؤكد حكما من الأحكام التي يقتضيها العقد، كأن تشترط الزوجة أو وليها أن يضمن والد الزوج وفائه بالمهر، أو بالإئناق عليها بما يتناسب مع أمثالها

ولما كان هذا الشرط يؤكد حكم اقتضاه العقد، فهو شرط صحيح باتفاق الفقهاء ، لأنه يضمن الوفاء بأحكام العقد وآثاره المالية.

1-2 / الشروط التي دلّ على اعتبارها دليل شرعي

وهي الشروط التي دلّ على صحة اعتبارها دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع، فإذا اشترط أحد الزوجين شرطا من هذه الشروط كان صحيحا باتفاق الفقهاء ، كأن يشترط الزوج على زوجته التزام الحجاب خارج البيت و مع غير المحارم و نحو ذلك .

2 / الشروط غير الصحيحة باتفاق الفقهاء

وهي نوعين شروط مناقضة لمقتضى العقد، وشروط نهى الشارع عنها

1-2 / الشروط المناقضة لمقتضى العقد

وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد و لا تؤكد إحدى أحكامه، ولم يرد نص من الشرع بجوازها، ولم يجري بها العرف ، فإذا اقترن العقد بمثل هذا الشرط كان الشرط باطل باتفاق الفقهاء، كان يشترط الزوج على زوجته أن لا يكون لها مهر أو لا يكون لها نفقة ، أو أن تشترط هي عدم طاعته أو أن يكون لها أكثر من ضررتها من القسم ، و هذه الشروط باطلة لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلا تصح ، و يصح العقد مع بطلان هذه الشروط لأنها تعود إلى معنى زائد في العقد ، لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به¹.

2-2 / الشروط المنهي عنها شرعا

وهي الشروط التي ورد نهى الشارع عنها بنصوص صريحة، كأن تشترط الزوجة طلاق ضررتها، وأن يشترط شخص على آخر أن يزوجه ابنته أو أخته مقابل أن يزوجه أخته أو ابنته ويجعلا صداق هذه بتلك (زواج الشغار) ، أو أن يشترط الزوج تأقيت الزواج (الزواج المؤقت)، فهذه الأنكحة قد وردت نصوص على النهي عنها فتكون باطلة بسبب ذلك النهي .

1- ابن قدامة ، المغني ، ج9 ، مرجع سابق ، ص 286

3/ الشروط المختلف في صحتها

و هي شروط لا تكون موافقة لمقتضى العقد و لا منافية لمقتضاه. و لم يرد من الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، و يكون فيها منفعة للمشتري، كأن تشترط الزوجة على زوجها أن لا يتزوج عليها، أو أن لا ينقلها من دارها أو من بلدها أو أن لا يسافر بها إلى بلد آخر ، فهذه الشروط اختلف الفقهاء حول صحتها إلى رأيين :

الرأي الأول: و هو مذهب الحنابلة و إسحاق ابن راهوية و الأوزاعي و اختيار شيخ الاسلام ابن تيمية و تلميذه ابن القيم ، و مفادها أنها شروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بها و أدلتهم في ذلك¹ :

- حديث عقبة بن عامر عن الرسول صلى الله عليه و سلم " أحق الشروط أن توفوا بها ما استحلتم به الفروج " ²، فهذا الحديث أوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج و لو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص ، لأن ما لا دليل له من الشروط يكون هذا الحديث دليلاً بمقتضى عموم لفظه و شمول ما يدل عليه و تأكيد طلب الوفاء به.

- أن الشروط فيها منفعة مقصودة لمشتريها و كان رضاه بالعقد على أساسها و هي لا تمنع تحقيق مقاصد النكاح التي قام الدليل الشرعي على طلبها فكان لا بد من الوفاء بها إجابة للأمر العام الذي تضافرت النصوص عليه ، و هو وجوب الوفاء بالعقود و العهود و إن حصل خلل في الوفاء فقد حصل خلل في الرضا الذي هو قوام العقد و كان حقا أن ينظر في رضا المشتري من جديد أيرضى بالعقد مع تخلف الشرط أم لا يرضى فيفسخ العقد لقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون عند شروطهم ، إلا شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً"³.

1- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 160/159.

2- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره ، الجامع الصحيح ، تحقيق أحمد محمد شاكر ، مطبعة مصطفى الباني ، ط2 القاهرة، مصر ، 1978 ، كتاب الأحكام ، باب الصلح ، حديث رقم 1352، ص 1742 ورواه البخاري (أبي عبد الله محمد بن اسماعيل) ، محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، (كتاب الشروط ، باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ، حديث رقم 2721، ص 666 وايضا الحديث رقم 5151 ص 1313).

3- محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الإجارة، باب أجر السمسة، ص 543.

الرأي الثاني:¹ و هو رأي الجمهور من الحنفية و الشافعية و بعض الفقهاء، و مؤداه أن أي شرط لا يكون من مقتضى العقد و لا مؤكداً له و لم يرد من الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به فيكون شرطاً لاغياً و لا تأثير له في صحة العقد و استدلوا بالأدلة التالية :

- ما روي عن عائشة رضي الله عنها: قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، و إن اشترط مائة شرط"².

وقد أجب عن ذلك أن المراد بالشرط الذي ليس في كتاب الله، الشرط الذي ليس في حكم الله تعالى وشرعه و هذه الشروط هي محل الخلاف .

- قوله صلى الله عليه وسلم: " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". ووجه الدلالة لديهم من هذا النص على بطلان الشروط التي لم يرد ما يدل عليها من الشرع، قال أبو زهرة: " و لو قلنا بالإلزام بالشرط من غير دليل خاص يثبت له كان الشرط محرماً للحلال، إذ يمنع من حق كان للإنسان و يجعل ما لم يكن لازماً في مرتبة الوجوب. كما استدلوا بأن آثار العقد من صنع الشارع صيانة لعقد الزواج من الاضطراب و منعاً للناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأهوائهم، فتخرج من معناها و ما يحوطها به الشارع من تقديس³.

وأجيب عن ذلك بأنه لا تعارض بين آثار عقد الزواج التي هي من صنع الشارع بالاتفاق، وبين القول بصحة الشروط التي يشترطها الزوجان طالما أنها لا تتنافى مع مقتضيات هذا العقد، ولم يرد عن الشارع ما يدل على عدم اعتبارها، لان من شرط شيئاً من ذلك دافعه إلى هذا الاشتراط هو تحقيق مصلحة لا تتعارض مع مقاصد الشريعة ومبادئها العامة التي قررها الشارع.

1- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ص 460.

2- محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، كتاب المكاتب ، باب ما لا يجوز من الشروط حديث رقم 2561 ص 621

3- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 160/159.

- و بين رأي الحنابلة الذي يوجب الوفاء بالشروط و الحنفية و الشافعية الذين ضيقوا من دائرة الشروط، يبقى رأي المالكية أقرب للتطبيق كونه يجمع بين الرأيين فيرى استحباب الوفاء بالشروط، فإذا لم يَفِ الزوج بالشروط لم يكن للمرأة حق الخيار في الفسخ¹

ثانيا / الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة و آثاره

نظم المشرع الجزائري الشروط المقترنة بعقد الزواج من خلال نص المادة 19 من قانون الأسرة التي تنص "للزوجين أن يشترط في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

فيلاحظ أن المشرع قد أطلق حرية الزوجين في الاشتراط ولم يقيدها إلا بقيد واحد فقط وهو عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة، و المقصود بهذه الأحكام كل الآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد².

وهذا يعني أن صحة الشرط أو فساده يتوقف على مطابقته او مخالفته للنصوص القانونية الواردة في قانون الأسرة.

وقد خصّ المشرع من بين الشروط شرط عدم التعدد و شرط الخروج للعمل، وأعطى للزوجة في حالة مخالفة هذين الشرطين وغيرهما من الشروط الصحيحة الموافقة لمقتضى العقد الحق في طلب التطلق الذي اعتبره المشرع طلاقاً لا فسحاً طبقاً لنص المادة 53 من قانون الأسرة.

وعموما فالمشرع الجزائري و انطلاقا من المبدأ العام في العقود "العقد شريعة المتعاقدين - أخذ بمذهب الحنابلة في مجال الاشتراط في عقد الزواج و أوجب الوفاء بالشروط و رتب في حالة عدم الوفاء حق المرأة في طلب التفريق.

إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح مسالة إخلال الزوجة بالشروط المتفق عليها أثناء إبرام العقد وبعده، فهل تعتبر الزوجة ناشزاً؟ أم أنه إذا لجأ إلى الطلاق لا يعتبر تعسفا و يسقط حقها في التعويض؟.

1- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ص 465.

2- بوراق فتيحة ، الاشتراط في عقد الزواج دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي ، رسالة ماجستير ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2015/2016 ، ص 33. انظر أيضا : عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 168.

في الحقيقة لم تجب المحكمة العليا على هذه التساؤلات و لم نجد ضمن قراراتها المنشورة ما يرد على هذه الفراغات .

إلا أنه ما يلاحظ على إجتهد المحكمة العليا في هذا الصدد أنها أهملت معيار الرجوع إلى الشريعة الإسلامية عند تكييفها للشرط ، هل هو من مقتضيات العقد أم يتنافى معه و من أهم قراراتها نجد مثلا القرار الصادر بتاريخ 2000/10/17 ملف رقم : 1293¹ ، و الذي جاء فيه : " حيث يستخلص من دراسة عقد الزواج المبرم بين الطرفين أمام الموثق، أن المطعون ضدها اشترطت على الطاعن حق البقاء في السكن الزوجي في حالة الخلاف بينهم ، أو في حالة الطلاق و أنها لن تغادر بيت الزوجية إلا في حالة إعادة زواجها ، و ما دام الزوج قد وافق على هذا الشرط فعقد الزواج يعد شريعة بين الطرفين بالإضافة إلى ذلك ، فالحق في البقاء في السكن لصالح الزوجة يعتبر وصية بمنفعة لمدة غير محددة وهذا الحق يعد عمريا في الشريعة الإسلامية، أما الحكم على الطاعن بتوفيره لمطلقة سكن آخر في حالة تعذره توفير السكن مضمون عقد الزواج لا يعتبر انحرافا لهذا العقد ، بل مكنه لطاعن كونه دفع أمام المجلس بأن بقاء المطلقة معه في نفس السكن غير معقول مما يجعل الوجه غير مؤسس" فيتضح من خلال هذا القرار أن الزوجة اشترطت على زوجها في العقد أنها تبقى في بيت الزوجية في حال اختلافهما أو طلاقهما حتى تعيد الزواج ثانية ، وانه ومن الثابت من أسباب القرار فان المجلس ألزم الزوج بتوفير السكن آخر غير بيت الزوجية للطاعنة بحجة انه لا يمكنها العيش مع طليقها في نفس المنزل لأنه أصبح أجنبيا عنها ، وهذا فيه إخلال بنظام العام والآداب العامة كما أنه يخالف أحكام قانون الأسرة، فتدخلت المحكمة أو المجلس وعدّل الشرط و ألزم الزوج بإسكانها حتى تاريخ زواجها في سكا آخر غير بيت الزوجية واعتبرت المحكمة العليا أن هذا الشرط من الشروط الصحيحة التي يجب الوفاء بها ، كما كيفت شرط البقاء في بيت الزوجية لصالح الزوجة بمثابة الوصية بمنفعة غير محدودة وهو حق عمري في الشريعة الإسلامية.

ورغم إقرار المحكمة العليا في هذا القرار بحرية الإشتراط ورجوعها إلى المذهب الحنبلي في ترتيب آثار الشرط ، إلا أننا نعتقد أن تكييف الشرط على أنه وصية بمنفعة غير محدودة

1- المجلة القضائية ، لعام 2003 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 280. أنظر أيضا العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 99 .

لا ينسجم مع وثائق الملف لأن بقاء المطلقة في بيت الزوجية لا يكون كذلك الا متى كانت معتدة من طلاق رجعي، أما للمطلقة البائنة التي أصبحت أجنبية على الزوج ، فان القول بصحة الشرط و إبقائها في السكن فيه مساس بالآداب العامة و الأخلاق و يخالف احكام قانون الاسرة بينما إشتطت المادة 19 من قانون الأسرة للاعتداد بالشرط الأ يخالف أحكام قانون الاسرة نفسه، كما أن تدخل المحكمة وتعديل الشرط بإلزام المطلق بتوفير سكن آخر غير سكن الزوجي هو إخلال في حد ذاته بالشرط ، وكان الأجدر حسب رأينا إلغاء الشرط وعدم الاعتداد به لعدم صحته ولمخالفته احكام قانون الاسرة لا سيما المادة 19 منه .

ومن اجتهادات المحكمة العليا أيضا في باب الاشتراط نجد قرارها الصادر بتاريخ 1988/06/20 ملف رقم 149575¹ والذي جاء ضمن أسبابه (من المقرر شرعا أن الشرط الوارد في عقد الزواج الذي يقتضيه العقد ولا ينافيه ، والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير على ارادة الزوج لا يلزم الزوج به ،ولا يؤثر في عقد الزواج ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للأحكام الشرعية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده لزوجته بالبقاء بالعاصمة يكونون بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، وفرضوا عليه قيда هو مخيرا فيه ،ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه ...).

ويتضح من خلال وقائع هذا الملف أن الزوجة اشتطت في عقد الزواج أن لا يخرجها زوجها أو ينتقل بها إلى خارج العاصمة وهو من الشروط المختلف فيها حسب ما تقدم ذكره ، و يبدو أن المحكمة العليا تبنت رأي الجمهور من الحنفية والشافعية الذين اعتبروا هذه الشروط لاغية ولا تؤثر على صحة العقد ، و خالفت بذلك المذهب الحنبلي الذي اخذ به في هذا الملف قضاة الموضوع والذي ينسجم أكثر مع توجه المشرع الأسري في تنظيمه للموضوع الشرط المقترن بعقد الزواج .

ويبدو أن قرار المحكمة العليا أعلاه لم يوضح سبب اخذه برأي الجمهور ومخالفته مذهب المشرع في باب الاشتراط ، و اعتبرت أن الخروج عنه يعد مخالفا لشريعة رغم انه من الشروط المختلف فيها .

1- المجلة القضائية لعام 1991 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 54 .

ولم يستقر رأي المحكمة العليا على هذا الاختيار والتوجه إذ ذهبت في قرارها الصادر في 2006/04/12 ملف رقم 358655¹ الى عكس رأيها السابق والذي جاء فيه (تقييم الزوجة كقاعدة عامة ، حيث يقيم زوجها و يحق لها اشتراط تحديد مكان الإقامة الزوجية عند أو بعد إبرام عقد الزواج .

وتبقى مسألة تحديد طبيعة الشرط هل هي من الشروط المتفق على صحتها أو المختلف فيها أو المتفق على بطلانها مسألة اجتهادية تتطلب عناية السادة القضاة بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية في إطار المادة 222 من قانون الأسرة إعمالا لقاعدة الإحالة .

المطلب الثاني : تطبيقات قضائية لقاعدة الاحالة في باب آثار الزواج

ونتاول من خلاله أمثلة عن حالات الفراغ القانوني في باب آثار عقد الزواج وتوجه القضاء فيها تكريسا لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في فرعين نخصص الاول لتطبيقات قاعدة الإحالة في باب النسب(فرع اول) ثم نتناول تطبيقات قاعدة الإحالة في باب النفقة الزوجية(فرع ثاني) .

الفرع الأول : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب النسب

النسب لغة مأخوذ من الفعل نسب ، بمعنى اتصال الشيء بالشيء، و يسمى النسب شيئا لاتصاله، و الاتصال به، و انتسب إليه اعتزى ، و الاسم النسبة تجمع على نسب ، و الجمع أنساب مثل سبب وأسباب و يقال نسيبه أي قريبه².

ويعرف اصطلاحا بأنه رابطة شرعية بين شخصين يثبت ل كليهما بمقتضاه مجموعة من الالتزامات، تبني عليها الشرعية³.

ولم يعرف المشرع الجزائري النسب واكتفى بالنص على أسبابه وطرق إثباته من خلال المواد 40 الى 46 من قانون الأسرة والتي جاءت موجزة ومجملّة تحتاج الى تفصيل، لذا نحاول من خلال هذا العنوان توضيح أحكام النسب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مع الإشارة إلى

1- المجلة القضائية لعام 2006 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 491

2- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، مرجع سابق ، ص 602.

3- أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء ، بدون طبعة ، القاهرة، مصر، 2006،

أهم الفراغات التشريعية وإلى موقف الإجتهد القضائي منها، وذلك من خلال محورين، أسباب النسب وإثباته (أولا) ونفي النسب وإجراءاته (ثانياً)

أولاً/ أسباب النسب وإثباته بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

نميز بين الأسباب المنشئة له ، و بين الأسباب الكاشفة عنه، مع توضيح أهم الآثار القانونية لهذه التفرقة من حيث حجيته و قوة كل منها في الإثبات :

أ/ الأسباب المنشئة للنسب

النسب يكون للأُم أو للأب ، و إذا كان ثبوت النسب للأُم يحصل بمجرد الولادة سواء كانت هذه الولادة من زواج صحيح أو فاسد أو حتى من زنا¹، فإن إثبات نسب الابن إلى أبيه لا يتم إلا بإحدى الطرق الشرعية المنصوص عنها قانوناً، و هي الزواج الصحيح (1) أو ما يلحقه به، أي الزواج الفاسد و الوطاء بالشبهة (2).

1/ الزواج الصحيح

و يقصد به الزواج الشرعي الذي توافرت فيه جميع أركانه و شروط صحته ، إذ تنص المادة 40 " يثبت النسب بالزواج الصحيح..."، و نصت المادة 41 " يثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً " و على هذا فإن أول و أهم سبب منشئ للنسب هو الزواج الصحيح الذي استوفى كل شروطه و أركانه شرعاً ، و التي تناولها المشرع في المواد 09 و 09 مكرر، و كان خالياً من الموانع المؤقتة أو المؤبدة المنصوص عنها قانوناً في المواد 23 وما يليها من قانون الأسرة . و قد قيّد المشرع الجزائري إثبات النسب بهذا الطريق بمجموعة من الشروط و ميّز فيها بين حالتين (إثبات النسب بالزواج الصحيح حال قيام الزوجية و إثباته بعد الفرقة بين الزوجين).

1-1/ شروط النسب بالزواج الصحيح حال قيام الزوجية

يحدث الحمل كنتيجة طبيعية و أثر للزواج بسبب حل الاختلاط الجنسي بين الزوجين، و هو النتيجة المتوخاة منه و الهدف الأساسي من الزواج ، و قد يحدث الحمل نتيجة إخصاب طبيعي أو نتيجة إخصاب علمي

1-1-1/ شروط النسب الناتج عن الإخصاب الطبيعي

نصت المادة 41 من قانون الأسرة على شروط إثبات النسب الناتج عن الزواج الشرعي الصحيح بصفة طبيعية دون تدخل المساعدة الطبية ، إذ جاء فيها ((ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج

1- ومع ذلك لم يتناول المشرع الجزائري مسألة نسب الطفل لأمه و آثار ذلك بنصوص قانونية ، و تعتبر المسألة فراغاً تشريعياً يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة))، فيتضح أن أهم شروط ثبوت النسب إلى الأب في هذه الحالة هي:

1-1-1-1 / قيام علاقة شرعية بين الرجل و المرأة

و بمفهوم المخالفة فإن أي عمل ناتج عن علاقة خارج إطار الزواج لا يثبت به النسب ، و قد اعتبر بعض من الفقه أن مسألة نسب ابن الزنا أو المولود خارج مؤسسة الزواج مسألة غير منصوص عنها يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 ، إلا أننا نرى المسألة تدرج ضمن دائرة المنصوص عنه ، و أن استقراء نص المادة 41 أعلاه يؤكد ذلك بمفهوم المخالفة ، و هي أحد طرق التفسير الداخلية للنصوص، كما رأينا ذلك في الباب الأول من هذا البحث، و قد أكدت ذلك المحكمة العليا في عدّة قرارات لها نذكر منها قرارها الصادر بتاريخ 1984/11/19 رقم 34046 ، جاء فيه ((من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية ، بل هي مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب للولد...))¹.

1-1-1-2 / إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين

لا يكفي لثبوت النسب بالزواج الصحيح قيام العقد الشرعي ، فبالرجوع إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة أعلاه فإنه لا يثبت النسب إلا إذا أمكن التلاقي بين الزوج و زوجته ، وهو رأي الجمهور من المالكية و الشافعية و الحنابلة الذين ذهبوا إلى أن العقد الصحيح سبب لثبوت نسب بما تأتى به في أثناء قيام الزوجية أو العدة إذا كان الدخول ممكنا ، فإذا ثبت أنه غير ممكن فإن النسب لا يثبت ، و كذلك إذا ثبت أنهما لم يلتقيا قط ، و لم يكن بالإمكان تلاقيهما أما الحنفية فقد ذهبوا إلى القول بثبوت النسب لمجرد العقد².

و يبدو أن المشرع الجزائري تبني رأي الجمهور، و قد أكدت ذلك المحكمة العليا في كل قراراتها في هذه المسألة ، و منها قرارها الصادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 39473 جاء فيه ((حيث أن الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل على ذلك

1- المجلة القضائية ، لعام 1990 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 67.

2- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 388. و انظر أيضا أحمد نصر الجندي ، النسب في الاسلام و الأرحام البديلة ، دار الكتب القانونية ، بدون طبعة ، مصر ، 2003 ، ص 39.

أن الزوج كان يزور من حين إلى آخر زوجته و هي بببيت خالها بوهران حسب ما أشار إليه الحكم الجزائي لمحكمة البيض بعد سماع (03 شهود)¹.

1-1-1-3/ ولادة الولدين بين أقل مدة الحمل وأقصاها

نصت المادة 42 من قانون الأسرة أن ((أقل مدة الحمل 06 أشهر...)) و هو رأي الأئمة الأربعة ومرجعه قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾² وقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾³، فقد قدرت الآية الأولى مجموع فترة الحمل والرضاع ب 30 شهرا وأكدت الآية الثانية أن مدة الرضاع حولين كاملين أي 24 شهرا فيتحصل أن أقل مدة الحمل 06 أشهر، و قد كرسست المحكمة العليا ذلك تطبيقا للنص في عدة قرارات لها منها قرارها الصادر بتاريخ 1984/12/17 رقم 35087⁴ ((من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح و أن أقل مدة الحمل هي 06 أشهر ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش)) ، أما أقصى مدة الحمل فقد نصت عليها المادة 42 وأقصاها 10 أشهر ((، كما نصت المادة 43 أن الولد ينسب إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الفرقة ، وهو ما سنوضحه أكثر في شروط النسب الحاصل بعد الفرقة .

1- العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلقا عليه بقرارات المحكمة العليا من 1966 إلى 2010 ، مرجع سابق ، ص 173.

2- سورة الاحقاف، الآية 15 .

3- سورة البقرة، الآية 233 .

4- المجلة القضائية لعام 1990 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 86 . و انظر أيضا قرار المحكمة العليا رقم 35934 الصادر بتاريخ 1985/02/25 وقرارها رقم 39664 بتاريخ 1985/12/30 (أشار لها الدكتور العربي بلحاج في كتابه قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 181). و انظر أيضا القرار الصادر بتاريخ 1990/07/16 رقم 76343 المنشور بالمجلة القضائية لعام 1991 ، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 75 . والقرار الصادر في 28/10/1997 رقم 172379 ، المنشور في نشرة القضاة ، عدد 54 ، وزارة العدل ، الجزائر ، ص 103 .

1-1-1-4/ أن لا ينفي الزوج النسب بالطرق المشروعة

ويقصد بالطرق المشروعة اللعان ، و لم ينص المشرع الجزائري على إجراءاته و شروط العمل به، وللمحكمة العليا عدة إجتهادات في هذا المجال ، سنوردها بالتفصيل في عنوان نفي النسب لاحقا .

والحاصل أن النسب يثبت للأب متى توفرت الشروط الثلاث أعلاه إذا لم ينفي هذا الأب النسب بطريق اللعان متى توافرت شروطه.

1-1-2 شروط قيام النسب في الإخصاب العلمي

قد يصعب الحمل طبيعيا لعدة أسباب كضعف الخصوبة لدى أحد الزوجين أو عقمه ، مما يضطرهم إلى التلقيح الاصطناعي ، وذلك بالحصول على البويضة من مبيض المرأة بعملية جراحية ثم تنمية البويضة المخصبة بعد اكتمال مراحل نموها الأولى في رحم الأم بواسطة إدخال هذا الأنبوب من خلال فتحة المهبل إلى الرحم وقذف البويضة فيه بعد تلقيحها في الرحم ليبدأ الحمل مساره الطبيعي ، وسميت هذه الطريقة في الإنجاب " بالأطفال تحت الطلب " ، ثم ظهر في شأن إنجاب الأولاد ما يسمى " إستئجار الرحم بمعنى الحمل في رحم الغير " ¹ .

ولقد تصدى المشرع الجزائري للإنجاب عن طريق التلقيح الاصطناعي من خلال نص المادة 45 مكرر ، والتي أجازت اللجوء إليه بشروط هي :

1-1-2-1/ أن يكون الزواج شرعيا ، بأن يتم التلقيح الاصطناعي الشرعي والقانوني بأخذ ماء الزوج وبويضة صالحة للإخصاب من زوجته الشرعية ثم تنقل بعد ذلك إلى رحمها بعد تأكد الأطباء من وجود عقد شرعي بينهما .

1-1-2-2/ أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما، ويشترط لرضا الزوجين أن يكونا بالغين 19 سنة كاملة (م 40 من القانون المدني) ، وان يكون الرضا كتابيا وصریحا كما يشترط أن يكون في حياة الزوجين فلا تجوز تجميد الحيوانات المنوية واستخدامها بعد الوفاة.

1- أحمد انصر الجندي ، مرجع سابق ، ص 199

1-1-2-3/ استعمال ماء الزوج وبويضة الزوجة دون غيرها

وهذه هي الصورة الشرعية والقانونية التي أقرها مجمع الفقه الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة بتاريخ 1985/01/28 بمكة المكرمة، من أن التلقيح الصناعي هو تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بماء زوجها في أنبوبة ثم توضع في رحم الزوجة لوجود عيب في جهازها التناسلي ، فهذا حلال للضرورة الشرعية من باب التداوي المشروع ونسب المولود يكون للأب و الأم . وهناك شرط آخر تعرض له الفقه الإسلامي هو الضرورة الملحة بأن يثبت أن الحمل لم يتيسر بطريقة الطبيعية .

وحاصل الأمر انه متى توافرت الشروط الشرعية والقانونية لعملية التلقيح نسب الطفل الناتج عنه إلى أبيه ، أما إذا ما تم التلقيح بين شخصين أجنبيين عن بعضهما فيعتبر معنى ثاني للزنا و نتائجه فلا يثبت به النسب .

كما أن المشرع الجزائري ومسايره منه لأحكام الشريعة الإسلامية نص صراحة على عدم جواز استئجار رحم لاحتضان البويضة الملقحة من الزوجين ولو كانت زوجة ثانية لصاحب الماء ، وذلك درأً للفساد والفاحشة وإثارة المشكلات الاجتماعية .

وتعتبر مسألة المولود بالإخصاب العلمي من المسائل القانونية المنصوص عنها، والتي تخرج عن دائرة الإحالة على الشريعة الإسلامية وتطبق بشأن أي نزاع نصوص المادة 40 و 41 و 45 مكرر من قانون الأسرة ، ولم نصادف أي قرار للمحكمة العليا في هذه المسألة .

1-2/ شروط النسب بعد الفرقة الحاصلة بين الزوجين

نصت المادة 43 من قانون الأسرة على أنه ((ينسب الولد إلى أبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة)) ، ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع اغفل التفصيل في جملة من الأمور الأساسية ، فلم يبين المقصود بمصطلح الانفصال، هل يقصد به الانفصال الحقيقي بين الزوجين من يوم تلفظ الزوج بالطلاق أو المراد به حكم الطلاق الصادر عن القضاء، غير أن المادة 60 من نفس القانون قد نصت صراحة على أن ((أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة))¹.

و نتساءل ها هنا هل يقصد بتاريخ الطلاق تاريخ الحكم القاضي به أم تاريخ التصريح به من الزوج ؟ وإذا سلمنا جدلاً أن مصطلح الانفصال في نص المادة 43 أعلاه المراد به الطلاق

1- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق، ص 482

؟ وإذا أخذنا بالمفهوم المطلق للمصطلح فما هو حكم ولادة الطفل بعد أكثر من 10 أشهر من تاريخ الغيبة أو الانفصال الجسماني بين الزوجين ولم يحدث طلاق بعد ؟ .
و يبدو أن المحكمة العليا فسرت مصطلح الانفصال في المادة 43 بالطلاق على ضوء ما ورد في المادة 60 أعلاه ، وأكدت أن المراد به صدور حكم الطلاق ، اذ جاء في قرارها 330464 الصادر بتاريخ 2005/03/23 ((ينسب الولد إلى أبيه إذا ولد خلال المدة المحددة قانونا ، والمحسوبة من تاريخ صدور الحكم الناطق بالطلاق))¹ .
و هو ما يدعوننا إلى القول:

1- أن هذا التفسير من المحكمة العليا ، و إن كان غير ملزم لقضاة الموضوع إلا في إطار النقض والإحالة إلا انه يصطدم مع القواعد العامة للنسب، كما انه يخالف المرجع التاريخي للنص، لذا فإننا نرى إن على القضاة تفسير مصطلح الانفصال وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي للنص اي تصريح الزوج بالطلاق على غرار تفسير نص المادة 58 من بعض شراح قانون الاسرة بخصوص بدأ إحتساب العدة .

2- أن نص المادة 43 لم يفرق بين الفرقة الحاصلة قبل الدخول او بعده، فإذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول والخلو ثم ولدت ولدا بعد الطلاق فإن أنت به قبل ستة أشهر من تاريخ الطلاق ثبت نسبه من الزواج لتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة² ، وإن أنت به بعد 6 أشهر من تاريخ الطلاق فلا يثبت نسبه إلى الزوج لاحتمال أنها حملت به بعد الطلاق من غيره ، واحتمال أنها حملت به قبل الطلاق لا يكفي لإثبات النسب لأن زوجيتها انقطعت بهذا الطلاق البائن ولا عدة عليها .

3- لم يميز المشرع فيما إذا كان الطلاق رجعيا أو بائنا، حيث فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي و البائن فقالوا، إن كان الطلاق رجعيا ولم تقره المرأة بانقضاء عدتها يثبت نسب الولد من الزواج سواء أنت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أم بعد مضي أقصى مدة الحمل لان الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها فيجوز له الاستمتاع بها ويكون ذلك رجعه فإن أقرت المرأة بانقضاء العدة وكانت المدة تحتمل انقضائها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إلا إذا كانت المدة تبين إقرار الولادة في اقل من 06 أشهر لتبين كذبها أو خطئها في إقرارها ، فإن كانت 06 أشهر فأكثر فلا يثبت نسبه من الزوج إلا إذا ادّعا .

1- المجلة القضائية لعام 2005 ، عدد 1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 293 ، أنظر أيضا العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 187 .

2- وهبة ازحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 684 .

وإذا كان الطلاق بائناً أو لوفاة الزوج ولم تقر بانقضاء العدة فلا يثبت نسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة ، أما إذا أتت به بعد مضي هذه المدة ولم يكن هناك احتمال أنها حملت به قبل الطلاق أو الوفاة فإن أقرت بانقضاء العدة والمدة تحتمل انتهاء العدة فيها فلا يثبت نسب الولد من الزوج إذا جاءت به قبل مضي 06 أشهر من وقت الإقرار¹ .

وعموماً فنص المادة 43 من قانون الأسرة جاءت مطلقة لم تشترط إلا شرط واحد وهو ولادة الولد خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ولم نجد أي قرار للمحكمة العليا يحيل إلى الفقه الإسلامي ويميز بين المطلقة رجعيًا أو بائناً .

2/ الزواج الفاسد والوطء بالشبهة

ألقى المشرع الزواج الفاسد والوطء بالشبهة بالزواج الصحيح فيما يخص آثاره المتعلقة بالنسب وان كان هناك بعض الاختلاف نوضحه فيما يلي :

2-1/ شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد

يتحقق ثبوت النسب في الزواج الفاسد بالدخول الحقيقي لذا تحتسب مدة الحمل من تاريخ الدخول لا تاريخ العقد ، لأنه لو احتسب تاريخ العقد لأدى ذلك إلى ترتيب آثار العقد الفاسد وهي نتيجة لا تستقيم وقواعد المنطق ، وهو رأي الجمهور الفقهاء فتحسب أقل مدة الحمل من تاريخ الدخول وتحسب أقصى مدة الحمل من تاريخ التفريق بين الزوجين .

و هو في ذلك شأنه شأن الزواج الصحيح مدام أن المشرع اخذ برأي الجمهور واشترط لثبوت النسب إمكانية التلاقي بين الزوجين أي الدخول أو الخلوة كما رأينا سابقاً فيثبت نسب الولد من زواج فاسد بنفس الشروط طبقاً للمادة 40 ، 34 ، 42 ، 43 من قانون الأسرة .

2-2/ شروط ثبوت النسب بالوطء بالشبهة

يثبت نسب المولود من الوطء بشبهة إذا ولدته المرأة ما بين أقل مدة الحمل و أكثرها لتأكد تولده حينئذ من ذلك الوطء ، ونكاح الشبهة أو الوطء بالشبهة هو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص ، والشبهة في عقد الزواج تظهر بأشكال مختلفة كالشبهة في الحكم ، كما لو جهل الزوج حكم من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول بالمرأة، والشبهة في العقد كالعقد على المرأة وبعد

1- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ص 490 ، انظر أيضاً محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 393 . ووهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، جزء 7 ، مرجع سابق ، ص 684.

الدخول تبين له أنها أخته في رضاعة أي من المحرمات حسب المادة 34 قانون الأسرة ، والشبهة في الفعل كما لو دخل الشخص على امرأة ظنا منه أنها زوجته ثم تبين له أنها غير زوجته .
والوطة المستند إلى شبهة النكاح لا هو زنا يوجب الحد ولا هو دخول حقيقي يرتكز إلى عقد الزواج ، لذلك يلحق فيه الولد إلى أبيه لأنه نكاح مختلف فيه ، والاختلاف شبهة والشبهة تفسر لصالح الولد إذا ولد بين أقل مدة الحمل و أقصاها ¹.

والشبهة تثير الكثير من المشاكل في إثباتها من الناحية القانونية فقد يحاول الزاني التمويه والتستر بالشبهة ، لذلك يؤكد الفقهاء وعلى رأسهم المالكية على ضرورة إثباتها وقد سايرت المحكمة العليا رأي الجمهور وقررت في قرارها رقم 261925 الصادر بتاريخ 2002/07/03 ²، انه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزوج من علاقات جنسية بل هو عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد .

ومن ثم فإن العلاقات الجنسية بين المخطوبين قبل توثيق عقد الزواج تعد زنا وابن الزنا لا ينسب إلى أبيه شرعا وقانونا ، وان مجرد العزم على الزواج لا تأثير له على حرمة المواقعة ³ .

ب/ الأسباب الكاشفة للنسب

يقول الدكتور منصور رحمانى : ((هناك خلط من الباحثين القانونيين بين وسائل إنشاء النسب وطرق إثباته والفرق بينهما كبير ، فوسائل إثبات النسب هي الزواج الصحيح والزواج الفاسد والوطة بالشبهة فإذا حصلت، فإن النسب ينشأ حتى ولو لم يكن ثابتا مثل رجل تزوج بامرأة، فأنجبت طفلا فمات الوالدان دون تسجيل الطفل ، فالنسب في هذه الحالة نشأ من الزواج الصحيح لكنه غير ثابت ، فيكون إثباته بالبينة أو الإقرار أو دعوى النسب ، كما تجدر الملاحظة أن

1- العربي بلحاج ، أحكام الزواج في قانون الأسرة الجديد ، مرجع سابق ص 483.

2- المجلة القضائية لعام 2003 ، عدد2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ، ص 271 . أيضا العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 484 .

3- ومع ذلك فقد شنت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/05//12 المنشور بالمجلة القضائية لعام 2012 ، عدد 1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 194 لما اعتبرت الإغتصاب الثابت بحكم قضائي هو وطة بالاكراه وكيف وطة بالشبهة يوجب إلحاق النسب للمغتصب اذا استندت المحكمة العليا في ثبوت النسب إلى المادة 40 وبالضبط إلى نسب الوطة بالشبهة رغم انه لا مجال لاعتبار المغتصب وهو الواطئ بالإكراه عمدا والزاني شرعا في حكم الواطئ بالشبهة ولم يوضح القرار صورة الشبهة والغلط في فعله رغم ان جريمة الاغتصاب جريمة عمدية يجب قيام القصد الخاص فيها وهو تعمد الجاني وطة امرأة اجنبية عنه بدون رضاها .

النسب يتكون من عنصرين العنصر الشرعي والعنصر البيولوجي ، فالزاني يزني بامرأة فتتجب طفلا فلا يثبت له النسب لوجود العنصر البيولوجي دون العنصر الشرعي))¹ .
و هذا الرأي أكدته المحكمة العليا سابقا في قرارها رقم 10114 الصادر بتاريخ 1986/02/24²، جاء فيه ((من المقرر شرعا أن الإقرار بالنسب يجب أن يكون دون تردد أو تراجع مع توافر شروط صحة الزواج)).

و يتضح مما سبق أن الأسباب الكاشفة للنسب هي وسائل تكشف واقعة سابقة، أنشأت النسب بإحدى الطرق المنشئة المعروضة سابقا ، و هي الزواج الصحيح أو الفاسد أو الوطء بالشبهة و تتمثل في :

- الإقرار.

- البيينة.

- الطرق العلمية.

نتعرض لهم بإيجاز في ما يلي :

1/ الإقرار

الإقرار لغة هو إثبات الشيء و الاعتراف به ، أما اصطلاحا : فهو إخبار الإنسان بحق عليه لغيره، أما الإقرار بالنسب فهو اعتراف شخص معين بإلحاق نسب ولد مجهول النسب به ، وقد أشارت إليه المحكمة العليا في قراراتها المختلفة على انه الاعتراف بالبنوة³ . وقد نصت المادة 44 من قانون الأسرة " أن الإقرار قد يكون بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة ، ويشترط لصحته شروط نتطرق لها من خلال عرض أهم أنواعه المذكورة في المادة 44 أعلاه

1-1/ الإقرار بالبنوة : وهو اعتراف شخص معين أن شخص مجهول النسب ابنه او ابنته فهو اعتراف صحيح من الأم أو الأب بالبنوة ، ولصحته يجب توافر الشروط التالية حسب المادة 44 أعلاه هي :

1- منصور رحماني ، باحثون أخلطو بين وسائل إنشاء النسب ووسائل إثباته ،مقال منشور بجريدة الخبر بتاريخ 2013/09/05 على الموقع WWW.ELKHABAR.COM ، أطلع عليه يوم 2016/05/05 .

2- العربي بلحاج ، قانون الأسرة و فقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص 173 .

3- قرار رقم 40114 الصادر في 24 /02/ 1986 ، غير منشور. أنظر في ذلك العربي بلحاج ، أحكام الزواج في ضوء قانون الاسرة الجديد ، مرجع سابق ، ص 486 .

- أن يكون المقر به مجهول النسب¹ بأن لا يكون معروف النسب لأب آخر ، فإن كان ثابتا النسب من أب معروف غير مقر كان الإقرار باطلا² .
- أن يكون مما يصدقه العقل أو العادة أو الحس السليم ، وذلك بأن يولد مثل المقر بالبنوة إلى مثل المقر ، بحيث يكون فرق السن بينهما محتمل لهذه الولادة ، فمن قال لطفل هذا ابني وكان سن الطفل 10 سنوات وسن المقر 20 سنة فلا يعتبر بهذا الإقرار لأنه لا يعقل أن يلد الإنسان ولدا وهو ابن عشر سنين فهذا الإقرار يكذبه العقل ، أما التكذيب بالعادة فكأن يدعي شخص بنوة شخص في بلد اجنبي لم يسافر إليه أبدا³ .
- تصديق المقر له إذا كان بالغا عاقلا عند الجمهور ومميذا عند الحنفية ، لان الإقرار حجة على المقر لا تتعداه إلى غيره إلا ببينة أو تصديق من الغير ، فإن كان المقر به صغيرا أو مجنونا فلا يشترط تصديقهما لأنهما ليس أهلا للإقرار أو التصديق، وقال المالكية ليس تصديق المقر به شرطا لثبوت النسب من المقر لان النسب حقا للولد على الأب فيثبت بإقراره دون توقف على تصديق منه⁴ ، وهو مذهب المشرع الجزائري إذ لم يشترط التصديق في هذا النوع .
- أن لا يصرح المقر أن الولد ابن زنا لان النسب نعمة لا تتال بالمحضور .

1-2/ الإقرار بالأبوة أو الأمومة

- ويكون بالتصريح من شخص معين مجهول النسب بأن شخص معين أبوه أو أمه بأن يقول هذا أبي أو هذه أمي ومن شروطه :
- أن يكون المقر مجهول النسب .
 - أن يصدق إقراره العقل والعادة بأن يولد مثله لمثل المقر له .

1-3/ الإقرار بالأخوة و العمومة⁵

هذا النوع من الإقرار يتم بين شخصين كلاهما ليس أصلا للآخر ولا فرعا له ، و إنما تربطهما قرابة الحواشي أي لهما أصل مشترك كأن يقول هذا أخي أو هذا عمي ، وهذا النوع من الإقرار

1- هناك فرق بين مجهول النسب الذي لا يعرف له أب فتفترض فيه السلامة وبين ابن الزنا الذي ولد من علاقة محرمة غير شرعية .

2- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 690.

3- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ص 492 .

4- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، ص 691 / 692 .

5- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 492.

فيه تحميل النسب على الغير، ويشترط لصحته بالإضافة إلى الشروط السابقة، أن يصدقه المقر عليه أي من حمل عليه النسب، وهو ما أكدته المادة 45 من قانون الأسرة لقولها ((الإقرار بالنسب في غير البنوة و الأبوة و الأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه))، والمقر عليه في الإقرار بالأخوة هو الأب، وهو الجد في الإقرار بالعمومة .

2/ البيئة

البيئة لغة هي الحجة أو البرهان أو الدليل لقوله صلى الله عليه وسلم " البيئة على المدعي " فهذا المعنى الواسع وهناك من ضيق معنى البيئة على شهادة الشهود، ويقصد بها قيام شخص من غير الخصوم بالإخبار أمام القضاء بما أدركه بحواسه بالسمع أو البصر بشأن واقعة متنازع عليها أي أن الشاهد يخبر بواقعة صدرت من غيره ويترتب عنها حق لغيره .

وقد نص المشرع الجزائري على البيئة كسبب لثبوت النسب من خلال المادة 40 من قانون الأسرة و قد أثار تفسير هذه المادة جدلا وتساءل الفقه والقضاء هل أراد المشرع المعنى العام للبيئة أم ضيقها إلى معنى الشهادة، وقد صارت المحكمة العليا إلى اعتبار المعنى الخاص أي الشهادة في قرارها رقم 222674 المؤرخ في 15/06/1999¹، والذي رفض اعتماد فحص الدم كدليل مثبت للنسب، و اعتبر القرار أن تحليل الدم لا يدخل ضمن الوسائل التي اعتمدها المشرع لإثبات النسب، مما تؤكد أنها اعتمدت التفسير الضيق، و اعتبرت البنية هي شهادة الشهود، وهو ما أكدته تعديل المادة 40 من قانون الأسرة بموجب الأمر 05/02 بإضافة طريق الإثبات بالطرق العلمية، فلو كان المشرع قد أراد بالبيئة المفهوم العام بأنها كل دليل أو حجة لما أضاف وسيلة الإثبات بالطرق العلمية، فيكون المراد بالبيئة هو شهادة الشهود.

أما فيما يخص نصاب الشهادة فقد اختلف الفقهاء فيها على عدة أقوال، و الراجح هو قول الحنفية المستند لقوله تعالى ((فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان))، و اشترط المالكية شهادة رجلين عادلين².

3/ إثبات النسب بالطرق العلمية

تنص المادة 40 ف 2 من قانون الأسرة بأنه " يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب"، وقد تم إضافة هذه الفقرة في تعديل قانون الأسرة لعام 2005، وبذلك يكون المشرع قد

1- المجلة القضائية، لعام 2001، عدد خاص، المحكمة العليا، الجزائر، ص 88.

2- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، المرجع نفسه، ص 493.

حلّ أزمة النص، إذ كان القضاء يرفض اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب على أساس أنها ليست من الوسائل المقررة قانوناً لذلك .

وتعتبر البصمة الوراثية (ADN)¹، أو تحليل الحمض النووي ، أقوى الطرق العلمية وأكثرها قطعياً في ذلك ، وتعرف البصمة الوراثية بأنها عبارة على ما يسمى بالحمض النووي DNA وحروفه الثلاثة اختصاراً للاسم العلمي Deoxyribonucleic acid ويسمى بالحمض النووي لوجوده وتمركزه في نواة الخلية للكائن الحي ، وهو الحمض النووي منقوص الأكسجين² وتعد هذه النواة مركز نظام الخلية ويوجد بها المادة الوراثية اللازمة لبقاء الخلية وتكاثرها ، وفي معظم الخلايا تكون تلك المادة الوراثية مرئية على صور أجسام صغيرة جداً تسمى عند أهل الاختصاص ب الكروموسومات ، وتنتقل بواسطتها الصفات الوراثية من جيل إلى جيل. وتظم كل خلية في جسم الإنسان 46 كروموزوم يشمل 23 زوجاً منها 22 زوجاً متماثلة في كل من الذكر والأنثى تسمى الكروموسومات الجسدية والزوج رقم 23 يختلف في الذكر عنه في الأنثى و يحتوي على المعلومات التي تحدد الجنس ويرمز لها في الذكر (xy) وفي الأنثى (x x) ويبدا خلق الله الإنسان بحيوان منوي من الاب يحمل 23 كروموسوما (22 فردياً x+ و 22+y) و بويضة من الأم تحمل 23 كروموسوما (22 فردياً x +) .و بعد التلقيح يصبحان خلية واحدة لها 23 زوجاً من الكروموسومات (22 زوجاً xx أو 22 زوجاً xy) أنها نصف الصفات الوراثية من الأب و النصف الآخر من الأم، و يستغل الحمض النووي الجزء الداخلي للكروموسوم أو ما يسمى بقلب الكروموسوم و هو في حالة التقاف شديد على هيئة سلالم ، و يوجد على الحامض أجزاء تدعى العقد الجينية أو الجينات وهي الأجزاء التي تحمل الصفات الوراثية الموجودة بالجينين منذ بداية نشأته وتكوينه كنوع فصيلة دمه و عيونه ونحو ذلك، وقد ثبت علمياً أن تسلسل القواعد النيتروجينية على جزئي الحامض النووي يختلف من شخص إلى آخر ، وهذا الاختلاف هو الأساس العلمي لما يسمى بالبصمة الوراثية³ .

1- بالإضافة إلى هذا الطريق هناك طريق علمي آخر يتمثل في نظام تحليل الدم و يشمل 04 أنظمة هي نظام ABO و نظام RH و نظام MN و نظام HLA انظر في ذلك موقع ويكيبيديا ، متاح على الرابط التالي : <https://ar.wikipedia.org/wiki>، اطلع عليه بتاريخ 2021/05/21.

2- موقع ويكيبيديا ، متاح على الرابط التالي : <https://ar.wikipedia.org/wiki>، اطلع عليه بتاريخ 2021/05/21.

3- عاصم بن منصور بن محمد ابا حسن ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان ، مجلة الجمعية الفقهية ، المملكة العربية السعودية ، 2015 ، ص 13 . انظر ايضا مازن هنية ، اثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، المجلد 17 ، العدد 1 ، غزة، فلسطين ، جانفي 2009 ، ص 12.

ويتم الحصول على البصمة الوراثية من جميع خلايا الجسم البشري (الدم، المنى، البول ، اللعاب، جذر الشعر، العظام، خلايا الكلية، السائل الامنيوسي للجنين) ، والكمية المطلوبة بقدر حجم الدبوس، بعد تحليلها بيولوجيا وجينيا بفحص الكروموسومات¹ .

ولإثبات بنوة ابن معين لأب معين أو أم معينة تؤخذ عينة من الحمض النووي لكل منهم لإجراء المطابقة ، فإذا تطابق نصف الحمض النووي (ADN) مع الأب المزعوم فيتم إثبات بنوته له و الأمر سيان للأُم وبنفس الطريقة

ولذا فقد أصبح الاعتماد على تحليل الحمض النووي في مسائل الإثبات النسب وتعيينه يقوم على أساس متين لا يتطرقه الشك، ومع ذلك فالمشرع جعل اللجوء إلى استعمال هذا الطريق في الإثبات جوازي للقاضي إذ نصت المادة 40 ف 2 على انه ((يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب)).

والنص بهذه الصيغة يطرح العديد من الإشكالات أهمها.

- ما هي شروط اللجوء إلى تحليل الحمض النووي لإثبات النسب؟.
- وهل يجوز ذلك إذا كان النسب ثابتا بالفراش وتم التشكيك فيه ؟
- هل يجوز إثبات نسب ولد الزنا بالبصمة الوراثية و ما هو موقف الفقه الإسلامي و القضاء الجزائري من كل ذلك ؟

من خلال الاطلاع على المادة 40 من قانون الأسرة فإن صياغتها تؤكد أن النسب يثبت كأصل عام بالزواج الصحيح أو ما يلحق به من زواج فاسد أو وطء بالشبهة وكذا بالإقرار والشهادة، وأضافت المادة أنه يجوز اللجوء إلى الطرق العلمية هذه الجوازية الممنوحة للقاضي تعني بالضرورة أن لا تتقدم الطرق العلمية بما فيها البصمة الوراثية ورغم قطعيتها على الطرق الشرعية لإثبات النسب ، فإن كانت البصمة الوراثية تثبت العلاقة البيولوجية أو الأبوة البيولوجية، إلا أن النسب و كما رأينا يتألف من عنصرين العنصر الشرعي المنشئ للنسب (الولد للفراش) و العنصر البيولوجي، فلا يمكن إثبات النسب بالبصمة الوراثية إلا في ظل توافر شروط الفراش و تبقى الطرق العلمية مجرد وسيلة كاشفة للنسب متى توافرت شروطه الشرعية المنشئة .

كما لا يجوز التشكيك في النسب القائم بالفراش بالطرق العلمية ، لأن نفي النسب لا يكون إلا بالطرق المشروعة حسب م 41 وهي اللعان الذي سوف نتناوله بالتفصيل في العنوان اللاحق.

1- العربي بلحاج ، احكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 494 .

وعن إثبات نسب ولد الزنا الذي اعتبرناه مسألة منصوص عنها بمفهوم المخالفة لنص المادة 41 ، وحسب مقتضى المادة 40 من قانون الأسرة ، فقد أكدت المحكمة العليا في جل قراراتها انه مقطوع النسب ، ونذكر منها قرار المحكمة العليا رقم 210478 الصادر بتاريخ : 1998¹/11/17 ، جاء فيه ((من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي 06 أشهر وأقصاها 10 أشهر ومتى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المقررة قانونا وشرعا غير متوفرة لإن الزواج تم في 1994/05/02 والولد قد ولد في 1994/05/07 كما أن إقرار المطعون فيه بأبوته للولد أمام المدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لان الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب لان النسب لا يثبت بالعلاقة غير شرعية ، طبقوا صحيح القانون))².

أما عن إثبات نسبه عن طريق البصمة الوراثية ، فقد ذهبت المحكمة العليا بداية إلى جواز إلحاق نسب ولد الزنا بأبيه متى ثبت ذلك بالخبرة الطبية (الحمض النووي) ، فجاء في قرارها المؤرخ في 2006/03/05 ((المبدأ يمكن طبقا لنص المادة 40 من قانون الأسرة إثبات النسب بالخبرة الطبية ، ولا ينبغي الخلط بين الزواج الشرعي الذي تناولته المادة 41 ، وبين إلحاق النسب الذي جاء نتيجة علاقة غير شرعية خاصة أن كلاهما يختلف عن الآخر ولكل واحد منهما آثار شرعية ، ولم يثبت في قضية الحال أن الولد من صلب المطعون ضده نتيجة هذه العلاقة فإنه يلحق به الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه ...)³.

فهذا القرار أجاز إثبات نسب ولد الزنا إلى أبيه إذا أثبتت خبرة الحمض النووي ذلك ، و أسست ذلك شرعا على المذهب القائل باستلحاق ولد الزنا إلا أن المتمعن في أسباب هذا القرار يجد أنه خالف القانون من جهة ، كما أنه خالف القول الشرعي القائل باستلحاق ولد الزنا ، و ذلك يتضح من خلال النقاط التالية :

1- المجلة القضائية ، لعام 2001، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 85 ، انظر أيضا معيزة عيسى ، الإرث بالتقدير والاحتياط ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2012/2011 ، ص 253 .

2- المجلة القضائية لعام 1990، عدد 1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 86 ، و انظر أيضا قرار المحكمة العليا رقم 35087 المؤرخ في 1984/12/17 .والقرار رقم 74712 الصادر بتاريخ 1991/05/21 المنشور بالمجلة القضائية لعام 1994 ، عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 56 .

3- ملف رقم 355180 المؤرخ في 2006/03/05 ، م ق عام 2006 ، ع 1 ، ص 469 . انظر أيضا معيزة عيسى، مرجع سابق ، ص 257.

أن المشرع الجزائري تناول من خلال توضيح شروط النسب بالزواج الصحيح أن نسب ولد الزنا مقطوع ، فالمادة 41 كما أسلفنا، و أوضحت الشروط إثبات النسب بالفراش وهي :

- وجود فراش زوجية أي عقد شرعي صحيح.
- ميلاد الولد بين أقل و أقصى مدة الحمل .
- إمكانية التلاقي.

- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة ، كل هذه الشروط تقتضي أن يكون الأساس هو الشرعية و بمفهوم المخالفة ، فإن عدم شرعية العلاقة و الإقرار بالعلاقات خارج مؤسسة الزواج يؤدي إلى عدم إحقاق الولد" ولد الفراش" و هو رأي الجمهور ، و على خلاف هذا نجد الرأي القائل بجواز استلحاق و لذا الزنا . و هو رأي بعيد عن مذهب المشرع الذي أخذ برأي الجمهور أما الاستلحاق و على فرض أنه رأي ثانٍ يجوز الأخذ به متى كانت العلاقة غير شرعية فإن القائلين به و على رأسهم ابن القيم و ابن تيمية قيّدوه بشروط أهمها :

- أن يستلحق الزاني الولد الناتج عن العلاقة غير الشرعية فلا يلحق الولد بالزاني إلا إذا ادّعاه هو فلا يكون مدعى عليه وإلا كان دعوى اثبات نسب فيها تحميل النسب على الغير فيجب فيها اثبات احد طرق إثبات النسب الشرعية وهي الزواج الصحيح او الزواج الفاسد او الوطاء بالشبهة كما رأينا سالفاً .

- أن لا تكون الزانية أو الأم فراش لغيره، و أن لا يدعيه غيره.

- أن لا يغشاها أكثر من واحد و يتأكد قطعا أن الابن منه¹.

وكل هذه الشروط لم يتأكد القرار أعلاه من توافرها ، خاصة و أن الزاني لم يستلحق الابن بل الأم من طالبت بإثبات نسبه له و أنكر ذلك ، و دفع بعدم شرعية العلاقة بينهما ، فيقع عليها إذا إثبات أحد الأسباب المنشئة له حسب م 40 و نكون بصدد دعوى إثبات لأن فيها تحميل النسب على الغير ، فيجب أن يصدقه و ليست دعوى استلحاق حيث يكون الأب هو المدعي ، و عليه فلا يكفي أن تؤكد الخبرة أن الولد من ماء الزاني قطعاً أمام إنكاره و عدم استلحاقه ، و من ثم فإن إحالة القرار على أحكام الشريعة الإسلامية و التمييز بين الإثبات و الاستلحاق لم

1- احمد عبد المجيد محمد محمود حسين ، احكام ولد الزنا في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2008 ص 68 انظر ايضا فهد بن سعد الجهني ، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ ، ندوة الاسرة المسلمة والتحديات =المعاصرة المجمع الفقهي الاسلاميرابطة العالم الإسلامي ، بدون تحديد الناشر، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر ، ص 16

يكن في محله ، و تخرج المسألة حسب رأينا في دائرة الإحالة أساسا كما أنه يخرج عن مجال الإثبات بالطرق العلمية ، و ربما لكل هذه الأسباب عدلت المحكمة العليا عن رأيها و ذهبت إلى عكس هذا الاجتهاد ، لاسيما في قرارها المؤرخ في 2008/11/12 رقم 467780 حيث جاء فيه ((لا يجوز اللجوء إلى إثبات النسب بالطرق العلمية إلا إذا كان الزواج شرعيا ...))¹، وكذا في قرارها رقم 0940101 المؤرخ في 2015/12/17 (غير منشور) و الذي جاء فيه ((فطالما أن المقرّر أكد أن علاقته بوالدة المقرّر له الطاعنة هي علاقة غير شرعية و هي بذلك توصف بأنها زنا ، فإن النسب في هذه الحالة لا يثبت للمقرّر له ولو كانت نتائج تحاليل الحمض النووي المأمور بها بالقرار التحضيري إيجابية))² .

وعموما فإن استعمال البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب و حسب الفقه الإسلامي يتحدد مجالها بالحالات التالية :

- في قضايا التنازع على النسب بشرط ثبوت الفراش فلا يجوز أن تتقدم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية التي نص القانون على ثبوت النسب بها م 40 من قانون الأسرة ، حتى لا يؤدي ذلك إلى إهمال النصوص الشرعية و القانونية و أن الطرق العلمية المعاصرة التي تثبت العلاقة البيولوجية الحتمية بين الولد و أبيه لا تثبت النسب تلقائيا لمجرد ثبوت هذه العلاقة بالفحوصات الطبية³.

- و من أمثلة التنازع في النسب حالة إختلاط المواليد والاشتباه في حالة أطفال الأنابيب، وحالة الولد مجهول النسب أو اللقيط لمعرفة والده الحقيقي أو حالة إختلاط الأطفال في الحروب والكوارث و غيرها من الحالات .

كما نؤكد أن المشرع الجزائري كان واضحا بخصوص نسب ولد الزنا و لا مجال لاعتبار المسألة غير منصوص عنها و الرجوع إلى الشريعة الإسلامية و الفقه الإسلامي المعاصر في إطار الإحالة وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة كونها تدخل في دائرة النص .

1- المجلة القضائية ، لعام 2012 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 194.

2- شابحة امير سعيد ، أحكام نسب ولد الزنا في الفقه و التشريع و الاجتهاد القضائي ، رسالة دكتوراه ، تخصص عقود و أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة،الجزائر، 2020/2019 ، ص 260.

3- العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق، ص 499.

ثانيا/ نفي النسب و إجراءاته بين اللعان و الطرق العلمية

أ/ نفي النسب باللعان

نصّت المادة 41 من قانون الأسرة ((يثبت نسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة)) ، و يقصد بالطرق المشروعة نفي الولد باللعان الذي يعتبر من المسائل الخطيرة لماله في تأثير كبير على حقوق الآخرين من الأبوة و البنوة والميراث والمحرمية والنسب والنفقة وغيرها .

ولم يتناول المشرع الجزائري دعوى اللعان و لا إجراءاتها ، كما لم يوضح أي طريق لنفي النسب و إسقاطه ، كما أغفل النص جزئيات الموضوع و تفاصيله ، و ترك ذلك للقضاء إعمالا لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ، و قبل بيان أحكامه و موقف القضاء منها نعرض على تعريفه

1/ تعريف اللعان

1-1/ تعريف اللعان لغة: اللعان لغة من الطرد و الإبعاد فهو لعين و ملعون ، و التلاعن التشاؤم و التماجن ، و لاعن امرأته ملاعنة و لعاناً و تلاعنا لعن بعضهم بعض¹.

1- الفيروز بادي ، القاموس المحيط ، مرجع سابق ، ص 1231.

2-2/ تعريف اللعان اصطلاحاً: عرّفه الحنفية بأنه شهادات مؤكّدة بالأيمان مقرونة وشهادته - أي شهادة الزوج - باللعن ، و شهادتها - أي الزوجة - بالغضب ، قائمة شهادته مقام حد القذف في حقه و شهادتها مقام حد الزنا في حقه¹ .

وعرّفه المالكية: " اللعان حلف زوج مسلم مكلف على زنى زوجته أو نفي حملها منه و حلفها - اي الزوجة - على تكذيبه أربعاً من كل منهما بصيغة أشهد بالله ، بحكم حاكم يشهد القضية² .

2/ أحكام اللعان بين الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي

نتناول من خلالها شروط اللعان و آثاره و استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب و موقف الاجتهاد من ذلك

2-1/ شروط اللعان

لم يحدد المشرع الجزائري شروط اللعان لأنه لم ينظم موضوعه أساساً، و تعدّ هذه المسألة - أي الشروط - من المسائل التي يرجع فيها القاضي إلى الفقه الإسلامي، والذي اشترط مجموعة من الشروط نجملها في ما يلي³:

2-1-1/ الأهلية : و معنى ذلك أن يكون الزوج الملعن عاقلاً بالغاً مختاراً و لا يلزم أن يكون حراً أو عبداً ، لأن اللعان يكون درأً لعقوبة القذف و نفياً للنسب ، أما الصبي أو المجنون فلا يجوز لعانهما، لأنه قول يوجب الفرقة بين الزوجين مثل الطلاق، و لا يصح طلاقهما، كما يصح اللعان من الأخرص إذا كانت له إشارة معقولة أو كتابة مفهومة ، أما إذا لم تكن كذلك فلا يصح لعانه .

2-1-2/ أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين لأن آيات اللعان خصّتهم دون غيرهم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾⁴، كما يصح اللعان إذا كانت زوجته معتدّة من طلاق رجعي، فالعبرة بالوقت الذي تم فيه القذف من الزوج.

واختلف الفقهاء بشأن الزواج الفاسد هل يصح فيه اللعان ؟ ، فيرى الشافعية و الحنابلة أنه يجوز اللعان فيه إذا كان لنفي النسب مادام الزواج الفاسد يثبت به النسب ، لأن الرجل قد يضطر لنفي النسب عنه و لا طريق له إلا باللعان.

1- عبد الكريم زيدان ، المفصل ، ج8 ، مرجع سابق ، ص 320.

2- الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير ، ج2 ، مرجع سابق ، ص 657.

3- أحمد نصر الجندي ، مرجع سابق ، ص171.

4- النور ، الآية 06.

كما اختلف الفقه في نفي ولد المطلقة بائنا إلى رأيين :

الأول: إذا كان الزوج قذف زوجته ثم طلقها بائنا أي القذف سابقا على الطلاق البائن ، فيقول المالكية و الشافعية و الحنابلة أنه يجوز لعانها لان العبرة بوقت القذف فقد قذفها و هي زوجته أما الأحناف فلا يقولون باللعان و ليس على الزوج حد ، فإذا قال الزوج لزوجته يا زانية أنت طالق فلا يلان و لا حد عليه .

والثاني: أن يكون الزوج قد طلق زوجته بائنا ثم قذفها بالزنا إضافة إلى الزوجية، قال المالكية و الشافعية و الحنابلة ليس له أن يلان إلا في نفي الولد لأنه محتاج إلى ذلك و ليس له أن يلان مادامت أجنبية عنه بالطلاق البائن ، فإذا فعل وجب عليه حد القذف و لحق به الولد، و هناك رأي يقول أن يلان مطلقا لنفي الولد أو القذف لأنه ليس له سبيل إلا اللعان .

أما إذا كان الزنا مضاف إلى ما قبل الزوجية ، فالشافعية يرون أن يلان لنفي النسب فقط بينما قال الأحناف و المالكية له أنه يلان مطلقا لأنه قذف زوجته ، و العبرة بوقت القذف لان الله شرع القذف بين الأزواج ، بغض النظر عن إضافته إلى وقت معين .

1-2-3/ أن يكون نفي الولد باللعان وقت العلم بولادته أو العلم بالحمل على رأي الشافعية و المالكية ، و اشترط المالكية التعجيل فيه و لا يصح عند الأحناف و الحنابلة إلا عند الولادة ، و لا يصح قبل ذلك لعدم التيقن و احتمال أن يكون الحمل كاذبا.

1-2-4/ أن لا يكون الزوج قد أقر بالولد صراحة و لا ضمنا ، و في ذلك يقول الأحناف أنه لا يصح نفي الولد بعد الإقرار به لأنه لو صح الرجوع في الإقرار لصح في كل شيء و من ثم لا يمكن أن يتقرر حق من الحقوق، و قد روي أن رجلا اعترف بولده و هو يظن في أمه ثم عاد و أنكر بعد ولادته فجلده عمر رضي الله عنه و ألحق به الولد

2-2/ آجال رفع دعوى اللعان

رأينا سابقا أن من أهم شروط رفع دعوى اللعان التعجيل في رفعها، و أن الفقهاء في رفعها اختلفوا في تحديد المدة حسب التفصيل السابق.

وبالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا فقد أخذت بداية بالمذهب المالكي في وجوب التعجيل باللعان فلم تقبل الدعوى إذا أخرت و لو ليوم واحد بعد العلم بالحمل أو الوضع ، و اعتبرت أن القضاء بذلك يعدّ مخالفا لأحكام الفقه الإسلامي، الأمر الذي يجعل القرار عرضة للنقض حسب

قرارها المؤرخ في 1985/02/25 رقم 35934¹، ثم تراجع عن ذلك وقررت أن الاجتهاد القضائي استقرّ على أن آجال رفع دعوى نفي النسب لا تتجاوز 08 أيام حسب قرارها المؤرخ في 1993/11/23 رقم 99000²، ثم و في قرار آخر ارتأت أن المدة لا تتجاوز أسبوع من رؤية الزنا أو العلم بالحمل³.

فيظهر من هذه القرارات أن المحكمة العليا بداية أخذت بالمذهب المالكي ثم تراجعت و وافقت رأي الحنفية في وجه من المسألة وهو تحديد الأجل، وخالفته في وجه آخر وافقت فيه المالكية وهو جواز نفي الحمل قبل ولادته حتى ، وبذلك كان هذا الاجتهاد ملفقا بين رأي حنفية و رأي المالكية⁴، وهو ما استقرّ عليه قضاءها حتى الآن .

2-3 / مكان أداء أيمان اللعان و زمانه

يرى الشافعية انه يجب تغليظ لعان مسلم بزمان أو مكان ، أما الزمان فهو بعد صلاة عصر كل يوم و بعد صلاة عصر يوم الجمعة أولى ، أما المكان فيرون تغليظ اللعان بإيقاعه بأشرف مواضع بلد اللعان، لأن في ذلك تأثير في الزجر عن اليمين الفاجرة الكاذبة ، وأشرفية المكان في مكة يكون بين الركن و المقام من الكعبة - شرفها الله- وفي المدينة المنورة عند المنبر الشريف في المسجد النبوي الشريف وفي البيت المقدس عند الصخرة ، وأما في غير هذه المساجد فاللعان يكون عند منبر الجامع في بلد اللعان و المرأة الحائض و النفساء تلعن بباب المسجد... و قال المالكية و ويندب كونه - أي إيقاع اللعان - إثر صلاة من الخمس و بعد العصر، وقال سحنون و إن يكون بعد العصر سنة لأن ذلك وقت تجتمع فيه ملائكة النهار و ملائكة الليل، أما الحنابلة فجاء في المغني لابن قدامة انه قال و لا يستحب التغليظ في اللعان بمكان و لا زمان و بهذا قال أبو حنيفة لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك و لم يقيده بزمان و لا مكان ، فلا يجوز تقيده إلا بدليل و لان الرسول صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار زوجته و لم يخصه بزمن، و لو

1- المجلة القضائية لعام 1989 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص83 . انظر أيضا في نفس الاتجاه القرار رقم 76343، المجلة القضائية لعام 1991 ، عدد3، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 75.

2- المجلة القضائية ، لعام 2001، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 64. و انظر ايضا قرار المحكمة العليا رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28 ، المنشور في المجلة القضائية، لعام 2001، عدد خاص ، ، المحكمة العليا ، الجزائر، ص 70 ، و أيضا القرار المنشور في نفس المجلة ، ص 67 ، رقم : 165408 المؤرخ في 1997/07/08.

3- المجلة القضائية ، لعام 2004 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 289 (قرار رقم 296080 مؤرخ في 2002/12/25).

4- شيخ إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 107/106.

خصّه بذلك لنقل إلينا ، و لم يهمل و قال ابن الخطاب يستحب أن يتلاعنا في الأزمان و الأماكن التي تعظم ، و قال ابن قدامة الحنبلي و الصحيح الأول أي عدم استحباب زمان أو مكان لإجراء اللعان ، ثم قال: "فإن كان اللعان بين كافرين فلكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ويحتمل أن يغلظ عليهم في المكان لقوله أي لقول الإمام الخراقي الحنبلي، في الأيمان وإن كانت لهم مواضع يعظمونها و يتوقون أن يختلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها "، وعلى هذا يلاعن بينهما في الأماكن التي يعظمونها النصراني في الكنيسة و اليهودي في البيعة و المجوسي في بيت النار ، وإن لم تكن لهم أماكن يعظمونها حلفهم الحاكم في مجلسه¹.

وتعتبر هذه المسألة من الفراغ التشريعي الذي يحال بشأنه على أحكام الشريعة الإسلامية، وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الوحيد في هذه الجزئية رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28، اللعان لا يتم بالمحكمة و لكن بالمسجد في أجل 08 أيام من العلم بالحمل المراد فيه²، و هو رأي المالكية و الشافعية.

إلا أننا نرى - و بعد عرض الآراء الفقهية - فإن تأدية الأيمان في المسجد مسألة مستحبة فقط و لا تلزم القاضي ، كما أنه و بالرجوع إلى المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية . بخصوص اليمين ((يؤدي اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصيا بالجلسة أو بالمكان الذي يحدده القاضي)) .

كما نصت المادة 191 " يحدد القاضي اليوم و الساعة و المكان الذي يؤدي به اليمين "، وعليه فإن مسألة تأدية أيمان اللعان بالمسجد لا تلزم القاضي ، ويجوز تأديتها في مجلسه خاصة أمام ضعف الوازع الديني في هذا العصر .

وعموما وأمام ندرة التطبيقات في الموضوع وعدم تفصيل المشرع لأحكامه يبقى الموضوع محل خلاف و يثير العديد من الإشكاليات بخصوصه ، فبالإضافة إلى مكان تأدية الأيمان واجال الدعوى تبرز مسألة سرية الجلسة فالمادة 491 من قانون الإجراءات المدنية اعتبرت دعوى إنكار النسب دعوى سرية ، في حين أن الفقه الإسلامي أجمع على ضرورة حضور أيمان اللعان طائفة من المسلمين، لا يقل عددهم على 04 شهود عدول، وهذا مساس بالسرية التي أرادها المشرع في دعاوى النسب ، كما يثير إشكال في حال غياب الزوجة عن جلسة أداء اليمين ، فهل يكفي القاضي بإيمان الزوج و شهادته و كذلك في حال حضور الزوجة و امتناعها عن أداء الإيمان

1- عبد الكريم زيدان ، المفصل ، ج8 ، مرجع سابق ، ص 387.

2- المجلة القضائية ، لعام 2001، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 70.

، فهل يحكم القاضي باللعان بناء على أيمان الزوج و يعتبر غيابها أو رفضها أداء الأيمان دليل على صدقه ، و يقضي بالتفريق بينهما وينفي الولد عن الملاحن ، أم يقضي برفض الدعوى لعدم إتمام الأيمان من الطرفين ، و كذلك يثور إشكال في مجال تصديق الزوجة زوجها و إقرارها بالزنا، فهل يقضي القاضي بنفي النسب دون حاجة إلى أيمان و إجراءات اللعان ؟ أم يلزم بتوجيه الأيمان للطرفين و التفريق بينهما و نفي الولد ؟ أم يقضي برفض دعوى اللعان أساسا ؟ ، كل هذه الإشكالات لم تتطرق لها المحكمة العليا فيما اطلعنا عليه من اجتهاد منشور في انتظار اجتهادها أو تدخل المشرع و تنظيم الموضوع و تبقى هذه المسائل من الفراغات القانونية التي تستدعي الاجتهاد بالرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية.

2-4 / طبيعة الحكم القاضي باللعان

اختلف الفقهاء حول طبيعة الفرقة بين المتلاعنين فذهب الجمهور إلى أن الفرقة الحاصلة بينهما هي فسخ و دليلهم : تأييد التحريم فأشبه ذلك المحرم، ويرون أن الفسخ باللعان يمنع المرأة من استحقاقها النفقة في مدة عدتها و كذلك السكنى ، لأن النفقة و السكن يستحقان في عدّة الطلاق لا الفسخ.

و يؤيد ذلك ما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم في قصة الملائنة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " قضى أن لا قوت لها و لا سكنى " ¹ ، و يرى الحنفية أنها طلاق بائن لأن سببها من جانب الرجل ، و لا يتصور أن تكون من جانب المرأة ، و كل فرقة تكون كذلك طلاقا لا فسحا و هي مثل فرقة العنين إذا كانت بحكم الحاكم ².

و الفرقة بين المتلاعنان هي فرقة أبدية ، ذلك أن اللعان بسبب النفرة الشديدة بين الزوجين المتلاعنان يصعب معها استئناف الحياة الزوجية بمودة وحسن معاشرة و ثقة متبادلة ، فقد اساء كل من الزوجين لآخر إساءة بالغة، فالزوج إن كان صادقا في لعانه فقد اشاع عنها الفاحشة و فضحها على رؤوس الأشهاد و أقامها مقام خزي وحقق عليها الغضب من الله تعالى و قطع نسب ولدها ، و إن كان كاذبا في لعانه فقد أضاف إلى ذلك بهتاناً و قدفها بهذه الفرية العظيمة،

1- قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابن الملائنة أن لا يدعى لأبٍ ومن رماها أو رمى ولدها فإنه يجلد الحدّ وقضى أن لا قوت لها ولا سكنى من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاقٍ ولا مؤثقي عنها ، الراوي : عبدالله بن عباس ، المحدث : أحمد شاكر | المصدر مسند أحمد ،الصفحة أو الرقم | 4/39 خلاصة حكم المحدث : إسناده صحيح ، متاح على الرابط التالي : <https://www.dorar.net/hadith/sharh/75292> ، تاريخ الاطلاع 2021/05/21.

2- سيد سابق ، فقه السنة ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 318 ، أيضا عبد الكريم زيدان المفصل، 8 ج ، مرجع سابق ، ص 196.

و الزوجة إذا كانت صادقة أكذبت زوجها على رؤوس الأشهاد و أوجبت عليه لعنة الله ، و إن كانت كاذبة في لعانها فقد أفشت فراشه و خانتته في نفسها، ففي هذه الحالة يتعذر معها على الزوجين الإستمرار، فاقتضت حكمة الشارع وقوع الفرقة بينهما حتما و لا يختلف الفقهاء في حصول الحرمة المؤبدة بين المتلاعنين .

أما عن التشريع الجزائري فالمشروع لم يحدد طبيعة الحكم باللعان ، ولم ينص على تأييد الفرقة إلا أنه و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة فقد نصّت المادة 47 منه و حصرت طرق حل الرابطة الزوجية في الطلاق أو الوفاة كما حددت المادة 48 من نفس القانون صور الطلاق في (الطلاق بإرادة الزوج المنفردة والطلاق بالتراضي ، و الطلاق بطلب من الزوجة تطليقا أو خلعا حسب م 53 و 54 من قانون الأسرة) .

ويربط هذه النصوص بنص المادة 126 من نفس القانون في باب الإرث و التي نصّت على أن ((أسباب الإرث القرابة أو الزوجية)) و نصّت المادة 138 على ((يعتبر اللعان و الردّة من موانع الإرث)) فهذا يعني أن اللعان يمحي حكم الزوجية مما يرجح أن المشروع أراد اعتباره طلاقا لا فسخا .

ومع ذلك وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا رقم 172379 المؤرخ في 1998/10/28 فقد اعتبرت التفريق بين المتلاعنين فسخا ، و أخذت بالمذهب المالكي¹.

ويترتب على الحكم باللعان إضافة إلى الفرقة بين الزوجين منع التوارث بين المتلاعنين، و نفي الولد عن أبيه و ثبوت نسبه إلى أمه ، وسقوط حقه في النفقة أو الإرث واغلبها مسائل لم يتناولها المشروع الجزائري بالنص عنها، فيجب الرجوع بشأنها إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

ب/ نفي النسب باستعمال الطرق العلمية

أثار موضوع نفي النسب باللجوء إلى الطرق العلمية جدلا فقهيًا واسعًا بين مرحب بذلك ومقدما لها على الطرق الشرعية لنفي النسب وبين معارض لاستعمالها حماية للأنسب وتأكيدا على أن النسب لا ينتفي إلا بالطرق الشرعية وبين الرأيين رأي يحاول الترحيح بينهما نتناول كل هذه الآراء مع عرض حججهم في ذلك (1) كما نتناول موقف القضاء من الموضوع ونعلق على آخر الاجتهادات القضائية في الموضوع (2)

1- المجلة القضائية لعام 2001 ، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 70.

1/ موقف الفقه من استعمال الطرق العلمية في نفي النسب

لم يتفق الفقه الإسلامي على رأي واحد بخصوص نفي النسب بالطرق العلمية وانقسم في ذلك إلى ثلاث آراء ، رأي معارض لاستعمال الطرق العلمية في نفي النسب (أ) ورأي مؤيد لذلك (ب) ورأي موفق بين رأيين الأول والثاني (ج)

1-1/ الرأي المعارض لاستخدام الطرق العلمية في نفي النسب¹

يرى أنصار هذا رأي انه لن يكون مقبولاً شرعاً استخدام البصمة الوراثية لإبطال الأبوة التي تثبت بطريقة شرعية صحيح من الطرق التي تقدم بيانها وحجتهم في ذلك - انه لو فتح باب الاعتماد على الطرق العلمية الخاصة- البصمة الوراثية -لأدى ذلك إلى إستسهال اللجوء إلى نفي النسب الذي يعد الحفاظ عليه من الضروريات ويترتب على هذا التساهل مفساد عظيمة لذلك لا بد من سد هذا الباب ومنع الوسيلة والذريعة المؤيدة إلى ذلك. - أنه لا يجوز الاكتفاء بالطرق العلمية وفي مقدمتها البصمة الوراثية عن اللعان ذلك إن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله إلا بالدليل النصي وهو غير ممكن لانقطاع الوحي وقد جاء في إحدى قرارات مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشر (لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا يجوز تقديمها على اللعان) ومن الأدلة التي اعتمدها أنصار هذا الرأي وهم الجمهور

- من القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَالًا مُّبِينًا﴾²، ووجه الدلالة من الآية انه لا ينبغي التهاون في الامتثال إلى أوامر الله ونواهيه بإتباع الأهواء ولا يجوز إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يسأل المرء نفسه هل أفعل أم لا أفعل ومن ثم لا يجوز التخيير بين اللعان وهو أمر الله ورسوله والطرق العلمية التي تقوم على نظريات إنسانية.

و من أدلتهم من السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم : ((الولد للفراش و للعاهر الحجر))³ فلو اعترفت الزوجة بصحة ما رماها به زوجها من الفاحشة فإن النسب يلحق بزوجها

1- أنس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، 2010 ، ص 309

2- سورة الأحزاب ، الآية 36

3- محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، باب الولد للفراش ، حديث رقم 6749 ، ص 1672.

صاحب الفراش إلا إذا نفاه باللعان لأن الفراش ثابت لا يعارضه إلا الأقوى و هو اللعان و منه فإنه لا مجال لاستعمال الطرق العلمية للحيلولة دون اللعان.

أما من القياس فدليلهم أن البصمة الوراثية أو الطرق العلمية عامة تقاس على القافة وتأخذ حكمها ، والقافة كما هو شائع يعتمد فيها على الشبه و هو معرفة الابن من الأب ومع ذلك فقد أهدرها النبي صلى الله عليه وسلم مقابل اللعان و لم يقبل النفي لمجرد اختلاف اللون. ودليلهم من المعقول أن الزوج يلجأ إلى اللعان لنفي النسب عندما لا يجد من يشهد له بما رمى به زوجته من أن الحمل ليس منه و أنه لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية شاهدة له لعدة أسباب نجملها في ما يلي:

- أن البصمة الوراثية لا تصل إلى درجة الشهادة التي أوجبها الله (أربعة شهود) فلا يمكن الاعتداد بها في إثبات الزنا و ما يستلزم من نفي الولد لأن الشهادة لا بد أن تكون صريحة صراحة كاملة في المشاهدة إثر ذلك و لو تخلى أحد الشهود الأربعة في إثبات الزنا بطلت الشهادة و طبق الحد على الثلاثة لذا لا يمكن اعتمادها كشاهد بمفهوم الآية الواردة بها أحكام اللعان¹.

- أن مقصد الشارع في سد أبواب اللعان هو عدم الخوض في أعراض النسب فمن أراد نفي النسب فليس له إلا اللعان الذي له تأثير على الجانب الشخصي و الاجتماعي و الأسري فلا يلجأ إليه إلا للضرورة .

- أن اللعان له صفة تعبدية فالعمل به هو تنفيذ لأمر الله تعالى و الاستغناء عنه بالخبرة الطبية إهمال لحكم شرعي ثابت بالكتاب و السنة و الإجماع.

- أن اللعان يسقط حد الزنا عن الزوجة فإذا نفى الزوج الولد بالبصمة الوراثية فهل تعفى الزوجة من العقاب عن الزنا أو بمعنى آخر في الدول التي تطبق حد الزنا هل يمكن استعمال الخبرة لإثبات الزنا و تطبيق الحد عنها فتقوم البصمة الوراثية مقام أربع شهود عدول ؟

1-2/ الرأي المؤيد لنفي النسب بالطرق العلمية قبل اللعان

ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز الاستغناء عن اللعان و تقديم البصمة الوراثية عليه في نفي النسب إذا أدت نتائجها إلى انتقاء النسب بين المولود و فراشه و أدلة هذا الرأي :

1- خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون طبعة ، الاسكندرية مصر، 2004 ، ص 303.

- من القرآن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۖ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾¹، وتعني أن الزوج يلجأ إلى اللعان فقط متى لم يجد شاهد على صحة ما يدعيه في زوجته من الزنا و أنه مع التقدم العلمي و التقني في مجال البصمة الوراثية و دقة نتائجها و قطعية دلالتها فهذا يكفي كشاهد للزوج على صحة ما يدعيه، وقد جاء في توصيات اليومين الدراسيين الموافقين لـ 03 و 04 ماي 2000 بكويت تحت عنوان مدى حجية البصمة الوراثية في إثبات البنوة ((أنه إذا كان الإسلام قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج فما وجه إجراءه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الحمل ليس من الزوج)).
- أن اللعان هو استثناء و ليس قاعدة فلو تطابق الحامض النووي بين الأب و الابن فلا ينتفي النسب حتى و لو لاعن الزوج لأن الشارع يتشوف لإثبات النسب رعاية للصغير.
- ضعف الوازع الديني عند بعض الناس قد يحمل الزوج على الكيد لزوجته فيتهمها بالزنا لذا فإن الاستعانة بالبصمة الوراثية فيه صيانة لعرضها و حماية لها من إفك الزوج .

1-3/ الرأي الموفق بين اللعان و الطرق العلمية

و هو موقف وسط حاول التوفيق بين الرأي الأول و الرأي الثاني بحيث يرى أنه يجوز الجمع بين اللعان كطريق شرعي لنفي النسب و بين البصمة الوراثية أو الطرق العلمية كوسيلة لإثباته و في هذا الإطار يرى أنصار هذا الرأي أن التعارض بين اللعان و الخبرة الطبية لا يعدو أن يكون تعارضا ظاهرا بقدر ما هو تعارض جوهري ، و يتضح ذلك بالخصوص إذا استطعنا أن نكشف أن نفي النسب ليس من لزوم اللعان و ثبوت نسب الولد للزوج لا يتعارض مع اللعان كسبب للفرقة بين الزوجين ، حينئذ يمكننا رفع التعارض بين اللعان و الخبرة الطبية ، و من هذا المنطق يمكننا القول أن للقاضي أن يقبل دعوى اللعان ، و ذلك لا يمنعه من الاستجابة لإجراء البصمة الوراثية ، فإذا جاءت نتيجة الخبرة تؤكد نفي النسب عن الأب الملاحن فلا إشكال هنا، بحيث يصبح اللعان سبب للفرقة بين الزوجين و لنفي النسب في الوقت نفسه ، أما إذا جاءت الخبرة تؤكد نسب الابن للأب الملاحن حكم القاضي بلزوم النسب للأب مع بقاء اللعان كإجراء للفرقة بين الزوجين ، وهكذا يزال التعارض بين اللعان كوسيلة للفرقة بين الزوجين قد يؤدي إلى نفي النسب و بين البصمة الوراثية لإثبات النسب².

1- سورة النور ، الآية 06 .

2- عبد الحق ادريسي ، نفي النسب بين اللعان و الخبرة الطبية ، مقال على الانترنت.

. http://www.blog.saeed.com/2011/05/laaam-expertise-midicale اطلع عليه في 2016/11/05 .

2/ موقف القضاء الجزائري من تقديم الطرق العلمية على اللعان في نفي النسب

لا نكاد نجد في قضاء المحكمة العليا أي قرار يجيز الأخذ بالبصمة الوراثية كطريق علمي في نفي النسب و تقديمها على اللعان ، وقد صدر عن المحكمة العليا بعض القرارات اعتبرت فيها الخبرة الطبية و الطرق العلمية طريق لإثبات النسب لا لنفيه تفسيراً لنص المادة 40 فقرة 2 من قانون الأسرة التي جاء فيها " يجوز الاستعانة بالطرق العلمية لإثبات النسب " ، كما حسمت المحكمة العليا في آخر قرار لها في هذا الصدد عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على اللعان و هو القرار الصادر في 2012/12/13 رقم : 828820 حيث تتخلص وقائع القضية في أنه بتاريخ 2011/02/14 أقام المدعي (د ، ن) دعوى أمام محكمة المحمدية ملتصاً بإلزام المدعى عليها (ب ، ن) بالرجوع إلى بيت الزوجية و إجراء التحاليل الجينية على الجنين للتأكد من نسبه إليه ، فيما أجابت المطعون ضدها بردها إلى بيت الزوجية المنفرد و المستقل عن أهله و أن يدفع لها مصاريف العلاج و النفقة ، و أنه بتاريخ 2011/06/05 صدر حكم بينهما يقضي باستمرار الحياة الزوجية و بإلزام المدعي بأن يوفر سكناً مستقلاً و منفرداً عن أهله و إلزامه بالنفقة و مصاريف العلاج ، و بعد استئنائه تم تأييده بموجب قرار صادر عن مجلس قضاء معسكر في 2011/11/30 كان محل طعن بالنقض من المدعي في 2011/12/22 مؤسسا طعنه على وجه واحد و هو السهو في الفصل في أحد الطلبات المتمثل في إجراء فحص الحمض النووي للجنين لأن المطعون ضدها حامل و هو الطلب الذي أصرّ عليه أمام المجلس ، إلا أنه رد ضمناً برفض طلبه لما ألزمه بإرجاع المطعون ضدها و دفع مصاريف العلاج و النفقة ، وقد ردّت المحكمة العليا أن قضاة المجلس طبقوا صحيح القانون لما رفضوا الاستجابة لطلب الطاعن في إجراء تحاليل الحمض النووي ، ذلك أن المادة 40 فقرة 02 من قانون الأسرة تنص أن الطرق العلمية المقررة لإثبات النسب لا نفيه ، و من جهة أخرى فإن الطرق المشروعة المقررة قانوناً لنفي النسب حسب المادة 41 من قانون الأسرة هي اللعان ، فلا يجوز شرعاً و قانوناً نفي النسب الثابت بالفرش عن طريق الطرق العلمية ، فكان قرارها في 2012/12/13 بقبول الطعن شكلاً و رفضه موضوعاً.

و لم تكثف المحكمة العليا بهذا المبدأ بل اعتبرت في قرار آخر أن مجرد رفع دعوى اللعان يحول دون إمكانية رفع دعوى إثبات النسب عن طريق الطرق العلمية و هو قرارها الصادر بتاريخ

15/10/2009 رقم 605592¹، و الذي تتلخص وقائعه في أن المطعون ضده رفع دعوى ضد الطاعنة ملتصقا من خلالها تعيين مختص في علم الهندسة الوراثية الجينية ، و تكليفه بإجراء خبرة طبية لفك الشفرة الوراثية للمطعون ضده و الطاعنة والابن(أ) الذي ينكر المطعون ضده نسبه إليه و القول إن كان ابنه أم لا ، و إن لم يكن ابنه إسقاط نسبه عنه و إلغاء شهادة ميلاده و بتاريخ 15/12/2007 صدر حكم تمهيدي قبل الفصل في الموضوع يقضي بتعيين خبير بن بركات عبد العزيز و الخبير نجار فيصل المختصين في الطب الشرعي الكائن مقرهما بمصلحة الطب الشرعي بمستشفى عبد الحميد بن باديس بقسنطينة ، ليقوم كل منهما بإجراء مقارنة بين الشفرة الوراثية للطاعنة و المطعون ضده و الابن و القول إن كانت متطابقة ، و على إثر استئنافه صدر قرارا عن مجلس قضاء سطيف في 24/04/2008 قضى بتأييد الحكم المستأنف فسجلت الطاعنة طعنا بالنقض في هذا القرار بنته على أربع أوجه، في حين التمس المطعون ضده رفض الطعن لعدم التأسيس و قد صدر قرار المحكمة العليا محل التعليق بقبول الطعن شكلا و إبطال الحكم و القرار المؤيد له بدون إحالة مؤسسها نقضهما على عدة أسباب قانونية أهمها : أن عدم قبول دعوى اللعان التي رفعها المطعون ضده عام 2003 أمام محكمة سطيف لرفعها خارج الآجال الشرعية وهي 08 أيام وان رفع دعوى اللعان يحول دون إمكانية رفعه لدعوى التأكد من نسب الطفل إليه بالطرق العلمية طبقا للمادة 40 في صياغتها الحديثة .

ومن خلال القرارين أعلاه فإن المحكمة العليا قد استقرت على أن نفي النسب لا يكون إلا بدعوى اللعان خلال الأجل الشرعي 08 أيام من العلم بالحمل أو الوضع و أن الطرق العلمية مقررة فقط لإثبات النسب غير الثابت أو المتنازع عليه .

وعموما ولأن المشرع لم ينظم دعوى اللعان بالنص على شروطها و إمكانية الاستعانة بالطرق العلمية قبل اللجوء إليها لدلالاتها القطعية ، فيبقى اجتهاد المحكمة العليا أعلاه معمول به إلى حين النص .

1- المجلة القضائية لعام 2010 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 245.

الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب النفقة الزوجية

أولا / تعريف النفقة

أ/ النفقة لغة: النفقة من النفوق و هو الهلاك ، و أيضا من الصرف يقال أنفق المال صرفه قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ﴾¹ أي أنفقوا في سبيل الله و أطعموا و تصدقوا و النفقة ما أنفق و الجمع نفاق².

ب/ النفقة اصطلاحا: عرّفها ابن عرفة المالكي أنها ، ما به قوام معتاد حال ادمي دون سرف³. وعرّفها ابن عابدين بأنها ((الإدرار على الشيء بما فيه بقاءه))⁴. والنفقة عموما هي ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام و كسوة و علاج، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس وحسب وسع الزوج⁵. أما النفقة الزوجية فهي ما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام و الكسوة و السكن و الحضانة وغيرها⁶.

ثانيا : أحكام النفقة

نصت المادة 74 من قانون الأسرة على " أنه تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة، مع مراعاة المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون". والملاحظ أن المشرع من خلال هذا النص أوضح أسباب النفقة الزوجية و أحال على المواد المتعلقة بمشتملاتها و تاريخ استحقاقها و كيفية تقديرها.

أ/ سبب وجوب النفقة للزوجة

اختلف الفقه في سبب وجوب النفقة للزوجة على التفصيل الآتي :

1- سورة يس الآية 47

2- ابن منظور ، لسان العربي ج 10 ، مرجع سابق ، ص 358

3- أحمد الصاوي ، مرجع سابق ص 476

4- ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار .مرجع سابق . ص 277.

5- العربي بلحاج ، أحكام الزواج ، مرجع سابق ، ص 436.

6- عز الدين عبد الدايم ، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الاسلامية ، 2007/2006 ص 07 ، انظر أيضا ابن عابدين محمد أمين، رد المختار على الدر المختار ج 5، مرجع سابق ، ص 280، أيضا عبد الكريم زيدان المفصل ، ج 7 ، ص 153.

فقال **الحنفية**: سبب وجوب النفقة للزوجة هو استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها، فتجب لمجرد العقد ولو لم يتم الدخول لأنها ممنوعة عن الاكتساب بحقه، فكأنه تقع حبستها عائداً عليه فكانت كفايتها عليه.

أما **المالكية** فيرون أن سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها هو دخول الزوج البالغ بزوجته الطبقة للوطء أو تمكينها له من ذلك، بأن دعتة أو وليها لدخول بها أو طلب الزوج ذلك بنفسه.¹

وذهب **الحنابلة** إلى أن سبب وجوب النفقة للزوجة هو تسليم الزوجة المطيقة للوطء نفسها لزوجها تسليماً كاملاً، جاء في كشف القناع " وإذا بذلت الزوجة تسليم نفسها البدل التام بأن تسلم في مكان دون آخر أو بلد دون آخر بل بذلت نفسها حيث شاء ما يليق بها و هي ممن يوطأ مثلها أو بذله - أي وليها - لزمته النفقة ".²

وذهب **الشافعية** إلى أن سبب وجوب النفقة للزوجة على زوجها هو تسليم نفسها و تمكينه ضروري في العرف و العادة.

ب / مشتملات النفقة

نصّت المادة 78 من قانون الأسرة أنه " تشتمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن و أجرته و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

و هذه العناصر ذكرها المشرع على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أنه أضاف عبارة و كل ما يعتبر ضروري في العرف و العادة.

و بغض النظر عن الاختلاف الفقهي من مشتملات النفقة فإن المشرع عددها بالغذاء و الكسوة و مصاريف العلاج و السكن و أجرته ، و أضاف و كل ما يعتبر ضروري لها حسب العرف السائد ، و بخصوص النفقات الإضافية للزوجة بسبب خروجها للعمل فقد أجاب مجمع

1- محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2، دار إحياء الكتب العربية ، بدون طبعة ، بدون مكان النشر، بدون سنة نشر ، ص508 . انظر أيضا الدردير، الشرح الصغير . ج2، مرجع سابق ، ص729. أيضا التسولي علي ابن عبد السلام البهجة في الشرح التحفة على الأرجوزة المسماة " تحفة الحكام " لابن عاصم ، ج1، تحقيق عبد القادر ، شاهين دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، لبنان، 1998 ، ص608.

2- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع ، ج5 ، مرجع سابق ، ص470.

الفقه الاسلامي على هذا السؤال بقرار جاء فيه " إذا ترتب على خروج الزوجة للعمل نفقات إضافية تخصها فهمي تتحمل هذه النفقات".¹

وهو أيضا ما قرره المجلس الأوربي للإفتاء و البحوث في قراره 7/14.²

ج / تقدير النفقة

ذهب جمهور أهل العلم " أن الشارع لم يقدر النفقة على الزوجة مقداراً معيناً، وإنما ألزم الزوج بالإففاق عليها بما فيه كفايتها و بما يحقق مقصود العشرة بالمعروف المأمور به في ما شرع إليه ، و لكن السؤال هنا هل على مقدر النفقة أن ينظر إلى قدرة الزوج فحسب ؟ أم عليه أن يستوعب حال الزوج و الزوجة معاً؟

والقارئ لكتب الأئمة الفقهاء يجدهم قد تشعبوا في النظر أثناء تقديرهم للنفقة الواجبة على الزوج في إلى مذاهب، فمنهم من أخذ بالرأي الأول و منهم من أخذ بالرأي الثاني على التفصيل الآتي:

3

- الرأي الأول: القائلون باعتبار حال الزوج فقط

اعتبر القائلون بهذا الرأي أن نفقة الزوجة حين تقدر يجب أن تكون في مدار حال الزوج و مقدرته المالية لا حال الزوجة أو ما نشأت عليه في بيت أهلها ، وإلى هذا الرأي مال الحنفية في رأي أيده كثير من علمائهم ، وهو ما يعرف أيضا عند الشافعية و الظاهرية ، و نسبه ابن حامدين في حاشيته إلى الإمام محمد صاحب أبي حنيفة وغيره من العلماء يقول ((و ظاهر الرواية اعتبار حاله فقط و به قال جمع كثير من المشايخ و نصّ عليه محمد في التحفة و البدائع أنه صحيح))⁴.

و يؤيد هذا الرأي الشافعية و الظاهرية، واستندوا أنصار هذا الرأي إلى قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۗ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾⁵.

1 - قرار مجلس مجمع الفقه الاسلامي رقم (144) (02/16) الدورة السادسة عشر، دبي

<http://WWW.FIGH.AE/AWQAF/DEC16> ، نقلًا عن عز الدين عبد الدايم ، مرجع سابق ، ص 31.

2- <http://www.islamonline.net/arabic/doc> أنظر أيضا عز الدين عبد الدايم ، مرجع سابق ، ص 27.

3- نزار نبيل أبو منشار ، النفقة الواجبة على الزوج و الإجراءات القضائية المتعلقة بها، رسالة ماجستير، جامعة الخليل ، معهد القضاء العالي، فلسطين ، ص 94.

4- نزار نبيل أبو منشار ، المرجع نفسه ، ص 95.

5- سورة الطلاق ، الآية 07.

- **الرأي الثاني:** القائل بمراعاة حال الزوجين معا عند تقدير النفقة، ومؤداه أنه ينظر على حال الزوج و الزوجة في إعسارهما أو يسارهما أو يسار أحدهما و إعسار الطرف الآخر، وهو رأي المعتمد عن المالكية و الحنابلة، واحتجوا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم " خذي ما يكفيك و ولدك بالمعروف".¹

وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الثاني و هو ما يظهر من صياغة نص المادة 79 من قانون الأسرة" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش" وقد أخذت بذلك أيضا المحكمة العليا في جل قراراتها لاسيما قرارها المؤرخ في 1987/02/09 رقم 244630² جاء في ((من المقرر فقها و قضاءً أن تقدير النفقة المستحقة للزوجة يعتمد على حال الزوجين يسراً أو عسراً ثم حال المعيشة ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن جهة الاستئناف قضت بتخفيض النفقة المحكوم بها للزوجة ابتدائياً دون أن تبحث عن دخل الزوج و حال معيشة الزوجة و دون مراعاة مستوى المعيشة السائدة في المكان الذي يعيش فيه الزوجان فإنها بقضائها كما فعلت خالفت القواعد الشرعية)).

د / سقوط النفقة

لم ينصّ المشرع الأسري الجزائري على أسباب سقوط النفقة و تعتبر المسألة من الفراغ التشريعي الذي استكمل من أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإن النفقة تسقط بعد وجوبها في عدة حالات أهمها:
-إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً حتى و لو بعد الاحتباس لأن العقد واجب الفسخ فيكون التسليم بعده غير مشروع.

-إذا كانت الزوجة صغيرة غير سالحة للعشرة الزوجية لأن احتباسها و عدمه سواء.³

-المرتدة لأن ردة الزوجة تؤدي إلى فسخ الزواج .

- النشوز فمتى ثبت نشوز الزوجة سواء برفضها الانتقال إلى بيت الزوجية دون إذن أو سفرها دون إذن الزوج.

1- محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب النفقات، باب إذا لم يتفق الرجل فالمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، مرجع سابق، ص 1367.

2- المجلة القضائية لعام 1990، عدد 3، المحكمة العليا، الجزائر، ص 55.

3- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 507.

و إذا كان الشرطان الأول و هو عقد الزواج الصحيح و الثاني و هو أن تكون الزوجة مطيقة للوطء يستشفان من نص المادة 74 من قانون الأسرة بمفهوم المخالفة ، إلا أن المشرع لم ينص على سقوط النفقة للنشوز بل أكثر من ذلك ، فقد كانت المادة 37 من قانون الأسرة توجب النفقة للزوجة كحق لها ما لم تكن ناشز، و إلغاء هذه المادة جعل شرّاح قانون الأسرة يتساءلون عن الغرض من هذا الإلغاء .

وعموما فالمحكمة العليا قد استقرّ قضاءها على اعتبار النشوز سببا لسقوط النفقة وانه من الفراغ التشريعي الموجب للإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية ومن ذلك قرارها المؤرخ في 1984/07/09 رقم 33762¹ جاء فيه : ((من المقرر قانونا أن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بموجب أحكام نهائية يعتبر نشوزا منها و بالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة وغيرها)).

أيضا قضت المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 235357 المؤرخ في 2000/02/22 ((من) المستقر عليه قضاءً أن مجرد توجيه إنذار بالرجوع للزوجة و امتناعها لا يعد نشوزا بل لا بد من صدور حكم نهائي يلزمها بالرجوع و تمتنع دون سبب جدي بعد استيفاء إجراءات التنفيذ الرسمية)).

هـ / المقاصة في دين النفقة

إذا كانت الزوجة دائنة لزوجها بالنفقة و كان هو دائنا لها بدين ما و كان الدينان بقوة واحدة جازت المقاصة بينهما.² و هو رأي الفقه الإسلامي على التفصيل الآتي:³

ذهب الحنفية أن دين النفقة إذا كان قويا (بأن فرضه القاضي أو تقرّر بالتراضي - جاز لأحد الزوجين أن يطلب المقاصة و ليس لآخر الامتناع من المقاصة لتساوي الدينين في القوة)، أما إذا لم يكن دين النفقة قد قرّره القاضي أو تراضى عليه الزوجان فيكون ضعيفا و تصح المقاصة به، إذا طلبها الزوج لأن دينه أقوى من دين الزوجة و ليس للزوجة الامتناع من المقاصة ، و لا تمكن المقاصة بطلب الزوجة حينئذ إلا إذا رضي الزوج بها ، لأن دينها أضعف من دينه .

1 - المجلة القضائية لعام 1989 ، عدد 4، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 199. و أنظر أيضا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/03/09 ملف رقم 45311 ، المنشور بالمجلة القضائية لعام 1990 ، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر ص 61.

2- المقاصة هي إسقاط دين ما على الشخص في نظير ما له من الدين على الآخر.

3- نزار نبيل أبو منشار ، مرجع سابق ، ص 155 و ما يليها. و انظر أيضا : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 7 مرجع سابق ، ص 819.

ويرى الجمهور أن دين النفقة دين صحيح لا يسقط إلا بأدائه أو الإبراء سواء فرضه القاضي أو كان بالتراضي أم لا ، فتصح المقاصة به مطلقا لتساوي الدينين في القوة و لكن قرّر المالكية و الحنابلة أن الزوجة إذا كانت فقيرة و طلب الزوج المقاصة لا يجاب إلى طلبه إلا إذا رضيت بها ، لأن إحياء النفس مقدم على وفاء الدين، وفي رأي المالكية والحنابلة وجاهة بينة، فالأصل أن تتم مراعاة حالة كلا الزوجين عند تقرير حكم شرعي، ووجهة هذا القول مستمدة من أمر الله تعالى بإنظار المعسر قال عزّ وجلّ في محكم تنزيله: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾¹، وكان على الزوج أن ينظرها إلى حين ميسرتها و لا يقاصها بدين نفقتها الذي قد لا تجد غيره لتتفق منه بخلاف ذات المال.²

ولم يتناول المشرع الجزائري مسألة المقاصة بين دين النفقة و دين الزوج ، وهي مسألة تدخل في دائرة الإحالة حسب م 222 من قانون الأسرة .
ورغم أن المشرع المدني نصّ على المقاصة في القانون المدني، إلا أنه وأمام عدم إحالة قانون الأسرة على القانون المدني تبقى الأولوية للمصدر الاحتياطي.
ولم نصادف فيما اطّلنا عليه من قرارات المحكمة العليا على أي قرار في هذا الموضوع، إلا أننا نرجح رأي المالكية و الحنابلة للأسباب التي ذكرناها أعلاه .

و / نفقة الزوجة العاملة

رغم أن المشرع الجزائري نص على حق المرأة في العمل مثلها مثل الزوج ، كما أجاز لها الاشتراط ضمن عقد الزواج أو عقد لاحق السماح لها بالعمل خارج البيت، واعتبر المشرع الأسري هذا الشرط من الشروط صحيحة التي يجب الوفاء بها بالنص ضمن المادة 19 من قانون الأسرة " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يرونها ضرورية و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة "، و الأكثر من ذلك أنه رتب على مخالفة الشرط حق المرأة في طلب التظليق و التعويض حسب المادة 53 و 53 مكرر من قانون الأسرة .

ومع ذلك لم ينظم المشرع نفقة الزوجة العاملة، فهل يعتبر الموضوع فراغا يوجب الاستنجاذ بأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة ؟ أم أن المشرع الأسري اكتفى بالإطلاق الوارد في نص المادة 74 من قانون الأسرة، فيكفي قيام الزوجية و تحقق الدخول

1- سورة البقرة، الآية 280.

2- نزار نبيل أبو منشار، مرجع سابق، ص 157.

لاستحقاقها النفقة دون حاجة للبحث ضمن أحكام الفقه الإسلامي إن كان عملها يسقط عنها النفقة أم انها تستحق النفقة لمجرد قيام الزوجية بغض النظر عن عملها ويسرها ؟ .

وأعتقد حسب رأينا و الله اعلم أن المشرع لم ينصّ على أسباب سقوط النفقة عموماً ، ولم يعتبر عمل المرأة مسقطاً لها ، وإذا علمنا أن مناط النفقة هو تحقيق الاحتباس للزوج و خدمته وتمكينه من الاستمتاع بالزوجة متى أراد، فهل هذا يعني أن مسألة عمل المرأة في حالة التساكت و عدم اشتراطها العمل يجعل منها أحد الأسباب المسقطة لحقها في الإنفاق عليها من الزوج ، وهي مسألة لم ينص عنها المشرع توجب الرجوع فيها إلى رأي الفقه الإسلامي على التفصيل الآتي:

- يرى الحنفية أن شرط العمل شرط فاسد ملغى و العقد صحيح ، و للزوج أن يمنعها من العمل و إذا استمرت فيه سقط حقها في النفقة.

- وصحح المالكية هذا الشرط و لكنه مكروه لا يلزم الوفاء به و لكن يستحب، فله أن يمنع الزوجة من العمل فإن رفضت الاستجابة لمطالبه كانت ناشزة سقط حقها في النفقة .

- وصحح الحنابلة أيضاً هذا الشرط و أوجبوا الوفاء به ، فلا يكون للزوج أن يمنع المرأة من العمل و لو منعها لا تكون ناشزة، و قواعد الشافعية تأبى مثل هذا الشرط لأن المذهب الجديد أن النفقة الزوجية تجب بالتمكين التام لا العقد و أن الخروج من بيت الزوج بلا إذن منه نشوز منها، سواء أكان الخروج لعبادة كالحج أم لا، و يسقط النشوز نفقتها لمخالفتها الواجب عليها و أنها لو مكّنت من الوطاء و منعت بغيّة الاستمتاع كان ذلك نشوزاً¹.

وعموماً فإن المشرع الجزائري و إن كان قد نص على جواز اشتراط الزوجة العمل و استخلص القضاء أن ذلك يعني تنازل الزوج عن حقه في الاحتباس و أن نفقتها تبقى عليه طبقاً لنص المادة 74 من قانون الأسرة ، إلا أنه لم ينص على حالة عدم اشتراطها العمل و هل خروجها للعمل دون إذنه و موافقته يعدّ نشوزاً .

ولم نجد من قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد إلا قرارها المؤرخ في 22/02/2000 رقم 237148² و الذي جاء فيه ((أن القرار المطعون فيه جانب الصواب في إلغائه لنفقة الزوجة لمجرد يسرها و عملها كطبيبة ، و أن يسار الزوجة لا يسقط حقها و حق الأولاد في النفقة دون مبرر)، و على عكس هذا القرار و من الاجتهادات النادرة في الموضوع ، نجد الحكم الصادر عن محكمة المشرية بتاريخ 25/04/1983 فهرس 49/83 الذي أشار إليه الدكتور محمد محدة

1- وهية الزحيلي ، الفقه الاسلامي أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 793.

2- المجلة القضائية، لعام 2001، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 203

في كتابه الخطبة والزواج و جاء فيه ((عمل الزوجة ينقص معه حق الاحتباس للزوج و هو مشروطاً برضا الزوج بعد البناء إلا إذا اشترطت عليه قبل البناء خروجها إلى العمل فلا يجوز له التمسك بنشوزها إذا لم تكف عن العمل)).

وبالنظر إلى تاريخ الحكم أعلاه فقد صدر قبل صدور قانون الأسرة 11/84 ، حيث كان يعمل بالمذهب المالكي أما الآن وبعد صدور قانون الأسرة وفي حالة عدم إشتراط الزوجة العمل في عقد الزواج فاعتقد ان المسألة يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من قانون الأسرة.

المبحث الثاني

تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الطلاق و آثاره

نصت المادة 47 من قانون الأسرة على أنه: ((تتحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو بالوفاة...)).

ونصت المادة 48 أنه : ((يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم إرادة الزوج المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون ((أي الخلع و التطليق.

فيكون المشرع قد عد صور الطلاق وهي الطلاق بإرادة الزوج و الطلاق بالتراضي والتطليق والخلع ، ومع ذلك فقد اغفل بعض صور التفريق بين الأزواج كاللعان والظهار والايلاء و الفسخ و الردّة و غيرها ، لذا نحاول من خلال هذا العنوان التطرق إلى بعض التطبيقات القضائية لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في باب الطلاق (المطلب الأول) ثم في باب آثار الطلاق لاسيما العدة والحضانة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الطلاق

نحاول في هذا العنوان عرض موضوع الطلاق من منظور المشرع الجزائري و عرض أهم النقاط التي لم ينظمها ، وموقف الاجتهاد القضائي منها في إطار الإحالة ، واخترنا كمثال تطبيقات قضائية في باب وبالضبط شروط الطلاق الواقع من الزوج (الفرع الأول) و انواعه (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب شروط الطلاقالواقع من الزوج

وفيه نتناول تعريف الطلاق وتميزه عن الفسخ (أولا) شروط الطلاق (ثانيا) .

أولا / تعريف الطلاق والفرق بينه و بين الفسخ

أ / تعريف الطلاق

1/ تعريف الطلاق لغة : الطلاق لغة له عدّة معانٍ منها الترك و الفراق و التخلية و الإرسال ، وطلاق النساء يأتي بمعنيين، حل عقدة النكاح و الآخر التخلية و الإرسال ، يقال تطلّقت المرأة أي تحللت من قيد الزواج و خرجت من عصمة الزوج.¹

1- ابن منظور ، لسان العرب، مرجع سابق ، ج10 ، ص 225.

2/ تعريف الطلاق اصطلاحاً : هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو ما في معناه فيرتفع النكاح به في الحال متى كان الطلاق بائناً و يرتفع به الطلاق مستقبلاً متى كان الطلاق رجعياً.¹

ويقصد به أيضاً: " رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أو المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية ".²

ب/ الفرق بين الطلاق و الفسخ

وفرق الفقه الإسلامي بين الطلاق والفسخ وقبل تعداد أوجه الخلاف بينهما، نعرف الفسخ فالفسخ هو إزالة ما يترتب على العقد من أحكام، وقد يكون الفسخ لخلل صاحب نشوء العقد كما لو نشأ العقد غير لازم، وقد يكون الفسخ لخلل طراً على العقد بعد نشوئه صحيحاً.³ يقول أبو زهرة: أما الفسخ في حقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح أو يكون تداركاً لأمر اقترن بالإنشاء جعل العقد غير لازم ومثال الأول ردة أحد الزوجين أو يكون من أحدهما ما يوجب حرمة المصاهرة ، ومثال الثاني الفسخ بخيار البلوغ أو الإفاقة وأسمى الخيارين الفسخ بخيار الإدراك... والفسخ على ذلك ينقسم إلى قسمين أحدهما فسخ يكون كنفذ العقد من أصله وثانيهما فسخ لا ينقض العقد من أصله، والقسم الأول ما كان بسبب الفسخ فيه أمر يتصل بإنشاء الزواج ، وذلك هو الفسخ بخيار الإدراك و الفسخ لعدم الكفاءة على رأي من يرى أن العقد ينعقد صحيحاً و يكون غير لازم... فإن الأمر في هذه الأحوال يتصل بأمر اقترن بإنشاء العقد ، لأن الباعث عليه أمر يتعلق بإنشاء العقد ، أما القسم الثاني و هو الفسخ الذي لا يعد نقضاً للعقد من أصله فهو الفسخ لعارض يمنع بقاء النكاح أي يمنع الحل بين الزوجين كالفسخ لإبائها الدخول في الاسلام، أو أي

1- عبد الله المراغي ، الزواج و الطلاق في جميع الأديان ، لجنة التعريف بالاسلام ، الكتاب الرابع و العشرون ، بدون طبعة، الجمهورية العربية المتحدة ، 1966 ، ص 219. و انظر أيضا ابن عابدين ، رد المختار على الدر المختار ، ج4 ، مرجع سابق، ص 425.

2- محمد الشماخ ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار العلم ، ط1، دمشق ، سوريا ، الدار الشامية، بيروت ، لبنان ، 1995 ، ص 121.

3- سيد سابق، مرجع سابق ، ج2 ، ص321 ، و انظر أيضا محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 519. انظر أيضا بدران أو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، ط2، مصر، 1961، ص220.

دين كتابي إذا كانت غير كتابية و أسلم زوجها، و الفسخ لوجود حرمة مصاهرة لم تكن وقت الإنشاء ، و الفسخ لردّة الزوجة أو ردّة الزوج و الفسخ للعان.¹

وعلى هذا يفترق الفسخ عن الطلاق في وجوه عدّة تترتب عليها آثار شرعية و أهمها:²

- قد يكون الطلاق رجعياً فيراجع الرجل زوجته خلال العدة دونما حاجة إلى عقد جديد ، أما الفسخ فهو فرقة بائنة لا رجعة فيها.
- الفرقة بالطلاق تنقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج، أما الفسخ فلا يعتبر من الطلقات الثلاث أي لا ينقص العدد.
- الطلاق لا يكون إلا من زواج صحيح، أما الفسخ فقد يكون في نكاح صحيح أو غير صحيح.
- يعتبر الطلاق إنهاء لعقد الزواج أما الفسخ فقد يكون نقضاً لعقد الزواج لخلل رافق نشأته أو عارض طرأ على الزواج فممنع بقاءه بعد أن نشأ صحيحاً أو حادث أصاب أحد الزوجين فأعطى للآخر حق طلب الفسخ.

والمشرع الجزائري لم يعتبر الفسخ من صور إنهاء الرابطة الزوجية إذ اعتبر الرابطة الزوجية لا تحل إلا بالطلاق أو الوفاة حسب المادة 47 من قانون الأسرة، ثم نص على صور الطلاق في المادة 48 من نفس القانون و ليس منها الفسخ لكن و من جهة أخرى نجد أن المشرع اعتبر الفسخ جزاء العقد الفاسد الذي لم يستوف الشروط القانونية طبقاً لنص المادة 33 فقرة 2 من قانون الأسرة و التي 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...)).

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2001/02/21 رقم: 255711³ ((إن الحكم يفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون))، إلا أنها ما لبثت أن تراجعت عن موقفها و اعتبرت إنهاء الرابطة الزوجية لا يكون إلا بالطلاق أو التطلق إذ جاء في قرارها المؤرخ في 2005/10/12 رقم

1- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص277/278.

2- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي ، مرجع سابق ، ص 520.

3- المجلة القضائية لعام 2002 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص424 ، انظر أيضا العربي بلحاج ، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ، مرجع سابق ، ص132.

340671¹ ((ينتهي الزواج العرفي التام الأركان إما بالطلاق أو بالتطليق و ليس بفسخ عقد الزواج أو بفسخ الخطبة)).

ولم توضّح المحكمة العليا سبب معيّن لعدم اعتبار الفسخ كطريقة لحل عقد الزواج رغم أن المادة 33 أعلاه كانت واضحة ، و تبقى هناك حالات كثيرة اتفق الفقه على أن الفسخ هو الذي يتقرر بشأنها ، و أن آثار الفسخ تختلف عن آثار الطلاق ، ومن ثم تعتبر المسالة من قبيل النقص التشريعي الذي يوجب الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية. ومع ذلك وباستثناء القرارين أعلاه لم نجد أي قرار آخر يميز بين الفسخ و الطلاق و بين توجه المشرع بشأنها.

ثانيا: شروط الطلاق

لم يورد المشرع الجزائري أي نص عن شروط الطلاق، مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة طبقا لما نصّت عليه المادة 222 من قانون الأسرة. و الفقه الإسلامي ميز بين شروط الطلاق في المطلق و شروط المطلقة على التفصيل الآتي:

أ / شروط المطلق²

المطلق هو من يملك إيقاع الطلاق و هو الزوج لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾³، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾⁴

و يشترط في المطلق جملة من الشروط يجب توافرها فيه حتى يقع الطلاق، نوجزها في ما يلي:

1/ البلوغ⁵

يشترط في الزوج أن يكون بالغاً فلا يقع طلاق الصبي و إن كان عاقلاً لأن الطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح من أن يكون مصلحة و إنما يعرف ذلك بالتأمل و الصبي لاشتغاله باللهو و اللعب لا يتأمل فلا يعرف وجه المصلحة فلا يقع طلاقه ، و بهذا قال الحنفية و قال المالكية لا يصح الطلاق من صبي و لو كان مراهقاً

1- المجلة القضائية لعام 2005، عدد2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 397.

2- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ص 536.

3- سورة البقرة ، الآية 232.

4- سورة البقرة ، الآية 230.

5- عبد الكريم زيدان، المفصل ، ج 7، مرجع سابق، ص 362.

و هو مذهب الشافعية أيضا إذ قالوا لا يصح الطلاق من غير مكلف كصبي ، أما الحنابلة فقالوا يصح الطلاق من زوج عاقل مختار و لو مميزا يعقل الطلاق و لو كان الصبي المميز دون عشر سنين لعموم قوله صلى الله عليه وسلم "الطلاق لمن أخذ بالسياق".

و رجح الدكتور عبد الكريم زيدان اعتبار شرط البلوغ لصحة طلاق الزوج المطلق سواء أكان مراهقا قارب على البلوغ، أو لم يكن مراهقا، لان الطلاق تصرف خطير الأصل فيه الضرر و جوازه للحاجة، و أضاف و في تعليل عدم صحة طلاق الصبي المميز قال الكمال بن همام - رحمه الله تعالى- و معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لا تنفذ إلا ممن له أهلية التصرف و أدناها العقل و البلوغ خصوصا في ما هو دائر بين الضرر و النفع، خصوصا ما لا يحل إلا إلى انتقاء مصلحة ضده، القائم -النكاح- كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل ليحكم به التمييز في ذلك الأمر، و لم يكف عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال، و لو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر، لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق به الحكم، و كون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لأنه إنما يتعلق بالمضان الكبرى¹.

و إذا كان المشرع لم ينص صراحة في باب الطلاق عن شرط البلوغ إلا أنه يستشف من نص المادة 07 من قانون الأسرة أن البلوغ شرط للطلاق إذ تنص "تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة ، و يرخص بالزواج قبل ذلك للمصلحة أو الضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات.

فالأصل لدى المشرع أن الزواج لا يصح للقصر بل يشترط فيه البلوغ فيكون البلوغ أيضا شرطا في الطلاق، و استثناءا و في حال ترشيد القاصر للزواج طبقا للمادة 07 ف 02 أعلاه فإن هذا الزواج يرشد القاصر و يمنحه الولاية و الأهلية للتقاضي و لكن فيما يتعلق بآثار الزواج فقط (اي رفع دعاوى للمطالبة بالحقوق و الالتزامات الناتجة عن عقد الزواج و هي حقوق و واجبات الزوجين و النسب ، ولم يرشده فيما يخص الطلاق و آثاره)²، و يؤكد ذلك نص المادة

1 عبد الكريم زيدان، المفصل ، ج 7، مرجع سابق، ص 362.

2- و نختلف في هذا الصدد مع الأستاذ محفوظ بن صغير الذي ذكر في رسالته الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري " أن المشرع الجزائري لو يورد ان النص يتعلق بشروط المطلق مما يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة إلا انه و بالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من المادة 07 فان المشرع الجزائري منح الزوجين الذين لم يبلغا سن الرشد القاضرين صلاحية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من نفقة و إثبات نسب و طلاق و خلع و غير ذلك ، لكن المادة 07 أكدت ان الترشيح يخص آثار الزواج لا الطلاق.

437 من قانون الإجراءات المدنية " عندما يكون الزوج ناقص أهلية يقدم طلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه حسب الحالة كما نصت المادة 432 من نفس القانون ((لا يجوز تقديم طلب طلاق بالتراضي اذا كان احد الزوجين تحت وضع التقديم أو إذا ظهر عليه اختلال في قدراته الذهنية ...)).

و نتساءل إذا كان شرط البلوغ لم ينص عليه المشرع صراحة و لكن يستشف من المواد أعلاه التي تشترط رفع الدعوى عموما بما فيها دعوى طلاق من بالغ، فماذا عن الطلاق الواقع عرفيا خارج ساحة القضاء من القاصر الذي لم يرفع دعواه الا بعد بلوغه ، فهل يعترف القضاء بصحة هذا الطلاق؟ ام يرفض الدعوى لعدم صحته لعدم توافر شروط البلوغ عند تصريح الزوج به .

لم نصادف أي قرار للمحكمة العليا في هذا الموضوع ، و لكننا نعتقد مما تقدم أن على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص الإحالة م 222 ، و رفض دعواه لعدم توافر شرط البلوغ في المطلق وفقا لرأي الجمهور هذا إذا رفعت الدعوى من وليه نيابة عنه ، أما إذا رفع القاصر الدعوى فمصيرها حسب ما جرى عليه القضاء بطلان الإجراءات لانعدام الأهلية الإجرائية حسب المادة 64 ، 65 و 67 من قانون الإجراءات المدنية .

2/ العقل

يشترط أيضا في المطلق أن يكون عاقلا فلا يقع طلاق المجنون لقوله صلى الله عليه و سلم : "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق"¹، و قال ابن قدامة " أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو في معناه لا يقع طلاقه"²، و يلحق بالمجنون النائم و المعتوه و المغمى عليه و المدهوش³. أما السفیه فقد جاء في فقه المالكية أنه يصح طلاق المسلم المكلف أي البالغ العاقل ولو سفیهاً⁴.

1- ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤد عبد الباقي ، ج 1 ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر ، ص 658.

2- ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ، ج 10 ، مرجع سابق ، ص 345.

3- عبد الكريم زيدان ، المفصل ج 7 ، مرجع سابق ، ص 364.

4- محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 2 ، مرجع سابق ، ص 365.

و إلى هذا أيضا ذهب الشافعية فجاء في مغني المحتاج: " و يشترط لنفوذ الطلاق من المطلق التكليف أي أن يكون المطلق مكلفا فيصح من السفية و المريض، و لا يصح من غير المكلف كصبي و المجنون و المغمى عليه و النائم...¹ .

و بهذا قال الحنفية أيضا لان السفه لا يؤثر في العقل من جهة إدراكه الأمور ، فليس في عقله خلل يلحقه بالمجنون ، و قال بذلك الحنابلة و نساءل ، في هذا الصدد هو موقف المشرع من طلاق الولي ؟.

يراد بطلاق الولي تطليق الولي زوجه من هو في ولايته، و هو الأب بالنسبة للصغير و المجنون ، وقد اختلف الفقه في ذلك على التفصيل الاتي .

فذهب الحنفية إلى عدم جوازه ، جاء في المبسوط للسرخسي : " و خلع الصبي و طلاقه باطل لأنه ليس له قصد معتبر شرعا خصوصا فيما يضره و كذلك فعل أبيه عليه من طلاق باطل لان الولاية إنما تثبت على الصبي لمعنى النظر له ، و لتحقق الحاجة إليه، وذلك ما يتحقق في الطلاق . و بالنسبة لولي المجنون لا يملك وليه الخاص تطليق زوجته و لكن للزوجة مراجعة القاضي و طلب التفريق لسبب جنته و تضررها من ذلك² .

و أجاز المالكية تطليق ولي الصغير و المجنون زوجتهما إذا كان التطليق بعوض-أي بطريقة الخلع- أما إذا كان بغير عوض إذا رأى المصلحة في ذلك فقد جاء في الشرح الكبير (و موجب أي طلاق الخلع أي موقعه - زوج مكلف لا صبي أو مجنون و لو كان الزوج المكلف سفيا أو مجنونا ولي صغير أو عبد أو ولي مجنون سواء كان الولي أبا أو سيدا أو غيرهما... إذا كان الخلع لمن ذكر على وجه النظر و لا يجوز عند مالك و ابن القاسم أن يطلق عليهما بغير عوض)³ .

و للحنابلة في المسألة رأيان، الأول أن الولي يملك أن يطلق زوجة الصغير و المجنون الذي تحت ولايته ، و هو قول عطاء وقتادة لأن ابن عمر طلق على ابن له معتوه ، و الرأي الثاني

1- شمس الدين محمد ابن الخطيب الشريبي ، مغني المحتاج ، ج 4 ، مرجع سابق ، ص 455. و انظر ايضا أيضا عبد الكريم زيدان ، المفصل ، مرجع سابق ، ص 364.

2- السرخسي شمس الدين ، مرجع سابق ، ج 6 ، ص 178 ، ايضا المفصل ج 7 ، ص 389.

3- الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، ص 352. والسفيه فيقع صلاحه في قول أكثر أهل العلم لأنه لا يكلف مالك لمحل الطلاق فوق طلاقه كرشيد و الحجر عليه في ماله لا يمنع تصرفه في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس. انظر في ذلك : ابن القدامة ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابيضا ، المغني ، ج 10 ، مرجع سابق ، ص 350.

أن الولي لا يملك ذلك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " الطلاق لمن آخذ بالساق " و لأنه إسقاط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين و لأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الولاية. و ذهب الشافعية أن طلاق الولي المرأة لابن الصغير أو المجنون لا يجوز بعوض أو بغير عوض لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال " الطلاق بيد الذي يحل له الفرج"¹ و قد ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 437 من قانون الإجراءات المدنية أنه يجوز لولي القاصر رفع دعوى الطلاق ، إلا أننا نعتقد أن النص لا يتجاوز المعنى الإجرائي ، فالقاصر أو المحجور عليه لجنون أو سفه أو غيره لا يملك الصفة الإجرائية لمباشرة إجراءات الدعوى ، فيقوم وليه برفع الدعوى باسمه و نيابة عنه ، أما طلاق الولي فمسألة موضوعية يرجع فيها الى الشريعة الإسلامية، و رأي الجمهور (الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة) لا يجيز ذلك ، أما المالكية فيجيزونه إذا كان بعوض أي إذا كان خلع - فقط- و يبقى اختيار الحكم الشرعي من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة ضمن نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة .

3/ أن يكون قاصداً الطلاق

أن يكون ناويا الطلاق و مريداً له و عازماً عليه، فلا يقع طلاق المخطئ فقال الجمهور انه لا يقع طلاق المخطئ إن ثبت سبق لسانه ، و إن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء ، و قال الحنفية يقع طلاق المخطئ بالتلفظ بالطلاق و لا يقبل منه أنه أخطأ ، لأنه أمر باطني فلا يتخذ وسيلة إلى إحلال ما حرم الله، و هذا في القضاء أما في الفتوى و الديانة فإن الطلاق لا يقع إذا علم من نفسه أنه أخطأ و لم يقصد الطلاق ، وقال الجمهور أن الشرع منع الهزل في الطلاق و اعتبره كالحذ فيه حماية للفروج ، أما المخطئ فمعذور و لم يختر التلفظ²، و الطلاق إنما يكون بلفظ و نية أو بلفظ فقط. أما الطلاق بالشبهة المجردة بأن نوى الزوج في قلبه تطليق زوجته أو طلقها في نفسه دون أن يتلفظ فإن طلاقه لا يقع و هذا قول عامة الفقهاء خلافاً للزهري و ابن سريين ، فقال ابن سريين : " أليس قد علمه الله " ، و قال الزهري: " إذا عزم على ذلك طُلق " ، و ردّ الجمهور محتجين بقوله صلى الله عليه وسلم : " إن الله قد تجاوز لأمتي عمّا

1- عبد الكريم زيدان ،المفصل ، ج7، مرجع سابق ، ص390.

2- عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج4 ، ص 258 و محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ص538

حدثت به نفسها ما لم تتكلم به أو تعمل"¹ ، ومن ثم فلا بد في الطلاق من لفظ و قصد ، فإذا افترق اللفظ عن القصد لا يقع الطلاق و كذلك لا يقع الطلاق لمجرد النية² .
و لم ينص المشرع على شرط القصد في الطلاق و لا عن طلاق المخطئ و هي مسألة يرجع فيها إلى أحكام الشرع الإسلامي.

4/ أن يكون المطلق مختاراً غير مكره

لا يقع عند الجمهور طلاق المكره لأنه غير قاصد للطلاق و إنما قصد دفع الأذى عن نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه" و يرى الحنفية أن طلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق وإن لم يرض بالأثر المترتب كالهزل³ .

و المشرع الجزائري أيضاً لم ينص على هذا الشرط و يرجع في التحقق منه إلى القاضي، و إعمال هذا الشرط يستوجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية تطبيقاً لقاعدة الإحالة.

ب/ شروط المطلقة

إشترط الفقه الإسلامي في المطلقة جملة من الشروط حتى يقع الطلاق صحيحاً وهي

1/ أن تكون زوجة في تاريخ الطلاق الواقع عليها

يقع الطلاق على المرأة إذا كانت حال زواج صحيح قائم فعلاً و لو قبل الدخول أو أثناء العدة من طلاق رجعي لأن الطلاق الرجعي لا تزول به الرابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة فإذا كانت المرأة معتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يلحقها طلاق آخر أثناء العدة لإستنفاد حق الزوج في الطلاق لأنه لا يملك أكثر من ثلاث طلاقات فلا يكون هناك فائدة من الطلاق أما إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى فلا يلحقها أيضاً طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية لإنهاء الرابطة الزوجية بالطلاق البائن فلا تكون محل طلاق و يلحقها طلاق آخر عند الحنفية

1- محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، مرجع سابق، كتاب الطلاق، باب الطلاق في إغلاق و الكره و السكران والمجنون...حديث رقم 5229.

2- محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 395، و أيضاً أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج10، مرجع سابق، ص 355.

3- الراوي: عبدالله بن عباس، المحدث: العيني، المصدر: عمدة القاري، الصفحة أو الرقم | 13/125: خلاصة حكم المحدث: صحيح متاح على الرابط التالي: <https://www.dorar.net/hadith/sharh/75292>، تاريخ الاطلاع 2021/05/21، و انظر ايضاً وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص 368. كما لم يفصل المشرع الجزائري لأحكام الطلاق السكران و الغضبان و المريض مرض الموت و يترك ذلك لاجتهاد القاضي بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية.

لبقاء بعض أحكام الزواج من وجوب النفقة و العدة والسكنى في بيت الزوجية و عدم حل زواجها من رجل آخر في العدة فتكون محلا للطلاق.

وإذا كان الزواج فاسداً و انتهت عدة المرأة المطلقة فلا يقع عليها طلاق آخر حتى ولو كان معلقا بانتهاء العدة كأن يقول لها إذا انتهيت من عدتك فأنت طالقة فلا يقع به الطلاق.

و إذا طلقت المرأة قبل الدخول و الخلوة فلا عدة عليها و يكون طلاقها بائنا ، يقول الحنفية لا يلحقها طلاق آخر فإذا قال لها أنت طالق أنت طالق ، أنت طالق فلا تقع إلا طلقة واحدة لأنها بالطلاق الأول صارت بائنة من زوجها و هو رأي الشافعية و قال المالكية و الحنابلة يقع بهذه الألفاظ المتباينة ثلاث طلاقات لأنه نسق غير مفترق لأن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها.¹

2/ أن تكون على ظهر لم تمس فيه : ومن شروط المطلقة أيضا أن لا تكون حائضا و لا في ظهر مسّها الزوج فيه، وذلك ليكون الطلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحّة في الطلاق² ، و قد ذهب جمهور العلماء إلى أن طلاق الزوجة و هي حائض طلاق محرم على أنه طلاق بدعة ، و لكنه واقع أي أنه لا يجوز ديانة و يقع قضاءً ، و قد استدلوا في هذا الشأن بما ورد في بعض الروايات أنه عليه السلام غضب من تطليق عبد الله بن عمر زوجته حال حيضها فأمره قائلاً " ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن بدا له أن يطلقها فتنك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء "³.

فقالوا أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها و الرجعة لا يكون إلا من طلاق⁴. كما جاء في بعض الروايات عن ابن عمر قال حسبت عليّ تطليقه⁵ ، و ذهب بعض الفقهاء و منهم ابن حزم و ابن تيمية و ابن القيم و إبراهيم بن عليّة و طاوس أن الطلاق البدعي لا يقع و

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج7 ، مرجع سابق ، ص 370. و انظر أيضا عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4 ، مرجع سابق ، ص 254. و محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 292.
2- العربي بلحاج ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج و الطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، الجزائر ، 2004 ، ص 247.

3- مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب طلاق الحائض بدون رضاها ، حديث رقم : 1471 ص 1093 محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب و بعولهن احق بردهن ، حديث رقم 5332 ، ص 1358.

4- عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 284.

5- محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، مرجع سابق ، مرجع سابق ، ص 1338 (حديث رقم 5253).

لا يحسب و حجتهم في ذلك أن هذا الطلاق منهي عنه وغير مأذون به فقد أشبهه طلاق الأجنبية، و لأنه طلاق محرم منهي عنه و النهي يقتضي فساد المذهب عنه فلو صححناه لكان لا فرق بين المنهي عنه و المأذون به من جهة الصحة و الفساد كما استدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد " ¹

ج / شروط الصيغة

يقصد بصيغة - الطلاق- ما يفيد رفع الحل الثابت بالزواج الصحيح حالاً أو مآلاً ، إذا صدر ممن يملكه و صادف محلاً لوقوعه ، بأي اللغة عبر بها عنه المطلق و عليه فلا يقع لمجرد الهم أو العزم القلبي، أو فعل محتمل قد يدل عليه و قد لا يدل .

وكما يقع الطلاق بالألفاظ، يقع بالإشارة أو الكتابة، إذا كانت الإشارة مفهومة سواء وقعت هذه الإشارة من الأخرس أو العاجز عن النطق أو من المتكلم على قول المالكية بينما اشترط آخرون لصحة الطلاق بالإشارة العجز وقالوا لا عبرة بالإشارة مع القدرة على الكلام و لا يمكن أن تقوم مقامه، و يقع الطلاق أيضا بالكتابة ، فإذا كتب الزوج لزوجته أو وليها أنت طالق وقع الطلاق لمجرد انتهائه من كتابه أو بوصول الكتاب إليها إذا علقه على ذلك كأن يقول لها: " أنت طالق إذا وصلت كتابي هذا "، لأن الكتاب كالخطاب إذا كان واضحاً مستبيناً.²

و الحكم ذاته يسقط على الطلاق بالكتابة عبر الوسائل الالكترونية أو ما يسمى بالكتابة الإلكترونية ، و هي حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو صوتية أو أي وسيلة أخرى مشابهة و تعطي دلالة قابلة للإدراك.³

و المشرع الجزائري لم ينص على شروط صيغة الطلاق على عكس أغلب التشريعات العربية فنجد مثلا المشرع المغربي نص من خلال المادة 46 من القانون المغربي للأحوال الشخصية أنه: ((يقع الطلاق باللفظ المفهم له و الكتابة و يقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة)).

1- المرجع نفسه، كتاب الصلح ، باب اصطلاحوا من صلح جور فهو مردود حديث رقم 2697 ، ص659. و انظر أيضا عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 258.

2- عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 260.

3- محمد حجازي ، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة ، حكمه و حجبيته في الإثبات، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الزواج و الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة المنعقد بتاريخ : 21/20 ماي 2014 بجامعة غرداية ، الجزائر ص12. متاحة على الرابط التالي : <https://platform.almanhal.com/Files/Articles/98975> تاريخ الاطلاع 2021/05/21.

و قد أكدت المحكمة العليا في الجزائر على ضرورة أن تكون صيغة الطلاق صريحة و واضحة إذ جاء في قرارها المؤرخ في 14/05/1984 رقم 32786 ((أنه من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك العصمة الزوجية و لا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره و لا يتم ذلك إلا بصيغة صريحة و واضحة))¹ و تتنوع صيغة الطلاق إلى ثلاث أنواع :

-**الطلاق المنجز** و هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال كأن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، و حكم هذا النوع أنه متى وقع تترتبت عليه جميع آثاره .

-**الطلاق المضاف** فهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن مستقبل مثل أن يقول لزوجته أنت طالق ابتداء من أول شهر و حكمه أنه يقع بمجيء الزمن الذي أضيف له إليه على رأي الجمهور ما عدا المالكية.²

-**الطلاق المعلق** و هو الطلاق المعلق على حصول أمر في المستقبل يحتمل الوقوع وعدمه كأن يقول الرجل لزوجته إن خرجت من الدار فأنت طالق أو إذا دخلت دار فلان فأنت طالق و قد ذهب الجمهور ما عدا الظاهرية و الجعفرية إلى أن الطلاق يقع و لو كان بصيغة معلقة أو مضافة.³

و يرى ابن تيمية أنه طلاق باطل سواء كان معلقا أو مضافا إلى المستقبل و أن التعليق الذي هو في معنى اليمين لا يقع به الطلاق كقوله: " إن فعلت كذا فأنت طالق ، فإن كان المقصود به الحلف و ليس الغرض منه وقوع الطلاق إذا حصل الشرط فحكمه حكم اليمين " فيكفي الزوج عن الحنت به كفارة اليمين أما التعليق الذي يقصد به الطلاق فإنه إذا حصل المتعلق عليه وقع الطلاق بحصوله، و قد أخذت برأي ابن تيمية أغلب اللجان التي أعدت لقوانين الأحوال الشخصية في العالم الإسلامي و ذهب إلى القوانين العربية (المادة 90 قانون السوري ، 52 قانون المصري و 96 من القانون الأردني و المادة 50 من القانون المغربي هذه الأخيرة التي تنص على أن

1- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 251. انظر لمزيد من التفصيل عبد الكريم زيدان ، المفصل ج 7 ، مرجع سابق 462 و ما يليها، و انظر أيضا عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق، ص 315. و ما يليها.

2- يرى المالكية أن الطلاق المضاف إلى المستقبل يقع حالا و لا ينتظر حلول الوقت. انظر ابن جزى، محمد ابن احمد الغرناطي، القوانين الفقهية ، مرجع سابق ، ص 374 ، الدردير ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 550 و ما يليها.

3- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 254.

الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق " ، كما نصت المادة 52 منه ((الطلاق على فعل شيء أو تركه لا يقع))¹

و لم يتعرض القانون الجزائري لمسائل الطلاق المعلق و اليمين بالطلاق تاركا الأمر للاجتهاد القضائي في إطار المصدر الاحتياطي طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

الفرع الثاني : تطبيقات قاعدة الاحالة في باب أنواع الطلاق

بالرجوع للمواد 49 إلى 51 من قانون الأسرة فإن أنواع الطلاق الواقع بإرادة الزوج نوعان:

طلاق رجعي (أولا) و طلاق بائن (ثانيا) :

أولا / الطلاق الرجعي

هو الطلاق الذي يملك الرجل أن يعيد زوجته إلى عصمته دون عقد جديد فترة عدتها سواء أرضيت أم لم ترض.² مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۗ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۗ وَبِعَوْلَتِهِنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾³، و قد نص المشرع الجزائري على جواز المراجعة خلال فترة العدة من خلال نص المواد 50 و 51 و 58 و 60 من قانون الأسرة مع بعض التحفظات على صيغة هذه المواد سيأتي توضيحها لاحقا ، إلا أن المشرع لم يعرف الرجعة و لم ينص على شروطها و ترك ذلك للقضاء لاستكمال أحكامها من الشريعة الإسلامية و نتطرق فيما يلي لتعريفها و أهم شروطها على ضوء الفقه الإسلامي و الاجتهاد القضائي من خلال تعريفها وشروطها وكيفيةها وحكم الإختلاف فيها .

1- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة (الزواج و الطلاق ، المرجع نفسه ، ص 255 ، أيضا عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 278.

2- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي، مرجع سابق ، ص 543 ، و انظر ايضا عبد القادر داودي ، مرجع سابق ، ص 287 ، العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 314.

3- سورة البقرة الآية 228.

أ/ تعريف الرجعة وشروطها

1/ تعريف الرجعة

هي المرة الواحدة من الرجوع¹ أو منها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ إِلَى طَائِفَةٍ مِنْهُمْ﴾² أما في الاصطلاح فهو رد الزوجة من طلاق غير بائن في العدة بوجه مخصوص³.

2/ شروط الرجعة

حتى تكون الرجعة صحيحة لا بد من توافر شروطها و هي :

1-2/ أن تكون قبل انقضاء العدة الشرعية ، أما إذا انقضت العدة صار الطلاق بائناً، قال أبو زهرة " فإذا انقضت العدة لم يعد للمطلق سلطان و زال حق الرجعة و انقطعت حقوق الزوجية انقطاعاً تاماً ، فإذا أراد الزوج أن يستأنف معها حياة زوجية جديدة فلا بد من عقد و مهر جديدين مادام الحل ثابتاً و لم تكتمل الطلقات الثلاث".

2-2/ أن تكون منجزة غير مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على شرط .

2-3/ أن يكون الطلاق واقعاً فعلاً فلوشك في طلاق امرأته لم تلزمها الرجعة لأن الطلاق بالشك ملغى فسقط حكمه، و من القرارات القضائية التي أكدت هذه الشروط في الرجعة نجد قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1987/12/17 رقم 35322⁴، جاء فيه ((من المقدر شرعاً و على ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن تلفظ الزوج بالطلاق يلزمه ، و من المقرر أيضاً أن الرجعة لا تعتبر شرعاً إلا أثناء قيام العدة ، و من ثم فإن القضاء بما يحالف ذلك يعد خرق لمبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية)).

ب/ كيفية وقوع الرجعة و حكم الاختلاف فيها

نتناول أولاً كيفية الرجعة ثم كيفية إثباتها في حال اختلاف الزوجين فيها

1- جبران مسعود، الرائد ، مرجع سابق ، ص 387

2- سورة التوبة الآية 83.

3- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، المرجع نفسه ، ص 317.

4- المجلة القضائية، لعام 1993 ، عدد 4 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 91. و انظر أيضاً قرارها رقم 41100 المؤرخ

في 1986/04/21 المنشور نشرة القضاة ، وزارة العدل ، الجزائر ، ص 164.

1/ كيفية الرجعة

تتحقق الرجعة بأحد أمرين، إما بالقول و ما يقوم مقامه من الكتابة أو الإشارة و بالفعل و لا خلاف بين الفقهاء أن الرجعة تصح باللفظ الصريح الدال عليها كقوله "راجعت زوجتي أو أمسكتها أو رددتها" فتحصل بذلك الرجعة نوى ذلك أم لم ينو¹، و الرجعة لا تصح إلا منجزة غير معلقة كما رأينا في شروطها، أما الرجعة بالفعل فتكون بكل فعل يوجب حرمة المصاهرة من المخالطة الجنسية و مقدماتها من اللمس و التقبيل بشهوة ، و قال الأحناف و الجعفرية و تصح الرجعة بالفعل وبالوطء و مقدماته في حين ذهب الشافعية و الظاهرية بأن الرجعة لا تصح إلا بالقول.² و لم يوضح المشرع كيفية الرجعة أو المراجعة و تعتبر المسألة من الفراغ الذي يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، ومن أهم القرارات الصادرة في هذا الموضوع نجد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجلفة بتاريخ 2017/01/10 جاء فيه ((حيث أن الرجعة حق الزوج تقع بالقول أو الفعل و لا يشترط لصحتها رضا الزوجة وقد أكد الشاهدين أن الزوج قدم إلى أب المرجع ضدها و طلب إرجاع زوجته إليه صراحة و قدم لها هدية ثم أعادها إلى بيت الزوجية و أنه وقع الحمل بعد هذه الرجعة و أنجبت ابناً فالمرجع حسب التحقيق عبر صراحة عن رغبته في إرجاع زوجته قولاً و فعلاً بما لا يدع مجالاً للشك))

2/ حكم الاختلاف في الرجعة وإثباتها³

الاختلاف بين الزوجين بشأن الرجعة قد يكون في حصول الرجعة أو عدم حصولها، أو في صحة الرجعة أو عدم صحتها مع اتفاقهما على حصولها، فإذا كان الاختلاف في حصولها بأن يدعي الزوج حصولها و تنكر الزوجة ذلك و كان هذا النزاع و الزوجة لا تزال في العدة فالقول للزوج لانه يخبر عن أمر يملك إنشائه في الحال فلا معنى و لا فائدة لتكذيبه ، أما إذا وقع هذا النزاع بعد انقضاء العدة فالبينة على من ادعى الرجعة و هو الزوج فإن لم تكن له بيينة فالقول للزوجة مع يمينها، أما إذا كان النزاع حول صحة الرجعة بأن ادعى الزوج أنها صحيحة لأنه راجعها في زمن العدة و أنكرت هي صحتها لوقوعها بعد انقضاء العدة ، فالقول للزوجة بيمينها إذا كانت المدة بين الطلاق و بين الوقت الذي تدعي فيه انقضاء عدتها يحتمل ذلك بأن كان ستين يوماً

1- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، 428.

2- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الاسرة ، مرجع سابق ، ص 321، وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي أدلته ، ج 7 ،

مرجع سابق ، ص 467

3- المرجع نفسه ، ص 326

أو أكثر في الفقه الحنفي و ثلاثين يوماً في الفقه المالكي ، إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، و المرأة أمينة في أخبارها عن انقضاء عدتها لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾¹.

وعموماً غالباً ما يثار موضوع الرجعة في دعوى إثبات الطلاق التي ترفع من الزوجة فيدفع الزوج بأنه راجعها خلال فترة العدة ، أو بمناسبة الفصل في دعوى الرجوع التي ترفعها الزوجة فيدفع الزوج بوقوع الطلاق و تدفع هي بأنه راجعها خلال فترة العدة و تبقى مسألة الإثبات حسب ما أوضحه الفقه الإسلامي أعلاه .

ثانياً/ الطلاق البائن

أ/ تعريف الطلاق البائن

البائن في اللغة مأخوذ من الفعل بان يبين بينا و البين في كلام العرب جاء على وجهين يكون البين بمعنى الفرقة ، و يكون بمعنى الوصل² بأن يبين بيناً و بينونة³، و البون هو البعد⁴

ب/ أنواع الطلاق البائن

و الطلاق البائن هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج المطلق حق الرجعة و هو نوعان:

1- سورة البقرة ، الآية 228.

2- البين بمعنى الوصل مثل قول الشاعر قيس بن ذريح :

لَعَمْرُكَ لَوْلَا الْبَيْنُ لَانْقَطَعَ الْهَوَىٰ وَلَوْلَا الْهَوَىٰ مَا حَنَّ لِلْبَيْنِ آلِفُ

متاح على الرابط التالي: <https://www.aldiwan.net/poem4916.html> تاريخ الاطلاع 2021/05/21

3- و منها قول الشاعر قول قيس بن ذريح : المُرَار بن سعيد بن خالد بن نضلة الفقعسي الأسدي

فَهَا جَ جَوَىٰ فِي الْقَلْبِ ضَمَّنَهُ الْهَوَىٰ بَبَيْنُونَةَ يَنَأَىٰ بِهَا مَنْ يُوَادِعُ

متاح على الرابط التالي: <https://www.arabehome.com/poetry> تاريخ الاطلاع 2021/05/21

4- لسان العرب ، ج13 ، مرجع سابق ، ص 62.

1/ **طلاق بائن بينونة صغرى:** و هو الذي لا يستطيع الرجل فيه أن يعيد مطلقة إلى الزوجية إلا بمهر و عقد جديدين و هذا النوع من الطلاق ينقص من عدد الطلاقات ، حيث أنه إذا رجعت إليه بعقد جديد عادت إليه بما بقي لها من الطلاقات.

2/ **الطلاق البائن بينونة كبرى:** و هو الطلاق الذي لا يملك الزوج فيه حق الرجعة للمطلقة بالتطبيق الثالثة إلا بعقد جديد و مهر جديد و لكن بعد أن تتكح غيره نكاح رغبة لا نكاح تحليل فيدخل بها و يفارقها (بالموت أو الطلاق) و تنتهي عدتها ، و بعدها إذا أراد الزوج أن يراجعها فله ذلك¹.

و قد عرفت المحكمة العليا الطلاق الرجعي و البائن من خلال حصر حالاتهما في قرارها المؤرخ في 1986/02/10 ملف رقم 39463² ((من المتفق عليه فقهاً و قضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن الطلاق الذي يحكم به من الزوج هو طلاق رجعي ، و أن حكم القاضي به لا يغير من رجعيته لأنه إنما نزل على طلب الزوج الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع قبل الدخول أو البناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه و كذلك الطلاق الذي حكم به القاضي بناءً على طلب الزوجة و حسم النزاع بينها و بين زوجها)). و عليه فكل طلاق في الشريعة الإسلامية هو طلاق رجعي ما عدا الطلاق قبل الدخول و المكمل للثلاث و الطلاق على مال و الطلاق للعيوب و الأمراض و الشقاق و الضرر و لا يملك المكلف تغيير أوصاف الأحكام الشرعية لتعلقها بالنظام العام الإسلامي³.

إن المتصفح لقانون الأسرة لاسيما المواد 50 و 51 و 58، يلاحظ تناقضا بين أحكام الرجعة و الطلاق البائن في القانون و بين الأحكام الشرعية لها ، فمن جهة ربطت المادة 50 فترة المراجعة بفترة الصلح في الدعوى التي نص المشرع أنها لا يجوز أن تتجاوز الثلاث أشهر من منطلق افتراضه أن الزوج طالب الطلاق ولم يصرح به خارج القضاء و أن تاريخ رفعه الدعوى فهو تاريخ الطلاق فتكون مدة الثلاث أشهر الموالية هي فترة العدة ، وقرّر أن من يراجع زوجته خلال هذه الفترة يكون قد راجعها خلال فترة العدة و لا يحتاج إلى عقد جديد وهذا من المغالطات التي وقع فيها المشرع لأن الزوج قد يصرح بالطلاق قبل رفع الدعوى و قد يراجع زوجته خلال فترة الصلح ، و بعد انقضاء العدة التي لا تتجاوز 03 أشهر فيكون قد وقع في تناقض ، فمن

1- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 327 وما يليها.

2- المجلة القضائية لعام 1989 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 115.

3- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق ، ص 330.

جهة يمكنه قانوناً رد زوجته لأنه تراجع عن الطلاق خلال فترة الصلح و من جهة أخرى يقع في المحضور لأن فترة العدة الشرعية قد انقضت فيكون قد خالف شروط الرجعة الشرعية .

و لتدارك هذا الخطأ يجب أن يسعى القضاة إلى إجراء تحقيق عند سماع الزوجين في جلسة الصلح و سؤال الزوج عن تاريخ تلفظه بالطلاق ، لأنه و طبقاً لنص المادة 58 من قانون الأسرة فإن العدة تحتسب من تاريخ التصريح بالطلاق و يقصد به تصريح الزوج و ليس تصريح القاضي .

و بخصوص الطلاق الثلاث فقد اعتبر المشرع أنه الطلاق الواقع ثلاث مرات متتاليات ، أي طلاق فرجة فطلاق فرجة فطلاق ، بحيث يفصل بين كل طلاق و آخر رجعة أو عقد جديد .

أما الطلاق الواقع ثلاثاً في مجلس واحد فإنه بتفسير النص 51 أعلاه بمفهوم المخالفة، لا يعتبر طلاقاً بالثلاث، لكن هل يقع طلاقاً واحدة رجعية أم بئنة أم لا يقع مطلقاً لعدم صحته فهي مسألة مرسلة يرجع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً لنص المادة 222 من نفس القانون .

المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب آثار الطلاق

من آثار الطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري العدة (الفرع الأول) و الحضانة (الفرع الثاني) .

الفرع الأول : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب العدة

ونعرض الموضوع من خلال تعريفها و أنواعها (أولا) ثم أحكامها بين الفقه الإسلامي والتشريع الأسري الجزائري (ثانيا) .

أولا/ تعريف العدة و أنواعها**أ/ تعريف العدة**

1/ لغة : العدة لغة من العد و الإحصاء و العدد و العدة مقدار ما يعد وجمعها عدد و عدة المرأة ما تعده من أيام أقرائها و أيام حملها ¹.

2/ تعريف العدة اصطلاحا: هي المدة التي تنتظرها المرأة التي فارقت زوجها ليحل لها زواج جديد² او هي تريض النساء بعد فرقة أزواجهن³، و الأصل في وجوب العدة ثابت من الكتاب و السنة و الإجماع

أما من القرآن فمن قوله تعالى: **﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾**⁴.

قوله تعالى: **﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾**⁵

أما من السنة فقوله صلى الله عليه و سلم " لا يحل لأمرأة تؤمن بالله و اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث، إلا عن زوج أربعة أشهر و عشر "⁶ ، أما من الإجماع فقد اجتمعت الأمة على وجوبها في الجملة ⁷.

وتكمن أهمية العدة و الحكمة من تشريعها في :

1- الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مرجع سابق ،ص 396

2- عبد القادر داودي، الاحكام الشرعية ، مرجع سابق ،ص 348

3- الماوردي ،الحاوي الكبير في شرح مختصر المزني ،مرجع سابق ، ص 163

4- سورة البقرة ، الآية 228.

5- سورة الطلاق الآية 04.

6- محمد ابن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ، مرجع سابق، كتاب الحيض باب الطيب للمرأة عند غسلها، حديث 313،ص

86

7- ابن قدامة ، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ، المغني ج 11 مرجع سابق ص 193 انظر ايضا لعبد الكريم زيدان

المفصل ج 8 ص 122.

- التأكد من براءة رحم المرأة من الحمل .
- يتوقف عليها حق النفقة و الإرث أو عدمه.
- يتوقف عليها صحة النكاح الجديد .
- يتوقف عليها بقاء النكاح الأول او إنتهائه كما هو الحال في الرجعي ¹.

ب/ انواع العدة

إذا وجبت العدة لوجود سببها فقد تكون مدتها بالقروء أو بالأشهر أو بوضع الحمل

1/ العدة بالقروء

و تختص بالمدخول بهن من نوات الحيض لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾². سواء أكن مسلمات، أو كتابيات تحت أزواج مسلمين فإذا حصلت الفرقة بينهما و بين أزواجهن، بالطلاق أو بغيره قياساً عليه كالخلع أو الفسخ للغيب، وكذلك الموطوءة بغير نكاح كالموطوءة بشبهة و الموطوءة بالزنا و اختلف الفقهاء في تفسيرهم للقروء فمنهم من قال أنها الأطهار و منهم من قال أنها الحيض و الواقع أن القرء في اللغة العربية يقع على الطهر و الحيض جميعاً فهو من الأسماء المشتركة.

فذهب أنصار الرأي الأول بأن المراد بالقرء هو الطهر و منهم مالك و الشافعي و جمهور أهل المدينة و أبو ثور و من الصحابة ابن عمر و زيد بن ثابت و عائشة أم المؤمنين و من أدلتهم أن الله عز وجل قال: " فطلقوهن لعدتهن " و الطلاق في الحيض محرم فينصرف الأذن للطهر و دليلهم الثاني ما روي عن عائشة رضي الله عنها " هل تدرون ما الأقرء؟ " الأقرء الأطهار ((³، ثم قال الشافعي و النساء بهذا أعلم.

و أضافوا دليل ثالث، و هو انه ورد في الآية لفظ "ثلاثة" وهذا إذا كان المعدود مذكر و الطهر مذكر و ليس الحيضة فدل ذلك أن المراد به القرء ⁴.

1- عبد القادر داودي ، مرجع سابق ،ص 349

2- سورة البقرة ، الآية 228.

3- الراوي : عروة وغيره ، المحدث : ابن عبد البر، المصدر : التمهيد ، الصفحة أو الرقم | 15/95 :خلاصة حكم المحدث: إسناده صحيح ، متاح على الرابط التالي : <https://www.dorar.net/hadith/sharh/75292> ، تاريخ الاطلاع

2021/05/21

4- عبد الكريم زيدان ، المفضل ج9، مرجع سابق ص 144

أما أنصار الرأي الثاني فهم الحنفية والحنابلة ففسروا القرء بالحيض وأدلتهم في ذلك أن الله تعالى يقول: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾¹، ووجه الدلالة من الآية أن الإعتداد يكون بالأشهر عند عدم الحيض، لأن الأشهر بدلا عن القروء عند اليأس من المحيض والمبدل هو الذي يشترط عدمه لجواز إقامة البدل، فدل أن المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء بالإضافة الى ذلك احتجوا بما روي عن الرسول صلى الله عليه و سلم، أنه قال لفاطمة بنت أبي حبيش "أنظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي و إذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء"²

و رجح الدكتور وهبة الزحيلي هذا الرأي، وأرجع ذلك لإتفاقه و المقصود من العدة، فالنساء تنتظر العدة عادة بمجيئ الحيض ثلاث مرات فيتقرر إنقضاء العدة و لاتعرف براءة الرحم إلا بالعدة فإذا حاضت المرأة، تبين أنها ليست حامل و إذا استمر الطهر تبين غالبا وجود الحمل³ و هو ما رجحه أيضا ابن رشد في بداية المجتهد⁴

و شروط الإعتداد بالقروء عند المالكية هي:⁵

- أن تكون المرأة المطلقة مدخولا بها لأن غير المدخول بها لا عدة عليها لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ۖ فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا⁶.

- أن تكون الفرقة بسبب الطلاق لا الوفاة.

- أن تكون المرأة ممن تحيض فلم ينقطع عنها اليأس ولم تكن صغيرة لم تحض بعد، و العدة بالقروء مدتها 03 قروء.

2/ العدة بالأشهر: وهي نوعان، النوع الاول يجب بدلا من الحيض و هي عدة صغيرة و الأيسة و المرأة التي لم تحض أصلا بعد الطلاق، و سبب وجوبها الطلاق لمعرفة أثر الدخول و شروط وجوبها شيان

-أحدهما الصغر أو الكبر أو فقد الحيض .

1- سورة الطلاق الآية 04

2- رواه النسائي

3- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج 7 ، مرجع سابق ، ص 632

4- عبد الكريم زيدان ، المفصل، ج 9 مرجع سابق ص 147

5- عبد القادر ، داودي ، الاحكام الشرعية ، مرجع سابق ، ص 351

6- سورة الاحزاب، الآية 49

- الدخول أو الخلوة الصحيحة عند غير الشافعية في النكاح الصحيح و كذا في النكاح الفاسد عند المالكية .

و النوع الثاني عدة الأشهر الأصلية بنفسها و هي عدة الوفاة و سبب وجوبها الوفاة إظهارا للحنن بفوات نعمة الزواج و شرط وجوبها الزواج الصحيح فقط ، و تجب على المدخول بها وغير المدخول بها سواء أكانت تحيض أم لا تحيض¹

3/ عدة الحامل: وهي مدة الحمل و سبب وجوبها الفرقة أو الوفاة حتى لا تختلط الانسابو شرط وجوبها، أن يكون الحمل من الزواج الصحيح أو الفاسد لأن الوطء في النكاح الفاسد يوجب العدة و لا تجب عند الحنفية و الشافعية على الحامل من الزنا لأن الزنا لا يوجب العدة و تنتهي عدة الحامل بوضع الحمل لقوله تعالى ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نَسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾² فلو كانت حامل و توفى عنها زوجها فانها تعتد عدة الحامل و لو وضعت حملها بعد وقت قصير³.

و قد نص المشرع الأسري على أنواع العدة الثلاث من خلال المواد 58،59،60 إذ نصت المادة 58 "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاثة اشهر من التاريخ التصريح بالطلاق".

إلا أنه لم يوضح معنى القروء و يبقى تقدير ذلك للاجتهاد القضائي حسب المادة 222 من قانون الأسرة بالرجوع الى الشريعة الإسلامية.

كما نصت المادة 59 أن ((عدة المتوفى عنها زوجها 04 أشهر و عشرة أيام و كذلك عدة زوجة المفقود و التي تحتسب من تاريخ الحكم بالفقدان)) .

و نصت المادة 60 أن ((عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل هي 10 أشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة)) و قد أخذ المشرع في عدة المفقود بالمذهب المالكي و الحنبلي.

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ج 7 ، مرجع سابق ، ص 633

2- سورة الطلاق الآية 04

3- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، المرجع نفسه ، ص 634

ثانيا : أحكام العدة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

و نتناول من خلالها أحكام بدء سريان العدة و أحوالها (1) و حقوق المعتدة المالية من نفقة و سكنى في كل صور الطلاق (2)

أ/ بدء سريان العدة و أحوالها**1/ بدء سريان العدة وانقضائها**

إذا كان الزواج صحيحا فمبدأ العدة بعد الطلاق أو الفسخ أو الموت باتفاق الفقهاء و تنقضي العدة و ان جهلت المرأة بالطلاق او الوفاة لأنها أجل، فلا يشترط العلم بمضى الأجل سواء إترف الرجل بالطلاق أو أنكره فلو طلق الرجل إمراته ثم أنكره وأقيمت عليه بينة و قضى القاضي بالفرقة عليه في شوال و قضى القاضي به في محرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء. و تنقضي العدة و إن لم تعلم المرأة بالطلاق أو الوفاة فلو طلق الرجل امرأته الحامل أو مات عنها و لم يبلغها الخبر حتى وضعت انقضت عدتها بالاتفاق ، و اذا كان الزواج فاسدا فمبدأ العدة بعد أو عقيب التفريق من القاضي بين الزوجين أو بعد المتاركة و إظهار عزم الواطئ على ترك وطئها بأن يقول تركت وطأها او تركتها او خليت سبيلها ، وفي الوطء بالشبهة قال ابن عابدين " لم ار بمن صرح بمبدأ العدة في الوطء بالشبهة بلا عقد ، و ينبغي أن يكون من آخر الوطأت عند زوال الشبهة بأن علم أنها غير زوجته أو أنها لا تحل له و إذ لا عقد هنا فلم يبق سبب للعدة سوى الوطء المذكور¹.

2/ احوال العدد: ويقصد بها تداخل العدد (1) واجتماعها (2) وتحولها (3)**1-2/ تداخل العدتين²**

إذا تجدد سبب العدة في أثناء عدة سابقة فهل تتداخل العدتين ثم تكتمل العدة السابقة و تستأنف بعدئذ عدة أخرى .

وتداخل العدد هو وجوب عدتين على امرأة فتدخل إحداها في الأخرى و يكون انقضائها انقضاء للعدتين كما لو طلق رجل زوجته طلاقا بانئا في عدتها جاهلا فيها إذا كان الطلاق بانئا كما لو

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 647، أيضا عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية ، مرجع سابق، ص 356.

2- أبو بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي ، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية ، مكتبة التراث العربي ، ط1، الدار البيضاء،المغرب ، 2010، ص 199 و أنظر أيضا وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7 ، مرجع سابق ، ص 649.

نسي طلاقها أو زوجها الأخرى، ففي هذه الحالة تتداخل العدتان عدتها الأولى بسبب طلاقه و عدتها الثانية بسبب وطئه لها و هذا التداخل يكون فيها اذا كانت العدتان بالقروء او بالأشهر أي تكونان من جنس واحد فتبدأ المرأة العدة عدة القروء أو الأشهر من وقت انتهاء الوطء و يدخل في هذه بقية عدة الطلاق لأن المقصود عدة الطلاق و الوطء واحد فلا معنى للتعدد ، فاذا لم تتفق العدتان بأن كانتا من جنسين مختلفين ، بأن كانت إحداها حمل وجد قبل الطلاق أو بعده لوطء بعده و كانت العدة الاخرى قروءا اي حيض او طهرا بان طلقها و هي حامل ثم وطئها في عدتها بالقروء فاحلها تداخلت العدتان أيضا في هذه الحالة و في القول الأصح عند الشافعية -لأن هاتان العدتان- لشخص واحد فكانتا كالمتجانيتين فتتقضيان بوضعه أي بوضع الحمل¹ وعند الحنابلة اذا طلقها باننا ووطئت في عدتها بشبهة او استأنفت العدة للوطء لان الوطء قطع العدة الأولى و الوطء موجب للإعتداد للحاجة إلى العلم ببراءة الرحم من الحمل ودخلت في هذه العدة المستأنفة بقية العدة الأولى لأن الوطء بالشبهة يلحق به النسب فدخلت بقية العدة الأولى في الثانية²

2-2/ إجتماع العدتين

نعني بإجتماع العدتين وجود سببين لعدتين لإمرأة معينة على نحو يقتضي تعاقب هاتين العدتين و عدم تداخلهما ، فاذا تزوجت معتدة في أثناء عدتها فنكاحها باطل لأنها ممنوعة من النكاح مادامت في العدة، و الحكمة من هذا المنع لمعرفة براءة الرحم و لئلا يفضى نكاحها في العدة الى اختلاط المياه و امتزاج الأنساب فكان في منعها من الزواج في العدة حفظا لحق زوجها الأول في صيانة مائه، ومن ثم كان زواجها في العدة باطل كما لو تزوجت و هي في نكاحه لذا وجب التفريق بينهما، فإذا لم يدخل بها فالعدة على حالها لا تنقطع بعقد الزواج الثاني،لانه باطل ولا تصير به المرأة فراشا لمن عقد عليها ، لكن لو وطئها هذا العاقد انقطعت العدة سواء علم بتحريم زواجهما او جهله و لزمها ان تكمل عدة زوجها الاول التي وجبت حقا لزوجها الذي فارقها بطلاق أو غيره لان حقه أسبق والعدة وجبت من وطئه في النكاح صحيح ، فاذا اكتملت عدة الأول وجب عليها ان تعتد من الثاني و لا تتداخل العدتان لانها من رجلين وهو مذهب الحنابلة

1- الشرييني، مغني المحتاج، ج5، مرجع سابق ، ص 90

2- منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع ج 5 ،، مرجع سابق ، ص 425.

و الشافعية و المالكية و قال ابو حنيفة تتداخل العدتان فتعتد بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني لأن القصد هو معرفة براءة الرحم¹، وان كانت حامل فوضع الحمل يجري عن العدتين اتفاقاً²

2-3 / تحول العدد³

وتعني انتقال العدة من تقدير الى تقدير، فقد تبتدئ المعتدة بعود بنوع من أنواعها كان متفق معه حالها وقت ابتدائها ثم يعرض أن يتغير حالها فيتغير تبعاً لذلك تقديرها كما يظهر في الحالات التالية .

2-3-1 / تحول العدة من الأشهر الى قروء

إذا طلقت الصغيرة أو اليائسة فشرعت في العدة بالشهور ثم حاضت قبل انتهاء العدة لزمها الانتقال إلى القروء و بطل ما مضى من عدتها و لا تنتهي عدتها الا بثلاث اطهار في رأي المالكية و الشافعية لان الشهور بدلا من الاقراء فلا يجوز الاعتداد بها مع وجود اصلها ، و الايسة لما رات الدم تبين انها اخطات الظن و من قدر على الاصل امتنع عليه البديل أما إذا انتهت العدة بالأشهر ثم طرأ الحيض فلا تلزم المرأة على استئناف العدة بالاقراء لحدثه بعد القضاء العدة و حصول المقصود بالبديل .

2-3-2 / تحول العدة من الاقراء الى الأشهر أووضع الحمل

إذا شرعت المطلقة في العدة بالاقراء ثم ظهر حمل بها من الزوج على رأي القائلين بأن الحمل قد تحيض (وهم المالكية و الشافعية) سقط حكم الاقراء و اعتدت بوضع الحمل لان الاقراء دليل على براءة الرحم في الظاهر و الحمل دليل على شغل الرحم قطعاً فيسقط الظاهر بالقطع وإذا طلقت المرأة التي كانت تحيض فحاضت مرة أو مرتين ثم آيست انتقلت العدة من الحيض الى الأشهر وتعتد في مذهب المالكية و الحنابلة بسنة ، تسعة أشهر منها وقت الطلاق تنتظر فيها لتعلم براءة رحمها ثم تعتد بعد ذلك بعدة الأيسات ثلاثة أشهر عملاً بقول عمر رضي الله عنه⁴

1- الشريبي ، مغني المحتاج ، ج5 ، مرجع سابق ، ص 91 و انظر أيضا منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشف القناع، ج 5 ، مرجع سابق ، ص 542 ، وعبد الكريم زيدان ، الفصل ج9، مرجع سابق ، ص 197 و هبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 9 ، مرجع سابق ، ص 6512

3- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ص 377 ، أيضا وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر ، دار الكلم الطيب بدون طبعة ، المجلد 2 ، ج 3 و 4 ، دمشق ، سوريا ، 2010 ص 258 / 259.

4- عبد الكريم زيدان ، المفصل ج 9 ، مرجع سابق ، ص 194.

2-3-3 / الانتقال الى عدة الوفاة¹

إذا مات الرجل في أثناء عدة زوجته التي طلقها رجعيًا انتقلت بالاجماع من عدتها بالأقراء أي الأشهر الى عدة الوفاة أربعة أشهر و عشرة أيام سواء كان الطلاق في الصحة أو حال مرض الموت لإن المطلقة رجعيًا تعد زوجته مادامت في العدة، وموت الزوج بموجب على زوجته عدة الوفاة فتلغى أحكام الرجعية، و تسقط بقية عدة الطلاق فتسقط نفقتها وتثبت أحكام عدة الوفاة من إحداد و غيره، أما اذا مات أثناء عدتها من طلاق بائن فلا تنتقل الى عدة الوفاة بل تكمل عدة البائن لأنها ليست زوجة ولها النفقة إن كانت حامل .

2-3-4 / العدة بأبعد الأجلين

و فيها مذهبان، مذهب الحنابلة و الحنفية يرون أنه إذا طلق الرجل زوجته في مرض الموت فرارا من الإرث ثم مات انتقلت من عدة الطلاق إلى العدة بأبعد الأجلين من عدة الوفاة و عدة الطلاق إحتياطاً .

و المذهب الثاني هو مذهب المالكية و الشافعية والذي يرى أنصاره أنها لا تعتد بأطول الأجلين و أنها تكمل عدة الطلاق لأنه مات و ليست زوجة له لأنها بائن واعتبار الزواج قائماً وقت الوفاة حسب راي الإمام مالك إنما هو في حق الإرث فقط لا في حالة العدة .
و لا تعتد المرأة بأبعد الأجلين عند المالكية إلا في حالة الانتقال الى عدة الوفاة كأن يموت زوج الرجعية في عدتها²

و عن التشريع الجزائري فإن المشرع نص على أن بدء سريان العدة هو التصريح بالطلاق حسب المادة 58 من قانون الاسرة و إن كان قد وقع لبس لدى بعض القضاة و شراح قانون الأسرة و اعتبروا أن المقصود بالتصريح بالطلاق هو تاريخ صدور الحكم بالطلاق إلا انه و بالرجوع إلى النص فإنه واضح أن المشرع أراد به التصريح بالطلاق ممن يملكه وهو الزوج و قد صرح السيد وزير العدل عند مناقشة قانون الأسرة أمام المجلس الشعبي الوطني أنه يراد بالتصريح بالطلاق تصريح الزوج وليس تصريح القاضي و قد سبق الإشارة لى هذا في الباب الاول من هذا البحث

1- وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي الميسر ، مرجع سابق ص 259 و أنظر أيضا محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 378

2- وهبة الزحيلي ، الفقه المالكي المسير ج 3 و 4 ، المرجع نفسه ، ص 260

بمناسبة الحديث عن التفسير الخارجي للنص بالبحث عن إرادة المشرع من خلال الأعمال التحضيرية للقانون¹

ولم ينص المشرع الجزائري على تداخل العدد أو إجتماعها و تبقى مسألة إجتهادية يرجع فيها الى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة .

ب/ حقوق المعتدة المالية بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري: و يقصد بها حق المعتدة في النفقة و السكنى ، وقد اتفق الفقهاء أن المعتدة الرجعية لها حق النفقة و السكنى على زوجها سواء كانت حاملا او حائلا (غير حامل) لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ﴾²، لاكما قالوا أن المعتدة الحامل تستحق النفقة و السكنى لاجل حملها رجعية كانت أو بائمة لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ﴾³

أما المتوفى عنها زوجها فقد قال المالكية لا نفقة لها إذا كانت حائلا و لها النفقة لإجل الحمل إذا كانت حامل ، بينما تستحق السكنى في العدة إذا كانت مدخولا بها ، فإن مات عنها قبل الدخول إعتدت عدة الوفاة وتحد و لا نفقة لها و لا سكنى.

و إختلف الفقهاء بشأن نفقة و سكنى المطلقة البائن فقال المالكية و الشافعية تستحق السكنى دون النفقة و قال الحنفية لها السكنى و النفقة معا ، بينما قال الحنابلة و الظاهرية لا نفقة لها و لا سكنى ، و إستدل من لم يجعل لها النفقة و لا سكنى بحديث فاطمة بيت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها الرسول صلى الله عليه و سلم سكنى و لا نفقة⁴

أما من جعل لها السكنى دون النفقة فاستدل لما رواه مالك في الموطأ عن فاطمة بنت قيس أن زوجها أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب بالشام فأرسل لها و كيله بشعير فسخطته فقال و الله مالك علينا من شئى فجاءت إلى الرسول صلى الله عليه و سلم فذكرت ذلك فقال صلى الله عليه و سلم ليس لك عليه نفقة و أمرها ان تعتد عند عبد الله ابن مكتوم فإنه رجل أعمى قال تضعين ثيابك عنده فاذا أحللت فأذنيني ، فقد أمرها أن تعتد في بيت أم مكتوم و لم يذكر إسقاط

1- لمطاعي نور الدين ، عدة الطلاق الرجعي و أثارها على أحكام القضائية ،مرجع سابق ، ص 91-92

2- سورة الطلاق الآية 06

3- سورة الطلاق الآية 06

4- مسلم صحيح مسلم، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، ص 1114

السكنى ، و في رواية أنها قالت يا رسول الله زوجي طلقني ثلاثا و أخاف أن يقتحم علي فأمرها فتحولت¹

و جعل الحنفية للمبتوتة السكن والنفقة معا و احتجوا برد عمر خبر فاطمة بنت قيس ، لا ندع كتاب ربنا و سنة نبينا لإمراة لا ندري صدقت ام كذبت ، حفظت ام نسيت ولأن النفقة جراء الاحتباس والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح و هو الولد فإن العدة واجبة للولد فتجب لها النفقة²

أما المشرع الجزائري فقد نص من خلال المادة 61 من قانون الاسرة على انه " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة الميينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق "

و الظاهر من النص أعلاه ان المشرع لم يفصل ولم يفرق بين المعتدة من الطلاق الرجعي أو البائن و جاء نص المادة أعلاه مطلقا بأن للمطلقة الحق في البقاء في السكن العائلي و النفقة و للمتوفى عنها زوجها السكن دون النفقة و أن هذا الرأي موافق لما ذهب الى الحنفية و قد ذهب بعض قضاة الموضوع الى تفسير المادة 61 و اعتبروا أن المشرع أراد بالأحكام الواردة فيها عدة المطلقة رجعيا بدليل قوله لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها فأراد الرجعية، وأنه لم ينص على أحكام عدة المطلقة البائنة من حيث النفقة و السكنى مما يوجب الرجوع الى أحكام الشريعة الإسلامية، لاسيما المذهب المالكي الذي يعطيها الحق في السكن دون النفقة ومن ذلك ما ذهب اليه الحكم الصادر عن محكمة الأغواط بتاريخ 2020/01/09³ و الذي جاء في أسبابه " حيث ان العدة المنصوص عنها في المادة 61 من قانون الأسرة تتعلق بالمطلقة طلاقا رجعيا بالإرادة المنفردة للزوج و التي لا تصبح بائنة من زوجها كون المادة ذكرت أن المطلقة لا تخرج من بيت الزوجية ، و مادام أن قانون الأسرة لم ينص على نفقة المطلقة بائنا يتعين استخلاص أحكامها من الشريعة الإسلامية ، و انه و بالرجوع الى الفقه المالكي في كتاب الفواكه الدواني على الرسالة لابن أبي زيد القيرواني نجده عرف الخلع بأنه طلقة بائنة لا رجعة فيها كما جاء في كتاب المدونة للامام مالك أن الله تعالى يقول ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ

1- محمد ابن اسماعيل البخاري ،صحيح البخاري ، مرجع سابق، كتاب الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس ، ص 1356.

2- عبد القادر داودي ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 364 ، 365

3- الحكم الصادر من محكمة الاغواط ، قسم شؤون الاسرة بتاريخ 2020/01/09 فهرس رقم 2020/87، غير منشور .

وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ¹، قال يعني المطلقات اللاتي قد بن من أزواجهن فلا رجعة عليهن فكل بائن من زوجها و ليست حامل فلها السكنى و لا نفقة لها، و لا كسوة و لا يتوارثان ولا رجعة له عليها و انه بالرجوع الى كتاب بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد نجد ان كل من الامام مالك و الشافعي لم يجعلوا للمختلعة نفقة عدة مستدلين بعدة أحاديث منها حديث فاطمة بنت قيس انها طلقت ثلاث ولم يجعل لها الرسول سكنى و لا نفقة ... "

فالحكم أعلاه اعتبر ان المشرع أراد بالمعتدة في نص المادة 61 اعلاه المعتدة من الطلاق الرجعي بدليل قوله تبقى في بيت الزوجية و أعتقد حسب الراي - و الله اعلم - انه إستنتاج أو تفسير يحمل النص فوق طاقته فالمطلقة بائنا حسب رأي المالكية و حسب ما جاء في المراجع التي استند اليها القاضي نفسه لها السكنى و تبقى في بيت الزوجية أيضا.

فعلى أي اساس استنتج ان المعتدة التي تبقى في بيت الزوجية هي الرجعية فقط و من أي منطلق خصص الإطلاق الوارد في نص المادة 61 حتى يخرج حكم البائن من دائرة النص الى دائرة الإحالة .

إن قراءة نص المادة 61 وفق لقواعد التفسير القضائي للقانون تلزم القاضي أن يأخذ بالقاعدة الأصولية -المطلق يوخذ على اطلاقه حتى يرد ما يخصه- و ان المشرع لن يميز بين المعتدات فنصت المادة 58 و 59 و 60 على انواع المعتدات كما جاءت المادة 61 بأحكام النفقة و السكنى و أطلقت الحكم على كل مطلقة دون تمييز فيكون لهن الحق في النفقة و السكنى على حد سواء و هذا يؤكد أن المشرع أخذ بالمذهب الحنفي في المسألة .

ولم نجد في قرارات المحكمة العليا التي اطلعنا عليها أي قرار في هذا المجال إلا أن بعض شراح قانون الاسرة و على رأسهم الاستاذ عبد القادر داودي ذهب الى أن المشرع الجزائري اخذ في نفقة المعتدة و سكنها بالمذهب الحنفي² و لم يميز بين المعتدة رجعيا أو بائنا و أوجب لهما النفقة و السكنى على سواء .

لذا فإنني أعتقد أن هذه المسألة لا تدخل في دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

1- سورة الطلاق الآية 06

2- عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، مرجع سابق ، ص 365.

الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الحضانة

نتناولها من خلال مفهومها (أولاً) ثم شروطها و أسباب سقوطها (ثانياً).

أولاً / مفهوم الحضانة

أ/ تعريف الحضانة : الحضانة لغة مأخوذة من الحضن و هو الجذب ، و هي الضم إلى الجنب ، وشرعا هي تربية الولد لمن له حق الحضانة ، أو هي تربية و حفظ من لا يستقل بأمور نفسه عمّا يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل و مجنون وذلك برعاية شؤونه و تدبير طعامه و ملبسه و تنظيفه و غسل ثيابه في سن معيّن و نحوها.¹

و عرّفها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 62 من قانون الأسرة الذي جاء فيه ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحةً و خلقاً و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً لذلك))، و حكم الحضانة أنها واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك.

ب/ مدّة الحضانة²

نصّت المادة 65 من قانون الأسرة على أنه " تتقضي مدّة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات و الأنثى ببلوغها سن الزواج ، و للقاضي أن يمدد الحضانة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أم لم تتزوج ثانية ، و عليه أن يراعي في الحكم بانتهائها مصلحة المحضون، وإذا انتهت مدة الحضانة ضم الولد إلى ولي النفس و هو الأب أو الجد لا غيرهما.

و ما ذهب إليه المشرع الجزائري في تمديد مدة الحضانة لا يخرج عمّا هو مقرر في الفقه الإسلامي مع ملاحظة أن اشتراط النص أن تكون الحاضنة أم لم تتزوج، يفهم منه أنه لمجرد زوج الأم و لو لم يكن هذا الزواج قائماً - سبب كافٍ لعدم تمديد حضانتها لولدها حتى سن 16 سنة.

غير أن المشرع أغفل النص عن وضعية المحضون بعد انتهاء مدة الحضانة أو سقوطها بقوة القانون خاصة الذكر - الذي تنتهي حضانته في أبعـد الآجال بـ 16 سنة، فيكون مازال قاصراً

فلم يوضح النص هل يعود للأب وهل له حق الخيار بين ذهابه مع أبيه أو بقاءه مع أمه ؟ و هو ما يثير إشكالا عمليا عند سقوط الحضانة و رفض الابن الذهاب مع أبيه ، حيث يصعب على الأم رفع دعاوى باسمه للمطالبة بنفقاته كونها لم تعد حاضنة و ليست لها الصفة الإجرائية

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ، ص 717.

2- محفوظ بن صغير ، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ، ص 667.

للتقاضي نيابة عنه لأن هذه الصفة لا تثبت إلا للممثل الشرعي للطفل و هو وليه ، و الأم بعد انقضاء الحضانة عنها تسقط ولايتها عن الطفل، و أنه لا يمكن للطفل القاصر (16 سنة على الأكثر) ممارسة أي دعوى بنفسه حتى بلوغه سن الرشد (19 سنة كاملة) .

فهل يعتبر هذا من الفراغ التشريعي الذي يوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية؟ فيجبر الابن على اللحاق بأبيه دون تخيير على قول المالكية و الحنفية لأنه لا قول له و لا يعرف حظه و قد يختار من يلعب عنده، أم يؤخذ برأي الحنابلة و الشافعية و يخير إذا كان مميزاً؟

لم تفصل المحكمة العليا في هذا الموضوع وتبقى مسألة إجتهادية على القاضي الإختيار بشأنها بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية.

ثانيا / شروط الحضانة و أسباب سقوطها بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري أ/ شروط الحضانة

الأصل أن الحضانة خلافا لباقي توابع و آثار الطلاق ليست حقا للشخص المسندة إليه، بل هي أصلا حق للمحضون كونها شرعت من أجل رعايته و حمايته و حفظه صحة و خلقاً ، وهو ما يعبر عنه مبدأ -مراعاة مصلحة المحضون- هذه المصلحة التي لا تتحقق إلا متى توافرت في الحاضن جملة من الشروط تعكس مدى أهلية متولي الحضانة و هي:¹

1/ الشروط العامة لاستحقاق الحضانة و هي :

1-1/ العقل: فلا حضانة لمجنون و إن كان جنونه متقطع لانعدام الأهلية و عدم قدرته على كفالة نفسه ناهيك عن غيره، و لا يفرق بين الجنون المستمر و المتقطع لأن ترك الطفل مع حاضنة مجنونة قد يضرّ بالولد و يلحق بالجنون ، العته ، الطيش.

1-2/ البلوغ: فلا حضانة للصغير على الصغير و لو كان مميزاً و ذهب المالكية إلى عدم اشتراط البلوغ و اقتصر على العقل و الرشد، فمن كان عاقلاً حسن التصرف تثبت له الحضانة.

1-3/ الكفاءة: و هي القدرة على القيام بشؤون المحضون فلا حضانة للعاجز كالمسنة التي أقعدها المرض، و لا حضانة للمريض الذي يمنعه مرضه من القيام بواجب الحضانة، كالمقعّد و الأعمى، إلا إذا وجد من يساعده على رعاية الصغير فيبقى حقه في الحضانة لأن المقصود الحفظ و الرعاية سواء كانت بالنفس أو عن طريق الغير و هو رأي المالكية ، أما الشافعية و

1- عدلان مطروح ، مرجع سابق ، ص 315.

الحنابلة فقد اعتبروا العمى مسقط للحضانة و لم يقيدوه بوجود من يخدم الصغير ، بل تشدد الحنابلة و جعلوا من ضعف البصر من الموانع و هو ما سار عليه القضاء الجزائري إذ جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1984/07/09 رقم 133921¹ جاء فيه ((من المقرر في الفقه الإسلامي وجوب توافر شروط الحضانة و من بينها حفظ المحضون ، و من ثم فإن القضاء بتقرير ممارسة حق الحضانة دون توافر هذا الشرط يعد خرقاً لقواعد الفقه الاسلامي، و لما يثبت في قضية الحال أن الحاضنة فاقدة للبصر فهي بذلك تعد عاجزة على القيام بشؤون أبنائها ، و من ثم فإن قضاة الاستئناف بإسنادهم الحضانة لها حادوا عن الصواب و خالفوا القواعد الفقهية)).

إلا أننا نرى ان رأي الحنفية و المالكية أصوب إذ وجد مع المريض من يساعده على خدمة المحضونين مادام أن مناط الحضانة قد تحقق فلا يهم أن تمارس الحضانة بالنفس أو الغير.

1-4/ الأمانة: و المراد بها حفظ الدين، فلا حضانة لفاسق لأنه غير موثوق في أداء مهامه و واجبه ، فذهب الحنابلة و الشافعية إلى أن الفسق مطلقاً مانع من الحضانة لأن المحضون لاحظ له في حضنته فينشأ على طريقته.

و ذهب المالكية أن الفسق المانع هو ما اشتهر على صاحبه لأنه يؤدي إلى محاكاة المحضون لسلوك الحاضن في شربه الخمر و لهوهُ المحرم و هذا يتنافى و مقاصد الحضانة و قد أخذ المشرع بأقوال الفقهاء و اشترط من خلال نص المادة 62 أن يكون الحاضن أهلاً لذلك.

و أكدت المحكمة العليا في عدة قرارات لها أن الأم المدانة من أجل جريمة الزنا ليست أهلاً لممارسة الحضانة و منها قرارها المؤرخ في : 1997/09/30 رقم: 117684² أيضا قرارها المؤرخ في 1989/05/22 رقم 53578³ جاء فيه ((و أن المجلس عندما أسند حضانة البنات الثلاث للأم على اعتبار عاطفي بالرغم من ثبوت سوء خلقها يكون فقد خرق القانون مما يستوجب نقض القرار)).

1-5/ الإسلام: اشترط الشافعية و الحنابلة الإسلام في الحاضن ، فلا حضانة لكافر على مسلم إذ لا ولاية له عليه و لأنه ربما يفتته على دينه ، ولم يشترط الحنفية و المالكية إسلام الحاضنة فيصح كون الحاضنة كتابية أو غير كتابية سواء أكانت أمماً أو غيرها و لأن مناط الحضانة الشفقة و هي لا تختلف باختلاف الدين و لكن اختلفوا في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير

1- المجلة القضائية لعام 1989 ، عدد 4، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 76.

2- المجلة القضائية ، لعام 2001 ، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 169

3- المجلة القضائية، لعام 1991 ، عدد 4 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 99.

المسلمة، فقال الحنفية يبقى عندها حتى يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة ، أو يتضح أن في بقائه معها خطر على دينه بأن بدأت تعلمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير ، و قال المالكية انه يبقى مع الحاضنة حتى انتهاء الحضانة شرعاً و لكنها تمنع من تغذيته لحم الخنزير فإن خشي أن تفعل الحرام أُعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظه من الفساد.¹

و لم ينص المشرع الجزائري صراحة فيما إذا كان يشترط في الحاضنة أن تكون مسلمة و بالرجوع لقضاء المحكمة العليا فإنها لم تجد مانعاً في ممارسة الأم غير المسلمة الحضانة و طبق المجلس الأعلى هذه القاعدة في كثير من قراراته و منها قراره الصادر في 16/04/1979 في قضية تتلخص وقائعها في أن حاضنة مسيحية حاولت تربية ولدها على دينها متجاهلة دين أبيه، حيث جاء في اسبابه: ((من المقرر شرعاً أن الأم تستحق حضانة الأولاد و لكن شريطة أن يبقى هؤلاء على دين أبيهم)).²

و في قرار آخر صادر بتاريخ 08/03/1982³ قضى المجلس الأعلى ((و المجلس لحد الآن لم يعتبر الاختلاف في الدين من مسقطات الحضانة فالمسيحية لها الأولوية في الحضانة كما للمسلمة الحق فيها، و أن الشريعة الإسلامية تولي الأهمية في مسألة الحضانة للأم و تعطيها الأسبقية فيها بقطع النظر عن دينها)).

و جاء في قرارها المؤرخ في 13/03/1989 ((من المقرر شرعاً و قانوناً أن الأم أولى بحضانة أولادها و لو كانت كافرة إلا إذا خشي على دينه...)).⁴

و نلاحظ أن القضاء الجزائري اخذ بالمذهب المالكي في هذه الجزئية و لم يشترط اتحاد الدين بين الحاضنة و المحضون و وضع قيود عليها، و هي إسقاط الحضانة عن الحاضنة غير المسلمة إذا خشي على دين المحضون أو إذا أقامت بالخارج.

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي أدلته ، ج7 ، مرجع سابق ، ص 727.

2- نشرة القضاة ، العدد 02 لعام 1981 ، وزارة العدل ، الجزائر ، ص 108 (قرار رقم 19287) .

3- تشوار زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ، رسالة دكتوراة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2005/2004 ، ص 312.

4- المجلة القضائية لعام 1993 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 116.

2- الشروط الخاصة في الحاضن

و بالإضافة إلى هذه الشروط العامة يشترط في الحاضن شروط خاصة حسب ما إذا كان إمراة او رجل على التفصيل الآتي¹

2-1/ بالنسبة للمرأة

2-1-1 / أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير أي بغير محرم له ، و هو متفق عليه لما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتكحي² ، لأن الزوج يعامل الصغير بقسوة أو كراهية و لأنها مشغولة عنه بحق الزوج ، أما إذا كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه أو ابن عمه أو ابن أخيه فلا يسقط حقه من الحضانة لأن من تزوجته له الحق في الحضانة أيضا و شفقتة تحمله على رعايته فيتعاونان على كفالتة.

2-1-2 / أن تكون ذات رحم من الصغير: كأمه أو أخته أو جدته، فلا حضانة لبنات العم و العمه و لبنات الخال و بنات الخالة بالنسبة للصبي لعدم المحرمية و لهن عند الحنفية الحق في حضانة الأنثى.

2-1-3 / أن لا تقيم بالصبي ببيت ييغضه: لأن ذلك يعرضه للضياع و الأذى، فلا حضانة

للجدة إذا سكنت مع الأم إذا تزوجت إلا إذا انفردت بالسكنى عنها و هذا عند المالكية و قد كرّست المحكمة العليا أخذا بالفقه الإسلامي و قانون الأسرة هذه الشروط في عدّة قرارات لها نذكر منها القرار الصادر في 1985/05/05 رقم 40438³ الذي جاء فيه ((من المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية أنه يشترط في المرأة الحاضنة ، و لو كانت أما فالأحرى بغيرها أن تكون خالية من الزواج ، أما إذا كانت متزوجة فلا حضانة لها لإنشغالها عن المحضون...)).

و إذا كان قانون الأسرة قد نصّ صراحة على سقوط حق الأم بزواجها من غير قريب محرم طبقا لنص المادة 66 من قانون الأسرة، فإن زواج الجدة أو أي حاضنة أخرى يفهم من سياق النص أو بالاستنتاج من باب أولى فإذا كان زواج الأم من غير قريب محرم للمحضون يسقط حضانتها عنه وهي الأقرب له فمن باب أولى أن يكون سبب لسقوط حضانة غيرها وهي الأبعد كما يفهم ذلك من نص المادة 70 من قانون الأسرة التي اشترطت عدم مساكنة الجدة أو الخالة الحاضنة

1- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 7، مرجع سابق ، ص 728.

2- ابو داود، سنن ابي داود ، ج 2، مرجع سابق ، كتاب الطلاق ، باب من احق بالولد ، حديث رقم 2276 ، ص 150 .

3- المجلة القضائية، لعام 1989 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 75.

الأم المتزوجة من غير قريب للإبن المحضون ومن ثم فهذا الشرط يعتبر من المنصوص عنه الذي يخرج المسألة من دائرة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية و مع ذلك فقد استت المحكمة قراراتها بهذا الشأن على أحكام الشريعة الإسلامية ومنها قرارها المؤرخ في 1988/06/20 رقم 150011¹ جاء فيه ((من المقرر شرعا أنه يشترط في الجدة الحاضنة (أم الحاضنة) أن تكون غير متزوجة و أن لا تسكن مع ابنتها المتزوجة بأجنبي و من ثم فإن قضاة الموضوع بإسنادهم الحضانة للأب طبقوا صحيح القانون)).

2-2/ الشروط الخاصة بالحواضن من الرجال

بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالحاضنة المرأة هناك شروط خاصة بالحواضن من الرجال أهمها :

2-2-1/ أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى

2-2-2/ أن يكون لديه من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمّة ، إذ لا قدرة و لا صبر للرجال على أحوال الأطفال كما للنساء، فإن لم يكن له من يحضن من النساء فلا حق له في الحضانة و هذا الشرط عند المالكية.²

و لم ينص المشرع على هذا الشرط بالنسبة للأب و لم تعتبر المحكمة العليا هذا الشرط ، و أعتقد أن عدم النص عليه لا يعتبر من قبيل النقص التشريعي الذي يوجب الرجوع بشأنه إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأن ذلك قد يندرج ضمن شرط أهلية الحاضن المنصوص عنها في المادة 62 من قانون الأسرة و تقدير مصلحة المحضون في اختيار الحاضن حسب المادة 65 منه ، فلا مجال للإحالة و ربما هو ما يبرر أخذ المحكمة العليا بذلك.

ب- سقوط الحضانة وعودتها

نصت المادة 66 من قانون الأسرة على أنه ((يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم و بالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون ، كما نصّت المادة 67 من نفس القانون أن الحضانة تسقط بسقوط أو تخلف أي شرط من شروط الحضانة المنصوص عنها في المادة 62 من قانون الأسرة.

1- المجلة القضائية لعام 1991 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 57.

2- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، مرجع سابق ، ص 730.

ومن هنا فإن أسباب سقوط الحضانة هي : ¹

1/ تخلف الشروط الواجبة في الحاضن والتي تطرقنا لها أنفا خاصة الكفاءة و الأمانة لأنها تتعلق جميعها بالالتزامات الملقاة على عاتق الحاضن و المتمثلة في التربية و الرعاية الصحية والخلقية للمحضون .

2/ زواج الام من غير قريب محرم للمحضون و هذا يعني أن زواجها من محرم للمحضون لا يسقط عنها الحضانة غير انه و بالرجوع الى الفقه المالكي فانه وضع قيودا لسقوط حق الحضانة بالزواج اهمها :

أ- عدم سكوت من له الحق في الحضانة بعد علمه بزواج الحاضنة سنة فاكثر فان سكت هذه المدة بعد علمه بالزواج عد سكوته رضى باسقاط حقه ، و هذا ما اخذ به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 68 من قانون الاسرة التي نصت " اذا لم يطلب من له حق الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها "

ب- وجود مرضعة للطفل غير الحاضنة اذا كان الطفل رضيعا و قبل ثديها.

ج- وجود حاضن للطفل تتوفر فيه شروط المطلوبة في الحضانة .

د- الا تكون الحاضنة التي تزوجت باجنبي وصية على المحضون من قبل أبيه أو من قبل القاضي ه- اذا لم تفارق الحاضنة زوجها بطلاق أو موت الزوج قبل أن يطالب من يليها بحقه في الحضانة فإن مات الزوج أو طلق قبل مطالبة صاحب الحق في الحضانة فإن الحضانة تستمر للحاضنة التي كانت متزوجة لإن العذر الذي يسقط حضانتها و هو الزواج قد زال والولد لا يزال معها فتستمر حضانتها و هو ما أكدته المادة 71 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطها غير الإختياري "

و المشرع الجزائري لم يعلق إسقاط الحضانة عن الأم في حالة زواجها ، بغير قريب محرم للطفل بشرط مراعاة مصلحة المحضون بل اشترطه فقط في حالة تنازلها عن الحضانة ، الأمر الذي نفهم منه أن تزوج الحاضنة بغير قريب محرم ينفي مصلحة المحضون تماما فهو سبب قطعي لا نقاش فيه فمتى ما ثبت زواجها سقط حقها في الحضانة و هو ما كرسته المحكمة العليا

1 العربي بالحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة مرجع سابق ، ص 388 ، و انظر أيضا محفوظ بن صغير ، الإجتهد

القضائي في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 675

في كل قراراتها فلم تربطه باي قيد اخر استنادا للفقہ الإسلامي إذا جاء في قرارها المؤرخ في 2005/05/18 رقم 331058 " يسقط حق الام في الحضانة بزواجها بغير قريب محرم"¹ ومع ذلك نرى أن القيود التي وضعها المالكية لسقوط حق الأم في الحضانة بالزواج منطقية فأحيانا تتزوج الام و تبقى حاضنة للأبناء لسنوات ثم يأتي الأب و يدفع بسقوط حقها في الحضانة ، فاذا لم يكن قد مارس حقه خلال سنة من علمه بزواجها فان هذا يسقط حقه في الحضانة حسب م 68 و اذا لم يكن هناك أي حاضن آخر للأبناء بقوا لدى أمهم المتزوجة فتكون بذلك و بطريقة غير مباشرة قد أخذنا بهذه القيود .

3-تنازل الحاضنة عن حقها في الحضانة و يشترط في هذا التنازل أن يصدر في المحكمة أي أن يكون بحكم يمكن القاضي من مراقبة مدى مراعاته لمصلحة المحضون و قد اكدت المحكمة العليا على قيد مراعاة مصلحة المحضون في كل قراراتها بخصوص التنازل على الحضانة ومنها القرار المؤرخ في 2002/02/13 رقم 282153²

4-سقوط الحضانة أيضا بمساكنة الجدة او الخالة الأم المتزوجة (المادة 70 من قانون الأسرة)
5-كما يعتبر سبب جوازيا لسقوط الحضانة الإنتقال بالمحضون الى بلد أجنبي فاذا رفض الأب ذلك لأن فيه حرمانه من حق رقابة الإبن ، و زيارته و حرمانه من التواصل معه ، فيرجع تقدير إسقاط الحضانة للقاضي الذي يراعي أولا و أخيرا مصلحة المحضون

1- المجلة القضائية لعام 2005 ، عدد2، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 383

2- المجلة القضائية ، لعام 2003 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر ، ص 363

خلاصة الباب الثاني

إن أهم ما يمكن أن نخلص إليه في خاتمة هذا الباب عدة نقاط تتمثل في ما يلي

- أن الفقه الإسلامي في دراسته للمسائل الخلافية بغية إختيار الحكم الشرعي الأنسب يقوم على أساس منهجية انتقائية مقارنة تنطلق من جمع المادة العلمية وحصر الآراء والأسانيد في المسألة ليصل إلى تحرير محل الخلاف بين هذه الآراء سواء داخل المذهب الواحد أو بين مختلف المذاهب الفقهية ، وأن الاختيار بينها يقوم على أسس علمية وشرعية وليس لمجرد الرغبة والهوى.

- أن الاجتهاد القضائي الجزائري في إطار تطبيق قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية لم يعتمد منهجية واضحة في اختيار الحكم الشرعي، رغم أن غنى الفقه الإسلامي وثرأه يستلزم اختيار الحكم الأنسب والأفضل، وهذا بالضرورة يقتضي المقارنة ، إلا أن اغلب القرارات تصاغ بشيء من الإيجاز والاقتضاب ولا تفصح عن سبب الاختيار .

- أن جلّ الأحكام والقرارات التي تطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة تكتفي بالإشارة إلى سند الإحالة دون الإشارة إلى المرجع الفقهي المعتمد و لا أسباب تفضيل هذا الرأي على الآخر كالتبرير بالمصطلح أو المقاصد أو درأ المفسدة ، أو أنه الرأي الراجح في المذهب أو المشهور حتى يمكن المحكمة العليا من ممارسة دورها في الرقابة على صحة هذا الاختيار ومدى ملائمتة

- أن المحكمة العليا باعتبارها الجهة المقومة لأعمال القضاء لم تفرض رقابتها على اختيار الحكم الشرعي و لم تضع معايير للإنتقاء في إطار الإجتهد المبدئي للغرف المجتمعة الملزم لقضاة الموضوع وهو ربما ما يبرر الإختلاف والتباين بين الأحكام والقرارات في المسألة نفسها.

- أن للمحكمة العليا دور فعال في رقابة تطبيق قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في المنازعات الأسرية وان هذه الرقابة لها صورتان الأولى رقابة قبلية يمكن حصرها في الرقابة على تكييف القاضي للوقائع بإعطائها وصف يدرجها ضمن فرضيات إحدى النصوص القانونية أو يخرجها عنها إلى دائرة الإحالة ، كما قد تكون في رقابتها على التفسير القضائي للنصوص القانونية الذي قد يوسع مفهوم النص ليشمل النزاع أو يضيقه ليخرجه إلى نطاق الإحالة ، إما الصورة الثانية للرقابة وهي الأهم فهي الرقابة البعدية التي تتصب على الرقابة على طريقة الاستشهاد بالحكم الشرعي ويندرج تحتها الرقابة ملائمة الحلول الشرعية المنتقاة وطريقة الاستدلال بها، والرقابة على مدى تحقق مناط الحكم الشرعي في المسألة ، إلا أن دور المحكمة العليا في الرقابة

يبقى قاب قوسين أو ادني غير مفعول، إذ لم تستخدم المحكمة العليا هذه المكنة في الرقابة إلا ناذرا رغم ضرورتها .

الخاتمة

الخاتمة

في نهاية هذا البحث لموضوع " ضوابط رجوع القاضي إلى أحكام الشريعة الإسلامية في قضايا الأسرة و تطبيقاته في الإجتهد القضائي الجزائري "، و بعد محاولة الإمام بأهم الشروط و الضوابط التي توطر العملية الاجتهادية لقاضي شؤون الأسرة في مواجهة الفراغات التشريعية التي تصادفه أثناء فصله في المنازعات المعروضة عليه توصلنا إلى استخلاص جملة من النتائج وتوصيات نجملها في ما يلي:

أولاً: النتائج:

- إن قانون الأسرة الجزائري أغفل النص على الكثير من المسائل الاجتماعية الهامة، و جاءت مواد موجزة مرسلة تحتاج الكثير من التفصيل و التفسير، مثل: حكم الزواج و الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة - أثر عيوب الإرادة على عقد الزواج - حكم بعض الصور من الزواج (زواج المسايرة ، الزواج العرفي ، زواج المتعة...الخ) ، النشوز (مسكن الزوجية ، التحول الجنسي ، ميراث الخنثى، إجراءات اللعان.شروط الطلاق بعض صور الفرقة بين الزوجين كالفرقة للردة والظهار والايلاء ..الخ) .

- أن الخطوة الأولى التي تنطلق منها عملية الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية هي تقرير حالة الفراغ التشريعي ، و هذا يقتضي توظيف القاضي لسلطته في تفسير النصوص و تكبيف الوقائع لضبطها في نموذج قانوني معين، حتى يتمكن من تحديد إن كانت المسألة تدخل في دائرة المنصوص عنه قانوناً أم أنها من الفراغات التشريعية التي تستدعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و أن هذه العملية تحدد نطاق النص كأول ضابط يجب مراعاته في إطار الإحالة المنصوص عنها في المادة 222 من قانون الأسرة و تتطلب لذلك الإمام بقواعد التفسير الداخلية و الخارجية مع العلم بقواعد اللغة و طرق الأصوليون و قواعدهم في ذلك.

- أن المنصوص عنه قانوناً هو كل ما أشارت إليه النصوص في قانون الأسرة في لفظها أو فحواها أو دلالتها، فتصبح المسائل الداخلة في نطاق المنصوص عنه تخرج عن مجال الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

- أن النص على بعض أفراد المسألة يعني في الأصل وجود فراغ أو نقص تشريعي يستدعي الاستتجاد بأحكام الشريعة الإسلامية لاستكمالها، إلا إذا قامت الشواهد أن نية المشرع اتجهت إلى النص على هذه المسائل حصراً، فالمسألة عندئذ تعد خارج نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية.

- أن الأصل في إلغاء النصوص دون إعادة تنظيمها يعني خلق فراغ تشريعي يوجب الرجوع إلى المصدر الاحتياطي، إلا إذا ثبت أن إرادة المشرع اتجهت إلى تقرير نقيض الحكم الملغى .
- أن إحالة قانون الأسرة على قانون آخر يعتبر بمثابة النص على مسألة ضمن قانون الأسرة، ويصبح هذا القانون المحال عليه له الأولوية في التطبيق على الإحالة على أحكام الشريعة، ويدخل في دائرة المنصوص عنه قانونا .
- أن ورود النص خارج قانون الأسرة ودون إحالة منه يعطي السبق لولاية أحكام الشريعة الإسلامية في التطبيق وذلك لاستقلالية قانون الأسرة من حيث المصدر الاحتياطي عن بقية القوانين، فيكون المصدر الاحتياطي الأحق بتطبيق من أي نص تشريعي آخر .
- أن المسائل الإجرائية المتعلقة بالمرافعة أمام قاضي شؤون الأسرة المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تخرج عن نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا في المسائل الموضوعية التي ينظمها قانون الأسرة فقط وهو ما خلق نوعا من التناقض بين أحكام القانون والمصدر المحال عليه فالقواعد الإجرائية في بعض الأحكام الشرعية لها علاقة وطيدة بالموضوع لا سيما فيما يتعلق بقواعد الإثبات كسماع الشهود واليمين ..الخ.
- أن هناك فرق شاسع بين مدلول أحكام الشريعة ومبادئها وهما أيضا يختلفان عن مدلول الفقه الإسلامي والقواعد الفقهية والأصولية، ومع ذلك فقد درج الفقه والقضاء على تفسير مصطلح الأحكام تفسيرا واسعا واعتبروها في نفس المعنى.
- أن الأحكام الشرعية أساسا تستقى من مصادرها الأصلية فيعين على القاضي استخلاصها من مصادر التشريع، القرآن والسنة، والإجماع والقياس والمصادر الأخرى كالاستحسان والاستصحاب وسد الذريعة وغيرها ، إلا أن الحاجة المتمثلة في عجز القضاة بسبب نقص التكوين الشرعي وعدم اضطلاعهم بالعلوم الشرعية التي تتطلب الإمام بعلوم القرآن و الحديث والتفسير وغيرها. دفعهم إلى الرجوع إلى الأحكام الفقهية خاصة في المذاهب الأربعة المشهورة وهو ما استقرّ عليه تفسير المحكمة العليا لمصطلح أحكام الشريعة الإسلامية.
- أن أغلب قضاة المحكمة العليا و على غرارها أحكام المحاكم و المجالس تأخذ بالمذهب المالكي باعتباره المذهب السائد في البلاد ، إلا أنها لا تبرز معايير الاختيار منه خاصة و أنه من أغنى المذاهب الفقهية بالأراء ، و قد توجد فيه آراء مختلفة و متناقضة في نفس المسألة.

- أن جلّ القرارات التي تطبق نص المادة 222 من قانون الأسرة تكتفي بالإشارة إلى سند الإحالة دون الإشارة إلى المرجع الفقهي المعتمد و لا أسباب تفضيل هذا الرأي على الآخر كالتبرير بالمصلحة أو المقاصد أو درأ المفسدة ، أو أنه الرأي الراجح في المذهب أو المشهور حتى يمكن المحكمة العليا من ممارسة دورها في الرقابة على صحة هذا الاختيار ومدى ملائمته.

- أن الاجتهاد القضائي في إطار الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية و البحث عن القاعدة الفقهية المناسبة لحل النزاع استكمالا للتشريع ينبغي أن يقوم على أساس و ضوابط المنهج الفقهي الاجتهادي و يقتضى أثره و خطواته { منهج الفقه المقارن }، إلا أن الواقع بعيد كل البعد عن ذلك ، و ذلك راجع لعدة أسباب أهمها : كثرة الملفات المجدولة أمام أقسام شؤون الأسرة و نقص التكوين الشرعي للقضاة كما سلف ذكره.

- أن الدارس والمتتبع لقرارات وأحكام المحاكم وحتى قرارات المحكمة العليا سيلاحظ أن الاجتهاد القضائي مضطرب ومتناقض وغير مستقرّ، و ربما يرجع ذلك إلى عدم إعمال المحكمة العليا الجهة المقومة لأعمال القضاء والموحدة للاجتهاد لصلاحياتها في إطار تقويم العملية الاجتهادية، وذلك بإيجادها معايير أو وضع ضوابط تحكم عملية الاختيار الفقهي كاستخدام معيار الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل - المعايير التي استخدمها المشرع المغربي مثلا في ضبطه لقاعدة الإحالة - وحصراً أهم المراجع الفقهية التي يجب ان يعتمدها القضاة خاصة أمام غنى الفقه الإسلامي و تنوعه في المسائل الخلافية.

ثانياً: التوصيات

وانطلاقاً من هذه النتائج نقدم بعض التوصيات على أمل خدمة الموضوع أهمها:

1- ضرورة تدخل المشرع بتقنين المسائل الموجزة و المرسلة أو المغفلة غير المنصوص عنها مع مراعاة الرجعية الشرعية لهذا القانون و الأخذ بعين الاعتبار الظروف و والتطور الحاصل في عصرنا هذا .

2- ضرورة تدخل المشرع ووضع قانون إجرائي خاص بقانون الأسرة - قانون الإجراءات الأسرية يتناول إجراءات المرافعة أمام أقسام شؤون الأسرة، و يراعي المرجعية الشرعية له خاصة فيما يتعلق بإجراءات و وسائل الإثبات (مثلا شروط الشهود في دعاوى إثبات الزواج.. والتفريق لاعتسار أو الضرر المعتبر شرعاً وغيرها) إسوة ببعض التشريعات و هو ضرورة تفرضها طبيعة قانون الأسرة و خصوصيته و تميزه عن باقي فروع القانون العام والخاص.

3- ضرورة تعديل نص المادة 222 من قانون الأسرة و تقييد الإطلاق المتعلق بالمصدر الاحتياطي لقانون الأسرة، و اقترح أن تكون صياغتها على النحو الآتي:

((يطبق هذا القانون على كل المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها و فحواها،

و يرجع في تفسير نصوص هذا القانون و استكمالها إلى المصدر أو المرجع الفقهي الذي استقى منه النص.

وإذا لم يوجد نص للمسألة في هذا القانون يرجع إلى المشهور أو الرّاجح أو ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك ، فإذا لم يوجد فيرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون)).

4- ضرورة تفعيل دور المحكمة العليا في إطار وظيفتها الأساسية و هي تقويم الاجتهاد وتصويبه و توحيده ، و ذلك بوضعها منهج اجتهادي على غرار المنهج المتبع من الفقه الإسلامي في الاختيار والترجيح ، كاستخدامها منهج المقارنة بين الحلول الفقهية و اختيار الأرجح أو المشهور و غيره من الضوابط وترشيح اهم المراجع الفقهية في المذهب المالكي وغيره لاعتمادها كمرجع اساسي لقضاة الموضوع.

5- ضرورة تكوين قضاة الأسرة تكويناً شرعياً واسعاً، و تأسيس محاكم شرعية مستقلة عن المحاكم العادية على غرار المحاكم الإدارية طبقاً لمبدأ التخصص الذي أثبت جدارته و فاعليته في كل المجالات.

6- كما اوصي بالاستعانة بالمجالس الإسلامية والهيئات المكلفة بالفتيا للأخذ برأيها الاستشاري بخصوص المسائل الفقهية العويصة التي تستعصي على أذهان القضاة وتتطلب رأي ذوي الاختصاص في المجال الشرعي مثل المجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر

هذا و أحب أن أؤوه في الأخير ان هذا البحث على أهميته يترتب بمواضيع أخرى تكمله أتمنى ان تفتح مجالاً لدراسة لاحقة اهمها أليات تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع والنوازل وأثر الواقع والعرف في تغييرها فكثيراً من الأحكام الشرعية للفقهاء السابقين تترتب بغايات وعلل ومقاصد لم تعد تتحقق في الزمن الحاضر فكيف يمكن للقضاء أن يحقق المعادلة بين الثابت والقيم الشرعية وبين المتغيرات التي يفرضها سير الزمان وتغير الأعراف والعادات في المجتمع

وفي الختام أحمد الله على توفيقه لي في إتمام هذا العمل و أعذر للجنة المناقشة وكل قارئ لهذا العمل على أي نقص أو تقصير.

كما أرجو من الله أن يعفو عن الزلات و أن ينفع به زملائي القضاة و المحامين الباحثين وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ، و صلى الله و سلم على رسوله الكريم وعلى آله و صحبه وسلم تسليماً.

والحمد لله رب العالمين

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

القرآن الكريم

السنة النبوية

1. ابن ماجة محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤد عبد الباقي ، ج 1 ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر .
2. ابو داود ، سليمان بن الاشعث السجستاني، سنن ابي داود ، تحقيق، محمد عبد العزيز الخالدي ، ج2، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت، لبنان، 1996.
3. الترمذي، ابي عيسى محمد بن عيسى بن سوره ، الجامع الصحيح ، تحقيق احمد محمد شاکر، مطبعة مصطفى الباني ، ط2 القاهرة، مصر، 1978.
4. على بن عمر الدارقطني، سنن الدارقطني، ج3، باب المهر، دار المعرفة ، بدون طبعة ، بيروت، لبنان.
5. محمد ابن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير بدون طبعة ، بيروت لبنان ، 2018 ،
6. مسلم بن الحجاج ، صحيح مسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ج 1 ، دار الكتب العلمية ، ط 1، بيروت ، لبنان، 1991. .

المعاجم و الفهارس

- 1- ابن فارس معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، ج4، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، 1979.
- 2- ابن منظور، لسان العرب ، دار صادر، ط 3، بيروت، لبنان، 1414 هـ.
- 3- جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي دار العلم للملايين، ط 7، بيروت ، لبنان.
- 4- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان ، طبعة مدققة ، لبنان ، 1986
- 5- علي ابن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، تحقيق محمد صديق المنشاوي ، دار الفضيلة للنشر و التوزيع و التصدير ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر .
- 6- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ط8، بيروت، لبنان، 2005.

7. مجمع اللغة العربية ،المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية ،ط4، مصر ،2004.
8. مجمع اللغة العربية القاهرة، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، ط4، القاهرة، مصر، 2004.

الكتب

1. إبراهيم ابن علي ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق حمزة أبو فارس، عبد السلام الشريف، دار الغرب الاسلامي، ط1،بيروت ، لبنان، 1990.
2. إبراهيم إسحاق منصور، نظريتنا الحق و القانون و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، الجزائر، 1986.
3. ابن النجار محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحى، شرح الكوكب المنير، ج 1، تحقيق محمد الزحيلي و نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، المملكة العربية السعودية 1993.
4. ابن جزري، محمد ابن احمد الغرناطي، القوانين الفقهية ،تحقيق ماجد الحموي، دار ابن حزم، ط 1 ، لبنان، بيروت ،2013،
5. ابن حزم علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي، المحلى، ج 10، إدارة الطباعة المنيرية، ط 1 ، مصر، 1352 هـ.
6. ابن خلدون، ولى الدين عبد الرحمان ابن محمد، مقدمة ابن خلدون ، تحقيق، عبد الله محمد الدرويش، ج2، دار الهداية ، ط 1، دمشق، سوريا، 2004.
7. ابن عابدين محمد أمين ، رد المختار على الدر المختار، ج 5 ، دار عالم الكتب ، طبعة خاصة، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2003.
8. ابن قدامة أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، ج 11 ، دار عالم الكتب للطباعة و النشر، ط 3، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 1997.
9. ابن قيم الجوزية ، شمس الدين ابي عبد الله محمد ابن ابي بكر ، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج 1 ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة السعادة ،ط1، مصر، 1955 .
10. ابو اسحاق الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق محمد الزحيلي ، ج4 ، دار القلم ، ط 1 ، دمشق سوريا ، 1996

11. ابو بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي ، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية ، مكتبة التراث العربي ، ط1، الدار البيضاء،المغرب ، 2010.
12. ابو حامد الغزالي، المستصفي، ج1 تحقيق محمد سليمان الأشقر ، مؤسسة الرسالة ،ط1،بيروت، لبنان، 2012.
13. أحمد ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع و ترتيب عبد الرحمان بن محمد بن قاسم ، و ابنه محمد ، ج 20 ، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ، بدون طبعة ، المدينة المنورة ، المملكة العربية السعودية ، 2004 .
14. أحمد الحصري، نظرية الحكم ومصادر التشريع في أصول الفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية ، بدون طبعة ، القاهرة،مصر، 1981.
15. أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، ج 2 ، دار الكتب العلمية ، ط 1 ، بيروت لبنان ، 1995 .
16. أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية ،دار القلم،ط2،دمشق، سوريا ، 1989 ، ص33-34.
17. أحمد محمد الرفاعي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون ، برنامج الدراسات القانونية فصل الاول ، جامعة بنها ، مصر ، 2007- 2008 .
18. أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء ، بدون طبعة ، القاهرة، مصر ، 2006 .
19. أحمد نصر الجندي ، النسب في الاسلام و الأرحام البديلة ، دار الكتب القانونية ، بدون طبعة ، مصر ، 2003 .
20. آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر، 1964.
21. الآمدي سيف الدين ،الإحكام في أصول الأحكام، ج1، تحقيق عبد الرزاق عفيفي ، المكتب الاسلامي ،ط2، ، 1406 هـ.
22. أنس حسن محمد ناجي ، البصمة الوراثية ومدى مشروعيتها في إثبات ونفي النسب ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر 2010 .
23. الأنصاري زكرياء ابن محمد، الحدود الأنثيقة في التعريفات الدقيقة، تحقيق مازن المبارك، دار الفكر المعاصر، ط1 ، بيروت، لبنان، 1991.

24. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، بدون طبعة ، مصر، 2005 .
25. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، ط2، مصر، 1961.
26. البرزنجي، عبد اللطيف عبد الله عزيز، التعارض و الترجيح بين الأدلة الشرعية ج1، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، لبنان، 1993.
27. برهان الدين ابي الوفاء إبراهيم بن شمس الدين أبي عبد الله محمد ابن فرحون اليعمرى المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية و مناهج الأحكام، تحقيق الشيخ جمال مرعشلي، ج1، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2003
28. برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح أبو إسحاق ، المبدع في شرح المقنع ، كتاب الصداق ج3، عالم الكتاب ، بدون طبعة ، 2018 .
29. بلقاسم شتوان ، الخطبة و الزواج في الفقه المالكي ، دار الفجر للطباعة و النشر ، بدون طبعة، الجزائر، بدون سنة نشر.
30. ابن العربي أبو بكر ، أحكام القران، ج 1، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بدون طبعة ، بيروت، لبنان. بدون سنة نشر .
31. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلدونية ، ط 1، الجزائر ، 2008.
32. البيضاوي؛ عبد الله بن عمر بن محمد بن علي الشيرازي، منهاج الوصول الى علم الاصول ،تحقيق شعبان محمد اسماعيل ،دار ابن حزم ،ط1، بيروت، لبنان ، 2008 .
33. التسولي علي ابن عبد السلام ، البهجة في الشرح التحفة على الأرجوزة المسماة " تحفة الحكام " لابن عاصم ، ج1، ت عبد القادر ، شاهين دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ،لبنان، 1998 .
34. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق ، مؤسسة الثقافة الجامعية، ط1، مصر، بدون سنة نشر.
35. الجصاص أحمد بن علي الرازي ، أحكام القران، ج 3، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربي، بدون طبعة ، بيروت، لبنان، 1992 .

36. جيجيك صالح، الميراث في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، بدون طبعة ، الجزائر ، بدون سنة نشر .
37. الحسن بن الشيخ ايت ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، بدون طبعة، عينميلة،الجزائر، 2014 .
38. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، النظرية العامة للقاعدة القانونية، منشأة المعارف الإسكندرية، ط 6، مصر، 1993.
39. الخادمي نور الدين، الاجتهاد المقاصدي، ج 1، كتاب الأمة، السنة 18 ، ع 86، وزارة الأوقاف قطر، 1998 .
40. خالد عبد العزيز السعيد، تأصيل بحث المسائل الفقهية، دار الميمان للنشر و التوزيع، ط 1، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2010.
41. خليفة علي الكعبي ، البصمة الوراثية و أثرها على الأحكام الفقهية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، بدون طبعة ، الاسكندرية ، مصر ، 2004 .
42. الخليل ابن إسحاق المالكي، المختصر، دار الحديث، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، 2005 .
43. الدردير، ابن البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك بحاشية الصاوي ، ج 2، دار المعارف، بدون طبعة ، القاهرة، مصر، 1986.
44. دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بدون طبعة ، الجزائر، 2009 .
45. دليلة فركوس ، جمال العياشي، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج ، دار الخلدونية، بدون طبعة، القبة ،الجزائر ، 2016.
46. الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 6، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، لبنان، 2003.
47. رياض محمد، أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح، ط 1، الدار البيضاء، المغرب، 1996.
48. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية، الدار الجامعية، بدون طبعة ،الإسكندرية، مصر، 2013.

49. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية . ج 3، منشورات كليك، ط1، الجزائر، 2013.
50. سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى ، ج 4 ، وزارة الشؤون الاسلامية و الأوقاف و الدعوة و الإرشاد، بدون طبعة ، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر
51. السرخسي شمس الدين، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، ط1، بيروت، لبنان، 1989 .
52. سمير تناغو عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة ، مصر، 1986 .
53. سيد سابق ، فقه السنة ، مؤسسة الرسالة ، ط 1 ، بيروت ، لبنان ، 2003
54. الشاطبي أبي إسحاق إبراهيم اللخمي ، الموافقات في أصول الاحكام، تحقيق محمد حسنين مخلوف، ج2 دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون طبعة ، بدون مكان نشر ، بدون سنة نشر .
55. شمس الدين محمد ابن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج5، دار المعرفة، ط1، بيروت لبنان، 1998.
56. الشهرستاني أبو الفتح تاج الدين عبد الكريم بن أبي بكر أحمد ، الملل و النحل، ج1، تحقيق أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، لبنان، 1992.
57. الشيخ محمد صالح العثيمين، الأصول من علم الأصول، دار بن الجوزي، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، 1426هـ.
58. الطوفي نجم الدين أبي ربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد ، شرح مختصر الروضة، ج 1، توزيع وزارة الشؤون الاسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ط2، المملكة العربية السعودية، 1998.
59. عبد الحليم بن محمد أيت أمجوض، فقه التنزيل قواعده و تطبيقاته، دار الفقيه للنشر و التوزيع، ط 1، الإمارات العربية المتحدة ، 2014.
60. عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4 ، دار الكتب العلمية ، ط2، بيروت ، لبنان ، 2003 .
61. عبد الرحمان بدوي، مناهج البحث العلمي، وكالة المطبوعات، ط 3، الكويت، 1977.

62. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، لبنان، 2000 .
63. عبد العزيز بن صالح الخلفي، الاختلاف الفقهي في المذهب المالكي ، مصطلحاته و أسبابه ، ط1 ، الرباط ، المغرب ، 1993.
64. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار الهومة، ط4، الجزائر 2013.
65. عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية دار البصائر، ط1 الجزائر، ، 2007 .
66. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، بدون طبعة ، الجزائر ، بدون سنة نشر.
67. عبد الكريم المدرس، الأنوار القدسية في الأحوال الشخصية ، مطبعة الجاحظ ، ط1، بغداد، العراق ، 1990 .
68. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع ، ط6، بدون مكان نشر ، 1976.
69. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية، المطبعة العربية، ط2، بغداد، العراق ، 1966 .
70. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، دار الرسالة ، ط1، بيروت، لبنان ، 1993 .
71. عبد الكريم طالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، بدون طبعة ، مراكش، المغرب، أفريل، 2013.
72. عبد الله المراغي ، الزواج و الطلاق في جميع الأديان ، لجنة التعريف بالاسلام ، الكتاب الرابع و العشرون ، بدون طبعة ، الجمهورية العربية المتحدة ، 1966
73. عبد الله بن محمد بن سعد آل خنين، توصيف الأفضية في الشريعة الاسلامية، ج1، دار ابن فرحون ناشرون، ط2، المملكة العربية السعودية ، 2013.
74. عبد الله بن محمد الطيار ، الفقه الميسر (النوازل المعاصرة في فقه الاسرة) ، ج 11، دار الوطن للنشر ، ط1، المملكة العربية السعودية ، 2012 .
75. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، منهج البحث في الفقه الاسلامي (خصائصه و نقائصه)، دار ابن حزم، ط 1، بيروت، 1996.

76. العربي بلحاج ، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري ، ج1 ، الزواج و الطلاق ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3، الجزائر ، 2004 .
77. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة، الميراث و الوصية ج2 ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
78. العربي بلحاج، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد وفقا لآخر التعديلات مدعم باجتهاد المحكمة العليا، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط1، الأردن، 1433 هـ 2012 م.
79. العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الاسلاميو قانون الأسرة الجديد ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، الجزائر، 2010.
80. العربي بلحاج، المدخل لدراسة التشريع، الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط2، الجزائر، بدون سنة نشر .
81. العربي بلحاج، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات معلق عليه قرارات المحكمة العليا من 1966 -2010، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط4، الجزائر، 2012
82. عمر عبد الكريم الجيدي، العرف و العمل في المذهب المالكي و مفهومها عند علماء المغرب، اللجنة المشتركة لنشر إحياء التراث الاسلامي من حكومة المملكة المغربية و حكومة دولة الامارات العربية المتحدة ، مطبعة فضاله ، بدون طبعة ، المغرب، 1982.
83. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الاسلاميوأصوله، مؤسسة الرسالة ، ط2 بيروت لبنان ، 2008.
84. الفيومي، احمد بن محمد بن علي المقري ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي ، دار المعارف ، ط2، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر .
85. القرافي ابي العباس احمد ابن ادريس الصنهاجي ، الفروق انوار البروق في انواء الفروق ، ج 1، تحقيق خليل المنصور ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت لبنان ، 1998.
86. القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد ابن إدريس، شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول من الأصول، دار الفكر بيروت، بدون طبعة ، لبنان، 2004.

87. الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع، ج3، دار الكتب العلمية، ط2، بيروت، لبنان 2003 .
88. الكفوي أبو البقاء أيوب ابن موسى الحسين، الكليات، تحقيقعدنان درويش، ومحمد المصري، هو مؤسسه الرسالة ناشرون، ط 2، بيروت،لبنان، 1998.
89. لعشب محفوظ، الإحالة على الفقه المالكي، في ضوء مدونة الحقوق العينية، ، سلسلة الأعمال الجامعية، مطبعة المعارف الجديدة، ط1، الرباط، المغرب، 2016.
90. لمطاعي نورالدين ، عدة الطلاق الرجعي وآثارها على الأحكام القضائية، دار فسيلة، ط 2، الجزائر ، 2009.
91. ماهر حسين حصوة، فقه الواقع وآثره في الاجتهاد، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ط1، فريجينيا، الو.م.أ، 2009.
92. الماوردي ، ابن الحسن علي ابن محمد ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي (شرح مختصر المزني)، تحقيق على محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود ج 9 ، دار الكتب العلمية ، ط 1، بيروت لبنان ، 1994.
93. محمد إبراهيم علي، اصطلاح المذهب عند المالكية، دار البحوث و الدراسات الاسلاميه و إحياء التراث، ط1، الإمارات العربية المتحدة، 2000.
94. محمد إبراهيم محمد لحفناوي، التعارض و الترجيح عند الأصوليين و أثرهما في الفقه الاسلامي، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، ط2، مصر، 1987.
95. محمد ابن أحمد ابن محمد ابن رشد (الحفيد) ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، تحقيق محمد صبحي حسن الحلاق ، ج4، مكتبة ابن تيمية ، ط1 القاهرة ، مصر ، 1415 هـ .
96. محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر ، بدون تاريخ نشر .
97. محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، بدون طبعة ، القاهرة ، مصر بدون تاريخ نشر.
98. محمد أبو زهرة، تاريخ الجدل ،دار الفكر العربي ط1، مصر، 1934.
99. محمد أبو زهرة، شرح قانون الأسرة الوصية، دار الفكر العربي، بدون طبعة ، القاهرة، مصر، 1988.

100. محمد الرازي فخر الدين ، التفسير الكبير و مفاتيح الغيب، ج 10، دار الفكر للطباعة والنشر، ط1، بيروت، لبنان، 1981 .
101. محمد السيد عمر التحيوي ، النظرية العامة لأحكام القضاء وفقا لآراء الفقه و أحكام المحاكم، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة ، الإسكندرية، مصر، 2006.
102. محمد الشماع ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج و الطلاق و الميراث ، دار العلم، ط1، دمشق ، سوريا ، الدار الشامية ، بيروت ، لبنان ، 1995.
103. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتب المصرية، بدون طبعة ، مصر، 2011.
104. محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية، الديوان الوطني للأشغال العمومية ، ط1، الجزائر، 2003.
105. محمد بن علي، إرشاد الفحول في تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق أبي حفص سامي بن العربي الأثري، دار الفضيحة، ط1 ، الرياض، المملكة العربية السعودية ، 2000.
106. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية ، منشورات حلبي القانونية، ط2، ، بيروت، لبنان، 2010.
107. محمد سعدي الصبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الاسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة ، وهران، الجزائر ، 1984 .
108. محمد سلام مذکور، الوجيز لأحكام الأسرة في الاسلام، دار النهضة العربية، بدون طبعة ، القاهرة، مصر، 1978.
109. محمد صالح العثيمين، شرح صحيح البخاري، ج1، باب من يرد الله به خيرا، حديث رقم 71، المكتبة الاسلامية للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة ، مصر ، 2008.
110. محمد عبد الرحمان شميلة الاهدل، نكاح المتعة ، منشورات مؤسسة الخافقين ومكتبتها، ط1، دمشق، سوريا، 1983.
111. محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج2، دار إحياء الكتب العربية ، بدون طبعة ، بدون مكان النشر ، بدون سنة نشر.
112. محمد محمود إبراهيم ، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات ، دار الفكر العربي ، بدون مكان نشر ، ط1 ، 1982.

113. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الاسلامي، ج1، دار الخير للنشر والتوزيع، ط2، دمشق، سوريا ، 2006.
114. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الاسلامي، ج 1، ، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بدون طبعة ، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر .
115. محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي، مطبعة دار التأليف، ط2، القاهرة، مصر، 1962.
116. محمود النجيري، الاختيار الفقهي و إشكالية تجديد الفقه الاسلامي، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ط1، الكويت، 2008.
117. المزني أبي ابراهيم اسماعيل بن يحي ابن إسماعيل ، مختصر المزني في فروع الشافعية ، تحقيق، عبد القادر شاهين ، دار الكتب العلمية ، ط1، بيروت ، لبنان ، 1998.
118. مصطفى أحمد الزرقا، مدخل الفقهي العام، ج 1، دار العلم، ط1، دمشق، سوريا، 1998.
119. المقري أبي عبد الله محمد بن محمد بن أحمد، القواعد ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد، ج1، مركز إحياء التراث الاسلامي، بدون طبعة ، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية ، بدون سنة نشر .
120. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع، ج 5، دار عالم الكتب، بدون طبعة ، بيروت، لبنان، 1983.
121. ناجي خالد السويد، فقه الموازنات بين النظرية و التطبيق، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 2002.
122. نجيمي جمال قانون الأسرة الجزائري، دليل القاضي و المحامي مادة بمادة على ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاجتهاد القضائي، دار الهومة، بدون طبعة ، عين مليلة، الجزائر 2016 .
123. النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع في شرح المهذب ، للشيرازي ، ج 20 ، تحقيق محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، المملكة العربية السعودية ، بدون طبعة ، بدون سنة نشر .

124. ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار طليطلة، ط1، الجزائر، 2010.
125. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، جزء 7، دار الفكر المعاصر، بدون طبعة، بيروت، لبنان، 2017.
126. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الكلم الطيب، بدون طبعة، المجلد 2، ج3 و4، دمشق، سوريا، 2010.
127. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الاسلامي، ج1، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، ط1، دمشق، سوريا، 1986.
128. وهبة مراد، المعجم الفلسفي، دار القباء الحديثة للنشر و التوزيع، ط5، القاهرة، مصر، 2007.
129. يوسف القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الاسلامية، دار القلم، ط1، الكويت، 1996.

مقالات علمية

1. غرابي أحمد، مدى الالتزام بالمنهجية الشرعية في تعديلات قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والأبحاث جامعة زيان عاشور، العدد 25، الجلفة، الجزائر، 2016.
- 2- إسماعيل غازي مرحبا، تحرير محل النزاع في المسائل الفقهية، مجلة الشريعة و الدراسات الاسلامية، مج 27 ع 90، الكويت، 2012.
- 3- اكلي نجاه ومدني هجيرة، منهجية الاستدلال القضائي بمبادئ الشريعة الاسلامية في التشريع الجزائري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد خاص 2016.
- 4- أمير فوزي، طرق الاختيار الفقهي، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة أحمد بن بلة وهران، عدد 03 الجزائر، 2020.
- 5- بالعربي خالدية دليلة، اثر عيوب الرضا على عقد الزواج، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2015/2014.
- 6- بشور فتيحة، التنزيل في القانون الأسرة الجزائري، مقارنة بين الشريعة الاسلامية و القانون المصري، مجلة المعارف، قسم العلوم القانونية، السنة 09، عدد 18، جوان 2015.

- 7-بن الصغير محفوظ، اجتهاد القاضي في العصر الحديث و ضرورة التقنين في مجال الأحوال الشخصية، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، العدد 06، جامعة محمد بوضياف، المسيلة ، 2017 .
- 8-بوراق فتيحة ، الاشرط في عقد الزواج ، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و القانون المغربي، رسالة ماجستير ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2016/2015 .
- 9-بوعلالة عمر، دور التعيد الفقهي في ضبط الاجتهاد القضائي (أحكام الأسرة في التشريع الجزائري نمودجا)، رسالة دكتورة تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاسلامية، جامعة وهران ، 2018/2017.
- 10-تشوار الجيلالي، حق الأشخاص في اختيار ديانتهم وموقف الدساتير والقوانين المغربية للأسرة منه، مقال نشر بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ع 3، 2010.
- 11-تشوار الجيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، العدد 3 ، الجزائر ، 2009 .
- 12-تشوار زكية ، التعليق على المادة 16 من قانون الأسرة المؤكدة لكل الصداق بالدخول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، عدد 3 ، الجزائر ، 2008 .
- 13-جعفور محمد السعيد، نظرات في بعض أوجه التناقض بين القانون المدني و قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، ج 39 العدد3 ، الجزائر ، 2001.
- 14-جيلالي بن عيسى، سلطة القاضي في تكييف العقد و رقابة المحكمة العليا عليه ، مجلة قانون العمل و التشغيل، مجلد 3 عدد 1 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، الجزائر ، 2018.
- 15-فريدة حديد، الترجيح في مؤلفات المالكية، مجلة الدراسات الفقهية و القضائية، العدد 03، 2016، جامعة الوادي، الجزائر.
- 16-حوياد حياة ، مدى امكانية تغيير الكافل لقب المكفول ، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، مجلد 4 ، عدد 1 ، الجزائر ، 2013 .

17-ديداني بومدين، أحسن زقور، أهمية التكليف الفقهي و القانوني للوقائع ، مجلة الدراسات الحقوقية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مخبر حماية حقوق الانسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر ، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر ، العدد 7 ، 2017.

18-زرقون نور الدين، سلطة قاضي الموضوع في اختيار القاعدة القانونية الملائمة لحل النزاع مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد الثامن، الجزائر، 2013.

19-زاوي فريدة، مدى تعارض المرسوم 24/92 المتعلق بتغيير اللقب مع مبادئ الشريعة الاسلامية مجلة القضائية لعام 2000 العدد 2

رسائل و مذكرات علمية

1-أحمد بلقندوز حبالى، الخلاف النازل في المذهب المالكي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم الاسلامية، الجزائر، 2016/2017.

2. احمد عبد المجيد محمد محمود حسين ، احكام ولد الزنا في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2008 .

3. شابحة امير سعيد ، أحكام نسب ولد الزنا غي الفقه و التشريع و الاجتهاد القضائي ، رسالة دكتوراه ، تخصص عقود و أحوال شخصية ، جامعة زيان عاشور ، الجلفة،الجزائر، 2019/2020 .

4. الشيخ إسماعيل، الاشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ،كلية العلوم الانسانية و الحضارة الاسلامية، وهران ، الجزائر ، 2013/2014 .

5. تشوار زكية ، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية ، رسالة دكتوراة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، الجزائر ، 2004/2005 .

6. صديق إبراهيم فكي علي، التخيير في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة و الدراسات الاسلامية، المملكة العربية السعودية ، 1416 هـ.

7-عاصم بن منصور بن محمد ابا حسن ، إثبات النسب بالبصمة الوراثية بعد نفيه باللعان ، مجلة الجمعية الفقهية ، المملكة العربية السعودية ، 2015 .

8-عبد الرحمان مايدي، منهج الاستدلال الفقهي عند المالكية و أثره في الخلاف داخل المذهب من خلال كتاب مناهج التحصيل لعلي بن سعيد الجرجاني، رسالة دكتوراه ، جامعة

- أحمد بن بلة، وهران، كلية العلوم الإنسانية، قسم العلوم الإسلامية والحضارة، الجزائر ، 2019/2018.
- 09- عبد المهدي محمد سيعد أحمد العجلوني، قواعد تفسير النصوص و تطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني (دراسة أصولية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، الأردن ، جانفي 2005 .
- 10- عز الدين عبد الدايم ، حكم النفقة الشرعية للزوجة العاملة، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية العلوم الإسلامية، 2007/2006 .
- 11- فريد بولوح، الترجيح عند تساوي الأقوال في المذهب المالكي، مجلة البحوث العلمية و الدراسات الإسلامية، ع 5 ، كلية العلوم الإسلامية- جامعة الجزائر، الجزائر ، جانفي 2013 .
- 12- لمطاعي نور الدين ، الشرط المقترن بالعقد ، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر ، 1995/1996.
- 13- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكليف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية ج49 رقم 3 ، الجزائر ، 2017 .
- 14- مازن هنية ، اثبات نسب ولد الزنى بالبصمة الوراثية ، مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد 17 ، العدد 1 ، غزة ، فلسطين ، جانفي 2009 .
- 15- محفوظ بن صغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه علوم ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، الجزائر ، 2009 .
- 16- رائد عبد الله نمر بدير، المناط في أصول الفقه ، رسالة ماجستير، جامعة النجاح، فلسطين 2003.
- 17- دليله الرازي، الاجتهاد الانتقائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، قسم العلوم الإسلامية، الجزائر ، 2014/2013.
- 18- محمد حسنين، الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية بالعلوم الاقتصادية و القانونية و السياسية، جامعة الجزائر، العدد 02، الجزائر، 1987 .

- 19- محمد كمال خميس الحوالي، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية و أحكام الشريعة الاسلامية)، رسالة ماجستير، جامعة الإسلامية بغزة، فلسطين، يونيو 2017.
- 20- معيزة عيسى ، الإرث بالتقدير والاحتياط ، رسالة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2012/2011 .
- 21- موري سفيان، إشكالية الاختلاف حول ضابط الإسناد في الأحوال الشخصية و إمكانية تحقيق التوفيق، المجلة الأكاديمية للبحث العلمي، عدد خاص، جامعة عبد الرحمان مبرة، بجاية ، الجزائر ، 2015.
- 22- نزار نبيل أبو منشار ، النفقة الواجبة على الزوج و الإجراءات القضائية المتعلقة بها، رسالة ماجستير، جامعة الخليل ، المعهد القضاء العالي، فلسطين .

محاضرات و مداخلات علمية

1. بوعلام بن حمودة، المشروع الجزائري لقانون الأسرة، محاضرة منشورة في مجلة الملتقى الخامس للتعرف على الفكر الاسلامي مؤرخة في 20/07/1971، الجزائر.
2. تشوار الجيلالي، محاضرات في قانون الأسرة الجديد، كلية الحقوق بجامعة تلمسان، الجزائر، 2015/1014 متاحة على الرابط <https://www.bejaiadroit.net/cours-en-droit-priv%C3%A9/file/2575> تاريخ الاطلاع 2021/05/21.
3. خالد تواتي، الاجتهاد المعاصر في أحكام الأسرة، مناهجه و سبل ترقيته، مداخلة أقيمت في الملتقى الدولي الثاني حول المستجدات الفقهية من أحكام الأسرة، معهد العلوم الاسلامية، جامعة الوادي ، الجزائر ، 25/24 أكتوبر 2018 .
4. فهد بن سعد الجهني ، استلحاق مجهول النسب ونسب المنبوذ ، ندوة الاسرة المسلمة والتحديات المعاصرة المجمع الفقهي الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي ، بدون تحديد الناشر، بدون طبعة ، بدون ماكن نشر ، بدون سنة نشر .
5. محمد حجازي ، الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة (حكمه و حججه في الإثبات) مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الزواج و الطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة المنعقد بتاريخ : 21/20 ماي 2014 بجامعة غرداية ، الجزائر متاحة على الرابط التالي

https://platform.almanhal.com/Files/Articles/98975: تاريخ الاطلاع
2021/05/21.

6. وليد النقيب، صياغة النصوص القانونية، بحث متاح على
الرباط <http://www.arabparliamentaryinstitute.org/upload> ص 8-9
تاريخ الاطلاع 2021 /05/21.

النصوص والقوانين

القوانين الجزائرية

1. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية، عدد 21 مؤرخة في 21 ذي الحجة 1389 الموافق ل 27/02/1970 المعدل و المتمم.
2. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 26/09/1975 يتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، عدد 78 مؤرخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق ل 30/09/1975.
3. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق ل 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الاسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، عدد 24 ، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق ل 12 فبراير 1984 المعدل و المتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق ل 27 فيفري 2005.
4. القانون رقم 89-22 المؤرخ في 14 جمادى الاولى 1410 هـ الموافق ل 12 ديسمبر المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا جريدة رسمية ، عدد 53 ، مؤرخة في 15 جمادى الاولى 1410 الموافق ل 13/12/1989 المعدل و المتمم بالامر 25/96 المؤرخ في 29 ربيع الاول 1417 الموافق ل 14 اوت 1996.
5. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25/02/2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية ، عدد 21 مؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق ل 29 ابريل 2008.
6. منشور وزارة العدل 329 في 13/06/1967 .
7. منشور 364 المؤرخ في 25/06/1968.

8. المرسوم 418/83 المؤرخ في 13 /08 /1983 .
9. تعليمه وزير الداخلية للولاية رقم 08/02 مؤرخة في 11/02/1980.

- القوانين العربية

1. قانون الأحوال الشخصية السوري بالمرسوم التشريعي رقم 59 بتاريخ 07/09/1953 .
2. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 36 لسنة 2010 .
3. قانون الأحوال الشخصية للمسلمين السوداني لسنة 1991.
4. القانون رقم 01 لسنة 2000 يتضمن أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لجمهورية مصر العربية .
5. الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 03 فيفري 2004 ، مدونة الأسرة ، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5184 بتاريخ 05/02/2004 .
6. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي 2005/28.
7. مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، الصادرة في 13 أغسطس 1956 .

مجلات و قرارات قضائية

1. المجلة القضائية ، لعام 1989 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
2. المجلة القضائية، لعام 1989، عدد2 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
3. المجلة القضائية، لعام 1989 ، عدد 4 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
4. المجلة القضائية لعام 1990 ، عدد1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
5. المجلة القضائية ، لعام 1990 ، عدد3 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
6. المجلة القضائية، لعام 1990، عدد خاص ، المحكمة العليا ، الجزائر.
7. المجلة القضائية، لعام 1991 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
8. المجلة القضائية، لعام 1991 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
9. المجلة القضائية لعام 1991 ، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
10. المجلة القضائية، لعام 1991 ، عدد 4 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
11. المجلة القضائية، لعام 1992، عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر.
12. المجلة القضائية لعام 1992، عدد 3، المحكمة العليا ، الجزائر.

13. المجلة القضائية ، لعام 1993 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
14. المجلة القضائية، لعام 1993 ، عدد4 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
15. المجلة القضائية، لعام 1995، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر .
16. المجلة القضائية ، لعام 2001 ، عدد خاص، المحكمة العليا ، الجزائر .
17. المجلة القضائية لعام 2002 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
18. المجلة القضائية لعام 2003 ، عدد1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
19. المجلة القضائية، لعام ،2003 عدد2 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
20. المجلة القضائية ، لعام 2004 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
21. المجلة القضائية لعام 2004، عدد2، المحكمة العليا ، الجزائر .
22. المجلة القضائية، لعام 2005 ، عدد 1، المحكمة العليا ، الجزائر .
23. المجلة القضائية، لعام 2005 عدد2 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
24. المجلة القضائية لعام 2005، عدد4 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
25. المجلة القضائية، لعام 2006 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
26. المجلة القضائية لعام 2010 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
27. المجلة القضائية، لعام 2011 ، عدد 2، المحكمة العليا ، الجزائر .
28. المجلة القضائية ، لعام 2012 ، عدد1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
29. المجلة القضائية، لعام 2012 ، عدد2 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
30. المجلة القضائية، لعام 2014، عدد1 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
31. نشرة القضاة ، لعام 1981 ، عدد 2 ، وزارة العدل ، الجزائر .
32. نشرة القضاة ، عدد51 ، وزارة العدل ، الجزائر .
33. نشرة القضاة ، لعام 1988 ، عدد 44، وزارة العدل ، الجزائر .
34. قرار رقم 45311 مؤرخ في 1987/03/09 ، المجلة القضائية لعام 1990 ، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر .
35. قرار رقم 296080 مؤرخ في 2002/12/25، المحكمة العليا ، الجزائر .
36. قرار رقم 58797 مؤرخ 1990/03/19 ، المجلة القضائية لعام 1993 ، عدد1، المحكمة العليا ، الجزائر .

37. قرار رقم 355180 مؤرخ في 05/03/2006 ، المجلة القضائية لعام 2006 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
38. قرار رقم 41100 مؤرخ في 21/04/1986 ، نشرة القضاة ، وزارة العدل ، الجزائر.
39. قرار رقم 59335 ، مؤرخ في 30/04/1990 ، المجلة القضائية لعام 1992 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
40. قرار رقم 189324 مؤرخ في 19/05/1998 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
41. قرار رقم 35087 مؤرخ في 17/12/1984 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
42. قرار رقم 40589 مؤرخ في 24/02/1986 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
43. قرار رقم 73515 ، مؤرخ في 18/06/1991 ، المجلة القضائية لعام 1992 ، عدد 4 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
44. قرار رقم 204254 مؤرخ في 22/09/1998 ، المجلة القضائية لعام 2000 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
45. قرار رقم 74712 مؤرخ في 21/05/1991 ، المجلة القضائية لعام 1994 ، عدد 2 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
46. قرار رقم 76343 ، المجلة القضائية لعام 1991 ، عدد 3 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
47. قرار رقم 91644 مؤرخ في 27/04/1993 ، المجلة القضائية لعام 1994 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
48. قرار مؤرخ في 12/05/2011 ، المجلة القضائية لعام 2012 ، عدد 1 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
49. قرار رقم 39394 مؤرخ في 10/02/1986 ، نشرة القضاة عدد 44 ، وزارة العدل ، الجزائر.
50. قرار رقم 39664 مؤرخ 30/12/1985 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
51. قرار رقم 35934 مؤرخ في 25/02/1985 ، المحكمة العليا ، الجزائر.
52. قرار رقم 172379 مؤرخ في 28/10/1997 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، 2001 ، المحكمة العليا ، الجزائر.

53. قرار رقم 165408 مؤرخ في 1997/07/08، المحكمة العليا ، الجزائر .
54. قرار غرفة شؤون الأسرة ، مجلس قضاء الأغواط ، مؤرخ في 2020/01/23 فهرس 20/61 ، غير منشور .
55. الحكم الصادر من محكمة الأغواط ، قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2020/01/09 فهرس رقم 2020/87، غير منشور .

أحكام و قرارات قضائية أجنبية

1. حكم المحكمة الدستورية المصرية في 1993/5/15، قضية 7 لسنة 8 ق. دستورية،
2. حكم المحكمة الدستورية المصرية في 1998/12/5 ، قضية 28 لسنة 15 ق. دستورية.

مستخرجات الأنترنت

1. محمد رفيق الشبوكي ، أحكام الشريعة الاسلامية ومبادئها والفرق بينهما ، متاح على الموقع <http://www.nashiri.net/articles/religious-articles/5682-2015-01-02-06-59-12.html> .
اطلع عليه بتاريخ 2018/08/17 .
2. - عبد المجيد النجار ، المقترضات المنهجية لتطبيق الشريعة الاسلامية مجلة المسلم المعاصر عدد 105 ، متاح على الرابط التالي : ،
<http://almuslimamuser.org/2002/09/01> ، اطلع عليه بتاريخ
2020/08/12 .
3. منصور رحمانى ، باحثون اخلطو بين وسائل انشاء النسب ووسائل اثباته ، مقال منشور بجريدة الخبر بتاريخ 2013/09/05 ، متاح على الموقع WWW.ELKHABAR.COM ، اطلع عليه بتاريخ 2014/05/05 .
- a. عبد الحق ادريسي ، نفي النسب بين اللعان و الخبرة الطبية ، مقال على الانترنت .
4. <http://www.blog.saeed.com/2011/05/liaam-expertise-midicale> .
اطلع عليه في 2016/11/05 .
5. ترجمة بورتاليس-jean Etienne Marie Portalis - متاحة على الرابط التالي :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Jean-%C3%89tienne-Marie_Portalis
تاريخ الاطلاع 2021/05/21 .

الفهرس

إهداء	أ.....
شكر و تقدير	ب.....
مقدمة	1.....
الباب الأول : نطاق الإحالة على أحكام الشريعة الاسلامية في النزاع الأسري	15.....
الفصل الأول : ضوابط تقرير حالة غياب النص	18.....
المبحث الأول: انعدام النص في قانون الأسرة	19.....
المطلب الأول : مفهوم النص القانوني	19.....
الفرع الأول: تعريف النص القانوني	19.....
أولا / تعريف النص لغة :	20.....
ثانيا/ تعريف النص القانوني اصطلاحا :	20.....
الفرع الثاني: أنواع الصياغة القانونية للنصوص وضوابطها	21.....
أولا / أنواع الصياغة القانونية للنصوص	21.....
أ/ الصياغة الجامدة	21.....
ب/ الصياغة المرنة	22.....
ثانيا/ ضوابط الصياغة القانونية للنصوص:	22.....
المطلب الثاني : نطاق النص القانوني	23.....
الفرع الاول : التكييف القانوني للوقائع	27.....
اولا: مفهوم التكييف القانوني للوقائع	24.....
أ : تعريف التكييف القانوني للوقائع	24.....
ب : تمييز التكييف القانوني للوقائع عن السلطة التقديرية للقاضي	25.....
ثانيا : المقومات الأساسية لعملية التكييف القانوني للنزاع	26.....
أ: التكييف ملك للقاضي وليس الخصوم	26.....
ب:التكييف يقوم على اليقين ويستبعد التخمين	27.....
الفرع الثاني : تفسير النص	27.....

- أولا / تعريف التفسير 27
- أ/ تعريف التفسير لغة..... 27
- ب/ تعريف التفسير اصطلاحا..... 28
- 1/ تعريف تفسير النصوص القانونية حسب الاتجاه الأول..... 28
- 2 / تعريف تفسير النصوص القانونية حسب الاتجاه الثاني 28
- ثانيا/ طرق تفسير النصوص القانونية 29
- أ/ الطرق الداخلية..... 29
- 1/ فهم النص من ألفاظه 30
- 2/ فهم النص من إشارته 33
- 3/ تفسير النص حسب مقتضاه ودلالاته 34
- ب/ تفسير النص المعيب 35
- 1 / تقريب النصوص من بعضها 35
- 2/ الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للتشريع..... 37
- 3/ الرجوع إلى المصادر التاريخية للنص 38
- 4/ البحث عن الحكمة من التشريع 38
- الفرع الثالث : أوجه النقص التشريعي في قانون الأسرة 39
- أولا/ حالة قصور النص..... 39
- أ/ أوجه القصور التشريعي في قانون الأسرة..... 39
- ب/ أمثلة عن التنصيص الجزئي على المسألة 40
- 1/ موقف المشرع من بعض صور الزواج 40
- أ/ تأصيل المسألة فقها 41
- ب/موقف المشرع الجزائري من المسألة 42
- 2/ مسألة حرمة الرضاع مع المصاهرة..... 42
- 3/ مسألة طبيعة الفرقة الحاصلة باللعان..... 43
- 1-3/ موقف الفقه الاسلامي من المسألة..... 44
- 2-3 /موقف الفقه والقضاء من المسألة 45
- 4/مسألة استحقاق الزوجة الصداق 45

- 46 / 1-4 / استحقاق الزوجة كامل الصداق
- 49 / 2-4 / استحقاق الزوجة نصف الصداق
- 51 / ثانيا/ دلالة إلغاء النص
- 52 أ / إلغاء نص المادة 12 من قانون الأسرة فيما يخص عضل الولي
- 55 ب/ إلغاء نص المادة 20 من قانون الأسرة المتعلقة بالوكالة في الزواج
- 56 ج /إلغاء نص المادة 32 جزئيا من قانون الأسرة فيما يتعلق باعتبار ردة الزوج سببا للفسخ
- 57 /1 تأصيل المسألة
- 58 /2 موقف الفقه و القضاء من المسألة
- 59 د/ إلغاء نص المادة 37 من قانون الأسرة المتعلقة بمسقطات النفقة.....
- 60 هـ / إلغاء نص المادة 39 المتعلقة بواجبات الزوجة اتجاه زوجها
- 62 المبحث الثاني: ورود النص خارج قانون الأسرة.....
- 63 المطلب الأول : ورود النص ضمن قانون أحال عليه قانون الأسرة
- 63 الفرع الأول : إحالة قانون الأسرة على قانون الحالة المدنية.....
- 63 أولا / إجراءات تسجيل عقد الزواج أمام مصالح الحالة المدنية
- 65 ثانيا / نسب الطفل المكفول مجهول النسب
- 68 الفرع الثاني : إحالة قانون الأسرة على القانون المدني.....
- 68 أولا / الإحالة في مواد سن الرشد والتمييز
- 70 ثانيا/ قواعد القانون الدولي الخاص في المسائل الأسرية.....
- 71 ثالثا / قسمة التركات المتعلقة بالملكية الشائعة
- 72 المطلب الثاني : ورود النص ضمن قانون آخر دون إحالة من قانون الأسرة
- 72 الفرع الأول : المسائل المنصوص عنها في القانون المدني دون إحالة من قانون الأسرة .
- 73 أولا/ عيوب الرضا وآثارها على صحة عقد الزواج.....
- 73 أ/ عيوب الرضا في القانون المدني
- 73 /1 الغلط.....
- 74 /2 التدليس.....
- 74 /3 الإكراه.....
- 74 /4 الاستغلال والغبن

- 75.....ب/ عيوب الرضا في عقد الزواج
- 76.....ثانيا/ هبة الأموال المستقبلية
- 77.....الفرع الثاني : المسائل الأسرية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 81.....الفصل الثاني: تحديد نطاق المصدر الاحتياطي المحال عليه
- 82.....المبحث الاول : مفهوم أحكام الشريعة الإسلامية
- 82.....المطلب الأول: تعريف أحكام الشريعة الإسلامية و أقسامها
- 82.....الفرع الأول: تعريف أحكام الشريعة الإسلامية
- 82.....أولا/ التعريف اللغوي لأحكام الشريعة الإسلامية
- 83.....ثانيا/ تعريف أحكام الشريعة الإسلامية اصطلاحا
- 83.....أ/ التعريف الأصولي للحكم الشرعي
- 84.....ب/ التعريف الفقهي للحكم
- 85.....الفرع الثاني : أقسام الأحكام
- 86.....أولا / الحكم التكليفي
- 86.....أ/ الإيجاب
- 86.....ب/ النذب
- 86.....ج/ الإباحة
- 87.....د / الكراهة
- 87.....ه/ التحريم
- 87.....ثانيا/ الحكم الوضعي
- 87.....أ/ تعريف الحكم الوضعي
- 87.....ب/ أقسام الحكم الوضعي
- 88.....1/ السبب
- 88.....2/ الشرط
- 88.....3/ المانع
- 88.....المطلب الثاني: تمييز أحكام الشريعة الإسلامية عن المصطلحات المشابهة لها
- 89.....الفرع الأول: تمييز أحكام الشريعة الإسلامية عن مبادئ الشريعة الإسلامية
- 89.....أولا / تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية

- أ / تعريف مبادئ الشريعة الإسلامية لغة 89
- ب / تعريف المبادئ اصطلاح 90
- الفرع الثاني: الفرق بين أحكام الشريعة الإسلامية والفقہ الإسلامي 92
- المبحث الثاني : موقف الفقہ والقضاء من تفسير مصطلح الأحكام 95
- المطلب الأول : موقف الفقہ في الجزائر من تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية .. 95
- الفرع الأول : الاتجاه الموسع 95
- الفرع الثاني : الاتجاه المقيد 96
- المطلب الثاني : موقف القضاء الجزائري من تفسير مصطلح أحكام الشريعة الإسلامية .. 97
- الفرع الأول: تفسير قضاة الموضوع 97
- الفرع الثاني: تفسير المحكمة العليا 98
- خلاصة الباب الأول 102
- الباب الثاني: المنهج التطبيقي لقاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية 104
- الفصل الأول: المنهج الفقهي والقضائي في إختيار الحكم الشرعي 106
- المبحث الأول: منهج الفقہ الإسلامي في إختيار الحكم الشرعي في المسائل الخلافية. 109
- المطلب الأول: تعريف المسائل الخلافية ومراحل دراستها 110
- الفرع الأول: تعريف المسائل الفقهية الخلافية 110
- أولا / تعريف المسائل الفقهية الخلافية لغة 110
- ثانيا/ تعريف المسائل الفقهية الخلافية اصطلاحا 111
- أ/ الخلاف العالي 111
- ب/ الخلاف النازل 112
- الفرع الثاني: مراحل دراسة المسألة الخلافية 113
- أولا / استقراء آراء المذاهب والأئمة في المسألة 113
- أ/ الدقة في إسناد الأقوال 114
- ب / معرفة الكتب والمراجع المعتمدة في كل مذهب 114
- ثانيا/ تحرير محل النزاع 115
- المطلب الثاني : ضوابط إختيار وترجيح الحكم فقها 117
- الفرع الأول: الإختيار الفقهي 117

117	أولا : مفهوم الاختيار الفقهي
117	أ/ تعريف الاختيار الفقهي
119	ب/ تمييز الاختيار الفقهي عن غيره من المصطلحات
119	1/ التخيير الفقهي
120	2/ التخريج
120	ثانيا/ أنواع الاختيار الفقهي وأسس
121	أ /أنواع الاختيار
121	1/ الاختيار بحسب السبب
121	2/ الاختيار بوصف الدليل
122	3/ الاختيار بحسب نسبته إلى من اختاره
122	ب/ أسس وضوابط الاختيار الفقهي
123	الفرع الثاني : الترجيح بين الاحكام الشرعية
123	أولا / تعريف الترجيح وطرقه
123	أ/ تعريف الترجيح
123	1/ تعريف الترجيح لغة
123	2/ تعريف الترجيح اصطلاحا
124	ب/ طرق الترجيح
124	1/ الترجيح بالجمع بين الآراء والأدلة
126	2/ الترجيح بتفضيل إحدى الطريقتين
127	ثانيا/ معايير وضوابط الترجيح
127	أ/ قاعدة مراعاة المقاصد
128	ب/ قاعدة اعتبار المآل
129	1/النظر في الأيلولة الفعلية
129	2/ النظر في العلاقات العادية للفعل
129	3/ النظر في قصد الفاعل
130	ج / قاعدة الموازنة
130	1/ اعتبار الغلبة

- 131 2/ الموازنة بين مقصد الفعل ومقصد الفاعل
- 131 د / قاعدة اعتبار الواقع
- 132 ثالثا/ منهج المالكية في الترجيح
- 134 أ/ الترجيح بقوة الدليل أو الراجح
- 134 ب/ الترجيح بالكثرة أو المشهور
- 136 ج / الترجيح بما جرى به العمل
- المبحث الثاني : منهج القضاء الجزائي في التعامل مع قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة
الاسلامية 139
- المطلب الأول : منهج القضاء الجزائي في اختيار الحكم الشرعي 139
- الفرع الأول: منهج القضاء في اختيار الحكم الشرعي قبل صدور قانون الأسرة 139
- الفرع الثاني : منهج القضاء في اختيار الحكم الشرعي بعد صدور قانون الأسرة 142
- أولا : اذا كان للمسألة أصل في قانون الأسرة 143
- ثانيا : عدم النص مطلقا على المسألة 143
- المطلب الثاني: طرق رقابة المحكمة العليا على تطبيق قاعدة الإحالة 147
- الفرع الأول : دور المحكمة العليا في مراقبة مدى احترام نطاق الإحالة على أحكام الشريعة
الاسلامية 147
- أولا: رقابة المحكمة العليا على التكييف القانوني للوقائع 148
- ثانيا: رقابة المحكمة العليا على التفسير القضائي للقانون 150
- الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على ملاءمة الحلول المنتقاة 152
- أولا / الرقابة على طريقة الاستشهاد بالحكم الشرعي 152
- أ / عدم إبراز أسس ومعايير اختيار الحكم 155
- ب / عدم الإشارة إلى المراجع والمصادر الفقهية للرأي المنتقى 157
- ج / الخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية 157
- ثانيا / الرقابة على تحقيق مناط الحكم الشرعي 159
- الفصل الثاني : تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة 162
- المبحث الأول: تطبيقات قضائية عن قاعدة الإحالة في باب الزواج و آثاره 163
- المطلب الأول: تطبيقات قضائية لقاعدة الإحالة في باب الزواج 163

- 163 الفرع الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة بخصوص الصداق
- 163 أولاً / تعريف الصداق
- 163 أ / تعريف الصداق لغة
- 164 ب / تعريف الصداق اصطلاحاً
- 165 ثانياً/ اجتهاد المحكمة العليا في المسائل غير المنصوص عنها في مادة الصداق
- 165 أ / مقدار الصداق و أنواعه
- 165 1/ مقدار الصداق
- 165 1-1 / مقدار الصداق في الفقه الاسلامي
- 166 2-1 / مقدار الصداق في القانون الجزائري
- 166 2/ أنواع الصداق
- 166 1-2 / أنواع الصداق في الفقه الاسلامي
- 166 1-1-2 / الصداق المسمى
- 167 2-1-2 / الصداق غير المسمى
- 168 2-2 / أنواع الصداق في قانون الأسرة الجزائري
- 169 ب/ حالات الصداق
- 169 1/ حالات الصداق في الفقه الاسلامي
- 170 2/ حالات الصداق في القانون الجزائري
- 172 ج / استحقاق الصداق و سقوطه
- 172 1/ استحقاق الصداق
- 172 1-1 / استحقاق الصداق في الفقه الاسلامي
- 175 2-1 / استحقاق الصداق في قانون الأسرة الجزائري
- 175 1-2-1 / حالة استحقاق كامل الصداق
- 175 1-1-2-1 / الدخول
- 175 2-1-2-1 / الوفاة
- 176 ثانياً / استحقاق الزوجة نصف الصداق
- 176 ثالثاً / استحقاق الزوجة صداق المثل
- 176 2. سقوط الصداق

- 176.....1-2/سقوط الصداق في الفقه الاسلامي
- 176.....2-1-1/ الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة
- 177.....2-1-2/ الخلع على المهر قبل الدخول أو بعده :
- 178.....2-2/ سقوط المهر في القانون الجزائري
- 178.....3 / الاختلاف في الصداق
- 178.....1-3/ الاختلاف في الصداق في الفقه الاسلامي
- 179.....2-1-3/ الاختلاف في مقدار الصداق
- 180.....3-1-3/ الاختلاف في قبض الصداق
- 181.....2-3/ الاختلاف في الصداق في القانون الجزائري
- 182.....الفرع الثاني / تطبيقات قاعدة الإحالة في مسألة الاشتراط في عقد الزواج
- 182.....أولا / الاشتراط في عقد الزواج فقهاء
- 182.....أ/ تعريف الشرط
- 182.....1/ الشرط لغة
- 183.....1 / الشروط الصحيحة باتفاق الفقهاء
- 183.....2-2-1/ الشروط المؤكدة لحكم يقتضيه العقد
- 184.....1-2/ الشروط التي دلّ على اعتبارها دليل شرعي
- 184.....2-2/ الشروط المنهي عنها شرعا
- 185.....3/ الشروط المختلف في صحتها
- 187.....ثانيا / الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة و آثاره
- 188.....المطلب الثاني: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب آثار الزواج
- 190.....الفرع الأول : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب النسب
- 190.....أولا/ أسباب النسب وإثباته بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري
- 190.....أ/ الأسباب المنشئة للنسب
- 190.....1/ الزواج الصحيح
- 191.....1-1/شروط النسب بالزواج الصحيح حال قيام الزوجية
- 191.....1-1-1/شروط النسب الناتج عن الإخصاب الطبيعي
- 191.....1-1-1-1/ قيام علاقة شرعية بين الرجل و المرأة

- 192 1-1-1-2 / إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين
- 192 1-1-1-3 / ولادة الولد بين أقل مدة الحمل وأقصاها
- 193 1-1-1-4 / أن لا ينفي الزوج النسب بالطرق المشروعة
- 193 1-1-2 / شروط قيام النسب في الإخصاب العلمي
- 193 1-1-2-1 / أن يكون الزواج شرعياً
- 193 1-1-2-2 / أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما
- 195 1-1-2-3 / استعمال ماء الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما
- 195 1-2 / شروط النسب بعد الفرقة الحاصلة بين الزوجين
- 197 2 / الزواج الفاسد و الوطاء بالشبهة
- 197 1-2 / شروط ثبوت النسب في الزواج الفاسد
- 197 2-2 / شروط ثبوت النسب بالوطء بالشبهة
- 198 ب / الأسباب الكاشفة للنسب
- 198 1 / الإقرار
- 200 1-1 / الإقرار بالبنوة
- 200 1-2 / الإقرار بالأبوة أو الأمومة
- 201 1-3 / الإقرار بالأخوة و العمومة
- 201 2 / البيينة
- 202 3 / إثبات النسب بالطرق العلمية
- 207 ثانياً / نفي النسب و إجراءاته بين اللعان و الطرق العلمية
- 207 أ / نفي النسب باللعان
- 207 1 / تعريف اللعان
- 207 1-1 / تعريف اللعان لغة
- 208 2-2 / تعريف اللعان اصطلاحاً
- 208 2 / أحكام اللعان بين الفقه الاسلامي و الاجتهاد القضائي
- 208 1-2 / شروط اللعان
- 208 1-1-2 / الأهلية
- 208 2-1-2 / أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين

- 209 1-2-3/ أن يكون نفي الولد باللعان وقت العلم بولادته
- 209 1-2-4/ أن لا يكون الزوج قد أقرّ بالولد صراحة و لا ضمنا
- 209 2-2/ آجال رفع دعوى اللعان
- 210 2-3/ مكان أداء أيمان اللعان و زمانه
- 212 2-4/ طبيعة الحكم القاضي باللعان
- 213 ب/ نفي النسب باستعمال الطرق العلمية
- 214 1/ موقف الفقه من استعمال الطرق العلمية في نفي النسب
- 214 1-1/ الرأي المعارض لاستخدام الطرق العلمية في نفي النسب
- 216 1-2/ الرأي المؤيد لنفي النسب بالطرق العلمية قبل اللعان
- 216 2/ موقف القضاء الجزائي من تقديم الطرق العلمية على اللعان في نفي النسب
- 219 الفرع الثاني: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب النفقة الزوجية
- 219 أولاً / تعريف النفقة
- 219 أ/ النفقة لغة
- 219 ب/ النفقة اصطلاحاً
- 219 ثانياً : أحكام النفقة
- 220 أ/ سبب وجوب النفقة للزوجة
- 221 ب / مشتملات النفقة
- 221 ج / تقدير النفقة
- 223 د / سقوط النفقة
- 224 هـ / المقاصة في دين النفقة
- 225 و / نفقة الزوجة العاملة
- 227 المبحث الثاني : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الطلاق و آثاره
- 227 المطالب الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الطلاق
- 227 الفرع الأول: تطبيقات قاعدة الإحالة في باب شروط الطلاق الواقع من الزوج
- 227 أولاً / تعريف الطلاق والفرق بينه و بين الفسخ
- 227 أ / تعريف الطلاق
- 227 1/ تعريف الطلاق لغة

- 228 2/ تعريف الطلاق اصطلاحا
- 228 ب/ الفرق بين الطلاق والفسخ
- 230 ثانيا: شروط الطلاق
- 230 أ / شروط المطلق
- 230 1/ البلوغ
- 232 2/ العقل
- 234 3/ أن يكون قاصداً الطلاق
- 235 4/ أن يكون المطلق مختاراً غير مكره
- 235 ب/ شروط المطلقة
- 235 1/ أن تكون زوجة في تاريخ الطلاق الواقع عليها
- 236 2/ أن تكون على طهر لم تمس فيه
- 237 ج / شروط الصيغة
- 239 الفرع الثاني : تطبيقات قاعدة الاحالة في باب أنواع الطلاق
- 239 أولاً / الطلاق الرجعي
- 241 أ/ تعريف الرجعة وشروطها
- 241 1/ تعريف الرجعة
- 241 2/ شروط الرجعة
- 241 1-2/ أن تكون قبل انقضاء العدة الشرعية
- 241 2-2/ أن تكون منجزة
- 241 2-3/ أن يكون الطلاق واقعاً
- 241 ب/ كيفية وقوع الرجعة و حكم الاختلاف فيها
- 242 1/ كيفية الرجعة
- 242 2/ حكم الاختلاف في الرجعة وإثباتها
- 243 ثانيا/ الطلاق البائن
- 243 أ/ تعريف الطلاق البائن
- 243 ب/ أنواع الطلاق البائن
- 244 1/ طلاق بائن بينونة صغرى

- 244 2/ الطلاق البائن بينونة كبرى
- 245 المطلب الثاني : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب آثار الطلاق
- 245 الفرع الأول : تطبيقات قاعدة الإحالة في باب العدة
- 246 أولاً/ تعريف العدة و أنواعها
- 246 أ/ تعريف العدة
- 246 1/ تعرف العدة لغة
- 246 2/ تعريف العدة اصطلاحاً
- 246 ب/ انواع العدة
- 247 1/ العدة بالقروء
- 247 2/ العدة بالأشهر
- 249 3/ عدة الحامل
- 249 ثانيا : أحكام العدة بين الفقه الاسلامي و التشريع الجزائري
- 249 أ/ بدء سريان العدة و أحوالها
- 250 1/ بدء سريان العدة وانقضائها
- 250 2/ احوال العدد
- 250 1-2/ تداخل العدتين
- 250 2-2/ إجتماع العدتين
- 252 2-3/ تحول العدد
- 252 1-3-2 / تحول العدة من الاشهر الى قروء
- 252 2-3-2 / تحول العدة من الاقراء الى الاشهر أو وضع الحمل
- 253 2-3-3 / الانتقال الى عدة الوفاة
- 253 2-3-4 / العدة بأبعد الأجلين
- 254 ب/ حقوق المعتدة المالية بين الفقه الاسلامي و القانون الجزائري
- 256 الفرع الثاني / تطبيقات قاعدة الإحالة في باب الحضانة
- 257 أولاً / مفهوم الحضانة
- 257 أ/ تعريف الحضانة
- 257 ب/ مدّة الحضانة

258	ثانيا / شروط الحضانة و أسباب سقوطها بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري
258	أ/ شروط الحضانة.....
258	1/ الشروط العامة لاستحقاق الحضانة
258	1-1/ العقل.....
258	1-2/ البلوغ
258	1-3/ الكفاءة
260	1-4/ الأمانة
260	1-5/ الاسلام.....
261	2-الشروط الخاصة في الحاضن.....
261	1-2/ بالنسبة للمرأة
261	2-1-1/ أن لا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير.....
261	2-1-2/ أن تكون ذات رحم من الصغير
261	2-1-3/ أن لا تقيم بالصبي ببيت يبغضه
262	2-2/ بالنسبة للرجل
262	2-2-1/ أن يكون محرما للمحضون إذا كانت أنثى.....
262	2-2-2/ أن يكون لديه من يصلح للحضانة من النساء
262	ب-سقوط الحضانة وعودتها
262	1/ تخلف الشروط الواجبة في الحاضن.....
262	2/ زواج الام من غير قريب محرم للمحضون
265	خلاصة الباب الثاني.....
268	الخاتمة.....
272	قائمة المصادر و المراجع.....
294	الفهرس.....

المُلخَص

الملخص

النقص في التشريع مشكلة تفرضها طبيعة الحياة وحوادثها المختلفة والمتباينة، فمهما كانت صياغة النصوص وقدرة المشرع، فإن التشريع -مهما كانت درجة إتقانه- لا يمكن أن يتضمن كافة الوقائع في الحياة، لان الحياة متشعبة النواحي ومظاهرها متجددة بينما التشريع حبيس النصوص، ومن هنا ظهرت نظرية النقص التشريعي وأسست لفكرة استكمال التشريع بالاجتهاد في تفسيره أو الرجوع الى المصادر الاحتياطية و الخارجية لإتمامه وسد الثغرات الموجودة فيه.

وقانون الأسرة كغيره من التشريعات المدنية الأخرى قانون وضعي، إلا انه يتميز بمرجعياته الدينية فغالبا ما يكون مصدره ديانة المجتمع وعقيدته لذا فان جل التشريعات العربية استمدت قوانينها الأسرية من مدونات الفقه الاسلامي معتمدة على المذهب السائد في البلاد، وعلى غرارها النظام القانوني في الجزائر خاصة قانون الأسرة 11/84 الصادر بتاريخ 09-06-1984 الذي استمد مجمل أحكامه من الشريعة الاسلامية خاصة المذهب المالكي

كما أكد المشرع الأسري الجزائري على المرجعية الشرعية لهذا القانون من خلال النص في الأحكام الختامية لقانون الاسرة وبالضبط في المادة 222 منه على انه ((كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية)) فجعل من الشريعة الاسلامية المصدر الاحتياطي الوحيد له، يرجع اليها في حالة غياب النص على المسألة المطروحة الا ان هذا النص اثار إشكالات كثيرة بمناسبة تطبيقه، ومكمن الصعوبة فيه أنقانون الأسرة الجزائري أغفل النص على الكثير من المسائل الاجتماعية الهامة.

وجاءت مواد مرسلة موجزة تحتاج الكثير من التفصيل والتفسير، مثل: حكم الزواج والطلاق عبر وسائل الاتصال الحديثة - أثر عيوب الإرادة على عقد الزواج - حكم بعض الصور من الزواج (زواج المسيار، الزواج السري، زواج المتعة...الخ) ، النشوز (مسكن الزوجية، التحول الجنسي، ميراث الخنثى، إجراءات اللعان...الخ) كما لم يحدد مذهباً إسلامياً معيناً للرجوع إليه ولا معياراً أو ضابطاً يساعده على اختيار الحكم الشرعي المناسب من التراث الفقهي الواسع والغني بالمذاهب والنظريات والآراء، وهو ما يبرر اختلاف أحكام المحاكم والقرارات الصادرة في نفس الموضوع وتضاربها، لهذا نحاول من خلال هذا الموضوع البحث على ضوء الممارسة القضائية على أهم الضوابط والشروط التي تحكم قاعدة الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية في المنازعات الأسرية.

الكلمات المفتاحية : إحالة - اجتهاد - الشريعة الإسلامية - مذاهب - الاختيار الترجيح - المذهب المالكي .

Abstract

Legislative imperfection is considered as an obstacle that is imposed by life nature and its various contrastive incidents. Thus, whatever texts formulation and legislator's competency are, in spite of its elaboration degree, legislation can never, at any rate, cover all life possible happenings owing to the fact that life is of diversified angles and its aspects are renewable, whereas legislation is text-constrained. On this basis, the legislative imperfection theory has emerged and put the foundation for the accomplishment of legislation through diligence in its interpretation or referral to the back up and external sources to fill in its gaps.

Like the other civil legislations, the Algerian family law is human-made one, however it is characterized by its religious background, having its origin from the societal religion and doctrine. Thus, most Arab legislations have extracted their family legislations from Islamic Fiqh blog, relying on the predominant sect in the society, the same case with the legal system in Algeria notably family law 11/84 issued in 09/06/1984 which takes most of its judgments from the Islamic legislation (Sharia) most precisely, the Maliki School.

Moreover, the Algerian family legislator asserted this religious background through stating in the family law certain concluding judgments, particularly in article 222 stating that "all what lacks a text in this law has to be referred back to the Islamic legislation (Sharia)". This has declared the Islamic legislation as the sole back up source, resorted to whenever texts about current cases are absent. However, this text has raised uncountable hardships in its implementation. Its difficulty lies in the fact that the Algerian family law has not supplied convenient texts related to certain crucial social issues.

Its articles have proved to be loose, concise and require much detailing and explanation, for instance: marital and divorce judgment via modern communication media – the impact of willingness defect on marriage contract- the judgment of certain marriage forms (Misyar marriage, secret marriage, temporary marriage ..etc), disobedience (marital home, transgender, hermaphrodite heritage, marital curse procedures ..etc), as it also has specified no unique Islamic school to follow, neither a parameter nor a constraint to invest in when selecting a convenient legal judgment amongst the huge Fiqh heritage that is rich of schools, theories and attitudes. Such a fact justifies the difference of courts' judgments and decisions made about the same issue and their contradictions as well. For the above-cited reasons, we tend through this research work and in the light of our judicial prior and current practice to figure out the rudimentary conditions and conditions that govern the referral tenet to Islamic legislation judgments in family disputes.

Key Words :referral -diligence – Islamic legislation (Sharia) – schools (sects) – choice –weighting- Maliki School