جامعة زيان عاشور

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أحكام نظرية الحق في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في قانون الأسرة

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر
أحوال شخصية

إعداد الطالبة: إشراف الأستاذ

صباح بن سالم مسعود هلالي

لجنة المناقشة

- د : علي موسى ..... رئيسا
- د : مسعود هلالي ..... مقرار
- د : رشيد بشار..... مناقشا

الموسم الجامعي : 2014 / 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلي أمي الغالية وروح أخي العزيز رحمه الله

وإلي كل إنسان يبحث عن الحقيقة في هذا الوجود.

شكر وتقدير

الشكر لله عز وجل أولا و أخيرا

و لا يشكر الله من لا يشكر الناس لهذا فالشكر أولا للأستاذ الفاضل –هلالي مسعود– و تحمله مشقة الإشراف علي رسالتنا هذه.

و الشكر الجزيل لكل من قدم لنا يد العون ولو بفكرة أو رائي وجدنا فيه شعاع من نور لطرح مفيد .

مقدمة

الحمد لله الذي جعل لنا العلم نورا نهتدي به ،و الذي لولاه ما جرى القلم ولا انشرح الصدر و يسرا الأمر وحلت العقدة من اللسان، و الصلاة علي أفصح خلق الله و أوضحهم بيانا سيدنا محمد ﷺ أما بعد:

إن الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وصلاح الهيكل العام لهذا الأخير مرتبط بصلاح الأسرة واستقرارها و تماسك بنائها، و الأسرة ليست مجرد ورشة لتربية الأطفال إنما هي مؤسسة يجب أن تقوم بالدور الحضاري المنوط بها ،وهذا لن يتأتى إلا ببنائها علي أسس سليمة وركائز متينة تضمن وجودها و ديمومتها.
لهذا أولى الإسلام عناية خاصة ،للأسرة فكانت حقوق أفرادها محددة بشكل يجعل من منظومتها الحقوقية في الفقه الإسلامي صمام أمان للحفاظ علي هذا الكيان الهام بكل أبعاده ،وفي ظل المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية عرفت الأسرة جملة من التحديات مست بشكل مباشر حقوق الأفراد داخلها ،وبطبيعة الحال كان قانون الأسرة هو المجال الخصب لظهور نتائج هذا الصراع حول الحقوق ،وخاصة بين الزوجين حيث بدأت تظهر دعوة لترسيخ المساواة المبنية علي التماثل في نصوص القانون وحمايتها أيضا .
ورغم ما نعلمه جميعا من أن قانون لأسرة الجزائري مستمد من الفقه الإسلامي ألا أن تطبيق أحكام نظرية الحق في الفقه ألإسلاميي علي بعض أحكام الأسرة يطرح نوعا من الإشكالات أو الغموض أو حتى التناقض، لهذا جاءت دراستنا هذه في أحكام نظرية الحق في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري.
وكان من الضروري التطرق لنظرية الحق عند فقاء القانون والتناول منظومة الأسرة بمنظور العصرنة ولو بشكل وجيز في دراستنا هذه،وهذا راجع لأساب ثلاثة :أولا أن قانون الأسرة الجزائري بالأساس هو قانون وضعي ويخضع بشكل او بآخر لفقهاء القانون الوضعي، والسبب الثاني انه ليس من المنطقي الرد علي الانتقادات الموجهة للمنظومة الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي دون طرح النظريات المقابلة لها ،أما السبب الثالث هو التأثير الكبير الذي تمارسه المنظمات الحقوقية –سواء المحلية أو الدولية –التي هي الراعي الرسمي لترسيخ العصرنة في كل العالم علي المشرع الجزائري وبناءا عليه جاء بحثنا تحت عنوان :

"أحكام نظرية الحق في الفقه الإسلامي و تطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري"

أولا–إشكالية الموضوع:ولمعالجة هذا الموضوع طرحنا الإشكال التالي :

ما هي أسس نظرية الحق في الفقه الإسلامي وما نطاق تطبيقها في قانون الأسرة الجزائري؟
و للإجابة عليه كان يجب الإجابة علي التساؤلات التالية:

*ما هي أحكام نظرية الحق وفق الفقه الإسلامي و وما يقابلها من أحكام عند فقهاء القانون؟
*ما هي إبعاد المنظومة الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي ؟
*ما هي أبعاد المنظومة الحقوقية للأسرة في القوانين الوضعية وكيف تناول المشرع الجزائري حقوق الأسرة وما هي الركائز التي أعتمدها ؟
*وما مدى تطبيق أحكام الفقه الإسلامي في مسائل الأسرة،من حق الولاية في الزواج و حق الطلاق وحق التعدد و نفقة ،وهل وافق قانون الأسرة الجزائري هذه الأحكام؟

ثانيا –أهمية الموضوع:

تبدأ أهمية الموضع من أهمية فكر الحق و إدراك أبعادها بالنسبة لأي إنسان، وليس كونه فرد في أسرة فحسب،فكل فرد يجب أن يعرف حقوقه و حدود هذه الحقوق، و يدرك مدى توافق ما يؤمن به أو ما يعتبره حق مشروع له، مع الحكم الشرعي و القانوني.فعدم الفهم و المعرفة بحدود الحقوق هو سبب كل مشاكلنا الاجتماعية الحالية هذا من جهة.

من جهة أخرى لا يمكن التصالح مع الذات–ليس ذات الأفراد بل ذات المجتمع ككل– في ظل التناقض بين ما يؤمن به الفرد داخل الأسرة من حقوق وما يطبق عليه من نصوص قانونية يراها تمس بحقوقه المشروعة وهذا الاختلال لا يمكن تجاوزه إلا بالفهم الصحيح لأسس المنظومة الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي و تبيان مدى تطبيق قانون الأسرة لهذه الأسس.

و الأهم من هذا وذاك أن دراستنا هذه تحاول إبراز أن الثبات الذي يميز أسس المنظومة الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي هو صمام الأمان لاستقرار الأسرة بالمقارنة مع أسس المنظومة الحقوقية للأسرة في نظريات العصرنة أو الحداثة.

ثالثا–أسباب اختيار الموضوع :

إن اختيار هذا الموضوع راجع لعدة أسباب منها:

*–لا يمكن تجاهل الجانب الذاتي في اختيار هذا الموضوع فالسبب الأول هو الانتهاك الصارخ لحقوق المرأة في الحياة الأسرية سواء كانت بنت أو زوجة أو حتى أم وهذا الانتهاك كثيرا ما يعلق علي شماعة الشرع رغم انه بريء منها لهذا أردت إن أبين حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ،لعل تتضح الرؤية للبعض و يستطيع إن يدرك أن ممارساته الخاطئة اتجاه أسرته لا علاقة لها بأحكام الفقه الإسلامي السمح.

* –الإجابة عن سؤال هل ظلمت أحكام الفقه الإسلامي المرأة،و ظلم قانون الأسرة الجزائري الرجل .

*-إن فكرة الحق أصبحت محور كل العلاقات الإنسانية و أضفت بضلالها علي كل المجالات الحياة حتى أنها أصبحت قوة ضاربة في المجالات فلم نعد نسمع إلا مصطلح حقوق الإنسان و لم تعد الحركة الديناميكية للمجتمع تخرج عن إطار هذه الفكرة فكان من الضروري إظهار أبعاد نظرية الحق وفق أحكام الفقه الإسلامي التي أصبحت في قفص الاتهام علي أنها من اكبر التشريعات المنتهكة لحقوق الإنسان خاصة ما تعلق منها بالمرأة والأسرة.

* -معرفة إذا كان الغموض و التناقض الذي يظهر في قانون الأسرة الجزائري هو بالفعل موجود أم مجرد اعتقاد سائد نابع عن عدم فهم و معرفة بمصادر النصوص ،وفهم سبب هذا الغموض أو التناقض .

رابعا-أهداف الموضوع:

1- إظهار طبيعة الحق في الفقه الإسلامي و الأسس التي يبنى عليها و البحث في مدى عدالة الحقوق وفق المنظومة الفقهية الإسلامية.

2-التأكيد علي أن بعض ما وصل إليه فقهاء القانون من مفاهيم وأسس لنظرية الحق عرفه الفقه الإسلامي في بداية عهده.

3-تحديد الركائز التي اعتمدها المشرع الجزائري في سن قانون الأسرة.

4-البحث في قضايا مثيرة للجدل وإظهار سلامة موقف المشرع الجزائري من عدمه فيما يخص تطبيق أحكام الفقه الإسلامي .

5- البحث في مدى إمكانية أن يكون الاجتهاد في الفقه الإسلامي هو الحل لكثير من الإشكالات القانونية .

6-إبراز فكرة التعسف و حدود مجال الحق بين الأفراد في علاقتهم الأسرية فتجاوز الحق هو الذي يطرح الإشكال أثناء تطبيق النصوص القانونية نظرا لتداخل فكرة الحق و التعسف في استعماله في أذهان البعض وعدم تميزهم لحدود الحق الممنوح لهم .

7-طرح بعض المسائل المثيرة لجدل في المنظومة الحقوقية الإسلامية كالتعدد والطلاق بالإرادة المنفردة لزوج والنظر في موقف المشرع الجزائري منها و معرفة مدى تمسكه بأحكام الفقه الإسلامي فيها.

8- التأكيد علي أن المنظومة الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي بريئة مما ينسب إليها من انتهاك لحقوق المرأة وان هذا ناجم عن فكر خاطئ أو جهل أو تعسف أفراد أو مجموعات ينتمون للإسلام.

خامسا-الدارسات السابقة:

رغم أن نظرية الحق من الموضوعات التي تناولها كثير من الفقهاء سواء في الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون أو الجانبين معا وهذه الدارسات متوفرة بشكل كبيرة، كما هو الحال بالنسبة لموضوع الحقوق الأسرية وخاصة

الزوجية منها، إلا أن كدراسات في مجال حقوق الأسرة لم نحصل عليها باستثناء بعض المواضيع ذات العلاقة مثل:

1-نظرية التعسف في استعمال الحق و أثارها في أحكام فقه الأسرة بحث لنيل شهادة الماجستير شريعة وقانون لطالب العربي مجيد ،جامعة الجزائر 2002/2001

2-أثر التعسف في استعمال الحق علي الزواج و انحلاله بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع عقود مسؤولية لطالبة بلبولة بختة جامعة الجزائر 2005/2004

و رغم أن هذه الدراسات متعلقة بالتعسف إلا أنها تناولت نظرية الحق من زاوية حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي لكن لم تتطرق للمنظومة الحقوقية للأسرة من زاوية فلسفة الحق والدراسة التي وصلت إلينا و كانت مشابهة لدراستنا هذه وخاصة في جانبها النظر هي :

1-نظرية الحق و تطبيقاتها في مدونة الأسرة المغربية لدكتور محمد مسرار.

وهذه الدراسة وان كانت تشترك مع دراستنا هذه في الجانب النظري من حيث دراسة نظرية الحق إلي أنها تختلف في زاوية الدراسة فالدكتور محمد مسرار تناول الموضوع من زاوية سياسية و ركز علي الصراع القائم في المغرب بين التيارات المختلفة حول مدونة الأسرة و تأثير هذا الصراع علي النصوص القانونية فيها،بينما دراستنا تنظر إلي إسقاطات نظرية الحق علي نصوص قانون الأسرة دون البحث في الأسباب.

سادسا: المنهجية الدراسة:

اقتضت طبيعة الدراسة اعتماد كل من المنهجين :

1- المنهج المقارن :بحكم أن الدراسة تقوم علي مقارنة أحكام الفقه الإسلامي ونصوص قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بهذه الأحكام .

2-المنهج التحليلي: الدراسة كانت تقتضي تحليل النصوص القانونية لاستنباط الأحكام منها.

سابعا:صعوبات الدراسة:

-اتساع دائرة مفهوم الحق وفلسفته في الفقه الإسلامي او حتى في الفقه القانوني و محاولة التركيز علي الجوانب التي لها علاقة مباشرة بأسس المنظومة الحقوقية للأسرة كان له بمن الصعوبة بما كان.

-نظريا المراجع كثيرة في هذا الموضوع لكن عمليا إيجادها أو الحصول عليها –نقصد هنا أمهات الكتب- وخاصة من مكتبة الجامعة نظرا لضخامة عدد الطلبة و قلت عدد النسخ فكان يجب الانتظار أحيانا عدت أسابيع للحصول علي كتاب معين.

ثامنا–خطة البحث :

لقد حاولنا تقديم هذه الدراسة وفق ما رأيناه مناسبا لها و للأهداف المرجوة منها فكانت:

المقدمة:

الفصل الأول : أسس حقوقية في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول : ماهية الحق في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول :مفهوم الحق في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : فلسفة الحق و تقسيماته بين الفقه والقانون.

المبحث الثاني: حقوق الأسرة بين الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.

المطلب الأول :حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: حقوق الأسرة عن فقهاء القانون.

الفصل الثاني : تطبيقات نظرية الحق في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الأول : تطبيقات نظرية الحق في انعقاد الزواج و انحلاله.

المطلب الأول : حق التزويج أو الولاية.

المطلب الثاني: حق الطلاق بيد الزوج.

المبحث الثاني: تطبيقات نظرية الحق في أثار عقد الزواج.

المطلب الأول: حق تعدد الزوجات.

المطلب الثاني :حق النفقة للزوجة العاملة.

الخاتمة .

الفصل الأول
الأسس الحقوقية للأسرة في الفقه الإسلامي

تمهيد: حظيت دراسة مصطلح الحق باهتمام كبير من الفقهاء سواء في الفقه الإسلامي أو لدا فقهاء القانون وخاصة المعاصرين منهم ،وهذا وعيا منهم بأهمية مصطلح الحق و علاقته المباشرة بكل جوانب حياتنا اليومية سواء عبادات أو معاملات لا يمكن ضبطها واستقامتها إلا في ظل ضبط مفهوم الحق و طبيعته و رسم حدوده وتبيان الأسس التي تبنى عليها الحقوق ،و الأسرة كمؤسسة اجتماعية تقوم علي المودة والرحمة لم تخرج عن هذا الإطار، فكانت منظومتها الحقوقية مثار للجدل بين رواد الفقه الإسلامي و دعاة الفكر الحداثي(العصرنة) وذلك لتباين الصارخ في الأهداف التي هي في قانون الطبيعة الذي تبنى عليه نظريات العصرنة لا تخرج عن المصلحة المادية ولمتعة بينما نجد الأسرة في الإسلام هي بناء يشد به المجتمع ككل عضده لهذا كان من الواجب رعايتها و و الحفاظ علي استقرارها لتحقق الدور المنوط بها وذلك من خلال الحق المبني علي التكليف الذي يميز علاقات أفراد الأسرة المسلمة ولهذا سنتناول في هذا المبحث في مطلبين:

المبحث الأول: ماهية الحق في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني:حقوق الأسرة بين الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.

المبحث الأول: ماهية الحق في الفقه الإسلامي.

سنحاول في هذا المبحث توضيح ماهية الحق في كل من الفقه الإسلامي و عند فقهاء القانون و ذلك من خلال توضيح معانيه و طبيعته و فلسفة الحق في كلا الفقهين وهذا سيدرج في مطلبين كل مطلب يضم فرعين: وفق ما يلي :

المطلب الأول :مفهوم الحق في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : معاني الحق وفلسفته في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها عند الفقهاء الأصوليين

المطلب الثاني : فلسفة الحق و تقسيماته بين الفقه والقانون

الفرع الأول : ماهية الحق عند فقهاء القانون

الفرع الثاني: بين تقسيمات الفقهاء والقانونيين للحق

المطلب الأول:مفهوم الحق في الفقه الإسلامي.

الفرع الاول :معاني الحق وفلسفته في الفقه الإسلامي.

أولا: معاني الحق القرآن الكريم و السنة النبوية:

1-الحق في اللغة:

-الحق بمعنى الثبوت :جاء في لسان العرب لابن منظور "و حق الأمر ويحق حقوقا :صار حقا و ثبت،وحق يحقه،حقا و أحقه ، وكلاهما أثبته وصار عنده حقا لا شك فيه[1].

-الحق بمعنى المطابقة : يقول ارغب الأصفهاني في مفردات غريب القران : أصل الحق المطابقة و الموافقة[2].

-الحق بمعنى الوجوب:بقول صاحب تاج اللغة:"وحققت الأمر و أحققته أيضا،إذا تحققته وصرت منه علي يقين"[3].

الحق بمعنى نقيض الباطل:وفي لسان العرب: الحق: نقيض الباطل[4].

2-الحق في الكتب والسنة:جاء مصطلح الحق في الكتاب الحكيم والسنة الشريفة بعدة معاني تختلف باختلاف الغاية التي يفرضها الواقع والتي يريد النص القرآني إيصالها لناس وذلك بحسب مراحل الدعوة التي تدرجت من التوحيد إلي العبادات ثم المعاملات فجاء بمعنى التوحيد و الإيمان والصدق و الحكمة و الصواب واليقين والعدل ومقابل الباطل وغيرها ،وسندرج بعض المعني كما جاءت في أمهات كتب التفسير .

---

[1]-جمال الدين بن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، مادة الحق ، دار صادر،بيروت ط2 1956 م ج 10 ص 49 .

[2]- راغب الأصفهاني ، المفردات ،ألفاظ القران ،دار الفكر ط2 2000 م ج1 ص125 .

[3]- أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ،تاج اللغة الجوهري،دارالعلم للملايين، 1990مج4 ص126 .

[4]-أبن منظور ،لسان العرب،المرجع السابق ج100 ص49.

الحق بمعنى الله:

في الكتاب : قوله عز وجل ﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ﴾ [1] و قوله : ﴿ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ﴾[2] الحق الموجود الواجب لذاته الذي يمنع عليه التغيير[3].

في السنة : قول النبي ﷺ :" أنت الحق ووعدك الحق و لقاؤك حق و قولك حق والجنة ، و النار حق ،والنبوة حق و محمد ﷺ حق والساعة حق" [4].

-الحق بمعنى الإسلام :

في الكتاب : قوله عز وجل :{وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ}[5]،أي لا يعتقدون في صحة دين الإسلام الذي هو الدين الحق[6]،في السنة: قول النبي ﷺ"والذي بعثك بالحق ما بين لابيتها أهل بيت أحوج منا"[7].

-الحق بمعنى القرآن:

في الكتاب : قال عز وجل ﴿وَإِذْ قَالُوا اللَّهُمَّ إِن كَانَ هَٰذَا هُوَ الْحَقَّ مِنْ عِندِكَ﴾ [8]، معنى كلامهم ان القران ليس من عندك ،فان كان حقا فأصبنا بالعذاب[9].

في السنة : قول النبي ﷺ : "حتى جاءه الحق"[10].

- الحق بمعنى العدل:في الكتاب: قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ نَزَّلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ﴾ [11]،و قوله جل من قائل : ﴿رَبَّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ﴾ [12].

- الحق بمعنى الصدق :

في الكتاب :قال تعالى: ﴿{وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ﴾[13]، وقوله:﴿ بَلَىٰ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا﴾[14].

---

[1]-سورة المؤمنين ،الآية 116 .

[2]-سورة الحج ،الآية 6 .

[3]- الرازي محمد فخر الدين ،لتفسير الكبير و مفاتيح الغيب، دار الفكرط3 1995م ج12 ص146.

[4]-محمد بن إسماعيل البخاري أبو عبد الله، صحيح البخاري كتاب التهجد باب، التهجد بالليل دار الفيحاء دمشق 1999م، 1120 ص 179.

[5]-سورة التوبة الآية 29 .

[6]- محمد الرازي فخر الذين ،لتفسير الكبير و مفاتيح الغيب، المرجع السابق 12 ص 146 .

[7]-صحيح البخاري كتاب باب نفقة المعسر علي أهله، رقم 5368 ص 959 .

[8]-سورة الأنفال، الآية 32 .

[9]- طاهر بن عاشور ،التحرير والتنوير ،دار التونسية ط2 2014 م ج3 ص6 .

[10]- صحيح البخاري،كتاب بدء الوحي،باب بدء الوحي، رقم 6 ص 2.

[11]-سورة البقرة ،الآية 176.

[12]- سورة الأعراف ،الآية 89 .

[13]- سورة المائدة ،الآية 27.

[14]- سورة النحل ، الآية 38.

في السنة: قول النبي ﷺ :"فو الله الذي لا إله إلا هو إنكم لتعلمون أني رسول الله حقا "[1].

الحق بمعنى مقابل الباطل:

في الكتاب:قال تعالى:﴿**الْيَوْمَ تُجْزَوْنَ عَذَابَ الْهُونِ بِمَا كُنتُمْ تَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ غَيْرَ الْحَقِّ**﴾ [2] ،و قوله عزوجل: ﴿**الَّذِينَ يَتَكَبَّرُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ**﴾ [3].

في السنة : قول النبي ﷺ :"أن رجالا يتخوضون في حال الله بغير حق،فلهم النار يوم القيامة"[4].

وقول النبي ﷺ :"من أخذ شيئا من الأرض بغير حقه خسفت به يوم القيامة إلي سبع أرضين"[5].

-الحق بمعنى اليقين:

في الكتاب : قال تعالى : ﴿**تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ**﴾ [6]، أي باليقين الذي لا يشك فيه أهل الكتاب لأنه في كتبهم كذلك[7].

-الحق بمعنى الوجوب والثبوت :

في الكتاب:قوله عز وجل:﴿**فَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِن رَّبِّهِمْ**﴾ [8]،والحق هنا بمعنى الثابت الذي لا يسوغ إنكار:ويقال حق الأمر إذا ثبت و وجب[9].

في السنة: قوله ﷺ :"و وعدك الحق"[10] أي الثابت [11]

ثانيا :فلسفة الحق في الشريعة الإسلامية

1- طبيعة فكرة الحق في الفقه الإسلامي :إن الفقه الإسلامي في أصوله العامة وقواعده ليس وليد الاجتهاد والابتكار العقلي ،كما انه ليس مظهرا للإرادة الإنسانية المتغيرة ،بما يثيرها من نوازع و أهواء أو للضر وف والعوامل الاجتماعية و الاقتصادية المبنية علي المصالح التي بتغيرها تتغير القواعد السابقة بقواعد لاحقة تتناسب

---

[1]- صحيح البخاري،كتاب المناقب،باب هجرة النبي صلى الله علية وسلم رقم 3621 ص 608.

[2]- سورة الأنعام ، الآية 93 .

[3]- سورة الأعراف ، الاية146 .

[4]- صحيح البخاري كتاب :باب قول الله تعالى خمسه وللرسول،رقم 2886، 360/10 .

[5]- صحيح البخاري،كتاب:بدر الخلق ،باب ما جاء سبع أرضين ، ؤقم 3196 ص 533.

[6]- سورة الجاثية،الآية 6.

[7]- الزمخشاري ، الكشاف ،دار الكتاب العربي بيروت ط3 1984 م ج1 ص297 .

[8]-سورة البقرة ،الآية 26.

[9]- الكشاف ، الزمخشاري ،المرجع السابق 72 ص.

[10]-صحيح البخاري،كتاب التهجد،باب التهجد بالليل،رقم ارقم 1120 ص 179

[11]-أبو الحسن علي بن خف،شرح ابن بطال علي صحيح البخاري ،دار الكتب ،بيروت،لبنان ط1 2003 م.

وواقع الحال و ومعطيات العقل، إنما هو فقه يستمد تشريعاته من الوحي الإلهي من مصدره القرآن والسنة أو من دلائل أخرى مبنية عليهما بالأساس .

وعليه فمنشأ الحق وفق الفقه الإسلامي هو الحكم الشرعي ،فحقوق الإفراد ليست حقوق طبيعية إنما منحة من الله وهذا هو أهم مبدأ تقوم عليه فلسفة الحق في المنظور الإسلامي فالحق ليس وليد الطبيعة أو الذات أو الجماعة إنما هو هبة من الله الذي له الحاكمية وحده يقول الإمام الشاطبي :"ان ما هو حق للعبد إنما يثبت كونه حق بإثبات الشرع ذلك له ولا بكونه مستحقا لذلك بحكم الأصل "[1]، و يقول أيضا :"فما هو لله فهو لله وما كان للعبد فراجع إلي الله من جهة حق الله فيه،ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله، اذ كان لله إن لا يجعل للعبد حق أصلا[2]،و يترتب عن كون الحق منحة من الله .

أ- الحق منحة من الله

1-عدم خضوع مفهوم الحق للهوى :

إن اختلاف المجتمعات والبيئات تجعل الإنسان يسن لنفسه حقوق وفقا لما يراه مناسبا له. و تبعا لما تمليه عليه مصالحه التي تتغير بتغير الظروف والأزمنة،و بطبيعة الحال تتأثر بشكل مباشر بتباين طبقات الناس و مراكزهم الاجتماعية ،و يقول الدكتور فتحي الدريني:"تلك الأصول و القواعد التي تعتمد النصوص وروحها و مقاصدها التشريعية،هي التي جعلت الفقه الإسلامي يستجيب لسنة الحياة في التطور ضمن إطار التنظيم التشريعي العام للمجتمع الإسلامي , فهو فقه ثابت في أصوله العامة متطور في فروعه"[3].

2- تنامي الرقابة الذاتية :

ان إيمان الفرد بأن الحق من الله يجعله في سعي دائم لتصرف وفق ما شرعه الله طمعا منه في الثواب وحرصا منه علي مرضاة الله وهو ما ينمي لدى الأفراد الضابط الداخلي و المتمثل في الرقابة الذاتية.

يقول الإمام الشاطبي:"فالصواب ان النية شرط في كون العمل عبادة و النية المراد هنا نية الامتثال لأمر الله ونهيه، وإذا كان جاريا في كل فعل وترك ثبت أن في الأعمال المكلف بها طلبا تعبديا علي الجملة "[4].

3- أداء الوجبات قبل تقرير الحقوق:

يقول الدكتور فتحي الدريني :إذا كان مصادر الحقوق هي مصادر التشريع، فلا يثبت هذا الحق إلا بالتكليف من هنا يتجلى ان التشريع الإسلامي يجعل التكليف منشأ الحق[5] ، وهذا دلالة واضحة علي أن التشريع الاسمي الاسمي أعطى الأولوية لأداء الوجبات عن تقرير الحقوق .

---

[1]- أبو إسحاق الشاطبي ، الموفقات في أصول الشريعة ، دار المعرفة لبنان ط2 1975 ج2 ص377.

[2]- المرجع نفسه ص 316.

[3]- فتحي الدريني ،الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده،دار الرسالة بيروت ط1 1977 ،ص 65.

[4]- أبو إسحاق الشاطبي،الموفقات ، ج2 ص 317.

[5]-فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة بيروت،ط1 1998م ص 43.

ب: الحق في الفقه الإسلامي وسيلة لتحقيق مصلحة.

1- الحق وسيلة لتحقيق مصلحة في الدارين: الحقوق في الفقه الإسلامي ترمي إلي تحقيق غاية شرعية و ليست هي غاية في حد ذاتها ، فالحقوق تستلزم من أعمال وتصرفات فهي وسائل لغايات ، أي المعاني أو المصالح التي يتوخها الشرع من تقدير تلك الحقوق يقول الإمام العز بن عبد السلام :" الشريعة كلها مصالح إما تدرأ مفاسد أو تجلب مصالح" [1]،و يقول الإمام بن القيم الجوزيه:"الشريعة و مبنها و أساسها علي الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة و مصالح كلها ورحمة كلها [2]،والمصلحة التي ترعاها الشريعة هي مصلحة الدارين ، فلا اعتبار للمصلحة الدنيوية فقط ،فيقول الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي:"لا يجوز للباحث أن يحكم علي فعل بأنه مصلحة بناء علي ما له من الظواهر والآثار الدنيوية حتى يكون علي بينة من أثاره الأخروية أيضا، وذلك عن طريق النظر في النصوص الشريعة وحدودها[3].

2: الاصل في الحقوق التقيد: الحقوق مقيدة بما تحققه تلك المصالح فان ناقضت القصد الإلهي في تشريعها فهي باطلة و عليه فكون الحق منحة من الله فهو مقيد بما قيده الشارع، وقد قيد الفقه الإسلامي حقوق الأفراد بمصلحة الغير وعدم الإضرار بالجماعة ، فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه ،لطبيعة المزدوجة للفقه الإسلامي في تقرير الحق ،فالفرد ليس محورا للحق وهو ليس أداة لحماية مصالحه، وان كان علي حساب المجتمع،كما انه ليس محورا لحماية الجماعة علي حسب الفرد، إنما يقر كلا المصلحتين الفردية والعامة ، ويقيد كل منهم بما يخدم الأخر .

ج :التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي:

1-مفهوم التعسف في الفقه الإسلامي :

أ – التعسف لغة: يأخذ التعسف في اللغة عدت معاني منها السير بغير هداية ، ومعنى الجور أو الظلم ، يتبين من خلال ما ادرجه صاحب اللسان ان كلمة العسف تدور إجمالا حول المعاني التالية [4]:

1- العسف بمعنى السير على غير هداية .
2- العسف بمعنى ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا توخي صوب ولا طريق مسلوك .
3- العسف بمعنى ركوب الامر بلا تدبير ولا روية .
4- العسف بمعنى الظلم .
5- العسف بمعنى الجور والكفاية .
6- العسيف الاجير المستهان به.

---

[1]- العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام،دار القلم دمشق ط2 2000، ج1 ،ص 9.

[2]-ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل بيروت ط3 1973، ج3 ،ص 3 .

[3]- محمد سعيد رمضان البوطي ،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، دار الثقافي العربي ،بيروت ، ط1، 1994 ص 1061.

[4]- ابن منظرو، لسان العرب المرجع السابق ،،مادة عسف ص 151-152 .

7- العسف بمعنى الميل هن الطريق والعدول عنه.

ب-التعسف شرعا: لم يرد عن الفقهاء الأوائل تعريفا جامعا مانعا لتعسف وذلك لحداثة المصطلح و أخذه عن الفقه الغربي يعد حديثا فترجمة كلمة " Labus " تعني الإساءة لكن الفقهاء درجوا علي استعمال مصطلح "التعسف"، هذا لا يعني إغفاله بالكلية بل قد تناوله الفقهاء تحت مسميا عدة فقد تناوله الإمام ألشاطبي تحت مسمى "الاستعمال المذموم" ،وهو تناول مباح على غير الجهة المشروعة واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها[1] كما وردت بمعنى المضارة في معرض حديث الإمام ابن القيم وبحثه في قضية سمرة بن جندب وتعسفه في خول بستان الأنصاري للوصول إلي نخلته التي قضى بعد ذلك الرسول ﷺ بقلعها اللمضارته لصاحب البستان.

و لهذا نجد ان الفقهاء في اجتهاداتهم و فتاواهم قد طبقوا هذه النظرية بمنع التصرفات الجائزة و المشروعة إذا أفضت الي ضرر .

1-نظرية التعسف في استعمال الحق عند الأمة الأربعة :

لا يجوز استعمال الحق إلا لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله هذا الحق ، و يظهر تطبيق هذا المبدأ في حد الإمام مالك من ولاية الأب عن ولده الصغير قال الإمام مالك : لا تجوز هبة الأب مالا لأبنه الصغير ولا يتصدق بمال ابنه الصغير كذلك المحاباة لا تجوز[2]، وقد ذهب إلي مثل هذا الإمام احمد بن حنبل حيث أخذ بمبدأ نسبية الحقوق وعدم اقتصارها علي ظاهر التصرف وشكله دون مرعاه الغرض منه والقصد ،حيث جعل مشروعية العمل مبنية علي الغرض من العمل والقصد منه[3].

لم يأخذ الشافعي بنظرية التعسف في استعمال الحق بل ذهب للقول بإطلاق الحقوق لأصحابها في استعمالهم ولو لم يكن لهم نفع في ذلك،بل لو ترتب عن عمله ضرر للغير، وذلك لكون الشافعي لا يعتد بالقصد والدافع والنية [4].

-نظرية التعسف في استعمال الحق عند الأمة الأربعة :

تأسست نظرية التعسف في الفقه الإسلامي علي أساس رفع المضار وجلب المصالح للعباد أن كل حق ثابت مشروع مقيد بعدم لضرر،فمن أساء استعمال حق مشروع له مما أدى إلي الإضرار بغيره يمنع منه وأن كان المنع سيؤدي إلي ضرر اكبر لصاحب الحق فأن صاحب الحق أولى بحقه ،وهذا ما اقره الإمام العز بن عبد السلام بقوله:" إذا اجتمعت مصالح و مفاسد فأن أمكن درء المفاسد وتحصيل المصالح فعلنا ذلك إذ تعذر الدرء

[1]- سيد عواد علي ،التعسف في إستعمال الحق ، دار الطباعة القاهرة، ط1، 1991 ص 48 .

[2]-سحنون بن سعد التنوخي ،المدونة الكبرى ، دار الصادر بيروت ط1 2005 ،ج5، ص493.

[3] - المرجع نفسه ص493.

[4]-محمد بن ادريس الشافعي ،الأم،دار المعرفة ط3 1990 ج3 ،ص74.

والتحصيل, فان كانت المفسدة أعظم من المصلحة درءنا المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة[1].

3-طبيعة التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي.

أ- أدلة نظرية التعسف في استعمال الحق :

- **في القران الكريم** : لقد نصت كثير من الآيات على عدم التعسف ومن أمثلة ذلك :قوله تعالى : ﴿**لا تُضَارَّ والِدَةٌ بِوَلَدِها وَلا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوارِثِ مِثْلُ ذلِكَ**﴾ [2]، في هذه الآية نهي للأب عن التعسف في استعمال حق ولايته فقال القرطبي:"ولا يحل أن يمنع الأم ذلك مع رغبتها في الإرضاع هذا قول جمهور المفسرين :كما تنهى الأم عن لتعسف في استعمال حق رضاع ابنها وذلك بان تأبى أن ترضعه إضرارا بابيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها[3].

-**في السنة النبوية الشريفة**:عن ابن عباس رضي الله عنهما قال النبي ﷺ : "لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" [4]، ووجه الدلالة أن النبي ﷺ نهى عن الضرر والضرار ، وحديث سمرة بن جندب انه كانت له عضد من نخل في حائط رجل من الأنصار ومعه أهله فقال رسول الله ﷺ للأنصاري اذهب فاقلع نخله[5]،فمنفعة صاحب الحق تافهة يسيرة بجانب الضرر الذي سببه لغيره في مصالح حيوية له .

-**في الأصول التشريعية والقواعد الفقهية**:تزخر الشريعة الإسلامية بأصول تشريعية وقواعد فقهية تؤصل لنظرية التعسف ومنها:

-**قاعدة النظر في مالأت الأفعال**: عرفه الدكتور فريد الأنصاري بقوله :المآل أصل كلي يقتضي اعتباره بتنزيل الحكم على الفعل لما يناسب عاقبته المتوقعة مستقبلا[6].

-**قاعدة سد الذرائع**:فموارد الأحكام قسمان :مقاصد وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في نفسها وفي هذا الصدد يقول الدكتور فتحي الدريني :إنما بدا سد الذرائع قائم على دفع ضرر متوقع بتحريم التسييفه والمنع في ممارسته وهذا هو الدور الوقائي الذي تقوم به نظرية التعسف[7].

-**قاعدة لا ضرر ولا ضرار**:وهي قاعدة تنص علي نفي الضرر وذاك بوجوب منعه مطلقا و يشمل الضرر العام والضرر الخاص سواء كان هذا الضرر واقعا أو محتملا [8].

---

[1]- العز بن عبد السلام ،قواعد الأحكام ، المرجع السابق ،ج1، ص833.

[2]- سورة البقرة الآية 233.

[3]- ابو عبد الله االقرطبي ،الجامع لأحكام لقران ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ط1 2006 ج13 ص 167 .

[4]- الحاكم النيسابوري ،المستدرك على الصحيحين كتاب البيوع ،،دار الكتب العلمية ط2 2002 ج5 رقم 2396 ص 248.

[5]-صحيح البخاري كتاب الشركة باب هل يقرع في القسمة رقم2319 .

[6]- فريد الانصاري ،المصطلح الأصولي عند الشاطبي، دار السلام القاهرة ط2، 2014 ص416.

[7]- فتحي الدريني ،نظرية التعسف في استعمال الحق ،دار الرسالة بيروت ط4 1988م المرجع السابق ، ص202.

[8]-المرجع نفسه ،ص 227.

-قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام: مبنية علي القاعدة السابقة حيث تفيد هذه القاعدة أن تصرف الفرد مشروع له بما يحقق له من مصلحة أو يدفع عنه مفسدة إذا لزم عنه ضرر عام يلحق بالمسلمين.

-قاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف: وهي تقوم علي القاعدتين السابقتين،أي علي الموازنة بين الحقوق الخاصة فيما بينها ،حيث يراعى الأشد ويتحمل الضرر الأخف.

-**قاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح:** فإذا تعارضت مفسدة مع مصلحة قدم دفع المفسدة عن جلب المصلحة .

و مرد ذلك قول النبي ﷺ :"إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ،وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه"[1].

ب-معايير نظرية التعسف في الفقه الإسلامي :تجمع نظرية التعسف في الفقه الإسلامي بين معيارين هما:المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي.

1 :المعيار الذاتي:يندرج تحت هذا المعيار معياران فرعيان هما: قصد الإضرار بالغير و الباعث غير المشروع ، وقد شدد الفقهاء على تحريمه ، وهذا على نوعين : احدهما إلا يكون في غرض سوى الضرر بذلك الغير فهذا لا ريب في قبحه وتحريمه وقد ورد في القران الكريم النهي عن المضارة [2].

2 : المعيار الموضوعي:يعتمد المعيار الموضوعي ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة فإذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل هذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ،والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى [3]،هذا المعيار ينطوي على الضوابط التالية [4]: اختلال التوازن بين مصلحتين فرديتين والضرر الفاحش ثم ثم اختلال التوازن بين مصلحة عامة ومصلحة خاصة .

الفرع الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها عند الفقهاء الاصولين .

انتهج الفقهاء والأصوليين في تقسيماتهم للحق مناهج مختلفة فذهب القدامى منهم إلي تقسيم الحق باعتبار صاحبه إلى ثلاثة أقسام هي حقوق الله تعالى وحقوق العبد وحقوق مشتركة بينما نجد المحدثين يقسمونه إلى تقسيمات أخرى فنجدهم يقسمون الحق بحسب علاقاته البارزة وبحسب التحديد وعدمه وبحسب الإسقاط وعدمه.

اولا -تقسيم الحق باعتبار صاحبه :يقسم بعض الفقهاء والأصوليين الحق باعتبار صاحبه إلى ثلاثة أقسام :

1- حق الله:

هو كل حق تعلق به النفع العام دون مراعاة أفراد، وهو ما قصد به التقرب إلي الله وإقامة شعائر دينه.

---

[1]-صحيح البخاري كتاب الاعتصام،باب الاقتداء بسنن الرسول صلى الله عليه وسلم ،رقم7288 ص 1254.

[2]- ابن رجب الحنبلي ،جامع العلوم والحكم ، دار الكتب العلمية بيروت ط3 1980، ص455.

[3]- الحق فتحي الدريني ، التعسف في استعمال ، المرجع السابق ص 242

[4]- المرجع نفسه ص .264

عرفه الإمام الشاطبي بقوله :ما فهم من الشرع انه لأخيرة فيه للمكلف كان له معنى معقول أو غير معقول[1] .
وعرفه الإمام القرافي بقوله:"حق الله أمره و نهيه"[2]،وهذا ما ذهب إليه الأحناف ومن تبعهم فعرفوا حقوق الله بأنها ما انطبق به النفع العام وهذا بالنظر للحقوق من زاوية المصالح .
قسم الأحناف حقوق الله تعالى تقسيما استقرائيا إلى ثمانية أصناف :
-**عبادات خالصة:** أي الخالصة من أن يشوبها عقوبة أو يخالطها مئونة ومثلوا لها الإيمان بالله تعالى وبالعبادات الأصلية كالصلاة والصيام والزكاة والحج والجهاد في سبيل الله والذكر والاعتقاد.
-**عقوبات خالصة:**وذلك كالحدود مثل حد الزنا وحد السرقة وحد الشرب .
-**عقوبات قاصرة:**كحرمان القاتل من ميراث مقتوله .
- **الحقوق الدائرة بين العبادة والعقوبة** : وذلك مثل كفارة الظهار والقتل الخطأ.
- **عبادات فيها المئونة:**ومثلوا لها بصدقة الفطر.
- **مئونة فيها معنى العبادة:**وذلك كالعشر في الأرض المزروعة.
- **مئونة فيها معنى العقوبة:**وذلك كالخراج .
- **حق قائم بنفسه:**ومثلوا له بالخمس في الغنائم.

كما يمكن تقسيم هذه الحقوق بحسب الصفات التي تنازعها فنجد أن هناك طائفة من الحق تنازعها صفة واحدة وأخرى تنازعها صفتان [3]. وتجدر الإشارة إلى أن هذا التقسيم لم يسلم من الانتقاد حيث يرى بعضهم انه غير جامع لحقوق الله فان منها تعظيم أماكن العبادة والامتناع عما حرمه الله تعالى وصيانة دماء الناس وأموالهم وإعراضهم وهذا لم يدخل في أي قسم من الأقسام الثمانية التي ذكرها الأحناف.
و يقسم الشيخ الطاهر بن عاشور حق الله إلى هو متعلق بذات الله وما هو متعلق بالأمة حيث يقول :لان حق ذات الله إنما يدخل في العقائد والعبادات المشار إليها بقول النبي ﷺ :"حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا"[4] والمراد بها (أي حقوق الله) حقوق للأمة فيها تحصيل النفع العام أو الغالب أو حق من يعجز عن حماية حقه[5] .
وما يلاحظ في كلام الشيخ الطاهر بن عاشور انه لم يقم فيه بتقسيم الحق تقسيما استقرائيا كما فعل الأحناف بل اكتفى بتقسيمه إلى قسمين رئيسين :قسم يتعلق بالعبادات والعقائد وهذا قد لا ندرك مصلحته إلا بنوع من التأويل كما سبق وان اشرنا وأما التقسيم الثاني فهو متعلق بمصالح العباد العامة

---

[1]- أبي إسحاق الشاطبي،الموفقات ، ج2 ص 317
[2]-أحمد بن ادريس القرافي، الفروق ، دار الكتب العلمية ،بيروت ط4 1998، 2/142
[3]- احمد محمود الخولي ،نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار السلام ،بيروت،2008 ، ص70.
[4]-صحيح البخار ،كتاب الإستان،باب أجاب لبيك وسعديك،رقم 6267 ص 1091.
[5]- الطاهر بن عاشور،مقاصد الشريعة ، دار النفائس، الأردن ط3 2007 ص416.

وما يمكن استخلاصه انه قد يشارك مع لأحناف في التعريف وحتى في القسمة إلا أن وجه الخلاف أنهم فصلوا ذلك وهو لم يفصل .

2-**حق العباد** : ترجع في مجملها لما جاء في خطبة الوداع حيث قال ﷺ :" إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام قال محمد واحسبه قال وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا"[1]،فهي متعلقة بالإفراد وليس بالنظام العام ،وهي التصرفات التي يجلبون بها لأنفسهم ما يلائمها أو يدفعون بها عنها ما ينا فرها.

أنواع حقوق العباد :

ا- تقسيم الشيخ الطاهر بن عاشور:رتب الشيخ ابن عاشور إلى مراتب تسع بحسب قوة موجب الاستحقاق فيها لمستحقيها وهي كما يلي[2]:

1-الحق الأصلي المستحق بالتكوين والجبلة :وهو حق المرء في تصرفات بدنه وحواسه ومشاعره وحقه فيما تولد عنه مثل حق المرأة في الطفل الذي تلده ما دام لا يعرف لنفسه حقا

وحقه أيضا في كل ما تولد من شيء فيه حق معتبر مثل نسل الأنعام المملوكة لأصحابها وشر الشجر ومعادن الأرض.

2-الحق الذي تواضع عليه نظام الجماعة أو الشريعة: مثل حق الأب في أولاده الذي جعلهم الشرع بسبب الاختصاص أولادا له واعتبرهم نسلا منه .

3-الحق الذي يفصل فيه احد الجانبين على الأخر بالجهد والاجتهاد والمبادرة مثل لاحتطاب والصيد والقنص واستنباط المياه.

4-الحق الذي ينال بالقوة والغلبة مثل القتال على الأرض والغارة على الأنعام والأسر والسبي في الاسترقاق.

5-الحق الذي لم يصاحبه إعمال جهد في تحصيله :مثل مقاعد الأسواق للباعة غير أصحاب الدكاكين ومقاعد المعوقين فيها ومجالس المساجد.

6-الحق الذي يناله لتعذر تمكين المجتمع من الانتفاع بالشيء المستحق بطريقة ترجيحه على متعدد المستحقين مثل جعل حضانة الأولاد حقا للام دون الأب إذا حصل الفراق بين الزوجين فكل من الزوج والزوجة كانا معا صاحبي ذلك الحق إثناء اجتماعهما لكن لما حصل الفراق تعذر قيامهما بحق الأولاد فرجح جانب إلام .

7-الحق الذي يناله ببذل عوض لصاحبه :وهو أوسع المراتب وأشهرها في تحصيل الحقوق في نظام الحضارة الإنسانية .

8-الحق الذي ينال بعد انقراض مستحقه وصاحبه :وهو اقرب الناس إليه و أولاده بأخذ حقوقه .

---

[1]- أبو الحسين **مسلم** ، صحيح مسلم ، كتاب القسامة والمسار بين القصاص والديات باب تغليظ وتحريم الدماء والأعراض والأموال، دار الفيحاء دمشق ط2 2000 م رقم 4386 ص744.

[2]- الطاهر بن عاشور ،مقاصد الشريعة ، المرجع السابق ص413

9-الحق الذي يناله بالمصادفة دون عمل أو سعي :مثل الجلوس على اليمين في استحقاق الابتداء بالشرب من يدي الجليس.

ب-تقسيم الإمام العز بن عبد السلام[1]:

إضافة الى الحقوق التي تكون للإنسان في حياته يشير الإمام العز بن عبد السلام إلى حقوق بعد الوفاة فيقول :واعلم ان حق العباد ضربان احدهما حقوقهم في حياتهم والثاني حقوقهم بعد مماتهم من أنواع إكرامهم وحملهم وتكفينهم ودفنهم وتوجيههم نحو القبلة والصلاة عليهم والدعاء لهم والزيارة والاستغفار وهذا الأمر الذي أشار إليه العز بن عبد السلام دليل على تكريم العبد حيا وميتا.

3-الحقوق المشتركة :

قد يجتمع حق الله وحق العبد فيغلب احدهما عل الأخر يقول الشيخ الطاهر بن عاشور :واعلم انه قد يقترن الحقان حق الله وحق العبد في مثل القصاص والعنف والاغتصاب ، فيغلب حق الله غالبا وقد يغلب حق العبد إذا لم يمكن تدارك حق الله مثل عفو ورثة القتيل عن قاتله عمدا [2].

فالحق المشترك ينقسم إلى قسمين :

أ-ما جتمع فيه الحقان وحق الله غالب وذلك كعدة المطلقة فان فيها حقا وهو صيانة عن الاختلاط وفيها حق للعباد وهو المحافظة على النسب لكن حق الله هنا غالب لان في صيانة الأنساب نفعا عاما للجميع وهو صيانتها من الفوضى والاختلاط .

ب-ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب مثل حق القصاص الثابت لولي المقتول وفيه حقان:

حق الله تعالى وهو تطهير المجتمع من جريمة القتل ،وحق للشخص وهو شفاء غيظه وتطبيب نفسه بقتل القاتل وهذا الحق هو الغالب لان القصاص مبني على المماثلة والمماثلة ترجح حق الشخص لذلك يجوز لولي المقتول العفو عن القاتل .

ثانيا: تقسيم الحق باعتبار محله :

درج كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تقسيم الحق باعتبار محله إلى حق مالي وغير مالي .

أما الحق غير المالي فهو الذي يتعلق بغير المال مثل حق القصاص وحق المرأة في الطلاق أو التفريق لعدم الإنفاق أو بسبب العيوب التناسلية أو للضرر وسوء العشرة أو للغيبة أو الحبس وحق الحضانة وحق الولاية على النفس.

وقد قسم عند كثير من الباحثين المعاصرين إلى حق شخصي وحق عيني هذه القسمة لقيت رفضا من قبل باحثين آخرين باعتبار ان كلا من الحق الشخص والحق العيني مصطلحان استعيرا من الفقه الغربي يقول الدكتور السنهوري :الحق الشخصي أو الالتزام تعبير استعرناه من الفقه الغربي وإلا فالفقه الإسلامي لا يرد فيه عادة هذا التعبير،كما اختلفوا حول مدى معرفة الفقه الإسلامي التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي فبينما

[1]-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام ،المرجع السابق ج1 ص 19.

[2] - الطاهر بن عاشور ،مقاصد الشريعة ،المرجع السابق، ص423-427.

يرى الدكتور السنهوري أن التمييز بين الدين والعين غير التمييز بين الحق الشخصي و الحق العيني فقال :فالدين ليس كل الحق
الشخصي بل هو صورة من صوره والعين تستغرق الحق العيني وبعضا من الحق الشخصي[1].

يرى آخرون أن الفقه الإسلامي قد ميز تمييزا واضحا بين الحق الشخصي والحق العيني فذهب الدكتور محمد زكي عبد البر إلى أن الدين في الفقه الإسلامي يقابل الحق الشخصي أو الالتزام في الفقه الغربي ويساويه والعين في الفقه الإسلامي يقابل الحق العيني في الفقه الغربي ويساويه في الحقوق[2].

وخلاصة القول ان الحق في الفقه الإسلامي باعتبار محله يقسم إلى حق متعلق بالدين وحق ثابت في الدين وان ما ذهب إليه كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تقسيمه إلى حق شخصي وحق عيني وان كان مقبولا على سبيل الإجمال إلا انه يحتاج إلى نوع من التحرير والتدقيق خاصة وقد ثبت بعد عقد المقارنات أن العين والدين في الفقه الإسلامي ليس هو الحق العيني والحق الشخصي في الفقه الغربي.

ثالثا: تقسيم الحق باعتبار التحديد وعدمه :

قسم الإمام الشاطبي الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام [3]:

- حقوق محدودة شرعا :وهي لازمة لذمة المكلف مترتبة عليه دينا حتى يخرج عنها كأثمان المشتريات وقيم المتلفات ومقادير الزكوات وفرائض الصلوات .
- حقوق غير محدودة فلازمة له وهو مطلبة بها غير انها لا تترتب في ذمته .
- ضرب اخذ بشبه من الطرفين الأوليين فلم يتمخض لأحدهما وهو محل اجتهاد كالنفقات على الأقارب والزوجات.

رابعا:تقسيم الحق باعتبار الإسقاط وعدمه:ينقسم الحق الشخصي باعتبار الإسقاط وعدمه إلى قسمين :

حق قابل للإسقاط :الأصل في الحقوق أنها تسقط بإسقاط من يملكها إلا إذا كانت من الأعيان،فإنها لا تسقط وإنما تخرج من ملك صاحبها ومن أمثلتها حق القصاص وحق الشفعة وحق الخيار[4].

حق غير قابل للإسقاط:هناك بعض الحقوق التي لأتقبل الإسقاط وهي أنواع كثيرة منها:

أ-حقوق الله تعالى الخالصة .

ب-الحق الذي اجتمع فيه حق الله وحق العبد وحق الله غالب .

ج-الحقوق التي لم تثبت بعد كإسقاط الزوجة في المبيت والنفقة وإسقاط الوارث حقه في الاعتراض على الوصية حال حياة الموصي .

---

[1] -عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه ، منشورات محمد،الداية ،بيروت،1954 م،ج1 ص 62

[2] - محمد زكي عبد البر ،أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي دار التراث القاهرة ط1 1997م ص 95

[3] -الشاطبي ،الموافقات، المرجع السابق،ج1 ص89

[4] - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ،دار الفكر دمشق ط3 ،2003 ،ج4 ص16 .

د- الحقوق التي أثبتها الشارع لإنسان لصفة ذاتية فيه كحق الأب في أبوة ولده وولايته عليه إن كان صغيرا فالولاية لا تسقط بإسقاط الأب لها.

ه- الحقوق التي يترتب على إسقاطها تغيير للأحكام الشرعية كإسقاط المطلق حقه في إرجاع زوجته فهذا يتنافى وطبيعة الحق لان معنى الطلاق الرجعي هو إثبات حق الزوج المطلق في إرجاع زوجته المطلقة إلى عصمة النكاح بغير رضاها أي تصرف من جهة الزوج وحده ولذلك لا يسقط حق الزوج في الرجوع بإسقاطه لان الحق ثبت شرعا.

و- الحقوق التي يتعلق بها حق الغير كإسقاط الأم حقها في الحضانة والمطلق حقه في عدة مطلقة والمسروق منه في حد السارق لان هذه الحقوق مشتركة وإذا كان للامسان ولاية على إسقاط حقه فليس له ولاية على إسقاط حق غيره [1].

خامسا: -تقسيم الحقوق باعتبارها مجردة وغير مجردة:

قسم الفقهاء والأصوليين الحق إلى مجرد وغير مجرد

النوع الأول فهو ما كان غير مقرر في محله بمعين انه لا يترك اثر بالتنازل عنه كحق الشفعة إذا اسقط الشفيع حقه في الشفعة كانت ملكية المشتري للعقار بعد التنازل عن الشفعة في بيعها قبل التنازل .

والنوع الثاني :هو ماله تعلق بمحله تعلق استقرار وذلك بان يكون لتعلقه اثر أو حكما قائما في محله يزول بالتنازل عنه ،وذلك كحق القصاص فانه يتعلق برقبة القاتل ودمه ويترك فيه اثر بالتنازل عنه فيتغير فيه الحكم فيصير مفهوم الدم بالعفو بعد إن كان غير معصوم الدم [2].

المطلب الثاني: فلسفة الحق و تقسيماته بين الفقه والقانون.

الفرع الأول : فلسفة الحق وتقسيماته عند القانونيين:

أولا : مفهوم الحق عند القانونيين:

1- الحق في مختلف المذاهب الفقهية:

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته المرجع السابق ص 17

[2]- المرجع نفسه ص 21

لم يكن مفهوم الحق موحدا عند الفقهاء القانونين فاختلفت مفاهيمهم باختلاف نزعتهم سواء كانت ذاتية أو موضوعية أو محاولة التوفيق بين الاتجاهين .

أ:تعريف الحق في المذهب الشخصي:

يعتبر المذهب الشخصي أقدم مذهب في تعريف الحق. وقد ساد في أواخر القرن الثامن عشر و أوائل القرن التاسع عشر، و كان من أهم رواد من لألمان منهم سافينيي، و ندشايد ، و جيرك ، يتسم هذا المذهب بالنزعة الذاتية أو الشخصية، باعتبار أن جوهر أي حق من الحقوق هو إرادة صاحب هذا الحق، بحسب هذا المذهب هي بالتركيز علي شخص صاحب الحق، وذلك أن القانون، عندما ينظم العلاقات بين الأفراد يحدد لكل منهم نطاقا معينا تسود فيه إرادته.ولذا سمى هذا المذهب بالمذهب الشخصي[1].

بناء عليه فأنصار هذا الاتجاه يعرفونه بقدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص تمكنه من القيام بعمل معين ومن الانتقادات التي وجهت لهذا المذهب[2]:

أ-إمكان ثبوت الحق دون تدخل الإرادة رغم وجودها: الربط بين الحق وسلطة الإرادة يستلزم التسليم ان الإرادة لازمة لثبوت الحق، وهذا ما ينفي الواقع فما هو ثابت انه يمكن اكتساب الحق دون تدخل الإرادة، مثل الحق في الحياة و حق الميراث والحق المضرور في طلب التعويض من مسبب اضرر في المسؤولية التقصيرية .

ب-إمكان ثبوت حق الشخص دون علمه:أن هذه سلطة الإرادة التي يبني عليها المذهب الشخصي فرضيته تفرض علم الشخص بالحق الذي يكتسبه، بينما نجد أن الغائب والمفقود قد يكتسبان حقوق قبل صدور حكم من القاضي باعتبار وفاتهما .

ج-إمكان ثبوت حق لشخص معنوي:أن هذا التعريف المبني علي سلطان الإرادة،قد يؤدي لإنكار نشوء الحق للأشخاص المعنوية.

د-الخلط بين نشوء الحق و مباشرته: فالصغير غير مميز قد يصبح مالكا (لعقار أو منقول) لكنه لا ستطيع التصرف فيه،لكونه عديم الإدراك.

ه-الإرادة تستلزم قدرة الشخص علي مباشرة حقه:إن اصطلاح القدرة أو السلطة الإرادية من جانب الشخص يشعر بأن صاحب الحق يستطيع دائما أن يباشر حقه، في حين أن القانون قد ينزع من الشخص هذه القدرة أو يحد منه، كما في حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية.

ب:الحق في المذهب الموضوعي :

يعد"هرنج"من أهم فقهاء هذا المذهب حيث تناوله في كتابه روح القانون ،و إجمالا يعرف أصحاب هذا المذهب الحق بأنه مصلحة مادية أو أدبية يحميها.وقد وجهت له عدت انتقادات نذكر منها:

[1]- محمد حسين منصور،المدخل إلي القانون نظرية الحق، در النهضة العربية القاهرة ط1 1995 م ص 13 .

[2]- محمد شكري سرور ،النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية ط1 1991 ،ص.32

أ-الخلط بين الحق والغاية منه: المصلحة هي الغاية من الحق، وليست هي الحق نفسه والحق هو وسيلة في يد صاحب الحق لتحقيق مصلح.

ب-ليست كل مصلحة تقوم علي حق:المصلحة ليست معيار لوجود الحق فق توجد مصلحة دون ان يوجد حق ،ان لاحتكار السلعة مصلحة لتاجر لكن لا تخول له حق.

ج-الحماية القانونية ليست عنصرا شكليا لا يقوم الحق بدونه:الحماية القانونية هي وسيلة لحماية الحق ،وكما يرى "دابان" انه لا يسوغ القول بأن الحق لا يعتبر حقا لأن القانون يحميه بدعوى، بل ان القانون يحميه لأنه حق.

ج:الحق في المذهب المختلط :

رغبة في تفادي الانتقادات الموجهة للمذهبين السابقين ، حاول بعض الفقهاء أن ينتهجوا طريقا وسطا بين التعرفين ،وذلك لتوفيق بينهما ،فنظروا للحق من كلتا زاويتيه صاحب الحق و زاوية موضوع الحق.

فيعرفون الحق بأنه القدرة الإرادية المعطاة لشخص من الأشخاص في سبيل تحقيق مصلحة يحميها القانون، وتارة أخرى يعرفونه بأنه المصلحة التي يحميها القانون وتقوم علي تحقيقها و الدفاع عنها قدرة إرادية معينة [1].

لم يسلم هذا المذهب من الانتقاد ووجهته له كل الانتقادات التي وجهت لكل وذهب علي حدى بحكم انه أقحم كل عناصر المذهبين من سلطان الإرادة والمصلحة في الحق.

د:الحق في المذهب الحديث:

يعد البلجيكي دابان صاحب النظرية الحديثة في تعريف الحق ،حيث عكف في كتابه "الحق"(Le droit subjectif) 1952 علي دراسة النظريات السابقة وتحليل فكرة الحق و خلص إلي أن جوهر الحق يتمثل في أربعة عناصر،عنصران رئيسيان هما "الاستئثار" و"التسلط" و عنصران مساعدان في تكوين الحق هما "حجية الحق في مواجهة الغير" و "الحماية القانونية"،

ورغم تقدير نظرية دابان من طرف الفقهاء و اعترافهم بمزاياها من حيث ان دابان لم يقع أخطاء المذهبين السابقين ،إلي انهم انتقدوه من حيث[2]:

أ-عدم صواب رائيه حين اعتبر الاستئثار عنصر داخلي في تكوين الحق إلي جانب العناصر الثلاثة الأخرى، لان هذا يعني انه مجرد جزء من معنى الحق بينما هو يمثل كل معنى الحق وهو مرادف له، وكل العناصر الأخرى مترتبة عنه .

ب-اعتباره الحماية القانونية ،عنصرا من عناصر وجود الحق فهي لا تتوفر للحق إلا بعد اكتمال كل عناصره.

ج-فصله بين حماية الغير للحق ،الذي يضع علي عاتق الكافة واجب احترام هذا الحق، وبين وسيلة التي تضمن حمل الغير علي احترام هذا الواجب في حالة الإخلال به،وهو فصل غير منطقي وعديم الفائدة.

---

[1]- علي حسن نجيدة ،المدخل لدراسة القانون دار الفكر العربي ط1 1985 ص 23 .

[2]-محمد سعيد جعفور، مدخل العلوم القانونية دار هومة الجزائر ط2 2001 ج2، ،ص25

ثانيا: تقسيمات الحق

وكما اختلفت تعريفات الحق اختلفت تقسيماته لدى القانونين وسنعرض هذه التقسيمات وفق ما جرى عليه اغلب القانونيين .

أولا: الحقوق غير المالية :

الحقوق غير المالية هي تلك هي تلك الحقوق التي لا تقصد بشكل مباشر تحقيق غايات اقتصادية،بمعنى إنها هي تلك الحقوق التي لا تربط بالمال ارتباطا أساسيا، بحيث لا يكون المال هو المحل الذي ترد عليه ، بل إن القانون يمنحها للشخص من أجل إشباع حاجة معنوية له[1]،ويمكن إرجاع هذا الصنف من الحقوق إلى طوائف ثلاث هي:

أ – حقوق متعلقة بالشخصية:

ب- الحقوق السياسية

ج- حقوق الأسرة:

ثانيا:الحقوق المالية: وهي التي تقوم بالمال وهي نوعين حقوق عينية وحقوق شخصية

1-الحق العيني: هو سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين علي عين محدد بالذات تمكنه من أن يفيد من هذا الشيء علي نحو أو علي أخر، أو هو السلطة القانونية المباشرة المقررة لشخص علي شيء معين بالذات كحق المالكية أو حق الانتفاع أو حق الرهن الرسمي [2]،وبناء علي هذا يمكن استنتاج الحق العيني يتوافر علي عنصرين :الشخص صاحب الحق و الشيء الذي يرد عليه الحق و السلطة لتي يخولها الحق .

2-الحق الشخصي:هو استئثار يقره الشخص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين والاستئثار في هذه الحالة لا ينصب علي شيء معين،إنما هو استئثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة،إنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين[3]، ويتميز الحق الشخصي بجملة من الخصائص:

-ينتج الحق الشخصي واجبا خاصا علي عاتق الملتزم

-يتمثل محل الحق الشخص في عمل أو الامتناع عن عمل يلتزم به المدين وعليه يجوز أن كون محل الحق الشخصي غير معين بالذات و متعلقا بشيء مستقبلي أو معين بالنوع

-الحقوق غير محددة علي سبيل الحصر ' لكنها معروفة المصدر

-أنواع الحق الشخصي :1- الالتزام بعمل :2- الالتزام بالامتناع عن عمل 3- الالتزام بإعطاء شيء

2- فلسفة الحق عند فقهاء القانون الوضعي .

[1]- محمد مسرار نظرية الحق،،دار الكتب العلمي بيروت ط1 2013 ص80.

[3]- المرجع نفسه، ص100.

[3]- علي حسين نجيدة،المدخل لدراسة القانون:نظرية الحق،المرجع السابق ص 75 .

أولا: الحق في مختلف المذاهب الفقهية:

1- فلسفة المذهب الفردي :

أ-طبيعة الحق في المذهب الفردي: ينطلق من أصحاب هذا المبدأ من أن تمتع الإفراد تمتعا كاملا بحقوقهم وحرياتهم يؤدي إلى نمو شخصياتهم وهذا ما يؤدي حتما إلى تقدم المجتمع، أما السلطة فلا يمكنها أن تخلق حقوقا لان الحقوق موجودة قديمة بقدم الإنسان كما أن تدخلها يجب أن لا يكون إلا بالقدر اللازم، لمنع التعارض بين الفرد وغيره من الأفراد، فتدخل الدولة كما يرى "سبنسر" هو أمر مناف لطبيعتها وعليه يجب تمكين الفرد من تنشيط مواهبه وتنمية ملكاته وذلك بالسماح له بالتصرف وفق رغبته فقيام الدولة بأعمال تتعدى مجال الحماية يتنافى مع المبادئ الأخلاقية والتربوية السليمة وذلك انطلاقا من مبدأ الملائمة حيث أن كل شر أو ضرر وفقا لهذا القانون إنما ينجم بسبب عدم ملائمة التكوين للظروف فتدخل الدولة يضعف اعتماد الأفراد على أنفسهم ومن تم فهو يعارض أي تدخل من قبل الدولة بحجة الإسراع بتحقيق التقدم الاجتماعي[1]،فالمفكر الهولندي "كريسيوس" ذهب إلى أن أساس القانون الطبيعي يكمن في الطبيعة البشرية التي تقتضي منه العيش وفقا لغريزته الاجتماعية في مجتمع هادئ منظم وكل ما يفرزه العقل في هذا الاتجاه فهو القانون الطبيعي لذا فهو يدعو بقطع الصلة بين القانون الطبيعي واللاهوت وبين القانون الطبيعي والأخلاق أو الفلسفة لأخلاقية لكاتولكية[2]،فالملاحظ أن أساس القانون الطبيعي هو الطبيعة البشرية و هذا ما يفسر تعريفهم للحق بأنه قدرة إرادية تخول الفرد أو لأفراد القيام أو لامتناع عن عمل معين فجوهر الحق السلطة الإرادية فهي وحدها التي تصنع وتغير وتنهي الحقوق.

ب- الآثار المترتبة على تبني المذهب الفردي للحقوق.:كان لتبني الفلسفة الفردية مجموعة من الآثار على الحقوق نبينها كما يلي :

-ففي الميدان القانوني أصبحت الإرادة مصدر جميع الالتزامات، فالمذهب الفردي تقوم فلسفته على أساس أن الفرد يجب أن تترك له الحرية الكاملة لممارسة ملكاته وقدراته ،وهذا ما يسمى بالمساواة القانونية.

-من الناحية المنطقية الناس وجدوا في الطبيعة أحرار متساويين والمجتمع هو الذي فرق بينهم، فهل منهم سادة وعبيدا وهذا يقتضي أن الإنسان عاش منعزلا في حين أن الشرط الأول للحق هو الاجتماع .

الطابع المطلق للحقوق :غالى في إطلاق الحقوق أو الحريات بدعوى أنها حقوق طبيعية ولدت معه منذ النشأة الأولى أما المجتمع وما يترتب عليه من قيود فعليه لا يعرض قيودا تمنع الفرد من التمتع بحقوقه.

---

[1]- عدنان حمودي الخليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة القاهرة ط2 1975م ص:51.

[2]- علي احمد هنداوي ،فلسفة الحق في المنظورين الإسلامي والوضعي ودور الحقوق المدنية فيها ، مجلة الزرقاء للبحوث و الدرسات ،العدد ،1 2013 الاردن ص :15.

-الصالح العام هو نتيجة المصالح الفردية :فالصالح العام في نظرية هذا المذهب ما هو ألا حصيلة المصالح الفردية وهذا مخالف للطبيعة البشرية التي تقوم في كثير من الأمور على رقابة المصالح بداعي الأنانية [1].

من هنا نقول ان نطاق الحق هو حق خاص فقط لا يعرف معه حق عام ولا حق مشترك لأنهم لو قالوا بالحق العام لكان ذلك هدما لفلسفتهم.

-فصل بين القانون و الأخلاق :ان ترك الأفراد كل واحد منهم يمارس ملكاته وقدراته وصولا إلى مراميه وغاياته يخالف الجوانب الأخلاقية وبالتالي فهو لا يقيم وزنا لأي اعتبار أخلاقي إلا فيما يتعلق بالذات.

-حيازة السلطة من طرف الطبيعة الرأسمالية :أن اعتبار الحقوق طليقة من أية قيود كان منشأه الفكر الاقتصادي حيث استحوذت الطبقة الرأسمالية على مقاليد السلطة السياسية لتدبير شانها الاقتصادي ،فالحكومات ليست لها أكثر من إعطاء مصداقية رسمية على الحقوق التي تنبع من الرغبات الفردية للناس،الذي يعيش كل منهم مع الأخر فعلى الدولة تترك الفقير يعاني من شطف العيش ويكابد الحرمان إلى يستطيع أن يكيف نفسه مع الظروف التي يعيش فيها [2].

2: فلسفة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي :

بسبب الأزمات التي تفاقمت من جراء تطبيق المذهب الفردي على مستوى البناء الفكري والمتمثل في عدم سلامة أصول الإيديولوجية التي بنيت عليه أو على مستوى تطبيقها في الواقع في تردي الأوضاع لاقتصادية والاجتماعية والسياسية كان من الضروري بروز فكر جديد مبني علي نقد مبدأ الحرية الفردية ومفاهيم الحق الطبيعي فكان الفكر الذي يقوم على اعتبار المجتمع والتضامن الاجتماعي ولولاه لما كان أي معنى لمفاهيم الحقوق والالتزام.

[1]- فتحي الدريني ، حق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق ص:42.

[2]- عدنان حمودي الجليل ، نظرية الحقوق والحريات ،المرجع السابق العامة ص:71.

1-طبيعة الحق في مذهب التضامن لاجتماعي :

أ-أساس فكرة الحق في مذهب التضامن الاجتماعي:يري "ديجي" أن الحياة الاجتماعية حقيقة طبيعية أولية وجدت مع جود الإنسان هذه الحياة الاجتماعية تقوم على قاعدة التضامن الاجتماعي التي تقوم بدورها على دعامتين أساسيتين[1]:

-التشابه بين الأفراد في الميول والأحاسيس والحاجات مما يفترض عليهم العيش سوية ضمن رابطة مشتركة وهذا ما يسميه ديجي بالتضامن بالتشابه.

-التباين في القدرات بين الأفراد وتنوع حاجاتهم يقتضي تبادل الخدمات فيما بينهم إشباعا لحاجاتهم وهذا ما يسميه بالتضامن بتقسيم العمل .

والذي شهد به الواقع أن الإنسان كائن اجتماعي طبيعته العيش في جماعة يتضامن أفرادها لإشباع حاجاتهم فعليه إذا أن يمتنع عن أي عمل يخل بهذا التضامن،ويحرص على انجاز كل فعل يؤدي إلى صيانته وتنقيته فمصلحة الجماعة هي أساس القانون والفرد مسخر لخدمة مصالحها [(2)].

فالحقوق إذن من الجماعة والى الجماعة وليس للفرد حظ فيها أصالة فهي تدور مع التنظيم الاجتماعي والاقتصادي والسياسي فهي مجرد اختصاصات أو وظائف اجتماعية تكون سببا في تكليف الشخص بالتزامات ايجابية وسلبية يتحتم عليه أداؤها في سبيل تحقيق التضامن الاجتماعي أو الصالح العام [(3)]فنخلص إذن إلى أن دور السلطة السياسية الحاكمة يقتصر على اكتشاف القاعدة القانونية وتدوينها وإعطائها الشكل التشريعي الملائم فإذا تجاوزت هذا الدور كانت أفعالها غير شرعية.

ب-نقد مذهب التضامن الاجتماعي :وجهت لمذهب التضامن الاجتماعي مجموعة من الانتقادات :

-إلغاء فكرة الحق وتحويلها إلى مجرد وظيفة اجتماعية : ألغى هذا المذهب فكرة الحق وحولها إلى مجرد وظيفة اجتماعية أو مركز قانوني، وجعل من أصحاب الحقوق موظفين عاملين موكلين باستعمالها على وجه يحقق الخير المشترك دون نظر إلى مصلحتهم الذاتية.

-سوى هذا المذهب بين الحق والرخصة فكلاهما تمنحه الجماعة لأداء الواجب ولاشك ان هناك فرقا واضحا بين الحق والرخصة فإذا كانت الرخصة هي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة فالحق يقوم على أساس من عدم التساوي بين مراكز الأفراد فيختص صاحب الحق بمركز ممتاز يتفرد به دون غيره من الناس .

هذا الفرق بين الحق والرخصة لم يعرفه المذهب الموضوعي باعتبار انه كلاهما منحة من الجماعة لأداء الواجب .

-قهر جميع الأفراد المكونين للمجتمع وذلك باستعمال القوة المفرطة.

---

[1] المرجع نفسه ص 119.

[2]- فتحي الدريني ،الحق ومدى يلطان الدولة في تقيده، المرجع السابق ،، ص 119.

[3]-المرجع نفسه ص 46

-اعتبار القيم الخلقية خارجة عن النظام القانوني فسلموا لذلك بالفصل التام القانون والأخلاق وبين القانون والسياسة.

ثانيا التعسف في استعمال الحق عند الفقهاء القانونيين.

1-: ظهور فكرة التعسف في استعمال الحق :

التعسف في استعمال الحق في القانون الروماني: لم تظهر هذه الفكرة بشكلها المتكامل في هذا العصر بسبب أن فقهاء القانون الروماني كانوا يرون أن العدالة أساس القانون وان القانون فيه الخير والعدالة لذا لا يمكن أن يتضمن نص قانوني ما يتنافى مع حسن الذوق،ولا يمكن أن ينطوي علي ما يتنافر مع ما تستلزم طبائع الأشياء[1]، فقد كان التشريع الروماني الأصلي متشبعا بروح الفردية فلصاحب الحق أن ينصرف بحقه كيفما شاء وبأي صورة شاء دون قيد أو شرط .

ونتيجة لتعقد الروابط الاجتماعية بدأت تظهر أفكار تعبر عن شجب التعسف ففي مجال الأسرة تدخل المشروع لحماية العبيد من سيده كما شهدت السلطة التي كان يتمتع بها الأب على بناته تقييدا على توالي الأيام ومن ذلك عدم السماح بنبذ لابن أو ببيعه إلا في حالة الضرورية كان يعدو الأب في حالة من الفقر المدفع.

التعسف في استعمال الحق في القانون الفرنسي:فقد أجمع شرح القانون الفرنسي القديم علي الحد من حق المالك وعلي استنكار تعسفه في استعمال ملكه، وطبقت المحاكم التي كانت تعرف باسم البرلمانات التي قضت بأنه ليس لأحد إبان قيامه بعمله أو صناعته إن يعطل عمل جيرانه أو يجعل سكنهم في منازلهم غير محتملة[2].

بعد الثورة الفرنسية انطمست فكرة التعسف بناء علي تبنى هذه الأخير للفكر افردي وقيامها علي أساس الحرية المطلقة، غير إن هذه النظرية فرضت نفسها بواسطة القضاء الذي اخذ دور الرقابة علي حرية الأفراد وذلك من خلال أحكام نصت علي وجوب منع الحقوق الفردية التي تؤدي للأضرار بالغير،منها ما قضت به محكمة الاستئناف في قضية "كولمار" (1855) حين أدانت مالكا أقام مدخنة حجبت النور عن جاره ،وهذه التطبيقات القضائية دفعت بالمشرع الفرنسي إلي تجسيدها بنصوص قانونية لا تفرض مبدأ قانونيا عاما بل بتطبيقات قانونية خاصة.

ج-نظرية التعسف في الفقه الحديث:بدأ الفقه القانوني أواخر القرن التاسع عشر-بعد أن مهد له القضاء- يتجه إلي التقريب بين الترعتين المتضادتين ويقم التوازن بينهما فكانت نظرية التعسف في استعمال الحق مظهرا لهذا التوازن مما يؤكد ارتباط نظرية التعسف بالحق و غايته أو بمدى استعماله [3].

إلى أن البعض ناهض هذه النظرية علي أساس أن من يستعمل حقه لم يأتي فعلا خاطئ و منهم "بلانيول" و"إسمان" الذي يرى أن قيام المسؤولية التقصيرية علي التصرف لا تقوم علي أساس نية صاحب الحق عند

---

[1]- رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح القانون المدني ،الدار الجامعية ، بيروت ط2 .1985. ص647.

[2]-زيد قادري ترجمان ،نظري التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في حقل المكلية العقارية،دار السلام القاهرة ط1 2009 ، ص22

[3]- فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، المرجع السابق ص309.

استعماله بل علي ركن الخطأ ،ورغم كل الآراء المناهضة لنظرية التعسف إلي ان فقهاء القانون اجمعوا علي انه يجب تقيد الحق بما تقتضيه مبدأ العدالة وقواعد الأخلاق.

2-**طبيعة التعسف في القوانين الغربية**:لقد كان لاختلاف الفقهاء في نظرهم للحق اثر واضح في نظرهم لطبيعة التعسف فكانت جملة من الآراء نورد منها :

أ-التعسف وتجاوز الحق: الحق ينتهي حيث يبدأ التعسف ، وهذا ما أكده "بلانول"،هذا الاتجاه تعرض للنقد حيث اعتبر "جوسران" ان فكرة التعسف تحمل معنى أخر غير التجاوز ،إذ ان استعمال الحق قد لا يخرج عن حدود الموضوعية إلا انه يتناقض مع القانون دون نية خبيثة أو كان استعماله دون مصلحة مشروعة.

ب- التعسف والخطأ: يتزعم هذا الاتجاه كل من "مازو" "وهنري" و يريان ان التعسف ينبغي ان يظل داخل المسؤولية التقصيرية فعلى الشخص ان يعمل بعناية وبطريقة يتحاشى بها الإضرار التي تصيب الغير .

قد لقي هذا الاتجاه كسابقه انتقادا كبيرا ان الخطأ لا يمكن ان يستوعب جميع حالات التعسف فهو يسبق العمل في كل الأحوال بينما الخطأ هو عنصر داخل مضمون ذاته فقد يتخذ صاحب الحق كل الاحتياطات ومع ذلك يؤدي استعماله لحقه إلى إضرار تصيب الغير.

ج- التعسف و نية الإضرار:تزعم هذه النظرية الفقيه الفرنسي "جورج ريبير" وقوامها إن صاحب الحق لا يكون متعسفا إلا إذا قصد الإضرار إما إذا اشتط في استعمال حقه دون ان يكون قاصدا الحلق الأذى بالغير فلا يعد متعسفا ولا يلزم بإزالة الضرر هذه النظرية تقتصر على المعيار النفسي وهو معيار قاصر لا يشمل جميع حالات التعسف [1].

د-التعسف ومبادئ النظام العام والآداب العامة :يذهب إلي هذا الفكر الأستاذ "سالي" حيث رأى أن التعسف هو الانحراف بغاية الحق بالنظر إلى هدفه الاقتصادي والاجتماعي وهذا ما يجعل فكرة التعسف تتصل بالأخلاق عند استعمال الحقوق فتوجد بجانب المشروعية مشروعية أخلاقية فمعيار التعسف حسب هذا الاتجاه هو اللاخلاقية و لقيت فكرة سالي الرفض بما أنها تدخل الأخلاق في مجال القانون[2] .

الفرع الثاني :المقارنة بين تقسيمات عند الفقهاء والقانونيين للحق

خص القانونيين نظرية الحق بمجموعة كبيرة من التقسيمات هدفها هو بيان الحق لذا نظروا إليه من زوايا متعددة فنتج عندهم تقسيمات عدة .

يقول الشيخ علي الخفيف :فقسموه بالنظر إلى معناه وبالنظر إلى من يطلب منه وبالنظر إلى موضوعه وبالنظر إلى ثمرته وبالنظر إلى وجوده واستقلاله فتكشف مواضعه المتعددة وظهرت معانيه المتنوعة وثبتت ثمراته

[1] - زيد قادري ترجمان ،نظري التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في حقل المكلية العقارية ص109.

[2] - المرجع نفسه ص78.

المختلفة[1]. في حين نجد ان الفقهاء اتجهوا لتقسيم الحق اتجاها عمليا يهدف لبيان الأحكام وتفصيلها وركزوا من خلال استقرائهم الحقوق على تقسيم الحق بالنظر لصاحبه إلى حقوق الله وحقوق العباد وحقوق مشتركة .

-ثانيا :نظرة الفقه الإسلامي نظرة أوسع شمولا من نظرة القوانين الوضعية إذ يدخل فيها ما هو دنيوي وأخروي بخلاف القوانين الوضعية فهي لا تعالج ولا تهدف إلا النظام العام في القوانين الوضعية فالحقوق في الفقه الإسلامي منها ما هو حق الله عز وجل وهذا لا يمكن أن ينطبق على أحكام النظام العام وبالتالي يظهر الفرق بين الحقوق من منظور إسلامي ومن منظور وضعي .

-ثالثا :يظهر أن كثير من الفقهاء المعاصرين قبل بالتقسيمات الغربية للحق وادمجها في الفقه الإسلامي باعتبار أن الفقه الإسلامي قد يقبل بها فهذا الشيخ الخفيف يقول :"ومن تم فان الفقه الإسلامي لا يتنكر لهذه القسمة وان لم يولها عناية وان كان الفقه الإسلامي لم يشر إلى هذه الأنواع و لم يعرض لهذه القسمة فانه مع ذلك فقد عرف هذه الأنواع بأسماء أخرى، و لم يغفل بان أحكامها غير موجودة تحت عنوان واحد في مواضع متفرقة [2]. في حين نجد البعض الأخر يرفضها البتة هذه التقسيمات وان أدمجت في الفقه الإسلامي فهي ليست منه وإنما استعيرت من القوانين الغربية.

-رابعا :تقسيمات الحق في النظر القانوني كان لها الدور الكبير في الصياغة القانونية والترتيب والتنويه بخلاف الفقه الإسلامي فانه قام على تعداد وسرد ومصادر الحقوق بطريقته الخاصة القائمة على استعراض تصرفات الإنسان وأفعاله عناية منهم بفروع الأحكام [3].

-خامسا :تجدر الإشارة إلى ضرورة إعطاء المصطلح الفقهي والقانوني مكانتهما البارزة وضرورة البحث عن أوجه الخلاف والاتفاق بينهما فبعض المصطلحات الفقهية لا يمكن استعارتها من القانون وخير مثال نذكره في هذا الباب مفهوم "الرضائية" في العقود فالذي اشترى عقارا من صاحبه و لم يسجله لا يصبح له قبل التسجيل أي حق عيني عليه وإنما حق شخصي بمقتضاه يمكن مطالبة المدين بشغل الملكية بالتسجيل فلو غصب العقار غاصب قبل التسجيل فليس للمشتري حق تتبع هذا العقار في يد الغاصب بل له مطالبة المدين الأصلي بحوزة في نقل الملكية

وفي أحكام الشريعة وإتمام العقود تكون بأي صيغة تدل على رضا المتعاقدين[4].

---

[1] –علي الخفيف ،الحق والذمة وتاثير الموت فيها دار وهبة القاهرة ط1 1945 ص106

[2] - المرجع نفسه ص 106

[3] - محمد مسرا ، نظرية الحق، المرجع السابق ص 104

[4] – عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه ج1 المرجع الأسبق ض 117

المبحث الثاني:حقوق الأسرة بين الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.

بعد أن بين في المبحث الأول أسس نظرية الحق في الفقه الإسلامي وعرضنا بعض الفروق بين الحق عند فقهاء والقانوني نحاول في هذا المبحث إسقاط نتائج هذا المبحث علي المنظومة الحقوقية للأسرة من خلال مايلي :

المطلب الأول :حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : مقاصد الأسرة وأساس حقوقها

الفرع الثاني :خصائص حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: حقوق الأسرة عند فقهاء القانون

الفرع الأول :ماهية حقوق الأسرة عند فقهاء

الفرع الثاني : حقوق الأسرة في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول :حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول : مقاصد الأسرة وأساس حقوقها

أولا: مقاصد الأسرة :الأسرة هي اللبنة الأساسية للمجتمع ولهذا فهي تحظى باهتمام كبير في الفقه الإسلامية حيث جاءت النصوص لتساعدها علي تأدية دورها و تحميها من الفساد، مما يخول لها حقوق و يسلط عليها واجبات ،فحقوق الأسرة و واجباتها تعدان ركيزتان لاستقرار هذا البناء والحفاظ عليه.

وبطبيعة الحال تعد الأسرة هي المجال الخصب لمقاصد الشريعة في حفظ الكليات الخمس،و لهذا فالكلام عن حقوق الأسرة ي الفقه الإسلامية لا يخرج عن أيطار الحديث عن مقاصد الشريعة ككل بحكم إن الأسرة هى الوحدة الاجتماعية الأساسية التي تتجسد فيها أركان المجتمع ومقومات بنائه وقوة المجتمع وتماسكه رهن بقوة العلاقات الأسرية وتماسكها وهي في الإسلام تقوم على مبادئ وقيم حاكمة وفق منظومة من الآداب والتشريعات،ولقد أجاد الدكتور جمال الدين عطية حينما فصل الكلام عن المقاصد العامة للأسرة وجعلها سبعة أقسام وهي[1]:

المقصد الأول :تنظيم العلاقة بين الجنسين.

المقصد الثاني :تحقيق السكن والمودة والرحمة.

المقصد الثالث :حفظ النسل .

المقصد الرابع :حفظ النسب.

المقصد الخامس:حفظ التدين في الأسرة.

المقصد السادس :تنظيم الجانب المؤسسي للأسرة .

المقصد السابع :تنظيم الجانب المالي للأسرة.

[1]– جمال الدين عطية ، نحو تفعيل مقاصد الشريعة ،دار الفكر دمشق ط1 2001 ص148

ثانيا :أساس حقوق الأسرة في الشريعة الإسلامية :

و لتحقيق هذه المقاصد منح الأفراد مجموعة من الحقوق ارتكزت علي قواعد ثابتة تستمد نظريتها علي أساس فكرة فلسفة الحق :التي سبق وان رائنا أنها تقوم علي أن الحق منحة من الله،و وسيلة لتحقيق مصلحة .وعليه تسأل عن تأثير هذه الأساس في بناء المنظومة الحقوقية للأسرة في التشريع الإسلامي ؟

1-: **حقوق الأسرة منحة من الله:**سبق ورائينا ان الحق في الفقه الإسلامي ليس وليد العقل والواقع انما هو منحة من الله عز وجل ،فالحكم الشرعي هو أساس الحق ومصدره و هذا من خلال ما له من بعد عقدي وبعد أخلاقي في مجال حقوق الأسرة.

أما البعد العقدي فالمقصود به تلك العلاقة التي تربط بين أفراد الأسرة وما ينجم عنها من حقوق تقابلها واجبات هي في حد ذاتها حقوق لطرف الأخر، تستلزم الوفاء طمعا في الثواب وامتثالا لأمر الحق ،فقد وصف الله عز وجل العقد الذي تقوم عليه الأسرة بالميثاق الغليظ ،قال تعالى : ﴿**وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا**﴾ [1].

وقد حذر المولى عز وجل من الاعتداء علي هذه الحدود في كثير من الآيات ومن ذلك قوله تعالى : ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ**﴾ [2] .وحدود الله استعارة للأوامر والنواهي الشرعية بقرينة الإشارة شبهت بالحدود التي هي الفواصل المجعولة بين أملاك الناس لان الأحكام الشرعية تفصل الحلال والحرام والحق والباطل وتفصل بين ما كان عليه الناس قبل الإسلام وما هو عليه بعده[3].

و هذا الجانب العقدي في حقوق الأسرة يكفل الالتزام الطوعي للمكلف النابع من الرضا مرجاتا لثواب و الجزاء الأخروي، والرقابة الإلهية التي هي سمة العلاقة بين الأفراد في المجتمع الإسلامي هي التي تضفي علي الأسرة نوع من الاحترام المتبادل والالتزام بأداء الوجبات اتجاه كل أفراد الأسرة .

وهذا البعد العقدي يكفل معه بعدا أخلاقيا ، فلقد أحاط الإسلام الأسرة بسياج من القيم الأخلاقية لتسهم في بناء وتنمية معاني التضحية والعطاء والإخلاص في العلاقات الأسرية،ولهذا لا يجوز لصاحب الحق ممارسة حقه إلا في إطار الفضيلة الأخلاقية، فأحكام الأسرة المتجسدة في أحكام الصداق والنفقة والحضانة وغيرها يمكن التنازل عنها من أصحاب هذا الحق حفاظا علي كيان الأسرة ككل و استقرارها ، حيث يتجلى بشكل واضح ان الجانب الأخلاقي في حقوق الأسرة يحد من النظرة الفردية بما فيها من أنانية ينجم عنها نوع من التعسف وتكريس الروح المادية و تجاهل البعد الاجتماعي و مصلحة الأسرة ككل .وهذا ما يوافق ا راءيناه سابقا من ان المنهج الإسلامي منهج مزدوج يراعي المصلحة الفردية و الجماعية معا.

---

[1]-سورة النساء ، الآية 21 .

[2]- سورة البقرة، الاية 229 .

[3]-الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير ، المرجع السابق ج2 ص318

2- الاجتهاد كمصدر لحقوق الأسرة :أن الحكم الشرعي سواء كان منصوص عليه أو مستنبطا عن طريق الاجتهاد هو أساس الحق و مصدره ، الأمر الذي طرح إشكاليا حول فتح باب الاجتهاد في مجال حقوق الأسرة.، ولهذا فالاجتهاد يعد من أهم مصادر حقوق الأسرة .

تعريف الاجتهاد :

الاجتهاد في اللغة هو افتعال من الجهد وهو بفتح الجيم الطاقة والمشقة وبضمها الوسع والطاقة فالاجتهاد إذا بدل الوسع وإستفراغ الطاقة في تحصيل فعل من الأفعال التي تحتاج غالى كلفة ومشقة[1] .

أما في الاصطلاح فقد اختلف تعريف الأصوليين اختلافا بينا فعرفه "الامدي" بأنه إستفراغ الوسع في طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية على وجه يحس من النفس العجز عن المزيد فيه"[2].

وعرفه ابن الهمام بأنه بذل الطاقة من الفقيه في تحصيل حكم شرعي عقليا كان أو تقليا قطعيا كان أو ظنيا [3].

ورغم ما يبدو من اختلاف بين التعريفين إذ قيد الامدي الاجتهاد في تحصيل الظن بحكم شرعي وجوزه ابن الهمام في الأحكام القطيعة إلا انه وبتمحيص النظر يظهر ان لا خلاف بينهما اذ المقصود بالأدلة القطيعة الشرعية أدلة استدلالية لا ضرورية فالحكم القطعي لا يجوز تأويله ولا تعطيله ولا إلغاؤه وذلك باتفاق كلمة الأصوليين على نقض الاجتهاد عند مخالفة القاطع وانه لا اجتهاد في القطيعات ،كما يظهر من خلال التعريفين اهتمامها بفقه النص دون الإشارة إلى فقه الواقع .

3- حقوق الأسرة وسيلة لتحقيق مصلحة:

أ-المصلحة المقصودة في حقوق الاسرة :

المصلحة في اللغة:ضد المفسدة يقال أصلح أي أتى بالصلاح وهو الخير و الصواب وفي الأمر مصلحة أي خير[4].

وفي الاصطلاح:عرفها الغزالي :أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة ولسنا نفتي به ذلك فان جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكنا نعتني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو ان يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة[5] و الاجتهاد نوعان اجتهاد في فهم النص و اجتهاد تنزيل النص علي الواقع

ب- ضوابط المصلحة :

[1]-ابن منظور،لسان العرب ج المرجع السابق3 ص 133

[2]-علي بن محمد الامدي،الأحكام في أصول الأحكام ، ،دار الكتاب العربي،بيروت ط3 1983 ج4 ص 169

[3]-المرجع نفسه ص 179

[4]-ابن منظور،لسان العرب المرجع السابق ، ج2 ص 517 .

[5]- أبو حامد محمدا لغزالي ،المستصفى ،دار الكتب العالمية،ط1 1993 ج2 ص 140-139

أ-أدراجها في مقاصد الشارع :بحيث لا يجوز لها مخالفة مقاصد الشارع سواء أكانت المخالفة أصلية أو تبعية نائجة عن سوء القصد .

ب-عدم معارضتها للنص :يجب ألا تعارض نصا قطعيا يقول الشيخ أبو زهرة :"ان المصلحة ثابتة حيث وجد النص فلا يمكن أن تكون هناك مصلحة مؤكدة أو غالبة والنص قاطع يعارضها" [1].

أما النص الظني فيكون الاجتهاد فيه قائما على حصر كل تلك المعاني والأحكام وتحديد أقربها إلى المراد الإلهي وانسبها للمصلحة المشروعة ولا يجوز قطعا أن تعارض المصلحة جميع مدلولات النص الظني لان معارضة كل مدلولات النص الظني كمعارضة النص القطعي تماما.

ج-عدم معارضتها للإجماع :يعتبر الإجماع القطعي كالنص القطعي في دلالته على حكمة وبالتالي لا يجوز للمصلحة مخالفته أما ذا كان ظنيا أي مبنيا على أحكام متغيرة بتغير الزمان والمكان ومبنيا على مصلحة ظرفية لم تثبت أبديتها وبقاؤها فانه خاضع للتبديل والتغيير بموجب المصلحة الحادثة.

د-عدم معارضتها للقياس:بين القياس والمصلحة عموم وخصوص فكل قياس هو مراعاة للمصلحة وليس كل مراعاة للمصلحة قياس .لذا لا يجوز للمصلحة مخالفة القياس .

ه-عدم تفويتها لمصلحة أهم منها أو مساوية لها

ج- الحقوق الممنوحة للإفراد وسيلة لتحقيق مصلحة الأسرة:أن الحكم الشرعي الذي تستمد منه حقوق الأسرة مشروعيتها يعتمد علي الموازنة بين مصالح الفرد والجماعة بل يجعل مصلحة الجماعة أولى من مصلحة الفرد إذا تعارضتا ،ومن أمثلة قوله تعالى : ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا** ﴾ [2].فهذا الخطاب القرآني المطرد في شؤون الأسرة لجماعة المسلمين وليس لأفراد الأسرة يدل على أن في أحكام الأسرة مقصدا اجتماعيا.

وحقوق الأسرة تتميز عن غيرها بأنها حقوق غيرية أو وظيفية غايتها تحقيق مصلحة الأسرة لذا فالشرع حينما أناط الحقوق ببعض الأفراد دون بعض قيدها بضابطين :

أ-**تحقيق مصلحة الأسرة** :ذلك بان منح الحقوق لبعض الأفراد دون بعض غايته مصلحة الأسرة ،وكل استعمال لا يروم يعتبر لاغيا فحق التأديب على سبيل المثال حق للأب على طفله لذا فهو مأمور برعاية الأصلح له يقول الإمام الشاطبي : إن الأب في طفله أو الوصي في يتيمة أو الكافل في من يكفله مأمور برعاية الإصلاح له[3].فإذا ما ستعمله بشكل يؤدي إلى الإيذاء والإيلام فقد تعسف، فيه يقول الأستاذ فتحي الدريني :"فهو حق

[1]- أبو زهرة ،أصول الفقه ،دار الفكر القاهرة ط1 1973 ، ص395

[2]- سورة النساء ،الآية 35.

[3]- الشاطبي ،الاعتصام ،المرجع السابق ،ج2 ص122.

لم يتقرر ميزة للأب لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية وإلا كان متعسفا ومنحرفا عن الغاية التي من اجلها منح هذه السلطة وإنما تقرر من اجل مصلحة الأولاد أنفسهم [1].

ب–عدم الإضرار :إن استعمال الحقوق بنية الإضرار هو عين التعسف لذا فقد نهى الشرع عنه وحذر منه وبما أن مجال الأسرة من أكثر المجالات التي قد يظهر فيها ذلك نتيجة للاحتكاك اليومي ونقص الوازع الديني فقد نهت كثير من الآيات عن استعمال الحقوق فيها بنية الإضرار ومن أمثلة ذلك قوله تعالى : : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [2].

و هذا ما نلمسه في كثير من الأحكام الشرعية التي تمس حقوق الأسرة كالولاية مثلا فإذا كانت الولاية حقا شرعيا منحها الله تعالى لفئة هم أقارب المرأة المؤهلون لذلك فان منع موليته من الزواج بمن ترغب فيه دون سبب مشروع يعتبر إضرار عظيما بها لذا جاز لها ان ترفع أمرها للسلطان ليدرأ عنها ذلك .

ثالثا:سلطة ولي الأمر في تقيد حقوق الأسرة:من المسلم به ان غرض الشرع هو بناء أسرة مستقرة متوازنة تقوم بوظيفتها الحضارية ، وذلك من خلا منح أفرادها حقوقا وألزمهم بممارستها وفق ما يحقق مصلحة الأسرة إلا أن تضارب المصالح وتعارضها قد يهدد كيانها ويعرضها للانحلال ، وفي أحكام الفقه الإسلامي للدولة (ممثلة في ولي الأمر) صلاحية رعاية شؤون الأمة وأمر الرعية بطاعتها فيما لا يخالف أمرا شرعيا فيصبح حينئذ تدخل ولي الأمر واجبا وذلك بغرض التوفيق بين الحقوق وقد يؤول الأمر إلى تقييدها والحد من بعض صلاحياتها بهدف تحقيق استمرارية الأسرة واستقرارها .

أ–سلطة ولي الأمر في تنفيذ أوامر الله:ترتبط ارتباطا وثيقا بالأحكام الشرعية وتتجلى في القيام على حقوق الناس وشؤونهم ومصالحهم من خلال تطبيق شرع الله وإقامة فرائضه والعدل بين الرعية وإقامة الحدود لذا نقول أن سلطة ولي الأمر تتجلى في تنفيذ أوامر الله عز وجل[3] .

ب–سلطة ولي الأمر في تقيد المباح :وهي سلطة تقديرية يعمل بها لتدبير شؤون الأمة بما يحقق مصلحتها وهي محصورة في الأحكام التي لم يرد بشأنها نص خاص أو ورد فيها نص خاص معلل ومبني على مصلحة متغيرة كما فعل عمر رضي الله عنه في سهم المؤلفة قلوبهم .

وبما أن الأصل في ممارسة الحقوق هو الإباحة إلا ما استثناه الشرع فان من حق ولي الأمر تقييد هذا المباح إذا كان يفوت مصلحة عامة أو يحدث ضررا عاما وذلك بشروط معينة منها [2]:

–أن تكون الحالة الملجئة حقيقية وليست مفتعلة .

–أن لا يكون هناك طريق أو مخرج يحقق المراد به غير هذا التقييد أو الإلزام فان كان ثم طريق أخر أو مخرج غيره لم يجز اللجوء إليه .

---

[1]– فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطة الدولة في تقيده، المرجع السابق ص173.

[2]– سورة البقرة الآية 232

[3]– محمد مسرار ، نظرية الحق ، المرجع السابق ص173.

- ان تكون المصلحة عامة .

وخلاصة القول فان لولي الأمر الحق في تقييد حقوق الأسرة بشروط وضوابط منها :

1- ان لا يكون حكم هذا الحق قطعيا بل يجب ان يكون اجتهاديا .

2- ان يدخل في حكم المباح بشرط توافر الشروط التي سبق الإشارة إليها .

الفرع الثاني :خصائص حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي :

حرصت الشريعة الإسلامية علي وضع الأسس التي تقوم عليها الأسرة ، و إحاطتها بمجموعة من التعاليم والتوجيهات حتى تدعم بنيتها وقوامها وتستطيع هذه الخلية الأساسية في المجتمع، ان تصمد في وجه مستجدات الحية وما يعترضها من عقبات ،وإحاطتها بجملة من الخصائص لتجنبها الانغماس في الانحلال والفوضى فتميزت العلاقة الحقوقية بين أفراد الأسرة بي :

1-**العدل**: يقول ابن القيم :"فإن الشريعة مبناها،وأساسها على الحكم و مصالح العباد في المعاش و المعاد،وهي عدل كلها و رحمة كلها و مصالح كلها فكل مسالة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة الى ضدها وعن المصلحة غلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن دخلت فيها بالتأويل"[1].

فقد أعطت الشريعة لكل فرد من أفراد الأسرة حقوقا تعينه علي أداء واجباته داخل الأسرة وفي المجتمع ككل،بما يتوافق ودوره فيهما،فقد أعطت لكل ذي حق حقه من أفراد لأسرة بشكل يضمن قدرا كبيرا من المساواة علي أساس التكامل لا علي أساس التطابق و التماثل مما يجعل التوازن في هذه الحقوق أمرا ظاهرا جليا فما من حق لأحد أقطاب الأسرة الا ويقابله حقله للقطب الأخر ،فالعدل مقصدا في جميع أحكام الشريعة التي تنظم العلاقات الأسرية ، وهذا سعيا للحفاظ عليها وعلي استقرارها.

2-**المساواة**: و الشريعة الإسلامية منذ البداية جعلت المساواة أصلا لها فألغت الفوارق بين الناس سواء علي أساس اللون أو الجنس أو العرق وجعلت المعيار الوحيد لتفضيل حو التقوى والعمل الصالح ، فالإسلام لم يقم التفرقة بين الرجل والمرأة فقد سوى بينهما في المسئولية والجزاء في الدنيا والآخرة. وهذا مبدأ صريح في القرآن طبقا لقوله تعالى:﴿مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أو أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً ۖ وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾[2].

والمساواة في الإسلام بين الرجل والمرأة تتجلى في حق كل منهما في التعليم والزواج والعمل والتجارة والوظيف وسائر الأعمال المشروعة لا فرق في ذلك بين رجل وامرأة أبي وأسود غني وفقيروفي باب العمل كانت أسماء بنت أبي بكر تخدم الزبير خدمة البيت كله وكانت تسوس فرسه وتعلفه وكانت تسقي الماء وتحمل النوى على رأسها من أرض له على ثلثي فرسخ، بل لقد اضطلعت المرأة المسلمة ببعض شؤون الحرب فلم تخل غزوة من غزوات الرسول ﷺ إلا وكان النساء يقمن بمساعدة الرجال وبإسعاف الجرحى و من بين هؤلاء من حفظ لهم

[1]-ابن القيم الجوزية ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ج3 ، المرجع السابق ص149.

[2]- سورة البقرة الآية 232 .

التاريخ مواقف خالدة كالسيدة أمينة بنت قيس الغفارية التي أكبر الرسول ﷺ حسن بلائها في غزوة "خيبر" فقلدها ما يشبه أوسمة الحرب في عصرنا.

فهذه المساواة التي أقامها الإسلام بين الرجل والمرأة لم تستطع القوانين الحديثة رغم رقيها أن تضمن للجنسين مبدأ المساواة بشكل نزيه ،فالشريعة أصل المساواة في حقوق الأسرة علي النحو الذي يحقق مصلحتها ،فنظرت إليه نظرة مغايرة لا تقوم علي المماثلة التامة و المطابقة بل تقوم علي أساس التكامل وتوزيع الأدوار ، وذلك أن المساواة المقصودة ليست مطلقة بل هي مقيدة بأحوال يجير فيها التساوي [1].

3-**التقابل**:ان التقابل في الحقوق و الواجبات بين أفراد الأسرة سواء بين الزوجين أو الآباء والأبناء يعد منهجا أصيلا في الشريعة الإسلامية ،فلتحقيق مصلحة الأسرة شرع الإسلام مجموعة من الحقوق المتقابلة ،فما من حق يمنح إلا وقد أوجب عليه واجب،هذا المنهج الأصيل في النظر للحقوق يجعل الفرد فيه يعطي بقدر ما يأخذ فكما فرض الله عز وجل حقوقا للزوجة فرض سبحانه للزوج حقوقا في عنق زوجته يستقيم بها حقه وتسير بها الحياة الزوجية ،وإنما المراد من الحقوق المتبادلة وأنها ،كفاء،فما من عمل تعمله المرأة للرجل إلا و الرجل عمل يقابله لها إن لم يكن في شخصه فهو مثله في جنسه [2].

3-التقييد:يعتبر الفقه مقيدا ببلوغ المصلحة الشرعية وبعدم التعسف والمتتبع لحقوق الأسرة يجدها بالإضافة إلى ذلك مقيدة باشتراط الشروط وبالعرف وفق ما سيأتي ذكره.

أ-تقييد حقوق الأسرة بالشروط :يراد بأنواع الشروط أصناف الشروط المفتقرة لعقد النكاح ولفقهاء المذاهب أقوال وتقسيمات متعددة لأنواع الشروط يمكن إجمالها في ما يلي[2]:

-اتفاقهم على صحة الشروط الملائمة لمقتضى العقد أو المؤكدة له ووجوب الوفاء بها كاشتراط حسن العشرة وبذل النفقة وتعجيل المهر.

- اتفاقهم على بطلان الشروط التي تخالف الشرع وتنافي مقتضيات النكاح ومقاصده وانه لا يوفى بها كعدم الإنفاق على الزوجة وعدم التوارث بين الزوجين .

- اختلافهم في صحة الشروط التي لا تنافي العقد ولا يقتضيها لكنها تحقق منفعة لأحد العاقدين كان لا يتزوج عليها ا وان تخرج من بيتها متى شاءت فأجاز الحنابلة كل الشروط التي لم يرد نهي عنها من الشارع ويرى الأحناف أن الأصل فيها هو عدم الالتزام حتى يقوم دليل من الشرع على الالتزام بها بينما ذهب المالكية إلى كراهتها مع استحباب الوفاء بها وتأسيسا على هذه التقسيمات يمكن أن نقسم الشروط إلى قسمين رئيسيين: قسم مباح ويدخل تحت مسمى الشروط الصحيحة وقسم غير مباح ويدخل تحت مسمى الشروط الفاسدة

[1]- عبد السلام فيغو، المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق و الالتزامات في الإسلام،دار القلم بيروت ،ط1 2005 ص 15

[2]محمد مسرار، نظرية الحق، المرجع السابق ص 187

وعليه يمكن تقييد حقوق الأسرة بالشروط الصحيحة التي لا تنافي مقاصد الأسرة أما الشروط التي تهدمها فلا يمكن الاعتداد بها ولا اعتبارها .

ب–تقيد حقوق الأسرة بالعرف:يعتبر الفقهاء العرف مصدرا من مصادر التشريع لذا فقد خصوه بالعناية والدرس واشترطوا فيه من الشروط ما يعصمه من الزيغ والزلل ومن بينها :

–الاطراد والعناية .

– عدم مخالفته لنص شرعي:ويستثنى من ذلك النص الذي ورد معللا بالعرف ومبنيا عليه .

– عدم معارضة العرف بتصريح يخالفه كالشرط فإذا وجد نص أو شرط لأحد المتعاقدين وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط ولا يلتفت إلى العرف.

– قدم العرف المراد تحكيمه.

ج–ضوابط تقييد العرف لحقوق الأسرة :لا شك أن للعرف اثر واضحا وعلاقة وطيدة بحقوق الأسرة بيانا وحتى تقييدا إلا أن الإشكال يبقى مطروحا حول ضوابط هذا التقييد من منطلق ان هناك من الأعراف ما يقيد هذه الحقوق ومنها مالا يقوى على ذلك ولبيان ذلك لابد من الانطلاق من مسلمتين أساسيتين الأولى تتمثل في اعتبار الحق منحه الله فمصدر الحق إما ان يكون منصوصا عليه أو مستنبطا عن طريق الاجتهاد والثانية لا اعتبار للعرف إلا وفق الشروط التي اشرنا إليها ومن هذا المنطلق نستخلص ما يلي [1]:

- إذا كان الحق اجتهاديا فلا شك انه يقيد بالعرف فإذا كان العرف يقوى على القياس لان المصلحة الثابتة بالعرف محققة ومصلحة القياس محتملة لكونه لا يفيد إلا الظن [2]،ففي باب الأولى انه يقوى على باقي الأدلة الاجتهادية كالاستحسان والمصلحة المرسلة وغيرها .

- إذا كان الحق منصوصا عليه فلابد من التمييز بين ما إذا كان قطعيا أو ظنيا فإذا كان قطعيا فلا يجوز للعرف ان يقيده من منطلق ان النص سابق على العرف وهذا.

- أما إذا كان ظنيا فيجوز تقييده بالعرف من منطلق ان العف يخصص عام القرآن ويقيد مطلقه ويبين مجمله ومثال ذلك قوله تعالى:﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾ [3]، فهذا النص هو نص قطعي الثبوت ظني الدلالة وبالتالي فقد خصص بالعرف فلم يلزم المرأة الشريفة .

[1]–محمد مسرار،نظرية الحق، المرجع السابق، ص180.

[2] – مصطفى شلبي ، أصول الفقه ، دار النهضة العربية بيروت ط1 1974 ، ص25

[3]–سورة البقرة الآية 233

المطلب الثاني: حقوق الأسرة عند فقهاء القانون .

الفرع الأول :ماهية حقوق الأسرة عند فقهاء :

أولا:تعريف حقوق الأسرة ومضمونها:

1- تعريف حقوق الأسرة:

حقوق الأسرة هي تلك الحقوق التي تثبت للإنسان باعتباره عضوا في أسرة معينة تبعا لمركزه فيها ،أو هي كما يرى عض الفقهاء مجموعة من القيم التي تكون لشخص باعتباره عضو في أسرة معينة في علاقته بغيره من أعضاء هذه الأسرة،وتقرر هذه الحقوق لتنظيم العلاقات التي تقوم بين أعضاء الأسرة ،وتتكون الأسرة من مجموعة من الأفراد تربطهم صلة القرابة،سواء كانت هذه القرابة قرابة نسب أو قرابة مصاهرة و قد عرفت المادة 2(ق أج):"الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تجمع بنهم صلة الزوجية و صلة القرابة."،ولهذا كانت الأسرة دائما محط اهتمام كل التشريعات السماوية أو الوضعية،بتقنين حقوق الأفراد فيها وما يقابلها من واجبات وذلك تبعا لمركز الفرد داخل أسرته، هذا المركز الذي لا يخرج عن نطاق علاقة القرابة بالنسب كحقوق الأولاد أو المصاهرة كالحقوق الزوجية، والهدف الأساسي من ثبوت هذه الحقوق هو المحافظة علي تماسك الأسرة ورعاية مصالحها ،كنوع من تحقيق مصلحة المجتمع ككل وهذا ما نصت عليه المادة3(ق أ ج):ت"تعتمد الأسرة في حياتها علي الترابط و التكامل وحسن المعاشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية."

2-موضوع حقوق الأسرة في القانون:

تعتبر حقوق الأسرة من مسائل الأحوال الشخصية وهي القواعد التي تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص بأسرته من زواج ،طلاق،النفقة،الميراث، والوصية ،وثبوت النسب،و الولاية

و غيرها من الموضوعات،ونجد أن العديد من التشريعات تقنن حقوق الأسرة ضمن القانون المدني كالمشرع الفرنسي مثلا،بينما افرد المشرع الجزائري لحقوق الأسرة تقنين خاص هو القانون11/84 المؤرخ في 1984/07/09 و المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27،و تتميز حقوق الأسرة بأنها[1]:

-حقوق غير مالية:فهي تستهدف تحقيق وجملية مصالح الأسرة وهذا لا ينفي ان لها أثار مالية كحقوق النفقة التي لزوجة والأولاد ،هي حقوق مالية مترتبة علي حق الزوجة في في العيش الكريم وحق الولد في التربية السليمة .

-حقوق الأسرة لا يمكن التنازل عنها أو التصرف فيها.

-حقوق الأسرة لا يمكن لا يجوز الحجز عليها.

-حقوق الأسرة غير قابلة لتوارث بين أفراد الأسرة

-حقوق الأسرة لا تكسب ولا تسقط بالتقادم.

[1]- محمد سعيد جعفور ،مدخل العلوم القانونية دار هومة الجزائر ط2 2001 ص83

-حقوق الأسرة حقوق المطلقة: بمعنى انه يحتج بها في مواجهة الجميع ،فحق الأب علي ابنه في توجيه و تأديبه وتعليمه،مثلا،يقابله واجب سلبي عام علي كافة الناس يلزمهم باحترام هذا الحق وبالامتناع عن كل ما من شأنه ان يعتبر تدخلا من جانبهم فيه.

3-تقسيمات حقوق الأسرة :

سبق وأشرنا ان علاقة القرابة هي أساس العلاقة الأسرية و هذه القرابة التي لا تخرج عن نطاق النسب أو المصاهرة

هي أساس تقسيم حقوق الأسرة فهي إما ناجمة عن النسب فتكون حقوق الأولاد(الفروع) و الصول أو ناجمة عن المصاهرة وتنحصر في حقوق الزوجين.

- حقوق الأولاد و الأصول:

*حقوق الأولاد أو هي قسمان حقوق معنوية وتنحصر في الحق في النسب و التربية و الرعاية السليمتين وحقوق مادية و هي حق النفقة علي الأولاد والتكفل بكل متطلباتهم بما يضمن لهم عيش كريم.وقد تناول المشرع الجزائري هذه الحقوق في المواد من 40 إلي 46 (ق اج)، أما الحق في الرعاية و التربية السلمية فرقد جاءت في أحكام الحضانة في المواد من 62 إلي 73 (ق اج) حيث جاء في المادة 62 (ق اج):الحضانة هي رعاية الولد و القيام بتربيته ملى دين أبيه و السهر علي حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك ".أما الحقوق المادية للأولاد فتتمثل في النفقة المخصصة لهم ووردت في المواد 75 و76 و 77من (ق اج).

*حقوق الأصول :تنحصر في المادة77 (ق اج) التي تتضمن حق الأصول في النفقة .

-**الحقوق الزوجين** : وهي تنقسم إلي ثلاث أقسام حقوق الزوج و حقوق الزوجة و حقوق مشتركة

*حقوق الزوج : لم يرد في قانون الأسرة الجزائري الحالي نص صريح حول حقوق الزوج لكن بالرجوع إلي نص المادة 222(ق اج) فان هذه الحقوق إجمالا هي حق الطاعة من الزوجة، الأمانة،المعاشرة بالمعروف،الوعظ ،حق التأديب(الوعظ ،واهجر في المضجع ،الضرب الخفيف).

*حقوق الزوجة:لزوجة حقوق غير مالية وهي إحسان العشرة و المعاملة و العدل و الوطء و حقوق مالية وهي المهر والنفقة و قد وردت في المواد 14 و15 و 16و 17(ق اج) المتعلقة بالصداق و المواد 74 و78 و79و80(ق اج) حيث جاء في المادة47 "تجب نفقة الزوجة علي زوجها بالدخول"

*الحقوق المشتركة : وهي ما نصت عليه المادة36(ق اج) وهي تتمحور إجمالا حول العشرة بالمعروف التي تقتضيها طبيعة العلاقة الزوجية،بالإضافة إلي حق التوارث بين الزوجين.

ثانيا– حقوق الأسر في الفكر المعاصر :

سبق ورئينا أن فلسفة الحق في القانون الوضعي مستمدة من الطبيعة الإنسانية لا من طبيعة القانون فله الإرادة المطلقة لتصرف في المجتمع لدى المذهب الفري ا وان الحياة الاجتماعية هي حقيقة طبيعية أولية وجدت مع وجود الإنسان حسب المذهب الاجتماعي وفي كلتا الحالتين نجد أن الحق في القانون الوضعي هو نتاج الطبيعة سواء كانت فردية أو جماعية ومن هنا جاء مضمون الحقوق في الفكر المعاصر ،ومن الضروري التطرق للمنظومة الحقوقية للأسرة في ظل هذا الفكر لما لها من تأثير مباشر حاليا علي سن القوانين المتعلقة بحقوق الأسرة في كل دول العال بما فيهم الجزائر طبعا.

1–أسس حقوق الأسرة في الفكر المعاصر

أ–حقوق الأسرة منحة من العقل والواقع :أن الفكر المعاصر لا يعترف بالوحي الإلهي و لا يستمد أحكامه من أمور ميتافيزيقية خارجة عن ذات الإنسان وعقله والواقع هو الأساس الثاني الذي يستنبط منه الأحكام يقول نصر حامد أبو زيد :"فالواقع أولا والواقع ثانيا والواقع أخيرا "[1]،فالأسرة المعاصرة لا تعترف إلا بسلطان العقل و الواقع وهي بذلك تعلن غياب البعد العقدي في منظومتها الحقوقية وتكرس الروح المادية وتخلق الصراع بين أفرادها

***غياب البعد العقدي** :لا تقوم حقوق الأسرة في الفكر المعاصر على أساس عقدي فلا مطمع في ثواب أخروي ولا في جزاء أو عقاب فالكل مقيد بالزمان [2]،إذا فلا عبرة بالنصوص ولا الوحي في الفكر المعاصر، ولا وجود للعلاقة العقدية المبنية علي الجزاء والثواب إنما هي علاقة مبنية علي أهداف و مصالح مادية وهذا انعكاس طبيعي للنظرة المادية للفكر المعاصر.

***انفصال القيم و الأخلاق عن الدين**: لم تكن االعصرنة لتخرج عن العقل والواقع في بناء منظومتها الأخلاقية فأعلن الفكر الفردي ان مصدر الأخلاق هو الطبيعة وبان المبدأ الذي ينظم الحياة الفردية والحياة الاجتماعية إنما يتجلى في الطبيعة البشرية ونزعتها وميولاتها وما تضمر من عواطف وغرائز فالطبيعة هي المنطلق الأصيل في بناء الأخلاق.

***التجديد في قراءة المصادر التقليدية لحقوق الأسرة** :أن الانتقال من لأسرة التقليدية للأسرة المعاصرة لا يمكن حدوثه دون تغير مصادرها التي تستقي منها أحكامها ،ومن هنا جاءت دعوات أنصار العصرنة في العالم العربي لتغيير المصادر التي تستنبط منها الأسرة المسلمة أحكامها واستبدالها بمصادر تعتمد العقل والواقع ،فهم يدعون إلي ضرورة إعادة قرأه النصوص و تأويليها لاستيعاب الواقع بكل متغيراته.

ثانيا–حقوق الأسرة وسيلة لتحقيق مصلحة

[1]– نصر ابو زيد ،النص السلطة الحقيقية ،المركز الثقافي العربي بيروت ط1 1995 ص70.

[2]– طه عبد الرحمان ،روح الحداثة ، المركز الثقافي العربي بيروت ط1 2006 ، ص123.

ب– طبيعة المصلحة الأسرية في الفكر المعاصر:

إن نظرية المصالح عند دعاة العصرنة نظرية قائمة على الحساب والمنفعة وتلبية لذة الآخرين وإشباع رغباتهم لذي المصلحة المرجوة لن تخرج عن دائرة هاتين الركيزتين :

1–العقل كأسس للمصلحة:المصلحة حسب دعاة العصرنة يجب أن تخضع للعقل فهو الكفيل بتقديرها

2–المصلحة نتاج الواقع:لا يعترف دعاة العصرنة إلا بسلطة ضرورة الواقع المعاش، ويعتبر ان المصلحة هي نتيجة ما يتمخض عنه الواقع الذي هو أساس للمصلحة ،وعليه فيجب إعادة قرأه النصوص وفق ما يقتضيه الواقع الاجتماعي الجديد وليس وفق أي مبدأ أخر ،وهم يعتبرون ان النصوص الشرعية كانت موجهة لمجتمعات معينة بحسب فهمهم وعلي ما عاهدوه وبما يناسب واقعهم في تلك الحقبة الزمنية ، ويجب إعادة النظر فيها علي ضوء الواقع المعاصر و التغير في الظروف الاقتصادية والاجتماعية و مستوياتهم الفكرية .

ج–المصالح المرجوة من منح الحقوق الأسرية عقلية واقعية :ان اعتبار العقل والواقع أساس المصلحة له تجلياته في منظومة الحقوق الأسرية ويظهر ذلك في [1]:

أ– حقوق الأسرة وسائل لتحقيق عقلية وواقعية وبالتالي يجوز تأويلها كلما تغيرت تلك المصالح .

ب– يجوز استحداث مصالح جديدة قادرة للاستجابة لمتطلبات الواقع ومن هنا يجوز تغيير حقوق الأسرة تبعا للمصالح الجديدة .

ج– لا اعتبار للنصوص الحقوقية القطعية إذا صادمت المصالح الواقعية .

د– يجوز نسخ الحقوق الأسرية كلما تغير الواقع و تبدلت مطالب الناس فيه .

ج–خصائص حقوق الأسرة في منظور العصرنة :

* **المساواة** :المساواة أساس بناء حقوق الأسرة في الفكر المعاصر و هذا ما برز في مجموعة من الإعلانات والاتفاقيات كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان و اتفاقية السيدوا و مؤتمر بيكين (1995) فجاء في المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ما يلي " للرجل و المرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج و تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين و لهما حقوق متساوية عند الزواج و أثناء قيامه و عند انحلاله" [2].

وسارت علي نهجه اتفاقية السيدوا 1979 التي دعت الي تغير المواقف من خلال نوعية الرجال والنساء علي السواء بقبول المساواة في الحقوق و الواجبات .

* **الحظوظية** :إن إنكار البعد الديني وتغيب البعد الأخروي كرس دنيوية حقوق الأسرة و جعل منها حقوق مادية لا يرى فيها إلا المنفعة المادية و اللحظية ، و هذا ما أدى إلي انقلاب الإلزام و الذي يتمثل في حفظ

[1]– محمد مسرا ، نظرية الحق ، المرجع السابق، ص 170

[2]–قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979

الواجب في كل حق إلى حظ لا يقترن بواجب ،فالفرد في الأسرة يرجو بلوغ منفعة و رغبته المادية وهو بذلك يغفل عن مصلحة أعظم وهي مصلحة أسرته [1].

* **المبالغة** :أذا كانت الوقائع غير متناهية و المصالح غي ثابتة فالحقوق تابعة لهما ، جعلها تتصف بالتكثير بل بالغلو،و لم تعد المطالبات قاصرة علي حقوق الأسرة الطبيعية ، بل اهتمت المطالبات بحقوق الشواذ و أبناء الزنا و المرأة العازية و غيرها ،وما هذا يترجم بوضوح توصيات مؤتمر بكين الذي اعترف بتعدد أنماط الأسرة وبحقوق الشواذ و غيرها من الحقوق التي تنبني للأسرة الطبيعية و كل ذلك دليلي علي تميزها خاصية "التكثير".

الفرع الثاني:حقوق الأسرة في قانون الأسرة الجزائري.

أولا: لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري :

-قبل الاحتلال الفرنسي الجزائر كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي القانون المعمول به و المطبق في جميع ميادين الحياة العامة ومنها نظام الأسرة ، و كانت أحكام المذهب المالكي هي المطبقة علي الأهالي في جميع ميادين الحياة العامة ، بل كان المذهب المالكي تحديدا هو المطبق في كل أنحاء الوطن باستثناء السكان الأتراك كانوا يخضعون للمذهب الحنفي ، و كذلك الأباضية قد كانوا يحتكمون للمذهب الاباضي .

وبعد الاحتلال الفرنسي للجزائر استوطنت من قبل عدد كبير من المدنين و العسكرين أصحاب الأصول الأوربية وهو ما أعاق اندماجهم في الشعب الجزائري ما أثر علي نظام القضاء في البلاد و أدى بالفرنسي نالي العمل علي طمس معالم النظام القضائي الجزائري الذي كان قائما قبل مجيئهم و استبداله بالنظام القضائي الفرنسي وبعد تأكد فشلهم في ذلك تركوا الجزائريين وشأنهم يطبقون قواعد الشريعة الإسلامية في أحوالهم الشخصية و معاملاتهم المدنية و الخاصة بهم ،أما المستوطنين الفرنسيين و غيرهم من الأوربيين فقد كانوا يخضعون للقوانين الفرنسية [(1)] .

أما القضاء الجزائي و التجاري و الإداري و قواعد الإجراءات فقد كانت القوانين الفرنسية هي المطبقة وحدها في جميع البلاد وعي جميع الناس دون ادني تمييز، إلى أن قامت فرنسا بوضع أول قانون مكتوب بشكل منظم يهتم بالأحوال الشخصية وهو رقم 778/57 الصادر في 1957/07/11 والذي نظم الأحكام المتعلقة بالولاية والحجر والغياب والفقدان، ثم تم صدور الأمر رقم 274/59 الصادر في 1959/02/04 الذي نظمت بمقتضاه الإدارة الفرنسية الزواج والطلاق وأهم ما يلاحظ على الأمر الأخير ما يلي:

-يبطل عقد الزواج إذا لم ينعقد من قبل الزوجين وعلينا بحضور الشاهدين أمام ضابط الحالة المدنية أو القاضي.

-الزواج ينحل فيما عدا الوفاة إلا بحكم قاضي وبطلب من أحد الزوجين وهنا يميز المشرع ما بين نوعين من الأسباب، فهنالك أسباب حاسمة (زنا الزوج، الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية) وأسباب غير حاسمة

[1]- محمد مسرا ، نظرية الحق ، المرجع السابق، ص 224

(سوء معاملة الزوجة... و-لا يعترف بزواج الصغار فقد حددت سن الزواج ب 18 سنة للفتى و 15 سنة للفتاة.

وبعد الاستقلال استمر القضاء المتعلق بالأسرة في الجزائر وفق قواعد النظام الفرنسي و ذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني ، وبعد سلسلة من المشاريع و المحولات الهادفة ، قام المشرع بوضع القانون المدني بمقتضى الأمر الصادر في 1975/09/26 ونص في مادته الأولى على أن القاضي يستنبط الأحكام من التشريع وإن لم يجد فمن مبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف ثم قانون الطبيعة وقواعد العدالة، فأصبح على القاضي أن يستأنس بالتشريع وإلا فمبادئ الشريعة الإسلامية بشأن الأحوال الشخصية ، والمشرع ذاته قد نص بمقتضى الأمر الصادر في 1975/07/05 على إلغاء جميع القوانين الموروثة من المستعمر الفرنسي ابتداء من 1975/07/01 وأصبح ساري المفعول طبقا للمادة 1003من القانون المدني ابتداء من 1975/07/05. [1]

قبل ان يصدر قانون الأسرة عام 09/06/1984 كانت صدرت قبله عدة قوانين متنوعة نظمت قواعد مختلفة أهمها : إثبات و تقييد عقود الزواج و تحديد سن الزواج ومن هذه لقوانين القانون المدني ، و قانون الحالة المدنية ، و قانون الإجراءات المدنية ،وبعد هذه المحاولات التشريعية صدر قانون الأسرة الجزائري عام 1984 بعد مناقشات عديدة و طول انتظار له دام عشرون سنة تقريبا،ويشمل هذا القانون علي 224 مادة مقسمة علي أربعة كتب كما يلي [2]:

الأحكام العامة (م1-م3)

-الكتاب الأول : الزواج وانحلاله (م4-م80)

-الكتاب الثاني : النيابة الشرعية (م81-م125)

-الكتاب الثالث : الميراث (م126-م183)

-الكتاب الرابع : التبرعات (م184-م224) و به مسائل الوصية و الهبة والوقف

استمد قانون الأسرة الجزائري أكثر أحكامه من المذهب المالكي مع الاعتماد علي المذهب الأخرى في بعض أحكامه و دعت الحاجة ، كما أن هذا القانون نص صراحة في المادة 222 منه علي أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلي أحكام الشريعة ولا يتقيد في ذلك بمذهب معين .

رغم ان قانون الأسرة الجزائري جاء مستمدا من أحكام الشريعة السلامية ومجسدا هوية الأسرة الجزائرية الطبيعية إضافة إلي كونه يمثل انتصارا علي المتشككين في أحكام الشريعة الإسلامية لا تصلح أن تكون قانونا يمكن تطبيقه في الواقع العملي كما هو الشأن، في القوانين الغربية الحديثة ،ورغم ذلك فالبعض اعتبر قانون الأسرة قانون جائر يقوم علي مبدأ عدم المساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق ، وانه أنصف الرجل علي حساب المرأة ، بل أن الاحتجاجات علي قانون الأسرة امتدت إلي المحافل و المؤتمرات الدولية كما حدث في

[1]- عبد العزيز سعد ،الزواج والطلاق في قانون لأسرة الجزائري ، در البعث، ، قسنطسنة ، ط2 1989م، ص9

[2]- العربي بالحاج ،الوجيز في شرح قانون لأسرة الجزائري ، ،،دار المطبوعات الجزائرية 2010 ،ص20

المؤتمر الدولي لسكان الذي انعقد بجمهورية مصر العربية سنة 1994م ، والمؤتمر الدولي الخاص بالمرأة الذي عقد ببيكين 1996 م، و مازالت هذه الأطراف تطالب السلطات المختصة بالتدخل لإلغاء هذا القانون لأنه رجع بالأسرة الجزائرية إلي القرون الوسطى .

لقد عدل هذا القانون بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 08 محرم عام 1426 ه الموافق ل 27 فبراير 2005 م و القانون الجديد تمم وعدل قانون الأسرة الجزائري (84-11) ، بحيث تم بموجبه إلغاء المواد : 12-20-30-39-67 ، وتمم وعدل المواد : 4-5-6-7-8-11-13-15-18-19-22-30-31-32-33-36-37-40-48-49-52-53-54-57-64-67-72-87

كما أن التعديل الجديد أدخل و أضاف مواد جديدة، وهي كالمادة 3 مكرر و 8 مكرر و 1 و 9 مكرر و45 مكرر و 53 مكرر و 57 مكرر.وعليه فإن التعديل الجديد قد تحرك في مساحة تقدر ب 41 مادة قانونية بين الإلغاء و التعديل و الإضافة الجديد ،ولقد اختلفت مواقف القانونيين والسياسيين من هذه التعديلات فكل كان ينتظر إن تجسد مقترحاته ووجهات نظره في مواد القانون السابق.

ثانيا : خصائص حقوق الأسرة في قانون الأسرة الجزائري :

إن قانون الأسرة الجزائري لم يكن له أن ستمد خصائصه خارج نطاق المصدرين الأصلين الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية الحقوقية ، هذه الأخيرة التي تعتبر لسان الحال لعصرنه التي يلزم واقع الحال المشرع الجزائري بمراعيتها إثناء سنه للقوانين و نظرا لتباين الواضح في المفاهيم و الأهداف فان السؤال الذي نطرحه هل أستطاع قانون الأسرة الجزائري الحفاظ علي خصائصه المستمدة بالأساس من الشريعة الإسلامية ؟

-المساواة:

إن التباين الكبير بين مفهوم المساواة في الفكرين الإسلامي و المعاصر يفرض علينا التساؤل ما طبيعة المساواة التي يكرسها قانون الأسرة الجزائري هل هي مبنية علي التكامل أو التماثل؟.

قد ظهرت محاولة المشرع الجزائري للمساواة الندية بين الجنسين في العديد من النصوص من ذلك توحيد سن الزواج في المادة 7 (ق أج) وهذا يعد تطبيقا لنصوص الاتفاقيات الحقوقية كما توحيد شروط الزواج لكل من المرأة والرجل وفق المادة 9 (ق أج)و جعل الاشتراط في عقد الزواج حق لكل منهما كما انه يمكن الاشتراط في عقد الزواج علي تمليك حق الطلاق لزوجة وهذا ما نصت عليه المادة 19 (ق أج) :"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في أي عقد رسمي كل الشروط التي يريانها ضرورية،و لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة،ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون"،إلقاء عبئ الحفاظ علي الحياة الزوجية علي كلا الطرفين وجعل الواجبات والحقوق متبادلة بشكل فيه نوع من الندية فعبارة التعاون علي مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد التي جاءت في الفقرة 3 من المادة 36 (ق أج) تفتح مجال لإمكانية تبادل الأدوار داخل الأسرة ،و تكرس فكرة المساواة المطلقة .

-التقيد:

يعد تعدد الزوجات من أكثر القضايا التي أثارت جدلا كبيرا بين المطالبين بلغاء هذا الحق كليا وبين المدافعين عن تطبيق أحكام الفقه الإسلامي رغم أن التقيد هو من صميم الشرع وقد سيق ورئينا أن الحق في الشريعة الإسلامية ليس مطلقا فجاء قانون الأسر05-02 المعدل و المتمم وقيده بعدة شروط منها ما هو من صميم الشريعة الإسلامية مثل توفر ألقدره المادية و البدنية كقرينة علي تحقيق نية العدل المبرر الشرعي المادة 8 (ق أج)ومنها ما هو مستوحى من العقل والواقع كشرط موافقة الزوجة السابقة واللاحقة وترخيص القاضي المادة 8 ف2 (ق أج)،كما أن حق الاشتراط الذي خوله القانون لكلا الزوجين في نص المادة 19(ق أج) يعد نوعا من التقيد ألاتفاقي بين الزوجين، وفي واقع الحال الاشتراط عادتا يتم من جانب المرأة وفق ما تراه مناسبا لها لضمان حقوقها و الحفاظ علي كرامتها و إنسانيتها إن كانت لا ترى في نصوص القانونية القدر الكافية لحمايتها من سلطة الرجل أو تعسفه في استعمال حقه .

- التقابل:

اقر قانون الأسرة الجزائر مبدأ التقابل في الحقوق لما لها من أهمية في الحفاظ علي الأسرة و استقرارها ويظهر في نص المادة 36 (ق أج):يجب على الزوجين:

1-المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2-المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة،

3-التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم،

4-التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

5-حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم،

6-المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف،

7-زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف.

وإن كان هذا النص لا يخالف الشريعة في شيء ، و إلي انه يكرس الحقوق و الواجبات بشكل متقابل بين الزوجين فوفق هذا النص يكرس المساواة في قالب التماثيل وليس التكامل وان كان هذا لا يظهر بوضوح في النص القانوني السابق إلي أن إلغاء المادة 39 (ق أج)التي جاءت فقرتها الأولى كالتالي :(يجب علي الزوجة: طاعة الزوج و مراعاته باعتباره رئيس العائلة) يظهر نية المشرع في إضفاء نوع من التقابل في الحقوق والواجبات دون أي أفضلية لأحد الطرفين علي الأخر .

الفصل الثاني
تطبيقات المنظومة الحقوقية في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد : لقد رائينا في الفصل الأول أن هناك تباين كبير في الأسس التي تقوم عليها نظرية الحق في الفقه الإسلامي و عند فقهاء القانون – مرجعية السلطة ميتافيزيقية و سلطة الطبيعة- من البديهي أن ينعكس هذا التباين علي المنظومة الحقوقية للأسرة وفي ظل ما نعيشه من متغيرات مست كل نواحي حياتنا خاصة منها الاجتماعية ،و علي رئسها نواة المجتمع الأسرة فقد نالت هذه الأخيرة الحظ الأوفر من هذه المتغيرات في المفاهيم والأسس فأصبحت كثير من البديهيات في حياتنا الأسرية كمجتمعات مسلمة توصف بالغرابة و تعتبر انتهاك صارخ لحقوق أحد أقطاب الأسرة و غالبا ما تكون المرأة ، بل أن قوامة الرجل و تحمله أعباء الأسرة المالية اعتبرت نوع من عدم المساواة ومساس بحقوق كلا الطرفين (الزوجين) و نتقد من خلالها النظام المالي للأسرة في الإسلام ،و قانون الأسرة الجزائري الذي يعد ترجمة للهوية والواقع الأسرة الجزائرية ليس بمعزل عن هذه الاتهامات الانتقادات من طرف المنظمات الحقوقية ودعاة العصرنة والحداثة ، ولهذا سنتناول في هذا الفصل بعض التطبيقات لنظرية الحق في قانون الأسرة الجزائري لنبين أحكام نظرية الحق في الفقه الإسلامي والفكر المعاصر ثم نرى مدى محافظة المشرع الجزائري علي طابع قانون الأسرة الملتزم بأحكام الفقه الإسلامية كما نص عليه الأمر في قانون 11/84.

المبحث الأول : تطبيقات نظرية الحق في انعقاد الزواج و انحلاله

سنتناول في هذا المبحث بعض الحقوق التي ينفرد بها الفقه الإسلامي و المتعلقة بمسائل انعقاد الزواج وانحلاله و دراسته وفق أحكام الفقه الإسلامي والوقوف علي أبعاد هذه الحقوق في نظريات االعصرنة ثم البحث في الاتجاه الذي انتهجه المشرع الجزائري و لهذا سنتناول الولاية في الزواج و الطلاق بالإرادة المنفردة وفق هذا الطرح.

المطلب الأول : حق التزويج أو الولاية

الفرع الأول: حق تزويج المرأة في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني: حق الطلاق بيد الزوج:

الفرع الأول:الطلاق بيد الزوج في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: الطلاق بيد الزوج في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الأول : حق التزويج أو الولاية

الفرع الأول : حق تزويج المرأة في الفقه الإسلامي

أولا: أحكام حق تزويج المرأة في الفقه الإسلامي

1–البعد العقدي لحق الولي في تزويج المرأة

سبق ورئينا أن الحقوق في الفقه الإسلامي هي منحة من الله ذات بعد عقدي بين العبد وخالقه ،ينال ثواب الالتزام به وإثم الإخلال بهذا الالتزام الإلهي فإن الولاية في الزواج بما تثيره من جدل فقهي يصعب تحديد بعدها العقدي فكما يقول ابن رشد :" لم تأت آية و لا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فبالإضافة إلى أن كل الآيات و السنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها هي كلها محتملة [1]".

2– البعد المصدري لحق تزويج المرأة:

أ تعريف الولاية و أقسامها

تعريف الولاية

–لغة: هي القرابة و القدرة و النصر و الفعل ، يقال:" هم علي ولاية أو ولاية واحدة" أي يد واحدة مجتمعون في النصرة أو في الخير و الشر، و الولي المحب، و الصديق، و النصر، و الجار، و الحليف، والتابع و الأمر، و كل من ولى أمر أحد، يقال:"الله وليك" أي حافظك ، ويقال أيضا " المؤمن ولي الله " أي مطيع له[2]

–اصطلاحا:هي القدرة علي إنشاء العقد نافذا غير موقوف علي إجازة احد، و فهناك من عرف الولاية على أنها سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية و تنفيذها نيابة عن المولى عليه [1].

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد،دار الحديث القاهر ط4 2004 ، ج2، ص9 .

[2]– أبن منظور ،لسان العرب،المرجع السابق ج15 ص129.

– أقسام الولاية :تنقسم الولاية إلي قسمين ولاية علي المال وولاية علي النفس وقد تشملهما معا و الولاية علي النفس تكون في المسائل المتعلقة بشخص الإنسان أو شخص المولى عليه كولاية التزويج .

1: الولاية القاصرة :وهي قدرة إنشاء العقد من غير إجازة احد ،وبموجبها يكون لشخص حق تزويج نفسه،وهي مرتبطة بأهلية الأداء الكاملة،لا خلاف بين الفقهاء بالنسبة لامتلاك الرجل البالغ العاقل لهذا الحق في تزويج نفسه دون أن يتعرض له احد بينما الخلاف بين الفقهاء يبدوا جليا بالنسبة لحكم عقد الزواج إذا باشرته المرأة البالغة العاقلة الرشيد بالأصالة عن نفسها.

الرأي الأول : واليه يذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية و الحنابلة حيث يرون أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة البالغة العاقل الرشيد بالأصالة عن نفسها يكون باطلا مطلقا ‘سواء كانت بكرا أم ثيبا

الرأي الثاني :واليه يذهب الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر "الروايو" و"زفر" حيث يرون أن عقد الزواج إذا باشرته المرأة البالغة العاقلة الرشيد بالأصالة عن نفسها يكون صحيحا نافذا ولازما طالما لم يكن لها ولي عاصب، فان كان لها ولي عاصب اشترط لعقد زواجها أن تزوج من كفء ولها مهر المثل ،فان تزوجت من غير كفء لها أو بأقل من مهر لمثلها كان للولي حق الاعتراض علي الزواج و المطالبة بفسخه [2].

2 : الولاية المتعدية :وهي سلطة شرعية تمكن الشخص من التصرف في شئون الغير و قد تكون عامة كالتي تثبت للقاضي أو خاصة كولاية الأب أو الجد للإشراف علي شئون الصغير الشخصية وهي نوعان

– **ولاية الاختيار**:هي التي لا يستطيع الولي أن يستبد بتزويج المولى عليه بل لا بد أن تتلاقى إرادة الزوجة مع إرادة الولي و يشتركا في الاختيار و يتولى هو الصيغة. ،وقد اجمع الفقهاء على إثباتها للمرأة البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا مستدلين من القرآن و السنة ففي قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾[3] و في قوله ﷺ: "لا يزوج النساء إلا الأولياء و لا يزوجهن إلا من الأكفاء و لا مهر اقل من عشر دراهم "[4].

–**ولاية الإجبار**:وهي ولاية الأب أو الجد على الفتاة البكر و الصغير و المجنون، فيها يستبد الولي بإنشاء العقد على المولى عليه و لا يشاركه احد[4]، يتبين من هذه التعاريف أن للولي حق تزويج من في ولايته من دون أن يستأذن أو حتى دون أن يوافقه، و ذلك بسبب الصغر أو البكارة أو فقدان العقل، لان المولى عليه عاجز عن تدبر مصالحه بنفسه هذا من جهة و من جهة أخرى بسبب الملك و الولاء، القرابة ، الإصاء، الإمامة، تبعا لما ذهب إليه الفقهاء .

أنواع الولاية في النكاح :تختلف الولاية في النكاح باختلاف أصناف النساء من لبكر الصغيرة و الثيب الصغيرة إلي البكر البالغ والثيب البالغ وعليه فالولاية في النكاح أربع أنواع هي:

3– محمد الكشبور ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ،مطبعة النجاح ط1 2000، ص 200.

[2]– محمد كمال الدين إمام ،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج الفرقة،منشورات الحلبي الحقوق ط1 2013 ص 262

[3]– سورة البقرة، الاية232 .

[4] - صحيح البخاري ، كتاب النكاح ،باب لا ينكح النساء إلا الأكفاء ، رقم 2951 ص91

الولاية علي البكر الصغيرة:اتفق العلماء علي انه لأبيها أن يزوجها وان يجبرها علي الزواج وليس له أن يستأذنها

الولاية علي الثيب البالغ :اتفق أهل العلم علي أن لا تنكح ألا بإذنها ،ولا يحق لأب أو ولي إجبارها.

الولاية علي الثيب الصغيرة:يرى الشافعي انه لا يجوز إجبارها ،بل لا يجوز تزويجها حتى تبلغ وحجتهم في ذلك عموم الأدلة الواردة عن الثيب بينما ذهب أبو حنيفة ومالك واحمد أن الثيب الصغيرة يزوجها أبوها وحجتهم في ذلك قياس الثيب البكر علي الثيب الصغيرة فأبو حنيفة يرى العلة في الصغر لا البكارة :و مالك يرى العلة في الصغر والبكارة أيهما وجد حصل به جواز الإجبار.

الولاية علي البكر البالغ :ذهب الشافعي و مالك و احمد إلى ان البكر البالغة العاقلة يحق لأبيها إجبارها وان كان يستحب استأذنها،بينما ذهب أبو حنيفة إلي وجوب أستاذان البكر البالغة فلا يجوز إجبارها،وحجته ما رواه أبو العباس ان جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ،فخيرها "[1] إلي ان الجمهور يردون هذا الحديث علي انه ضعيف .

3-المصلحة المرجوة من ولاية تزوج المرأة

نظرا لخطورة عقد الزواج، وتبعاته المادية و المعنوية الجسيمة،تحتاج المرأة لا محالة لرأي استشارة ولها الشرعي،للتأكد من اختيارها و مصلحتها وضمان حقوقه[2]،فالزواج رباط بين الأسر وله مقاصد و غايات شتى،لهذا شرعت الولاية في الإسلام كنوع من الدعم لروابط الاجتماعية ومن ناحية أخرى للحفاظ علي حقوق الطرف الأضعف الذي هو المرأة التي ان زوجت نفسها قد تغفل مناقشة شروط الزواج و تبعاته المادية و الولاية ليست حجزا بالمفهوم القانوني و سببها ليس نقص في أهلية المرأة ، بل هي للحفاظ عليها و دعمها وحمايتها .

ثانيا:حق تزويج المرأة المخول للولي في الإسلام بمنظور العصرنة .

إن الواقع يفرض أن كل مبادئ العصرنة مستمدة من المجتمع الغربي بحكم انه يشكل الحضارة المسيطرة حاليا ،وهي حضارة مادية محضة لا تؤمن بغير العقل والواقع ولا مجال فيها للعلاقات الإنسانية المبنية علي المحبة والرحمة لهذا نجد أنها لا مجال فيها للحديث عن صلة الرحم أو عن سلطة الأب علي أبنائه بعد سن 18 ولا حتى عن علاقة إنسانية بينهم لهذا لا ويمكن لمثل هذا الفكر ان يفهم معنى ولاية الأب في زواج ابنته فما بالك بولاية عصبة أو قريب ،حتى لو كانت هذه الفتاة قاصر ،فلا مجال إذا للحديث عن ولاية البالغ ،وربما نجد أنفسنا تسأل ما البعد العقدي و الأخلاقي الذي يعطيه فكر العصرنة لحق المرأة في تزويج نفسها وما المصدر الذي يستند عليه.

أولا :حق الولاية منحة من العقل والواقع :

[1]- صحيح البخاري ، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة ، رقم 5138 ص 919 .

[2]- عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،دار الخلدونية الجزائر ط2 2007 ص 59.

1-**البعد العقدي و الأخلاقي** :أن تجسد مبدءا المساواة بني المرأة والرجل عند دعاة العصرنة لم يقتصر علي العلاقة المرأة بالرجل في العمل أو العلاقة الزوجية بل امتد إلي رفض أي سلطة للرجل علي المرأة حتى لو كان الأب أو الأخ أو أي عصبة أو قريب فا في وجهة النظر الحديث هذه السلطة لا محل لها من الإعراب في ظل الواقع الذي أصبحت المرأة فيه تتمتع بشخصية قادرة علي حماية نفسها تماما مثل الرجل وخاصة أن الحماية الوحيدة التي يعترف بها هذا الفكر هي الحماية القانونية ،أما الحماية الاجتماعية التي كانت تفرضها الأعراف و التقاليد في ظل حياة القبيلة والعشيرة فهي تعد مظهر من مظاهر التخلف التي لا تتماشى واقع العصرنة الحالي،ولهذا فالعصرنة تلغي أي بعد عقدي اجتماعي أو ديني يجعل لرجل حق في تزويج المرأة أو حتى ابدأ الرائي في زواجها مهما كانت صلته بها إذا كانت راشد أما القاصر فتزويجها يعد تعدي صارخ علي الطفولة وهو يعد جريمة .

2-**البعد المصدري لحق تزويج المرأة نفسها**

بناء علي ما سبق من دراستنا لأسس العصرنة لن يكون من الصعب استنتاج ان حق تزويج المرأة الذي يخوله الإسلام للولي ،هو هو في مفهوم هذا الفكر نوع من الانتهاك لحقوق الإنسان و مساس بآدمية المرأة سواء كانت قاصر أو راشد فكانت الاتفاقية رقم 10 لسنة 1951 بشأن المساواة بالأجور.عدم إجراء الزواج تحت السن القانونية وعدم الإجبار على الزواج ،وهذا ما أكدته الاتفاقية الدولية للقضاء علي كافة أشكال العنف ضد المرأة حيث حظرت زواج الأطفال –المواثيق الدولية يعتبر طفل كل من هو دون سن 18- وقد أوصت لجنة حقوق الطفل في 2003 الدول باستعراض التشريعات و الممارسات بغية رفع السن الأدنى لزواج إلي 18 للجنسين .

وبهذا لا مجال للحديث عن الولاية في زواج القصر في مفهوم العصرنة، لأنها أصلا تعبر جريمة و قد اعتبرها البعض نوع من الاتجار الجنسي بالأطفال.

بالنسبة لراشد فيرى دعاة العصرنة أن هذا نوع من العبودية التي يجب القضاء عليها وعدم تسخير القوانين لتجسيدها بل يجب علي الدول أن تضع من النظم ما يحد من هذا الشكل من التميز وهذا ما نصت عليه المادة 16 من اتفاقية سيدوا (1976).

3-**المصلحة المرجوة من إلغاء سلطة الولي في التزويج**:إن الذاتية التي هي احد أسس العصرنة تجعل من قرار الزواج قرار فردي لا يملك احد التدخل سواء بالإجبار أو الإعراض مادام المقبل عليه بالغ وعاقل رجلا كان وإمرة ،و ان تخصيص المرأة و سلبها حقها في مباشرة زواجها هو نوع من التحقير لها و الانتقاص من ملكاتها وتقرير ضمني بعدم كفاءتها لاتخاذ قراراتها المصيرية، لهذا فهذه السلطة هي مساس بفكرة المساواة والتماثل بين الجنسين بالإضافة إلي ان تخل الغير في اتخاذ قرار مصيري كهذا ستكون عواقبه وخيمة علي العلاقة الزوجية فيما بعد ،وبالتالي علي الأسرة ككل أما بالنسبة للولاية في تزويج القصر فهم يبنون أحكامهم علي المعطيات الإحصائية التي تشري بشكل واضح أن المجتمعات التي يسمح فيها للولي بتزويج القاصر تكثر فيها حالات

الطلاق في سن مبكر وترتفع فيها معدلات الوفيات لدى الأمهات الشابات ولدى أطفالهن الرضع على حد سواء وعلاوة على ذلك، فهي تقترن بمجموعة من النتائج الصحية السلبية[1].

الفرع الثاني: الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

1–حق الولاية في تزويج المرأة قبل التعديل :استمر العمل بعد الاستقلال بالمرسوم 59 – 1082 الصادر سبتمبر 1959 على أن الولاية تحق للمرأة تمارسه بنفسها و ليس لأحد أن يقوم مقامها في ذلك ، وليا كان أو غيره، حيث ذهب المشرع في هذا المرسوم إلى حد اعتبار العقد باطلا إذا لم يكن التعبير عن الرضا صادرا عن الزوجة شخصيا في محل إنشاء العقد ، و هو ما صرحت به المادة الثانية من المرسوم بقولها "ينعقد الزواج بتراضي الزوجين و يكون العقد باطلا إذا لم يكن التعبير على الرضا شفويا و صادرا عن الزوجين شخصيا بحضرة شاهدين بالغين"، فالشارع هنا اشترط موافقة كلا الزوجين شفويا و علانية و شخصيا لصحة هذا العقد دون ضرورة للولي في العقد، فقد جاء في قانون الأسرة 11/84 في المادة 11(ق أج) "يتولى زواج المرأة وليها و هو أبوها فأحد أقربائها الأولون" ليضع بذلك قطيعة صريحة مع المرسوم القديم ،كما جاء في المادة 9 (ق أج)"لا يجوز للولي أن يمنع من ولاته من الزواج إذا رغبت فيه،وكان أصلح لها ، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به،غير أن للأب أن يمنع بنته البكر إذا كان في المنع مصلحة للبنت"،وقد عد علماء المالكية الولي ركنا من أركان الزواج،فلا يتحقق عقد الزواج إلا به،وليس لأحد ولاية تزويج الفتاة الصغيرة غير الأب والأخ أو من حدادهم مالك في مذهبه من الأولياء .

هذا القانون خلف وراءه موجة من التصريحات و الانتقادات من جهة و الرضا من جهة مقابلة فقد ورأت الجمعيات النسائية المطالبة بحقوق المرأة و مساواتها مع الرجل في القانون نكسة و إجحافا لحقوق المرأة الجزائرية و مساسا خطيرا لأهم مكتسباتها ووجهوا للقانون انتقادات لاذعة عن فرض الولاية و عن تصريحه بأن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إن كان في المنع مصلحة دون تحديد المقصود بهذه المصلحة

مما نجم عنه تعديل الأمر المعدل والمتمم رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 .

2–حق الولاية في تزويج المرأة التعديل:و من خلال مراجعة للمادتين 11 و 13 (ق أج)المعدلتين يتبين انه اخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصر بشكل واضح ، فلا يمكن للأب أو أي شخص آخر سواء من الأقارب أو الغير أن يزوجها إلى شخص ليست راغبة فيه و ذلك بضمه في الفقرة الثانية من المادة 11 (ق أ ج) : «ف1:تعقد المرأة،الراشد زواجها بحضور وليها أو احد أقاربها أو أي شخص أخر تختاره» وبهذا يكون قانون الأسرة أعطى دورا للولي في الزواج،و اشترط فيه الولي لما يمثله من أبعاد أخلاقية و اجتماعية في الأسرة الجزائرية[2].

بهذا يكون المشرع الجزائري جعل من أحكام الولي السابقة صالحة فقط لحالة المرة القاصر، لكن ما يثير الانتباه صياغة المادة 11(ق أ ج) ذكر الأب أولا و عند غيابه يحل محله احد الأقارب بدون تحديد درجة القرابة فقد

[1] – احمد محمود القاسم ،مقال حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات ،مجلة الحوار المتمدن–العدد: 2703 - 2009 / 7 / 10

[1] –العربي بخيتي،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائرية ،ديوان المطبوعات الجامعية ط1 2013 ص32.

استعمل المشرع في الصياغة الحرف"أو" للتخيير، معنى ذلك أن المرأة بحسب النص الجديد بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها ،بما فيهم الأب والأخ طبعا أو من تشاء في عقد زواجها دون احترام الترتيب لان القانون يسمح بذلك، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بوالية أما بالنسبة لراشد فالولي يعد شرطا شكليا لا أكثر لان المشرع لم يشترط توافق إرادة الولي مع إرادة المولى عليها في عقد الزواج كما أن عدم تقيد الولاية بالنسبة لراشد بعلاقة القرابة أو أي روابط أو شروط تجعل منها كأنها ملغاة ضمنيا.

و يتضح أن المشرع الجزائري قد وقف وقفة متذبذبة في شرط الولي بالنسبة للمرأة الراشدة فلا هو قرر صراحة إلغاء هو لا هو قرر اشتراطه صراحة، كما أن تخلف الولي مع شرط آخر كالشهادة أو الصداق يكون مآله البطلان[1].

وهذا ما أكدته الفقرة الثاني من نفس المادة حيث جاء فيها ف2 :دون الإخلال بأحكام المادة 07 (ق أ ج) يتولى زواج القصر أولياؤهم و هم الأب فأحد الأقارب الأولين و القاضي ولي من لا ولي له » و بنصه كذلك في المادة 13(ق أ ج) المعدلة من نفس القانون بصريح العبارة: « لا يجوز للولي، أبا كان أو غيره، أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها »،بتفحص نص هذه المادة اعتبر أهلية المرأة في الزواج تكتمل بتمام 19 سنة،وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرر لكن لا يجوز الإجبار إذا ولاية الإجبار لا يمارسها الأب على ابنته القاصر و بالتالي لم يذهب إلى ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية بالنسبة للقاصر،فالمشرع وضع حدا نهائيا للنقاش حول مدى سلطة الولي في إجبار من في ولايته القاصر على الزواج من شخص لا تأنس إليه أو تكرهه لأنه طاعن في السن أو غير متعلم أو له زوجة ثانية.

وعليه فالمشرع الجزائري رغم انه جعل من الولي شرط أساسيا في عقد الزواج و لا يمكن انعقاده بدونه إلي انه أفسح المجال للراشد لتمكينها من الزواج حسب رغبتها وان عارضها وليها الأصلي الذي هو الأب أو الأخ أو كل أوليائها ها المنصوص عليهم شرعا بمعنى انه يمكنها أن تزوج نفسها واقعيا لكن بوجود الولي قانونيا وهذا ما يعد تخلي غير صريح عن دور الولي في زواج الراشد ،بالنسبة للقاصر فقد نزع عن أولي حق إجبار ابنته علي الزواج وهنا يكون اخذ بولاية المشاركة فضمنيا يجب ان تتفق إرادة الولي مع إرادة القاصر كي يتم الزواج .

المطلب الثاني: حق الطلاق بيد الزوج:

لا شك ان الطلاق قرار ليس من السهل اتخاذه إلا بعد استحالة استمرار الحياة الزوجية بين الطرفين و أثاره لا تمس طرفي عقد القران الذي تم فكه بل تمتد للأسرة والمجتمع أيضا.

و إذا كان قيام الرابطة الزوجية يتم باتفاق الطرفين فيبدوا من البديهي بالمنطق البشري ان فكها يجب أن يكون أيضا بالاتفاق لكن نجد ان واقع الحال غير ذلك فالمنهج الإسلامي جعله بالأساس حق للزوج فقط بينما يراه

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار للطباعة ، الجزائر 2007،ص44.

دعاة العصرنة مساس بمفهوم المساواة بين الرجل والمرأة انتقاص من هذه الأخيرة ولهذا نتطرق في هذا المطلب إلي هذا الحق في المنهج الإسلامي و الفكر الحديث و نستعرض ما اخذ به المشرع الجزائري.

الفرع الأول :الطلاق بيد الزوج في الفقه الإسلامي:

ان الفكر الإسلامي كما سبق ان رائينا يعتبر الحق هو منحة من الله ، لا يمكن بأي حال من الأحوال حتى لولي الأمر تغيره أو تقيده إلا في حدود المباح وهذه السلطة محصورة في الأحكام التي لم يرد بشأنها نص خاص أو ورد فيها نص خاص معلل ومبني على مصلحة متغيرة وعليه فحق الزوج في الطلاق لا يشذ عن أحكام المنحة الإلهية بصورة عامة بناء عليه نتساءل هل الطلاق بالإرادة المنفردة لزواج حق مطلق أم مقيد بضوابط وفق الشريعة الإسلامية .

أولا: أحكام الطلاق بيد الزوج في الفقه الإسلامي

1-الطلاق بيد الزوج منحة من الله

أ – البعد العقدي لحق الطلاق بيد الزوج:

ان الفقه الإسلامي تعتبر المؤسسة الزوجية هي الوسيلة المثلى والوحيدة لتحقيق أهداف المجتمع المسلم ، ومقاصد الشريعة ،فكان للعقد الزواج أهميته البالغة وسماه المولى عز وجل الميثاق الغليظ ، لكن لان الشريعة تستوعب كل المتغيرات التي قد تطرأ علي الحياة الزوجية فتجعل من العسير استمرارها و رفعا للحرج شرع الطلاق ليكون أخر العلاج الكي ، يقول الكاساني:"أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب فكان الطلاق قطعا للنية و تفويتا للواجب فكان الأصل هو الحضر و الكراهية إلا انه رخص للتأديب أو التقليص [1] وقال الرسول ﷺ :"لعن الله كل ذواق طلاق" [2] وفي هذا الحديث دلالة علي الحرص الشرع علي الوفاء بهذا الميثاق الغليظ وتوعد لكل مستهتر به وناقضا له دون عذر مشروع.

2-البعد المصدري لحق الطلاق بيد الزوج

معنى الطلاق و مشروعيته :

لغة :طلق طلقا الشيء لفلان أعطاه إياه ، و أطلق يده أي فتحها، و طلق اليدين تعني سخي والطلق :غير المقيد وطلاقا المرأة من زوجها :بانت عن زوجها و تركته فهي طليق[3]،

---

[1]-الكساني ،بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية ،لبنان ط2 1986 ج3 ص95 .

[2]-الألباني ، ضعيف الجامع ، ،دار الراية القاهرة ط1 1989 الحديث رقم 1673 ص 106.

[3]-المنجد العربي للغة والإعلام ، دار المشرق بيروت ط1 1984 مدة طلق ص 512.

اصطلاحا :رفع قيد النكاح في الحال والمال بلفظ مخصوص[1]، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المال يكون بالطلاق الرجعي أي بعد العدة،و اللفظ المخصوص هو الصريح كلفظ البائن والحرام والطلاق وما شابهها.

مشروعيته :

من الكتاب :استدل الفقهاء علي ان الطلاق لا يصح إلا من الزوج من قوله عز وجل : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ وَلاَ يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُواْ إِصْلاَحاً ﴾ [2].

ووجه الدلالة أن ضمير بعولتهن عائد إلي المطلقات قبله،ومن المطلقات الرجعيات كما تقدم،فقد سماهن الله تعالى مطلقات لأن أزوجهن أنشئوا طلاق هن،و أطلق اسم البعولة علي المطلقين ظاهره أنهم أزواج للمطلقات إلا أن صدور الطلاق منهم إنشاء لفك العصمة التي كانت بينهم،ويستدل البعض بقوله عز وجل :﴿ **لِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ** ﴾ فأن الله أعلن أن النساء حقا كحق الرجال و جعل لرجال درجة زائدة منها أن لهم حق الطلاق[3]، و قوله تعالى:" ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنّ**﴾ [4]،ووجه دلالة ان قوله تعالى "طلقتم" أوقعتم الطلاق فهم الأزواج [5]

ومن السنة :قوله ﷺ :"إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[6]، والمقصود به أن الذي يملك إيقاع الطلاق وحل العصمة هو الزوج، الذي له أن يأخذ بساق المرأة.

الإجماع :أجمع فقهاء الإسلام علي ان الطلاق حق لزوج دون المرأة وان الطلاق لو تم من المرأة لا يكون له حكم الطلاق ويقول الكاسني "المرأة لا تملك الطلاق بل يملكه الزوج"[7].

2-الطلاق بيد الزوج وسيلة لتحقيق مصلحة.

أ- **حكمة الطلاق** : قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "إن الطلاق الثلاث حرمت به المرأة عقوبة للرجل حتى لا يطلق، فإن الله يبغض الطلاق ،وقد روى أهل التفسير والحديث والفقه، أنهم كانوا في أول الإسلام يطلقون بغير عدد، يطلق الرجل المرأة، ثم يدعها حتى إذا شارفت انقضاء العدة راجعها ثم طلقها أضرارا، فقصرهم الله على الطلقات الثلاث أول حد الكثرة، وآخر حد القلة، ولولا أن الحاجة إلى الطلاق لكان الدليل

---

[1]- بعد القادر بن حرزالله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،المرجع السابق ص 212.

[2]-سورة البقرة ،الآية 228.

[3]- االطاهر بن عشور،التحرير والتنوير ج1 المرجع السابق ص 403.

[4]-سورة البقرة الآية 232.

[5]-االطاهر بن عشور،التحرير والتنوير ج 1 المرجع السابق ص 426.

[6]- ابن ماجة، سنن ابن ماجة باب طلاق العبد دار التأصيل القاهرة ط5 ج1 2014 ص 672 في إسناد ابن لهيعة وهو ضعيف

[7] - الكساني ،بدائع الصنائع ج2 المرجع السابق ص 236.

يقتضي تحريمه، كما دلت عليه الآثار والأصول ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً، وحرمه في مواضع باتفاق العلماء كما إذا طلقها في الحيض و لم تكن مسألته الطلاق، فإن هذا الطلاق حرام باتفاق العلماء"[1]، أي أن الطلاق علاج حاسم وحل نهائي أخير لما استعصى علي الزوجين و أهل الخير والحكمين، بسبب تباين الأخلاق تنافر الطباع.

ب–حكمة جعل الطلاق بيد الرجل دون المرأة: لقد خص الله تعالى الزوج بحق الطلاق دون المرأة، لمجموعة من الأسباب تتمثل في :

1–**القوامة لزوج** : تعتبر القوامة شرطا ضروريا لقيام الأسرة ولضمان استقرارها.لذلك فقد أناط الشرع الرجل بحق القوامة و أعطاه الحق في أن يكون الطلاق بيده إذ من لوازم القوامة أن يكون الطلاق بيد الرجل[2]، الرجل الذي دفع المهر و أنفق علي الزوجة و البيت يكون عادتا أكثر تقديرا لعواقب الأمور، فالطلاق يتبعه أمور مالية من دفع مؤجل المهر، والنفقة،و المتعة وهذه التكاليف لمالية من شأنها حمل الرجل علي التروي في إيقاع الطلاق [3].

1– **عقلانية الرجل:**المعروف ان المرأة أكثر تأثرا بالعاطفة و هذا ما يجعل قراراتها انفعالية بينما الرجل أكثرا احتمالا وضبط مشاعره و انفعالاته و كظما للغيظ و هذا ما يبرر جعل حق الطلاق بيد الزوج كنوع من الحفاظ علي البناء الأسرى.

اذا فالطلاق بيد الزوج هو نوع من الحفاظ علي الأسرة قبل كل شيء كما انه يمكن للمرأة ان تشترط لنفسها هذا الحق ا نرضى الزوج .

ثانيا :حق الطلاق بيد الزوج بمنظور المعاصرة:الفكر الحديث ينكر علي الفكر الإسلامي جعل الطلاق بيد الزوج و يعتبره مظهرا من مظاهر التميز بن المرأة والرجل و خاصة ان الفكر الحديث يعتبر ان هذه التفرقة هي تكريس لدونية المرأة و ضربا لمبدأ المساواة فكرة الطلاق في العصرنة تنطلق من الأساس العام للحقوق التي هي منحة من العقل والواقع [4].

أولا :الطلاق منحة من العقل والواقع :

1–البعد العقدي لأحكام الطلاق:

أحكام الطلاق فبمنظور العصرنة تنطلق من الواقع وما يعرفه من تطورا اقتصاديا واجتماعيا تؤثر بشكل مباشر في بنية الأسرة ،وجعل الطلاق بيد الزوج يكرس دونية المرأة ورضوخها لسلطة الزوج الذي هو في نظر المعاصرة مجرد احد أطراف العقد المدني يخضع لشروطه مثل المرأة ولا يجب أن منحه القانون الإلهي أو الوضعي أي امتيازات غير التي تم الاتفاق عليها في صيغة العقد.

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المرجع السابق ص 59

[2]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق ،ص41.

[3]، المرجع نفسه ص41.

[4]–تقي الدين ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ،دار الصفوة القاهرة ط4 2005 ط2 ج32 ص 129

ويعتبرون ان الطلاق هو مجرد وسيلة في يد الرجل لتغير الزوجات دون مراعاة لآدمية المرأة وحقها في الموافقة علي هذا القرار قبل خروجه لحيز التنفيذ في الواقع وحدوث أثاره التي هي حتما تمز كيان الأسرة كلها بما فيهم الأولاد .يقول الأستاذ خالد البرجاوي: " وبخصوص الطلاق الانفرادي من جانب الزواج فهو من أفظع إشكال التمييز في حق المرأة حيث ينتج عنه عدم استقرار أوضاع الأسرة وحالة اضطراب دائم تنذر بضياع الأم و الأبناء و تشردهم'فكيف يهدأ حال الأسرة و الزوج يملك حرية تطليق زوجته في أي لحظة شاء دون قيد حقيقي أو شروط حرمته."[1] .

2-البعد المصدري لأحكام الطلاق:

يسعى دعاة العصرنة بشكل ملح إلي سلب الرجل حق الطلاق و إسناده للقضاء تحقيقا للعدالة و نظرا لتعسف الذي أظهره الرجل في استعمال هذا الحق وما نجم عنه من أوضاع اجتماعية تمس المرأة والطفل بشكل مباشر ويرون ان المجتمع الدولي أن كان يحميهما بما عرفه من اتفاقيات لحقوق المرأة والطفل و ما تخرج به المؤتمرات من توصيات فان هذا لن يكون ذو فاعلية إذا لم يتم تغير الأعراف والدهنيات التقليدية البالية.

وفي هذا الإطار نج اتفاقية سيدوا في كل بنودها تلح علي الدول والحكومات العمل علي ذلك ونجد في مادتها 16 هذا المبدأ حيث تنص بوضوح علي انه يجب ان تكون للمرأة نفس حق الزوج في كل ما يتعلق بالزواج.

المادة 16:" تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة"،وتأتي الفقرة الثالثة من هذه المادة واضحة المدلول علي ان حق الطلاق ليس منحة من الله بيد الزوج بل هو منحة من العقل والواقع لكلا الطرفين حيث تنص علي:" نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه"،و لهذا يقترح دعاة الحداثة منح القاضي سلطة إيقاع الطلاق ويكون لكلا الزوجين الحق في المطالبة به أو رفض وقوعه.

ثانيا:المصلحة المرجوة من نزع سلطة الزوج عن الطلاق :

تدعو العصرنة إلي ضرورة سلب الرجل حق الطلاق و جعله بيد القاضي، لان المرأة التي أصبحت مساوية لرجل بعد خروجها للعمل و نيل حظها من التعليم لم يعد من اللائق جعلها مجرد موضوع للطلاق بجعل هذا الحق بيد الزوج و حتى في الحالات التي تطلب الخلع أو التطليق أمام القضاء تبقى مجرد موضوع لطلاق وليس طرفا يمارس حقه بندية أمام القضاء ،ولهذا يذهب دعاة العصرنة إلي ان جعل الطلاق بيد القاضي يحقق عدت مصالح منها.

أ-الندية بين الزوجين :يعد الطلاق الانفرادي من جنب الزوج من أفظع أشكال الميز في حق المرأة [2]،ان جعل الطلاق بيد الزوج في نظر الفكر الحديث هو تعبير عن دونية المرأة و إلغاء لذاتيتها ' و لتفادي ذلك وجب إسناد هذا الحق للقاضي فلا يكون هذا الحق بيد المرأة فيكون بمثابة مجابهة الخطاء بخطاء ولا يضل بيد الرجل ليستمر في تعاليه علي المرأة و تضل خاضعة له بما لا يناسب ما وصلت إليه من وضع اجتماعي وندية لرجل في جميع النواحي .

1- محمد مسرار ، نظرية الحق، المرجع السابق ص 328.

2-المرجع نسه ص 333.

ب- تقليص نسب الطلاق:يدعي نصار الفكر الحديث أن جعل الطلاق بيد القاضي يهدف إلي تقليص نسب الطلاق نظرا لان الزوج قد يسيء استعمال هذا الحق نظرا لي :

لضعف الوازع الديني لدى الأفراد أو مبالغة الزوج في تقدير بعض الأسباب المعكرة للحياة الزوجية و استغلالها وفقا لمصالحه وعواطفه كما أنهم يرون أن عقد الزواج ابرم بتراضي الطرفين كيف يكون إنهاؤه بيد أحدهما دون الأخر ، كما يرون أن أغلب القوانين المقارنة تجعل الطلاق من اختصاص القضاء ، وهذا لم يأتي إلا بعد التأكد من نتائجه الايجابية.[1]

الفرع الثاني: الطلاق بيد الزوج في قانون الأسرة الجزائري :

لا يمكننا بأي حال من الأحوال عند الحديث عن قانون الأسرة الجزائري أن نتناوله من وجهة نظر قانونية محضة ونتجاهل مختلف الجوانب –سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو حتى إنسانية- التي أدت بالمشرع إلي إخراج في قالب معين وإن قانون الأسرة وما يجسده من صراع بين التيارين الإسلامي و التيار المعاصر التحرري لم يخرج في هذه النقطة عن هذه القاعدة فبينما يدعوا التيار الأول إلي تبني المرجعية الإسلامية والمحافظة علي المكاسب التي السابقة في نصوص قانون الأسرة 11/84 تدعوا التوجهات الحديثة الداعية إلي التحرر المرأة ودعم حقوقها بما تراه في ذلك من دعم للأسرة و محافظة عليها.

جاءت النصوص المتعلقة بالطلاق في قانون الأسرة الجزائري في الباب الثاني من الكتاب الأول تحت عنوان انحلال الزواج المواد من 47 الي57 مكرر(ق أ ج) ، و قد عرف الطلاق في المادة 48(ق أ ج) "يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج ،أو بتراضي الزوجين ،أو بطلب من الزوجة"،ومن الواضح بما لا يترك مجال للشك إن عبارة "بإرادة الزوج" تعني أن المشرع الجزائري أخذ بأحكام الشريعة في هذه النقطة و جعلها هي القاعدة أعطى حق الطلاق لزوج دون أن يكون لزوجة أي دخل أو موقف منه.

ثم جاء نص المادة 52 (ق أج)" اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر للاحق بها"، و يمكن اعتبار هذا النص نوع من التقيد لهذا الحق أو كنوع من الردع للحد من تعسف الزوج في استعمال حقه في إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة،بالإضافة إلي :

- الطلاق الاتفاقي :وهو لا يخرج عن نطاق حق الزوج في إيقاع الطلاق لكن يكون بموافقة الزوجة وهو ما جاء في المادة 48(ق أ ج) وعبرت عنه "او يتراضي الزوجين"،وهو بذلك أعطى الزوجة درجة ثانية من المشاركة في اتخاذ هذا قرار الطلاق وإن كان لا يخرج عن إرادة الزوج بطبيعة الحال.

-التطليق :وهو حق مشروع لزوجة لكن الملاحظ ان الأسباب المذكورة في المادة 53 (ق أ ج) متوسع فيها بشكل يخدم مبدأ المساواة التماثلية أو الندية وفيها بعض الغموض مثل "كل ضرر ومعتبر شرعا" يعد نوع من الالتفاف علي حق الرجل في إيقاع الطلاق و وضع الأمر تحت السلطة التقديرية للقاضي : وبهذا يكون المشرع

[1]- خالد البرجاوي ،إشكالية الأصالة و المعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية ،دار القلم ،2003 ص 273

الجزائري ساير الشريعة الإسلامية في جعل حق الطلاق بيد الزوج لكن هذا التصور سرعان ما يثير نوعا من اللبس حول دور القاضي فقد جاء نص المادة 49 (ق أج) "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي"،فنص المادة 49(ق أج) يجعلنا تسأل هل يخضع الطلاق الصادر عن إرادة منفردة من الزوج إلي السلطة التقديرية للقاضي ؟

السلطة التقديرية للقاضي في إيقاع الطلاق الصادر عن الزوج

يجب على الزوج أن يعلن عن إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك ، و من ثمة يعدّ المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق و ليس فالأصل في أعمال القضاء أنها ذات طبيعة قضائية بحتة واستثناءا تكون ذات طبيعة ولائية ، و الفرق بينهما يكمن في وجود النزاع من عدمه وعليه وطالما أن الحكم بإثبات الطلاق لا ينطوي على أي نزاع فإنه من المفروض أن يكون عملا ولائيا، إلا أن المشرع ارتأى إصداره في شكل حكم قضائي تماما كالأعمال القضائية. ذلك أن المشرع عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي[1]، و من ثمة يكون المشرع قد انحاز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس ، لكنه لم يمنح القاضي أي سلطة لرفض طلب إثبات الطلاق المقدم من الزوج إنما هو ملزم بإثباته متى استوفي كل محاولات الصلح و رفض الزوج الرجوع عن قراره ولا يملك إلا الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسف متى ظهر له ان الزوجة واقعة تحت قهر من جراء هذا الطلاق.

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري وإن كان قد منح للزوج حق الطلاق بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى إبداء الأسباب و دون أن يكون للقاضي فيها دورا إيجابيا –و هذا ما يفيد أنه يدخل في الوظيفة الولائية للقاضي– فإنه قيده باستيفاء الشكل المقرر قانونا و جعل له طبيعة الإنشاء ، ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا

الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه و ليس من تاريخ تصريح الزوج به ، و بالتالي فإن آثاره تترتب من تاريخ الحكم.

يكون المشرع الجزائري جعل الطلاق بين الزوجين سلطة تقديرية للقاضي لكن واقعيا القاضي لا يملك عدم إيقاع الطلاق الذي يصدر عن الزوج بعكس ما يحدث في طلب التطليق حيث يمكن القاضي عدم الأخذ بالأسباب المقدمة من الزوجة، وعليه فالمشرع الجزائري أبقى علي هذا الحق كما نصت عليه أحكام الفقه الإسلامي رغم ان الجزائر من الموقعين علي اتفاقية سبدوا التي في المادة 16:" تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية"[2]، وبوجه

[1] عبد القادر بن حرزالله،الخلاصة في أحكام الطلاق والزواج، المرجع السابق ص 247

[2] – اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة –قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979

خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة"،وتأتي الفقرة الثالثة من هذه المادة واضحة المدلول علي أن حق الطلاق ليس منحة من الله بيد الزوج بل هو منحة من العقل و الواقع لكلا الطرفين حيث تنص علي:" نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه"،و لهذا يقترح دعاة الحداثة منح القاضي سلطة إيقاع الطلاق ويكون لكلا الزوجين الحق في المطالبة به أو رفض وقوعه .

يقول الأستاذ خالد البرجاوي: " وبخصوص الطلاق الانفرادي من جانب الزواج فهو من أفظع إشكال التمييز في حق المرأة حيث ينتج عنه عدم استقرار أوضاع الأسرة وحالة اضطراب دائم تنذر بضياع الأم و الأبناء وتشردهم'فكيف يهدأ حال الأسرة و الزوج يملك حرية تطليق زوجته في أي لحظة شاء دون قيد حقيقي أو شروط حرمته[1].

وخلاصة القول أن المشرع الجزائري تمسك بأحكام الشريعة الإسلامية في حفاظه علي حق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة .

[1]- خالد برجاوي ،إشكالية الأصالة و المعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية المرجع السابق ص72

المبحث الثاني:تطبيقات نظرية الحق في أثار عقد الزواج

سنتناول في هذا المبحث أحكام حق التعدد و حق نفقة الزوجة العالمة في الفقه الإسلامي والوقوف علي أبعاد هذه الحقوق في نظريات العصرنة –التي تجسدها المؤتمرات والاتفاقات الحقوقية– ثم البحث في الاتجاه الذي انتهجه المشرع الجزائري و لهذا سنتناول الولاية في الزواج و الطلاق بالإرادة المنفردة وفق هذا الطرح:

المطلب الأول: حق تعدد الزوجات

الفرع الأول : حق التعدد في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني: حق التعدد في قانون الأسرة الجزائري

المطلب الثاني :حق النفقة للزوجة العاملة

الفرع الأول :نفقة الزوجة العاملة في الفقه الإسلامي

الفرع الثاني :نفقة الزوجة العاملة في قانون الأسرة

المطلب الأول: حق تعدد الزوجات.

الفرع الأول : حق التعدد في الفقه الإسلامي

أولا :أبعاد حق التعدد في الفقه الإسلامي:

1–البعد العقدي لتعدد الزوجات:

التعدد في الفكر الإسلامي هو حق منحة من الله ، أقره الإسلام وقيده بجملة من الضوابط لتمنع مستعمله من التعسف، حيث اشترط العدل والقدرة علي الإنفاق و يعتبر الإسلام التعدد نظاما واقعيا ستوافق مع فطرة الإنسان وضروريات حياته المتغيرة ،و كما رئينا أن الحقوق في الفقه الإسلامية هي علاقة بين العبد وخالقه يترتب عنها ثواب أو عقاب ولهذا فإلزام المولى عز وجل بشروط يعني انه ملزوم بضمان توفرها قبل استعمال حقه المشروع

و إلا كان إما متعسفا أو حرم عليه ما هو مشروع إن كان في عدم توفر الشروط ظلم .

وعليه فالبعد العقد هنا يخضع لقوة الإيمان وحرص العبد علي طاعة ربه و مخافة الوقوع في معصية وخاصة إذا كان الشرط لا يمكن تحققه قبل القيام بالفعل فشرط العدل لا يمكن التأكد منه قبل حدوث التعدد، وإن وجدت النية المسبقة للعدل ،لكن الوقوع في الجور فيما بعد هو ما يجعل الأمر معقدا وان كان واقعنا الأخلاقي والاجتماعي والاقتصادي الحالي يجعل من الواضح انه تحقق هذا الشرط يكاد يكون مستحيل.

2 :البعد المصدري لتعدد .

أ–مشروعية التعدد : و نستشف مشروعية التعدد من الكتاب والسنة والإجماع .

من الكتاب :قوله تعالى: ﴿ **فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾ [1] و وجه الدلالة أن إباحة التعدد مشروطة بعدم الجور وتحقق العدل .

من السنة :السنة الفعلية حيث ثبت عن النبي ﷺ انه عدد الزوجات،ما رواه أبو داود بإسناده أن وهب الأسدي قال:"أسلمت و عندي ثمان نسوة،فذكرت ذلك لنبي ﷺ فقال : أختر منهن و أربعا"[2].

من الإجماع :اجمع الفقهاء علي إباحة التعدد و عدم الزيادة علي أربع و اختلف الفقهاء المعاصرين في ثلاث أمور

الرأي الأول : بقاؤه علي إباحة لمن يرغب فيه ،وممن ذهب إلي هذا الحكم من الفقهاء المعاصرين الشيخ المهدي الوزاني و محمد شلتوت، و الشيخ محمد أبو زهرة و الشيخ محمد الطاهر بن عاشور و الشيخ يوسف القرضاوي[3]

الرأي الثاني : يرى هذا الفريق انه يجب تقيده بإذن القاضي وذهب إلي هذا الرأي الشيخ محمد عبده و تلميذه الشيخ رشيد رضا و الدكتور مصطفى السباعي ....إلي أن اختلافهم شروط و ضوابط هذا التقيد فبينما حصر الشيخ محمد عبده إمكانية حصول الزوج علي إذن القاضي بالتعدد في حالة واحدة وهي كونها عاقر[4].

و قيد الشيخ المراغي حصوله علي الإذن وجود ضرورة فردية أو اجتماعية[5]،أما الدكتور مصطفى السباعي فقيده بقدرة الزوج علي الإنفاق[6] ،وهم يبنون قولهم علي قوله عز وجل ﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾ [7] ،و قوله عز وجل ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ**﴾ [8]،حيث يقول الشيخ محمد عبده "فمن يتأمل الآيتين علم ان إباحة تعدد الزوجات في الإسلام أمر ضيق فيه أشد التضييق [9].

يرى الفريق الثالث ان التعدد يجب ان يمنع منعا تاما في العصر الحاضر نظرا لظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تعوق توفر شرطي العدل والقدرة علي الإنفاق .

ب:الحكمة من التعدد .

صيانة المجتمع من الرذيلة:كان الناس فريقان، فريق لا يبيح إلا زوجة واحدة وان أدى إلي انحراف الأزواج واتخاذ الخليلات، وفريق موسع في التعدد مما أدى ظلم الزوجات وعدم العدل بينهن ،فشرع الإسلام التعدد

---

[1]- سورة النساء، الآية 3.

[2]-سنن ابن ماجة ،كتاب االنكاح ،باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع رقم 1953 ص628.

[1]- عبد الرحمن العمراني ،الاجتهاد الفقهي المعاصر في أحكام الأسرة ،المرجع السابق ص 22.

[4]- محمد عبده جمع محمد عمارة ، الأعمال الكاملة ، المؤسسة العربية لدراسات و النشر ط1 2002 ص95.

[5]-احمد مصطفى المراغي، تفسير المراغي ،دار الفكر بيروت ط3 2009 ص 183.

[6]-مصطفي السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون دار الوراق بيروت ط2 ،1999 ص121.

[7]-سورة النساء الآية 3.

[8]-سورة النساء الآية 129.

[9]-محمد عبده جمع محمد عمارة ،الأعمال الكاملة ، المرجع السابق ص169.

وحدد العدد المسموح به للمحافظة علي كرامة المرأة و في نفس الوقت صيانة الرجل من الوقوع في الرذيلة متى تعذر عليه الاكتفاء بزوجة واحدة.

تحقيق التوازن: يرى البعض التعدد يمكن أن يساهم في تحقيق التوازن المطلوب في المجتمعات البشرية بين عدد الزوجات والرجال لان كل الإحصاءات تشير إلي ارتفاع في عدد النساء خاصة بع فترات الحروب .

ج- رفع الحرج عن الزوجين:

يمكن التعدد أن يكون حلا وسطا عند تعطل الحقوق الزوج كحالة مرض الزوجة ويقول الإمام الغزالي " ومن الطباع ما تغلب عليه الشهوة بحيث لا تحصنه المرأة الواحدة فيستحب لصاحبها الزيادة علي الواحدة إلى أربع" [1].

نستخلص أن الإسلام أباح التعدد و لم يجعله أصلا لبناء الأسرة،رفعا للحرج و المشقة المرفوعين عن المكلف، وقيده بشروطي العدل والقدرة علي الإنفاق و لم يترك فيه المجال مفتوح علي مصراعيه،فقد يكون التعدد مخرجا و أفضل من الانفصال بالنسبة لكلا الزوجين.

ج-أحكام تعدد الزوجات:

لقد أباح الإسلام التعدد لكن هذه الإباحة ليست مطلقة بل مقيدة ،وهذه القيود تكاد تحصر في دائر ضيقة فمجرد خوف الجور و الظلم مانع منه،ومن يقرأ الآية التي أباحت التعدد يجدها لم تفرضه بحيث يكون إلزاما لكل شخص وليس فيها ما يدل علي استحبابه و الترغيب فيه إنما مجرد إباحة بل من يمعن النظر في أسلوبها وربطها بسابقتها مع واقع الناس حين نزولها يجدها لم تأت للإباحة الأصلية ولا إباحة لشيء غير موجود أو ممنوع ، إنما جاءت لتقيد تعدد الزوجات الذي كان موجود بصورة تصل إلي حد الفوضى [2].

ولهذا جاء حكم التعدد مرتبط بشروط يجب تحققها ولأي كان في عداد محرم وهذه الشروط هي شرط العدل و القدرة علي النفقة .

1- شرط العدل:

يجب علي الزوج أن يقدم كل ما في وسعه ليحقق العدل بين الزوجات و ان كان يلمس في نفسه عدم القدرة علي ذلك فعليه أن يعزف عن هذا الحق كي لا يقع في معصية، أو ظلم يوجب تحريم التعدد مصداقا لقوله عز وجل :﴿ **فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً** ﴾ [3] و العدل يكون في الملبس و المأكل والمشرب و المبيت و المعاملة بما يلق بالزوجة ويحفظ كرامتها ، إنما العدل في المحبة فهو أمر لا سلطان لأحد عليه لكن يجب أن يكون الزوج قادر علي عدم ترجمة هذه المحبة لأفعال تؤذي الزوجة الأخرى و تكون فيها ظلم فيقول المولى عز وجل : ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ ۚ وَإِن تُصْلِحُوا**

---

[1]- أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين ، دار المعرفة بيروت ط 3 2002 ، ص 30

[2]- عبد القادر حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق ،المرجع السابق ص184

[3]-سورة النساء ،الآية 3.

وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾[1]"هذا الميل المنهي عنه هو الذي حذر منه الرسول ﷺ و بين عاقبته الآخرة "من كانت له امرأتان يميل لإحداهما علي الأخر جاء يوم القيامة يجر احد شقيه ساقطا أو مائلا"[2]

2- شرط القدرة علي الإنفاق:

يقول النبي الكريم ﷺ :"يا معشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج،

ومن لم يستطع فعليه بالصوم فهو وجاء"[3] ،إذا بالنسبة لزواج الأول الذي هو حاجة ضرورية فما يكون حكم الزواج الثاني والثالث في حالة عدم القدرة علي الإنفاق وعليه فشرط القدرة علي الإنفاق هو شرط ضروري وواجب توفره وان كان لا ضوابط لهذه النفقة إلى ان الفقهاء ردوها إلي ما اعتاد عليه عامة الناس من أكل ولباس

ثانيا : حق الزوج في التعدد ظل نظريات العصرنة .

1- التعدد ظاهرة تاريخية:تعتبر العصرنة التعدد ظاهرة تاريخية لا تستجيب للواقع المعاصر، الذي اثبت عجز الرجل عن إعالة أكثر من أسرة ،و عرف استرجاع المرأة لحقوقها المهضومة من خلال خروجها للعمل ، ولإثبات ذاتها و المساهمة في بشكل اكبر داخل الأسرة ، فقد تغيرت الدوار داخل الأسرة والمجتمع فأصبح نظام التعدد غير مجدي و متجاوزا .

تقول الدكتورة نوال السعداوي :" لقد قام نظام الطبقي الأبوي علي هذا النظام الازدواج للزواج و الأخلاق ' أصبح الرجل متعدد الزوجات والعلاقات الجنسية غير مدان أخلاقيا أو قانونيا أو اجتماعيا أو اقتصاديا إن جمع بين زوجتين"[4]،ويقول الأستاذ حميدة النفير" إن إباحة تعدد الزوجات في القرآن ينبغي أن يفهم علي انه حالة خاصة متعلقة بحادثة معينة (سبب النزول) ،و يرتفع بانقضاء تلك الحادثة ليصبح القران متمخضا لمفهوم التعدد إذ لو كان التعدد مباحا من فائدة حل المشاكل الاجتماعية فكيف لا يعد تعدد الأزواج للمرأة حكما مباحا لحل نفس المشاكل[5] ، و يقول قاسم أمين :" لو ان نظرنا في الآيتين أخذ منهما الحكم بتحريم الجمع بين الزوجات ،لما كان حكمة هذا بعيدا عن معناها و غاية ما يستفاد من أية التحليل إنما هو حل تعدد الزوجات إذ أمن الجور،وهذا الحلال هو كسائر أنواع الحلال تعتريه الأحكام الشرعية الأخرى من المنع والكراهية بحسب ما يترتب عليه من المفاسد و المصالح،جاز للحاكم رعاية للمصلحة العامة أن يمنع تعدد

---

[1]-سورة النساء، الآية 129.

[2]-سنن بن ماجة ، كتاب النكاح ،باب من كانت له امرأتان و يميل لأحدهما.رقم 1959 ص630.

[3]- صحيح البخاري ،باب من استطاع منكم الباء، رقم 4778. ص 1602.

[4]- نوال السعداوي ،المرأة الدين و الأخلاق ،دار الفكر القاهرة ط1 2000 ص 112.

[5]-عبد المجيد النجار،خلافة الإنسان بين الوحي و العقل دار الغرب الإسلامي ط1 ،1993 ص95.

الزوجات بشرط أو بغير شرط حسبما يراه موافقا لمصلحة الأمة [1] ،إذا التعدد في نظر دعاة العصرنة هو حادثة تاريخية لا تستجيب لمتطلبات العصر.و يجب منعه منعا باتا .

2- المصلحة المرجوة من منع التعدد:

-تحيق المساواة والتماثل:يرى دعاة العصرنة إن إباحة التعدد هو مساس بكرامة المرأة و انتقاص من مكانتها و هو فيه إخلال بالمساواة بين الجنسين، وهو ما يتعارض مع مقتضيات الاتفاقيات الدولية التي تكرس مبدأ المساواة التامة بينهما ،وعلي رئسها اتفاقية السيدوا(1979) ،جاء في المادة 2: "ان تضمن المساواة التامة بين الرجل و المرأة في الزواج ...."[2]،ويتضح جليا ان العصرنة ترمي لتغير الأوضاع القائمة بحكم الأعراف والتي يرى فيها مساس بمبدأ المساواة الذي هو ركيزة أساسية يقوم عليها هذا الفكر .

-مواجهة سلطة الرجل:حيث ان هذه السلطة التي أساسها القوامة لم يعد لها محل من الإعراب بعد ما عرفته المجتمعات الإسلامية من تطور اجتماعي و اقتصادي وفكري ونظرا لدور الذي أصبحت تلعبه المرأة داخل الأسرة والمجتمع ككل فيرى أدعاة العصرنة انه يجب التدخل القوانين لكبح هذه السلطة الوهمية التي يصفونها في بعض الأحيان بأنها نوع من المرض النفسي الناجم عن خطاء في التنشئة المبنية علي التفرقة و السلطة الذكورية التي تمنحها العائلة لذكور علي الإناث ،ويبرز هذا جليا في نص المادة خمسة من اتفاقية السيدوا (1979)، لمادة5 :"أ-تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر،أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة.

ب- كفالة تضمين التربية العائلية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية، والاعتراف بكون تنشئة الأطفال تربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون مفهوماً أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات.

ج – الحفاظ علي العلاقات الأسرية : تعتبر العصرنة ان التعدد أداة لإفساد الأسرة لما يقع من ضرر من جراء النزاعات والمشاحنات لا تقف عليهن بل يتعدى إلى الأبناء فينشأ بناء الرجل الواحد متعادين متباغضين يزيد هذا النزاع ويشتد عندما يميل الرجل إلي احدهن أكثر من غيرها،و كثيرا ما يكون سببا في تشرد الأبناء .

الفرع الثاني: التعدد في قانون الأسرة الجزائري

ان القانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا أساسيا وهذا وفق نص المادة 222 (ق اج) و وفق ما رائنا سابقا أن التعدد هو حق لزوج و الحقوق في أحكام الفقه الإسلامي هي منحة من الله ،فكيف عالج قانون الأسرة الجزائري مسألة التعدد وهل أباح هذا الحق علي أطلاقه أم قيده ؟ وهل هذا التقيد يوافق أحكام الشرع أم هو تعدي عليه ؟

---

[1]- قاسم أمين ،تحرير المرأة ، دار الفكر القاهرة ط2 2004 ص161.

[2]- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المرجع السابق.

أولا :التعدد حق مشروع :الذي يدرس قانون الأسرة الجزائري في الجانب المتعلق بالتعدد يجد انه أفسح المجال لتعدد الزوجات باعتباره رخصة ممكنة، ومجالا مفتوحا بحسب الظروف و الأحوال الشخصية وهي أحوال يقرها الواقع العملي برغم انف المعارضين ، و لم يحضر ما شرعه الله .

فالقانون الجزائري يعترف بالمنحة الإلهية المتمثلة في حق الزوج في التعدد ، و لم يأخذ بنظريات العصرنة الداعية لمنع التعدد مراعاة منه لما قد يطرأ علي الحياة الزوجية من ظروف قد تستعدي زواج الرجل مرة ثانية حفاظا علي نفسه أو حتى دعما لزوجته إن أصابها مرض وعجزت عن تأدية واجباتها الزوجية مع رغبته في الإبقاء عليها لأسباب قد تكون إنسانية أو أخلاقية،وجاءت المادة8 (ق اج): تقر هذا الحق "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل."

ثانيا: السلطة القاضي و حق الزوج في التعدد: رغم إقرار المشرع الجزائري بحق الزوج في التعدد إلي انه لم يتركه مطلقا بل ضبطه بجملة من القيود التي منها ما يوافق الفقه الإسلامي كتوافر شروط و نية العدل ، ومنها ما هو محاولة لتضيق نطاق التعدد علي اقل شريحة ممكنة في محاولة التقارب بين نصوص الشريعة الإسلامية التي كان معمول بها قبل التعديل و العصرنة التي تستدعي المساواة في كل الجوانب المتعلقة بعقد الزواج والعالقة الزوجية ، كشرط الترخيص من القاضي وموافقة الزوجتين السابقة واللاحقة.

-القيود الواردة علي حق التعدد :

أ-العدل:من السهل الفهم أن المقصود من عبارة "شروط العدل" هو القدرة علي الإنفاق والقدرة البدنية والعقلية أو جملة الأمور المادية و المعنوية التي قد تقف عائق في طريق تحقيق العدل بين الزوجات فأن عبارة "شروط نية العدل" تبقى مبهمة فالنية أمر معنوي يضمره الإنسان بداخله لا يمكن لأيا كان إدراكه فكيف لقاضي أن يتأكد منه فالأمر نسبي .

-المبرر الشرعي: لم يربط الفقه الإسلامي إباحة التعدد بأي مبرر شرعي و والقيدان الوحيدان اللذان يقرهما الشرع هو القدرة علي العدل و والإنفاق و إدراج المشرع الجزائري لهذا القيد كنوع من التقيد لهذا الحق ومحاولة لتوفيق للأصوات التي تعتبر ن التعدد هو مساس لآدمية المرأة وكرامتها متى لم يكن هناك سبب يبرر هذا الزواج الثاني أو الثالث أو الرابع وعليه المبرر الشرعي يبقى سلطة تقديرية للقاضي .

- ترخيص رئيس المحكمة :في إطار محاولة المشرع الجزائري لتضيق من نطاق إباحة التعدد ، و جعل هذا الحق تحت رقابة القضاء بشكل ما قيده بحصول الزوج علي ترخيص من رئيس المحكمة الذي يحق له رفض طلب الزوج متى كان في هذا الزوج ضرر علي الأسرة ككل أو الزوج نفسه أو علي الزوجة الثانية أيضا هنا القاضي يمثل سلطة رقابة لمصالح الأسرة والمجتمع رغم ان واقع الحال يقلص من دور القاضي ويجعله دور شكلي فلجوء الأطراف إلي الزواج العرفي ثم الإقدام علي إبرام عقد الزواج علي أساس أمر واقع جعل القضاة لا يقومون بالدور المنوط بهم من دراسة قضية الحال بالشكل المطلوب و يفضلون مصلحة الزوجة اللاحقة وطلب الزوج متغاضين عن بقية الأطراف التي قد يقع عليها ضرر من هذا الزوج .

– موافقة الزوجة السابقة واللاحقة :و خلاصة القول ان حق التعدد في قانون الأسرة وافق الشريعة وحافظ المشرع علي أباحة هذا الحق التعدد لكن وضع له قيود وضوابط مستقاة من العقل و الواقع بالإضافة إلي الضوابط الأساسية التي وضعا الشارع الحكيم لمنحته الإلهية .

المطلب الثاني :حق النفقة للزوجة العاملة:

إن الشريعة الإسلامية وضعت نظاما في النفقات يتجلى فيه معاني التكامل الاجتماعي والبناء السليم للمجتمع أخلاقيا واقتصاديا، ومن هذا النظام نفقة الزوجة، فهي صمام الأمان لاستقرار النظام المالي للأسرة و عماد تماسكها، ولما كانت نفقة المرأة في مقابل واجب عليها وإذا كان عمل المرأة داخل البيت إن كان يدر (مثل الحياكة وغيرها) لا يثير جدلا حول وجوب نفقة المرأة العاملة فأن خروج المرأة للعمل وأن كان بأذن زوجها يثير عدد من المشكلات حول حقها في النفقة ،ورغم أن الإسلام كرمها بهذا الحق إلا أن دعاة العصرنة يرون فيه اختلال في ميزان العدل والمساواة دخل الأسرة،وعليه سنحاول ان نجيب علي التساؤلات التالية :

هل خروج المرأة للعمل يسقط حقها في النفقة في الفقه الإسلامي؟،وكيف يرى دعاة العصرنة من النظام المالي الإسلامي للأسرة؟، وبما أخذ المشرع الجزائري؟

الفرع الأول :نفقة الزوجة العاملة في الفقه الإسلامي

أولا: أبعاد نفقة الزوجة العاملة في الفقه الإسلامي

1– نفقة المرأة العاملة منحة من الله.

أ– البعد العقدي للنفقة :تعد نفقة الزوج علي زوجته من القربات بها إلي الله عز وجل: فعن أبي هريرة رضا الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ " أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول ، تقول ما أن تطعمني وأما تطلقني و يقول العبد أطعمني و استعملني ،و يقول الابن أطعمني و إلى من تدعني"[1]، قال النبي صلى ﷺ لزينب امرأة عبد الله بن مسعود، "زوجك وولد أحق من تصدقت به عليهم"[2]، والذي يتبين حضور الجنب العقدي في احكم النفقة ، ولا شك في أن ذلك هو ادعى للالتزام والامتثال لأحكمها.

ب– البعد الأخلاقي للنفقة :لا يستقيم حال الأسرة إلا إذا تأسست علي نظم مالي محكم ثابت المعالم، لا يتغير بالأزمان و الظروف والعوائد، شأنه في ذلك جميع المؤسسات لاجتماعية بفارق يتمثل في حضور الجانب الأخلاقي ، إذ إن الزواج يبنى على المكارمة لا على المشاحنة و إذ كلف الإسلام الزوج بالإنفاق الأسري وجعله أمرا ثابتا منصوصا عليه بنصوص قطعية الدلالة و الثبوت،ترك هامش الأخلاق حاضرا، فصلح الزوجة زوجها بإسقاط حقها أو بعضه من نفقتها عن رضا دون إكراه من أرفع وأنبل الأخلاق التي تتمسك بها

[1]–صحيح البخاري ،كتاب النفقات، باب وجوب النفقة علي الأهل والعيال رقم5041. ص 1962

[2]– صحيح البخاري ،كتاب الزكاة، باب الزكاة علي الأقارب رقم 1393. ص 652

الزوجة حفاظا علي الأسرة واستقرارها .إذن لا يمكن عزل موضوع النفقة عن البعد الأخلاقي والذي ينبني أساسا علي التعاون والتكافل والإيثار مع بقاء الحكم الأصلي و المتمثل في وجوب نفقة الزوج علي زوجته.

ج–البعد المصدري لنفقة الزوجة العاملة:

–معنى النفقة و أحكامها:

–في اللغة: النفقة في اللغة اسم لما ينفقه الإنسان على غيره، وقد اختلف علماء اللغة في مصدر استحقاقها فقيل هي: إما أن تكون مشتقة من النفوق، وهو الهلاك، يقال: نفقت الدابة نفوقا إذا هلكت، وإما أن تكون مشتقة من النفاق وهو الزواج، و جاء في لسان العرب :فقت السلعة تنفق نفاقا ، بالفتح : غلت ورغب فيها و نفق ماله ودرهمه وطعامه نفقا ونفاقا ونفق ، كلاهما : نقص وقل ، وقيل فني وذهب . وأنفقوا : نفقت أموالهم . وأنفق الرجل إذا افتقر و أنفق المال : صرفه ونفق الزاد ينفق نفقا أي نفد[1].

–في الاصطلاح: هي إخراج الشخص ما لا ينفق به على من تجب عليه نفقته،وهي شرعا الطعام و الكسوة والسكنى وفي عرف الفقهاء ،هي الطعام فقط[2].

–دليل وجوب النفقة في الكتاب والسنة:

أ –دليل النفقة من الكتاب: قوله تعالى : ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا**﴾ [3]، وقوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾ [4] ،و قوله تعالى : ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾ [5]،فهذه الآيات واضحة الدلالة في وجوب النفقة للزوجات.

ب دليل النفقة من السنة:عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: في خطبته في حجة الوداع: " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" [6].و عن عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال: " خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف "[7].

–سبب وجوب النفقة:الجمهور دون الحنفية: يرون ان سببها هو الزوجية فكون المرأة زوجة للرجل تجب عليه نفقتها و رتبوا عليه وجوب النفقة للمطلقة طلاقا رجعيا، أو بائنا وهي حامل لبقاء حق الزوجية أما البيتوتة إذا

---

[1]–ابن منظور،لسان العرب مادة نفق ج4 .

[2]–عبد القادر بن حرز الله،الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،ص280

[3]–سورة الطلاق ، الآية 7.

[4]–سورة البقرة الآية 233.

[5]–سورة الطلاق الآية 6.

[6]–صحيح البخاري ،كتاب الحج، باب حجة النبي، رقم 1218..ص 632.

[7]–صحيح بخاري:كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، رقم 5049 ص 1964.

كانت حاملا ،فلها عند المالكية والشافعية السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالإبانة.

رأي الحنفية:سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها،ورتبوا عليه إلا نفقة علي مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب لان حق الحبس لا يثبت في الزواج الفاسد.

شروط وجوب النفقة :عند الجمهور الفقهاء وهي:

-التمكين:أن تمكن المرأة نفسها لزوجها تمكينا تاما أما بتسليم نفسها أو بإظهار استعداد لذلك،

-أن تكون الزوجية كبيرة يمكن وطئها:فان كانت صغيرة فلا نفقة لها.

-أن يكون الزواج صحيحا:فان كان الزواج فاسدا فلا نفقة علي الزوج .

-أن لا يكون حق الزوج في احتباس الزوجة بدون مسوغ شرعي.

- مناط وجوب نفقة الزوجة العاملة:

لا خلاف بين الفقهاء بالنسبة لوجوب النفقة الزوجة إذا خرجت للعمل برضا زوجها لكن اختلف الفقهاء فيما إذا خرجت الزوجة للعمل بدون رضا الزوج، وأصل خلافهم في هذه المسألة: النشوز هل يسقط النفقة أم لا ، وبيان مذاهبهم كما يأتي:

القول الأول: لا نفقة للزوجة إذا عصت وجها وخرجت من بيتها للعمل بدون رضاه، وهو مذهب جماهير أهل العلم من المذاهب الأربعة [1]،وعن الشعبي قال ليس للعاصية نفقة يقول إذا عصت زوجها فخرجت بغير إذنه [2].

القول الثاني: أنه لا تسقط نفقة المرأة إذا خرجت من بيتها للعمل بدون رضا زوجها، وهو مذهب الحكم بن عتيبة وابن حزم [واحتج الجمهور بأن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها، بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه، وإذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين.

و بناء علي ما تقدم فان رضا الزوج بعمل زوجته سواء كان هذا،الرضا ضمنيا أو صريحا لا يسقط حقها في النفقة وأن كانت المرأة عاملة قبل الزواج و رضا الزوج بها بهذا الوضع فهو يعد موافقة ضمنية علي العمل خارج البيت و إن لم تشترط المرأة ذلك صراحة فهنا يقوم العرف مقام الشرط و يجب الالتزام به . أما إذا اشترط عليها هو عدم العمل فهي ملزمة بذلك وان خرجت للعمل فتعد ناشز ويسقط عنها حق النفقة.

-جوب إنفاق الزوجة اذا كان الزوج معسرا:

وفي هذا ذهب جمهور الفقهاء من مالك و الشافعي و ابن حنبل إلي أن الزوجة الميسورة الحال ليست مطالبة بالإنفاق،بل يجوز لها طلب الطلاق إذا أعسر زوجها و تعذر عليه الإنفاق واستدلوا بقوله عز وجل﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾ [3]و قوله تعالى ﴿ **وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ** ﴾ [4]و استنتج العلماء من ذلك انه متى

---

[1] -ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار،دار الفكر بيروت ط1 1992 ط2 ج3 ص 577.

[2] -عبدالرزاق الصنعاني؛ المصنف ، المكتب الإسلامي ط2 1983، ج2 ص 352.

[3] - سورة البقرة الآية 229.

[4] - سورة النساء الآية 34.

عجز عن نفقتها بطل العقد لزوال المقصود منه الذي شرع لأجله النكاح. بينما ذهب بن حزم إلي أن الزوجة إذا كانت ميسورة وجب عليها الإنفاق علي زوجها المعسر حيث يستدل بقوله عز وجل ﴿**وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ**﴾ [1] أي مثلما المولود له نفقة ومادامت الزوجة وارثة لزوجها فعليها نفقته إن أعسر[2]،فالقوامة التي يتمتع بها الرجل هي التي تفرض حق النفقة للمرأة العاملة ،إذا فالشرع لم يلزم المرأة العاملة بالنفقة علي البيت إلا تطوعا أو اشتراطا مبنيا عن الرضا و الهدف من إلزام الزوجة بنفقة زوجته العاملة هو ضمان التنظيم المالي للأسرة الذي هو من أهم مقاصد لأسرة.

2- نفقة المرأة العاملة وسيلة لتحقيق مصلحة الأسرة :

إن الشرع لم يلزم المرأة عموما بالنفاق سواء كانت ذات مال أو لا و المرأة التي تخرج للعمل العاملة برضا زوجها لا تكون ملزمة بالإنفاق علي البيت إلا أن يكون تطوعا لو اشتراطا مبنيا عن الرضا و الاختيار،لذلك فان إنفاق المرأة وإعانة زوجها على تكاليف الحياة لا يسقط القوامة بل إن إلغائها كما يدعو إلي ذلك دعاة المساواة ، يؤدي إلي تنصل الزوج من مسؤولياته داخل الأسرة،ولا خلاف في أن تنصله عن المسؤولية يؤدي حتما إلى زعزعة الأسرة و تفككها و طبعا له أثره البالغ علي الأولاد خاصة .

وخلاصة القول إن الهدف من إلزام الزوج بنفقة زوجته رغم خروجها للعمل هو ضمان للتنظيم المالي للأسرة ولا شك أن ذلك يعود بالنفع علي التنظيم المالي للأسرة الذي هو من اهم مقاصد الأسرة، بالإضافة إلي الحفاظ علي كيان الأسرة ككل بقوامة الأب لما لذلك من اثر بالغ علي جميع أفرادها من الناحية التربوية و النفسية والأخلاقية.

ثانيا:حق النفقة للزوجة العاملة في منظور العصرنة:

أذا كان عمل المرأة خارج البيت من وجهة النظر الحديثة هو رافعة أساسية للنهوض بأحوال الأمة و سببا من أسباب رقيها،,أذا كانت الحياة العصرية أصبحت تفرض واقعا بالنسبة لعدد النساء العاملات خارج البيت الذي هو في تزايد مستمر، نظرا لعدت عوامل أهمها الشعور المتنامي إلى المرأة بان العمل هو الضمان الوحيدة لحياة كريمة و مستقبل إن لم يكن زاهرا فعلي الأقل مستقر و مضمون ، وفي ظل مفاهيم العصرنة التي من أهم أسسها المساواة والمشاركة فان وقوع نفقة الزوجة العاملة علي عاتق الزوج له أبعاد تختلف كليا عن ما سبق ورأيناه في الفقه الإسلامي هذا ما سنتناوله فيما يلي :

---

[1]-سورة البقرة الآية 233.

[2]-ابن حزم، المحلى، درا الكتب العلمية القاهرة ط1 2010 ط3 ج10 ص88 .

–نفقة الزوجة العاملة منحة من العقل أو الواقع :تقوم العصرنة علي فكرة أن صياغة أحكام النفقة من العقل أو الواقع وهي بذلك تعلن عن غياب الوحي في صياغتها و بهذا يكون دحض البعد العقدي في نفقة الزوجة العاملة

–البعد العقدي لنفقة الزوجة العاملة :

تدعو العصرنة إلي تجريد أحكام النفقة عن طابعها التقديسي العقدي،فهي أحكام تعالج النظام المالي للأسرة،و الذي ينبثق أساس من الواقع الاقتصادي و الاجتماعي الذي يعيشه أفرادها،يقول الأستاذ أحمد الخمليشي : "إن تكليف الزوج بالنفقة ليس تعبديا وإنما يدخل ضمن التوزيع العادل لتحمل الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج ،فالمرأة تتحمل ماديا وصحيا و أتعاب الحمل والولادة و الرضاعة طيلة فترة صلاحيتها للإنجاب ما بين ثلاثين إلي أربعين عاما [1]، علي ذلك.فيرى بعضهم أن تخويل الزوج حق الإنفاق مكنه سلطة علي زوجته و أشعرها أنها أدنى منه درجة.

– البعد الأخلاقي للنفقة :

يغيب توجه العصرنة التفسيرات الأخلاقية للنفقة بل يعتبرها قناعا لا وجود له في الواقع إن تغيب البعد الأخلاقي عن أحكام النفقة و تكريس دنيويتها أدى إلي تغيب بعدها لتراحمي ، فأصبحت ذات بعد تعاقدي (نقصد هنا العقد القانوني وليس البعد الديني)،الهدف منه تحقيق المصلحة الشخصية.

– البعد المصدري لنفقة الزوجة العاملة:

تنطلق العصرنة في صياغته أحكام نفقة الزوجة العاملة من العقل و الواقع في ذلك علي الدراسات الميدانية والعينات الإحصائية وعلي تأويل النصوص الشرعية لتتماشى مع واقع تلك الدراسات الميدانية والعينات الإحصائية،تأسيسا علي هذه الدراسات الميدانية و العينات الإحصائية ، لم يعد الزوج قادرا علي الإنفاق بسبب ارتفاع الأسعار و ضعف المداخيل و تطور الوضع الاقتصادي مما يستدعي النظر في أحكام الشرعية التي تلزمه بذلك، فهي أحكام متجاوزة أصبحت ذات طابع أسطوري .

2– نفقة الزوجة العاملة وسيلة لتحقيق مصلحة :

لم تعد المرأة في نظر العصرنة كائنا مكلفا بالشؤون الزوجية من إنجاب و تربية و خدمة لزوج طائع في كل ما يصدره الزوج من أوامر ، مقابل نفقة بل خرجت للعمل مثلها مثل الرجل ، فغيرت معادلة ، فحق النفقة دعاة العصرنة يرتبط بالواقع الاقتصادي و الاجتماعي لذي يعيشه أفراد الأسرة.

فحق الزوجة في نفقة(في الزمن الماضي) راجع إلي عدم قدرتها علي الكسب وعدم اكتساب مؤهلات ذلك و نتيجة للتحولات التي يعرفها المجتمع من ازدياد حاجيات الأسرة و ارتفاع استهلاكها، و عجز الزوج عن تلبية جميع متطلبات أسرته،جعل انخراط المرأة في عملية الأنفاق أمرا حتما.

–المصالح المرجوة من تقاسم حق الإنفاق :

[1] - الزمخشلري ، الكشاف ،المرجع السابق ج1 60

تهدف العصرنة من خلال جعل النفقة قسما مشتركا بين الزوجين إلي تحصيل مجموعة من المصالح يبدو ان اغلبها مصالح فردية لا تعود بالنفع علي الأسرة كما يلاحظ إنها رجع صدى لعدد من التوصيات و المقررات الكونية الحداثية و يمكن إجمالها في ما يلي :

نزع السلطة من الزوج داخل الأسرة: في نظر العصرنة لاستئثار الزوج بالنفقة هو وجه من أوجه السيادة بفعل التمويل المادي للأسرة ،لذا فخروج المرأة للعمل وإنفاقها علي نفسها و أسرتها هو تمرد علي هذه السلطة.

-**إلغاء مظاهر دونية المرأة:** نعطي العصرنة صورة للمرأة التي تقبل بالنفقة أنها مرآة مستعبد،وهي أداة متاع يملكه الزوج بنفقته و لهذا يجدب التخلص من مظاهر الدونية هذه.

-**الاستقلال الاقتصادي للمرأة:** حيث تعتمد العصرنة علي أن خروج المرأة للعمل واعتمادها علي نفسها يعطي بعد جديد للحياة الآسية و يغير من قواعدها.

-**تغير الأدوار دخل الأسرة:** حيث خروج المرأة للعمل سمح للمرأة بان تأخذ دور المعيل للأسرة ،مما نجم عنه فرض لوجودها و أخذها بزمام القرار في الأسرة و لم تعد مجرد طائعة خاضعة للزوج.

-**المساواة التماثلية داخل الأسرة:** وهي المصلحة الأعظم التي يسعى إليها دعاة العصرنة،واتي طالما نادت بها المواثيق و الإعلانات العالمية وسعت طويلا لتجسيدها في ارض الواقع' ومساهمة المرأة بالاتفاق ندا لند مع الرجل يعد خطوة جبارة بالنسبة لهذا الفكر نحو المساواة المرجوة.

الفرع الثاني :نفقة المرأة العاملة في قانون الأسرة الجزائري:

رغم ان الجدل حول نفقة الزوجة العاملة لم يطفوا علي السطح مثل بقيت المواضيع التي يتناولها قانون الأسرة الجزائري إلي انه واقعيا واجتماعيا يعد من أهم القضايا التي تهدد كيان الأسرة والتي تثير العديد من علامات الاستفهام وكثيرا ما يثور نزاع حول هذه النقطة بين الزوجين فكيف عالج المجرع الجزائري حق الزوجة العاملة في النفقة .

أولا :البعد المصدري لنفقة الزوجة العاملة في قانون الأسرة:

1 –نفقة الزوجة في قانون الأسرة :

حظيت النفقة في قانون الأسرة الجزائري بحظها من العناية حيث جاءت المواد من المادة 74إلي المادة 80 (ق أج) لتبين أهداف المشرع الجزائري و تبين ما تبناه من فكر في هذه النصوص.جاءت المادة 74(ق أج):"تجب نفقة الزوجة بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيته ..."،وهي بهذا توافق المذهب المالكي الذي يقضي باستحقاق النفقة منذ دخول الزوج بها أو دعوتها له بالدخول .

تقدير النفقة: قدير النفقة الزوجية نصت م 79 (ق أج) على أنه:" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم"،،ونستخلص من النص أن للقاضي سلطة تقديرية في تحديد أو تقدير النفقة الزوجية وينبغي عليه أن يراعي في ذلك ظروف الزوجين وكذلك مستوى المعيشة الساري به العمل في البلاد ، فتقدير النفقة يتم على أساس إمكانيات الزوج المادية والاجتماعية بعد مراعاة العادة والعرف والأسعار الجارية في البلد،وأن تاريخ سريان النفقة في هذه الحالة يبدأ من يوم رفع الدعوى م80 (ق أج) غير أنه يمكن للقاضي أن يحكم بها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

2–عمل المرأة في قانون الأسرة الجزائري:

المشرع الجزائري لم يتطرق لنفقة الزوجة العاملة بالتحديد بنص قانوني صريح إلا انه يمكن إخضاعها لما جرى عليه العرف وهذا ما ذكره بعض شراح القانون الجزائري (الزوجة أو الموظفة التي تشتغل بعمل يقتضي خروجها من البيت ومنعها زوجة عن العمل فلم تمتنع لا نفقة لها علي زوجها ، غير انه لا تسقط النفقة في حالتين هما :

–اشتراط المرأة العمل خارج البيت حين العقد ،أو استمرارها فيه،(ورضا الزوج بعمل الزوجة أو سكوته)[1]

بالعودة إلي نص المادة 222 (ق أج) نجد أن نفقة المرأة العاملة فتجد أن اشتراط العمل حين العقد عند الحنفية هو شرط فاسد ،و العقد صحيح ،و عند المالكية الشرط صحيح لكنه مكروه و لا يلزم الوفاء به ،و قواعد الشافعية ترفض مثل هذا الشرط،لان نفقة الزوجة تجب بالتمكين التام،لا العقد.

ثانيا:نفقة الزوجة العاملة وسيلة لتحقيق مصلحة

ان ما يعرفه المجتمع من تغيرات في مختلف المجالات سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو حتى ثقافية و ما يعرفه الواقع الأسر الجزائرية من مشاركة كبيرة للمرأة في تحمل مسؤولية الأسرة هذه المشاركة قد تثير عدد من الإشكالات الأسرية سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو بعد انحلالها هنا نجد أنفسنا تسأل كيف تصدى المشرع الجزائري لمختلف القضايا التي قد تثور حول حق الزوجة العاملة في النفقة ؟

سبق وان اشرنا أن القانون الجزائري ألزوم الزوج بالنفقة علي زوجته بغض النظر عن كونها عاملة أو ماكثة بالبيت وهذا كقاعدة عامة و ثابتة لكن استثنى من ذلك حالة إعسار الزوج فنصت المادة 76(ق أج) علي:

[1]– عبد القادر بن حرز الله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،المرجع السابق ص86.

"في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد علي الأم إذا كانت قادرة علي ذلك " ،وهذا يعني انه لزوج إن يطلب إسقاط النفقة عنه كليا سواء نفقة زوجته أو الأولاد وإلزام بها الأم إذا استطاع ان يثبت إعساره و قدرة الأم علي ذلك و العمل يعد قرينة علي هذه القدرة والمشرع الجزائري هنا اخذ بما ذهب إليه ابن حزم

وعليه فقانون الأسرة الجزائري اخذ بمذهب الظاهر في إلزام الزوجة بالإنفاق علي زوجها المعسر .

ثالثا:الحماية القانونية لحق الزوجة العاملة في النفقة

أ- في قانون الأسرة :جعل قانون الأسرة لزوج حق طلب التطليق من الزوج إذا لم تكن عالمة بإعساره قبل الزواج فنصت المادة53(ق أج) :"يجوز لزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1-عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج..." وبهذا يتخذ المشرع موقف بما ذهب إليه جمهور الفقهاء مالك والشافعي واحمد أن الزوجة الميسورة الحال ليست مطالبة بالنفاق،بل يجوز لها طلب الطلاق و بمفهوم المقابلة نجد أن علم لزوجة بعسر زوجها يفقدها حقها في طلب التطليق و يقع عليها عبئ الإنفاق في الأسرة وذلك بحكم المادة 76(ق أج) .

لكن الملاحظ أن المشرع الجزائري ترك أمر تقدير مدى إعسار الزوج و قدرة الزوجة علي الإنفاق للقاضي بينما كان علي المشرع أن يحدد الضوابط التي بثبت بها إعسار الزوج وسعة الزوجة حتى وهذا لمصلحة الأسرة وخاصة الأطفال في حالة محاولة كل من الطرفين التهرب من الإنفاق و إثبات عدم قدرته عليه.

ب-في القانون الجنائي :في حالة ما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون سبب لا قانوني ولا شرعي في هذه الحالة للزوجة الحق بعد استصدار حكم إلزامية الزوج بالإنفاق على زوجته وهذا ما نصت عليه م 331 (ق ا ج) قانون العقوبات على أنه:" يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 500دج إلى 5000دج كل من امتنع عمدا ولمدة تجاوز شهرين عن تقديم النفقة المقررة قضاء..."، وعلى هذا الأساس قد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/23 على الشروط الخاصة برفع الدعوى الجنائية في هذه الحالة وهي على النحو التالي:. ضرورة الحصول على حكم مدني صادر عن محكمة شخصية بدفع النفقة.

. أن يبلغ الحكم إلى الزوج ويمتنع رغم ذلك عن تنفيذه على أساس تقرير محضر قضائي.

. أن يصبح هذا الحكم حائز على قوة الشيء المحكوم فيه

. أن لا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وفقره أثناء الزواج.

خاتمة

في الختام وبعد أن تعرضنا لمفهوم الحق و الأسس التي يرتكز عليها في كل من الفقه الإسلامي و تناولنا ولو بشكل مقتضب نظرية الحق في الفقه القانوني و رأينا إن الفقه الإسلامي كانت له الأسبقية في دراسة حدود هذا الحق من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق التي لم يتبناه فقهاء القانون الوضعي إلا في العصر الحديث ، بينما عرفها فقهاء الإسلامي منذ القرون الأولى وإن لم يكن بنفس المصطلح، فان دراستنا هذه جعلتنا نخلص إلي:

1-ترتكز حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي علي ثلاث ركائز :

أ -الحق منحة من الله.

ب-الحق وسيلة لتحقيق مصلحة.

ج-الحق سلطة يملكها الفرد و لولي الأمر حق تقيدها .

و تطبيق هذه الركائز الثلاثة في معالجة حقوق الأسرة له أهمية من حيث البعد العقدي والأخلاقي و بما فيهما من مراقبة الله عز وجل في استعمال الحقوق الأسرية و تجنب التعسف فيها .

2- أحكام الفقه الإسلامي فيها من المرونة و اتساع النطاق بحيث تستوعب أغلب النظريات المعاصرة في ككل ما لا يمس العقيدة السليمة لأن مجال الاجتهاد مفتوح وخصب، وحقوق الأسرة تستمد أحكامها من مصادر التشريع فمصادر الحقوق هي نفسها مصادر التشريع لذا فالكلام عن الاجتهاد فيها لابد أن لا يخرج عن إطار الضوابط الاجتهادية في الفقه الإسلامي .

3-المصلحة في حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي هي مصلحة شرعية مقيدة بضوابط شرعية وليست مصالح عقلية و خاضعة لأهواء و تقلبات البشر ،كما أن المصلحة المرجوة من الحق تكون أكبر من الضرر لو وجد وأن وجود الضرر المحتمل يزيد من القيود التي يضعها الشارع الحكيم لتجنب هذا الضرر وتحقيق المصلحة فحق تزويج المرأة (الولاية)مثلا إن كان فيه ضرر لها فهو لم يترك علي إطلاقه بل ضبط بالعديد من الضوابط لتحقيق المصلحة المرجوة منه وكذا حق تعدد الزوجات وحق تأديب الزوجة.

4-لا يجوز لولي الأمر(الدولة) تقيد حقوق الأسرة إذا كانت ثابتة بنصوص قطعية الثبوت والدلالة ، بينما يجوز له فعل ذلك وفق شروط محددة فيما لا نص ولا استنباط فيه ، بالإضافة أن المصلحة إذا كانت أساسية تمس ركائز قيام الأسرة وصلاح المجتمع ، فهي ثابتة لا تتأثر بالواقع المتغير وبالتالي لا محل للاجتهاد التنزيلي فيها ،

كقوامة الزوج التي هي عمادة استقرار الأسرة فهي لا تسقط بكون الزوجة ميسورة الحال ،وحق الطلاق من طرف الزوج.

5-إن المشاكل التطبيقية التي يواجهها قانون الأسرة نابعة من الممارسة الخاطئة للحق من طرف المجتمع بالتواتر فالجهل وعدم الفهم أو انعدام الوعي من طرف أفراد الأسرة يجعل التعسف في استعمال الحق مجرد ممارسة للحق ولهذا تبدو النصوص التي تعيد الأمور إلى نصابها كأنها مستحدثة بينما هي من صميم الشرع مثل حق الزوجة في الشكوى للقاضي إذا تعسف الزوج في حق التأديب.

6-حق التزويج (الولاية) حق غير مطلق ويكاد يقتصر علي البكر الصغيرة وهو نوع من الحماية لها ،والمشرع الجزائري خرج عن المذهب المالكي في هذه المسألة لكنه لم يخرج عن أحكام الشرع عموما.

7-جعل حق الطلاق بيد الزوج لا يمكن إخضاع انحلال عقد الزواج لنفس مبدأ انعقاده فالمؤسسة الزوجية يجب أن يكون لها مسير ولا يوجد مؤسسة ناجحة بدون مسير ذو عقل و ثبات في المواقف الحرجة . والمشرع الجزائري حافظ علي ما نص عليه الفقه الإسلامي في هذه المسألة و أعطى الفرصة لطلاق بالتراضي كنوع من الطلاق بالإرادة المشتركة لزوجين و أيضا أعطى الزوجة بالمقابل حق التطليق إن وجدت أسبابه.

8-حق التعدد لزوج ليس حقا مطلقا ولا هو قاعدة بل مجرد استثناء لحل المشكلات التي قد تطرأ علي الأسرة و يرغب الزوجين في البقاء سويا فيكون التعدد هو حلها ، كما أنه في كثير من الأحيان يكون في مقام التحريم قبل وقوعه إذا ثبت عدم توفر شروطه من القدرة علي العدل و الإنفاق ، المشرع الجزائري ترك باب التعدد مفتوح لكنه قيده بشروط موضوعية وشكلية .

9- لم يربط الإسلام بين نفقة الزوجة و وضعيتها المادية فهي في حل من النفقة علي أسرتها وان كانت ذات مال وهو ترسيخ لقوامة الرجل وحث له علي العمل والسعي وعدم التعود علي الاتكال و الكسل ، حتى تستقيم الحياة الزوجية و بذلك تستقر الأسرة و وبنشاء إفرادها في واقع سليم اجتماعيا ونفسيا، المشرع الجزائري لم يتناول هذا الموضوع بالتحديد إلا أن النصوص المتعلقة بالنفقة كلها موافقة لأحكام الشريعة حيث تجب نفقة الزوجة علي أسرتها إذا ثبت إعسار الزوج فقط.

10-المشرع الجزائري حاول أن يطبع قانون لأسرة بطابع حقوقي من حيث المساواة بين المرأة والرجل و حماية الطفل و الأسرة ككل لكن هذا الهدف كان من الصعب تحقيقه نظرا لتباين الكبير بين مقاصد الشريعة والمنظومة الحقوقية الحديثة ،فكانت محاولة المشرع لمسايرة موكب العصرنة تظهر في كثير من النصوص أو

الفقرات ،مما نجم عنه نوع من الغموض أحيانا. رغم كل ذلك مازال قانون الأسرة الجزائري محافظا عل هويته الإسلامية و لم ينسلخ كليا منها .

مقترحات

1-أن نظرية الحق في الفقه الإسلامي نظرية متكاملة و لها من الأسس ما يكفي لمعالجة أي مستجدات واقعية وجعل مصدر الحقوق هو نصوص لشريعة لا يعني بأي حال جمودها وقصورها عن مسايرة الواقع إنما إفساح المجال للاجتهاد فيها بما يسمح بمسايرتها للواقع والعصر و متطلباته بشكل لا يهدم أو يمس مقاصد الشريعة الأساسية.

2-استعمال الفرد لحقوقه الأسرية مقيد بضابطين وهما مصلحة الأسرة و عدم الإضرار ، ولهذا وجب توعية المجتمع بهذه الحقوق في مختلف المذاهب الفقهية .

3-الاهتمام بدارسة نظرية الحق لفهم أكثر للمسائل المستجدة في حقوق الإفراد داخل الأسرة.

4صياغة النصوص بشكل دقيق و الابتعاد عن أسلوب سن قوانين الثغرة القانونية هي الأساس المراد تشريعه، بمعنى أن المشرع الجزائري كثيرا ما يسن قوانين بصيغ تحتمل أكثر من مفهوم أو تطرح إشكال عند التطبيق وهذا لا يكون عن خطأ .

5- قانون الأسرة يجب أن يستمد من صميم هوية المجتمع ولا علاقة له بما تمليه المعاهدات و الاتفاقيات الدولية وقوة القانونية لهذه الأخيرة لا يمكن الحديث عنها في قانون الأسرة بالذات لأنه قانون نواة المجتمع وليس قانون عمل أو تجارة.

6العمل علي توعية أفراد الأسرة بحقوقهم واجباتهم اتجاه الأسرة والمجتمع و القضاء علي الأفكار البالية التي امتزجت في ذهن المجتمع بأحكام الشرع وهي تسيء للإسلام بحكم إنها ليست منه في شيء و تدعم الهجوم عليه .

7-ضرورة أن توكل مهمة التشريع في قانون لأسرة لذوي الاختصاص بما فيهم من مختصين في القانون والشريعة و حتى علم اجتماع و حتى مختصين في علم النفس، حتى يكون أكثر فاعلية و خدمة للمجتمع وتحقيق مقاصد الأسرة .

القرآن الكريم:

كتب الحديث :

-البخاري محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، صحيح البخاري ، دار الفيحاء دمشق 1999م .

-الألباني ، ضعيف الجامع ، ،دار الراية القاهرة ط1 1989 .

-عبد الرزاق الصنعاني؛ المصنف ، المكتب الإسلامي ط2 1983.

-ابن ماجة، سنن ابن ماجة باب طلاق العبد دار التأصيل القاهرة ط5 ج1 2014.

- مسلم بو الحسين مسلم ، صحيح مسلم ، دار الفيحاء دمشق ط2 2000 م .

كتب الفقه:

-أبو إسحاق الشاطبي ، الموفقات في أصول الشريعة ، دار المعرفة لبنان ط2 1975.

-الكساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية ،لبنان ط2 1986 .

-تقي الدين ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ،دار الصفوة القاهرة ط4 2005 .

-أبو حامد الغزالي ،إحياء علوم الدين ، دار المعرفة بيروت ط 3 2002 .

-أبو حامد محمدا لغزالي، المستصفى ،دار الكتب العالمية،ط1 1993 .

-ابن حزم، المحلى، درا الكتب العلمية القاهرة ط1 2010 .

-الزمخشري أبو القاسم محمود بن عمر، الكشاف ،دار الكتاب العربي بيروت، ط3 1984.

-ابو زهرة ،أصول الفقه ،دار الفكر القاهرة ط1 1973 .

-سعيد رمضان البوطي،ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، دار الثقافي العربي، بيروت، ط1، 1994 .

-طاهر بن عاشور ،التحرير والتنوير ،دار التونسية ط2 2014 م .

-الشافعي محمد بن إدريس الشافعي ،الأم،دار المعرفة ط3 1990.

-أبو عبد الله االقرطبي، الجامع لأحكام لقران ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ط1 2006 .

-العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام،دار القلم دمشق ط2 2000.

-علي بن محمد الامدي،الأحكام في أصول الأحكام، دار الكتاب العربي،بيروت ط3 1983 .

- فريد الأنصاري، المصطلح الأصولي عند الشاطبي، دار السلام القاهرة ط،2 2014.

- القرافي أحمد بن إدريس، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت ط4 1998.

-ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الجيل بيروت ط3 1973.

-الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، دار النفائس، الأردن ط3 2007.

- مصطفى شلبي، أصول الفقه، دار النهضة العربية بيروت ط1 1974.

-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر دمشق ط3 ،2003 .

كتب متخصصة:

-أحمد محمود الخولي ،نظرية الحق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،دار السلام ،بيروت،2008 .

-جمال الدين عطية ، نحو تفعيل مقاصد الشريعة، دار الفكر دمشق ط1 2001.

-خالد البرجاوي ،إشكالية الأصالة و المعاصرة في تقنين الأحوال الشخصية، دار القلم ،2003 .

-ابن رجب الحنبلي ،جامع العلوم والحكم ، دار الكتب العلمية بيروت ط3 1980.

-ابن رشد، بداية المجتهد،دار الحديث القاهرة ط4 2004 .

-عبد السلام فيغو، المساواة بين المرأة والرجل في الحقوق والالتزامات في الإسلام،دار القلم بيروت ،ط1 2005 .

-طه عبد الرحمان ،روح الحداثة ، المركز الثقافي العربي بيروت ط1 2006 .

-ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار،دار الفكر بيروت ط1 1992.

- عدنان حمودي الخليل، نظرية الحقوق والحريات العامة في تطبيقاتها المعاصرة القاهرة ط2 1975م .

-علي الخفيف ،الحق والذمة وتاثير الموت فيها دار وهبة القاهرة ط1 1945 .

-الدريني ،الحق ومدى سلطان الدولة في تقيده،دار الرسالة بيروت ط1 1977 .

-فتحي الدريني، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر ، دار قتيبة بيروت،ط1 1998م .

-قاسم امين ،تحرير المرأة، دار الفكر القاهرة ط2 2004 .

-عبد المجيد النجار، خلافة الإنسان بين الوحي والعقل دار الغرب الإسلامي ط1 ،1993 .

-محمد زكي عبد البر، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي دار التراث القاهرة ط1 1997م.

-محمد عبده جمع محمد عمارة ، الأعمال الكاملة ، المؤسسة العربية لدراسات و النشر ط1 2002 .

-محمد مسرار نظرية الحق،،دار الكتب العلمي بيروت ط1 2013 .

-مصطفي السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون دار الوراق بيروت ط2 ،1999 .

-نصر ابو زيد ،النص السلطة الحقيقية ،المركز الثقافي العربي بيروت ط1 1995 .

-نوال السعداوي ،المرأة الدين و الأخلاق ،دار الفكر القاهرة ط1 2000 .

الكتب القانونية:

-رمضان أبو السعود. الوسيط في شرح القانون المدني ،الدار الجامعية ، بيروت ط2 .

-زيد قادري ترجمان، نظري التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في حقل المكلية العقارية، دار السلام القاهرة ط1 2009.

-سحنون بن سعد التنوخي ،المدونة الكبرى ، دار الصادر بيروت ط1 2005 .

-سيد عواد علي ،التعسف في استعمال الحق ، دار الطباعة القاهرة، ط1، 1991 .

-عبد الرزاق السنهوري ،مصادر الحق في الفقه ، منشورات محمد، الداية، بيروت،1954 م.

-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون لأسرة الجزائري، در البعث، قسنطسنة، ط2 1989م.

-عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار للطباعة ، الجزائر 2007.

-عبد القادر بن حرزالله ، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق،دار الخلدونية الجزائر ط2 2007 .

-العربي بالحاج ،الوجيز في شرح قانون لااسرة الجزائري ، ،،دار المطبوعات الجزائرية 2010 .

-العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائرية ،ديوان م الجامعية ط1 2013.

-علي حسن نجيدة ،المدخل لدراسة القانون دار الفكر العربي ط1 1985.

- فتحي الدريني ،نظرية التعسف في استعمال الحق ،دار الرسالة بيروت ط4 1988.

-محمد الكشبور ، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية ،مطبعة النجاح ط1 2000.

-محمد حسين منصور،المدخل إلي القانون نظرية الحق، در النهضة العربية القاهرة ط1 1995 م .

-محمد سعيد جعفور ،مدخل العلوم القانونية دار هومة الجزائر ط2 2001.

-محمد شكري سرور ،النظرية العامة للحق، دار النهضة العربية ط1 1991.

-محمد كمال الدين إمام،مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج الفرقة،منشورات الحلبي ط1 2013 .

المعاجم :

-جمال الدين بن منظور الأنصاري ، لسان العرب ، مادة الحق ، دار صادر،بيروت،1956م.

-راغب الأصفهاني ، المفردات ،ألفاظ القران ،دار الفكر ط2 2000 م.

-المنجد العربي للغة والإعلام ، دار المشرق بيروت ط1 1984.

-أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ،تاج اللغة الجوهري، دار العلم للملايين، 1990م.

الأتفاقيات:

-اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة -قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979.

القوانين :

- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المتضمن علي الأمر 02-05 المعدل و المتمم للقانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـــ : 8 يونيو سنة 1966الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية, المعدل والمتمم.

المقلات:

-علي احمد هنداوي ،فلسفة الحق في المنظورين الإسلامي والوضعي ودور الحقوق المدنية فيها ، مجلة الزرقاء للبحوث و الدراسات ،العدد ،1 2013 الأردن .

ا-حمد محمود القاسم ،مقال حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات ،مجلة الحوار المتمدن-العدد: 2703 - 2009 / 7 / 10

فهارس

الآيـــــــــــــــــة	السورة	رقم الآية	الصفحة
{ فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ ...}	المؤمنين	116	03
{ذَلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ هُوَ الْحَقُّ ...}	الحج	6	03
:{وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ...}	التوبة	29	03
{وَإِذْ قَالُوا اللَّهُمَّ إِن كَانَ هَٰذَا هُوَ الْحَقَّ مِنْ عِندِكَ...}	الأنفال	32	03
{ ذَٰلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ نَزَّلَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ ...}	البقرة	176	03
:{ رَبَّنَا افْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ... }	الأعراف	89	03
{وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنَيْ آدَمَ بِالْحَقِّ. }	المائدة	7	03
{ بَلَىٰ وَعْدًا عَلَيْهِ حَقًّا...}	النحل	38	03
{الْيَوْمَ تُجْزَوْنَ عَذَابَ الْهُونِ بِمَا كُنتُمْ تَقُولُونَ عَلَى اللَّهِ غَيْرَ الْحَقِّ ...}	الأنعام	93	04
{ الَّذِينَ يَتَكَبَّرُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ...}	الأعراف	146	04
{تِلْكَ آيَاتُ اللَّهِ نَتْلُوهَا عَلَيْكَ بِالْحَقِّ.... }	الجاثية	6	04
{فَيَعْلَمُونَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِن رَّبِّهِمْ...}	البقرة	26	04
{وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا....}	النساء	21	25
{فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ ....}	البقرة	229	64-25
{ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ ... }	النساء	35	27
{ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ... }	البقرة	232	28 -29-43
{مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُ حَيَاةً طَيِّبَةً....}	النحل	97	34
{ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ..... }	الطلاق	7	62
{ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..... }	البقرة	233	64-08-31
{ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ... }	الطلاق	6	62
{ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...}	البقرة	291	56
{ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ... }	النساء	3	58-56
{وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ....}	النساء	34	64

الحـــــديـــث	الصفحة
أنت الحق ووعدك الحق و لقاؤك حق و قولك حق والجنة ، و النار حق ،والنبوة حق و محم ﷺ حق والساعة حق	3-3
والذي بعثك بالحق ما بين لابيتها أهل بيت أحوج منا	3
حتى جاءه الحق	3
فو الله الذي لا إله إلا هو إنكم لتعلمون أني رسول الله حقا	4
أن رجالا يتخوضون في حال الله بغير حق،فلهم النار يوم القيامة	4
من أخذ شيئا من الأرض بغير حقه خسفت به يوم القيامة إلي سبع أرضين	4
لا ضرر ولا ضرار في الإسلام	8
إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ،وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه	8
حق الله على العباد أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئا	9
لا يزوج النساء إلا الأولياء و لا يزوجهن إلا من الأكفاء و لا مهر اقل من عشر دراهم	41
جارية بكرا أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة ،فخيرها	42
لعن الله كل ذواق طلاق	45
انما الطلاق لمن أخذ بالساق	46
أسلمت و عندي ثمان نسوة،فذكرت ذلك لنبي ﷺ فقال : أختر منهن و أربعا	55
من كانت له امرأتان يميل لإحداهما علي الأخر جاء يوم القيامة يجر احد شقيه ساقطا او مائلا	57
يا معشر الشباب من استطاع منكم الباء فليتزوج فانه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فهو وجاء	58
أفضل الصدقة ما ترك غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول ، تقول ما أن تطعمني وأما تطلقني و يقول العبد أطعمني و استعملني ،و يقول الابن أطعمني و إلى من تدعني	59
زوجك وولد أحق من تصدقت به عليهم	59
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف	61

الموضـــــــــــــوع	الصفحة
المقدمة:	
الفصل الأول : الأسس الحقوقية بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي.	
المبحث الأول : ماهية الحق في الفقه الإسلامي.	02
المطلب الأول :مفهوم الحق في الفقه الإسلامي .	02
الفرع الأول : معاني الحق وفلسفته في الفقه الإسلامي.	02
الفرع الثاني: أنواع الحقوق وتقسيماتها عند الفقهاء الأصوليين.	09
المطلب الثاني : فلسفة الحق و تقسيماته بين الفقه والقانون.	15
الفرع الأول : ماهية الحق عند فقهاء القانون .	15
الفرع الثاني: بين تقسيمات الفقهاء والقانونيين للحق	22
المبحث الثاني: حقوق الأسرة بين الفقه الإسلامي وفقهاء القانون.	24
المطلب الأول :حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي.	24
الفرع الأول : مقاصد الأسرة وأساس حقوها.	24
الفرع الثاني :خصائص حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي.	29
المطلب الثاني: حقوق الأسرة عند فقهاء القانون.	32
الفرع الأول :ماهية حقوق الأسرة عند فقهاء.	35
الفرع الثاني : حقوق الأسرة في قانون الأسرة الجزائري.	36
الفصل الثاني :تطبيقات نظرية الحق في قانون الأسرة الجزائري	
المبحث الأول : تطبيقات نظرية الحق في انعقاد الزواج و انحلاله.	42
المطلب الأول : حق التزويج أو الولاية.	42
الفرع الأول: حق تزويج المرأة في الفقه الإسلامي.	42
الفرع الثاني: الولاية في الزواج في قانون الأسرة الجزائري.	46
المطلب الثاني: حق الطلاق بيد الزوج.	48
الفرع الأول:الطلاق بيد الزوج في الفقه الإسلامي.	48
الفرع الثاني: الطلاق بيد الزوج في قانون الأسرة الجزائري.	52
المبحث الثاني:تطبيقات نظرية الحق في أثار عقد الزواج	55
المطلب الأول: حق تعدد الزوجات .	55
الفرع الأول : حق التعدد في الفقه الإسلامي .	55
الفرع الثاني: حق التعدد في قانون الأسرة الجزائري.	61
المطلب الثاني :حق النفقة للزوجة العاملة.	61
الفرع الأول :نفقة الزوجة العاملة في الفقه الإسلامي.	61
الفرع الثاني :نفقة الزوجة العاملة في قانون الأسرة.	68
الخاتمة	69